

בית משפט לענייני משפחה במחוז ת"א

תמ"ש 60320-07 צ ואח' נ' פרקליטות מחוז המרכז

בפני כב' השופטת עליסה מילר – שופטת בכירה

תובעים

1. ת.צ.

2. נ.צ.

3. ד.צ. (קטין)

נגד

נתבעים

היועמ"ש לממשלה - פרקליטות מחוז תל אביב

כתבי עת:

[רות זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי", דין ודברים, כרך ב \(תשס"ו\) 223](#)[רות זפרן, "אימהות יש גם שתיים", דין ודברים, כרך ג \(תשס"ז\) 351](#)[איילת בלכר-פריגת, דפנה הקר, "הורים או זרים: מעמדם, משפטים, מ \(תש"ע\) 5](#)

ספרות:

[פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל \(כרך א, תשנ"ה\)](#)

מיני-רציו:

* ת ונ' הן בנות זוג חד מיניות. בשנת 2007 ילדה נ' את הקטין, בעקבות פרוצדורה רפואית (שאושרה ע"י היועמ"ש), הכוללת שאיבת ביצית של ת', הפריית הביצית בזרע מתורם אנונימי והשתלת הביצית המופרית ברחמה של נ'. הקטין נרשם במרשם האוכלוסין כבנה של האם היולדת – נ'. ת' מבקשת לרשום גם אותה כאימו של הקטין, מבלי לנקוט בהליך אימוץ. ביהמ"ש פסק כי יש להכיר בת' כאימו של הקטין, אולם לא באופן אוטומטי. יש לשאוב השראה לעניין זה מחוק הסכמים לנשיאת עוברים, באופן שיוגש תסקיר דומה לתסקיר התומך בבקשה למתן צו הורות, ובמסגרתו תחוה פק"ס עמדתה לעניין טובת הילד.

* משפחה – הורות – זהות ההורים

* משפחה – הורות – הפריה חוץ גופית

* משפחה – אימוץ – במשפחה חד-מינית

.

תובענה לאימהות עפ"י סעיף 1(4) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה. התובעים 1-3 (להלן: "התובעים") מבקשים לקבוע את אימהותה המשפטית של התובעת 1 על קטין (הוא התובע 3) בדרך של סעד הצהרתי. רקע: התובעות 1-2 מקיימות מערכת יחסים זוגית למעלה מעשור, במסגרתה נולד הקטין, בעקבות פרוצדורה רפואית (שאושרה ע"י היועמ"ש של משרד הבריאות), הכוללת שאיבת ביצית של התובעת 1 (להלן: "ת" או "האם הגנטית"), הפריית הביצית בזרע מתורם אנונימי והשתלת הביצית המופרית ברחמה של התובעת 2 (להלן: נ'). הקטין נרשם במרשם האוכלוסין כבנה של האם היולדת – נ'. התובעות מבקשות מביהמ"ש ליתן צו המכיר בהורותה של ת' כאימו של הקטין, ולהורות למשרד

הפנים לרשום אותה ככזו במרשם האוכלוסין. ב"כ היועמ"ש התנגד לתובענה. לטענתו, האישור הרפואי החריג ניתן מנימוקים רפואיים ועוד בטרם אישור הליך ההפריה הובהר לתובעות שתורמת הביצית לא תיחשב לאימו של הקטין, ואם תרצה להיחשב כאמו תצטרך לנקוט בהליך של אימוץ.

ביהמ"ש לענייני משפחה פסק כי יש להכיר בהורותה של ת', בכפוף לאמור בחו"ד שתוגש לעניין טובת הילד, מהטעמים הבאים:

בענייננו העובדה הפיסית ביולוגית לא שנויה במחלוקת. ת' היא אימו הורתו של הקטין. אולם, עיון בהסדרים החוקיים הקיימים בישראל מעלה, כי המחוקק בחר להכיר באימו יולדתו, להבדיל מאימו הורתו, כאימו של יילוד. לכאורה, לפי המצב החוקי בישראל, צריך היה להגיע למסקנה לפיה אין אפשרות לרשום את ת' כאם נוספת, והיה צריך לדחות את התביעה.

דא עקא, במדינת ישראל קיימות שתי אפשרויות, יציר החוק והפסיקה, להכרה בשתי אמהות. האחת, צו הורות מכח סעיף 13(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים – כאשר האם הנושאת חוזרת בה מההסכם; השנייה, אימוץ ע"י בת זוג חד מינית – אימוץ פורמאלי עפ"י חוק אימוץ ילדים. אולם, אף אחת מדרכים אלה לא מתאים להחלה ישירה על המקרה דנן. ת' והקטין קשורים זה בזה בקשר דם. לכן כלל לא ברור כיצד יכולה ת' לאמצו, האפשרות נוגדת את השכל הישר וההיגיון הבריא וחוק הסכמים לנשיאת עוברים, משמדובר בבנות זוג חד מיניות, כלל לא חל עליהן (ר' סעיף 1 לחוק המגדיר בני זוג כ"איש ואישה"). כך שהמקרה דכאן נופל בין הכסאות.

לגישת ביהמ"ש, הכרה בת' כאם משפטית נוספת של הקטין חיונית וחיובית, ויש בה כדי לפתור מקרה נקודתי קשה שנוצר בנסיבות מיוחדות. ראשית, הכרה בת' האם הגנטית כאם משפטית נוספת מתיישבת לפחות עם חלק מדעות הפוסקים ההלכתיים; שנית, הפסיקה מורה לנו לבחון את טובתו של קטין באספקלריה הוליסטית. מבחינת ההיבט של טובת הילד זהו פתרון פרגמטי, צודק, ראוי ורצוי. פתרון זה יענן את יחסי ההורות והקרבה השוררים והקיימים ביניהם ממילא. פתרון זה משתלב גם עם טובתה הכללית של החברה (מניעת נישואי קרובים); שלישית, פתרון כאמור גם יאפשר לת' לממש את זכותה להורות – זכות יסוד, הנתפסת כזכות טבעית. ויודגש, בנסיבות בהן המדינה בחרה לסייע, בוודאי אינה יכולה כעת לבוא ולטעון כנגד התובעים טענה של חוסר תום לב וחוסר ניקיון כפיים, ובמיוחד לא כלפי הקטין. טענה כזו בוודאי לא יכולה לעמוד כנגד הזכות להורות.

עם זאת, אין להכיר בהורותה של ת' באופן אוטומטי. יש לשאוב השראה לעניין זה מחוק הסכמים לנשיאת עוברים, באופן שיוגש תסקיר דומה לתסקיר התומך בבקשה למתן צו הורות, ובמסגרתו תחוה פק"ס עמדתה לעניין טובת הילד. לאחר קבלת התסקיר יקבע המשך הדיון בתיק.

פסק דין חלקי

ההליך

לפניי תובענה לאימהות עפ"י סעיף 4(1) לחוק ביהמ"ש לענייני משפחה, תשנ"ה – 1995. התובעים 1 – 3 (להלן – "התובעים") מבקשים לקבוע את אימהותה המשפטית של התובעת 1 על קטין - התובע 3 בדרך של סעד הצהרתי.

רקע עובדתי

1. התובעות 2 – 1, חד מיניות, מקיימות מערכת יחסים זוגית למעלה מעשור (להלן – "בנה"ז"). התובעות עיגנו את יחסיהן ב"הסכם חיים משותפים ממון וצוואות" מיום 15.1.06 אשר אושר ע"י נוטריון (ר': נספח א' לכתב התביעה).

2. ביום 30.7.06 פנתה התובעת 2 (להלן – "נ" או "האם היולדת"), בשם התובעות ליועמ"ש משרד הבריאות וביקשה אישור לפרוצדורה רפואית הכוללת שאיבת ביצית מהתובעת 1 (להלן – "ת" או "האם הגנטית"), הפריית הביצית בזרע מתורם אנונימי והשתלת הביצית המופרית ברחמה של נ' (להלן – "הבקשה") (ר': 1/נ).

3. בו ביום הבקשה נענתה בחיוב (ר': 2/נ):

"איננו רואים מניעה לביצוע התהליך הרפואי הנזכר במכתבך. התקנות מדברות בכך שנטילת הביצית, צריך שתתבצע מאישה הנמצאת בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות, אולם בשים לב לכך שאת ובת זוגך מקיימות תא משפחתי – נראה שדי בכך.."

עם זאת, הובהר כי:

"... יש לעגן את הדברים בהסכם כתוב בינך לבין בת זוגך, שישקף את הבנתכם המשותפת בדבר השלכות המהלך לכל היבטיו. יש לזכור כי בהיעדר הוראה אחרת בחוק או על פיו, הכלל הוא שהאם היולדת היא הנחשבת אם הילוד, אף אם מקורה הגנטי של הביצית הוא באישה אחרת, המעוניינת לקבל על עצמה חובות אם כלפיו. מתן מעמד לאם ה"ביולוגית" אינו אוטומטי, וכרוך בביצוע הליך של אימוץ, ועליכן לקבל יעוץ משפטי בשאלה זאת, לרבות לעניין משמעויות חזרתה של כל אחת מכן מהסכמתה המוקדמת, לעניין הליך האימוץ, שאותו פותחים ככלל עם הלידה ולא קודם לכן".

4. ביום 2.8.06, ולבקשתה של נ', יועמ"ש משרד הבריאות שבה על עמדתה, והדגישה (ר': 3/נ):

"כל זאת כפוף כמובן להסכם שייחתם בינך לבין בת זוגך ושבזו יוסדרו בין היתר כל הנושאים שהוזכרו כבר במכתבי מיום 30.7.06 אלייך".

5. התהליך הרפואי בוצע וביום 16.9.06 הושטלו העוברים ברחמה של נ' (ר': 3/ת).

6. ביום 9.6.07 נולד הקטין ד' (להלן – "הקטין"). הקטין נרשם במרשם האוכלוסין כבנה של האם היולדת – נ'. האב, כאמור, אינו ידוע.

7. ביום 27.12.07 הוגשה התובענה דכאן. ביהמ"ש התבקש ליתן צו המכיר בהורותה של ת' כאימו של הקטין, ולהורות למשרד הפנים לרשום אותה ככזו במרשם האוכלוסין.
8. ב"כ היועמ"ש לממשלה התנגד לתובענה. לטענתו, עוד בטרם אישור הליך ההפריה הובהר לתובעות שתורמת הביצית לא תיחשב לאימו של הקטין, ואם תרצה להיחשב כאמו תצטרך לנקוט בהליך של אימוץ.
9. בתשובתם מיום 14.4.08 התובעים טענו שהקטין אינו יכול להיות מוכרז בר אימוץ כלפי ת' כיוון שהוא בנה הביולוגי, ולא מוכר הליך של אימוץ בן ביולוגי. בנוסף, נטען שעמדת ב"כ יועמ"ש לממשלה מנוגדת לעקרונות שוויון מהותיים, ויש בה כדי להפלות את ת' על רקע מינה ונטייתה המינית.
10. בתגובה מיום 22.6.08 טען ב"כ יועמ"ש לממשלה כי במשפט הישראלי מעוגנת התפיסה של הורות ביולוגית אחת, הפנה [לחוק הסכמים לנשיאת עוברים](#) (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו – 1996 ולסעיף 40(א) להצעת חוק תרומת ביציות, תשס"ז – 2007, הצ"ח הממשלה מס' 292, וחזר על טענתו לפיה טרם ביצוע הליך ההפריה הובהר לתובעות 1 – 2 הצורך בנקיטת הליך של אימוץ.
11. ביום 25.6.08 הוריתי לתובעות להתייחס, בין היתר, לנושא הידיעה מראש. התובעות טענו שבמכתב מיום 30.7.06 (נ/2) משרד הבריאות לא התנה את אישור הפרוצדורה הרפואית בחתימה על מסמך כלשהו. לטענתן משרד הבריאות היה מודע לכך ששתי התובעות מתכוונות לשמש אם לקטין, ועל בסיס הצהרה זו בלבד אישר את ביצוע התהליך. התובעות הוסיפו וטענו שהתובענה הוגשה גם ע"י הקטין, שלא ניתן לייחס לו כל ידיעה או הסכמה מוקדמת. הקטין מבקש מביהמ"ש להכיר באישה מסוימת כאימו, ומדובר בזכות נפרדת, המבוססת על עקרון טובת הילד ועל סעיף 8 לאמנה לזכויות הילד.
12. ביום 31.12.08 התקיים דיון במעמד הצדדים, ולאחר שב"כ יועמ"ש לממשלה הודיע שאין צורך בשמיעת ראיות, הוריתי על הגשת סיכומים בכתב.
13. הסיכומים הוגשו באיחור ניכר, ועקב עומס רב בלשכתי פסק הדין ניתן באיחור, ועל כך אני מצרה.

טענות הצדדים

14. לטענת התובעים דין התביעה להתקבל, בין השאר מנימוקים כדלקמן:
 - א. האישור הרפואי להליך החרג לא ניתן מנימוקים רפואיים, ולא הותנה בתנאי כלשהו. לכן אין מקום לטענת חוסר תום לב.

- ב. מבחינה הלכתית עיקר הדעות רואות בשתי התובעות אמהות של הקטין ולכל היותר ספק אמהות, ומכאן גם סעיף 40 להצעת חוק תרומת ביציות (כיום סעיף 42 לחוק תרומת ביציות, תש"ע - 2010).
- ג. הדין מכיר במצב שבו יהיו שתי אמהות לילד אחד ויירשמו ככאלה. כך, נקבע בבג"צ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, ובע"א 10280/01 ירוס חקק נ' שר הפנים, פ"ד נט(5) 64, וכך אפשרי גם עפ"י סעיף 13(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו - 1996. ניתן לראות את המקרה הנדון כהתקשרות להולדה משותפת, ומכאן שהמנגנון שהחוק יוצר לקביעת יחסי הורות באמצעות צו הורות, והפוטנציאל שבו להכרה באמהות של שתי נשים מהווה סד נוסף למתן הסעד.
- ד. הזכות להורות היא זכות יסוד. בנסיבות העניין, כאשר ת' היא האם הגנטית, ונ' מסכימה להכרה בת' כהורה שני, יש להגן על זכותה של ת' ולעגן אותה גם מבחינה משפטית.
- ה. טובת הקטין מחייבת הכרה בת' כאם משפטית. בנוסף, המשיב ויתר על ניהול הוכחות בתיק, ולכן קיבל את הנטען בתובענה לפיה טובת הקטין באם התובענה תתקבל.
- ו. אי הכרה באמהותה של ת' תהווה אפליה פסולה על רקע של נטייה מינית ומגדר.
- ז. אין חשש להשלכות רוחב שעלולות להיות מקבלת התובענה, שכן אין ולא יכול להיות מקרה דומה למקרה דכאן - עד חוק תרומת ביציות התבצעו תרומות אנונימיות, וגם אלו נאסרו עם גילוייה של פרשת פרופ' בן רפאל בשנת 1998. תרומות שיתבצעו לאחר מכן יהיו עפ"י החוק המאפשר תרומת ביצית מתורמת ידועה.
- ח. הנחית יועמ"ש לממשלה בעניין תרומת ביציות בין בנות זוג מאשררת את האישור שניתן לתובעות ע"י ב"כ יועמ"ש משרד הבריאות, ואין בה קביעה כלשהי בעניין הזיקה המשפטית בין בנות הזוג ליילוד.
- ט. לא ברור אם ניתן להכריז על הקטין בר אימוץ או ליתן צו אימוץ לאם גנטית, ולכן הצעת ב"כ יועמ"ש אינה ישימה.
15. לטענת ב"כ יועמ"ש לממשלה דין התובענה להידחות, בין השאר מנימוקים כדלקמן:
- א. חוסר תום לב והיעדר נקיון כפיים - האישור הרפואי החריג ניתן מנימוקים רפואיים (בעיה רפואית אנדומטריוזיס), והותנה בתנאי מפורש (רישום אמהות בדרך של אימוץ). התובעות נמנעו מלהעלות את השגותיהן בעניין רישום האמהות בעת הרלוונטית, הציגו מצג שווא כי מקבלות את תנאי האישור, ולאחר הולדת הקטין ורישומה של נ' כאימו עתרו לביהמ"ש בתובענה דכאן.
- ב. הכרה באימהותה של ת' כאם נוספת על דרך של סעד הצהרתי אינה מתיישבת עם הדין הקיים. שינוי הדין הקיים באופן שתתאפשר הכרה בסטאטוס משפחתי חדש המורכב משתי אימהות ביולוגיות, ראוי שייעשה ע"י המחוקק.

- ג. לא ניתן להסתמך על דעת הפוסקים לפיה שתי נשים (האם היולדת ותורמת הביצית הן אמהות הלכתיות לחומרא, שכן השאלה של קביעת אמהות הלכתית נדונה בהקשרים של דיני יוחסין, גיור, חשש לגלוי עריות, ולא בהקשר של הענקת מעמד של אם.
- ד. במשפט המשווה קיימים הסדרים שלא קיימים במשפט הישראלי, ולא ניתן להקיש מהם לענייננו. כך, באנגליה החוק מכיר בתורמת הביצית כאם נוספת לא מכח תרומת הביצית אלא מכח הזוגיות עם האם היולדת. בספרד קיים החוק המשווה זכויות זוגות חד מיניים לזכויות זוגות מעורבים אף בכל הנוגע לרישום ילדיהם. ספק אם חוק זה יאפשר בהכרח מתן סעד דומה במקרה דומה לענייננו. בקליפורניה פסק הדין בביהמ"ש שלערעור הכיר באימהות של תורמת ביצית שויתרה מלכתחילה על זיקת הורות אך בנסיבות שונות לחלוטין.
- ה. דחיית התובענה לא מהווה פגיעה בזכות להורות של ת' ובזכות הקטין לשני הורים. כנגד הזכות להורות לא עומדת חובת המדינה לקדם באופן אקטיבי את שאיפות הפרט להיות הורה, ובעיקר כך בהתייחס למי שתרמה ביצית ומצויה בקשר זוגי עם האם הרשומה, והרי בסיטואציה כזו אנו נמצאים בקצה הקיצוני של מדרג "הזכות להורות".
- ו. טובת הקטין היא שיקול שאינו יוצר עילה, אלא שיקול במסגרת עילה קיימה, ואין די בטענה כי הבקשה עולה בקנה אחד עם טובת הקטין, שכלל לא נבדקה, כדי להוביל לקבלת התובענה. בנוסף, יש לבחון את הסוגיה דכאן גם באספקלריה של אינטרסים סותרים של פרטים אחרים או של הציבור, ולא רק בראי טובת הקטין.
- ז. קיימת שונות רלוונטית מהותית בין אבהות ביולוגית של גבר לבין אמהות ביולוגית של אשה. בנוסף, גם אב גנטי לא נרשם בכל מקרה, ויש מצבים שימנע רישום של אב גנטי ואף תמנע בדיקת סיווג רקמות. ולכן אין אפליה פסולה.

דין והכרעה

16. במשפט הישראלי אין חוק המגדיר אמהות, אבהות או הורות ככלל, אין קביעה ברורה מה הופך אדם להורה. הפסיקה מלמדת ככלל שעקרון ההורות הוא העקרון הביולוגי (הורות על בסיס אלמנט ההריון) (ר' א' בלכר פריגת, ד' [הקר, הורים או זרים: מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני זוג של הורים](#), משפטים מ(1) 5, בעמ' 9, וההפניות לפסיקה בהע"ש 12). דהיינו, בדרך כלל אישה שממלאת את הפונקציה הביולוגית: קרי, הפונקציה הפיזיולוגית (נשיאת העובר במהלך ההריון), והגנטית (שיתוף מטען גנטי) היא אם היילוד: "אישה שילד או ילדה הגיחו מרחמה..." (ר' [בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז\(1\) 419](#)). זוהי הורות טבעית.

17. ולכן, המימרה הרומאית "לעולם אין ספק מי היא האם" (Mater semper certa est) היא בדרך כלל נכונה.

18. ואולם, התפתחויות טכניקות של הולדה מלאכותית גרמו לפיצול של ההורות, כאשר ההולדה נעשית בסיוע גורם הורי נוסף: תורם תא מין (זרע או ביצית); "אם נושאת" כהגדרתה [בחוק הסכמים לנשיאת עוברים](#) (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו – 1996; אם חליפה (נושאת ברחמה את צאצאה הגנטי שאותו היא מיועדת להעביר לידי אביו הגנטי ובת זוגו כדי שישמשו כהוריו) (הסדר כזה אינו אפשרי בישראל) (ר' רות [זפרן, המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן](#), דין ודברים כרך ב', תשס"ו עמ' 223 בעמ' 227). בסיטואציות כאלה עשויה להתעורר, אפוא, השאלה מי היא אימו של היילוד: האם אימו הורתו (האם הגנטית) או אימו יולדתו (האם הפיזיולוגית).

19. בענייננו תובענה לאמהות הנתונה לסמכות ההכרעה של בית המשפט לענייני משפחה (סעיפים 1(4) ו-3(א) [לחוק בית המשפט לענייני משפחה](#), התשנ"ה-1995 (להלן - "[חוק בית המשפט לענייני משפחה](#)"). כידוע, בית המשפט דן בתביעות להצהרה על הורות כבעניין שבעובדה פיסית-ביולוגית, על בסיס ראיות אובייקטיביות (ר' [בג"צ 6483/05 מוחמד קעדאן נ' שר הפנים](#), ניתן ביום 9.8.10, פורסם במאגר המשפטי נבו, פסקה 19). בענייננו העובדה הפיסית ביולוגית לא שנויה במחלוקת. ת' היא אימו הורתו של הקטין.

20. אולם, עיון בהסדרים החוקיים הקיימים בישראל מעלה, כי המחוקק בחר להכיר באימו יולדתו, להבדיל מאימו הורתו, כאימו של יילוד.

א. לכן, כאשר ההורות המפוצלת נעשית במסגרת של חוק תרומת ביציות, תש"ע – 2010 (להלן - "[חוק תרומת ביציות](#)") החוק קובע ש"יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין", ו"הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת הביציות, ולא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם" (שם, ס' 42). בדברי ההסבר של סעיף 40 להצעת [חוק הממשלה](#) 289 מיום 19.3.07 (כיום סעיף 42 לחוק תרומת ביציות, תש"ע 2010) נאמר: "[הסעיף המוצע](#), שעניינו מעמד היילוד, קובע במפורש כי חרף הזיקה הגנטית בין תורמת הביצית לבין היילוד, היא לא תיחשב כאימו של היילוד והנתרמת תיחשב כאימו לכל דבר ועניין. קביעה זאת נעשית, למען הסר ספק, שכן הכלל הוא כי היולדת היא הנחשבת ממילא לאימו של היילוד" (ההדגשה שלי – ע.מ.).

ענייננו אינו נופל בגדר חוק תרומת ביציות, שכן מדובר בחוק משנת 2010. אולם, גם אם היינו בוחנים אותו עפ"י חוק תרומת ביציות, והיינו רואים את אישור משרד הבריאות כאישור המתבקש עפ"י סעיף 12 לחוק, גם אז ת' לא הייתה יכולה להירשם כאם.

ב. כך גם כאשר ההורות המפוצלת נעשית במסגרת של חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו – 1996 (להלן – "חוק הסכמים לנשיאת עוברים"). האם הנושאת, כלשונו של כב' השופט חשין ב**בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419**, בעמ' 428 – 429) היא זו ש: "... נושאת ... ברחמה עובר שמקורו בביצית של אישה אחרת, ובבוא העת יולדת היא את העובר כילד חי. תחילת התהליך בשאיבת ביציות מגופה של אישה פורייה (האם הגנטית) ובהפריית הביציות בזרע של גבר בהפריה חוץ-גופית (in vitro fertilization). בהפריה מוצלחת מושגות הביציות המופרות בגופה של אישה האמורה לשמש פונדקאית. הפונדקאית מתעברת, נושאת בהיריון, ועם הלידה אמורה היא למסור את היילוד להוריו או למי מהוריו הגנטיים. אין לה לאישה הנושאת את הביציות המופרות ברחמה קשר גנטי לעובר המתפתח מאותן ביציות; משמשת היא מעין-פונדק – מעין-אכסניה – לביציות המופרות ולעובר, ומכאן כינויה "פונדקאית" (ההדגשה שלי – ע.מ.). אמנם, האם הנושאת רק "מארחת" את העובר, שאיננו פרי בטנה. אולם, משום עקרון ההורות הביולוגית, יש צורך לנתק את זיקת ההורות בינה לבין היילוד, ולכונן יחסי הורות בין היילוד לבין ההורים המיועדים (ר' סעיפים 1, 11, 12 לחוק).

במצב בו טרם מתן צו הורות, האם הנושאת מבקשת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד – אם ביהמ"ש קובע ש"חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד", ביהמ"ש ייקבע "... בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופוס על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר ועניין; כן רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם ההורים המיועדים או עם אחד מהם" (סעיף 13 לחוק). למרות שההורים המיועדים, או לפחות אחד מהם הוא הורה גנטי של היילוד, אין בכך כדי להקנות לאותו אדם מעמד אוטומטי כלפי היילוד. בעניין זה ראה את דברי ההסבר לסעיף 13 להצעת חוק הממשלה 2456 מיום 6.12.95, שם נאמר: "הכלל הוא כי הסכם לנשיאת עוברים יבוצע כפי שאושר. אולם ייתכן שינוי בנסיבות לאחר ההתעברות שיש בו כדי להצדיק חזרת אם נושאת מהסכמתה. בנסיבות כאלה יהיה רשאי בית המשפט, לבקשת האם הנושאת, להתיר לה לחזור בה מההסכם בתנאי שלא יהיה בכך כדי לפגוע בטובת הילד. מתן האפשרות בנסיבות כאמור לאם הנושאת לחזור בה מההסכם מוגבלת רק עד מתן צו הורות. התיק בית המשפט חזרת האם הנושאת מההסכם, יקבע בית המשפט את האם הנושאת כאפוטרופא על הילד ויחולו ביניהם יחסי הורות. אולם רשאי בית המשפט גם לקבוע את מעמד הילד ויחסיו כלפי ההורים המזמינים או אחד מהם בהיותם, שניהם או אחד מהם, הורים גנטיים של הילד".

לעניין זה ר' גם את מאמרה של רות זפרן, המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן, דין ודברים כרך ב' עמ' 223, בעמ' 265:

"עפ"י החוק טוענות לכתר האימהות שתיים בלבד – האם המיועדת והאם היולדת, נושאת ההריון. החוק אינו מטפל במעמדה של תורמת הביצית, אם ישנה. עולה כי המחוקק אינו רואה בתורמת הביצית מתמודדת פוטנציאלית על מעמד האמהות. התעלמותו של המחוקק מתורמת הביצית נוגעת גם למישור אחר. בהכריעו בהתמודדות בין ההורים המיועדים לאם הנושאת אין החוק מבדיל בין מצב שבו הביצית מקורה באם המיועדת לבין מצב שבו את הביצית סיפקה תורמת. מגמת פשטות של החוק, אך גם תפיסה עקרונית שאינה רואה חשיבות בשיוך הגנטי של הצאצא, הובילה לקו זה. עם זאת, ברור לנוכח ההגבלה המונעת שימוש בביצית של האם הנושאת, כי הקו אינו גורף, הוא רלוונטי כל עוד נשמרת ההפרדה בין נושאת ההריון לבעלת המטען הגנטי".

21. במקרה דידן ההריון הושג בהליך של הפריה חוץ גופית (IVF), תוך פיצול בין הרכיב הפיזיולוגי (נשיאת ההריון) אותו מלאה נ', לבין הרכיב הגנטי (תורמת ביצית) אותו מלאה ת'. מצב דברים זה אינו נכנס בגדר אף אחד מההסדרים החוקיים הקיימים או שהיו קיימים במועדים הרלוונטיים. מכאן גם הצורך באישור של משרד הבריאות (בזמנים הרלוונטיים [תקנות בריאות העם \(הפריה חוץ גופית\)](#), התשמ"ז – 1987 איפשרו השתלת ביצית מופרית באישה רווקה רק אם הביצית היא שלה (ר' תקנה 8(ב)(1)).

לכאורה, לפי המצב החוקי בישראל, צריך היה להגיע למסקנה לפיה אין אפשרות לרשום את ת' כאם נוספת, והיה צריך לדחות את התביעה.

22. דא עקא, במדינת ישראל קיימות שתי אפשרויות, יציר החוק והפסיקה, להכרה בשתי אמהות. האחת, סעיף 13(ג) [לחוק הסכמים לנשיאת עוברים](#) – כאשר האם הנושאת חוזרת בה מההסכם; השניה, אימוץ ע"י בת זוג חד מינית (ע"א 10260/01 ירוס חקק נ' שר הפנים, פ"ד נט(5) 64).

23. גם בענייננו ב"כ היועמ"ש לממשלה אינו מתנגד עקרונית לרישומן של שתי אמהות, אלא שעמדתו היא כי על התובעים לנקוט בהליך של אימוץ על מנת שניתן יהיה להכיר בת' כאמו של הקטין. ת' מתנגדת. לטענתה, לא ברור אם הקטין יכול להיות מוכרז בר אימוץ כלפיה בהיותו בנה הביולוגי, ולא מוכרז הליך של אימוץ בן ביולוגי.

24. בענייננו נ' היא זו אשר בבוא העת ילדה את הקטין (אלמנט פיזיולוגי). לכן היא גם זו שנרשמה במרשם האוכלוסין כאימו של הקטין. כעת, פונים התובעים להכיר באמהותה של ת' החולקת מטען גנטי עם הקטין כאם נוספת, לא בדרך של אימוץ. אך האם יש להכיר בהורותה של ת' כאם נוספת לקטין? זו השאלה אשר לפתחנו.

25. במשפט הישראלי בנוסף להורות הביולוגית (הורות טבעית), ניתן לכוון יחסי הורה – ילד (סטאטוס הורי) בשתי דרכים נוספות:

- (1) אימוץ פורמאלי עפ"י [חוק אימוץ ילדים](#), התשמ"א – 1981;
- (2) צו הורות עפ"י [חוק הסכמים לנשיאת עוברים](#) (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו – 1996.

כפי שנראה להלן אף אחת מדרכים אלה לא מתאים להחלה ישירה על המקרה שלפני.

מנ הכלל אל הפרט

26. בענייננו משרד הבריאות אישר את ההליך משני טעמים מצטברים: האחד, ליקוי הפוריות של נ' (אנדומטריוזיס); השני, התא המשפחתי שמקיימות התובעות. וכלשונה של יועמ"ש משרד הבריאות, עו"ד היבנר הראל: **"איננו רואים מניעה לביצוע התהליך הרפואי ... בשנים לב לכך שאת ובת זוגך מקיימות תא משפחתי – נראה שדי בכך, כי טיפולי ההפרייה, נובעים מליקוי פוריות של אחת מכן, אף אם אין זאת האשה, ממנה ניטלת הביצית" (ר' נ/1).**

אין להתעלם ממשקלם הנכבד של טעמים אלה. בענייננו ברור ונהיר כי ת' אינה מתכוונת להתפרק מזיקותיה ליילוד שיוולד, וכי מדובר ביילוד שיוולד למסגרת ספציפית - תא משפחתי חד מיני קיים.

ב"כ היועמ"ש לממשלה טען לחוסר תום לב וחוסר ניקיון כפיים של התובעות, שלאחר שקיבלו את האישור התנערו מההסכמה. בניגוד לטענת ב"כ יועמ"ש לממשלה, לא מצאתי כי האישור החריג הותנה באימוץ היילוד ע"י "תורמת הביצית". משרד הבריאות רק הבהיר לתובעות כי מבחינה משפטית אין קשר של הורות בין תורמת הביצית ליילוד, וככל שתורמת הביצית תרצה להסדיר מעמדה כאם היילוד, יהא עליה לנקוט בהליך של אימוץ.

אימוץ

27. "אימוץ" מוגדר במילון כ"קבלת ילד זר (לרוב יתום או פליט) לתוך המשפחה על מנת לגדלו כבן משפחה" (א' אבן שושן, **המילון החדש**, כרך ראשון, בעמ' 54). אימוץ יוצר, אפוא, קרבה משפחתית של ילד והורה בין אנשים שלא היו קרובים זה לזה קרבה טבעית (ר' פנחס [שיפמן, דיני המשפחה בישראל](#), כרך ב' עמ' 52). הקרבה הטבעית בה מדובר היא קרבה המבוססת על קשר ביולוגי – קשר הדם. לכן, כאשר הפסיקה הכירה באימהותן של שתי נשים, היא עשתה כן בנסיבות שונות מהמקרה דידן. כך, למשל, בע"א 10280/01 [ירוס חקק נ' שר הפנים, פ"ד נט](#) (5) 64 ביהמ"ש העליון איפשר לשתי נשים לא נשואות שחיו יחד כבנות זוג, לאמץ הדדית כל אחת את ילדיה הביולוגיים של רעותה. קרי, אין קשר ביולוגי בין הילדים לבין בת הזוג

האחרת, ולכן אין הראיה דומה לנדון. גם [בבג"צ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד\(2\) 368](#) נרשמה במרשם האוכלוסין אימהותן של שתי נשים שחיו יחד, אחת מהן ילדה לאחר שהרתה באמצעות תרומת זרע. בהסכמת האם הביולוגית הקטין אומץ ע"י חברתה לחיים (האימוץ נעשה בקליפורניה), ובתעודת הלידה שהונפקה לבן נרשמה האם המאמצת כהורה נוספת. גם כאן אין קשר גנטי בין הקטין לבין האם הנוספת, ולכן אין הראיה דומה לנדון. במקרה שלפני ת' והקטין קשורים זה בזה בקשר דם. הקטין הוא בשר מבשרה של ת', גם אם אינו יוצא חלציה. לכן כלל לא ברור כיצד יכולה ת' לאמצו, האפשרות הנוגדת את השכל הישר וההגיון הבריא.

לדיון נרחב ר' מאמרה של רות [זפרן, אימהות יש גם שתיים](#) הגדרת אימהות לילד [שנולד לבנות זוג מאותו מין](#), דין ודברים כרך ג', תשס"ז – תשס"ח, 351, בעמ' 389.

צו הורות

28. בענייננו מדובר בבנות זוג חד מיניות, [וחוק הסכמים לנשיאת עוברים](#) כלל לא חל עליהן (ר' סעיף 1 לחוק המגדיר בני זוג כ"איש ואישה").

29. המקרה דכאן נופל בין הכסאות. לדעתי, הכרה בת' כאם משפטית נוספת של הקטין חיונית וחיובית, ויש בה כדי לפתור מקרה נקודתי קשה שנוצר בנסיבות מיוחדות.

א. ראשית, הכרה בת' האם הגנטית כאם משפטית נוספת מתיישבת לפחות עם חלק מדעות הפוסקים ההלכתיים. בדיון היהודי חלוקות הדעות בנושא הגדרת אמהות. הפוסקים התחבטו בשאלה אחרי מי מתייחס ולד שנולד מביצית מופרית של תורמת שהושתלה ברחמה של אישה שניה שאינה מסוגלת להרות באופן טבעי. חיפשנו ומצינו ארבע דעות: לפי דעה אחת יש לייחס את הוולד אחר האם גנטית; לפי דעה שניה יש לייחס את הוולד אחר האם היולדת שברחמה גדל העובר; לפי דעה שלישית הולד אינו מתייחס לאף אחת מהן; לפי דעה רביעית הולד מתייחס לשתייהן (ר' פנחס [שיפמן, דיני המשפחה בישראל](#), כרך ב' בעמ' 133 – 134, הערת שוליים מס' 13, הרב שלמה גורן, [תורת הרפואה](#), תשס"א בעמ' 173 – 181). כיום הדעה הרווחת היא שבעלת הביצית היא האם. ולכן הכרה בת' גם מתיישבת עם דעת רוב הפוסקים, וגם רישומה של ת' כאם יימנע מצב של נישואי קרובים.

ב. שנית, הפסיקה מורה לנו לבחון את טובתו של קטין באספקלריה הוליסטית "... על ידי מעגלים רבים של שיקולים אשר במרכזם עומד הקטין. חלקם של השיקולים משקף שיקולים חומריים; חלקם משקף שיקולים רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים. חלקם משקף שיקולים של טווח קצר; חלקם משקף שיקולים של טווח ארוך. חלקם משקף את היחס שבינו לבין הוריו

(הביולוגיים והמאמצים); חלקם משקף את היחס שבינו לבין החברה שבה הוא חי וימשיך לחיות" (כב' הנשיא ברק, [ע"א 10280/01 ירוס חקק נ' שר הפנים, פ"ד נט\(5\) 64, בעמ' 105](#)).

בענייננו מדובר בקטין שחי במסגרת של תא משפחתי חד מיני, יודע כיצד בא לעולם, ומכיר את שתי התובעות כאמהותיו. הכרה בת' כאימו ורישומה ככזו במרשם האוכלוסין ("אמהות אזרחית") תקנה לו וודאות ובטחון מבחינה נפשית, חברתית וכלכלית. לעניין זה ר' [בג"צ 10533/04 בן ארי נ' שר הפנים](#), ניתן ביום 28.6.11, פורסם במאגר המשפטי נבו, פסקה 21:

"פסק דין המצהיר על אבהות הינו פסק דין חפצא – In Rem – כאשר כל הגורמים הרלוונטיים היו צדדים להליך, לרבות הקטין עצמו ([ע"א 431/80 רוזנברג נ' חזן, פ"ד לה\(2\) 742, 746 ואילך \(1981\)](#)) (להלן: ענין רוזנברג)). כוחו של פסק דין כזה יפה כלפי כל העולם כולו, שהרי: "משניתנה הכרעה חפצית, היא תלווה את נושא ההתדיינות (res) בכל הליך משפטי שבו תעלה שאלת מעמדו, בלא כל קשר לזהות הצדדים המתדיינים, לאמור, אם היו צדדים להליכים שבהם ניתנה הכרעה אם לאו" (נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי 505 (1991)). אכן, "לקביעת האבהות יש השלכות ותוצאות מעבר לקביעה זו עצמה ומעבר לזכויות וחובות שבין הקטין לבין מי שהוכר או הוצהר כאביו. ... מעבר לכך כרוכות בהכרת האבהות בעיות נוספות, הנגזרות מעצם ההכרה, כי פלוני הוא אביו של הקטין, ובין היתר לענייני ירושה, אפטרופסות, אימוץ, כשרות יוחסין וכדומה עניינים, שאין הכרח למצותם כאן" (ענין רוזנברג, בעמ' 750-751)

וראה גם [ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט\(2\) 578, בעמ' 597-601](#);

האינטרס של הקטין, אפוא, הוא להכרה משפטית בהורותה של ת', ודווקא לא באמצעות צו אימוץ (הכרה באמצעות אימוץ אין בה כדי להקנות לקטין את כל הזכויות שיכול לקבל מעצם היותו בנה הרשום של האם הגנטית (ר' למשל סעיף 16 [לחוק הירושה](#), התשכ"ה - 1965).

מבחינת ההיבט של טובת הילד זהו פתרון פרגמטי, צודק, ראוי ורצוי. פתרון זה יעגן את יחסי ההורות והקרבה השוררים והקיימים ביניהם ממילא. פתרון זה משתלב גם עם טובתה הכללית של החברה (מניעת נישואי קרובים).

ג. שלישית, פתרון כאמור גם יאפשר לת' לממש את זכותה להורות - זכות יסוד, הנתפסת כזכות טבעית, ככזו הנובעת מהאנושיות שלנו, וכזכות החשובה לכבוד האדם או

למימוש אישי והגשמה עצמית. בעניין זה ר' דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"צ [10533/04](#) **איל ויס נ' שר הפנים**, ניתן ביום 28.6.11, פורסם במאגר המשפטי נבו:

"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".

וידגש, בנסיבות בהן המדינה בחרה לסייע, בוודאי אינה יכולה כעת לבוא ולטעון כנגד התובעים טענה של חוסר תום לב וחוסר נקיון כפיים, ובמיוחד לא כלפי הקטין. טענה כזו בוודאי לא יכולה לעמוד כנגד הזכות להורות, עליה אמר כב' השופט חשין בבג"צ [2458/01](#) **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נו (1) 419, 447:

"... היא ביסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה"

30. התובעות הוסיפו וטענו כי דחיית התובענה תפלה אותן לרעה בשל נטייתן המינית. לטענתן, גבר כלשהו שהיה טוען לאבהות היה נרשם במרשם האוכלוסין על בסיס זיקה גנטית. טענה זו אין בידי לקבל, שכן ידועים מקרים בהם חרף הזיקה הגנטית האב הגנטי אינו מוכר כאב המשפטי, כאשר אין זו טובתו של הקטין.

31. המוטעם מהמקובץ, אני סבורה כי יש להכיר בהורותה של ת'. יחד עם זאת, אינני סבורה כי יש להכיר בדבר באופן אוטומטי. לדעתי יש לשאוב השראה לעניין זה **מחוק הסכמים לנשיאת עוברים**, באופן שיוגש תסקיר דומה לתסקיר התומך בבקשה למתן צו הורות, ובמסגרתו תחוה פק"ס עמדתה לעניין טובת הילד.

32. לאור האמור לעיל מתייחד הצורך לדון בטענות הנוספות של הצדדים.

33. למעלה מהצורך, אך לא למעלה מהנצרך- אני ערה לכך שלפסיקתי יש השלכות מהותיות ומשמעותיות לא רק על בהיבט של הגורמים להליך אלא גם בהיבט הציבורי הכללי (ר' ע"א [431/80 רוזנברג נ' חזן](#), פ"ד לה (2) 742, 746). בעניין זה ראה בבג"צ [10533/04](#) **אילן ויס נ' שר הפנים**, [פורסם בנבו] ניתן ביום 28.6.11 פסקה 3, שם קבעה כב' השופטת פרוקצ'יה: **"נתוני ההורות המתייחסים לקטין נושאים עימם מטען ערכי, חברתי ומשפטי חשוב ביותר"**. יחד עם זאת, פסק הדין אינו מתיימר להכיר בתא משפחתי חדש והוא מוגבל לנסיבותיו המיוחדות.

סוף דבר

34. אשר על כן אני קובעת כדלקמן:

- א. בשל העדרו של מנגנון חוקי אחר, ולאור קביעתי בסעיף 31 לעיל, אני מורה לעו"ס לפי [חוק הסכמים לנשיאת עוברים](#) (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו – 1996 להגיש לביהמ"ש בתוך 30 ימים תסקיר האם טובתו של הקטין ברישום ת' כאם נוספת לקטין.
- ב. לאחר קבלת התסקיר אקבע את המשך הדיון בתיק.
- ג. פסק הדין החלקי מותר לפרסום בהשמטת שמות ופרטים מזהים.
- ד. המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, י' אדר תשע"ב, 04 מרץ 2012, בהעדר הצדדים.

עליסה מילר 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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