

הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

מאת שחר ליפשיץ*

"מבלי ששמנו לב, קמנו בוקר אחד וגילינו שבמדינת ישראל אסור לומר שמשפחה – אבא ואמא"
(עקרונות מפלגת נעם).¹

"זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל
תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו" (מתוך פסק דינו של השופט פוגלמן בפרשת ארז-
פנקס).²

מבוא. א. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות. 1. מעבר לטבע ולחווה – ההורות כמוסד חברתי. (א) מיהו הורה? ההורות בין טבע לחווה. (ב) אפיון הגישות הביולוגית-טבעית והחוזית-כוונתית כגישות פרטיות והדחת ההיבט הציבורי-מוסדי של הסדרת ההורות. 2. אתיקת ההורות – האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד כבסיס האתי של ההורות. 3. הזכות להפוך להורה לנוכח אתיקת ההורות. 4. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות – מתיאוריה עיונית לעקרונות פעולה מעשיים. (א) אתגר התחשבות באתיקת ההורות ובשיקולי טובת הילד העתידי בעת הרגולציה של ההולדה. (ב) הערת אזהרה כנגד שימוש נרחב בשיקולי טובת הילד העתידי לצורך פסילת הורים מיועדים. 5. השפעת ההיבטים המוסדיים ואתיקת ההורות על קביעת ההורות. 6. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות: סיכום. **ב. המאבק של גברים יחידים ושל זוגות מאותו המין על זכותם להביא ילדים לעולם באמצעות פונדקאות.** 1. רקע היסטורי. 2. תמונת מצב עדכנית: פרשת ארז-פנקס מחזה בשלושה חלקים. 3. המאבק של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין לפונדקאות בראי הגישה המוסדית להורות. (א) הכרת הגישה המוסדית בזכות החוקתית של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להורות לנוכח אתיקת ההורות. (ב) טיעון השוויון. (ג) פסקת ההגבלה והסעד. (ד) שיקולי טובת הילד העתידי כשיקול רלוונטי לבחינת כשירות הורה מיועד. (ה) הפגיעה בהורות המשותפת של בני הזוג מאותו המין כפגיעה במוסד ההורות הזוגית. **ג. ההכרה המשפטית בהורות המשותפת של הורה ביולוגי ובן זוג – על צו ההורות הפסיקתי.** 1. צו ההורות הפסיקתי – רקע היסטורי ומשפטי. 2. עיגון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי: הדין הראוי. (א) מבוא: צו ההורות הפסיקתי בשדה הקרב הליברלי-שמרני. (ב) הצורך בעיגון משפטי של מעמדו של ההורה הלא ביולוגי. (ג) הצורך בלוחות זמנים קשיחים לצורך קביעה מוקדמת של ההורות המשפטית. (ד) הצורך בהליך פורמאלי בפיקוח מנהלי ובצו שיפוטי. 3. צו הורות פסיקתי כפיתוח פסיקתי: בחינת המצוי בראי הראוי. (א) הצורך בעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בחוק. (ב) האם וכיצד ניתן להסדיר

* פרופסור מן המניין הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר אילן. אני מודה לאורית גן, חזי מרגלית, תמר מגידו רוני שוז, פנחס שיפמן ומיכל תמיר על הערות לטיטוטות קודמות. תודה ליובל זילבר, שי חי ואמיר פינקוס על עזרה במחקר ולשי שטרן וחברה מערכת מחקרי משפט על עבודת העריכה.
¹ אתר מפלגת "נעם"

<https://noamparty.org.il/%d7%a2%d7%a7%d7%a8%d7%95%d7%a0%d7%95%d7%aa/>

² בג"ץ 781/15 ארז-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 27.2.2020) (להלן: פרשת ארז-פנקס המשלים).

את פונדקאות החו"ל בהיעדרה של חקיקה? (ג) אופיו של צו ההורות כצו מכונן ושאלת הרטרואקטיביות. (ד) האם ניתן להמיר את צו ההורות הפסיקתי ברישום – מבט מוסדי על פרשת צור-וייסלברג. (ה) והשוויון מה יהיה עליו? ד. **זברי סיום**.

מבוא

ההורות של בני זוג מאותו המין עומדת במרכזו של וויכוח ציבורי אתי ומשפטי נוקב.³ במישור המשפטי הוויכוח ממוקד בשני נושאים מרכזיים: הראשון עוסק ב**רגולציה של ההולדה** באמצעות טכניקות מלאכותיות. בהקשר של המאמר הנוכחי הוא יתמקד בזכות של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם באמצעות הליך של פונדקאות. השני עוסק ב**הכרה המשפטית בהורות**. בהקשר של המאמר הנוכחי הוא יתמקד בוויכוח בדבר העיגון המשפטי של הורותו של בן זוגו (מאותו המין) של ההורה הביולוגי, במקרים בהם שני בני הזוג שותפים להחלטה להביא ילד לעולם ולשמש כהוריו.

שתי הציטטות בהן פתחתי מאמר זה משקפות שני קצוות של העמדות הרווחות בשיח הציבורי בנושא.⁴ עמדות המשקפות תפיסות אתיות הפוכות לגבי הזכות של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם ולהיות מוכרים משפטית כהורים:

³ כך למשל, תיקון חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 משנת 2018 הציג הסדר שיאפשר לנשים יחידות להזדקק לשירותי פונדקאות, אך שלל אפשרות זו מבני זוג מאותו המין. ראו, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, ס"ח 941 (להלן: חוק הפונדקאות); החוק הוביל למחאה נרחבת והפגנות המוניות ראו טל שניידר, ענת ביין-לובוביץ', עמרי זרחוביץ' ויסמין יבלונקו "מחאת הלהט"בים: 80 אלף איש הפגינו למען שוויון בכיכר רבין" **גלובס** (22.7.2018) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001246918>; על חידוש הקמפיין של "האגודה למען הלהט"ב" ראו לי נעים וכרמל ליברמן "מאבק הקהילה הגאה מתחדש: "רוב הציבור תומך בזכותנו להורות" **N12** (20.2.2020) https://www.mako.co.il/news-world/2020_q1/Article-87bf7b471426071026.htm; לתמיכה הולכת וגוברת בהורות הלהט"בית מצד גורמים מנהליים שונים לדוגמה, ראו "מיזם של הקרן למפעלים מיוחדים למתן סיוע ותמיכה בתהליכי הורות גאה" **המוסד לביטוח לאומי** (22.2.2021) <https://www.btl.gov.il/About/news/Pages/horot-gea.aspx>; 2021: הורים להט"ב ומשפחות מגוונות "עיריית רמת-גן" <https://tinyurl.com/dn7529z7>. מנגד, נושא היחס ללהט"ב בכלל, ולהורות הלהט"בית בפרט, בלט במערכת הבחירות לכנסת ה-22 – בין היתר הוקמה מפלגת "נעם" שהורות הלהט"בית וההגנה על ערכי המשפחה היוו הדגל הבולט שלה, ואחד מעקרונות המפתח שלה, ראו יותם ברגר "ועדת הבחירות חייבה חברות פרסום להציג קמפיין הומופובי של מפלגת נעם" **הארץ** (7.8.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/elections/premium-1.7647318> וכן ראו באתר המפלגה, לעיל הי"ש 1; נכון לכתבת מאמר זה נציג של מפלגת נעם אף נבחר לכנסת ה-23. עוד בעניין זה, ראו התנגדות להורות שכזו יקי אדמקר "הפכו את הסוטים לגיבורים": מכתב רבני הציונות הדתית נגד הלהט"ב "וואלה! חדשות" (26.7.2018) <https://news.walla.co.il/item/3176479>; על המאבק המתגבר, התופס יותר ויותר "פוקוס" בחלקים בציונות הדתית, בכל הקשור לערכי המשפחה ראו שירה קדרי-עובדיה "במקום התנחלויות, הזרם החרד"ל עובר להילחם על "ערכי המשפחה" **הארץ** (26.7.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/education/premium-MAGAZINE-1.7576105>.

⁴ לסקירת היבטים שונים ביחסי הורים ילדים תוך התמקדות בנקודות מבט הופכיות שתי הגישות הליברלית והשמרנית, ראו LINDA McCLAN & DANIEL CERE, WHAT IS PARENTHOOD? : CONTEMPORARY DEBATES ABOUT THE FAMILY (2013).

האחת, גישה **שמרנית-מסורתית**. גישה זו סבורה שיש לדבוק בהגדרות המסורתיות של המשפחה ושל ההורות המבוססות על זוגיות של בני זוג ממין שונה ולהעדיף על פני דפוסי משפחה המבוססים על הורות של יחידים או על הורותם של בני זוג מאותו המין.⁵ הגדרה זו של המשפחה מוצגת לעיתים, כהגדרה "טבעית" של ההורות, שאינה פרי הכרעה ערכית של המדינה אלא קודמת לה,⁶ ולעיתים כמשקפת ערכים יהודיים ושמרניים על ההורות הראויה.⁷ בהקשר לרגולציה של ההולדה, האוחזים בגישה זו, מבקשים לשלול את זכותם של בני זוג מאותו המין, ושל גברים יחידים, להפוך להורים על ידי טיפולי הפריה מלאכותית ובכללם, פונדקאות. בהקשר לסוגית ההכרה בהורות, האוחזים בגישה זו מבקשים להכביד על, או בגרסה הקיצונית – לשלול כליל, את ההכרה בהורות של בן זוגו מאותו המין של הורה ביולוגי, למרות שהיה שותף להחלטה על הולדה וגידול משותף של ילד.

לעומתה, הגישה **הליברלית-אינדיבידואלית** מבוססת על ערכים של אוטונומיה, כבוד האדם ושוויון,⁸ ולאורם מעצבת את תפיסתה הערכית בעניין הזכות להורות בכלל,⁹ והזכות להורות של בני זוג מאותו המין בפרט.¹⁰ היא מפרשת את הזכות להורות כמטילה חובה על המדינה לאפשר לכל

⁵ ראו למשל חיים נבון "נלחמים על הבית: המאבק על המשפחה בישראל" **השילוח: כתב עת ישראלי להגות ומדיניות** 3, 103, 116-109 (2017); חן ארצי סרור "הרב חיים נבון: 'ילדים הם מין נכחד בעולם המערבי'" **Ynet** (16.9.2019) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5589022,00.html>; חגי סגל "הבג"ץ האמריקאי: יום שחור לרעיון המשפחה" **מקור ראשון** (4.7.2015) <https://tinyurl.com/y3rohqmp>; אורי פולק "הרב לאו נגד נישואים חד מיניים: יטשטשו את המודל הטבעי למשפחה" **כיפה** (13.5.2012) <https://tinyurl.com/y6qlna4m>.
⁶ להצגה הטבעית של ההגדרה הביולוגית של ההורות ראו, להלן ה"ש 22-20 והטקסט המתייחס אליהן. מעניין להשוות בהקשר זה את ההגדרה "הטבעית" של ההורות לדיון של השופט קדמי בהגדרה הלשונית של בני זוג בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 770-772 (1994).
⁷ כך למשל בדיון בכנסת על התיקון לחוק הפונדקאות נימוק חבר הכנסת מוטי יוגב את התנגדותו לפתיחת פתח למתן אפשרות לבני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות "הלא מדינה יהודית אנחנו". ראו, פרוטוקול ישיבה 745 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20, 6-7, 14-15, 17 (30.4.2018). שם, יוגב אף התייחס להורות הביולוגית ולהתנגדות להורות ללא אם כגישה טבעית.

⁸ JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES (1994) (להלן: ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE).

⁹ ראו, אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז 13, 45-41 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה"); Rhona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law*, 2013; INT'L SURVEY FAM. L. 197 (להלן: Schuz, *The Developing Right*); רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" **משפטים על אתר** ח 1 (התשע"ה) (להלן: זפרן "הזכות להורות בישראל"); דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ(1) 197 (1996) (להלן: ברק-ארז "בעקבות פרשת נחמני"); צבי טריגר "משפחות חורגות ורישיון הורות: מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ" **המשפט** 22, 44, 46 (2006) (להלן: טריגר "רישיון הורות"); פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 309, 319 (עניב מורנגסטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים) (2016); לדיון נרחב בזכות להורות בפסיקת בתי המשפט ראו, להלן ה"ש 77-75 וה"ש 80-82.

¹⁰ איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395, 398-401 (עניב מורנגסטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים) (2016) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה"); עוד ראו טריגר "רישיון הורות", שם, בעמ' 46; שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין", שם, בעמ' 319. וראו ברוח זו הביקורת

יחיד לבחור את צורת ההורות המועדפת עליו, ודוחה את הלגיטימיות של התערבות ציבורית ושל העדפה חברתית של צורת הורות אחת על פני חברתה. לכן, בהקשר של הרגולציה של ההולדה, גישה זו תומכת בזכות של יחידים ושל בני זוג מאותו המין לעבור טיפולי הפריה לצורך הולדה ולהתקשר בהסכמי פונדקאות¹¹ ומתנגדת לעצם הלגיטימיות של הגבלות חיצוניות בשני המקרים – גם כאשר נטען שמקור הגבלות אלו באינטרסים ציבוריים, או בשיקולי טובת הילד הצפוי להיוולד מן הטיפולים.¹² בהקשר לסוגיית ההכרה בהורות, מתוך מחויבות לערכי השוויון וחירות הפרט,¹³ גישה זו מבקשת להסדיר את ההכרה המדינתית בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה ביולוגי על

על האפליה במגוון ביטויים כלפי הקהילה הלהט"בית ובהקשר של המאמר הנוכחי כלפי ההורות הלהט"בית, חגי קלעי "המידע המלא – דת ומדינה בישראל 2015" **ישראל חופשית** <https://tinyurl.com/1hgjua21>.

¹¹ ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 3.8.2017) (להלן: פרשת ארד-פנקס הראשון); ראו גם, פרשת ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 2; עוד ראו בג"ץ 781/15 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם מעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 11.7.2021) (להלן: פרשת ארד-פנקס הסופי). לדיון מקיף בפסקי הדין שבהם הועלו טענות אלה ראו, להלן פרק ב.

¹² ראו, I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 1187, (2012).

I. Glenn Cohen, *Beyond Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 423 (2011); ראו גם, (Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 1187, (2012); עוד ראו, ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" **דילמות באתיקה טכנולוגית** 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002) (להלן: רביצקי "הזכות להורות"); להדהוד נוסף של הגישה בישראל ראו, בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 10. כך למשל לאחר הצגה מרחיבה ומעמיקה של הצדקות לזכות להורות המבוססות על ערכי השוויון החירות וכבוד האדם של ההורים המיועדים בלכר-פריגת וזפרן, שם, בעמ' 401-402 מזכירות בקצרה גם את הטיעון הנגדי המסויג מהכרה בזכות של בני זוג מאותו המין ושל הורים יחידניים בשל שיקולי טובת הילד. כנגד טיעון זה הן טוענות שאין ביסוס מחקרי מספיק לטענה שטובת הילד העתידי תפגע אצל הורים יחידניים או אצל בני זוג מאותו המין אך הן חותמות בכך שבכל מקרה אין להתחשב בשיקולים הללו כאשר מדובר על ילד עתידי. על ההתחשבות בטובת הילד העתידי בעת שנדונה הרגולציה של ההולדה ראו בהרחבה, להלן פרק ב, חלק 3, סעיף (ד). אציין שבעוד שלגבי הנגישות לטכניקות של הולדה גישתם של בלכר-פריגת וזפרן מהדהדת את הגישה הליברלית-אינדיבידואלית, גישתן לגבי קביעת ההורות לאחר הולדת הילד ובוודאי לגבי יחסי הורים וילדים לאחר שנקבעה זהות ההורים שונה בתכלית. כך בכמה מאמרים פיתחה זפרן תיאוריה מורכבת של הורות הנשענת על הגישה הפמיניסטית-קישורית למשפט ועל אתיקת הדאגה ראו, רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי"). וכן רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים"); אף בלכר-פריגת הציעה תיאוריה מורכבת של קביעת הורות המשלבת בין יסודות הסכמיים ליסודות ביולוגיים את הקשר בין היחסים האנכיים בין ההורים לילדים לבין היחסים האופקיים בין ההורים, ראו Blecher, Ayelet Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, 41 HARV. J.L. & GENDER 119 (2018) (להלן: Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*), וכן, איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821 (2016). לגישות אלה אתיחס בהמשך המאמר בכמה הקשרים.

¹³ ראו Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 YALE L. J. 2260 (2017); ראו גם, Douglas NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261 (2020).

בסיס הסכמי או למצער, באמצעות פרוצדורות מקלות המזכירות ככל האפשר את הפרוצדורות הנהוגות להכרה בהורות הביולוגית, עם מעורבות מינימלית של המדינה וסוכניה.¹⁴

במבט ראשון, הטיעון הליברלי-אינדיבידואלי הדורש מן המדינה לכבד כל צורת חיים, וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו ולהימנע מהגדרת דפוס הורות מסוים כרצוי או כעדיף על פני דפוס הורי אחר, נראה כמענה היחיד הניצב כנגד הגישות הערכיות והאתיות השוללות את ההורות של בני זוג מאותו המין בשל ערכי המשפחה המסורתית.¹⁵

במאמר זה אציע עמדה שונה. לגישתי, הגישה "השמרנית-מסורתית" הדבקה בערכי המשפחה המסורתיים, המבטאים סדר טבעי, לכאורה, ומשום כך נאבקה בהורות של בני הזוג מאותו המין, איננה גישה ראויה וזאת הן בשל פגיעתה בערכים הליברליים של שוויון, כבוד האדם ואוטונומיה והן, כפי שארחיב בהמשך, בשל נימוקים חברתיים הקשורים במוסד ההורות. בה בעת, אף הגישה "הליברלית-אינדיבידואלית" המבססת את הזכות להפוך להורה, הן במובן של הבאת ילדים לעולם והן במובן של הכרה משפטית בהורות, על הזכות האינדיבידואלית של כל אדם לבחור כל צורת חיים משפחתי, אינה החלופה היחידה, ובוודאי שלא ההכרחית, לגישה האתית הראויה כלפי ההורות בכלל, וכלפי היחס להורות של בני זוג מאותו המין בפרט.

כאלטרנטיבה לגישות הללו אציע גישה אתית נוספת, שלשיטתי אמורה להנחות את ההסדרה המשפטית של ההורות, אותה אכנה **אתיקת ההורות**. אתיקת ההורות נשענת על גישה שאותה כיניתי במקום אחר "הגישה המוסדית להורות".¹⁶ גישה זו רואה בהורות מוסד שאינו רק פרטי,

¹⁴ ראו דנה ירצקי "הצהרות לחוד, מעשים לחוד: ההבטחות של כץ לקהילת הלהט"ב ש"נעלמו" וואלה! חדשות (14.3.2019) <https://news.walla.co.il/item/3224447>; "ארגוני הקהילה לשר אוחנה: הקל על רישום הורים גאים" וואלה! גאווה (10.7.2019) <https://pride.walla.co.il/item/3246682>; תלם יהב ואמיר אלון "רישום הורים להט"בים בדיון בבג"ץ: 'מצפים לסוף לאפליה'" Ynet (23.7.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5314996,00.html>; לי ירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים לצו הורות בזמן היריון, וההורה הלא-ביולוגי עלול לאבד את מעמדו" הארץ (12.7.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.7493547> (להלן: ירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים"); הציפייה להשוואת הליך הרישום של הורה לא ביולוגי להליך הרישום של הורה ביולוגי עמדה במוקד טענת העותרות בבג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (נבו) (26.7.2020) (להלן: פרשת צור-וייסלברג) ומשום כך דחייתה עוררה תסכולה רב בקרב קהילת הלהט"ב. לאחרונה החליטה נשיאת בית המשפט העליון כי יערך דיון נוסף בהרכב מורחב של שבעה שופטים בעניין ראו, דנג"ץ 5591/20 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (נבו) (13.4.2021) (להלן: דנג"ץ צור-וייסלברג). כן ראו לדיון מקיף בפסק הדין ובפסקי דין שבהם נדון הליך ההכרה בהורות של ההורים הלא ביולוגיים ראו, להלן פרק ג.

¹⁵ ראו ברוח זו, אברהם תומר "על מה באמת נאבקים הלהט"בים" מידה (9.1.2014) <https://tinyurl.com/y3hgpbfp>.

¹⁶ לכתובה קודמת שהצביעה על ההיבט המוסדי פוליטי של הכרת המדינה בהורות ראו למשל Zvi Triger, *Introducing the Political Family: A New Road Map for Critical Family Law*, 13 TIL 361, 368-369 (2012) (להלן: Triger, *Introducing the Political Family*); ראו, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 12; ובהרחבה Shahr Lifshitz, *Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. 297 (2014) (להלן: Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*); עוד ראו שחר ליפשיץ "שליטת אבהות בהסכמה" משפטים נא 231, 246-252 (2021); בהקשר מעט שונה אף מיכל טמיר ודליה כהנה ועמיתי עסקו בהיבט של ההכרה הציבורית בהורות ובזוגיות של בני זוג מאותו המין. Michal

טבעי, או הסכמי, אלא גם **מוסד חברתי-ציבורי** "social institution", שלמדינה ולמשפט תפקיד חשוב בכינונו ועיצובו. תפיסה זו מדגישה את התפקיד האקטיבי של המדינה ושל המשפט בעיצוב התפיסה העצמית והחברתית של האדם כהורה, ובמילוי תפיסת ההורות בתוכן מהותי. לנוכח ההיבט הציבורי של ההורות, סבורה הגישה כי הסדרת ההורות הן במובן של הרגולציה של ההולדה והן במובן של ההכרה המשפטית במעמדו של אדם כהורה, אינה יכולה להתמצות במתן מענה לצרכים ולרצונות של ההורים המיועדים מבלי לקחת בחשבון גם אינטרסים וערכים ציבוריים נוספים הקשורים בהורות כגון שיקולים רוחביים הקשורים בעיצוב מוסד ההורות. הדגשת המימד הציבורי של ההורות פותחת פתח לדיון גלוי ב**אתיקה ההורית**, שהמשפט אמור לשקף ובהקשרים מסויימים אף לעצב. המאמר מציע כי אתיקת ההורות כוללת בראש ובראשונה את האחריות ההורית הבלתי-הדירה והבלתי ניתנת להתנאה לדאוג לטובת הילד. במקרה של הורות זוגית, כוללת אתיקת ההורות אחריות משותפת של שני ההורים ללא היררכיה, וללא אפשרות להסכים על התנערות של אחד מן ההורים מן האחריות המשותפת בכלל ובמקרה של ניתוק הקשר הזוגי בפרט. אולם, בעוד שאתיקת ההורות, כפי שתוארה, משתקפת במידה רבה בדין הקיים, לפחות כאשר הוא מפורש באורו המיטיבי, לגבי יחסי הורים וילדים לאחר לידתם ולאחר שנקבעה זהות ההורה, אתיקה זו מקבלת משקל מוחלש, כאשר מדובר בקביעת ההורות וקולה נשחק כמעט לחלוטין בהקשר לרגולציה של ההולדה. כנגד דיכוטומיה זו בין דיני הורים וילדים, לבין דיני קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה יוצא המאמר הנוכחי. לשיטתי, האתיקה הורית הממוקדת בתפיסת האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד, אמורה להשפיע על תכניה המהותיים של הזכות להורות עצמה ובכללם הרגולציה של ההולדה וההכרה באדם כהורה משפטי. בעיניי, רטוריקה ליברלית-אינדיבידואלית הממוקדת אך ורק בהורה המיועד, צרכיו ומימוש רצונו אינה יכולה לשמש בסיס רעיוני לפעילות מורכבות וייחודית של הפיכת אדם להורה, פעילות שמחייבת התייחסות גם לילד העתידי ולאחריות כלפיו. עם זאת, הנכונות ואפילו הדרישה לשקול שיקולים ולשלב ערכים ציבוריים בעת הסדרת ההורות אין משמעה כי יש לדבוק בערכי המשפחה המסורתיים ולהתנגד להורות של בני זוג מאותו המין. להפך, אתיקת ההורות שאותה מציעה הגישה ה**מוסדתית-ציבורית** רחוקה מהגישה ה**שמרנית-מסורתית** המקדשת את דפוסי המשפחה המסורתיים. ראשית, כחלק מאתיקת ההורות, הגישה מעניקה משקל משמעותי לאוטונומיה של ההורים המיועדים. נוסף על כך, הגישה המוסדתית-ציבורית אינה מונוליטית. היא מכירה ותומכת במגוון דפוסי הורות ומשפחה, ובכללם בהורות של בני זוג מאותו המין. עם זאת, היא מסרבת לכתוב "שיק פתוח" לפיו המדינה חייבת לאמץ כל הסדר הורות כשווה ערך לרעהו כחלק מחובתה "לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו". בהתאם לכך, לצד המחויבות לאוטונומיה של הפרט, תבקש הגישה לעצב את דיני ההורות באופן שיקדם ערכים ואינטרסים ציבוריים הקשורים בהורות ובראשם את ערך האחריות ההורית.

לאחר הדיון העקרוני בגישה המוסדתית-ציבורית ובאתיקת ההורות אעבור לדיון קונקרטי בהורות של בני הזוג מאותו המין. אבקש להראות כיצד בניגוד לאינטואיציה המבקשת לסלק את המדינה ואת החשיבה המוסדתית והציבורית משאלות של הורות והנטייה להניח ששיקולים כאלו יפגעו

Tamir & Dalia Cahana-Amitay, *The Hebrew Language Has Not Created A Title for Me: A Legal and Sociolinguistic Analysis of New-Type Families*, 17 AM. U. J. GENDER, SOC., POL'Y & L. 545 (2009) (להלן: טמיר וכהנא-עמיתי).

בזכות להורות של בני זוג מאותו המין, גישה מוסדית הלוקחת בחשבון את אתיקת ההורות ובכלל זה, האחריות המשותפת כלפי הילד העתידי, וכן אינטרסים ציבוריים הקשורים בהורות עשויה לתמוך ולחזק את מוסד ההורות בכלל ואת הורותם של בני זוג מאותו המין בפרט.

לצורך חידוד והדגמת גישתי אתמקד בשתי סוגיות שעמדו לאחורונה במרכז השיח הציבורי והמשפטי בישראל: הנושא הראשון הוא הזכות של גברים יחידים ושל גברים שהם חלק מזוגיות חד-מינית להזדקק לשירותי פונדקאות. נושא זה נדון בהרחבה בפרשת **ארז-פנקס**¹⁷ שבה נקבע כי ההסדר החוקי הקיים שאינו מאפשר לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להזדקק לשירותי פונדקאות אינו חוקתי. הדיון במאמר בנושא זה יתמוך בתוצאת פסק הדין ובמהלך החוקתי שנערך, אך יבקש, מתוך גישה מוסדית ומתוך מחויבות לאתיקת ההורות, להעשיר הן את ההנמקות והן את ההנחיות הקונקרטיות שנתנו למחוקק. נוסף על כך, נקרא למחוקק להתעשת, לקחת אחריות ולהסדיר את הנושא באופן הלוקח בחשבון מורכבויות שונות שהסעד הקיים שניתן על ידי בית המשפט העליון לא נותן להם מענה. הסוגיה השנייה הינה ההכרה בהורות של בן זוגו של הורה ביולוגי, המצוי בקשר חד-מיני, כאשר בני הזוג החליטו יחדיו על הבאת ילד לעולם ועל גידולו המשותף כהורים. נושא זה מתעורר כיום בעיקר במקרה של בני זוג מאותו המין שהביאו ילד לעולם באמצעות פונדקאות מחוץ לישראל (להלן: **פונדקאות חו"ל**), וכן במקרה של בנות זוג של אימהות לסביות שהרו בהפריה מלאכותית מתורם אנונימי (להלן: **תרומת הזרע**). בית המשפט העליון נדרש בשנים האחרונות בכמה הזדמנויות לדיון בדרך העיגון הראויה של ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי בשני המקרים ואף בנושא זה לא נאמרה עדיין המילה האחרונה.¹⁸ הגישה המוסדית סבורה שלנוכח אתיקת ההורות, עיגון משפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי חיוני לא רק לצורך מימוש זכותו של ההורה הלא ביולוגי להורות, אלא גם מתוך הזכות של בני הזוג, לרבות ההורה הביולוגי, להורות משותפת מבוססת זוגיות, מתוך שיקולי טובת הילד ובשל הצורך החברתי לחזק את מוסד ההורות הזוגית. הגם שהגישה המוסדית סבורה שבעולם אידיאלי ראוי היה שהמחוקק יסדיר את הדרך הקונקרטית של העיגון המשפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי, הגישה מצדיקה בכל זאת את היוזמה שנקטו בתי המשפט והמדינה להסדרה חלקית של הנושא עד אשר יאמר המחוקק את דברו. עם זאת, המאמר יסביר מדוע דווקא מתוך רצון לחזק את הורותם של בני זוג מאותו המין, יש להתעקש על הליך ממוסד, לוחות זמנים נוקשים ועל צו שיפוטי. המאמר אף ידחה את הדרישות הנשמעות מפעם לפעם על ידי תומכי הגישה הליברלית-אינדיבידואלית להסתפק ברישום ההורות במרשם כפי שמקובל לגבי ההורות הביולוגית ויתמודד עם הטענה לפיה דרישה ייחודית לעיגון ההורות הלא ביולוגית שאינה קיימת לגבי הורים ביולוגים פוגעת בשוויון. הדיון בשני מקרי המבחן הללו וביחס המתגבש של המשפט הישראלי כלפיהם, ימחיש אם כן, כיצד נקודת המבט המוסדית ואתיקת ההורות עשויים להציע מקורות תמיכה חדשים בהורות של בני הזוג מאותו המין ובה בעת להציע דרכים להסדרתה באופן הנבדל הן מזו המוצעת על ידי הגישה הליברלית-האינדיבידואלית והן מזו המוצעת על ידי הגישה השמרנית-מסורתית.

¹⁷ ראו פרשת **ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2.

¹⁸ בשעה שמאמר זה נכתב תלויות ועומדות בפני בית המשפט העליון שתי עתירות שאושר לקיים בהם דיון נוסף. ראו, דני"א 1297/20 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 13.4.2021) (להלן: דני"א **פונדקאות חו"ל**) העוסק במעמדו ותחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות במקרה של פונדקאות חו"ל הדיון אוחד עם דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14, העוסק באפשרות לרשום את בת זוגה של נתרמת זרע כאם ללא צו פסיקתי.

מבנית: בפרק הראשון תוצג הגישה המוסדית להורות ונקודת המבט הייחודית שלה, המדגישה את המימד הציבורי שבהורות. כהמשך לכך יוצגו אתיקת ההורות ושיקולי מדיניות ייחודיים המאפיינים את הגישה. בשני הפרקים הבאים איישם את העמדה העקרונית לגבי שני מקרה המבחן שהוזכרו לעיל. בפרק השני, אעסוק במאבק של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין להזדקק לשירותי פונדקאות ובפרק השלישי אעסוק בהסדרת מעמד ההורה הלא ביולוגי באמצעות צווי הורות. בפרק הסיום אסכם את עיקרי הדברים ואקרא לתומכי החשיבה הליברלית-אינדיבידואלית לשקול מחדש את תמיכתם בחופש חוזים מוחלט ובהסדרה טכנית-רישומית-פרטית של ההורות של ההורה הלא ביולוגי. בה-בעת, אקרא לתומכי החשיבה השמרנית לחשיבה מחודשת על התנגדותם להסדרת ההורות של בני הזוג מאותו המין אפילו מנקודת המבט השמרנית שבה הם אוחזים.

א. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות

1. מעבר לטבע ולחווה – ההורות כמוסד חברתי

(א) מיהו הורה? ההורות בין טבע לחווה

בשיח הציבורי והמשפטי בישראל מתנהל וויכוח נוקב בין שתי הגדרות, יהיו שיגידו גישות עקרוניות, לגבי השאלה מיהו הורה: הגישה הביולוגית-טבעית, והגישה החוזית-כוונתית.¹⁹ מן הצד האחד ניצבת הגישה הרואה בהורות בראש ובראשונה כעניין ביולוגי. ההגדרה הביולוגית סבורה שההורה הביולוגי הוא ההורה הטבעי.²⁰ משום כך, על פי הגישה, למעט חריג האימוץ שאותו יש לגדר ולצמצם,²¹ ההורות הביולוגית היא הקובעת את ההורות המשפטית. בהקשר לאבות ההגדרה הביולוגית מתלכדת עם ההגדרה הגנטית ולעומת זאת בהקשר לאימהות, במצבים שבהם האם הגנטית והאם היולדת הן נשים שונות, כגון במקרה של תרומת ביצית ושל פונדקאות, דורשת ההגדרה הביולוגית הכרעה בין שתי האימהות.²² אמנם, המשפט בישראל מכיר בכמה הקשרים

¹⁹ לסקירה של הגדרות שונות לשאלה מיהו הורה והשתקפותם במשפט הישראלי ראו, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12. ראו גם, יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** ו 553, 566-595 (2012) (להלן: "מרגלית 'הורות הסכמית'"). לתיאור ואפיון של הגישות ראו Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 16.

²⁰ ראו ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, פסי 36 לפסק הדין של השופט חשין (1995) (להלן: פרשת **פלונית 3077/90**) ("...[ילדו] של אדם הוא ילדו הטבעי, יוצא-ירכו. אין ילד 'חוקי' ובצדו ילד 'בלתי חוקי'").

²¹ ראו למשל את דברי השופט הנדל בדנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד סד(3) 356, פסי 2 לפסק דינו (2001) "טובת הילד, כשלעצמה, אינה עילה בגדריו של סעיף 13 לחוק. אין מנתקים קשר הדם בין ההורים (הביולוגיים) שאינם מסכימים לניתוק הקשר בינם לבין ילדם, רק משום שטובת הילד דורשת זאת". ראו עוד את דברי השופט מלצר שם, בפסי 29 לפסק דינו: "ראשית לכל, עומדים זכותו של הילד לגדול אצל ההורה הביולוגי שלו, הזכויות והחובות המקבילות של ההורה המוליד לגדל ולטפח את ילדו, ועקרון האוטונומיה המשפטית". בנקודה זו ברצוני להדגיש, העמדה לפיה נטילת ילד מהוריו הביולוגיים והכרזת ילד כבר אימוץ תערך במקרים קיצוניים ועל פי עילות קונקרטיות ולא על פי מבחן מופשט של טובת הילד ניתנת להצדקה בכמה דרכים שמאמר זה אינו המקום הראוי לעסוק בהם והיא אינה נובעת בהכרח מהתייחסות להורות הביולוגית כהורות הטבעית או המועדפת. עם זאת, האמור בטקסט ובהערת השוליים מדגים שרבים מהתומכים בהגדרה הביולוגית של ההורות רואים בהגדרה הביולוגית כמבססת טיעון התומך בהחרגת האימוץ למקרים קיצוניים.

²² ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98 **פלוני נ' אלמוני**, פ"מ התשס"א 97 (2001), שבו השופטת סיוון קובעת שהמבחן לקביעת אבהות, בשונה מן המבחן לקביעת אימהות, הוא המבחן הגנטי. על המורכבות בהקשר של הרכיב הביולוגי באימהות ראו גם את פסק הדין של השופט שילה, בתמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 **פלוני נ'**

בהורות שאינה מבוססת על קשר ביולוגי, כגון בהקשר של המאמר הנוכחי במקרים שבהם נדרשת הכרה בהורותו של בן זוגו של ההורה הביולוגי, המכונים לעיתים בהשראת מונח שתבע המשנה לנשיאה הנדל "זיקה לזיקה"²³. עם זאת, לפחות ברמה ההצהרתית, ההגדרה הביולוגית של ההורות היא עדיין ברירת המחדל, בהיעדר חקיקה נוגדת של הדין בישראל.²⁴

היועץ המשפטי לממשלה (נבו 2.3.2013) (להלן: תמ"ש מיהי האם?). עוד ראו, תמ"ש (משפחה ת"א) 60320/07 ת.צ.נ' היועמ"ש-פרקליטות מחוז תל אביב (נבו 4.3.2013) (להלן: פרשת פרקליטות ת"א) וכן ראו, עמ"ש (מחוזי ת"א) 23848-05-19 פלוני נ' פלונית (נבו 2.4.2020) (להלן: פרשת ההורות המשולשת). עוד ראו את פסיקתו של השופט שנלך לעניין שאלת מיהי האם במשפט העברי, עמ"ש (ת"א) 43811-11-12 **היועץ המשפטי לממשלה ואח' נ' פלונית**, פסי' 48 לפסק דינו (נבו 9.5.2013) ("נטיית הפסיקה ההלכתית מהשנים האחרונות, לאמץ את העמדה הגורסת שהאם הגנטית היא גם האם ההלכתית").

²³ מונח זה נתבע על ידי השופט הנדל בבע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים**, פסי' 22 לפסק דינו (נבו 1.4.2015) (להלן: פרשת **מור יוסף**) ונעשה בו שימוש רב גם בפסקי דין נוספים ראו, בע"מ 3518/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** (נבו 3.2.2020) (להלן: פרשת **פונדקאות חו"ל**); בע"מ 5544/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון** (נבו 14.2.2021) (להלן: פרשת **היועמ"ש נ' איילון**).

²⁴ כך למשל, דעת הרוב בבג"ץ 566/11 **ממט מגד נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (2014) (להלן: פרשת **ממט מגד**) סברה שלצורך הגדרת אדם כהורה לצורך חוק האזרחות נדרשת הורות ביולוגית (והשוו לדעת המיעוט של השופט גיבוראן בפסק דין זה). מעניין לציין בהקשר זה את המעמד המיוחד שמייחס השופט מלצר להורות הביולוגית המשתקף בדרישתו בבג"ץ **ממט הנ"ל** לאפשר לילדים לדעת האם הוריהם המשפטיים הם גם הוריהם הביולוגיים. דרישה שהיוותה את אחד מנימוקי דעת המיעוט שלו – שהתנגדה לרישום של ההורה הלא ביולוגי כהורה, על סמך תעודת הורות ממדינה זרה ללא הליך משפטי נוסף. ראו גם את פסק הדין של השופט מלצר בע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית** (נבו 22.12.2016) (להלן: פרשת **פלונית 7141/15**). שם, תבע את הבחנה בין הזכות להורות שאינה מבוססת בהכרח על הזיקה הביולוגית לבין הזכות להמשכיות המבוססת על המבחן הביולוגי. אף בפרשת **מור יוסף**, שם, שבה הציג השופט הנדל מגוון הגדרות להורות הוא הבהיר שההגדרה המרכזית אליה הוא התייחס כהגדרה הטבעית היא ההגדרה הביולוגית-גנטית. ראו, שם, בפסי' 8 לפסק הדין של השופט הנדל.

לגישה הביולוגית-טבעית להורות מוצבות בשיח המחקרי ובהקשרים שונים אף בדין המצוי בישראל²⁵ ובעולם חלופות שונות,²⁶ המתייחסות להורות התפקודית,²⁷ לשיקולי טובת הילד²⁸ ולקשר הזוגי של ההורים המיועדים²⁹ כמשתנים רלוונטיים לצורך זיהוי ההורה המשפטי במקרה קונקרטי. ועדיין דומה שבשיח המחקרי החלופה המקיפה ביותר לגישה הביולוגית-טבעית הוצבה על ידי הגישה הרואה בהסכמת הצדדים המעורבים³⁰ ובכוונתם להפוך להורים כבסיס הראוי,

²⁵ ראו לדוגמה דבריו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, שם, בפס' 41 לפסק דינו ("לשונו של סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, הקובע כי מעמד של אזרח ישראלי יינתן לימי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים" אינה מחייבת פרשנות שעל פיה הורות מכוח לידה היא הורות ביולוגית-גנטית בלבד. בהקשר זה, העיון בפסיקתו של בית משפט זה מעלה כי לא פעם צומצם משקלה של הזיקה הביולוגית-גנטית בין ההורה לילד, וניתנה הבכורה לשיקולים נורמטיביים אחרים"). ראו גם, בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים**, פ"ד סד(3) 807 (2011).

²⁶ ראו על כך באופן נרחב זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 238-241; מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 576-577.

²⁷ ראו למשל, Jill Handley Andersen, *The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determination*, 30 J. FAM. L. 847 (1991). כן ראו, פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדין" **עיוני משפט** כח 634, 661-643 (2005) (להלן: שיפמן "על המשפחה החדשה"); עוד ראו לאחרונה, Courtney G. NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 40 FAM. ADVOC. 31, 32-33 (2018); Joslin, *De Facto Parentage and the Modern Family*, 40 FAM. ADVOC. 31, 32-33 (2018); Robin Fretwell Wilson, *Relational Parents: When Adults Receive Rights in Children Because of Their Relationship with a Parent*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CHILDREN AND THE LAW 12-14 (James G. Dwyer ed., 2019).

²⁸ ראו למשל, Douglas S. Irwin, *Maternity Blues: What About the Best Interests of the Child in Johnson v. Calvert?*, 24 SW. U. L. REV. 1277 (1995) בעמ' 586-582. אף זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 241 נותנת משקל רב לשיקולי טובת הילד בעת קביעת ההורות אך היא מעדיפה לעגן אותם בחשיבה קישורית נרחבת יותר המביאה לידי ביטוי את מכלול הצדדים לקשר ולא רק את טובת הילד באופן נקודתי.

²⁹ ראו למשל, June Carbone, *Same-Sex and Different-Sex-Relationships: Is it Time for Convergence?*, INT'L SURVEY OF FAM. L. 329 (Margaret Brinig ed., Intersentia, 2019); Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, 12 לעיל ה"ש NeJaime, *The Nature of Parenthood*; 13, בעמ' 2296-2290; עוד ראו, Jessica Feinberg, *Restructuring Rebuttal of the Marital Presumption for the Modern Era*, 104 MINN. L. REV. 243, 274 (2019) (להלן: Feinberg, *Restructuring*); לעמדה מתונה יותר ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** מ 5, 20-19 (2011); במחקר המצוי בהכנה מציעות בלכר-פריגת, נוי נעמן ורות זפרן כי ההורות מכוח הקשר הזוגי תוכר כאדן עצמאי של הורות במשפט הישראלי. מאחר שמדובר במחקר בהכנה שטרם גובש סופית אדחה את ההתייחסות המפורטת לגישתן להזדמנות אחרת.

³⁰ Marjorie Maguire Schultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, WIS. L. REV. 297 (1990); Nancy D. Polikoff, *Breaking the Link; Opportunity for Gender Neutrality*, WIS. L. REV. 297 (1990); Martha M. Ertman, *Love's Promises: How Formal and Informal Contracts Shape All Kinds of Families*, 2 GEO. J. GEN. & L. 57 (2000); Fiona Kelly, *Equal Parents, Equal Children: Reforming Canada's Parentage Laws to Recognize the Completeness of Women-Led Families*, 64 U.N.B.L.J. 253 (2013); לתמיכה בגישה במחקר בישראל ראו מרגלית "הורות הסכמית", לעיל

לקביעת ההורות (להלן: ההגדרה החוזית-כוונתית). על פי הגישה, הבסיס הנורמטיבי הראוי לקביעת ההורות היא ההסכמה או הכוונה לשמש כהורה.³¹ לפיכך, על המשפט לתת תוקף לכוונה להורות הן כאשר מדובר בבני זוג, הן כאשר מדובר בהורים מיועדים שאינם בני זוג ואפילו כאשר מדובר במי שיזם את ההורות כיחיד או כיחידה ללא קשר ביולוגי לילד העתידי.³²

הוויכוח בין ההגדרות השונות להורות נוגע למגוון רחב של סוגיות משפטיות תיאוריות ומעשיות שהן מעבר לעניינו של המאמר הנוכחי. נתמקד אם כן, בהשלכות של הוויכוח על המאבק השמרני-ליברלי בהקשר להורות של בני זוג מאותו המין מתמקד בשתי סוגיות מרכזיות: סוגית הרגולציה של ההולדה וסוגית ההכרה המשפטית בהורות של ההורה הלא ביולוגי. ככלל, מרבית הוויכוח בין הגישה הביולוגית-טבעית לבין הגישה החוזית-כוונתית מתנהל בהקשר לשאלת קביעת זהות ההורה המשפטי, לאחר ההולדה ומשום כך הוא נוגע בעיקר לשאלה השנייה (עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי). עם זאת, בהקשרים שונים, מסתמנת קירבה רעיונית, גם אם לא מתאם מוחלט, בין עמדות היסוד במחלוקת שבין הגישה הביולוגית-טבעית לבין הגישה החוזית-כוונתית לגבי השאלה מיהו ההורה המשפטי, לבין הוויכוח השמרני-ליברלי הרחב יותר שתואר בחלק הקודם לגבי הרגולציה של ההולדה בכלל ולגבי נגישותם של בני הזוג מאותו המין לטכניקות מלאכותיות של הולדה בפרט. מחד, המתנגדים השמרניים להורות של בני זוג מאותו המין, המבקשים בהקשרים שונים להגביל את נגישותם של בני הזוג הללו לטכניקות מלאכותיות של הולדה, מבססים לעיתים את התנגדותם על הצגת ההורות הביולוגית של אב ואם כהורות הטבעית.³³ מנגד, הדגשת האוטונומיה של הפרט המאפיינת את הגישה הליברלית-אינדיבידואלית והתנגדותה למגבלות ציבוריות על הזכות להורות מובילים את האוחזים בגישה לזו להתנגד לרגולציה מגבילה של הולדה מטעמים ציבוריים. כן תומכת הגישה בזכות השווה של ההורה הלא ביולוגי לזיום הליך של הולדה באמצעים מלאכותיים שבסופו יוגדר כהורה, גם כאשר להורה המיועד או להורים המיועדים לא תהייה זיקה ביולוגית לילד הצפוי להיוולד.³⁴ בנוסף לכך, הגישה הליברלית-אינדיבידואלית מובילה במקרים רבים

ה"ש 19, בעמ' 576-580 וכן, יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835, 868-872 (2012) (להלן: "הורות משפטית בהסכמה").

³¹ על ההיבט הכוונתי שבהורות ראו, ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל ה"ש 8; Richard F. Storror, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597, 599 (2002); לדיון מורכב וחדשני בתפקיד הכוונה להורות הנכון לתת לכוונה תפקיד חשוב אף כי לא מכריע בשלילת הורות ביולוגית ראו, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 12; ליתרונות והחסרונות של הגישה החוזית-כוונתית ראו עוד, Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, 24 YALE J.L. & FEMINISM 210, (2012); גם, Melanie B. Jacobs, *Parental Parity: Intentional Parenthood's Promise*, 64 BUFF. L. REV. 465 (2016).

³² ראו פרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23. שם, הוצגה הגישה במלוא עוצמתה על ידי האשה ונדחתה.

³³ לדרישה לקשר ביולוגי של מי מן ההורים כתנאי סף לגיטימי להתקשרות בהסכם פונדקאות ראו, שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל; עוד ראו, פרשת **ארז-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו דאז) גיוראן.

³⁴ ברוח זו בפרשת **ארז-פנקס הראשון**, שם, ביקשו העותרות להזדקק לשירותי פונדקאות למרות שלא הייתה זיקה ביולוגית בינה לבין הילד. עם זאת, עמדתה נדחתה על ידי בית המשפט.

לתמיכה בהגדרה ההסכמית-כוונתית של ההורות ובזכות של אדם להחליט האם ברצונו להיחשב כהורה.³⁵

(ב) אפיון הגישות הביולוגית-טבעית והחוזית-כוונתית כגישות פרטיות והדחיקת ההיבט הציבורי-מוסדי של הסדרת ההורות

באופן אירוני למרות ההבדלים הברורים ביניהן, שתי ההגדרות המובילות להורות הביולוגית-טבעית והחוזית-כוונתית מדגישות את ההיבט "הפרטי" של ההורות.³⁶ לעומת זאת, הן מפחיתות בחשיבות ואולי אפילו מעלימות עין מהתפקיד האקטיבי של המדינה לגבי ההכרעה מי יוגדר כהורה, מי יחווה את עצמו ויחווה על ידי ילדיו כהורה, ומהי אופייה של ההורות. כך, הגישה הביולוגית-טבעית מציגה את ההורות הביולוגית המבוססת על אב ואם, כהורות טבעית³⁷ שהמדינה אמורה

³⁵ עם זאת, חרף הדמיון בין המחלוקת לגבי מיהו הורה לבין המחלוקת לגבי הזכות להורות והרגולציה של ההולדה אין מדובר בזהות מוחלטת. כפי שיעלה מן הניתוח בטקסט באופן היסטורי דווקא גישות שמרניות דחו במפורש או במשתמע את ההגדרה הביולוגית של ההורות והעדיפו הגדרות המבוססות על נישואים, ראו, להלן הי"ש 37. נוסף על כך, חלק מהתומכים הליברליים בזכות חזקה וכמעט לא מוגבלת לשימוש באמצעים מלאכותיים של הולדה לצורך הבאת ילדים לעולם, אינם מאמצים באופן מלא את ההגדרה החוזית-כוונתית לקביעת הורות. ראו למשל בהקשר זה את ניתוח עמדתן של המלומדות בלכר-פריגת וזפרן, לעיל הי"ש 12.

³⁶ להבחנה בין גישות פרטיות לגישות ציבוריות להסדרת הזוגיות ולהצעת גישה מאוזנת, ראו Shahaar Lifshitz, *The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future*, 13 TIL 15 (2012); כן ראו Shahaar Lifshitz, *The Pluralistic Vision of Marriage, in* MARRIAGE AT THE CROSSROADS: LAW, POLICY, AND THE BRAVE NEW WORLD OF TWENTY-FIRST CENTURY FAMILIES 260 (Elizabeth Scott & Marsha Garrison eds., 2012). במאמר זה אני מצביע על כך שגישה ציבורית לזוגיות אינה חייבת להיות שמרנית ואינה חייבת להיות מונוליתית. עמדות אלו, בשינויים המחויבים בין הורות לזוגיות, מנחות גם את המאמר הנוכחי.

³⁷ באופן מעניין להצגה הטבעית של ההורות הביולוגית שותפות הן גישות שמרניות והן גישות ליברליות. כך, במקרים רבים גישות שמרניות מאמצות שיח ביולוגי-טבעי כהצדקה לביסוס המשפחה על בני זוג ממין שונה. ראו למשל את התבטאויותיו של ח"כ מרדכי יוגב בפרוטוקול ישיבה 683 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20, 35 (22.1.2018). ("לכל ילד מגיע שיהיו גם אבא וגם אימא, עם הסיכויים הכי טובים כפי שהטבע ברא. זו זכות טבעית יסודית, וזו זכות לאבא ולאמא על כל המשתמע מכך"). במקרים אלה מדגישים בדרך כלל התומכים בהורות של בני הזוג מאותו המין את ההיבט הלא טבעי של ההורות, ראו את למשל תשובותיה של ח"כ מיכל בירן, שם ("טבעי זה לא ערך, גם לא בעיניך, חבר הכנסת מוטי יוגב. מטוס זה לא טבעי, ניתוח לב פתוח זה לא טבעי, טיפולי פוריות זה לא טבעי. וכולנו שמחים על הדברים שהתאפשרו לנו... העולם מתקדם, הזמן מתקדם, בחברה הישראלית ההכרה בזכויות של להט"ב הולכת וגדלה ומגיעה לקונצנזוס מאוד-מאוד רחב"). עם זאת, במקרים רבים דווקא גישות שמרניות חתרו תחת המבחן הביולוגי בשל רצון לחזק את הנישואים ומשום כך הם התנגדו להכרה בהורות של אב ביולוגי על ילד שנולד מחוץ לנישואים. מנגד, אציין שהתייחסות להורות הביולוגית כהורות טבעית הנוצרת במשפט הטבעי ולא במשפט האדם אינה ייחודית לתפיסות שמרניות דתיות ולעיתים היא שמה בסיס להכרה הליברלית בהורה מחוץ לנישואים כהורה לכל דבר. ראו למשל את הרטוריקה של "משפט הטבעי" או של "קול הדם" בפסיקה הישראלית. כגון דבריו של השופט חשין בפרשת **פלונית 3077/90**, לעיל הי"ש 20, בפסי' 6 לפסק דינו. וכן ראו את דבריו של השופט ברק בע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 467 (1984) ("זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא ולא אחר יקיים את החובות כלפי ילדו... זכות זו של ההורים היא זכות קונסטитуציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול הדם' שבין הורים לילדיהם"). במובן זה צודק פרופ' פנחס שיפמן כי מערכת היחסים שבין הורים וילדים משקפת מתח מתמיד בין

להכיר בה ולהגן עליה, אך לא ליצור אותה.³⁸ משכך, על פי גישה זו מקומם של השיקולים והערכים הציבוריים בהגדרת ההורות מוגבל.

ברם, ההצגה "הטבעית" של ההורות הביולוגית אינה משתלבת עם ההיסטוריה של דיני המשפחה ועם מגמות משמעותיות בדיני ההורות בישראל ובעולם כיום. ראשית, במשך שנים ילדים מחוץ לנישואים נחשבו כילדים לא לגיטימיים והמשפט סירב להכיר בהורות המשפטית של האב הביולוגי.³⁹ הגם שהמוסד של ילד לא לגיטימי בוטל במרבית המערכות האזרחיות, אפילו כיום, המשפט בישראל מקשה על בעל הטוען שאינו האב הביולוגי ולחלופין על טוען לאבהות ביולוגית שאינו נשוי לאם, להוכיח זאת.⁴⁰ מגמות דומות קיימות גם במערכות משפט נוספות מחוץ לישראל.⁴¹

הקרבה המשפטית לבין שיקולים חברתיים. ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 19 (1989) (להלן: שיפמן **דיני המשפחה בישראל** ב).

³⁸ ראו את הציטוט הבא מפסק הדין של השופט ויצמן בעמ"ש (מחוזי מר') 52550-10-18 ע. נ. נ' ד. מ, פס' 14 לפסק דינו (נבו 22.10.2019). (להלן: פרשת **שלושת ההורים**) ("מכל מקום, נראה כי יהא זה נכון לומר כי רוב מערכות המשפט, דתיות וחילוניות כאחד, וכן רבות מתרבויות העולם תופסות את המשפחה הביולוגית כתא בסיס של החברה האנושית ורואות בה – יתא הקודם לצורות השונות של ההתארגנות הפוליטית, הן מבחינה היסטורית והן מבחינה פילוסופית"). ראו, כרמל שלו **הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי, הריון מסוג אחר, עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית** 191, 200, (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים 1996). תא זה המורכב מהורים ומילדים הקשורים לשני ההורים בקשר דם, נתפס כטבעי ולכן כנטול הטיות אידיאולוגיות או הבניות חברתיות ותרבותיות". כן ראו דבריה של השופטת ורבנר בעמ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית** (נבו 24.5.2018) (להלן: פרשת **היועמ"ש חיפה**) ("ההורות הטבעית אינה יציר המשפט, אלא יציר הבורא/הטבע (איש איש כפי השקפתו)").

³⁹ להעדר מעמד לאב הביולוגי שאינו נשוי במשפט המוסלמי ראו, פרשת **פלונית 3077/90**, לעיל ה"ש 20; לאי הלגיטימיות במשפט האנגלו האמריקאי במהלך המאה ה-19 ראו Michael Grossberg, *Governing the Family in Nineteenth-Century America* 197 (1995).

⁴⁰ ראו סעיף 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000. עוד ראו בעניינים אלה, רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" **הפרקליט** 311, 327-330 (2002). וראו גם, שיפמן **דיני המשפחה בישראל** ב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 44-51. המבקרים שניהם את המצב המוביל לכך שהאב הביולוגי לא יוכר כאב. אציין שבמובן עמוק הביקורת על הדין הקיים מהדהדת כשלעצמה את הגישה הביולוגית, שכן היא מניחה שהבעל אינו האב האמיתי ועל כן אין זה הוגן לחייבו במזונות. עוד ראו בעניינים אלה מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269, 297-300 (1998). כן ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 850-851. ראו גם, עמיחי רדזינר "עד שכמעט לא נמצא ממזר מהתורה רק כשהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים" – על פתרונות חדשניים להתרת מקרי ממזרות בבתי הדין בישראל" 20 JSIJ (2021); יחזקאל מרגלית "אמת ויצב – אמת עדיף? – ושוב לדילמת עריכת בדיקת רקמות לקטינים בישראל" **חוקים** טז 17 (2021).

⁴¹ לדינאמיקה המקשה ולעיתים אפילו שוללת לחלוטין על האפשרות לשלול אבהות של בעל ולחלופין להכיר באבהותו של אב מחוץ לנישואים כאשר מדובר באם נשואה ראו, Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989). כן ראו, Feinberg, *Restructuring*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 248-254. להחלשה של חזקת האבהות לאורך השנים ראו Theresa Glennon, *Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption* of *Paternity*, 102 W. VA. L. REV. 547 (2000) June Carbone & Naomi Cahn, *Nonmarriage*, 76 MD. L. REV. 55 (2016), המתארות מצבם שבהם החזקה פועלת גם כיום. עוד ראו, NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, לעיל ה"ש 13; ראו גם, NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2275. ו- Feinberg שם, המבקשים להרחיבה ולהחילה גם על בני זוג מאותו המין. למבט השוואתי רחב יותר ראו June Carbone & Naomi Cahn, *The Past, Present and Future of the Marital Presumption*, in THE

הנה כי כן, בעוד שחלק מן המתנגדים השמרניים של ההורות הלהט"בית מאמצים רטוריקה "טבעית" ודבקים בהגדרה הביולוגית של ההורות, סוגית הילד הלא לגיטימי ובהקשר הישראלי הסיורב להכיר בהורות שעשויה להוביל לתוצאה של ממזרות ממחישים כי גם בחשיבה השמרנית קביעת ההורות אינה רק עניין ביולוגי טבעי, אלא מבנה חברתי הנועד לשקף ולקדם ערכים חברתיים מסוימים, כגון בהקשר של ילד מחוץ לנישואים, דאגה לטובת הילד ואולי גם הגנה על המסגרת הזוגית.⁴² כפי שאסביר בהמשך זוהי בדיוק טענתה של הגישה המוסדית.

זאת ועוד, ההגדרה הביולוגית של ההורות וההתייחסות אל ההורות הביולוגית כהורות טבעית, שאינה דורשת הכרעה משפטית אינה נותנת מענה למקרים של תרומת זרע, בהם ההורה הביולוגי אינו נחשב להורה מן הבחינה המשפטית.⁴³ נוסף על כך, במקרים של תרומת ביצית ושל לידה באמצעות פונדקאות, שבהם קיים פער בין האם היולדת לאם הגנטית, נדרש המשפט להכריע מהו המשתנה הביולוגי הרלוונטי.⁴⁴ מקרה זה ממחיש, אפוא, עד כמה הטכניקות החדשות של ההולדה מחייבות מעורבות משפטית אופרטיבית ולא רק מתן גושפנקה למציאות "טבעית" בעולם. בכל המובנים הללו ההצגה הפרטית של ההורות על ידי הגישה הביולוגית-טבעית כושלת בהפנמת המימד הציבורי חברתי של ההורות.

הגם שהגישה החוזית-כוונתית אינה שותפה לגישה הביולוגית-טבעית בהצגת המימד הטבעי של ההורות הביולוגית, באופן אירוני הדגשת ההיבט הפרטי של ההורות וחוסר הנכונות לתת משקל נורמטיבי להיבטיה הציבוריים, ניכרים גם בגישה חוזית-כוונתית והם משפיעים על יחסה לרגולציה של ההולדה ולקביעת ההורות המשפטית.⁴⁵

כך, על פי גישה **חוזית-כוונתית**, לצורך קביעת הורות על המשפט להתמקד בהסכמות ובכוונות של הטוענים להורות או להימנעות ממנה ועל כן, בדומה לגישה הביולוגית-טבעית הגישה אינה מותירה

Carbone & INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 387, 391–393 (Bill Atkin gen. ed., 2013) (להלן: Cahn).

⁴² במובן זה, ההסדרה המסורתית של דיני הזוגיות מתאימה יותר לתיאור המוסדי של ההורות מאשר הרטוריקה הטבעית-פרטית, לכאורה, הנקטת על ידי תומכי ההגדרה הביולוגית של ההורות. יתרה מזו, גם כיום לצד הרטוריקה הטבעית, חלק גדול מן המתנגדים להורות של בני הזוג מאותו המין מבססים את עמדותיהם על ערכים שמרניים ועל היותה של ישראל מדינה יהודית. דבר המוכיח את ההיבט הערכי של ההורות גם בעיני אלה המציגים את קביעת ההורות הביולוגית כמשקפת מצב עניינים טבעי שאינה דורשת הכרעה ערכית. ראו, לעיל ה"ש 7 והטקסט המתלווה אליה.

⁴³ אציין כי במדינות רבות הסדרת מעמדו של התורם נערכת בחקיקה. ראו לדוגמה, בארצות הברית את הפרק החמישי של UNIFORM PARENTAGE ACT, הקובע במפורש כי התורם לא ייחשב להורה. זהו המצב במרבית מדינות ארצות הברית, ראו למשל UNIF. PARENTAGE ACT § 702 (UNIF. LAW COMM'N 2017). לעומת זאת, בישראל לא קיימת חקיקה המסדירה את מעמדו של התורם, אך בפועל המשפט הישראלי מאפשר תהליך של תרומה אונונימית שהלכה למעשה משחררת את התורם מכל זכות או חובה הורית. ראו על כך ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16.

⁴⁴ ראו פרשת תמ"ש מיהי האם?, פרשת ההורות המשולשת וכן, פרשת פרקליטות ת"א שהוזכרו, לעיל ה"ש 22.

⁴⁵ יתרה מזו, בעוד שבמקרה של הגישה השמרנית-מסורתית, השפה הפרטית מסווה מגוון רחב של שיקולים חברתיים כגון במקרה של הורות מחוץ לנישואים, השורשיים הליברליים-אינדיבידואליים של הגישה החוזית-כוונתית מובילים את הגישה לאמץ באופן מהותי גישה פרטית המפחיתה בלגיטימציה של הסדרה המבוססת על שיקולי רוחב אינטרסים ציבוריים ואתוס משותף.

מקום נרחב מספיק לשיקולים "ציבוריים" רחבים יותר. בדומה לכך, על פי התפיסה הליברלית-אינדיבידואלית העומדת בבסיסה של הגישה החוזית-כוונתית, אף הרגולציה של ההולדה צריכה להתמקד בסיוע להורים המיועדים להגשים את אוטונומית הרצון שלהם ואת תכנית חייהם. משום כך, מקומם של האינטרסים והערכים הציבוריים הקשורים בהורות נדחק. ⁴⁶ כאשר מדובר בילד שטרם נולד, אף שיקולי טובת הילד העתידי מקבלים מעמד משני. ⁴⁷ ההיבט הפרטי של הגישה בא לידי ביטוי מובהק בהקשר להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי. בדומה לגישה הביולוגית-טבעית, אף הגישה החוזית-כוונתית סבורה כי המדינה מצהירה על ההורות, אך לא מכוננת אותה. עם זאת, בעוד הגישה הביולוגית-טבעית מצמצמת את ההיבט ההצהרתי בהכרת ההורות אך ורק להורות הביולוגית הטבעית, מבקשת הגישה החוזית-כוונתית לסווג אף את הכרת המדינה בהורות של ההורה הלא ביולוגי מכוח הסכמת הצדדים, כמצהירה על מצב קיים ולא כמכוננת את ההורות. ⁴⁸ כהמשך לכך, אף במישור הפרוצדוראלי רואה הגישה בעצם המעורבות של המדינה בתהליך ההכרה בהורות רכיב מזיק שיש להכחידו. ⁴⁹

במאמר *Neither Nature nor Contract* parenthood as institution ביקרתי הן את הגישה הביולוגית-טבעית והן את הגישה החוזית-כוונתית והצעתי יסודות ראשוניים לגישה מתחרה אותה כינתי הגישה המוסדית. ⁵⁰ לשיטתי, ההצגה הפרטית של ההורות הן בגרסתה הביולוגית-טבעית והן בגרסתה החוזית-כוונתית מדחיקה את העובדה שהורות איננה רק הסדר פרטי הרלוונטי לנוגעים בדבר, אלא גם ולעיתים בעיקר **מוסד חברתי-ציבורי** social institution, שלמדינה ולמשפט תפקיד חשוב בכינונו ועיצובו. בספרות הסוציולוגית מקובל להתייחס למוסדות **חברתיים** כקבוצת נורמות המעצבות יחדיו דרך מקובלת ומושרשת לביצוע פעולות חברתיות הנחשבות למרכזיות בחברה נתונה. ⁵¹ משפטנים מרבים לעסוק בדרך שבה כללים משפטיים משתלבים עם נורמות חברתיות, עם

⁴⁶ עם זאת וכפי שניתחתי במקום אחר ראו, ליפשיץ "שליטת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16. בעוד שכותבים מסויימים המזוהים עם הגישה ההסכמית מתנגדים בנחרצות לפיקוח ציבורי על ההסכמים כותבים אחרים דוגמת מרגלית, תומכים בפיקוח ציבורי הדוק יותר על ההסכמים הפרטיים. ראו, מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 30. יתרה מזו, כפי שאפיינתי, שם בה"ש 64, הגם שמרגלית מזוהה עם הגישה ההסכמית עמדות שונות בכתבתו מותאימות יותר דווקא לגישה המוסדית.

⁴⁷ ראו Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12 ודיונו הנרחב בעניין ראו, להלן פרק ב, חלק 3, סעיף (ד).

⁴⁸ ראו על וויכוח זה בהרחבה, להלן פרק ג, חלק 1.

⁴⁹ ראו עמדת העותרים בפרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14. בפרשה זו עמדת העותרים נדחתה, אך נקבע דיון נוסף.

⁵⁰ Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 16.

⁵¹ נורמה חברתית, מוגדרת בספרות הסוציולוגית, המשפטית והכלכלית כאמת מידה התנהגותית שקבוצה חברתית, מעצבת ואוכפת לאור ערכיה והיא מגדירה באמצעותו את דפוס ההתנהגות המצופה בהקשר חברתי מסוים. מוסדות חברתיים מכוננים מערכת של משמעויות ותכנים שנהוג לכנות אותם 'כתרבות' ראו לגבי הנושאים הללו, PETER L. BERGER & THOMAS LUCKMANN, *THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY* RICHARD A. SHWEDER, *A TREATISE IN THE SOCIOLOGY OF KNOWLEDGE* 72 (1966) עוד ראו, CLIFFORD ; *THINKING THROUGH CULTURES – EXPEDITIONS IN CULTURAL PSYCHOLOGY* (1991) GEERTZ, *THE INTERPRETATION OF CULTURES* (1973); ראו גם, מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 545 (מנחם מאוטנר, רונן שמיר ואבי שגיא עורכים) (1998) (להלן: מאוטנר "המשפט כתרבות").

מוסדות חברתיים ועם התרבות בכללותה. הם מדגישים את התלות שבין החברה למשפט ואת העובדה שתכני המשפט ממלאים תפקיד חשוב בקביעת הדרך שבה בני האדם מגדירים את טיב היחסים החברתיים שהם נתונים בהם.⁵² בהקשר של המאמר הנוכחי, המשמעות של ההורות כמוסד חברתי-ציבורי משתקפת בכך שהמדינה היא זו שבסופו של דבר קובעת מי יוגדר כהורה ומהי המשמעות הנורמטיבית של ההורות. אף ברמה החברתית המדינה משפיעה על התפיסה העצמית והחברתית של האדם כהורה באמצעות הגדרתו המשפטית כהורה.⁵³ נוסף על כך, במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, ובמיוחד כאשר מעורבים גורמים נוספים לצד ההורים המיועדים, כגון תורם זרע וביצית ואם פונדקאית שיש לשלול את הורתם, ההצגה הפרטית של ההורות מתכחשת לתפקיד המשמעותי של המדינה והסדרה ביצירת התשתית המאפשרת את ההיתכנות המעשית, המשפטית ולעיתים גם הכלכלית, של הולדה באמצעות הטכניקות הללו, שלא לדבר על הסדרי ההורות הנוצרים בעקבותיהם. ודוק, גישתי אינה כופרת בכך שבמקרים רבים, ייתכן שאפילו כברירת מחדל, על המשפט להתייחס להורים הביולוגיים כהורים המשפטיים. היא גם אינה כופרת בכך שכוונות הצדדים המעורבים צריכות להילקח בחשבון בנסיבות מסוימות בעת שנקבע זהות ההורה. ועדיין, על פי הגישה, ההכרעה להגדיר אדם כהורה על בסיס המבחן החווי-כוונתי, ואפילו על בסיס המבחן הביולוגי אינה "טבעית" ואינה מובנת מאליה,⁵⁴ אלא דורשת הכרעה ערכית, קביעת קריטריונים ברורים, ובמקרים מסוימים גם הליך ממוסד. משום כך, הגישה דורשת ממעצבי המשפט לבחון מהם השיקולים המעשיים והערכיים התומכים בהגדרה מסוימת של הורות וליישומה ודרכי מיסודה במקרה קונקרטי. ההיבטים המוסדיים-ציבוריים של הגדרת ההורות המשפטית מתקיימים אף במקרים ה"פשוטים" של הורות שהיא תוצר של קיום יחסי מין, וכמוסבר בשל המעורבות העמוקה של המדינה בהסדרי הפריה מלאכותית, הם נכונים ביתר שאת כאשר מדובר במקרים מורכבים של הורות שהיא תוצר של טכנולוגיות מלאכותיות של הולדה, כגון הזרעה, תרומת ביצית ופונדקאות.⁵⁵

2. אתיקת ההורות – האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד כבסיס האתי של ההורות

⁵² ראו כדוגמיות מבין שלל העוסקים בנושאים אלה, ERIC A. POSNER, LAW AND SOCIAL NORMS (2000); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEG. STUD. 537 (1998); ובישראל, ראו מאוטנר "המשפט כתרבות", שם.

⁵³ ראו, Triger, *Introducing the Political Family*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 369-368. עוד ראו, SUZANNE JOHNSON & ELIZABETH O'CONNOR, THE GAY BABY BOOM: THE PSYCHOLOGY OF GAY PARENTHOOD 173-174 (2002). וכן ראו, טמיר וכהנא-עמיתי, לעיל ה"ש 16.

⁵⁴ וראו בהקשר זה, פרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23, בפס' 9 לפסק הדין של השופט הנדל ("גבולות המוסד המשפטי של ההורות משקפים הכרעה נורמטיבית של חברה נתונה, בזמן נתון, לגבי הנסיבות שבהן ראוי להטיל על פלוני מארג מסוים של חובות וזכויות כלפי ילדים, עקב הקשר שלו אליהם... הן כשמדובר על הורות המבוססת על זיקה גנטית 'טבעית', המוכרת לאנושות משחר קיומה, והן כשמדובר על הורות שנוצרה בזכות התפתחויות טכנולוגיות שהיו מעבר לדמיון אך לפני חמישים שנה, ההסדר המשפטי בעניינן הוא תולדת הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות").

⁵⁵ להבחנה בין הלגיטימציה להתערבות המדינה בהורות הטבעית לעומת ההתערבות המקבילה בהורות המבוססת על אמצעים מלאכותיים ראו Daniel Statman, *The Right to Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSPECTIVES 224 (2003). (להלן: Statman, *The Right to Parenthood*).

הפניית המבט של הגישה המוסדית אל התפקיד האקטיבי של המדינה ואל המימד הערכי שבקביעת ההורות ושל הרגולציה של ההולדה, חשובה במיוחד בכך שהיא פותחת פתח לדיון גלוי במערכת הערכים המנחה, או ליתר דיוק, אמורה להנחות את קביעת ההורות ואת הרגולציה של ההולדה.

מהי, אפוא, האתיקה ההורית המנחה, או למצער, זו האמורה להנחות את ההסדרה המשפטית של ההורות בחברתנו? אני סבור שדיני הורים וילדים הקיימים עשויים להוות נקודת מוצא טובה לזיהוי אתיקה זו ולפיתוחה.⁵⁶ עיון בדיני הורים וילדים של המשפט הישראלי, כמו גם מדינות נוספות במערב ובאמנות בין-לאומיות, יגלה שלמרות ההבדלים בהסדרים השונים ניתן להצביע על כמה קווים משותפים המלמדים על אתיקת ההורות. ראשית, אתיקת ההורות כוללת בראש ובראשונה את דחיית הגישה המסורתית שראתה בילדים שייכים להוריהם, או ככאלו שנועדו להגשמת רצונם אגב התנגדות עמוקה להחפצת ילדים והתייחסות אליהם כאל טובין.⁵⁷ חלף הגישה הבעלותית-קניינית דיני הורים וילדים מציבים את טובתם של ילדים⁵⁸ ואת המחויבות לזכויותיהם⁵⁹ כעקרונות המנחים של התחום. אף שהדין המודרני דוחה את הגישה הקניינית המסורתית, הוא מכבד את האוטונומיה ההורית,⁶⁰ ועמדת המוצא שלו היא שההורים הם המוסמכים לקבל החלטות בענייני ילדיהם ועל המדינה למעט בהתערבות בהחלטות הנוגעות לילדים, למעט במקרים של פגיעה ברורה בטובת הילד ובזכויות ילדים. בשיח המשפטי בישראל ובמדינות רבות בעולם ההכרה באוטונומיה ההורית מקבלת ביטוי בהכרה המשפטית בזכותם של הורים לגדל את ילדיהם⁶¹ ולקבל החלטות

⁵⁶ הדיון במאמר משלב, אפוא, מהלך פרשני שמטרתו הצדקת ההסדרים המשפטיים הקיימים עם יצירת המצע להסדרה חקיקתית עתידית ראויה בנושא. במובן זה, המאמר משקף מתודולוגיה דומה לזו שמציע רונלד דבורקין (Dworkin), המבקש לפרש את החוק באורו המיטבי, אך בה בעת בתהליך של היוון חוזר להציע תיקונים למצב המשפטי לפי הפרשנות הראויה (ראו, (RONALD DWORIKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986)).

⁵⁷ ראו, Barbara Bennett Woodhouse, *From Property to Personhood: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 5 GEO. J. FIGHTING POVERTY 313 (1998).

⁵⁸ ראו סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 211 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: אמנת האו"ם לזכויות הילד) הקובע כי: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (ההדגשה הוספה – ש"ל); כן ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל ב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 219-220; עוד ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה: חלק כללי 124 (2003); זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת 2010).

⁵⁹ להבחנות בין גישת טובת הילד לבין הגישות הממוקדות בזכויות הילד, ראו מאמרו של יחיאל קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט** ז 303, 305-306, 314-315 (2002).
כן ראו Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centred Perspective on Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747 (1992); John Eekelaar, *The Emergence of Children's Rights*, 6 OXFORD J. LEGAL STUD. 161 (1986).

⁶⁰ על האוטונומיה ההורית, ראו את הקדמת העורכים לקובץ RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES 4 (Rebecca Probert, Stephen Gilmore & Jonathan Herring eds., 2009) (להלן: RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES).

⁶¹ על הזכויות ההוריות במשפט החוקתי האמריקאי, ראו Margaret Ryznar, *A Curious Parental Right*, 71 S.M.U. L. REV. 127 (2018). על הזכות של ההורה לגדל את ילדיהם במשפט הישראלי ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 45. וכן, ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2), פסי' 28 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק (2006) (להלן: בג"ץ **עדאלה**).

הנוגעות לגידולם. עם זאת, גם כאשר הדין המודרני מכיר בזכויות ההורות,⁶² הוא מדגיש שאין מדובר בזכות רגילה,⁶³ שנועדה לממש בראש ובראשונה את האינטרס של בעל הזכות,⁶⁴ אלא בזכות המלווה בחובה לפעול למען טובתם של ילדים.⁶⁵ לצד זאת, יש המסתייגים מעצם ההמשגה של

⁶² אפילו באנגליה שבה מודגשת האחריות ההורית מכיר החוק בקיומם של זכויות הורות, ראו למשל את הגדרת האחריות ההורית ב- Children Act 1989, S.3(1). הכוללת, בין היתר, את הזכויות ההוריות. אף סעיף 5 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 58 מתייחס לחובה של המדינות החברות לכבד את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים.

⁶³ על המתח בין זכויות ילדים לתפיסה של זכויות הורות על פי התפיסה הקונבנציונלית של זכויות הממוקדות באינטרס של בעל הזכות, ראו John Eekelaar, *What are Parental Rights*, 89 LAW Q. REV. 210 (1973). השוו בהקשר זה את Phillip Montague, *The Myth of Parental Rights*, 26 SOC. THEORY & PRACTICE (2000) 47 (השולל קיומו של אינטרס מוגן של ההורים באשר לדרך גידול ילדיהם ועל כן מתנגד למושג של זכויות הורות), עם Samantha Brennan & Robert Noggle, *The Moral Status of Children: Children's Rights*, 23 SOC. THEORY & PRACTICE 1 (1997) (לדעתם ניתן להכיר בזכות ההורית ואפילו באינטרס ההורי ובלבד שההכרה באינטרס זה משרתת במכלול הרחב יותר את הגשמת טובת הילד); HARRY BRIGHOUSE & ADAM SWIFT, *FAMILY VALUES: THE ETHICS OF PARENT-CHILD RELATIONSHIPS* 86–111 (2016) (להלן: BRIGHOUSE & SWIFT) (המתייחסים לאינטרס ההורי ולטובת הילדים כמעורבים ומשולבים זה בזה בדרך כלל); אף בישראל הפסיקה העוסקת בזכות של הורים לגדל את ילדיהם מצייגה במקרים רבים זכות זו כזכות משלימה לזכות של ילדים לגדול אצל הוריהם הביולוגיים. לסקירה ולתמיכה מחקרית בגרסה זו ראו, רונה שוז "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007) (להלן: שוז "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים").

⁶⁵ ראו בנושא זה את פסק הדין בעניין *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000), וכן פסק דין *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925). "The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations" של Lord faster בעניין *Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority and Dept of Health* (appeal taken from Eng.) [1986] 1 A.C. 112 (HL). "parental rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. they exist for the benefit of the child and they are justified only in so far they enable the parent to preform his duties toward the child". עוד אזכיר את חוק היסוד בגרמניה (ראו *Grundgesetz [GG] [Basic Law]*, translation at <http://bit.ly/2QA4xdv>), אשר קובע, למשל, בסעיף 26(2), כי: **"The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty"** (ההדגשה הוספה – ש"ל). בדומה לזה, אף בישראל הדוגלים בשפת הזכויות ההוריות מכירים בכך שהזכות ההורית אינה זכות רגילה הממוקדת באינטרסים של בעל הזכות, אלא מדובר בזכות שהיא חובה המוטלת על הורים לדאוג להגשמת טובתם של ילדים ולמימוש זכויותיהם. ראו, דני"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן (1996) (להלן: דני"א **נחמני**) ("משהופך אדם הורה, מטיל עליו הדין חובה לדאוג לילדו. ולא בדאגה בעלמא עסקינן, כי אם בחובה להעמיד את טובת הילד בראש מעייניו"), וכן, שם, דברי הנשיא (כתוארו דאז) ברק ("הורות היא מעמד יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. היא כרוכה בחובות ובזכויות"); ע"א 2266/93 **פלונני, קטין נ' פלונני**, פ"ד מט(1) 221, פס' 9 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר (1995) (להלן: פרשת **פלונני 2266**) ("יש המכנים את זכותו של הורה כלפי ילדו 'זכות מועברת' בשל היותה זכות הנושאת בחובה [...] והחובה האמורה היא חובתם הכללית של הורים כלפי ילדיהם [...] שניתן לסכמה כחובה הכללית של ההורים לפעול לטובת הילד, ולקבל החלטות [...] המקדמות את טובתו"); ע"א 549/75 **פלונני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1) 459, פס' 5 לפסק הדין של השופט כהן (1975) ("הזכויות שיש להורה בילדו, אף הן בגדר 'חובות' הן: ויפה קובע סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שהדאגה לצרכי

הזכות ההורית ומעדיפים לתאר את האחריות,⁶⁶ את הנאמנות⁶⁷ ואת האתיקה של הדאגה⁶⁸ כמושגים המארגנים של יחסי הורים וילדים. בספרות המחקר קיימת מחלוקת עד כמה ניתן להכיר באינטרס ההורי בגידול הילדים, כגון האינטרס לקבוע את מקום מגוריהם של הילדים ואת חינוכם הדתי, כאינטרס עצמאי בר-הגנה של ההורים.⁶⁹ אולם, מבלי להיכנס לעובי הקורה של המחלוקת, ברור לכל שטיב האינטרס ההורי אינו חפצי או בעלותי, הממוקד בצורכי ההורה במנותק מן הילד. עיקרו של האינטרס ההורי הינו האינטרס לגדל את הילד, לקבל עליו אחריות ולדאוג לטובתו.⁷⁰ על כן, ההנאה או הצורך שההורים מפיקים מן ההורות אינם מנותקים מן הדאגה לטובת הילד ובוודאי שאינם יכולים לסתור אותה. משום כך, במקרים שבהם ההורה פועל לטובת מה שהוא חווה כטובת הילד, או טובת המשפחה כמכלול, עשוי להתעורר קונפליקט בין הזכות ההורית לפעול לטובת הילד על פי שיקול דעתו, לבין פרשנות אובייקטיבית של מהי טובת הילד. לעומת זאת, כאשר מדובר בניצול, שימוש בילד, או אפילו בניסיון לעצב ילד בצלמנו ובדמותנו מתוך צורך אישי, אזי אין מדובר בקונפליקט בין הזכות ההורית לבין שיקולי טובת הילד, שכן הזכות ההורית כלל אינה מתעוררת!⁷¹ היבטים אחרים של אתיקת ההורות קשורים בכך שהאחריות ההורית מוטלת על ההורים מעצם הגדרתם כהורים, והיא אינה מותנית בהסכמה מפורשת או משתמעת לתכנים הקונקרטיים שהדין מטיל בעקבות אחריות זו. לכן, אף שהמדינה מאפשרת להורים לקבוע דגמים שונים של חלוקת

הקטין היא גם חובה על ההורים וגם זכות להם"). עוד ראו בעניין זה, את פסק דינה של השופטת דורנר בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד (נ1) 48, 65 (1995) ("הזכויות שיש להורה הטבעי הן אפוא חובות").

⁶⁶ לטענה כי מושג האחריות Responsibility הוא המושג המארגן בהצלחה את מעמדם של הורים כלפי ילדיהם, ראו משרד המשפטים "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" **דו"ח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו** 33–34 (2003), <https://bit.ly/2Xp9GIq>; ראו סעיפים 7–9 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 58; ראו גם את חוק הילדים האנגלי שאחד מחידושי היה המעבר מטרמינולוגיה של זכויות הוריות לטרמינולוגיה של אחריות הורית (Children Act 1989, p. I, §3 (Eng.)). עוד ראו את אסופת המאמרים RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES, לעיל ה"ש 60. להגנה על מושג הזכויות ההוריות ועל זכויות אלה עשויות לבטא אינטרסים עצמאיים של ההורים לצד אינטרסים של ילדים, ראו Andrew Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, in RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITY 23 (2009). עם זאת, גם ביניהם (Bainham) מסכים כי זכויות אלו אינן בלתי מוגבלות, וכי לא ניתן לפגוע בילדים בשמן של זכויות הוריות.

⁶⁷ ראו למשל Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 VA. L. REV. 2401 (1995).
⁶⁸ ראו זפרן "שיח היחסים", לעיל ה"ש 12. שלא כמו שיח הזכויות, המדגיש את האינטרס האישי ואת הנפרדות של חברי המשפחה, שיח היחסים מבוסס על אתיקה של דאגה ("ethics if care"), ומביא בחשבון את הקשרים המורכבים בין חברי המשפחה, את האינטרסים המשותפים ואת הניסיון ליישב סכסוכים בדרך המתאימה לרצונות ולצרכים של המשתתפים. על פי זפרן (שם), אף שעל המשפט להכיר באוטונומיה הנבדלת של הורים וילדים, יש להדגיש את הקשר הנמשך ביניהם ואת האינטרסים המשותפים של הצדדים.

⁶⁹ ראו רונה שוז "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (מאמר בהכנה). במאמר זה, בוחנת רונה שוז את טיבה של הזכות ההורית ובין היתר סוקרת עמדות שונות בהקשר לשאלת ההכרה באינטרס ההורי האישי בהקשרים שונים של גידול ילדים. המאמר טרם פורסם ולמעשה הכנתו טרם הושלמה, אולם פרופ' שוז העמידה טיוטה שלו לעיוני ועל כך אני מודה לה.

⁷⁰ ראו BRIGHOUSE & SWIFT, לעיל ה"ש 64.

⁷¹ ליחסים המורכבים בין מושג הזכות למושג האחריות ולמקרים שבהם האחריות מגבילה את הזכות, ואולי במונחים המוצעים במאמר הנוכחי גלומה בה מלכתחילה, ראו למשל Jeremy Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities*, 43 ARIZ. ST. L. 1107, 1114–1121 (2011).

אחריות עצם המחויבות של הורים כלפי ילדיהם אינה ניתנת להתנאה, אינה הדירה ואינה תלויה בסטטוס הזוגי של ההורים.⁷²

3. הזכות להפוך להורה לנוכח אתיקת ההורות

בשיח המשפטי הקיים, למרות הבדלי השקפות בעניינים ספציפיים, העקרונות הבסיסיים שצוינו כמרכיבים את אתיקת ההורות, ובמיוחד הדגשת האחריות ההורית כאחריות בלתי הדירה, המחויבות לטובת הילד ולזכויותיו והמגבלות על חופש החוזים, מקובלים על רבים כעקרונות המנחים את דיני הורים וילדים לאחר שנקבעה זהות ההורים. לעומת זאת, בהשראת הגישות ה"פרטיות", ובעיקר זו אותה כיניתי הליברלית-אינדיבידואלית משקלם של שיקולי טובת הילד, זכויות ילדים עתידיים והדגשת האחריות ההורית קטן בעת שנדונה זהות ההורה המשפטי,⁷³ והוא מצטמצם דרמטית כשמדובר ברגולציה של ההולדה,⁷⁴ כל זאת בד בבד עם עלייתה של הזכות החוקתית להורות.

במשפט הישראלי הזכות החוקתית להורות מתייחסת לשני היבטים: ההיבט הראשון עוסק בזכות של הורים לגדל את ילדיהם,⁷⁵ וההיבט השני עוסק בזכות להפוך להורים וזאת הן על ידי הבאתם לילדים לעולם והן על ידי ההכרה המשפטית בהם כהורה.⁷⁶

בהיבט הראשון של הזכות ההורית עסקנו בחלק הקודם, עת דנו באתיקה ההורית המשתקפת בדיני הורים וילדים. כאמור, המשפט הישראלי מכיר בזכות של הורים לגדל את ילדיהם ובמקרים רבים הוא מציג זכות זו כטבעית.⁷⁷ ועדיין, ככל שמדובר בזכות ההורים לגדל את ילדיהם, פועל המשפט

⁷² ע"א 664/71 מרחב נ' גיא, פ"ד כו(1) 701, פס"ו לפסק הדין של השופט קיסטר (1972) ("להסכם בין הורים הקובע כי ילדם לא יוכר על ידי האב אין כל תוקף, הואיל וההורים אינם זכאים לשלול מן הילד את הזכות לבקש לקבוע מיהו אביו"); ראו, פרשת פלונית 3077/90, לעיל ה"ש 20. ראו גם, ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999). שם, נקבע כי במקרים של הזנחה רגשית חמורה של אב כלפי ילדיו יינתן פיצוי (נוזיקי). כלומר, להורה יש חובה כלפי ילדיו במישור הרגשי ולא רק הפיזי, גם אם הם לא במשמורתו.

⁷³ למקומם המוגבל של שיקולי טובת הילד בעת שנקבעת ההורות המשפטית, במשפט הנוהג ראו למשל, David D. Meyer, *The Constitutionality of Best Interests Parentage*, 14 WM. & MARY BILL RTS. J. 857 (2006). וכן Carbone & Cahn, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1016-1015; ראו גם NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2334 (המביע חשש נורמטיבי מפני מקומם של שיקולי טובת הילד בהגבלת ההורות).

⁷⁴ לטענה הנורמטיבית כי שיקולי טובת הילד צריכים להיות בעלי תפקיד קטן או אפילו ללא תפקיד כלל בעת הרגולציה של ההולדה, ראו, Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12; רביצקי "הזכות להורות", לעיל ה"ש 12. זוהי גם גישתו של ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל ה"ש 8. כן ראו בבג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (לא פורסם 11.2.1997). שם, פסל בית המשפט את תוקף התקנה שדרשה בדיקת התאמת הורות של אם יחידה. מדובר בפסק דין שניתן בסופו של דבר בהסכמה ומבלי שנושא טובת הילד נדונה בפני עצמה.

⁷⁵ ראו, בג"ץ עזאלה, לעיל ה"ש 61, בפס' 28 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק. כן, ראו את דבריו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר בפרשת פלוני 2266, לעיל ה"ש 65, בפס' 7 לפסק דינו ("זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית").

⁷⁶ ראו, בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 2 לפסק הדין של השופטת בייניש (נבו 24.3.2009). (להלן: פרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה). להיבט נוסף של הזכות להורות הלא הוא הזכות להיות מוכר כהורה נתייחס, להלן בפרק ג של המאמר.

⁷⁷ ראו את המשך דבריו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר בפרשת פלוני 2266, לעיל ה"ש 65, בפס' 7 לפסק דינו ("זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית,

הישראל בהתאם לאתיקת ההורות ומדגיש שמדובר בזכות שיש לשלבה, ובהקשרים רבים להכפיפה, לזכויותיהם של ילדים ולאינטרסים שלהם,⁷⁸ או לחלופין בהתאם לנוסחה המוצעת על ידי, אשר רואה באתיקה ההורית ובמחויבות לטובת הילד חלק בלתי נפרד מתוכן הזכות.⁷⁹ לעומת זאת, ככל שמדובר בהיבט השני של הזכות שעניינו הזכות להפוך להורה ובמיוחד כאשר מדובר בהפיכה להורה על ידי הבאת ילדים לעולם,⁸⁰ ברוח הגישה הליברלית-האינדיבידואלית מדגיש

בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם"). ראו גם דבריה של השופטת בייניש בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, שם. ראו גם, רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872, פס' 2 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2002); בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים**, פ"ד ס(1) 124, פס' 46 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק (2005) (להלן: **פרשת ההורים המיועדים**) ("זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית וראשונית"); תמ"ש (משפחה ת"א) 26140/07 **פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א-אזרחי**, פס' 37 לפסק הדין (נבו 15.2.2010) ("במרכז הזכות המצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם ולהחזיק בהם").

⁷⁸ ראו בהקשר זה את דבריו של השופט ג'ובראן, בבג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 61, בפס' 11 לפסק דינו ("גידולו של הילד על-ידי הוריו, מבטא בו זמנית הן את זכותו של הילד לגדול בבית הוריו והן את זכותם של הוריו להיות אלו שיגדלוהו. שילוב זה של אינטרסים, מגלם בתוכו את מהותם של יחסי ההורים וילדיהם, במסגרת חיי המשפחה, אשר על המדינה להישמר בפני פגיעה בהם ולעשות כן רק באם הדבר מחייב את טובת הילד"); כן ראו, פרשת **פלוני 2266**, שם, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר ("זכות ההורים אינה זכות מוחלטת. זכותם של ההורים היא יחסית, והיא מוגבלת על-ידי זכויות הילד וטובתו. יש שהאינטרסים של הילד, זכויותיו וצרכיו באים לידי ביטוי בעקרון טובת הילד, שעל ההורים לפעול על-פיו בבואם למלא חובותיהם ולממש זכויותיהם; יש שזכויות הילד יעמדו על רגליהן שלהן, והילד יופיע במערכת לא רק כשיקול שיש לקחת בחשבון בעת פתרון סכסוך בין ההורים, אלא כצד מלא לסכסוך, שאת זכויותיו יש לאזן כנגד זכויות הצדדים האחרים לסכסוך"); מנגד, לביקורת על כך שהמשפט הישראלי ממקד את הזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה ונותן מקום מוגבל לזכות של ההורה לגדל את הילד, או למצער, מציג אותה כזכות של הילד ומצמצם את ההכרה אינטרס ההורי העצמאי ראו, דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" **עבודה, חברה ומשפט** יא 275, 281 (2005).

⁷⁹ ראו, לעיל ה"ש 70 והטקסט המתייחס אליה.

⁸⁰ להכרה בזכות להורות במובן של הזכות להביא ילדים לעולם ו/או להפוך להורה ולעמדות השונות בדבר מקורותיה של זכות זו ראו, פרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11 וכן, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2. עוד ראו, בג"ץ 4645/18 **פלונית נ' שר הבריאות**, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 13.2.2019) (להלן: **פרשת התורם הידוע**); ראו, בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274, פס' כט' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013) (להלן: **פרשת בנק הזרע**); עוד ראו, בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים** (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 18.09.2014) (להלן: **פרשת משה**). ראו, שם, בפס' 6-7 לפסק הדין של השופטת ארבל ושם, בפס' 25-26 לפסק הדין של השופטת חיות. מעניין כי בדנ"א **נחמני**, לעיל ה"ש 65, העלה השופט טירקל את העמדה שהזכות להורות איננה נגזרת של זכות אחרת, אלא הינה זכות עצמאית מן המעלה הראשונה (שם, בעמ' 731). אף ספרות המחקר מרבה לעסוק בזכות זו, ראו בין היתר בהקשר הישראלי: שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 27, בעמ' 661-669; ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 9; זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 9; בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 398-401; ברק-ארוז "בעקבות פרשת נחמני", לעיל ה"ש 9; טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 46.

השיח הקיים יותר ויותר את צרכי ההורים,⁸¹ את ההגשמה העצמית,⁸² את חופש הרצון והאוטונומיה שלהם,⁸³ את הצורך שלהם באינטימיות⁸⁴ ובהמשכיות⁸⁵ ואת זכותם לפרטיות,⁸⁶

⁸¹ ראו, ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל ה"ש 8. בחיבור בעל השפעה זה העמיד רוברסטון את הזכות להולדה במרכז ההסדרה של דיני ההפריה המלאכותית ועל כן הוא תומך בצמצום למינימום של ההגבלות האפשריות על השימוש בטכניקות של הולדה בכלל ומסיבות של טובת הילד בפרט. על פי רוברסטון שם, בעמ' 30 "because of the centrality of reproduction to Personal identity, meaning, and dignity... the liberty to procreate [is] an important moral right"

⁸² ראו למשל את דברי השופטת ארבל בפרשת **משה**, לעיל ה"ש 80, בפס' 5 לפסק דינה ("רגש נפוץ ועמוק הנטוע בקיום האנושי ונגזר מהרצון להגשמה עצמית... הרצון להרות ולחבוק ילד יוצא חלציק הינו רצון בסיסי וטבעי המשותף לכל המין האנושי"); ראו גם, דני"א נחמני, לעיל ה"ש 65, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("זהו צורך בסיסי... להגשמה עצמית של הפרטי"). דעה דומה הביע גם השופט טל באומרו "בהחלטה להפוך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמאית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך" (שם, בעמ' 697); ראו גם, בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שרות בתי הסוהר**, פס' 15 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 13.6.2006) (להלן: פרשת **דוברין**) ("הזכות להורות הינה זכות אדם המעוגנת בערך כבוד האדם. בערך זה טמונה זכותו של אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמת עצמיותו במסגרת הבאת ילדים לעולם"); עוד ראו בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122, פס' 38 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2011) (להלן: פרשת **קו לעובד**) ("ההורות נתפסת כהגשמה עצמית של הפרט במובנה העמוק ביותר, והיא מהווה מסימניה המובהקים של המשכיות הקיום האנושי").

⁸³ ראו, פרשת **בנק הזרע**, לעיל ה"ש 80, בפס' ל' לפסק הדין של השופט רובינשטיין ("הזכות להורות כוללת ערך ליבה העומד בפני עצמו – להביא צאצאים לעולם – ומעטפת המגנה על ערך האוטונומיה"); ראו גם את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 76, בפס' 20 לפסק דינה ("הזכות למשפחה ולהורות נקשרת למושג האוטונומיה האישית של האדם" וכן, בפס' 23 לפסק דינה ("הזכות מתפרשת על-פני האוטונומיה של הרצון הפרטי"); עוד ראו, את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **דוברין**, שם; כן ראו פרשת **ההורים המיועדים**, לעיל ה"ש 77, בפס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה ("היא הזכות להורות ש.ל). נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט שהוא אחד היסודות של כבוד האדם").

⁸⁴ ראו, פרשת **ההורים המיועדים**, שם ("הזכות להורות מתממשת בתחום הפרט, בתחומי האינטימי של האדם").
⁸⁵ ראו, דברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 82. לעמדה דומה הצטרפה גם הנשיאה (כתוארה דאז) ביניש ראו, בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 76, בפס' 2 לפסק דינה ("בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם, ובכך להגשים את היצר הקיומי להעמיד דור המשך הנושא את המטען הגנטי של הוריו"); ראו גם את עמדתו של השופט רובינשטיין בפרשת **קו לעובד**, שם, בפס' ו' לפסק דינו ("הזכות החוקתית להורות... שלובה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות"); ראו גם את עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות**, פ"ד נז(1) 419, פס' 31 לפסק דינו (2002) (להלן: פרשת **משפחה חדשה**) ("עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבער בנפשה של אישה ואיננו אָפְל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם"); ראו גם, דני"א נחמני, לעיל ה"ש 65, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה"); כן ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל ב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 151.

⁸⁶ ראו, פרשת **ההורים המיועדים**, לעיל ה"ש 77, בפס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; ראו גם את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, שם, בפס' 20 לפסק דינה ("הזכות למשפחה ולהורות נקשרת... לזכותו לפרטיות").

לכבוד⁸⁷ ולשוויון.⁸⁸ לעומת זאת, השיח המשפטי הקיים בישראל טרם גיבש עמדה ברורה האם וכיצד לשלב את שיקולי טובת הילד העתידי והאחריות כלפיו כגורם מאזן לזכות להפוך להורה,⁸⁹ או אפילו כפי שאני טוען במאמר זה כחלק מהגדרתה.

לחשיבה דו-קוטבית זו יש להתנגד וזאת הן מנקודת מבט אנליטית והן מנקודת מבט חברתית. ברמה האנליטית, על פי אחת ההגדרות המקובלות לזכויות, ההכרה המשפטית בזכות משקפת אינטרסים של בעל הזכות, המצדיקים הטלת חובה על המדינה ועל צדדים נוספים שלא לפגוע בזכות (בז'רגון החוקתי המקובל "ההיבט השלילי של הזכות") ולעיתים גם לפעול למימושה (בז'רגון החוקתי המקובל "ההיבט החיובי של הזכות").⁹⁰ משכך, הזכות להפוך להורה קשורה בטבורה לתכנים המהותיים של ההורות ולאינטרסים הראויים להגנה המגולמים בה. לפיכך, בעולם משפטי ומוסרי שבו ילדים נתפסים כשייכים להוריהם, ניתן להצדיק את הזכות להביא ילדים לעולם ולהיחשב כהורה ברטוריקה הממוקדת אך ורק בצרכים של ההורים ובדרך שבה ההורות עשויה להגשים אותם. לעומת זאת, בעולם שבו הזכויות ההוריות נתפסות כמשרתות רק או בעיקר את הדאגה

⁸⁷ ראו את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **דוברין**, לעיל ה"ש 82, בפס' 15 לפסק דינה; ראו גם עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 82, בפס' 38-39 לפסק דינה ("הזכות להורות, וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה... כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע על זכותו של כל אדם בישראל להולדה ולהורות").

⁸⁸ לזכות לשוויון כבסיס להגדרה ראויה של הזכות להורות בכלל ושל ההורות החברתית בפרט ראו, NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 13; זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 9, בעמ' 18-19; וכן ראו, בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 400-401; עוד ראו, Schuz, *The Developing Right*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 222-223; ליישום הגישה, המבססת טענות להורות על שוויון בישראל ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2. הנשיאה חיות מבססת את הזכות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין לפונדקאות הן על הפגיעה העצמאית בזכות להורות והן על הפגיעה בשוויון (שם, בפס' 15 ו-32 לפסק דינה). לעומתה, השופט הנדל קובע כי לא ניתן לבסס את הזכות לפונדקאות על הזכות להורות אך ניתן לבסס על הזכות לשוויון (שם, בפס' 5 לפסק דינו). כן ראו את עמדת השופט פוגלמן המסביר את הקשר ההדוק בין השוויון לכבוד האדם בהקשר של שלילת הזכות לפונדקאות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו המין (שם, בפס' 11-16 לפסק דינו); עוד ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 46-49 לפסק דינו; ראו גם את מאמרו של חגי קלעי "הורים חשודים פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם** מבזק 28 5 (2014) (להלן: קלעי "הורים חשודים").

⁸⁹ ראו, משרד הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדר חקיקתית של נושא הפרייון והולדה בישראל**, בס' 2.2 (2012) (להלן: **דו"ח ועדת מור יוסף**). מעניין לציין בהקשר זה שבועדת מור יוסף נקבע שיש לאזן את הזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה לבין זכויות הילד (שם, בעמ' 7). עם זאת, בכדי לתמוך בכך צוטט קטע מפסק דינו של בית המשפט העליון מפי השופט שמגר העוסק בהגבלת זכותם של הורים לגדל את ילדיהם כראות עיניהם בשל טובת הילד וזכויותיו וזאת ללא תשומת לב לכך שפסק דינו של שמגר עסק בזכות של הורים לגדל את ילדיהם ובהגבלות של הזכות בשל זכויות ילדיהם וטובתם. ראו, פרשת **פלוני 2266**, לעיל ה"ש 65, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר. כפי שאסביר בהמשך הפרק לגישתי, קיימת הבחנה בין האיזון בין שיקולי טובת ילד לבין הזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה לבין האיזון בין טובת הילד לבין הזכות של הורה לגדל את ילדו. לכן, במובן זה ההיקש שנערך בוועדת מור יוסף בין שני ההקשרים ללא הבחנה ביניהם הוא בעייתי. עם זאת, כאמור בטקסט, גם הדיכוטומיה הנוקשה בין הזכות לגדל את הילד לבין הזכות להפוך להורה המאפיינת את הגישה האינדיבידואלית בעייתית והוא עלול לפגוע בסופו של דבר באתוס ההורות.

⁹⁰ Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, 370 MIND, NEW SERIES 194,195 (1984) בלשונו הוא: "X has a right' if and only if x can have rights, and other things being equal, an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty".

לטובתם של ילדים, קשה להצדיק את הזכות להפוך להורה אך ורק מנקודת המבט של אוטונומית הרצון והצרכים של ההורה המיועד ובכלל זה, רצונו במימוש עצמי ובהמשכיות, מבלי התייחסות לשאלה האם ההורה המיועד נכון לקחת על עצמו את האחריות ההורית והאם הוא מצויד בכישורים המינימאליים הנדרשים לפעול לטובתם של ילדים. בעיניי, כאשר הורה מבקש להביא ילד לעולם בנסיבות או בדרך הפוגעים קשות באיכות החיים של הילד העתידי, הזכות ההורית המגלמת בתוכה כאמור את הרצון לפעול לטובת ילדים כלל אינה מתעוררת.

מעבר להיבט הפילוסופי-אנליטי, הצורך בשילוב אתיקת ההורות בעת גיבושה של הזכות להורות, במובן של הזכות להפוך להורה, נעוץ גם בהיבט החברתי והתודעתי. חלק מן ההיבט המוסדי של ההורות טמון בהבנה כי ההורות אינה רק עניין טבעי, אלא גם תוצר של הבנייה חברתית ושההסדרה המשפטית של ההורות עשויה להשפיע על הבניה זו. לכן, שוקדת הגישה המוסדית על עיצובו של **אתוס ההורות**, אתוס חברתי העוסק בשאלה מי נחשב הורה בחברה נתונה ומהי המשמעות החברתית ובכלל זה, הזכויות החובות והאחריות הנגזרות מכך שאדם נחשב מן הבחינה החברתית כהורה.

השיח המשפטי המכונן את אתוס ההורות מורכב לא רק מדיני הורים וילדים לאחר שנוצרו, אלא גם מהשיח העוסק בהולדה וברגולציה שלה. לכן, שיח משפטי המתמקד בהורה הפוטנציאלי, בצרכיו, ברצונותיו המשוערים ואשר נותן "שיק פתוח" לכל דפוס חיים בהם יבחר, חותר תחת הרצון לכוון אתוס חברתי ומוסרי המבנה את ההורות סביב המושגים של האחריות והדאגה לילדים. בדומה לכך, אני חושש שהשיח החוּזי-מסחרי-אינדיבידואלי המלווה את ההגדרה החוּזית-כוונתית של ההורות המתייחס לעיתים להורות "כמיזם": ליוזם ההורות כיוזם⁹¹ ולמתן הוראות כיצד להתייחס לזרע כמעין צוואה ביולוגית,⁹² עלול לחתור תחת הרצון לכוון את אתוס ההורות על ערכים

⁹¹ ראו את טענותיה של המערערת בפרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁹² אני סבור שניתן להדגים את חששותיי בדבר אי ההתאמה של השיח האינדיבידואלי להקשר של הזכות להורות, באמצעות הסוגייה של השימוש בזרע של נפטר לאחר מותו לצורך הולדה – בחברה הישראלית, יש המעודדים בני אדם לשאוב זרע שישמש להפריה לאחר מותם ופעולה כזו מלווה בהנחיות לגבי הזרע, מכונה בז'רגון 'צוואה ביולוגית'. אירית רוזנבלום "צוואה ביולוגית" **משפחה חדשה** www.newfamily.org.il/services/biologic-will/. כהמשך לכך, השיח המשפטי בנושא ממוקד באוטונומיה של הנפטר ובקביעת חזקות שנועדו להגשים את רצונו המשוער, ראו, "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.2202 (התשס"ג); פרשת **פלונית 7141/15**, לעיל ה"ש 24; בע"מ 1943/17 **שחר נ' מדינת ישראל** (נבו 15.8.2017); בע"מ 6046/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (נבו 2.9.2019). לעומת זאת, שיקולים נוספים שהם מעבר לרצונו המשוער של בעל הזרע ובכללם טובתם של ילדים עתידיים וההשלכה של הולדת ילדים ליתמות מתוכננת על מעמד ההורות כמעט שאינם מקבלים ביטוי. שיח כזה, פוגע ברצון להנחיל אתוס חברתי לפיו ילדים אינם רכוש של הוריהם וככאלה אינם ניתנים למסחור ולהורשה וכי פעילות הורים בכל הנוגע לילדיהם חייבת להתמקד בטובתם של ילדיהם או למצער כפי שאטען בהמשך בקשר שבין הורים וילדיהם ולא רק באינטרסים וברצונות שלהם למימוש עצמי, להמשכיות לאחר מותם או להצבת זכר לקרוביהם. המסגרת הנוכחית אינה מתאימה להצעת הסדר מקיף בסוגייה אך אסתפק בהתרעה כי ההתמקדות באוטונומיה של הנפטר וברצונו המשוער אינה מתחשבת מספיק בהשלכות שיח זה על אתוס ההורות. להרחבה בעניין זהו ראו, *Lifshitz, Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 329-330 וכן, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12. אני מקווה להרחיב בנושא זה בקרוב במאמר שיוקדש לנושא ראו, שחר ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להמשכיות" ספר לכבוד השופט מלצר (בהכנה).

שונים לחלוטין של אחריות ודאגה לטובת הילד וכנגד הרצון להכחיד את התפיסה החפצית קניינית של יחסי הורים ילדים.

נוכח ההבנה כי התכנים השונים של דיני קביעת הורות והרגולציה של ההולדה עשויים להשפיע לא רק על השאלה מי ייקבע כהורה, אלא גם על השאלה מהי הורות, סבורה הגישה המוסדית כי הזכות להורות בשני היבטיה הן הזכות לגדל ילדים והן הזכות להפוך להורה, חייבת להביא בחשבון את אתיקת ההורות ובמיוחד את היבט האחריות והדאגה לטובת הילד, את ההתנגדות למסחור בילדים ולתפיסה קניינית לגביהם.

4. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות – מתיאוריה עיונית לעקרונות פעולה מעשיים

(א) אתגר התחשבות באתיקת ההורות ובשיקולי טובת הילד העתידי בעת הרגולציה של ההולדה

לגישה המוסדית ולאתיקת ההורות השלכה חשובה על אחת מהסוגיות החשובות בכל האמור לרגולציה של השימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, הלא היא, מקומם של שיקולי טובת הילד העתידי בבחינת כשירותם של ההורים המיועדים ובאופן רחב יותר, כשיקול המגביל או למצער משפיע על ההסדרה של טכניקות מלאכותיות של הולדה.

במחקר בעל השפעה, טען פרופ' גלן כהן מאוניברסיטת הרווארד בהקשר של הרגולציה של ההולדה,⁹³ כי למעט מקרים קיצוניים בחריגותם שבהם טוב לו לילד שלא נברא משנברא, שיקולי טובת הילד העתידי⁹⁴ לא יוכלו להצדיק הגבלה של שימוש בטכניקות של הולדה באופן כללי, או אפילו עבור הורים מיועדים ספציפיים. כך למשל, לגישת כהן, כלל שיאסור שימוש בטכניקה מלאכותית של הולדה עבור הורה בשל מגבלת גיל, או כלל שישלול נגישות לטכניקות הללו מהורה מיועד שלא עמד בעבר במחויבויותיו ההורית, כגון הורה מיועד שנטש את ילדיו, או כלל שישלול פרקטיקה של תרומת זרע אנונימית בשל הפגיעה בזכות של הילד העתידי לקשר עם אביו, יובילו לכך, שההורה הספציפי המבקש להשתמש בטכניקה לא יוכל להוליד ומשכך, הילד המסוים לא ייוולד. לכן לדעת כהן, למעט כאמור במקרים קיצוניים שבהם ניתן לאמר שטוב לו לילד שלא יוולד משיולד, לא ניתן להצדיק את הכללים המשפטים המגבילים את ההולדה במקרים הללו בשם טובתם של ילדים עתידיים שלא יבואו לעולם אם יאומצו הכללים המגבילים.

⁹³ ראו, Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12.

⁹⁴ הטיעון של כהן שואב עומק פילוסופי משאלה עקרונית המכונה "**Nonidentity Problem**", **העוסקת בזכויות מי שלא נולד**. לדיון בסוגיה ראו, DEREK PARFIT, REASONS AND PERSONS (1987); ראו עוד את קובץ המאמרים HARMING FUTURE PERSONS (David Wasserman & Melinda Roberts eds., 2009); כן ראו, מאמרו של דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם: תגובה פילוסופית לעמוס שפירא?" **דילמות באתיקה רפואית** 255 (רפאל כהן-אלמוג עורך 2002) והשוו לעמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" **דילמות באתיקה רפואית** 239 (רפאל כהן-אלמוג עורך 2002). בשיח המשפטי בישראל הבעיה התעוררה בעוצמה גבוהה בהקשר לוויכוח שארע בדיני הניקין בהקשר לסוגייה הידועה כהולדה בעוולה ראו על כך, ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986); ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו 28.5.2012). רונן פרי "להיות או לא-להיות? זו כבר אינה השאלה" **מחקרי משפט** כט 61 (2013). מרכזן של הסוגייה הנזיקית ניצבת התחבטות כיצד יש להתייחס למעשה הגורם נזק לאדם שטרם נולד ושאלמלא המעשה לא היה נולד.

יודגש, הגם שגישתו של כהן זוכה לאהדה רבה במחקר ובמיוחד על ידי חוקרים המזוהים עם הגישה הליברלית-אינדיבידואלית,⁹⁵ ברמה הפוזיטיבית, מרבית שיטות המשפט⁹⁶ ובכללן המשפט הישראלי, אינן מאמצות את הטיעון במלואו והן נכונות לשלב שיקולים של טובת הילד העתידי בדיון על רגולציה של הולדה ובכלל זה, לקבוע אמות מידה העוסקות בכשירותם של הורים מיועדים, אף כי במתכונת שונה מזו המקובלת בהקשרים אחרים בהם מופעל מבחן טובת הילד.⁹⁷ הגישה המוסדית ואתיקת ההורות מספקים תשתית תיאורטית לשיטות המשפט שגם כיום נכונות לשקול שיקולים אלה.

ברמה האינסטרומנטלית, הגישה המוסדית פותחת פתח לשיקולים ציבוריים שהם מעבר לעניינים של בני הזוג המיועדים. בהתאם לכך, הגישה עשויה להצדיק פיקוח על כשירות הורים עתידיים ועל נכונותם ליטול את האחריות על הילדים שיוולדו, בטענה שבהעדר אחריות הורית על הילדים הללו, הנטל לדאוג לטובתם יוטל על הציבור. אולם, בעיני עיקר הבעייתיות בטיעון נגד התחשבות בטובת הילד שלא בא לעולם כפי שהוצג לעיל, נעוצה באתיקת ההורות ובהשפעה על אתוס ההורות. לשיטתי, הגבלה של טכניקות הולדה ואפילו פיקוח על כשירות הורים מיועדים, עשויים להיות מוצדקים לא בשל ההגנה על הזכויות של ילד עתידי ספציפי, שטרם נולד,⁹⁸ אלא בגלל רצון להבנות את ההורות כמוסד המעמיד במרכזו את האחריות ההורית ואת הדאגה לטובתם של ילדים בכלל. הגם שהזכות להורות מבוססת במידה רבה על כמיהתו של אדם להיות הורה, כמיהה זו אינה יכולה להיות מנותקת מן האחריות לטובתם של ילדים עתידיים ולדאגה לאיכות חייהם, אגב מתן משקל לשני ההיבטים גם יחד.⁹⁹ משום כך, גם כאשר טובתו של הילד המסוים אינה יכולה להצדיק רגולציה האוסרת הולדה בדרכים מסוימות, שכן טוב לו לילד שיוולד משלא ייוולד, שיקולים רוחביים הקשורים באתיקת ההורות ובעיצוב אתוס ההורות סביב תפיסת האחריות והדאגה לטובתם של ילדים, עשויים להצדיק רגולציה ואפילו מגבלות על הולדה שעלולות להביא ללידתם של ילדים, שיש חשש ממשי לאיכות חייהם ו/או שהטכניקה להולדתם מלווה בהתנערות מאחריות הורית. בעיניי,

⁹⁵ ראו, לעיל ה"ש 12 וכן, ראו את דבריו של ROBERTSON, לעיל ה"ש 81.

⁹⁶ בכך מודה כמובן כהן שחלק ניכר ממאמרו עוסק בתיאור המצב הקיים שבו במגוון ארצות ואשר למגוון נושאים שיקולי טובת הילד מוצגים כשיקול מרכזי להגבלות על הולדה ראו, Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 445-447.

⁹⁷ ראו, דו"ח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 89, בס' 2.2. עמדתו של כהן לא התקבלה ובמקומה אומצה בנוגע לילד שטרם בא לעולם הגישה של "סיכון גבוה לפגיעה משמעותית בילד". הוועדה מראה כי הגישה שאימצה היא המקובלת גם באירופה. למשל, בחברה האירופית לפיריון ואמבריולוגיה (שם, בעמ' 19). למקומם של שיקולי טובת הילד וטובת הציבור בהכרעות על רגולציה של הולדה ראו גם, Statman, *The Right to Parenthood*, לעיל ה"ש 55. לדחיית ההבחנה בין טובת ילד שכבר נולד לטובת ילד שלא נולד ולטענה כי קיומו של אב ידוע היא זכות של הילד שטרם נולד, ראו את חוות דעתו של השופט שפירא בה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (נבו) 26.7.2006.

⁹⁸ השוו לעמדתה של Schuz, *The Developing Right*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 213-214, הסבורה שבמקרים שבהם עלול להגרם לילד עתידי נזק ממשי אחריות החברה היא למנוע את היוולדותו. דומה שבניגוד לעמדה המוצגת במאמר הנוכחי שזו ממוקדת בזכויות של הילד הקונקרטי ופחות באתוס ההורות.

⁹⁹ מעניין להשוות את הטיעון המובא בטקסט לעמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת דני"א נחמני, לעיל ה"ש 65, בפס' 9 לפסק דינה, לפיה היבט האחריות והחובה שבהורות תומך בזכות של דני נחמני שלא לשמש כהורה.

כאשר הורה מבקש להביא ילד לעולם, הגם שאינו כשיר לגדלו תוך התעלמות מסבל ממשי שממנו עלול לסבול הילד, הוא חותר תחת ערך ההורות ולכן אינו יכול לחסות תחת הזכות להורות.¹⁰⁰ כיוצא בזה, במצבים שבהם הורה מעוניין להביא ילד לעולם, למשל אך לא רק, בשל רצונו בהמשכיות, מבלי להיות אחראי לגידולו, כגון במקרים של תרומת זרע, או של הולדה לאחר מוות, לא ניתן להגן על רצונו בשם הזכות להורות של התורם.

(ב) הערת אזהרה כנגד שימוש נרחב בשיקולי טובת הילד העתידי לצורך פסילת הורים מיועדים

לצד הנכונות העקרונית של הגישה המוסדית בהשראת אתיקת ההורות לקחת בחשבון שיקולים העוסקים בטובת הילד העתידי כאמת מידה לבחינת טכניקות של הולדה בכלל וכאמת מידה לבחינת כשירותם הורים מיועדים בפרט, ברצוני להציב כמה תמרורי אזהרה הניצבים כנגד שימוש נרחב בשיקולים אלה לצורך שלילת הנגישות של הורים מיועדים לטכניקות מלאכותיות של הולדה.

ראשית, חשוב להזכיר כי דיני הורים וילדים מייחסים חשיבות רבה לאוטונומיה ההורית ולמעט במקרים חריגים, מוענקת להורים הסמכות לקבוע מהי טובת ילדיהם ואמות המידה להתערבות המדינה בהחלטות הללו מצומצמות יחסית.¹⁰¹ מבלי להזדקק לדיון מעמיק בהצדקות לכך, אזכיר שאוטונומיה הורית נחוצה על מנת לאפשר להורים לפעול כדי לקדם את טובת ילדיהם ואת מימוש זכויותיהם.¹⁰² נוסף על כך, אוטונומיה הורית משקפת מדיניות ליברלית, החוששת מפני מתן כוח דורסני למדינה ולרשויות ולבסוף, לפי גישות מסוימות אוטונומיה הורית משקפת הכרה באינטרס עצמאי מוצדק של ההורים.¹⁰³ דברים אלה נכונים לא רק לגבי ילדים שכבר נולדו, אלא גם לגבי ילדים עתידיים. לכן, דווקא בשל טענתי שאתיקת ההורות, כפי שפותחה בדיני הורים וילדים, צריכה להשפיע על הרגולציה של ההולדה לנוכח ערך האוטונומיה ההורית, יש לצמצם את מרחב הלגיטימיות של המדינה לקבוע שמאפיינים מסויימים של הורים מיועדים משקפים פגיעה בילד העתידי וככלל, בכפוף לחריגים שיסוכמו בהמשך יש להותיר את ההחלטה ואת שיקול הדעת בנושא להורים עצמם.

שנית, המינונים בין המרכיבים השונים של אתיקת ההורות ובמיוחד, בין אלו העוסקים בצרכי ההורים ובכיבוד האוטונומיה שלהם לבין שיקולי טובת הילד, אמורים להיות מושפעים מן ההקשר הספציפי. כך, לדעתי ככל שמדובר ביחסי הורים שכבר הוגדרו משפטית כהורים וילדים, שכבר נולדו, שיקולי האינטרסים, הצרכים והזכויות של ילדים צריכים לקבל את המקום המרכזי וזאת לנוכח העובדה שבמקרה כזה, לצד ההגנה על אתיקת ההורות ואתוס ההורות, זכויותיו של ילד

¹⁰⁰ והשוו לטיעון של McDougall על שלילת דרכי הולדה והתרבות המשקפים תפיסה הרואה בהורות דרך לשכפול העצמי. R. McDougall, *Acting parentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 601 (2005).

¹⁰¹ ראו, לעיל פרק ב, חלק 2, סעיף (א).

¹⁰² BRIGHOUSE & SWIFT, לעיל ה"ש 64, וכן שוו "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים", לעיל ה"ש 64.

¹⁰³ ראו הדיון אצל שוו, לעיל ה"ש 69.

קונקרטי מוטלות על הכף.¹⁰⁴ לעומת זאת, כאשר מדובר בקביעת ההורות המשפטית ובוודאי בהקשר לרגולציה של ההולדה, יש מקום רב יותר לצרכים ולרצונות של ההורים המיועדים וזאת הן בשל העובדה שמדובר על ילד שטרם נולד ולכן זכויותיו הפרטיות טרם התגבשו, והן בשל העובדה שהתערבות בהולדה פוגעת לא רק בזכות להורות, אלא גם בהיבטים אינטימיים נוספים של חי האדם, שהתערבות בהם טומנת בחובה סכנות משמעותית לערכי הפרטיות והאוטונומיה. משום כך, שלא כגישה הליברלית-אינדיבידואלית הממוקדת אך ורק בהורים המיועדים ובגישה השמרנית-מסורתית המתעלמת לחלוטין מערך האוטונומיה, הגישה המוסדית שבמרכזה אתיקת ההורות מבקשת לאזן בין השיקולים השונים.

שלישית, יצירת קטגוריות נוקשות העוסקות בשאלה באילו סוגים של בתים והרכבי משפחות יכולים ילדים לצמוח ולפרוח מנוגדת לאמונה ההומניסטית העמוקה באדם וביכולתו לצמוח במגוון מצבים ונסיבות.¹⁰⁵ נוסף על כך, קטגוריזציה של הורים "טובים" ו"רעים" על בסיס מאפייניהם הגנריים כגון גיל, נטייה מינית, מגדר ומצב משפחתי, להבדיל מבדיקה פרטיקולארית של בני הזוג המיועדים, מעוררת חשש מפני הפליה מובנית כלפי קבוצות מיעוט, המכונות לעיתים במשפט החוקתי קבוצות מיעוט "חשודות" החורגות מדרכי החיים של הרוב.¹⁰⁶

לבסוף אזכיר, כי מסקנתנו לפיה על הדין לשקול שיקולי טובת הילד העתידי, אף כי באופן מוגבל וזהיר בעת הרגולציה של טכניקות מלאכותיות של הולדה, מעוררת כמובן את ההשוואה לרתיעה הקיימת בדין מהתערבות בהולדה טבעית. בספרות העוסקת ברגולציה של ההולדה, מועלות טענות בעלות תוקף כנגד השוואה בין הרגולציה של ההולדה הטבעית לרגולציה של ההולדה באמצעים מלאכותיים.¹⁰⁷ הגם שהמסגרת הנוכחית אינה מתאימה לדיון מעמיק בהצדקות הללו אזכיר את המרכזיות שבניהן. ראשית, מנקודת המבט של הצדדים, התערבות בהולדה טבעית מחייבת התערבות בקיום יחסי מין ו/או פולשנות גופנית ומשום כך הפגיעה בפרטיות הצדדים רבה יותר מזו הקיימת בטכניקות המלאכותיות של ההולדה. על כן, גם אם קיימת הצדקה מוסרית למנוע הורות עתידית מעברייני מין, או ממי שלא עמדו בעבר באופן שיטתי במחויבות שלהם כלפי ילדיהם, אכיפת

¹⁰⁴ השוו לסעיף 21 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 58, לפיה במקרים של אימוץ טובת הילד תהווה שיקול מכריע.

¹⁰⁵ ראו בהקשר זה את הדיון שערכתי במאמרי "שליטת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 45 בשיקולים התומכים במתן אפשרות לאימהות יחידות להשתמש בתרומות זרע למרות החשש לטובת הילד העתידי.

¹⁰⁶ ראו, קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 88, בעמ' 20 ו-25. ראו גם, טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 9; בהקשר של אימוץ ראו, צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 498, 437 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים (2016) (להלן: טריגר ומאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו").

¹⁰⁷ ראו, Statman, *The Right to Parenthood*, לעיל ה"ש 55; Joshua Shaw, *Regulating Assisted Reproduction: Discrimination and the Right to Privacy*, 14 CLINICAL ETHICS 87 (2019) (המצדיקים הפעלת אמות מידה שונות להתערבות באפשרות להורות במקרה של לידה טבעית, לעומת אמות המידה המופעלות במקרה של הפריה מלאכותית). אולם, השוו למאמרו הפרובוקטיבי של Lafollette הקורא לרישוי של הורות גם כאשר מדובר על הורות טבעית. ראו Hugh Lafollette, *Licensing Parents Revisited*, 27 J. APPLIED PHIL. 327 (2010) וכן לגרסה המקורית המוקדמת יותר, ראו Hugh Lafollette, *Licensing Parents*, 9 PHIL. & PUB. AFFAIRS 182 (1980).

איסור כזה במקרה של הולדה טבעית דורשת רמת פולשנות ופגיעה בפרטיות מעבר לזו הקיימת בהולדה מלאכותית. שנית, מנקודת המבט של המדינה אין להתעלם מן ההבדל בין התפקיד הפסיבי של המדינה בהולדה טבעית לבין האחריות המוגברת שלה במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, הן בהיבט המימון והן בצורך ברגולציה המאפשרת את השימוש בטכניקות הללו, במיוחד במצבים של תרומות זרע ביצית ופונדקאות שבהם נדרשת המדינה לא רק להכיר בהורות, אלא גם לנתק את הזיקה ההורית המתחרה (תורמי הזרע והביצית במקרה של תרומת הזרע והביצית ושל האם היולדת במקרה הפונדקאות). לבסוף, הטכניקות המלאכותיות של ההולדה פותחות את הפתח לאפשרויות שלא קיימות באמצעים טבעיים (כגון, הולדה בגיל מבוגר) ומשכך, הן דורשות דיון במצבים שכלל לא מתעוררים במצבים של לידה טבעית. אולם, גם אם ההצדקות הללו משכנעות כי מוצדק להבחין בין אמות המידה להסדרת ההולדה הטבעית לבין אמות המידה להסדרת ההולדה באמצעים מלאכותיים של הולדה, אני סבור שהרתיעה המוכרת מפני התערבות בהולדה טבעית, עשויה אף היא לתמוך במדיניות המבקשת למתן ולצמצם את הפיקוח על כשירות ההורים העתידיים מטעמי טובת הילד העתידי.

אסכם, לנוכח ההיבט הציבורי של ההורות, אין להסכים להזרה מוחלטת של שיקולי טובת הילד העתידי מן הרגולציה של ההולדה באופן כללי ובוודאי שלא ניתן לעשות זאת בהליכים מורכבים המערבים צדדים שלישיים ודורשים גושפנקה ולעיתים מימון מדינתי. עם זאת, לנוכח השיקולים שהוזכרו יש לאזן בין שיקולי טובת הילד לבין האוטונומיה ההורית ויש לנקוט מדיניות זהירה, המאפשרת את שילובם של שיקולי טובת הילד העתידי באחד משלושת המצבים הבאים: (1) הורים מיועדים נטולי כשירות מינימאלית לדאגה לילדים; (2) הולדה שאינה מלווה בלקיחת אחריות על ילדים כגון במקרה של תורם זרע המצהיר על כך שלא יהיה מעורב בגידול הילדים; (3) במקרים מסויימים אף היסטוריה של הזנחת ילדים וסיכונם; זהירות מיוחדת נדרשת בטרם יוחלט על איסור קטגוריאלי המוטל על הורים מיועדים להזדקק לטכניקות מסוימות של הולדה בשל המאפיינים הקבוצתיים שלהם. לכן, עדיפה בדרך כלל, בחינה קונקרטיית של התאמת ההורה או ההורים הספציפיים מאשר קביעת איסור גורף על בסיס מאפיין קטגוריאלי. עם זאת כאשר מדובר בקטגוריות המעוררת חשש מבוסס לחוסר כשירות קיצוני של ההורים המיועדים או במקרים שבהם בדיקה פרטנית מעוררת קשיים מיוחדים אין מנוס על פי הגישה המוסדית מאיסור קטגוריאלי. דיון מקיף בדרך שבה ניתן לשלב ולאזן בין העקרונות השונים הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי משכך, בפרקים הבאים של מאמר זה אבקש לחשוף כיצד אתיקת ההורות וההתחשבות בטובת הילד הייתה עשויה לתרום לשיח בנושא הזכות להורות של בני זוג מאותו המין ובמאמרי המשך אבקש להדגים את פוטנציאל הגישה גם בעניינים נוספים.¹⁰⁸

5. השפעת ההיבטים המוסדיים ואתיקת ההורות על קביעת ההורות

¹⁰⁸ ראו, ליפשיץ "שליטת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16. מאמר זה אני מיישם את הגישה המוסדית כדי להסביר את ההבחנה בין הסכמים לא לגיטימיים לשליטת אבהות לבין תרומת זרע לגיטימית. נוסף על כך אני בוחן לנוכח הגישה המוסדית את היחס הראוי כלפי סוגיית תרומת הזרע מתורם ידוע. כן ראו ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להמשכיות", לעיל ה"ש 92 (במאמר זה לנוכח, הדגשת היבט נטילת האחריות שבהורות אני מבקר את האפשרות לבסס את כיבוד רצונו המשוער של הנפטר לצורך הוצאת זרע מן המת על הזכות להמשכיות).

בסעיפים הקודמים עסקנו בדרך שבה אתיקת ההורות פותחת פתח לשילוב שיקולי טובת הילד העתידי, במסגרת הרגולציה של ההולדה ואת השפעתו על הזכות להפוך להורה על ידי הבאת ילדים לעולם. הוויכוח על ההורות ובכלל זה הדיון בזכות להפוך להורה עוסק לא רק באפשרות להביא ילדים לעולם, אלא גם בקביעת ההורות המשפטית. ואכן, הגם שמהגישה המוסדית-ציבורית ומאתיקת ההורות לא נגזרת תשובה אחת לשאלה מיהו הורה, הן פותחות פתח למגוון שיקולי מדיניות לגבי סוג וטיב ההסדרה הנדרשים שאינם מקבלים ביטוי מספיק במסגרת הגישות הפרטיות:

ראשית, על פי הגישה המוסדית, לאתיקת ההורות ובמיוחד לשאלת נטילת האחריות והדאגה לטובת הילד מקום מכריע בקביעת זהות ההורה המשפטי בסיטואציות מסוימות. על כן, בניגוד לגישות הקובעות את ההורות על בסיס הביולוגיה ו/או הסכמת הצדדים כקריטריון בלעדי, הגישה המוסדית תבקש לקבוע אמות מידה המשקפות את אתיקת ההורות, אמות מידה אלה עשויות להבחין בין מצבים שונים ולהגדיר בסיטואציות שונות את ההורה המשפטי באופן שיגשים ויקדם את ערכי ההורות.

שנית, ובמתח מסוים לנקודה הקודמת על פי הגישה המוסדית, לצורך הסדרת הציפיות של בני המשפחה זה מזה ובינם לבין החברה בכללותה, נדרשת הגדרה ברורה של זהות ההורים ותפקידם והבחנה בינם לבין מבוגרים אחרים שלהם תפקיד אחר בחיי הילד.¹⁰⁹ משום כך, מנקודת מבט מוסדית, על המשפט לגבש הגדרה ברורה לשאלה מיהו ההורה המשפטי בקטגוריות שונות של מקרים ולא לאפשר הכרעה הד-הוק בהתאם לנסיבות נקודתיות ספציפיות. על פי הגישה, למרות הפיתוי להתאים "חליפה" למקרה הקונקרטי¹¹⁰ ולהגמיש את המושג "הורות",¹¹¹ יש לשאוף להגדרה ברורה ולהישמר מהגדרות גמישות יתר על המידה שירוקנו מתוכן את ההיבט המוסדי של ההורות.¹¹²

¹⁰⁹ בהקשרים מעט שונים ראו, Elizabeth S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 VA. L. REV. 1901 (2000).

¹¹⁰ והשוו בהקשר זה את גישתי עם כתיבתה המוקדמת של רות זפרן, אשר מתוך גישה קישורית מבקשת לשמוע בכל מקרה ומקרה את העמדות ונקודות המבט של כל המעורבים ומתוך תהליך זה לקבוע את ההסדר ההורי המתאים. ראו, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12.

¹¹¹ כך למשל, בהקשר לסוגיית התורם הידוע רבים מן התומכים בגישה החוזית סבורים שיש לאפשר לתורמים ולאם או לזוג האמהות המיועד להתקשר בהסכמים הקובעים מעמד ביניים של תורם המעורב חלקית בחיי הילד הגם שאינו חב במחויבויות הרגילות של הורים. ראו, יחזקאל מרגלית "מיג'בתי' זרע ועד לזיהור התורם" – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר!" עתיד להתפרסם **בדין ודברים** (2021) (להלן: מרגלית "לקראת נקודת איזון"). לביקורת על הגישה ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 61-62.

¹¹² ואף בהקשר זה מעניינת האנלוגיה להקשר הקנייני ולטענתם של מריל וסמית' בדבר יתרון הסטנדרטיזציה של המוסדות הקנייניים. ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law*, 110 YALE L.J. 1 (2000) (להלן: Merrill & Smith). דומה כי אף בתי המשפט מסכימים לעניין זה, וראו בהקשר זה את דבריו של השופט הנדל בפרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23, בפס' 26 לפסק דינו ("הגדרת ההורות חייבת לכלול ממדים אובייקטיביים, כללים וסטנדרטים – על פי בחירת המחוקק"); ראו, מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 556 ("נושא מרכזי ורגיש זה של קביעת הורות משפטית מצריך הסדרה מקיפה וקוהרנטית של כלל הדילמות שבהן עולה סוגיה זו כדי למנוע הכרעות שיפוטיות

שלישית ועם קשר לנקודה הקודמת, ככלל רצוי להגדיר מיהו ההורה המשפטי בסיטואציות משפטיות טיפוסיות באמצעות חקיקה.¹¹³ הגדרה חקיקתית, במיוחד אם תנוסח בצורה ברורה ולא מעורפלת, תגשים את האינטרס המוסדי בהבניה ברורה של המוסדות המשפטיים בצורה מוצלחת יותר מאשר מתן שיקול דעת נקודתי לבית המשפט הדין בעניין ושבמקרים רבים מוטה בהתאם להשקפה הנקודתית של השופט העוסק בדבר. עקרונית, אף פסיקה מנחה של בית המשפט העליון עשויה להגשים את הצורך בהבניה ברורה של המוסד החברתי של ההורות. עם זאת, בהינתן המימד החברתי של ההורות וההכרה בקשרי הגומלין שבין ההתנהגות הפרטית לערכים ולאתוס החברתי, דומה כי בהקשר זה רצוי שהמחוקק המשקף את ריבונות העם יאמר את דברו,¹¹⁴ וזאת כמובן בכפוף לביקורת החוקתית וההצדקות המקובלות לה. נימוק נוסף לטובת הסדר חקיקתי הוא דוקטרינת ההסדרים הראשוניים (על-פי כלל זה: "מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מנהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהלי").¹¹⁵ אף החשש שהגדרה מצמצמת של הורות עלולה לפגוע בזכויות האדם של מי שאינם כלולים בה, תומכת בהסדרה חקיקתית שכן על פי חוקי היסוד פגיעה בזכויות אדם חייבת להתבסס על הסמכה חוקית מפורשת.

רביעית, הגישה המוסדית מייחסת חשיבות לעיצוב פרוצדורות ברורות שבאמצעותן יוצהר, קרוב ככל האפשר להולדת הילד, מיהו ההורה המשפטי. לפרוצדורות הללו חשיבות מיוחדת בהליכים שבהם נדרש המשפט לתת תוקף משפטי להורותו של ההורה הלא ביולוגי ולמיסוד מעמדם של שני

סותרות שיינתנו נקודתית במקרים השונים שיתגלגלו לפתחו של בית המשפט. כמו כן יש לציין כי דיני המשפחה רוויים בארץ כבעולם בהטיות ובתפיסות עולם שונות ומגוונות ופעמים רבות אף סותרות. לפיכך חקיקה שיפוטית עשויה לשקף בעיקר את תפיסת העולם של השופט שהכריע בתיק אך לא את דעת ככלל הציבורי". מעניין כי אף שמרגלית מגדיר את גישתו כחוזית, בפועל דברים אלה רחוקים מלשקף את הגישה החוזית במובנה המקובל, והם מתאימים הרבה יותר דווקא לגישה המוסדית. לצורך בהסדרה חוקית של התחום, ראו גם זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 230 וה"ש 14-17.

¹¹³ לטענות תורת-משפטיות עקרוניות נגד פיתוח תפיסות חדשות של הורות בבתי המשפט, ראו את דברי השופט ויצמן בפרשת **שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 38; ראו, דבריו של השופט מזוזי בעמ' 4880/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 24.1.2019) (להלן: בעמ' 4880/18). ראו, שם, בפס' 13 לפסק דינו "עצם ההסדר של צו הורות פסיקתי, היינו צו הורות שאינו מעוגן בחקיקה, אינו מניח את הדעת ומעורר לדעתי קושי עיוני לא מבוטל. על כן נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה" (ההדגשה הוספה – ש"ל). עוד ראו את חוות דעתו של השופט מינץ בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23. ומעניינת בהקשר זה האנלוגיה לטענה של מריל וסמית' על עדיפותו של המחוקק בפיתוח מוסדות קניינים. ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773 (2001); אולם, השו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 76-78 (2005) (הסבור כי לבתי המשפט מקום חשוב יותר בפיתוח מוסדות אלה).

¹¹⁴ דומה כי אף שופט בית המשפט העליון מסכימים לטענה זו, ראו פרשת **פונדקאות חו"ל**, שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט הנדל ("קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה").

¹¹⁵ ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד (נב) 481, 502 (1998); עוד ראו בנושא ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449, 451 (2012); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012); גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5, 11 (2010). בהקשר קרוב למאמר הנוכחי עסק בית המשפט העליון בנושא זה בהקשר לשאלת התרומה הידועה ראו פרשת **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 80. לניתוחי את פסק הדין מנקודת המבט של דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, ליפשיץ "שיללת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 58-60.

בני הזוג כהורים משותפים.¹¹⁶ בשיח הישראלי הקיים עמדה המבקשת לרכז את הפרוצדורות הנדרשות לצורך הכרה כאמור נתפסת כגישה ליברלית, ואילו עמדה המבקשת להקשיח את הפרוצדורות הללו נתפסת כגישה שמרנית, הרואה בהורה הלא ביולוגי הורה "חשוד" בעל מעמד נמוך מזה של ההורה הביולוגי.¹¹⁷ הגישה המוסדית עשויה להציע עמדה מורכבת שתתרום לשיח הקיים נוסף על הגישות הקיימות. על פי גישה זו, פרוצדורה ממוסדת המכריזה מיהו ההורה נחוצה לא כדי להחליש את מעמדו של ההורה הלא ביולוגי, אלא להפך – היא נחוצה כדי לייצר וודאות בנוגע לשאלה מיהו ההורה,¹¹⁸ וודאות שיש בה בכדי לתרום בראש ובראשונה לטובת הילד, לחזק את הגושפנקה הציבורית להורות, לוודא שלשני בני הזוג מעמד הורי שווה ואף כדי להבטיח שלשני בני הזוג ברור שגם אם הכניסה להורות מקורה בקשר הזוגי, ההחלטה להפוך להורים לא הפיכה ואינה תלויה במעמדם הזוגי של ההורים ו/או בזיקה הביולוגית בינם לבין הילד.¹¹⁹ נוסף על כך, בשל ההיבט המוסדי, יש לעמוד על קיומה של פרוצדורה נגישה ומכבדת שתיערך מוקדם ככל האפשר לקראת הלידה או זמן קצר אחריה. בעניין זה נשוב ונעסוק בפרק השלישי של המאמר העוסק בצווי ההורות במשפט הישראלי. בפרק זה נבקש גם להשיב לטענה שעיצוב פרוצדורה ייחודית להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי פוגעת בשוויון.

חמישית, הגישה המוסדית מדגישה היבטי הכוונת התנהגות. לכך השפעה חשובה על מקרים שבהם הורים מיועדים אינם עומדים בנהלים ובכללים הנדרשים בדין או אף עוקפים אותם בכוונה מכוונת. במקרים אלה, שיקולי טובת הילד תומכים, בדרך כלל, במתן גושפנקה למציאות שנוצרה בהכרה בהורות של ההורים המיועדים. ברם, לנוכח הרגישות להשלכות הרחב של קביעת ההורות, במקרים שבהם ביקשו בני זוג להפוך להורים תוך הפרת הפרוצדורות שנקבעו בדין, לצורך הגדרת ההורה המשפטי אין לקדש באופן אוטומטי את המציאות שנוצרה ויש לאזן בין שיקולי הכוונת התנהגות רוחביים לבין הצורך להגיב למצב הקיים כפי שהוא.¹²⁰ כיוצא בזה, בעת הסדרת השימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה בארץ ומחוצה לה, דורשת הגישה המוסדית להתחשב לא רק בשיקולים הקשורים בהורים המיועדים, וכפי שנראה להלן בילד העתידי, אלא גם בשיקולים רוחביים וערכיים שונים הקשורים בהורות ובאתיקה המזוהה איתה,¹²¹ כגון במקרה של פונדקאות, מניעת ניצול של הפונדקאות והתנגדות לזליגת אתיקה מסחרית ליחסי הורים וילדים. במקרים מסוימים עשויה הגישה לפסול טכניקות והסדרים שאותם בחרו הצדדים,¹²² גם אם במקרה הקונקרטי הטכניקה

¹¹⁶ ובהקשר הישראלי נושא זה מתעורר בעיקר במקרה של בני זוג מאותו המין שהביאו ילד לעולם באמצעות פונדקאות חו"ל וכן במקרה של זוג אימהות לסביות שהרו בהפריה מלאכותית מתורם אנונימי. ראו על כך בהרחבה, להלן פרק ג.

¹¹⁷ ראו, קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 88.

¹¹⁸ ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, בפס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹¹⁹ וראו בהקשר זה, להלן פרק ג, חלק 2, סעיף (ד), את דיוני במקרים שבהם בקשו בני זוג שאחד מהם אינו הורה ביולוגי לבטל צו אימוץ או צו הורות לאחר פרידתם. ראו במיוחד את פסקי הדין שהוצגו להלן, ה"ש 246.

¹²⁰ ראו יישום עקרון זה, להלן פרק ג, חלק 2, סעיף (ג) ובעיקר טקסט ליד ה"ש 239-240.

¹²¹ ודוק, אינני סבור כי נכון לנצל את דיני ההורות כדי להנחיל או לקדם אינטרסים וערכים שאינם קשורים מהותית להורות. מנגד, אני סבור שנכון לקבוע דיני הורות שמטרתם כיוון התנהגות הורית ראויה רוחבית מעבר לאינטרסים והצרכים הנקודתיים של ההורים ואפילו הילד הספציפי.

¹²² ושוב האנלוגיה לשיח המתגבש בדבר המוסדות הקנייניים עשויה להיות מועילה. ראו בהקשר זה את התנגדותם של Merrill & Smith, לעיל ה"ש 112, לחופש חוזי בהקשר לעיצוב המוסדות הקנייניים בשל רצונם להגן על צדדים

המסוימת או קביעת ההורות הייתה יכולה לשרת את הצרכים ואת האינטרסים של הצדדים הספציפיים המעורבים.¹²³ כפי שנראה בפרקים הבאים, לעקרונות אלה עשויה להיות השלכה על הרגולציה של הפונדקאות בחו"ל, כגון על אי ההכרה בהסדרי פונדקאות שנערכו במרפאות לא מפקחות באופן המעורר חשש של ניצול.

לבסוף, היבט נוסף שבו הגישה המוסדית בהשראת אתיקת ההורות חורגת מן הגישה החוזית-כוונתית היא בדרישה לערוך פיקוח תכני על ההסכמים לקביעת ההורות. הגם שאתיקת ההורות ובעקבותיה הגישה המוסדית נותנים מקום רב לערך האוטונומיה, הגישה אינה נכונה להותיר את קביעת ההורות להסכמות חוזיות. ראשית, על פי הגישה המוסדית במרבית המקרים עצם ההשתתפות בפעולה שהובילה להולדה, גם אם לא לוותה בכוונה להפוך להורה, מספיקה בכדי להטיל אחריות הורית. בוודאי שתוכנה של האחריות ההורית היא קוגנטית ואינה כפופה להסכמת הצדדים.¹²⁴ שנית, על פי הגישה המוסדית אין לכבד הסכמים הוריים הפוגעים באינטרסים ציבוריים ו/או באתיקת ההורות, גם אם הסכמים אלה משקפים את עמדת הצדדים הישירים לעניין. כך למשל, בשל הרצון לחזק את אתוס ההורות כנטילת אחריות בלתי-הדירה, תשלול הגישה הסכמים הוריים המאפשרים להורה לבטל את הורותו לאחר שנקבעה.¹²⁵ נוסף על כך, כפי שהרחבתי במאמר שהוקדש לתרומות זרע, אתיקת ההורות ואתוס ההורות ניצבים כנגד הסכמי תרומת זרע עם תורמים ידועים הקובעים הסדרי הורות חלקיים או הורות למחצה.¹²⁶ לבסוף, גם במצבים שבהם הגישה המוסדית נותנת מקום להסכמות המוקדמות של הצדדים, כגון במקרים של תרומות ושל הסכמי פונדקאות, היא תבקש לעצב הסכמים אלה באופן שיבחין בינם לבין הסכמים מסחריים, מתוך רגישות לסכנות הגלומות במסחור של ההורות ובהחפצה של ילדים ובכדי להדגיש את המימד הציבורי שבהורות.

6. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות: סיכום

לסיכום, בחלק זה הוצגה הגישה המוסדית להורות כחלופה הן לגישה הליברלית-אינדיבידואלית והן לגישה הטבעית-שמרנית. הודגשו ההבחנות בין הגישה לבין שתי הגישות גם יחד. הוצגה אתיקת ההורות המנחה את הגישה והומחש כיצד הגישה פותחת פתח לשילוב אתיקה הורית ולחזיק אתוס ההורות, לא רק בהקשר לדיני הורים וילדים לאחר שנוצרו, אלא גם בהקשר לקביעת זהות ההורה

שלישיים ועל אינטרסים ציבוריים רחבים; אולם השוו לדגן **קניין על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 78-79, הסבור כי האינטרסים הציבוריים והערכים החברתיים צריכים לשמש בסיס לקביעת ברירת מחדל ועל פיהם יכונו ויוסדרו המוסדות החברתיים, אולם ראוי לאפשר חריגה חוזית מהסדרים אלה. עם זאת גם דגן, שם, מקבל כי במקרים קיצוניים כאשר התפקיד התרבותי של המוסד הקנייני מכריע יש להעדיף הסדרים קוגנטיים. אני סבור שכאשר מדובר במוסד ההורות, התפקיד התרבותי והמעורבות האינהרנטית של צדדים שלישיים למתקשרים החוזיים יובילו לכך שגם על פי זה יהיה מקום רחב יותר להגבלת ההתקשרות החוזית.

¹²³ וראו ברוח זו את דברי השופט ויצמן בפרשת **שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 38, בפס' 12 לפסק דינו ("אנו מניחים לצורך הדיון שלפנינו כי בת הזוג מיטיבה עם הקטינים וכי הם עצמם רואים בה כאם לכל דבר ועניין, וכי אפשר גם אפשר, שטובתם, ולו זו הפרטית, תהא בהכרת בת הזוג כהורה נוסף. אנו סבורים כי אף אם נקבל הנחות אלו כעובדה מוגמרת אין מקום להכיר בהורתה של בת הזוג על הקטינים").

¹²⁴ ראו, פרשת **מרחב נ' גיא**, לעיל ה"ש 72, בפס' 1 לפסק הדין של השופט קיסטר; פרשת **פלונית 3077/90**, לעיל ה"ש 20, בפס' 36 לפסק הדין של השופט חשין.

¹²⁵ ראו במאמרי, ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16 וכן, להלן פרק ג, חלק 2, סעיף ג).

¹²⁶ בנושא זה עסקתי במאמרי העוסק בהסכמים לשלילת הורות, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", שם.

ולרגולציה של ההולדה. נוסף על כך, הצבענו על שיקולי מדיניות ציבוריים שהגישה מחייבת את שקילתם ושאינם באים לידי ביטוי בשיח המושפע מן הגישות המתחרות. במסגרת הנוכחית לא נוכל להרחיב בניתוח השיקולים וקווי המדיניות שהוזכרו בחלק זה ובוודאי שדרך יישומם של כל השיקולים הללו תלוי בהקשר הספציפי. בשני הפרקים הבאים נדון בדרך יישומם של השיקולים וקווי מדיניות בהקשר לשתי הסוגיות העומדות במרכז המאמר הנוכחי: נגישות של הורים יחידים ובני זוג מאותו המין לפונדקאות והליך ההכרה בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה הביולוגי.

באופן המאפיין את השיח המשפטי, הדיון בפרקים אלה ימחיש את דרך היישום של העקרונות הכלליים להקשרים הנקודתיים ובה בעת בדרך של היזון חוזר יסייע בהנהרת וליטוש העקרונות. עם זאת, הדיון בפרקים הבאים לא ימצה את הדיון בדרך שבה יש לפתח את דיני ההורות על פי הגישה המוסדית. לפיכך, היבטים נוספים של הגישה המוסדית שהובאו במאמר זה בקצרה וברמיזה ימתינו לפיתוח נרחב יותר במאמרי המשך.

ב. המאבק של גברים יחידים ושל זוגות מאותו המין על זכותם להביא ילדים לעולם באמצעות

פונדקאות

1. רקע היסטורי

הליך הפונדקאות הוא הליך שבמסגרתו מוסכם שביצית מופרית תושלל ברחמה של אשה, המכונה פונדקאית, אשר נושאת את העובר ויולדת ילד עבור אדם אחר או עבור זוג שאמור/ים לשמש כהורה (להלן: ההורה או ההורים המיועדים). עצם ההסדרה המשפטית של פונדקאות בישראל אינה מובנת מאליה. ברבות מן המדינות בעולם פונדקאות בכלל, או למצער פונדקאות בתשלום, אינן מותרות וחלקן אף לא מכירות בהורות שהיא תוצאה של פונדקאות שנערכה מחוץ לגבולותיהן.¹²⁷ הסיבות לכך נעוצות בחשש מפגיעה בנשים הפונדקאיות, התנגדות למסחור של שירותי לידה וכן חשש מפני החפצת ילדים ופגיעה בטובתם.¹²⁸ בניגוד לגישות הללו, בחקיקה חלוצית הסדיר המחוקק את

¹²⁷ ראו למשל את הסקירה בפרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת חיות. כן ראו בהרחבה, Linda G. Kahn & Wendy Chavkin, *Assisted Reproductive Technologies and the Biological Bottom Line*, in REASSEMBLING MOTHERHOOD: PROCREATION AND CARE IN A GLOBALIZED WORLD 38, 43 (Yasmin Ergas, Jane Jenson & Sonya Michel eds., 2017); ראו גם, Arjun Pal, *Child Rights in Surrogacy*, JINDAL GLOBAL LAW SCHOOL (2015).

¹²⁸ על החששות מפני פונדקאות קיימת ספרות עניפה, ראו למשל נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" **משפט וממשל** טו 435, 480-485 (2013) (להלן: ליפקין וסממה "פונדקאות בישראל"); Ruth Zafran & Daphna Hacker, *Who Will Safeguard Transnational Surrogates?*; Zafran & Hacker, *Interests? Lessons from the Israeli Case Study*, 44 LAW & SOC. INQUIRY 1141 (2019) (להלן: Elizabeth S. Anderson, *Is Women's Labor a Commodity?*, 19 PHIL. & PUB. AFF. 71 (1990)). וכן, ראו, טענות המדינה בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, בפס' 8 לפסק הדין של הנשיאה (כתוארה דאז) נאור ("מונה המדינה חששות הנוגעים להליך הפונדקאות גופו, כגון חשש מניצול של הפונדקאיות וחשש מסחר בילדים"). ראו גם, עמדתו של השופט גיבוראן, שם, בפס' 21 לפסק דינו ("שימוש זה מעצם טיבו, מעורר חשש לקומודיפיקציה של גוף האישה ולניצולה. חשש זה מתעצם כאשר נעשה הליך הפונדקאות בעזרת נשים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך ובמדינות בהן הפיקוח על ההליך אינו מספק"); עוד ראו Pal, *Child Rights in Surrogacy*, שם וכן ראו, Jaya Reddy, *Indian Surrogacy: Ending Cheap Labor*, 18 SANTA CLARA J. INT'L L. 92 (2020).

הפונדקאות בישראל (להלן: חוק הפונדקאות).¹²⁹ על פי חוק הפונדקאות, אסור שלפונדקאית יהיה קשר גנטי לעובר שאותו היא נושאת ועל כן הביצית המופרית צריכה להיות של האם המיועדת או של תורמת.¹³⁰ נוסף על כך, החוק קובע הסדרים מפורטים לגבי הכשירות לשמש כפונדקאית,¹³¹ לגבי הכשירות לשמש כהורים מיועדים¹³² וכן מעמיד פיקוח של ועדה ציבורית על ההורים המיועדים, על המועמדת לשמש כפונדקאית ועל תנאי ההתקשרות.¹³³ דרישה נוספת בחוק הינה שההליך הרפואי יתבצע במחלקה רפואית מוכרת שקיבלה אישור לצורך העניין.¹³⁴ עם זאת, החוק לא קובע מגבלת מחיר עבור פונדקאות ולא מציע חוזה פונדקאות אחיד. החוק גם מאפשר לאתר את הפונדקאית בשוק הפרטי ואינו דורש מנגנון תיווך מרכזי. החוק קובע סנקציות פליליות כלפי הפועלים שלא בהתאם להנחיותיו.¹³⁵

ההסדרה המשפטית של הפונדקאות מעוררת מגוון רחב של שאלות משפטיות ואתיות.¹³⁶ בהקשר של המאמר הנוכחי לא נוכל לעסוק במגוון השאלות המתעוררות ונתמקד בנגישות הפונדקאות לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין, בהינתן שהפונדקאות עצמה מוכרת בישראל.

חוק הפונדקאות המקורי קבע כי גבר ואישה נשואים יוכלו לשמש כהורים מיועדים.¹³⁷ הגבלת הנגישות לפונדקאות לגבר ואישה היוותה את הבסיס לפרשת **משפחה חדשה**,¹³⁸ שבמסגרתה ביקשה אישה יחידה לאפשר לה להתקשר בהסכם פונדקאות. על פי בית המשפט, שלילה גורפת של האפשרות של נשים יחידות להתקשר בהסכמי פונדקאות שוללת את זכותן להורות,¹³⁹ כמו גם את

¹²⁹ ראו, חוק הפונדקאות.

¹³⁰ ראו, סעיף 5(א1)(א)(ב) לחוק.

¹³¹ בין היתר, קובע החוק מגבלה על כמות הלידות וההריונות המותרות לאשה לבצע כפונדקאית, ראו שם, בסעיף 5(א1)(ו) לחוק. כמו כן, החוק קובע דרישה לבדיקה פסיכולוגית ורפואית כתנאי לחתימה על ההסכם כאם מיועדת ראו, שם, בסעיף 4(א)(3)–(4) וכן, בסעיף 5(ב) לחוק.

¹³² כך קובע החוק מגבלת גיל להורים המיועדים, ראו שם, בסעיף 5(א1)(ג) לחוק. ההורים המיועדים אף אמורים לעבור בדיקה פסיכולוגית וביולוגית על התאמתם להליך, שם בסעיפים 4(א)(2)–(5) לחוק.

אף היסטוריה של התנהגות פלילית של הורים מיועדים עשויה לשלול את אפשרות להתקשר בהסכם פונדקאות, ראו שם, בסעיף 5(א1)(ג) לחוק.

¹³³ ראו, סעיף 3 לחוק העוסק בהקמת וועדת האישורים וסעיפים 4–7 לחוק הקובעים את סמכויות הוועדה לגבי אישור הסכמים.

¹³⁴ ראו, סעיף 1 לחוק.

¹³⁵ שם, בסעיף 19 לחוק.

¹³⁶ לדיון מקיף מנקודת מבט ביקורתית ראו, ליפקין וסממה "פונדקאות בישראל", לעיל ה"ש 128. להסבר כיצד החוק הקיים מבקש לאזן בין הצרכים של השחקנים השונים, ראו Rhona Schuz, *Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice*, in *SURROGATE MOTHERHOOD: INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 35, Schuz, *Surrogacy in Israel*: (להלן: Rachel Cook, Shelley D. Sclater & Felicity Kaganas eds., 2003) 44-45.

¹³⁷ ראו, סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות המקורי).

¹³⁸ ראו, פרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 85.

¹³⁹ ראו במיוחד את דבריו של השופט חשין, שם, בפס' 31–32 לפסק דינו ("הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה").

זכותן לשוויון.¹⁴⁰ עם זאת, בית המשפט סבר כי בשל חדשנות הסוגיה וחלוציות המשפט הישראלי יש לדחות את העתירה מבלי להכריע בנושא.¹⁴¹ בד-בבד קרא בית המשפט למחוקק "כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות" המבקשות להביא לעולם ילד באמצעות פונדקאות.¹⁴²

בחלוף כשמונה שנים, הוקמה ועדה ציבורית בראשותו של פרופ' שלמה מור יוסף לנושא ההסדרה החקיקתית של הפיריון וההולדה. בחודש מאי 2012 פרסמה ועדת מור יוסף את המלצותיה.¹⁴³ בכל הנוגע לסוגיית הגישה להליכי פונדקאות, סברה דעת הרוב בוועדה כי יש להרחיב את הזכאים לעשות שימוש בטכנולוגיה זו ולכלול בהם גם אישה יחידה שיש לה בעיה רפואית המונעת נשיאת הריון.¹⁴⁴ עוד סברה דעת הרוב כי יש לאפשר לגברים יחידים גישה להסדר, אך זאת רק במסלול פונדקאות אלטרואיסטי ללא כוונת רווח.¹⁴⁵ הגבלת הפונדקאות המסחרית, על פי הוועדה, נובעת מכך שהרחבת הביקוש לפונדקאות עשוי להעלות את הביקוש ובעקבות זאת את מחיר הפונדקאות באופן שיפגע באוכלוסייה המקורית שנזקקה לפונדקאות. נוסף על כך, הרחבת הביקוש עלולה לפגוע במנגנוני הפיקוח הקיימים ובכך להפוך את הפונדקאות מהסדר קצה להסדר מסחרי. דעת המיעוט בוועדה סברה כי יש לשנות את החוק, כך שתתאפשר בישראל פונדקאות אלטרואיסטיות בלבד, ותיאסר כל פונדקאות מסחריות.¹⁴⁶ בעקבות המלצות הוועדה הגישה הממשלה בשנת 2014 את הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014. הצעה שהובלה על ידי שרת הבריאות דאז יעל גרמן (להלן: הצעת גרמן).¹⁴⁷ על פי הצעה זו, המשקפת מדיניות מרחיבה יותר מזו המשתקפת בהמלצות וועדת מור יוסף, התאפשרה הגישה להליך פונדקאות מסחרי גם לגבר או לאישה יחידים.¹⁴⁸ הצעה לא התייחסה במפורש ליכולת של בני זוג מאותו המין לשמש כהורים מיועדים יחדיו מלכתחילה, אך פתחה פתח לתהליך שבעקבותיו לאחר קבלת צו הורות להורה הביולוגי יתנהל הליך משלים לצורך הכרה בהורות של בן הזוג השני.¹⁴⁹

¹⁴⁰ שם, בפס' 50 לפסק הדין של השופט חשין ("לכאורה מופלית היא העותרת לרעה – בהשוואה בינה לבין אישה ואישה שהם בני זוג ובהשוואה בינה לבין אישה בריאה היכולה והרשאית להרות וללדת באין הגבלה"). עוד ראו שם, בפס' 42 לפסק הדין של השופט חשין. כן ראו, שם, בפס' 8-9 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן.
¹⁴¹ ראו המשך דבריו של השופט חשין, שם, בפס' 50 לפסק דינו ("בהיותנו מודעים לכך שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת וביודענו כי עניינה של האישה היחידה לא נדון לעומקו עד-כה, דומה שלא יהא זה ראוי כי נכריע מיידיית וסופית בעניינה של העותרת").

¹⁴² ראו שם, בפס' 52 לפסק הדין של השופט חשין ("נִפְנָה קריאה למחוקק כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת").

¹⁴³ ראו, **דו"ח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89.

¹⁴⁴ שם, בעמ' 63.

¹⁴⁵ שם.

¹⁴⁶ שם, בעמ' 70.

¹⁴⁷ ראו, הצעת החוק הממשלתית, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח 916, 917.

¹⁴⁸ ראו, סעיף 3 (הגדרות) **להצעת גרמן**, שם, אשר קובע כי "הורים מיועדים" – הורים שהם בני זוג וכן הורה מיועד יחיד. כמו כן, לפי ההגדרה בסעיף, "הורה מיועד יחיד" – איש או אישה, תושבי ישראל, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

¹⁴⁹ ראו גם, סעיף 14 **להצעת גרמן** המתקן את סעיף 11 לחוק המקורי, שם ("ד) בית המשפט רשאי לתת צו הורות גם למי שפנה בבקשה למתן צו האמור יחד עם הורה מיועד יחיד, בהתאם להוראות סעיף קטן (א), ובלבד שניתן לפונה כאמור אישור מאת ועדת האישורים כי מתקיימים לגבי התנאים הנדרשים מהורה מיועד לפי סעיפים (6),

בפועל, ההצעה לא קודמה בשל התנגדות פוליטית בעיקר בכל הנוגע להכרה בהורות של בני זוג מאותו המין. בשנת 2018 תוקן החוק והרחיב את הגדרת "הורים מיועדים" באופן שהחיל את הסדר הפונדקאות על נשים יחידות שהן גם אימהות גנטיות. לעומת זאת, החוק המתוקן לא איפשר לנשים יחידות הנזקקות הן לפונדקאות והן לתרומת ביצית, לגברים יחידים כמו גם לבני זוג מאותו המין לשמש כהורה או כהורים מיועדים.¹⁵⁰

2. תמונת מצב עדכנית: פרשת ארד-פנקס מחזה בשלושה חלקים

חוקיות ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות נדונו בבית המשפט העליון בשלושה חלקים בפרשה הידועה כפרשת ארד-פנקס.

בחלקו הראשון של פרשת ארד-פנקס, שניתן עוד לפני שהסתיימו בכנסת הליכי החקיקה שבמסגרתם התקבל התיקון מ-2018, עסק בית המשפט בעתירתן של נשים יחידות הנזקקות לא רק לשירותי פונדקאות, אלא גם לתרומת ביצית. בשל הדרישה בחוק לקשר גנטי של אחד ההורים המיועדים עם הוולד, דרישה שלא השתנתה גם לאחר התיקון, נשללה מהן האפשרות לקבל שירותי פונדקאות ועל כן לשיטתן נפגעה זכותן להורות. בית המשפט דחה את העתירה וסבר כי הדרישה שלפחות אחד מן ההורים המיועדים יהיה בעל זיקה גנטית לילד עומדת במבחן החוקתי.¹⁵¹ לעומת זאת, מפסק הדין ניכר היה שבית המשפט נוטה לאמץ את טענתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין, שהדרתם מתהליך הפונדקאות אינה חוקתית.¹⁵² אולם, באופן מעשי בחר בית המשפט שלא להכריע, מאחר שתהליכי החקיקה המתוארים לעיל לא הושלמו בעת שניתן פסק הדין.¹⁵³ משהושלמו תהליכי החקיקה והחוק המתוקן לא העניק לגברים יחידים ולזוגות מאותו המין את הזכות לפונדקאות, הושלם הדיון בבית המשפט העליון שעסק בזכותם של גברים יחידים ושל הנוטלים חלק בקשר חד-מיני לפונדקאות.

העותרים סברו שהנוסח המתוקן של החוק פוגע בזכותם להורות, כמו גם בזכותם לשוויון.¹⁵⁴ נציגי המדינה טענו כי הפגיעה בזכות להורות היא פגיעה פריפריאלית, שכן גברים יחידים ובני זוג מאותו המין יכולים לממש את זכותם להורות גם באמצעים נוספים, כגון אימוץ והסכמי הורות משותפת. לצד ההצבעה על האפשרויות החליפיות למימוש הזכות להורות, הטיעון המרכזי לגופו של עניין שהציגה המדינה לאי הכללתם של גברים יחידים ו/או גברים הנוטלים חלק בקשר חד-מיני הוא טיעון "התכלית הרפואית".¹⁵⁵ על פי טיעון זה, לנוכח מורכבות הסדר הפונדקאות והחששות שהוא

34(3) עד (5) ו-5(א)1, (3) ו-4) לפני מתן האישור להסכם לנשיאת עוברים בישראל שבעניינו מתבקש מתן צו ההורות".

¹⁵⁰ ראו, סעיף 1 לחוק, אשר בעקבות תיקון מס' 2 לחוק מגדיר כי: "הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה", וכי "הורים מיועדים שהם בני זוג" – איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

¹⁵¹ ראו, פרשת ארד-פנקס הראשון, לעיל ה"ש 11, בפס' 24-29 לפסק הדין של השופט גיבראן.

¹⁵² שם, בפס' 46-47 לפסק הדין של השופט גיבראן. עוד ראו, שם, בפס' 6 לפסק הדין של הנשיאה (כתוארה דאז) נאור.

¹⁵³ שם, בפס' 51 לפסק הדין של השופט גיבראן.

¹⁵⁴ ראו, פרשת ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 2, בפס' 11 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹⁵⁵ שם, בפס' 12 לפסק דינה.

מעורר יש לצמצמו רק למקרי קצה רפואיים.¹⁵⁶ הטיעון הרפואי הוצג על ידי המדינה בשני הקשרים. הראשון, כהסבר מדוע ההסדר אינו פוגע בשוויון, שכן יש שוני רלוונטי בין גברים ונשים ועל כן רק לגבי נשים מתקיימת התכלית הרפואית. והשני, הועלה במסגרת הטיעון בפסקת ההגבלה כהצדקה לפגיעה בשוויון, ככל שקיימת פגיעה כזו ובזכות החלקית להורות בשל הרצון לצמצם את השימוש בפונדקאות, מתוך רצון להגן על פונדקאות וכן כדי למנוע ביקוש יתר שיוליך להעלת מחירים כך שבסופו של דבר מי שנוקק לפונדקאות מסיבות רפואיות יוותר ללא מענה.

בית המשפט בדעת הרוב קיבל את טענת העותרים ששלילת האפשרות להנות ממתן שירותי פונדקאות פוגעת בזכות להורות,¹⁵⁷ אשר חלה לא רק על עצם הרצון להיות הורה, אלא גם על נגישות לשיטות שונות של הורות.¹⁵⁸ בית המשפט קיבל גם את טענת הפגיעה בשוויון ודחה את ההבחנה בבעיה הרפואית כהבדל רלוונטי. על פי בית המשפט הבחנה זו מניחה את המבוקש לפיה רק נשים שיש להן בעיה רפואית אך לא גברים יונגשו לפונדקאות.¹⁵⁹ השופטים אף הדגישו את חומרת הפגיעה בשוויון הן משום כך שבני זוג מאותו המין נחשבים כקבוצה חשודה¹⁶⁰ והן בשל הקשר ההדוק בין הפגיעה לשוויון לכבוד האדם.¹⁶¹

בית המשפט הכיר בצורך לצמצם את כמות הנזקקים לפונדקאות, אך בעיניו צמצום כמות הנזקקים על ידי שלילת הזכות של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים אינו עומד במבחני המידתיות, הן בשל העובדה שניתן היה לצמצם את מספר הנזקקים בדרכים אלטרנטיביות והן בשל העדר מתאם בין הפגיעה בזכות לבין המטרה. בהקשר הראשון, מציין בית המשפט סדרה של צעדים אלטרנטיביים שהיו יכולים להשיג את המטרות של הגנה על הפונדקאיות והקטנת הביקוש ובכללם, העלת רף מספר הילדים הקיימים לנזקקים לפונדקאות משלושה על פי המצב כיום לילד אחד. כנגד החשש מהאמרת מחירים לאור הגברת הביקוש, הציע בית המשפט את הטכניקה של פיקוח מחירים או כאמור של מתן אפשרות לפונדקאות רק להורים מיועדים שיש להם ילד אחד לכל היותר.¹⁶² נוסף על כך, הזכיר בית המשפט את האפשרות לאמץ את המלצות וועדת מור יוסף ולאפשר לפונדקאות אלטרואיסטית במקרה של בני זוג מאותו המין.¹⁶³ לנוכח המסקנה כי ההסדר הקיים אינו חוקתי שופטי בית המשפט העליון נחלקו לגבי הסעד החוקתי. דעת הרוב ביקשה לאפשר למדינה לתקן את החוק בתוך זמן קצוב, בכפוף להבהרה שאם החוק לא יתוקן עד לזמן שהוקצב בית המשפט יבצע

¹⁵⁶ מבחינה דוקטרינרית טיעון התכלית הרפואית הובא בפסק הדין פעמיים. ראו, שם, בפס' 14 ובפס' 17-20 לפסק הדין של הנשיאה חיות וכן, ראו שם, בפס' 4-8 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

¹⁵⁷ ראו, שם, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹⁵⁸ השופט פוגלמן מסביר מדוע החלופות השונות אינן יוצרות שוני רלוונטי בין גברים לבין נשים לעניין נגישות להליכי פונדקאות בישראל (שם, בפס' 9-10 לפסק דינו).

¹⁵⁹ ראו שם, בפס' 7-8 לפסק הדין של השופט פוגלמן. ראו גם, השופט הנדל המבהיר כי לנוכח תכלית ההליך לסייע בפירוי ההבחנה בין גברים ונשים אינה רלוונטית. שם, בפס' 5 לפסק דינו.

¹⁶⁰ ראו שם, בפס' 13-16 לפסק הדין של השופט פוגלמן וכן, שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט עמית.

¹⁶¹ שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("לא יכול להיות ספק כי ההפליה במקרה דנן קשורה בטבורה לכבוד האדם").

¹⁶² ראו שם, בפס' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹⁶³ שם, בפס' 30 לפסק דינה.

את התיקון.¹⁶⁴ בעוד השופט פוגלמן בדעת מיעוט הציע שהחוק יתוקן באופן מיידי על ידי מחיקת ההוראות המפלות.¹⁶⁵

בפועל, המחוקק לא אמר את דברו ובהודעה שהודיע שר הבריאות באמצעות היועץ המשפטי לממשלה הוא קבע שבעת הנוכחית אין היתכנות פוליטית מעשית לקידום הליכי חקיקה בסוגיה הנדונה. לנוכח הודעת שר הבריאות החליט בית המשפט העליון¹⁶⁶ שסעיפי ההגדרות המפלים בחוק יימחקו ושוועדת ההסדרים תפעל בהתאם להנחיות שנקבעו בפסק הדין. דהיינו, שהדרתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין אינה חוקתית. עם זאת, בית המשפט דחה את היישום של החלטתו בשישה חודשים נוספים כדי ליתן לכנסת בכל זאת אפשרות לתקן את החוק וכן לצורך הערכות מנהלית. משנסקר הרקע ההיסטורי-משפטי נפנה לנתח את הדברים בראי הגישה המוסדית.

3. המאבק של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין לפונדקאות בראי הגישה המוסדית להורות

בהכרעת בית המשפט בחלקה הראשון של פרשת **ארד-פנקס** לפיה אשה יחידה שלא תהיה לה זיקה ביולוגית לילד העתידי, לא תוכל להתקשר בהסכם פונדקאות, לא אעסוק בממאמר הנוכחי. אתמקד, אם כן, בבני זוג מאותו המין ובהקשרים נקודתיים בגברים יחידים.

אני סבור שהתוצאה הסופית של פרשת **ארד-פנקס**, על שלושת חלקיה, לפיה יש לפתוח בפני בני זוג מאותו המין את הפתח להתקשרות בהסכמי פונדקאות, כמו גם המהלך החוקתי שהוצב בפסק הדין, הוא מהלך נכון וראוי שיש לברך עליו. עם זאת, חרף הסכמתי העקרונית עם המהלך שנערך בפרשת **ארד-פנקס**, בסעיפים הבאים ברצוני להצביע על כמה דרכים שבהן הגישה המוסדית עשויה הייתה להעשיר את השיח בנושא הזדקקות של בני זוג מאותו המין לפונדקאות בישראל ובכלל זה את הדין בפרשת **ארד-פנקס**. כהמשך לכך, אעמוד על הבעייתיות של הסיום המסתמן של הפרשה שעל פיה סעיף ההגדרות יימחק ללא צעדים חקיקתיים משלימים ואנסה, במבט צופה עתיד להמליץ על הכיוון הראוי של חקיקה עתידית.

(א) הכרת הגישה המוסדית בזכות החוקתית של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להורות לנוכח אתיקת ההורות.

בניגוד לשיח המסורתי-שמרני, הדוחה זכויות להורות שאינן מעוגנות במבנה המשפחה המסורתי, הגישה המוסדית נכונה להכיר במבני משפחה מגוונים, כל עוד הם מחויבות לאתיקת ההורות. בהתאם, מהסיבות שעליהן עמדתי בהרחבה בפרק הקודם, הגישה המוסדית תומכת בביסוס חוקתי של הזכות להורות, כל עוד זו אינה מתמצה בעצם הבאת הילוד לעולם, אלא מלווה בנטילת אחריות הורית ובכשירות הורית מינימאלית הנדרשת למימוש אחריות זו. זוהי בדיוק הדרישה של גברים יחידים ושל בני הזוג מאותו המין המבקשים להיות שותפים להבאת ילד לעולם וליטול אחריות על גידולו. משום כך, הרצון של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להביא ילדים לעולם ולגדלם וליטול אחריות עליהם והנכונות של המשפט הישראלי להכיר בזכותם לכך, לא רק שאינה פוגעת בערכי המשפחה, אלא להפך, היא מרחיבה אותם אל עבר קבוצות ויחידים שבעבר היו מודרים מהם,

¹⁶⁴ שם, בפס' 37 לפסק דינה.

¹⁶⁵ שם, בפס' 40-42 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

¹⁶⁶ ראו, פרשת **ארד-פנקס הסופי**, לעיל ה"ש 10.

אם מסיבות חברתיות ואם מסיבות ביולוגיות. עבור מי שמאמין שערכי המשפחה, ובכללם ערכי ההורות, ובראשם כאמור האתיקה של דאגה ונטילת אחריות הם ערכים חיוניים, ההצטרפות של קבוצות נוספות המאמינות בערכים אלו היא התפתחות חיובית ובוודאי שלא פגיעה בערכי המשפחה שיש להצר עליה.

עם זאת, בעוד שהגישה המוסדית תומכת בתוצאה של פסק הדין, מנקודת מבט האתית, על מנת להפוך את הזכות להורות כמקור לשיח המדגיש את האחריות ההורית, יש לחדד את היבט נטילת האחריות והדאגה כבר בשלב הגדרת הזכות להפוך להורה ותאור תכניה. **ואכן**, לפחות במקרה אחד תיאור הזכות ההורית בפרשת **ארז-פנקס** מהדהד את אתיקת ההורות, כפי שפותחה בדיני הורים וילדים כזכות המשולבת בחובה ולקיחת אחריות. כך, מתאר השופט פוגלמן את הזכות להורות "הרצון להפוך להורה היא מהכמיהות העמוקות ביותר של הנפש האנושית. עבור מי שחפץ בכך, הזכות להפוך להורה, לאהוב ילד, לגדלו, לדאוג לכל מחסורו, לחנכו, לטעת בו מטען חינוכי, ערכי ומוסרי, היא ביטוי ראשון במעלה לאנושיותו". זוהי בדיוק השאיפה של הגישה המוסדית, לבנות את הזכות ההורית ככזו המשולבת בדאגה לילדים ולנטילת אחריות עליהם. עם זאת, יש להודות שבמקרים רבים, תיאור הזכות להורות בפרשת **ארז-פנקס** מוקדה בצרכי ההורים, במימוש העצמי שלהם וברצונם להמשכיות,¹⁶⁷ בכך היא מהדהדת את הרטוריקה של גישה הליברלית-אינדיבידואלית שבפרק הקודם הסברתי את הסתייגותי ממנה.

(ב) טיעון השוויון

אף הדיון בפסק הדין בטענת השוויון, והדיפת טענת התכלית הרפואית בפסק הדין תואם את עקרונות הגישה המוסדית.¹⁶⁸ אכן, מנקודת המבט של הכמיהה להורות, כמו גם מנקודת מבטה של אתיקת ההורות, אין כל שוני רלוונטי בין מי שלא יכול להרות בשל היותו גבר לבין מי שאינה יכולה להרות בשל בעיה רפואית ברחמה. אמנם, בשל נכונותה של הגישה המוסדית לשלב שיקולי טובת ילד במסגרת הדיון בהורות, לו היה מוכח שוני רלוונטי במונחי טובת הילד בין הורותם של בני זוג מאותו המין לבין הורותם של בני זוג ממין שונה, אזי שוני זה עשוי היה בתנאים מסוימים להשליך גם על שאלת השוויון. ברם, כפי שארחיב בפרק הבא, שוני כזה לא נטען ובוודאי שלא הוכח ומשכך טיעון השוויון ניצב גם על פי הגישה המוסדית כשיקול כנגד הפלייתם של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים בהקשר ליכולת להזדקק לפונדקאות. עוד אציין שבעיניי הפתרון שהוצע בוועדת מור יוסף, לפיו לבני זוג מאותו המין ולגברים יחידים תותר אך ורק פונדקאות אלטרואיסטית, בעוד שבני זוג ממין שונה ונשים יחידות יוכלו להזדקק גם לפונדקאות מסחרית פוגע אף הוא בשוויון. אכן, כפי שציינתי בעת שהוצגו עקרונות הגישה המוסדית, הגישה רגישה לחששות מפני מסחור, הצפת השוק, האמרת מחירים וכיוצא בזה ועדיין, על פי הגישה, פתרון המעדיף באופן גורף קבוצה

¹⁶⁷ ראו למשל את דבריה של הנשיאה חיות, שם, בפס' 17 לפסק דינה, בדבר ההכרה החברתית בחשיבותה של ההורות בכלל, וההורות הגנטית בפרט, **למימוש העצמי של האדם** תוך שהיא מתבססת על כתיבתה הפילוסופית של ורדיית רביצקי המייצגת את הגישה הליברלית-אינדיבידואלית להורות (ראו, לעיל ה"ש 12). כן ראו דבריו של השופט פוגלמן, שם בפס' 16 לפסק דינו, **לגבי חובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו**. ראו באופן מתון יותר תיאור הזכות על ידי השופט הנדל, באומרו כי "הכמיהה להביא ילדים לעולם מוכרת כצורך קיומי בסיסי וטבעי של האדם. היכולת של אדם לברוא אדם אחר היא כוח מאלף; וגידולו של ילד מבטיח סיפוק רב והמשכיות להוריו" (שם, בפס' 4 לפסק דינו).

¹⁶⁸ טענת התכלית הרפואית מובאת גם בדברי ההסבר להצעת החוק והיא מיוחסת גם למור יוסף.

אחת על פני קבוצה אחרת ללא הצדקה רלוונטית פוגע בשוויון ואינו ניתן להצדקה. על כן, יש להצר על כך שאף פתרון זה הוזכר בפסק הדין ולו ברמז כחלופה אפשרית להסדרה.¹⁶⁹ בהערת אגב אבקש להתייחס לגישתו של השופט הנדל, אשר סבר כי שלילת האפשרות של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להתקשר בהסכמי פונדקאות פוגעת בזכותם לשוויון, אך לא בזכותם להורות. על פי הנדל מאחר שפונדקאות מערבת גם אדם נוסף שבעקבות הפונדקאות לא יחשב עוד כהורה, מדובר בנושא הראוי להסדרה על ידי מדינה ולא ניתן לדבר על זכות חוקתית לגביו. לשיטתו, לו הייתה המדינה אוסרת על הפונדקאות באופן גורף לא היה ניתן לקבוע כי נפגעה הזכות להורות ולכן לדעתו כאשר המדינה מתירה את הפונדקאות, אך אוסרת אותה לקבוצה מסוימת הפגיעה היא בשוויון, אך לא בזכות להורות.¹⁷⁰ בניגוד לעמדת השופט הנדל, בעיניי מהסיבות שהוזכרו בטקסט אף אם המדינה הייתה אוסרת את הפונדקאות באופן גורף, הייתה בכך פגיעה בזכות החוקתית להורות בכלל וכפי שארחיב בסעיפים הבאים, בוודאי שהייתה בכך פגיעה בזכות להורות משותפת במסגרת קשר זוגי. אמנם, ייתכן שלנוכח ייחודיות הפונדקאות ניתן היה להצדיק פגיעה זו על פי אמות המידה החוקתיות המקובלות. אולם, משהותרה הפונדקאות והמשפט הישראלי הביע בכך את עמדתו לפיה, מדובר בצורה מקובלת של הורות, הפגיעה בזכות של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים אינה מתמצה בזכות לשוויון, אלא גם בזכותם להורות במובן של הבאת ילד לעולם כזוג או כיחיד.

(ג) פסקת ההגבלה והסעד

עד כה הראיתי שהגישה המוסדית תומכת במסקנת בית המשפט העליון לפיה שלילת האפשרות של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים פוגעת בזכויותיהם החוקתיות להורות ולשוויון. אני סבור שהטיעונים בפסק הדין המנתחים את אי העמידה בתנאי פסקת ההגבלה מקבלים אף הם משנה תוקף לנוכח הגישה המוסדית. כך כחלק מאתוס ההורות, הגישה המוסדית קשובה לחששות מפני מסחור והחפצה של ילדים. בהתאם לכך, הצורך להגביל את היקף תופעת הפונדקאות ולוודא שהיא תעוצב באופן ההולם את ערכי ההורות מובן על פי הגישה. בדומה לכך, על פי הגישה המוסדית החששות מפני ניצולן של נשים פונדקאיות הן בעלות תוקף, לא רק בשל הפגיעה בזכויות הפרט של הנשים הקונקרטיות, אלא גם בגלל רגישותה של הגישה להשלכות הרחוב של התנהלות מעבר להשלכות המיידיות על הצדדים הספציפיים. עם זאת, לנוכח הפגיעה הקשה בשוויון ובזכות להורות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין, הגישה המוסדית תתמוך במגמה העולה מפסק הדין להתמודד עם הבעיות שהוזכרו באמצעות המנגנונים החליפיים המוצעים בפסק הדין ובכללם, הגבלת האפשרות להזדקק לפונדקאות למי שכבר יש לו ילדים ו/או פיקוח על מחיר הפונדקאות, מבלי לפגוע בזכות להורות ולשוויון של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין.

לבסוף, חרף הנטייה הטבעית להעניק סעד מידי לעותרים ולתקן את הגדרת ההורים המיועדים בחוק באופן שיכלול גברים יחידים ובני זוג מאותו המין בהגדרת הורים מיועדים, צדקה דעת הרוב במערכה השנייה, בפסק הדין המשלים של פרשת **ארז-פנקס** בכך שנמנעה מתיקון כזה והעניקה

¹⁶⁹ ראו, פרשת **ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 30 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("חלופה אפשרית נוספת היא הסדרה של פונדקאות אלטרואיסטית בישראל, כפי שהציעה ועדת מור יוסף – כלומר לאפשר לגברים יחידניים ובני זוג בני אותו המין להתקשר עם פונדקאית בהסכם ללא כוונת רווח, אשר בו מודגשים ההיבטים החברתיים והאישיים של הליך הפונדקאות"). עם זאת, הנשיאה חיות רק הזכירה שזה היה הפתרון בוועדת מור יוסף ולא קבעה עמדה נחרצת שמדובר בפתרון חוקתי.

¹⁷⁰ ראו, שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

למדינה הזדמנות נוספת. בעיניי, בשל מורכבות הפונדקאות והצורך ללוות את פתיחת "השוק" לבני זוג מאותו המין וגברים יחידים במנגנונים שיוסותו את התופעה, יגנו על הנשים הפונדקאיות וימנעו האמרת מחירים, לא ניתן היה להסתפק בתיקון הגדרת המיועדים באופן מיידי ועל כן ראוי היה להימנע מלקבוע באופן פוזיטיבי הסדר שיחליף את ההסדר הנוכחי, כאשר המנגנונים המשלימים הנחוצים לנוכח אתיקת ההורות טרם נחקקו. מאותה הסיבה, יש להצר על כך שהמחוקק לא נענה לאתגר ושבסופו של דבר נאלץ בית המשפט בסיבוב השלישי לבטל את ההגדרות הפגומות חוקתית ללא כינונם של מנגנונים חלופיים, באופן שמעורר את החשש שכיבוד זכותם של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין עלול להיות מלווה בפגיעה בבני זוג דלי אמצעים שיזדקקו לפונדקאות, ובהצפה של השוק באופן שלא תאפשר פיקוח מספק לצורך הגנה על הפונדקאות ומניעת מסחור של הולדה.¹⁷¹

אם כן, בכפוף לביקורתי על המחוקק שלא נענה לאתגר ולא ליווה את התיקון החוקתי במנגנונים משלימים, מנקודת המבט המוסדית יש לשמוח על התוצאה של פסק דין **ארז-פנקס** ולברך על המהלך שנערך בו. לצד ההסכמה עם התוצאה של פסק הדין ניתוחי הבהיר כיצד הגישה המוסדית עשויה הייתה להשפיע על הרטוריקה של פסק הדין, במיוחד בהקשר לשילוב שיח האחריות בזכות להורות. לצד זאת, בשני הסעיפים הבאים אבקש להתייחס לשני חסרים משמעותיים נוספים בשיח המתגבש בנושא הפונדקאות, חסרים שעלולה להיות להם הלשכה בעייתית בעתיד על עיצוב אתוס ההורות ואף על הסדרתה המשפטית בפועל.

(ד) שיקולי טובת הילד העתידי כשיקול רלוונטי לבחינת כשירות הורה מיועד

כפי שהסברתי בחלקים הקודמים, הגישה המוסדית להורות סבורה ששיקולי טובת הילד העתידי ובכלל זה, כשירותם של ההורים המיועדים ליטול אחריות על הילד ולדאוג לטובתו, צריכים לבוא בחשבון בעת שנדונה הזכות להורות והרגולציה של ההולדה.¹⁷² לכך עשויה להיות השלכה על כללי כשירות העוסקים בהורים מיועדים המתייחסים לגיל, מצב רפואי, עבר פלילי הנוגע לסיכונם של ילדים, הגם שכללים אלה פוגעים לכאורה בזכות להורות ולעיתים גם בשוויון.

ואכן, בהתאם לאתיקת ההורות שבה תומכת הגישה המוסדית, חוק הפונדקאות הנוכחי כולל בתוכו תנאי כשירות של ההורים מיועדים, כגון מגבלת גיל שנועדו להגן על טובת הילד וכן התייחסות לעבר הפלילי של ההורים המיועדים.¹⁷³ בנוסף, החוק מנחה את הוועדה/בית המשפט לבחון האם ההסכם

¹⁷¹ לו היה המחוקק נענה לאתגר שהציב בפניו פסק הדין בעניין **ארז-פנקס** יכול היה להעמיד לבחינה אמפירית חלק מן המנגנוניים שהוצעו בפסק הדין. כך למשל ניתן היה לערוך סקר ולבחון את הכמות המצופה של פניות מצד בני זוג מאותו המין בעקבות לפונדקאות בישראל ואת ההפחתה הצפויה במות הפונים לא יאומץ המנגנון שהוצע בפסק הדין למנוע מזוגות שיש להם כבר ילד אחד לפנות להליך הפונדקאות. בדיקות כאלה יכולים היו לחדד את האיזונים הנדרשים כמו גם להוביל להעלת פתרונות נוספים מעבר לאלה שהוצעו בפסקי דין. אולם בפועל משהמחוקק שתק התקבל פתרון גורף שעשוי לפתור את מצוקת ההורות של בני זוג מאותו המין אך לייצר קושי עבור נזקקים נוספים לפונדקאות כמו גם לסכן את הפונדקאיות. על כך יש להצר.

¹⁷² ראו, לעיל פרק א, חלק 4 סעיף (ב).

¹⁷³ ראו את מגבלות הגיל לגבי ההורים המיועדים, הקבועות בסעיף 5(א)(ג1)א לחוק הפונדקאות ראו גם את ההתייחסות לעבר הפלילי של ההורים המיועדים, בסעיף 5(א)(ג1)ג לחוק.

מתיישב עם טובת הילד ו/או פוגע בזכויותיו.¹⁷⁴ כמו כן, החוק כולל הסדרים שניתן לפרש אותם כנובעים מעקרון טובת הילד אף בהקשרים נוספים, כגון הסדרים הקובעים תנאי כשירות להורים המיועדים בשל פערי גיל בין ההורים המיועדים לילד.¹⁷⁵ אף הדיונים המוקדמים בוועדות בעניין מתן האפשרות לאם יחידה לשמש כאם מיועדת התייחסו מפעם לפעם לשאלת טובת הילד העתידי.¹⁷⁶ לעומת זאת, פרשת **ארז-פנקס** לא הזכירה את החובה לבחון האם ההורים המיועדים והפונדקאית שנבחרו הולמים את טובתו של הילד כאחת מתכליות החוק. למעשה, הדאגה לטובת הילד העתידי כמעט שלא נזכרה בפסק הדין בעת שתוארו התכליות של החוק.¹⁷⁷ ובפעמים הנדירות שבהן הוזכרה טובת הילד בפרשת **ארז-פנקס**, הדגש ניתן על ההיבט הרגולטורי ועל האינטרס של הילד בכך שהסדר ההורות ייקבע באופן מהיר סמוך ללידתו.¹⁷⁸

ודוק, לנוכח הקביעה שסעיף ההגדרות הנוכחי של הורים מיועדים בחוק הפונדקאות אינו חוקתי, הנחה בית המשפט העליון בפרשת **ארז-פנקס** את וועדת האישרים לנהוג בהתאם לתכליות החוק כפי שסוכמו על ידי בית המשפט.¹⁷⁹ בנסיבות אלה, השמטת התכלית של בחינת טובת הילד העתידי

¹⁷⁴ טובת הילד אף מופיעה במרומז בחוק עצמו וכי זכויותיהם של היילוד ושל הצדדים להסכם אינן מקופחות (סעיף 5(א)(3) לחוק הפונדקאות), למרות זאת כאמור, בית המשפט לא התייחס לטובת הילוד כתכלית עצמאית.
¹⁷⁵ ראו, פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 22 לפסק הדין של השופט מינץ. שם, מינץ נותן משקל משמעותי לטובת הילד ולאינטרסים הקשורים אליו לכל אורך ההליך (למשל, סעיפים 5(א)(ג1); 5(א)(ג2); 5(א)(ג3); 13-14 לחוק הפונדקאות). על הדרך שבה ביקש חוק הפונדקאות להביא בחשבון את הצרכים של כלל הגורמים המעורבים ובכלל זה הילד העתידי, ראו *Schutz, Surrogacy in Israel*, לעיל ה"ש 136.

¹⁷⁶ ראו, **דו"ח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89, בעמ' 18-22.

¹⁷⁷ לתיאור התכלית בפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו, פרשת **ארז-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11, בפס' 37-38 לפסק דינו. וראו בהקשר זה את סיכום התכליות הרלוונטיות של החוק על ידי הנשיאה חיות בפרשת **ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 10 לפסק דינה ("חוק ההסכמים נועד להסדיר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל לשם הגשמת הזכות להפוך להורה, תוך הבטחת כבודה ושלומה של הפונדקאית והסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים"). אשר לתכלית הסובייקטיבית, נקבע כי היא רחבה יותר מזו שנקבעה על ידי המשנה לנשיאה (כתוארו דאז) חשין בעניין **משפחה חדשה** (לעיל ה"ש 85) לפיה החוק נועד לפתור את בעיות הפוריות של בני זוג הטרוסקסואלים בלבד, והיא נועדה "לאסדר את הסכמי הפונדקאות בישראל, לרבות מעמדם של ההורים המיועדים וזיקתם ליילוד, ולהגשים את הזכות להפוך להורה תוך שמירה על כבודה ובריאותה של האם הנושאת" (פרשת **ארז-פנקס הראשון**, שם, בפס' 36 לפסק הדין של השופט ג'ובראן). ראו גם את דברי השופט פוגלמן בפרשת **ארז-פנקס המשלים**, אשר מונה ארבעה תכליות – התכלית הרפואית, צמצום היקפו של שוק הפונדקאות, שמירת עיקרון ההורות הגנטית ואסדרתם של הסכמי פונדקאות (שם, בפס' 20 לפסק דינו). חריג למגמה זו הוא השופט הנדל, אשר בין תכליות החוק מנה את הצורך לבחון כי זכויותיהם של היילוד ושל הצדדים להסכם אינן מקופחות (שם, בפס' 3 לפסק דינו).

¹⁷⁸ ראו למשל את התכלית האסדרתית אליה התייחסו השופט ג'ובראן בפרשת **ארז-פנקס הראשון**, שם, והנשיאה חיות בפרשת **ארז-פנקס המשלים**, שם. אף השופט פוגלמן בפרשת **ארז-פנקס המשלים**, מזכיר את טובת הילד אך ורק במסגרת התכלית האסדרתית ("ישנה גם התכלית האסדרתית, המעוגנת בעיקרה בחוק ההסכמים. עניינה של זו הוא ביצירתה של מסגרת חוקית נאותה לעריכת הסכמי פונדקאות, על המורכבות האינהרנטית הטמונה בהם, באופן המבטיח את שלומם ורווחתם של כל המעורבים בהליך הפונדקאות: האם הנושאת, היילוד וההורים המיועדים (לרבות אם יחידה)") ראו, שם בפס' 20 לפסק דינו.

¹⁷⁹ ראו גם, פרשת **ארז-פנקס הסופי**, לעיל ה"ש 10, בפס' 6 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

לצורך בחינת כשירות ההורים המיועדים¹⁸⁰ הפכה להיות בעלת משמעות מעשית ברורה בעקבות פסק הדין הסופי בפרשה זו והיא עלולה להוביל להערכת חסר של שיקולים אלה וזאת בניגוד לרוח החוק ותכליתו כפי שהיא עולה ממכלול הוראותיו.

האמת חייבת להיאמר, החלשת מקומם של שיקולי טובת הילד העתידי בעת שנבחנת כשירותם של ההורים המיועדים, נעוצה כבר בשלב העלאת הטענות על ידי המדינה ואפילו בשלבים המוקדמים של הדיונים שקדמו לתיקון החוק. כך, בפרשת **משפחה חדשה** המדינה הציגה כהצדקה לשלילת האפשרות מנשים יחידות לשמש כאימהות מיועדות את התפיסה החברתית המקובלת לפיה "כי ילד זקוק לאם ולאב – לזוג להורים ולא אך להורה בודד – ואישה פנויה לא יהא בכוחה לדאוג לבדה לטובתו של היילוד".¹⁸¹ טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט שקבע שתפיסה חברתית מקובלת, כאשר אינה מגובה בראיות ובמחקרים, אינה מספיקה כדי להצדיק פגיעה בשוויון והפליה.¹⁸²

לעומת זאת, בפרשת **ארז-פנקס** טיעון הנגד המהותי היחיד שהובא בשם המדינה כהצדקה לשלילת הפונדקאות על ידי גברים יחידים והורים שהם בני זוג מאותו המין הוא טיעון התכלית הרפואית.¹⁸³ עיון בפרוטוקולי הדיון בוועדות הכנסת מלמד כי במהלך הדיונים נטען בחטף גם הטיעון לפיו הכרה בהורות של בני זוג מאותו המין פוגעת באופייה של ישראל כמדינה היהודית/או במוסר הטבעי.¹⁸⁴ כאשר במשתמע, הטענה הינה שהכרה בפונדקאות לבני זוג מאותו המין עלולה לפגוע בצביונה היהודי של המדינה. לעומת זאת, הטענה שיש לבחון את מתן האפשרות לפונדקאות לבני זוג מאותו המין או לגברים יחידים, בראי שיקולי טובת הילד כלל לא עלתה הן על ידי דובריה הרשמיים של המדינה בבית המשפט ואפילו לא בדיונים בוועדות הכנסת. בוודאי שהאתגר שהוצב בפרשת **משפחה חדשה** להצגת תשתית מחקרית בנושא לא נענה.

בנקודה זו חשוב להדגיש, המחקר בנושאי הורות מלמד שלא ניתן להצביע על הבדלים משמעותיים בין טובתם של ילדים של בני זוג מאותו המין לבין טובתם של ילדים למשפחות שבהם ההורים הם

¹⁸⁰ ראו, שם, בפס' 7 לפסק דינה נקבע כי תכליות החוק הן "לאסדר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על כבודן ושלומו של הנשים הנושאות, ואסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים". מנגד, התכלית של דאגה לטובת הילד העתידי בין היתר על ידי בחינת הכשירות וההתאמה של הוריו לא הוזכרה כאחת התכליות.

¹⁸¹ ראו את תיאור עמדת המדינה בפרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 85, בפס' 35.

¹⁸² ראו, שם ("המדינה אינה מציגה מחקרים התומכים בטענתה, אף אין היא מביאה ראיה אחרת כלשהי לדבריה. מדברת היא אך על 'התפיסה החברתית המקובלת', וזאת 'כציון עובדה ומבלי להביע דעה באשר לתוכנה'").

¹⁸³ ראו, פרשת **ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 12 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

¹⁸⁴ ראו את דבריו של ח"כ יוגב, לעיל ה"ש 7.

ממין שונה.¹⁸⁵ המחקר גם מלמד שהנטייה המינית של ההורים אינה משפיעה על טיב הורותם.¹⁸⁶ משום כך, שילוב שיקולי טובת הילד בעת בחינת כשרות ההורים מובילה למסקנה שאף מנקודת מבט מוסדית אין לקבל טיעון לפיו טובתם של ילדים עתידיים מובילה למניעת פונדקאות מבני זוג

¹⁸⁵ במשפט המשווה קיימים מחקרים סוציולוגיים רבים שערכו השוואה בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין ילדים שגדלו במשפחות חד-הוריות ועל פי רוב, נראה כי אין שוני. ראו לדוגמה, Simon Robert Crouch, Ruth McNair & Elizabeth Waters, *Impact of family structure and socio-demographic characteristics on child health and wellbeing in same-sex parent families A cross-sectional survey*, Alicia L. Fedewa, Whitney W. Black & Soyeon, וכן ראו, 52 J. PAEDIATR CHILD HEALTH 499 (2016) Ahn, *Children and Adolescents With Same-Gender Parents: A Meta-Analytic Approach in Assessing Outcomes*, 11 J. OF GLBT FAM. STUD. 1, 28 (2015). ממצאי מחקר זה מראים כי ילדים שגדלו במשפחות חד-מיניות דווקא מסתגלים מבחינה פסיכולוגית בצורה טובה יותר מאשר ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות; לעומת מחקרים אלו, המציגים סימטריה (כמעט מלאה) בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין ילדים שגדלו במשפחות חד-מיניות, קיימים מחקרים המעידים על שוני בין שתי קבוצות הילדים בהיבטים מסוימים. ראו למשל, Michael A. Richards, Esther D. Rothblum, Theodore P. Beauchaine & Kimberly F. Balsam, *Adult Children of Same-Sex and Heterosexual Couples: Demographic "Thriving"*, 13 J. OF GLBT FAM. STUD. 1, 12 (2017). ממצאי המחקר מעידים על כך שקיים שוני מסוים לעניין התפיסות הדתיות והקשר בין הורה וילד בין בוגרים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין אלו שגדלו במשפחות חד-מיניות, אולם המסקנה העולה מהמחקר מעידה על כך שיש יותר דמיון מאשר שוני; ראו גם, Henny Bos, Loes Van Gelderen & Nanette Gartrell, *Lesbian and Heterosexual Two-Parent Families: Adolescent-Parent Relationship Quality and Adolescent Well-Being*, 24 J. OF GLBT FAM. STUD. 1031 (2015). ממחקר זה עולה כי קיים שוני בין מתבגרים שגדלו במשפחות חד-מיניות לבין מתבגרים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות, אולם הוא מתמצה בהיבטים ספורים (מתבגרים שגדלו במשפחות של לסביות הראו הערכה עצמית גבוהה יותר, אך בעיות התנהגות רבות יותר מאשר מתבגרים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות) לעניין המשתנים האחרים שנחקרו לא נמצאו הבדלים משמעותיים (קשר בין הורה וילד, רווחה חברתית, חרדה, עידון, שתיית אלכוהול ושימוש בסמים); ממחקר אחר עולה כי רווחתם של ילדים שגדלו במשפחות חד-מיניות לא פחות טובים משל ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות (למעט בריאות נפשית – ניכר כי ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות וילדים שגדלו במשפחות חד-הוריות של נשים מציגים נתונים דומים), אך גם לפי מחקר זה עולה כי אין שוני מהותי. ראו, Wendy D. Manning, Marshal Neal Fetto & Esther Lamidi, *Child Well-Being in Same-Sex Parent Families- Review of Research Prepared for H. American Sociological Association Amicus Brief*, 33 POPUL RES. POL'Y REV. 485 (2014) Boss, J. Knox, L. Van Rijn-van Gelderen & NK Gartrell, *Same-sex and different-sex parent households and child health outcomes- findings from the National Survey of Children's Health*, 37 J. DEV. BEHAV. PEDIATR. 179 (2016). במחקר זה לא נמצאו הבדלים משמעותיים, למעט רמות גבוהות יותר של מתח הורי בקרב הורים חד-מיניים; מנגד, קיימים מספר מועט של מחקרים שמציגים שוני בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות ובין אלו שגדלו במשפחות חד-מיניות. ראו לדוגמה, Donald Sullins, *Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition*, 7 BRIT. J. EDUC. SOC'Y & BEHAVIOURAL SCI. 99 (2015).

¹⁸⁶ Ellen C. Perrin & Comm. on Psychosocial Aspects of Child & Family Health, Am. Acad. of Pediatrics, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 PEDIATRICS 341, 342-343 (2002) (דו"ח זה סקר באופן מקיף הורות הומוסקסואלית וממנו עלה כי אין הבדל משמעותי בין ילדים שגדלו עם הורים הטרוסקסואלים ובין ילדים שגדלו עם הורים הומוסקסואליים). לא למותר לציין שבהקשר לאימוץ הבחינה וועדת גרוס בין הורות יחידנית לבין הורות של בני זוג מאותו המין ובהקשר האחרון סברו מרבית הדעות בוועדה שאין כל הצדקה להבחנה בינם לבין בני זוג ממין שונה, ראו, להלן ה"ש 192.

מאותו המין. לכן, התייחסות למחקר זה הייתה מוכיחה שהכרה בזכות של בני זוג מאותו המין לפונדקאות אינה נובעת אך ורק מגישה ליברלית-אינדיבידואלית הממוקדת ברצונות ההורה בלבד, אלא היא ניתנת להצדקה גם על פי גישות הנכונות לשקול את טובתם של ילדים ואת כשירותם של ההורים כחלק מן הרגולציה של ההולדה. במובן זה, הגישה המוסדית הנכונה לשיקול שיקולי טובת הילד בעת רגולציה של הולדה מספקת נדבך נוסף לתמיכה בהורות של בני הזוג מאותו המין.

הדברים מורכבים יותר בהקשר להורות היחידנית. בהקשרים הללו, קיימת טענה, שיש לה תמיכה מחקרית חזקה, שאיכות החיים של ילדים שגדלו במשפחות עם שני הורים, ללא קשר למינם, עולה על איכות החיים של ילדים שנולדו למשפחות עם הורה יחיד.¹⁸⁷ יש המסיקים ממחקרים אלו שיש להגביל את הנגישות של הורים יחידים לטכניקות מלאכותיות של הולדה.¹⁸⁸ אחרים מערערים על התוקף של מחקרים אלה¹⁸⁹ ובוודאי על היכולת להסיק מהם מסקנות נורמטיביות בדבר הסכנה הטמונה לילדים מלגדול אצל הורה יחיד.¹⁹⁰ נוסף על כך, ניתן לערער על היכולת להסיק ממחקרים על איכות החיים של ילדים שנולדו להורים יחידים באופן כללי, הכוללים, בין היתר, מצבים של הורות לא מתוכננת, לגבי איכות החיים הצפויה לילדים הנולדים להורים יחידים מבחירה ובהליך מתוכנן של הולדה באמצעים מלאכותיים של הולדה. ועדיין, לפחות בהקשר לאימוץ הן החוק

¹⁸⁷ לממצאים אמפיריים, החושפים את מציאות החיים הקשה שבה נתקלים ילדים ואימהות החיים בדפוסים משפחתיים שאינם מבוססים על נישואים, בעיקר במשפחות חד-הוריות ראו למשל, SARA McLANAHAN & GARY SANDEFUR, *GROWING UP WITH A SINGLE PARENT: WHAT HURTS WHAT HELPS* (1994); ראו גם, IMPACT OF DIVORCE, SINGLE PARENTING AND STEP PARENTING ON CHILDREN chapter 2 and 11, (E. Mavis Hetherington & Josephine D. Arasteh eds., Hillsdale, 1988); ראו גם את הרשימה הארוכה של Amy L. Wax, *The Two Parent Family in the Liberal* אצל ומאוזכרים אצל State: *The Case for Selective Subsidies*, 1 MICH. J. RACE & L. 491, at notes 121-123 (1996). וכן ראו את Sara McLanahan, Laura Tach & Daniel Schneider, *The Causal Effects of Father Absence*, 39 Ann. Rev. Sol. 399 (2013) המבקשים המתמודדים גם עם ביקורת שהוטחו במחקרים הקודמים ומבקשים להשלים חסרים בהם.

¹⁸⁸ לטיעון לפיו שיקולי טובת הילד מצדיקים הבחנה בין בני זוג לבין יחידים ויחידות Marsha Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 HARV. L. REV. 835, 886-889, 892-895 (2000).

¹⁸⁹ ראו על כך באופן חריף מאוד, Martha L. Fineman, *The Uses of Social Science Data in Legal Policymaking: Custody Determinations at Divorce*, 1987 WIS. L. REV. 107; ראו גם, NANCY E. DOWN, Stephen J. Bahr, *Social Science IN DEFENSE OF SINGLE-PARENT FAMILIES* (1997) *Research on Family Dissolution: What it Shows and How it might be of Interest to Family Law Reformers*, 4 J. L. & FAM. STUD. 5 (2002).

¹⁹⁰ ראו, Susan Golombok & Shirlene Badger, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adulthood*, 25 HUMAN REPRODUCTION 150 (2010); ראו גם, Holly J. Harlow, *Paternalism Without Paternity: Discrimination Against Single Women Seeking Artificial Insemination by Donor*, 6 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 173 (1996) (המבקשת להפריך את הטענות כאילו משפחות חד-הוריות פוגעות בטובתם של ילדים); ראו גם, I. Glen Cohen, *The Right Not to Be a Genetic Parent*, 81 S. CAL. L. REV. 1115, 1133 n. 55-56 (2008). עם זאת חשוב להודות שגם המחקרים התומכים בהורות במשפחות בראשות אם אינם חד משמעיים ובמקרים רבים הם אינם מבחינים בין משפחות שבהם שתי הורים נשים לבין ילדים הגדלים במשפחה חד-הורית.

הקיים¹⁹¹ והן וועדת גרוס שגיבשה הצעה לתיקון מקיף של החוק¹⁹² ושנשענה על עדויות מומחים בהקשר הזה¹⁹³ סברה שיש להעדיף אימוץ על ידי בני זוג על פני אימוץ יחידני.

במקום אחר הבהרת¹⁹⁴ מדוע גם כאשר נלקחים בחשבון החששות מפני פגיעה בטובתם של ילדים שייוולדו לאימהות חד-הוריות, אף הגישה המוסדית אמורה לתמוך בזכות של אישה יחידה לטיפול הפריה, שבסופם תשמש כאם חד-הורית, הן על ידי נגישות לתרומת זרע מתורם שמובהר מראש שלא ישמש כאב והן בהקשר של המחקר הנוכחי, על ידי שילוב בין תרומת זרע לפונדקאות. עם זאת, כפי שעלה מניתוח שערכתי שם, המסלול שעוברת הגישה בדרך למסקנה זו מורכב ואינו נטול התלבטויות. בהקשרים מסוימים הוא עשוי להשפיע על טיב ההסדרה הנדרשת בנושא, כגון לגבי השאלה האם לאפשר ואולי אפילו לדרוש תרומת זרע מלווה בזכות התחקות. במאמר הנוכחי הממוקד בהורות של בני הזוג מאותו המין, לא אחזור על הניתוח בכללותו. אסתפק בכך שאזכיר שלמרות שהגישה המוסדית פותחת פתח לבחינת שיקולי טובת הילד העתידי בעת שנדונה רגולציה של הולדה ובכלל זה בחינת כשירות של הורים מיועדים, הגישה דורשת זהירות רבה בטרם יוחלט על פסילה קטגורית של הורים מיועדים, בשל חששות לטובת ילדיהם העתידיים, בשל מאפייניהם הקבוצתיים במיוחד כאשר מדובר בקבוצות חשודות. עמדה שנומקה, בין היתר, בצורך לכבד האוטונומיה של ההורים המיועדים כחלק מאתוס ההורות, ההבחנה בין שיקולי טובת הילד בהקשר לאימוץ לבין שיקולי טובת הילד העתידי לצורך בחינת כשירותם של הורים לטיפול הפריה, האמונה ביכולת של בני אדם להתפתח במגוון רחב של מצבים ודפוסים משפחתיים וכמובן כאשר מדובר בקבוצות חשודות, הפגיעה בשוויון ובכבוד האדם שלהם.¹⁹⁵ המבקש לבחון כיצד הובילו אותי עקרונות אלה, לצד המחקר האמפירי הקיים בנושא ההורות היחידנית למסקנה כי יש לאפשר לאימהות יחידות להזדקק לטכניקות מלאכותיות, יעיין במחקרי הנ"ל.¹⁹⁶

אולם בפועל, התיקון לחוק הפונדקאות שאפשר לאימהות יחידות להזדקק לשירותי פונדקאות לא התבסס על המחקר שהצטבר בנושא והתהליך החקיקתי שקדם לו לא כלל התמודדות אמפירית או ערכית עם הטענות המחקריות בדבר הקשיים שעמם מתמודדים ילדים למשפחות יחידניות. כפי

¹⁹¹ ראו, סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 ("אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית המשפט ליתן צו אימוץ למאמן יחיד – (1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן; אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקורבי המאומץ ובלתי נשוי").

¹⁹² ראו, משרד המשפטים דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל: **בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס** 111–112 (2016) (להלן: דו"ח ועדת גרוס).

¹⁹³ ראו את תיאור עדותו של פרופ' צבי טריגר בפני וועדת גרוס, שם, בעמ' 111 ("פרופ' טריגר הצביע על כך שהמחקרים מראים כי בכל מקרה ילדים בעלי שני הורים מתפתחים וגדלים טוב יותר מילדים הגדלים במשפחה חד-הורית"). ראו גם את המחקרים שעליהם הסתמך פרופ' טריגר, Timothy J. Bilarz & Judith Stacey, *How*, SARAH B. HRDY, *Does the Gender of Parents Matter?*, 72 J. MARRIAGE & FAM. 3 (2010); ראו גם, SARAH B. HRDY, *MOTHERS AND OTHERS: THE EVOLUTIONARY ORIGINS OF MUTUAL UNDERSTANDING* (Harvard Univ. Press, 2010).

¹⁹⁴ ראו, ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 43-46. האמור בחלק זה מבוסס על הניתוח שם, תוך התאמה בשינויים המחויבים בין הדיון בתרומת זרע לבין הדיון בתרומת זרע משולבת בפונדקאות.

¹⁹⁵ לעקרונות הללו של הגישה המוסדית ראו, לעיל פרק א, חלק 3, סעיף (ג).

¹⁹⁶ ראו, ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 43-46. האמור בחלק זה מבוסס על הניתוח שם, תוך התאמה בשינויים המחויבים בין הדיון בתרומת זרע לבין הדיון בתרומת זרע משולבת בפונדקאות.

שהראיתי במחקרי הנ"ל, אף מתן האפשרות לאימהות יחידות להזדקק לתרומות זרע ללא בחינה מיוחדת של כשירותן הכלכלית והנפשית לכך נערכה בחתף, באופן אינטואיטיבי וללא דיון מעמיק בנושא. משום כך, מנקודת מבט מוסדית, הגם שאני מסכים עם התוצאה הסופית שאליה הגיע המחוקק אני מצר על כך ששיקולי טובת הילד העתידי לא קיבלו ביטוי מספיק בתהליך החקיקה.

שוב לפרשת **ארז-פנקס** ולטיעוני המתנגדים למתן אפשרות לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להזדקק לפונדקאות. לנוכח ההבדלים במונחי טובת הילד בין הורות יחידנית לבין הורות זוגית ולנוכח ההעדפה שנותנת, בדרך כלל, הגישה השמרנית-מסורתית להורות הזוגית, מפתיע בעיניי שהמתנגדים השמרניים להורות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין לא ביקשו להבחין בכל זאת בין המקרים ולהבהיר שמנקודת המבט השמרנית יש להבחין בין הורות זוגית להורות יחידנית, בשל העובדה שהאחרונה מעוררת חששות רבים יותר לפגיעה בטובתם של ילדים עתידיים. אוסיף ואציין שבמקרה של בני זוג מאותו המין, החלופה לפונדקאות הינה התקשרות של אחד מן היחידים בהסכם הורות משותפת עם אם יחידה או עם אם שיש לה בת זוג. במקרה כזה, התוצאה היא שהילד יגדל בשני בתים ועל ידי כמה הורים ו/או דמויות הוריות בחייו. משום כך, מנקודת המבט המעדיפה מבניים הוריים המבוססים על קשר זוגי, ניתן להצביע על יתרון מובהק לפונדקאות בהקשר לבני זוג מאותו המין. אף מסיבה זו, ניתן היה לצפות לעמדה שמרנית שתבקש להבחין בין ההתנגדות להורות של בני זוג מאותו המין לבין ההתנגדות להורות של גברים יחידים.

האמת חייבת להיאמר, משהכריע המחוקק לטובת האפשרות של אימהות יחידות להזדקק לפונדקאות, נדמה לי, שלפחות מנקודת המבט המוסדית שבה תומך המאמר הנוכחי, בהעדר הוכחות חותכות וחד משמעיות המלמדות על סיכון ברמה גבוהה של וודאות בפני ניצבים דווקא ילדים שנולדו לגברים יחידים, עקרון השוויון והזכות של גברים יחידים להורות מציבים מחסום כבד, בפני חסימת אפשרות זו בפני גברים יחידים.

עם זאת, דומה שבניגוד לגישה המוסדית, עמדה שמרנית מפחיתה בערכם היחסי של שיקולי השוויון והאוטונומיה. נוסף לכך, תפיסת עולם שמרנית, נוטה בדרך כלל לדבוק בקיים ובמוכר ולצמצם סיכונים. משום כך, מנקודת המבט השמרנית ניתן היה להעלות את הטיעון שבעוד שאימהות יחידנית היא תופעה נפוצה שכבר ניתן להעריכה ולהסדירה, אבהות יחידנית, בוודאי כיוזמה מלכתחילה עודנה בראשיתה והמחקר לגביה דל,¹⁹⁷ ועל כן לפחות בשלב הנוכחי, אל לה למדינה לתמוך בה באופן אקטיבי באמצעות הפונדקאות. אוסיף ואומר שהבחנות בין הורות גברית לבין

¹⁹⁷ דומה כי כעניין פרקטי הורות יחידנית יזומה על גברים אינה נפוצה. על תחילתה של תופעת ההורות הגברית היחידנית מבחירה ראו למשל, SUSAN GOLOMBOK, MODERN FAMILIES: PARENTS AND CHILDREN IN NEW FAMILY FORMS 160-162 (2015). אף ספרות המחקר לגבי התופעה דלה מאד ולפחות על פי בדיקתי טרם נמצא מחקר שבחן את ההשלכות ארוכות הטווח של הורות כזו. עם זאת, קיימים מספר מקורות שעוסקים בנושא. ראו לדוגמה, Katherine M. Johnson, *Single, Straight, Wants Kids: Media Framing of Single*, וכן ראו, Nicola Carone, Roberto Baiocco & Vittorio Lingiardi, *Single Fathers By Choice Using Surrogacy: Why Linda*, 32 HUMAN REPRODUCTION 1871 (2017); *Men Decide to Have a Child as a Single Parent*, 8 REPRODUCTIVE BIOMEDICINE & SOC. ONLINE 47 (2019).

הורות נשית עשויה להתבסס גם על הוראות חוק קיימות במשפט הישראלי.¹⁹⁸ כאמור, בפועל טענות אלה לא הועלו בפסק הדין בפרשת **ארד-פנקס** בדיון הציבורי שקדם לו שהתמקד בהתנגדות להורות של בני זוג מאותו המין ללא הבחנה בין בני זוג לבין יחידים. לבחירה של העמדות השמרניות בישראל להתמקד בהתנגדות לזוגיות של בני הזוג מאותו המין ולביקורת עליה אשוב בחלק הסיום של המאמר.

(ה) הפגיעה בהורות המשותפת של בני הזוג מאותו המין כפגיעה במוסד ההורות הזוגית

החלק הארי של פסק הדין בפרשת **ארד-פנקס** מוקד בפגיעה של החוק הקיים בזכותם להורות ולשוויון של גברים יחידים, כמו גם של גברים הנוטלים חלק בקשר חד-מיני. לצד זאת, הזכירה הנשיאה חיות טענה נוספת "רזה" יותר של בני זוג מאותו המין, גברים כנשים, הקובלים על כך שבניגוד לבני זוג ממין שונה, נמנע מהם לשמש כהורים מיועדים כבני זוג.¹⁹⁹ אולם, בפועל אולי בשל המשקל הנמוך שניתנה לטענה בעתירה ואולי מסיבות אחרות, פסק הדין כמעט שלא עסק בדרישה של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילד כבני זוג ולהיות מוכרים כהורים משותפים. בהתאם לכך, הדיון בזכות להורות עסק ברצון ו/או בצורך של הגבר היחיד או כל אחד מיחיד בני הזוג מאותו המין להורות ובזכות הנורמטיבית הצומחת מרצון/צורך זה. לעומת זאת, בדומה לפסיקה קודמת שעסקה בזוגיות החד-מינית ובזכות להורות, באופן כללי פסק הדין לא התייחס לצורך של בני זוג להביא לעולם ילד במשותף כבעל ערך ייחודי מעבר לרצון האישי של כל אחד מהם להביא לעולם ילד ו/או להיחשב כהורה. מתן הדגש על הזכות האישית להורות, להבדיל מהזכות של בני הזוג כזוג בא לידי ביטוי אפילו בהצעת החוק הליברלית ביותר שהוצעה עד היום (הצעת גרמן).²⁰⁰

על פי הגישה המוסדית לנוכח אתיקת ההורות יש חשיבות מיוחדת להדגשת הזכות של בני זוג מאותו המין להורות משותפת וזאת מכמה נקודות מבט.

¹⁹⁸ ראו, סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 המעגן את חזקת הגיל הרך וזו לשונו "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שיראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת". עם זאת, חזקה זו עצמה שנויה במחלוקת ראו את תוצריה של ועדת שניט: הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין **זו"ח ביניים** (2008). הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין **שלב ב' – דוח משלים** (2011). מכתב מד"ר פרץ סגל, מרכז הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין אל יעקב נאמן, שר המשפטים (27.12.2011) ומסמכים נלווים למכתב. מנגד ראו, דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91 (2013); לעובדה שהחזקה עודנה חלק מן המשפט הישראלי ראו בע"מ 1858/14 **פלוני נ' פלונית**, פס' לג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו) (3.4.2014) ("אנו אין לנו אלא החוק כמות שהוא, ולפיו חלה בענייננו, בקטין שטרם מלאו לו שש, חזקת הגיל הרך"). יש להזכיר כמובן שהחקיקה הקיימת קדמה לחוקי היסוד ומשכך תקפה לא נבדק באופן חוקתי, לעומת זאת לו היה כולל החוק המתוקן הבחנה בין גברים לנשים, הוא היה חשוף לביקורת חוקתית.

¹⁹⁹ ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיאה חיות. על פי הנשיאה חיות, ההתייחסות לטענת ההפליה של בני הזוג מאותו המין כזוג החלה כבר בשלב העתירה ("ההתייחסות בעתירה לקבוצה זו היא 'רזה' יחסית ואינה מפורטת").

²⁰⁰ הצעה זו איפשרה פונדקאות לגברים ונשים יחידות מתוך הנחה שבן הזוג יוכל לקבל הכרה בהורותו בהליך נפרד, אך דחתה את האפשרות לאפשר לבני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות כזוג בדומה לאפשרות הנתונה לבני זוג ממין שונה בחוק הקיים. ראו, **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 147.

ראשית, הבחנה בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג ממין שונה בעייתית מנקודת המבט הממוקדת בשוויון. ככל שמדובר בבני זוג ממין שונה, החוק הקיים לא הפריד בין ההורה הביולוגי לבין ההורה המיועד שאינו ההורה הביולוגי והתייחס אל שניהם כהורים המיועדים.²⁰¹ מאחר שעל פי מסקנת פסק הדין אין הבחנה רלוונטית בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג ממין שונה, ולנוכח הממצאים המראים שאף מנקודת המבט של טובת הילד העתידי אין הבחנה כזו, אזי ככל שתקבע בחוק עתידי הבחנה בין ההכרה בהורות של בן זוג מאותו המין של ההורה הביולוגי לבין ההכרה בהורות של בת הזוג של האב הביולוגי, מדובר בהבחנה הפוגעת בשוויון ללא תכלית ראויה וללא כל הצדקה.

שנית, ראינו שאחת ההצדקות לזכות להורות קשורה באוטונומיה של ההורה המיועד והרצון לספר את סיפור חייו. אולם, האוטונומיה של ההורה המיועד אינה מתמצה בעצם הרצון להוליד ילד, אלא גם בהחלטה לגבי המסגרת המשפחתית שלתוכה יובא הילד לעולם. משכך, כחלק מאוטונומיה הרצון של ההורים המיועדים יש לכבד את ההחלטה להביא לעולם ילד במשותף כבני זוג.²⁰²

שלישית, אוסיף ואומר שדווקא מנקודת המבט השמרנית המעדיפה מסגרות משפחתיות זוגיות ויציבות לצורך גידולם של ילדים, היה מקום לתמיכה מיוחדת בזכות לפונדקאות של בני זוג גברים מאותו המין, שכן חלופה זו עדיפה על פני הסדרים של הורות משותפת של אחד מבני הזוג יחד עם אם ביולוגית שבהם הילד גדל מלכתחילה בשני בתים נפרדים ללא קשר זוגי בין ההורים הביולוגיים ולעיתים במעורבות של הורה נוסף שלישי.

רביעית, אפילו אם נניח ליתרונות ההורות הזוגית ונדבק בעמדה ניטרלית כלפי דפוסים שונים של הורות, עדיין לנוכח שכיחותה של ההורות הזוגית, על המדינה לדאוג להסדרתה כמוסד משמעותי שבמסגרתו מובאים ילדים לעולם. כזכור, בהתאם לגישה המוסדית, יש להחיל את עקרונות אתיקת ההורות החלים על הורות זוגית משנוצרה כבר בשלב הבאת הילדים לעולם. אחד העקרונות המשמעותיים ביותר של דיני הורים וילדים הוא שאין לקבל מציאות של חצי הורה²⁰³ ואין לאפשר היררכיה בין ההורים.²⁰⁴ בוודאי שמנקודת המבט של טובת הילד, חשובה היציבות, הוודאות

²⁰¹ ראו הגדרת הורים מיועדים בסעיף 1 לחוק הפונדקאות. כהמשך לכך, החוק מתייחס לשני ההורים המיועדים ללא הבחנה ראו למשל סעיפים 10 ו-11 לחוק. יתר על כן, אפילו צו ההורות עוסק בשני ההורים למרות שניתן היה לגרוס שהאב הוא הורה ביולוגי באופן טבעי.

²⁰² למחקר ייחודי הבוחן את החוויה ההורית של בני זוג מאותו המין בישראל ומבחין בין בני זוג שבחרו בהורות משותפת עם בת זוג לבין כאלה שהעדיפו את הפונדקאות בין היתר בשל הרצון לדבוק בדפוס הזוגי משפחתי. ראו, אריאל כהן-ארקין **אבהות הומוסקסואלית: משמעות הבחירה במוזל-ההורי עבור גברים הומוסקסואלים החיים בזוגיות** (עבודת גמר לשם קבלת "תואר מוסמך", אוניברסיטת בן גוריון, המחלקה לעבודה סוציאלית, 2011).

²⁰³ ראו, ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 50-53; ראו גם, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 134-135.

²⁰⁴ בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית (נבו 19.7.2017). ראו את דברי השופט מזוז, שם, בפס' 8 לפסק דינו ("שיקול נוסף הוא שיש להימנע במידת האפשר בחלוקת נטל המזונות מיצירת בית עשירי ויבית עניי, דבר שיש לו השלכות לא פשוטות מעבר להיבט החומרי-כלכלי, הן על 'ההורה העניי' והן על הילדים"). לחשיבות השוויון בהורות, ראו דניאל נחמני, לעיל ה"ש 65, בפס' 10-11 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("ההחלטה להביא ילד לעולם היא החלטה משותפת בעלת חשיבות עליונה בחיי שני ההורים.... ההכרה בצורך בהסכמה הנמשכת להבאת ילד לעולם יוצרת שוויון, שהוא ערך יסודי בשיטתנו"). ראו גם, ברק-ארז "בעקבות פרשת נחמני", לעיל ה"ש 9, בעמ' 216 ("לשני ההורים אותה זיקה לילד, ובני שני המינים מושפעים על-ידי מימוש (או אי-מימוש) ההורות בחייהם");

והסדרת מעמד ההורים המיועדים מוקדם ככל האפשר. לכן, מצב עניינים שבו ההורה הביולוגי יוכר כהורה באופן מיידי, בעוד מעמדו של ההורה השני יהיה תלוי בהליך נפרד איננו ראוי מנקודת המבט של אתיקת ההורות והדאגה לטובת הילד.

לסיכום תת חלק זה, חשוב להנחות את המחוקק באופן ברור שכל תיקון חייב לכלול גם הכרה במסלול פונדקאות של זוג בני אותו המין, בדומה לאפשרות של זוג המורכב מגבר ואישה נשואים.

ג. ההכרה המשפטית בהורות המשותפת של הורה ביולוגי ובן זוגו – על צו ההורות הפסיקתי

1. צו ההורות הפסיקתי – רקע היסטורי ומשפטי

הפרק הקודם נחתם בדיון על חשיבותה של ההורות המשותפת המבוססת על קשר זוגי. דיון זה מתחבר להיבט נוסף של המאבק על ההורות של בני זוג מאותו המין: ההכרה בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה הביולוגי (להלן: ההורה הלא ביולוגי). במאבק זה יעסוק הפרק הנוכחי.

כאמור, במשפט הישראלי, הדיון בהורות של ההורה הלא ביולוגי מתרחש בשני הקשרים מרכזיים, האחד מקרה פונדקאות החו"ל העוסק בהכרה בהורות של בן או בת הזוג של הורה ביולוגי שהתקשרו בהסכם פונדקאות שנערך בחו"ל עם אם נשאת. השני, מקרה תרומת הזרע העוסק בהכרה בהורות של בת זוג של אם ביולוגית שהרתה מתרומת זרע.²⁰⁵

ככלל, הדיון בעיגון מעמדו של ההורה הלא ביולוגי בשני ההקשרים מתעורר גם כאשר מדובר בבני זוג ממין שונה. עם זאת, בהקשר הישראלי החלק המכריע של העיסוק בעניין נערך בהקשר לבני זוג מאותו המין ובכך יתמקד גם הפרק הנוכחי. המשפט הישראלי עבר שינויים רבים בנושא זה. בעבר, סרבו בתי המשפט להכיר בהורות של ההורה הלא ביולוגי.²⁰⁶ בהמשך, נקבע תקדים לפיו במקרה של תרומת הזרע, בת הזוג של הנתרמת הורשתה לאמץ את בתה של בת זוגה.²⁰⁷ הגם שנכון לשעתו פסק הדין נחגג כהישג, בפועל הליך האימוץ הוא הליך קשה ופולשני והוא הכביד נפשית ומעשית על בני זוג מאותו המין.²⁰⁸

לנוכח האמור, במהלך מורכב שהובל במקורו בשטח ונענה לפחות חלקית בבתי המשפט הדייוניים, התפתחה הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו של בית המשפט למשפחה במה שמכונה בז'רגון "צו הורות פסיקתי".²⁰⁹ בשני סוגי המקרים, פונה ההורה הלא ביולוגי לבית המשפט

ראו גם, תרצה יואלס ואבי שגיא-שוורץ "אבא, אמא, ומה איתי? אני זקוק לשניים": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" **דין ודברים** ו 375 (2012).

²⁰⁵ הדיון במאמר הנוכחי ממוקד במקרה שבו בני הזוג מבקשים לכתחילה כבר בשלב יצירת הוולד להיחשב כהורים משותפים. סוג אחר של עיסוק בהורות ההורה הלא ביולוגי מתעורר במקרים שבהם בן זוגו של הורה ביולוגי שבמשך השנים מתפקד כהורה מבקש ליתן להורות תוקף משפטי. ככל שמדובר בבני זוג ממין שונה, מסלול אחד של הכרה בהורות של בן זוגו של ההורה הלא ביולוגי נמצא בחוק האימוץ. מסלול אחר שטרם הוכר באופן משפטי בישראל הוא מסלול ההורות למעשה (הורות תפקודית), ראו לעיל ה"ש 27.

²⁰⁶ ראו, ע"מ (מח' ת"א) 10/99 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד תשס"א (א) 831 (2001). בעניין זה, השופט פורת בדעת רוב סבר שאין לאפשר לבת הזוג של האם הביולוגית לאמץ באימוץ יחיד.

²⁰⁷ ראו, ע"א 10280/01 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: פרשת **ירוס-חקק**).

²⁰⁸ ראו על כך למשל, אלונה פלג **אימהות לסביות בישראל**: סיפורים של הורות תחת חובת הוכחה 160-163 (2020).
²⁰⁹ לצורך הדיוק אציין שפסק הדין הראשון שבו ניתן צו הורות עסק במקרה ייחודי של בנות זוג שביצית מופרית של אחת מהן הושלתה ברחמה של הזוג האחרת. ראו על כך, פרשת **פרקליטות ת"א**, לעיל ה"ש 22. לדיון בפסק

ומבקש, שבדומה לצו ההורות החקיקתי שהוסדר בחוק הפונדקאות עבור ההורים המיועדים, יקבע בית המשפט בצו הורות שבן או בת הזוג של נתרמת הזרע במקרה תרומת הזרע ושל האב הביולוגי במקרה פונדקאות חו"ל הינם ההורים מן הבחינה המשפטית.²¹⁰

לאחר תקופה של גישושים והיסוסים מצד המדינה, שמצאה עצמה כנגררת וכמגיבה למהלך שצמח מהשטח, ובמקרים רבים גם כגורם הבולם והמעכב,²¹¹ הנאלץ ליישר קו עם המציאות המתפתחת, החליטה המדינה לגבש מדיניות אקטיבית יותר. בהתאם לכך, בשנת 2019 נערכה חשיבה מקיפה בצוות בין-משרדי ובעקבותיה פורסם מסמך העוסק בתנאים ובפרוצדורה הנדרשת לצורך הוצאת צווי ההורות (להלן: **הנחיות הצוות הבין-משרדי**).²¹² ההנחיות הקלו בהיבטים רבים על קבלת צו ההורות, כך למשל, בעוד שבעבר עמדה המדינה על קבלת תסקיר מעובד סוציאלי בכל מקרה שבו התבקש צו הורות, על פי ההנחיות קבלת תסקיר הפכה לחריג ואינה נדרשת באופן רגיל על מי שפועלים על פי הנהלים. נוסף על כך, מאפשרות ההנחיות להגיש בקשה לצו הורות כבר בתקופת ההיריון. עם זאת, רכיבים רבים בעמדות המדינה כלפי צו ההורות הפסיקתי, בעיקר הסירוב לדון בצו בטרם נולד הילד, הגדרת צו ההורות כצו מכונן, דהיינו כצו היוצא את ההורות ההימנעות מלהפעיל את הצו רטרואקטיבית ולקבוע שההורה הלא ביולוגי ייחשב כהורה מיום הלידה, וההשלכות הקשות של אי עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו, עוררו בכל זאת תרעומת אצל הנזקקים

הדין ראו רות זפרן "אמהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** ג 351, 395–396 (2008). משום כך במקרה זה לשתי האמהות הייתה זיקה ביולוגית. בשלבים מאוחרים יותר התגבש הצו כמענה למקרים של פונדקאות חו"ל הן כאשר מדובר בבני זוג ממין שונה והן כאשר מדובר בשני גברים ראו לדוגמה, תמ"ש (ת"א) 21182-04-13 א.ל.נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 11.3.2014) ולאחר מכן הוא יושם גם במקרים של תרומת זרע כאשר לבת הזוג אין זיקה ביולוגית לילד ראו לדוגמה, תמ"ש 57740-12-13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (8.2.2015); כן ראו תמ"ש (חי) 57390-09-16 א.א.ב.צ. **קטינה** נ' **היועץ המשפטי לממשלה-משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה** (נבו 30.1.2017) (להלן: פרשת א.א.ב.צ. נ' **היועץ המשפטי**). לסקירה היסטורית מקיפה ראו, יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113, 122–177 (2018) (להלן: מרגלית "צו ההורות הפסיקתי").²¹⁰ ראו דברי השופט הנדל בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 8 לפסק דינו ("פיתוח פסיקתי זה הרחיב את ההכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה אל מעבר לגבולות חוק הפונדקאות. כך, למשל, הוא מאפשר להכיר בהורות בת זוג נטולת זיקה גנטית לילדים שנולדו לתא משפחתי חד-מיני מתרומת זרע אנונימית, מכוח זיקתה לבת הזוג המחזיקה בזיקה כזו [בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית, פס' 7 (נבו 2.9.2014)]. יתר על כן, הוא מאפשר להעניק הכרה דומה לבני זוג גם ביחס לילדים שנוצרו בהליכי פונדקאות חו"ל, למרות המורכבות הנובעת ממעורבות הורה פוטנציאלי שלישי – האם הנושאת – בהליכים אלה").

²¹¹ כך למשל בתחילת המהלך התנגדה המדינה לפרקטיקה של צו הורות משפטית וסברה כי במקרים הנדונים בפרק זה יש לנקוט הליך של אימוץ. רק לאחר שהוגש בג"ץ 6569/11 **טבק-אבירם נ' שר הפנים** (נבו 28.1.2014) הסכימה המדינה להסיר את התנגדותה לעצם מתן הצו.

²¹² ראו תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים משרד העבודה והרווחה **צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי** (2019). המלצות הצוות מתייחסות בין היתר לתנאי הכשירות הנדרשים כגון תושבות, גיל ההורים המיועדים והעדר עבר פלילי. כמו כן, דורשות ההנחיות הסכם הורות פורמאלי או למצער הצהרה על הורות כזו, במקרה של תרומת הזרע והתקשרות משותפת עם הפונדקאית במקרה של פונדקאות חו"ל. ההנחיות גם מתייחסות למשך הזמן שבו התקיימו יחסי הזוגיות וכן כוללות הוראות בהקשר לבדיקת חוקיות הליך הפונדקאות במקרה של פונדקאות חו"ל. נוסף על כך, ההנחיות עוסקות במועד שבו תוגש הבקשה וקובעות כללים לגבי מקרים שבה בני הזוג לא פעלו על פי הנהלים. בהמשך נדון באופן נרחב בהנחיות הללו.

להם.²¹³ משום כך, נמשכו הדיונים המשפטיים בנושא וכמקובל בישראל בסופו של דבר נאלץ בית המשפט העליון להסדיר את הסוגיה.

ככלל, בית המשפט העליון סמך ידו על הפרקטיקה המתגבשת של מתן צו הורות פסיקתי. כך, בפרשת **ממט מגד**,²¹⁴ שקדמה להגשת **המלצות הצוות הבין-משרדי** ושהתמקדה בפונדקאות חו"ל ביקש בית המשפט להקל על ההליך שבמסגרתו מוכחת ההורות של ההורה הביולוגית לצורך הענקת אזרחות לילד²¹⁵ והוא אף פתח פתח להוכחת האבהות גם ללא בדיקת רקמות.²¹⁶ נוסף על כך, בהתבסס על פסיקה רבת שנים בנושא המרשם בכלל וההסתמכות על תעודות בין לאומית בפרט,²¹⁷ בית המשפט בדעת הרוב הכיר בפרשת **ממט מגד** באפשרות לרישום בן הזוג כהורה על בסיס מסמך רשמי של המדינה שבה נערכה הפונדקאות.²¹⁸ עם זאת, לנוכח הפסיקה המצמצמת את תחולתו המהותית של רישום כזה, המליץ בית המשפט שלא להסתפק ברישום כאמור ולדאוג להוצאת צו הורות פסיקתי שיסדיר את ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי.²¹⁹ הגם שכאמור פרשת **ממט מגד** עסקה בעניין הוכחת אבהות לצורך הענקת אזרחות וברישום בן הזוג כהורה מכוח דיני המרשם, הדיון בפסק הדין בצו ההורות הפסיקתי וההמלצה להורים לנקוט בדרך זו, נתפסו בציבוריות הישראלית ובקרב הקהילה המשפטית כמעניקים לגיטימציה ואישור לצו ההורות הפסיקתי.²²⁰

עם זאת, למגינת ליבם של מרבית הארגונים התומכים בבני הזוג מאותו המין, במקרים אחרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון הוא קיבל את עמדת המדינה לפיה צווי ההורות הן במקרים

²¹³ כך למשל, על פי ההנחיות המדינה אפשרה אמנם להגיש את הבקשה לצו ההורות בתקופה שקדמה ללידה אך היא עצמה סרבה לדון בבקשה לצו ההורות בתקופת ההיריון. נוסף על כך, כפי שנרחיב בהמשך, למעט חריג לפיו שלושת החודשים שלאחר הלידה ייחשבו כיום אחד סרבו ההנחיות ליתן לצו ההורות תוקף רטרואקטיבי. נוסף על כך, על פי ההנחיות אי עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו בהם עלולה לגרום לכך שהמדינה תסרב ליתן צו הורות בהליך מהיר ומקל. ראו בעניינים הללו ירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים", לעיל ה"ש 14.

²¹⁴ ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24.

²¹⁵ ראו, שם, בפס' 36 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

²¹⁶ ראו שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופטת נאור.

²¹⁷ ראו, בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 255 (1963); בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006); בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); ראו גם, שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים** י 447 (2009). לביקורת ראו, איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק-שלוזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" **משפט וממשל** יא 129 (2007). לגבולות ההכרה ברישום בשל שיקולי תקנת הציבור ראו את דבריו של השופט עמית בבג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים (נבו 21.8.2017). ראו גם, סער בן זאב ואורי גורלי "הרהורים ברישום נישואין אזרחיים ותקנת הציבור החיצונית בעקבות בג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים" **הארץ דין** יג 46 (התשע"ט).

²¹⁸ ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24. אולם השוו לעמדות השופטים מלצר ורובינשטיין אשר סברו כי יש לדרוש צו שיפוטי בכל מקרה.

²¹⁹ ראו, פרשת **ממט מגד**, שם, בפס' 31 לפסק דינה של השופטת נאור וכן, שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות. אולם, ראו את עמדת השופט דנציגר, שם, בפס' 4 לפסק דינו, שסבר שאף הרישום יכול שיצמיח עם הזמן תוצאות מהותיות.

²²⁰ לצורך הדיוק ההיסטורי אזכיר, שפסק הדין בעניין **טבק-אבירם**, לעיל ה"ש 211, קדם לעניין **ממט מגד** (שם). עם זאת, פסק דין זה קיבל תהודה פחותה משל פרשת **ממט מגד**.

של פונדקאות חו"ל²²¹ והן בהקשר של תרומת הזרע²²² הינם צווים המכוננים את ההורות (צו קונסטיטוטבי) ולא מצהירים עליה כאילו הייתה עובדה קיימת וקודמת (צו דקלרטיבי). בית המשפט העליון אף הזדהה עם הצורך לקבוע סד זמנים קשיח לצורך קבלת צו הורות בהליך מהיר, להבדיל מהליך איטי יותר הדורש קבלת תסקיר ואפילו אימוץ.²²³ בפרשת **פונדקאות חו"ל** אימץ בית המשפט העליון עמדה קשוחה המכבידה על האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי, גם על מי שפעלו על פי הנהלים וזאת, בין היתר, בשל מורכבות ההליך, היעדר הרטרואקטיביות של צו ההורות בחוק הפונדקאות, הצורך להבטיח שניתוק הזיקה של האם היולדת נערך כדין והרצון למנוע הכרה בו זמנית במצב של שלושה הורים.²²⁴ לעומת זאת, בהקשר של **תרומת הזרע**, הוביל בית המשפט העליון את המדינה לשנות נהלים ולרכך דרישות שהציבה מלכתחילה. כך למשל, הסכימה המדינה שבמקרה בו הבקשה לצו ההורות תוגש בתקופה של שישים יום שקדמו ללידה, הזכאות לקבלת הצו תבחן עוד לפני הלידה או בסמוך לאחריה, כך שהצו יינתן ימים ספורים לאחר הלידה וייחשב כאילו ניתן כבר מיום הלידה. נוסף על כך, בעידוד בית המשפט, הרחיבה המדינה את תקופת הזמן לאחר הלידה שבה ניתן יהיה להגיש בקשה לצו הורות שייחשב כאילו ניתן ביום הלידה משלושה חודשים לחצי שנה.²²⁵ בסופו של דבר, הרחיב בית המשפט העליון את התקופה שלגביה ניתן יהיה לפנות לבית המשפט ולקבל צו הורות פסיקתי שיפעל באופן רטרואקטיבי ל-תשעה חודשים לאחר הלידה, זאת חרף התנגדות המדינה.²²⁶ עם זאת, חרף הנכונות לסייע ולהקל על הפרוצדורה של השגת צו הורות פסיקתי במקרה תרומת הזרע, סירב בית המשפט לוותר על עצם הצורך בצו שיפוטי גם במקרה זה. משום כך, בפרשת **צור-וייסלברג**, שלל בית המשפט העליון את האפשרות לרשום את בן הזוג במרשם האוכלוסין כהורה, על סמך הצהרת האם הביולוגית גם בהיעדר "צו הורות" – כפי שמקובל לגבי בן זוג של הורה ביולוגי המצוי בקשר ממין שונה.²²⁷

2. עיגון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי: הדין הראוי

(א) מבוא: צו ההורות הפסיקתי בשדה הקרב הליברלי-שמרני

בשיח המשפטי בישראל סוגית ההכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי נקלעה לשדה הקרב הליברלי-שמרני. כך, התומכים הליברליים בהגדרה החוזית של ההורות סוברים כי יש לבסס את ההורות של ההורה הלא ביולוגי על הסכמת הצדדים, או באופן קונקרטי על הסכם בין ההורה

²²¹ ראו, פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23. שם, דעת הרוב קבעה כי צו ההורות בהקשר של פונדקאות חו"ל יפעל קונסטיטוטבי.

²²² ראו פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל (עם זאת השוו לעמדתו של השופט פוגלמן שניכר שהוא נוטה לתפיסת הצו כסעד הצהרתי) ועוד לפני כן ראו, בע"מ 4880/18, לעיל ה"ש 113. ²²³ ראו פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל ("אימוץ סד זמנים קשיח בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית – להבדיל מעצם מתן צו ההורות הפסיקתי – מהווה צעד ראוי").

²²⁴ ראו פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23. נציין שבעוד השופט הנדל פתח להכרה רטרואקטיבית במקרים מסויימים, השופט מינץ שחלק על השופט הנדל בהקשר זה סגר באופן מוחלט את הדלת בפני הכרה רטרואקטיבית בצו.

²²⁵ לתיאור ההתפתחות בעמדת היועץ בעניין זה ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל; לדינאמיקה של הובלת הצדדים להסכמות החורגות מן ההנחיות המקוריות של **הנחיות הצוות הבין-משרדי** (ראו, לעיל ה"ש 212) ראו, בע"מ 9182/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 4.6.2020).

²²⁶ ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל.

²²⁷ ראו, פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14.

הביולוגי לבן זוגו (ההורה הלא ביולוגי המיועד) במקרה של תרומת הזרע, או בין שני ההורים (הביולוגי והמיועד לפונדקאית) במקרה הפונדקאות על מנת לכוון את ההורות. משום כך, עמדות המדינה ופסיקות בית המשפט העליון הדורשות צו שיפוטי כתנאי להכרה מהותית בהורות של ההורה הלא ביולוגי, והסירוב לרשום את ההורה הלא ביולוגי כהורה ללא קבלת צו כזה במקרה של תרומת הזרע, בוקרו כמפלות את ההורות של בני הזוג מאותו המין. בוודאי שסיווג הצו כקונסטיטוטיובי, קביעת סד הזמנים הנוקשה לצורך זכאות להליך המהיר לקבלת צו ההורות הפסיקתי והתנאים הקשוחים להכרה רטרואקטיבית בצו ההורות במקרה של פונדקאות חו"ל, נתפסו כמגבילות את ההורות של בני הזוג מאותו המין, כמכבידות ללא צורך וכמסווגות אותה כהורות חשודה. משכך נמתחה עליהם ביקורת מן הצד "הליברלי".²²⁸

מן הקצה השני, ניתן לאתר בשיח המשפטי, לרבות בפסיקות בית המשפט, את העמדה השמרנית. הגישות השמרניות בהקשר זה משלבות בין עמדה שמרנית כלפי הורות,²²⁹ לבין עמדה שמרנית כלפי תפקיד בית המשפט בפיתוח הדין. שילוב שתי התפיסות מוביל להתנגדות נחרצת להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי כאשר היא מובלת על ידי בית המשפט ולא על ידי המחוקק. על פי גישה זו, בעוד שהורות ביולוגית היא הורות טבעית, הכרה בהורות לא ביולוגית דורשת צו אימוץ, או למצער, הכרה מפורשת מאת המחוקק, כפי שנעשה בחוק הפונדקאות.²³⁰ מעבר לביקורת על היעדר פיתוח הכלי של צו הורות פסיקתי ללא הסמכה בחקיקה, אף לגופו של עניין על פי הגישה השמרנית-מסורתית, יש להבחין בין ההכרה הדקלרטיבית בהורות הביולוגית שאינה דורשת תסקיר ובחינה מדוקדקת, לבין ההכרה בהורות הלא ביולוגית שיש לערכה במתינות וללוותה בתסקיר ובחינה של התאמת ההורה הלא ביולוגי.²³¹

²²⁸ ראו למשל, עומר נחמני "אתמול זכויות להט"ב במדינה גולגלו אחורה שנות דור" **זמן ישראל** : זירת בלוגים (4.2.2020) <https://www.zman.co.il/79540/print/>; אייל לוריא פרדס "השבוע השחור של קהילת הלהט"ב: הורים על תנאי ונכים באישור המדינה" **המקום הכי חם בגיהנום** (5.2.2020) <https://www.ha-makom.co.il/post-eyal-tur-lgbt/>; ראו דבריי העותרות ואת דבריי יו"ר האגודה למען הלהט"ב, מאיה הורודניצ'אנו "נדחתה עתירה לשוויון ברישום הורים להט"בים: 'הנחת המוצא – אין קשר ביולוגי' וואלה! חדשות (26.7.2020) <https://tinyurl.com/vy6pqqdf>; עוד ראו, קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 88, בעמ' 7-6 ו-25. וכן ראו, טריגר ומאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו", לעיל ה"ש 106, בעמ' 463.
²²⁹ להתנגדות גורפת של הגישה השמרנית-מסורתית למוסד צו ההורות, ראו מיכאל פואה ויהודה פואה "הורות מכוח האופנה" **השילוח** 25 115 (2021).

²³⁰ ראו למשל את עמדתו של השופט מינץ בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 16 לפסק דינו ("עצם הסדרתו של 'צו הורות' ללא עוגן בחקיקה, מעורר אפוא קושי לא מבוטל") ובהמשך, שם. כשלעצמי סבור אני, כי על אף שיתכן שהמציאות כפתה את "הולדתו" של הצו, כשרותו, תוקפו, תחולתו והיקפו אינם מובנים מאליהם ומפקפק אני אם אכן היה מקום מלכתחילה לייצרו. מתן פתרונות יצירתיים-פסיקתיים לבעיות הורות שהתעוררו ושמטעוררות, בשל היותם נוגדים את "השכל הישר וההיגיון הבריא" מצד אחד, אך אינם עולים בקנה אחד עם הוראות הדין מצד שני, אינו פשוט כלל ועיקר. שופטים אחרים ראו בה רע הכרחי שראוי לצמצם את תחולתו ראו למשל את דבריו של השופט מזוז בבע"מ **4880/18**, לעיל ה"ש 113, בפס' 13 לפסק דינו ("נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה, אשר תעגן בדין את הזכות להורות בנסיבות להן יועד צו ההורות הפסיקתי ואת תנאיה, כפי שהדבר נעשה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ").

²³¹ לביקורת הנורמטיבית ולהתנגדות למוסד צו ההורות במקרים של העדר זיקה ביולוגית ראו, מרגלית "צו ההורות הפסיקתי", לעיל ה"ש 209, בעמ' 168-169; עיקר ביקורתו של מרגלית ממוקדת בחוסר הלגיטימציה

אף בנושא צו ההורות, בהשראת אתיקת ההורות הגישה **המוסדית** עשויה להציע עמדה מורכבת יותר שתתרום לשיח הקיים במגוון סוגיות. דיוננו יבחין בין דיון עקרוני על העקרונות שעל פי הם ראוי היה להסדיר את עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי מלכתחילה לבין הערכת המצב הקיים שבו המחוקק לא אמר את דברו ועיגון ההורות מוסדר בפסיקה ובהנחיות מנהליות ברמות שונות. בהתאם לכך, בחלק זה נציג את עקרונות הגישה המוסדית להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי. עקרונות, שכפי שנסביר בהמשך, ראוי לעגנם בחקיקה. בחלק שלאחריו נבקש ליישם את העקרונות העוסקים בדיון הראוי, על המצב המצוי שבו עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי איננו מוסדר בחקיקה. ננתח לאורם של העקרונות שיוצעו את **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, את יישומן בפסיקה הדיונית ואת פסיקת בית המשפט העליון שהתייחסה אליהם. נחתום בדיון בשני נושאים העומדים עדיין בחזית המחלוקת: טיבו של צו ההורות הפסיקטי והאפשרות להכיר בו רטרואקטיבית וכן, האפשרות לוותר על הצו ולרשום את בני הזוג כהורים על סמך הצהרתם במקרה של תרומת הזרע.

(ב) הצורך בעיגון משפטי של מעמדו של ההורה הלא ביולוגי

הגישה המוסדית עומדת על צורך החיוני בהכרה המשפטית במעמד בן זוגו של הורה ביולוגי שהיה שותף להחלטה להביאו לעולם כהורה, הן במקרה של פונדקאות החו"ל והן במקרה של תרומת הזרע ממגוון טעמים:

ראשית, עיגון משפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ בכדי להגשים את זכותו להורות. ודוק, כחלק מן הכבוד לערך האוטונומיה, הגישה המוסדית מכירה ומכבדת את הרצון של רבים מבני האדם להביא לעולם ילד שיש להם קשר ביולוגי גנטי אליו. בה בעת, הגישה המוסדית סבורה כי הצרכים והערכים שבבסיס ההורות, כגון הרצון לאינטימיות, לנטילת אחריות ולדאגה לילדך, והרצון להקמת משפחה מתקיימים גם בהורות הלא ביולוגית. על כן, על המשפט להכיר בזכות של הורה מיועד שאינו ההורה הביולוגי להפוך להורה.²³² ההכרה המשפטית בהורותו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו הורות נחוצה לצורך מימוש הזכות להורות של ההורה הלא ביולוגי הן בכך שהיא מעניקה לו את ההכרה המשפטית בעצם היותו הורה ושותף להבאת ילד לעולם²³³ והן בכך

לפיתוח של צו ההורות על פי הפסיקה. עם זאת, מדבריו משתמע כי גם אם יסדיר המחוקק את הצו יש להבחין בין ההורות הביולוגית לבין ההורות הלא ביולוגית המכוננת על ידי המדינה.

²³² ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, בפס' 14 לפסק דינו ("התפילה שעל פיה בשונה מהזכות להורות של הורים 'אמיתיים', ההורות של הורים מאמצים או הורים במסלול של פונדקאות היא מעין 'חסד' יש לדחותה"); עוד ראו, זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 9, בעמ' 15 ("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"); לשאלה האם הזכות להורות כוללת גם את הזכות לאמץ ראו, פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 76, בפס' 25 לפסק הדין של השופטת פרוקציה ("הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות, והוא אינו מקים זכות חוקתית נגזרת בידי אדם לתבוע מן המדינה את מימוש הורותו באמצעות אימוץ"). אולם, השוו לעמדתה של השופטת ביניש, שם, בפס' 3 לפסק דינה ("הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ"). עם זאת, השופטת ביניש מבכרת להימנע מקביעות נחרצות בעניין, שכן ההכרעה אינה מחייבת בנסיבות המקרה.

²³³ ראו, טמיר וכהנא-עמיתי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 63.

שבעקבות ההכרה המשפטית הפורמאלית מוענקות להורה הלא ביולוגי מגוון כשירויות וסמכויות הנחוצות כדי לממש את ההיבט הנוסף של הזכות להורות – הלא היא הזכות לגדל את ילדך ולפעול למען טובתו.²³⁴

שנית, עיגון המעמד המשפטי של ההורה הלא ביולוגי נחוץ בכדי להטיל עליו את החובות ההוריות של הורה כלפי ילדו. מנקודת המבט של אתיקת ההורות, העיגון המשפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי כהורה לכל דבר מחזק את היבט לקיחת האחריות שבהורות ואת ההבנה שמי שנטל חלק בהבאת ילד לעולם מתוך רצון לשמש כהורה לא יוכל להתנער ממחויבות זו באופן חד-צדדי וכפי שאסביר בהמשך, אפילו אם בן זוגו מסכים לכך.

שלישית, כחלק מערך האוטונומיה ההכרה בזכות להורות כוללת גם את הזכות להביא לעולם ילד משותף ולגדלו במסגרת משפחה המבוססת על קשר זוגי.²³⁵ על כן, עיגון המעמד המשפטי של ההורה הלא ביולוגי נחוץ בכדי לממש את הזכות של ההורה הביולוגי להורות משותפת במסגרת משפחה המבוססת על קשר זוגי.

רביעית, מנקודת המבט של טובת הילד יש חשיבות רבה למתן הגושפנקה למציאות בפועל לפיה שני בני הזוג משמשים כהוריו לכל דבר. גושפנקה זו חשובה גם בהיבט האינסטרומנטלי ביחסים השונים עם הרשויות, בחיי שני ההורים ובמיוחד במקרה שבו נבצר מן ההורה הביולוגי לתפקד כהורה. היא חשובה גם מנקודת המבט הפנימית של הילד וזאת לנוכח ההיבט החברתי של המשפט והשפעת ההסדר המשפטי על החוויה הפנימית המשפחתית.²³⁶

חמישית, מעבר לטובת הילד הספציפי, הגישה המוסדית מבקשת לתמוך במוסד ההורות הזוגית כאופציה משמעותית להבאת ילדים לעולם וגידולם. ההכרה המשפטית בהורותו של ההורה הלא ביולוגי היא כלי חיוני לביסוס מוסד ההורות הזוגית ולהבטחה כי הטכניקות המלאכותיות של ההולדה לא יחתרו תחת מוסד זה.

²³⁴ ראו, עמ"ש 32265-02-18 (מ"ב) **"ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' ש.ט.**, פס' 18 לפסק הדין (נבו 26.11.2018) (להלן: פרשת **"היועץ" ש.ט.**) ("מתן צו הורות פסיקתי המכונן את ההורות בין בן הזוג שאינו בן הזוג הביולוגי לבין הקטין הוא מכשיר נכון וראוי לחיזוק התא המשפחתי באמצעות גושפנקה משפטית המכוננת את החיובים והזכויות המשפטיות שבין ההורים לקטין").

²³⁵ ראו בהקשר זה את דיונונו, לעיל פרק ב' חלק 3, סעיף (ה) שבו עסקנו בהצדקות לזכות להביא לעולם ילדים במשותף. להרחבה בעניין זה ראו, במאמר המצוי בשלבים סופיים של הכנה שחר ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין" **ספר ג'ובראן** (אהרן ברק ואחי' עורכים, צפוי להתפרסם בתשפ"ב).

²³⁶ ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, בפס' 44 לפסק הדין של השופטת נאור ("פנייה לבית המשפט לענייני משפחה יכולה להסיר כל ספק בדבר יחסי ההורות בין ההורה הלא-ביולוגי לילד, וכך לחסוך התדיינות משפטיות אפשריות עתידיות. קביעה משפטית ברורה של בית משפט לענייני משפחה כי **יחסייהם של ההורה הלא-ביולוגי והילד הם יחסי הורות לכל דבר ועניין** – בין אם היא נעשית בצו אימוץ או ב'צו הורות פסיקתי' – **תמנע כל טענה עתידית שהיחסים אינם יחסי הורות**. הניסיון השיפוטי מלמד, למרבה הצער, כי טענות כאלה עלולות להתעורר אגב סכסוכים בין בני המשפחה, כגון סכסוכי ירושה, משמורת או מזונות חלילה... הורים המבקשים להסיר כל ספק משפטי ולהבטיח כי טענות לפיהן הילד 'שייך' רק לאחד מבני הזוג לא יועלו בעתיד – טוב יעשו אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין... וישלימו הליך פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרך הנולד גם בדין הישראלי"); ראו גם, פרשת **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 207, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק.

(ג) הצורך בלוחות זמנים קשיחים לצורך קביעה מוקדמת של ההורות המשפטית

סיבות דומות לאלו המובילות את הגישה המוסדית לעמוד על עיגון מעמדו המשפטי של ההורה הלא ביולוגי כהורה, תומכות בקביעת נהלים ולוחות זמנים שיסדירו בזמן קרוב ככל האפשר להולדת הילד את העיגון המשפטי של ההורות. כך, מנקודת המבט של הזכות להורות של ההורה הלא ביולוגי, יש לעמוד על כך שלהורה הלא ביולוגי יועמדו הכשירויות וההכרה הנחוצות לו בכדי לבצע את תפקידו. בדומה לכך, מנקודת המבט של טובת הילד, נדרש שהמעמד המשפטי של שני ההורים יהיה ברור וסמוך לתאריך הלידה וזאת הן כדי להבטיח את יכולתם של שני ההורים לפעול עבורו והן בשל סיבות פסיכולוגיות הקשורות לתחושת היציבות והוודאות הנדרשים לצורך גידולם של ילדים.²³⁷ מנקודת המבט הממוקדת באתיקה ההורית ובנטילת האחריות ההורית, יש להישמר ממצב דברים שבו מי שהיה שותף להחלטה להביא ילד לעולם לא נושא באחריות להחלטה כזו וייתכן שגם יוכל להתנער ממנה, במצב של פירוד או סכסוך בין ההורים בטרם הוכרה ההורות שכן אחריות זו לא עוגנה באופן משפטי.²³⁸ מנקודת המבט של ההורות הזוגית, השוויון בין ההורים, שהוא חלק בלתי נפרד מאתוס ההורות חשוב במיוחד במקרה שבו אחד מן ההורים הוא, לכאורה, הורה טבעי. על כן, יש להישמר ממצב של היררכיה בין ההורים הנובעת מכך שבמשך תקופה ארוכה רק אחד מן ההורים ייחשב כהורה. מאותה הסיבה, חרף הטענות המובנות על העומס המוטל בתקופת הלידה על הורים בכלל ובמקרה של הולדה באמצעים מלאכותיים בפרט, דווקא תומכי ההורות של בני זוג מאותו המין אמורים לברך על תחילת סד הזמנים לצורך הגשת צו ההורות. תחילה כזו חיונית, כאמור הן מנקודת המבט של ההורה הלא ביולוגי, הן מנקודת המבט של טובת הילד והן מנקודת המבט של חיזוק מוסד ההורות הלא ביולוגית. אמנם במקרים שבהם הצדדים לא עמדו בלוחות הזמנים מפתה להתעלם מהחריגה ולהקל על ההליך של הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי.²³⁹ ברם, טיעון כזה הממוקד אך ורק בבני הזוג הספציפיים ואפילו בילד הקונקרטי מחמיץ את שיקולי הכוונת התנהגות ואת ההיבט המוסדי הרחובי, המבקש לעודד את המדיניות הראויה

²³⁷ כן ראו, תמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 מ.ב.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 38 לפסק הדין (נבו 7.1.2019) ("גם מנקודת טובתו של הקטין, ברי לכל בר דעת, כי טובתו היא שהוריו יוכרזו מיום לידתו ולא מיום בו יחליט בית משפט פלוני על יום הולדת ההורות". בענינו של הקטין, המדובר בהורה לכל דבר וענין, ומשכך יש להתאים את המצב העובדתי למציאות חייו. לו נלך לפי גישת היועמ"ש, אזי בית המשפט ייקבע צו הורות מיום מתן הצו ולא מיום לידתו של הקטין, במצב כזה אנו כמעין יוצרים שני ימי הולדת לקטין ויש שיאמרו יום הולדת להורות"). כן ראו, תמ"ש (ת"א) 27235-09-16 פלונית נ' פמת"א, פס' 20 לפסק הדין (נבו 1.3.2017) (להלן: פרשת פלונית נ' פמת"א) ("לא רק שזכות הקטין אינה נפגעת מההכרה הרטרואקטיבית אלא ההכרה בהורות של המבקשת 2 מיום הלידה מטיבה עימו ועולה עם הצורך להכיר בזהותו האמיתית ולממש את הזכויות המגיעות לר").

²³⁸ ראו, פרשת פלונית נ' פמת"א, שם, בפס' 21 לפסק הדין ("הכרה בהורות מיום הלידה תמעיט התדיינות משפטיות בדבר זכויות של קטינים וחובות כלפיהם. תמנע התדיינות משפטיות לגבי הכרה בהורות בעת פרידה ותמנע צורך חלילה לדון במקרי ביניים בהם הייתה פרידה או פטירה של מי מהצדדים טרם ההכרה בזכות ההורות...").

²³⁹ ואכן במקרים רבים מדי לטעמי, מעדיפה הפסיקה להתמקד בילד הנקודתי על חשבון שיקולי הכוונת התנהגות ועל כן היא נכונה ליתן צו הורות פסיקתי בהליך הרגיל גם למי שחרגו באופן משמעותי מהנהלים ומלוחות הזמנים. ראו למשל, עמ"ש (חי) 45359-10-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ש, פס' 7 לפסק הדין של השופט ג'יוסי (נבו 9.7.2019) (להלן: פרשת היועמ"ש נ' מ.ש). כן ראו, תמ"ש (חד') 45692-02-18 פלונית נ' פרקליטות חיפה אזרחי (נבו 15.1.2020).

של קביעת מעמדם המשפטי של ההורים מוקדם ככל האפשר.²⁴⁰ לכן, גם אם במקרה של חריגה מלוחות הזמנים אין לשלול באופן סופי ומוחלט את אפשרות ההכרה בהורות של בן הזוג הלא ביולוגי, יש הגיון לקבוע נוהל מזורז התחום בלוח זמנים נוקשה ומסלול מקביל נוח פחות עבור מי שלא עמדו בלוחות הזמנים של המסלול המזורז.

(ד) הצורך בהליך פורמאלי בפיקוח מנהלי ובצו שיפוטי

בסעיפים הקודמים ראינו שבדומה לגישה הליברלית-אינדיבידואלית אף הגישה המוסדית תומכת בדרישה לעיגון משפטי מהיר של ההורות של ההורה הלא ביולוגי וזאת, תוך הדגשת ההיבט המוסדי ואתיקת האחריות. ברם, בניגוד לנטייה של הגישה הליברלית-אינדיבידואלית להסתפק בהסכמה חוזית-פרטית בין בני הזוג לצורך ההכרה המשפטית בהורות של ההורה הלא ביולוגי, הגישה המוסדית סבורה כי עיגון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי דורש הליך של עיגון ממסדי, המערב גורם חיצוני מעין מנהלי וצו שיפוטי כמפורט להלן. בחלק זה אנמק את התנגדותי להתבססות על הסכמה פרטית לבדה כתנאי לעיגון ההורות ומתוך ההתנגדות, יובהרו גם הדרישות הנוספות אותם יש להציב על פי הגישה המוסדית כתנאי לעיגון ההורות מעבר לעצם ההסכמה הפרטית של הצדדים.

ראשית, דיני החוזים מכירים לא רק בהסכמים כתובים ופורמאליים, אלא גם בהסכמים בהתנהגות. במקרים אחרים דיני החוזים נכונים להסיק מהתנהגות הצדדים גם סטייה מהסכמה פורמאלית.²⁴¹ אף בהקשר של עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי היו שהסכימו להתבסס על הסכמה לא פורמאלית שלא עוגנה בכתובים לצורך הגדרת ההורים כהורים משותפים.²⁴² ברוח זו, בהקשר אחר, שיטות משפט שיישמו הסדרה חוזית בהקשר לתרומות הזרע ובכלל זה, הכרה באפשרות לשלול אבהות של תורם זרע ידוע, הובילו לעמימות רבה בהקשר לשאלה מיהו ההורה מנקודת המבט המשפטית ולעיתים לקביעת הסדרים של הורות חלקית. עמימות זו פועלת כנגד טובת הילדים המעורבים ויש לה גם פוטנציאל לפגיעה במוסד ההורות.²⁴³ נוסף על כך, דיני החוזים מכירים בכך שבמצבים מסוימים, הפגיעים במיוחד לפערי כוחות ו/או מאופיינים במצב רגשי המקשה על קבלת החלטה מתונה, יש צורך בהליך אישור מיוחד הנועד להבטיח את הרצון החופשי

²⁴⁰ על דרישתה של הגישה המוסדית לקחת בחשבון לצד שיקולים הממוקדים בילד הספציפי גם שיקולים מוסדיים ורוחביים ראו, לעיל פרק ב, חלק 3, סעיף (ה) ובעיקר ראו, ה"ש 121. להדהוד הגישה בפסיקת בית המשפט העליון ראו, פרשת היועמ"ש נ' איילון, לעיל ה"ש 23, בפס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל ("למרות שבמועד בו מתעוררת שאלת הרטרואקטיביות, הילד המסוים שעניינו עומד לפנינו יצא, בדרך כלל, נשכר מהחלה רטרואקטיבית של צו ההורות, לא ניתן להתעלם מהשלכות הרוחב של פריצת הגדר – כמו גם מהשפעתה השלילית על אותו ילד עצמו, בשלב מוקדם יותר של חייו...ענייננו בהתנגשות בין טובתו הצרה והמיידי של הילד הספציפי, לבין טובת הילד במובן הרחב, הכוללת גם שיקולי מדיניות כלליים").

²⁴¹ ראו על כך לאחרונה את פסיקתו של השופט אלרון בע"א 4298/18 מנהל מיסוי מקרקעין ת"א נ' בלנק (נבו 20.4.2021) וכן ראו, בע"מ 2943/18 פלונית נ' פלוני (נבו 6.12.2018) העוסק במקרה של זניחת הסכם ממון שהוראותיו לא קוימו.

²⁴² ראו למשל, תמ"ש 16260-08-17 ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה, פס' 15 לפסק דינה של השופטת אליטוביץ (נבו 9.6.2018) (להלן: פרשת ט.ב. נ' היועמ"ש).

²⁴³ ראו בנושא זה בהרחבה במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 49 ו-52. שם, תיארתי בהקשר לסוגיית התורם הידוע דינאמיקה בעייתית לפיה מעמדו של תורם כהורה לא הוסדר בצורה ברורה או שהצדדים נסוגו מהסכמות קודמות שלהם באופן שהוביל לעמימות וחוסר יציבות שהזיקו לכל המעורבים.

של הצדדים ואת גמירת דעתם. היחסים המשפחתיים בכלל והיחסים בין הורים עובר ללידה בפרט חשובים לתופעות אלה.²⁴⁴ משום כך, אפילו מנקודת מבט חוזית יש הגיון בדרישה לאישור ההסכם על ידי גורם חיצוני שתפקידו יהיה לפקח שההסכם נערך מתוך רצון חופשי וששני בני הזוג מודעים היטב למשמעות הסכמתם, כמקובל למשל, במקרה של הסכמי ממון בין בני זוג הנערכים לאחר הנישואים.²⁴⁵

שנית, בעוד שבדיני החוזים חופש החוזים מהווה עקרון יסודי, לנוכח אתיקת ההורות ואתוס ההורות הנגזר ממנה, הסכמה על הורות משותפת חייבת לכלול גרעין קשה של מחויבות להורות משותפת ובלתי-הדירה שבה להורה הביולוגי ולהורה הלא ביולוגי מעמד שווה. התכנים הליבתיים של הסכמה כאמור צריכים להיקבע על ידי המדינה באופן כופה ואין להותיר אותם למשא ומתן בין הצדדים.

שלישית, הליך ממוסד, אם יתוכנן כראוי, כהליך מכבד שמטרתו אינה בחינה חשדנית של איכות ההורה הלא ביולוגי ואפילו לא טיבה של הזוגיות בין ההורים המיועדים, אלא ככזה הממוקד בנטילת אחריות הורית משותפת, יחזק את היבט ההתחייבות ונטילת האחריות שבהורות. הליך כזה, יבהיר לשני הצדדים, כמו גם יעביר מסר חברתי רחב יותר, כי גם אם מקורה של ההורות המשותפת הינה בקשר הזוגי של הצדדים, מדובר בהורות שוות ערך להורות הביולוגית שלא ניתן להתנער ממנה ושאינה פוקעת עם פקיעת הקשר הזוגי. לנוכח העובדה שמוסד ההורות הלא ביולוגית המבוסס על הקשר הזוגי וההחלטה המשותפת להביא ילד לעולם הוא מוסד חדש, הבניה חברתית כזו חיונית וחשובה. לא למותר לציין בהקשר זה קבוצת מקרים שרק חלקם הגיעו לבתי המשפט ו/או פורסמו, שבמסגרתם ביקשו שני בני הזוג או אחד מהם לבטל הורות משפטית של הורה לא ביולוגי. בחלק מן המקרים תסקירים שחוברו על ידי אנשי טיפול תמכו בביטול, מתוך התמקדות בטובת הילדים הנקודתיים. למרבה השמחה ברוב המקרים ניצבו בתי המשפט הדיוניים כנגד התופעה והבהירו שההורות של ההורה הלא ביולוגי אינה הפיכה ואינה ניתנת לביטול.²⁴⁶ אני סבור שעמידה תקיפה של בתי המשפט כנגד ניסיונות אלה גם במצבים שבהם ייתכן שהם משקפים את

²⁴⁴ על רגישותם של הסכמים משפחתיים לפערי כוחות ראו, שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קריית המשפט** ד 271, 318-322 (התשס"ד).

²⁴⁵ להבחנה בין הסכם ממון הנערך לפני הנישואים, הדורש אימות שיכול להתבצע הן על ידי גורם שיפוטי והן על ידי גורמים מנהליים לבין הסכם ממון שנערך לאחר הנישואים הדורש אישור של גורם שיפוטי שבני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו. ראו, סעיף 2 לחוק יחסי ממון, התשל"ג-1973.
²⁴⁶ ראו לאחרונה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב עמ"ש (ת"א) 53065-11-20 ל' ב' נ' א' ב' א' (נבו 6.6.2021). השוו לפסק הדין של השופטת סיגלית אופק שהכריעה בעקבות חוות דעת פסיכולוגית שתמכה בכך על ביטול צו אימוץ לאחר שבנות זוג מאותו המין נפרדו. פסק דין זה בוטל בהסכמה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ראו אמ"צ (ת"א) 25973-10-17 **פלונית נ' אלמונית** (נבו 27.10.2020). עוד ראו לאחרונה אמ"צ (ת"א) 35945-10-20 **פלוני נ' אלמוני** (נבו 29.4.2021) שאף בו נדחתה בקשה לביטול צו אימוץ שכוון את ההורות של הורה לא ביולוגי במקרה של פונדקאות חו"ל. משיחות עם גורמי שטח נמסר לי כי הליכים נוספים מסוג זה מתנהלים כיום ושבמקרים אחרים, נערכו הסכמות פרטיות כאלה ללא גושפנקא משפטית. ראו שם, בפס' 35 לפסק הדין את ההפניה לנייר העמדה של השירות למען הילד ואת ההתייחסות לעליית השכיחות של בקשות לביטול צווי אימוץ מאז ההכרת הפסיקה בהורות מכוח זיקה לזיקה (הערה נייר העמדה בניקוי פרטים מזהים נמצא אצל המחבר ובו מתוארים העלייה המשמעותית בשכיחות המקרים של בקשות לביטול צווי הורות ואימוץ). ראו על כך גם **בהנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 41.

טובת הילד הנקודתי, יחד עם חיזוק הליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי מלכתחילה, ישתלבו יחדיו במאמץ להבנות את מוסד ההורות הלא ביולוגית בכלל ואת מוסד ההורות הזוגית המשותפת של בני הזוג מאותו המין בפרט, בהתאם לאתיקת ההורות. לעומת זאת, חיזוק המימד הפרטי-הסכמי של כינון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי עלול לזלוג באופן לא רצוי גם להפקעתה. לא למותר לציין בהקשר זה שהגישה המוסדית מתנגדת נחרצות לשלילת הורות ביולוגית מלכתחילה בהסכמה פרטית ומשום כך, על פי הגישה יש למסד הליך מעין ציבורי של תרומות זרע או ביצית בכדי להבחין בין הליך ממוסד של תרומה בפיקוח ציבורי לבין הליך חוזי פרטי של התנערות מהורות.²⁴⁷

רביעית, התבססות על הליך חוזי פרטי לחלוטין, או אפילו כזה הכולל הצהרה בפני צד שלישי, ללא דרישה לעיגון מנהלי-פורמאלי אינה מתמרצת את הצדדים להסדיר באופן משפטי את ההורות המשותפת מוקדם ככל האפשר. כפי שהסברתי בחלק הקודם, לוח זמנים נוקשה הדורש לקבוע את זהות ההורים סמוך להולדת הילד ולעגן זהות זו באופן משפטי ופומבי חיוני להגשמת הערכים שבסיס אתיקת ההורות.

חמישית, בדומה לתנאי הסף המוצבים בחוק הפונדקאות לגבי ההורים המיועדים, אף עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי חייב לעמוד במבחני סף מסויימים של כשירות. עם זאת, אין ליישם באופן אוטומטי את דרישות הכשירות המוצבות בחוק הפונדקאות ויש לבחון לגופו של עניין אילו מהדרישות רלוונטיות גם כאשר מדובר בפונדקאות מחוץ לישראל. כך למשל, לדרישות כשירות המוטלות בישראל, בשל הרצון לתעדף הורים נזקקים,²⁴⁸ אין הצדקה כאשר מדובר בפונדקאות בחו"ל. זאת משום שפונדקאות מחוץ לישראל לא מתחרה עם "מקרי הקצה" והמקרים המקוריים שעבורם נחקק חוק הפונדקאות על שירותי הפונדקאות ומשום כך היא לא תקטין את היצע הפונדקאות הישראליות העומדות לרשותם. לעומת זאת, שיקולים של דאגה ואחריות כלפי הילדים העתידיים מובילים לכך שיש ליישם את תנאי הסף שהוצבו בחוק הפונדקאות הקיים, לגבי גילם של ההורים המיועדים, בדיקת העבר הפלילי שלהם ונסיבות בעברם העלולות להעיד על סכנה כלפי ילדיהם גם לגבי הליכים של עיגון ההורות המשפטית בן הזוג המבקש לשמש כהורה במקרים של פונדקאות חו"ל ושל תרומת הזרע. עם זאת, גם כאשר מדובר בדרישות מהסוג האחרון, יש לתת את הדעת על כך שמדובר במעשה עשוי והילד ניצב בפנינו ולאזן בין שיקולי הכוונת ההתנהגות לבין הצורך להגיב למצב הקיים. איזון כזה, עשוי לאפשר בסופו של דבר הכרה זהירה בהורות של בני זוג שלא עמדו בתנאי הכשירות בהליך מורכב, מלווה בתסקיר ובחינה יסודית של הנסיבות, להבדיל מן ההליך המקוצר והפשוט יותר הנדרש ברגיל לצורך עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי.²⁴⁹

שישית, הליך מנהלי מלווה בפיקוח שיפוטי או מעין שיפוטי נדרש לצורך פיקוח, ולו מוגבל, על הפרוצדורה של ההולדה וכדי לוודא שזיקות הוריות מתחרות נותקו כדבעי. כך, במקרה של תרומת הזרע, יש להבטיח כי לא קיים הורה מתחרה, כגון על ידי קבלת אישור על עריכת תרומה אנונימית

²⁴⁷ ראו על כך בהרחבה במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 49-50. השוו לעמדתו של מרגלית "לקראת נקודת איזון", לעיל ה"ש 111, התומכת בהתקשרות חוזית שמטרתה שלילת ההורות של תורם ידוע.

²⁴⁸ למשל צמצום הפונדקאות בישראל להורים שאין להם שלושה ילדים ראו, סעיף 5(א1) (ב) לחוק הפונדקאות.

²⁴⁹ ואכן זהו הפתרון שהומלץ על ידי הצוות ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 19. לגבי מקרים של אי עמידה בדרישות הסף של גיל או במקרים שבהם מתעורר חשד לעבר פלילי מסכן ילדים.

כדין מהמרפאה שבאמצעותה בוצע הליך התרומה וזאת, בין היתר, בכדי להבטיח שלא מדובר במקרה שבו הנתרמת הרתה באופן פרטי על ידי קבלת תרומה מתורם ידוע או באמצעות ייבוא ממרפאות מחוץ לישראל. בוודאי שאם יתקבל בישראל מסלול של תרומה מתורם ידוע, יהיה צורך לוודא, כתנאי להכרה בהורות, שהורותו של תורם הזרע הידוע נותקה בהליך תקין. לפיכך, הגם שניתן להיעזר בגורמים מנהליים ובמסמכים כתובים כחלק מן התהליך, הכרעה על ניתוק קשר הורות ובחינה של תקינות הפרוצדורה שנערכה היא עניין הדורש פיקוח שיפוטי.

הצורך בפיקוח שיפוטי על ניתוק הזיקה ההורית ועל ההליך בכללותו מתגבר עוד יותר בהקשר לפונדקאות. כפי שראינו, חוק הפונדקאות קובע פרוצדורה מורכבת שמטרתה, בין היתר, למנוע ניצול של פונדקאיות ופגיעה בזכויותיהן. נוסף על כך, החוק קובע פרוצדורה המבטיחה שקשר ההורות של האם הנושאת ינותק בטרם יוכרזו ההורים המיועדים כהורים.²⁵⁰ אולם, פונדקאות חו"ל אינה כפופה למנגנונים המורכבים שנקבעו בחוק הפונדקאות. על רקע זה חשופה פונדקאות חו"ל לסיכון של ניצול ופגיעה בזכויות האדם של הפונדקאיות.²⁵¹ לנוכח הסכנות הגלומות בפונדקאות חו"ל, אני סבור שתהליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורים המיועדים חייב לקחת בחשבון את הדרך שבה התקיימה הפונדקאות ובמיוחד האם נוצרה בהליך הוגן כלפי האם הפונדקאית ומחויב בטובתו של הילד שנולד. אכן, בהיעדר שיתוף פעולה בין-ארצי ויתכן שבין-לאומי, ניתן לתהות עד כמה אפקטיבי עשוי להיות פיקוח בדיעבד על הליך פונדקאות חו"ל בשלב ההכרה בהורות וזאת במיוחד במצבים שבהם טובת הילד תומכת במתן גושפנקה להורותם של ההורים המיועדים, גם אם הפונדקאות נערכה בתנאים שאינם הולמים.²⁵² ועדיין, אני סבור שגם

²⁵⁰ על הסיכונים שבתהליך הפונדקאות ועל האיזונים שקבע המחוקק ראו, לעיל פרק ג', חלק 1.

²⁵¹ כך למשל, עד לשנת 2015 חלק ניכר מן הישראלים שפנו לפונדקאות מחוץ לישראל פנו לארצות מתפתחות דוגמת הודו ותאילנד אולם החל משנה זו סגרו מדינות אלו את שעריהן. ראו, Zafran & Hacker, לעיל ה"ש 128. ראו גם, אילן ליאור "הודו אסרה פונדקאות להומואים; מאות ישראלים ייפגעו" הארץ (8.1.2013) <https://www.haaretz.co.il/news/education/1.1902550>; איתמר אייכנר "אזהרת מסע: לא לנסוע לתאילנד לפונדקאות" Ynet (9.4.2014) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4508408,00.html>; דנה ויילר-פולק "אחרי תאילנד ונפאל: גם הודו אוסרת על פונדקאות" וואלה! חדשות (17.11.2015) <https://news.walla.co.il/item/2907536>; מדובר במדינות שההגנות שנתנו בהם כלפי פונדקאיות רחוקות מלהשביע רצון. ראו למשל, Melanie G. Fellowes, *Commercial Surrogacy in India: The Presumption of Adaptive Preference Formation, the Possibility of Autonomy and the Persistence of Exploitation*, 17 SHARMILA RUDRAPPA, *DISCOUNTED LIFE: THE PRICE OF GLOBAL*, MED. L. INT'L 249 (2017) גם, SURROGACY IN INDIA (2015). באופן אירוני שינויי החקיקה בארצות המתפתחות הובילו לכך שכיום מרבית הישראלים פונים לפונדקאות במדינות שבהן קיימת הקפדה רבה יותר, אף כי לא מושלמת, על זכויות הפונדקאיות. ראו, Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization as a Platform for Future Research: A Heartfelt Response to Inspiring Comments*, 20 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 58 (2019). באופן כללי, מחקרים ברחבי העולם העוסקים בפונדקאות חוצות לאומים Surrogacy מתארים את הסיכונים הרבים בפונדקאות זו ועומדים על הצורך בהסדרה משפטית בין-לאומית שלה ראו, Sharon Bassan, *Shared Responsibility Regulation Model for Cross-Border Reproductive*, *Transactions*, 37 MICH. J. INT'L L. 299 (2016) גם, Zafran & Hacker, שם, בעמ' 4-5.

²⁵² ואכן כפי שמתארות Zafran & Hacker, שם, בעמ' 37. גם מדינות שאסרו כליל את הפונדקאות במדינתם ואפילו מדינות שאסרו על אזרחיהם להתקשר בהסכם פונדקאות במדינות זרות נאלצות בסופו של דבר להתמודד עם הצורך להכיר במשפחה שנוצרה וזאת משיקולי טובת הילד, ראו גם Yehezkel Margalit, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, 24 J. L. & POL'Y 41 (2016).

בהיעדרה של תשתית בין-לאומית נרחבת, הליך ההכרה בהורותם של ההורים המיועדים בפונדקאות חו"ל אינו יכול לעצום את עיניו ממקרים בוטים של פגיעה בזכויות האדם של הפונדקאיות. משום כך, נדרש פיקוח שיפוטי בשלב ההליך, לא רק כדי לוודא את ניתוק הזיקה של האם הפונדקאית על פי דין המקום שבו ארעה הפונדקאות, אלא גם כדי לתת מענה למקרים שבהם מתעורר חשד של ממש לפגיעה, ניצול או כאשר מתעוררים ספקות לגבי הסכמת הפונדקאית לוותר על הילד שנולד. לא למותר לציין בהקשר זה את המלצות וועדת מור יוסף לגבי הסדרה חקיקתית של פונדקאות חו"ל. על פי ההמלצות יש לתמרץ בני זוג מיועדים לפועל בדרך שאינה פוגעת בזכויות הפונדקאיות, כגון על ידי יצירת מסלול של הכרה נוחה בפונדקאות חו"ל המוגבל לסוכנויות ומרפאות מפקחות שקיבלו אישור מראש לעסוק בכך לאחר שהוכח שהן מכבדות את זכויותיהן של הפונדקאיות.²⁵³ על פי הצעה זו, הורים מיועדים שלא יבחרו במסלול המפוקח ינווטו למסלול האימוץ ואף זאת, רק לאחר שהוכח שהאם הפונדקאית אכן הסכימה לוותר על זכויותיה ההוריות. אולם, דווקא המלצות אלו ממחישות כיצד יכולות מדינות לנסות ולמתן פגיעה בזכויות אדם גם לגבי פונדקאות המתרחשת מחוץ לגבולותיהן באמצעות מתן תמריצים למי שיפנה להליכים מפוקחים, חושפות את הקושי במצב הנוכחי שבה עיגון ההורות המשפטית של בן הזוג הלא ביולוגי בישראל נערך באופן ספורדי ולא באמצעות חקיקה מסודרת. לקושי זה אנו עוברים כעת.

3. צו הורות פסיקתי כפיתוח פסיקתי: בחינת המצוי בראי הראוי

בחלק הקודם תמכנו מנקודת המבט של הגישה המוסדית ושל אתיקת ההורות בעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא הביולוגי והצענו עקרונות פעולה כיצד בעולם מתוקן ראוי לבצע זאת. ברם, בפועל בישראל המחוקק טרם הסדיר את עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי וכך התפתח צו ההורות הפסיקתי. בפרק זה נבקש לנתח, לאורם של העקרונות העוסקים במצב הראוי, את הדרך שבה התמודדו בתי המשפט ובמידה מסויימת אף הצוות הבין משרדי עם אתגר עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בהעדרו של חוק.

(א) הצורך בעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בחוק

הגישה המוסדית תומכת בהסדרה חקיקתית של ההורות הן בשל ההיבט הערכי הטמון בהורות והן בשל הצורך בקביעת הסדרים רוחביים ומוכרים.²⁵⁴ מנקודת המבט של המשפט המנהלי והחוקתי בהקשרים מסוימים היעדרה של הסדרה משפטית סדורה עשויים לחתור תחת התוקף המשפטי של התקנות והנהלים הקיימים.²⁵⁵ משכך, בעולם משפטי תקין, המחוקק הוא שהיה נדרש לפיתוח הכלי המשפטי הראוי לעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי, הן במקרה של פונדקאות חו"ל והן במקרה

Claire Fenton Glynn, *England and Wales*, in EASTERN AND WESTERN PERSPECTIVES ON SURROGACY 120 (Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan Intersentia eds., 2019).

²⁵³ ראו, **דו"ח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89, בעמ' 68-69.

²⁵⁴ ראו, לעיל פרק ב, חלק 2, סעיף (ב) ובעיקר ה"ש 236.

²⁵⁵ ראו למשל, פרשת **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 80, שבה התעוררו תהיות האם ההסדרה קיימת של תקומת הזרע נערכת בסמכות ועומדת בכלל ההסדרים הראשוניים. לביקורת נוקבת על הסדרת תרומות הזרע בישראל בחקיקה משנית ראו בנושא זה גם ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בפרק ו'. לתהיות שהועלו בבתי המשפט למשפחה לגבי תקפם של **הנחיות הצוות הבין-משרדי** ראו דיון, להלן ה"ש 265.

של תרומת הזרע. הסדר חקיקתי כזה, היה מסדיר כדבעי, את תכני ההסכמה הנדרשת, את ההליך הנדרש לצורך מיסודה, את תנאי הכשירות הנדרשים כאשר מדובר בפונדקאות חו"ל להבדיל מפונדקאות המתקיימת בישראל ואת הדרך שבה תפוקת הפרוצדורה שנערכה במקרה פונדקאות חו"ל והסרת הזיקות ההוריות המתחרות בשני המקרים. ברם, למרבה הצער המחוקק לא אמר את דברו הן בהקשר של תרומת הזרע,²⁵⁶ והן בהקשר של פונדקאות החו"ל.²⁵⁷

(ב) האם וכיצד ניתן להסדיר את פונדקאות החו"ל בהיעדרה של חקיקה?

בשיח המשפטי והציבורי הישראלי הועלתה הטענה שבהיעדר הסדרה חקיקתית שגו בתי המשפט בכך שפיתחו את הצו הפסיקתי.²⁵⁸ דעתי שונה. בעיניי, היעדרה של הסדרה חקיקתית אין משמעה גינוי מוסרי או משפטי של מי שבחרו בפונדקאות חו"ל או בזוגיות והחלטה משותפת על הולדה. ואכן, כפי שמציין בית המשפט העליון בפרשת **ממט מגד** אין כל איסור בדין הישראלי על ההליכים בהם נוקטים הפונים לפונדקאות חו"ל ולהפך, במרבית המקרים מדובר בצעד לגיטימי הנועד להגשים את זכותם להורות.²⁵⁹ דברים אלה רלוונטיים במיוחד להורות של בני זוג מאותו המין שבהם ממוקד המאמר הנוכחי. כפי שראינו, ההצדקה שניתנה על ידי המדינה לדין הקיים השולל מבני זוג מאותו המין ומגברים יחידים את האפשרות להתקשר בהסכם פונדקאות היא ההצדקה הרפואית.²⁶⁰ ההצדקה הרפואית נדחתה על ידי בית המשפט בפרשת **ארז-פנקס**²⁶¹ ככזו שאינה עומדת בפסקת ההגבלה ועל כן ההסדר בחוק אינו חוקתי.²⁶² אולם, אף אם נניח להכרעת בית המשפט בפרשת **ארז-פנקס**, ברור, שגם על פי עמדת המדינה, אין כל דופי חוקי או מוסרי בהתקשרות של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין בפונדקאות ומשום כך ברור שאין לבוא חשבון עמם על שבחרו בפונדקאות חו"ל. לפיכך, מהסיבות שנמנו בהרחבה לעיל,²⁶³ מוטלת חובה על המשפט הישראלי, לכבד את הזכות להורות של בן הזוג הלא ביולוגי, את הזכות להורות משותפת של שני בני הזוג ואת זכותו של הילד להכרה בהורות המשפטית של הוריו ולהכיר בהורותם של בני הזוג הן על ידי קביעת פרוצדורות נוחות לבדיקת הזיקה הגנטית של ההורה הביולוגי והן על ידי עיגון משפטי של ההורות של בן הזוג שהיה שותף למהלך.

²⁵⁶ לחוסר בעניין תרומת הזרע, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", שם. תזכיר חוק בנק זרע שפורסם כבר בשנת 2017 לא קודם להצעת חוק פורמאלית ולא ידוע לי על מאמצים קונקרטיים הנערכים כיום לחקיקתו. ראו, תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016.

²⁵⁷ הצעות וועדת מור יוסף להסדרה חקיקתית של פונדקאות חו"ל לא קודמו על ידי המחוקק, ראו **דו"ח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89. גם הצעת החוק הממשלתית של גרמן שעסקה בעניין זה לא קודמה, ראו **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 147 וגם הצעות חוק פרטיות שעסקו בפונדקאות חו"ל והציעו להוסיף פרק העוסק בנושא לא קודמו בסופו של דבר ראו, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התש"ף-2020, פ/898/23. ראו גם, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – ביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשפ"א-2020, פ/2225/23.

²⁵⁸ ראו, בעיקר את עמדותיהם של המלומד מרגלית ושל שופט בית המשפט העליון מינץ שהובאו, לעיל ה"ש 231-230.

²⁵⁹ ראו דברי השופטת נאור בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, בפס' 41 לפסק דינה.

²⁶⁰ ראו, לעיל טקסט ליד ה"ש 155-156.

²⁶¹ ראו, פרשת **ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2.

²⁶² ראו, לעיל ה"ש 157-161.

²⁶³ ראו, לעיל, פרק ג, חלק 2, סעיף (א).

בה-בעת, כפי שניסיתי לשכנע בחלק הקודם, עיגון משפטי של ההורות המשותפת של ההורה הביולוגי ובן זוגו אינם יכולים להתבסס על הסכמה פרטית של בני הזוג.²⁶⁴ במציאות מורכבת זו, שבה מחד, עיגון משפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ ומאידך, לא ראוי לבסס עיגון זה על הסכמה פרטית יש לשבח את בתי המשפט על הנכונות להשלים את החסר באמצעות צו ההורות הפסיקטי. לטעמי, בהיעדר חקיקה, הניסיון של הצוות המיוחד לגבש הסדרים רותביים העוסקים בתנאי הכשירות, הנהלים ולוחות הזמנים הנדרשים לצורך הגשת וקבלת צו הורות ראויים אף הם לשבח. בהקשר זה, יש להצר על כך שבמקרים שבהם בני הזוג לא עמדו בהנחיות ובנהלים, חלק משופטי בית משפט לענייני משפחה מדגישים את הצורך להתמקד בטובת הילד הנקודתי,²⁶⁵ ומערכים בחסר את הצורך באחידות, בעקביות ובהכוונת התנהגות.²⁶⁶

מבלי להיכנס לפרטי הפרטים של תכני **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, אוסיף ואומר שכלל במבט רחב ובכפוף לביקורת בנקודות מסוימות שיוצגו בהמשך, אף התוכן הקונקרטי של ההנחיות, במיוחד לאחר השינויים האחרונים ששולבו בהם כמתואר לעיל, משקף בדרך כלל הגשמה מהותית של הדרישות שתוארו בפרקים הקודמים:

ראשית, ההנחיות כוללות דרישה לחתימת שני בני הזוג על מסמך פורמאלי המעיד על אודות הכוונה להורות משותפת, כאשר ליבת ההצהרה מגובשת על ידי הרשויות ואינה נתונה לשינוי על ידי ההורים.²⁶⁷ בכך מגשימות ההנחיות את הדרישה לגיבוש מדינתי של עקרונות הליבה של ההורות המשותפת.

²⁶⁴ ראו, לעיל, פרק ג, חלק 2, סעיף ג).

²⁶⁵ ראו, פרשת **היועמ"ש נ' מ.ש.**, לעיל ה"ש 239, בפס' 7 לפסק הדין ("אין לייחס לאותן המלצות מעבר למטרה שלשמן נועדו – להנחות או לחייב את המדינה בלבד"). ראו גם, עמ"ש 47781-12-19 **מדינת ישראל - ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ל ואח'**, עמ' 9 (נבו 4.1.2021) ("יש לקבל את עמדת המשיבות שלא ניתן להחיל עליהן רטרואקטיבית הוראות נוהל שגובשו לאחר שהן הגישו את הבקשה. מה גם, שהמלצות אלו לא עוגנו בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, הן לא פורסמו ברבים והן בגדר המלצות פנימיות שלא מחייבות את בתי המשפט"). עוד ראו, תמ"ש (ק"ג) 25730-09-18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים**, פס' 43 לפסק הדין (נבו 30.7.2019) ("המלצות הצוות המקצועי הן לכל היותר נוהל פנימי. מושכלות יסוד הן, כי ככל שמדובר בתקנה בת פועל תחיקתי, מחויבות הן בפרסום. משלא ניתן להן ביטוי פומבי, אכן אין לבוא חשבון עם המבקשות על שהגישו הבקשה במלאת כשמונה חודשים לקטין, וודאי אין בעובדה זו לבדה כדי לחרוץ גורל הבקשה לשבט ולא לחסד. נבהיר גם, כי משזה מעמדן של המלצות, לא ניתן להעניק להן משקל כה רב ומכריע ולדחות העתירה להחלת הצו באופן רטרואקטיבי רק משום שהבקשה לצו ההורות הוגשה בחלוף למעלה מ-90 יום מעת לידת הקטין").

²⁶⁶ דומה שבהקשר זה בית המשפט העליון, רגיש יותר לעניין הכוונת ההתנהגות וראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, והציטוט מדבריו של השופט הנדל שם שהובא, לעיל בה"ש 240. ואני מקווה שגישתו תחלחל גם לבתי המשפט הדיוניים.

²⁶⁷ ראו על כך, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 25-31. ככלל, ממליצות ההנחיות על התקשרות משותפת של שני בני הזוג בהסכם הפונדקאות ובחתימת הצהרה משותפת על כוונה להורות משותפת בעת ההליך המתרחש בבנק הזרע. ההנחיות אף מאפשרות חתימה מאוחרת על הצהרה כזו, בפני עורך דין נוטריון או מזכיר של בית המשפט.

שנית, ההנחיות כוללות דרישות להוכחת זוגיות של 18 חודשים בטרם יינתן הצו,²⁶⁸ בה-בעת, זנחו ההנחיות את הדרישה לקבלת תסקיר כתנאי הכרחי לקבלת צו הורות. בהקשר זה אציין שבעוד שאני מקבל את הדרישה לחתימה על הצהרת הורות משותפת ותומך בביטול הדרישה הגורפת לקבלת תסקיר, בעיניי הדרישה להוכחת זוגיות של 18 חודשים בטרם יינתן הצו אינה הכרחית.²⁶⁹ ביסודו של צו ההורות עומד כינון מוסדי של ההורות על בסיס הסכמה מפוקחת המקבלת גושפנקה ציבורית לנטילת אחריות הורית משותפת. לכן, ההליך הקודם להוצאת צו ההורות לא אמור לשקף סוג של מבחן התאמה להורות ו/או בחינה של עוצמת הקשר הזוגי ומשכו, אלא, בדומה לטקס החתימה על הסכמי ממון – מדובר בהליך שנועד לוודא את ההסכמה של בני הזוג להורות המשותפת ולהעניק לה את הגושפנקה המדינתית.²⁷⁰ משום כך, ייתכן שההסכמה להורות משותפת עשויה להתגבש גם לאחר תקופת זוגיות קצרה יותר. עם זאת, דווקא בשל האנלוגיה להליך אישורם של הסכמי ממון אני סבור שהניסוח הקיים של ההנחיות מקל מדי ויש לדרוש מהגורם בפניו אמורים ההורים המיועדים להתייצב לאשר שבני הזוג אכן חתמו על הצהרת ההורות המשותפת ברצון חופשי ובהבנים את משמעותה. יתרה מזו, בעוד שהניסוח הנוכחי של ההנחיות רואה בפתיחת תיק משותף בבנק הזרע אינדיקציה לכוונה להורות משותפת, בעיניי כעניין של דין ראוי, אין לוותר על דרישת התייצבות פיזית בפני גורם חיצוני שיוודא את קיומה של ההסכמה. לכן, לפחות בשלב החקיקה העתידית, וייתכן שגם במצב הנוכחי ראוי לעמוד על כך שהגורם המאשר יהיה גורם מעין שיפוטני או לפחות גורם מקצועי, למשל גורם טיפולי שיפגוש את שני ההורים במסגרת הטיפול בבקשתם בבנק הזרע, במרפאה המטפלת בהליך ההפריה או בסוכנות הפונדקאות ואין להסתפק בהגשה משותפת של בקשה לפתיחת תיק בבנק הזרע.²⁷¹

שלישית, אף הניסיון של הצוות הבין-משרדי לדבוק ככל האפשר בדרישות סף של כשירות, כגון הצבת דרישות לגבי גיל ההורים²⁷² והעדר היסטוריה של עבר פלילי ו/או רקע אחר מסכן ילדים, מגשימים את המדיניות הראויה עליה המלצנו.²⁷³ מלבד זאת, ההנחיות תואמות את האמור

²⁶⁸ ראו שם, בעמ' 19-25.

²⁶⁹ מנסחי ההנחיות מנמקים דרישה זו ברצון לכוון הורות במערכת יחסים יציבה ובחשש מפני מקרים של מניפולציות שבהם למעשה ההורה הלא ביולוגי הוא ההורה המיועד וההורה הביולוגי משמש למעשה כתורם זרע ללא רצון אמיתי לשמש כהורה. ראו, שם. הגם שאני שותף לרצון לתמרץ אנשים להקים משפחה במסגרות יציבות אינני סבור שתפקיד המשפט לפקח על טיב המסגרת הזוגית שיצרו ההורים המיועדים. לכן כאמור בטקסט יש להתמקד בהבטחת ההסכמה המשותפת כאשר משך הזוגיות יכול להיות קריטריון עזר לכך אך לא דרישה מכרעת. ההסבר השני אכן רלוונטי לעניין ועל כן ראוי להנחות את הגורם המנהלי הבוחן את התקיימות צו ההורות להיות ערני למקרים של מניפולציות ולהסמיכו לבחון את הנושא בקפידה כאשר מתעורר חשד כזה. עם זאת, אינני סבור שהוא מצדיק דרישה גורפת של המתנת 18 חודשים, מה גם שהמתנה כזו במקרה של ילד שכבר נולד פוגעת באינטרס להסדיר הורות שוויונית מהר ככל האפשר.

²⁷⁰ ראו הניתוח שנערך, לעיל ה"ש 244-245.

²⁷¹ על פי ההנחיות במקרים שבהם תיק הבקשה לתרומת זרע נפתח על ידי אחד מבני הזוג ניתן בכל זאת להכיר בהצהרה משותפת של בני הזוג בפני עורכי דין פרטיים על רצונם בהורות משותפת. מנקודת המבט המוסדית יש להסתפק האם עורכי דין פרטיים, ללא הכשרה או מינוי מיוחד הם הגורם המתאים למיסוד ההורות. בוודאי שהעובדה שהדין מסתפק בהצהרה ואפילו לא דורש מעורכי הדין לאשר הבנה מעמיקה וקיום רצון חופשי כנדרש לגבי הסכמי ממון מעוררת קושי.

²⁷² ראו, הנחיות הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 212, בעמ' 18-19.

²⁷³ ראו, שם, בעמ' 19-23.

בהסדרי חקיקה מקבילים ובכך הן משקפות מדיניות ראויה של ריסון שיפוטי ומנהלי לפיה גם כאשר נאלצים בתי המשפט והרשויות המנהליות לפתח את הדין ראוי שיעשו זאת בהתאמה להסדרים קיימים.²⁷⁴

רביעית, ההנחיות גיבשו לוחות זמנים שעל מבקשי צו ההורות לעמוד בהם אם ברצונם לקבל צו הורות פסיקתי בהליך מהיר ללא הזדקקות לתזכיר ואולי אפילו להליך של אימוץ.²⁷⁵ גיבוש לוח זמנים כאמור, מתמרץ את בני הזוג לעגן באופן מהיר את הורותו של ההורה הלא ביולוגי ובהתאם לניתוח שנערך לעיל המסביר עד כמה חשוב לעגן משפטית את מעמד ההורה הלא הביולוגי סמוך ללידה, גיבושו של לוח הזמנים וההתעקשות על מימושו משקף מדיניות ראויה. לכן, גם חשוב לכוון את בתי המשפט למשפחה לשתף פעולה עם מדיניות זו ולא להתפתות להחריג ללא סיבה ייחודית מתחולת ההנחיות בני זוג שהגישו את הבקשה לצו ההורות באיחור ניכר. עם זאת, יש להצר על כך שבעבר דווקא המדינה התנגדה להגשת הבקשה לצו הורות לפני הלידה ואף שבהנחיות היא חזרה בה והסכימה להגשת הבקשה עוד לפני הלידה היא עמדה על התנגדותה לבחינתו, בשלב זה. מדיניות זו, ניצבת כנגד אינטרס הילדים לעיגון משפטי של ההורות מוקדם ככל האפשר. משום כך, יש לברך על ההסכמה המחודשת בעידודו הנמרץ של בית המשפט העליון, להקדים את הדיון בהליך במקרה של תרומת הזרע באופן המאפשר לבתי המשפט להוציא את צו ההורות הפסיקתי זמן קצר מאד לאחר הלידה.²⁷⁶

לבסוף, לנוכח הצורך בפיקוח על חוקיות ההליך ועל הסרת הזיקות הקיימות הן בהליך של תרומת הזרע והן בהליך של פונדקאות חו"ל הטילו ההנחיות על מבקשי צו ההורות להגיש מסמכים המוכיחים התקיימות רכיבים אלה ויש לתמרץ את בתי המשפט בסיוע נציגות המדינה לבחון היטב מסמכים אלה ולא כמצוות אנשים מלומדה.²⁷⁷

מצוידים בתובנות אלה נפנה כעת לעסוק בנושאים שעודם נתונים במחלוקת והם אופיו של הצו כצו מכונן או הצהרתי, היכולת להפעילו רטרואקטיבית והדרישה להסתפק בהצהרת הורים אף ללא צו שיפוטי לצורך רישומם במרשם. בנושאים אלה יעסקו שני הסעיפים הבאים.

(ג) אופיו של צו ההורות כצו מכונן ושאלת הרטרואקטיביות

בפסיקה הדיונית שעסקה בצו ההורות הפסיקתי נחלקו הדעות האם מדובר בצו מכונן, דהיינו בצו היוצר את ההורות מן הבחינה המשפטית או בצו המצהיר על מציאות קיימת.²⁷⁸ בית המשפט

²⁷⁴ כאמור, לעיל ה"ש 249. אף הנכונות של ההנחיות לאפשר בחלק מן המקרים הללו הכרה בהורות הכפופה לבחינה מעמיקה על ידי תסקיר משקפת איזון נכון בין האינטרסים השונים בסוגייה.

²⁷⁵ לוחות הזמנים שנקבעו ולהשלכות של אי התממשותם ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 34-28.

²⁷⁶ ראו, לעיל פרק ג, חלק 1.

²⁷⁷ ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 33-34. עם זאת, ההנחיות לא מפרטות על דרכי ההוכחה כאמור ויתכן שהיה מקום להרחיב בכך. וראו בהקשר זה את ביקורתו של השופט גיזבראן בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, בפס' 22 לפסק דינו.

²⁷⁸ לפסיקה של בתי המשפט הדיוניים לפיה יש לסווג את הצו כצו מכונן, ראו, עמ"ש 36564-02-17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונים**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שבח (נבו 22.3.2018) וכן ראו, פרשת **היועמ"ש חיפה**, לעיל ה"ש 38, בפס' 43 לפסק הדין. ראו גם, פרשת **היועמ"ש נ' ש.ט**, לעיל ה"ש 234, בפס' 13 לפסק הדין. עוד ראו

העליון, בהובלת השופט הנדל ובהסכמת כמעט כל השופטים שעסקו בכך עד היום, הכריע שמדובר בצו מכוון הן במקרה של תרומת הזרע²⁷⁹ והן במקרה הפונדקאות.²⁸⁰ לדעתי, צדק בית המשפט העליון בהכרעתו וזאת הן במישור הדין המצוי והן במישור הדין הראוי. צו מצהיר כשמו כן הוא, בוחן מציאות משפטית קיימת, אך לא יוצר אותה כשלעצמו. משום כך, על פי התפיסה הרואה בצו ההורות כצו המצהיר על מציאות קיימת, הסכמת הצדדים לשמש כהורים היא שיצרה את ההורות המשפטית. לכן, על פי תפיסת זו, אף אם ההורים לא פונים לקבלת צו הורות, אם הייתה מתעוררת שאלת ההורות של ההורה הלא ביולוגי בהליך אחר, למשל אגב סכסוך בין ההורים או לאחר מותם במקרה של ירושה, היה על בית המשפט להכיר בהורותם המשותפת למרות היעדרו של הצו. ברם, העמדה החד-משמעית של הדין הקיים בישראל הינה שלא ניתן לכוון הורות בהסכמה ללא הסמכה קונקרטית בחוק. לכן, בהיעדר צו הורות איני רואה כיצד יוכל בית המשפט להתייחס לשני בני הזוג כהורים על פי המצב המשפטי הקיים. משכך, איני רואה כיצד במצב המשפטי הקיים ניתן לסווג את הצו כצו מצהיר. אף במישור הדין הראוי, החשיבות הציבורית של תהליך המיסוד, הצורך בפיקוח על תכני ההסכמה, הצורך בפיקוח התקיימות תנאי הכשירות של ההורה המיועד, על אי הניצול של הפונדקאית במקרה של פונדקאות חו"ל ובמיוחד, הצורך לנתק את קשרי ההורות הקודמים בשני המקרים מובילים כולם למסקנה שעד להשלמת ההליך המנהלי והפיקוח השיפוטי אין להכיר בהורות החדשה.

עם זאת, אין קשר הכרחי בין שאלת אופיו של הצו כצו מכוון שבלעדיו אין להכיר בקיומה של הורות לבין שאלת תחולתו הרטרואקטיבית דהיינו לגבי השאלה האם משהוכרה ההורות על ידי בית המשפט ניתן לקבוע שמן הבחינה המשפטית ייחשבו ההורים כהורים החל מנקודת זמן מוקדמת לזו שבה ניתן הצו. כך למשל, כפי שראינו בהקשר לתרומת הזרע. חרף סיווג הצו כצו מכוון, הורו **הנחיות הצוות הבין-משרדי** לראות בתקופה של שלושה חודשים שלאחר הלידה שהוארכה לאחר מכן על ידי בית המשפט העליון ל-9 חודשים כיום אחד ארוך שבו ניתן להגיש את הבקשה ולהכיר בהורות מיום הלידה.²⁸¹ חרף ההתחכמות האנליטית המציגה תשעה חודשים כיום ארוך, באופן מעשי מדובר בנכונות להחלה רטרואקטיבי של צו הורות מכוון, המשקפת מדיניות המאזנת בין הצורך בהכרה מהירה בהורות המשותפת לבין הרצון שלא להכביד יתר על המידה על ההורים המיועדים. לעומת זאת, ככל שדובר בפונדקאות חו"ל, ההנחיות מאפשרות להגיש את הבקשה לצו ההורות החל מיום הגשת הבקשה לבדיקת אבהות של האב הביולוגי ועד לתקופה של שנה לאחר חזרת בני הזוג ארצה, אך הן אינן נכונות להגדיר תקופה הסמוכה למועד ההגשה הראוי שלגביו תוכר ההורות באופן רטרואקטיבי. מדיניות זו אושרה בפרשת **פונדקאות חו"ל**, שבה השופט מינץ בדעת מיעוט ביקש לאסור באופן גורף את האפשרות להכיר בצו ההורות באופן רטרואקטיבי, בעוד

עמ"ש (מחוזי מ"ר) 2183-11-17 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. מ. ד. (נבו 20.12.2018); לפסיקה לפיה מדובר בצו מצהיר ראו, פרשת **א.א.ב.צ. נ' היועמ"ש**, לעיל ה"ש 209, בפס' 12 לפסק הדין וכן ראו, פרשת **ט.ב. נ' היועמ"ש**, לעיל ה"ש 242, בפס' 14 לפסק הדין. לסקירת המחלוקת ותמיכה בעמדה הרואה ההורות כצו מכוון, ראו גם מרגלית "צו ההורות הפסיקטי", לעיל ה"ש 209, בעמ' 140-141.

²⁷⁹ ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23.

²⁸⁰ ראו, פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23.

²⁸¹ ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 31.

השופט הנדל פתח פתח לתחולה רטרואקטיבית של הצו בנסיבות חריגות במיוחד²⁸² והיא עומדת כעת לבחינה מחודשת בדיון נוסף.

כפי שהסברנו לעיל, עיגון מהיר ככל האפשר של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ לצורך מימוש הזכות להורות ולצורך הגשמה של טובת הילד. בהתאם לכך, קביעת פרק זמן קצר יחסית לאחר הלידה שבו ניתן להגיש בקשה לצו הורות שתפעל רטרואקטיבית עשויה להוות תמריץ משמעותי עבור ההורים להגיש את הבקשה לצו סמוך ככל האפשר ללידה ובמקרה של תרומת הזרע, שבו הדבר אפשרי, עדיף לתמרצם להגיש את הבקשה עוד לפני הלידה. משום כך, אינני משוכנע שטוב עשה בית המשפט העליון שהרחיב את התקופה שבמסגרתה צו ההורות יפעל באופן רטרואקטיבי במקרה תרומת הזרע משלושה חודשים במקור לתשעה חודשים. לטעמי, הן בשל האפשרות להגשת הצו עוד לפני הלידה ולנוכח החשיבות בעיגון ההורות מוקדם ככל האפשר ניתן היה להסתפק בתקופה קצרה יותר של שישה חודשים, שלה גם הסכים היועץ המשפטי לממשלה.

מנגד, אני סבור שהשליכה המוחלטת של אפשרות התחולה הרטרואקטיבית במקרה פונדקאות החו"ל שבה תמך השופט מינץ, אינה מוצדקת ושגם הסדקים שפתח השופט הנדל בפסק דינו צרים מדי. השופט הנדל נימק את המדיניות המבקשת שלא להכיר בתחולה הרטרואקטיבית של הצו בעיקר בצורך לנתק את זיקת ההורות של הפונדקאית ובחשש שתחולה רטרואקטיבית תוביל להכרה במציאות משפטית של שלושה הורים. ברם, כפי שבית משפט העליון מציין בפרשה הנ"ל, צו הורות מותנה בבחינה מהותית של בית המשפט על כך שקשר ההורות של הפונדקאית נותק. משכך, לא תהיה זו הכבדה יתרה לצפות מבית המשפט, בסיוע הגורמים מטעם המדינה המנסחים את תגובתה לבקשה ולנוכח המסמכים שיוצגו על ידי המבקשים, לשלב במסגרת הבחינה המהותית האם נותק הקשר ההורי גם הכרעה לגבי העיתוי שבו פקע. במקרה כזה, ניתן על פי כללים שייקבעו, לאפשר הכרה רטרואקטיבית בהורות החל מהשלב שבו נותקה הזיקה ההורית הקודמת עבור מי שיגישו את הבקשה בסמוך למועד המוקדם האפשרי, כגון למי שיגישו את הבקשה בחצי שנה שחלפה מיום הגשת הבקשה להכרה בהורות ההורה הביולוגי. בכך, יתומצו ההורים להסדיר בזמן סמוך ככל האפשר את ההורות המשותפת באופן שימנע היררכיה בין ההורה הביולוגי וההורה הלא ביולוגי. יתרה מזו, עצם החשש של בית המשפט מפני עיגון תיאורטי של מציאות של שלושה הורים איננו חמור כפי שנראה במבט ראשון. אכן, אני מסכים שהכרה משפטית במציאות ממשית של שלושה הורים היא עניין מורכב הדורש הסדרה על ידי המחוקק. בה-בעת, בשלב שבית המשפט דן בשאלת ההורות הוא מתבסס על הכרעתו שקשר ההורות של הפונדקאית כבר נותק. לכן, גם אם לנוכח הכרעתו כעת על החלה רטרואקטיבית של ההורות של ההורה הלא ביולוגי במקרה הפונדקאות תיווצר תקופת זמן מסויימת שבה התקיימה בדיעבד בו זמנית הורות משולשת, מדובר בחפיפה שלא התקיימה בזמן אמת ומשום כך איני רואה כיצד יכולה להיות לכך משמעות מעשית. בהתאם לכך, נדמה לי שהיה נכון לקבוע כלל אצבע נדיב יותר כלפי ההורים המיועדים בפונדקאות חו"ל, כזה שיאפשר הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי, החל מן היום שבו הוכח לשביעות רצונו של בית המשפט שהוסרה הזיקה ההורית של האם הפונדקאית.

(ד) האם ניתן להמיר את צו ההורות הפסיקתי ברישום – מבט מוסדי על פרשת צור-וייסלברג

²⁸² ראו, דנ"א פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 18.

נפנה כעת לפרשת **צור-וייסלברג** ולדרישה של בנות הזוג שם להסדיר את ההורות של האם הלא ביולוגית באמצעות רישום שיערך בעת הלידה, אף ללא צו שיפוטי כמקובל לגבי בני זוג ממין שונה.²⁸³ הרצון של בני הזוג מאותו המין להסתפק ברישום מובן. ראשית, רישום במרשם הנעשה ברגיל כבר בבית החולים על בסיס הצהרת בני הזוג הינו פרוצדורה זמינה וזולה. שנית, רישום בן הזוג כהורה בעת הלידה מגשים את התכלית של עיגון המעמד של ההורה הלא ביולוגי כהורה משפטי סמוך ככל האפשר לשעת הלידה. שלישית, רישום הורה לא ביולוגי כהורה אושר בפרשת **ממט מגד** בעניין פונדקאות חו"ל. לבסוף, רישום ההורה הלא ביולוגי כהורה מצמצם את הפער המשפטי בין ההורות הלא ביולוגית לבין ההורות הביולוגית, שאינה דורשת הליך של מיסוד בוודאי שלא פסק דין משפטי ובכך היא תורמת לכאורה לערך השוויון.

ברם, מנקודת המבט המוסדית דווקא בשל הרצון לתמוך בהורות של בני הזוג מאותו המין יש לדחות את האפשרות לרשום את בן הזוג הלא ביולוגי כהורה במרשם על בסיס הצהרת ההורים ויש לעמוד על הדרישה לצו שיפוטי.

ראשית, במציאות המשפטית הקיימת בישראל המרשם אינו יוצר זכויות מהותיות.²⁸⁴ משום כך, רישום שאינו מלווה בצו פסיקתי עלול להחליש ביום פקודה את היכולת של ההורה הלא ביולוגי לפעול למען ילדו. בוודאי שזהו המצב כאשר יתעורר סכסוך בין ההורים וההורה הביולוגי, להבדיל מהרשויות המסתמכות על המרשם, יעורר את עניין ההורות. מנגד, המרשם אף לא יוצר מחויבויות הדדיות, דבר שעשוי להחליש את המחויבות ההורית של ההורה הלא ביולוגי.

אכן, בעניין **ממט מגד** אושר לרשום הורה לא ביולוגי במרשם. ברם, כפי שראינו בהקשר לפונדקאות חו"ל, החולשות של המרשם הובילו חלק מן השופטים למסקנה שיש לשלול את אפשרות הרישום ללא צו פסיקתי מהותי גם במקרה פונדקאות חו"ל.²⁸⁵ שופטים אחרים סברו שלנוכח ההלכה המושרשת הדורשת מפקיד הרישום שלא לבחון באופן מהותי תעודות שהוצאו על ידי גורמים חיצוניים, הלכה שמקורה בקשיים שמעוררים דיני הנישואים הדתיים בישראל וברצון להציב להם חלופה אזרחית, אין מנוס מרישום על בסיס הוצאת תעודה כזו.²⁸⁶ עם זאת, כמעט כל השופטים דבקו בדעה שרישום שלא ילווה בצו שיפוטי אינו מספק ושבמידה רבה הוא יעמיד מכשול בפני הורים שישתפקו בו.²⁸⁷ על רקע דברים אלו ולנוכח העובדה כי במקרה תרומת הזרע אין מדובר בתעודה ציבורית, אלא ברישום על בסיס הצהרה, אין כל הצדקה לפתוח פתח לא הכרחי למהלך היוצר פער בין הסטטוס המשפטי לסטטוס הרישומי ושבית המשפט עצמו הגדיר אותו בבחינת "לפני עיוור לא תיתן מכשול". בהערת אגב, ומבחינת למעלה מן הצורך אציין שהלכת **ממט מגד** נפסקה כאשר צו ההורות הפסיקתי היה בחיתוליו בטרם נערכו ההנחיות המעודכנות של הצוות הבין-משרדי בדבר צו ההורות ובטרם עברו את שבט ביקורתו של בית המשפט העליון בנושאים שונים. בנסיבות אלה, מובן הרצון של בית המשפט העליון באותה פרשה, נכון לזמנה, שלא לחסום את מסלול הרישום למרות הקושי המתעורר מנקודת המבט המוסדית. דומני שכיום הגיע העת לחשוב

²⁸³ ראו, פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14, בפס' 8-13 לפסק הדין של השופט מלצר.

²⁸⁴ ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, בפס' 44 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם, פרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל ("הרישום מהווה ראייה לכאורה בלבד").

²⁸⁵ ראו את דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת **ממט מגד**, שם, בפס' י' לפסק דינו.

²⁸⁶ ראו, לעיל ה"ש 218.

²⁸⁷ ראו, לעיל ה"ש 219.

מחדש גם על הלכה זו. בעיניי, לנוכח חשיבות העיגון המשפטי של ההורות והנזק הצפוי לילדים שהוריהם עלולים להתפתות להסתפק ברישום, וכאשר נלקח בחשבון שצו ההורות הפסיקתי הוא כבר מוסד מגובש ונגיש במשפטנו ראוי לשקול דרישה של צו פסיקתי כתנאי לרישום אף בפונדקאות חו"ל. לכך יש להוסיף שהליך הרישום המבוסס על תעודת חו"ל אינו מאפשר בחינה מהותית של חוקיות של ההליך בארץ שבו התקיימה הפונדקאות, בחינה של תנאי כשירות מינימאליים שיש להתעקש עליהם גם כאשר מדובר על פונדקאות בחו"ל והסרת הספק האם הזיקה של הפונדקאית לילד הוסרה כדין. אמנם נושא זה אינו עומד בימים אלה לדיון משפטי מחודש ולכן לא ארחיב בכך, אך אחתום בכך שאמליץ על חשיבה מחודשת על עמדת הפסיקה בנושא. ייתכן גם שלצורך הבחנה מן ההלכות המאפשרות רישום על בסיס תעודה ציבורית המעידה על נישואים בחו"ל, נדרש תיקון חקיקתי המבחין בין נישואים לבין הורות ולפיו, לא תרשם הורות על בסיס תעודה מחוץ לישראל ללא פיקוח שיפוטי.

נשוב כעת לדיון בפרשת צור-וייסבלרג שעסקה כזכור בעניין אפשרות הרישום של ההורה הלא ביולוגי כהורה על בסיס הצהרת הצדדים ללא צו שיפוטי במקרה של תרומת הזרע שנערכה בישראל.

מנקודת המבט הממוקדת בדיון המצוי, ניתן היה להסתפק בדברים שנאמרו עד כה בכדי להצדיק את תוצאת פסק הדין, אשר שללה את הרישום על בסיס ההצרה. אולם, בעיניי אף אם הרישום היה מייצר זכויות מהותיות, עדיין הסדרת מעמדו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות רישום המבוסס על הצהרה אינה ראויה.

בדוננו בתהליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי, עמדנו על כך שהתכנים הליבתיים של ההורות אינם ניתנים להתנאה על ידי הצדדים. עוד עמדנו על החשיבות של בחינה מיוחדת של גמירת הדעת של הצדדים, על קבלת ההחלטה במתינות ועל היעדר לחץ רגשי או כלכלי. נוסף על כך, עמדנו על הצורך להבהיר לצדדים כבר בעת כינון ההורות שההחלטה להתייחס לשניהם כהורים היא החלטה סופית ולא הפיכה.²⁸⁸ ההליך הרישומי רחוק מלהגשים תכליות אלה. ראשית, המרשם אינו דורש התייצבות בפני רשות הבוחנת את גמירת הדעת של הצדדים ומוודא שלשני ההורים המיועדים נהירה המשמעות הלא הפיכה של ההורות ואת קיומה גם במנותק מהמשך הקשר הזוגי. יתר על כן, במציאות הישראלית ההודעה על רישום נערכת בבית החולים.²⁸⁹ נדמה לי שקשה לחשוב על סיטואציה מורכבת, רגשית ונתונה ללחצים יותר מאשר הסיטואציה בבית החולים לאחר הלידה. המחשבה שדווקא בשעה זו יוכרע מעמדו של ההורה הלא ביולוגי כהורות אינה מתאימה לתכלית של הליך האישור ככזה המבטיח גמירת דעת מלאה והבנה מעמיקה של משמעות ההתחייבות. בוודאי שהודעה פרטית דרך המרשם לא מגשימה את הצורך לבסס את ההיבט הציבורי של יצירת הורות.

עוד אזכיר שההליך הרישומי, שכזכור מבוסס על ההיבט הטכני של המרשם ועל שיקול הדעת המצומצם של פקיד הרישום, אינו מאפשר פיקוח שיפוטי או אפילו מנהלי על תנאי הכשירות הנדרשים מן ההורה המיועד ועל כך שניתוק הקשר של התורם נערך בצורה ממוסדת וראויה. לנוכח

²⁸⁸ ראו, לעיל פרק ג, חלק 2, סעיף (ב).

²⁸⁹ ראו, סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

התגברות הפרקטיקה של תרומות זרע הנלקחות באופן פרטי מתורם ידוע שאינו מתכוון לשמש כהורה,²⁹⁰ פיקוח כזה נחוץ לא רק במקרה הפונדקאות, אלא גם במקרה של תרומת הזרע.

(ה) והשוויון מה יהיה עליו?

כנגד מסקנתנו לפיה צו ההורות במקרה של ההורה הלא ביולוגי הינו צו מכונן, כמו גם כנגד מסקנתנו המצדיקה את שלילת האפשרות לרשום את בן הזוג כהורה במרשם על סמך הצהרתו ניצב, לכאורה, טיעון השוויון.

לטיעון זה שני היבטים: ההיבט הראשון עוסק בהבחנה בין הורות של שני בני זוג ביולוגיים לבין הורות שבה אחד מבני הזוג איננו הורה ביולוגי. ההיבט השני עוסק בהבחנה בין הורותם של בני זוג מאותו המין לבין הורותם של בני זוג ממין שונה במצבים שבהם אחד מבני הזוג אינו ההורה הביולוגי.

אפתח בהיבט הראשון, על פי טיעון זה, כשם שבהורות ביולוגית לא נדרש תהליך עיגון, לצורך כינונה ו/או רישומה במרשם, אין צורך בהליך כזה גם כאשר מדובר בהורות שאינה ביולוגית.

בית המשפט ביקש לדחות טענה זו באמצעות הבחנה בין המימד העובדתי שבהורות הביולוגי לבין המימד המשפטי שבהורות הלא ביולוגית.²⁹¹ ככל שהבחנה זו משמעה שההכרה העקרונית בהורות הביולוגית כהורות אינה דורשת הכרעה משפטית, הבחנה זו תואמת אולי את הגישה הטבעית,²⁹² אך היא לא יכולה להתקבל על דעתה של הגישה המוסדית, שכן גישה זו מבהירה שגם ההכרה המשפטית בהורות הביולוגית היא החלטה חברתית. דומה שגם השופט הנדל שהיה בין שופטי הרוב בפרשת **צור-וייסלברג** מסכים לכך.²⁹³

עם זאת, מחשבה מעמיקה יותר תגלה כי הגישה המוסדית תדחה את טיעון השוויון ותעמוד על ההבחנה בין ההורות הביולוגית, שיש להצהיר עליה במקרה קונקרטי, לבין ההורות של בן הזוג הלא ביולוגי המבוססת על ההסכמה המשותפת, שיש לכוננה בהליך ממוסד המוודא ומאשר את ההסכמה המשותפת בין הצדדים וכולל גם פיקוח שיפוטי.

ראשית, במוקד הגישה המוסדית עומדת ההבנה שהשאלה האם וכיצד תוכר ההורות היא הכרעה ערכית חברתית שיש לערוך אותה בהתאם לאתיקת ההורות. עיון בערכים העומדים בבסיס אתיקת ההורות ובמיוחד ערך האחיות יגלה כי קיימת הצדקה חברתית להבחנה בין ההורות הביולוגית לבין ההורות הלא ביולוגית. על פי הבחנה זו, בעוד שעיון ההורות של ההורה הלא ביולוגי מבוסס על ההסכמה המשותפת והמודעת של שני בני הזוג לנטילת אחריות הורית משותפת, ההורות

²⁹⁰ על התגברות הפרקטיקה של תורמי זרע ידועים המציגים עצמם בשלב ראשון כהורים וכבני זוג של נתרמת הזרע ולאחר מכן מבקשים להתנער מהורותם ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 24. משיחות שערכתי עם פעילים בשדה אף דיווחתי על כמה מקרים שבהם אבות ביולוגיים כאמור מבקשים לאחר מכן להתנער מאבהותם באמצעות הליך של הסכמה לאימוץ.

²⁹¹ טיעון ההבחנה בין ההורות הביולוגית שהיא עובדה לבין ההורות הלא ביולוגית שהיא עניין משפטי הדורש כינון עובר כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23.

²⁹² ראו בעניין זה את השתקפות הגישה הטבעית בפסיקה, לעיל ה"ש 38.

²⁹³ וראו בהקשר זה את דבריו של השופט הנדל בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, בפס' 9 לפסק דינו. שם, הוא עומד על כך שגם החלטה להכיר בהורות ביולוגית היא הכרעה חברתית.

הביולוגית אינה מבוססת ולא ראוי שתהיה מבוססת על הסכמה משותפת של שני בני הזוג לשמש הורים משותפים, אלא על נטילת הסיכון הטמונה בקיום יחסי מין שעשויים להוביל להולדת אדם. להלן אסביר את דבריי.

מבלי להיכנס לעובי הקורה של הדיונים הפילוסופים בעניין, התפיסה החברתית העומדת בבסיס ההכרה המשפטית שלה שותפות כמעט כל המדינות המוכרות לגבי המחויבות ההורה הביולוגי כלפי ילדו, הינה שעצם הבאת ילד לעולם ואפילו עצם קיום יחסי מין מזדמנים תוך נטילת סיכון שיוולד מהם ילד, מטילה על ההורה את האחריות המוסרית והמשפטית כלפיו.²⁹⁴ בהתאם, ההחלטה החברתית המקובלת במרבית המדינות לעת הזאת הינה להבנות את מוסד ההורות הביולוגית כמוסד רוחבי המבוסס על עצם קיום הקשר הביולוגי, למעט במקרים המגודרים היטב, של האימוץ, תרומת הזרע והביצית והפונדקאות, שבהם מלכתחילה, במקרה התרומה והפונדקאות, או בדיעבד במקרה האימוץ, נערך תהליך ממוסד ומורשה המפקיע את ההורות של ההורה הביולוגי.²⁹⁵ משכך, ההורות הביולוגית אינה מבוססת על התחייבות חוזית במובנה המקובל ובוודאי שהיא אינה מבוססת על התחייבות של שני ההורים להורות משותפת. לכן, דרישה לעיגון המחויבות ההורית של ההורה הביולוגי בהסכמה פורמאלית ובהליך עיגון ממוסד של ההורות המשותפת עלולה לחתור תחת מטרה חברתית זו ולאפשר לאבות ביולוגיים שלא לעגן את הורותם ובכך לחמוק מן ההורות ולהחליש את ערך האחריות ההורית.²⁹⁶

לעומת זאת, דווקא על פי הגישה הליברלית, מוסד ההורות הלא ביולוגי מבוסס על ההסכמה המשותפת של בני הזוג להורות. משכך, לצורך ביסוסו, חיזוקו והגדרתו נדרש מהלך שיבחין בין מקרים שבהם הקשר הזוגי מתקיים במנותק מן ההורות לבין מקרים שבהם בני הזוג החליטו במשותף, מתוך הסכמה מודעת ומתוך שיקול דעת על הבאת ילד לעולם כילד משותף. מהסיבות שתוארו במחקר זה בהרחבה, התבססות על החלטה פרטית ללא פיקוח על תכניה ועל דרך השגתה עלולים להשיג תוצאות לא ראויות מנקודת מבט של טובת הילד וההגנה על הצדדים המעורבים.

²⁹⁴ ראו, פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצגי-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח 459 (1988). המבחין בין גישות המטילות חובת הורות על אב שלא התכוון לכך, בשל הרצונית של יחסי המין לבין הגישות הרואות בכך ביטוי לתפיסה מוסרית לפיה אדם חייב באחריות כלפי יוצאי חלציו. לדין בעולם המערבי בנושא זה ראו Michael J. Higdon, *Fatherhood by Conscriptio: Nonconsensual Insemination and the Duty of* ; *Child Support*, 46 GA. L. REV. 407, 426-431 (2012) Michelle Oberman, *sex, Lies, and the Duty to* ; *Disclose*, 47 ARIZ. L. REV. 872, 891 (2005); עוד ראו בהרחבה, קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521 (2019). אולם, השוו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 872. המבקש להציג את המחויבות של ההורה הביולוגי כמעין התחייבות חוזית. כן ראו, מרגלית "לקראת נקודת איזון", לעיל ה"ש 111, לטענתו יש לצמצם את המחויבות של הורה ביולוגי כאשר זו אינה מבוססת על מחויבות רצונית.

²⁹⁵ על הדרישה של הגישה המוסדית להבחין בין קטגוריית ההורה לקטגוריית התורם, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16.

²⁹⁶ לבעיה החברתית של הורים בעיקר גברים מתנערים ולניסיון החברתי להיאבק בה בארצות הברית ראו למשל, *Obama's Father's Day Remarks*, N.Y TIMES (June 15, 2008), <http://nyti.ms/3q0W4iR>, וכן ראו, Cynthia R. Mabry, *Disappearing Acts: Encouraging Fathers to Reappear for Their Children*, 7 J.L. & FAM. STUD. 111 (2005).

נוסף על כך, לנוכח העובדה שמוסד ההורות הלא ביולוגית הוא מוסד חדש ולא מבוסס, זניחת הדרישה להליך ממוסד ולפיקוח שיפוטי והותרת קביעת ההורות להסכמות פרטיות עמומות לעיתים וניתנות לשינוי עלולה לחתור תחת המוסד החברתי של ההורות הלא ביולוגית וערך האחריות הטמון בהורות ובוודאי שלא לחזקו. על כן, ההבחנה בין המקרים לגבי נחיצות תהליך העיגון של ההורות מוצדקת לנוכח התכליות השונות וההשלכות השונות של דרישת הליך כזה בשני המקרים.

נוסף על כך, הבחנה נוספת בין ההורות הביולוגית להורות שאינה ביולוגית טמונה בצורך בפיקוח על טיב הליך הפונדקאות והצורך לנתק זיקות הוריות קודמות, הן במקרה הפונדקאות והן במקרה תרומת הזרע. הצורך בפיקוח על הליך יצירת ההורות וניתוק הזיקות הקודמות, אינם מתקיימים במקרה שבו שני ההורים הינם הורים ביולוגיים ועל כן גם מסיבה זו, יש הצדקה מהותית להבחנה בין המקרים ולהכרה בהורות הביולוגית כהורות שאין צורך לכוננה בצו ושניתן להצהיר עליה לצורך המרשם לבין הורות לא ביולוגית הדורשת הליך וצו כתנאי לתוקפה ולרישומה.

ומכאן להיבט השני של טענת השוויון. הגישה המוסדית מקבלת את עמדת השופט מלצר, לפיה הבחנה בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג ממין שונה מוצדקת רק כאשר היא מבוססת על ההנחה שההורות במקרה השני מבוססת על ביולוגיה.²⁹⁷ הנחה שמסיבות מעשיות כמו גם בשל רצון להגן על פרטיות הצדדים ובמקרה של יהודים בישראל גם בשל חשש הממזרות לא ניתן לחקרה ולאששה בכל המקרים.²⁹⁸ מנגד, במקרה של זוגיות שבה ברור שאחד מן ההורים איננו הורה ביולוגי אכן אין הצדקה להבחנה בין בני זוג מאותו המין לבני זוג ממין שונה. לנוכח עמדה זו מוצדקת עמדת המדינה שהדגישה שאף במקרה של בני זוג ממין שונה לצורך רישום בן הזוג שאיננו הורה הביולוגי במרשם נדרשת הצהרה כי הוא ההורה הביולוגי ושבתמקרים שבהם בן הזוג ממין שונה אינו ההורה הביולוגי יידרש מהלך של צו פסיקטי.²⁹⁹

בשולי הדיון בפרק זה אזכיר שבמדינות מסוימות, עצם לידתו של ילד למסגרת נישואים או קשר זוגי ממוסד אחר עשויה להספיק לצורך סיווגו של ההורה הלא ביולוגי כהורה וזאת גם אם יוכח שמבחינה ביולוגית אין מדובר בהורה ביולוגי.³⁰⁰ במדינות אלה, בעקבות ההכרה בנישואים בין בני זוג מאותו המין,³⁰¹ הועלתה הטענה שיש ליישם את הכללים הנהוגים על בני זוג ממין שונה גם על

²⁹⁷ ראו, פרשת צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 14, בפס' 46 לפסק הדין של השופט מלצר ("הנחת המוצא, עליה מתבסס מרשם האוכלוסין, שהיא כאמור קיום זיקה ביולוגית בין הורה לבין הילד, מסבירה את היחס השונה המוענק לקבוצת פרטים, אשר לכאורה יש להם קשר ביולוגי לילד, לעומת היחס הניתן למי שברור שהוא נעדר קשר ביולוגי לילד") וכן, בפס' 50 לפסק דינו ("קיים שוני רלבנטי בין זוג הטרוסקסואלי הרשום כנשוי לבין זוג נשים מאותו המין הרשומות כנשואות, שכן בקרב הקבוצה הראשונה תקום חזקה (הניתנת לסתירה) בדבר זיקה ביולוגית, וביחס לקבוצה השנייה חזקה זו (הניתנת גם היא לסתירה) איננה חלה, שכן הנחת המוצא היא הפוכה – ולפיה לא קיימת זיקה ביולוגית בין בת הזוג של האם היולדת לבין הילד").

²⁹⁸ לדיון בנושא ראו, לעיל ה"ש 39-40.

²⁹⁹ ראו, פרשת צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 14, בפס' 20 לפסק הדין של השופט מלצר.

³⁰⁰ כן ראו את הסקירה אצל, Feinberg, *Restructuring*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 256-260.

³⁰¹ להכרה בנישואים בין בני זוג בארצות הברית, ראו Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 135 S. Ct. 2584.

בני זוג מאותו המין.³⁰² במאמר המצוי בהכנה טענו איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן³⁰³ שיש לפתח גם בישראל תפיסת הורות המבוססת על קשר זוגי. על בסיס טענה זו הן מבקרות, אף במישור הדין המצוי, את פרשת **צור-וייסלברג**. לשיטתן, ככל שמדובר בבני זוג ראוי היה לאפשר רישום של בני הזוג מאותו המין, לרבות ההורה הלא ביולוגי כהורה על בסיס ההצהרה בפני פקיד המרשם על קיום הורות משותפת.

השאלה האם בעולם אידיאלי נכון לכונן מסלול הורות המבוסס על לידת ילד במסגרת קשר זוגי היא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי. בקצרה אציין שלא ניתן לתת תשובה גורפת לשאלה זו ללא התייחסות לשאלות (1) מה טיבו של הקשר הזוגי, האם מדובר רק בנישואים או בקשר זוגי פורמאלי אחר המוכר על ידי המדינה כגון ה- *civil union* המקובל במדינות מסוימות בארצות הברית, או גם בקשרים זוגיים לא פורמאליים המוכרים לצורך קבלת זכויות משפטיות מסוימות, כגון קשרים בין ידועים בציבור (2) האם הקשר הזוגי יהווה תנאי מספיק לצורך כינון ההורות, או שמא תידרש הסכמה פורמאלית מצד בני הזוג על רצונם בהורות משותפת כתנאי להכרה בהורות ואם האפשרות השנייה נכונה, במה שונה ההורות המבוססת על הזוגיות מההורות המבוססת על הסכם? ובעיקר (3) מה יהיו תכניו של המסלול במקרים שבהם ההורה הלא ביולוגי/או ההורה הביולוגי מתכחשים להורות בשלב זה או אחר לאחר הלידה אם בשל העובדה שהאב הלא ביולוגי סבר מלכתחילה שהוא האב הביולוגי ואם מסיבות אחרות.³⁰⁴

מכל מקום, במציאות הישראלית הנוכחית כינון מסלול כזה, אינו רלוונטי ואינו ראוי. בניגוד למצב המשפטי בארצות הברית ובמדינות נוספות בעולם המערבי, נישואים בין בני זוג מאותו המין אינם מוכרים בישראל ואף ברית זוגיות שכוננה עבור חסרי דת, אינה פתוחה עבור בני זוג מאותו המין.³⁰⁵ לכן, פתיחת הפתח למסלול כזה אך ורק לזוגיות פורמאלית המוכרת על ידי המדינה תעמיק את ההפליה כלפי בני זוג מאותו המין. מנגד, פתיחת הפתח להתבססות על המסלול הזוגי גם לגבי ידועים בציבור מעוררת קושי רב בשל ההגדרה העמומה של ידועים בציבור בישראל, הגדרה שאינה כוללת משך זמן של מגורים משותפים, דרישה פורמאלית לכתובת משותפת ו/או חשבון בנק משותף וכדומה³⁰⁶ ועל פי דעות מסוימות היא עוסקת גם בבני זוג שכלל אינם מתגוררים יחדיו.³⁰⁷ לנוכח הדרישה של הגישה המוסדית להגדרה ברורה ויציבה מיהו ההורה, ברור שביסוס הגדרת ההורות על הגדרה כה עמומה של מיהו בן זוג אינה מהלך ראוי והיא אף עלולה להוביל לכך שהעמימות הקיימת במשפט הישראלי בהקשר לשאלה מיהו בן זוג תזלוג לשאלה מיהו הורה. בוודאי שמנקודת מבט מוסדית לנוכח מגוון השאלות שהמסלול הזוגי להורות מעורר נדרשת הסדרה כוללת ומפורטת של מסלול כזה על ידי המחוקק והמצאתו על ידי הפסיקה יש מאין אינה נכונה. בוודאי ובוודאי שבנסיונות הללו הניסיון לקעקע את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **צור-וייסלברג** ולקבוע שעל

³⁰² ראו למשל, *Feinberg, Restructuring*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 260-266.

³⁰³ ראו, איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" (מצוי בהכנה).

³⁰⁴ לפחות בגרסה שהובאה על ידי בלכר-פריגת, זפרן ונעמן, שם, נמנעות מלהשיב על השאלות הללו בשל חדשנותן והן מעדיפות להותיר את העיסוק בהן למאמרים נוספים. לטעמי, ללא התייחסות מקיפה לשאלות הללו קשה להבין את טיבה של ההורות מבוססת הזוגיות המוצעת במאמר ובוודאי שלא לגבש כלפיה עמדה ערכית.
³⁰⁵ ראו, חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.

³⁰⁶ ראו, שחר ליפשיץ **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 24-25, 93-94 (2005).

³⁰⁷ ראו, פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד-אוטונומיה בתוך אינטימיות" **משפט ועסקים** כד 341 (2021).

פקיד הרישום לעגן את הורותם של בני זוג מאותו המין על סמך הגדרה חדשה של הורות מבוססת זוגיות, שכאמור תכניה ופרטיה אינם מוכרים עדיין בדין ומבלי לתת את הדעת על הצורך בהליך ממוסד, מוודא הסכמה מודעת ובפיקוח על ניתוק הזיקות ההוריות הקודמות אינו משכנע.

ד. דברי סיום

במאמר זה הצעתי את הגישה המוסדית המונחית על ידי אתיקת ההורות כגישה הראויה להסדרת הרגולציה של ההולדה באמצעים מלאכותיים ולקביעת זהות ההורה המשפטי. הגישה המוסדית דוחה את הגישה הליברלית-אינדיבידואלית להסדרת ההורות, על פיה, עלהמשפט לגלות שוויון נפש ולתמוך בכל דפוס של הורות שבוחר אדם עבור עצמו תוך התעלמות מערכים ואינטרסים ציבוריים ואף מטובת הילד העתידי. הגישה המוסדית אף דוחה את הגישה החוזית-כוונתית לקביעת זהות ההורה, גישה הנתמכת במקרים רבים על ידי תומכי החשיבה הליברלית-אינדיבידואלית. טענו שההורות היא מוסד חברתי שיש להסדירו בהתאם לערכים ואינטרסים ציבוריים ובהתאם לאתיקת ההורות שבמרכזה האחריות והדאגה לטובת הילד. הסברנו מדוע לנוכח ההיבטים הציבוריים אין לקבל הסדרה חוזית של ההורות ושליעיתים יש מקום להגבלת הזכות להורות לנוכח שיקולים וערכים ציבוריים שונים. בה-בעת, דוחה הגישה המוסדית בתוקף את הגישה השמרנית-מסורתית, הסבורה שעל המשפט לקדם אך ורק דפוסי משפחה מסורתיים המבוססים על קשר נישואים בין בני זוג ממין שונה וילדיהם. גישה הנשענת לעיתים על רטוריקה לפיה הורות ביולוגית היא ההורות הטבעית. כאמור, על פי גישתי ההורות הביולוגית דורשת הכרה ציבורית מן המדינה ועל כן אין לראות בה עניין טבעי. ברמה הערכית, על פי גישתי, ערכי האוטונומיה והשוויון, כמו גם, ערך האחריות ההורית והדאגה לטובת הניצבים במוקד האתיקה ההורית, מחייבים מתן מענה ותמיכה במגוון רחב של דפוסי משפחות שבמרכזן נטילת האחריות ההורית והדאגה לילדים. משום כך, יש לדחות את הדרישה של הגישה השמרנית-מסורתית להתנכרות משפטית כלפי דפוסי הורות שאינם תואמים את המודל המסורתי. המאמר התמקד בהורות של בני זוג מאותו המין והדגים את הגישה לגבי שתי סוגיות מרכזיות: הזדקקות של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים לפונדקאות והכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו הורות. בהקשר לסוגיה הראשונה, תמכנו בזכות של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להביא ילדים בעולם באמצעות פונדקאית, זכות שעוגנה לאחרונה במשפטנו בפרשת **ארד-פנקס** והסברנו כיצד הגישה המוסדית מספקת נדבכים נוספים לתמיכה זו. בהקשר לסוגיה השנייה, דיוננו העלה שהגישה המוסדית תומכת בעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי במקרים של פונדקאות חו"ל ושל תרומת הזרע ומצפה מן המדינה לייסד מסלולים נוחים, שבהם עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי יהיה קרוב ככל האפשר ללידה. לצד זאת, גישתנו דחתה את האפשרות להכיר בהסדרה חוזית-פרטית של מעמד ההורה הלא ביולוגי ועמדה על הצורך בהליך ציבורי-ממוסד ובפיקוח שיפוטי. בהקשר האחרון, גישתנו תמכה בהכרעת בית המשפט העליון בפרשת **צור-וייסלברג** שדחה את האפשרות לרשום את בת הזוג כהורה גם ללא צו הורות שיפוטי. הסברנו מדוע האנלוגיה להורות הביולוגית איננה מוצדקת וזאת הן לנוכח היישום השונה של ערך האחריות ההורית בשני המקרים והן לנוכח הצורך בנייתוק זיקות מתחרות שאיננו קיים במקרה הביולוגי.

הגישה המוסדית נבדלת, אם כן, בהנחותיה ובמסקנותיה הן מהגישה הליברלית-אינדיבידואלית והן מהגישה השמרנית-מסורתית. עם זאת, אני מאמין שהדיון במאמר הצביע על מקרים שלגביהם טוב יעשו שתי הגישות הללו אם יחשבו מחדש על עמדותיהן ומסקנותיהן המעשיות גם כאשר הן דבקות בהנחות היסוד שלהן.

כך, על תומכי הגישה הליברלית-אינדיבידואלית להכיר בכך שמתן תוקף מוחלט להסדרה חוזית של ההורות ובכלל זה, מתן תוקף להתקשרויות שבמסגרתן בני זוג מאותו המין מסכימים לאחר פרידתם על הפקעת ההורות של ההורה הלא ביולוגי, עלולה לפגוע במוסד ההורות הלא ביולוגית באופן החותר תחת יסודות הגישה. נוסף על כך, על התומכים בגישה זו לשקול האם לא ראוי להמיר את הדרישה להליך הסכמי-פרטי-רישומי-טכני המזכיר את אופן ההכרה בהורות הביולוגית, בתהליך ממוסד בעל גוון ציבורי קרוב ככל האפשר למועד הלידה המבטיח את גמירת הדעת המשותפת של שני ההורים המיועדים ואת הסכמתם לכינון הלא הפיך והשוויוני של ההורות.

אני גם מקווה שהניתוח שנערך במאמר עשוי להוביל אף את תומכי הגישה השמרנית-מסורתית לחשב מחדש את דרכה בכמה עניינים. אכן, אין להכחיש שגישה זו אינה חולקת עם הגישה המוסדית את המחויבות לערכי האוטונומיה והשוויון, כמו גם את הנכונות להכיר ולתמוך במגוון דפוסי משפחה. עם זאת, חרף ההבדלים הללו בערכי היסוד, אני סבור שהערכים והצעדים המעשיים שאותם מקדמת הגישה המוסדית ובכללם, ערך האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד, חיזוק מוסד ההורות כמשקף אחריות בלתי הדירה, חיזוק מוסד ההורות הזוגית והתמיכה בבחירה להביא ילד במשותף במסגרת זו, הם ערכים שהגישה השמרנית-מסורתית שותפה להם. ברם, כפי שמאמר זה הראה ההתעקשות של גישה זו על ההתנגדות להורות של בני הזוג מאותו המין מובילה את הגישה השמרנית-מסורתית למהלכים המקדמים הורות יחידנית ומעדיפים אותה על פני הורות זוגית. בהקשרים אחרים מובילה התנגדות הגישה למיסוד ההורות של בני הזוג מאותו המין לתמיכה במבנים משפחתיים לא יציבים ולפערים בין המציאות המשפטית למציאות המשפחתית הפוגעים בטובת הילד ובערך האחריות ההורית. נוסף על כך, לנוכח אי ההסכמה להורות של בני הזוג מאותו המין נמנע שינוי חקיקתי שיכול היה להגביר את הפיקוח על ההורות במיוחד, אך לא רק, כאשר מדובר על פונדקאות חו"ל באופן שמחזק דווקא את ההיבטים הפרטיים של ההורות. משום כך, אני סבור שעל תומכי הגישה השמרנית-מסורתית לבחון מהם ערכי המשפחה שאותם הם מבקשים לקדם והאם ערך ההתנגדות לזוגיות בין בני זוג מאותו המין מצדיק לדעתם פגיעה בערכי משפחה נוספים, חשובים לא פחות.