

בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תנ"ש 4355-08-13 א' ואח' נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים - תל אביב

בפני כב' השופט ארז שני

התובעים:

1. מ.א.ד.
2. ש
3. ר.א.ד (הקטינה)

נגד

הנתבע:

היועץ המשפטי לממשלה

חקיקה שאוזכרה:

- [חוק הסעד \(סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים\), תשט"ו-1955: סע' 2](#)
- [חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981](#)
- [חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962: סע' 28](#)
- [חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995](#)
- [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\), תשנ"ו-1996](#)
- [חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980: סע' 1](#)
- [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סע' 8](#)

מיני-רציו:

* ביהמ"ש לענייני משפחה פסק כי לא בכל מקרה של פונדקאות חו"ל יידרש תסקיר לשם הכרעה במתן צו הורות ככל שלא מדובר בהורות גנטית. במקרה דנא נקבע כי די בחומר הראיות כדי ליתן לתובע 1 (המקיים תא משפחתי עם התובע 2 – האב הביולוגי), צו הורות ללא צורך בתסקיר.

* משפחה – פונדקאות – פונדקאות בחו"ל

* משפחה – פונדקאות – הורות

* משפחה – אבהות – הוכחתה

התובעים הם זוג גברים המנהלים תא משפחתי, המגדלים קטינה שנולדה להם בהליך פונדקאות חו"ל. שניהם מבקשים להירשם כאביה של הקטינה. אין חולק כי ש' – האב הגנטי, זכאי להירשם כאביה של הקטינה ומוסכם על המדינה, כי גם מ' יוכר וירשם כאביה על דרך מתן צו הורות פסיקתי. ברם לעמדת המדינה, צו הורות פסיקתי כרוך, בבחינת מעשה אוטומטי, בהגשת תסקיר מטעם השירות למען הילד. התובעים מתנגדים להזמנת כל תסקיר.

ביהמ"ש לענייני משפחה קבע כי אין צורך בתסקיר בענייננו, מהטעמים הבאים:

השאלה מהו המקור החוקי לדרישת תסקיר ואם צריך לדורשו בכל מקרה יהא אשר יהא, טרם הוכרעה בפסיקת ביהמ"ש העליון.

נקבע כי משעה שחוק האימוץ או חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות") אינו חל על הליכי פונדקאות חו"ל, אין בו כדי לכפות תנאיו על התובעים.

לעמדת ביהמ"ש, המסגרת החוקית היחידה הקיימת בעניין היא סמכות ביהמ"ש ליתן צו אבהות מכוח ס' 1(4) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, אשר אין בה כל הנחייה מפורשת בדבר האמצעים בהם על ביהמ"ש לנקוט לשם הכרעה במתן צו ככל שלא מדובר באבהות גנטית (לרבות עריכת תסקיר); לעמדת ביהמ"ש רצוי בענייננו ליטול בגדרי אנלוגיה מחוק הפונדקאות את מנגנון צו ההורות הפסקתי אך אין חובה, במקרה המתאים ליטול גם את החיוב בתסקיר. אמנם, התסקיר כשלעצמו כלי חשוב הוא, פגיעתו אפסית ובוודאי מידתית. ברם, במציאות הקיימת, קבלת תסקיר דווקא מן השירות למען הילד שהמתנה לו אורכת שנים, היא עניין מכביד. לכן, משלא נקבע כן בחוק, או בפסיקת ביהמ"ש העליון, אין לדרוש בהליכי פונדקאות חו"ל תסקיר בדווקנות וללא טעם הגיוני לדרישתו. ביהמ"ש רשאי, להכריע בעניין על סמך מכלול שיקולים ובהתאם לנסיבות של כל משפחה ומשפחה, בכפוף לעיקרון העל של טובת הקטין (כפי שנקבע בתמ"ש (ת"א) 21182-04-13).

בנסיבות המצטברות בענייננו, נקבע כי די בחומר הראיות כדי ליתן את הצו ללא צורך בתסקיר.

פסק דין

המחלוקת

עובדות שאינן שנויות במחלוקת

1. התובעים 1 ו-2 (להלן: "מ' ו-ש'"), שני גברים בני זוג מבקשים כל אחד להיקרא אביה של קטינה ילידת 2013.
2. ש' הוא אביה הגנטי של הקטינה ואין מחלוקת כי הוא זכאי להירשם, ככל שלא נרשם עדיין, בכל מרשם המתנהל על פי דין, כאביה של הקטינה.
3. בהסכמת ב"כ היועמ"ש, הוריתי ביום 23.2.2014 כי מ' ישמש, עד למתן החלטה אחרת, כאפוטרופוס שווה זכויות לש', בקטינה.
4. שני בני הזוג מנהלים – ואני מניח שבחיבה וברעות – חיים משותפים, כתא משפחתי לכל דבר ועניין, מאז שנת 2007 וכך הם פני הדברים עד עצם היום הזה.

5. ביום 28.12.2010 חתמו השניים על הסכם חיים משותפים וביום 1.1.2013 אישר המל"ל כי עדכן רישומיו, כך שהשניים נרשמו כבני זוג ידועים בציבור.
6. ביום 28.12.2010 גם חתמו השניים על הסכם הורות ועל צוואות, וביום 12.11.2012 אף איחדו את שם משפחתם, כך שכל אחד מהם נושא בנוסף לשם משפחתו גם את שם משפחת האחר.
7. דומה כי לא יהא עורר על כך שהשניים עשו מאמץ יתר לבסס וליתן סימנים חיצוניים ולא רק פנימיים בזוגיותם למען ידע העולם כולו כי תא משפחתי המה.
8. ביום 9.4.2012 חתמו המבקשים ואזרחית ארה"ב על הסכם פונדקאות. אותה אישה הרתה מזרעו של ש' והופרתה בביצית של תורמת אנונימית וכך באה לעולם הקטינה הגדלה בביתם של השניים, אשר ממנו את ההליך, תרמו שניהם מזרעם ולא ידעו בשעתו, זרעו של מי יפריה את הביצית הנתרמת.
9. כאמור, השניים מגדלים את הקטינה. איש מהם אינו כופר במשמורת או בהורות רעהו ודווקא מ' הוא אשר יצא לחופשת לידה עם בוא הקטינה לאוויר העולם.
10. מכוחו של פסק דין אשר ניתן בארה"ב, אזי לא לתורמת הביצית גם לא לאם הפונדקאית אין מעמד כלשהו כלפי הקטינה ואין רשומה לקטינה אם.
11. העובדות הנ"ל ידועות היו למשיב גם עת בוצע והושלם תהליך התאזרחותה של הקטינה בישראל ועל כל העובדות לעיל איש לא חלק גם לא ביקש לחקור אודותם.

מחלוקת על שום מה?

12. המעיין בסעיף 3 לסיכומי התובעים גם בפרוטוקול הדיון מיום 23.2.2014 יגלה כי מוסכם על הכל כי הדרך על פיה יוכר וירשם גם מ' כאביה שווה הזכויות של הקטינה ולא רק כאפוטרופוס לה, היא על דרך מתן צו הורות פסיקתי.
13. אלא מאי? שב"כ היועמ"ש גורסת כי צו הורות פסיקתי כרוך, בבחינת מעשה אוטומטי, בהגשת תסקיר מטעם השירות למען הילד שההמתנה לו יכולה לארוך שנים להבדיל מכל תסקיר אחר שההמתנה לו יכולה לארוך "רק" כשנה או קרוב לכך ואילו המבקשים להתרשמותי גם על מנת לסלול נתיב לבאים בעקבותיהם, בני קהילתם, מתנגדים לשתף פעולה עם תסקיר כלשהו ולפלישה, "לא נחוצה" לדעתם, לפרטיותם.
14. למרות מה שהתובעים קוראים "עקרונות", אזי כל עניינו של פסק דין זה אינו אלא בשאלה, היש צורך בנסיבותיו הספציפיות של תיק זה בהזמנת תסקיר.

טענות התובעים

15. את טענות התובעים אתמצת כדלהלן:
- א. משנקט [סעיף 2 לחוק הסעד \(סדרי דין בענייני קטינים חולי נפש ונעדרים\)](#) תשל"ו-1955 בלשון "רשאי ביהמ"ש לצוות ... ולחוות דעתו בתסקיר בכתב" אין ביהמ"ש כפוי לדרוש בכל מקרה ומקרה הגשת תסקיר.
- ב. בהסתמך על [בע"מ 27/06](#) (פמ"מ) [פורסם בנבו] שהלכתו מקובלת על הכל ולפיה אין ביהמ"ש משמש "חותמת גומי" לחו"ד מומחה, יש ללמוד כי רשאי ביהמ"ש להחליט במקרים מסויימים שאין הוא זקוק למומחה כלל.
- ג. משניתן פסק דינו של חברי, כב' השופט אליהו בתמ"ש (ת"א) 21182-04-13 (פמ"מ) יש ללמוד כי אין לדרוש תסקיר בדווקנות וללא טעם הגיוני לדרישתו להפך ביהמ"ש רשאי גם רשאי, שעה שטעמיו עימו, להחליט כי אין צורך להפוך הורות

שאינה ביולוגית להורות "חשודה" הדורשת הוכחת כשירות יתר בפני המדינה, שהרי הזכות להורות זכות יסוד היא.

ד. בהמשך להלכת [בג"צ 7052/03](#) [פורסם בנבו] (פמ"מ) יש להעדיף לעולם אמצעי משפטי שפגיעתו פחותה.

ה. אישור המל"ל בדבר היות הצדדים בני זוג מגלה כי קיומו של התא המשפחתי נבדק ואומת על ידי חוקרי המל"ל.

ו. מכלול הראיות אשר עמד בפני כב' השופט אליהו דומה מאד לזה אשר בעיינו.

ז. ההמתנה הממושכת לתסקיר לא תעלה בקנה אחד עם טובת הקטינה, ובאין חשש לטובת הקטינה אין צורך בתסקיר.

ח. העובדה כי בעבר אירע מקרה בו ביקשו הורים לבטל צו הורות פסיקתי, אין לה דבר וחצי דבר עם המקרה שבכאן. לא התסקיר הוא אשר ימנע בעתיד כל דיון נדרש בטובת הקטינה.

ט. עריכת תסקיר מכוח חוק האימוץ או חוק הפונדקאות מחייב גם את חקירת הקטין, ואולם קטינה זו שבכאן עדיין לא הגיעה ממילא לגיל בו תוכל להשיב.

י. אין לקבל את עמדת המשיב ולפיה יש לדרוש תסקיר מכוח אנלוגיה לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות" או "החוק לנשיאת עוברים") הן הואיל וזה אינו חל על פונדקאות חו"ל, (ומשכך יש לנהוג על פי [סעיף 2](#) לחוק הסעד), והן הואיל ואין המצב בחוק לנשיאת עוברים על פיו נערך התסקיר טרם נמסר התינוק להורים, דומה לזה שבכאן, בו הקטין כבר נוכח זה זמן בחיי המשפחה.

- יא. גם פסק דינו של כב' השופט אליהו עמד על השוני בין החוק לנשיאת עוברים לבין פונדקאות חו"ל.
- יב. אין גם לגזור אנלוגיה שווה בין [חוק אימוץ ילדים](#) התשמ"א-1981 לבין הענין שבכאן, שכן גם שם נעשה התסקיר טרם מתן הצו. זאת ועוד, בכאן לא לזרים אשר לא "יזמו" את הולדת הקטין נמסר הקטין, אלא להוריו מולידיו, "יוזמי הולדתו", שרק יד המקרה בחרה מי מהם יהא אביו הביולוגי.
- יג. אם ההלכה אשר יצאה תחת ידי כב' השופטת סנונית - פורר בתמ"ש (ת"א) 35043-06-12 הסכימה להכיר באימוץ מצב ולפיו ע"פ דיני מדינת הלידה (המדינה הזרה) יוצרים חבות של שני ההורים (שם הטרנסקסואליים) כלפי הקטינה בבחינת חבות משותפת ומוחלטת. כך הם פני הדברים גם בכאן וכך הם דיני המדינה הזרה בה נהרתה הקטינה.
- יד. הסכמת ב"כ היועמ"ש למתן צו אפוסטרופסות למי וללא תסקיר אף מכוח [סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות](#) מהווה למעשה הכרה במעמדו של מי כהורה "מעשי" ובמילותיי (א.ש.) הורה "דה פקטו".
- טו. כנובע מהלכת [בג"צ 6569/11](#) ו**[בג"צ 566/11](#)** [פורסם בנבו] (פמ"מ), אזי יש להביט באמירתם של שופטי בג"צ (כב' המשנה לנשיא, כב' השופטת מ' נאור) ולפיה עמדת המדינה בנוגע לתסקירים "מחייבת בחינה נוספת ... ככל שבכלל יש להם מקום". כמאפשרת לבית המשפט לוותר במקרה המתאים על דרישת התסקיר, ואכן אגב [בג"צ 566/11](#) [פורסם בנבו] נפסק כי הסמכות היא לביהמ"ש לענייני משפחה לדון בסוגיה ורשאי הוא לקבוע הורות ביולוגית גם ללא בדיקה גנטית אלא על סמך ראיות אחרות.

- טז. אם ניתן לוותר על בדיקת רקמות הנדרשת מכח "כלל הראיה הטובה ביותר", מדוע לא נוכל לוותר (כפי שסבר כב' השופט אליהו) על תסקיר שהוא לכל הדעות מדעי פחות מבדיקת רקמות?
- יז. עסקינן במציאות משפטית משתנה המתקדמת כל העת, המציאות הטכנולוגית והחברתית משתנה, ומשאישרה ועדת השרים לענייני חקיקה ביום 2.3.14 הצעת תיקון לחוק הפונדקאות ולפיה רק במקרה חשש לפגיעה בטובת קטין או חזרתה בה של האם הנושאת, יידרש תסקיר, ניתן לוותר בנסיבות שבכאן על דרישת תסקיר כלשהו.
- יח. תסקיר לפי טיבו נועד לבחון בקשה לשינוי מצב קיים, לא זה המצב בכאן, שהרי בכאן אין מבוקשת אלא גושפנקא למצב קיים.
16. תהא תוצאת פסק הדין אשר תהא, בכל מקרה ראוייה ב"כ התובעים לשבח על סיכומיה – אכן דברים כדורבנות ואני מסכים עם רובם.

טענות ב"כ היועמ"ש

17. טיעונים אלה אנסה לתמצת כך:
- א. לדידה של המדינה אין ליתן צו הורות פסיקתי ללא תסקיר, וזה צריך להיערך על ידי השירות למען הילד דווקא.
- ב. כבר ניתנו על ידי בית המשפט צווי הורות שכאלה לאחר הגשת תסקיר ועל פי החוק לנשיאת עוברים.
- ג. לא ניתן לבדוק טובתו של קטין ללא תסקיר.

- ד. במדינת ישראל יש רק 3 מישורים לקביעת הורות: ביולוגית, אימוץ ופונדקאות על פי החוק לנשיאת עוברים, ואין בנמצא חקיקה אחרת המאפשרת הכרה בהורות.
- ה. כנובע מהלכת בג"צ 6483/05 [פורסם בנבו] (פמ"מ) אזי כאשר מתעורר ספק באשר לזיקה הביולוגית של ילד כלפי מבקש הרישום כהורה, עשויות להידרש ראיות אובייקטיביות להורות. מטרת המרשם היא לשקף את ההורות הביולוגית של האם והאב לילדיהם.
- ו. הורות שאינה ביולוגית אינה נתונה לרצון הפרט אלא שעליה להעשות על דרך "צו הורות פסיקתי" וזה דורש בכל מקרה כעניין מנדטורי תסקיר על פי החוק לנשיאת עוברים.
- ז. התסקיר בוחן בחינה אובייקטיבית מעמיקה של טובת הקטינה ואינו מעדיף את עניין ההורים אשר בחרו בהליך של פונדקאות חו"ל במקום לפעול בישראל על פי חוק הפונדקאות הקיים בה.
- ח. אין להקל על מי שבחר בפונדקאות חו"ל ולהפלותו לטובה לעומת מי שבחר בפונדקאות בישראל.
- ט. רצון המחוקק הוא שבכל בחינת הורות שאינה ביולוגית יעשה תסקיר.
- י. יש לעשות אנלוגיה מכך שכאשר מבוצע אימוץ בחו"ל (להבדיל מפונדקאות) עדיין נדרש תסקיר טרם אישור האימוץ.
- יא. להבדיל מהליכי פונדקאות בארץ, אזי פונדקאות חו"ל היא הליך בלתי מפקח שאינו בוחן מראש טובת הקטין ואין לגביו לעת הזו הסדר חקיקתי. משכך, טיבה של פונדקאות חו"ל שהתובעים מציבים את המדינה בפני עובדה קימת ולפיה הם מופיעים ותינוקם בידם.

- יב. אין לאפשר הורות לא ביולוגית אוטומטית ללא אפשרות פיקוח ולו מינימאלית על טובת הקטינה, פיקוח זה נעשה על דרך עריכת התסקיר.
- יג. מטרת התסקיר היא לעמוד על טיבו של התא המשפחתי.
- יד. משמעות ההפטר מתסקיר הוא מנגנון הורות פרטית מבלי שהמדינה או בית המשפט יהיו צד להם.
- טו. בג"צ לא קבע מפורשות כי אין צורך בתסקיר ומכך יש ללמוד על הצורך בו.
- טז. מעיון בפרוטוקול הדיון מיום 23.2.14 תמצא עוד מספר טיעונים ובהם:
- 1) גם זוגות הטרוסקסואליים נדרשים לתסקיר ולפיכך אין מדובר באפליה.
 - 2) לא ניתן להסתפק בתסקיר שירותי הרווחה לאור חשיבותה של הורות.
 - 3) אפטרופסות לא שווה במעמדה להורות.
 - 4) נכון שאפטרופסות ניתנת כאשר אדם מתפקד כהורה ויש לו צורך בהכרה משפטית בדבר זכותו לקבל החלטות לענין הקטין. אך באישור הורות להבדיל מ"סתם אפטרופסות", יש לבדוק האם הקטין רואה במבקש הורה אף שלאור גיל הקטינה בכאן לא ניתן לבחון זאת. אך נבדקת יציבות הבית.

דיון והכרעה

עניין של מציאות

18. הבדחנים שבין המשפטנים נוהגים לומר כי המשפט כולו נשלט על פי "סעיף 1 לחוק ההגיון" והמכירים בחכמת ישראל סבורים כי תמצית המשפט מצויה בציווי ו"עשית הישר והטוב".
19. במילים אחרות השכל הישר, תחושת ההגינות, ההכרה במציאות ובתוצאותיה (כל עוד אין מתבקשת הכרה במוסדר שהוא בלתי מוסרי), ופעולה הגיונית אגב חתירה לצדק, היא בתכלית ובשורש המשפט.
20. עמידה דווקנית על נוהל רק כי נוהל הוא ובלא עיגון חקיקתי או פסיקתי מפורש ומבלי שימצא הסבר מספק לענין הדבקות בנוהל (שהרי הנוהל רק של המשיב הוא) אין בה די.
21. משולים הדברים לחוזה שצד מנסה לקיימו בדווקנות ובדקדקנות יתרה עד כדי הכבדה על ביצועו של החוזה (וראה: [ע"א 1966/07](#), [פורסם בנבו] פמ"מ) ובכך הוא מגיע כדי החטאת מטרת החוזה.
22. הבה נתפוס את השור בקרניו. פונדקאות חו"ל נוכחת עימנו, הסדר חקיקתי לגביה אין, והשאלה מהו המקור החוקי לדרישת תסקיר ואם צריך לדורשו בכל מקרה יהא אשר יהא, טרם הוכרע בפסיקת בית המשפט העליון.
23. אוסיף ואומר כי להתרשמותי אכן דבק הנתבע בדרישת התסקיר בכל המקרים כמעשה אוטומטי הנובע לטעמו מדרישת החוק. ואולם אותו חוק (חוק האימוץ או חוק הפונדקאות) משעה שאינו חל על התובעים, אין בו כדי לכפות תנאיו עליהם.
24. אדם אינו חב כאוטומט בהוראות חוק המיושם לגביו מכוח אנלוגיה. עצם ביצוע האנלוגיה מאפשר ביצוע התאמות שונות למקרה הספציפי או העזרות באנלוגיה רק לגבי מקצת הוראות החוק תוך מחילה או התאמה של חלקן האחר.
25. במילים אחרות כאשר חל חוק ספציפי על אדם יש לציית לו כולו, כרוחו וכלשונו.

כאשר טוען הנתבע "אין חוק" ולכן יש ללמוד אנלוגיה מכוח חוק אחר, אזי אין הכרח לקבל את אותו חוק אחר על דרך אימוץ כל תנאיו גם אלו שאינם דרושים למקרה שבפנינו.

26. מקובל עליי האמור בסעיפים 5 – 6 לסיכומי תשובתם של התובעים אשר התייחסו לפסק דינו של חברי השופט יחזקאל אליהו בתמ"ש (ת"א) 21182-04-13 [פורסם בנבו] וכתבו בין השאר כך:

"כידוע, נכון להיום לא קיימת חקירה מוסדרת בקשר להליכים משפטיים הנלווים להליך פונדקאות המבוצע בחו"ל ועל כן המסגרת החוקית היחידה הקיימת היא הסמכות המסורה בידו של בית המשפט הנכבד ליתן צו אבהות מכוח ס' 1(4) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, אשר אין בה כל הנחייה מפורשת בדבר האמצעים בהם על בית המשתמש לנקוט לשם הכרעה, ככל שלא המדובר באבהות גנטית (לרבות עריכת תסקיר). התייחס השופט אליהו לעניין זה בפסק דינו:

"עוד יודגש כי חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 קובע בסעיף 1(4) את הסמכות העניינית לדון ב"תובענה לאבהות או לאמהות". בית המשפט לענייני משפחה איננו קובע אבהות ואמהות רק על בסיס חוק ספציפי זה או אחר בלבד (חוק האימוץ ו/או חוק הפונדקאות) ואינו מוגבל רק בכך. ההורות עפ"י החלטת בית המשפט נקבעת בסופו של יום על סמך מכלול שיקולים ובהתאם לנסיבות של כל משפחה ומשפחה כפי שהן עולות מההליך כשכל אלה כפופים לעיקרון העל של טובת הקטין".

(סעיף 67 לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור).

בהיעדר הוראה חוקית, מנסה המשיב להכפיף את המבקשים להוראות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו

1996 (להלן: "חוק הפונדקאות") העוסק בהליכי פונדקאות המתקיימים בישראל, אך ברור כי ההכפפה הנ"ל הינה כפוייה ומלאכותית. השוני המהותי בין הליכי הפונדקאות המתקיימים בחו"ל לבין אלה שבארץ מחייב שוני בהתייחסות ובתוצאה, בעיקר בכל הנוגע לעריכת תסקיר. יפים לעניין זה דבריו של השופט אליהו במסגרת תמ"ש 21182-04-13:

"כל עוד לא הוסדר נושא פונדקאות חו"ל הוא מקביל לחוק הפונדקאות אך אינו יונק את חיותו מכוחו. הואיל וחוק הפונדקאות לא חל על התובעים לא ניתן להכפיפם לו ולהחיל את הוראותיו עליהם". (סעיף 52 לפסק הדין).

27. משכך, אין לי מפלט מן הצורך לקבוע האם, לעת פונדקאות חו"ל, מהווה דרישת התסקיר בבחינתך "מולך" שיש להשתחוות לו תמיד, שמא אך כלי ראיתי הוא, אחד מיני רבים המצוי בכליו של בית המשפט.

טיבו של תסקיר

28. אגב הדיון שקיימתי, שמעתי מפי התובעים אמירות ולפיהן התסקיר הוא הליך פולשני, מנוגד לטובת הקטינה בלתי מידתי או מפלה.

29. דעתי אינה כדעת הסוברים כאמור לעיל. התסקיר כשלעצמו כלי חשוב הוא, פגיעתו אפסית ובוודאי מידתית ותסקירים נדרשים כעניין שבשגרה על ידי בית המשפט לאו דווקא לעת פגישת עולם המשפט עם קהילה הלהט"ב.

30. בתי המשפט לנוער, בתי המשפט העוסקים בפלילים, בתי המשפט למשפחה ועוד, כולם עושים שימוש בכלי התסקיר ואין הם שתים לבם לנטייתו המינית של נושא התסקיר.

31. על חשיבותו של התסקיר אותו עורך השירות למען הילד אין צורך להרחיב ואולם תסקיר זה, כמוהו השירות למען הילד, בא במקורו לעולם כחלק מהליך אימוץ.

32. תקני המשרתים בשירות למען הילד נקבעו בשעתו על פי היקף תיקי האימוץ, ולימים נוסף החוק לנשיאת עוברים המסדיר דיני פונדקאות בישראל והגדיל את העומס המוטל על עובדי השירות.
33. במציאות הקיימת, קבלת תסקיר דווקא מן השירות למען הילד היא עניין לשנים ולא לימים או שבועות. די בכך כדי שיראה תסקיר שכזה כענין מכביד שבין הזמנתו להגשתו יכול המצב בשטח להשתנות כליל ובינתיים נתונים מושאי התסקיר לחוסר וודאות.
34. ב"כ היועמ"ש דבקה דווקא בתסקיר שהמתנה לו היא האיטית מכל, ב"כ התובע, מסרבת לכל תסקיר שהוא וכך אין לי בפני אלא את הצורך לדון בתסקיר אשר מנופק על ידי השירות למען הילד.
35. אומר וארחיב כי לא בכדי ראתה ב"כ התובעים את התסקיר בבחינת לא יותר מעדות מומחה מטעם בית המשפט שכן התסקיר אינו אלא כלי ראייתי לבחינת עובדות ולמתן הערכות סבירות.

שלושה מסלולי הורות?

36. ב"כ היועמ"ש סברה כי בארצנו אך 3 מסלולי הורות: ביולוגי, אימוץ וחוק הפונדקאות בתחומי ישראל, דעתי שונה מעט.
37. בשעתו בבדיחותא סופר על זה אשר הולך בשבילי גן החיות, בא אצל הגירף, התבונן והתבונן ולבסוף אמר "לא יכול להיות, אין דבר כזה".
38. ובכן הגירף, כמוהו כפונדקאות חו"ל הוא בגדר "יש דבר כזה" וככזו זקוקה הסוגיה לפתרון.

39. העובדה בה מודה ב"כ היועמ"ש בהגינותה ולפיה אין עדין הסדר חקיקתי לפונדקאות חו"ל, אין משמעה שזו אינה קיימת ואינה זקוקה להסדר מתאים שאינו עובר במסלול זהה לזה של אימוץ או החוק לנשיאת עוברים.
40. גם ב"כ היועמ"ש אינה מכחישה כי המנגנונים הקבועים בחוק הקיים והנוגעים להורות שאינה ביולוגית, מיועדים לבחון, בטרם ימסר קטין להוריו, להיכן מגיע הוא, ואילו בפונדקאות חו"ל, כפי שטוענת גם ב"כ היועמ"ש ומסביר בפסק דינו אשר נזכר לעיל כב' השופט אליהו, ניצבים אנו בפני מצב בו הקטין כבר נמצא זה זמן עם הורחו.
41. אין זו הפעם הראשונה בה ניצבים בתי המשפט בפני מצב בו טרם נקבע הסדר חקיקתי ובאין הסדר חקיקתי מצופה מבית המשפט כי ימלא את החסר בפסיקתו (וראה: [סעיף 1 לחוק יסודות המשפט](#), תש"ס-1980).
42. אין עורר כי בעבר ראתה המדינה את חוק האימוץ כנתיב בלעדי לנעזרים בפונדקאות חו"ל. השנים חלפו כעת מדובר גם בחוק לנשיאת עוברים, אך אנו למדנו מן הדרך אשר נעשתה עד כה, כי יכול ופתרונות שונים ימשיכו וימצאו לסוגיה. ומדוע לא נעזר לא רק באנלוגיה ממקצת החוקים הקיימים, אלא גם בפסיקה הקיימת עד כה או אפילו בדרך החולפת במסלול חוק הסעד אליו מכוונים התובעים. ואומר מפורשות, כי לדעתי ניתן ורצוי ליטול מחוק הפונדקאות את מנגנון צו ההורות הפסקתי, אך אין חובה, במקרה המתאים ליטול גם את החיוב בתסקיר שהרי באנלוגיה מדובר.
43. לא ברור לי כלל ועיקר מנין ההנחה שמניח המשיב ולפיה משלא קבעו שופטי בג"צ אגב [בג"צ 566/11](#) ו-6569/11 [פורסם בבנו] כי אין צורך בתסקיר וזאת בניגוד לעמדת היועמ"ש, כמו קיבלו הם את עמדתו.

44. לטעמי, משלא פסק בג"צ, אם צורך יש בתסקיר אם לאו, הותיר הוא בכוונת מכוון את השאלה פתוחה לבית המשפט שבכאן לענות בה, בבחינת ערכאה ראשונה אשר דעתה תיבחן במעלה המדרג.

45. סבור אני ההפך מסברת ב"כ היועמ"ש לאמור כי אי החיוב בתסקיר, בפסיקת בג"צ, כפשוטו, מצביע על כך שלא בכל מקום ולא בכל מקרה יהא צורך בנטילת תסקיר.

46. מתוך אותה הלכה משפטית שניתנה זה לא מכבר בבג"צ, ציטטו התובעים כך :

"טוב עשו המשיבים שהכירו בכך שההליכים הקיימים הם ממושכים יתר על המידה, וכי קיצור תקופת ההמתנה והכרה באפוטרופסות של ההורה הלא-ביולוגי עד לסיום ההליכים המשפטיים יכולים להקל על ההורים. עם זאת, דומני כי עמדת המשיבים בנוגע לתסקירים מחייבת בחינה נוספת. לפי המדיניות שפורטה על ידי המשיבים שנותיהם הראשונות של הילד או הילדה, ולמעשה של המשפחה כולה, מלוות בהליכים משפטיים ובהליכים ממושכים של בחינת כשירות הורית על ידי פקיד סעד, שלמצער את חלקם ניתן היה לסיים הרבה לפני הלידה, ככל שבכלל יש להם מקום. אכן, ישנם מצבים נוספים בהם הליכי אימוץ מלווים תא משפחתי המתפקד זה מכבר, כגון מצב בו אדם מעוניין לאמץ ילדים שנולדו לבן זוגו החד הורי לפני הקשר הזוגי, או מצב בו בני משפחה מאמצים ילדי קרוביהם שנפטרו. אלו הם מצבים בהם עריכת הליכי האימוץ "במקביל" לקיומו של תא משפחתי היא בלתי-נמנעת. אין זה המצב בסיטואציה של הליך פונדקאות בחו"ל, הכולל מטבע הדברים הליכים משפטיים, הליכים רפואיים, וכמובן הריון בן תשעה חודשים, אשר קודמים כולם לתחילת האימוץ ו"מבשרים" על העתיד לקרות. הליכים אלו עצמם עשויים להעיד לא פעם על השיתוף בין בני הזוג בכל הקשור להקמת המשפחה, ועל כן הפניית דרישה לצו אימוץ או לצו הורות כלפי אחד מבני הזוג בסוף

ההליך עלולה להיתפס כמפלה כלפיו מעצם טיבה. (ההדגשות אינן במקור).

47. אני הקורא את הדברים על דרך הפשט, סבור, כי יתכנו מקרים ספציפיים בהם יידרש תסקיר, יתכנו אחרים בהם יהא די בראיות הקיימות ללא צורך בתסקיר ואין מדובר בכל מקרה בפעולה אוטומטית ומחוייבת המציאות כפי שחפץ ב"כ היועמ"ש שאקבע.

48. אומר רק, כי הקושי שבהגעה ליום בו ניתן התסקיר הוא כשלעצמו צריך להובילנו לדרישת התסקיר רק עת דרוש באמת הדבר (וראה הצעת התיקון לחוק אשר אושרה בוועדת השרים כפי שתיארתי בקצרה בטיעוני התובעים).

49. גם אם דרכי מובילה אותי למסקנה, כי בצד שלושת מסלולי ההורות אשר תוארו ע"י ב"כ היועמ"ש מצויה דרך "חורגת" רביעית, לו יהי, שהרי אין בדעתי להפוך מהפך אלא אך לבחון את שמצא גם בג"צ כדורש בחינה, לאמור את הצורך בהגשת תסקיר בכל מקרה.

50. אומר בשולי הדברים, כי אכן חוק האימוץ והחוק לנשיאת עוברים אינם חלים על התובעים ומה לי הודפס בכח הזרוע לתחומי אותם חוקים לעניין התסקיר, זאת לאור העובדה שמצבם, כמי שמגדלים את הקטינה, שונה ממצבו של מי שממתין להיתר להביא ילדו אל העולם, או אל חיק המשפחה. בכאן אין מדובר אלא במתן הכרזה והצהרה על מצב שהוא קיים ממילא.

51. אם תרצה תאמר שבמקום בו אין דבר חקיקה המחייב נטילת תסקיר כאמצעי בלעדי למתן הסעד, אין לראות בתסקיר אלא וכמתואר, כלי עזר בו נעשה שימוש רק לעת הצורך.

על בדיקת רקמות פונדקאות חו"ל

52. שוב ושוב וכפי שאירע גם בפסיקת בג"צ שתיארתי לעיל משתלבת השאלה, האם יש לדרוש בדיקת רקמות בכל תובענה שעניינה הכרה בהורות, (שמא ניתן להסתפק, במקרים

מסויימים, בויתור עליה) בשאלה, האם לדרוש בכל מקרה ומקרה תסקיר בהליך שמטרתו השגת צו הורות פסיקתי.

53. כאמור, שילוב זה בא למשל באיחוד התיקים שנדונו ב**בג"צ 566/11** עם **בג"צ 6569/11** [פורסם בנבו] והשאלה הינה תמיד, האם ניתן להסתפק בראיות אחרות שאינן בדיקת רקמות או תסקיר במקרים מסויימים.

54. אין עורר כי בדיקת סיווג רקמות היא בדיקה מדעית שוודאותה רב.

55. כתב חברי כב' השופט אליהו בתמ"ש (ת"א) 21182-04-13 בין השאר, כך:

"עמידת הנתבע על קבלת תסקיר כתנאי למתן צו הורות מקפלת בתוכה מס' הנחות אשר אין בידי לקבלן. עמידה דווקנית על קבלת תסקיר כתנאי למתן צו הורות פסיקתי מקפלת בתוכה את הנחת היסוד כי זו הראיה היחידה וההכרחית לשם קביעת ההורות וכי אין בידי בית המשפט לענייני משפחה והשופט היושב בדן כל אמצעים אחרים לשם הכרעה- הנחה זו יש לדחותה. בית המשפט יכול להידרש ולעמוד על טיבו של התא המשפחתי, יציבות הזוגיות של הצדדים ומחויבותם לקטין/ה אף ללא תסקיר ובאמצעות ראיות ועדויות אחרות.

עמידה ועמדה כללית וגורפת המחייבת קבלת תסקיר כתנאי למתן צו הורות מקפלת בתוכה אף את ההנחה כי יש להטיל את הורותו של התובע 1 בספק, הורות חשודה, הדורשת אישור מיוחד של המדינה והכרה בה. היא מטילה את הנטל על התובע 1 להוכיח את כשירתו להורות. הדרישה לקבלת תסקיר אשר יש בה כאמור, טענה משתמעת המטילה דופי בתובע, אין לה מקום ואין בידי לקבלה. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי הזכות להורות היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, כחלק מטבעו של כל אדם, מחירותו ומכבודו ..."

56. ועוד כתב:

"אם בית המשפט יכול להכריע בשאלת קיומה של זיקה ביולוגית של מי מההורים לגבי הקטין שלא באמצעות בדיקה גנטית אלא באמצעות ראיות אחרות מדוע לא יוכל לקבוע את יחסי ההורות אף שלא באמצעות תסקיר אלא באמצעות ראיות אחרות? ... באם בית המשפט לענייני

משפחה יכול להידרש לבחינת הזיקה הביולוגית של מי מהורים שלא באמצעות בדיקה גנטית על אף יתרונותיה וודאותה כאמור לעיל, מדוע לא יוכל להידרש להכרעה באם ליתן צו הורות שלא באמצעות תסקיר, אשר הגם שהוא נערך ע"י אנשי מקצוע שהוכשרו ועיסוקם בכך והמיומנים בכך אינו בגדר חוות דעת מדעית ומוחלטת?"

57. דעתי כדעתו ולפיה לא בכל מקרה ומקרה של פונדקאות חו"ל יידרש תסקיר ושנינו גם כב'

השופט אליהו, גם אני, יכולים לסמוך על דברי המשנה לנשיא השופטת נאור בבג"צ [566/11](#)

[פורסם בנבו] לאמור:

בצד האמור, איני סבורה כי יש מקום לחסום את הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות אחרות הורות ביולוגית לצרכי קבלת מעמד ... המבקשים לעשות כן בדרך שונה מבדיקה גנטית רשאים לפנות לבית המשפט לענייני המשפחה, שהוא המוסמך בעניינים אלה, ודן בהם כמעשה של יום ביומו ... ככל שיציגו הפונים לבית המשפט לענייני משפחה ראיות אובייקטיביות שיניחו את דעתו של בית המשפט כי קיים קשר ביולוגי בין ההורה והילד, גם בלא בדיקה גנטית, רשאי בית המשפט לקבוע כי לפניו קשר של הורות ביולוגית ... בית המשפט לענייני משפחה ישקול את הראיות שיוצגו לו ויחליט כחוכמתו."

58. לדעתי באין חוק לעניין פונדקאות חו"ל נכונים הדברים בשינויים המחוייבים גם לעניין

דרישת תסקיר.

59. כזכור הדין הישראלי הכיר באפשרות לוותר על בדיקת רקמות גם בטרם ניתנו ההלכות

המתוארות לעיל.

כך למשל נאמר בבג"צ [10533/04](#) בפרשת ויס נ' שר הפנים [פורסם בנבו] (פמ"מ) לעניין

דרישת בדיקת רקמות בכל מקרה כתנאי לרישום אבהות, כי:

"נוהל הרישום אינו מציג איזון ראוי לסוגיה המוסדרת על פיו. החששות להצהרות אבהות כוזבות בסיטואציות המוסדרות בנוהל הרישום הינם פחותים. קיים חשש מופחת להצהרות כוזבות לצורך הפקת רווח משני, שכן ממילא היה הקטין זוכה להכרה ומעמד מכוח מעמדה של אימו הישראלית.

מכאן גם נובע, כי השיקולים בדבר אמינות המרשם וטובתו של הקטין אינם משכנעים, שכן יש להניח שלא יהיה לאיש אינטרס להצהיר על אבהות של אדם שאינו אביו של הילד, או למצער שהאינטרסים המובילים להצהרת אבהות כוזבת אינם שונים בזוגות מעורבים או ישראלים.

לעומת זאת, ככל שמדובר בנוהל המעמד, האיזון שנערך במסגרת נוהל זה עומד בדרישות מתחם הסבירות המנהלי הבא בפני הרשות ולכן אין מקום לבטלו, שכן לגביו גובר החשש מהצהרת אבהות שהיא כוזבת, לאור הרווח המשני הלא מבוטל, בדמות רכישת אזרחות או תושבות בישראל, שניתן להפיקו מהצהרה כזו.

זאת ועוד, קובע בית המשפט, גם אם יש הכבדה מסוימת בדרישות נוהל המעמד מהזוגות המעורבים, כאשר האב ישראלי והאם הינה זרה, הרי שאל מול החששות מפני הצהרות שווא, להשגת מעמד שלא כדין ולפגיעה באמינות המרשם כמו גם בטובת הקטין, נראה כי נשקלו השיקולים ונערך איזון ביניהם הנופל במסגרת מתחם הסבירות ואינו מצדיק את התערבותו של בית המשפט".

60. במילים אחרות, ביהמ"ש העליון כבר אז דחה פתח להכיר באבהות גם ללא צורך בבדיקת רקמות כאשר אין בדבר צורך.

61. ופסקה חברתי, כב' השופטת חני שירה בתמ"ש (ראשלי"צ) 21206-10-10 בתמצית כך:

"אין ספק כי בדיקת הרקמות לקביעת אבהות הינה הבדיקה המהימנה ביותר לקביעת אבהות. למרות זאת המחוקק הכיר גם במצבים בהם מוכרת אבהות ללא בדיקה וגם מחוזר משרד הפנים מס' 91/89 עולה כי לשם רישומו של קטין על שם אביו ניתן להסתפק בהצהרה שתימסר למשרד הפנים, תוך 3 שנים מיום הלידה על ידי אישה פנויה וגבר הטוען לאבהות על הילד. התקופה לקבל הצהרה בלבד קוצרה לשנה אחת, בנוהל רישום 2/2/0007. דהיינו, גם מבחינת הטענות לעניין נכונות

המרשם מכירה המדינה ברישום אבהות על סמך הצהרת ההורים בלבד. ההגבלה על הרישום כמפורט בסעיף 22 לחוק המרשם באה כדי לשלול מצבים של יצירת ממזרות בעקבות ההצהרה.

משאין חשש בעניין ממזרות, ובמקום בו לא מתעוררת שאלה של מעמד, ביהמ"ש מתקשה לרדת לחקר הרציונל שבעמדת הנתבע לעניין הדרישה להוכיח קשר משותף טרם הוריית הקטין.

בפסיקה חדשה של ביהמ"ש העליון מיום 28/06/11 בבג"צ 10533/04 – פסיקה שיש בה שינוי הגישה הקיימת – הורה בג"צ, לשנות את הנוהל הגורף של משרד הפנים לעניין רישום האבהות. בבג"צ הנ"ל עמד ביהמ"ש העליון בהתייחסו לבני זוג מעורבים, על עניין ההכבדה שיש בהתנהלותו של הנתבע בדרישותיו להוכחת חיים משותפים קודם להוריית הקטין, ובמיוחד הדרישה לקבלת פסק דין אבהות, העשויה להיות כרוכה בדרישה לבצע בדיקה גנטית. ביהמ"ש הוסיף, כי על אחת כמה וכמה הדברים נכונים ביחס לזוגות יהודים ישראלים, במקרים בהם שאלת המעמד, אינה מתעוררת.

למרות הנחיית ביהמ"ש העליון ולמרות הנחיית בימ"ש זה שיש להתייחס להוראת ביהמ"ש העליון התעלם ב"כ היועמ"ש מהוראות ביהמ"ש העליון ומהנחיותיו, לא ביקש לחקור את המצהירים מטעם התובעים והמשיך לעמוד על עמדתו הדווקנית, חסרת הגמישות והפשרות.

הראיות אותם הציגו התובעים כאן הן הראיות הצריכות והמכריעות לעניין האבהות, הנטענת: כך נוכחות התובע בלידת הקטין, כך התמונות והדיסק מהסיבה שערכו הצדדים להולדתו של הקטין, אירוע פומבי מפואר בו נראים הצדדים, הקטין, משפחותיהם המורחבות, חברים. באירוע מוכרז שוב ושוב בפומבי ולענייני ואוזני כל המוזמנים עניין הורתם של הצדדים את הקטין ובאה לידי ביטוי במגע ובדיבור, זוגיותם, כך העובדה כי הקטין נקרא על שם אביו של התובע, כך החיים המשותפים של התובעים אחרי לידת הקטין, לאורך שנים, וכך הורייתו של קטין

נוסף, משותף. לאור הראיות הנ"ל ובשל טובת הקטין נקבע כי התובעים הרימו את נטל הראייה שהוטל עליהם, ומשכך התביעה מתקבלת. ניתן בזאת צו המורה למשרד הפנים לרשום את הקטין כבנו של א.ל במרשם".

62. אמור מעתה שלעניין רישום הורות אין זה מצופה מן הנתבע, כי יעמוד בדווקנות על נוהל שאין לו עוגן בחקיקה, ואם כך הם פני הדברים לעניין בדיקה מדעית של סיווג רקמות קל וחומר שאלו פני הדברים לעניין דרישת תסקיר עת אין בו צורך שהרי גם במקרה שבפני אין העובדות אודות התא המשפחתי שנויות במחלוקת.

טובת הקטינה

63. בחינת טובת הקטינה היכולה להיעשות כביכול רק ע"י התסקיר ואשר ייערך אך ורק ע"י שירות האמון על בחינת אימוץ היא טעון מרכזי בפי הנתבע.

64. דא עקא שלא קל לי להזדהות עם עמדה זו. שהרי כל כמה שהורות נושא חשוב ונכבד הוא אין איש מפשפש ביכולתם ההורית של בני אדם באין ביניהם סכסוך ושעה שמדובר בהורות ביולוגית. והרי לא כל אימת שהורה הוא אינו הורה ביולוגי הופך הוא לחשוד בכוח כבעל פוטנציאל להיות הורה "רע" ולא כל אימת שהורה הוא הורה ביולוגי לעולם יהא הוא הורה "טוב".

65. אמור מעתה כי לדעת הנתבע בכל מקרה של הורות שאינם ביולוגית חשוד בכח הוא אותו הורה כדי כך שהוא צריך להוכיח, להבדיל מרעהו הביולוגי, שהורותו עולה בקנה אחד עם טובת הקטינה.

66. מבין אני הבן היטב את עמדת המחוקק כאשר ביקש לבחון בתסקיר בטרם יימסר ילד להורה לא ביולוגי שזה האחרון הפנים את הורותו וכי התא המשפחתי יציב הוא. ואולם

- מכאן עדיין אין אני יכול וצריך ליחס למחוקק כוונות נסתרות שלא באו לידי ביטוי בדבר חקיקה מפורש על יחסו של המחוקק לפונדקאות חו"ל.
67. אין אני מבין מדוע יש לקרוא על המחוקק כוונה לדרוש תסקיר גם במצבים בהם כבר גדל הילד בביתו, התא המשפחתי צבר לו "ותק" של שנים, נעשה מאמץ משותף להביא את הילד לעולם, אחד ההורים הורה ביולוגי הוא ואין לילד הורה נוסף אחר. במקרה ספציפי זה לא השתכנעתי כלל ועיקר, כי המחוקק חפץ לפעול על דרך דרישת תסקיר בכל מקרה גם כאשר אין בדבר צורך ממשי.
68. המחוקק לא קבע את הצורך בבדיקה בדיעבד ומשכך, דומני, צריכה טובת הקטין לא להבחן כאשר אין בנמצא בעיה אלא אם וכאשר תתעורר בעיה המטילה ספק בטובתו של הקטין. כך גם גורסת הצעת התיקון לחוק אליה הפנו התובעים.
69. כשם שאין אנו בוחנים לאחר השלמת הליכי אימוץ את טיב התא המשפחתי או לאחר הלידה בהליך פונדקאות בארץ ומסירת הקטין, את הפנמת ההורות, מה צורך לנו, מעבר להתרשמות ביהמ"ש ככל תיק ותיק בתסקיר אוטומטי דווקא.
70. ברור לי לחלוטין כי ברבות הימים ולו מכוחה של סטטיסטיקה וכטבע האדם, יהיו זוגות אשר יבואו בריב לאחר שצלחה בידם פונדקאות חו"ל ואולם בכך אין כדי טעם מספק לנסות ולחזות (ואי אפשר לחזות) את יציבות התא המשפחתי או להצדיק על דרך התסקיר לא את הוצאת ההורה הלא ביולוגי מחיי הקטין אלא רק את רישומו כהורה.
71. אין אני מקבל את גישת ב"כ היועמ"ש ולפיה באין תסקיר מדובר במעשה "אוטומטי" של אישור הורות לא כל פיקוח, שהרי עדיין צריך ההורה הלא ביולוגי לבוא בשערי ביהמ"ש ולהוכיח כי אכן הורה הוא לכל דבר ועניין למעט הקשר הגנטי. כאמור כל מקרה ונסיבותיו וכאשר יוותר ביהמ"ש על דרישת התסקיר מן הסתם ייעשה זאת עת מונחות בפניו ראיות המייתרות את הצורך בתסקיר.

72. ושוב: קטין אשר הוריו חיו יחדיו פרק זמן משמעותי והגדל עימם, אין טובתו צריכה בהכרח לבחינה על דרך התסקיר שעה שגם ההורה הביולוגי אינו סובר שיש בעיה בנמצא – ההיפך.
73. לטענת ב"כ הנתבע אם תתקבל עמדת התובעים לעניין התסקיר כמו העדפתי טובת ההורים על פני טובת הקטין ואולם לא הוכח בפני כי קיימת כל סתירה בין טובתם של השניים. הקטינה נולדה כפרי מעשה ההורות, ההורים רוצים בהורותם והיא מתקיימת עם הוריה - המבקשים.

על אפטרופוסת והורות

74. דיוני בטובת הקטינה, כצריך או כאינו צריך לבחינה באין אינדיקציה כי טובתה נפגעת, מביאני לשאלה הכימד ניתן להסכים כפי שעשתה ב"כ היועמ"ש למתן אפטרופוסת שוות זכויות להורה הביולוגי ולמי, ללא קבלת תסקיר? וללא תסקיר, אך לסרב למי, לעניין רישום כהורה מכח צו הורות פסיקתי.
75. משהשויתי את מעמד שני ההורים זה הביולוגי וזה הנטען כאפטרופוס שווה זכויות, כמו נתתי לשניהם מעמד זהה בין לעניין משמורת הקטינה, בין לעניין הזכות לקבל החלטות מהותיות הנוגעות לחייה, הללו הפכו שווי מעמד גם לעניין החובה לזון אותה ולנהוג בה במסירות למעט הזכות לרשת ולמעט צורת המרשם מה הבדל יש בין אפטרופוס לבין הורה, כך שרק תסקיר של השירות למען הילד יפריד בין השניים?
76. אם הטיעון של ב"כ היועמ"ש בדבר הצורך בתסקיר הוא הצורך לבחון את טובת הקטינה מפני ההורה בעל הגנים "הזרים" מה טעם ישמש זה כאפטרופוס בטרם תסקיר? ואם לא הסכנה הנשקפת לטובת הקטינה מוטלת על כפות המאזנים, שהרי הורה ואפטרופוס יכולים כפי אופיים להיות מטיבים או מאיימים, מדוע הזכות לרשת היא זו לבדה אשר דורשת תסקיר?
77. הלא ברור כי הקושי לבטל הורות - זהה לקושי לבטל בנסיבות שכאלה (בהם כבר חי הקטין עם הוריו) אפטרופוסות. שניהם נבחנים בראי טובת הקטין לא מראש אלא לעת הצורך.

78. כאשר הורה ביולוגי חפץ להתנער מהורותו או כאשר זולתו חפץ לסיים את הורותו של ההורה הביולוגי האחר אם אז הדרך לעשות זאת היא הרי על דרך תובענה לביטול האפטרופסות ואם כך מה הבדל יש בין אפטרופוס השווה לפטור מתסקיר לבין הורה הצריך לו כביכול?
79. טול לדוגמא הורה הפוגע מינית בילדו ומוגשת עתירה לנתק את מכלול הקשרים בין אותו הורה לילד. איזו עתירה תוגש אם לא ביטול אפטרופסות?
80. אמור מעתה כי אם מקובל על היועמ"ש שניתן ליתן אפטרופסות שוות ערך להורה ביולוגי ללא תסקיר אין כל סיבה לדרוש בכל מקרה הגשתו של תסקיר, רק לצורך שינוי המרשם כך שהורה הנוסף יירשם כהורה מכוח צו הורות פסיקתי.
81. הסבירה לי ב"כ היועמ"ש (פרוטוקול בעמ' 2) כי הורות שונה מאפטרופסות כדי כך שלא ניתן להסתפק אפילו בתסקיר שירותי הרווחה אפילו כי הורות זה "משהו עם השלכת כבירות".
82. מהן אותן הלשכות כבירות שאינן קיימת גם במקרה של אפטרופסות לא הוסבר לי ובמקום זאת שמעתי (פרוטוקול משורה 29) כי לעניין אפטרופסות מביטה המדינה בשאלה האם האפטרופוס מתפקד כהורה ואילו לעניין הורות נבחנת השאלה האם הקטין רואה בו כהורה. האבחנה בין שתי השאלות מוזכרת מעט לטעמי שכן לדעתי בשני המקרים יש צורך במענה לשתי השאלות, בראי טובתו של קטין אך אין צורך, כי המענה יינתן באמצעות תסקיר דווקא. כל מקרה ונסיבותיו.
83. הכל מסכימים כי לא ניתן לבדוק עם קטין כבן שנה ויותר את הסוגיה של דרך ראייתו את ההורה הלא ביולוגי ואם כך מה הטעם בתסקיר?

84. מסבירה ב"כ היועמ"ש (פרוטוקול בעמוד 3) כי מטרת התסקיר היא לבדוק הפנמה של ההורות ואת חוסן התא המשפחתי אולם לעניין שבפני מדובר באבסורד שכן עסקינן בתא משפחתי שאינו רק מעיד על עצמו כיציב ומתפקד אלא בתא הקיים זה 7 שנים ובו גדלה הקטינה זה מכבר ומה טעם לבדוק "הפנמה" בדיעבד?

85. מתקבל רושם ולפיו מועלות טענות חלקן מן היקב ומן הגורן שכל מטרתן קדושת התסקיר והפיכתו ל"חי נוכח" יהיו הנסיבות כאשר יהיו, ואולם דרישה זו אינה עומדת במבחן השכל הישר.

אפליה לטובה של פונדקאות חו"ל

86. הטיעון הבא בפני ב"כ היועמ"ש עניינו בכך שאם לא ידרשו התובעים כמי שנקטו בפונדקאות חו"ל יופלו הם בכך לטובה לעומת אלו הבחורים במסלול פונדקאות בארץ והממתינים מכח בחירתם לבחינת התסקיר המבוששת לבוא.

87. בכל הכבוד, שיקול זה אינו ממין העניין, שעה שפונדקאות חו"ל אינה הליך בלתי חוקי ושיקול "פטריוטי" של הכבדה על הנעזרים בפונדקאות חו"ל אינו שיקול הצריך להישקל. אוסיף ואומר, כי אם בג"צ לא מצא לנכון לקבוע, כי קיימת אפליה כמתואר ע"י ב"כ היועמ"ש לא ביהמ"ש לענייני משפחה העוסק בתיק ספציפי ובו בלבד הוא הצריך להידרש לטיעון כללי בדבר "אפליה".

88. ככלל אין אני בטוח שיש צורך להרע עם קבוצה רלוונטית על דרך ההכבדה ועל דרך אכיפת הפרוצדורה גם מקום שאין בה צורך והכל רק על מנת שחלקם לא יטב מקבוצה אחרת.

89. כשלעצמי אין אני סבור שמדובר באפליה כלל, שכן הנוהל בישראל לא רק שהוא זול וקל בהרבה במובנים רבים מפונדקאות חו"ל אלא שהוא עוסק בקבוצה שעדיין לא זכתה לילד המיוחל, ואילו אנשי "פונדקאות חו"ל" כבר מגדלים את אותו ילד נשוא העניין.

90. התרופה לפער שבין שני הנהלים צריכה לצאת תחת ידי המחוקק ואני מבין כי עוסק הוא בכך. משכך בלתי סביר בעיני כי אדרש בנסיבות מסוימות לדרוש ראיות בתסקיר, רק כי זולתו של פלוני נדרש מכח דין שאינו חל על אלמוני, לעשות כן.
91. אם אכפה הגשת תסקיר מטעם כל מניעת אפליה, דומני כי "התרופה" (מניעת אפליה) במקום הקלה על כל מי שניתן להקל עליו ללא פגיעה ממשית באינטרס הציבורי, גרועה מן "המחלה", שבקיום שני נהלי פונדקאות חוקיים זה בצד זה.
92. אותו חוש מידה לו מצווה המדינה ולו מכוח [סעיף 8](#) לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. גם אם לא אפנה להלכת [בג"צ 7052/03](#) [פורסם בנבו] (פמ"מ) הנזכרת בסיכומי התובעים, ימנע ממני במקרה שבפניי לראות במצב הקיים משום אפליה.
93. בכל מקרה, הטענה כי פונדקאות חו"ל מעמידה למעשה את המדינה בפני עובדה קיימת נכונה היא אך אין בכך די כדי להצדיק המתנה ממושכת עד זרא לתסקיר כאשר ניתן להסתפק בראיות אחרות.

המקרה שבפניי

94. כזכור, איש אינו כופר בשורת העובדות המתוארות בפתח פסק דיני, ככאלה שאינן שנויות במחלוקת.
95. הטענה כי נדרש תסקיר לאימותן פשיטא אינה נכונה, שכן רוב הטענות מגובות במסמכים, איש לא ביקש לחקור את התובעים – ובצדק, וכל שנדרשתי לו על ידי ב"כ היועמ"ש הוא הזמנת והמתנה לתסקיר, אשר יבדוק הפנמה ויציבות התא המשפחתי.
96. לטעמי, די בשיתוף פעולה משך כשלוש שנים ויותר לשם הולדת הקטינה וגידולה לצורך "הפנמה". ממילא המונח "הפנמה" נועד לבחון את הפסיכולוגיה ההורית בטרם הורות בפועל ולא אחריה.

97. מגיעים אנו לטיעון בדבר הצורך בבחינת "יציבות התא המשפחתי" 7 שנים לאחר הווסדו והסממנים אשר ניתנו בו.
98. הבה נניח כי עורכת התסקיר תסבור כי מדובר בתא משפחתי הצפוי לדעתה להתפרק בעתיד, מה אז?
99. האם רק מטעם זה אשלול מן התובעים את צו האפוטרופוסות עליו הסכימו הכל, שמא אותיר את מ' כיצור כלאיים – אפוטרופוס שאינו הורה. אבסורד הוא. אמור מעתה, כי בנסיבות שבפני הדרישה להזמין תסקיר אינה אלא לשם סימון אישור על הזמנת התסקיר ללא צורך ממשי בו.
100. בנסיבות המצטברות שבפניי, סבור אני כי די בחומר הראיות המונח בפניי כדי ליתן את הצו ללא צורך בתסקיר וכך אני מורה.
101. אם תרצה תאמר, כי מקובלת עלי לחלוטין דעתו של כב' השופט אליהו, ולפיה לא בכל מקרה של פונדקאות חו"ל יידרש תסקיר.
102. כתב כב' השופט אליהו בסיפא לפסק דינו בהביאו מדברי כב' השופט דנציגר, כך :
 "לסיום פסק הדין אביא מדבריו של כב' השופט י' דנציגר בסעיף 1 לפסק דינו בבג"צ ממת אשר דומה כי אין הולמים מהם :
 "זוגות ויחידים שפונים להליכי פונדקאות בחו"ל
 (במדינות בהן הליכים אלו מוסדרים וחוקיים לחלוטין)
 בוחרים לצאת למסע מורכב שאורך זמן וכוון בהוצאות
 כספיות ניכרות, על מנת להגשים את שאיפתם להורות.
 בסופו של מסע זה, כשהם חוזרים ארצה עם ילדם, הם
 נתקלים במכשול בדמות נוהל בלתי נראה ובלתי ידוע,
 שגורר הליכים משפטיים מיותרים ומותיר את הילד
 במשך זמן רב בסטטוס בלתי מוסדר. התנהלות זו של

המשיבים אינה ראויה, וממילא ספק בעיניי אם היא עולה בקנה אחד עם החובות המוטלות על המשיבים בגדרי המשפט המנהלי. ודוק, היעדרו של נוהל ברור ומסודר פוגע באופן אינהרנטי ביכולתם של הפונים להתנהל מול המשיבים ובמידת הצורך לתקוף נוהל כזה במסגרת הליכים משפטיים (והעתירות שלפנינו – על כל ההודעות המעדכנות שהוגשו בהן – יוכיחו). אם לא די בכך, לא למותר לציין כי בילדים עסקינן, וספק בעיניי אם היעדרו של נוהל ברור ומסודר עולה בקנה אחד עם עיקרון טובת הילד, כאשר אין זה ראוי שהילד ייוותר במשך פרק זמן ארוך "תלוי באוויר" בסטטוס בלתי ברור בזמן שהמשיבים מערימים דרישות ותנאים שניתן היה להעמיד ולבחון מראש. טובתם של ילדי העותרים שלפנינו ושל כל הפונים להליכי פונדקאות בחו"ל מחייבת הסדרה מהירה ויעילה של הסטטוס שלהם בישראל על פי נוהל ברור וכתוב, ולא התמשכות הליכים משפטיים אשר גוררת אחריה, כפי שציינה חברתי, גם פיצול סטטוס בין מדינות בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי תוך פגיעה בתקנת הציבור.

לנוכח האמור לעיל, מצטרף אני בהסכמה לקריאתה של חברתי (בפסקה 36 לפסק דינה) למשיבים להסדיר בהקדם את הנוהל שנוגע להליכי פונדקאות בחו"ל, תוך העלאתו על הכתב ופרסומו, ותוך נקיטה – ברוח ההודעות המעדכנות שהגישו המשיבים במסגרת ההליך דנן – באמצעים האפשריים לפשט ולהקל את הנוהל, כך שחלק ניכר מההליכים הבירוקרטיים יתבצעו טרם

**הלידה באופן שיעלה בקנה אחד עם טובת הילד
ומשפחתו".**

103. די בדברים אלו כדי להצדיק לא רק את פסק דינו של כב' השופט אליהו, אלא גם פסק דין זה.

סוף דבר

104. לפיכך ניתן בזאת פסק דין הקובע כי התובע 1 הינו אביה של הקטינה וניתן בזה צו הורות. ב"כ התובעים תגיש פסיקתא לחתימה.

105. בנסיבות העניין ומאחר שהמדובר בשאלה משפטית חדשה יחסית ומשעה שאני משוכנע כי ב"כ היועמ"ש אינו מונע אלא ע"י טובת הציבור, אינני עושה צו להוצאות.

106. פסק הדין ניתן לפרסום לאחר השמטת כל פרט מזהה אודות הצדדים.

ניתן היום, ח' אייר תשע"ד, 08 מאי 2014, בהעדר הצדדים.

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

ארז שני 54678313-/-

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה