



מבזקי הארות פסיקה 28 | יוני 2014, 46–56

קול הדם במקום קול אדם דיון בבג"ץ 566/11, 6569/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים יהודית מייזלס*

העיין הגנטי והשימוש הגובר בעשורים האחרונים בטכניקות הולדה מלאכותיות הם התפתחויות דרמטיות היוצרות, בתורן, מציאות משפטית וחברתית חדשה. המשפט נדרש, לעתים באיחור מה, להתמודד עם התוצאות המשפטיות הכרוכות בהורות הנוצרת בעולם המדעי והרפואי המתפתח באופנים שהמשפט לא חזה אותם.

בהיעדר חוק בישראל אשר מגדיר מיהו הורה, ובתקופה שבה ההתפתחויות הטכנולוגיות מאתגרות את האמרה הרומית "לעולם אין ספק מי היא האם"¹, הגדרת ההורות היא פרי של בחירה חברתית, דתית ומשפטית. באמצעות בחינת האופן שבו המשפט מטפל בשאלות מסדר ראשון כגון – מיהו הורה? כיצד אנו מגדירים את התא המשפחתי? האם הגנטיקה היא תנאי בלעדיו אין לכינון יחסי הורות? כיצד צריך ויכול המשפט להתאים עצמו לטכנולוגיות הפיריון המתפתחות? – ניתן ללמוד על השקפת המשפט בדבר דרכי הורות ויחסו לתאים משפחתיים השונים מן הדגם המסורתי.

לאחרונה, ביום 28.1.2014, ניתן פסק דין תקדימי ורחב יריעה של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, בשתי עתירות אשר נידונו במאוחד, בבג"צ 566/11 ו-6569/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים.² בית המשפט העליון הכריע במסגרתן לראשונה בדבר האופן שבו ראוי שהמשפט הישראלי יתייחס לסוגיית רישומם ומעמדם של ילדים אשר נולדו בהליכי פונדקאות שבוצעו מחוץ לישראל. העתירות תקפו את חוקיותן של הדרישות

* עורכת דין המתמחה בדיני משפחה וירושה אשר ייצגה את העותרים בבג"ץ 566/11 שבו עוסק חיבור זה. המחברת מבקשת להודות לעו"ד מיכל לוי על סיועה בכתיבת מאמר זה ועל היותה שותפה במסע המשפטי המכונה "פרשת ממש" לקראת הכרה בהורות על כל צורותיה.

¹ Mater semper certa est, pater semper incertus est.

² בג"ץ 566/11 ו-6569/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).



קול הדם במקום קול אדם

הביורוקרטיות שהטילה המדינה על הורים אשר נזקקים לבצע הליכי פונדקאות בחו"ל. בשל חשיבותה וחדשנותה של הסוגיה נידונו העתירות בפני הרכב מורחב בן שבעה שופטים.

טרם אדון בפסק הדין, אתאר את השדה המשפטי שעמד ברקע כתיבת פסק הדין. בשדה זה רועמת שתיקת המחוקק, והיא שאפשרה לבתי המשפט להתאים את הדין לחידושי הרפואה וההתפתחויות בטכניקות ההולדה באמצעות חקיקה שיפוטית. במסגרת ניתוח פסק הדין אזכיר את המניעים, כולל המניעים הבלתי-מדוברים, שעמדו לעתים מאחורי עמדת המדינה ואף בבסיס הגישות השונות של שופטי בית המשפט העליון.

החוק שמסדיר את הליכי הפונדקאות בישראל הוא חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996. חוק זה מסדיר אך ורק הליכי פונדקאות המתבצעים בתחומי הארץ. סעיף 1 לחוק בנוסחו הנוכחי מגדיר הורים מיועדים כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד" (ההדגשה שלי – י.מ.), כך שזוגות חד-מיניים או רווקים ורווקות מודרים מעשיית שימוש בחוק זה, והם נאלצים לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל.³

³ שתי עתירות ניסו לאתגר סעיף חוק זה, אך ללא הצלחה. בג"ץ 1078/10 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010) עסק בזוג חד-מיני שעתר לבג"ץ על מנת שיורה לוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לנמק מדוע לא תשקול את בקשתם לאשרם כהורים מיועדים על פי חוק ההסכמים. בסופו של דבר, הסכימו העותרים למחוק את עתירתם לאור הקמתה של הוועדה הציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפיריון וההולדה (ועדת מור יוסף שהוקמה ביוני 2010) אשר אמורה הייתה להביא לשינוי החוק. ואולם, עד למועד כתיבת רשימה זו לא שונה החוק בישראל; בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002) עסק בעתירתה של רווקה שוועדת האישורים דחתה את בקשתה לבצע פונדקאות בישראל רק משום שאין לה בן זוג ומשכן לא עומדת בקריטריונים של סעיף 1 לחוק. בג"ץ דחה את העתירה, תוך היצמדות דווקנית למילות החוק. בית המשפט קבע כי הפונדקאות היא תופעה חדשה, והשלכותיה על מישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט טרם ידועות לנו. משכך, בחר בית המשפט שלא להתערב בניסיונו של המחוקק להסדיר כפי שהסדיר בישראל את נושא הפונדקאות, אך הוסיף עם זאת כי ראוי שהמחוקק ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידניות כי וישקול לתת דעתו על האיסורים שהניח על דרכן לפונדקאות (ראו בעמ' 461 לפסק הדין).



נושאים אלה עלו בעת האחרונה במלוא עצמתם לסדר היום הציבורי, נוכח העלייה המתמדת במספר הישראלים אשר מסתייעים בהליכי פונדקאות חו"ל.⁴ לאור העובדה שמחד גיסא אין חוק שמסדיר את הליכי הפונדקאות המבוצעים מחוץ לישראל, ומאידך גיסא אין חוק האוסר על ביצוע הליכים אלה, הרי שהמשפט נדרש להסדיר נושאים אלה באופן קזואליסטי. כך למעשה, במהלך התקופה האחרונה, פני סוגיה זו עוצבו באמצעות נהלים ופסיקה, שעה שהמחוקק בחר לשתוק לגביו.

בהיעדר חקיקה המסדירה את נושא פונדקאות חו"ל, עד לאחרונה הוסדרה סוגיית קביעת ההורות באמצעות נוהל בין-משרדי בלתי-כתוב של משרד הפנים ומשרד החוץ, אשר מעולם לא פורסם, אלא עבר מפה לאוזן וזכה לכינוי "נוהל חו"ל". עמדת המדינה, על פי נוהל זה, היא שהורה שהביא ילד לעולם בהליך פונדקאות לא יוכר כהורה אלא אם יוכיח את עובדת הורותו באופן גנטי בדרך של בדיקת רקמות לאב ולאחר שיעברו פרוצדורה מורכבת נוספת של איסוף והגשת מסמכים שונים, והכול טרם מתן דרכון ישראלי לקטין שיכול לאפשר לו את הכניסה לישראל. לאחר בדיקת הרקמות, הסכימה המדינה לרשום את האב הגנטי בלבד, כאשר ההורה השני (בין אם מדובר בזוגות הטרוסקסואלים ובין אם מדובר בזוגות הומוסקסואלים) נדרש לאמץ את ילדו.⁵ עד לאחרונה נוהל זה, אשר איננו מעוגן באף חוק, לא נתקף. זוגות שביצעו פונדקאות בחו"ל, נאלצו לשתף אתו פעולה, בלית ברירה. אי-שיתוף הפעולה עם הנוהל מלכד את מי שעברו הליכי פונדקאות בחו"ל, שכן הם מצאו את עצמם עם תינוק בן יומו במדינה

⁴ על פי דו"ח הוועדה הציבורית לבחינה והסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל (מסקנות ועדת מור יוסף, עו"ד אביטל וינר-אומן ערכה, 2012), ובהתאם לנתונים שנמסרו לה על ידי רשות האוכלוסין וההגירה בנוגע לפונדקאות חו"ל, בשנת 2005 היה ידוע על מקרה יחיד של פונדקאות חו"ל. לעומת זאת, בשנת 2011 הוגשו 93 פניות לקבלת מעמד לילדים שנולדו בפונדקאות בחו"ל, בשנת 2012 הוגשו 128 פניות.

⁵ עד לתקדים בחיק תמ"ש 10509-10-11 י.פ. נ' היועץ המשפטי לממשלה משרד הפנים (פורסם בנבו, 5.3.2012), אצל זוגות הטרוסקסואליים רק האב הורשה לערוך בדיקת רקמות, ואילו האם נאלצה לאמץ את ילדיה שלה.



קול הדם במקום קול אדם

זרה, ללא ביטוח בריאות וללא אישור כניסה לישראל, הרחק מביתם וממשפחתם. כל ניסיון שלא לשתף פעולה עם נוהל חו"ל גרם לעיכובים רבים ולכן גם מי שניסה לצאת נגד נהלים אלה מצא את עצמו נאלץ לוותר על המאבק העקרוני לטובת מתן פתרון ספציפי למצוקה פרטית ודחופה, ולצורך כניסה לארץ עם התינוק.

ביום 20.1.2011 וביום 12.9.2011, הונחו בפני בית המשפט העליון שתי עתירות⁶ העוסקות בשני מקרים של זוג הורים בני אותו המין: בני הזוג ממת-מגד ובני הזוג טבק-אבירם, אשר לכל אחד מהם נולד ילד בדרך של הליך פונדקאות בארצות-הברית. כל אחד מזוגות העותרים אחזו בידם בשני מסמכים רשמיים של מדינת פנסילבניה בארה"ב: תעודת לידה שבה רשומים שני האבות כהוריו של הקטין וצו הורות שניתן על ידי בית המשפט בפנסילבניה המצהיר על הורותם המשותפת על הקטין. כאשר הגיע הזוגות ארצה ובקשו לרשום את ילדיהם במרשם האוכלוסין בהתאם לתעודת הלידה החוקית ובהתאם לפסק הדין הזר שניתנו בארצות-הברית, הקובעים ששניהם ההורים החוקיים הבלעדיים של הקטין, הם נתקלו בסירוב מצד פקיד הרישום. בכל אחד מן התיקים המדינה סגרה את שעריה בפני הקטין, וטענה כי בלתי-אפשרי מבחינה ביולוגית ששניהם יהיו ההורים של הקטין, ולכן על ההורה הגנטי לעבור בדיקת רקמות (אף שדרישה זו איננה מעוגנת בשום חוק), ורק לאחר קבלת תוצאותיה, יירשם הוא והוא בלבד כאביו של הקטין, בעוד שההורה השני יאלץ לאמץ את הקטין. המדינה טענה כי עצם הרישום מעניק מעמד לקטין כאזרח ישראלי, ולכן, לשיטתה, יש להוכיח בבדיקת רקמות כי הקטין הוא ילדו הגנטי של אזרח ישראלי. לטענת המדינה, מטעמים של נכונות המרשם והיות המרשם ראייה לכאורה לנכונות תוכנו, רישום פרטי הילד במרשם האוכלוסין ורישום פרטי ההורים, אמור לשקף הורות גנטית כעניין עובדתי הניתן להוכחה בדרך של בדיקת רקמות.

⁶ פרשת ממת-מגד, ראו לעיל ה"ש 2.



ההורים הגישו עתירה לבג"ץ על מנת שיורה על רישומם במרשם האוכלוסין כהוריו של הקטין, תוך התבססות על זכותו הבסיסית של הקטין לשני הורים, ובהתאם לכוחה ונפקותה של תעודה ציבורית. כל זאת, בהתאם לשורה ארוכה ועקבית של פסקי דין שניתנו על פני כמה עשורים,⁷ שקבעו, בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי, את עקרון הכיבוד ההדדי בין מדינות ואת הצורך במניעת פיצול סטטוס בין המדינות, באופן המחייב הכרה בתעודת הלידה הציבורית שהונפקה על ידי מדינה זרה (במקרה זה, ארצות-הברית), שאם לא כן יסבול הקטין מפיצול סטטוס. היינו: יהיה רשום כבנם של העותרים בארצות-הברית ואילו בישראל יהיה רשום כבנו של אחד ההורים בלבד.⁸

העותרים טענו כי דוקטרינת זכויות הילד אינה מצדיקה פגיעה בזכותו של קטין לשני הורים – זכות אשר הוכרה כזכות יסוד, ואף מעוגנת באמנה הבין-לאומית לזכויות הילד 1989⁹ – ואינה מצדיקה הפליה בין הוריו. כן טענו העותרים כי הנוהל במתכונתו הנוכחית מנוגד לזכות להורות, שכן הוא מאלץ אותם לעבור הליכים ארוכים ומשפילים על מנת להיות מוכרים כהורים לילדיהם שלהם.

⁷ תחילתן של הלכות משפטיות אלה בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963) שבו חייב בית המשפט העליון את פקיד הרישום לרשום נישואין אזרחיים שבוצעו בחו"ל על פי חוקי דין המקום אף שנישואין אזרחיים הם הליך בלתי-תקף בישראל; הלכה זו קיבלה חיזוק נוסף, בהקשר של רישום הורות חד-מינית בבג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000) שבו הורה בית המשפט העליון לראשונה על רישומן של שתי נשים כאימהות לילד משותף במרשם האוכלוסין; צעד נוסף פסע בית המשפט העליון בבג"צ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל אוכלוסין (פורסם בנוב, 21.11.2006) שבו הורה על רישום נישואין של בני אותו המין שנערכו בחו"ל במרשם האוכלוסין, וקבע כי: "מרשם האוכלוסין לא נועד להכריע בשאלת קיומן או היעדרן של תבניות משפטיות; פקיד הרישום אינו כשיר לקבוע אם קיימת 'תבנית משפטית' מוכרת או רק 'תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסוימת'; המרשם מוסר נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות (כגון לידה, מוות, נישואין, גירושין) ולא קונסטרוקציות משפטיות שעברו את עינו הבוחנת של פקיד הרישום. אין זה ראוי כי בשדה הרישום ייערך המאבק המשפטי באשר לסטטוס האישי" (שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק. ההדגשה שלי – י.מ.).

⁸ פרשת ברנר-קדיש, לעיל ה"ש 7, בעמ' 373, פס' 2 לפסק דינה של השופטת דליה דורנר.
⁹ האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 31 (נחתמה ביום 20.11.1989).



קול הדם במקום קול אדם

נוהל חו"ל כולל בעצם שתי דרישות מפלות בכל הנוגע למי שביצע הליך פונדקאות מחוץ לתחומי המדינה, כאשר עם שתיהן התמודדו שופטי בית המשפט העליון בפרשת ממת-מגד: הראשונה היא עצם הדרישה לביצוע הליך של בדיקת רקמות כדי להוכיח קשר גנטי בין מי מן ההורים לקטין.¹⁰ לטעמי, מדובר בנוהל הנעדר כל בסיס חוקי והנוגד את זכויות היסוד, הן של ההורים והן של הקטינים. לצורך ההשוואה יש לציין כי הורות במשפט הישראלי אינה מצריכה ברגיל הוכחה גנטית והאמת הגנטית לעתים אף איננה רצויה. קיימות דרכים רבות לרישום הורות ללא צורך בבדיקה גנטית¹¹ וישנם מצבים שהמשפט הישראלי לא רק שאיננו דורש בדיקה גנטית אלא שהוא מונע אותה.¹²

הדרישה השנייה היא שההורה שנעדר קשר גנטי עם הילד יעבור הליכי אימוץ כדי ליצור קשר בינו לבין הקטין. מדובר בדרישה מפלה שאיננה מתאימה למקרים של פונדקאות שכן מדובר בזוג אשר החליט יחד להביא ילד לעולם, אותה הוציאו לפועל יחדיו, בעוד "אימוץ" מוגדר במילון כ"קבלת ילד זר (לרוב יתום או פליט) לתוך המשפחה על מנת לגדלו כבן משפחה" (ההדגשה שלי – י.מ.).¹³ ההגדרה המילונית במקרה זה חופפת גם למוסד האימוץ כפי שהוסדר בחוק הישראלי. אין בין רעיון האימוץ לבין הורות בהליכי פונדקאות ולא כלום, והקישור בין השניים הוא שגוי ומטעה. אין מדובר בילד שנולד להורים מסוימים שכעת אינם יכולים לטפל בו ויש ליתן אותו לאימוץ להורים אחרים, אלא ילד שנולד מלכתחילה לזוג הורים שתכנן את הבאתו

¹⁰ את הביקורת על הדרישה לעריכת בדיקת רקמות ניתן לחלק לשני סוגים עיקריים: ביקורת על עצם הצורך בהוכחת קשר גנטי דווקא ליילוד, לעומת תצורות הורות שאינן גנטיות, וביקורת בנוגע לצורך בהוכחה גנטית באמצעות בדיקת רקמות דווקא, כאשר יש לזכור שבדיקה זו מצריכה מן המשפחה לשהות מחוץ לגבולות ישראל, משך שבועות רבים, עם תינוקות בני יומם, ללא שירותי בריאות של מדינת ישראל, טיפת חלב, או זכויות בסיסיות אחרות.

¹¹ כך למשל, כל שצריכה אישה יולדת הוא להצביע על אדם מסוים כאביו של הקטין ועל סמך הצהרתו נרשמת אבהות זו ללא כל צורך בבדיקת רקמות.

¹² כך לדוגמה, בכל מקרה שבו מתעורר חשש שעצם בדיקת הרקמות תביא לקביעה שקטין הוא ממזר, מעדיף המשפט הישראלי שלא לברר את האמת העובדתית. חוק מידע גנטי קובע באופן מפורש שכלל אין לבצע בדיקת רקמות במצבים שבהם תוצאת הבדיקה עלולה להוביל למסקנה שמדובר בממזר: ס' 28ד(א) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

¹³ "אימוץ" אברהם אבן-שושן המילון החדש 54 (משה אור עורך, 2003).



המשותפת לעולם, תוך שנדרש לסיוע טכנולוגי לשם כך. קבלת העמדה שיש צורך במקרים אלה באימוץ תביא לא רק להימשכות התקופה שבה מן הילד נשלל אחד מהוריו, אלא ליצירת מדרג מפלה בין ההורים; של הורה "ראשי" (גנטי) והורה "משני".

אף על פי שדובר בנסיבות דומות, חשוב לעמוד על השוני בין העתירות. בבג"ץ 566/11 סירבו העותרים, בני הזוג ממט-מגד, מסיבות אידאולוגיות, לערוך בדיקת רקמות ובקשו להירשם כהוריו של הקטין על סמך תעודת הלידה ופסק הדין הזר,¹⁴ ובכך למעשה קראו תיגר על שתי הדרישות המרכזיות של הנוהל הבלתי-כתוב של משרד הפנים – הן הדרישה לבדיקת רקמות להוכחת קשר גנטי בין אחד ההורים לבין הקטין והן הדרישה להליך אימוץ על ידי ההורה האחר.¹⁵ בבג"ץ 6569/11 הסכימו העותרים, בני הזוג טבק-אבירם, לערוך בדיקת רקמות לאב הגנטי, ולאחר שהקטינה הוכרה כאזרחית ישראלית, בקשו לרשום את ההורה האחר כאב של הקטינה במרשם האוכלוסין, ובכך תקפו רק את הדרישה האחרונה בדבר הליך האימוץ. בשל השאלה המשותפת (באופן חלקי), הוחלט לדון בשתי העתירות במאוחד.

דווקא ההבדל בין העתירות, ובחינת יחסם של השופטים אל כל אחת מהן מאפשר הבנה עמוקה יותר של השיקולים שעמדו בבסיס כתיבת פסק הדין ושל יחסו האמתי של בית המשפט לסוגי ההורות ולדרכי קביעתה.

¹⁴ גם לאחר שהוכחו העותרים באמצעות מסמכים רפואיים ומשפטיים את הורותם – בין היתר באמצעות תעודת הלידה – צו ההורות שניתן על ידי בית המשפט בפנסילבניה המצהיר על הורותם המשותפת כלפי הקטין, הסכם הפונדקאות בין העותרים לבין הפונדקאית, תצהיר של וכן מסמכים רפואיים לרבות תצהיר של הרופא המטפל שלפיו ההיריון נוצר מביציות אשר הופרו בזרעו של אחד העותרים וכן תצהיר האם הפונדקאית ואף בעלה, עמד משרד הפנים בסירובו לתת לבנם אזרחות ישראלית ולרשום את העותרים כהוריו במרשם האוכלוסין, כל עוד לא בוצעה בדיקת רקמות.

¹⁵ הנוהל כולל דרישות נוספות – הדרישה כי ההורים המיועדים יוכיחו בחוות דעת כי הדין במדינה שבה התבצע הליך הפונדקאות איננו אוסר על ביצוע פונדקאות, הצגת הסכם הפונדקאות ודרישה כי הפונדקאית תתייצב בנציגות ותצהיר על הסכמתה למסירת הילד לילדים המיועדים.



קול הדם במקום קול אדם

בפסק דין ארוך ומקיף קבעו השופטים כי יש להשקיף על העתירה של בני הזוג ממט-מגד בבג"ץ 566/11 כחלק מהסוגיה הרחבה של מתן מעמד בישראל, וקבעו כי יש להכריע את המחלוקת באמצעות חוק האזרחות, וכי מטעם זה, לצורך מתן מעמד של אזרח לבנם של העותרים בבג"ץ 566/11, עליהם לבצע בדיקת רקמות. ואולם, מעניין לציין כי סעיף 4(א)(2) העוסק במתן אזרחות מכוח לידה קובע כי תוענק אזרחות למי שאביו או אמו אזרחים ישראליים¹⁶ ואינו נוקט עמדה אם מדובר בהורות גנטית/ביולוגית דווקא. משכך, מסקנתו של בית המשפט העליון איננה מחויבת המציאות המשפטית. מדובר בבחירה פרשנית שיפוטית וערכית. על אף הנועזות היחסית של פסק הדין, עדיין המשפחה המשתקפת מבעד עיני השופטים היא של הורות גנטית.

המסקנה של בית המשפט כי אחד ההורים מוכרח להיות בעל קשר גנטי לקטין מדגימה את גישת המשפט הישראלי שלפיה הזכות להורות הולכת יד ביד עם עקרון קידוש הגנטיקה. עקרון זה קיבל ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין. כך למשל בפרשת נחמני,¹⁷ קושר השופט צבי טל את הזכות להורות עם שאיפתו של אדם לשכפולו הגנטי וקובע: "בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את **מטענם התורשתי**" (ההדגשה שלי – י.מ.). את החשיבות הניתנת לגנטיקה, ל"קול הדם", ניתן לראות גם בפרשת רוסילדה קונסלוס,¹⁸ שם קבע המשנה לנשיא מנחם אלון כי "עלינו להעדיף את זכות האפוטרופסות הטבעית של ההורים, 'קול הדם'".¹⁹

16 ס' 4 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

17 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

18 בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' שמחה תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991).

19 באותו מקרה דובר בזוג ישראלי שלא הצליח להוליד ילדים והחליטו לאמץ בברזיל. הזוג אימץ ילדה בברזיל באופן חוקי וחזרו עם הילדה לישראל. רשת ה-BBC ערכה כתבה מחקרית על מקרים שבהם ילדים נחטפו בברזיל וניתנו לאימוץ באופן לא חוקי, והאם הביולוגית צפתה בכתבה זו. בדעבד הסתבר שהילדה נחטפה מאימה על ידי כנופיית סוחרי ילדים בברזיל, הועברה לסוכנות האימוץ והאם הצליחה להגיע באמצעות התקשורת לישראל והגישה תביעה להחזיר את הילדה להחזקתה. בית המשפט העליון קבע את עדיפותם של ההורים הגנטיים, על פני ההורים המאמצים.



מניע נוסף בלתי-מדובר שייתכן כי מבצבץ מביין שורות פסק הדין קשור למה שניתן לכנות "הפוליטיקה של הדמוגרפיה". לא ניתן שלא לתהות אם מעבר לאבות החד-מיניים שבהם עוסקת העתירה, עמדו לנגד עיניהם של השופטים אתגרים פוליטיים מסוג אחר לגמרי. ובמה דברים אמורים? ארבע פעמים נזכרת פרשת קעדאן²⁰ בפסק הדין. פרשת זו עסקה בעתירה של כמה אבות ערבים ישראלים אשר ביקשו לרשום אותם כאבות לילדים שנולדו לאימהות פלסטיניות, על סמך הצהרות אבהות שניתנו מטעמם בבית הדין השרעי מבלי שבוצעו בדיקות רקמות המוכיחות קשר גנטי. לא בכדי מוזכרת פרשה זו מספר פעמים בפסק הדין,²¹ כאשר השופטת נאור אף מצאה לנכון לאבחן אותה מן העתירה בבג"ץ 6569/11, ולהדגיש כי במקרה דנן, בניגוד לפרשת קעדאן, מדובר ברישום שני במרשם, אשר איננו כורך עמו סוגיה של מתן מעמד וכי אין מדובר בסיטואציה של הורות מכוח לידה.

מבין פסקי הדין, בולט פסק דינו המאלף של השופט סלים ג'ובראן, אשר היה היחיד שאתגר את הצורך בדרישת קשר ביולוגי-גנטי לשם קביעת זהות של הורה. בפסק דינו, שהוא שיר הלל לזכויות אדם בכלל, ולזכויות מיעוטים בפרט, קובע השופט ג'ובראן את הקביעה האמיצה שלפיה אין להגביל את תצורות ההורות להורות ביולוגית-גנטית דווקא.²² השופט ג'ובראן, בדעת יחיד, חולק על עמדתה של המשנה לנשיא השופטת נאור וקובע כי לשון סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות איננה מחייבת פרשנות שלפיה אזרחות מכוח לידה מחייבת הורות גנטית דווקא, ומכיר בצורות הורות שונות, ובכללן הורות משפטית שאינה מבוססת בהכרח על הורות גנטית. השופט קובע כי כל קביעה

²⁰ בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 9.8.2010).

²¹ פרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 2, פס' 15, 33 ו-37 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, ופס' 10 לפסק דינו של השופט חנן מלצר.

²² לתמיכה בגישה הדוגלת בהכרה בהורות שאיננה בהכרח הורות גנטית ביולוגית, וכן כתיבה מאלפת בנושא של הורות בעידן הגנטי – ראו רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** ג 351 (2007); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 233, 266–267 (2005).



קול הדם במקום קול אדם

אחרת עלולה להוביל לתוצאות בלתי-רצויות, ומדגים כי גישה המכירה אך ורק בהורות גנטית טהורה, עלולה לפגוע באוכלוסיות מוחלשות כגון נשים יחידניות, הזקוקות לתרומת ביצית אשר לא תוכלנה לממש את זכותן לאימהות.

בפסק דינו, מסמן השופט ג'ובראן תחילתה של מהפכה. ניתן היה לצפות שהשופט ג'ובראן יגמא את הצעד הנוסף ויוביל מהלך של ניתוק הקשר בין הכרה בהורות להורות גנטית בהכרח, באופן שיש בו כדי לפתור את מצוקתן של האוכלוסיות שעליהן הצביע בפסק דינו. ואולם, בסופו של דבר בוחר השופט ג'ובראן להצטרף לתוצאה של שאר השופטים, ולהותיר את קביעתו אך בנוגע לאופן קביעת הוכחת הקשר הגנטי, ולא לעצם הצורך בו. בכך, הסתפק בצעד הראשון למהפכה, ולא השלים אותה.

בכל הנוגע למעמדו של ההורה שאיננו בעל קשר גנטי²³ צעד בית המשפט העליון צעד אמיץ והסכים להכיר בהורות משפטית, הורות מכוח פונדקאות. השופטים קובעים במפורש כי החששות ממתן המעמד למי שאינו זכאי לכך, אינם מתעוררים בעתירה השנייה, והמשיכו את הקו המבחין בין מעמד לרישום. על כן, ברוב דעות,²⁴ דחה בית המשפט את העתירה בבג"ץ 566/11, קיבל את העתירה בבג"ץ 6569/11, וחייב את פקיד הרישום לרשום את ההורה שאינו הורה ביולוגי כאביה של הקטינה במרשם האוכלוסין על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר.

פסק הדין הדגיש את הזכות להורות ואת משמעותה, ועמד על כך שעבור זוגות חד-מיניים ויחידים, הפנייה להליכי פונדקאות חו"ל היא האופציה המרכזית, ולעתים אף היחידה, לממש את זכותם להפוך להורים.

²³ בעתירה המדובר בכך הזוג של האב הגנטי במשפחות חד-מיניות אולם אין סיבה שלא להניח כי הקביעות נכונות גם לזוג הטרוסקסואלי שאחד מבני הזוג נדרש לתרומת זרע או תרומת ביצית לצורך מימוש הורותו.

²⁴ המשנה לנשיא מרים נאור, והשופטים עדנה ארבל, סלים ג'ובראן, אסתר חיות ויורם דנציגר, כנגד דעתם החולקת של השופטים אליקים רובינשטיין וחנן מלצר.



בית המשפט אף התייחס בהערת אגב לטענת העותרים בדבר הרצון שזהות ההורה הגנטי לא תיוודע על מנת להימנע מיצירת מדרג בין ההורים, והעניק פתרון יצירתי של "בדיקה עיוורת", אשר תוכיח קשר גנטי לבית המשפט לענייני משפחה, אך לא תחשוף בפני הצדדים את זהות האב הביולוגי מבין שניהם, על אף הקשיים שהדבר עלול לעורר בעתיד בפני הקטין.²⁵

בסופו של דבר, ברוב דעות, דחה בית המשפט את טענת המדינה כי הדרך היחידה להכיר בהורות היא באמצעות שלוש דרכים בלבד (הורות ביולוגית, צו אימוץ או צו הורות לפי חוק הפונדקאות ישראלי אשר חל רק בפונדקאות בישראל), והכיר בהורות חדשה, הורות משפטית מכוח פונדקאות.

בפסק דין חשוב זה, סלל בית המשפט העליון את הדרך לרישום אחיד ומהיר של הוריו של הילד (בין אם הורים בעלי קשר גנטי או משפטי) באופן שיבטא את מציאות חייו של הילד ויעלה בקנה אחד עם טובתו, תוך הכרה בהורות שאיננה גנטית. פסק הדין מסמן את כבדת הדרך המשמעותית שעבר המשפט הישראלי מקול הדם – לקול האדם. המעבר, אשר עדיין לא הושלם, מן האתוס השמרני אשר דבק בקידוש הגנטיקה ורואה בה חזות הכול אל עבר הכרה רשמית בתאים משפחתיים שונים מן התא המסורתי, ומתן מעמד על לזכות להורות. מעניין לציין שאין זו פעם ראשונה שקהילת הלהט"ב פורצת את הדרך ומשיגה תקדימים משפטיים ובכך מסייעת גם לאוכלוסיות נוספות.²⁶ פסק הדין פורץ דרך לא רק בנוגע לזוגות חד-מיניים, אלא סולל את הדרך להכרה בהורות מכוח פונדקאות חו"ל לכל הזוגות אשר מסתייעים בשירותי פונדקאות בחו"ל ובעיקר לאלו אשר נזקקים לסיוע גנטי כגון: תרומת זרע או תרומת ביצית.

²⁵ הצעה דומה הועלתה אף על ידי השופט משה דרורי בכנס פונדקאות בישראל: תמונת מצב ומחשבות לעתיד שנערך באוניברסיטה העברית ביום 4 ביוני 2013.

²⁶ כך למשל הגירושיין האזרחיים הראשונים במדינת ישראל בקרב זוג חד-מיני שביקש להתיר את נישואיו בבית המשפט לענייני משפחה דווקא. ראו תמ"ש 11264-09-12 פלונים נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012). בכך, במובן מסוים נפרצה הדרך לסלילת מסלול לגירושים אזרחיים אף לבני זוג הטרוסקסואלים במדינת ישראל.