

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 27310-05-19 למבין ואח' נ' רשות האוכלוסין וההגירה. ואח'

לפני כבוד השופט ארז יקואל

העותרים

1. ערן בשה למבין
 2. דוד ברונו בשה למבין
- ע"י ב"כ עוה"ד א' שינפלד גרמן, ג' הופמן ו- ד' מנצור

נגד

המשיבים

1. רשות האוכלוסין וההגירה
 2. שר הפנים
- ע"י ב"כ עוה"ד ע' בן דוד- מנע ו- ק' יוסט
מפרקליטות מחוז ת"א

חקיקה שאוזכרה:

[חוק מידע גנטי, תשס"א-2000](#)

[תקנות הדרכונים, תש"ם-1980](#)

[חוק הדרכונים, תשי"ב-1952](#): סע' 3

[תקנות מידע גנטי \(עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה\), תש"ע-2010](#): סע' 4

[חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000](#): סע' 6

[חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\), תשנ"ו-1996](#): סע' 5, 8, 11, 12

[חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965](#)

[חוק האזרחות, תשי"ב-1952](#): סע' 4.א., 4.ב.

מיני-רציו:

* בית המשפט הורה למשיבים לפעול לגיבוש מסקנות ולפרסום הנחיות ביחס ליילודי פונדקאות חו"ל שמתבקשת כניסתם לישראל, תוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים לסוגיה זו.

* משפחה – פונדקאות – פונדקאות בחו"ל

* משפחה – הורות – פונדקאות

העותרים טוענים, כי מצב הדברים הקיים לפיו הורים ליילודים בפונדקאות שנערכה בחו"ל, מנועים מלקבל תעודת מעבר לילדיהם שנולדו בחו"ל, מבלי שיפעלו על פי נוהל חו"ל ויערכו בדיקת רקמות הנמשכת זמן רב – גורמת למשפחות ישראליות לשהות בחו"ל למשך תקופות בלתי מבוטלות ולשאת בהוצאות משמעותיות, ללא הצדקה ממשית. במוקד הדיון ניצבה השאלה, האם מדיניות זו בה נוקטים המשיבים היא סבירה ומידתית.

בית המשפט פסק כלהלן:

המדיניות הכוללנית בה נוקטים המשיבים במקרים שבהם מתבקשת תעודת מעבר ליילודים שנולדו בפונדקאות חו"ל – אינה מאפשרת לעמוד על טיב השיקולים שלנגד עיניהם ביחס לבקשות לתעודת מעבר. אין נוהל ברור בנושא, באופן המעורר חשש לאפשרות להתנהלות שרירותית מסוימת מטעם הרשות, שיסודה בהיעדר הפעלת שיקול דעת פרטני ביחס לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. מצב דברים שכזה, אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשפט המנהלי והוא מחייב מתן הוראות אופרטיביות מתאימות.

המדיניות המנהלית הנוכחית של המשיבים אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של המשפט המנהלי. מדיניות זו לא מבחינה בין מקרה אחד למשנהו ולא מותירה מקום למקרים חריגים, העשויים להצדיק התרת כניסת יילודי פונדקאות חו"ל לישראל לפרק זמן קצוב, במהלכו ייערכו הבדיקות הגנטיות, תוך הבטחת האפשרות להשבת המצב לקדמותו.

יש לקבל את העתירה בחלקה, במובן זה שיש להורות למשיבים לפעול לגיבוש מסקנות ולפרסום הנחיות ביחס ליילודי פונדקאות חו"ל שמתבקשת כניסתם לישראל, תוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים לסוגיה זו. כל זאת, מבלי לכבול את שיקול דעתם המקצועי-מנהלי ומבלי להביע עמדה ביחס לתוצאות בחינת הסוגיה בידי הגורמים המנהליים.

פסק דין

ישראלים המנהלים הליכי פונדקאות בחו"ל, נאלצים, בדרך כלל, לפעול על פי "נוהל חו"ל" של משרד החוץ. נוהל זה מאפשר את כניסתם ארצה עם צאצאיהם, רק לאחר הוכחת זיקה גנטית. בגדר תהליך זה, עליהם לבצע בדיקה גנטית, להמתין לתוצאותיה ולפעול למתן פסק דין לאבהות בישראל, להסדרת רישומו של היילוד כאזרח ישראלי ולהנפקת דרכון עבורו. מדובר בתקופה משמעותית, העלולה להימשך מספר חודשים, במהלכה נדרשים אותם ישראלים לשהות עם היילוד בחו"ל. אין עוררין על כך שפרקטיקה נוהגת זו, גורמת להוצאות כספיות ולפגיעה משמעותית במרקם החיים של משפחות בישראל, המבקשות להביא ילד לעולם בגדרי פונדקאות הנערכת בחו"ל. בד בבד, אין עוררין על הצורך בפיקוח על עוללים שמבוקש להתיר להם להיכנס ארצה, עם אדם שטרם הוכר כבעל זיקה משפחתית, או משפטית כלפיהם.

במוקד הדיון ניצבת השאלה שבמחלוקת בין הצדדים, האם מדיניות זו בה נוקטים המשיבים היא סבירה ומידתית.

העובדות הצריכות לעניין

1. העותרים הם בני זוג, תושבי ואזרחי ישראל, אשר נישאו זה לזה בנישואין אזרחיים בצרפת והם חיים יחדיו ומנהלים משק בית משותף מאז שנת 2011 (ראו נספח א' לעתירה).

2. ביום 27.12.15, נולד בנם הראשון של העותרים – א' - בגדרי הליך פונדקאות בנפאל. לאחר הליכים משפטיים, ניתן צו הורות שמכוחו נרשמו העותרים כהוריו של א' (ראו נספח ב' לעתירה).
3. לאחרונה, החליטו העותרים להביא יחדיו ילד נוסף לעולם ולשם כך, התקשרו בהסכם עם פונדקאית בקנדה (ראו נספח ג' לעתירה). הפונדקאית הרתה, לאחר שהושתלה ברחמה ביצית מתורמת אנונימית, שהופרתה מזרעו של העותר 2 (ראו נספחים ד'-ה' לעתירה).
4. ביום 26.2.19, פנו העותרים במכתב למשיבים וליועץ המשפטי של המשיבה 1, בו ביקשו להנפיק תעודת מעבר לבנם מיד עם היוולדו (ראו נספח ו' לעתירה).
5. ביום 6.3.19, הגישו העותרים בקשה מטעם העותר 2, לביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה, בהתאם להוראות [חוק מידע גנטי](#), התשס"א-2000, בגדרי תמ"ש 13738-03-19. בד בבד, הגישו העותרים בקשה נוספת למתן צו הורות, בגדרי תמ"ש 13727-03-19.
6. ביום 13.5.19 ובטרם נולד בנם, הגישו העותרים את העתירה. ביום 23.5.19, ניתן מענה מאת המשיבה לפניית העותרים מיום 26.2.19, בה הוטעם, כי העותרים לא מיצו את ההליך המנהלי שבו היה עליהם לנקוט בהתאם לנהלים ול[לתקנות הדרכונים](#), התש"ס-1980 וכי לא ניתן להגיש בקשה למתן השירות שהתבקש עבור מי שטרם בא לעולם. לגופה של הבקשה, צוין כי ככל שתוגש בקשה למסמך נסיעה לאחר הלידה יחד עם הוכחת הקשר הגנטי, היא תיבחן כמקובל, לרבות ביחס לזיקת הפונדקאית לקטין.
7. ביום 18.6.19, טרם הסתיים הדיון בעתירה זו, נולד הקטין בקנדה (ראו הודעת העותרים מיום 21.6.19; נספחים להודעת העותרים מיום 4.7.19).

עיקרי טענות העותרים

8. העותרים טוענים, כי מצב הדברים הקיים לפיו הורים ליילודים בפונדקאות שנערכה בחו"ל, מנועים מלקבל תעודת מעבר לילדיהם שנולדו בחו"ל, מבלי שיפעלו על פי נוהל חו"ל ויערכו בדיקת רקמות הנמשכת זמן רב - גורמת למשפחות ישראליות לשהות בחו"ל למשך תקופות בלתי מבוטלות ולשאת בהוצאות משמעותיות, ללא הצדקה ממשית. במקרה שמדובר במשפחה עם ילדים, נפגעים אף הם, בין אם כתוצאה משהייתם בחו"ל עם הוריהם במישור אבדן ימי הלימודים והריחוק מיתרת בני המשפחה ובין אם כתוצאה משהיית אחד מהוריהם בחו"ל והניתוק הזמני והחלקי של הקשר עמו.
- לעמדת העותרים, מדובר בהתנהלות מנהלית החורגת ממתחם הסבירות ופוגעת בזכויותיהם באופן בלתי מידתי ושאינו לתכלית ראויה. העותרים מפנים להוראות [סעיף 3 בחוק הדרכונים](#) התש"ב 1952 (להלן: "חוק הדרכונים"), המאפשרות לשר הפנים לצרף את הקטין לדרכוני העותרים, אף אם טרם הוכרו משפטית כהוריו, בהתקיים נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. לגישת העותרים, אפשרות זו לא נשקלה כדבעי, בניגוד לחובה המוטלת על

רשות מנהלית. עוד נטען, כי המדיניות הנוכחית אינה מבוססת על מקור חוקי והיא אינה עולה בקנה אחד עם חובת הרשות לשקול חלופות ולהפעיל שיקול דעת ענייני כפי נסיבותיו של כל מקרה המונח לפניה.

9. העותרים מדגישים, כי תעודת המעבר הזמנית המתבקשת נדרשת למשך פרק זמן קצוב, שבמהלכו ינוהלו ההליכים המשפטיים הדרושים למתן צו הורות ובגדרם יבוצעו כלל הבדיקות הגנטיות הנדרשות. העותרים סבורים, כי לצורך הנפקת תעודת המעבר למשך פרק זמן זה, ניתן להסתפק באמצעים ובאינדיקציות אחרות המתקיימות בעניינם ובכללן ראשית ראייה לזיקה גנטית ואישור הפונדקאית להוצאת הקטין מקנדה ולעריכת בדיקת רקמות בישראל. לגישת העותרים, מסמכים אלו יבטיחו את החשש מפני סחר בבני אדם ברמה הנדרשת למשך פרק הזמן שבו מתנהלים ההליכים המשפטיים ובדיקת הרקמות ויאפשרו להורי פונדקאות חו"ל לשהות עם בני משפחתם ולחסוך ממון רב ותעצומות מיותרות.

העותרים מדגישים בהקשר זה, כי בדיקת רקמות אכן נדרשת לשם קבלת אזרחות, אך לא לשם עצם הכניסה לישראל. כן מדגישים העותרים, כי ברובם המוחלט של המקרים בהם בוצעו בדיקות גנטיות על פי נוהל חו"ל, נמצאו התאמות גנטיות. אף במקרים הבודדים שבהם לא הייתה התאמה, נמצאו פתרונות אחרים שאפשרו, סופו של דבר, למסור את הקטינים להוריהם בישראל.

10. העותרים מוסיפים על כך וטוענים, כי המשיבים אינם מפרסמים את נוהל חו"ל באופן שיאפשר לציבור להיערך בהתאם להוראותיו. כן נטען, כי השימוש הנוכחי שנעשה בנוהל זה חוטא למטרתו, שכן מדובר בנוהל שנועד להסדיר אך את אופן נטילת הדגימות הביולוגיות והעברתן ארצה ואין כל קשר בינו לבין הנפקת תעודות מעבר.

עיקרי טענות המשיבים

11. המשיבים טוענים, מנגד, כי יש לדחות את העתירה על הסף, בשל העובדה שלא צוין בה מקור הסמכות המקומית של בית המשפט זה ולא צוין מועד הפנייה הרלוונטית לרשות, לבד מהפנייה שנערכה ביום 24.2.19 שנשלחה לשר הפנים בירושלים. המשיבים מוסיפים על כך וטוענים, כי העתירה הוגשה בטרם נולד הקטין ומבלי שהוגשה בקשה להנפקת מסמך נסיעה ובכך, לשיטתם, הפך הדיון לתיאורטי. מובהר, כי לא ניתן לדון בעתירה משלא היה ביכולת המשיבה 1 לבחון את ההיבטים הנדרשים. בכלל זה - מי מוסמך להגיש בקשה בשם היילוד, מי האפוטרופוס שלו, מה מעמדה של הפונדקאית כלפיו וכן היבטים נוספים, הן במישור הדין הפרטי והן במישור הדין הבינלאומי, על החשש מפני חטיפה וסחר בבני אדם, מפני נישואי אחים (חשש העלול להתעורר כאשר תורמי המטען הגנטי או הפונדקאית עושים זאת באופן סדרתי) וזהות תורם הזרע.

12. לגופן של טענות העותרים, מקדימים המשיבים וטוענים, כי לא מוצה ההליך המנהלי כנדרש טרם הגשת העתירה בעניינם. לגישת המשיבים, לא די בפניית העותרים לשר הפנים ואין

ממש בהפנייתם להוראות [חוק הדרכונים](#), משלא הקדימו ופנו לרשות המוסמכת – היא המשיבה 1.

13. לעניין אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי ביחס למתן תעודות מעבר בהליכי פונדקאות חו"ל, סבורים המשיבים, כי הוכחת הקשר הגנטי היא סוגיה המצויה בסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה ושם מתנהל ההליך הרלוונטי בעניינם של העותרים ובנושא זה. המשיבים מוסיפים על כך ומבהירים, כי נוהל חו"ל נועד לאפשר ביצוע בדיקה גנטית למי שטוען לקשרי משפחה ושוהה מחוץ לישראל, מבלי שיצטרך להיכנס לישראל לשם כך. בעניינם של העותרים, בהינתן שטרם הוכח כי הקטין הוא בנו של העותר 2, נטען כי יש לבצע בדיקה גנטית בהתאם להוראות [תקנה 4 בתקנות מידע גנטי \(עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה, תיעוד ושמירת תוצאותיה\)](#), התש"ע-2010 (להלן: "התקנות").

מודגש, כי הבדיקה הגנטית היא "מלכת הראיות" להוכחת אבהות גנטית נטענת. המשיבים סבורים, כי אין להסתפק בראיות שערכן הראייתי נמוך משל בדיקה זו, במיוחד כך בהליך פונדקאות המעורר הכרח להצביע על קשר גנטי. כן נטען לקיומם של חששות כבדים הכרוכים בהליכי פונדקאות חו"ל וכי הבדיקה הגנטית היא ההליך היחיד שביכולתו להפיגם ברמה הנדרשת לשם התרת כניסת יילודי פונדקאות חו"ל לישראל.

14. שני הצדדים הפנו לאסמכתאות בתימוכין בטענותיהם.

דיון והכרעה

15. במהלך הישיבה שהתקיימה ביום 18.6.19, הודיעו הצדדים כי הם מסכימים שככל שתידחה הבקשה שהוגשה על פי [סעיף 6 לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים](#), התש"ס-2000, כפי שנדחתה בהחלטתי מיום 2.7.2019 - יינתן פסק דין בעתירה לגופה. בנסיבות אלו, מתייתר הצורך בהכרעה במחלוקת ביחס לסמכות המקומית.

16. עיינתי בטענות הצדדים, במוצגים שהונחו מלפניי ובאסמכתאות אליהן הפנו והתרשמתי ממכלול נסיבות העניין. מסקנתי היא, כי יש לקבל את העתירה בחלקה, במובן זה שיש להורות למשיבים לפעול לגיבוש מסקנות ולפרסום הנחיות ביחס ליילודי פונדקאות חו"ל שמתבקשת כניסתם לישראל, תוך שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים לסוגיה זו. כל זאת, מבלי לכבול את שיקול דעתם המקצועי-מנהלי ומבלי להביע עמדה ביחס לתוצאות בחינת הסוגיה בידי הגורמים המנהליים.

בתמצית אציין, כי התרשמתי שהמדיניות הכוללת בה נוקטים המשיבים במקרים שבהם מתבקשת תעודת מעבר ליילודים שנולדו בפונדקאות חו"ל – אינה מאפשרת לעמוד על טיב השיקולים שלנגד עיניהם ביחס לבקשות לתעודת מעבר. אין נוהל ברור בנושא, באופן המעורר חשש לאפשרות להתנהלות שרירותית מסוימת מטעם הרשות, שיסודה בהיעדר הפעלת שיקול דעת פרטני ביחס לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. אני סבור כי מצב דברים שכזה, אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשפט המנהלי והוא מחייב מתן

הוראות אופרטיביות מתאימות. יחד עם זאת, חשש כבד נלווה להתרת כניסתו של עולל בן יומו לגבולות ישראל טרם בירור, למצער, בדבר הזיקה הגנטית בינו לבין העותרים. חשש זה, מחייב בחינה מקצועית ויסודית של מכלול השיקולים הנדרשים. לאור נסיבותיהם הפרטניות של העותרים, על השלב המתקדם שבו מצויים הליכי ההורות בעניינם - לא מצאתי לנכון להחליף את שיקול הדעת המנהלי שהופעל בעניינם בשיקול דעתי שלי.

אבאר להלן את הנימוקים שביסוד מסקנתי. בפתח הדברים, אתייחס לעקרונות היסוד שעל פיהן בוחן בית המשפט את אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי. בהמשך, אציין את הוראות הדין העוסקות במעמד המשפטי של יילודים בפונדקאות חו"ל. אסיים בבחינת המדיניות המנהלית הנוהגת בראי הוראות הדין החל ובהתחשב במכלול נסיבות העניין.

ביקורת שיפוטית על התנהלותן של רשויות מנהליות

17. ככלל, בית המשפט לעניינים מנהליים אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המנהלית בשיקול דעתו שלו. הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות מתמקדת, בעיקרה, בבחינה האם החלטת הרשות והאופן שבו התקבלה, חרגו ממתחם הסבירות המנהלי, באופן מהותי היורד לשורשו של עניין (ראו למשל [בג"ץ 3017/2005 חברת הזרע 1939 בע"מ נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה משרד הפנים](#) [פורסם בנבו] (23.3.2011)).

בחינה זו, יסודה בשאלות האם החלטת הרשות התקבלה על פי אמות מידה של הגינות, מידתיות, תום-לב, יושר, שוויון ובהיעדר שרירות. על בית המשפט להוסיף ולבחון, האם השיקולים הרלוונטיים הובאו בחשבון וכן אם ההחלטה התבססה על שיקולים בלתי רלוונטיים. בית המשפט המנהלי אינו בוחן אם הרשות המנהלית יכלה לקבל החלטה טובה מזו העומדת לדין. אף בהינתן קיומה של סברה כי נכון היה לקבל החלטה שונה, אין משמעות הדבר כי ההחלטה שהתקבלה תחשב כחורגת ממתחם הסבירות (ראו [עת"מ 1818-02-19 חורן נגד המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין](#) [פורסם בנבו] (17.2.2019); [עע"מ 4501/09 מדינת ישראל נ' תמימי](#) [פורסם בנבו] (16.3.10); [בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור](#) [פורסם בנבו] (24.8.81)).

18. מתחם שיקול הדעת המנהלי עשוי לכלול "טווח של החלטות חלופיות" סבירות ובית המשפט המנהלי לא יתערב בהחלטת הרשות המנהלית במקרה בו הגיעה לנקודת איזון המצויה בתוך מתחם הסבירות המנהלי, כל עוד לא נפל פגם באופן הפעלת שיקול דעתה, או במשקל הראיות שהניעו אותה בדרכה לקבלת החלטתה (ראו [בג"ץ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים](#) [פורסם בנבו] (4.11.09)).

מעמדם של יילודים בפונדקאות חו"ל

19. הליכי פונדקאות הנערכים בישראל בין תושבי המדינה, מוסדרים [בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק ההסכמים לנשיאת עוברים"). חוק ההסכמים לנשיאת עוברים מאפשר להכיר בקשר ההורות בין ההורים

המיועדים לבין היילוד, בכפוף להליך סדור הקובע שורת תנאים ומנגנוני פיקוח והמותנה, בסופו של דבר - במתן צו שיפוטי. קשר ההורות בין ההורים המיועדים לבין היילוד, משתכלל רק לאחר שמתקיים הליך משפטי בו נבחנות, בין היתר, זכויותיהם ונסיבותיהם של ההורים המיועדים, האם הנושאת והיילוד והוא תלוי בתוצאות הבחינה השיפוטית. צו ההורות הניתן בסיום ההליך המשפטי, הוא המייסד את הקשר ההורי בין ההורים המיועדים לבין היילוד (ראו סעיפים [5, 8 ו-11-12](#) בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים וכן סעיף 20 [בחוק מרשם האוכלוסין](#), התשכ"ה-1965).

20. בשונה מכך, החקיקה הישראלית לא מכירה בקשר הורי שיסודו בהליכי פונדקאות אשר נערכו בחו"ל, שלא על פי הוראות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, או בקשר הורי המבוסס אך על הסכם והליך הפונדקאות, כשלעצמם (ראו סעיפים [4\(א\) ו-34](#) [בחוק האזרחות](#), התשי"ב-1952 (להלן: "חוק האזרחות")). ישראלים שערכו הליך פונדקאות בחו"ל ומבקשים להקנות לילדם מעמד בישראל, נדרשים לערוך בדיקה גנטית שתוכיח קשר ביולוגי-גנטי בין הילד לבין מי מהוריו. הבדיקה הגנטית סוללת את הדרך למתן האזרחות הישראלית לילד ולמתן צו הורות, המייסד את הקשר ההורי בין היילוד להורהו וכן לרישומו במרשם האוכלוסין (ראו [בג"ץ 566/11](#), [6569/11 מ.מ.ט](#), [טבק ואבירים נ' משרד הפנים](#) [פורסם בנבו] (28.1.14) (להלן: "עניין מ.מ.ט").

היתר כניסה לישראל ליילודי פונדקאות חו"ל – המדיניות הנוכחית

21. ככל שמבוקשת התרת כניסתו לישראל של יילוד בפונדקאות חו"ל, טרם הסדרת הקשר ההורי, נדרשים המבקשים את כניסתו לפעול על פי נוהל נטילת בדיקות גנטיות בחו"ל – פונדקאות חו"ל, המכונה "נוהל חו"ל" והמבוסס על הוראת [תקנה 4](#) בתקנות. זאת, במטרה להוכיח קשר גנטי בינם לבין היילוד, כתנאי להתרת כניסתו לישראל (ראו [בע"מ 45/19 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' פלונית ואח'](#) [פורסם בנבו] (21.1.19) (להלן: "עניין פלונית")); עניין מ.מ.ט; מענה המשיבים לפניית העותרים מיום 23.5.19 – נספח א' לתגובה המקדמית מטעם המשיבים).

22. בתי המשפט הביעו זה מכבר ביקורת על מדיניות זו, המחילה את נוהל חו"ל באופן גורף, מבלי שיש בו מענה לשאלה באילו מקרים ימנע שר הפנים כניסת קטינים לישראל בטרם הוכחה זיקתם הגנטית לאזרחי ישראל באמצעות בדיקה גנטית ובאילו מקרים יאפשר לחרוג ממדיניות זו, כדי ביצוע הבדיקה בישראל, בעוד הקטינים שוהים בתחומה (ראו עניין פלונית, בפס' 6; עניין מ.מ.ט; [בע"מ 7414/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני](#) [פורסם בנבו] (11.10.11)).

ביקורת נוספת התייחסה לכך שהמשיבים אינם מפרסמים את נוהל חו"ל וכן כי מדובר, למעשה, בנוהל של משרד החוץ אשר נועד להסדיר את אופן נטילת הדגימות הביולוגיות על ידי נציגויות ישראל בחו"ל. נתון זה, כשלעצמו, אשר לא נסתר מלפניי והמעוגן בפסיקת בתי המשפט (ראו עניין פלונית, בפס' 6; עניין מ.מ.ט, בפס' 39) - מלמד על היעדר קיומו של נוהל

ברור המתווה את אופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי של המשיבים ואת טיב השיקולים שיש לשקול בגדרו.

23. גם בהליך הנוכחי, נמנעו המשיבים מלפרט את טיב וסוג השיקולים העומדים לנגד עיניהם בבואם לגבש את החלטתם האם לחרוג מהמדיניות המחילה את נוהל חו"ל והאם אפשרות זו נבחנת כלל. המשיבים לא הבהירו כיצד נבחנות בקשות פרטניות והאם כלל נעשית הבחנה מסוימת בין בקשה אחת לרעותה. נוסף על כך, המשיבים לא הבהירו האם קיימים מקרים חריגים, העשויים להצדיק סטייה מהמדיניות הנוכחית, כגון במקרים בהם נשקפת סכנה מוחשית ליילוד השוהה בחו"ל, או במקרים בהם צפוי נזק משמעותי שעלול להיגרם למבקשים את כניסת היילוד לישראל, לצד סבירות גבוהה להשלמת הליך ההורות בהצלחה. עיקר טענות המשיבים מלפניי התמקד, כאמור, באי-מיצוי ההליך המנהלי, בעובדה שהיילוד טרם בא לעולם במועד הגשת העתירה, בחששות הכרוכים בהתרת כניסת יילודי חו"ל לישראל ובעמדה המשפטית, המגובה בפסיקה, שלפיה הבדיקה הגנטית היא הראייה האובייקטיבית הטובה ביותר להוכחת קשר גנטי.

24. בהיעדר אינדיקציה לאופן הפעלת שיקול הדעת המנהלי ובהיעדר פירוט בדבר טיב השיקולים והנסיבות המובאים בחשבון בגדרי בחינת בקשות למתן היתרי כניסה ליילודי חו"ל – מתקבל הרושם שלפיו עמדת המשיבים גובלת בשרירות מסוימת והיא נחזית כגורפת וכחסרת הבחנה בין נסיבותיו של כל מקרה ומקרה המונח לפתחה. התרשמותי זו מתחזקת, אף לנוכח המענה שנשלח לעותרים, בו צוין כי "**בקשה... ככל שתוגש לאחר הלידה והוכחת הקשר הגנטי הנטען, כאמור לעיל, תיבחן כמקובל...**" (ראו נספח 1 לתשובה המקדמית מטעם המשיבים - ההדגשה שלי – א' י'). לשון זו, אינה מותירה מנוס מהמסקנה שלפיה הבקשה תיבחן רק לאחר הוכחת הזיקה הגנטית, משמע כלל לא קיימת אפשרות שתיבחן כניסת היילוד ארצה בטרם הוכחת זיקה גנטית.

מדיניות גורפת זו, אף אם נחוצה בהתחשב בחששות הכבדים המושרשים במקרה של הכנסת יילוד פונדקאות חו"ל לישראל בטרם הוכחת זיקה גנטית - אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של המשפט המנהלי. בגדרם של עקרונות אלו, נבחנת סבירות המעשה המנהלי, בין היתר, באמצעות השאלות האם נשקלו שיקולים פרטניים רלוונטיים, האם ההחלטה נקייה משרירות והאם היא פוגעת בעקרון השוויון.

25. הסוגיה העוסקת בהתרת כניסתם של עוללים חסרי ישע לישראל, בטרם התבררה זיקתם הגנטית לתושבי המדינה, היא בעלת השלכות רחבות היקף. בכללן, החששות מפני סחר בבני-אדם; מפני נזק ליחסי החוץ של מדינת ישראל; מפני הפגיעה בקטינים ובנתינים זרים ומפני פגיעה בהליכי פונדקאות חו"ל. כן יש להתחשב בחשש הכרוך בהשבת המצב לקדמותו במידה שיתברר כי אין קשר גנטי בין היילוד לבין תושבי המדינה, כך שבסופו של הליך לא יינתן צו הורות כמתבקש והנטל לאיתור הקטין והשבתו לגורמים הרלוונטיים בחו"ל - יוטל על רשויות המדינה והקופה הציבורית (ראו עניין פלונית).

26. יחד עם זאת, דומה כי אין המדובר בחשש שניתן לקבוע אקס-אנטה ובאופן גורף כי לא ניתן להפיגו בכל מקרה ומקרה, חריג ככל שיהיה. בתי המשפט השונים הכירו זה מכבר באפשרות לאזן את החששות הנובעים מהתרת יילודי פונדקאות חו"ל לישראל, באמצעות הפקדת ערובות משמעותיות, בהתקיים נסיבות מסוימות וראיות משמעותיות שתלמדה על סיכויי הצלחה גבוהים בכך שיתקבל לבסוף צו הורות ביחס לקטין שהכנסתו לישראל מתבקשת (ראו [בע"מ 7414/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני](#) [פורסם בנבו] (29.11.11)).

הלכה למעשה, במקרים מסוימים, בתי המשפט לענייני משפחה נעתרים מעת לעת לבקשות לסעד זמני בדבר כניסה לישראל של יילודי פונדקאות חו"ל. החלטות אלו, הניתנות בגדרי בקשה לסעד זמני בהליכי הסדר ההורות, עמדו לא אחת בביקורת ערעורית ואף בעניין פלוני הנזכר, לא קובעו מסמרות ביחס לסמכות בתי המשפט לענייני משפחה ליתן צווים שכאלו (ראו עניין פלוני, בפס' 8; [תמ"ש 18220-08-18 ג' ואח, נ' משרד הפנים](#) [פורסם בנבו] (18.12.18); רמ"ש [48687-12-18 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' פלוני](#) [פורסם בנבו] (31.12.18)). מצב דברים זה יוצר דיסוננס מסוים בין המדיניות המנהלית שבה נוקטים המשיבים לבין המציאות הנוהגת. שונות זו מגבירה, מטיבה, את חוסר הוודאות הציבורית ביחס להתרת כניסתם לישראל של יילודי פונדקאות חו"ל וכן את חוסר התאימות בין המדיניות המנהלית לבין פסיקת בתי המשפט. דומה כי בנסיבות אלו, מתבקשת שקילת הסדרת המקרים בהם תינתן, או תישלל האפשרות להכנסת יילודי פונדקאות חו"ל ארצה באמצעות תעודת מעבר זמנית.

27. הנה כי כן, אני סבור כי לא ניתן לשלול מיניה וביה, שבמקרים מסוימים יכול שניתן ואף ראוי, לאזן בין החששות הנובעים מהתרת כניסתם של יילודי פונדקאות חו"ל לישראל, לבין אינטרסים נוספים, באמצעים שפגיעתם פחותה ותוך הבטחת האפשרות המנהלית להשבת המצב לקדמותו.

יחד עם זאת, לאור החששות הכבדים שבהתרת כניסת יילודי פונדקאות חו"ל לישראל בטרם הוכחת זיקה גנטית ולאור מכלול השיקולים שיש להביא בחשבון שחלקם נקשר, בין היתר, לשיקולים שבמומחיות ספציפית, כהערכת הצלחת סיכויי הליך ההורות – לא מצאתי לנכון להחליף את שיקול הדעת המנהלי שהופעל בעניינם של העותרים בשיקול דעתי שלי. במיוחד כך, בהתחשב בנסיבות הפרטניות של העותרים, בכללן העובדה כי כבר ביום 5.6.19 הורה בית המשפט לענייני משפחה על ביצוע הבדיקה הגנטית לפי נוהל חו"ל ונחזה כי הזמן שיידרש לשם השלמת הבדיקות הגנטיות אינו רב (ראו הודעת המשיבים מיום 11.7.19).

28. טענותיהם הנוספות של המשיבים לא נעלמו מעיניי אך גם לאחר בחינתן, לא מצאתי בהן כדי לשנות ממסקנותיי. אינני מקבל את טענת המשיבים, כי העותרים לא מיצו את ההליך המנהלי טרם הגשת העתירה. המשיבים לא הצביעו על נוהל, או על אופן ספציפי שבו יש לנקוט לשם הסדרת כניסתם של יילודי פונדקאות חו"ל לישראל, בטרם הוכחת זיקה גנטית. העותרים פנו למשיב 2 וגם מעניין פלוני עולה כי הפנייה הרלוונטית היא לשר הפנים (ראו שם, בפס' 7). יתר על כן וכנזכר, במכתב המענה שנשלח לעותרים צוין, מפורשות, כי בקשתם

תיבחן רק לאחר הוכחת זיקה גנטית. לפיכך, לא ברור הצורך במיצוי הליך מנהלי כלשהו, שוודאי שלא ייתר את הצורך בדרישת הוכחת הזיקה הגנטית אליבא דמשיבים.

אין בידי לקבל את הטענה שהסוגיה שבמחלוקת מצויה בסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה. כפי שנקבע בעניין פלונית: **"המדיניות הקיימת – הרואה בהוכחת זיקה גנטית באמצעות בדיקת רקמות תנאי סף לכניסתם ארצה של קטינים שנולדו בהליכי פונדקאות חו"ל... מעוררת שאלות משפטיות הראויות לבירור יסודי"**. בית המשפט עמד על ההבחנה בין תקיפה ישירה של המדיניות המנהלית הנוהגת – הראויה להתברר לפני הערכאות המנהליות המתאימות (ראו עניין פלונית, בפס' 7) וזאת, מבלי לקבוע **"באופן גורף ומוחלט כי בית המשפט לענייני משפחה אינו מוסמך להעניק סעד שעניינו כניסה זמנית לישראל"** (שם, בפס' 8).

נכונה טענת המשיבים, לפיה הבדיקה הגנטית הוכרה זה מכבר בפסיקה כראיה האובייקטיבית הטובה והפשוטה ביותר להוכחת קשר גנטי והיא מהווה כיום האמצעי המדעי, היעיל ביותר לקביעת אבהות (ראו עניין ממט, כהפניית המשיבים). יחד עם זאת, המחלוקת שבמוקד העתירה שבכותרת אינה עוסקת בטיב הראיה, אלא בסבירות המדיניות המנהלית הגורפת לפיה לא תותר כניסת ילודי פונדקאות חו"ל לישראל, בטרם הוכחה הזיקה הגנטית.

הטענה שלפיה העתירה תיאורטית, בהיותה עוסקת בעובר שטרם בא לעולם ושאינו כשיר משפטית לשאת בחובות וזכויות – התייתרה זה מכבר, ביום 18.6.19, עת נולד הקטין.

סוף דבר

29. לאור המקובץ, שוכנעתי כי המדיניות המנהלית הנוכחית של המשיבים אינה מתיישבת עם עקרונות היסוד של המשפט המנהלי. מדיניות זו לא מבחינה בין מקרה אחד למשנהו ולא מותירה מקום למקרים חריגים, העשויים להצדיק התרת כניסת ילודי פונדקאות חו"ל לישראל לפרק זמן קצוב, במהלכו ייערכו הבדיקות הגנטיות, תוך הבטחת האפשרות להשבת המצב לקדמותו.

אני מקבל, אפוא, את עמדת העותרים בסעיף 51 לעיקרי הטיעון מטעמם, המתכתבת עם סעיף 66 לעתירתם. אני מורה למשיבים להפעיל את שיקול דעתם המנהלי ולגבש הנחיות מתאימות לקשת המקרים האפשרית, תוך התחשבות במכלול השיקולים הנדרשים לסוגיה מורכבת זו וזאת - בתוך 6 חודשים ממועד מתן פסק הדין (לעניין הסמכות ליתן צווים אופרטיביים, במקרים המתאימים, ראו ד' ברק-ארז, **משפט מנהלי דיוני**, כרך ד' (2017), בעמ' 418).

בהתחשב בחששות הכבדים שבהתרת כניסתו לישראל של ילוד פונדקאות חו"ל טרם בירור זיקתו הגנטית לתושבי ישראל, לצד הנסיבות הפרטניות של העותרים – לא מצאתי לנכון להתערב בהחלטת המשיבים שלא להעניק לקטין תעודת מעבר זמנית.

30. לאור התוצאה אליה הגעתי, בגדרה התקבלה העתירה בחלקה, כל צד יישא בהוצאותיו.

31. איחולי מז"ט משוגרים לעותרים ולבני משפחתם.

זכות ערעור – כדין.

לידיעת הצדדים.

ניתן היום, י"ג תמוז תשע"ט, 16 יולי 2019, בהעדר הצדדים.

ארז יקואל 54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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