



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 566/11

בג"ץ 6569/11

לפני :
כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר

העותרים ב-בג"ץ 566/11 :
1. דורון ממת – מגד
2. דורון גדעוני – מגד
3. פלוני

העותרים ב-בג"ץ 6569/11 :
1. ד"ר אילן טבק אבירם
2. עו"ד אלון טבק אבירם

נ ג ד

המשיבים ב-בג"ץ 566/11 :
1. משרד הפנים
2. משרד החוץ

המשיב ב-בג"ץ 6569/11 :
1. שר הפנים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ג בשבט התשע"ג (03.02.13)

בשם העותרים ב-בג"ץ
566/11 : עו"ד יהודית מייזלס ; עו"ד מיכל לוי

בשם העותרים ב-בג"ץ
6569/11 : עו"ד חנוך ארליך

בשם המשיבים ב-בג"ץ 566/11
וב-בג"ץ 6569/11 : עו"ד חיה זנדברג ; עו"ד ערין ספדי ;
עו"ד רן רוזנברג

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. העותרים בעתירות שלפנינו הם זוגות חד-מיניים אשר ערכו הליכי פונדקאות בארצות הברית, שהביאו להולדת ילד או ילדה מזרעו של אחד מבני הזוג. בשתי העתירות ביקשו העותרים להירשם כהורי הילד או הילדה במרשם האוכלוסין, על יסוד תעודת לידה ופסק דין הצהרתי מארצות הברית, המעידים על כך שהם הוריהם של הילדים. פקיד המרשם סירב לבקשותיהם להירשם. סירובו בכל הנוגע לעתירה הראשונה (בג"ץ 566/11) התבסס על כך שהעותרים לא ביצעו בדיקה גנטית, שתעיד על קשר ביולוגי-גנטי בין הילד שנולד בפונדקאות לבין מי מהעותרים. בעתירה השנייה (בג"ץ 6569/11) ביצעו בני הזוג בדיקה גנטית, המעידה על קשר ביולוגי-גנטי בין הילדה שנולדה בפונדקאות לבין אחד מן העותרים, אולם פקיד המרשם סירב לרשום את העותר האחר בעתירה זו כאביה. סירובו נבע מכך שהעותר האחר לא ביצע הליך לאימוץ הילדה, ולפיכך לשיטת פקיד המרשם אין לרשום אותו כהורה לילדה במרשם. מכאן העתירות שלפנינו.

הרקע העובדתי

2. העותרים בבג"ץ 566/11 הם בני זוג מאותו מין אשר נישאו זה לזה בטקס נישואין אזרחי בקנדה בשנת 2007, ומקיימים משק בית משותף. בשנת 2008 נולדה בתם הראשונה, בעקבות הליך פונדקאות שביצעו בארצות הברית, והם מגדלים אותה במשותף כמשפחה. ביום 15.12.2010 נולד בנם השני של בני הזוג, אף הוא כתוצאה מהליך פונדקאות שביצעו בני הזוג בארצות הברית. לצורך הליך הפונדקאות התקשרו העותרים בהסכם עם אזרחית ארצות הברית שתישא את ההיריון, והסתייעו בתרומת ביצית של אישה נוספת. עוד לפני הלידה פנו העותרים לאגף ליתומים של בית המשפט לטיעונים כלליים של פנסילבניה, יחד עם האם הפונדקאית ובעלה, בבקשה כי יצהיר שהעותרים הם הוריו של הילד שעתיד להיוולד. לפנייתם לבית המשפט בפנסילבניה צירפו העותרים תצהיר של הרופא אשר ביצע את ההפריה החוץ-גופית והשתיל את העוברים ברחמה של הפונדקאית, תצהיר של הפונדקאית ובעלה, וכן תצהירים של העותרים. על יסוד תצהירים אלו נתן בית המשפט ביום 27.10.2010 צו לפיו שני העותרים הם הוריו של הילד שעתיד להיוולד בתום ההיריון, וכי כך יירשם במסמכים שיונפקו לאחר הלידה. לאחר שנולד בנם של העותרים, ביום 15.12.2010 כאמור, הונפקה לו על יסוד צו זה תעודת לידה אמריקאית, בה נרשמו שני העותרים כהוריו.

העותרים פנו לנציגות ישראל בארצות הברית על מנת להנפיק לבנם דרכון ישראלי ולהירשם במרשם האוכלוסין כהוריו. סגנית הקונסול הפנתה אותם למשרד הפנים, אשר השיב לעותרים במכתב מיום 13.1.2011 כי לא די בתעודת הלידה כדי לתת לבנם אזרחות ישראלית ולרשום אותו במרשם האוכלוסין. על פי המכתב ונספחיו, נדרשו העותרים בין היתר להוכיח באמצעות בדיקה גנטית כי קיים קשר גנטי בין הילד לבין מי מהעותרים, וזאת כתנאי לרישום במרשם האוכלוסין ולקבלת אזרחות ישראלית. מכאן העתירה בבג"ץ 566/11, בה מבקשים העותרים לרשום את בנם במרשם האוכלוסין וזאת ללא צורך בבדיקה גנטית.

3. העותרים בבג"ץ 6569/11 אף הם בני זוג מאותו מין, אשר מקיימים משק בית משותף למעלה מ-12 שנה ונישאו זה לזה בטקס נישואין אזרחי בקנדה בשנת 2009. לאחר מספר ניסיונות להביא ילד לעולם באמצעות הליכי פונדקאות שלא צלחו, התקשרו העותרים בשנת 2010 בהסכם פונדקאות עם אזרחית ארצות הברית, אשר הביא לבסוף להולדת בתם. לצורך ההליך נתנו שני העותרים דגימות זרע, אשר בהן הופרו ביציות של תורמת ביצית, שאיננה הפונדקאית. הביציות המופרות הושתלו ברחמה של הפונדקאית, כאשר בשלב זה עוד לא היה ברור, מטבע הדברים, מי מן הביציות המופרות תפתח ותביא להיריון. בדומה לעותרים בבג"ץ 566/11, אף העותרים דנן פנו טרם הלידה לאגף ליתומים של בית המשפט לטיעונים כלליים בפנסילבניה, ולפנייתם לבית המשפט צירפו תצהירים של הרופאים שביצעו את ההפריה ואת השתלת העוברים ברחמה של הפונדקאית, תצהירים של הפונדקאית ובן זוגה, וכן תצהירים של העותרים עצמם. ביום 29.4.2011, עוד לפני לידת בתם של העותרים, נתן בית המשפט בפנסילבניה צו המורה כי שני העותרים הם הוריה החוקיים של הילדה שתיוולד בתום ההיריון, וכי כך יירשם בתעודת הלידה. בתם של העותרים נולדה ביום 6.6.2011 והונפקה לה תעודת לידה אמריקאית בה נרשמו שני העותרים כהוריה.

לאחר ששבו העותרים ארצה עם בתם, פנו למשרד הפנים בבקשה לרשום את בתם במרשם האוכלוסין. העותרים הופנו לבית המשפט לענייני משפחה, על מנת שיורה על עריכת בדיקה גנטית שתוכיח את הקשר הגנטי למי מהם, וכך עשו. בעקבות הבדיקה שנערכה התברר כי אחד מן העותרים הוא אביה הביולוגי של הילדה (להלן: ההורה הביולוגי), וביום 14.8.2011 ניתן צו של בית המשפט לענייני משפחה המצהיר על כך. העותרים פנו בשנית למשרד הפנים, על יסוד הצו שהוצא בבית המשפט בארצות הברית, תעודת הלידה, הצו האמור של בית המשפט לענייני משפחה, והעובדה כי

השניים רשומים כנשואים במרשם האוכלוסין, וביקשו להירשם כהוריה של הילדה. משרד הפנים מסר להם כי ניתן לרשום רק את ההורה הביולוגי במרשם, וסירב לרשום את העותר האחר (להלן: ההורה הלא-ביולוגי) כאביה של הילדה מבלי שזה יאמץ אותה. כנגד סירוב זה מופנית העתירה בבג"ץ 6569/11, בה מבקשים העותרים להירשם במרשם האוכלוסין כהוריה של הילדה על יסוד המסמכים האמורים, ללא צורך בהליך אימוץ בכל הנוגע להורה הלא-ביולוגי.

התפתחויות לאחר הגשת העתירות

4. ביום 21.12.2011 קיימנו דיון בבג"ץ 566/11 (השופטים מ' נאור, א' רובינשטיין וא' חיות), במהלכו התברר כי לעותרים בעתירה זו מסמכים רפואיים ומשפטיים נוספים שלא הועברו למשרד הפנים ואף לא צורפו לעתירה. על כן הורינו כי המסמכים יועברו למשרד הפנים, אשר ייתן החלטה חדשה בעניינם של העותרים, ולאחר מכן יוגשו הודעות מעדכנות. מן ההודעות המעדכנות שהוגשו ביום 28.2.2012 וביום 19.3.2012 עלה כי משרד הפנים עומד בסירובו לתת לבנם של העותרים אזרחות ישראלית ולרשום את העותרים כהוריו במרשם האוכלוסין, וזאת נוכח העובדה שגם במסמכים הנוספים לא הוצגה לו בדיקה גנטית המעידה על קשר ביולוגי של הילד למי מהעותרים. להודעה המעדכנת מטעם העותרים צורפו, בין היתר, המסמכים הנוספים שהעבירו העותרים למשיבים, והם: פנייתם של העותרים לבית המשפט בפנסילבניה, והנספחים שצורפו לה (בכללם, כאמור, תצהיר של הרופא המטפל); צו ההורות שניתן בבית המשפט בפנסילבניה; והסכם הפונדקאות בין העותרים לבין הפונדקאית ובעלה. נוכח האמור בהודעות המעדכנות, קיימנו דיון נוסף בעתירה בבג"ץ 566/11 ביום 26.6.2012. נכון לעת ההיא היה קבוע דיון בעתירה הנוספת (בג"ץ 6569/11) ליום 24.10.2012.

5. בשל השאלות המשותפות (באופן חלקי) העולות בשתי העתירות, כפי שיפורט להלן, החלטנו בעקבות הדיון מיום 26.6.2012 לאחד את הדיון בשתי העתירות, ולקיימו בפני הרכב מורחב. בהחלטתנו זו (מיום 28.6.2012) ביקשנו מן המדינה להבהיר אם ניתן יהיה לקיים את הדיון בעתירות כאילו הוצא צו על תנאי. התנתה זאת בתנאים שונים, אשר לא ראינו מקום להיעתר להם, וביום 26.7.2012 ניתן צו על תנאי בשתי העתירות (המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים א' רובינשטיין וא' חיות). ביום 3.2.2013 קיימנו דיון בהרכב מורחב בשתי העתירות. במהלך הדיון התברר כי יש מקום לקבל עדכון מהמדינה בעניין המלצותיו של צוות בין-משרדי העוסק בסוגיות הנוגעות לעתירה, כפי שיפורט בהמשך, וכן את עמדתו של היועץ המשפטי

למשלה בשאלה אם במקרים של פונדקאות חו"ל בהם דורשת המדינה כיום הליך של אימוץ כתנאי לרישום ההורות, ניתן יהיה להסתפק במתן צו הורות על ידי בית המשפט לענייני משפחה במתכונת הנהוגה כיום לגבי פונדקאות בישראל. כמו כן, ביקשנו את התייחסותו של היועץ המשפטי לשאלה אם ניתן לקצר או להקל את ההליכים הדרושים למתן צו כאמור (בין אם צו אימוץ ובין אם צו הורות) במקרים של פונדקאות חו"ל (ראו החלטה מיום 5.2.2013). ייאמר כבר עתה בתמצית כי בעמדת היועץ שהוגשה ביום 9.5.2013, הובהר כי חל שינוי בעמדת המשיבים. לפי העמדה הנוכחית, המשיבים מוכנים להסתפק בצו הורות שיינתן בבית המשפט לענייני משפחה ("צו הורות פסיקתי"), חלף צו אימוץ לפי חוק האימוץ, וזאת בתנאים מסוימים שפורטו על ידם (בהודעה משלימה מיום 13.6.2013). עוד הובהר כי אין מניעה להתחיל בהליכים הנוגעים למתן צו כאמור מייד לאחר לידת הילד, וכי עד למתן צו זה המדינה תיתן ככלל את הסכמתה למינוי ההורה הלא-ביולוגי כאפוטרופוס לילד. להשלכותיה של עמדה זו על דיוננו אתיחס בהמשך הדברים.

מסגרת הדיון

6. הליכי פונדקאות בחו"ל אינם מוסדרים בחקיקה או באמנה בינלאומית כלשהי, וזאת בשונה מהליכי פונדקאות בישראל, המוסדרים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות הישראלי). קיומם של הליכי פונדקאות באופן חוצה-גבולות הוא תופעה חדשה יחסית בישראל ובעולם כולו, אשר היקפה הולך ומתרחב. מנתונים שהציגו המשיבים עולה כי מקרים בהם ההורים המיועדים לגדל את הילד הם אזרחים ותושבים ישראלים, בעוד הסכם הפונדקאות ממומש מחוץ לישראל והפונדקאית הנושאת את ההיריון היא אזרחית זרה (להלן: הליכי פונדקאות חו"ל), מוכרים להם החל משנת 2005. בשנים האחרונות, כך נמסר לנו, נערכים עשרות הליכי פונדקאות חו"ל בשנה, ומספרם נמצא בעלייה מתמדת. הפונים לפונדקאות חו"ל, כך עולה מן החומר שלפנינו, הם זוגות חד-מיניים ומשפחות חד-הוריות, שאינם רשאים לערוך הליך פונדקאות בישראל לפי חוק הפונדקאות הישראלי; וכן זוגות אשר יכולים לקיים את הליך הפונדקאות בישראל, אולם בוחרים מטעמים שונים, כגון עלות נמוכה יותר, לקיימו בחו"ל.

7. נוכח העלייה בהיקף הליכי פונדקאות חו"ל, והניסיון שנצבר בישראל מאז נחקק חוק הפונדקאות הישראלי לפני למעלה מ-16 שנה, נכללו סוגיות אלו בנושאים שהועמדו לבחינתה של ועדה ציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל בראשות פרופ' שלמה מור-יוסף (להלן: ועדת מור-יוסף). ועדה זו

מונתה על ידי מנכ"ל משרד הבריאות בחודש יוני 2010, ובין חבריה נכללים מומחים בתחום הרפואה, הרווחה, האתיקה, הפסיכולוגיה והמשפט. בין הנושאים שבחנה הוועדה נמנים שאלת השפעת המעמד האישי של המטופלים על הנגישות לטיפולי פוריות, מגבלות גיל במסגרת טיפולי פוריות, תרומות חומר גנטי (ביציות, זרע וכדומה), שימוש בחומר גנטי לאחר המוות, קביעת הורות, וכאמור – גם פונדקאות לסוגיה. בסיום עבודתה הגישה הוועדה דוח מקיף, ובו פרק הדין בנושא פונדקאות בכלל, ובנושא פונדקאות חו"ל בפרט (עמ' 68-69 לדוח). המלצות הוועדה הונחו בפני מנכ"ל משרד הבריאות בחודש מאי 2012, ולאחר מכן מונה צוות בין-משרדי לצורך יישום המלצות הוועדה ולבחינת שינויי חקיקה המתחייבים מן ההמלצות. המלצות הצוות הבין-משרדי, שהוגשו למנכ"ל משרד הבריאות בחודש פברואר 2013, יוזכרו אף הן בהמשך הדברים.

8. נושא הפונדקאות בחו"ל הוא אפוא נושא "חדש" יחסית, במונחים ישראליים ובינלאומיים, אשר הסדרתו בדין רחוקה מלהיות משביעת רצון, ואפשר שהיא עומדת בפני שינוי. בצד זאת, אין חולק בענייננו כי החוק הישראלי איננו מונע מן העותרים או מאחרים לבצע בחו"ל הליכי פונדקאות מהסוג שביצעו העותרים במקרה זה. אי-לכך, המחלוקת בענייננו נסבה, במידה רבה, על אודות הקשיים הביורוקרטיים שלטענת העותרים אינם מוצדקים בהליך במתכונתו הנוכחית. העותרים, מצידם, מעוניינים בקיום הליכי פונדקאות בחו"ל ובהתאמת הרישום במשרד הפנים למצבם המשפחתי באופן מהיר ופשוט ככל הניתן. המדינה, מצידה, זהירה בכך. היא מצביעה על שורה ארוכה של אינטרסים המחייבים נקיטת גישה חשדנית בנוגע לפונדקאות חו"ל. בין אינטרסים אלו מונה המדינה חששות הנוגעים להליך הפונדקאות גופו, כגון חשש מניצול של הפונדקאיות (השוו: סעיפים 5-6 לחוק הפונדקאות הישראלי) וחשש מסחר בילדים. בנוסף מצביעה המדינה על חששות כגון מתן מעמד בישראל למי שאינם זכאים לכך, וחשש מרישום במרשם האוכלוסין שאיננו נכון או מדויק. אשר על כן, ובהיעדר הסדרה מקיפה בדין, פועלת המדינה לפי נוהל פנימי שגיבשה ("נוהל חו"ל"), שלשיטתה מסיר חששות אלו במידה מספקת. לפי נוהל זה, שאיננו כתוב ואיננו מפורסם ברבים, זוגות שערכו הליך פונדקאות בחו"ל ומבקשים להקנות לילדם מעמד בישראל, נדרשים לערוך בדיקה גנטית שתוכיח קשר ביולוגי-גנטי בין הילד לבין מי מהוריו. עריכת הבדיקה הגנטית סוללת את הדרך למתן האזרחות הישראלית לילד, ולרישומו של הורה הביולוגי במרשם האוכלוסין. אשר לבן הזוג השני, המדינה איננה מכירה בקשר הורי כלשהו בינו לבין הילד, וזאת עד לעריכת הליך אימוץ לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ). רק בתום הליך אימוץ מלא

מאפשרת המדינה לבן הזוג השני להירשם כהורה של הילד במרשם האוכלוסין. שתי דרישות אלו, כפי שיפורט, נתקפות בעתירות שלפנינו. יצוין כי הנוהל שגיבשו המשיבים בעניין הכרה בפונדקאות חו"ל כולל דרישות נוספות, ובראשן דרישה כי ההורים המיועדים לגדל את הילד יוכיחו בנציגות ישראל שהדין במדינה בה ממומש הסכם הפונדקאות איננו אוסר על פונדקאות; דרישה להצגה של הסכם הפונדקאות בנציגות ישראל; וכן דרישה כי הפונדקאית תתייצב בנציגות ישראל ותביע את הסכמתה למסירת הילד להורים המיועדים. דרישות נוספות אלו אינן עומדות לבחינתנו בעתירות הנוכחיות.

9. הצגת הדברים עד כה מאפשרת לעמוד על הדומה והשונה בין העתירות שלפנינו. העתירה הראשונה (בג"ץ 566/11), המבקשת לוותר על עריכת הבדיקה הגנטית, היא עתירה הכורכת בתוכה סוגייה של מתן מעמד בישראל לילד, היינו – הכרה באזרחותו הישראלית של הילד מכוח הקשר שלו למי מבני הזוג. סוגיית המעמד איננה מתעוררת בעתירה השנייה (בג"ץ 6569/11), שכן בעתירה זו בני הזוג הסכימו לעריכת בדיקה גנטית, ואזרחותה הישראלית של הילדה הוכרה. בליבה של העתירה השנייה עומדת כאמור סוגיית רישומו של ההורה השני במרשם האוכלוסין, היינו – התאמה בין המציאות המשפחתית בה גדל הילד או הילדה, מציאות הכוללת על פי העתירות שתי דמויות הוריות, לבין הרישום במשרד הפנים. סוגייה אחרונה זו משותפת היא לשתי העתירות, שכן הן בעתירה הראשונה והן בעתירה השנייה גדלים הילדים במסגרת משפחתית הכוללת שני הורים.

10. משהצגתי את הרקע הנדרש ואת יריעת המחלוקת אוכל לפנות לדיון ולהכרעה בעתירות שלפנינו. טענות הצדדים בענייננו עוסקות בהיבטים רבים ומורכבים של הסוגייה: הזכות להורות והזכות למשפחה; שיקולי טובת הילד; הפלייתם של זוגות חד-מיניים לעומת זוגות הטרוסקסואליים; תופעת פונדקאות חו"ל בכללותה והסדרתה במדינות העולם; חששות מניצול נשים ומסחר בילדים; הדמיון והשוני בין פונדקאות לבין אימוץ; הדינים הנוגעים למתן מעמד בישראל ולרישום במרשם האוכלוסין; כללי המשפט הבינלאומי הפרטי; תקפותם של מסמכים זרים בדין הישראלי; סבירות ומידתיות התנהלות המשיבים; ועוד ועוד. מצדי אתמקד תחילה באותם עניינים הדרושים להבנתי להכרעה; בהמשך אצביע על הגמשה (מסוימת) שחלה בעמדת המדינה לגבי האפשרות לבקש צו הורות פסיקתי במקום צו אימוץ.

11. בלב העתירה בבג"ץ 566/11 עומד, כפי שהוסבר, סירובו של פקיד המרשם לרשום את העותרים כהוריו של בנם במרשם האוכלוסין על יסוד תעודת לידה ופסק דין מארצות הברית המעידים על הורותם, ודרישתו כי תיערך בדיקה גנטית המעידה על הקשר הגנטי בין הילד לבין מי מהעותרים כתנאי למתן מעמד לילד בישראל. העותרים אינם מעוניינים לערוך בדיקה גנטית. הם טוענים כי ביצעו את הליך הפונדקאות במרפאת פוריות מוכרת ומתקדמת בארצות הברית, ולפיכך אין יסוד לחשש שהילד אינו קשור למי מהם בקשר ביולוגי, כפי שהוצהר במסמכים שעמדו בבסיס פסק הדין הזר. את רצונם להימנע מעריכת בדיקה גנטית נימקו העותרים במספר נימוקים, שחלקם נוגעים לבדיקה הגנטית עצמה, וחלקם לדינים הנוגעים לרישום במרשם ולשיקולים נוספים שיפורטו. לעניין הבדיקה הגנטית עצמה, העותרים טוענים כי מדובר בבדיקה שעלותה אלפי שקלים, אשר מעצם טיבה חושפת בפני הילד ובפני סביבתו מיהו הורה הביולוגי, בניגוד לרצונם. העותרים מדגישים כי הם יצאו לדרך הארוכה שהביאה לבסוף ללידתו של בנם בצוותא, וכי הם מגדלים אותו במשותף. העותרים מצביעים על שיקולים שונים המחייבים את המשיב לרשום אותם על בסיס תעודת הלידה המוצגת לו: לטענתם, מדובר ב"תעודה ציבורית" כדרישת הוראותיו של חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם), המחייבת את פקיד המרשם לרשום אותם כהוריו הילד. הם טוענים כי רישום כאמור מגן על זכויות יסוד, כגון הזכות להורות והזכות למשפחה; כי הוא עולה בקנה אחד עם טובת הילד; כי יש ברישום משום כיבוד של דיני המדינה הזרה בה הם רשומים כהוריו של הילד; כי רישום במרשם ישרת את הרצון להימנע מפיצול הסטטוס של הילד בין מדינות שונות; וכי רישום כאמור מבטא את החובה לכבד צורות חדשות ושונות של הורות.

12. המשיבים מבססים את סירובם לרשום את הילד במרשם האוכלוסין על תפיסה לפיה מתן מעמד לילד שנולד לאזרח ישראלי מחוץ לישראל, מחייב הוכחה שהילד הוא אכן ילדו של האזרח הישראלי. לטענתם, סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות), שעניינו מתן אזרחות ישראלית לילדו של אזרח ישראלי שנולד בחו"ל, מכוון להורות ביולוגית, היינו לקשר גנטי בין הורה לילדו. כיוון שכך, בדיקה גנטית היא אמצעי הוכחתי פשוט, בעל דרגת אמינות גבוהה, להוכחתו של קשר זה. המשיבים מדגישים כי הם דורשים בדיקה גנטית מכל הפונים להליך פונדקאות חו"ל, זוגות חד-מיניים וזוגות הטרוסקסואליים כאחד, ללא הפליה. טעם הדרישה לבדיקת רקמות איננו קשור בנטייתם המינית של ההורים, אלא בחששותיהם של המשיבים מפני מתן מעמד בישראל למי שאינו זכאי לכך, מפני סחר בילדים ומפני עקיפה של דיני

האימוץ הבין-ארצי לפי חוק האימוץ ולפי אמנת האג בדבר ההגנה על ילדים ושיתוף הפעולה לגבי אימוץ בין-ארצי (1993), שישראל היא צד לה. להדגמת חששותיהם מצביעים המשיבים על מקרים אחדים מן השנים האחרונות בהם בדיקה גנטית שנערכה גילתה כי ילד שנולד בפונדקאות חו"ל אינו קשור גנטית למי מן האזרחים הישראליים, שכן הוא נוצר מהיריון טבעי של האם הפונדקאית או מהשתלת עוברים שאינם קשורים לאזרחים הישראליים.

בג"ץ 566/11 – דיון והכרעה

13. עמדתם של המשיבים, לפיה עלינו להשקיף על עתירה זו כחלק מן הסוגייה הרחבה של מתן מעמד בישראל, מקובלת עליי. הילדים בעתירות מושא דיוננו נולדו בארצות הברית, ובהתאם לדין החל שם, הם אזרחי ארצות הברית. רישומם הראשון במרשם האוכלוסין הישראלי הוא עניין בעל משקל ניכר, שכן הוא מהווה הכרה בכך שילדים אלו הם גם אזרחי ישראל, מכוח הקשר שלהם לאזרחים ישראליים. "דיני המעמד, ובפרט האזרחות, הם מדיני התשתית של המדינה; הם קובעים את 'מפתחות' הכניסה והישיבה בארץ, ואת מכלול הזכויות הכרוכות בכך, המקרינים במישרין על חיי הפרט ועל המרקם החברתי כולו" (בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פסקה 31 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (28.6.2011) (להלן: פרשת ויס)). משעוסקים אנו במתן מעמד בעתירה זו, חוק האזרחות הוא נקודת המוצא לדיוננו. שאלות הרישום במרשם האוכלוסין, גם אם בפועל מוסדרות הן בכריכה אחת עם מתן האזרחות, הן "מאוחרות יותר" מבחינה עיונית. זאת, משום שלפי סעיף 2 לחוק המרשם, חוק זה חל על "תושב", המוגדר בסעיף 1 לחוק כ"מי שנמצא בישראל כאזרח ישראלי או על פי אשרת עולה או תעודת עולה, או על פי רשיון לישיבת קבע". שאלת הרישום במרשם (לפי חוק המרשם) מתעוררת אפוא לאחר בירור המעמד (לפי הדינים הנוגעים להסדרת מעמד בישראל, ובכלל זה חוק האזרחות).

וכך קובע חוק האזרחות:

- | | |
|---|---------------------------------|
| <p>4. (א) אלה יהיו, מיום לידתם, אזרחים ישראליים מכוח לידה:</p> <p>(1) מי שנולד בישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים;</p> <p>(2) מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים [...].</p> | <p>אזרחות
מכוח
לידה</p> |
|---|---------------------------------|

הדין החל על ילדים שנולדו לאזרחי ישראל בחו"ל – כדוגמת הילד בעתירה שלפנינו – הוא אפוא סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות. המשיבים הבהירו בעמדתם כי על מנת לממש את סעיף 4(א)(2) האמור, הם נוהגים בילדים שנולדו בפונדקאות חו"ל לאזרחים ישראלים ככל ילד שנולד לאזרחי ישראל בחו"ל. בעניין זה, ככלל, המשיבים מבחינים בין אישה אזרחית ישראלית שילדה בחו"ל, אשר בעניינה "הלידה מדברת בעד עצמה" ומעידה על הקשר בינה לבין הילד שנולד; לבין גבר שהוא אזרחי ישראל ונולד לו ילד בחו"ל, אשר רף הראיות הנדרש בעניינו, לצורך הוכחת הקשר הביולוגי ליילוד גבוה יותר, ומתבסס על בדיקה גנטית. המשיבים טוענים, כאמור, כי מדובר במדיניות סבירה ובלתי-מפלה, אשר מספקת פתרון פשוט לסוגייה מורכבת.

14. העילה בגינה מבקשים העותרים בעתירה זו אזרחות ישראלית לילדם היא "מכוח לידה" לאזרחי ישראל. אי-לכך, אני סבורה כי הגישה לפיה יש להוכיח קשר ביולוגי-גנטי בין האזרח הישראלי (האב הביולוגי) לילד שנולד בחו"ל היא נכונה בבסיסה. כפי שהובהר בדיון על פה, העותרים אינם מקבלים גישה זו מעיקרה. אין בידי להסכים לגישתם. זאת, כאמור, נוכח העובדה שענייננו בעתירה זו הוא רישום ראשון במרשם האוכלוסין ומתן מעמד בישראל "מכוח לידה". העותרים ביקשו לשכנענו להכיר בהקשר זה גם בהורות משפטית (כלומר, לא ביולוגית). ואולם, הוראות חוק האזרחות מכירות בהורות משפטית רק בנסיבות של אימוץ, ומסדירות באופן מפורט באילו נסיבות הורות מכוח אימוץ תזכה את הילד באזרחות ישראלית (ראו בסעיף 4ב לחוק האזרחות). הורות משפטית מכוח פונדקאות מוכרת אמנם בדין הישראלי בהקשרים אחרים – ולכך עוד נשוב בפירוט בהמשך – אולם נוכח העובדה שהליכי פונדקאות חו"ל כאמור אינם מוסדרים בדין, הורות מסוג זה כשלעצמה (כלומר, ללא קשר ביולוגי לילד) אינה מוכרת בהקשרים של מתן מעמד, ואינה מזכה את הילד באזרחות ישראלית.

15. משקבעתי כי אזרחות מכוח לידה לפי סעיף 4(א)(2) עניינה הורות ביולוגית, השאלה אם הוכח קשר ביולוגי-גנטי בין האב הישראלי לבין הילד המבקש לקבל מעמד הופכת למעשה לשאלה ראייתית. לשון אחר, השאלה הטעונה הכרעה היא אם בדיקה גנטית היא הראיה הכשרה היחידה לעניין זה, או שמא ניתן לקבל בנסיבות מסוימות גם ראיות אחרות.

בדיקה גנטית הוכרה זה מכבר כאמצעי מדעי יעיל, פשוט ואמין להוכחת הורות ביולוגית (פרשת ויט, בפסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; בג"ץ 6483/05

קענדאן נ' שר הפנים, פסקה 15 (9.8.2010) (להלן: פרשת קענדאן); ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 747 (1980)). על פי הדין הישראלי, אין לבצע בדיקה גנטית לצורך הוכחת הורות ללא צו של בית המשפט לענייני משפחה (ראו: פרק ה' לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: חוק מידע גנטי), ובמיוחד סעיף 28; ראו גם סעיף 28 יד לעניין סמכותו של בית דין דתי בעניין). לאחר שמתקבלות תוצאות הבדיקה הגנטית, מצהיר בית המשפט לענייני משפחה על ההורות הביולוגית שהוכחה בפניו, ופסק דינו מהווה "תעודה ציבורית" המונחת בפני פקיד המרשם בבואו לרשום את הילד והורהו, ולהקנות לילד אזרחות ישראלית. זוהי מתכונת פשוטה לביצוע, ודומני כי ראוי שתהיה בבחינת "דרך המלך" בענייננו.

16. בצד האמור, איני סבורה כי יש מקום לחסום את הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות אחרות הורות ביולוגית לצרכי קבלת מעמד. לא אכחד: אין לשלול לחלוטין דרכים אחרות, אך יכול שיימצא, בסופו של יום, שדרכים אחרות הינן ארוכות יותר, ואף יקרות יותר. המבקשים לעשות כן בדרך שונה מבדיקה גנטית רשאים לפנות לבית המשפט לענייני המשפחה, שהוא המוסמך בעניינים אלה, ודן בהם כמעשה של יום ביומו (ראו: סעיפים 3(א) ו-1(4) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה)). 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. כך, למשל, ייתכן כי דיון ענייני בתצהיר הרופא המטפל שצורף לעתירה (כאחד הנספחים של התביעה שהוגשה בארצות הברית לצורך קבלת הצו השיפוטי), תוך בירור של איכות המרפאה המטפלת ושל המונחים הרפואיים הנזכרים בתצהיר, ולרבות חקירה נגדית של המומחה אם המדינה הייתה מבקשת זאת, היה מניח את דעתו של בית המשפט לענייני משפחה כי קיים קשר ביולוגי בין אחד העותרים לבין הילד. מטבע הדברים אינני מביעה בעניין זה כל עמדה. בית המשפט לענייני משפחה ישקול את הראיות שיוצגו לו ויחליט כחוכמתו. מכל מקום ואם יקבלו חבריי את עמדתי כי יש להוכיח קשר ביולוגי של הילד לאחד ההורים, הסירוב לעשות בדיקה גנטית, אם יעמוד בעינו – יש בו כדי לעורר פליאה. בין כך ובין כך, על פקיד מרשם שיונח בפניו פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה הקובע הורות ביולוגית, להסתפק בו ולרשום את הילד במרשם האוכלוסין, אף אם זה רישום ראשון המקנה לילד מעמד בישראל. באופן דומה, הסכימה באת כוח המדינה בדיון על פה כי אם יוצג לפקיד המרשם פסק דין זר המעיד על פי תוכנו על הורות ביולוגית, יסכימו המשיבים לבצע רישום ראשון במרשם על בסיסו. יצוין כי הצו השיפוטי מבית המשפט

בפנסילבניה בעניינם של העותרים, וכן תעודת הלידה של הילד, אינם מעידים על הורות ביולוגית כשלעצמם, משום שאין הם עורכים הבחנה בין בני הזוג לעניין ההורות על בסיס זה, ואינם מבהירים מי מהעותרים הוא האב הביולוגי.

17. העותרים ביקשו לשכנענו כי רישומו הראשון של בנם במרשם האוכלוסין וקבלת אזרחות הישראלית יכולים להתבצע ללא קשר לשאלת ההורות הביולוגית. אין בידי לקבל את עמדתם. זאת בשל הדין החל על קבלת מעמד בישראל, הוא חוק האזרחות. כאמור לאחר ששמענו את טענות הצדדים בעניין, אני סבורה כי דרישת המשיבים לעריכת בדיקה גנטית היא ככלל דרישה סבירה, לאור מאפייניה של בדיקה זו. כפי שנמסר לנו, לאור ההתקדמות המדעית, בדיקה גנטית היא בדיקה פשוטה למדי, המבוצעת באמצעות דגימת רוק או דם, ומספקת תוצאות מהירות ובעלות אמינות גבוהה. אמנם, עלותה של בדיקה זו היא ניכרת – כ-1,000 ש"ח (לטענת המשיבים) עד כמה אלפי ש"ח (לטענת העותרים). כך או כך, בהתחשב בדרישת הדין עליה עמדתי לזיקה ביולוגית בין הילד לבין הורה לצורך מתן מעמד בישראל, נראה כי האמצעי שבחרו המשיבים על מנת לבדוק את קיומה של זיקה שכזו, הוא ככלל אמצעי מתאים. בהקשר דומה נפסק זה מכבר כי "בקשת המעמד, על כל הנלווה לה, כרוכה לעיתים בהשקעת ממון וזמן, אך גם באלה אין לראות דרישה מכבידה שיש בהכרח לשלול אותה" (פרשת ויט, בפסקה 15 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל).

18. יובהר שוב: להשקפתי על המשיבים לאפשר גם דרכי הוכחה אחרות, ככל שתכליתן היא הוכחת זיקה ביולוגית. במישור המעשי, ספק בעיניי כאמור אם דרכי הוכחה שכאלו אכן יקצרו את ההליכים או יוזילו אותם כפי שמבקשים העותרים לעשות; ואולם, נוכח העובדה שדרכי הוכחה עשויות, ולו לכאורה, לצמצם את הפגיעה בעותרים (ולו לטענתם במונח הכלכלי), אין לחסום אפשרויות הוכחה אלו באופן גורף, ויש להותיר למעוניינים בהן לממשן (השוו: דברי השופטת א' פרוקצ'יה בפרשת ויט הנזכרת, בפסקאות 54-56 לפסק דינה). צמצום הפגיעה הכלכלית הלא-הכרחית בעותרים יכול להיעשות גם באמצעות בחינה של מתכונת הבדיקה הגנטית שדורשים המשיבים. כפי שהובהר, על פי הנוהל הקיים המשיבים דורשים כי הבדיקה הגנטית תיערך לאחר הלידה בבית חולים בישראל, עניין העשוי להיות יקר ומסובך יותר. הדעת נותנת כי גם מרפאות מסוימות בחו"ל, למצער בארצות הברית בה ערכו העותרים את הליכי הפונדקאות, מסוגלות לבצע בדיקה פשוטה זו באיכות שתניח את דעת המשיבים. בשל עלותה הגבוהה ממילא של הבדיקה וכל הכרוך בה, מן הראוי כי המשיבים יבחנו אם החסימה הגורפת של האפשרות לערוך בדיקה גנטית בחו"ל איננה מהווה הטלת

מעמסה מוגזמת על המעוניינים בכך, ואיננה הופכת את ההליך הפשוט של בדיקה גנטית להליך שעריכתו בפועל מסובכת ויקרה.

19. לסיכום: המסגרת הדיונית של עתירה זו (בג"ץ 566/11) אינה מאפשרת לקבלה, ולדעתי עלינו לבטל את הצו על תנאי שהוצא בה. על העותרים לפנות תחילה לבית המשפט לענייני משפחה, בין אם כדי לקבל צו לעריכת בדיקה גנטית לפי פרק ה'1 לחוק מידע גנטי, ובין אם כדי לנסות להוכיח את הורותו הביולוגית של מי מהם לילדם באמצעים אחרים אם זה רצונם, ובלבד שהאמצעים יניחו את דעתו של בית המשפט.

לא נעלם מעיניי כי משמעותה של קביעה זו היא כי ההליכים המשפטיים בעניינם של העותרים לא יבואו אל קיצם במסגרת ההליך הנוכחי, וזאת הגם שבפועל תקופה ממושכת הם מגדלים את ילדם בישראל ללא אזרחות ישראלית ומבלי להיות רשומים כהוריו. עם זאת, וכפי שהצענו לעותרים לא אחת במהלך הדיונים, במישור המעשי עריכת הבדיקה הגנטית יכולה לסלול, ובפשטות, את הדרך למתן אזרחות ישראלית לבנם. העותרים בחרו מטעמיהם לנהל את העתירה במישור העקרוני. זכותם היא לעשות כן. ואולם, ככל שהדברים אמורים בדרישה לויתור על הוכחת זיקה ביולוגית בין מי מהם לבין בנם (באמצעות בדיקה גנטית או באמצעים אחרים בפני בית המשפט לענייני משפחה), לא ניתן לדעתי להיעתר לבקשתם.

20. בשולי הדיון בעתירה זו ראיתי מקום להתייחס לרצונם של העותרים כי לא ייוודע ברבים מיהו אביהו הביולוגי של הילד, הגם שהם עצמם, כפי שעולה מן המסמכים שלפנינו, יודעים מיהו. העתירה השנייה בה נעסוק מייד (בג"ץ 6569/11), מלמדת כי ייתכן אף מצב בו ההורים עצמם כלל אינם יודעים לאחר הלידה מי משניהם הוא ההורה הביולוגי של הילד שנולד, והבדיקה הגנטית – הנערכת לצורך קבלת האזרחות בלבד – חושפת בפניהם את זהות ההורה הביולוגי בסמוך ללידה, בעוד הם עצמם אדישים לשאלה זו או מעוניינים שלא לדעת את התשובה לה.

21. הרצון לא לדעת מי משני ההורים הוא ההורה הביולוגי, או לא לחשוף זאת בפני הסביבה, הוא רצון מובן. ואולם, אין בו כדי לייתר הוכחה של זיקה ביולוגית לפחות לאחד מהעותרים שהוא אזרח ישראלי, לצורך קבלת האזרחות הישראלית. במצב בו ההורים המבקשים אזרחות לילדם אינם יודעים מי משניהם הוא ההורה הביולוגי, ואינם מעוניינים לדעת זאת, ניתן להעלות על הדעת מתכונת של "בדיקה עיוורת",

שתוכיח לבית המשפט לענייני משפחה שלפחות אחד מההורים (אזרחי ישראל) הוא בעל זיקה ביולוגית לילד, אך לא תחשוף בפניהם מיהו האב הביולוגי מבין שניהם. גם בדיקה עיוורת כזו עשויה לעורר קשיים במישור אחר – כגון במקרה בו הילד יזקק לצורך רפואי זה או אחר למידע על המטען הגנטי שלו. ואולם, אין לנו צורך להיזקק למתכונת בדיקה שכזו בענייננו. מן החומר שהונח בפנינו עולה כי בשתי העתירות זהותו של האב הביולוגי ידועה לעותרים: בבג"ץ 566/11 העותרים עצמם יודעים מיהו העותר שנתן את דגימת הזרע, ובבג"ץ 6569/11 העותרים ערכו בדיקה גנטית. על כן, כאמור, על העותרים בעתירה הראשונה (בג"ץ 566/11) להשלים את הוכחת הזיקה הביולוגית בפני בית המשפט לענייני משפחה (באמצעות בדיקה גנטית או באמצעים אחרים), שנדרשת לצורך מתן האזרחות לבנם. מכאן אפנה לנושאים של הכרה בהורותם של שני ההורים (הן הביולוגי והן ההורה הלא-ביולוגי), ורישומם של שני ההורים במרשם האוכלוסין.

שלב שני (בג"ץ 6569/11): רישום ההורה השני במרשם האוכלוסין

22. העותרים בעתירה השנייה (בג"ץ 6569/11) ביצעו כאמור בדיקה גנטית, אשר העלתה כי אחד העותרים בעתירה זו הוא אביה הביולוגי של הילדה שנולדה להם בעקבות הליך פונדקאות חו"ל. עתירתם מופנית נגד סירובו של פקיד המרשם לרשום את העותר האחר (ההורה הלא-ביולוגי) כאב נוסף לילדה במרשם האוכלוסין, מבלי שיעבור תחילה הליך אימוץ מלא לפי הוראות חוק האימוץ. טענות העותרים בעתירה זו מתמקדות במציאות המשפחתית בה גדלה בתם, מציאות בה שני אבות מגדלים אותה כהוריה, ובדרישה כי מציאות זו תקבל ביטוי במרשם האוכלוסין. העותרים מדגישים כי יצאו לדרך המשותפת שהביאה ללידת בתם יחד, וכי לאורך הליכי הפונדקאות בחו"ל הם היו אדישים לשאלה מי יהיה ההורה הביולוגי של בתם (שכן עוברים מזרעם של שני בני הזוג הושתלו ברחמה של הפונדקאית). מן הבחינה המשפטית, העותרים מבקשים להסתמך על הצו שניתן בבית המשפט בפנסילבניה, ועל תעודת הלידה מארצות הברית בה רשומים שניהם כהוריה של הילדה. לטענתם מסמכים אלו הם בגדר "תעודה ציבורית" כהגדרתה בסעיף 29 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), ומשכך לפי הוראות חוק המרשם די בהם כדי לחייב את פקיד המרשם לרשום את ההורה הלא-ביולוגי כאביה של הילדה. עוד מדגישים העותרים כי עתירתם נוגעת לרישום במרשם האוכלוסין בלבד, ואין היא תביעת אבהות, תביעה להכרה בפסוק חוץ, תביעה להכרה בהורות ביולוגית או תביעה להורות מכוח אימוץ.

23. המשיבים טוענים כי הדרך היחידה להכיר בהורות משפטית מן הסוג שמבקשים העותרים ליצור היא באמצעות דרכי יצירת ההורות המשפטית הקבועות בדין. לגישתם, פקיד המרשם אינו מוסמך להכריע בשאלות של הורות משפטית, ולפיכך בלא צו אימוץ או צו הורות ישראלי המוצגים לו, אין הוא יכול לרשום את ההורה הלא-ביולוגי כאביה של הילדה. המשיבים מדגישים את חשיבות דיוק מרשם האוכלוסין ואמינותו, במיוחד בפרטים כגון הורות, המהווים ראייה לכאורה לאמיתות תוכנם. בנוסף, מפנים המשיבים לפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה אשר קבע את אבהותו של ההורה הביולוגי, וטוענים כי פסק דין זה שולל למעשה את ההכרה באבהותו של ההורה הלא-ביולוגי. המשיבים מדגישים כי מדיניותם מתיישבת עם הוראות הדין, וכי אף אם הדרישה לעריכת הליך אימוץ פוגעת בעותרים, הרי שפגיעה זו היא מידתית וסבירה.

24. בדיון שהתקיים בהרכב מורחב ביום 3.2.2013 חזרו המשיבים על עמדתם לפיה ככלל, הדרך לרישומו של ההורה הלא-ביולוגי במרשם מחייבת כינון הורות משפטית באמצעות צו אימוץ או צו הורות לפי חוק הפונדקאות הישראלי. המשיבים הבהירו כי היות שחוק הפונדקאות הישראלי אינו חל על העותרים, הן משום שהם זוג חד-מיני והן משום שביצעו את הליך הפונדקאות בחו"ל, אפיק האימוץ הוא האפיק היחיד הקבוע בדין המאפשר להורה הלא-ביולוגי לכוון את החובות והזכויות ההוריות כלפי בתו. כפי שצוין בפתח הדברים, בעמדה זו חל שינוי מסוים, אשר פורט בעמדת היועץ שהוגשה לאחר הדיון ביום 9.5.2013. בעמדתו העדכנית של היועץ המשפטי לממשלה המונחת לפנינו, הבהירו המשיבים כי עד שיוסדר נושא פונדקאות חו"ל בחקיקה, הם מוכנים להסתפק ב"צו הורות פסיקתי" שיינתן בבית המשפט לענייני משפחה, במקום צו אימוץ לפי חוק האימוץ. המשיבים הביעו אמנם הסתייגות מן השימוש בביטוי "צו הורות", אותו יש לייחד לגישתם להליכי פונדקאות המתנהלים בישראל תחת פיקוח המדינה, אולם הסכימו כי ניתן להשתמש בכינוי זה עד להסדרת הנושא בחקיקה.

המשיבים הבהירו בעמדתם העדכנית כי ההבדל המעשי בין "צו אימוץ" ל"צו הורות פסיקתי" איננו ניכר, וכי שני ההליכים מחייבים לשיטתם קבלת תסקיר של עובד סוציאלי בטרם יינתן הצו, הליך שלגישתם אף עלול להיות ממושך יותר בנסיבות של פונדקאות חו"ל. בהתאם להמלצתנו, בחנו המשיבים אם ניתן יהיה לקצר את ההליך למתן צו כאמור או להקל עליו בבית המשפט לענייני משפחה. המשיבים הבהירו כי מעתה והלאה הליכים למתן צו (בין אם צו אימוץ ובין אם "צו הורות פסיקתי") יוכלו להתחיל מייד לאחר לידת הילד, ללא תקופת המתנה כלשהי. עוד ציינו המשיבים כי עד

למתן צו זה יוכל ההורה הלא-ביולוגי להתמנות כאפוטרופוס לילד, והמדינה תיתן ככלל את הסכמתה לכך, בהתקיים התנאים הקבועים בדין.

בהודעה מעדכנת נוספת מטעמם (מיום 13.6.2013) פירטו המשיבים את התנאים שבהתקיימם יסכימו – עד להשלמת הליכי החקיקה – למתן "צו הורות פסיקתי" כאמור. המשיבים ציינו כי ידרשו (1) שהמרפאה בה בוצע הליך הפונדקאות בחו"ל תוכר על ידי ועדה בין-משרדית, אשר עבודתה תחל בהקדם ודרישותיה יפורסמו בהודעה לציבור; (2) כי הסכם הפונדקאות עומד בתנאים שונים, המגנים על הפונדקאית, על הילד ועל ההורים המיועדים; (3) כי יינתן אישור של המרפאה שהביצית אינה של הפונדקאית; ו-(4) כי הפונדקאית תחתום על הסכמה מדעת למסירת התינוק להורים המיועדים. עוד הבהירו המשיבים כי ידרשו (5) תסקיר שיערך על ידי עובד סוציאלי, וציינו כי עריכתו של תסקיר שכזה עשויה לארוך זמן ממושך ביחס לתסקיר המבוצע בהליכים לפי חוק הפונדקאות הישראלי. המשיבים הדגישו בהודעתם כי אין להם התנגדות לכך שההליכים הנוגעים ל"צו ההורות הפסיקתי" יחלו עוד לפני לידת הילד.

25. בתגובתם להודעות המעדכנות טוענים העותרים בבג"ץ 6569/11 כי העמדה החדשה, גם אם יש בה התפתחות מסוימת, איננה נוגעת לסוגיית הרישום עליה נסבה עתירתם. לגישתם, כאמור, בנסיבות ענייננו חלה חובה על פקיד הרישום לרשום את ההורה השני במרשם, ללא קיום הליך אימוץ או מתן צו הורות. העותרים מציינים כי יש דמיון רב בין צו ההורות הפסיקתי (אשר המשיבים הודיעו כי הם נכונים "להסתפק" בו), למתכונת הקיימת של צו אימוץ; וממילא, לשיטתם, אין בכך כדי לשנות מן הטענות שטענו בעתירה בנוגע לחובת פקיד הרישום לרשום את ההורה השני במרשם. על כן שבים העותרים ומבקשים להפוך את הצו על תנאי למוחלט.

העותרים בעתירה הראשונה (בג"ץ 566/11) הגיבו אף הם להודעותיה המעדכנות של המדינה בעניין "צו ההורות הפסיקתי", אשר עשויות כמבואר להשפיע על עניינם לאחר שילדם יקבל מעמד בישראל. העותרים בירכו על הנכונות ליתן צו מסוג זה חלף צו אימוץ, אולם הביעו חשש שהתנאים שציינו המשיבים יערימו קשיים על המבקשים לקבל צו כאמור. העותרים ציינו כי כל עוד קיימת דרישה לעריכת תסקיר לאחר הלידה, הרי שדרישה זו עלולה לארוך זמן רב, וניתן לקצר את ההליכים אף יותר באמצעות עריכת תסקיר טרם הלידה. עוד ציינו העותרים כי אין מקום להתנות את

הרישום בכך שהוא יתבקש בד בבד על ידי שני העותרים (דרישה שנזכרה בהודעת המשיבים הראשונה), וכי יש לאפשר לעשות זאת במועדים שונים.

בג"ץ 6569/11 – דיון והכרעה

26. עתירה שנייה זו, כפי שהטעמתי לעיל, אינה כורכת בתוכה סוגיות הקשורות למתן מעמד בישראל, ונוגעת היא רק לסוגיית רישום ההורה השני במרשם. לפיכך, הטענות בעתירה זו נוגעות למעשה לשתי העתירות שלפנינו, שכן גם אם יקבלו העותרים בעתירה הראשונה (בג"ץ 566/11) את מבוקשם, כך שילדם יקבל מעמד בישראל ואביו הביולוגי ירשם כאביו של הילד במרשם האוכלוסין, עדיין תיוותר שאלת רישומו של ההורה הלא-ביולוגי במרשם האוכלוסין.

27. העתירה ב-בג"ץ 6569/11 עוסקת בסוגיית הרישום בלבד, והצו על תנאי שניתן בה מורה למשיבים ליתן טעם "מדוע לא ירשמו את שני העותרים כאחד כהוריה של הקטינה". בפתח הדברים יש להבהיר אפוא, כי היות שמדובר בשאלה הנוגעת לנושא רישום ההורה השני במרשם בלבד, החששות עליהם הצביעו המשיבים בנוגע להליך פונדקאות חו"ל, כגון חשש מסחר בילדים או מניצול נשים פונדקאיות, וכן החששות ממתן מעמד למי שאינו זכאי לכך – כלל אינם מתעוררים בעתירה זו. על פי הנוהל שמפעילים המשיבים, כאמור, עניינים אלו מקבלים ביטוי בדרישות שונות, כגון הדרישה להוכחת הדין הזר, הדרישה להסכמת הפונדקאית וכן הדרישה האמורה לבדיקה גנטית, אשר קודמות כולן לשלב בו מתעוררת שאלת רישום ההורה השני במרשם. השיקולים הנוגעים למניעת סחר בילדים, למניעת פגיעה בנשים פונדקאיות ולמניעת מתן מעמד בישראל למי שאינו זכאי לו – אינם שיקולים רלבנטיים בעתירה שנייה זו. בשלב בו עסקינן כעת הילד הוא כבר אזרח ותושב ישראל, ושאלת רישום ההורה השני מתבססת על הוראות חוק המרשם בלבד, ועל הכללים שפותחו בפסיקתנו לגביו.

28. ההבחנה בין הכללים החלים בנסיבות של מתן מעמד ורכישת אזרחות, בהם דנו לעיל, לבין הכללים החלים בנוגע לרישום שני במרשם אינה חדשה, ועמד עליה בית משפט זה בפרשת וייס הנזכרת. בפרשת וייס עמדו לביקורתו של בית המשפט שני נהלים של משרד הפנים, האחד הנוגע למתן מעמד לילד שנולד בישראל לאזרח ישראלי ואזרחית זרה ("נוהל המעמד"), והשני הנוגע באופן כללי לרישום פרט האבהות במרשם על יסוד הצהרת האב ("נוהל הרישום"). בדומה לענייננו, אף לנגד עיני בית

המשפט שם עמד ההבדל בין הנוהל הראשון, הכורך עימו שאלה של מתן מעמד, לבין הנוהל השני, שעניינו "רישומי" גרידא. וכך הטעימה שם חברתי השופטת ע' ארבל, בדברים שכמו נאמרו לענייננו שלנו:

"לטעמי יש לעשות הבחנה בין שני הנהלים העומדים לביקורתנו השיפוטית. נוהל הרישום, כשמו כן הוא, עניינו ברישום בלבד... לעומת זאת נוהל המעמד עוסק למעשה בהקניית מעמד לקטין שנולד..."

הבחנה זו הינה מהותית ביותר ורלוונטית לדיון שלפנינו... ראשית, ככל שמדובר בשיקול הראשון העוסק במשמעויות הנגזרות מהקניית מעמד לקטין בישראל, הרי ששיקול מרכזי זה אינו חל ככל הנוגע לנוהל הרישום והוא רלוונטי לנוהל המעמד בלבד. החשש המרכזי מבחינת האינטרס הציבורי בהצהרת אבהות כוזבת נוגע להקניית מעמד למי שאינו זכאי לכך... מובן כי קיומו של שיקול זה בכל הנוגע לנוהל המעמד ומנגד העדרו של שיקול זה לגבי נוהל הרישום יש בהם כדי להשפיע על האיזון שנערך בנוגע לשני הנהלים, ולהצדיק את האבחנה ביניהם.

שנית, אבחנה זו יש בה כדי להשפיע אף על שני השיקולים האחרים בקבוצת השיקולים הראשונה, שעניינם ביצירת מרשם אוכלוסין אמין ומדויק ובטובתו של הקטין לדעת מיהו אביו הביולוגי, כמו גם האינטרס הציבורי הנגזר מכך. ככל שמדובר בנוהל הרישום הרי שהחשש למתן הצהרת אבהות כוזבת הוא קטן שכן הרווח המשני העשוי לצמוח מכך מוטל בספק... לפיכך גם החששות הנוגעים לאמינות המרשם ולטובתו של הקטין פוחתים במידה משמעותית. לעומת זאת במסגרת נוהל המעמד הרווח המשני המושג – קבלת מעמד בישראל עבור הקטין – הוא ברור ומשמעותי, ומכאן שהחששות להצהרות אבהות שאינן אמת מתעצם ומשפיע ביותר על השיקולים האמורים.

שלישית, יש להזכיר את הפסיקה רבת השנים של בית משפט זה שהוטמעה במשפטנו המבחינה בין רישום לבין סטאטוס... התייחסות המשפט למרשם כמאגר סטטיסטי ורישומי בלבד שכוחו מוגבל, מפחיתה את החשש ואת ההשלכות של הצהרות אבהות כוזבות. לעומת זאת, כאשר מדובר בקביעת מעמדו של אדם, דבר אשר יש בו כדי להשפיע על זכויותיו, הרי שתידרש בחינה מעמיקה יותר ודרישה ראייתית משמעותית יותר" (שם, בפסקאות 6-10 לחוות דעתה של חברתי השופטת ע' ארבל).

לדעתי עלינו לצעוד בנתיב ההלכה שנסללה בפרשת ויט.

29. לאור האמור, נקודת המוצא לדיון בעתירה זו היא חוק מרשם האוכלוסין ולא חוק האזרחות, וכוחם של הדברים שייאמרו להלן יפה רק לאחר שהילד הוכר כאזרח ישראלי ונרשם רישום ראשון במרשם. לפי סעיף 2(א)(2) לחוק המרשם "שמות ההורים" של תושב וכל שינוי בהם יירשמו במרשם. סעיף 2(א)(9) לחוק המרשם מוסיף וקובע כי "שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם" יירשמו אף הם במרשם. על פרטי רישום אלו חל סעיף 3 לחוק המרשם, לפיו "הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראייה לכאורה לנכונות פרטי הרישום".

פרק ב' לחוק המרשם קובע חובה להודיע לפקיד המרשם את פרטי הרישום, וכן לעדכנו על שינויים בהם. על מנת לוודא כי הרישום הוא מדויק, מקנה החוק לפקיד המרשם בפרק ג' לחוק סמכויות שונות. בכלל זה, מסמיך החוק את הפקיד להורות למי שמסר לו הודעה על פרטי רישום "למסור לו כל ידיעה או מסמך שברשותו הנוגעים לפרטי הרישום שאליו מתיחסת ההודעה", וכן לדרוש ממוסר ההודעה "לתת הצהרה בכתב או בעל-פה על אמיתות ידיעה או מסמך שמסר" (סעיף 19 לחוק המרשם). כאשר מדובר ברישום ראשון של פרט רישום במרשם, מסמיך החוק את פקיד המרשם לטוב לרשום את פרט הרישום המבוקש, בתנאים הבאים: "נתבקש פקיד הרישום לרשום פרט רישום על פי הודעה בלבד, ואחרי שהפעיל סמכויותיו לפי סעיף 19 היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה יסרב לרשום על פיה; אולם לגבי המצב האישי לא יסרב כאמור אלא אם עמדה ההודעה בסתירה לרישום אחר שבמרשם או לתעודה ציבורית המעידה על הפרט הנדון" (סעיף 19ב(ב) לחוק המרשם).

רישום ראשון במרשם של פרט רישום, שינוי רישום או תיקון רישום יבוצעו על יסוד "תעודה ציבורית" המעידה על הרישום המבוקש (ראו סעיפים 19ב עד 19 לחוק). להגדרתה של "תעודה ציבורית" מפנה החוק לסעיף 29 לפקודת העדות, אשר הוחלפה בינתיים בפקודת הראיות, בנוסח זה:

הגדרות "תעודה ציבורית" – תעודה של אחד הגופים המנויים להלן שהיא מעשה חקיקה, שיפוט או ביצוע, או רשומה של מעשה כאמור, או שהיא חלק מן הרשומות הרשמיות של אחד הגופים המנויים להלן, ובכלל זה תעודה המוחזקת כרשומה, בין שנעשתה בדרך רשמית ובין בדרך אחרת; ואלה הגופים:

(1) מדינת ישראל או הרשות הריבונית של שטח ארץ שמחוץ לישראל;

(2) משרדי הממשלה, רשות מקומית, בית משפט, בית דין, גוף אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית, נוטריון או כל גוף רשמי אחר של ישראל או של שטח ארץ שמחוץ לישראל (להלן מוסדות);

(3) עובד המדינה, עובד רשות ריבונית של שטח ארץ שמחוץ לישראל או עובד מוסד (להלן - פקיד);

30. הגדרה זו ל"תעודה ציבורית" היא רחבה למדי, והמסמכים שהציגו העותרים – הן תעודת לידה רשמית שהונפקה בבית חולים בארצות הברית, והן צו מבית משפט בפנסילבניה – באים בגדריה. מסקנה זו נראית לי אך מתבקשת מלשון ההגדרה שהובאה לעיל. המשיבים לא העלו טענה כי התעודות דנן הן מזויפות או חסרות תוקף במקום נתינתן. את עיקר יהבם משליכים המשיבים על סמכותו האמורה של פקיד המרשם לדרוש מסמכים נוספים לאחר שנמסרה לו הודעה על פרט רישום, וכן על סמכותו של פקיד המרשם לסרב לבצע רישום אם יש לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה. המשיבים מדגישים כאמור כי פרט ההורות במרשם האוכלוסין מהווה ראיה לכאורה לנכונותו, וככזה נושא הוא עמו משמעויות מהותיות והרות גורל של קביעת הורות, שאין לתת את ההכרעה בהן לפקיד המרשם.

31. מקובלת על ידי עמדת המשיבים שלא בידי פקיד המרשם להכריע בסוגיות הרות גורל. אכן, חוק המרשם לא הסמיך את פקיד המרשם להכריע בשאלות משפטיות וחברתיות מורכבות, כפי שקבע השופט מ' חשין:

"חוק המירשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבד של שאלות הרות-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן. חוק המרשם לא נועד, מעיקרו, להכיל שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושלא-כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי. הכרעות בשאלות אלו ובשאלות דומות להן הכרעות היסטוריות הן, ובהיותן מה שהן, אך מוזר – אף מגוחך – הוא הטיעון כי פקיד המרשם אמור להכריע בהן" (בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' משרד הפנים, פ"ד נט(3) 385, 395 (2004)).

כללים אלו פותחו בפסיקה רבת שנים, שראשיתה בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963), והדברים חזרו ונפסקו בפרשות רבות (ראו, בין היתר: בג"ץ 264/87 התאחדות הספרים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723, 732 (1989); בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89, 93 (1994); בג"ץ 5070/95 נעמ"ת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 744-745 (2002), ופרשות נוספות; יצוין כי ברבות מפרשות אלו הייתה גם דעת מיעוט לפיה, כלשונו של השופט צ' טל, "הגישה של רישום 'סטטיסטי' בלבד מתעלמת מן המציאות" (בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד יט(4) 661, 705 (1993)). מכל מקום, על עיקר ההלכה המחייבת חזר הנשיא (בדימ') א' ברק בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537, 564-565 (2006) (להלן: פרשת בן ארי):

"המרשם מוסר נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות (כגון לידה, מוות, נישואין, גירושין) ולא קונסטרוקציות משפטיות שעברו את עינו הבוחנת של פקיד הרישום. אין זה ראוי כי בשדה הרישום ייערך המאבק המשפטי באשר לסטטוס האישי... שאלת הסטטוס אינה עניין למרשם; הכרעה בסטטוס אינו עניין לפקיד הרישום; הביקורת השיפוטית על החלטתו של פקיד הרישום אינה צריכה לעסוק בשאלות של סטטוס" (שם; ראו גם את סקירת הפסיקה המקיפה בעניין זה שם, בעמ' 553-564).

32. במקורם פותחו כללים אלו בנוגע לפרטי רישום שאינם מהווים ראייה לכאורה לנכונותם, כגון דת, לאום ונישואין, שהם מורכבים מעצם טיבם. עם זאת, כבר בבג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 376 (2000) (להלן: פרשת ברנר-קדיש), שעסק בשאלה של רישום פרט הורות על יסוד פסק אימוץ זר, הבהיר בית משפט זה כי הכללים התוחמים את שיקול דעתו של פקיד המרשם חלים גם על פרט ההורות (ראו שם, בעמ' 377). הדברים הודגשו שוב בפרשת ויס הנזכרת, אשר עסקה גם היא בפרט ההורות:

"ככל שמדובר בסמכויות פקיד הרישום על פי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם) נקבע כי על פקיד הרישום לרשום את שנאמר לו אלא אם כן יש לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה... אמנם הדברים נאמרו ככלל באשר לפרטים במרשם אשר מעוררים מחלוקת ציבורית ומשפטית, כגון דת, לאום ונישואין. פרטים אלו אף אינם מהווים ראייה לכאורה לנכונותם לפי סעיף 3 לחוק המרשם. לעומת זאת, פרט הרישום של שמות ההורים נחשב לעניין עובדתי ורישומם אף מהווה ראייה לתוכנו... עם זאת, ההבחנה

בעינה עומדת ומצביעה על כך שככל שמדובר בפרט רישומי בלבד, הנטייה היא להסתמך על הצהרתו של המבקש בלבד, שכן פרטי המרשם מהווים מאגר חומר סטטיסטי ותו לא... התייחסות המשפט למרשם כמאגר סטטיסטי ורישומי בלבד שכוחו מוגבל, מפחיתה את החשש ואת ההשלכות של הצהרות אבהות כוזבות" (פרשת ויט, בפסקאות 9-10 לפסק דינה של חברתי השופטת ע' ארבל; ההדגשה הוספה).

33. החלטתו של פקיד המרשם לרשום פרט רישום מבוקש אינה מיועדת אפוא להכריע בשאלות משפטיות וחברתיות קשות. הוא הדין גם במקרה של סירוב לרשום פרט רישום מבוקש. ההחלטה לרשום וההחלטה לסרב לרשום הן שני צדדים של אותו מטבע, ובשתיהן אין מקום לתת בידי פקיד המרשם "הכרעות היסטוריות" (בלשונו של השופט מ' חשין), אף לא בנוגע לפרט ההורות. המקרה שלפנינו הוא מקרה בו סירובו של פקיד הרישום לרשום את פרט ההורות על יסוד תעודת הלידה והצו השיפוטי הזר שהוצגו לו, הוא משום הכרעה בסוגיות שהמשיבים עצמם טוענים שלא הן לפקיד המרשם להכריע (השוו: פרשת בן ארי, בעמ' 568 מול האות ו'). לכך אין מקום. בהציגם את תעודת הלידה והצו השיפוטי הזר העותרים אינם טוענים שההורה השני הוא הורה ביולוגי לילדה, אלא כי יש בידם מסמך תקף המעיד על הורות משפטית משותפת לילדם או ילדתם. כפי שהדגישה השופטת ד' ביניש בפרשת ברנר-קדיש בנוגע לצווי אימוץ זרים, "פרט הרישום המבוקש אינו עובדה ביולוגית, אלא עניין הכרוך בשאלה משפטית מורכבת" (ראו גם דברי השופטת ד' דורנר, שם בעמ' 375). לו טען העותר שרישומו סורב כי הוא הורה ביולוגי לילדה, היו דרישות ההוכחה המופנות אליו לצורך רישום מותאמות לסוג הורות זה, הניתן להוכחה בפשטות יחסית כאמור לעיל (ראו: פרשת קעטאן, בפסקאות 24 ו-26 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; פרשת ויט, בפסקאות 54-56 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). אלא שהטענה שפקיד המרשם נדרש לרשום על פיה היא טענה להורות משפטית מכוח פונדקאות על פי דין זר, והיא מלווה בתעודות ציבוריות תקפות המעידות עליה. המשיבים עצמם בודקים, על פי הנוהל שהם מפעילים, כי תעודות אלו הן תקפות במקום נתינתן וכי אין בהן משום הפרה של דין המדינה בה מומש הסכם הפונדקאות. מהו אפוא מקור הסירוב לרישום? בפי המשיבים כאמור שתי תשובות המצדיקות את הסירוב, האחת הנוגעת ל"אי נכונות גלויה על פניה", והשנייה לחשיבות דיוק המרשם ואמינותו. נבחן טענות אלו על פי סדרן.

34. לדעתי אין לקבל את הטענה כי אין לרשום את ההורה השני במרשם, נוכח העובדה שזהו פרט רישום "שאינו נכון עובדתית, ואי נכונות זו נגלית על פניה":

ראשית, המשיבים טוענים למעשה לאי-נכונות משפטית, ולא עובדתית. ואולם, נפסק זה מכבר שסירובו של פקיד המרשם אינו יכול להישען על טענה שעניינה אי-נכונות משפטית (ראו: פרשת בן ארי, בעמ' 567). חשוב מכך, טענה לאי-נכונות "גלויה לעין" בנוגע לפרט ההורות נדחתה זה מכבר בפרשת ברנר-קדיש, אשר עסקה באישה שאימצה את ילדה הביולוגי של בת-זוגה בארצות הברית. גם שם טענו המשיבים כי הורות משפטית משותפת של זוג נשים איננה מן האפשר, ועל פקיד המרשם לסרב לרושמה. השופט ד' ביניש דחתה טענה זו, בקובעה כי "טענת המשיב במקרה דנן, שלפיה אי-נכונות הרישום המבוקש 'גלויה לעין' בשל היעדר אפשרות להכיר בשתי אימהות לאותו ילד איננה אלא לבוש שונה לטענה שאין להכיר באימוץ המבוסס על יחסים חד-מיניים בין ההורה הביולוגי להורה המאמץ. כאמור, עמדה כזו – שהיא אחת מהעמדות האפשריות לגופה של הסוגיה – איננה יכולה להנחות את פקיד הרישום בבואו להפעיל את סמכויותיו לפי חוק מרשם האוכלוסין" (שם, בעמ' 377). הדברים יפים לענייננו. פקיד המרשם המסרב לרשום את ההורה השני על הסף, אף שהונחו בפניו תעודות ציבוריות תקפות, כמוהו כאומר "איני יודע הורות משפטית מכוח פונדקאות מהי", או לחלופין "אין זה אפשרי כי יירשמו שני הורים מאותו מהמין במרשם". ואולם, אין מקום לעמדה גורפת שכזו בהפעלת סמכות הרישום: פקיד המרשם אינו יכול לטעון כי תופעה של הורות משפטית מכוח הסכמי פונדקאות אינה מוכרת לו כלל, וזאת לו בשל העובדה כי הסכמים כאלו מוכרים בדין הישראלי, וגם הליכי פונדקאות חו"ל, כפי שטענו המשיבים, אינם נדירים עוד. אף אין הוא יכול לטעון כי מעולם לא נתקל במצב בו שני הורים מאותו מין רשומים במרשם האוכלוסין, וזאת, למצער, מכוח ההלכה שנקבעה בפרשת ברנר-קדיש. מכל מקום, לא בידי פקיד המרשם ההכרעה בסוגיות המשפטיות והחברתיות העולות מבקשת הרישום.

לא נעלמה מעיניי טענת המשיבים שאין ללמוד מפרשת ברנר-קדיש דבר לענייננו. טענה זו נסמכת, ברובד הפרוצדוראלי, על טענת המשיבים כי הם התנו את הסכמתם למחוק את עתירתם לדיון נוסף בפרשת ברנר-קדיש (דנג"ץ 4252/00) בכך שהיא לא תחול בענייני פונדקאות; וברובד המהותי משום שהעותרות בפרשת ברנר-קדיש קיבלו את צו האימוץ בשעה שלא היו תושבות ישראל, בשונה מן העותרים כאן. עוד טוענים המשיבים כי עניינם של העותרים שלפנינו שונה מפרשת ברנר-קדיש, משום שבענייננו קיים פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה הקובע כי ההורה הביולוגי הוא אביה של הילדה, השולל למעשה הכרה בהורותו של העותר האחר, ההורה הלא-ביולוגי.

דין טענות אלו להידחות. במישור הפרוצדוראלי, אין המשיבים יכולים להפנות לאמור בהודעתם בדנג"ץ 4252/00, אלא לכתוב בפסק דיננו בעניין זה בלבד. בפסק הדין הורינו על מחיקת העתירה, וכך הוספנו:

”לבקשת המדינה יובהר כדלקמן:

1. עמדת המדינה היא כי פסק-הדין המקורי נשוא הדיון הנוסף (בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000)) יחול רק על סוגי מקרים הדומים לאלה שנדונו במסגרתו.

2. המדינה מבקשת להבהיר כי לגישתה פסק-הדין המקורי חל רק לעניין המרשם, וכי הסכמתה למחיקת העתירה מסתמכת על נוהלי המרשם כפי שהיו מקובלים על המדינה במועד פסק הדין המקורי”.

משמעות הדברים היא כי טענות המדינה שם נשמרו לה, וכי עמדתה עמדה בפנינו בעת שהורינו בהסכמתה על מחיקת העתירה. המדינה רשאית כמובן להמשיך להחזיק בעמדתה, כפי שאכן היא עושה בעתירות שלפנינו, אולם אין בעמדתה זו כשלעצמה כדי למנוע מהעותרים להעלות טענותיהם בהקשר שלפנינו, ולבית המשפט עצמו מותר לחזור ולאמץ את העקרונות שנקבעו בפסק הדין שבעתירה המקורית באותה פרשה.

במישור המהותי, המשיבים לא נימקו מדוע שאלת התושבות מכריעה את דין העתירה לדחייה. פרט להצבעה על שוני זה בין העתירות, לא הבהירו המשיבים מדוע העובדה שהתעודות הציבוריות הזרות הונפקו בשעה שהעותרים היו תושבי ישראל, מונעת מפקיד המרשם להסתמך עליהן. אשר לטענתם הנוספת שפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה שולל את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, דינה להידחות גם כן. פסק דין זה הוא פסק דין הצהרתי, שעניינו קביעת הורות ביולוגית ביחס להורה שלו קשר גנטי לילדה. ההורה הלא-ביולוגי כלל לא היה צד להליך שם, ועיון פשוט בפסק הדין מלמד כי בית המשפט לא ביקש לקבוע בו הורות משפטית כלשהי ביחס למי מהעותרים, אלא הצהיר על הורותו הביולוגית של אחד מהעותרים. אחזור ואדגיש, כי העותר הנוסף בעתירה זו אינו מבקש להירשם במרשם האוכלוסין מכוח טענה שהורותו לילדה היא הורות ביולוגית, אלא משום שהוא מחזיק תעודה ציבורית תקפה המלמדת על היותו הורה משפטי לילדה.

35. הטענה העיקרית השנייה המצדיקה לשיטת המשיבים את סירוב הרישום גורסת כי אין לרשום את ההורות על מנת לשמור על אמינות המרשם ודיוקו, וכדי למנוע מצב בו פרט ההורות במרשם אינו משקף את המצב המשפטי והעובדתי לאשורו. זאת, משום שפרט זה הוא כאמור ראייה לכאורה לנכונותו, ולטענת המשיבים גורמים שונים מסתמכים על הכתוב במרשם בפעילותם השוטפת.

כזכור, לגישת המשיבים עצמם, אותה יש לדעתי לקבל, מתעוררת שאלת רישום ההורה הלא-ביולוגי רק לאחר שנרשם ההורה הביולוגי, כלומר – על פי הנוהל הקיים – רק לאחר שנערכת בדיקה גנטית המעידה על קשר למי מבני הזוג, ולמשיבים הוצגו הדין הזר, הסכם הפונדקאות והסכמת הפונדקאית (ובענייננו, אף תעודת לידה וצו שיפוטי זר). בפני המשיבים עומדות ראיות בעלות משקל ממשי לפיהן ההורה הלא-ביולוגי הוא אביה של הילדה, הן מבחינה משפטית הן בפועל, והם מבכרים להתעלם מהן כליל. אי-לכך, אם מבקש פקיד המרשם להקפיד על כך שהמרשם ישקף את המציאות המשפטית והעובדתית לאשורה, ונוכח מכלול הראיות האמור, ספקותיו אינם יכולים להכריע את הכף דווקא לטובת סירוב הרישום.

נוסף על כך, המשיבים טוענים כי דיוק המרשם נדרש לצורך טובת הילד (או הילדה), בשל נושאים שעלולים להתעורר בעתיד כגון ירושה, אפוטרופסות ומזונות. כפי שאבאר בהמשך, אני סבורה כי אכן מדובר בנושאים חשובים, שטוב יעשו ההורים המעוניינים בכך אם יסירו כל ספק בנוגע אליהם מבעוד מועד, באמצעות הליך פורמאלי של קביעת הורות משפטית בבית המשפט לענייני משפחה (כדוגמת צו אימוץ או צו הורות). ואולם, קשה שלא לתהות אם אין בהעלאת טענת טובת הילד על ידי המשיבים בהקשר של דיוק המרשם משום מלאכותיות בנסיבות העניין שלפנינו. נפסק לא אחת כי "טובת הילד" אינה שאלה ערטילאית או תיאורטית, אלא נוגעת היא בילד הספציפי שעניינו נדון, בנסיבות חייו ובמערכת המשפחתית שהוא מכיר (ראו: ע"א 2266/93 פלוני, קטיין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 250 (1995); ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 106 (2005) (להלן: פרשת ירוס-חקק)). מהחומר שלפנינו עולה בבירור כי מיומם הראשון גדלים הילדים במסגרות משפחתיות בהן שתי דמויות הוריות, הם העותרים בכל אחת מן העתירות. אף זהו שיקול הקשור בטובת הילד. מלוא הנתונים הדרושים להבעת עמדה מושכלת בשאלת טובתם של הילדים הספציפיים מושא העתירות מעולם לא הוצגו למשיבים, ואף לא לנו (השוו: פרשת ירוס-חקק, בעמ' 107-108). טענתם הכללית של המשיבים שטובת הילדים היא

מרשם אמין ומדויק אינה יכולה להתקבל אפוא כפשוטה, ולו משום שהיא מתעלמת ממצייאות המסגרות המשפחתיות שלפנינו וממכלול שיקולים שלם הנוגע לטובת הילד.

עוד ראיתי מקום לציין בהקשר זה, כי שעה שמונחים בפני המשיבים כלל המסמכים האמורים, והם עומדים בסירובם לרשום את פרט ההורות כמבוקש על ידי העותרים, יוצרים הם מניה וביה מצב של חשש ממשי לפיצול סטטוס בין מדינות בנוגע להורות לילד או לילדה. נפסק זה מכבר כי "כללי המשפט הבינלאומי הפרטי מחייבים, כי מעמד אישי של אדם יוכר באופן אחיד בכל המדינות. בפיצול הסטטוס יש כדי לפגוע הן בתקנת הציבור והן בתקנת הצדדים" (פרשת ברנר-קדיש, בעמ' 373). כאמור, המשיבים אינם טוענים בפנינו שתעודת הלידה והצו השיפוטי הזר הם נטולי תוקף במקום נתינתם, לכן, אף אם הייתי מקבלת את טענת המשיבים כי מסמכים אלו הם נטולי תוקף בישראל בהיעדר הליך הכרה לפי חוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958 – טענה שאיני נדרשת להכריע בה – גישת המשיבים מביאה בהכרח לפיצול סטטוס שאיננו רצוי. זאת, כאמור, אף אם נלך לשיטת המשיבים בכל הקשור לתוקפם של מסמכים אלו בישראל, וזאת מבלי שאני נדרשת להכריע בטענה זו.

36. לבסוף, אומר מילים אחדות על השינוי שחל בעמדת המשיבים ועל השלכתו לענייננו. המשיבים הודיעו כאמור בעמדתם העדכנית על מספר שינויים שיש בהם כדי להקל או לקצר את הליך ההכרה בהורה הלא-ביולוגי. כך, המשיבים הבהירו כי אף שבחוק האימוץ נדרשת תקופת המתנה של שישה חודשים לפני תחילת הליכי אימוץ (ראו סעיף 6 לחוק), הרי שאין הם עומדים על דרישה זו, ובפועל ניתן יהיה להתחיל בהליכי הכרה (בין אם בצו אימוץ ובין אם בצו הורות) מייד לאחר הלידה, ובכל הנוגע ל"צו הורות פסיקתי" – אף לפנייה. עוד הבהירו המשיבים כי יסכימו ככלל להכרה בהורה הלא-ביולוגי כאפוטרופוס לילד, עד להשלמת ההליכים המשפטיים, כדי להקל את הקשיים הכרוכים בהתמשכות ההליכים. עם זאת, המשיבים הבהירו כי במתכונת שתונהג מעתה והלאה עדיין יידרש תסקיר של עובד סוציאלי, וכי אין מנוס מעריכת התסקיר רק לאחר הלידה. זאת, משום ש"העובדים הסוציאליים ונציגי המדינה למדים על ההליך רק לאחר ש'נקבעו עובדות בשטח'". המשיבים ציינו כי עריכת התסקיר תהא הליך ממושך, בדומה לתסקיר הנהוג בהליכי אימוץ, ובשונה מתסקירים לפי חוק הפונדקאות הישראלי. במתכונת המתוארת בעמדת המשיבים, בעוד הכנת תסקירים לפי חוק הפונדקאות הישראלי מתחילה טרם הלידה ומתבססת על מסמכים שונים (כדוגמת דוח מוועדת האישורים הפועלת לפי חוק זה ודוח פסיכולוגי), הרי שבמקרים של פונדקאות חו"ל (בדומה לאימוץ) אין גורם המכיר את המשפחה מבעוד מועד, והיכרות

כאמור מחייבת זמן ניכר ומספר ביקורים של עובד סוציאלי. בצד האמור, המשיבים ציינו כי המעוניינים בכך יוכלו לצרף לבקשתם חוות דעת של עובדים סוציאליים או פסיכולוגים שעשויות לזרז את הכנת התסקיר. המשיבים הבהירו כי בפועל העובדים הסוציאליים העורכים את התסקירים לפי חוק האימוץ, לפי חוק הפונדקאות הישראלי וכן בנוגע לפונדקאות חו"ל הם אותם עובדים. בסופו של יום, לשיטת המשיבים ההבדל בין "צו הורות פסיקתי" ל"צו אימוץ" הוא זניח, ובשניהם יש ליתן צו רק לאחר קבלת תסקיר מקיף מעובד סוציאלי.

על השינוי בעמדת המשיבים ראוי לברך. טוב עשו המשיבים שהכירו בכך שההליכים הקיימים הם ממושכים יתר על המידה, וכי קיצור תקופת ההמתנה והכרה באפטרופסות 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 את 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. דומני כי גם אם מקבלים את גישת המשיבים שעריכת תסקיר "ככל משפטו וחוקתו" הוא מתחייב, הרי שניתן ליישמו באופן המאפשר לבני זוג המעוניינים בכך לסיים חלקים ניכרים מה"ביורוקרטיה" טרם הלידה, באופן שיעלה בקנה אחד עם טובת הילד ומשפחתו. כך, לדוגמא, ייתכן כי יהיו בני זוג אשר יבחרו לדווח למשיבים מבעוד מועד על הליך הפונדקאות בו החלו בחו"ל, ואז ניתן יהיה לערוך חלק מהתסקיר על המשפחה המיועדת עוד טרם הלידה. המשיבים אף הביעו נכונות מסוימת לכך, משהודיעו בהודעתם האחרונה כי יאפשרו למעוניינים בכך להגיש בקשה למתן "צו הורות פסיקתי" לצד הבקשה לעריכת בדיקה גנטית, טרם הלידה.

מכל מקום, לשיטתי דברים אלו הם בבחינת למעלה מן הצורך בענייננו, ואין הם טעונים הכרעה. עתירה זו עוסקת בסוגיית הרישום, ולא בהסדרת הליך הפונדקאות בחו"ל על כל היבטיו. בסוגיית הרישום, כאמור, דעתי היא שדי בתעודות הציבוריות שהציגו העותרים בענייננו כדי לחייב את פקיד הרישום לרשום את בן הזוג השני כהורה. בכך בא מבוקשם של העותרים על סיפוקו, מבלי שאנו נדרשים לדון ולהכריע בהליך ההכרה בהורה הלא-ביולוגי (אימוץ או צו הורות) על מלוא השלכותיו.

37. אם תישמע דעתי נורה כי פקיד המרשם יחויב לרשום את ההורה השני במרשם, על יסוד התעודות הציבוריות שהוצגו לו – תעודת הלידה מבית החולים בארצות הברית, ופסק הדין מבית המשפט בארצות הברית.

יטען הטוען: תעודת הלידה ופסק הדין הזר מספיקים לצורך רישום ההורה השני במרשם, אך לא די בהם לצורך רישום ההורה הראשון – הכיצד? תשובתי לכך היא פשוטה, ועמדתי עליה בפתח הדברים. רישום ההורה הראשון במרשם כורך עימו סוגייה של מתן מעמד בישראל, וככזה אחוז הוא בחוק האזרחות ובדרישת החוק לראיה לקיומה של הורות ביולוגית. שונים הם פני הדברים לגבי רישום הורה נוסף במרשם האוכלוסין. רישום שכזה, כאמור, מבוסס על הוראות חוק המרשם, ועל דרישתו להצגת "תעודה ציבורית". משהוצגה תעודה ציבורית תקפה, ועילות הסירוב שמעלים המשיבים נדחו לגופן, יש לבצע את הרישום. בכך אף שונה פרשת קעטאן, אליה הפנו המשיבים, מנסיבות העניין שלפנינו. שוני מרכזי אחד הוא שפרשת קעטאן עסקה ברישום ראשון במרשם, הכורך עימו סוגייה של מתן מעמד, בעוד בעתירה זו עוסקים אנו ברישום ההורה השני במרשם, בו שאלות מתן המעמד אינן חלק ממערכת השיקולים. שוני מרכזי שני נוגע לכך שסוג ההורות שנדון בפרשת קעטאן היה הורות מכוח לידה, וההשקפות השונות (הדתית והאזרחית) על סוג הורות שכזה (ראו שם, בפסקה 26). הורות משפטית (שהיא סוג נוסף של הורות אזרחית, שאיננה מכוח לידה) כלל לא נבחנה בפרשת קעטאן, וממילא אין באמור בפרשה זו כדי לשלול רישום שני של הורות משפטית מסוג כלשהו, יהא זה אימוץ או פונדקאות (ראו שם, בפסקה 11).

הערות בטרם סיום

38. הסוגיות שהונחו לפתחנו אינן ממצות את כלל היבטיו של הליך פונדקאות בחו"ל. לדעתי יש הכרח בהכרעה בשני היבטים בלבד: סירובו של פקיד המרשם ליתן

מעמד לילד ללא בדיקה גנטית, וסירובו לרשום את ההורה השני במרשם על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר. להליך הפונדקאות בחו"ל במתכונתו כיום היבטים נוספים כאמור, ובכללם דרישת המשיבים להוכחה שהדין במדינה בה ממומש הסכם הפונדקאות איננו אוסר על פונדקאות, הדרישה להצגה של הסכם הפונדקאות בנציגות ישראל, וכן הדרישה כי הפונדקאית תתייצב בנציגות ישראל ותביע את הסכמתה למסירת הילד להורים המיועדים. דרישות אלו כולן, בהצטברן, מכוננות על ידי הצדדים "נוהל חו"ל", ועל פי המשיבים נוהל זה מיושם באופן אחיד כלפי כל הפונים לפונדקאות בחו"ל – יחידים, זוגות הטרוסקסואליים וזוגות חד-מיניים כאחד. כפי שצוין לעיל, מנתוני המשיבים עולה כי מספר מקרי פונדקאות חו"ל בשנה נמצא בעלייה מתמדת, ובשנת 2012 נמנו כ-130 מקרים מסוג זה.

39. לנוכח היקף התופעה, יש ממש בטרזניית העותרים על כך שהמשיבים פועלים בסוגייה מושא דיוננו לפי נוהל שאיננו כתוב ואיננו מפורסם ברבים. המשיבים עצמם עמדו בהרחבה על מורכבות התופעה, על היקפה ועל מכלול היבטיה, וצינו כי היא מוכרת להם מזה כשמונה שנים. בנסיבות אלו מן הראוי היה כי המשיבים יפעלו לגיבושו של נוהל כתוב ויפרסמו אותו בציבור, אף בטרם חקיקה. נהליו של משרד הפנים בתחומים דומים לענייננו נגישים לכל באתר רשות האוכלוסין, בעוד נוהל בסוגייה בה עסקינן מעולם לא נכתב וממילא לא פורסם. המשיבים צירפו לכתב תשובתם אמנם שני עמודים מתוך תקנון קונסולרי, אולם מעמדו המשפטי של מסמך זה לא הובהר די הצורך, הוא אינו מפורסם לציבור, ואף אין בו התייחסות מפורטת וישירה לעניין פונדקאות חו"ל. רבות נכתב על חשיבותן של הנחיות מנהליות, ועל תרומתן לפעולתה של הרשות הציבורית באופן שוויוני ואחיד כלפי מקרים דומים הבאים בפניה (לדיון מקיף בסוגייה ראו: "הנחיות מנהליות" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (התשס"ב); יואב דותן הנחיות מנהליות (1996); יואב דותן "פרסום הנחיות מנהליות" משפט וממשל ג' 475 (התשנ"ג); והאסמכתאות הרבות הנדונות שם). המצב הקיים, בו הפונים להליך פונדקאות חו"ל לומדים על ההליך שיידרשו לעבור "מפה לאוזן", מניסיון מעשי או מהתכתבויות פרטניות מול המשיבים, איננו ראוי.

40. זהו אף המקום להתייחס בקצרה לטענות אשר ניתן להן משקל נכבד בכתבי הטענות – טענותיהם של העותרים להפליה על בסיס נטייה מינית מזה, וטענותיהם של המשיבים על כך שהליך הפונדקאות הוא הליך שעלול להביא לניצול של נשים ולסחר בילדים מזה.

אשר לטענות העותרים בעניין הפליה על בסיס נטייה מינית: בשני הנושאים שהועמדו לבחינתנו, נחה דעתי כי אין במדיניות המשיבים משום הפליה על בסיס נטייה מינית. כך, הדרישה לעריכת בדיקה גנטית מופנית באופן שווה לזוגות חד-מיניים ולזוגות הטרוסקסואליים אשר עורכים הליך פונדקאות בחו"ל, ואין בה, כשלעצמה, משום הפליה. הוא הדין גם בדרישת המשיבים המופנית להורה השני, לאמץ את הילד או הילדה כתנאי לרישום, או לקיים הליך של מתן "צו הורות פסיקתי". דרישה זו, כך הבהירו המשיבים, מופנית אף היא הן כלפי זוגות חד-מיניים הן כלפי זוגות הטרוסקסואליים, בלא הפליה. אכן הסדרי החוק הקיימים לגבי פונדקאות בישראל אינם פתוחים בפני זוגות חד-מיניים ויחידים (ראו הגדרת "הורים מיועדים" בסעיף 1 לחוק הפונדקאות הישראלי; כן ראו: בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 459 (2002) (להלן: פרשת משפחה חדשה); לדיון בשאלה האם ראוי לפתוח את הליכי הפונדקאות בישראל גם לאוכלוסיות נוספות ראו בעמ' 56-62 לדוח ועדת מור-יוסף). תוצאתו של מצב זה היא כי זוגות חד-מיניים ויחידים המבקשים לפנות להליכי פונדקאות, יכולים לבצעם באופן חוקי אך ורק בחו"ל. סוגייה זו לא נתקפה בעתירה זו. עתירה קודמת שעסקה בעניין ההפליה על בסיס נטייה מינית – נמחקה על ידי העותרים שם נוכח הודעת המשיבים שוועדת מור-יוסף שהוזכרה לעיל נדרשת לסוגייה (ראו: בג"ץ 1087/10 פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (28.6.2010)); ועדת מור-יוסף המליצה להוסיף לקבוצת הזכאים לבצע פונדקאות בישראל גם נשים יחידות שמסיבות רפואיות אינן יכולות לשאת היריון, ולקיים מסלול נוסף של פונדקאות לגברים ללא בנות-זוג, שיעשה על בסיס אלטרואיסטי (ראו בעמ' 63-65 לדוח ועדת מור-יוסף)). כפי שצוין, ועדת מור-יוסף הגישה את המלצותיה, והן טרם הבשילו לכדי חקיקה או הסדרים אחרים. בנסיבות אלו שאלת ההפליה שבחוק הנוכחי או העתידי אינה עומדת להכרעתנו, ומטבע הדברים אינני מביעה לגביה כל עמדה.

אשר לטענות המשיבים על ניצול נשים במסגרת הליכי פונדקאות בחו"ל ועל חשש לסחר בילדים: המשיבים לא חסכו תיאורים קשים של ניצול נשים פונדקאיות במדינות עולם שלישי, על בסיס מחקרים כאלו ואחרים שהגיעו לידם. אולם, הליכי הפונדקאות שלפנינו בוצעו כדין בארצות הברית, מבלי שלמשיבים יש טענה קונקרטיה כלשהי כלפי הסכמי הפונדקאות מהסוג שהעותרים התקשרו בהם. "אכן, הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו, והשלכותיה על חיי האדם – במישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט – רב בהן הנסתר על הנגלה. תהליך הפונדקאות נכרכות בו סוגיות אנושיות קשות" (דברי השופט מ' חשין בפרשת משפחה חדשה, בעמ' 457).

הפגיעה האפשרית בנשים פונדקאיות, כמו גם החשש מסחר בינלאומי בילדים, הם שיקולים רלבנטיים בגיבוש מדיניות כוללת על ידי המשיבים בנוגע לפונדקאות חו"ל. גם הדין בעניין פונדקאות בישראל נותן משקל לצורך להגן על האם הפונדקאית (ראו סעיפים 5-6 לחוק הפונדקאות הישראלי; ראו גם הדיון בעמ' 56-65 בדוח ועדת מור-יוסף). אולם, כאמור אין טענה קונקרטית נגד הסכמי הפונדקאות מהסוג שערכו העותרים במקרה זה. כמו כן, נוכח מסקנתי כי יש להוכיח זיקה ביולוגית בין מי מהורים המיועדים לבין ילדם או ילדתם (באמצעות בדיקה גנטית או באמצעים אחרים בפני בית המשפט לענייני משפחה), החשש מפני סחר בינלאומי בילדים להם אין קשר גנטי להורה המיועד – נחלש.

41. לבסוף, רואה אני מקום לומר מילים אחדות על הזכות להורות ומשמעותה לענייננו. בשורה ארוכה של פרשות נפסק כי הזכות להורות היא מזכויות היסוד של האדם בישראל, כחלק מטבעו של כל אדם, מחירותו ומכבודו (ראו, לאחרונה, בפסקאות כה-כט לפסק דינו של חברי השופט א' רובינשטיין בבג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (5.2.2013), ובאסמכתאות הרבות הנזכרות שם; בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנג"ץ 1403/13 פלונית נ' משרד הבריאות (9.6.2013)). אזרחים ישראליים לא מעטים, כך התברר בעתירות שלפנינו, פונים להליך פונדקאות בחו"ל. אין כל איסור בדין הישראלי על ההליכים בהם נוקטים הפונים לפונדקאות חו"ל, והם אף מדווחים מיוזמתם לרשויות המדינה על ההליכים בהם נקטו. מצויים בהם גם זוגות הטרוסקסואליים, אשר לרוב יכולים להגשים את הורותם גם במספר דרכים נוספות, זוגות חד-מיניים (כמו העותרים שלפנינו) וגם יחידים, שלפי הדין הקיים, אפיק הפונדקאות בחו"ל הוא הזדמנות מעשית מרכזית עבורם, ולעיתים יחידה, להפוך להורים. בעשותם כן הם מממשים יצר טבעי הטבוע באדם, להעמיד צאצאים ולהקים משפחה. יש לחפש את הדרך להקל על דרכם – והכל תוך שמירת אינטרסים אחרים הראויים להגנה.

מבט צופה פני עתיד: סמכות בית המשפט לענייני משפחה

42. לאורך הטיפול בעתירות שאלתי את עצמי אם לא מוטב היה כי הסוגיות העולות בעתירה זו היו מתבררות, שתיהן, בבית המשפט לענייני משפחה. כפי שקבעתי, בכל הנוגע לעתירה שעניינה הבדיקה הגנטית (בג"ץ 566/11), ממילא על העותרים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה, בין אם על מנת לבצע בדיקה גנטית שתוכיח את הורותו הביולוגית של מי מהם, ובין אם על מנת להוכיח הורות ביולוגית זו באמצעים אחרים (כזכור, עריכת בדיקה גנטית לשם בירור הורות מחייבת קבלת צו מבית המשפט

לענייני משפחה). המשיבים ביקשו להפנות גם את העותרים בבג"ץ 6569/11 לבית המשפט לענייני משפחה, על מנת לעבור הליך אימוץ או הליך של מתן "צו הורות פסיקתי". כפי שהטעמתי, אין הדבר מתחייב לדעתי, משום שהעתירה ממוקדת בעניין הרישום – ובעניין זה, די בתעודות הציבוריות שהציגו העותרים כדי לרשום את ההורה הלא-ביולוגי בעתירה זו כאביה של הילדה.

43. עם זאת, אף שאין זה מתחייב כחיוב שבדין לפנות לבית המשפט לענייני משפחה כדי לזכות ברישום של ההורה השני, דומה כי יכולה להיות בכך תועלת ממשית. עדיף לילד כי תושג הכרעה משפטית מחייבת בעניין מעמדו כלפי ההורה שאינו הורה ביולוגי. סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה כוללת תובענות לקביעת הורות ולהכרה בפסקי חוץ הנוגעים להורות (ראו סעיפים 1(4), 3(א) ו-3(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה; פרשת ויט, בפסקה 21 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה), והוא בעל ניסיון ומומחיות בתחום זה. בית המשפט לענייני משפחה אף מוסמך לתת פסקי דין הקובעים הורות ביולוגית, צווי אימוץ מכוח חוק האימוץ, וצווי הורות מכוח חוק הפונדקאות הישראלי. כפי שהובהר לאורך ההליכים, לאחרונה ניתנים בבתי המשפט לענייני משפחה אף "צווי הורות פסיקתיים", כאשר נחה דעתו של בית המשפט, על יסוד הראיות המוצגות לו, כי לפניו הורות שיש לקובעה בצו (ראו לדוגמא: תמ"ש (ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.3.2012), בו נקבעה הורותן של שתי נשים לילד שנולד להן בישראל, כאשר אחת מהן תרמה את הביצית והשנייה נשאה את ההיריון, והמדינה לא ערערה על פסק הדין; תמ"ש (ת"א) 38/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (9.11.2012) בפסקאות 128 ו-136, שקבע את אבהותו של אב שנולדו לו תאומים בהליך פונדקאות חו"ל מזרעו ללא ביצוע בדיקה גנטית, אשר נהפך בערכאת הערעור – עמ"ש (ת"א) 43811-11-12 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (9.5.2013); תמ"ש (ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (3.2.2013), בו ניתן פסק דין המצהיר על אמהותה של אם שנולד לה ילד מביצית שלה באמצעות פונדקאית בחו"ל, והמדינה לא ערערה על פסק הדין; עיינו גם בהחלטת הביניים בתמ"ש (ת"א) 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה מיום 14.3.2013). המשיבים בעמדתם הבחינו בין פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה בהם ניתנים "צווי הורות פסיקתיים", היינו צווים הדומים במהותם לצווי הורות לפי חוק הפונדקאות הישראלי, לבין פסקי דין הצהרתיים על אבהות או אמהות (כדוגמת שני המקרים האחרונים שצוינו לעיל). ספק בעיניי אם יש הבדל של ממש בין השניים, שהרי על פני הדברים, מקור הסמכות ליתן את שני סוגי הצווים הללו הוא אחד – סמכותו הכללית של בית המשפט ליתן פסקי דין המצהירים על אבהות ואמהות. מכל

מקום, המשיבים אינם מתנגדים לפי שעה למתן צווים שכאלו בנסיבות של פונדקאות חו"ל, ואין הם טוענים כי בית המשפט לענייני משפחה נעדר סמכות לתיתם. הסתייגותם של המשיבים מוגבלת לכינוי של אותם צווים כ"צווי הורות", מחשש שמא יהא בכך משום רמז לכך שההליך שבוצע בחו"ל היה מפוקח על ידי המדינה בדומה לפונדקאות בישראל. עוד טוענים המשיבים כי יש ליתן צווי הורות פסיקטיים רק כאשר מתמלאות דרישות שונות שנזכרו בהודעתם האחרונה. יהא כינויים של הצווים אשר יהא, ומבלי להכריע בדבר הדרישות הספציפיות הנדרשות כדי לתיתם, אציין רק כי כמדומני, בירור סוגיות מסוג זה בבית המשפט לענייני משפחה, ומתן פסק דין הצהרתי בסיום הבירור, עשוי לאפשר בירור יעיל וענייני של הנסיבות הכרוכות בכל מקרה ומקרה, וניתן לעשותו בסמוך ללידה על יסוד ראיות קונקרטיות הקשורות לבני הזוג ולהליך הפונדקאות שביצעו, בלא חשש לפיצול סטטוס ומתוך ראייה של טובת הילד. בצד זאת, מובן כי יש להקפיד כי התנאים שאותם דורשת המדינה לצורך מתן צווי ההורות האמורים הם סבירים, וניתנים ליישום על ידי הפונים להליך.

פני עיוור לא תיתן מכשול

44. כפי שצינתי פנייה לבית המשפט לענייני משפחה יכולה להסיר כל ספק בדבר יחסי ההורות בין ההורה הלא-ביולוגי לילד, וכך לחסוך התדיינויות משפטיות אפשריות עתידיות. קביעה משפטית ברורה של בית משפט לענייני משפחה כי יחסייהם של ההורה הלא-ביולוגי והילד הם יחסי הורות לכל דבר ועניין – בין אם היא נעשית בצו אימוץ או ב"צו הורות פסיקטי" – תמנע כל טענה עתידית שהיחסים אינם יחסי הורות. הניסיון השיפוטי מלמד, למרבה הצער, כי טענות כאלה עלולות להתעורר אגב סכסוכים בין בני המשפחה, כגון סכסוכי ירושה, משמורת או מזונות חלילה. מובן כי הורים צעירים אינם מכלכלים את צעדיהם רק מתוך חשש מסכסוכים עתידיים שעלולים להתגלע ברבות הימים בנוגע לילדיהם, וגם העותרים – שזה מקרוב הקימו את משפחותיהם – אינם חייבים לעשות כן. ואולם, הורים המבקשים להסיר כל ספק משפטי ולהבטיח כי טענות לפיהן הילד "שייך" רק לאחד מבני הזוג לא יועלו בעתיד – טוב יעשו אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין (אף שכאמור, מן הדין לרשום אותם), וישלימו הליך פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרך הנולד גם בדין הישראלי.

45. מגמה של ריכוז ההתדיינויות בבית המשפט לענייני משפחה עולה גם מעמדתה של ועדת מור-יוסף, בדוח שהגישה בחודש מאי 2012, ומהמלצות הצוות ליישום מסקנות הדוח. הוועדה הציעה ליצור "מסלול מוכר", בו יוכרו מרפאות מסוימות בחו"ל

ככאלה המקיימות הליכי פונדקאות כדין, תוך שמירה על זכויות הנשים הפונדקאיות ועל סטנדרט רפואי מקובל. בעניין "המסלול המוכר" המליצה הוועדה על הקלות בדרישות הנוגעות להכרה בהורות ולכניסה לישראל, בהן אפשרות "לבצע את הבדיקה הגנטית, הנעשית לצורך הכניסה לישראל, ללא צורך בקבלת צו בית משפט בישראל", וכן הציעה כי "ניתן יהיה לקבל צו הורות בישראל ללא צורך בפנייה להליך של אימוץ, וזאת על יסוד הסכם הפונדקאות שנערך בחו"ל בצירוף בדיקה גנטית". אשר להורה הלא-ביולוגי, על פי המלצות צוות היישום, אם יבקש הורה זה את צו ההורות לגביו יחד עם בקשת ההורה הביולוגי להכרה, ניתן יהיה ליתן לו צו הורות (עם זאת, אם יגיש ההורה הלא-ביולוגי את בקשתו בשלב מאוחר יותר, יידרש הוא על פי ההמלצות לצו אימוץ, דרישה שהעותרים כאמור מתנגדים לה). המלצות אלו טרם עוגנו בחקיקה. ראוי לשקול לחייב את מי שפנו להליך פונדקאות בחו"ל להגיש לבית המשפט בקשה לקבלת צו הורות פסיקתי. הדבר ישרת להבנתי טוב יותר את טובת הילד. לדעתי מסלול הסדרת הרישום אין די בו. מי שמבקש לגדל ילד צריך לדאוג להסדיר לא רק את מעמדו כאזרח ישראל אלא גם את מעמדו האישי, את המחויבות של הוריו אליו, ואת הגנת המעמד מפני מי שעשויים לכפור בו כגון ילדים ביולוגים של אחד מבני הזוג.

46. אף שיש היגיון רב, במבט צופה פני עתיד, בריכוז ההתדיינויות בבית המשפט לענייני משפחה, לדעתי אין מקום להורות על קיומו של "מסלול מוכר" מעין זה במסגרת העתירות שלפנינו. עוסקים אנו בביקורת שיפוטית על שתי דרישות ספציפיות שהציבו המשיבים לעותרים שלפנינו בסרכם לרשום אותם כהורים במרשם – הדרישה לעריכת בדיקה גנטית, והדרישה לקיום הליך אימוץ (או "צו הורות פסיקתי"). לא ניתן לגבש נוהל מפורט להכרה בפונדקאות חו"ל על כל היבטיו במסגרת העתירות שלפנינו, ולא מונח לפנינו מכלול ההשלכות של "מסלול מוכר" מסוג זה או מסוג אחר. כפי שצוין, הרשות המבצעת נדרשת בימים אלו לעניין, ואפשר כי המלצותיה יובילו בקרוב להליכי חקיקה. אין זה ראוי כי נקבע מראש את תוצאותיו של הליך חקיקה, או למצער הליך הסדרה מנהלי, שזה עתה החל. אף אין מקום שניתן "גושפנקא" שיפוטית לשורת התנאים שהציבו המשיבים בהודעתם האחרונה, שאינם נוגעים למעשה לסוגיות בהן הוצא צו על תנאי בעתירה זו. בסופו של יום, יש לזכור כי העותרים לא ביקשו בעתירתם לקבוע נוהל גורף, או לייסד "מסלול מוכר" כלשהו. העותרים העמידו לבחינתנו את שתי השאלות המשפטיות האמורות, ומשנשיב לשאלות אלו כפי שנשיב, תסתיים בכך מלאכתנו.

פרסום שמות בעלי הדין – בשתי העתירות

47. בדיון על-פה שהתקיים בפני ההרכב המורחב, ביקשו העותרים בבג"ץ 6569/11 כי העתירות תישמענה בדלתיים פתוחות וכי שמותיהם של העותרים (פרט לשמה של הקטינה) לא ייאסרו לפרסום. העותרים בבג"ץ 566/11 נקטו בעמדה דומה. המשיבים הותירו את שאלת פתיחת הדלתות לשיקול דעתו של בית המשפט. ואולם, מכיוון שבעתירות נידון עניינם של קטינים, טענו המשיבים כי מן הראוי לאסור פרסום פרטים העשויים להביא לזיהויים של הקטינים, לרבות שמותיהם של הוריהם, העותרים לפנינו.

48. בהחלטתנו מיום 3.2.2013 (אשר תוקנה ביום 10.2.2013) קבענו כי הדיון יתקיים בדלתיים פתוחות; כי לעת הזו שמותיהם של בעלי הדין ייאסרו לפרסום; וכי ההחלטה בדבר פרסום שמותיהם של בעלי הדין תינתן בגוף פסק הדין.

49. לדעתי אין עוד צורך למנוע את פרסום שמותיהם של בעלי הדין. העותרים אינם מסתירים את עובדת היותם זוגות חד-מיניים המקיימים משק בית משותף. בפועל, המסגרת המשפחתית של העותרים וילדיהם ידועה לסביבתם. בנסיבות דומות, נפסק כי אין הצדקה לאסור על פרסום שמות ההורים (ראו: פרשת ירוס-חקק, בעמ' 96-97, 124; כן ראו החלטת-ביניים מיום 21.2.2000 בפרשת ברנר-קדיש, לפיה צו איסור הפרסום שהוצא בהליך אינו חל על שמותיהם של העותרים). נוכח האמור, אין לדעתי צורך בהגבלת פרסום שמותיהם של העותרים. בפרט אמורים הדברים לאחר שכפי שבמועד הדיון הסתבר, שמות העותרים והדיונים שהתקיימו בעניינם מתגלגלים זה מכבר ב-Google. למען הסר ספק, פרטיהם של הקטינים נותרים חסויים.

אני מצטרפת להערוותיה של חברתי השופטת ארבל בהתייחס לפסק דינו של חברי השופט מלצר.

10 דבר

50. אם תישמע דעתי, נדחה את העתירה בבג"ץ 566/11. העותרים בעתירה זו רשאים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה על מנת להוכיח את הורותו הביולוגית של מי מהם לילדם, בין אם באמצעות בדיקה גנטית ובין באמצעים אחרים. ככל שיוכח קשר ביולוגי בינם לבין ילדם – פתוחה בפניהם הדרך לשוב ולפנות למשיבים בבקשה לקבלת מעמד לבנם בישראל ולרישומם כהורי הילד במרשם האוכלוסין.

אשר לעתירה בבג"ץ 6569/11, דינה להתקבל. ההורה הלא-ביולוגי ירשם כאביה של הילדה במרשם האוכלוסין, על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר שצורפו לעתירה, בהם הוא רשום כאביה.

המשנה לנשיא

השופט ט' ג'ובראן:

1. מסכים אני לעמדתה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור, שעל פיה אין בסמכותו של פקיד הרישום שלא לבצע רישום על בסיס תעודה ציבורית, וזאת למעט אם בתעודה קיימת אי נכונות עובדתית הנגלית על פניה, וכן מסכים אני לגישתה כי יש לדחות את העתירה בבג"ץ 566/11 שכן ההכרעה בשאלות המתעוררות במסגרתה מסורה לסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, אף שבהקשר זה לגישתי, וכפי שיפורט להלן, אין לקבוע באופן קטגורי כי בית המשפט אינו רשאי לתת צו הורות אלא אם הוכחה הורות ביולוגית-גנטית. אבקש להעיר בהקשר זה הערות מספר.

2. בחוות דעתה המקיפה, פירטה חברתי המשנה לנשיא את הטעמים שהביאו אותה למסקנה כי לפקיד הרישום אין הסמכות לדרוש צו אימוץ על מנת לרשום את הילד כבן של הוריו על פי תעודה ציבורית זרה. מסכים אני עם עמדתה על נימוקיה. כידוע, עקרון יסוד במשפט המנהלי הוא כי לרשות אין סמכות מלבד סמכות שהוקנתה לה בדין. משחייב המחוקק את פקיד הרישום לבצע רישום על בסיס תעודות ציבוריות מהסוג בו עסקינן בהליך הנוכחי, אין פקיד הרישום רשאי לדרוש דרישות נוספות על האמור בחוק.

3. יצוין בהקשר זה כי אף שההסדרים הנדונים בפרשה הנוכחית חלים גם על זוגות הטרוסקסואלים המקיימים הליכי פונדקאות בחו"ל, לא ניתן לנתק, לגישתי, בין ההסדרים האמורים לבין הקבוצה המרכזית עליה הם חלים, הם בני זוג בני אותו המין. כידוע, אף במקום בו הסדר כללי מוביל בפועל לתוצאה המשפיעה בעיקר על קבוצת אוכלוסיה מוחלשת, יש לבחון את שאלת ההפליה במישור התוצאתי, קרי, יש לבחון האם ההסדר יוצר בפועל הפליה של קבוצה מוחלשת, ואם כך הדבר, האם ההפליה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. הטענה כי די בקיומו של כלל "עיוור" לנטייה מינית, מבלי להתחשב בהשפעתו בפועל, אינה מתיישבת עם המבחנים לבחינתו של שיוויון בשיטתנו המשפטית (וראו לדוגמא רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (16.11.2011)); עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית

ירושלים (14.9.2010); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.2006) פסקה 46 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק ופסקה 16 לחוות דעתי). משמע, לגישתי יש לדחות את עמדת המשיבה, כמפורט בפסקה 31 לסיכומי התשובה מטעמה, שעל פיה מדובר בכלל שהוא "עיוור" לנטייה מינית.

4. מקל וחומר כי הטענה שמדובר בהסדר שהוא "עיוור" לנטייה מינית קשה היא, כאשר מערכת הדינים הנוגעת לעניין אינה עיוורת לנטייה מינית כלל וכלל. בניגוד לזוגות הטרוסקסואלים, המסוגלים לפנות להליכי פונדקאות בישראל, כיום פרשנות הועדה לנשיאת עוברים מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים) היא שבני זוג בני אותו המין אינם זכאים לפנות להליך פונדקאות בארץ. זאת, נוכח ההגדרה בסעיף 1 לחוק של בני זוג כ"גבר ואישה". יצוין, במאמר מוסגר, כי ניתן למצוא בפסיקה, בהקשרים דומים, פרשנות שונה של הגדרה זו (ראו ע"א (נצ') 3245/03 ירושת המנוח ש.ד. ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי (11.11.2004), ויוזכר כי אף בפרשת ירוס-חקק (ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.1.2005) (להלן: פרשת ירוס-חקק) לא נדונה כלל שאלת פרשנותה של התיבה בחוק האימוץ הקובעת שאימוץ יעשה על ידי "איש ואשתו" שכן ההליך דן באימוץ בתוך התא המשפחתי, ולא באימוץ מחוץ לתא המשפחתי).

5. אם כן, כל זמן שפרשנותה של הועדה לנשיאת עוברים את חוק הסכמים לנשיאת עוברים בתוקף, והחוק עצמו לא שונה על ידי המחוקק או נמצא כלא חוקתי על ידי בית המשפט, מצויים בני זוג בני אותו המין בעמדת נחיתות קטגורית. בשונה מבני זוג הטרוסקסואלים, יכולים בני זוג בני אותו המין לפנות להליכי פונדקאות רק מחוץ לישראל (ויוזכר כי בית משפט זה קבע בעבר כי יש לפרש בצמצום את סמכותה של הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לדחות על הסף פניות של זוגות הטרוסקסואלים שלהם יש כבר ילדים, ראו בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (26.7.2011)). איני רואה הצדקה לקבל את ניסיון המשיבה לבודד הסדר אחד החל על פונדקאות ממארג החקיקה השלם הנוגע בעניין.

6. יתר על כן, התבוננות רחבה, על כלל ההסדרים המשפטיים הנוגעים בהכרה משפטית בהורות מעלה כי מדובר בהסדרים היוצרים בפועל תוצאה מפלה. בין אם במכוון ובין אם על דרך המקרה, מציאות החיים הנוצרת היא שלזוגות הטרוסקסואלים מסלולים רבים ליצירת הורות שאינם דורשים כי ההורה המטפל בילד יאמץ את ילדו,

בעוד שכל מסלולי ההורות האפשריים עבור בני זוג בני אותו המין דורשים מההורה הלא-ביולוגי לאמץ את ילדו.

7. כך, יכולים זוגות הטרוסקסואלים להוליד ילד באמצעות הריון בת הזוג, בישראל או בחו"ל, והם לא ידרשו להוכחת ההורות מעבר לאמור בתעודת הלידה (ואם הם נשואים, עצם רישום האב בתעודת הלידה די יהיה בו כדי להוכיח את אבהותו). הם יכולים גם להוליד ילד בסיוע פונדקאית בישראל, ואז יוכלו לרשום את ההורות באמצעות צו הורות בדרך הקבועה בחוק הסכמים לנשיאת עוברים. רק מיעוטם של הזוגות ההטרוסקסואלים, שמסיבות שונות בחר לקיים הליך פונדקאות בחו"ל, יחויבו בהליך האימוץ.

8. בשונה, כאמור, על פי מדיניות המשיבה, אין אף לא דרך אחת שבה זוגות בני אותו המין יכולים להפוך להיות הורים לילד שאינה כרוכה במתן צו אימוץ. אם בוחרים הם במסלול הפונדקאות, הם מחויבים לקיימו בחו"ל ולאמץ את ילדם (ויצוין, נדמה כי אף דו"ח וועדת מור-יוסף שהוגש לעיוננו במסגרת העתירה הנוכחית, אינו מבקש כלל להשוות את מעמדם של זוגות בני אותו המין למעמדם של זוגות הטרוסקסואלים בהליכי פונדקאות). יתר על כן, על פי פרשנות המשיבה במקרה של בנות זוג שאחת מהן היא האם הביולוגית של הילד, תידרש בת הזוג השנייה לעבור הליך של אימוץ (וכפי שיפורט בהמשך, פרשנות זו, הנוגעת גם לענייננו, אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בפרשת ירוס-חקק).

9. להשלמת התמונה למן הראוי לציין כי גם מסלול האימוץ בישראל ובחו"ל אינו נגיש במידה שווה לזוגות הטרוסקסואלים ולזוגות בני אותו המין. בישראל רק לאחרונה הוכר אימוץ בגיר על ידי בני זוג מאותו המין שאף אחד משניהם אינו ההורה הביולוגי של הילד (ראו: אמ"צ (ת"א) 34/07 אבן-קמה נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.3.2009)), ובפועל מסלול האימוץ של קטינים כמעט ואינו קיים עבור בני זוג בני אותו המין, נוכח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שעל פיה יבחן הליך האימוץ כאימוץ על ידי הורה יחיד ונוהל משרד הרווחה שעל פיו אימוץ על ידי הורה יחיד יעשה רק מקום בו אין בנמצא זוג המעוניין באימוץ (קרי, תינתן עדיפות לזוגות הטרוסקסואליים על זוגות בני אותו המין בהליכי האימוץ, וראו את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה ואת נוהל משרד הרווחה <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm>; http://www.molsa.gov.il/Populations/Youth/Adoption/Families/Pages/MT01_02_03.aspx וראו לדיון בהקשר זה Rhona Schuz, Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice, in (2003) 35 *Surrogate Motherhood: International Perspectives*). בחו"ל, לצד

העדיפות הניתנת לרוב לאזרחי אותה המדינה בתור לאימוץ, רבות ממדינות העולם אינן מאפשרות אימוץ חו"ל על ידי בני זוג בני אותו המין. יצוין, במאמר מוסגר, כי דווקא במקרה של אימוץ בחו"ל על ידי ישראלים שאינם תושבי ישראל, לא נדרש הליך של אימוץ בישראל, וזאת, לרבות במקרים בהם בוצע האימוץ על ידי בני זוג בני אותו המין (ראו בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000) (להלן: פרשת ברנר-קדיש)).

10. העולה מהמרוכה, אם כן, הוא כי מדיניותה של המשיבה, בכל הנוגע להורות, מפלה זוגות בני אותו המין, וזאת, לצד מניעה מוחלטת מזוגות בני אותו המין מלפנות למסלול של פונדקאות בישראל. מדיניות כללית זאת, הדורשת בכל אחד ממסלולי ההורות האפשריים, בישראל ומחוצה לה, מבני הזוג בני אותו המין להוכיח את "אמיתות" הורותם בבית משפט, ובו בזמן יוצרת "חזקת אמיתות" להורות של הורים הטרוסקסואלים היא מדיניות מפלה. היא מעצבת את ההורות של בני הזוג בני אותו המין כהורות בספק, הורות חשודה, הדורשת "מתת" מיוחד של המדינה בדמות ההכרה בה. מדיניות זו מבקשת לעצב את הזוג ההטרוסקסואלי כ"טבעי", אשר לשם התערבות בהורותו על המדינה נטל כבד להוכיח את אי כשירות ההורים. מנגד, היא מטילה את הנטל על בני הזוג להוכיח את כשירתם להורות. מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה. היא מתייגת קבוצת אוכלוסיה שלמה כמי שעל פי טבעה אינה כשירה להורות, כל זמן שלא הוכח אחרת. תפישה זו זכתה כבר בעבר לביקורתם של בתי המשפט (וראו תמ"ש (ת"א) 38-12 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (9.11.2012), פסקאות 64-65 (להלן: פרשת פלונית), שם ציין בית המשפט כי "אין בידי לקבל את הטענה המשתמעת של ב"כ היועמ"ש [...] המטילה דופי כללי בתובעים [...] הטלת הדופי בתובעים אין לה מקום"). אף לגישתי, אין לקבלה.

11. מכאן, שלגישתי יש לנתח את ההליך הנוכחי אף במישור החוקתי, ולראות בו הליך נוסף במסגרת ארוכה של הליכים הנוגעים להורותם של בני זוג בני אותו המין. יוזכר, כי ראשיתם של הדברים בפרשת ירוס-חקק ובפרשת ברנר-קדיש. באותן הפרשות הכיר בית המשפט כי כשירות בני זוג לשמש כהורים אינה מושפעת מהשאלה האם מדובר בבני זוג משני המינים או בבני זוג מאותו המין. פסקי דין אלו ניתנו בד בבד עם שינוי חברתי, חקיקתי ופסיקתי, במסגרתו הוכרה זכותם של בני זוג בני אותו המין לשוויון בכל תחומי החיים. ציין בהקשר זה השופט י' עמית בפרשת הבית הפתוח כי:

"על רקע הוראות הדין שנקבעו על ידי המחוקק הישראלי ועל רקע הפסיקה שעסקה בעניינם של חברי הקהילה הגאה, כפי שנסקרו לעיל, ומבלי לקבוע מסמרות, דומה כי כבר אין מדובר ב"איים" של זכויות, אלא בתפיסה חוקתית כוללת של הזכות שלא להיות מופלה מחמת נטייה מינית. החשוב לענייננו הוא כי מהפסיקה ומהחקיקה דלעיל עולה כי יש הכרה בכך שחברי הקהילה הגאה מהווים קבוצה "חשודה" בעלת זהות מובחנת הטעונה הגנה בפני הפליה, כי הפליה מטעמים של נטייה מינית נמצאת "בגרעין הקשה" של איסורי ההפליה וככזו יש לבחון אותה בקפידה" (פרשת הבית הפתוח, פסקה 56 לפסק דינו).

12. בהמשך לאמור, באותן הפרשות הכיר בית המשפט לא רק בכשירותם הזוהה של בני זוג בני אותו המין לשמש כהורים, אלא שבמצבים בהם הילד ממילא מצוי בתא משפחתי בו ההורים הם בני אותו המין, טובת הילד מחייבת את מתן האפשרות לאימוצו על ידי מי שמגדלים אותו בפועל. קרי, בית המשפט הכיר בכך שישנה חשיבות ממעלה ראשונה לכך שהסטטוס המשפטי ישקף את מערכת היחסים האמיתית שבין ההורים לילדיהם, וכי אי הכרה משפטית במערכת יחסים זו עלולה לפגוע בילד עצמו. זאת, לצד הפגיעה בשוויון המגולמת באי ההכרה האמורה.

13. בפרשה זו אנו נדרשים להיבט נוסף של אותה הסוגיה ממש. בעוד שבהלכות שנקבעו בפרשת ירוס-חקק ו-ברנר-קדיש נדונה השאלה העקרונית, ונקבע כי יש להכיר באפשרות של בני זוג בני אותו המין להקים תא משפחתי עם ילדיהם, הרי שבפרשה הנוכחית עסקינן בצד הפרוצדוראלי, והוא הנטל שיוטל על בני הזוג על מנת למסד את הקשר המשפטי עם ילדיהם. בתוך כך, ההליך הנוכחי מעורר שתי שאלות מרכזיות – הנטל שיוטל על ההורה הביולוגי להוכיח את הורותו על מנת למסד את הקשר המשפטי עם ילדיו, והנטל שיוטל על ההורה הלא-ביולוגי על מנת לעשות זאת.

14. בהקשר זה, ברי, כי מערכת היחסים ההורית אינה תוצר בלעדי של המעשה הפיזי, דוגמת לידה, והיא מושתתת על הזיקה הרגשית שבין המטפל (Care Giver) לילד (והשוו בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (26.10.2005) (להלן: פרשת היועץ המשפטי לממשלה) פסקה 43 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק). הורים מאמצים או הורים שילדיהם באו לעולם בסיועה של פונדקאית אינם הורים פחות "אמיתיים" מהורים שילדם נולד בדרך של הריון בת הזוג ותוך שימוש בזרעו של בן הזוג. שאלת נשיאת העובר או קיומו של מטען גנטי משותף אינה משפיעה באופן ממשי על הזיקה שבין ההורה לילדו. התפישה שעל פיה בשונה מהזכות להורות של הורים

“אמיתיים”, ההורות של הורים מאמצים או הורים במסלול של פונדקאות היא מעין “חסד” יש לדחותה.

15. אם כן, נקודת המוצא לדיוננו החוקתי היא, לגישתי, כי דרישת הצגת צו אימוץ או צו הורות לשם רישום ההורה הלא ביולוגי פוגעת בזכות לשיוויון, שכן היא יוצרת מצב בו בפועל הנפגעים העיקריים מההסדר הם בני זוג בני אותו המין. בדומה, הדרישה להוכחת הורות ביולוגית אך ורק בדרך של בדיקה גנטית פוגעת בזכות לשיוויון, שכן היא חלה ברובה על זוגות בני אותו המין, בעוד שבבעבור מרבית הזוגות ההטרסקסואלים לא מתקיימת דרישה זו. על בסיס זה אפנה לבחון, אם כן, את עמידתם של שני ההסדרים האמורים במבחני פסקת ההגבלה.

רישום ההורה הלא ביולוגי

16. פגיעה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו – מסכים אני עם חברתי המשנה לנשיא כי לפקיד הרישום אין סמכות לסרב לבצע רישום של ההורה הלא ביולוגי מקום בו הוצגה תעודה ציבורית שאין בה אי נכונות עובדתית גלויה. משכך, ברי כי הפגיעה הנגרמת בזכות לשיוויון אינה עומדת בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה, שכן אינה מכוח חוק או הסמכה מפורשת בו.

17. לתכלית ראויה ההולמת את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית – בהמשך לכך, בתשובותיה, הרחיבה המשיבה באשר לשיקולים השונים שהביאו אותה שלא להכיר בתעודה הזרה לצורך הרישום, הם הבסיס לטענה כי מדובר בתכלית ראויה, ובראשם שניים – החשש מפני סחר בילדים, והחשש מפני אי תקינות הליך הפונדקאות. נדמה שאין מחלוקת כי תכליות אלו הן ראויות, ועולות בקנה אחד עם אופיה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל.

18. מידתיות הפגיעה – כפי שציינה חברתי המשנה לנשיא, אין ההסדר המוצע על ידי המשיבה מקדם תכליות אלו (פסקה 27 לחוות דעתה). משמע, אף לו הייתה הסמכה בחוק לפגיעה בשיוויון, אין מדובר בהסדר העומד במבחן המידתיות הראשון, הוא מבחן הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה. אפרט.

19. ברי, כי תופעת הסחר בילדים תופעה מכוערת היא, שיש להילחם בה במלוא העוז. יחד עם זאת, לא ניתן ולו ראשית של טעם בנימוקי המשיבה להחלת המדיניות הנוכחית על תעודות המעידות על הורות מכוח פונדקאות, ולאי החלטה על תעודות

המעידות על הורות שלא מכוח פונדקאות, דוגמת תעודות לידה. דווקא במקרה של הורות במסלול של פונדקאות, מייצר ההליך שובל ראיות רחב, והאפשרות לוודא שלא מדובר בסחר בילדים גדולה הרבה יותר. בהליך הפונדקאות מעורבת בראש ובראשונה האם הפונדקאית, וכן שורת רופאים ומוסדות רפואיים. בנסיבות אלה, סביר כי המבקש לקדם סחר בילדים יעשה זאת דווקא במסלול שבו הסיכוי להתגלות נמוך יותר, ואין כל סיבה להניח שהוא יבכר לזייף הליך של פונדקאות, על פני זיופה של תעודת לידה רגילה, שעל בסיסה נרשמת הורות של מאות ואלפי הורים ישראלים לילדים שנולדו מחוץ לישראל.

20. יתר על כן, לפקיד הרישום סמכות לסרב לבצע רישום על בסיס תעודה אם "אי נכונות של רישום הגלויה לעין, והיא אינה מוטלת בספק" (פרשת ברנר-קדיש, 374 ; בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין (21.11.2006) (להלן: פרשת בן-ארי)). ברי, כי כל תעודה שנועדה להסתיר סחר בילדים היא תעודה מזויפת שנועדה למטרות מרמה, ואין חובה על פקיד הרישום לבצע את הרישום על בסיסה (בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963)). מכל מקום, השאלה כיצד בוחן פקיד הרישום חשש לזיוף, ומתי חשש זה עולה כדי אי נכונות עובדתית גלויה, שאלה זרה היא לעניינו, ותחולתה רחבה ממנו בהרבה. אין מקום להניח כי ביחס לתעודות המוגשות לשם רישום הורות לבני זוג מאותו המין יש להחיל דין שונה מהדין החל על כל יתר התעודות המוגשות לפקיד הרישום.

21. גם החשש מפני הליך פונדקאות פוגעני חשש משמעותי הוא. הליך הפונדקאות הוא הליך בו נעשה שימוש בגופה של אישה על מנת להוליד ילד שלא יהיה ילדה. שימוש זה, מעצם טיבו, מעורר חשש לקומודיפיקציה של גוף האישה ולניצולה. חשש זה מתעצם כאשר נעשה הליך הפונדקאות בעזרת נשים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך ובמדינות בהן הפיקוח על ההליך אינו מספק. יחד עם זאת, הדרישה להצגת צו הורות אינה מקטינה, ולו במעט, את החשש שהליך הפונדקאות נעשה באופן לא ראוי. בית המשפט שבוחן את האימוץ בוחן את כשירותם של ההורים לגדל את הילד, ואת טובת הילד. בית המשפט אינו בוחן את טיבו של הליך הפונדקאות שנעשה, וצו ההורות אינו מעיד על הסכמת בית המשפט לכשרות הליך הפונדקאות.

22. ואכן, המדינה לא הביאה דוגמת ולו למקרה אחד שבו בשל מאפייניו של הליך הפונדקאות נדחתה בקשת ההורים לצו אימוץ. היא אף לא הביאה דוגמה של מקרה בו פעלו הורים במרמה להכשיר סחר בילדים באמצעות הליך הפונדקאות (יצוין כי

המשיבה טוענת שבארבעה מקרים התברר במהלך הבדיקה הגנטית של הזיקה של ההורה הביולוגי לילד כי לא מתקיימת זיקה זו, אשוב לסוגיה זו בהמשך הדברים, במסגרת הדיון על דרישת הבדיקה הגנטית לשם הקניית מעמד לילד בישראל). בהמשך לאמור, לא נטען בפנינו כי בתי המשפט לענייני משפחה שוקלים שיקולים אלו בבחנם בקשה לאימוץ, וכן לא נטען בפנינו כי יש בהליך האימוץ במתכונתו כיום כדי להביא בפועל לחשיפה אפקטיבית של ניסיונות לסחר בילדים או של הליכי פונדקאות לא חוקיים או לא ראויים (ויוזכר כי מצויים אנו בשלב שבו ניתן צו על תנאי, ונטל ההוכחה מוטל על המשיבה).

23. עוד יצוין כי גם מתשובת המשיבה ניתן ללמוד שהסדר הרישומי המוצע על ידה אינו עומד במבחן המידתיות השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כך, לגישת המשיבה עצמה, כבר במסגרת בחינת ההורות של האב הביולוגי נבחנות כל אותן השאלות בגינן טוענת היא שיש לערוך הליך של אימוץ, קרי, שאלת הסחר בילדים ושאלת הפגיעה בפונדקאית. כל הצדקה לקיומו של הליך כפול לבחינת אותה הסוגיה עצמה לא הוצגה בפנינו, וודאי שלא ניתן לראות בהליך האימוץ כאמצעי הפוגעני פחות. ויודגש בהקשר זה, כפי שצוין לעיל, כי בדומה לחברתי המשנה לנשיא, איני מוצא שיש מקום להכריע בהליך הנוכחי באשר לסבירותן של הדרישות השונות בהן נדרשים בני הזוג לעמוד על מנת לבצע את רישום ההורה הראשון לצורך הקניית מעמד לילד בישראל.

24. בהמשך לכך, אף לו היה צולח ההסדר האמור את שני מבחני המידתיות הראשונים, הרי שהוא אינו יכול לצלוח את מבחן המידתיות השלישי. בהקשר זה, יוזכר כי בפסק הדין בפרשת ירוס-חקק נקבע כי במקרה של בנות זוג שלאחת מהן ילד ביולוגי שלא נרשם כבנה של בת הזוג בעת הלידה, תוכל בת הזוג לאמצו באמצעות צו אימוץ מטעם בית המשפט (ויוזכר כי באותה הפרשה פנו בנות הזוג לקבלת צו אימוץ ששנים לאחר הולדת הילד הראשון). בכך, השווה בית המשפט בין מעמדם של בנות זוג בנות אותו המין למעמדם של בני זוג הטרוסקסואלים שילדיו הביולוגיים של אחד מהם אינם רשומים כילדיו של ההורה השני (למשל, אם הילדים נולדו לפני הזוגיות, או שהאב לא נרשם כהורה בתעודת הלידה מכל טעם אחר). פסק הדין לא אישר את מדיניות המשיבה כי בנות זוג המולידות ילד במשותף, במסגרת הזוגיות, כאשר אחת מהן היא האם הנושאת, תחויבנה בקבלת צו אימוץ על מנת שבת הזוג הלא נושאת תוכר משפטית כאם של הילד. להיפך, פסק הדין קבע מפורשות כי יש לצמצם ככל הניתן את הפער בין המציאות המעשית, שבה בת הזוג היא האם בפועל של הילד, לבין ההכרה

המשפטית בהורות. ברי, כי בדומה לכל ילד שנולד במסגרת תא משפחתי זוגי, במעמד הלידה יכולה האם הנושאת לציין את שם ההורה הנוסף של הילד, יהא מינו אשר יהא, ולהביא להכרה המשפטית במעמדו (ויוזכר, בקרב זוגות הטרוסקסואלים אף אם האב מתנגד לרישומו כאב, וטוען שאינו אביו של הילד, לא פעם לא יוכל הוא להסיר מעליו את חובותיו ההוריות וראו בהקשר זה רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו(ב) 311 (תשס"ג)). הלכה זו יפה אף לעניינו. דרישת צו האימוץ פוגעת פגיעה קשה ביותר בטובת הילד, ויוצרת מצב בו לאורך תקופה הנמשכת לא פעם שנים ארוכות אחד ההורים המטפלים אינו מוכר משפטית כהורה של הילד. היא אף יוצרת לא פעם חשש לפיצול סטטוס של הילד במדינות שונות בעולם (ראו פסקה 35 לחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור).

25. פער זה בין מציאות החיים לבין ההכרה המשפטית בה מוביל למצבים אבסורדיים בהם הורה אינו יכול לקחת את ילדו לטיפולים רפואיים ולבצע פעולות משפטיות בשם ילדו ובמקום בו בן הזוג הביולוגי הולך לעולמו, עלול ההורה בפועל שלא להיות מוכר כבעל משמורת על הילד. נדמה שאין צורך להרחיב מעבר לאמור באשר למחירים שפער זה מטיל על הילד ועל ההורים ודי בדבריה של השופטת א' פרוקצ'יה שציינה כי "אין לאדם זיקה אנושית חשובה בחייו מהזיקה לילד, וכאשר ביטוי השייכות הזו נתקל באי-אמון מובנה מצד הרשות הציבורית, הדבר מלווה בפגיעה אנושית שיש בה מן הפגיעה בכבוד האנושי" (ראו: בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (28.6.2011)). למול מחיר כבד זה, כפי שפורט לעיל, לא הוצג כל טעם ממשי המצדיק את דרישת צו האימוץ.

26. אם כן, עינינו הרואות, כי מדיניות המשיבה בכל הנוגע לרישום ההורה הלא ביולוגי היא מדיניות הנגועה בהפליה. עוד מצאנו כי אף בהקשר הנקודתי של הורות בדרך של פונדקאות בחו"ל אין כל שוני רלוונטי מהסדרי רישום הורות אחרים, המצדיק את הדרישה לקיומו של הליך אימוץ בישראל על ידי ההורה הלא ביולוגי. זאת, משני טעמים. ראשית, מאחר שהסיכונים הקיימים בהליך זה לסחר בילדים אינם עולים על הסיכונים הקיימים במסלולי הורות אחרים בחו"ל, ובראשם רישום הורות מכוח תעודת לידה. שנית, מאחר שהאמצעי של דרישת צו אימוץ אינו מקיים כל קשר רציונאלי למטרה המבוקשת. קרי, הליך האימוץ אינו מפחית את החשש מסחר בילדים, ואינו מפחית את החשש מהיות הליך הפונדקאות פוגעני כלפי האם הנושאת. כל זאת, על הרקע של העדר הסמכה בחוק לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, כפי שפורט לעיל.

27. עוד יצוין בהקשר זה, כי בדומה לחברתי המשנה לנשיא, מסכים אני כי פנייה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שיתן סעד הצהרתי המכיר בקשר ההורות יכולה להבטיח כי לא יתעוררו בהמשך קשיים שונים הנוגעים לזיקה ההורית לילד. ברי, כי עקרון זה נכון בכל הליך של רישום הורות. אף בני זוג הנרשמים כהורי הילד מכוח לידה בישראל נבנים על החזקה הקבועה בדין כי הרישום הוא ראייה לאמיתות תוכנו, וכל זמן שלא ניתן סעד הצהרתי המצהיר על ההורות יכולות להתעורר בהליכים שונים (דוגמת הליכי מסירה לאימוץ, הליכי משמורת וגירושין וכדומה) טענות שונות הנוגעות לעניין ההורות. משמע, הפנייה לקבלת סעד הצהרתי המעיד על הורות, הפתוחה בפני כל זוג באשר הוא, נועדה להבטיח כי הסטטוס המשפטי של ההורות לא יעורר קשיים בהמשך. וברי, כי אין באי הפנייה לבית המשפט לענייני משפחה למתן סעד הצהרתי כאמור כדי להפוך את ההורות של בני הזוג להורות "בספק", ומקום בו אין חשש ממשי שיתעוררו טענות בנוגע להורות, אין הם נדרשים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לסעד הצהרתי (וכידוע, מרבית הזוגות שנולדים להם ילדים בישראל אינם פונים לבית המשפט בבקשה לסעד הצהרתי, ודי להם ברישום ההורות, ואכן, בהליכים משפטיים שונים הנוגעים לילדים, דוגמת גירושין וירושה, לא מתעורר קושי ממשי בשאלות הנוגעות לזיקה ההורית של בני הזוג לילדיהם).

28. מטעמים אלו, ומהטעמים שפורטו בחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור, אף לדידי דין העתירה בבג"ץ 6569/11 להתקבל, כאמור בחוות דעתה.

הקניית מעמד לילד בישראל מכוח הורות

29. מכאן לדרישת הבדיקה הגנטית מהאב הביולוגי בהליך הפונדקאות בחו"ל, העומדת במוקד העתירה בבג"ץ 566/11. חברתי המשנה לנשיא מ' נאור מצאה, כמפורט בחוות דעתה, כי דרישה זו מצויה בסמכותו של משרד הפנים, מאחר שההכרה בילד לצורך מתן מעמד בישראל, בשונה מרישום ההורות, היא הכרה קונסטיטוטיובת, וכי שאלות הרישום במרשם האוכלוסין "הן 'מאוחרות יותר' מבחינה עיונית" (פסקה 13 לחוות דעתה). מסכים אני עם חברתי המשנה לנשיא כי העתירה מעוררת שתי שאלות נפרדות. השאלה האחת היא האם יש להכיר ב"הורות משפטית" ללא זיקה ביולוגית כהורות "מכוח לידה", כאמור בסעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות). השאלה השנייה היא, בהנחה שישנו הכרח בזיקה ביולוגית בין ההורה לבין הילד לשם מתן המעמד בישראל, היא כיצד יוכח קשר זה.

30. באשר לשאלה הראשונה, לגישת חברתי, עניינו של סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות הוא בהורות מכוח זיקה ביולוגית, בעוד שסעיף 4ב לחוק האזרחות מסדיר את מעמדם של הורים מכוח הורות לא ביולוגית, והוא עוסק באימוץ בלבד. לגישה, סעיף 4ב לחוק האזרחות הוא בבחינת הסדר ממצה לכל האפשרויות של הקניית המעמד מכוח הורות לא ביולוגית.

31. אודה, כי פרשנות זו אינה פשוטה בעיני (ויזכר כי אמנם עסקינן בחוק עליו חלה פסקת שמירת הדינים, אך יש לפרשו לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). ברי, כי לשונו של סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, הקובע כי מעמד של אזרח ישראלי יינתן ל"מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים" אינה מחייבת פרשנות שעל פיה הורות מכוח לידה היא הורות ביולוגית-גנטית בלבד. בהקשר זה, העיון בפסיקתו של בית משפט זה מעלה כי לא פעם צומצם משקלה של הזיקה הביולוגית-גנטית בין ההורה לילד, וניתנה הבכורה לשיקולים נורמטיביים אחרים. כך לדוגמא, בהקשר של מסירה לאימוץ, נקבע על ידי בית משפט זה כי הזיקה הביולוגית של האב לילד אינה מחייבת את האם לחשוף את זהותו ולאפשר לו להתנגד למסירה לאימוץ (ראו 29/74 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כה(2) 169 (1974)) ואינה מחייבת את הרשות לפעול לאיתור האב, אף אם ניתן לאתרו באמצעים פשוטים יחסית (וראו פרשת היועץ המשפטי לממשלה). בדומה, הזיקה הביולוגית בין האב לבין עובר אינה מקנה לו זכות טיעון בהליכים בפני הועדה להפסקת הריון (ראו ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981)). כמו כן, הדינים הפנימיים בישראל, לרבות הדין הדתי, הנוגעים לקביעת הורות, ובעיקר לקביעת אבהות, כוללים לא פעם הורות משפטית שאינה מבוססת בהכרח על הורות גנטית (וראו, לסקירה מקיפה של הדין בהקשר זה, יחזקאל מרגליות "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (תשע"ב) (להלן: יחזקאל)).

32. על רקע זה, פרשנותו של הסעיף כמחייב קיומה של הורות ביולוגית-גנטית יכולה לעורר קשיים לא מבוטלים, וזאת אף אם היינו מניחים שאין מדובר בהליך בעל השפעה יתרה על קבוצת אוכלוסיה ספציפית. כך למשל, מה היה דינו של ילד אשר הוכר בחו"ל כילדם של בני זוג ישראלים תושבי ישראל, שנולד בדרך של פונדקאות תוך הסתייעות בתרומת ביצית ותרומת זרע גם יחד? האם ילד זה יידרש לעבור הליך אימוץ בישראל מכוח חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים)? ואם כן, באיזה אופן יבוצע האימוץ? מי יהיו ההורים ה"ביולוגיים" שידרשו לתת את

הסכמתם לאימוץ מכוח סעיף 9א לחוק אימוץ ילדים? האם, וכיצד, ניתן לתת הסכמה שכזו מקום בו מדובר בתורמים אנונימיים? וכיצד ניתן לתת הסכמה זו כנדרש בסעיף, על פי דין המדינה בה היא ניתנת, מקום בו הדין ממילא מכיר בהסכמה מכוח הליך הפונדקאות עצמו?

33. קושי זה ממש מתעורר אף במקרה של הורות בני זוג בני אותו המין, מקום בו הילד נולד מזרעו של בן זוג שאינו ישראלי. האם תעלה על הדעת האפשרות שילד זה, שהוא ילדו לכל דבר ועניין של הורה ישראלי, לא יוכל כלל לקבל מעמד בישראל (וברי, כי ישנו קושי ממשי לבקש את אימוצו של הילד במדינת הלידה, שם ממילא מוכר ההורה הישראלי כהורה של הילד, וממילא אימוץ זה, מקום המדובר באזרח ישראלי החי בישראל, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הנוגעות לאימוץ חו"ל). בהקשר זה יצוין כי הקניית מעמד זמני לילד בישראל, מכוח הנוהל המדורג והקניית המעמד לבן הזוג הזר, אינו נותן כל פיתרון לבעיה האמורה. זאת, שכן אף במצב דברים זה להורה הישראלי אין כל זיקה לילד, ובמקרה שיופסק ההליך המדורג יהיה בכך כדי לבטל, מניה וביה, את הורותו של בן הזוג הישראלי.

34. זאת ועוד, הקושי בדרישה כי הקניית מעמד לילד מכוח לידה תפורש רק כהקניית מעמד מכוח זיקה ביולוגית-גנטית מתעורר בחריפות רבה מקום בו מדובר באם חד-הורית. חוק הסכמים לנשיאת עוברים אינו מאפשר כיום לנשים אלו לקיים הליך פונדקאות בישראל, והן נאלצות לפנות לביצוע ההליך בחו"ל. ברי, כי אם הסיבה לכך שפנו להליך פונדקאות לחו"ל היא בעיית פוריות הנוגעת לביציות האישה, באופן קטגורי לא תהיה זיקה ביולוגית-גנטית בין האם לבין הילדה. יחד עם זאת, נדמה בעיני כי תוצאה שעל פיה כל אישה פונה להליך פונדקאות בגפה ונעזרת בתרומת ביצית לא תוכל להקנות מעמד לילדה בישראל, היא תוצאה לא רצויה.

35. יתר על כן, אף אם נניח שניתן להתגבר על הקשיים האמורים, דרישה כי במצבים אלו ההורים בפועל יבצעו אימוץ נוסף בישראל מעוררת את אותו הקושי הנובע מאי רישומו של ההורה הלא ביולוגי. דרישה זו עלולה להוביל לפיצול סטטוס של הילד, והיא עלולה להביא למצב שבו במשך תקופה ארוכה לאף אחד מההורים המטפלים בילד אין כל מעמד ביחס אליו. זאת ועוד, כאשר נעשית הפונדקאות במדינה בה לא מוענקת אזרחות מכוח לידה, עלול להתעורר מצב בו לילד אין כל מעמד משפטי בשום מדינה בעולם. כמו כן, עלול להתעורר מצב בו אין ההורים המטפלים יכולים

לשהות במדינה בה נולד הילד עד להסדרת כניסתו לישראל וקביעת מעמדו בה, בשל מגבלות שונות הנובעות מחוקי ההגירה של אותה המדינה.

36. נדמה בעיני, כי דרך המלך בכל הנוגע להקניית מעמד בישראל מכוח הורות לא-ביולוגית היא באמצעות בחינה פרטנית, בכל מקרה לגופו, של השאלה האם מדובר בהורות כנה ואמיתית, או שמא מדובר בניסיון להקנות מעמד למי שאינו ילדו האמיתי של המבקש לעשות זאת. במסגרת זאת, דרך אחת להוכחת ההורות יכולה להיות בדרך של מתן צו הורות על בסיס בדיקה גנטית. יחד עם זאת, לגישתי, מקום בו מצא בית המשפט בנסיבותיו של מקרה פרטני כי ההורות היא הורות כנה ועל פי הדין הנוהג במקום בו נקבעה ההורות, רשאי הוא להורות על רישום ההורות אף ללא הוכחת הזיקה הגנטית. במסגרת בחינת ההורות הלא ביולוגית, על בית המשפט לבחון את שאלת מעמדם של ההורים הביולוגים (וכך לדוגמא, מקום בו כלל לא ניתן לאתר את ההורים הביולוגיים מאחר שהלידה בוצעה באמצעות תרומת ביצית ותרומת זרע יתחשב בית המשפט בהעדר המעמד של ההורים הביולוגיים). כמו כן, עליו לבחון את טיב הקשר שבין ההורים הלא ביולוגיים לבין הילד, ואת טובת הילד. בדרך זאת, יוכל בית המשפט להבטיח מחד כי אין מדובר בסחר בילדים, וכי הקשר בין ההורים לילד הוא קשר כן ואמיתי, ומאידך, למנוע מצבים אבסורדיים, בהם נותרים ילדים חסרי הורים וחסרי מעמד, לצמצם את החשש מפיצול סטטוס של הילדים, ולצמצם שלל קשיים נוספים שעלולים להביא לפגיעה בילד ובהוריו (לדיון מקיף בשיקולים השונים שיש לבחון במסגרת הכרה בהורות "משפטית" ראו יחזקאל 901-894 וההפניות שם).

37. יצוין בהקשר זה כי הפתרון המוצע פותר את החשש שמעלה המשיבה, שעל פיו ישנם מקרים בהם ממוסדת ההורות הביולוגית לפני ביצוע הליך הפונדקאות, ובפועל הילד הוא מביציתה של האם הנושאת ומזרעו של בן זוגה, ולה זכויות הוריות כלפיו. ברי, כי במצב שמתעורר חשש כי לאם הפונדקאית זיקה הורית ביולוגית לילד, יוכל בית המשפט לדרוש ראיות להוכחת העדר זיקה זו, ובמקרים מסוימים לדרוש הוכחת הורות ביולוגית על מנת להעניק את צו ההורות.

38. יוער כי, כפי שהוסבר לעיל, בחינת הדרישה כי הורות תמיד תהיה על בסיס זיקה ביולוגית-גנטית על רקע הדין הקיים בישראל חושפת את החשש כי מדובר בהסדר מפלה. במסגרת זאת, כידוע, יכול ילד להורים יהודים לזכות למעמד מכוח יהדותו. קרי, עבור זוגות יהודיים, שאינם נתקלים בקשיי גיור של ילדם הלא ביולוגי, לא נוצר קושי ממשי להקנות לילד מעמד ראשוני בישראל מכוח יהדותו, ולאחר מכן להשלים את

הליכי האימוץ. בשונה, עבור מי שאינם יהודים, או עבור מי שמטעמים שונים מסרבים הגורמים הדתיים לאפשר את גיור ילדם, אין כל אפשרות להקנות לילד מעמד בישראל מכוח יהדותו.

39. מכל מקום, גם לגישתי, כמו לגישת חברתי המשנה לנשיא מ' נאור דין העתירה בבג"ץ 566/11 להידחות. זאת, שכן על ההליך להתנהל בפני בית המשפט לענייני משפחה, שלו הסמכות להעניק צווי הורות. לגישתי, במסגרת ההליך לפניו, יבחן בית המשפט לענייני משפחה את השאלה האם יש מקום להורות על צו אימוץ מכוח ההורות הלא-ביולוגית של העותרים. אם ימצא שאין מקום למתן צו אימוץ זה, לדוגמא, בשל חשש כי לאם הנושאת זיקה ביולוגית לילד המקימה מעמד משפטי של הורות במדינת המוצא, יכול הוא לדרוש מהמבקשים את הצו להוכיח את העדר הזכויות של האם הנושאת כלפי הילד. הוכחה זו יכולה להעשות, בין היתר, על ידי הוכחת קיומו של קשר גנטי בין אחד ההורים לילד (וברי, כי מקום בו נעשה תהליך הפונדקאות על ידי שימוש בהשתלת ביצית מופרית, משמעות הדבר היא כי לאם הנושאת אין קשר גנטי לילד, קרי, אין חשש שהזרע הוא זרעו של האב, והביצית היא הביצית של האם הנושאת).

40. בהקשר זה, מסכים אני עם חברתי המשנה לנשיא כי אין הכרח שהוכחת הקשר הביולוגי תעשה באמצעות בדיקה גנטית. העיון בהסדרים שעל פיהם פועל משרד הפנים ביחס להקניית מעמד בישראל לילד שנולד לישראלים בחו"ל מעלה כי במצבים רבים לא נדרשת הוכחת ההורות הביולוגית באמצעות בדיקה גנטית. כך לדוגמא, עבור ישראלים נשואים, קבע משרד הפנים כי חזקה על תעודת הלידה שהיא מעידה על הורות גנטית (ויצוין כי חזקה זו ודאי שאינה נכונה בהכרח, שכן אפשר שהאם נעזרה בתרומת ביצית). ברי, כי מרבית הילדים שנולדו בחו"ל להורים ישראלים לא נולדו בהליך של פונדקאות (בסעיף 88 לתגובת המשיבה מציינת היא כי בשנים האחרונות הוגשו מעט פחות ממאה בקשות להקניית מעמד מכוח הורות לילדים שנולדו בהליך של פונדקאות). עבור זוגות הטרוסקסואלים שאינם נשואים, האם אינה נדרשת להוכיח את הורותה באמצעות בדיקה גנטית, אך האב נדרש לכך, ולאחר מכן הילד מקבל מעמד בישראל ושני בני הזוג נרשמים כהורי הילד ללא צורך באימוץ. עבור בני זוג בני אותו המין, בין אם הם נשואים ובין אם לאו, נדרש האב הביולוגי בהוכחת הקשר הגנטי לילד, ולאחר מכן נדרשים הם לעבור תהליך אימוץ בישראל.

41. אם כן, התמונה הנורמטיבית המצטיירת ממדיניות המשיבה היא בעלת שלוש מדרגות – זוגות הטרוסקסואלים נשואים אינם נדרשים לעבור כל בדיקה לצורך הקניית

מעמד לילד, ואינם נדרשים לעבור כל הליך על מנת להכיר באב כהורה של הילד. זוגות הטרוסקסואלים לא נשואים נדרשים להוכיח את הקשר הגנטי של האב בבדיקה גנטית, או אז אינם נדרשים לעבור כל תהליך של אימוץ לשם ההכרה בהורות האב. זוגות הפונים להליך של פונדקאות, ברובם זוגות בני אותו המין, נדרשים לעבור בבדיקה גנטית ולאחר מכן נדרש בן הזוג שאינו ההורה הגנטי לאמץ את ילדו. זאת, בין אם הם נשואים ובין אם לאו.

42. ברי, כי בבואו של בית המשפט לענייני משפחה לבחון את עניינם של פונים המבקשים צו הורות, לרבות העותרים בהליך הנוכחי, עליו לקבוע דרישות ראייתיות שיוויינית החלות על כלל הפונים, נשואים ולא נשואים, בני זוג הטרוסקסואלים ובני זוג בני אותו המין, המבוססות על הדרוש להוכחת ההורות בלבד, ושאינן מפלות (ויצוין כי בהליך הנוכחי, עיון בתשובת המשיבה אינו מעלה כל הסבר לפער בין הדרישות הראייתיות להוכחת הזיקה הגנטית במסלולים השונים של ההורות). בהקשר זה, על בית המשפט לתת דעתו, במסגרת בחינת הבקשה, האם קיים שוני רלוונטי בין פונים הטרוסקסואלים ובין פונים שהם זוג בני אותו המין בכל הנוגע לחשיפת תוצאות הבדיקה הגנטית, ככל שהיא תידרש, ואם כן, האם יש לבכר "בדיקה עיוורת" או מנגנון חלופי שיאפשר להורים שלא לדעת מי מהם הוא ההורה הביולוגי של הילד (וראו, לצרכים המשפטיים המיוחדים של משפחות בהן בני הזוג בני אותו המין מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר' על כבודן של משפחות אלטרנטיביות בישראל" קריית המשפט ח 251, 271 (תשס"ט)).

43. על בסיס כל האמור לעיל, מסכים אני עם האמור בחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא מ' נאור.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

1. אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה של חברתי, המשנה לנשיא השופטת נאור, לפיו יש לדחות את העתירה בבג"ץ 566/11 (להלן: העתירה הראשונה) ולקבל את העתירה בבג"ץ 6569/11 (להלן: העתירה השנייה), ולנימוקים שהובילוה לתוצאה זו.

2. כפי שציינה חברתי, כל אחת מהעתירות מעלה סוגיה שונה במסגרת הליכי פונדקאות שמבוצעים בחו"ל, במקרה זה על ידי בני זוג מאותו מין, אשר הובילו

להולדת ילד או ילדה מזרעו של אחד מבני הזוג. בעתירה הראשונה מדובר על בני זוג שלא ביצעו בדיקה גנטית להוכחת קשר ביולוגי בין אחד מהם לבין הילד שנולד בהליך הפונדקאות. פקיד המרשם סירב לרשום את בני הזוג כהורי הילד, וזאת על אף שהציגו בפניו תעודת לידה ופסק דין הצהרתי של ארצות הברית. בעתירה השנייה, לעומת זאת, התבצעה בדיקה גנטית המעידה על הורות ביולוגית של אחד מבני הזוג כלפי הילדה שנולדה בהליך הפונדקאות בחו"ל. למרות זאת סירב פקיד המרשם לרשום את בן הזוג השני כהורה בהיעדר הליך מסודר לאימוץ הילדה שיערך בישראל.

3. חברתי עורכת הבחנה עקרונית בין שתי הסוגיות המועלות בשתי העתירות, בהתבססה על ההבחנה שערכתי בבג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (28.6.11) (להלן: עניין ויט). ההבחנה שם התבססה על ההבדלים הנובעים ממקרים שעניינם הוא רישומי בלבד, לבין מקרים העוסקים בהקניית מעמד לאדם. בהשלכה על ענייננו הרי שבעוד שהעתירה הראשונה עוסקת ברישום ראשון של הילדים שנולדו בהליך פונדקאות בחו"ל, תוך שמוקנה להם מעמד של אזרחים ישראלים מכוח זיקתם להורה שהוא אזרח ישראלי; הרי שהעתירה השנייה עוסקת בעניין רישומי בלבד וזאת לאחר שכבר הוקנה מעמד של אזרח ישראלי לילד שנולד בהליך הפונדקאות. הבחנה עקרונית זו מובילה לתוצאות השונות בשתי העתירות.

כך, בעתירה הראשונה, שעוסקת בהקניית מעמד, לא ניתן לוותר על דרישת ההוכחה של הקשר הגנטי-ביולוגי בין אחד מבני הזוג לבין הילד שנולד בהליך הפונדקאות. עם זאת, מסכימה אני עם חברתי כי ניתן יהיה להוכיח קשר זה גם ללא ביצוע בדיקה גנטית, הכל להנחת דעתו של בית המשפט לענייני משפחה שעוסק בעניינים אלו וזו מומחיותו. באשר לעמדה לפיה ניתן יהיה לאפשר לבני זוג לבצע "בדיקה עיוורת" אשר תוכיח כי לפחות לאחד מבני הזוג קשר ביולוגי לילד, מבלי לחשוף מי מהם הוא בעל הקשר הביולוגי, עמדה זו מקובלת עליי לעת הזו וכל עוד לא נדרש המחוקק להסדרת הנושא, לרבות בשאלת עריכתו של רישום שיבחין בין ההורה הביולוגי להורה המשפטי, כפי שעוד אעמוד על כך. באשר לחשש שהועלה כי יידרש לבטל, ואולם איני סבורה כי מן ההכרח הוא להכריע בו במסגרת העתירה הנוכחית ו"דיה לצרה בשעתה". מכל מקום, כל עוד לא הוסדר הנושא פתוחה הדרך לפנות בבקשה מתאימה לבית המשפט לגלות מיהו ההורה הביולוגי.

בעתירה השניה, לעומת זאת, נידון רק עניין רישומו של ההורה הלא-ביולוגי כאביה של הילדה במרשם האוכלוסין. דהיינו, עתירה זו מעוררת שאלות רישומיות בלבד ולא שאלות של הקניית מעמד. לפיכך מצטרפת אני לעמדתה של חברתי לפיה ניתן להסתפק לצורך זה במסמכים שהוגשו על ידי העותרים, ובהם תעודת לידה רשמית שהונפקה בבית חולים בארצות הברית, וצו מבית משפט בפנסילבניה.

4. התקדמות הטכנולוגיה, בעיקר בתחום הפוריות וההולדה, נעשית בקצב מואץ בשנים האחרונות, ויוצרת אפשרויות חדשות רבות בתחום הולדת הילדים. אפשרויות אלו מעוררות שאלות משפטיות, חברתיות ומוסריות שעל כל מדינה להתמודד עימן בדרכה. מטבע הדברים ראוי שהמחוקק הוא זה שיאמר את דברו באופן מפורש, מסודר ומפורט בנוגע לכל הליך מסוג זה. הקושי נובע מכך שההתקדמות הטכנולוגית מהירה יותר מהתקדמותו של המחוקק ביצירת הסדרים נורמטיביים. התוצאה היא חלל נורמטיבי באשר לטכניקות הולדה רבות, כאשר אחת מהן היא פונדקאות חו"ל. לטעמי, הפתרון לפער זה אינו יכול להיות, בדרך כלל, בהמתנה להסדרה של המחוקק. הסדרה חוקית יכולה לארוך זמן רב, ובינתיים נפגעים זוגות או בודדים רבים שיש להם את האופציה הטכנולוגית אך ללא מענה משפטי. מצב דברים זה אינו ראוי. לטעמי, אם כן, אין מנוס מכך שהחלל הנורמטיבי, עד להסדרת המחוקק, יקבל מענה על ידי הרשות המבצעת תוך פיקוח של בתי המשפט, ואכן כך נעשה במקרה שבפנינו.

5. התערבותם של בתי המשפט בהסדרים הנוגעים לטכניקות ההולדה החדשות שטרם הוסדרו נורמטיבית על ידי המחוקק, תיעשה בהתאם לעקרונות המשפטיים-הכלליים המקובלים על ידי בית משפט זה, בכל מקרה לגופו ולנסיבותיו. עם זאת ברצוני להעיר כי אחד מעקרונות אלו הוא עיקרון השוויון. לא ניתן להתעלם מכך, כפי שמציין אף חברי, השופט ג'ובראן, שרבות מטכניקות ההולדה רלוונטיות ומסייעות לזוגות חד-מיניים, אשר חלק לא קטן מדרכי ההולדה סגורות בפניהם, הן בשל מגבלות ביולוגיות והן בשל מגבלות נורמטיביות. כך הוא גם במקרים שבפנינו. אני סבורה כי שיקול זה צריך להילקח בחשבון במסגרת מארג השיקולים, ככל שהדבר ניתן, ובהתחשב בשיקולים רלוונטיים אחרים, על מנת לקרב, ולו במידה מסוימת, לתוצאה של שוויון בין בני זוג הטרוסקסואלים לבני זוג הומוסקסואלים.

6. אחר הדברים האלו, עיינתי בחוות דעתו של חברי, השופט ח' מלצר, החולק על עמדת המישנה לנשיא באשר להכרעה בבג"ץ 6569/11. חברי סבור כי כשם שלצורך רכישת מעמד של אזרחות ישראלית לקטין שנולד לאזרח ישראלי בהליך פונדקאות

שאושר בחו"ל לא די בפסק דין זר או בתעודת לידה זרה המצביעה באופן כללי על הורות, אלא נדרשות ראיות נוספות לביסוס הקשר הביולוגי-גנטי מכוחו יזכה הקטין במעמד של אזרחות, כך גם בשלב של רישום ההורות במרשם האוכלוסין מכוח פסק-דין זר או תעודת לידה זרה הקובעים הורות "כללית". במילים אחרות, חברי סבור כי רישום הורה לא ביולוגי כאב לילד או לילדה שנולדו במסגרת הליך פונדקאות שהתאשר בחו"ל, מכוח פסק דין שהוצא שם והכריז עליו כהורה ללא ציון סוג ההורות – האם הורות ביולוגית או משפטית היא – או בעקבות תעודת לידה שהונפקה בחו"ל, מצריך הכרה מוקדמת בישראל באמצעות פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה, או בהוצאת "צו הורות פסיקתי" ישראלי. חברי מבהיר כי דבריו אמורים במצב בו מבקש הרישום דורש שלא יצוין במרשם, או בכל מקום אחר, מיהו ההורה "הביולוגי" ומיהו "ההורה המשפטי". עמדת חברי נשענת על שני טעמים עיקריים אליהם אבקש להתייחס בקצרה.

א. חברי סבור כי לאבחנה בין "הורה ביולוגי" ל"הורה משפטי" חשיבות לא רק לשם הקניית מעמד של אזרחות ישראלית לילד, אלא יש לה השפעה מהותית על מעמד הילד בתחומים שונים ומגוונים, כמפורט בחוות דעתו. עוד מדגיש חברי כי הרישום של ההורים ושמותיהם במרשם האוכלוסין מהווה ראיה לכאורה לנכונות פרטי רישום אלה ולגביהם אין המרשם סטטיסטי גרידא, אלא מהותי. הוא מצביע על כך שנוכח ההיבטים המהותיים של רישום ההורות, הסדיר המחוקק, באופן מלא או חלקי, סוגיות שונות הכרוכות בהורות המשפטית במישורים שונים. כן עומד הוא על זכותו של אדם לדעת מיהם הוריו הביולוגיים. אשר לענייננו סבור הוא "...והנה כאן – אם תירשם הורות "כללית" במרשם האוכלוסין, כמבוקש על ידי העותרים, ללא ציון במרשם כלשהו (אפילו כזה שאיננו מרשם האוכלוסין) מיהו "ההורה הביולוגי" ומיהו ה"הורה המשפטי" – לא יוכל אף אדם גם בעתיד לקבל מידע חיוני זה (ללא שיתוף פעולה של אותם הורים, אשר כדוגמת העותרים מודיעים – בשלב זה לפחות – כי אינם מעוניינים לגלות לילדתם מי הוא מי)". מצב זה אינו מתיישב לטענתו עם עקרון טובת הילד ותקנת הציבור, כפי שהמחוקק רואה אותם ביחס להורות משפטית, ואין מקום לקבוע אחרת בדרך של פסיקה. חברי מצביע על כך שחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה – 1965 מסדיר בסעיפים 20 ו-20א הורות משפטית מכוח אימוץ ומכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), תשנ"ו – 1996. מכאן למד הוא הסדר שלילי לגבי הרישום האוטומטי של ההורות המשפטית בלא הכרה של בית משפט ישראלי לענייני משפחה בפסק הדין הזר או בתעודת הלידה הזרה, או בעקבות השגת צו הורות שיפוטי בישראל.

הסוגיה שהעלה חברי מעניינת וחשובה, והתלבטתי בה לא מעט. לבסוף באתי לידי מסקנה כי פתרונה של סוגיה זו מחייב הסדרה בחקיקה ולא יהא זה נכון לעשות זאת במסגרת העתירה הנוכחית. כל עוד לא הוסדר הנושא, אני סבורה כי ניתן לרשום במרשם האוכלוסין הורות "כללית", מבלי להבחין בין ההורה "הביולוגי" להורה "המשפטי", ואין לדרוש הליך של הכרה בפסק דין זר או בתעודת לידה זרה על-ידי בית משפט לענייני משפחה בישראל או צו הורות שיפוטי שיוצא בישראל. אבאר עמדתי.

ראשית, חברי מתייחס בחוות דעתו לחשש לפגיעה בעקרון טובת הילד מעצם הרישום שאינו מאפשר לדעת מי הוא ההורה "הביולוגי" ומיהו ההורה "המשפטי", כמו-גם לפגיעה בזכות הילד לדעת מי ההורה שהביאו לעולם. מענה לחשש זה מצוי לטעמי בחוות דעתה של חברתי, אשר מציינת כי "טובת הילד" אינה שאלה ערטילאית או תיאורטית, אלא נוגעת היא בילד הספציפי שעניינו נדון, בנסיבות חייו ובמערכת המשפחתית שהוא מכיר". טענה כללית ולפיה טובת הילד היא קיומו של מרשם אוכלוסין אמין ומדויק מתעלמת מהצורך לבחון בחינה פרטנית את טובת הילדים בהם מדובר, על פי נתוניהם. שנית, אני סבורה כי הגם שאין עוררין על חשיבות דיוקו של המידע אשר במרשם, אין מתבקשת מכך המסקנה אליה הגיע חברי. בגדרו של מרשם האוכלוסין אין מקום לכלול מידע שיאפשר להבחין בין ההורה ה"ביולוגי" להורה "המשפטי" מעצם היותו של מידע זה רגיש ופרטי ביותר באופן שאינו מצדיק חשיפה אליו של כל מי שיש לו נגישות למרשם האוכלוסין. יחד עם זאת, מקובל עליו כי אינטרסים כבדי משקל תומכים בקיומו של מאגר מידע שבו ייאצר ויתועד המידע בדבר זהות ההורה הביולוגי וזהות ההורה המשפטי. כל זאת, מהטעמים עליהם עמד חברי. ואולם, הסדרת נושא זה ראוי לה שתיעשה בחקיקה ולא במסגרת הפסיקה. ניתן לחשוב בהקשר זה על רישום הנתונים האמורים במסגרת פנקס או מרשם ייעודי, שיתנהל בנפרד ממרשם האוכלוסין ובנוסף לו. החלטה על עריכתו של פנקס או מרשם שכזה היא עניין למחוקק, שכן היא מצריכה בחינה והסדרה של כלל היבטי הרישום, דוגמת הסדרת סמכות הרישום, החלטה אילו פרטים יירשמו, הדרכים לקבלת מידע שבמרשם ומסירתו, סודיות וכיו"ב (ראו והשוו: חוק תרומת ביציות, תש"ע – 2010, פרקים ה' – ז'; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו – 1996, סעיפים 16 – 17; תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), תשנ"ח – 1998). טוב יעשה המחוקק אם יבחן הסוגיה על משמעויותיה, ועוד יותר מכך אם יידרש להסדרת נושא פונדקאות חו"ל בכללותו.

מכל מקום, לטעמי, גם אם יש במרשם פרטים מסוימים שיש להם היבט מהותי, המרשם בעיקרו הוא סטטיסטי ועל כן איני רואה מניעה מהותית לרישום "כללי" במרשם האוכלוסין. עוד אוסיף כי במקרה הקונקרטי של זוגות חד-מיניים אין מקום לספק כי רק אחד ההורים הוא הורה "משפטי" ולכן אין גם חשש לטעמי לכך שהמרשם ישקף תמונת מציאות שגויה ומטעה. אוסיף כי כמובן, גם בלא רישום שיבחין בין ההורה "הביולוגי" להורה "המשפטי", פתוחה הדרך בפני המעוניין בכך, לפנות לבית המשפט בבקשה לגלות מיהו ההורה "הביולוגי".

ב. אשר לעמדת חברי ביחס ל"תעודה הציבורית" שעל בסיסה יבוצע רישומו של ההורה הלא ביולוגי במרשם האוכלוסין. חברתי, המישנה לנשיא סברה כי ההגדרה של תעודה ציבורית בפקודת הראיות רחבה דיה כדי שהמסמכים שהציגו העותרים (תעודת לידה רשמית שהונפקה בבית חולים אמריקאי וצו של בית המשפט בפנסילבניה) ייכנסו בגדרה. יחד עם זאת הביעה עמדתה, במבט צופה פני עתיד כי ייתכן שישנה תועלת ממשית בפניה לבית המשפט לענייני משפחה כדי להביא לרישום ההורה השני שאינו ההורה הביולוגי, הגם שאין הדבר מתחייב על פי דין. חברי לעומתה סבור כי רישומו של הורה לא ביולוגי במרשם האוכלוסין של ישראל כאב לילד או לילדה שנולדו בהליך פונדקאות שאושר מחוץ לישראל, מכוח פסק דין שהוצא שם וקבע את היותו הורה ללא קביעה האם מדובר בהורות ביולוגית או משפטית, או בעקבות תעודת לידה שהונפקה בחו"ל, בעקבות פסק הדין הזר - טעון הכרה מוקדמת בישראל. זאת, באמצעות פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה או בהוצאת צו הורות פסיקתי ישראלי. דהיינו, הרישום במקרים אלה חייב לשיטת חברי לעבור דרך בית המשפט.

כאמור, נתתי לכתחילה הסכמתי לעמדת חברתי כי הגדרת "תעודה ציבורית" בפקודת הראיות רחבה דיה כדי להכיל גם את התעודות שהציגו העותרים, ובעמדתי נותרתי. ספק בעיניי עד כמה הצעת חברי המחייבת פניה להליך משפטי אכן מספקת פתרון של ממש, שהלוא בעקבות ההכרה בפסק הדין הזר או בתעודת הלידה הזרה לא ישקף מרשם האוכלוסין מידע שונה מכפי שהוא יכול על-פי הצעת חברתי, שאחרת נימצא כאמור חושפים במרשם פרטים רגישים אודות זהות ההורה הביולוגי וההורה המשפטי, שאין צורך ואין זה רצוי לחושפם. בנוסף, משאין מדובר בשאלה של הענקת מעמד אלא ברישום מתבקשת ההשוואה בין המקרה שלפנינו לעניינם של ילדי אזרחים ישראלים שנולדו בחו"ל ואשר לצורך הענקת אזרחות ישראלית להם אינם נדרשים ככלל לפנות להליך משפטי. איני רואה הצדקה להבחנה בין אלה לאלה כאשר ענייננו בסוגיה שבמהותה היא רישומית. יחד עם זאת אבהיר כי איני שוללת שמקום שמתעורר

אצל פקיד המרשם חשד באשר לאותנטיות של התעודות המוצגות לו או באשר לתוקף שלהן במדינה בה הוצאו, יסרב הוא לרשום את ההורה השני, שאז בפני ההורים האפשרות לפנות לבית המשפט לענייני משפחה בהליך של הכרה או בבקשה לצו הורות פסיקתי.

כאמור, אני מצרפת את קולי למשנה לנשיא.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור, הן לעניין העתירה בבג"ץ 566/11 והן לעניין העתירה בבג"ץ 6569/11.

אבקש להעיר מספר הערות משלי.

1. במהלך הדיונים בעתירות דנן, ומההודעות המעדכנות שהגישו המשיבים בעקבות הדיונים, התברר כי המשיבים פועלים, בכל הנוגע למקרים של זוגות שפונים למסלול פונדקאות בחו"ל, על פי נוהל שאינו כתוב ושאינו מפורסם ברבים. זאת, על אף שהתופעה של זוגות ויחידים שפונים להליכי פונדקאות בחו"ל, ובהם זוגות בני אותו מין, הינה תופעה שנמצאת בעלייה מתמדת משנה לשנה והינה מוכרת למשיבים, על פי הנטען על ידיהם לפנינו, מזה כשמונה שנים. כתוצאה מהיעדר נוהל כתוב וברור, נדרשים הפונים להליכי פונדקאות בחו"ל ללמוד על הדרישות והנהלים של המשיבים "תוך כדי תנועה" (ובלשונה של חברתי – "מפה לאוזן"), תוך התכתבות והתכתשות משפטית מול המשיבים.

חברתי קובעת, בצדק, כי מצב זה איננו ראוי (בפסקה 39 לפסק דינה), וסבורני כי בנקודה זו חברתי נוקטת בלשון עדינה. זוגות ויחידים שפונים להליכי פונדקאות בחו"ל (במדינות בהן הליכים אלו מוסדרים וחוקיים לחלוטין) בוחרים לצאת למסע מורכב שאורך זמן וכורך 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 יוותר 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 הברוקרטיים יתבצעו טרם הלידה באופן שיעלה בקנה אחד עם טובת הילד ומשפחתו.

2. חברי השופט ט' ג'ובראן מתייחס בפסק דינו להיבט אחר של הסוגיה, ומדגיש כי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 אינו מאפשר בעת הזאת לבני זוג בני אותו מין לנקוט בהליכי פונדקאות בישראל, ומשכך נאלצים הם בעל כורחם לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל על מנת להגשים את שאיפתם להורות. חברי סבור כי התבוננות על מכלול ההסדרים המשפטיים הנוגעים להכרעה משפטית בסוגיית ההורות של בני זוג בני אותו מין מעלה שמדובר בהסדרים שיוצרים דה-פקטו תוצאה מפלה, לפיה הורות של בני זוג בני אותו מין מתויגת כ"חשודה" ו"אמיתותה" נבחנת בקפדנות בבית המשפט, בזמן שקיימת "חזקת אמיתות" להורות של הורים הטרוסקסואלים (פסקה 10 לפסק דינו של חברי). חברי ממשיך ומדגיש כי מערכת היחסים ההורית אינה תוצר בלעדי של המעשה הפיזי, והיא מושתתת במידה רבה על הזיקה הרגשית שבין ההורה המטפל לילד, כאשר אין מקום ליצור היררכיה בדבר "אמיתות" ההורות בין הורים מאמצים או הורים שילדיהם באו לעולם בסיוע פונדקאית לבין הורים שילדיהם נולדו בדרך "הרגילה".

לדברים אלו אני מצטרף בהסכמה, ואבקש להוסיף מספר מילים משלי.

ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הפיריון והילודה בשנים האחרונות, לצד השינויים החברתיים והיווצרותם של תאים משפחתיים "חדשים", יוצרים מגוון אפשרויות של הורות. לצד המודל "הקלאסי" של זוגיות והורות מתפתחים מודלים אלטרנטיביים ו"חדשים" של זוגיות והורות [השוו לדברי לאחרונה בבע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (29.8.2013) בפסקה 26 לפסק דיני (להלן: עניין אלמוני)]. ודוק, כפי שהעתירות דנן מוכיחות, לא מדובר בדיון אקדמי ותיאורטי על מודלים אלטרנטיביים לזוגיות והורות, אלא במציאות החיים של העותרים שלפנינו ושל ילדיהם, כמו גם של לא מעט תאים משפחתיים דומים. על אף שהדין (על כל נגזרותיו – חקיקה, חקיקת משנה, פסיקה, הנחיות מנהליות וכיו"ב – ולרבות תהליך הוצאתו אל הפועל על ידי הרשויות השונות) מתפתח באיטיות מעצם טבעו, ולעיתים קרובות נמצא בפיגור של מספר צעדים מאחורי ההתפתחויות הטכנולוגיות והחברתיות, מן הראוי למצוא דרכים להסיר קשיים ומכשולים מיותרים ולהביא לכך שהדין לא יימצא ב"התנגשות" מתמדת עם המודלים החדשים של זוגיות והורות.

3. לא אוכל שלא להתייחס בקצרה לטענות המשיבים בדבר החשש מפני ניצול נשים במסגרת הליכי פונדקאות בחו"ל ובדבר החשש מפני סחר בינלאומי בילדים, ולו מן הטעם שטענות אלה תפסו חלק ניכר מכתבי הטענות של המשיבים ומטענותיהם בעל-פה לפנינו, ובמידה רבה דחקו הצידה את הטענות לגופו של עניין. בצדק קובעת חברתי השופטת נאור (בפסקה 40 לפסק דינה) כי טענות אלה מהוות חריגה ניכרת מנושא הדיון בעתירות שלפנינו, בהינתן שהליכי פונדקאות דנן בוצעו כדין בארצות הברית, תוך פיקוח של בתי המשפט שם ותוך תיעוד מסודר שאין לגביו ספק. חברתי מוסיפה וקובעת כי חששות אלו הינם שיקולים רלבנטיים בגיבוש מדיניות כוללת על ידי המשיבים בנוגע להליכי פונדקאות בחו"ל, אך אינם רלוונטיים בנוגע להליכי הפונדקאות הקונקרטיים שביצעו העותרים. אני מצטרף לדבריה של חברתי בנקודה זו.

גם חברי השופט ג'ובראן מתייחס לטענות אלה ודוחה אותן, בקובעו כי החששות האמורים הם מוצדקים במישור העקרוני, אך הם אינם מצדיקים בדיקה שונה ביחס להורותם של בני זוג מאותו מין מפונדקאות בחו"ל בהשוואה לזוגות הטרוסקסואלים שנולד להם ילד במהלך שהותם בחו"ל. מוסיף ומציין חברי כי החשש מפני ניצול נשים במסגרת הליכי פונדקאות אינו מצדיק את הדרישה להליכי אימוץ (או "צו הורות פסיקתי") בארץ, בהם ממילא לא נבחן טיבו של הליך הפונדקאות שנערך בחו"ל אלא טובתו של הילד וכשירותו של ההורה הלא-ביולוגי לגדלו. אני מבקש להצטרף לדברי חברי בנקודה זו.

אבקש להוסיף כי לדידי טענות המשיבים בנקודה זו חרגו במידה ניכרת ממסגרת הדיון. יתר על כן, טיעוני המשיבים לפנינו יכולים היו ליצור את הרושם כי כל פנייה להליכי פונדקאות בחו"ל מקימה חשש מוחשי לניצול נשים ולסחר בילדים וכי המחסום היחידי בפני תופעות נפסדות אלה הוא הנוהל של המשיבים (שכאמור לא נכתב ולא פורסם). לא למותר לציין שלטענות אלה לא היה שום בסיס קונקרטי בעניינם של העותרים שביצעו הליכי פונדקאות מסודרים ומגובים במסמכים בארצות הברית, על פי הדין הקיים שם ותוך פיקוח של בית המשפט שם, בעוד הטענות במישור העקרוני הופנו בעיקר כנגד הליכי פונדקאות במדינות אחרות (אשר גם לגביהן לא הובאה תשתית עובדתית מבוססת דיה). כך או כך, ככל שהמשיבים אכן חוששים מניצול נשים בהליכי פונדקאות ומסחר בינלאומי בילדים, מוטב שיימנעו מטיעונים פשטניים ותחת זאת שיפעלו לעגן בנוהל ברור את הדרישות שהעלו לפנינו במסגרת כתבי טענותיהם ובמסגרת ההודעות המעדכנות; ובנוסף, מן הראוי שיקפידו שהנוהל יהיה מידתי ושיתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי (הנוהל) לבין המטרה (הגנה על נשים וילדים).

4. בטרם סיום, אבקש להתייחס להערת חברתי השופטת נאור בשולי פסק דינה, במסגרתה היא ממליצה לעותרים לפנות בכל זאת לבית המשפט לענייני משפחה על מנת לעבור הליך אימוץ או הליך של "צו הורות פסיקתי" ביחס לבן הזוג השני, וזאת על אף קביעתה המפורשת כי הדין מחייב את המשיבים לרשום במרשם האוכלוסין את בן הזוג השני כהורה של הילד מבלי שיידרש לנקוט בהליך כלשהו בבית המשפט לענייני משפחה. חברתי סבורה כי בנקיטה מבחירה בהליך כזה עשויה להיות תועלת ממשית, כיוון שיהיה בו כדי להסיר כל ספק משפטי בדבר יחסי ההורות בין בן הזוג השני (שאינו ההורה הביולוגי) לבין הילד, וגם לחסוך התדיינויות משפטיות אפשריות בעתיד (ככל שיתעוררו בעתיד סכסוכי משמורת, מזונות או ירושה וכיו"ב) בשאלת זכויותיו וחובותיו של בן הלא-ביולוגי ביחס לילד.

להערה זו של חברתי לא אוכל, בכל הכבוד, להצטרף.

אמנם, המלצתה של חברתי נאמרה בבחינת למעלה מן הצורך, ויש היגיון בצידה – כעניין עקרוני של מניעת סכסוכים פוטנציאליים מראש. יחד עם זאת, משתמע מהמלצה זו כי הרישום עצמו אינו מקנה דבר לבן הזוג השני ובהיעדר הליך משפטי א-פריורי יותר מעמדו המשפטי ביחס לילד בלתי ברור. לטעמי, ככל שבסכסוכים משפחתיים עתידיים אפשריים עסקינן – ואדגיש שגם דבריי שלי הינם במידה רבה בבחינת למעלה מן הצורך –

סבורני כי די ברישומו של בן הזוג השני כעת, בצירוף התנהגות זוגית והורית נמשכת לאורך שנים בעתיד (ומובן כי הדבר תלוי במערכת העובדתית הקונקרטית של כל מקרה ומקרה), כדי ליצור זיקת הורות משפטית בינו לבין הילד, וספק בעיניי אם יש צורך בנקיטת הליך משפטי א-פריורי בעניין זה [השוו לפסק דיני בעניין אלמוני ולדעותיהם של חברי השופטים ' עמית ו-צ' זילברטל שם]. כך או כך, מקובלת עלי קביעת חברתי כי התדיינויות מסוג זה, בין אם מדובר בהליך א-פריורי מהסוג שעליו המליצה חברתי ובין אם מדובר בהליך משפטי שמתקיים לאחר שפרץ סכסוך משפחתי, צריכות להתברר בבית המשפט לענייני משפחה שהינו הערכאה המשפטית בעלת הניסיון והמומחיות בנושאים אלו.

בהינתן האמור לעיל, אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי המשנה לנשיא

מ' נאור.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתה המפורטת של חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור, ולכל טעמיה ואבקש להוסיף שלוש הערות בשולי הדברים.

1. כמו המשנה לנשיא אף אני סבורה כי במרכז העתירה הראשונה (בג"ץ 566/11) ניצבת שאלת מעמדו בישראל של העותר 3 מכוח רישומו הראשון במרשם האוכלוסין, ומשכך חולשות עליה בראש ובראשונה הוראות חוק האזרחות, התשי"ב-1952 - ובנסיבות המקרה דנן, הוראת סעיף 4(א)(2) לחוק, לפיה האזרחות הישראלית מוענקת "מכוח לידה". בהקשר זה מקובלת עלי גישתה של חברתי, כי לשם קבלת אזרחות על-פי אותו סעיף קיים צורך בהוכחת קשר ביולוגי-גנטי בין ההורה הביולוגי הישראלי לילד שנולד מחוץ לישראל. כמו כן, דעתי כדעתה כי אין כל הכרח שהקשר ההורי הביולוגי האמור יוכח דווקא באמצעות בדיקה גנטית המבוצעת בישראל – כדרישת המשיבים – וכי יש לאפשר את הוכחתו של נתון זה בפני בית המשפט לענייני משפחה גם בדרכים מהימנות אחרות. חברתי הוסיפה וציינה (בפסקה 16 לחוות דעתה) כי אפשר ש"דיון ענייני בתצהיר הרופא המטפל שצורף לעתירה [...] היה מניח את דעתו של בית המשפט לענייני משפחה, כי קיים קשר ביולוגי בין אחד העותרים לבין הילד". אני מבקשת להצטרף לדברים אלה ולהוסיף כי לדידי אין לשלול מראש גם את האפשרות שצו ההורות שניתן ביום 27.10.2010 על-ידי בית המשפט במדינת פנסילבניה על יסוד

המסמכים שהציגו העותרים בפני אותה ערכאה וכן תעודת הלידה האמריקאית שבה מצוידים העותרים, יהוו אף הם ראיה העשויה להניח את דעתו של בית המשפט לענייני משפחה לצורך הוכחת הקשר הגנטי הדרוש, ככל שניתנו על בסיס דרישת הדין הזר לקשר כזה (לעניין האפשרות להכיר בפסק דין זר באופן אגבי ראו: סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי-חוץ, התשי"ח-1958; סיליה וסרשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי – הדין והגיונו 42-47 (1996); חגי כרמון פסקי חוץ בישראל – הכרה ואכיפה 194-201 (2011)).

2. העתירה השנייה (בג"ץ 6569/11) עניינה כזכור בדרישת המשיבים כי לצורך רישומו של ההורה הלא-ביולוגי במרשם האוכלוסין הישראלי כאביה של הילדה שנולדה לעותרים במסגרת הליך פונדקאות בחו"ל, על אותו הורה להציג צו אימוץ או, למצער, "צו הורות פסיקתי" שיינתן על-ידי בית המשפט לענייני משפחה. תמימת דעים אני עם חברתי, השופטת מ' נאור, כי הסעד המבוקש בעתירה זו עניינו בשאלה "רישומית" הכפופה להוראות חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 וכי התנייתו בהצגת צו אימוץ או צו הורות פסיקתי אין לה מקום. זאת נוכח התלם החרוש של ההלכה באשר למשמעותו של המרשם הקובעת כי המרשם מוסר נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות ואיננו השדה המתאים להכרעה בשאלות של סטטוס (ראו פסקאות 31-33 לחוות דעתה של המשנה לנשיא). יחד עם זאת, כחברתי המשנה אף אני סבורה שיהיה זה נכון וראוי בשל טעמים של טובת הילד וטעמים אחרים אותם מנתה חברתי בפסקאות 44-46 לחוות דעתה, כי מערכת הזכויות והחובות ההוריות בין ההורה הלא-ביולוגי לילד שהצטרף לתא המשפחתי של בני הזוג החד מיניים, תמצא עיגון משפטי מתאים בדרך של צו הורות פסיקתי. חברי השופט י' דנציגר מציין כי מערכת חובות וזכויות כאמור אינה מותנית בהכרח בצו כזה והיא עשויה לקום גם מקום שבו בנוסף לרישום מתקיימת "התנהגות זוגית והורית נמשכת לאורך שנים בעתיד". חברי אף מפנה בהקשר זה לפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (29.8.2013) (להלן: עניין אלמוני).

מודל ההתחייבות החוזית אשר שימש בעניין אלמוני בסיס לחיובו של המבקש שם בתשלום מזונותיהן של שתי קטינות (אותן אימצה בת זוגו בחו"ל בעת שחיו כידועים בציבור), אף שהוא אינו אביהן הביולוגי או אביהן המאמץ, עשוי אכן להלום גם מקרים כגון זה שבפנינו לצורך תשלום מזונות אם חלילה יפורק התא המשפחתי ובני הזוג יפרדו. יחד עם זאת, מערך הזכויות והחובות ההוריות תוך כדי החיים המשותפים וגם במקרים של פרידה או מוות של מי מבני הזוג הינו מורכב יותר, ומצריך

התייחסות אשר נראה כי המודל החוזי האמור לא יוכל ליתן לו מענה כולל. על כן, ההלכה המבורכת שנפסקה בעניין אלמוני אינה מייתרת בעיני את הצורך בקבלת צו הורות פסיקתי אליו התייחסה חברתי המשנה לנשיא בחוות דעתה, גם אם קבלתו של צו כזה אינו תנאי לרישום שהתבקש.

3. לבסוף, אבקש לציין כי בניגוד לעמדתו של חברי השופט ס' ג'ובראן, אינני סבורה כי הוכח בפנינו שהנוהל - אשר שניים מן ההסדרים הכלולים בו נדונו בעתירות דנן - משקף מדיניות שיש בה משום "הפליה תוצאתית" של בני זוג מאותו המין. המשיבים הבהירו כי הדרישה להצגת תוצאות בדיקה גנטית הקושרת בין ההורה הביוולוגי לילדו וכן הדרישה להציג צו אימוץ לצורך רישומו של ההורה הלא-ביוולוגי, מופנות באופן שווה לזוגות הטרוסקסואלים ולזוגות בני אותו המין המקיימים הליך פונדקאות בחו"ל. ואולם, חברי סבור כי טענה זו מתעלמת מן העובדה כי "הקבוצה המרכזית" עליה חלים הסדרי פונדקאות חו"ל הם בני זוג בני אותו המין (פסקה 3 לחוות דעתו). אכן, כפי שמציין חברי, בני זוג מאותו המין המבקשים להפוך להורים ונוקטים במסלול של פונדקאות נאלצים כיום - בשל המגבלות הקבועות בחוק הפונדקאות הישראלי (חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996) - לבצע הליך זה מחוץ לתחומי המדינה ואילו בני זוג הטרוסקסואלים היכולים לנקוט במסלול של פונדקאות גם בישראל עושים זאת בחו"ל מתוך בחירה. אולם, בניגוד לדברי חברי השופט ס' ג'ובראן לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית המלמדת כי הקבוצה המרכזית שעליה חלים בפועל הסדרי פונדקאות מחוץ לישראל הם בני זוג מאותו המין (השוו: בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 307 (2006); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, סא(1) 1, 33-34 (2008)). מסקנה כזו אף אינה עולה מדו"ח ועדת מור יוסף, שם צוין בסעיף 8.1 כי:

"כאמור, לצד הפונדקאות בישראל על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, התפתחה בשנים האחרונות תופעה של ישראלים הנוסעים לחו"ל על מנת להביא לעולם ילד באמצעות פונדקאית תושבת מדינה זרה. מדובר בתופעה הולכת ומתגברת: בשנת 2005 היה ידוע על מקרה יחיד, בשנת 2011 היו עשרות בקשות להכרה בהליך פונדקאות שנעשה מחוץ לישראל, והנתונים לשנת 2012 מצביעים על עלייה נוספת במספר הבקשות. הישראלים הראשונים שפנו לדרך זו היו זוגות הומוסקסואליים שנבצר מהם להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים בישראל ואולם, היא התרחבה לכלל האוכלוסייה וכיום יש גם זוגות נשואים היכולים, עקרונית, לפנות לוועדת האישורים אך המעדיפים לפנות לחו"ל מסיבות

שונות, כגון סיבות כלכליות, רצון להאיץ תהליכים, להפחית את ה"בירוקרטיה" הכרוכה בהליך בישראל, להימנע מהצורך לקבל את אישורה של ועדת האישורים, ולהפחית את הקשר בינם לבין הפונדקאית, ויתכן שגם בשל המחסור בנשים המוכנות והמתאימות להיות אם נושאת בישראל" (ההדגשה הוספה).

זאת ועוד - גם אם השפעתם של הסדרי פונדקאות חו"ל היא רבה יותר על זוגות בני אותו מין, נוכח העדר אלטרנטיבה חוקית המאפשרת להם לבצע את הליך הפונדקאות בישראל וגם אם יש בכך משום הפליה, היא אינה נעוצה בנוהל העומד לדיון בעתירות דנן אלא בהוראות חוק הפונדקאות הישראלי וכפי שציינה בצדק חברתי המשנה לנשיא, סוגיה זו (שנבחנה על-ידי ועדת מור יוסף ונכללה בין המלצותיה) לא הועמדה לפתחנו בעתירות אלה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. אפתח ואומר, כי מסכים אני לתוצאה שאליה הגיעה חברתי המשנה לנשיא מ' נאור בפסק דינה המקיף בענין בג"ץ 566/11 ועם הנמקתה שם; חוששני שחלוק אני על התוצאה בבג"ץ 6569/11. העתירות שבפנינו מבקשות לעשות צעד נוסף במה שמכנים בציבור "המשפחה החדשה", קרי, יחידות משפחתיות שלא שערון אבותינו, שנוצרו עקב השתנויות חברתיות מפליגות, תבניות שונות מכל שידענו. המחוקק אינו ממהר – ואולי אינו מסוגל למהר – ליתן את דעתו ואת עמדתו לסוגיות המורכבות שמעוררות יחידות אלה, במקרה שלפנינו זוגות גברים חד-מיניים שהביאו לעולם ילד מזרעו של אחד מהם באמצעות תרומת ביציות מפונדקאית, ועל כן נדונים ענייניהם ומוכרעים בהחלטות שיפוטיות. לפנינו אנשים חיים שזכויותיהם וצרכיהם מוטלים בכף, ולעתים אין פנאי להמתין יתר על המידה למחוקק. בנסיבות כאלה נאלץ בית המשפט, בזהירות רבה שלא מבחירתו כמובן, לישוב על המדוכה, ב"חקיקה שיפוטית", וזאת במסגרת החוקית הקיימת אך תוך פרשנות מרחיבה. חברתי המשנה לנשיא נוהגת לשנן תדיר כי "הדין נגזר מן העובדות" – אך מה כאשר העובדות אינן באות בגדרי דין מוכר? במקרים כאלה נגזרת פרשנות הדין מן העובדות שהכרח לתת להן מענה. אך במה דברים אמורים, מקום שהעובדות ברורות, ושלפרשנות תכלית שיש בה להועיל ולעשות

צדק, ואכן המענה חיוני, כגון כשבטובתו של קטין עסקינן. מקום שאין אלה מתקיימים, מתחייב לדעתי משנה זהירות בכפליים בחדשנות הפרשנית.

ב. הסוגיות הכרוכות במשפחות חד-מיניות באות לידי ביטוי מדי פעם בזויות שונות, שביט משפט זה נתן אליהן את דעתו. אל הסוגיה שבבג"ץ 566/11 השקפתי, כפי שאציין בתמצית, במשקפי לשון החוק ופרשנותו התכליתית; אל הסוגיה שבבג"ץ 6569/11 השקפתי במשקפי פסיקתו של בית משפט זה בסוגיות קרובות. אל שתיהן התבוננתי במשקפי זכויותיהם של העותרים כבני אדם, אך עוד יותר מזה, במשקפי טובתם של הקטינים בהם מדובר והצורך לסייע להם ולתקינות חייהם. אבל לא נשכח ממני, כי עסקינן בנושאים שיש בהם גם "סדר ממלכתי", ולא איש הישר בעיניו יעשה, וגם הממשל רשאי לצפות, אף בגדרי הסדרה שיפוטית, כי עקרונות ליברליים של זכויות יתורגמו ללשון המעשה באופן סדור ומושכל בפרשנות הדין.

ג. אציין כאן, כי לארה"ב, הארץ שבה נולדו הקטינים שבבג"ץ 566/11 ו- Perri Koll, "The use of the Intent Doctrine to Expand the Right of Intended Homosexual Male Parents in Surrogacy Custody Disputes", 18 Cardozo J.L. & Gender, 199, 206 (2011). נכון למארס 2012, קיבלו ככל הנראה 11 מדינות מתוך 50 מדינות ארה"ב חוקים שאיפשרו הסכמי פונדקאות; שתי מדינות אישרו זאת באמצעות בתי המשפט, שש מדינות אסרו הסכמי פונדקאות ו-32 מדינות לא פתרו את הבעיה; אשר להסכמי פונדקאות לזוגות חד-מיניים, התמונה מנומרת, ויש בהן מן המדינות בארה"ב המתירות זאת ויש שלא. אכן, לא נמצאה פסיקה רבה בה מושם דגש בנושאי היחסים הגנטיים.

ד. בנידון דידן, לטעמי ראוי משרד הבריאות לשבח שהקים את ועדת הפרופ' שלמה מור-יוסף, לטיפול בדינמיות בתחום הפרייון לרבות בנושא הפונדקאות. ככלל סבורני כי משהוקמה ועדה מקצועית-ציבורית כזאת בהשתתפות רב-תחומית, ראוי למערכת הממשל ללכת בעקבות המלצותיה, ודומה שהקמתו של צוות יישום מצביעה על כיוון זה; יש לקוות כי גם המחוקק יתן דעתו ויטה אוזנו.

בג"ץ 566/11

ה. אשר לבג"ץ 566/11, עלינו להידרש לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, וללשונו כפשוטה. סעיף 4(א)(2) מעניק אזרחות מכוח לידה (ככותרת סעיף 4) ל"מי שנולד מחוץ

לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראלים". אזרחות אינה ענין של מה בכך, היא מעמד רב חשיבות המקנה זכויות ומטיל חובות, וכל מדינה מתקנת מקפידה לגביה. באשר למלים "כשאביו או אמו היו אזרחים ישראלים", כיצד יוכח בכל מקרה שהמדובר ב"אביו" של הילוד? אינני יכול לקרוא תיבות אלה אלא כחברתי, קרי, הורות ביולוגית. אחד ההורים צריך שיהא אב ביולוגי, הכל כפי שציינה חברתי בפסקה 14. זהו פשוטו של מקרא, ונוכח חשיבות הנושא, מעמד האזרחות, גם פירושו התכליתי נכון.

ו. בהיות הבדיקה הגנטית אמצעי בטוח, ונוכח העלות שאינה גבוהה ביותר, מבלי להקל בה ראש, ובודאי ביחסה לעלות הכוללת שבני הזוג בהם מדובר נושאים בה בניהול דידן, והיעדר סבל, יגע או אי נוחות של ממש בעצם עריכת הבדיקה – הדעת נותנת כי זו דרך המלך, ואי שימוש בה פליאה בעיניי. כפי שכתבה חברתי המשנה לנשיא, לבית המשפט לענייני משפחה שיקול דעת לעניין דרכים חלופיות, אך אוסיף כי השכל הישר הוא יועץ נפלא גם לעניין זה וגם לבית המשפט; ולטעמי תהא הימנעות מבדיקה גנטית החריג, גם אם אין העמידה עליה חזות הכל בעידננו הדינמי (ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (5.2.13), פסקאות מ"ג-מ"ה לחוות דעתי). לעניין השאלות הכרוכות בהורות שאינה ביולוגית-גנטית נשתברו ועוד ישתברו קולמוסים רבים, גם בהקשר ההלכתי; ראו עמ"ש (ת"א) 4381-11-12 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פסקה 48 לחוות דעתו של סגן הנשיאה שנלר, המתייחס גם לחוות דעתו של מרכז ישמ"ע (יישומי משפט עברי במכללת נתניה), שם לעניין "אם תורמת" מול "אם נושאת"; וראו גם ד"ר ר' זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", דין ודברים ב', 223; ד"ר י' מרגלית "על קביעת הורות בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה", דין ודברים ו' 553.

בג"ץ 6569/11

ז. אשר לבג"ץ 6569/11, כאמור דעתי שונה משל חברתי המשנה לנשיא. ראשית עלי לשוב ולהטעים את כברת הדרך שהלכה המדינה בנושא רישומו של בן הזוג שאינו ההורה הביולוגי, נושא המשותף לשתי העתירות, על-ידי נכונות ל"צו הורות פסיקתי", שאינה מילתא זוטרתא. לטעמי, זו דרך ראויה, ונושא התסקיר שעליו נשפכו מלים רבות בעל פה ובכתב, בעיניי כל כולו שאלה של רצון טוב ויעילות, וניתן הן לתזמן את ראשיתו למועד מוקדם והן להחישו במקרה הצורך. יהא כלל זה נקוט בידינו, וכמובן בידי גורמי המדינה: שלוחי המדינה הם משרתי הציבור. ככל שבידם להקל על גורם

בציבור הזקוק להחלטתם ולהחיש קבלת החלטה ראויה בעניינו, הנה מה טוב ומה נעים, וכך יאה. משהגענו עד הלום, לצו ההורות הפסיקתי, שאלות מינהליות אינן יכולות ואינן צריכות לעמוד למכשול. כפי שציינה המשנה לנשיא, מסכימה המדינה, כי ההליכים הנוגעים לצו ההורות הפסיקתי יחלו עוד לפני לידת הילד. יתר על כן, ישנה נכונות כי עד למתן הצו יוכל ההורה הלא-ביולוגי להתמנות כאפוטרופוס לקטין. לדעתי, בנתון לאלה, התנאים שעומדת עליהם המדינה (פסקה 24 לחוות דעת המשנה לנשיא) הם הגיוניים, למעט אורך תקופת התסקיר. עד כאן שותף אני איפוא לדברי חברתי בפסקה 36; שותף אני גם לקריאתה לעריכת נוהל מסודר (פסקה 39) ולצורך להקל על המבקשים לממש אבהות או אמהות; "לא-ת'הו בראה לשבת יצרה" (ישעיהו, מ"ה, י"ח) נאמר על עולמנו, ואפשר להשוות את משאלת ההורות של בני כל המינים, לזעקת העקרות (ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות הנזכר, פסקאות כ"ה-כ"ט; וכדברי רחל האם המקראית "הבה לי בנים, ואם-אין מתה אנכי" (בראשית ל' א'), או חנה שהתפללה "אם-ראה תראה בעני אמתך וזכרתי ולא תשכח ונתת לאמתך זרע אנשים" (שמואל א' א', י"א). וכמאמר התלמוד הבבלי (ברכות, ל"א, ב'), שאמרה חנה לפני הקדוש ברוך הוא "רבונו של עולם, מכל צבאי צבאות שבראת בעולמך קשה בעיניך שתתן לי בן אחד?". וקולה של המשוררת רחל "בן לו היה לי, ילד קטן...". (בשיר עקרה).

ח. ואולם, מכאן נחלקת דעתי על דעת חברתי, והדברים יפה כוחם הן עקרונית והן במקרה דנא. הצעת חברתי ממשיכה, בכל הכבוד, בשיטה הותיקה הננקטת בבית משפט זה ולטעמי מיצתה עצמה, המבחינה בין המרשם לשאלות מהות; היא הזכירה (פסקה 31) עיקרי פסיקה זו, שראשיתה בבג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד נז 225 (1963), ושחגיגות היובל לה בעיצומן. בית משפט זה בפסק-דין זה והבאים בעקבותיו התאמץ שלא להיכנס לשאלות משפטיות כבודות בנושאים רגישים, על ידי הקביעה כי המרשם אינו אלא מאגר סטטיסטי (ראו בשנים האחרונות בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד סא(3) 537, 564-565 בעמדת הנשיא ברק (2006)). באותו ענין נותרתי במיעוט מזהיר, וציינתי כך (פסקה ט) בעמ' 575:

"כך או אחרת, הלכת פונק-שלזינגר קיבעה לכאורה בתודעה ה"משפטנית" את הרעיון כי מרשם האוכלוסין הוא אך כלי סטטיסטי. אשוב ואומר כי לא היא; מרשם האוכלוסין הוא "שער הכניסה" למציאות משפטית ישראלית. אל מול בני זוג המציגים תעודה ישראלית שבה רשומים הם כנשואים, אין האדם מן היישוב יודע לדקדק עד דק ולהבחין הבחנות עדינות האם מדובר

ברישום גרידא או בהכרה בסטטוס. אך לא רק האדם מן היישוב".

הבאתי שם, ברוח זו, דברים מפי גדולי משפט, ובהם הנשיאים אגרנט ולנדוי, המשנה לנשיא אֶלון והשופטים טל ואנגלד, שסברו כי ערכו של המרשם רחוק מלהיות טכני בלבד, והויכוח הציבורי והפרלמנטרי הוא הוא ראייה לכך. וסיכמתי דבריי (עמ' 577-578):

" נמצא אפוא כי המרשם אינו סטטיסטיקה גרידא, ולו השלכות פרקטיות וחברתיות בעיני הציבור, הרשויות והמתוקק. דומה כי בעשורים האחרונים מהוה המרשם בהקשר המשפטי בעיקר שדה קרב, זירת מאבק על סמלים. בכך עסקו העתירות שנזכרו מעלה, ובכך עוסקת העתירה שלפנינו. האם הכרעה - בפועל - בסמלים היא מלאכתו של בית המשפט? והאם דבר זה ראוי שייעשה אגב אורחא, בחלון של מרשם האוכלוסין תוך הרחבתה הנמשכת של הלכת פונק-שלזינגר?".

ער אני גם לכך שבית משפט זה חזר על גישתו הותיקה גם בבג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (2011). והנה נקריט לפנינו שוב פרשה של מרשם, שעצם המאבק עליו מצביע כי עסקינן בסמל.

ט. חברתי עצמה התלבטה אם אין הנושא ראוי לבוא לפני בית המשפט לענייני משפחה, להליך של צו הורות פסיקתי שעניינו מעמד, מי שסבור כמוני, כי הרישום בעיני אדם מן היישוב הוא מהותי – ואם נשאל אדם מן היישוב ברחובה של עיר, היש בעיניו הבחנה בין רישום לבין מעמד ההורות גופה, אין לי ספק בתשובה – יתמוך באשר ציינה חברתי בפסקה 43, קרי, כי דומה שתהא תועלת ממשית לקטינה בהכרעה משפטית מחייבת בענין מעמדו כלפי מי שאינו הורה ביולוגי. לכך אשוב מיד, אך אטעים בהקשר זה כי השאלה שאנו דנים בה בהרכב מורחב רחבה יותר מאשר המקרה הספציפי. נזכור כפי שכתבה חברתי (פסקה 40), אין מדובר בהפליה על נטיה מינית, מקום שדרישות המדינה לגבי פונדקאות חו"ל תקפות לגבי כל הליך פונדקאות.

י. האם ברישומו של ההורה הלא-ביולוגי כאביה של הקטינה, אם פעלו הוא רישום בלבד על פי תעודות מחו"ל, אין עלולה להיוצר טעות, ולעתים אף הטעיה (וכמובן אין חברתי המשנה לנשיא רוצה בכך חלילה), כשלא הובהרו זיקות הילדה עצמה להורה הלא-ביולוגי במישור המשפטי? זאת, לא כל שכן מקום שדרך המלך פתוחה בבית המשפט לענייני משפחה. בקביעה בבית המשפט לענייני משפחה תושג קביעה שלמה

וראויה, שגם חברתי מעוניינת בה – בעוד אשר התוצאה המושגת בלא זאת היא מעין עוגה לא אפויה כראוי. לטעמי, פסק הדין בעניין בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (29.8.13), שאליו התייחסה חברתי השופטת חיות, אך מחזק את דעתי.

יא. כאמור, שותף אני לדברי חברתי המשנה לנשיא, וכן לדברי השופטת ארבל והשופט ג'ובראן לענין הצורך להקל, לקצץ בבירוקרטיה, לקצר לוחות זמנים, ובקיצור – לפעול באנושיות, בחינת "דעלך סני לחברך לא תעביד", מה שעליך שנוא לחברך אל תעשה, כדברי התנא הלל (בבלי שבת, ל"א, א'). אך כשלעצמי, דווקא כיון שסבורני כי הכרה במרשם בלבד עלולה להטעות, ומנגד הליך צו הורות פסיקתי מזורז שהמשיבים מוכנים לו הוא דרך המלך – אילו דעתי נשמעה לא היינו נעתרים לעתירות גם בענין זה ומפנים לאותה דרך מלך, כחובה. זו בעיני טובתה האמיתית של הקטינה, גם במבט לעתיד, והיא כמובן עיקר העיקרים, ראשית ואחרית.

יב. אחר הדברים האלה קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי השופט מלצר והיא מקובלת עלי.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצרף את קולי לתוצאה המוצעת ע"י חברתי, המשנה לנשיא מ' נאור, בפסק דינה המקיף והמדוד בענין בג"צ 566/11 וכן לעיקרי הנמקתה שם. יחד עם זאת מוצא אני עצמי, לצערי, חלוק עליה במה שמוצע על-ידה ב-בג"צ 6569/11 ובהקשר לעתירה זו שותף אני לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט א' רובינשטיין. לגישתי רישומו של הורה לא ביולוגי במרשם האוכלוסין הישראלי כאב של ילד/ה שנולד/ה במסגרת הליך פונדקאות שהתאשר בחו"ל – מכוח פסק-דין שהוצא שם ואשר הכריז עליו כהורה ללא ציון סוג ההורות (ביולוגי או משפטי), או בעקבות תעודת לידה שהונפקה בחו"ל, בעקבות פסק הדין הזר האמור – טעון הכרה מוקדמת בישראל באמצעות פסק דין של בית המשפט לענייני משפחה (אגב קביעת תנאים להכרה בארץ), או בהוצאת "צו הורות פסיקתי" ישראלי. לגבי החלופה האחרונה – חברתי המשנה לנשיא סבורה כי נקיטה בדרך זו היא נכונה וראויה, אך אין בה חובה, ואילו אני, כמו חברי השופט א' רובינשטיין, מחזיק בדעה שמבלי לצעוד בדרך זו, או בהשגת הכרה כאמור בבית המשפט לענייני משפחה לפסק הדין הזר – לא ניתן להיענות למבוקש בעתירה שבבג"צ

6569/11 ויש לפיכך לדחותה (בכפוף לאפשרות לנקוט באחד משני ההליכים החלופיים הנ"ל). עתה אנמק את מסקנותי אלה.

2. מקובלת עלי פרשנותה של חברתי המשנה לנשיא, כי לצורך רכישת מעמד של אזרחות ישראלית מכוח לידה על פי סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן- חוק האזרחות), יש לקרוא את התיבה המזכה:

"מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו, או אמו היו אזרחים
ישראלים..."

כך שהיא מוסבת על אב, או אם ביולוגיים בלבד. שני טעמים עיקריים מזכירה חברתי בהקשר זה (ואני מסכים עמה לחלוטין גם בנקודה זו):

(א) חשיבות המעמד המוקנה.

(ב) הצורך להתחשב בעובדה שהוראות חוק האזרחות מכירות ב"הורות משפטית" רק בנסיבות של אימוץ ומסדירות באופן מפורט באילו נסיבות הורות מכוח אימוץ – מזכה קטין מאומץ באזרחות ישראלית (ראו: סעיף 4'ב' לחוק האזרחות).

בשים לב לאמור לעיל מסקנתה היא שלעניין הענקת המעמד לקטין – אין די בפסק דין זר, או בתעודת לידה זרה המצהירים באופן כללי על הורות, אף שהם בגדר "תעודות ציבוריות", כמשמען בפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971. לפיכך נדרשות, לשיטתה, ראיות נוספות (בדיקת רקמות, או אמצעי הוכחה אחרים) על מנת לבסס את הקשר הביולוגי-הגנטי המתחייב (זה המקום לציין כי אף בקנדה הגיעו לתוצאה דומה המחייבת בדיקת רקמות בענייני אזרחות. עיינו: *Azziz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2010 F.C.J. 767). גישה זו מוצדקת בעיני אף עניינית כי המשיבים מסרו לנו שמאז שנת 2009 נודע על ארבעה ילדים שנולדו כתוצאה מהליכי פונדקאות בחו"ל והתברר – בסופו של יום, לאחר לידתם וביצוע בדיקה גנטית בישראל, כי הם אינם ילדיהם הביולוגיים של ההורים המזמינים.

תפיסתה הנ"ל של המשנה לנשיא יש לה עיגון ראוי בדין, בפסיקה ובכללי מינהל תקינים והיא קנתה לה אף שביתה בהקשרים קרובים אחרים (למשל לעניין חוק השבות, תש"י-1950), שבגדרם – לפסקי-דין זרים ולתעודות נוכריות ניתן רק משקל כ"ראיות מינהליות" (ראו: בג"צ 3615/98 נימושין נ' משרד הפנים, פ"ד נ"ד (5), 780 (2000); בג"צ 708/06 גורסקי נ' משרד הפנים (23.9.2007); בג"צ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים (4.11.2009)).

נוכח כל האמור לעיל התוצאה המוצעת על ידי המשנה-לנשיא בבג"צ 566/11 – מוצדקת בעיני.

3. עם זאת לשיטתי דין דומה, בשינויים המחויבים, צריך לחול גם על הדרישה לרשום במישרין הורות במרשם האוכלוסין (להלן גם: המרשם) מכוח פסק-דין זר, או תעודת לידה זרה (ככל שאלה קבעו הורות בלבד, ללא ציון סוגה), והדברים אמורים במצב שבו המבקש את הרישום דורש שלא יצוין במרשם, או בכל מקום אחר – מי מההורים הוא "אב ביולוגי" ומי הוא "הורה משפטי".

דומני ששני הטעמים העיקריים, שעליהם ביססה חברתי, המשנה לנשיא, את עמדתה בסוגיה הקודמת – יפים אף לכאן. אסביר את הדברים כסדרם מיד בסמוך.

4. יש חשיבות רבה לאבחנה בין "הורה ביולוגי" לבין "הורה משפטי" בתחומים רבים: במשפט, בחיים הריאליים היום-יומיים ובמיוחד לעניין ישום העיקרון של: "טובת הילד". חשיבות זו איננה נופלת מהחשיבות שבהקניית מעמד של אזרחות ישראלית לילוד (שעליה ביססה, בין השאר, כאמור, חברתי המשנה לנשיא את עמדתה בהקשר ל-בג"צ 566/11), שכן היא יכולה להשפיע מהותית על מעמדו של הילד בהיבטים שונים ומגוונים. יתר על כן על פי סעיפים 2(א) (2) וסעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם) – הרישום במרשם של ההורים ושמותיהם מהווה ראיה לכאורה לנכונות פרטי רישום אלה. לגבי פרטים מסוג זה הרישום איננו איפוא סטטיסטי בלבד, אלא "יש בו ברישום שבמרשם כיום משהו מן המהות" (בג"צ 6539/03 גולדן נ' מדינת ישראל, משרד הפנים, פ"ד נט (3), 385, 394 (2004)). בכך שונה עניין זה מרישומי: הלאום, הדת, המצב האישי (רווק, נשוי, גרוש או אלמן) ושם בן הזוג, שנאספים ונאגרים, על פי קביעות הפסיקה, בעיקר לצרכים סטטיסטיים. ראו: בג"צ 143/62 פוזק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד י"ז 225 (1963); דעת הרוב ב-בג"צ 3045/05 יוסי בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד ס"א (3), 537 (2006).

נוכח מהותיות רבת-פנים זו של רישום ההורות – המחוקק הישראלי (ואף הפסיקה) – כל אימת שטיפלו ב"הורות משפטית" ראו לנכון להסדיר סוגיות שונות הכרוכות בה (כולן, או חלקן) במישורי: הבריאות (התמונה הגנטית הנדרשת ולו לצורך איתור מחלות וריפויין), דיני משפחה (לרבות חובת מזונות) וירושה, דיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין, ניהול מרשם (ממנו ניתן לדלות, בעת הצורך, פרטים רלבנטיים), דיני סודיות, גילוי ופרסום ועוד. ראו:

חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), במיוחד סעיף 16 שם; חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים לנשיאת עוברים) ובמידה סעיפים 12 ו-16 שם. חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010 ובמידה פרקים ה' ו-ו' שם; חוק מידע גנטי, תשס"א-2000 ובמידה פרק י' שם.

גם במשפט המשווה ניתן למצוא גישה מקבילה ביחס לחשיבות רישום ההורות במרשם. ראו בקנדה: 1 [2003] Trociuk v. British Columbia (Attorney General), S.C.R. 835, 2003 SCC 34, שם בית המשפט העליון הקנדי פסק, בין היתר, כך (בפיסקה 16 לפסק הדין):

"Including one's particulars on a birth registration is an important means of participating in the life of a child. A birth registration is not only an instrument of prompt recording. It evidences the biological ties between parent and child, and including one's particulars on the registration is a means of affirming these ties. Such ties do not exhaustively define the parent-child relationship. However, they are a significant feature of that relationship for many in our society, and affirming them is a significant means by which some parents participate in a child's life"

ואכן אף "בחיים הריאליים" – הילד (ולמים – מי שהפך לבגיר) מתעניין לא-פעם לדעת מיהם הוריו הביולוגיים והאם ההורים היו "טבעיים", או "משפטיים". החוק בישראל הקנה זכות זו לדעת – למי שהפך לבגיר, דהיינו בעת הגיעו לגיל 18 – ראו: סעיף 30 (ב) לחוק האימוץ; סעיף 16 לחוק לנשיאת עוברים. לצורך זה הוקמו גם מרשמים שונים מתאימים, והנה כאן – אם תירשם הורות "כללית" במרשם האוכלוסין, כמבוקש על ידי העותרים, ללא ציון במרשם כלשהו (אפילו כזה שאיננו מרשם האוכלוסין) מיהו "ההורה הביולוגי" ומיהו ה"הורה המשפטי" – לא יוכל אף אדם גם בעתיד לקבל מידע חיוני זה (ללא שיתוף פעולה של אותם הורים, אשר כדוגמת העותרים מודיעים – בשלב זה לפחות – כי אינם מעוניינים לגלות לילדתם מי הוא מי). התנהלות שכזו סותרת את "עקרון טובת הילד", ואת "תקנת הציבור", כפי שהמחוקק הישראלי רואה אותם בכל הקשור ב"הורות משפטית" (זאת ללא קשר מגדרי) – ולפיכך, לגישתי, אין לקבוע כך אף בדרך של פסיקה. זו אף הסיבה שאין אני סבור שראוי להתיר "בדיקה עיוורת", כמתווה הבא בחשבון על פי פסקה 21 לחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא (וזה הסתייגותי היחידה מעמדתה בבג"ץ 566/11 ביחס לבדיקת הרקמות המוצעת).

זה המקום להוסיף כי במספר מדינות בעולם, בהן נהגו לאפשר את עמעום את מקור ההורות ולא לגלות מיהו ה"הורה הביולוגי" ומיהו זה ה"משפטי", התעוררו קשיים בלתי מבוטלים ולכן עתה גם בבריטניה, למשל, בסעיף 13 (6C) ל-Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (כפי שתוקן ב Human Fertilisation and Embryology Act 2008) – הובטח עניין הגילוי של מקור ההורות וסוגו – לילד, זאת בזמן ובנסיבות מתאימות. לגישה זו אף הד וביטוי בסעיף 7 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד (1989).

עיינו בדעות שונות בהקשר לצורך לגלות את מקור ההורות:

Julie Wallbank, "The Role of Rights and Utility in Instituting a Child's Right to Margaret Know Her Genetic History" 13 SOC. & LEGAL STUD. 245 (2004)
Somerville, *Gay rights, children's rights* NATIONAL POST (July 14 2005), available at: http://www.canadiancrc.com/newspaper_articles/Nat_Post_gay_rights_Susan_B_Boyd_Gendering_childrens_right_Margaret_Somerville_14JUL05.aspx
Petra Nordqvist, *Legal Parenthood: Bio-Genetic Ties, Intentionality and Responsibility*, in WINDSOR YEARBOOK OF ACCESS TO JUSTICE p.1 (2007)
Petra Nordqvist, *Out Of Sight, Out of Mind: Family Resemblances in Lesbian Donor Conception* 44 SOCIOLOGY, 1128 (2010), available at: <http://www.sagepub.com/content/44/6/1128>
Petra Nordqvist, *Relative Strangers* (Research Project funded by the Economic and Social Research Council, available at: <http://www.manchester.ac.uk/morgancentre/research/relative-strangers>, מאיר שמגר, סוגיות בנושאי הפרייה ולידה, הפרקליט ל"ט, חוברת א, 21 (תש"ן-1990); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מ"ב 835 (תשע"ב); (הצגה סטירית של אי-הגילוי הובאה בקומדיה הקולנועית הקנדית: סטארבק תורם סדרתי).

5. כמו שהוראות חוק האזרחות מכירות ב"הורות משפטית" רק בנסיבות של אימוץ (שזהו הטעם השני לעמדתה של חברתי, המשנה לנשיא, ב-בג"צ 566/11), כך אף הוראות חוק המרשם (שם בסעיפים 20 ו-20א) מסדירות בצורה בלעדית וממצה רישום של "הורות משפטית" – מכח אימוץ ומכח חוק הסכמים לנשיאת עוברים. מכאן ניתן ללמוד, לשיטתי, "הסדר שלילי" לגבי רישום אוטומטי של "הורות משפטית" מהסוג המבוקש ע"י העותרים בבג"צ 6569/11, דהיינו שאין לעשות כן ללא הכרה בפסק הזר, או בתעודת הלידה הזרה ע"י בית המשפט לענייני משפחה, תוך התאמתם לשיטתנו

המשפטית (על דרך של הכרה בתנאים), או בעקבות השגת "צו הורות שיפוטי" בישראל.

תוצאה זו מתבקשת גם מהוראות סעיף 22 לחוק המרשם (שכוונה אמנם במקורה לנושאים אחרים ואולם היא "מכילה" גם את הסיטואציה שלפנינו). זו קובעת כדלקמן:

"22. לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאשה שהיתה נשואה לאדם זולתו בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך."

עניין אחרון זה מביא אותי לדיון בשאלת ההכרה בתעודות הציבוריות הזרות בנסיבות שלפנינו.

6. חברתי, המשנה לנשיא, סבורה כי על פקיד המרשם לפעול במקרה זה על בסיס האמור בתעודת הציבורית הזרה (פסק הדין שניתן בארה"ב, או תעודת הלידה שהוצאה שם בעקבותיו) נוכח הוראות: סעיף 19א (המורה כך: "בסעיפים 19ב עד 19ה, 'תעודת ציבורית' – כמשמעה בפקודת העדות") וסעיף 19ב(א) לחוק המרשם (המורה כך: "פרט רישום של תושב הנרשם לראשונה יירשם על פי תעודת ציבורית שהוצגה לפקיד הרישום, ובאין תעודת כזאת – על פי הודעה שנמסרה לפי הסעיפים 5 עד 14 לחוק"), דהיינו בשים לב להגדרה של "תעודת ציבורית" בפקודת הראיות. לגישתה: "הגדרה זו ל'תעודת ציבורית' היא רחבה למדי והמסמכים שהציגו העותרים – הן תעודת לידה רשמית שהונפקה בבית חולים בארצות הברית והן צו מבית-משפט בפנסילבניה – באים בגדריה".

אני גורס כי הוראת סעיף 19ב(א) לחוק המרשם הנ"ל חלה רק מקום שהרישום אפשרי במישרין על פי הוראות מפורשות של חוק המרשם. זהו, למשל, הדין עם הודעה על לידה, או פטירה בישראל (ראו: סעיפים 6, 7 ו-8 לחוק המרשם. עיינו גם: סעיף 15 לחוק המרשם). במה שנוגע לפסק דין זר – אין אפשרות לקליטה "אוטומטית" שלו, שהרי פסק דין ככזה איננו יכול להוות ראיה לאמיתות האמור בו, אלא רק לעובדה ש"כך נאמר בו", זאת משום שממצאיו הם עדות שמיעה, ואילו קביעותיו מהוות עדות סברה (ראו: יעקב קדמי, על הראיות, חלק שני 648 (2009); זה המקום לציין כי במקרה שלפנינו – פסק ההורות הזר ניתן עוד טרם הלידה). לפיכך היה צורך בחוק המרשם בהחרגה מפורשת ביחס לרישום של אימוץ שנעשה בחו"ל ואושר בפסק דין זר שם. עניין זה מוסדר בסעיף 13 לחוק המרשם, המורה כדלקמן:

”תושב שאימץ ילד בחוץ-לארץ חייב למסור לפקיד רישום תוך שלושים יום הודעה על פרטי הרישום של הילד ולהמציא לפקיד הרישום את האסמכתה לאימוץ; הוא הדין אם בוטל אימוץ של ילד בחוץ לארץ.” (ההדגשה שלי – ח”מ).

ראו בהקשר זה: דעת הרוב ב-בג”צ 1779/99 ניקול ברנר קדיש נ’ שר הפנים, פ”ד נ”ד (2), 368 (2000); דנג”צ 4252/00 שר הפנים נ’ ניקול ברנר קדיש (2.3.2008). לביקורת על דעת הרוב בפסק הדין ב-בג”צ 1779/99 הנ”ל – עיינו: מנשה שאוה “רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק שלזינגר ובתיחום גבולותיה” קרית המשפט א 103 (2001); מנשה שאוה “הכרה ישירה של פסק-זר בישראל והכללים החלים עליה” קרית המשפט ב 35 (2002) (להלן: שאוה, הכרה ישירה של פסק-זר בישראל); לביקורת האמורה ניתנה תשובה, בהתבסס על סעיף 13 לחוק המדרש הנ”ל – ראו: מיכאל קורניאלדי דיני אישות, משפחה וירושה – בין דת למדינה (מגמות חדשות), עמ’ 24 ב-ה”ש 29 (2004); לסוגיה זו בכללותה עיינו גם: TALIA EINHORN, PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN ISRAEL 284-286 (2nd ed, 2012) (להלן – EINHORN).

זה המקום להוסיף ולהעיר כי בנסיבות מיוחדות אפילו ביחס לפסק אימוץ זר ייתכן ויתעורר צורך לנקוט בהליכים של הכרה וזאת במצבים מורכבים. ראו: דעת הרוב מפי הנשיא א’ ברק והשופטת (כתארה אז) מ’ נאור ב- ע”א 3441/01 פלוני נ’ פלונית, פ”ד נח(3) 1 (2004) (להלן – עניין פלוני); עיינו גם: חגי כרמון, פסקי חוץ בישראל – הכרה ואכיפה 164, 183-184, 201-202 (2011),

העולה מן המקובץ מלמד כי המצב המשפטי – שונה תכלית שינוי כאשר מדובר בפסק-זר, או בתעודה נכרית, המסדירים ענייני סטטוס, מלבד אימוץ, שלגביהם – אין עיגון משפטי ישיר ועצמאי במשפט הישראלי (עיינו: ע”א 970/93 היועץ המשפטי לממשלה נ’ איריסי אגם, פ”ד מ”ט (1), 561, 565-566 (1995); עניין פלוני) על אלה – אין אפשרות להתבסס לצרכי רישום, כל עוד הם לא קיבלו גושפנקא מוקדמת של בית משפט מוסמך בישראל בדרך של הכרה (עיינו והשוו: ע”א 472/64 ענבי נ’ היועץ המשפטי לממשלה ו-המוסד לביטוח לאומי, יט (1) 645, 649, מפי הנשיא ש’ אגרנט (1965) (להלן: הלכת ענבי), בגדרה ניתן לכלול גם תנאים להכרה, אן בדרך של הוצאת “צו הורות פסיקתי” ישראלי, בעקבות ועל יסוד הצו השיפוטי הזר (והכל תוך התאמת פסק הדין הזר למשפט הארץ).

לגבי "צו ההורות הפסיקתי" הישראלי – מסכים אני, כאמור, לגישת חברתי, המשנה לנשיא, ואולם הנני סבור שמדובר בהליך שחובה לנקוט בו, אם אין פותחים בהליך נפרד של הכרה בפסק הזר, הליך עליו אייחד מספר הערות מיד בסמוך.

7. חוק אכיפת פסקי חוץ, התשי"ח-1958 (להלן: חוק לאכיפת פסקי חוץ) מסדיר את נושא האכיפה וההכרה של פסקי חוץ בישראל וקובע (בסעיף 2 שבו) כי לא יאכף בישראל פסק חוץ אלא לפי חוק זה, ומכאן שהכרה בפסק חוץ יכולה להיות לכאורה גם בדרך שהיא לבר-החוק. פסק חוץ, מוגדר בסעיף 1 לחוק האמור, כך:

"פסק חוץ" – פסק דין שניתן על ידי בית משפט בעניין אזרחי לרבות פסק דין לתשלום פיצויים, או נזקים לצד שנפגע, אף כשלא ניתן בעניין 'אזרחי' (ההדגשה שלי – ח"מ).

לצורך המשך הדיון אניה איפוא הנחות מקלות כי "פסק הורות" יכול להיחשב כפסק דין ב"עניין אזרחי" במשמעות סעיף 1 לחוק לאכיפת פסקי חוץ וכי לצורך הרישום במרשם נדרשת רק הכרה בו (עיינו: עמוס שפירא "הכרה ואכיפה של פסקי חוץ" עיוני משפט ד 509, 512-513 (1974) (להלן – שפירא הכרה ואכיפה); השוו: עניין פלוני).

סעיף 11 לחוק אכיפת פסקי חוץ הוא הסעיף היחיד בחוק האמור הדין בהכרה ישירה, או אגבית של פסק-זר – בקובעו כדלקמן:

"הכרה בפסקי חוץ:

11. (א) בית משפט או בית דין בישראל יכיר בפסק חוץ שנתמלאו לגביו כל אלה:
 - (1) חל עליו הסכם עם מדינת חוץ;
 - (2) ישראל התחייבה באותו הסכם להכיר בפסקי חוץ מאותו סוג;
 - (3) ההתחייבות אינה חלה אלא על פסקי חוץ הניתנים לאכיפה על פי חוק בישראל;
 - (4) נתמלאו בו תנאי ההסכם.
- (ב) אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו ולצורך אותו ענין רשאי בית משפט או בית דין בישראל להכיר בפסק חוץ, אף אם סעיף קטן (א) אינו חל עליו, אם ראה שמן הדין והצדק לעשות כן
- (ג) בהליכים לענין הכרה בפסק-חוץ לפי סעיף זה יחולו הוראות סעיף 6(ב) ו-(ג).

על ההוראה הנ"ל התבטא בשעתו פרופ' שאוה ז"ל במאמרו: הכרה ישירה של

פסק זר בישראל כך:

"בעוד שחלק (ב) של הסעיף דן בהכרה אינצידנטלית של פסק-זר, "אגב דיון בענין הנמצא בסמכותו (של בית-המשפט – מ.ש.) ולצורך אותו עניין", והוא היה קיים בתור סעיף 11 עוד בחוק המקורי משנת 1958 – הרי חלק (א) של הסעיף דן בהכרה ישירה של פסק-זר, כאשר יש בינינו לבין המדינה שנתנה אותו הסכם וכאשר נתמלאו בו תנאי ההסכם ותנאי הסעיף. חלק (א) של הסעיף הוכנס בתיקון לחוק אכיפת פסקי חוץ בשנת 1978, כלומר כ-20 שנה לאחר חקיקת החוק המקורי. עד אז לא היתה כל הוראה בחוק הישראלי בנוגע להכרה ישירה של פסקי-חוץ ובתי המשפט התייחסו לעניין כאל לאקונה בחוק, שבעקבותיה פנו למשפט המקובל האנגלי.

לפיכך, תביעה לקבלת הכרה ישירה של פסק-זר בישראל, היינו תביעה לקבלת פסק הצהרתי הנותן תוקף לפסק-הזר, נשאבה מן המשפט המקובל האנגלי והוחלו עליה כללי המשפט המקובל, אשר בעניינים מסוימים הם שונים מכללי האכיפה שבחוק אכיפת פסקי-חוץ. (שם בעמ' 37; ראו גם: שפירא הכרה ואכיפה, 38-40; שאול מנהיים, הכרה ישירה בפסקי חוץ מכוח החוק, עיוני משפט 5 703 (1980); סיליה וסרשטיין פסברג פסקים זרים במשפט הישראלי – הדין והגיונו 20, 31 (1996); Einhorn עמ' 426-427 פסקה 1307 בספרה; עיינו לאחרונה חוות דעתי ב-ע"א 1297/11 מדטין לוי'ן נ' רו"ח אהרון זוהר (29.12.2013) (להלן – ענין לוי'ן)).

פרופ' שאוה ז"ל הוסיף וקבע:

"לא רק בהכרה ישירה של פסק-זר שלא חל עליו סעיף 11(א) לחוק אכיפת פסקי-חוץ אלא גם בהכרה אינצידנטלית של כל פסק-זר, המוסדרת בסעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי-חוץ – פונים אנו לכללי המשפט המקובל האנגלי ומחילים אותם, אלא אם יש הוראה ספציפית בחוק הישראלי הקובעת אחרת" (שם בעמ' 40; עיינו גם: ענין לוי'ן)

נוכח כללים אלה אבחן עתה את עניינו.

8. סעיף 3(ב) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995 קובע כדלקמן:

"בית המשפט לענייני משפחה יהיה מוסמך לדון בתובענה לאכיפה של פסק חוץ בענייני משפחה, או להכרה בו" (ההדגשה שלי – ח"מ).

“ענייני משפחה”, לענין החוק האמור, כוללים: “תובענה לאבהות או לאמהות” וכן תובענה לפי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים. מכאן שבאין “קליטה ישירה” של פסק החוק לצורך המרשם (כמו שמוסדר בחוק המרשם לגבי אימוץ כאמור) – יש לפנות לבית המשפט לענייני משפחה. שם ניתן לבקש או הכרה, או “צו להורות שיפוטית”. ההכרה תידון בנסיבות שלפנינו על פי סעיף 11(ב) לחוק אכיפת פסקי חוק, שכן לא חל על פסק דין כזה הסכם עם ארצות הברית, באין הסכם כאמור בנמצא. ההכרה תינתן, איפוא, אם בית המשפט לענייני משפחה ישתכנע כי מן הדין (כולל: כללי המשפט המקובל) והצדק יש לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון לצורך כך (לרבות, למשל, התאמה למשפט המקומי, דהיינו הבטחת השקיפות ביחס לסוג ההורות, או הסדרת רישום הפרטים במרשם כלשהו).

כאן ראוי לחזור ולהדגיש כי במשפט האנגלי – אין אפשרות להכיר כיום ב“הורות שיפוטית” שלא נותנת פתרון נאות להסדר גילוי סוג ההורות, בבוא הזמן לכך, לילד, כמובהר בפסקה 4 שלעיל. מכל מקום, בדין המשווה, לרבות המשפט האירופאי – עד כה פסקי דין זרים המצהירים על הורות כתוצאה מתהליך של פונדקאות מחייבים פרוצדורה של הכרה במדינה שבה מתבקשת ההסתמכות עליהם (ויש מדינות, כמו צרפת ויפן, שדוחות הכרה כזו מכל וכל).

ראו: A. (Teun) V.M. Struycken, *Surrogacy: a New Way to Become a Mother? a New PIL Issue*, in CONVERGENCE AND DIVERGENCE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, LIBER AMICORUM KURT SIEHR (Katharina Boele-Woelki, Daniel Talia Einhorn, Daniel Girsberger & Symeon Symeonides ed., 2010). וכך: Daniel Girsberger, *Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat*, 60 AM. J. COMP. L. 475 (2012) יודגש עוד כי במהדורה החדשה של DICEY, MORRIS & COLLINS, THE CONFLICT OF LAWS p.1216, fn. 119 (2012), העוסקת בגיבוש כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, דנה עתה בעיצוב הוראות מיוחדות לענייננו.

9. לנוכח האמור לעיל – נשאלת, איפוא, השאלה מה נפקא מינה בין הליך של “הכרה” לבין הליך של “צו הורות פסיקתי”. התשובה – ובכך לא אטע מסמרות ולא ארחיב – נעוצה בהתמשכות ההליך (הליך של “הכרה” אמור להיות קצר יותר, שכן אין הוא דורש תסקיר של עובד סוציאלי) ובתוצאותיו (הליך של “הכרה” כשמו כן הוא – ומכאן שתוקפו כשל פסק הדין הזר, אף שניתן לכלול במסגרת ההכרה גם תנאים להתאמת פסק-הדין הזר לדיני המדינה המכירה; מאידך גיסא, “צו הורות פסיקתי” יש לו נפקויות של סטטוס הורות מקומי על כל משמעויותיו ובכך נחסכת גם המחלוקת

שנתגלעה בין חברתי, השופטת א' חיות לבין חברי, השופט י' דנציגר בהקשר לנפקויות בע"מ 4751/12 אלמוני נ' אלמונית (29.8.13) (להלן – עניין אלמוני)).

10. גישתי, שפורטה לעיל, יש לה בצד הצדקותיה המשפטיות שנסקרו עד הנה, אף שלושה יתרונות תכליתיים:

(א) היא משתלבת יפה, כאמור, עם התוצאה וההנמקה שהוצגה על ידי חברתי, המשנה לנשיא, ב-בג"צ 566/11. היא אף פותרת את הדיסוננס שגם חברתי חשה בו, כאשר הציגה בפסקה 37 לפסק דינה את השאלה: "יטען הטוען: תעודת הלידה ופסק הדין הזר מספיקים לצורך רישום ההורה השני ("המשפטי" – תוספת שלי – ח"מ) במרשם, אך לא די בהם לצורך רישום ההורה הראשון ("הביולוגי" – תוספת שלי – ח"מ) – הכיצד?". אמנם חברתי ניסתה להסביר בדרכים שונות את הסתירה הלכאורית שנוצרת פה על פי שיטתה, ואולם דומה עלי שהתפיסה החלופית שהצבעתי עליה – עדיפה על מנת ליישב את הדברים.

(ב) היא מונעת את הצורך לאבחן את פסק הדין שניתן ב-בג"צ 6483/05 קעטאן נ' שר הפנים (9.8.2010) ולקבל את ההלכה שנקבעה בו – לצורכי מרשם – כפשוטה.

(ג) היא פותרת סוגיות ש"נפתחו" בעקבות פסק דינה של חברתי, המשנה לנשיא. כך, למשל, חברי השופט י' דנציגר, איננו מסכים להמלצתה של המשנה לנשיא (בה מצדדת גם חברתי השופטת א' חיות) כי ראוי לנקוט מבחירה בהליך של השגת "צו הורות פסיקתי". הנה כי כן אם תקבל גישתו במלואה כאן ובעניין אלמוני, כי אז לא יהיה צורך אף לדעת (מעבר לענייני רכישת האזרחות) מיהו ה"אב הביולוגי" ומיהו ה"אב המשפטי". במצב שכזה לא תהיה אף מניעה עקרונית להורים, דוגמת העותרים בבג"צ 566/11, "לוותר" על השגת סטטוס של אזרחות לילד והם יוכלו להסתפק רק ברישום כהוריו במרשם, בהסתמך על פסק ההורות הזר (הדבר אפשרי נוכח הוראות סעיף 1(ב) לחוק המרשם ויש בו משום ניצול האפשרות To opt out בנסיבות מסוימות). דומה שאפשרות זו נשללת על ידי ההנחה של חברתי המשנה לנשיא כי ענייני האזרחות קודמים לענייני המרשם הן במהות והן בסדר הדברים, ואולם עמדתו של חברי מדגישה שלא תמיד ההנחה האמורה בהכרח תקיים. יתר על כן אם ההורים יבקשו קודם לכן לרשום את ילדם במרשם והדבר ינתן להם (שהרי אין בחוק המרשם תנאי מוקדם הדורש את השגת המעמד מכח חוק האזרחות), שאלה היא האם הם יוכלו לגרוס שהרישום משמש כראיה לכאורה לנכונותו מכוח סעיף 3 לחוק המרשם ועקב כך ישתנו אף נטלי

הבאת הראיה והשכנוע בהקשר לענייני האזרחות. קושיות אלו כולן – לא תתעוררנה אם נצעד על פי שיטתי.

11. טרם סיום מתחייבות ארבע הערות נוספות:

(א) שיטתי איננה נוגדת את ההלכה שנפסקה ב-בג"צ 10533/04 ויס נ' שר הפנים ואת ההבחנה שנעשתה שם על ידי חברתי, השופטת ע' ארבל, בין דיני הקניית המעמד לבין דיני הרישום, אותה אימצה חברתי המשנה לנשיא בפסק דינה – הבחנה המקובלת אף עלי כאמור. יחד עם זאת לאחר שקראתי את הערותיה של חברתי השופטת ע. ארבל לחוות דעתי זו אציין כי יש שוני מובן בין רישום של ילדי אזרחים ישראלים שנולדו בחו"ל ואשר לצורך רישום לידתם – אין צורך לפנות להליך משפטי מוקדם כלשהו בחו"ל לבין המקרים הנדונים כאן בשל הצורך בהסדרה ופיקוח על פונדקאות.

(ב) גישתי לעניין הקליטה וההכרה של פסק ההורות הזר – יפה אף ביחס לתעודת הלידה שניתנה על בסיסו, שכן אין בכוחו של צו ההורות הזר (שהוצא כאמור עוד טרם הלידה) – להעניק לתעודת הלידה תוקף משפטי לגבי ההורות, מעבר לזה שיש לפסק ההורות עצמו. זאת ועוד – רישום על פי תעודת הלידה הזרה לאחר ביצוע בדיקת ה-DNA – נוגד לכאורה את ממצאי פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה, שהוא בית המשפט המוסמך בישראל לענייני אבהות. זה קבע כאמור (על יסוד הבדיקה הגנטית) מיהו אביה הביולוגי של הקטינה ובמשתמע מי איננו כזה.

בנסיבות שכאלו סמכותו של פקיד הרישום נתונה לו בהתאם לסעיף 19ה' לחוק המרשם – לסרב לרשום במרשם פרטים הסותרים תעודה ציבורית, אשר ניתנה ע"י בית משפט מוסמך בישראל, שפסק בסוגיה.

(ג) אני מצטרף לגישתו של חברי, השופט י' דנציגר בהקשר לשקיפות ולצורך בפרסום הנהלים של משרד הפנים בנושאים אלה.

(ד) בניגוד לעמדת חברתי, השופטת ע' ארבל, הנני סבור כי דווקא נקיטה בדרך המוצעת על ידי היתה מבטיחה הפרדה בין גילוי פרטים רגישים במרשם לבין המצאותו של מקום כלשהו (למצער – תיק בית המשפט), ממנו ניתן היה לדלות, במידת הצורך ובכפוף להסרת הסודיות, את הנתונים הרלבנטיים לגבי זהות האב הביולוגי וזהות האב המשפטי – והכל עד להסדרה בידי המחוקק (כפי שנעשה הדבר, למשל, לגבי אימוץ).

12. עד כאן נאמרו הדברים ללא התייחסות מיוחדת לנושא המגדרי, שהיה כמובן אף הוא במוקד העתירות שלפנינו. בנושאים אלה גישתי היא כי מתחייב שוויון ביחס לבני זוג מאותו המין, בהשוואה לבני זוג הטרוסקסואליים. הדבר מתבקש הן במישור החוקתי אפילו עד כדי ביטול חקיקה נוגדת, אם היא איננה עומדת בתנאי "פיסקת ההגבלה" (ראו את עובדת הכללותי בדעת המיעוט ב-בג"צ 5771/12 ליאת משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (1.9.2013)) והן במישור המינהלי בהיבטים שונים (עיינו: עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010) וחוות דעתי שם)). לפיכך ניתן בהחלט להכיר בהורותם של העותרים שנוצרה בחו"ל ואולם בשל הסטטוס בו מדובר ו"עקרון טובת הילד" – יש להבחין בין "ההורה הביולוגי" לבין "ההורה המשפטי", לא רק לעניין מעמד האזרחות, אלא גם ברישום, כפי שנעשה הדבר בהקשר לזוגות הטרוסקסואליים במצבים דומים.

13. העותרים שבפנינו – לא מסתפקים בשוויון הנ"ל, אלא שהם מבקשים לעצמם "זכויות יתר" בהקשרים אלה – בשני מובנים:

(א) אי-גילוי לילד של מקור וסוג ההורות.

(ב) פרסום ההליכים שבפנינו – לציבור (וכאן העותרים ב-בג"צ 6569/11 אפילו הרחיקו לכת בהתראינם לכלי התקשורת, במקביל לדיונים המשפטיים).

לכך אין בידי להסכים, שכן לא זו בלבד ששני היסודות הנ"ל סותרים במידה מסוימת אלה את אלה, אלא שיש בהם גם פגיעה אפשרית ב"עקרון טובת הילד" וגם בשוויון, בהשוואה למה שמוסדר נורמטיבית ונהוג לגבי הליכי אימוץ וביחס להליכים של הורות מכח חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, שם נמצאו, מחד גיסא, פתרונות ראויים לנושאי הגילוי לילד ומאידך גיסא, נאסר, ככלל, פרסום לציבור.

14. נוכח כל האמור לעיל – אציע לחברותי וחברי כי נדחה את העתירה ב-בג"צ 566/11, בהתאם לאמור בפסק דינה של חברתי, המשנה לנשיא, ואולם לשיטתי ראוי שכך אף נעשה ביחס לעתירה ב-בג"צ 6569/11, זאת בכפוף לשתי דרכים אלטרנטיביות, שהעותרים ודומיהם יכולים לצעוד בהן:

(א) על פי החלופה, עליה הצביע חברי, השופט א' רובינשטיין – ניתן לפנות להליך של השגת "צו הורות פסיקתי" כעניין שבחובה (אף יתר חברותי וחברי, למעט חברי השופט י' דנציגר, מסכימים שהליך זה הוא מועדף ומומלץ, ואולם בשונה מעמדתו של חברי, השופט א' רובינשטיין ושלי – הם סבורים כי מדובר ברשות בלבד ולא בחובה).

(ב) על פי החלופה שעליה הצבעתי אני בחוות דעתי זו – ניתן לפנות לבית המשפט לענייני משפחה להליך של הכרה בפסק הדין הזר (אגב התאמתו במסגרת ההליך וכתנאי להכרה – למשפט הארץ, בכל מה שנוגע לרישום במרשם כלשהו של האבחנה בין "האב הביולוגי" לבין "האב המשפטי").

ש ו פ ט

לסיכום:

הוחלט פה-אחד כי דין העתירה ב-בג"ץ 566/11 להידחות. הצו-על-תנאי מבוטל.

הוחלט ברוב דעות (המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים ע' ארבל, ס' ג'ובראן, א' חיות וי' דנציגר כנגד דעתם החולקת של השופטים א' רובינשטיין וח' מלצר) לעשות את הצו-על-תנאי שהוצא ב-בג"ץ 6569/11 לצו מוחלט במוכן זה שההורה הלא-ביולוגי ירשם כאביה של הילדה במרשם האוכלוסין, על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר שצורפו לעתירה, בהם הוא רשום כאביה.

ניתן היום, כ"ז בשבט, התשע"ד (28.1.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט