

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

עמ"ש 65030-12-18 פלוני (קטין) נ' י' ואח'

04 מאי 2020

לפני כבוד השופט שאול שוחט, סג"נ -אב"ד

כבוד השופטת עינת רביד

כבוד השופט נפתלי שילה

בעניין הקטין פלוני

המעורר היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד ענת בר אילן

נגד

משיבים 1. י' ג'

2. י' י'
המשיב 2 ע"י ב"כ עו"ד שי גולדנברג

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הירושה, תשכ"ה-1965: סע' 27, 28](#)

[חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\), תשנ"ו-1996: סע' 2\(2\), 2\(4\),
12\(א\)](#)

[חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010: סע' 11](#)

מיני-רציו:

* אין הכרח שבצו הורות פסיקתי יידרש, כתנאי בל יעבור, רצון וכוונה משותפת להבאת יילוד לעולם כבר מלכתחילה, לרגע ההפריה. לנקודת הזמן יש חשיבות בנוגע למועד חלותו של הצו – אם מיום הלידה או מיום נתינתו ולא כחלק ממכלול השיקולים הנשקלים לצורך מתן צו ההורות.

* משפחה – הורות – צו הורות פסיקתי

ערעור על פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה, אשר נתן בידי המשיב 2 צו הורות פסיקתי שקובע כי הוא אביו הנוסף של הקטין שנולד למשיב 1 בהליך פונדקאות בארצות הברית, וזאת מיום לידתו והורה על משמורת משותפת על הקטין.

בית המשפט המחוזי קיבל את הערעור בחלקו ופסק:

הפסיקה העניקה צווי הורות פסיקטיים גם במקרים בהם קיימו בני זוג בני אותו מין קשר זוגי של חיים משותפים והביאו לעולם ילדים באמצעות מטען גנטי של מי מהם בהליך של פונדקאות. הזיקה הגנטית מהווה את הבסיס להקניית המעמד של ההורות להורה בעל הקשר הביולוגי לקטין וזו יחד עם ההכרה החברתית במעמדה של הזוגיות ובקשר ההדוק של אותו הורה עם בן זוגו, מהווים את הבסיס להכרה בהורותו של האחרון. למערכת עובדתית זו צריכים להצטרף הכוונה והרצון המשותף של השניים להביא ילד לעולם.

אין הכרח שבצו הורות פסיקטי יידרש, כתנאי בל יעבור, רצון וכוונה משותפת להבאת יילוד לעולם כבר מלכתחילה, לרגע ההפריה. לא מן הנמנע שלתוך מערכת יחסים הטרוסקסואלית ייוולד ילד שאחד ההורים לא רצה בו מלכתחילה ונכונותו להיות חלק מהמשך התהליך באה בשלב מאוחר יותר. יש חשיבות לנקודת הזמן, לגבי אופן קבלת ההחלטה באשר להורותו של הילד (אם משותפת מתחילת הדרך או בהחלטה יחידנית אליה הצטרף בן הזוג מאוחר יותר) בנוגע למועד חלותו של הצו – אם מיום הלידה או מיום נתינתו ולא כחלק ממכלול השיקולים שעל בית המשפט לשקול לצורך מתן צו ההורות.

במקרה דנן, המשיב 2 היה בן זוגו של המשיב 1 במשך 7 שנים עת החל תהליך ההוריה והמשיך להיות בן זוגו במשך שנתיים נוספות במהלך החל תהליך ההוריה עד לסיומו המוצלח, לקח חלק במימושו ומשמש כאביו של הקטין עד ימים אלה. בנסיבות, התקיימו התנאים שמקיימים בידי המשיב 2 את העילה לעתור למתן צו הורות פסיקטי ומתן הסעד ישרת את טובתו של הקטין. עם זאת, תחולתו של צו ההורות תהא מיום נתינתו.

פסק דין

השופט שאול שוחט, סגן נשיא, אב"ד:

1. בית משפט קמא קיבל את תביעתו של המשיב 2, חרף התנגדות המשיב 1, ונתן בידו צו הורות פסיקטי שקובע כי הוא אביו הנוסף של הקטין, שנולד למשיב 1 בהליך פונדקאות בארצות הברית, וזאת מיום לידתו; הורה על משמורת משותפת של השניים על הקטין והפנה אותם, במסגרת פסק הדין, לטיפול רגשי.

להלן קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא:

2. המשיבים ניהלו חיי זוגיות ושיתוף, ללא נישואין, בין השנים 2006-2015; במשך שנות זוגיות אלו, התגוררו השניים יחדיו והחל משנת 2009 התגוררו בתל אביב בדירה שנרכשה על ידי שניהם, אם כי לא בחלקים שווים; ביום 20.6.09 הם חתמו על הסכם מגורים משותפים (להלן: **ההסכם**); כתוצאה מהליך פונדקאות, שאותו יזם המשיב 1, במהלך החיים המשותפים, נולד הקטין, פרי זרעו של המשיב 1 וביצית נתרמת מחו"ל; הקטין נולד ביום 4.6.13; לאחר הולדת הקטין ועיגון הורותו הגנטית של המשיב 1 ביחס אליו, המשיכו המשיבים במערכת חייהם

הזוגית, אליה הצטרף הקטין. הם התגוררו בדירת המגורים המשותפת שרכשו, נטלו חלק פעיל ומשמעותי בגידולו של הקטין, מי יותר מי פחות, תוך שלא התבקש מבית המשפט כל סעד לעניין הורותו של המשיב 2 אף לא התקיים כל הליך אחר שנועד להסדיר הורות זו; לאחר 9 שנים של מערכת זוגית, עת הקטין היה בן שנתיים, נפרדו המשיבים, וזמן קצר לאחר הפרידה, ביום 29.4.15, הגיש המשיב 2 לבית משפט קמא שתי תביעות. האחת, להכרה באבהותו על הקטין באמצעות צו הורות פסיקתי והשנייה למשמורת משותפת והסדרי שהות.

3. בתום הליכים מקדמיים, החלטות ופסק דין שניתן במעמד צד אחד לטובת המשיב 2 בתביעתו למשמורת משותפת והסדרי שהות, שבוטל, הכול כמפורט בסעיפים 31-37 לפסק הדין, נדרש בית משפט קמא, עניינית, לתביעותיו של המשיב 2.

4. בית משפט קמא בחן את טיב מערכת היחסים בין המשיבים ודחה את גרסת המשיב 1 כי זו שנרקמה ביניהם הייתה מבוססת "כל שנותיה על לא יותר מקשר מיני וחברות". על סמך מכתב אהבה שכתב המשיב 1 למשיב 2 מיום 5.8.11; העתקי פוליסות ביטוח של השניים מהם עולה רישומו של האחד כמוטב בפוליסות משנהו (כשבאחת מהפוליסות של המשיב 2, בה צוין המשיב 1 כמוטב, הופיע שמו של הקטין במקום שיועד לפרטי הילדים); רכישת דירה, במשותף, למגוריהם המשותפים; ניתוח עדויות הצדדים ועדיהם – קבע בית משפט קמא כי המשיבים ניהלו, במהלך השנים 2006-2015, "חיי זוגיות ושיתוף" (ס' 198 לפסק הדין).

בית משפט קמא לא התעלם מקיומו של "הסכם מגורים משותפים" עליו חתמו השניים, ביום 20.6.09, ולהצהרה המופיעה בהואיל השני לפיה הם מצהירים, כי "אינם בני זוג וכל הקשור למעמד ידועים בציבור לא חל עליהם". מעבר להסברים שניתנו במהלך ההוכחות כי הצהרה זו ניתנה מטעמים כלכליים בשל היות המשיב 2 בעל דירה, הסברים שהתקבלו על ידי בית משפט קמא, עיון בהוראות השונות של ההסכם מלמד על מערכת יחסים זוגית-משותפת שהתקיימה בין השניים. כך למשל, ס' 8 המפנה להוראות המוטבים בפוליסות כמחייבות על אף ההפרדה לה הסכימו ביחס לצבירת הכספים בהם טרם חתימת ההסכם; ס' 10(ב) בנוגע לאפשרות לפתיחת חשבונות בנק משותפים; סעיף 11(ג) בו מצהירים השניים על השיתוף שיחול ביניהם על נכסים שלא קיים בהם נוהג רישום בעלות "יראו נכסים אלה לרכושם המשותף של הצדדים, בחלקים שווים. לעניין סעיף זה, שני הצדדים ייהנו במשותף בחלקים שווים מן הפירות והרווחים של נכסים אלה, ויהיו אחראים במשותף ובחלקים שווים לחובות ולהפסדים הנובעים מהם, ואין נפקא מינה מהו חלקו של כל צד ברכוש זה. אלא אם יוסכם ביניהם במפורש אחרת"; ס' 12 בו מצוין כי הדירה מוחרגת מגדר הרכוש המשותף שמלמד על שיתוף ברכוש אחר; ס' 17 שקובע כי ניהול חשבונות משותפים ייעשה בהחלטות משותפות; ס' 20 לפיו יחלקו השניים, שווה בשווה, בהוצאות החזקה של הדירה; ס' 21 שמעניק למי מהשניים שלא נפגע כושר שיפוטו להיות אחראי לטיפול בענייניו של האחר שחלה, כאמור; ס' 28 להסכם שקובע כי במקרה של מחלוקת באשר לקיומו של ההסכם, לרבות יחסי הממון ביניהם, פירוק שיתוף וכו' יפתרו בגישור כשהות המגשר תיקבע "... ו/או ע"י בית המשפט האזרחי שלו הסמכות העניינית לדון בענייני המעמד האישי" וס' 29 שקובע כי הסכם הגישור יובא לאישורו של בית המשפט לענייני משפחה (שכידוע לו הסמכות להידרש לעניינם של בני זוג לרבות ידועים בציבור ולא לזוג חברים); ס' 31 שמקנה

סמכות שיפוט לבית המשפט לענייני משפחה; ס' 40 בו הביעו השניים את רצונם לערוך צוואות הדדיות בהן כל אחד מצווה את חלקו בדירה לשני, תוך שהם מציינים כי **"כל צוואה שתירשם על ידי מי מהצדדים לאחר החתימה על הסכם זה ותהא מנוגדת לו הרי שתוקף הסכם זה עולה על הצוואה בכל הקשור בנושא הדירה"** (ודוק! העובדה כי הוראה זו חסרת תוקף מבחינה משפטית בהיותה נוגדת את חופש הציווי והוראות **ס' 27, 28 לחוק הירושה** אין בה כדי לאיין את המשמעות שניתן ללמוד מהצהרות אלה בנוגע למערכת היחסים ביניהם ועובדה שהמשיב 1 מאשר כי ערך צוואה כאמור; עמ' 111 לפרו' הדיון בקמא, מיום 23.2.17, ראו ס' 218 לפסק הדין).

5. משבא לכאן, נדרש בית משפט קמא להליכי יצירת ההורות וקבע, כקביעה עובדתית שלא נתקפה על ידי המשיב 2 בעיקרי הטיעון שלו שהוגשו בתשובה לערעור, כי המשיב 2 **"סירב תחילה להיות הורה, אם בשל עברו ואם בשל אופיו, חוסר בשלותו, דעותיו ועוד"**. ברם, לאחר תחילתו של התהליך, במהלך ההיריון החליט **"להצטרף להליך כבן זוגו של הנתבע לכל דבר ומאותו רגע, התחייב התובע להורותו לחלוטין"** (ס' 239-246 לפסק הדין). את קביעתו זו ביסס בית משפט קמא על עדויות **"אובייקטיביות ומהימנות"**, כלשונו, של שתי עדות מטעם המשיב 2, אשר העידו על הלך הרוח שלו. מעדותן עלה, כי לפני הקשר עם המשיב 1, המשיב 2 לא חשב שהוא רוצה להיות אבא ולהביא ילדים לעולם ברם משהחל המשיב 1 בתהליך של הבאת ילד לעולם עמדה לפני המשיב 2 הדילמה אם הוא ממשיך את הזוגיות והופך להיות אבא או לא. דילמה זו נפתרה משעה שהחליט **"כשההיריון הצליח והתקדם"** להצטרף למשיב 1, בתהליך, ולהיות שותף שלו בהורות (עמ' 39-41 לפסק הדין, מתוך פרו' הדיון שמצוטט שם). מרגע קבלת ההחלטה, כך בית משפט קמא, התחייב המשיב 2 להורותו לחלוטין: רכש כרטיסי טיסה להודו; נסע ללידה; הצטרף להכנות **"הבית וכל החיים לקראת בוא התינוק"** (כך בעדויות העדות, שם). מעדויות העדות, כמו גם מהפוסט שפרסם המשיב 1, החלטתו של המשיב 2 התקבלה בשמחה גדולה וגלויה אצל המשיב 1. כך כתב בלשונו במייל ששלח למשיב 2, המבקש את אישורו לפרסום הפוסט: **"בעוד שבועיים וחצי [המשיב 2] ואני בדרך להודו ומשם נשוב עם תינוק ונהפוך להורים..."**. המשיב 2 השיב: **"... לכל היותר בעוד שבועיים וחצי... שם נהפוך להורים ונשוב עם תינוק/ת..."**.

6. על רקע קביעותיו אלה בחן בית משפט קמא את הנסיבות שסבבו את ההורות, על מנת ללמוד אם התקיימה הורות משותפת הלכה למעשה, חרף העדרו של הסכם הורות משותפת וקבע, כי מהראיות שהונחו לפניו ברור כי המשיב 1 **"הסכים כל העת וראה בתובע [המשיב 2] ש' כהורה הקטין לכל דבר הן כלפי הקטין והן בהתייחסותו לתובע כך"** (ס' 259 לפסק הדין). את קביעתו זו סמך בית משפט קמא על פניות, תמונות, ברכות, כתבות ועדויות (ס' 258 לפסק הדין) שהצביעו על כך כמו גם על **"מסירות התובע לקטין, בגידולו, במסירותו ובנוהגו כהורה לכל דבר"** אף קבע, כי גם המשיב 1 אינו חולק על מסירותו של המשיב 2 לקטין (ס' 260 לפסק הדין). לגישתו, העדר הסכם כאמור, אף חוסר פעולה, במידי, להסדרת מעמדו של המשיב 2 כהורה לאחר לידת הקטין (בדרך של הגשת תביעה להבדיל מנקיטת פעולות כאלה ואחרות בהן כן נקט המשיב 2, ועמו גם המשיב 1, לקראת הכרה בהורותו של המשיב על הקטין; בית משפט קמא מפרט פעולות אלה ומתייחס אליהן בס' 309-322 לפסק דינו) אינם בגדר תנאי הכרחי שבלעדיו

אין לקיומה של הורות משותפת. מבחינת בית משפט קמא 'מנהג ההורות' בו נהג המשיב 2, לכל דבר ועניין, "שאינו בינו לבין הורה ביולוגי כל הבדל הן במסירותו, דאגתו, טיפולו בקטין ועוד" די בו כדי ללמד על קיומה. בית משפט קמא ציין, עובדתית, כי המשיב 1 לא הניח ראיות או עדויות לסתור את אותו 'מנהג הורות' וכי המשיב 2 לא דחק בבן זוגו לממש את מעמדו כהורה באופן פורמלי כל עוד הקטין מטופל היטב ומצוי בידיים נאמנות, כך שאת כשל ההסדרה אין להטיל לפתחו של המשיב 2 דווקא. בית משפט קמא המשיך וציין בהקשר זה כי המשיב 1 אישר, כי רצה לחזק את הקשר בין המשיב 2 לקטין ולחזק את מעמדו כאב כלפי הקטין כדי לנטוע בו את תחושת ההשלמה כי הורה הוא (ס' 267 לפסק הדין). כך דאג המשיב 1 לכנות, לפני הקטין, את המשיב 2 "אבא" – "קראתי לו אבא, הגדרתי אותו אביו, הצגתי אותו בכל מקום כאבא" (ס' 269 לפסק הדין מתוך פרוטוקול הדיון מיום 23.2.17 בבית משפט קמא) הן כלפי הקטין הן כלפי הסביבה (ס' 271-273 וקביעת בית משפט קמא בסעיף 274 לפסק הדין). קביעתו של בית משפט קמא בהקשר זה חדה וברורה "בהתנהגותם ומעשיהם של הסובבים מעידים כי לא עשו אבחנה לעניין הגנטיקה/ביולוגיה וראו בקטין כבנם המשותף של הצדדים" ולגבי ההורים "כנכדם לכל דבר" (ס' 275 לפסק הדין). בית משפט קמא המשיך וקבע קביעות עובדתיות ברורות בהקשר זה והסיק מהראיות שהונחו לפניו, לרבות העובדה שבמהלך חלק מהדיונים בבית המשפט שהה קטין אצל אמו של המשיב 2 (ס' 276 לפסק הדין), כי לא רק המשיב 1, אלא גם משפחתו המורחבת כמו גם משפחתו המורחבת של המשיב 2, ראו במערכת היחסים ביניהם כשל "תא משפחתי אחיד ומאוחד לכל דבר ועניין" (ס' 278 לפסק הדין). גם לאחר פרידת בני הזוג (המשיב נסע לחו"ל עם הקטין במאי 2015 וחזר כעבור חודש לדירה המשותפת והתגורר בה בגפו עם הקטין), בהתערבות בית המשפט וגורמי הרווחה, התנהלו השניים בשגרה של זמני שהות במתכונת של ביקורי הקטין אצל המשיב 2 כפעמיים בשבוע וכל סוף שבוע שני וכי קיים קשר יומיומי שוטף בין בני הזוג באשר לניהול שגרת יומו של הקטין (ס' 296-308 לפסק הדין). בית משפט קמא גם ציין את ההידברות שהתקיימה בין השניים, שאף הגיעה לכדי תחילת פעילות, להרחבת התא המשפחתי ממנה עולה כי המשיב 2 אכן רצה, בדק, תכנן ולמצער חשב על האפשרות, בגדר אפשרות ממשית, ואף החל בהיערכות הנדרשת לצורך הבאת אח/אחות לקטין (ס' 293 לפסק הדין). משכך, מצא כי אין מקום לקבוע שהעדר הסכם משפטי בין השניים מלמד על הסדר שלילי ליצירת ההורות המשותפת על הקטין.

פסק הדין של בית משפט קמא

7. על בסיס קביעות אלה בחן בית משפט קמא את טובת הקטין ומצא כי טובתו מצדיקה, אף מחייבת, עיגון הורותו של המשיב 2 כלפיו. לאחר שהונח לפניו, לבקשת המערער, תסקיר של השירות למען הילד (שניתן בענייני אימוץ) אשר שלל אפשרות של מתן צו אימוץ (מה גם שמבחינה משפטית לשון החוק אינה יכולה לתת מענה משפטי למקרה שלפנינו שעה שההורה הביולוגי מתנגד לאימוץ; ראה גם ס' 364 לפסק הדין) בחן בית משפט קמא את האפשרות לתת בידי המשיב 2 צו הורות פסיקתי ולעגן את הורותו כלפי הקטין בדרך זו. בהקשר זה קבע כי הגם שהתביעה למתן הצו הוגשה באיחור (לא במהלך ההיריון אף לא בסמוך ללידה) עדיין קיימת

בידו של המשיב 2 עילה משפטית לקבלת הצו מתוקף ' זיקה לזיקה' ואין בעובדה כי לעת נתינתו לא חיים השניים בזוגיות כדי לשנות. לגישתו התמלאו התנאים שדרושים לשם מתן הצו: קשר זוגי; כוונה והסכמה משותפת להרות את הקטין משעה שמדובר בהליך ארוך ומורכב של פונדקאות אליו נכנס המשיב, גם אם לא מראשיתו, במהלכו, ולא יום לפני לידת הקטין. סופו שהצו ניתן ומיום לידתו של הקטין (ס' 400 לפסק הדין).

הערעור וההתפתחויות טרם הדיון בו

8. המשיב 1, שהיה אותה שעה, בעת מתן פסק הדין, בסכסוך משפטי עם המשיב 2, לא השלים עם התוצאה והגיש, ביום 31.12.18 (לאחר ארכה), ערעור על פסק הדין (עמ"ש 40430-10-18 (פורסם בנבו)). המערער, בתוך הארכה שניתנה ובהמשך להודעה שהגיש לבית המשפט של ערעור במסגרת הערעור שהגיש המשיב 1, הגיש את הערעור שלפנינו.

בחלוף שמונה חודשים מיום שהגיש המשיב 1 את ערעורו שלו יושרו ההדורים בינו לבין בן זוגו, המשיב 2. השניים חתמו על הסכם בו הצהיר המשיב 1 (גם המשיב 2 כמובן), כי הם ניהלו קשר זוגי במשך 10 שנים שבמהלכו יזם הוא הליך פונדקאות שנוצר מהפריית זרעו עם תורמת ביציות ממנו נולד הקטין "ועוד טרם לידתו של הבן, הצדדים פעלו במשותף לקראת הלידה, נסעו יחד לחו"ל לקראת הלידה וישבו יחד ארצה עם הבן שנולד". עוד מצהירים ומאשרים השניים כי למן לידת הקטין גידלו הם אותו במשותף, כתא משפחתי, עד לפירוד בשנת 2015 וכי הם ממשיכים לגדלו ביחד, הלכה למעשה, גם לאחר הפרידה ועד לחתימת ההסכם. בהסכם, שהוגש לאישורו של בית המשפט קמא, באוגוסט 2019, הסכימו השניים כי "הקביעה בפסק הדין ולפיה [המשיב 2] הנו אביו של הקטין מיום לידתו של הקטין תישאר על כנה, על כל המשתמע מכך" ואף עתרו למתן פסיקתא מתאימה, מופנית לרשויות, לבצע את רישומה. בהסכם הסדירו השניים את ענייני האפוטר' והמשמורת ומכלול נושאים נוספים שנוגעים לטיפול בקטין ולגידולו אף נושאים שנוגעים למערכת היחסים ביניהם. ההסכם אושר וקיבל תוקף של פסק דין ביום 19.8.19.

בעקבות ההסכם פנו המשיבים לבית משפט של ערעור וביקשו לדחות את הערעור שהגיש המשיב 1. הערעור נדחה. כך נותרנו עם הערעור של המערער. ברם, עת נדרשנו לערעור המערער התברר לנו, מפי המשיב 1 כי מערכת היחסים ביניהם עלתה שוב על שרטון וכי הוא תומך כעת בעמדת המערער כפי שבאה לידי ביטוי בערעור שהגיש (עמ' 3 לפרוט' הדיון בערעור ש' 25-26).

בתום הדיון בערעור בחרנו להמתין עם מתן פסק הדין עד למתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 3518/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח', [פורסם בנבו], שמא יהא בו כדי להשליך על ענייננו, ולו בנוגע לתחולתו של צו ההורות. משניתן פסק דין זה בעליון, ביום 3.2.20, התבקשו השלמות טיעון ומשהוגשו ניתן כעת פסק הדין.

טענות המערער

9. אפתח ואומר כי חרף ניסיונם של המערער והמשיב 2 (כול אחד בנוגע לקביעה העובדתית שאינה נוחה לו) אין בדעתי להתערב בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא. לא בכדי טרחתי

והרחבתי בקביעות אלה – קיומה של מערכת יחסים זוגית משותפת בין המשיבים שהחלה בשנת 2006 והסתיימה בשנת 2015 במהלכה נולד הקטין מזרעו של המשיב 1 במסגרת הליך פונדקאות חו"ל, הליך שהמשיב 2 לא היה שותף לו מתחילתו והצטרף אליו רק כארבעה חודשים לפני הלידה. קביעות אלה (החשובות לענייננו) אף קביעות עובדתיות נוספות שנוגעות למסירות שגילה ומגלה המשיב 2 כלפי הקטין, מרגע שהחליט להצטרף לתהליך, שעליהן אין מחלוקת, נעוצות היטב בתשתית העובדתית אותה פירט בית משפט קמא בהרחבה, על הראיות שהונחו לביסוסה. על דרך הכלל אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בקביעות העובדתיות כמו גם בממצאי המהימנות (והיו כאלה במקרה שלפנינו) של הערכאה הדיונית והחריגים בפסיקה לכלל זה שמצדיקים סטייה ממנו לא מתקיימים במקרה שלפנינו. זאת ועוד, תנא דמסייע אנו מוצאים בהסכם שאושר וקיבל תוקף של פסק דין, עליו חתמו בני הזוג לאחר מתן פסק דינו של קמא, בו אישרו השניים את הקביעות העובדתיות הללו.

נפנה ונבחן, אפוא, את טענותיו המשפטיות של המערער.

10. בהינתן הקביעה העובדתית בדבר קיומם של חיי זוגיות ושיתוף דומה שטענות המערער הטענות דיון והכרעה הינן שתיים.

מתוך עיקרי הטיעון :

"שגה בית משפט קמא בקבעו, כי חרף העובדה כי משיב 2 לא רצה בילד, לא הביע כל כוונה להצטרף להליך הבאת ילד לעולם ולא היה שותף כלל לתהליך התכנון והביצוע, אין בכך כדי למנוע כינון יחסי הורות בינו לבין הקטין באמצעות מתן צו הורות פסיקתי.

שגה בית משפט קמא עת קבע כי מועד הצטרפותו של משיב 2 להליך הפונדקאות, גם אם נעשה לאחר הוריית הקטין, אינו משליך על האפשרות המשפטית לכוון קשרי הורות באמצעות צו הורות פסיקתי, ולדידו של כב' בית במשפט קמא די בכך שמשיב 2 הצטרף להליך טרם לידת הקטין, והיה שותף פעיל בגידולו מרגע לידתו ואילך יחד עם משיב 1".

לגישת המערער מודל ה'זיקה לזיקה' נועד לאפשר הכרה בתא משפחתי בו המבקש להיות הורה היה שותף מלא ובעל כוונה ומחויבות במסע להבאת ילד לעולם, מראשיתו. כמתחייב מההלכה הפסוקה, כך המערער, המועד הקובע לבחינת התקיימותם של התנאים הנדרשים לכינון יחסי הורות על דרך של צו הורות פסיקתי, להבדיל מכינון יחסי הורות בדרך של אימוץ, הינו "טרם ההוריה להבדיל מהצטרפות לתהליך בכל שלב לאחר מכן". לפיכך, על רקע הימנעותו המכוונת של משיב 2 מלעגן את הורותו באמצעות הליך משפטי סמוך ככל שניתן למועד הלידה, מה שמהווה, לדעתו, אינדיקציה חד משמעית שאכן מדובר ב "החלטה המאוחרת להוריה", עובר לאותו חוסר רצון להתחייב ולהיות שותף בהבאת ילד לעולם, בהינתן כל אלה, "אין ספק שנפלה שגגה בפני בימ"ש קמא, וכי בהעדר תשתית ראייתית מוצקה וברורה, המלמדת על כך שהקטין בא לעולם מתוך הסכמה וכוונה משותפת של שני הצדדים, חרג בימ"ש קמא חריגה משמעותית ומרחיקת לכת מהלכת בית המשפט העליון המחייבת אותו, ופרץ את גבולות ההכרה בכינון יחסי הורות על דרך מתן צו הורות פסיקתי מעבר להלכה הפסוקה". בהקשר זה

חידד המערער והוסיף כי קביעת קמא שטובת הקטין מצדיקה, אף מחייבת, כינון יחסי הורות בין המשיב 2 לקטין בשל התפקיד ההורי שנטל על עצמו מרגע לידתו, שגויה משפטית ואף עומדת בניגוד להמלצת רשויות הרווחה בתסקיר שהונח לפניו. לטענתו, טובת הילד אינה מהווה עילה בפני עצמה להכרה בהורות אשר נוצרה, כמו במקרה שלפנינו, שלא על פי אחד ההסדרים החוקיים המוכרים במדינה לכינון קשרי הורות. לגישתו קביעת קמא לפיה **"אם טובת הקטין היא נוכחות של התובע בחייו, שיקול זה צריך עיגון בדין ובצו שיפוטי ושליטת הורות אינה פתרון לקשיי קשר בין הורים"** אינה עומדת במבחן ההיגיון שכן לא ניתן לשלול הורות ממי שהורותו מעולם לא כוננה כדין ואינה מוכרת כלפי כולי עלמא. בטיעוניו לפנינו הרחיב המערער בהיבט זה של מעשה בית משפט קמא וטען, כי הוא **"לקח את ההורות הקיימת התרשם מההורות הקיימת ובנה עליה איזה שהיא קונסטרוקציה שהמשפט לא מכיר"** ובכך, לטענתו, יצר אדן נוסף למודל של 'זיקה לזיקה' (עמ' 9 לפרוט' ש' 24 – 26). עניינית, בנוגע לטובת הקטין, כך המערער, פסילת עמדתה המקצועית של עו"ס לחוק האימוץ ובהעדר כל חוות דעת מקצועית אחרת, לא יכול היה בית משפט קמא להורות על כינון קשרי הורות בין המשיב 2 לקטין על בסיס שיקולי טובת הקטין, שאלה שאינה בתחום מומחיותו, הגם שההכרעה השיפוטית בסופו של יום נתונה בידי.

זו הטענה האחת על כל רבדיה.

הטענה השנייה מכוונת להכרה בהורות מכוח הצו ממועד לידתו של הקטין. בהקשר זה טוען המערער, דיונית, כי הסעד למתן הצו רטרואקטיבית מיום הלידה הועלה לראשונה בסיכומי משיב 2 וללא הנמקה כך ששאלת תחולתו של הצו לא נבחנה ולא נדונה בבית משפט קמא ולא התאפשר לצדדים להביע עמדתם לגביה. מהותית – עמדת המערער היא כי אין מקום להכרה מיום הלידה, בנסיבות של פונדקאות חו"ל וככל שיהא צורך בכך באמתחתה טיעון סדור ומנומק לעמדתה זו.

טענות המשיב 2

11. בהינתן קביעתו העובדתית של בית משפט קמא כי המשיב 2 לא היה שותף לתהליך הבאתו של הקטין לעולם מראשיתו אלא הצטרף אליו במהלכו וטרם הלידה, בה אנו לא מתערבים, נבחן את טענות המערער על רקע קביעה זו.

המשיב 2 תומך בפסק דינו של בית משפט ובתוצאה שנגזרת ממנו. לטענתו יש לדחות את טענת המערער כי המקרה שלפנינו אינו עומד בתנאי הפסיקה לכינון קשרי הורות על דרך של צו הורות פסיקתי. קיומם של יחסי זוגיות ושיתוף וכוונה משותפת להביא ילד לעולם, שני התנאים שדרושים לכינון יחסים אל על דרך מתן צו כאמור, התקיימו במקרה שלפנינו גם אם הכוונה המשותפת נולדה לאחר ההפריה וטרם הולדתו של הקטין. לגישתו, הפסיקה שהכירה בכינון קשרי הורות בדרך של מתן צו הורות פסיקתי לא העמידה בכלל, בוודאי לא כתנאי שבלעדי אין, רצון וכוונה להורות עובר להוריה. משכך, ולנוכח הודאתה של עו"ס האימוץ כי אילו פנה המשיב 2 סמוך ללידה וביקש צו הורות פסיקתי היה הצו ניתן לו, אין לבוא חשבון עם בית משפט קמא על שבחר לקבוע כי התקיימו התנאים למתן הצו ולתת אותו מתוך הכרה בטובת הקטין גם אם

בניגוד לעמדת העו"ס לחוק אימוץ בדבר טובתו. אשר לתחולתו של הצו צדק בית משפט קמא עת קבע את תחולתו מיום הלידה נוכח העובדה כי המערער נמנע מליטול חלק בבירור סוגיה זו ולחקור אודותיה.

דיון והכרעה

12. נכון לעת הזו, כך ההלכה הפסוקה, הדין הישראלי מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים/מודלים, חלופיים ומשלימים: זיקה גנטית; זיקה פיזיולוגית; אימוץ; זיקה לזיקה. הדין הישראלי אינו מכיר במודל של הורות הסכמית (ראו בהקשר זה [בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים](#), [פורסם בנבו], 14.15; [בע"מ 3518/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני ואח'](#), [פורסם בנבו], 3.2.20, וכן, לאחרונה, עמ"ש (ת"א) 23846-05-19; 42806-05-19 [פלוני והיועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית ופלונית](#), 22.3.20).

לענייננו רלבנטי המודל הרביעי, זיקה לזיקה.

13. על מודל זה עמד בית המשפט העליון ב**בע"מ 1118/14 הנ"ל**: "אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד. הדבר רלוונטי במקרה בו בן הזוג אינו יכול להביא לעולם צאצא מהחומר הגנטי של שני בני הזוג, אלא רק משל אחד מהם. עם זאת בתום ההליך שני בני הזוג מוכרים כהוריו של היילוד: אחד מהם מכוח הזיקה הגנטית והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי".

הורותו של מודל זה בחקיקה: [סעיפים 2\(2\)](#); [\(4\)2](#) ו [12\(א\)](#) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו – 1996 כמו גם [ס' 11 לחוק תרומת ביציות](#), התש"ע – 2010. ס' אלה מלמדים כי זיקתו הגנטית של האב המיועד ליילוד מאפשרת להכיר גם בהורותו של אם מיועדת נטולת זיקה דומה, שהיא בת זוגו. זאת, בכפוף לכינון ההורות על ידי בית המשפט באמצעות 'צו הורות' שמוציא את האם הנושאת מהתמונה, וקובע כי זוג ההורים המיועדים יהיו "הורים ואפוטרופוסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין" (ראו [בע"מ 3518/18 הנ"ל](#)). מודל זה, של 'צו הורות' משפטי, זכה להרחבה פסיקתית: הכרה בהורות של בת זוג נטולת זיקה גנטית לילדים שנולדו לתא משפחתי חד-מיני מתרומת זרע אונימימית מכוח זיקתה לבת הזוג שמחזיקה בזיקה הגנטית ([בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלוני](#), [פורסם בנבו], 2.9.14); הכרה בהורות של בן זוג נטול זיקה גנטית לילדים שנולדו לתא משפחתי חד-מיני בהליכי פונדקאות חו"ל מכוח זיקתו לבן הזוג בעל הזיקה הגנטית ([בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים](#), [פורסם בנבו], 28.1.14, להלן **ממט מגד**). הרחבה זו היא אמו יולדתו של 'צו הורות פסיקתי'.

14. בפרשת **ממט מגד**, שעסקה **בבני זוג** בני אותו מין נקבע, כי במסגרת פונדקאות חו"ל יש להוכיח קשר גנטי לאחד מההורים המיועדים, בני זוג חד מיניים שנישאו בארצות הברית במקרה זה. לאחר הוכחת זיקה גנטית זו ניתן לרשום גם את בן הזוג השני במרשם האוכלוסין כהורה של היילוד על בסיס תעודה ציבורית כנדרש על פי חוק המרשם מבלי שהוא נדרש לעבור הליך של

אימוץ. הכרה זו בבן הזוג של ההורה הגנטי כהורה היילוד, בדומה לחקיקה, נובעת, אף היא, מהזיקה הגנטית שבין היילוד לבין אחד מבני הזוג, שמשליכה על בן הזוג השני, אשר נעדר זיקה גנטית ישירה ליילוד (ראו [בע"מ 1118/14 הנ"ל](#)). הכרה זו, בפרשת **ממט מגד**, לא תחמה עצמה לבני זוג בני אותו מין **שנישאו** זה לזה או זו לזו. הפסיקה, גם של בית המשפט העליון, העניקה צווי הורות פסיקטיים גם באותם מקרים בהם קיימו בני זוג בני אותו מין קשר זוגי של חיים משותפים והביאו לעולם ילדים באמצעות מטען גנטי של מי מהם בהליך של פונדקאות.

כך או כך,

המסקנה המתבקשת היא – הזיקה הגנטית מהווה את הבסיס להקניית המעמד של ההורות להורה בעל הקשר הביולוגי לקטין וזו יחד עם ההכרה החברתית במעמדה של הזוגיות ובקשר ההדוק של אותו הורה עם בן זוגו, מהווים את הבסיס להכרה בהורותו של האחרון. למערכת עובדתית זו צריכים להצטרף הכוונה, הרצון המשותף של השניים להביא ילד לעולם. השאלה שעומדת להכרעה במוקד הערעור היא האם אותם כוונה ורצון משותפים להביא ילד לעולם נדרש שיתקיימו עוד טרם ההוריה, וזאת כתנאי בל יעבור לצורך הכרה באותה הורות או שמא די שיתקיימו בשלב מאוחר יותר, טרם ההולדה.

15. במקרה שלפנינו קיימת זיקה גנטית בין המשיב 1 לקטין אף זוגיות וחיים משותפים, על פני תשע שנים, במהלכם נולד הקטין בהליך פונדקאות חו"ל. נדמה, אפוא, שאם הבקשה למתן צו ההורות הייתה מוגשת בסמוך לאחר הלידה הצו היה ניתן. כך עולה מחקירתה של העו"ס לחוק האימוץ בבית משפט קמא, עובדה אותה מאשרת ב"כ המערער בישיבת הערעור (עמ' 5 ש' 17-16 הגם שתולה היא את דברי העו"ס בחוסר אבחנה בין צו אימוץ לצו הורות). אם כך, מה טעם מצא המערער, להתנגד למתן הצו? העובדה כי המשיב 2, "גם אם תמך במשיב 1 במימוש כמיהתו לילד, ברי כי לא היה שותף בחלום, ברצון ובוודאי לא בהוצאתו לפועל ואין בהצטרפותו להליך בשלבי המאוחרים וסמוך להשלמתו כדי להפוך את הקערה על פיה ולאפשר מתן פרשנות מרחיבה ומסוכנת לכוונה המשותפת להורות מעבר לגבולות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון" (ס' 11 לעיקרי הטיעון) והחשש כי מתן צו הורות במצב דברים זה ייצור "מדרון חלקלק אשר יביא להורות הסכמית גם במקרים אחרים וקיצוניים אף יותר כמו בפרשת א.מ.י. ואף מעלה חשש לתופעה של יצירת ילדים תחת אימוץ, ואף חשש לסחר בילדים" (ס' 24 לעיקרי הטיעון).

16. לטענה המשפטית-

לטענת ב"כ המערער, על מנת לזכות בצו הורות פסיקטי חייבת להתלוות לקשר הזוגי המשותף גם "כוונה להורות עובר להוריה" להבדיל מהצטרפות לתהליך בכל שלב לאחר מכן (ס' 12 – 13 לעיקרי הטיעון, הדגשה שלי שיש'). לגישתה מדובר בתנאי שאין בלתו "וזה חייב לפני ההוריה", הרצון והכוונה, הכמיהה לילד חייבת להיות משותפת זה מה שיוצר את הזוגיות ואת השותפות" (עמ' 10 לפרוט' הדיון בערעור ש', הדגשה שלי שיש' 1-3). האמנם?

נשוב ונבהיר - על מנת לזכות בצו הורות פסיקתי יש צורך בהתקיימותם של שני רכיבים : הסכמה של ההורה המיועד, שאינו ההורה הביולוגי (הסכמה שניתנת בכתב עוד בעת ההפריה בזוגות שיכולים לבצע הפרייה בארץ), שמטרתה שהורה זה לא יהפוך להורה בניגוד לרצונו וזיקה לזיקה. כל עוד ניתנת הסכמה בשלב ההיריון (אם לא בהסכם הורות אז באמצעות ראיות כמו במקרה שלפנינו) המטרה הראשונה הושלמה ולגבי הזיקה לזיקה נבדק הקשר הזוגי המשותף ולא **רעיון** ההורות המשותף שכן מי שהם לא בני זוג לא יזכו בצו מכוח מודל זה רק בשל הרעיון שעלה במוחם להביא ילד לעולם. דרישה זו, של ב"כ המערער, שמצירת תמונה רומנטית לפיה מי שיזכה בצו הנכסף להיות הורה יחד עם בן הזוג הביולוגי יהיה **רק מי שרקם יחד עמו את חלום ההורות מבראשית**, אין לה בסיס בהיסטוריה הפסיקתית (ב"כ המערער לא הפנתה לפסיקה תומכת) שהביאה לאוויר העולם צו זה, אף לא בעמדת המערער, בנוגע לצו הורות פסיקתי, כפי שפורסמה ביום 8.2.15 (להלן : **עמדת היועץ המשפטי**).

בעמדת היועץ המשפטי נקבעו מספר קריטריונים לשם מתן הצו : קיומו של קשר זוגי במשך 18 חודשים לפחות כולל משק בית משותף ; לבני הזוג מלאו 21 שנים ; בני הזוג הם תושבי ישראל ; לא חלפו 90 ימים מיום הלידה ; תצהיר ותסקיר. אכן, גם אם לא כתוב, צריך שיתלוו לקשר הזוגי רצון וכוונה משותפים להבאת ילד לעולם. ברם, אין להוסיף לעמדה זו דרישה, שבלעדיה אין, שאלה יתקיימו טרם ההוריה. גם פרשת **א.מ.י.** ([בע"מ 1118/14](#)), [פורסם בנבו], אליה הפנתה ב"כ המערער, לא תומכת בעמדה זו, אולי להיפך. בפרשה זו אומר בית המשפט כי רישום בן הזוג כהורה שני, בהליכי פונדקאות חו"ל, נובע " **מן הקשר הגנטי שבין הזוג האחר לבין היילוד , ולא מעצם ליווי ההליך**" כעולה מחוק ההסכמים לנשיאת עוברים שממנו הוחל המודל של זיקה לזיקה גם על הליכי פונדקאות חו"ל (שם, פסקא 14 בעמ' 21 לפסק הדין ; הדגשה שלי ש"ש).

אני מסכים עם ב"כ המערער כי יש צורך ברצון וכוונה משותפים להבאת יילוד לעולם, מתוך הקשר הזוגי ואל התא המשפחתי המשותף, שאחרת נמצא את עצמנו מכירים בהורותו של אדם על קטין שתהליך הורותו החל על ידי אחר לפני שנוצר קשר זוגי ונוצרו חיים משותפים בין השניים. במקרה כזה אין מקום להכרה בהורותו של אותו אדם 'מצטרף', טרמפיסט יש לומר, גם אם הצטרף במהלך ההיריון, על דרך של צו הורות. יהא בכך משום הכרה בהורות הסכמית שאינה מוכרת בדין, לעת עתה. לשם הכרה בהורותו צריך הוא לפנות להליך של אימוץ (ראה בהקשר זה **תמ"ש (ת"א) 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, [פורסם בנבו], 14.3.13, במקרה ברור יותר, שם אומר בית המשפט מצב שאם התובעת הייתה מכירה את התובע ואת בתו לאחר הולדת הקטינה ולא הייתה שותפה כלל לתהליך ההוריה " **שאינו ייתכן והיה מקום להורות על אימוץ הקטינה**"). בה במידה אין מקום לחששה של ב"כ המערער (עמ' 4 לפרוט' הערער ש' 7 - 12), כי אבהותו של גבר (גרוש או אלמן), עם ילדים, על יילוד שתביא בת זוגו החדשה מתרומת זרע אנונימית, תוכר בדרך של צו הורות. הטעם לכך הוא שצו ההורות, המשפטי בוודאי הפסיקתי, לא נועד לתת פתרון לבני זוג שיכולים להביא לאוויר העולם יילוד ממטען גנטי של שניהם. עמדתי על כך לעיל בסעיף 13 לפסק דיני תוך הפנייה [לבע"מ 1118/14](#) [פורסם בנבו]. במקרה שלפנינו המשיב 2 אינו אדם זר, אינו צד שלישי, טרמפיסט שעלה על עגלת התהליך יש מאין. המשיב 2 היה בן זוגו של המשיב 1 במשך 7 שנים עת החל תהליך ההוריה.

הוא גם המשיך להיות בן זוגו במשך שנתיים נוספות במהלכן החל תהליך ההוריה עד לסיומו המוצלח, לקח חלק בפרק זמן לא מבוטל במימושו ושימש, על דעתו ובהסכמתו, שלא לומר בעידודו של המשיב 1, כאביו של הקטין עד לפרידתם ואף לאחר מכן ועד ימים אלה. העובדה כי המשיב 2 לא היה חלק מהתהליך בתחילתו לא צריכה, היא כשלעצמה, לשמש אבן נגף בדרכו להכרת אבהותו. ושוב, ההסכמה לתהליך נדרשת היא. בתהליך של הזרעה מלאכותית עם זרע של תורם, יש צורך בקבלת הסכמת האישה ובן זוגה לביצוע ההזרעה המלאכותית וכן בהצהרת בן הזוג כי הילד שיוולד ייחשב לכל דבר כאילו הוא ילדו הטבעי (ס' 23 להנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית). בתהליך שכזה, על פי ההנחיות, באין הסכמה והצהרה מראש של שלשת המעורבים בו, אין מתחילים בו. כך גם בתהליך הפונדקאות מכוח החוק לנשיאת עוברים. התהליך לא יתחיל אם לא יחתם הסכם לנשיאת עוברים בין האם הנושאת ולהורים המיועדים. הטעם לכך – יש קושי לכפות על הבעל (בהזרעה מלאכותית), שנעדר זיקה גנטית ישירה לילד, הורות עליו כמו גם על האם המיועדת (נשיאת עוברים), שנעדרת זיקה גנטית ישירה לילד, הורות עליו. בדומה גם בתהליך של תרומת ביציות לפי [חוק תרומת ביציות \(ס' 11 לחוק\)](#) זה. עם זאת, אין הכרח שצו הורות פסיקתי, רק בשל היותו תוצר של צו ההורות המשפטי מושא חוקים אלה (אף חוק האימוץ), כדי להכפיפו ליישום דווקני של מכלול התנאים שקבועים בהם (בע"מ 3158/18 הנ"ל פסקא 11) ולדרוש, כתנאי בל יעבור, חלום, כמיהת, רצון וכוונה משותפת כבר מלכתחילה. לא מן הנמנע שלתוך מערכת יחסים הטרוסקסואלית ייוולד ילד שאחד ההורים לא רצה בו מלכתחילה ונכונותו להיות חלק מהמשך התהליך באה בשלב מאוחר יותר, האם תישלל הורותו בשל כך? או שיוטל ספק בה? נכון, ניתן לטעון שאין הנידון דומה לראיה שהרי בהורות טבעית – גנטית מדובר והורות כזו נכפית היא מעצם מהותה. ברם, מנקודת המבט של ההורה "המצטרף" זה היינו הך אף מבחינת הקטין כך. במאמרה "[Conceiving Parents](#)" מבחינה פרופ' איילת בלכר – פריגת בין הורות המבוססת על כוונה לבין הורות פונקציונאלית. קביעה של הורות בשעת הלידה צופה פני עתיד. היא מסדירה ומקצה את האחריות של ההורה לעתיד, דבר שאינו אפשרי בהורות פונקציונאלית. מכאן יתרונותיה של הראשונה. מנגד, הורות פונקציונאלית יכולה להיקבע רק בדיעבד והיא מבוססת על טיפול בילד ועצם התפקוד של אותו אדם כהורה. עם זאת, הבחנה זו בין כוונה להורות והורות פונקציונאלית אינה דורשת שהכוונה והרצון להורות יתגבשו טרם יצירת הוולד. אכן, כוונה להורות היא טרם יצירת הוולד, עם זאת, במקרים שכוונה כזאת לא הייתה (בעיקר בגלל שההיריון לא היה מתוכנן), הכוונה והרצון יכולים להתגבש במהלך ההיריון, בשעת הלידה או מיד אחרי שהרי כוונה להפוך להורה אינה החלטה רגעית, אלא תהליך שהולך ומתפתח במשך הזמן. פרופ' בלכר – פריגת מסבירה שעצם העובדה שההיריון אינו מתוכנן לא אומר שהוא לא רצוי שכן המרחב שאנו פועלים בו הוא יותר מגוון מהריון מתוכנן = רצוי, הריון לא מתוכנן = לא רצוי. כוונה ורצון להורות בשעת הלידה או מיד אחרי, הוא עדיין צופה פני עתיד וגם הוא מכיל בתוכו ערכים חיוביים של רצון וולונטרי לשמש כהורה. עם זאת, נראה שדבריה אלה של פרופ' בלכר – פריגת מכוונים לכינונה של הורות כזו במקום שיצירת הוולד מתקיימת in the context of a long term committed relationship כשהמקרה השכיח הוא זוגות בני אותו מין או זוגות לא נשואים. (Harvard Journal Of Law & Gender Vol. 41 P.120). וזאת יש לזכור – קביעתה הורות אינה מתקיימת במנותק מחובות וזכויות. ניתן לשער שלו היו המשיבים נישאים זה לזה, במדינה שעל פי חוקיה

נישואין בין בני זוג מאותו מין מוכרים, ונישואיהם אף היו נרשמים במנהל האוכלוסין ([בג"ץ 3405/06 בן ארי ואח' נ' מינהל האוכלוסין](#), [פורסם בנבו], 21.11.06), שאלת מתן צו ההורות, גם נוכח הספיקות שהתלוו מצד המשיב 2 לתהליך, בתחילתו, לא הייתה מתעוררת, בוודאי אילו הבקשה למתן הצו הייתה מוגשת בסמוך לאחר הלידה. האם התוצאה צריכה להיות שונה רק בגלל שהזוגיות לא באה 'בברית הנישואין'?

בכל הכבוד, אינני סבור שיש להקנות לנקודת הזמן בה הפך הרצון להביא ילד לעולם, כל עוד 'המהפך' נעשה במהלך ההיריון, במסגרת קשר זוגי משמעותי, בוודאי חודשים לפני הלידה חשיבות לגבי יסוד ההסכמה שנדרש והיסוד של זיקה לזיקה, עד כדי סיכול האפשרות למתן הצו. כן יש חשיבות לנקודת הזמן, לגבי אופן קבלת ההחלטה באשר להורותו של הילד (אם משותפת מתחילת הדרך או בהחלטה יחידנית אליה הצטרף בן הזוג מאוחר יותר) בנוגע למועד חלותו של הצו אם מיום הלידה או מיום נתינתו ולא כחלק ממכלול השיקולים שעל בית המשפט לשקול לצורך מתן צו ההורות (עמ"ש 60269-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, [פורסם בנבו], 26.6.17 ו – עמ"ש 41143-01-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, [פורסם בנבו], 10.6.18).

17. למדרון החלקלק -

המערער רואה, כמאמר הכתוב, "צל הרים כהרים".

במתן צו הורות למשיב 2, בנסיבות המקרה שלפנינו, איננו מכירים במודל הורות חדש. מתן הצו, גם במקרה זה, הוא מכוח המודל של 'זיקה לזיקה' במתכונת הפסיקתית שלו. גם אם יש הרחבה מסוימת של מודל זה, ואינני סבור שיש, אין בה כדי ליצור אפילו אבק חשש של מדרון חלקלק. כל שאני מבקש לומר הוא שנקודת הזמן לצורך מתן צו הורות פסיקתי אינה חייבת להתקבע, כתנאי בל יעבור, לרגע ההפריה ואלבא דב"כ המערער אולי אף לפני כן לרגע בו נרקם החלום. לטעמי, כל עוד ציר הזמן עליו נוצר החלום משותף הוא לפני בני הזוג, כל עוד השניים ממשיכים ומתמידים בזוגיותם ובחיהם המשותפים על ציר הזמן האמור, כתא משפחתי, מתחילת התהליך ועד לסימונו המוצלח בהולדת היילוד, ובענייננו אף לאחר ההולדה, העמדת התנאי של המערער מוקשה היא בעיני ויש בה כדי להערים קושי שאינו במקומו.

טענתו של המערער כי הותרת פסק דינו של בית משפט קמא על כנו מהווה מתיחת גבולות ההכרה לכינון קשרי הורות באמצעות צו הורות פסיקתי באופן קיצוני ומסוכן לפיו כל מי שהצליח לעלות על 'הרכבת הדוהרת' טרם הלידה, הגם שלא היה שותף לרצון, לכוונה ולתהליך ההוריה, יכול ויוכר כהורה לילד באמצעות הצו (עמ' 1 לעיקרי הטיעון), חוטאת לעובדות. המשיב 2, ואומר זאת שוב, אינו איזה אדם מן הרחוב שפגש במשיב 1, בשלב כלשהו לאחר ההוריה ויצר אתו זוגיות בחינת 'יורא כי טוב' לקבלת ילד מן המוכן. אם כך היו פני הדברים לא יכול להיות ספק שעל מנת להיות הורהו של הקטין עליו לפנות בבקשה לאמצו. המודל של צו הורות מכוח 'זיקה לזיקה' לא היה עומד לרשותו. גם הטענה כי אי ההקפדה על הגבולות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בהכרה בהורות על דרך של צו הורות פסיקתי, עלולה ליצור מדרון חלקלק אשר יביא להורות הסכמית גם במקרים אחרים וקיצוניים יותר "כמו בפרשת א.מ.י.

ואף מעלה חשש לתופעה של "יצירת ילדים" תחת אימוץ, ואף חשש לסחר בילדים", אינה במקומה, בלשון המעטה. מעבר לכך שאין במקרה שלפנינו הורות הסכמית בוודאי לא סחר בילדים, בפרשת א.מ.י. בה מוצאת ב"כ המערער תימוכין לטענתה, לאף אחד המעורבים לא הייתה זיקה גנטית ליילוד גם לא קשר של זוגיות ושיתוף בין מי מהשלושה שהיו מעורבים בתהליך (מקרה מובהק של הורות הסכמית ואף חשש לסחר בילדים). במקרה שלפנינו שני התנאים הללו מתקיימים.

בכל הכבוד, דומה שגם ב"כ המערער לא מאמינה בקיומו של החשש האמור ודרישתה/ עמדתה כי הרצון והכוונה והכמיהה לילד חייבת להיות משותפת (ועל כך אין חולק) אלא שאלה צריכים להיות מתחילת התהליך היא רק כי כך נכון לדעתה. הראיה – ב"כ המערער נשאלה על ידי בית המשפט: הזיקה לזיקה מורכבת משניים, זיקה גנטית והזיקה לזיקה נגזרת מהזיקה הגנטית, בהתקיים שני התנאים שחברתי (צ"ל גבירתי) מדברת תנאי ראשון התקיים תנאי שני (רצון וכוונה וכמיהה מתחילת התהליך ש"ש) אנחנו אומרים אז מה, מה יקרה אם אחרי חודשיים שלושה, אבל עוד לפני שהקטין נולד הצטרף, הפך להיות באמת מסור לתהליך, וגם לאחר הלידה טיפל וכו' איפה המדרון החלקלק? תשובתה הייתה "קשה לי לענות לבית המשפט כרגע, עדיין בעיני זה חלק מהשותפות. הדברים קשורים אחד בשני, שזורים אחד בשני וזה חייב לפני ההוריה, כי הרצון והכוונה, הכמיהה לילד חייבת להיות משותפת זה מה שיוצר את הזוגיות ואת השותפות" (הדגשה בקו שלי ש"ש).

18. טובת הילד -

טובת הילד אינה עילה עצמאית, כשלעצמה, למתן צו הורות פסיקתי כמו שטובת הילד אינה עילה עצמאית, כשלעצמה, למתן צו אימוץ. (ס' 41 לעיקרי הטיעון של המערער). חרף התרשמותו של המערער אני סבור שגם בית משפט קמא לא סבר אחרת. מכל מקום, אני מוכן להגדיל ולומר שכמו שלאחר הכרזת ילד כבר אימוץ על ידי בית המשפט לא ניתן צו האימוץ באופן אוטומטי אלא עליו לבחון אם טובת של הילד מצדיקה מתן הצו, כך גם במתן צו הורות. טרם מתן צו ההורות צריכה להתקיים בידי העותרים לכך העילה לנתינתו קרי, התקיימותם של התנאים למתן צו הורות. בהתקיים תנאים אלה על בית המשפט לבחון אם טובתו של הילד – הילד הספציפי שעניינו עומד לדיון – מצדיקה את מתן הצו.

ומה במקרה שלפנינו?

משבאתי לידי מסקנה כי בנסיבות המקרה שלפנינו התקיימו התנאים שמקיימים בידי המשיב 2 את העילה לעתור למתן צו הורות פסיקתי יש לבחון האם מתן הסעד ישרת את טובתו של הקטין.

התשובה, לטעמי, מתבקשת. חיובית. יש לעגן את ההורות של המשיב 2 כלפי הקטין, את אבהותו כלפיו, בדרך של צו הורות, משום טובתו.

עמדתה השלילית של ב"כ המערער בהקשר האמור נובעת, להבנתי, מנקודת המוצא עליה מבוסס כל הערעור שלה – משלא התקיימה העילה, מבחינת התנאים, למתן צו הורות פסיקתי,

אין מקום להעניק אותו רק משום טובתו של הקטין. כך בסעיף 58 לעיקרי הטיעון שלה : " **בנסיבות אלה יטען המערער כי טעה בית משפט קמא בקביעתו בסעיף 278 לפסק דינו לפיה ' אם טובת הקטין היא נוכחות של התובע בחייו, שיקול זה צריך עיגון בדין ובצו שיפוטי, ושלילת הורות אינה פתרון לקשיי קשר בין הורים'. קביעה זו של בימ"ש מוטעית, שגויה ואף אינה עומדת במבחן ההיגיון שכן, לא ניתן לשלול הורות ממי שהורותו מעולם לא כוננה בדין ואינה מוכרת כלפי כולי עלמא וכי טובת הקטין, גם במידה וזו אכן טובתו, אינה מהווה עילה עצמאית לכינון יחסי הורות".** כך, גם בסעיף 43 לעיקרי הטיעון שלה, טוענת ב"כ המערער כי לא ניתן לעשות שימוש בטובת הקטין לצורך הכרה בהורות במקום שזו נוצרה "בדרך בלתי מוכרת בדין". צא ולמד, בהינתן שב"כ המערער לא התכוונה לומר כי הורות פסיקתית, בדרך של צו הורות פסיקתי, היא דרך בלתי מוכרת בדין ליצירת הורות, להיפך, אזי אילו היה המשיב 2 חולק עם המשיב 1 את הרצון והכוונה להביא את הקטין לעולם עוד מתחילת התהליך, כפי דרישתה, קמה בידו העילה לקבלת הצו ודומה ששאלת טובת הקטין לא הייתה מתעוררת כלל.

בהינתן שנקודת הזמן, המאוחרת קמעא להליך ההוריה, בה הצטרף המשיב 2 לתהליך לא מהווה כשלעצמה חסם בפני מתן צו ההורות (כך לטעמי ואם דעתי תתקבל) ; בהינתן שמרגע שחבר המשיב 2 למשיב 1 בכמיהה להבאתו של פרי ההפריה לעולם, לתוך התא המשפחתי שהם, שניהם, מקיימים מזה 7 שנים ; בהינתן שמרגע קבלת ההחלטה התמסר המשיב 2 לתהליך, נטל בו חלק באופן אישי וגם במימונו, גם אם לא באופן ישיר (ס' 49 לעיקרי הטיעון של המשיב 2) ; בהינתן שמרגע קבלת ההחלטה לעשות כן, להיות אב לקטין שבדרך, נרתם לתהליך והחל לתפקד כאב מיועד ולאחר הלידה כאב בפועל תוך שהוא מתחייב לאבהותו (קביעות עובדתיות של קמא שרק חלקן הובאו ולא נרחיב בהן), בהינתן כל אלה, קמה העילה להכרה בהורותו באמצעות מתן צו הורות פסיקתי.

במצב דברים זה האם ניתן לטעון כי טובת הקטין לא מצדיקה מתן הצו?

אין מחלוקת שהקטין נולד לתוך מציאות חיים זו של שני אבות. מציאות זו חיה ונושמת. הקטין חי בה ונושם אותה, גם לאחר פרידתם, חזרתם לחיים משותפים כתא משפחתי (עם חתימת השניים על ההסכם בו אשרו מציאות חיים זו) וגם לאחר פרידתם בשנית תוך שהם מקיימים במערכת היחסים הפנימית ביניהם, את ההסכם עליו חתמו, שאושר וקיבל תוקף של פסק דין. הסכם זה לא בוטל והמשיב 1, שמכיר ומקבל מציאות חיים זו, לא עתר לביטולו. בנסיבות חיים אלו טובתו של הקטין מצדיקה, אף מחייבת עיגון הורותו של המשיב 2 כלפיו. גם ב"כ המערער מסכימה לכך. היא מבקשת להפנות את המשיב 2 להליך של אימוץ, משום גישה בנוגע ל'נקודת הזמן', בהתבסס על ההסכם שחתמו (ס' 35 לעיקרי הטיעון שלה). דא עקא שכבר בפתח הדיון בערעור התברר שהשניים נפרדו כך שהליך אימוץ אינו ישים. מדוע אם כן לא לעגן את ההורות באמצעות דרך שמוכרת בדין – צו הורות פסיקתי?

ב"כ המערער מפנה לשיהוי הרב, שבית משפט קמא לא נתן לו משקל, בהגשת התביעה. אכן, התביעה לא הוגשה בסמוך ללידה. בית משפט קמא שמע את ההסבר לשיהוי וקיבל אותו. אינני סבור שיש להתערב בהחלטתו מה גם שהחשיבות למועד בו מוגשת התביעה נוגעת לשאלת מועד תחולתו של הצו, אם מיום הלידה אם מיום נתינתו, ואין להקנות חשיבות יתרה ל - 90 הימים

שנקבעו בעמדת היועץ המשפטי (בע"מ 3518/18 [פורסם בנבו] הנ"ל פסקא 13). גם העובדה שהתביעה לא הוגשה במשותף אלא על ידי המשיב 2, לאחר הפרידה, אין בה כדי למנוע את מתן הצו. עיקר העיקרים, כך הפסיקה, היא טובת הקטין. דווקא התהפוכות שחלו במערכת היחסים בין המשיבים, האב הגנטי והאב המיועד, מחייבים לטעמי, מבחינת טובתו של הקטין שרואה במשיב 2 את הורהו השני, עיגון הורותו בצו הורות על פני הותרתה מעוגנת באותו הסכם שנחתם, אושר וקיבל תוקף של פסק דין. מבחינה זו, אף אני סבור, כבית משפט קמא, כי המשבר שפקד את בני הזוג עת היה הקטין כבן שנתיים, בעקבותיו נפרדו השניים, והעובדה כי הם חזרו ונפרדו שוב, כמו גם השוני בהשקפות העולם של כל אחד מהם שיש בו כדי להשפיע על התפיסה הטיפולית של מי מהם בקטין, כל אלה, אין בהם כדי להוות טעם למנוע את ההכרה בהורותו של המשיב 2 על הקטין בוודאי על רקע ההסכם שנחתם, אושר וקיבל תוקף של פסק דין, הסכם לו מחויב המשיב 1.

מועד תחולת הצו

19. המחלוקת בפסיקה בהקשר זה באה על פתרונה בבע"מ 3158/18.

צו ההורות הינו צו מכוון ותוקפו מיום נתינתו. אין הוא מצהיר על ההורות אלא יוצר אותה.

בהינתן הצטרפותו של המשיב 2 לתהליך; פער הזמנים בין הלידה לתביעה והעובדה כי זו הוגשה שלא במשותף כמו גם התהפוכות שחלו במערכת היחסים בין השניים ו "עיקר העיקרים" לא השתכנעתי כי תחולה רטרואקטיבית של ההורות, בנסיבות של המקרה שלנו, "תואמת את הצורך המהותי במיסוד הקשר המשפטי" בין הקטין למשיב 2 מיום הלידה ואין בה, בהכרח, כדי לשרת במובן "הממשי – מהותי", את טובתו (בע"מ 3518/18 [פורסם בנבו], אמליץ לחברי להרכב לקבל את הערעור בנקודה זו ולקבוע כי תחולתו של צו ההורות שניתן בפסק דינו של בית משפט קמא תהא מיום נתינתו.

סוף דבר

20. אם דעתי תישמע הערעור יידחה בכפוף לקביעה כי צו ההורות הפסיקתי שניתן על ידי בית משפט קמא בפסק הדין מושא הערעור תוקפו יהא מיום הינתנו קרי מיום פסק דינו של בית משפט קמא.

משהערעור בשאלת מועד תחולת הצו התקבל לא יעשה צו להוצאות.

פסק הדין ניתן לפרסום במתכונת בו נחתם ללא פרסום שמות הצדדים ופרטים מזהים אחרים.

שאל שוחט, שופט
סג"נ-אב"ד

כבוד השופטת עינת רביד:

אני מסכימה ומצטרפת לכל האמור בפסק דינו של חברי, אב"ד השופט שוחט.

אינני יכולה שלא להתייחס לטענות המשיב 2 כלפי המערער על עצם ההליך, שלטעמי לא היה להן מקום במקרה זה. המקרה עורר קשיים, כאשר להצטרפות המשיב 1 רק בשלב ההיריון מתווסף שיהוי משמעותי בפנייה להסדרת האבהות במישור הפורמלי. לפיכך, לטעמי, צדק המערער בכך שהעמיד סוגיה זו לבירור משפטי.

עינת רביד, שופטת

כבוד השופט נפתלי שילה :

אני מסכים לפסק דינו של חברי, אב"ד, השופט שוחט. הגבלת ההכרה באבהות מכוח "זיקה לזיקה" רק למצב בו היה רצון והסכמה משותפת להבאת היילוד לעולם עוד בטרם שנוצר ההיריון, היא הגבלה שאין לה ביסוס בדין והיא מנוגדת לטובת הקטין. מנגד, אני משאיר בצריך עיון את השאלה האם יש צורך שהקשר הזוגי יחל עוד לפני תחילת ההיריון. ייתכן ש"המועד הקובע" לצורך הכרה בהורות על פי מסלול זה, הוא כשקשר הזוגיות עם בעל הזיקה הגנטית היה שריר וקיים ביום הלידה. אכן, כב' השופט הנדל ברע"מ 1118/14 הנ"ל [פורסם בבנו] קובע כי יש צורך שהקשר יחל "עובר להריון וללידה". אולם, ייתכן שאם הוכח שקשר זוגי יציב נוצר בסמוך לאחר תחילת ההיריון והוא נמשך גם לאחר ההיריון והלידה, ניתן יהיה להכיר בבן הזוג של בעל המטען הגנטי כהורה של היילוד, אף שהזוגיות החלה לאחר תחילת ההיריון. זאת, בהתחשב בעקרון טובת הילד ועיגון מצב של הורות בפועל גם באופן משפטי. ברם, במקרה דנן אין צורך להכריע בשאלה זו ואציע להותירה בסימן שאלה.

נפתלי שילה, שופט

הוחלט בהתאם לפסק דינו של סג"נ-אב"ד כבוד השופט שוחט.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, י' אייר תש"פ, 04 מאי 2020, בהעדר הצדדים.

נפתלי שילה, שופט

עינת רביד, שופטת

**שואל שוחט, שופט
סג"נ-אב"ד**

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

שאל שוחט 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה