

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 36564-02-17 לשכת העבודה והרווחה תל אביב נ' פלוני

לפני כבוד השופטים שבח יהודית, סג"נ, שאול שוחט, יונה אטדגי 22.03.2018

מערער

היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד חגית מזרחי (משרד העבודה והרווחה)
וע"י ב"כ עו"ד אורלי לוי מנצור (פרקליטות מחוז תל-
אביב)

נגד

משיבים

פלוני
ע"י ב"כ עו"ד ויקטוריה גלפנד, דפנה כהן ובת חן
גרינבלט

הקטינים

3. פלוני
4. פלוני

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\), תשנ"ו-1996: סע' 11, 11\(ב\), 12, 12\(א\), 17](#)
[חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981: סע' 3, 16, 17](#)
[תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984: סע' 462](#)
[חוק בית המשפט לעניני משפחה, תשנ"ה-1995](#)
[חוק הירושה, תשכ"ה-1965: סע' 1](#)

ספרות:

[חמי בן-נון, טל חבקין, הערעור האזרחי \(מהדורה 3, 2012\)](#)

כתבי עת:

[יחזקאל מרגלית, "הורות משפטית מן הדין", משפטים, מז \(2018\) 113](#)

מיני-רציו:

* ככלל, צו הורות פסיקתי חל מרגע הינתנו, ואולם בשיקול דעת בית המשפט להקדימו. בנסיבות הייחודיות של ענייננו חל צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי, אך לא מיום לידתם של הקטינים אלא מהמועד בו ניתן פסק דין זר שניתק באופן סופי כל קשר בין הפונדקאית לקטינים.

* משפחה – הורות – צו הורות פסיקתי

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט לענייני משפחה במסגרתו נקבע שצו הורות פסיקתי שניתן למשיב 1 כלפי שני קטינים שנולדו בארה"ב בהליך פונדקאות, יחול רטרואקטיבית מיום לידתם.

בית המשפט המחוזי, ברוב דעות, קיבל את הערעור בחלקו ופסק:

בענייננו אין צורך להכריע בשאלה אם צו ההורות הפסיקתי הוא קונסטטוטיובי או דקלרטיבי ויש להותיר את ההכרעה בסוגיה זו לעת מצוא. אשר למועד תחולת הצו, בפרשת סול קבע ביהמ"ש המחוזי כי הכלל הוא שמועד תחילת חלותו של הצו צריכה להיות מרגע הינתנו, ואולם בשיקול דעתו של ביהמ"ש, בתנאים המתאימים, יהא להקדימו. יש לאמץ את השיקולים שפורטו בפרשת סול לצורך החלת החריג ולקביעה רטרואקטיבית של צו ההורות: מועד הגשת הבקשה להורות ופרק הזמן שחלף ממועד הלידה ועד להגשתה, אופן הורותו של הקטין, אופן קבלת ההחלטה באשר להורותו של הקטין, ובעיקר – בחינת טובתו של הקטין בנסיבות הגשת הבקשה. אין מדובר ברשימה סגורה. הצטברות השיקולים על הנסיבות הייחודיות של ענייננו מטה את הכף להחלת צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי, אך לא מיום לידתם של הקטינים אלא מהמועד בו ניתן פסק-דין הזר שניתק באופן סופי כל קשר בין הפונדקאית לקטינים.

פסק דין

השופט שאול שוחט

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט לענייני משפחה במחוז תל-אביב (כב' השופט ש. בר יוסף, בתמ"ש [41408-09-16](#)), מיום 3.1.2017, במסגרתו נקבע שצו הורות פסיקתי שניתן למשיב 1 כלפי שני קטינים שנולדו בארה"ב ביום 31.5.16 במסגרת הליך פונדקאות, יחול רטרואקטיבית מיום לידתם.

העובדות הצריכות לעניין

המשיבים הם בני זוג ישראליים שנישאו בנישואים אזרחיים בחו"ל בשנת 2015. נישואיהם נרשמו בישראל.

לאחר נישואיהם חתמו המשיבים על הסכם פונדקאות מול אישה, אזרחית ארה"ב, אשר הסכימה לשאת עבורם את ההיריון ולהוליד את ילדיהם מבלי שתהיה לה כל זיקה גנטית ו/או משפטית אל הילדים שיוולדו. ברחמה של הפונדקאית הושטלו שתי ביציות מופרות של תורמת ביצית לאחר שהופרו בזרעו

של המשיב 2. גם תורמת הביציות חתמה מראש על ויתור על כל זכות הורית ו/או משפטית כלפי הילדים אשר ייוולדו מהפריית ביציותיה.

ביום 31.5.16 נולדו הקטינים נושא ערעור זה במדינת מינסוטה בארה"ב.

ביום 13.6.2016 ניתן פסק-דין במדינת מינסוטה אשר ניתק באופן סופי ומוחלט כל קשר משפטי או אחר, בין הפונדקאית לקטינים וניתן צו להנפקת רישומי לידה חלופיים מתוקנים, לרבות תעודת לידה, שבה נרשם המשיב 2 כהורה יחיד והוסר כל מידע הקשור באם היולדת, הפונדקאית.

ביום 20.6.2016, בהתאם לתוצאות בדיקת סיווג רקמות, נתן ביהמ"ש קמא פסק דין המצהיר על המשיב 2 כאביהם של הקטינים ([תמ"ש 36119-04-16](#)) והפנה את המשיבים להגיש הליך נפרד בקשר לצווי הורות פסיקטיים עבור המשיב 1.

ביום 18.9.16 הגישו המשיבים שתי בקשות למתן צווי הורות פסיקטיים למשיב 1 כלפי הקטינים שאוחדו לדיון בתיק אחד ([תמ"ש 41408-09-16](#)). ב"כ המערער, בתגובתיה, הסכימה למתן צווי הורות פסיקטיים ביחס למשיב 1, ללא צורך בתסקיר, תוך הבהרה כי ההסכמה למתן הצווים הינה מיום ההחלטה ואילך. בעקבות תגובת ב"כ היועמ"ש הגישו המשיבים תגובה נוספת מטעמם וביקשו כי תחולת הצווים תהא מיום לידת הקטינים וזאת בנימוק של "פגיעה ממשית בזכויות כלכליות" אשר נטען כי מוקנות למשיבים בהתבסס על הורותם כלפי הקטינים.

ביום 3.1.2017 נתן בית המשפט קמא את פסק-דינו, בו קבע כי "לאחר שעיינתי בבקשה ובתגובות ב"כ היועמ"ש, ניתן בזאת בד בבד צו הורות פסיקטי בעניין הקטינים.... לאור הפסיקה בעניין [תמ"ש 41067-04-16](#), משעה שמדובר בפסק דין דקלרטיבי הקובע סטטוס ומשעה שבדיקת ב"כ היועמ"ש נערכה, בין היתר, מיום לידת הקטינים, הרי שתחולת הצו הינה מיום לידת הקטינים. המזכירות תסגור את התיק".

גדר המחלוקת

באת כוח המערער אינה מתנגדת לעצם מתן צווי ההורות הפסיקטיים במקרה דנן (שניתנו כאמור לאור הסכמתה) והתנגדותה היא באשר לתחולתם הרטרואקטיבית מיום הלידה (להבדיל מיום היתנם) ול"אופי ההצהרתי", כלשונה, שניתן להם במסגרת פסק הדין.

לטענת המערער, צו הורות פסיקטי הוא צו מכונן ולא צו הצהרתי-דקלרטיבי. הצו יוצר קשר משפטי של הורות ואינו מצהיר על הורות קיימת. המערער טוען כי עמדת המדינה אשר התקבלה בפסיקת בית המשפט המחוזי בתל-אביב (במסגרת [עמ"ש 23003-02-16](#)) היא כי הליך למתן צו הורות פסיקטי

במסגרת הליכי פונדקאות של ישראלים, המבוצעים בחו"ל, הינו הליך שיפוטי, **המכונן**, יחסי הורות חלף הליכי אימוץ, תוך שימוש במודל של צו ההורות הקיים ב**חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק הפונדקאות**"). צו ההורות הפסיקתי הוא יציר פסיקה, הושאל מחוק הפונדקאות הישראלי ודומה במהותו לצו אימוץ, ובשני המקרים הצווים שניתנים מכוח חוקים אלה הם שיוצרים לראשונה את הקשר ההורי המשפטי בין הילוד לבין ההורים המיועדים – קשר משפטי שאינו קיים בלעדיו או לפני הינתנו. המערער עותר, אפוא, לדחות את קביעת ביהמ"ש קמא בדבר אופיו הדקלרטיבי של צו ההורות הפסיקתי שנתן ולקבוע כי זה לעולם יהא צו המכונן קשרי הורות.

לעניין מועד תחולתו של צו ההורות הפסיקתי טוענת ב"כ המערער, כי ביהמ"ש קמא שגה בהחילו את צו ההורות הפסיקתי רטרואקטיבית למועד הלידה. המערער סבור כי בנסיבות של הליך פונדקאות חו"ל – לא ניתן להסכים למתן צו הורות פסיקתי אשר תחולתו ממועד לידת הקטינים. מאפייני הייחודים של הליך הפונדקאות, בין אם מבוצעים בישראל ובין אם מבוצעים בחו"ל, מערבים מלבד ההורים המיועדים את האם הפונדקאית אשר לה קשר משפטי-הורי לקטין וזאת בשל נשיאת ההיריון ולידת הקטינים. בהיעדר הסדר חקיקתי אחר, עמדת המוצא המשפטית, היא כי לילדים ישנם שני הורים לכל היותר. על כן, "**הוספת**" הורה נוסף באמצעות צו הורות פסיקתי אפשרית רק לאחר **ניתוק** הקשר ההורי המשפטי עם הגורם השלישי, שהוא האם הפונדקאית. בענייננו, בסמוך לאחר הלידה ניתן אמנם פסה"ד במדינת מינסוטה שבארה"ב לפיו הסתיימו זכויות האם הפונדקאית – אבל אין די בהליך משפטי בחו"ל אשר קובע את ניתוק הקשר לאחר הלידה בין האם הפונדקאית לקטין כדי להביא לניתוק הקשר ההורי לפי הדין בישראל, משום שמדובר בפס"ד זר. לפיכך, החלת צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי למועד הלידה עלולה ליצור מצב בו מבחינה משפטית במועד כלשהו היו לקטין שלושה הורים – האם הפונדקאית, ההורה הגנטי וכן או בת הזוג של ההורה הגנטי. זוהי תוצאה אשר אינה אפשרית על פי הדין הישראלי, ואף אינה משקפת את כוונת הצדדים בהליך הפונדקאות כי לקטין יהיו שני הורים בלבד. ב"כ המערער מציינת כי גם בהתאם לפסה"ד שניתן בבית המשפט המחוזי מרכז **בעמ"ש 60269-01-17** **ב"כ היועמ"ש נ' מעיין סול** (פורסם בנבו, 26.6.2017; להלן: "**פרשת סול**") נקבע כי ככלל תהא תחולתו של צו הורות אך ורק מרגע הינתנו. בענייננו, במסגרת הבקשות המקוריות שהגישו המשיבים לא עתרו כי הסעד של צו ההורות יינתן רטרואקטיבית למועד הלידה וגם לא הצביעו על נסיבות חריגות המחייבות יצירת יחסי הורות מיום לידת הקטינים. ב"כ המערער מטילה ספק אם שיקולים כלכליים של תועלת כספית העשויה לצמוח למשיבים, הינם במסגרת השיקולים אותם רשאי היה ביהמ"ש קמא לשיקול ולהצדיק בגינם סטייה מן הכלל. המערער מוסיף וטוען כי מתן צו הורות פסיקתי רטרואקטיבי על ידי ערכאה שיפוטית, בהיעדר בסיס בחוק, וכאשר אין באפשרותה להידרש לכלל ההשלכות, אינה ראויה ועלולות להיות לה השלכות רוחב החורגות מן המקרה דנן, אשר בית המשפט קמא לא התכוון אליהן, ושאינן עלולות בקנה אחד עם כוונת המחוקק.

המשיבים עותרים לדחיית הערעור. לטענתם, בשורה ארוכה של פסקי דין דחו בתי המשפט למשפחה את עמדת המערער וקבעו את מעמדו ההצהרתי של צו ההורות. **בפרשת סול** לא הכריע בית המשפט המחוזי באופן ישיר בסוגיה זו אבל קבע את האפשרות להחיל את צו ההורות באופן רטרואקטיבי החל ממועד הלידה, ובכך למעשה אישר את שורת הפסיקות שניתנו בעניין זה על ידי בתי המשפט לענייני משפחה וקבע כי צו ההורות לא בהכרח יוצר את ההורות אלא פעמים רבות מצהיר על מצב דברים קיים. אין מקום לאנלוגיה שעושה ב"כ המערער מחוק הפונדקאות, זאת משום שצו הורות שניתן במסגרת חוק הפונדקאות, המסדיר את הליך הפונדקאות בישראל, תכליתו היא ניתוק הקשר המשפטי בין התינוק לבין האם הנושאת וכינון הקשר המשפטי עם הוריו – ואילו צווי ההורות אותם ביקשו המשיבים עניינם אינו בנייתו הקשר ההורי בין האם הנושאת לקטינים (משזה נותק כבר בעקבות ההליך ופסה"ד שניתן בארה"ב) אלא בהכרה במערכת היחסים ההורית השוררת בין המשיב 1 לקטינים, מכוח זיקה לזיקה. המשיבים טוענים כי הם עומדים בכל הקריטריונים שנקבעו **בפרשת סול** לעניין החלת החרג של צווי ההורות ממועד הלידה. בתי המשפט למשפחה, בבואם להכריע בסוגיה זו, נתנו משקל מרכזי לסוגיית טובתו של הקטין אשר בעניינו מתבקש הצו והגיעו למסקנה כי החלטת הצו ממועד לידת הקטין תשרת על פי רוב את הקטין בצורה הטובה ביותר ותקדם את טובתו. המשיבים דוחים את טענת המערער לפיה **"אפשרות לכינון יחסי הורות באמצעות צו הורות פסיקתו שלו תחולה רטרואקטיבית יכול שתינתן בחקיקה בלבד"** וסבורים כי אם לבית המשפט המנדט ליצור את צו ההורות הפסיקתי - אז לו גם המנדט לקבוע את גדרו של כלי זה.

הדיון בערעור

ביום 8.1.2018 התקיים דיון בערעור בפנינו ובמסגרתו חזרו הצדדים על טענותיהם. בדיון הבהירה ב"כ המערער, כי עיקר הקושי בהחלת הצו שניתן על ידי בית המשפט קמא באופן רטרואקטיבי הוא בקשר לפרק הזמן שמן הלידה ועד שניתן פסה"ד בארה"ב, שאז **"במועד זה גם על פי הדין האמריקאי עדיין היו לקטין גם את האם שילדה אותו גם את האב הגנטי שנרשם בתעודת הלידה וגם כעת מבקשים להוסיף את ההורה הנוסף, למעשה מבקשים ליצור קונסטלציה שלקטינים היו שלושה הורים"** (עמ' 5 ש' 6-11 לפרוט').

בעקבות הדברים, העלינו לפני הצדדים הצעה לפיה יוסכם כי הערעור יתקבל באופן שצו ההורות הפסיקתי יחול רטרואקטיבית אך לא למועד לידת הקטינים אלא למועד בו ניתן פסה"ד האמריקאי שניתק את הקשר בין האם הפונדקאית לקטינים.

המשיבים הסכימו להצעה עוד בדיון. ב"כ המערער ביקשה ארכה לשקול את ההצעה וביום 1.2.18 הודיעה כי אינו מסכים לה.

דיון והכרעה

שתיים הן השאלות העולות לדיון במסגרת ערעור זה: האם צדק בית המשפט קמא עת סיווג את צווי ההורות הפסיקטיים שניתנו על-ידו כ"פסק-דין דקלרטיבי" (להבדיל מקונסטיטוטיובי-מכונן) והאם ראוי היה להחיל את הצווים שניתנו רטרואקטיבית מיום לידת הקטינים. ראשון ראשון ואחרון אחרון.

צו ההורות הפסיקטי – דקלרטיבי (הצהרתי) או קונסטיטוטיובי (מכונן)?

לטענת המערער, צו ההורות הפסיקטי הוא קונסטיטוטיובי – צו יוצר, המקים את הקשר ההורי מכאן ולהביא ואינו צו הצהרתי המצהיר על הורות קיימת. המערער סבור כי תימוכין לעמדה זו ניתן למצוא בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופטים שנלר, ורדי וברנר) שניתן בעמ"ש-23003-02016 היועץ המשפטי לממשלה נ' ר.ב.ג. ואח' (לא פורסם, מיום 25.8.2016).

מעיון בפסה"ד האמור לא מצאתי כי כך הדבר. באותו מקרה הערעור עסק בשאלה האם יש מקום למתן צו הורות פסיקטי לבן זוג ישראלי במקרה שמדובר בהליכי פונדקאות של בן זוג ישראלי ובן זוג זר לגבי ילדים מזרעו של בן הזוג הזר שאין לו אזרחות ישראלית או מעמד של תושב קבע. כעולה מפסה"ד, לא הייתה קיימת בין הצדדים מחלוקת בשאלת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לתת צו הורות פסיקטי לגבי ילד שנולד בהליך פונדקאות בחו"ל לאזרחים ישראליים והשאלה שעמדה להכרעה הייתה לגבי מקרה בו אחד מבני הזוג אינו אזרח ישראלי/תושב קבע ומבוקש צו הורות פסיקטי לבן הזוג הישראלי לגבי הילדים שנולדו מזרעו של בן הזוג הזר. ביהמ"ש המחוזי קיבל את עמדת המדינה לכך שאין מקום למתן צו הורות פסיקטי בטרם יקבל בן הזוג הזר מעמד של תושבות קבע או אזרחות – אך לא הכריע דבר, וגם לא התבקש להכריע, בשאלת סיווג של צו ההורות הפסיקטי שיינתן (דקלרטיבי או קונסטיטוטיובי).

מחלוקת זו עלתה לדיון במסגרת פרשת סול שנדונה לפני בית המשפט המחוזי במחוז מרכז. בסופו של דבר, בית המשפט המחוזי בפרשת סול לא הכריע בסוגיה העקרונית והחליט למצע בין שתי התפיסות בכך שתחולת צו ההורות הפסיקטי (שניתן לאם הגנטית ביחס לקטין שנולד לבת הזוג האחרת), ככלל, יחול ממועד הינתנו, ואולם יהא בשיקול דעתו של בית המשפט לענייני משפחה להקדים את תחולתו למועד הלידה.

בפסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בסוגיה ישנן דעות לכאן ולכאן. יש המסווגים את צו ההורות הפסיקטי כצו קונסטיטוטיובי ומכונן (ראו תמ"ש (פ"ת) 52940-06-16 ג'ד' נ' היועמ"ש, פורסם בנבו 22.5.2017, מפי השופטת נאוה גדיש ותמ"ש (פ"ת) 8184-07-16 ד'ס'ג' נ' היועמ"ש, פורסם בנבו, 18.12.16, מפי השופטת עידית בן דב ג'וליאן) ויש הסוברים כי מדובר בצו הצהרתי-דקלרטיבי. יש לומר כי מבחינה כמותית, ידם של האחרונים על העליונה (ראו סקירה במאמרו המקיף והמעמיק של ד"ר

יחזקאל **מרגלית**, "**הורות משפטית מן הדין** ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" שעתיד להתפרסם בכתב העת משפטים כרך מז1). יצוין כי המגמה נמשכה גם לאחר שניתן פסה"ד בפרשת סול (ביום 26.6.17) ובתי משפט לענייני משפחה ברחבי הארץ ממשיכים להגדיר צווי הורות פסיקתיים שניתנים על-ידם כצווים הצהרתיים (ראו לדוגמא **תמ"ש (ת"א) 11587-07-17** מפי השופטת איליטוביץ סגל, פורסם בנבו, מיום 26.10.2017; **תמ"ש (נצרת) 53506-05-17**, מפי השופטת זגורי, לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 28.8.2017; **תמ"ש (חיפה) 1951-03-17**, מפי השופטת ברגר, לא פורסם, [פורסם בנבו] מיום 28.9.17). אחד מאותם פסק-דין שניתנו על ידי בתי המשפט לענייני משפחה ובמסגרתם התקבלה בקשה למתן צו הורות פסיקתי והוא סווג כצו הצהרתי הוא **תמ"ש (ת"א) 41067-04-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (פורסם בנבו, מיום 1.12.16) שניתן ע"י סגן הנשיא, כב' השופט נ. שילה (כתוארו אז). באותו פס"ד נימק השופט שילה את עמדתו מדוע צו ההורות הפסיקתי, המצהיר כי בן הזוג של ההורה הביולוגי הוא הורה לקטין לכל דבר ועניין, הוא צו הצהרתי ו"לא מדובר בצו המכונן מצב חדש שנוצר, אלא הוא משקף עובדה קיימת, לפיה בן זוגו של ההורה הביולוגי משמש כהורה נוסף" (ס' 6 לפסה"ד). השופט שילה אף הבהיר מדוע אין ללמוד אנלוגיה מצו ההורות החקיקתי המוסדר בחוק הפונדקאות (שהוא אכן צו קונסטיטוטיובי) וזאת משום ש"בהליך פונדקאות, קיימת אם נושאת שילדה את הקטין ויש צורך בצו שיפוטי על מנת לנתק את הקשר בין האם הנושאת ולהצהיר על זיקתם הבלעדית של ההורים המיועדים לקטין. ברם, במקרה דנן, כפי שפורט לעיל, אין צורך לנתק קשר כלשהו, מאחר ולא היתה לאיש זיקה משפטית קודמת לקטין (שהרי לתורם הזרע אין כל מעמד משפטי) ובן הזוג מתווסף ללא צורך בביטול זיקה קודמת. מדובר בהרחבת הזיקה לקטין ולא בביטול זיקה קודמת." (ס' 9 לפסה"ד).

לפס"ד זה של כב' השופט שילה הפנו ומצאו תימוכין, לא אחת, בתי משפט למשפחה אחרים המצדדים בגישה זו, לרבות בית המשפט קמא בהנמקתו התמציתית שניתנה במסגרת פסה"ד נושא הערעור. זה המקום לציין כי המערער מעולם לא השלים עם פסה"ד הנ"ל של כב' השופט שילה, שנדרש כאמור חזיתית לסוגיה נושא המחלוקת, וערעור על פסה"ד שהוגש מטעם המערער על פסה"ד תלוי, עומד וממתין להכרעה לפני בית המשפט המחוזי בת"א במסגרת **עמ"ש (ת"א) 41143-01-17** הנדון לפני מותב אחר (כב' השופטים שנלר, ורדי ורביד).

באשר להורות ביולוגית - זו נקבעת מעצם הקשר הגנטי ולפיכך פסק דין הצהרתי בעניין היותו של אדם הורה, לאחר בדיקה גנטית, הוא צו הצהרתי, המצהיר על המצב הקיים. באשר להורות על סמך צו אימוץ – אין חולק כי צו זה הינו הצו שיוצר את הקשר ההורי, כך שמדובר בצו מכונן שהכלל הוא שתוקפו מיום שניתן אם לא קבע בית המשפט אחרת (ראו הוראת **ס' 17 לחוק אימוץ ילדים**, התשמ"א-1981).

אין מחלוקת כי צו ההורות הפסיקתי שאב את השראתו מצו ההורות החקיקתי שמקורו [בסעיף 11](#) לחוק הפונדקאות (שכן, בראש ובראשונה, נועד ליתן מענה לבני זוג שהליך פונדקאות על פי חוק הפונדקאות אינו פתוח בפניו). מטרתו של האחרון היא כפולה: לנתק את הזיקה של האם הנושאת ליילוד ולהסדיר סופית את הורותם המשפטית של ההורים המזמינים – כל זאת כדי לצמצם עד כמה שניתן את חילוקי הדעות העתידיים האפשריים וההתדיינות בין ההורים המזמינים ובין האם הנושאת, בתוך כדי העברתה הסופית של ההורות האפשרית מהאם היולדת לאם המיועדת, שלעיתים קרובות היא גם האם הגנטית. רק עם השלמת הליך זה, קבלת צו ההורות, יהפכו ההורים המזמינים גם למי שהקטין בחזקתם וגם כאפוטרופוסים בלעדיים שלו. צו הורות מכוח חוק הפונדקאות הינו צו **המכונן** סטטוס אישי חדש בין הקטין לבין ההורה ללא הקשר הגנטי והמחוקק קבע את תחולתו למועד בו ניתן ([ס' 12](#) לחוק הפונדקאות).

טוענים המשיבים כי בענייננו צו ההורות הפסיקתי לו עתרו **שונה** במהותו מצו ההורות החקיקתי שניתן בהליך לפי חוק הפונדקאות. זאת משום, שהצו אותו ביקשו **אין** עניינו ניתוק הקשר ההורי בין האם הנושאת לקטינים (בדומה לצו שניתן במסגרת חוק הפונדקאות), אלא עניינו מסתכם בהכרה במערכת היחסים ההורית השוררת בין המשיב 1 לקטינים, מכוח זיקה לזיקה. הקשר בין הקטינים לבין האם הנושאת האמריקאית נותק עוד סמוך לאחר הלידה, באמצעות פסה"ד הזר. לפיכך, המשיבים טוענים, כי אינם נדרשים לעזרת בית המשפט הישראלי בהקשר זה (של ניתוק הקשר מול האם הנושאת) ולכן גם אינם זקוקים לצו קונסטיטוטיו ודי להם בצו הצהרתי-דקלרטיבי שיצהיר על הורות המשיב 1 כלפי הקטינים.

מן הפן האחר – לא פחות הגיונית היא עמדת המערער הסבור כי על צו הורות פסיקתי שמטרתו ליצור קשר משפטי הורי בין קטין לבין צד שנעדר זיקה גנטית אליו, לעולם חייב להיות **קונסטיטוטיובי**, משום שהוא **מכונן** הורות. בבסיסה עומדת ההנחה כי לא מדובר בפס"ד **המצהיר** על עובדה או על זכות קיימת, כמו בנסיבות בהן קשר ביולוגי בין ההורה לקטין הינו עובדה קיימת שאז אין כל צורך שבית המשפט **יכונן** את קשר ההורות (שכן הקשר ההורי כבר קיים). רוצה לומר – צו הורות (או פסק-דין) יכול להיות **דקלרטיבי** כאשר מטרתו הוא להשלים את ההכרה באימהות/אבהות המשפטית מכוח הזיקה הגנטית הקיימת; אך נדרש להיות **קונסטיטוטיובי** כאשר מטרתו היא ליצור את ההורות המשפטית של בן/בת הזוג של ההורה הביולוגי כלפי היילוד כשביניהם אין זיקה גנטית.

פרופ' קורין אלדי עמד על הבחנה זו, בקשר לצו הורות שניתן בהתאם לחוק הפונדקאות, כבר לפני למעלה משני עשורים במאמרו "**לשאלת הפונדקאות בישראל- הערות אחדות בשולי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני**" (פורסם בהמשפט ג, 63):

"האם הנושאת נרשמת לפי דיני מרשם האוכלוסין, עם לידת הילד, כאמו של הילד (אפילו אם הריונה מקורו בביצית של אשה אחרת). לפיכך, אכן דרוש אקט שיפוטי, "צו הורות" בלשון החוק, אולם, ראוי להבחין בין שני סוגי הורות:

- א. "צו הורות" דקלרטיבי המצהיר על האבהות הטבעית של האב ועל האמהות הטבעית של האם המיועדת (במקרה שהיא בעלת הביצית המופרית שהושתלה בפונדקאית);
- ב. צו הורות קונסטיטוטיבי (בדומה לצו אימוץ), היוצר את סטטוס האמהות של האם המיועדת וזאת במקרה שהיא אינה האם הגנטית (בעלת הביצית). תוצאות "צו ההורות" הן, כמובן, רישום ההורים במרשם האוכלוסין בהתאם לצו (סעיף 21 לחוק, ומחיקת שם הפונדקאית) והוצאת תעודת לידה ממקורית חדשה על שם ההורים בהתאם לצו (בדרך שהדבר נעשה באימוץ ילדים" (שם, בעמ' 68).

הבחנה זו בין צווי הורות אומצה גם ע"י ד"ר מרגלית במאמרו הנ"ל, במסגרתו עמד, בין השאר, על היתרונות והחסרונות הגלומים בצוים ועל דמותם הנורמטיבית הראויה לפי סוגיהם – דקלרטיביים או קונסטיטוטיביים (שם). המחבר סבור כי במקרה כגון דא, בו אין זיקה גנטית בין המשיב 1 לקטינים, לא ניתן להסתפק בפסק דין הצהרתי-דקלרטיבי גרידא, אלא יש צורך בצו הורות פסיקטי קונסטיטוטיבי.

ניתן לקוות כי בעתיד הקרוב יינתן מענה חקיקתי, בין השאר לסוגיה זו, שעולה חדשות לבקרים בעקבות הליכי פונדקאות בחו"ל ובמיוחד כשמדובר בבני זוג חד-מיניים, כמו במקרה שבפנינו, ששערי הפונדקאות בארץ חסומים בפניהם. ועדת מור יוסף, שמונתה בתחילת שנת 2011, דנה בהיבטים השונים של הפיריון וההולדה בישראל אשר אינם מוסדרים כיום בחוק או שעלה הצורך לבחון אם בשלו התנאים לערוך בהם שינוי חקיקתי. לאחר שנתיים של דיונים שבהם ישבה על המדוכה פרסמה את מסקנותיה בחודש מאי 2012 (הפרסום מצוי באתר משרד הבריאות). בין השאר נתנה הועדה את המלצותיה בקביעת הדין הנורמטיבי הרצוי במישור הפנים-ארצי של הסדרת פונדקאות חו"ל. בעקבות מסקנותיה מינה מנכ"ל משרד הבריאות צוות בין-משרדי לצורך יישום המלצות הועדה ובחינת שינויי החקיקה המתחייבים מן ההמלצות. על סמך המלצות אלו נוסחו הן התסקיר והן ההצעה לתיקון הפונדקאות שפורסמה ברשומות בתאריך 23.7.14 ובשלהי הכנסת הקודמת עברה את ועדת השרית ובקריאה ראשונה בכנסת (ראו הסקירה במאמרו של ד"ר מרגלית, שם בעמ' 14).

במצב הדברים הנוכחי, בטרם הסדר חקיקתי ומשמדובר בצו שהוא במהותו "יציר פסיקה"; בשעה שעל פסה"ד שניתן בפרשת סול ע"י בית המשפט המחוזי מרכז, בו לא התקבלה עמדת היועמ"ש בעניין זה (אך גם לא נדחתה), בחר היועמ"ש שלא לערער לבית המשפט העליון; ובשעה שעל פס"ד של כב' השופט שילה בתמ"ש 41067-04-16, שנדרש חזיתית לשאלת סיווגו של צו הורות הפסיקטי (וקבע כי מדובר בצו הצהרתי), תלוי ועומד לפני בית משפט זה (בהרכב אחר) ערעור שהוגש ע"י המדינה בסוגיה

זו ממש – אין צורך לטעמי במתן החלטות עקרוניות והחלטות מעבר לנדרש לתיק דנן וניתן להשאיר את השאלה בצריך עיון.

בתיק דנן, ניתן על-ידי בית משפט קמא צו ההורות הפסיקתי **בהסכמת** המערער, מבלי שבית המשפט קמא התבקש לסווג את הצו כדקלרטיבי או קונסטיטוטיובי. המשיבים לא עתרו בבקשתם לצו ההורות שהייתה לפני בית המשפט קמא כי הצו יהיה דווקא **הצהרתי** (ראה מוצג 4 למוצגי המשיבים), המערער מצדו לא התנה הסכמתו במתן הצו בכך שיהא **קונסטיטוטיובי** (הגם שעתר כי הצו יחול מיום ההחלטה ואילך. ר' מוצג 5 למוצגי המשיבים) וגם המשיבים בהתייחסותם לעמדת המערער לא ביקשו מביהמ"ש הכרעה בשאלת סיווג הצו שינתן (אם דקלרטיבי או קונסטיטוטיובי – ר' מוצג 6 למוצגי המשיבים). נראה כי בנסיבות אלו בית המשפט קמא לא ייחס משמעות יתרה לשאלת הסיווג של צו ההורות שניתן על ידו – שמחד הוא בעל אופי הצהרתי ("**משעה שמדובר בפסק-דין דקלרטיבי הקובע סטאטוס**"... הדגשות שלי ש'ש') אך מאידך גם בעל אופי מכונן ("**פסק דין דקלרטיבי הקובע סטאטוס**"... ולא המצהיר על סטאטוס קיים. הדגשות שלי ש'ש'). ודוק! במסגרת הערעור המערער לא עותר לביטול צווי ההורות הפסיקתיים שניתנו אלא רק לביטול **האופי הצהרתי** שניתן להם (ולתחולתם הרטרואקטיבית – ועל כך בהמשך). הודעת הערעור אינה נותנת הסבר מדוע יפגע האינטרס הציבורי (שעל שמירתו אמון המערער) אם אותו "אופי הצהרתי" של צווי ההורות שניתנו בבית המשפט קמא בעניינם של הקטינים נושא דיוננו יוותר על כנו שעה שטענות המערער בהקשר זה של פגיעה באינטרס הציבורי כוונו לתחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות למועד לידת הקטינים (ר' עמ' 5-8 לעיקרי הטיעון מטעם המערער). אמנם, לערכאת הערעור סמכות רחבה ביותר לתת כל החלטה שהערכאה הדיונית צריכה הייתה לתת (ראו **תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי**, התשמ"ד-1984) אך סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד ואין חובה על בית המשפט לנצל סמכות זו מלוא היקפה (על אמת המידה לביקורת ערעורית והיקף ההתערבות של ערכאת הערעור ראו בהרחבה בספרם של ח. בן נון וט. **חבקין, הערעור האזרחי**, מהדורה שלישית, תשע"ג-2012, בעמ' 471 ואילך).

לאור כל האמור לעיל, אמליץ לחבריי להותיר את ההכרעה בסוגיה זו לעת מצוא.

תחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות שניתן –

כאמור, במסגרת פסה"ד שניתן **בפרשת סול** נדרש בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופטים ברנט, פלאוט וויצמן) למספר ערעורים שדנו בהחלה רטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי מיום הולדתם של הקטינים. ביהמ"ש קבע בפסק הדין כי הכלל הוא שמועד תחילת חלותו של הצו צריכה להיות מרגע הינתנו, ואולם בשיקול דעתו של בית המשפט, בהתקיים התנאים המתאימים, יהא להקדימו, כמובן בהתאם למקרה שלפניו, וכדברי בית המשפט בסעיף 23 לפסק הדין:

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

ובהמשך, בסעיף 24:

"בית המשפט יבחן לצורך הקדמת מועד חלותו של הצו למועד הלידה, בין השאר, את העובדות הבאות –

מועד הגשת הבקשה להורות ופרק הזמן שחלף ממועד הלידה ועד להגשתה (ראו לעניין זה הרציונל הנזכר בתמ"ש (נצרת) 13637-06-15 הני"ל), אופן הורותו של הקטין (תרומת זרע מגורם אנונימי או בקיום יחסי אישות), אופן קבלת ההחלטה באשר להורותו של הקטין (האם כהחלטה משותפת של שני ההורים המיועדים או בהחלטת אחד מהם אשר חברו הצטרף לרצונו זה במהלך ההליך), ועיקר העיקרים – בחינת טובתו של הקטין בניסיונות הגשת הבקשה.

אכן הדעת נותנת כי, על דרך הכלל, כאשר ימצא כי עסקינן בבנות זוג אשר זוגיותן מוכחת ומבוססת וההחלטה לעניין הורותו של הקטין, לרבות עצם הורותם של שני בני הזוג לגביו, התקבלה במשותף, וכי הבקשה הוגשה בפרק זמן סביר בהתייחס לנסיבותיו הענייני לאחר הלידה – יעתר בית המשפט לבקשת ההורים למתן פסק דין רטרואקטיבי מעת הלידה.

ואם כן, באימוץ המתווה המוצע על ידנו יש מחד להבטיח בדיקה זהירה של ההורות הנטענת, ומאידך, מעת שזו נמצאה ראויה, לאפשר את החלטה ממועד הלידה, וכך ימצאו כולם נהנים ולא חסרים – בני הזוג והקטין בשל כך שההורות אושרה מרגע לידתו של הקטין והציבור מתוך כך שסוגיית ההורות, חלטה ותחילתה, נבחנה ונבדקה ולא נקבעה כלאחר יד.

מילים אחרות – הקביעה כי צו ההורות הפסיקתי לעניין בת זוג שאינה ההורה הגנטי חלותו ככלל ממועד הצו, אלא אם כן נשקלו השיקולים המצדיקים הקדמת חלותו למן מועד הלידה, יש בה להבטיח כי סוגיית ההורות תבחן כדברי ולא כלאחר יד כיאה וכנדרש לבדיקת הורות שאינה גנטית, ומאידך, מעת שימצא כי אכן עסקינן בזוגיות אמיתית ובהסכמה ברורה להורות משותפת אשר קדמה להורות של הקטין תהא ההורות למן מועד הלידה כהורתם של שני בני זוג גנטיים".

עיון בתוצאותיו המעשיות של פסה"ד שניתן **בפרשת סול** מעלה כי בכל הערעורים בהם פעל ביהמ"ש ליישום המתווה הנ"ל, אלו התקבלו ונקבעה תחולתו של צו ההורות באופן רטרואקטיבי למועד הלידה. במספר ערעורים סבר בית המשפט כי פסיקת בית המשפט לענייני משפחה (שהורה על תחולה רטרואקטיבית של מועד צו ההורות הפסיקתי מיום הלידה) ניתנה ללא כל נימוק ומבלי שהובהר מה הן העובדות שהוכחו לבית המשפט – והורה על השבת פסקי דין אלו להשלמת נימוק פרטני לערכאה הדינית.

כאמור, על פסק-הדין שניתן **בפרשת סול** בחרה המדינה שלא להגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון.

השיקולים שפורטו **בפרשת סול** אותם יש לשקול לצורך החלת החריג ולקביעה רטרואקטיבית של צו ההורות: מועד הגשת הבקשה להורות ופרק הזמן שחלף ממועד הלידה ועד להגשתה; אופן הורותו של הקטין (תרומת זרע מגורם אנונימי או בקיום יחסי אישות); אופן קבלת ההחלטה באשר להורותו של הקטין (האם כהחלטה משותפת של שני ההורים המיועדים או בהחלטת אחד מהם אשר חברו הצטרף לרצונו זה במהלך ההליך) ועיקר העיקרים - טובתו של הקטין בנסיבות הגשת הבקשה, מקובלים גם עליו. כמובן שאין מדובר ברשימה סגורה. עד שהסוגיה תוסדר בהסדר חקיקתי, מדובר במתווה שלדידי ראוי לאמצו כפי שהוא, מתוך הנחה כי הוא מאזן באופן המקובל על המדינה בין האינטרס הציבורי לאינטרס של ההורים המיועדים, הולם את טובת הקטין והדבר יתרום ליצירת ודאות שיפוטית בסוגיה.

היות ומידת המתינות והזהירות היא המידה שצריכה להנחות את בית המשפט בהכרעתו אם להחיל רטרואקטיבית צו הורות פסיקתי שנתן, צריך בית המשפט להיות קשוב לנסיבות ה**ייחודיות** של המקרה שלפניו, במיוחד אם אלו לא התקיימו במקרים שנדונו **בפרשת סול**. בעוד **שבפרשת סול** הערעורים עסקו בבנות זוג שאחת מהן הרתה באמצעות תרומת זרע אנונימית מבנק זרע והשנייה ביקשה צו הורות פסיקתי כלפי הקטין- בענייננו לא רק ההורה הביולוגי (נותן הזרע) ובן זוגו היו שותפים לתהליך הבאת הקטינים לעולם אלא גם גורם שלישי, אזרחית זרה. זה המקום לציין כי גם פס"ד של כב' השופט שילה בתמ"ש [41067-04-16](#), שהוא פסק-הדין היחיד עליו נסמך בית המשפט קמא בפסק-דינו (בהנמקתו את החלת צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי למועד הלידה) עסק במקרה דומה למקרים שנדונו **בפרשת סול** (בנות זוג שאחת מהן הרתה באמצעות תרומת זרע אנונימית מבנק זרע והשנייה ביקשה צו הורות פסיקתי כלפי הקטין) ולא באלו שעירבו גורם שלישי (אם פונדקאית). בענייננו, אין מחלוקת כי לא בעת הלידה התנתק הקשר המשפטי בין אותה אם פונדקאית לבין הקטין שילדה אלא רק **סמוך לכך**, כשבועיים ימים לאחר מכן, עת ניתן פסק הדין במדינית מינסוטה שבארה"ב לפיו הסתיימו זכויות האם הפונדקאית כלפי הקטינים, ובמסגרתו הורה בית המשפט האמריקאי על הנפקת תעודות לידה בה יופיע המשיב 2 כאביהם של הקטינים. ב"כ המשיבים הסבירה בדיון בערעור כי קיימים מקרים בהם פסקי דין זרים ניתנים **עוד לפני** הלידה ומנתקים את הקשר המשפטי בין האם

הפונדקאית לקטין ואז דרישת המדינה מסתכמת בכך שהפונדקאית תיסע לקונסוליה הישראלית **לאחר הלידה** ותצהיר על ויתור. במקרה דנן אישרה ב"כ המשיבים כי בידי המשיבים קיים רק פסה"ד הזר שניתן **לאחר הלידה** והמשיבים לא פעלו במסלול של קבלת פס"ד לפני הלידה וויתור של הפונדקאית בקונסוליה לאחר הלידה, משום שהקונסוליה הקרובה למקום מגורי האם הפונדקאית היא במרחק של כ-1000 ק"מ (עמ' 7 לפרוט'). במסגרת הדיון בערעור הביעה ב"כ המערער התנגדות נחרצת להחלת צו ההורות הפסיקתי רטרואקטיבית למועד שקדם למועד בו ניתן פסק הדין הזר, משום שעד אז **"גם על פי הדין האמריקאי עדיין היו לקטין גם את האם שילדה אותו גם את האב הגנטי שנרשם בתעודת הלידה וגם כעת מבקשים להוסיף את ההורה הנוסף, למעשה מבקשים ליצור קונסטלציה שלקטינים היו שלושה הורים"** (עמ' 5 ש' 8-10 לפרוט'). מן הפן האחר, אישרה ב"כ המערער, כי לאחר שניתן פסה"ד הזר **"מאותו מועד אי אפשר לומר שלקטין יכולים להיות יותר משני הורים"** (עמ' 5 ש' 7 לפרוט') ולא נטען על ידה כי ממועד זה (בו ניתן פסה"ד הזר בארה"ב) ועד למועד בו ניתן צו ההורות הפסיקתי בענייננו (שעתירת המערער היא כאמור להחלת צו ההורות הפסיקתי ממועד הינתנו) חל שינוי כלשהו במעמד האם הפונדקאית מול הקטין, או קושי אחר שמצריך התגברות באמצעות החלת צו ההורות הפסיקתי רק ממועד הינתנו.

לאחר שעמדתי על הנסיבות ה**ייחודיות** של המקרה שלפנינו (שלא התקיימו במקרים שנדונו ב**פרשת סול**) יש לבחון את השיקולים שפורטו ב**פרשת סול** אותם יש לשקול לצורך החלת החריג וקביעה רטרואקטיבית של צו ההורות:

מועד הגשת הבקשה להורות ופרק הזמן שחלף ממועד הלידה ועד להגשתה – בענייננו המשיבים הגישו למעשה את הבקשה לקשרי ההורות לבית המשפט קמא עוד טרם לידת הקטינים (ביום 19.4.16 במסגרת [תמ"ש 36119-04-16](#)) עת עתרו לצו לעריכת בדיקת רקמות למשיב 2 לצורך קביעת אבהותו על הקטינים שהיו עתידים להיוולד. במסגרת פסה"ד שניתן ע"י ביהמ"ש קמא באותו הליך, ביום 20.6.16, שקבע את אבהותו של המשיב 2 על הקטינים בהתאם לתוצאות בדיקה לסיווג רקמות שהתקבלה - הורה בית המשפט קמא למשיבים לפתוח הליך חדש לקבלת צו הורות עבור המשיב 1 וזאת עשו המשיבים פחות משלושה חודשים לאחר מכן (ביום 18.9.16).

בחינת אופן הורותם של הקטינים – הקטינים נולדו במסגרת הליך פונדקאות בארה"ב. הסכם פונדקאות נחתם עוד בשנת 2015 בארה"ב והגדיר את מערכת היחסים בין המשיבים לבין הפונדקאית ונקבע בו כי לפונדקאית אין ולא תהיה כל זיקה לתינוקות שיוולדו וכי המשיבים יהיו הוריהם מרגע לידתם. בתעודת הלידה של הקטינים שהונפקה בחו"ל רשומים שני המשיבים כהוריהם וזיקתה המשפטית של הפונדקאית לקטינים בוטלה כליל בפסה"ד שניתן בארה"ב **כשבועיים בלבד** לאחר הולדת הקטינים.

אופן קבלת ההחלטה באשר להורותם של הקטינים – המשיבים פעלו שניהם יחד ובמשותף לכל אורך הדרך להבאת הקטינים לעולם. המשיבים הכירו במהלך שנת 2003; נישאו בנישואים אזרחיים בחו"ל בשנת 2015 ובאותה שנה חתמו גם על הסכם הפונדקאות וגם על הסכם הורות משותפת.

בחינת טובתם של הקטינים בנסיבות הגשת הבקשה – המערער מעולם לא חלק על טענות המשיבים כי הכרה במשיב 1 כהורה נוסף לקטינים תשרת את טובתם ורווחתם של הקטינים. הסכמת המערער למתן צווי הורות למשיב 1 ניתנה בלי להידרש לתסקיר הואיל והוא הכיר בהורות המשותפת של המשיבים ובתפקיד המרכזי של המשיב 1 בחיי הקטינים. המשיב 1 טען לפני ביהמ"ש קמא כי אם לא יוחל צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי מיום לידת הקטינים (בשנת 2016) אלא במועד הינתנו (ינואר 2017) ייאבד נקודת זיכוי במס הכנסה עבור שני הקטינים וייגרם לו חסרון כיס שיתכנס בסך של 5,600 ₪ (לפי תחשיב שצורף לפני ביהמ"ש קמא). המערער, בעיקרי הטיעון מטעמו, אינו מכחיש את הטענה אך טוען כי ספק אם שיקול כלכלי של תועלת כספית בחישוב נקודות זיכוי במס הכנסה הוא במסגרת השיקולים אותם רשאי ביהמ"ש לשקול לצורך הצדקת הסטייה מן הכלל (סעיף 3טו' לעיקרי הטיעון).

הצטברותם של השיקולים לעיל מטה את הכף לסטייה מהכלל ולהחלת צו ההורות הפסיקתי באופן רטרואקטיבי, כפי שפסק בית המשפט קמא. עם זה, לאור הקשיים עליהם עמד המערער בהחלת הצו רטרואקטיבי למועד מוקדם מהמועד בו ניתן פסה"ד הזר שניתק באופן סופי ומוחלט כל קשר משפטי או אחר בין הפונדקאית לקטינים (ביום 13.6.16); והואיל ופסה"ד הזר ניתן בסה"כ **שבועיים ימים** לאחר מועד לידת הקטינים (ביום 31.5.2016); והואיל והמשיבים טענו כי לא מדובר בעניין עקרוני גרידא עבורם כי הצו יחול ממועד הלידה דווקא (כפי שהורה ביהמ"ש קמא בפס"ד) ובמסגרת הדיון בערעור אף נתנו הסכמתם להחיל את הצו רטרואקטיבי למועד הינתנו של פסה"ד הזר (עמ' 8 ש' 12 לפרוט') - סבורני כי מידת המתינות והזהירות מחייבת התערבות קלה בפס"ד של בית המשפט קמא כך שתוקפם של צווי ההורות הפסיקתיים שניתנו על ידו בפסק-דינו יחול מיום 13.6.16 (מועד מתן פסה"ד הזר) ולא מיום הלידה (31.5.16).

לאור כל האמור לעיל, אציע לחבריי לקבל את הערעור באופן בו קביעתו של בית המשפט קמא בפס"ד מיום 3.1.17 לפיה צווי ההורות הפסיקתיים יחולו מיום לידתם של הקטינים תבטל ויקבע כי אלו יחולו מיום 13.6.16 ואילך.

לאור התוצאה ולאור העובדה כי השיקולים שפורטו **בפרשת סול** לצורך החלה רטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי הותוו רק לאחר שניתן פסה"ד ויושמו רק במסגרת ההליך כאן – ראוי שכל צד ישא בהוצאותיו.

שאול שוחט, שופט

השופט יהודית שבח

1. משהרקע המשפטי לסוגיה נושא הדיון לרבות סקירת הפסיקה הקיימת, המדגישים את הטלטלה המתרחשת בדיני המשפחה בתחום ההורות ביחס לזוגות חד מיניים, כבר פורטו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט שוחט, אך מתבקש שהערותי תובאנה על דרך הצמצום.

הפן הדיוני

2. עתירת המשיבים בשתי התביעות המאוחדות שהוגשו לבית משפט קמא ונשאו את הכותרת "בקשה לצו הורות" הייתה "**...ליתן צו הורות למבקש 1 כלפי הקטין נשוא בקשה זו, בהתאם לסמכות המסורה בידו מכח ס' 1(4) לחוק בית המשפט לענייני משפחה**, תשנ"ה-1995, וזאת מבלי לערוך תסקיר כמוסבר לעיל". דהיינו, הסעד שנתבקש היה צו הורות פסיקתי ועתירה לוותר על דרישת עריכת תסקיר. זאת ותו לא. לא התבקש כל סעד באשר למועד חלות הצו, בכלל, ודאי לא התבקש סעד רטרואקטיבי למועד הלידה, בפרט. המערער בהגישו, לא עצם עיניו מלראות את הרקע העובדתי החיובי להגשת הבקשות, לא עמד על עריכת תסקיר כפי דרישת סעיף 11(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן- חוק הפונדקאות), אלא הודיע לבית המשפט ביום 30.12.2016 כי "אין מניעה" מבחינתו ליתן למשיב 1 צו הורות פסיקתי על הקטינים, אך בה בעת הדגיש כי "למען הסר ספק, הסכמת ב"כ היועמ"ש למתן הצו הינה מיום ההחלטה ואילך".

3. בנייר עמדה שהוגש ע"י המשיבים יומיים לאחר מתן ההודעה לעיל, הביעו הללו את התנגדותם לתחולת צווי ההורות רק מיום מתן הצו, עת לטעמם יש לקבוע את הקשר ההורי כבר מיום הלידה. הנמקתם העיקרית הייתה כי "מדובר בפגיעה כלכלית של המבקשים", המתבטאת באובדן נקודות זיכוי, וכתיומין לכך הפנו לפסק דינו של כבוד השופט נפתלי שילה בתמ"ש 41067-04-16 בו צוין כי צו הורות פסיקתי הינו "צו הצהרתי שמתאר מצב שקיים מיום הלידה".

4. בטרם יבש הדיון על תגובת המשיבים, וטרם ניתנה למערער האפשרות להגיב ולנמק עמדתו בפלוגתא חדשה זו שחרגה מכתבי התביעה שהגישו המשיבים, ושלכאורה חתרה תחת בסיס הסכמתו המותנית למתן הצו, הוציא השופט קמא תחת ידיו ביום 03.01.17 את פסק הדין נושא הערעור, בו הניח כנקודת מוצא, על אף קיומה של מחלוקת בסוגיה זו, כי "מדובר בפסק דין דקלרטיבי הקובע סטאטוס...", וכפועל יוצא מהנחתו זו קבע כי "תחולת הצו הינה מיום לידת הקטינים".

5. לא ניתן לחלוק על כי נמנעה מהמערער זכות הטיעון, וכי לא התאפשר לו לנמק בפני בית המשפט קמא את טיעונו להיות הצו קונסטיטוטיבי לטעמו, מה גם שהסכמתו למתן הצו ללא תסקיר וללא דיון הותנתה מפורשות בהחלטתו רק מיום מתן הצו.

אין לזקוף לחובת המערער את הימנעותו מלעתור לבטלות צו ההורות הפסיקתי משלא קיים התנאי שבבסיס הסכמתו, ולטעמי יש לזקוף דווקא לזכותו את צמצום הערעור לשאלת התחולה בלבד.

6. לולא ויתר המערער במהלך הדיון בערעור על טענתו הדיונית, אמור היה התיק להיות מוחזר לבית משפט קמא על מנת שיתאפשר למערער לטעון בסוגיה שבמחלוקת ועל מנת שבית משפט קמא יכריע בה, ויוציא מלפניו פסק דין חדש ומנומק. נוכח האמור לעיל, נראה שאין מנוס כי ערכאת הערעור תשלים את שהחסירה הערכאה הדיונית.

צו דקלרטיבי או צו קונסטיטוטיבי

7. בסוגיה זו עמדתי היא כעמדת המערער, דהיינו, כי צו ההורות הפסיקתי, ככל שהוא מתייחס למשיב 1, הינו צו הורות קונסטיטוטיבי (היינו – יוצר הורות יש מאין) ואינו צו הורות דקלרטיבי.

בעיקרון - פסק דין המצהיר על הורות לאחר ביצוע בדיקת רקמות הוא פסק דין הצהרתי, משהוא מצהיר על מצב שהיה קיים גם קודם למתן פסק הדין וזה רק אישר אותו והעניק לו גושפנקא משפטית. לעומתו, פסק דין קונסטיטוטיבי הוא פסק דין מכונן משהוא יוצר את קשר ההורות שלא היה קיים בראיה משפטית להבדיל מקשר רגשי, קודם למתן הצו.

דוגמא לצו הורות קונסטיטוטיבי הינו צו הורות הניתן לפי חוק האימוץ. הורה מועמד לאימוץ יכול לאהוב את הילד המועמד לאימוץ (לרבות ילדו של בן זוגו - [סעיף 3 לחוק](#)), לדאוג לכל צרכיו ולראות בו ילדו לכל דבר ועניין, אך עד למתן צו האימוץ הוא אינו הורה שלו.

זהו המצב, לטעמי, גם בתרחיש שבו נולד לשני בני זוג חד מיניים ילד בהליך פונדקאות בחו"ל מזרעו של אחד מהם. בן הזוג שמזרעו נולד הילד הוא אבי הילד לכל דבר ועניין מכוח הזיקה הגנטית. הוא ההורה הגנטי. צו הורות שיינתן בעניינו יהא צו הצהרתי גרידא, משהוא אך מעניק גושפנקא משפטית למצב עובדתי שהיה קיים גם קודם לכן.

לעומת זאת, לבן הזוג המיועד השני יש אמנם זיקה משפטית לבן זוגו האב הגנטי, מכוח הסכם או נישואין בחו"ל ("זיקה לזיקה") אך אין לו זיקה משפטית לילוד, להבדיל מזיקה חברית או הסכמית, אף שרצה בו והוא אוהבו בכל לבו ומסור לו בעמקי נשמתו. על מנת שייחשב אף הוא כהורה של הילד, נזקק הוא לצו בית משפט שיצור עבורו הורות זו, משזו אינה קיימת מבחינה משפטית. הורות זו כלל לא הייתה קיימת קודם לכן, ומשכך לא ניתן להצהיר עליה. יש ליצור אותה "יש מאין".

8. אין איפוא מקום לרומם את צו ההורות הפסיקתי שניתן לבן זוג נטול זיקה גנטית, וליתן לו מעמד שונה, דרמתי יותר, מזה הניתן לצו הורות לפי [חוק אימוץ ילדים](#), תשמ"א-1981, ולצו הורות לפי [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), התשנ"ו-1996.

יש לשאוף להלימה ולהאחדה בין ההוראות השונות הנותנות מענה לסוגים אחרים של הורות שאינה נובעת מזיקה ביולוגית/ גנטית גרידא. כשם שצו אימוץ שניתן לפי חוק האימוץ וצו הורות שניתן לפי חוק הפונדקאות הינם קונסטיטוטביים, כך יש להתבונן על צו הורות פסיקתי שניתן ביחס לילד שנולד בפונדקאות חו"ל להורה חסר זיקה גנטית, מה גם שזה האחרון הוא יציר כפיה של חקיקה שיפוטית וטרם עוגן בחוק.

9. זו הייתה להבנתי גם עמדתו של בית המשפט המחוזי מרכז בעמ"ש [60269-01-17](#) היועמ"ש נ' סול (הרכב השופטים ברנט, פלאוט ווייצמן), אף שלא נאמרה במפורש, שעסק במקרה של שתי בנות זוג שאחת מהן נשאה את ההיריון שנוצר מביצית שלה ומזרע של תורם אלמוני, ובת הזוג האחרת עתרה לצו הורות פסיקתי. בבחנו את סוגיית תחולת הצו יצא בית המשפט מנקודת הנחה שלא מדובר בצו הצהרתי כי אם בצו קונסטיטוטבי.

זו הייתה גם עמדת בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש (פ"ת) [52940-06-16](#), אף בתמ"ש (פ"ת) [8184-07-16](#), שבשניהם נקבע כי צו ההורות הפסיקתי הוא קונסטיטוטבי.

כך סובר גם ד"ר יחזקאל מרגלית במאמרו המקיף "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" המובא ע"י השופט שוחט. ד"ר מרגלית מציין שכאשר מדובר בצו הורות פסיקתי לאם הגנטית "הרי כל האמור לעיל עוסק בצו הורות (או פסק דין) דקלרטיבי המשלים את ההכרה באימהות המשפטית מכוח הזיקה הגנטית הקיימת. אולם כעת אנו עוברים לדון בצו הורות קונסטיטוטבי, היוצר את ההורות המשפטית של האם המזמינה חרף היעדרה של זיקה גנטית בינה ובין היילוד מהליך פונדקאות חו"ל" (עמוד 249). וכן: "...אם כנים דבריי לעיל, מדובר כעת בצו הורות קונסטיטוטבי, שהרי אין כל זיקה גנטית בין האם המזמינה ובין היילוד, ולכן אין להסתפק בפסק דין הצהרתי-דקלרטיבי גרידא, אלא יש צורך בצו הורות פסיקתי קונסטיטוטבי" (עמוד 25), וכך הלאה בהתבטאויות רבות לאורכו של המאמר.

10. דעתי היא כי צו ההורות הפסיקתי הניתן להורה חסר זיקה גנטית לילד – לעולם יהא קונסטיטוטבי משהוא מכונן מעמד משפטי חדש שלא היה קיים קודם לכן.

תחולת הצו

11. לו עסקינן היינו בצו הורות שאופיו הצהרתי, דרך המלך הייתה, באין נסיבות חריגות, להחילו באופן רטרואקטיבי ממועד לידת הילד, בדומה לדיני הירושה הקובעים, מכוח [סעיף 1 לחוק הירושה](#), כי

נכסי העיזבון עוברים ליורשי המוריש כבר בעת פטירתו ולא במועד מתן צו הירושה, שכן הצו רק מכריז פורמלית על הזכות המהותית שנולדה כבר במועד פטירת המוריש.

אלא ששאלת מועד תחולת צו ההורות הפסיקתי מתעוררת רק לאור מעמדו כצו קונסטיטוטיו, שאז דרך המלך היא להחילו מיום נתינתו, להוציא מקרים חריגים בהם תוכר תחולה רטרואקטיבית.

זהו הדין בצו הורות הניתן לפי חוק האימוץ הקובע כי "תחילת תקפו של האימוץ - תוצאות האימוץ חלות מיום מתן צו האימוץ, אם לא קבע בית המשפט בצו האימוץ שתוצאותיו, כולן או מקצתן, יחולו מיום אחר" (סעיף 17 לחוק), וזהו הדין בצו הורות הניתן לפי חוק הפונדקאות הקובע כי "תוצאות מתן צו הורות- עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין" (סעיף 12(א) לחוק).

זהו הדין שצריך לחול, לטעמי, גם באשר לתחולתו של צו ההורות הפסיקתי.

12. גם בעמ"ש 60269-01-17 היועמ"ש נ' סול [פורסם בנבו] שכבר הוזכר לעיל, סבר בית המשפט כי מועד התחולה הוא יום מתן הצו, וכדבריו: "הקביעה כי צו ההורות הפסיקתי לעניין בת זוג שאינה ההורה הגנטי חלותו ככלל ממועד הצו אלא אם נשקלו השיקולים המצדיקים הקדמת חלותו למן מועד הלידה" (סעיף 24 פסקה אחרונה).

בית המשפט סקר את השיקולים להם יש ליתן את הדעת בהקשר זה שעיקריהם: מועד הגשת הבקשה, אופן קבלת ההחלטה "ועיקר העיקרים- בחינת טובתו של הקטין בנסיבות הגשת הבקשה", ועל פיהם קבע, ביחס למקרה הקונקרטי שהובא בפניו, כי הצו יחלו מיום לידת הקטין.

13. אין מחלוקת כי טובת הילד אכן דורשת הסדרה משפטית של יחס ההורות בינו לבין ההורה המיועד השני- בן זוגו של אביו הגנטי, ולצורך כך נדרשת קביעה שיפוטית ברורה הקובעת שאף היחס ביניהם הוא יחס של הורות לכל דבר ועניין. אלא שדרישה זו באה על סיפוקה עם מתן צו ההורות הפסיקתי. לא מצאתי את הקשר בין החלה רטרואקטיבית של הצו לתקופה של חצי שנה לבין טובת הילד, משלא הוברר כיצד נפגעת טובת הילד אם צו ההורות יחול מיום נתינתו, קרי: 03.01.17 ולא מיום הלידה, קרי: 31.05.16. (אין להוציא מכלל אפשרות מקרים בהם החלה רטרואקטיבית אכן נדרשת מחמת טובת הילד, אלא שאז יהא על המבקש החלה רטרואקטיבית להוכיח את הטעמים העובדתיים המונחים ביסודה של אפשרות זו).

למותר לציין כי קביעת יחס ההורות כבר מיום הלידה תביא בענייננו למצב בו, עד ליום מתן פסק הדין המנתק, יהיו לקטין שלושה הורים.

בענייננו אין בין דרישת ההחלה הרטרואקטיבית לבין טובת הילד ולא כלום, שהרי המשיב 1 הצהיר מפורשות כי זו נדרשת רק ממניעים פסיקאליים, וכדבריו: "חשוב להדגיש כי אין המדובר בעניין עקרוני גרידא מצד המבקשים, אלא בפגיעה ממשית בזכויות כלכליות של המבקשים מכוח הורותם כלפי

הקטינים (סעיף 4 לתגובת המשיבים מיום 02.01.17), וכי **"משמעות הפיסקאלית"** של קביעת יחס ההורות רק מיום מתן הצו היא ש"**המבקש 1 יאבד את זכותו לקבלת נקודות זיכוי במס הכנסה בקשר לקטינים עבור שנת 2016**" המתבטאות ב- 5600 ₪ (!) לכל התקופה (ראו סעיף חשבונאי מפורט המפרט את החישוב ביחס ל"**משמעות הפיסקאלית**" של תחולת הצו בסעיפים 5-6 לתגובה).

הנה כי כן – לגרסת המשיבים עצמם תחולת הצו רלוונטית אך ורק לאינטרס הפיסקאלי של המשיב 1.

14. משלא מצאתי השתהות ממשית מטעם המערער במתן עמדתו (בהחלטתו מיום 19.09.16 הורה בית משפט קמא **"לתגובת המשיב תוך 45 ימים ממועד המסירה ע"י המבקשים"**. המסירה בוצעה ביום 09.10.16 והמערער הגיש עמדתו ביום 30.12.16 במקום ביום 24.11.16), אין מקום לקבוע כי התקיימה נסיבה חריגה אחרת המצדיקה סטייה מהכלל לפיו יוחל הצו מיום נתינתו.

15. עמדתי הינה אפוא כי יש לקבל את ערעורו של המערער, על שני חלקיו, לאמור: צו ההורות הפסיקתי שניתן ביחס למשיב 1 הינו קונסטיטוטיבי, והחלתו תהא מיום מתן הצו, קרי: מיום 03.10.17.

יהודית שבח, שופטת, סג"נ

השופט יונה אטדגי

1. קראתי בעיון את חוות הדעת של חברי, השופט שוחט והשופטת שבח. למרות שדעתי נוטה לומר כי צו ההורות הפסיקתי שניתן הוא קונסטיטוטיבי ולא דקלרטיבי, מהנימוקים שפורטו בחוות דעתה של השופטת שבח, אני סבור- כדעתו של השופט שוחט- כי בענייננו, אין צורך להכריע בשאלה זו, כיוון שייתכן שיש להכרעה כזו השלכות נוספות החורגות מהשאלה היחידה שנדרשת להכרעה בערעור זה, שהיא: מועד תחולת הצו. שהרי, כפי שצינו חברי וכפי שצוין בפסק דין **סול** הנזכר לעיל, שאלת מועד תחולת הצו מושפעת גם משיקולים נוספים.

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

אוסף, שאילו המשיבים היו משתהים בהגשת בקשתם למתן צו ההורות, אז ייתכן והיה ניתן להגיע למסקנה אחרת, אך לא כך היה בענייננו, כפי שפורט בחוות דעתו של השופט שוחט.

3. מנגד, כפי שציין השופט שוחט, קיים צורך בניתוק הקשר ההורי הקודם כאשר, מלבד ההורה "הטבעי" וההורה "הנוסף", מעורבת גם אם פונדקאית, אזי נדרש לנתק את הקשר ההורי השלישי, קודם שיחול הקשר ההורי החדש.

מבחינה זו, ניתן להשוות בין ההליך של צו ההורות הפסיקתי ובין ההליך של אימוץ לפי [חוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981](#), לפיו, קשר החובות והזכויות ההורי שבין המאמץ לבין המאומץ חל בד בבד עם הפסקת קשר החובות והזכויות ההורי שבין המאומץ לבין הוריו ([סע' 16 לחוק](#)). בענייננו, כאמור, המשיבים גם הסכימו לכך, שצו ההורות יחל מהמועד שבו ניתן פסק הדין האמריקאי שניתק את הקשר בין האם הפונדקאית לקטינים.

4. אשר על כן, אני מסכים לתוצאה של חברי השופט שוחט.

התוצאה

ברוב דעות של השופטים שוחט ואטדגי נגד דעתה החולקת של השופטת שבח, הוחלט לקבל את הערעור באופן חלקי, כך שייקבע כי צווי ההורות הפסיקתיים יחולו מיום 13.6.16 ואילך. כל צד יישא בהוצאותיו.

ניתן לפרסום במתכונת בה נחתם, ללא פרטים מזהים.

ניתן היום, ו' ניסן תשע"ח, 22 מרץ 2018, בהעדר הצדדים.

יונה אטדגי, שופט

שאול שוחט, שופט

יהודית שבח, שופטת, אב"ד

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

שבח יהודית 54678313-/-

ניסוח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

יונה אטדגי, שופט