



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4635/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ג' קרא

העותרות: 1. רוית צור-וייסלברג  
2. אורלי וייסלברג-צור  
3. האגודה לשמירת זכויות הפרט

נ ג ד

המשיבים: 1. מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים  
2. שר הפנים

התנגדות לצו על-תנאי

תאריך הישיבה: י"א באב התשע"ח (23.07.2018)

בשם העותרות: עו"ד חגי קלעי

בשם המשיבים: עו"ד נחי בן אור

### פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. בעתירה הוצא צו על-תנאי, שכוון אל המשיבים, והורה להם לבוא וליתן טעם: מדוע המשיב 1 לא ירשום ילדים של בנות זוג מאותו מין, כילדים של שתי בנות הזוג, על-פי הודעה בדבר לידה, כאמור בסעיף 6, או 19(ב) לחוק מרשם אוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם);  
מדוע המשיב 1 לא יקבע כי הביטוי: "שם האב", המופיע בסעיפים 21-22 לחוק המרשם, יפורש ככולל גם: "אם";

לחילופין מדוע לא תורחב האפשרות לרשום "אם נוספת" כהורה של הילוד במשמעות סעיף 6 הנ"ל – זאת על פי הודעה, או באמצעות מתיחת ההסדר הסטטוטורי בדרך של: "Reading-in".  
(פירוט והתפתחויות נוספות – ראו בפסקה 17 ואילך שלהלן).

2. בד בבד עם הגשת העתירה, העותרות הגישו גם בקשה לצו ביניים, במסגרתה ביקשו כי נורה למשיב 1 לרשום ברישום זמני את הילד (שנולד לאחר הגשת העתירה, כמתואר בפסקה 4 שלהלן) כבן של העותרות 1-2 – עד להכרעה בעתירה.

בתאריך 09.06.2016 כב' השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן דחה את הבקשה למתן צו ביניים.

3. להלן יובאו הנתונים הנדרשים להכרעה בעתירה.

רקע עובדתי

4. כעולה מן העתירה, העותרות 1-2 הן בנות זוג מאותו המין, שבחרו להקים תא משפחתי משותף ולהביא במסגרתו ילד לעולם. לשם כך העותרות 1-2 נעזרו בתרומת זרע, והעותרת 1 נשאה את ההריון במועד הגשת העתירה (כאשר לאחר הגשת העתירה, נולד הילוד בשעה טובה ומוצלחת).

העותרת 3 היא עמותה הפועלת לקידום שוויון זכויות והזדמנויות עבור קהילת הלהט"ב.

5. העותרת 3 פנתה למשיבים במכתב מקדים בתאריך 25.04.2016, בגדרו הסבירה מדוע לטעמה יש לקבוע כי פקיד הרישום ירשום בנות זוג מאותו מין כהורות – על בסיס הודעה משותפת. למכתב כותבה גם מנהלת מחלקת הבג"צים, בתקווה כי יתקיים הליך של "קדם-בג"ץ", אשר ייתר את הצורך בפניה לערכאות.

6. בהמשך לכך, בתאריך 15.05.2016, העותרות 1-2 פנו למשיבים בבקשה להסדיר את רישום ילדן על בסיס הודעתן המשותפת, וציינו את דחיפות העניין, בשל מועד הלידה, אשר היה אז קרוב.

המשיבים לא ענו למכתבים הנ"ל, ואילו מנהלת מחלקת הבג"צים השיבה, בתאריך 17.05.2016, כי אין מדובר בסוג ההליכים שבהם נערך "קדם-בג"ץ".

7. נוכח האירועים המתוארים לעיל – בתאריך 09.06.2016 הוגשה העתירה שבפנינו (על התפתחויות נוספות – ראו בפסקאות 17 ואילך שלהלן).

#### טענות העותרות

8. לטענת העותרות, מדיניות המשיבים פוגעת בזכותן לשוויון. העותרות יוצאות כנגד היחס השונה הניתן, לגישתן, לזוגות הטרוסקסואלים ולזה הניתן לזוגות בני אותו מין, אשר מהווה, לשיטתן, הפליה על רקע של נטייה מינית: זוגות הטרוסקסואלים יכולים לרשום את ילדם על בסיס הודעה בלבד (למעט במקרים בהם האישה נשואה בזמן הלידה לאדם שאיננו האב המוצהר), ואילו זוגות בני אותו מין יכולים להירשם כהורים רק בדרך של הצגת צו הורות פסיקתי, או צו אימוץ.

יתרה מכך, העותרות מציינות כי זוגות הטרוסקסואלים, שנעזרים בתרומות זרע, אינם נדרשים לעבור הליך של קבלת צו הורות כדי לרשום את ילדם, על אף שבמקרים האלה האב נעדר זיקה לילד, בדומה לבת הזוג של האם שילדה.

9. העותרות טוענות עוד כי מדיניות המשיבים פוגעת גם בזכותן לחיי משפחה, שכן דרישת קיומו של הליך לקבלת צו הורות, או אימוץ יוצרת פרק זמן, בו למי שמבקשת שתוכר כהורה – אין זיקה משפטית לילד.

יתר על כן, העותרות גורסות כי המצב המשפטי הקיים פוגע גם בטובת הילד, אשר נמצא במצב של "פיצול סטטוס", כאשר בתקופה שבין לידתו לבין רישום אמו הנוספת – יש לו שתי אימהות בפועל, אולם לאחת מהן אין לו קשר משפטי, ועל כן רק האם המוכרת על-פי דין יכולה לדאוג לו בהליכים מול צדדים שלישיים.

10. בהמשך לאמור לעיל, העותרות גורסות כי יש לפרש את המונח: "אב", המופיע בסעיפים 21-22 לחוק המדרשם, כחל על זכר ונקבה כאחד, באופן שיאפשר לרשום שתי אימהות לילד – על-פי הודעתן המשותפת. בגדר כך, לשיטת העותרות, לשון החוק מאפשרת את הפרשנות המוצעת, והאפשרות לרשום שתי אימהות על בסיס הודעה עולה בקנה אחד עם תכלית חוק המדרשם – לנהל **מרשם אוכלוסין** המשקף את המציאות, ולהסדיר רישום של ילדים באופן יעיל ופשוט, תוך מניעת חשש לממזרות. העותרות

טוענות כי מקום בו לשון החוק ניתנת להבנה במספר דרכים, יש לפרשה באופן התואם את המסגרת החוקתית, ועל כן – יש להעדיף את הפרשנות לפיה ניתן לרשום ילד על-פי הודעה של השתיים שמבקשות להיות מוכרות כאימהותיו, משום שנקיטה בדרך זו תמנע פגיעה בזכויותיהן החוקתיות.

11. ביחס לצו ההורות הפסיקתי – העותרות מדגישות כי מדובר בצו הצהרתי גרידא, אשר מבהיר את קיומו של הקשר ההורי הנוצר עם לידת הילד. המשמעות היא, לטענתן, שהצו הנ"ל איננו מכונן את הקשר ההורי, אלא רק מכיר בו.

12. העותרות מעלות טענות גם ביחס להליך הנדרש לקבלת צו הורות פסיקתי: לשיטתן מדובר בהליך משפיל, שעלותו הכלכלית היא גבוהה נוכח הצורך בליווי משפטי. כמו כן ההליך כרוך בעמימות ובאי ודאות, ויוצר עומס מיותר על ערכאות המשפט ושירותי הרווחה, אשר נדרשים לבקשות, שלרוב מתקבלות.

13. ביחס לסעד המבוקש – העותרות מבקשות כי חוק המרשם יפורש בצורה המאפשרת רישום ילד לבנות זוג מאותו מין על-פי הודעה משותפת מטעמן. באם אפשרות זו תידחה, העותרות מבקשות סעד של הרחבת ההסדר (בדרך של: "Reading-in"), כך שיהיה ניתן לרשום ילד על-פי הודעת בנות זוג מאותו מין.

טענות המשיבים

14. המשיבים טענו בתגובתם המקדמית לעתירה כי אין עילה להתערבות, ולכן דין העתירה להידחות.

בגדר כך, לטענת המשיבים, רישום פרטים במרשם האוכלוסין הנוגעים להורות מתבסס על קיום קשר ביולוגי בין ההורים לילד. בנסיבות העניין – אין קשר ביולוגי בין העותרת 2 לבין הילד שנולד, ולכן מעמדה כאם טעון הליך משפטי, אשר יכונן את ההורות המשפטית. לאחר הליך זה, תהיה בידי העותרת 2 תעודה ציבורית הנדרשת לצורך רישומה כאם, וזאת לפי סעיף 19ב(א) לחוק המרשם.

15. עוד טוענים המשיבים כי צו ההורות הפסיקתי הינו צו מכונן, אשר יוצר את יחסי ההורות, בדומה להליך למתן צו הורות הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות).

16. ביחס לטענת העותרות להפליה, המשיבים גורסים כי יש שוני רלבנטי בין אב, שיש לו זיקה ביולוגית לילד, אשר יכול להירשם על בסיס הודעה בלבד, לבין העותרת 2, שאין מחלוקת שהיא נעדרת זיקה ביולוגית לילד.

התפתחויות נוספות

17. בתאריך 03.08.2016 התקיים דיון ראשון בעתירה. לאחר שמיעת טענות הצדדים – הוצא צו על-תנאי, אשר קבע כדלקמן:

“על יסוד עתירה זו שהובאה היום לפני בית-משפט זה, מצווה בית המשפט כי יצא מלפניו צו על-תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם:

א. מדוע לא ירשום המשיב 1 ילדים של בנות זוג בנות אותו המין כילדים של שתי בנות הזוג על פי הודעה בדבר לידה כאמור בסעיף 6, או בסעיף 19ב(ב) לחוק מרשם אוכלוסין, התשכ״ה-1965 (להלן: חוק מרשם אוכלוסין).

ב. מדוע לא ייקבע כי הביטוי “שם האב” בסעיפים 21 ו-22 לחוק מרשם אוכלוסין יפורש ככולל גם “אם”.

ג. ולחילופין, ככל שימצא על ידי בית המשפט כי הביטוי “אב” כאמור משמעו הגבלת זכאותן של בנות זוג בנות אותו המין לרשום “אם” נוספת על פי הודעת ההורים, מדוע לא יורחב ההסדר בדרך של Reading-in, או בדרך של הכללת “אם” נוספת כהורה של הילוד במשמעות האמור בסעיף 6 לחוק מרשם אוכלוסין.

המשיבים יגישו תשובתם, אם רצונם בכך, תוך 60 ימים מיום המצאת כתב זה, לבית המשפט ולבעלי הדין ישירות.”

18. לאחר הארכות מועד אחדות שניתנו למשיבים – אלה הגישו, בתאריך 06.12.2016, תצהיר תשובה מטעמם לביסוס ההתנגדות לצו על-תנאי. בגדר כך, המשיבים שבו על עמדתם לפיה דין העתירה להידחות, והדגישו כי לפי סעיף 19ב(א) לחוק המרשם, רישום של שתי אימהות יבוצע על סמך הצגת תעודה ציבורית בלבד. הטעם לכך הוא שרישום פרטים במרשם האוכלוסין הנוגעים להורות מתבסס, לרוב, על זיקה ביולוגית בין הורים לילדים, בכפוף לאפשרות של קביעת הורות משפטית. נוכח העובדה שבנסיבות העניין – אין קשר ביולוגי בין העותרת 2 לבין הילוד, נדרש הליך משפטי

שיכונן את ההורות שלה, ורק לאחריו היא תוכל להציג לפקיד הרישום תעודה ציבורית ולהירשם כאם.

19. ביחס לאפשרות להירשם כהורה על בסיס הודעה בלבד, המשיבים גורסים כי אפשרות זו רלבנטית רק למקרים בהם מדובר בהודעה בדבר הורות ביולוגית, והמקרה דנן איננו כזה, כאמור.

20. ביחס לטענת ההפליה שהועלתה מפי העותרות, המשיבים מדגישים כי פקיד, אשר מבצע רישום על סמך הודעה בלבד, יוצא מנקודת הנחה שקיימת זיקה ביולוגית – ועל כן קיים כאן שוני רלבנטי. יתרה מכך, אם מתעורר ספק באשר לזיקה ביולוגית של מי שמבקש להירשם כאב, בין היתר בשל שימוש בתרומת זרע – הפקיד רשאי שלא לבצע רישום, והוא עשוי לדרוש הצגת תעודה ציבורית.

עוד טוענים המשיבים כי גם אם קיימת אי נוחות מסוימת בהליך של בקשת צו הורות פסיקתי – לא ניתן להסיק מכך על חוסר חוקיות, או חוסר סבירות של ההליך הנ"ל.

21. ביחס לטענת העותרות לפגיעה בטובת הילד בשל "פיצול סטטוס" בתקופת הביניים שעד לאישור צו ההורות – לטענת המשיבים נוכח העובדה שצו ההורות הפסיקתי הוא שמכונן את ההורות, דווקא רישום ילד על סמך הודעה בלבד, בהיעדר קשר ביולוגי, או צו הורות מכונן – הוא שעלול ליצור "פיצול סטטוס", שכן הרישום (שמעיד על הורות) לא ישקף את המציאות (של היעדר קשר ביולוגי בין אחת האימהות לילד).

22. המשיבים מתייחסים לשלושת ראשי העתירה, אליהם הופנה הצו על-תנאי שהוצא, וגורסים איפוא כך:

א. ביחס לראש הראשון של העתירה, העוסק ברישום על-פי הודעה בדבר לידה לפי סעיף 6, או סעיף 19(ב) לחוק המרשם, נטען כי הפרטים המופיעים בתעודת הלידה מעוגנים בתקנות, שאושרו על-ידי ועדה של הכנסת, ותקנות אלה אינן מאפשרות רישום של שתי אימהות. יתר על כן, לממלא טופס ההודעה בדבר לידה אין כח מכונן לעניין זה, וממילא – גם אם הייתה מופיעה בתעודת הלידה התייחסות לאם הנוספת – אין הדבר מחייב את פקיד הרישום, שכן בסמכותו לדרוש הצהרות נוספות, במידת הצורך, ואף לסרב לרשום במקרים בהם יש לו יסוד סביר להניח שהודעה שנמסרה לו איננה נכונה, או מדויקת (ובהקשר זה בקשת רישום של שתי אימהות מעוררת ספק בדבר הזיקה

הביולוגית בין בת הזוג של האם היולדת לבין הילוד). לפיכך הוא רשאי בנסיבות אלו לדרוש הצגת תעודה ציבורית.

ב. ביחס לראש השני של העתירה, אשר מתייחס לאפשרות לפרש את המונח: "שם האב", המופיע בסעיפים 21-22 לחוק המרשם, ככולל גם "אם" – נטען כי פרשנות מוצעת זו מנוגדת להנחת היסוד לפיה קיימת זיקה ביולוגית במקרים של רישום, על בסיס הודעה בלבד. זאת ועוד: לטענת המשיבים סעיף 22 לחוק המרשם נועד להתמודד עם חשש מפני ממזרות – שיקול, אשר איננו רלבנטי לנסיבות המקרה שבפנינו.

ג. באשר לראש השלישי של העתירה, המתייחס לאפשרות להרחיב את ההסדר של רישום על בסיס הודעה כך שיחול גם על שתי אימהות, או לכלול אם נוספת במשמעות סעיף 6 לחוק, נטען כי גם אם יורחב ההסדר – אין בכך כדי לחייב את פקיד הרישום לבצע רישום, מקום בו מתעורר בקרבו ספק באשר לאמיתות ההודעה, או תעודת הלידה. יתר על כן, המשיבים גורסים כי בנסיבות הללו – אין מדובר בפגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד של העותרות, ועל כן ממילא אין מקום לעשות שימוש בטכניקה של: "Reading-in".

23. בתאריך 17.05.2017 התקיים דיון שני בעתירה, במתכונת של התנגדות לצו על-תנאי שהוצא, ובסופו הוחלט, בין היתר, כי העותרות יגישו הודעת עדכון מטעמן, ובגדרה יבהירו האם הן עומדות על עתירתן במתכונתה הקיימת. לאחר הארכות מועד שניתנו להן, העותרות הגישו בתאריך 19.09.2017 הודעת עדכון, בה הן ביקשו להתמיד בעתירתן ושבן על טענתן להפליה בין בנות זוג מאותו מין לבין בני זוג הטרוסקסואלים, אשר נעזרים בתרומת זרע.

24. בתאריך 01.01.2018 העותרות הגישו, בעקבות החלטה שהורתה להן לעשות כן, הודעה מעדכנת נוספת, במסגרתה הן חזרו שוב על טענתן כי צו ההורות הפסיקתי הוא הצהרתי, והוסיפו לגרוס כי אין לקבל את טענת המשיבים לפיה פקיד הרישום רשאי לסרב לרשום שתי אימהות, שכן במקרה כזה מתעורר בקרבו חשש שהתעודה הציבורית איננה נכונה. השגתן של העותרות בהקשר זה מבוססת על ההלכה הפסוקה, שקבעה, לטענתן, כי תא משפחתי של שתי אימהות אמור להיות מוכר לפקיד הרישום, ולפיכך אין לו שיקול דעת לסרב לרשום המבוקש בסיטואציה שכזו.

25. בתאריך 11.07.2018 הוגשה הודעה מעדכנת נוספת מטעם העותרות על פי בקשתן, בהתאם להחלטה שנתנה להן רשות לעשות כן. במסגרת זאת, הוסיפו וטענו

העותרות, בין היתר, כי במקרה בו בנות הזוג רשומות כנשואות, יש לבצע רישום של בת הזוג כאם נוספת באופן אוטומטי, כפי שנעשה ביחס לאב הנשוי לאישה שילדה (אף שניתנה לה תרומת זרע מאחר).

26. בתאריך 18.07.2018 הוגשה הודעת עדכון מטעם המשיבים (בעקבות מה שנטען על-ידי העותרות, כמובא לעיל), בגדרה נמסר כי טופס ההכרה באבהות, הקיים מכוח נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין (נוהל מס' 2.2.2007) (להלן: נוהל הוספת פרטי אב לקטין), עליו נדרש אב לחתום כדי להירשם לפי סעיף 21 לחוק המרשם (להלן: טופס הכרה באבהות), **תוקן**, כך שכיום בני זוג המבקשים לרשום את הגבר כאב נדרשים להצהיר כי בן הזוג הוא אביו הביולוגי של הילוד.

27. בתאריך 22.07.2018 הוגשה תגובה מטעם העותרות להודעת המשיבים הנ"ל. העותרות התייחסו, בין היתר, לשינוי טופס ההכרה באבהות, וטענו כי הצהרה על "הורות ביולוגית" מתפרשת בקרב כל הורה כהצהרה על הורות שאיננה אימוץ, ועל כן השינוי איננו מרפא, לשיטתן, את ההפליה הנתענת. עוד הן גרסו כי גם אם ההצהרה הייתה על זיקה גנטית ועל אי שימוש בתרומת זרע – למשיבים אין סמכות להגביל את האפשרות להצהיר על הורות מכוח סעיף 21 לחוק המרשם באמצעות שינוי טופס, שהותקן כחלק מסמכויות עזר, ומבלי שההגבלה תכתבטא בחוק המסמיך.

28. בתאריך 23.07.2018 התקיים בפנינו דיון שלישי בעתירה, בגדרו חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם, ונאמר לנו מטעם המשיבים כי הוקם על-ידי שר הרווחה צוות מקצועי, אשר אמור להגיש המלצות לעניין התנאים המהותיים לקבלת צו הורות פסיקתי (להלן: הצוות המקצועי, או: הצוות). עוד נמסר לנו כי עבודת הצוות נמצאת בשלבי סיכום.

בסוף אותו דיון הורינו, בין היתר, למשיבים להגיש הודעת עדכון, שבגדרה יודיעו האם יש להם נכונות לאמץ אחת מן ההצעות השונות שהועלו בדיון לצורך הגמשת הליך קבלת צו ההורות הפסיקתי, וכי לעותרות תהיה זכות להגיב על הודעה זו.

29. בהתאם להחלטה הנ"ל ולהארכות מועד שניתנו – המשיבים הגישו בתאריך 04.09.2018 הודעת עדכון מטעמם. בגדר כך נמסר כי הצוות המקצועי, אשר בראשותו עומדת ד"ר טלי בורלא, עובדת סוציאלית, מפקחת ארצית/משפחות חדשות ופונדקאות בשירות למען הילד, הוקם באפריל 2018 וכולל עורכי דין ועובדים סוציאליים. עוד נמסר



כי הצוות צפוי לסיים את עבודתו באוקטובר 2018 ולהגיש את המלצותיו לשרים הרלבנטיים, כאשר אלה בתורם ימציאו את עמדתם – לעיון היועץ המשפטי לממשלה. יתר על כן, המשיבים ציינו כי העותרות מפנות את טענותיהן בעתירה זו כנגד עצם הצורך לקבל צו הורות פסיקתי, ולא לתנאים הדרושים לשם קבלת הצו הנ"ל, ולכן – מסקנות הצוות המקצועי אינן מעלות או מורידות בענייננו. לסיום, המשיבים חזרו וטענו כי יש לקבל את ההתנגדות, לבטל את הצווים על-תנאי שהוצאו ולדחות את העתירה.

30. לאחר עיון בהודעה הנ"ל ובתגובת העותרות לה, שהוגשה בתאריך 09.09.2018, יצאה מטעמנו החלטה בתאריך 17.09.2018 שנוסחה כדלקמן:

1. המשיבים יגישו הודעת עדכון מטעמם ביחס לעבודת הצוות המקצועי, הנזכרת בהודעה מטעמם שבכותרת, עד לתאריך 31.10.2018.

2. העותרות יהיו רשאיות להגיב להודעה הנ"ל עד 15 ימים מעת קבלת הודעת העדכון הנ"ל לידיהן.

3. יושם אל לב כי למעט ההודעות הנ"ל, נראה לכאורה שהתיק בשל למתן פסק דין במכלול.

31. בהתאם להחלטה הנ"ל ולהארכת מועד שניתנה להם – המשיבים הגישו בתאריך 07.11.2018 הודעת עדכון מטעמם, בגדרה נמסר כי עבודת הצוות המקצועי הושלמה, ובתאריך 04.11.2018 הועבר דו"ח הצוות המקצועי והמלצותיו לשר הרווחה והשירותים החברתיים ולשרת המשפטים. עוד צוין כי לאחר שקילת ההמלצות הנ"ל על-ידי השרים הרלבנטיים, יובא העניין לבחינה אצל היועץ המשפטי לממשלה.

32. בתאריך 13.11.2018 הוגשה תגובת העותרות להודעת המשיבים הנ"ל. במסגרת זו התבשרנו כי ביני לביני נולדה בשעה טובה ומוצלחת גם בת לזוג העותרות 1 ו-2 מהריון אותו נשאה העותרת 2 (לאחר שאת הבן, אשר נולד כאמור לאחר הגשת העתירה, נשאה העותרת 1). גם בפעם זו סירבו נציגי המשיבים לאפשר לעותרות להירשם יחד כאימהותיה של התינוקת, והסתפקו בציון "הערה" כי העותרת 1 היא בת הזוג של העותרת 2.

33. במקביל לאמור לעיל התנהל בבית משפט זה תיק שדן, בין היתר, במשמעותו של צו ההורות הפסיקתי (אם הוא הצהרתי, או מכונן) ובתאריך 03.02.2020 ניתן בו פסק

דין (ראו: בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (03.02.2020) (להלן: עניין פלוני)).

בתאריך 12.02.2020 הוחלט כי הצדדים יתייחסו לפסק הדין בעניין פלוני, ככל שיש לו השלכה על התיק שבפנינו, אם בכלל, וכי בתוך כך, המשיבים יעדכנו אם חלו התפתחויות כלשהן נוכח סיום עבודת הצוות המקצועי.

34. בהתאם להחלטה הנ"ל, המשיבים הגישו בתאריך 13.03.2020 הודעה מעדכנת מטעמם, בגדרה מסרו, בין היתר, כי בהמשך להעברת דו"ח הצוות המקצועי והמלצותיו לשר הרווחה והשירותים החברתיים ולשרת המשפטים, בתאריך 10.02.2019 שר הרווחה הודיע כי הוא יאמץ את ההחלטות הנ"ל, וכי העניין הובא לבחינת היועץ המשפטי לממשלה. לאחר בירור ובדיקה – היועץ המשפטי לממשלה החליט כי עמדת המדינה בהליכים משפטיים תשקף את המלצות הצוות. בעקבות החלטה זו, יו"ר הצוות המקצועי הכינה תקציר של המלצות, שצורף לעיוננו כנספח, והודע לנו כי התקציר מוגש לבתי משפט שונים בהליכים תלויים ועומדים, הנוגעים לצווי הורות פסיקתיים. עם זאת, המשיבים הדגישו כי לעמדתם – להמלצות הצוות המקצועי אין השלכה ישירה על העניין שבפנינו.

באשר לעניין פלוני – המשיבים ציינו כי אותה פרשה עסקה בתחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי, הניתן בהקשר להליכי פונדקאות שנערכים בחו"ל, ולפיכך מדובר בהקשר שונה מזה שעומד בפנינו. עם זאת, נטען כי עניין פלוני הולם את עמדת המשיבים באשר למעמדו של צו ההורות הפסיקתי כצו מכונן, ולא הצהרתי. לפיכך, המשיבים גרסו כי פקיד הרישום לא יכול לבצע רישום בנסיבות העניין שבכאן על בסיס הצהרה בלבד, שכן יש צורך לכונן את ההורות באמצעות צו שיפוטי, ורק לאחר מכן ניתן יהיה לרשום אותה במרשם האוכלוסין. עוד טענו המשיבים כי עניין פלוני תומך גם בעמדתם כי סוגיות כגון אלו שבפנינו – צריכות להיות מוכרעות בזירה החקיקתית. לבסוף צוין כי בפני בית משפט זה תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף בעניין פלוני (דנ"א 1297/20).

35. לאחר הארכת מועד שאושרה להן, העותרות הגישו בתאריך 29.03.2020 הודעה מעדכנת מטעמן. בתוך כך נטען כי עניין פלוני עוסק בסוגיות שונות מאלה שבפנינו:

במישור הנסיבות – נטען כי עניין פלוני עסק בשאלת מעמד ההורים לאחר ביצוע הליך פונדקאות בחו"ל, הליך בו מעורב צד שלישי ידוע, לעומת המקרה בענייננו, שעוסק בתרומת זרע מתורם אנונימי בישראל.

במישור הסעד המבוקש – העותרות גורסות כי בעניין פלוני נדונה מהותו של צו ההורות הפסיקתי, לעומת העניין שבפנינו, שעוסק בסוג שיקול הדעת שרשאי פקיד המרשם להפעיל בכואו לרשום ילוד בישראל.

במישור הדין – לטענת העותרות בעניין פלוני דובר על הליך לקבלת צו הורות פסיקתי, אותו נדרשים לבצע, על פי הפרקטיקה, כלל ההורים לאחר הליך פונדקאות בחו"ל – זוגות הטרוסקסואלים וזוגות מאותו מין כאחד. לעומת זאת, בענייננו, זוג הטרוסקסואלים הנעזרים בתרומת זרע אינם נדרשים לבצע הליך של קבלת צו הורות פסיקתי, ואילו בנות זוג מאותו המין נדרשות לעבור הליך זה. בתוך כך, נטען גם כי בעניין פלוני ההפליה היא במישור התוצאתי בלבד, שכן שיעור הגברים ההומוסקסואלים מכלל הנדרשים להליכי פונדקאות הוא גבוה, ואף בפסק הדין שם לא נדונה טענה להפליה, ואילו בעניין שבפנינו ההפליה מצויה בליבת ההליך.

העותרות הוסיפו וטענו כי אף אם ייקבע שעניין פלוני רלבנטי להליך שבפנינו – יש בו דווקא כדי לתמוך בעמדתן, שכן נקבע שם כי ההסדר החל על הורים בני אותו מין צריך לשאוף להידמות להסדר החקיקתי החל על הורים הטרוסקסואלים.

לבסוף, אף העותרות ציינו כי הוגשה בקשה לקיום דיון נוסף בעניין פלוני, והוצגה התייחסות לעניין זה לגופו, אשר פירוטה איננו נדרש כאן.

36. לאחר שתיארתי את הטענות ואת ההתפתחויות במכלול – אעבור עתה לליבון הדברים.

דיון והכרעה

37. בעקבות עיון במכלול החומר הרב שבתיק ושמיעת טיעוניהם של באי-כוח הצדדים בדיונים שהתקיימו בפנינו – הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להידחות, ועל הצו על-תנאי להתבטל, בכפוף לאמור בפיסקאות 47-48 ו-55 שלהלן. נימוקיי למסקנה זו יובאו מיד בסמוך. תחילה, אפרוס את המסגרת הנורמטיבית הרלבנטית לענייננו, ולאחר מכן איישמה על נסיבות המקרה שבפנינו.

38. סעיף 2(א) לחוק המרשם מורה אילו פרטים הנוגעים לתושב המדינה יירשמו במרשם, וסעיף 2(א)(2) לחוק זה קובע כי בין פרטים אלה יכללו גם: "שמות ההורים". סעיף 2(א)(9) לחוק המרשם קובע כי יירשמו אף: "שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם". סעיף 3 לחוק המרשם מורה כי: "הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראייה לכאורה לנכונות פרטי הרישום...".

39. סעיפים 6(א), 19ב, 21 ו-22 לחוק המרשם מסדירים את הרישום הראשוני של ילד שבא לעולם, ועתה נפרטם:

(א) סעיף 6 לחוק המרשם עוסק בהודעה על לידה בישראל, וקובע כך:

6. "א) הודעה על לידה שאירעה בישראל תימסר לפקיד רישום תוך עשרה ימים; ההודעה תימסר על ידי האחראי על המוסד שבו ארעה הלידה, או – על ידי הורי הילוד, הרופא והמיילדת שטיפלו בלידה – אם אירעה במקום אחר; ההודעה תכלול את פרטי הרישום של הילוד ופרטים אחרים שייקבעו בתקנות, באישור ועדת הפנים של הכנסת."

בהמשך לאמור בסעיף הנ"ל, תקנות מרשם האוכלוסין (פרטי רישום נוספים בהודעת לידה או פטירה), התשכ"ט-1968 ותקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעת לידה ופטירה), התשל"ב-1972 קובעות את הפרטים שיכללו בהודעה על לידה.

(ב) סעיף 19ב לחוק המרשם עניינו ברישום פרט של תושב הנרשם לראשונה, והוא מורה כדלקמן:

19ב. (א) "פרט רישום של תושב הנרשם לראשונה יירשם על פי תעודה ציבורית שהוצגה לפקיד הרישום, ובאין תעודה כזאת – על פי הודעה שנמסרה לפי הסעיפים 5 עד 14.

(ב) 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."

בתוך כך, סעיף 19א לחוק המרשם מורה כי "תעודה ציבורית" מוגדרת כמשמעותה בפקודת העדות. פקודת העדות הוחלפה בפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, ובה נאמר כך:

"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);

ג) זאת ועוד: סעיפים 21-22 לחוק המרשם מעגנים הסדר נורמטיבי ביחס לרישום אביו של הילד ומורים כדלקמן:

21. "שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד, או על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך.

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."

הנה כי כן, בנקודה זו, הדין החל על זוגות הרשומים כנשואים הינו שונה מזה שחל על זוגות שאינם רשומים כנשואים.

40. כפי שעולה מהחומר שהוגש לנו על ידי הצדדים – סעיף 22 לחוק המרשם פורש כך שזוגות הרשומים כנשואים יכולים לרשום את ילדם באופן אוטומטי. כך עולה גם מסעיף 4.1 לנוהל הוספת פרטי אב לקטין, הקובע כדלקמן:

"במקרה בו שני ההורים אזרחי ישראל או תושביה – והם רשומים כנשואים באופן כזה שחל סעיף 22 לחוק מרשם

האוכלוסין, ככלל ירשם בעלה של האם היולדת כאבי הילוד".  
 (עיינו גם: בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פ"ד סד(3) 807, 823 (2011) (להלן: עניין ויס)).

בשונה מכך, בבואם של בני זוג הטרוסקסואלים שאינם רשומים כנשואים להירשם כהורים מכוח סעיף 21 לחוק המרשם ("הודעת האב והאם כאחד"), עליהם לחתום על טופס הכרה באבהות. כפי שנמסר על ידי המשיבים, בהודעתם מתאריך 18.07.2018, הטופס הנ"ל שונה ביוני 2018, כך שבני הזוג צריכים להצהיר, ממועד השינוי ואילך, כי האב המבקש להירשם הוא: "אביו הביולוגי של הילוד". האמור לעיל נכון, למעט במקרים המתוארים בסעיף 22 לחוק המרשם, שתכליתם להתמודד עם חשש מפני ממזרות – מצב בו האישה נשואה בזמן הלידה למי שאיננו האב המוצהר (במצב זה ידרשו בני הזוג לצו בית משפט, או בית דין, לצורך השלמת הרישום). בנוסף לאמור – בנסיבות שבהן אישה שלישית נשאה את ההריון, יתקיים במקרה שכזה הליך מזורז לצו הורות (לפי סעיף 11 לחוק הפונדקאות).

41. לעומת המקרים הנ"ל – כדי שבנות זוג מאותו מין, בין אם הן רשומות כנשואות ובין אם לאו, תוכלנה לרשום ילד שנולד לתא המשפחתי שלהן – על מי שאיננה האם היולדת לעבור הליך משפטי קודם להכרה בה כהורה כדי שתוכל להציג "תעודה ציבורית" לצורך רישומה כאם, וזאת לפי סעיף 19 ב לחוק המרשם (כאשר תעודה זו יכולה להיות צו אימוץ, או צו הורות פסיקתי). הנה כי כן, בנסיבות הללו – המשיבים אינם מוכנים לרשום את ההורות באופן אוטומטי ואף אינם מסתפקים בהודעת בנות הזוג.

42. מנגנון צו ההורות הפסיקתי נשען על צו ההורות המעוגן בסעיף 11 לחוק הפונדקאות, ומהצו הקבוע בסעיפים 1(א) ו-28 כ לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), ולפיו בית המשפט רשאי ליתן צו אשר קובע הורות משפטית (ראו: בג"ץ 566/11 ממש מגד נ' משרד הפנים (28.01.2014) (להלן: עניין ממש מגד); בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (01.04.2015)). בתוך כך, קבלת צו הורות פסיקתי מותנית במספר תנאים: לבנות הזוג מלאו 21 שנים; בנות הזוג הן תושבות ישראל; בנות הזוג נמצאות בזוגיות במשך 18 חודשים לפחות לפני שערכו "הסכם הורות"; "הסכם ההורות" נערך טרם ביצוע הליכי ההפריה; לא חלפו 90 ימים מיום הלידה ועד יום הגשת הבקשה והבקשה נתמכת בתצהיר שלפיו בת הזוג לא הורשעה בעבירת אלימות או מין, שמפאת חומרתה או נסיבותיה קיים חשש לפגיעה משמעותית בטובת הילד שיוולד.

הליך קבלת צו הורות פסיקתי הוא הליך שיפוטי המתנהל בפני בית המשפט לענייני משפחה, בגדרו מוגשת בקשה (אליה מצורפות ראיות המצביעות על קיומם של התנאים הנזכרים לעיל), וזו נבחנת על-ידי היועץ המשפטי במשרד הרווחה והשירותים החברתיים. ככל שנדרש, מתבקשות הבהרות או השלמות, ולעיתים נדרש תסקיר הנערך על ידי עובדת סוציאלית מהשירות למען הילד.

האם קיימת הפליה על רקע נטייה מינית ביחס לזוגות שאינם רשומים כנשואים?

43. רבות נכתב על הזכות החוקתית לשוויון, שהוגדרה כ"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (ראו: בג"ץ 69/98 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)), ונראה כי אין צורך לשוב ולתאר את הפסיקה שביססה את מעמדה של זכות זו (לסקירה ראו: עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקאות 39-40 לפסק דינו של חברי, השופט י' עמית (14.09.2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); עיינו גם: ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63 (2016) (להלן: מדינה); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 430-275 (2016)). בתוך כך, נקבע כי פגיעה בזכות לשוויון נבחנת במבחן התוצאה, ואין הכרח להוכיח כוונה לפגוע (עניין הבית הפתוח).

ביחס להפליה המתבססת על נטייה מינית קבע חברי, השופט י' עמית, בעניין

הבית הפתוח כך:

"... הפליה מטעמים של נטייה מינית נמצאת 'בגרעין הקשה' של איסורי ההפליה וככזו יש לבחון אותה בקפידה" (פיסקה 58 לפסק דינו וראו גם: עניין ממשל מגד, פסקאות 10-11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ט' ג'ובראן).

44. כאמור, העותרות טוענות כי מדיניות המשיבים, אשר מתייחסת באופן שונה לזוגות הטרוסקסואלים שאינם רשומים ולבני זוג מאותו מין שאינם רשומים כנשואים, מהווה הפליה על רקע של נטייה מינית, זאת מאחר שבידי זוגות הטרוסקסואלים האפשרות לרשום את ילדם על בסיס הודעה בלבד (למעט במקרים חריגים), בעוד שזוגות בני אותו מין נדרשים להצגת צו הורות פסיקתי לשם רישום. העותרות מוסיפות וטוענות כי ההפליה מתחדדת מקום בו מאפשרים לזוג הטרוסקסואלי שאינו רשום כנשוי, הנעזר בתרומת זרע, לבצע רישום על בסיס הודעה בלבד, שכן לטענתן אין כל שוני בין מקרה כזה לבין בנות זוג מאותו מין (שכן גם בן הזוג וגם בת הזוג של האם שילדה – נעדרים זיקה גנטית לילד).

טענת ההפליה טעונה איפוא בדיקה, וזו תיעשה להלן.

45. כידוע, הפליה היא, בין היתר, מתן יחס שונה לשווים – שאין ביניהם שוני רלבנטי (ראו, למשל: בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 346 (1997); בג"ץ 2944/10 קוריצקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, בפסקה 96 לחוות דעתי (13.10.2015); ע"א 4399/14 מדינת ישראל – משרד האוצר נ' בראון ואח' (08.02.2016)). משכך, בבואנו לבחון האם מדיניות המשיבים עולה כדי הפליה, עלינו להידרש לשאלה האם קיים שוני רלבנטי בין בני זוג הטרוסקסואלים שאינם רשומים כנשואים, המבקשים לבצע רישום על בסיס הודעה בלבד, לבין בנות זוג מאותו מין שאינן רשומות כנשואות, המבקשות לעשות כן.

הנחת המוצא של מרשם האוכלוסין – זיקה ביולוגית בין הורה לילד

46. כאמור לעיל, המשיבים טוענים ביחס לנקודה זו כי קיים עתה שוני רלבנטי בין שתי הקבוצות, שהרי זוג הטרוסקסואלים שאינם רשומים כנשואים נדרשים לחתום על טופס ההכרה באבהות, שמצהיר על כך שהאב הוא ההורה הביולוגי של הילד. לעומת זאת, במקרה של בקשה לרישום בת הזוג של האם שילדה – ברור, על פניו, כי בת הזוג נעדרת קשר ביולוגי לילד.

סבורני כי יש לקבל טענה זו. הטעם לדבר נעוץ בכך שרישום במרשם האוכלוסין, הנוגע להורות, נשען ככלל על קיום קשר ביולוגי בין ההורים לילד (ראו: עניין ויס, בעמ' 830-831, 833). בתוך כך, בבג"ץ 6483/05 קנדאן נ' שר הפנים (09.08.2010) נפסק (אמנם בהקשר אחר) כי: "הנחת המוצא בחוק המרשם הינה כי רישום פרטים במרשם הנוגעים להורות לילדים נשען על קיום קשר פיסי-ביולוגי בין הורים לילדים" (שם, בפסקה 14), וכן נקבע כי: "מטרת רישום פרטי ההורות לילדים במרשם האוכלוסין היא, אפוא, לשקף את ההורות הביולוגית של האם והאב לילדיהם" (שם, בפסקה 16).

לכך יש להוסיף כי לפי סעיף 19ב(ב) לחוק המרשם, מקום בו מתעורר ספק בדבר הזיקה הביולוגית של מי שמבקש להירשם כאב – פקיד הרישום לא יבצע רישום, והוא עשוי לדרוש הצגת תעודה ציבורית המצהירה על האבהות הנטענת. הנה כי כן, הנחת המוצא, עליה מתבסס מרשם האוכלוסין, שהיא כאמור קיום זיקה ביולוגית בין הורה לבין הילד, מסבירה את היחס השונה המוענק לקבוצת פרטים,



אשר לכאורה יש להם קשר ביולוגי לילד, לעומת היחס הניתן למי שברור שהוא נעדר קשר ביולוגי לילד (על חשיבות הזיקה הביולוגית – ראו גם: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 24-25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן; פסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; פסקה ג' לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין ופסקה 8 לפסק דינה של חברתי, השופטת (כתוארה אז) א' חיות (בדימ') 03.08.2017). אמנם הדברים נקבעו שם ביחס להליך פונדקאות, אך הם יפים גם לענייננו). המסקנה המתקבלת היא כי קיים שוני רלבנטי בין גבר הטרוסקסואלי, שלגביו חלה חזקה (הניתנת לסתירה) שקיימת בינו לבין הילד זיקה ביולוגית, לבין בת הזוג של האם שילדה, שחזקה (שניתנת גם היא לסתירה, כאמור בפסקה 49 שלהלן) – שאין בינה ובין הילד זיקה ביולוגית. מדובר איפוא ביחס **שונה לשונים**, שאיננו עולה כדי הפליה חוקתית (עיינו: מדינה).

47. עם זאת, השוני בדמות הזיקה הביולוגית איננו קיים במקרים בהם מדובר בזוג הטרוסקסואלי שאינו רשום כנשוי הנעזר בתרומת זרע. במקרה שכזה, הן בן זוגה של האם היולדת והן בת זוגתה של היולדת – שניהם נעדרים לכאורה זיקה ביולוגית לילד. משכך, מדיניות המשיבים לפני שינוי טופס ההכרה באבהות – עלתה כדי יחס שונה לשווים, והיה בה לכאורה משום הפליה. אולם הפליה זו תוקנה באמצעות שינוי טופס ההכרה באבהות, ולאחר השינוי – אדם שאיננו רשום כנשוי יכול להירשם כאב רק אם הוא מצהיר שהינו אביו הביולוגי של הילד.

48. מן האמור עולה כי אכן, כפי שנטען על ידי העותרות, קודם לכן היתה הפליה על בסיס נטייה מינית, אך זו תוקנה באמצעות שינוי טופס ההכרה באבהות. הטופס בנוסחו החדש מחייב הצהרה על קשר ביולוגי, וזה מהווה שוני רלבנטי המצדיק מתן יחס שונה. עם זאת יש עדיין לבדוק טענה נוספת שהעלו העותרות, וזאת אעשה מיד בסמוך.

האם קיימת הפליה על רקע נטייה מינית ביחס לזוגות הרשומים כנשואים?

49. כאמור לעיל – הרציונל העומד בבסיס מרשם האוכלוסין הינו רישום ילדים על בסיס זיקה ביולוגית להוריהם. כשמדובר בזוג הרשום כנשוי, קיימת חזקה, סבירה בנסיבות, כי הגבר הנשוי לאישה היולדת הינו האב הביולוגי של הילד (למעט במקרים המפורטים בסעיף 22 לחוק המרשם).

ניתן להשוות גישה זו לתפיסה הרווחת בארה"ב, שם נעשה שימוש ב-Presumption of Paternity כדי להעדיף אבהות המסתמכת על סטטוס הנישואין על פני הורות גנטית. ראו: *Michael H. v. Gerald D.* 491 U.S. 110 (1989) ועיינו: פרופ' שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" (צפוי להתפרסם בתשפ"א), זמין ברשת המאמרים המשפטית SSRN <https://ssrn.com/abstract=3658545> (להלן: ליפשיץ, שלילת אבהות בהסכמה).

זו אף גישת המשפט העברי, המבוטאת בכלל: "רוב בעילות אחר הבעל" (תלמוד בבלי, מסכת חולין, דף י"א, ע"ב; תלמוד ירושלמי, מסכת קידושין, פרק ד', הלכה י').

יחד עם זאת כשמדובר בזוג נשים מאותו מין הרשומות כנשואות, סביר כי, ככלל, החזקה הנ"ל איננה מסייעת.

אכן, ייתכנו מקרים בהם החזקה בדבר הזיקה הביולוגית לגבר הנשוי לאישה היולדת לא תתקיים, כמו, למשל, במקרים של היעזרות בתרומת זרע. אולם אינני סבור שמקרים מועטים יחסית אלה מבססים הפליה, המצדיקה התערבות במדיניות המשיבים, שהיא ככלל סבירה, שכן כאמור ברוב המקרים החזקה בדבר הזיקה הביולוגית תקפה. כך ייתכנו גם מקרים נדירים בהם לשתי נשים הרשומות כנשואות תהיה זיקה ביולוגית, או גנטית לילד (כאשר, למשל, שואבים ביצית של אישה אחת, מבצעים הליך של הפריה, ומשיבים את הביצית המופרית לרחמה של האישה השנייה. עיינו: בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (18.09.2014)), אך כאמור מקרים אלה הם חריגים ביותר, ולכן אין די בהם כדי להצדיק את התערבותנו במדיניות הנוהגת.

50. נוכח כל האמור לעיל, המסקנה המתקבלת היא כי קיים שוני רלבנטי בין זוג הטרוסקסואלי הרשום כנשוי לבין זוג נשים מאותו מין הרשומות כנשואות, שכן בקרב הקבוצה הראשונה תקום חזקה (הניתנת לסתירה) בדבר זיקה ביולוגית, וביחס לקבוצה השנייה חזקה זו (הניתנת גם היא לסתירה) איננה חלה, שכן הנחת המוצא היא הפוכה – ולפיה לא קיימת זיקה ביולוגית בין בת הזוג של האם היולדת לבין הילד.

פסק הדין האמריקאי, אליו הפנו העותרות *Pavan v. Smith et al*, 582 U.S. (2017) (תוך שהן מסתמכות על דעת הרוב שם) – איננו יכול לסייע להן כאן משלוש סיבות:

א. הוא נפסק על רקע ההוראות הרחבות של החוקה האמריקאית בשאלות של שוויון ובהתחשב בהוראות הסטטוטוריות הפרטניות בנושא שלפנינו ב- Arkansas, שאין דומה להן, לעת הזו, אצלנו.

ב. הוא התמקד בהבהרת ההלכה האמריקאית שנפסקה עוד קודם לכן בפרשת *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), אשר הכירה בנישואין הומוסקסואליים ובנפקויותיהם.

ג. דעת המיעוט המבוססת, שהובעה שם, קרובה יותר למצב המשפטי השורר בנושא בישראל.

51. המורם מן האמור מצביע על כך, כפי שצינתי לעיל, שהרציונל של רישום הורים וילדים במרשם האוכלוסין על בסיס זיקה ביולוגית הוא סביר בנסיבות העניין, ואיננו מצדיק התערבות, גם אם לעיתים נדירות הדברים אינם כך (למשל כאשר זוג נשים מאותו מין מקיימות שתיהן זיקה ביולוגית לילד).

המסקנה היא איפוא כי יש לדחות גם את טענות העותרות ביחס להפליה על רקע נטייה מינית בהשוואה לזוגות הרשומים כנשואים, ולכן דין הראש הראשון לצו על-תנאי שהוצא – להתבטל.

טענות נוספות

52. אציין כי לא מצאתי מקום להידרש לטענות העותרות הנוגעות: לזכותן לחיי משפחה ולפגיעה בטובת הילד, שכן הן אינן דרושות, לדעתי, להכרעה בנסיבות העניין שבפנינו, שהרי מוקד העתירה נסב כאמור על הטענות לפגיעה בשוויון, ובאין הפליה – מצבן שקול למקרים האחרים שבהם קיים "פיצול סטטוס" עד לקבלת הצו השיפוטי, ועקרון טובת הילד נשמר. כמו כן, התייתרה בענייננו ההכרעה בשאלה האם צו הורות פסיקתי הוא מכונן, או הצהרתי, לנוכח ההכרעה בעניין פלוני (שבקשה לדיון נוסף תלויה ועומדת לגביו, כאמור בפיסקאות 34-35 שלעיל), ובמיוחד נוכח עמדות הצדדים כאן (כל אחד מהם מטעמים שונים משלו), אשר גרסו שאין לסוגיה זו רלבנטיות ישירה לענייננו. מעבר לכך – שאלה זו לא נכללה בצו על-תנאי שהוצא פה, וניתנה לה תשובה עניינית בחוות דעתו המעניינת של חברי, השופט נ' הנדל. (עיינו גם בפיסקה 54 שלהלן).

דין דומה חל גם על טענותיהן הנוספות של העותרות ביחס לשני הראשים הנוספים לצו על-תנאי, שהרי הן מתבססות על חזקת הפליה והן מבקשות באמצעים שונים

(פרשניים, או תרופתיים-חוקתיים) לבטלה. כאשר חזקת ההפליה איננה עומדת עוד, גם הסעדים הנדרשים לגביה אינם נחוצים, מה גם שיש בכל אחד מהם קשיים משפטיים, אשר בנסיבות – אין זה המקום לבררם.

זאת ועוד – אחרת. יש לכאורה הצדקה חברתית-ציבורית ומעשית לצורך במתן גושפנקא שיפוטית ל"הורות משפטית", והיא באה, למשל, לידי ביטוי בחוקים המסדירים: אימוץ ופונדקאות ובתפיסה הפילוסופית של תורת המשפט העומדת מאחוריהם.

עמדה זו נותחה ופותחה על-ידי פרופ' שחר ליפשיץ, שכינה אותה: "הגישה המוסדית", ויש לה מספר יתרונות, על פני החלופות האחרות "המופרטות", המצדדות ב"הורות טבעית", או ב"הורות חוזית". ראו: Shahar Lifshitz, *Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood*, 8 THE LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 297 (2014); ליפשיץ, שלילת אבהות בהסכמה, שם בעמ' 32-35. עיינו גם: ד"ר יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקטי" משפטים מז 113 (תשע"ח).

53. באשר לטענות העותרות המופנות כנגד הליך קבלת צו ההורות הפסיקטי עצמו – העתירה שבפנינו לא עוסקת בתנאים להליך, אך יש לקוות כי המלצות הצוות המקצועי יניבו בעתיד פירות ויגמישו את ההליך, באופן שיקל על זוגות הנוקטים בו.

אחר הדברים האלה

54. לאחר עיון בחוות הדעת של חבריי, ולאור פסק הדין בעניין פלוני – אני מצטרף לחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל, ולהערת חברי, השופט ג' קרא – כי ההכרעה בעניין פלוני, לפיה צו ההורות הפסיקטי הינו מכונן, ולא הצהרתי, עשויה להוות טעם נוסף למסקנה אליה הגעתי, כי יש לדחות את העתירה.

סוף דבר

55. נוכח כל האמור לעיל, אציע לחבריי כי נדחה את העתירה, כך שהצו על-תנאי שהוצא בה יבוטל. עם זאת, נוכח העובדה שהעתירה הביאה לשינוי טופס ההכרה באבהות, באופן שמאייץ עתה את הפגיעה הנטענת בשוויון באשר לזוגות שאינם רשומים כנשואים, אציע כי נפסק הוצאות לטובת העותרות בסך של 20,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה

השופט נ' הנדל:

1. העתירה נסובה סביב רישום הורות במרשם האוכלוסין. משכך, ראוי לפרוש בקצרה את החקיקה הרלוונטית.

סעיף 2(א) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם) מורה על רישום פרטים שונים "הנוגעים לתושב", כהגדרתו בסעיף 1(א) לחוק, במרשם האוכלוסין – ובהם, "שמות ההורים" (סעיף קטן (2)). סעיף 3 לחוק קובע כי רישום זה יהווה "ראיה לכאורה" לנכונותו, וסעיף 6 מטיל על גורמי הרפואה (ובמקרים אחרים, ההורים) חובה קונקרטיית למסור לפקיד הרישום הודעה על לידה שאירעה בישראל (להלן: הודעת לידה). על ההודעה לכלול את פרטי היילוד והוריו (סעיף 6 לחוק, ותקנה 1 לתקנות מרשם האוכלוסין (פרטי רישום נוספים בהודעת לידה או פטירה), התשכ"ט-1968 (להלן: תקנות פרטי הרישום)), וצורתה – לרבות הבחנה בין פרטי "האם" ו"האב" – מוסדרת בתקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), התשל"ב-1972 (להלן: תקנות הטפסים).

ככלל, הודעת לידה מהווה בסיס מספק לרישום היילוד במרשם האוכלוסין, שכן:

"פרט רישום של תושב הנרשם לראשונה יירשם על פי תעודה ציבורית שהוצגה לפקיד הרישום, ובאין תעודה כזאת – על פי הודעה שנמסרה לפי הסעיפים 5 עד 14" (סעיף 19ב(א) לחוק המרשם).

עם זאת, סעיף 19 לחוק מסמיך את פקיד הרישום לדרוש ממוסר ההודעה "למסור לו כל ידיעה או מסמך שברשותו הנוגעים לפרטי הרישום שאליו מתיחסת ההודעה", וכן "לתת הצהרה בכתב או בעל-פה על אמיתות ידיעה או מסמך שמסר". ביחס למצבים אלה, נקבע כי –

"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 [...] " (סעיף 19ב(ב) לחוק המרשם).

לצד הוראות כלליות אלה, חוק המרשם מתייחס באופן קונקרטי לרישום אבהות במרשם האוכלוסין, ומורה כי –

21. שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד, או על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך.  
 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."

בהתאם למכלול הוראות אלה, היילוד והאם היולדת יירשמו במרשם האוכלוסין על סמך הודעת לידה – אלא אם בירור שערך פקיד הרישום יצר "יסוד סביר להניח" שההודעה אינה נכונה. מצבו של האב מורכב יותר: אם הוא נשוי ליולדת, הרישום יהיה, בדרך כלל, אוטומטי. אולם, במצבים המפורטים בסעיפים 21-22 לחוק המרשם יידרשו לשם כך "הודעת האב והאם כאחד" (כאשר ההורים אינם נשואים), או פסק דין של ערכאה מוסמכת. כפי שציין חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, בעקבות העתירה הנוכחית עדכנו המשיבים את טופס "הכרה באבהות על ילד שנולד לאישה פנויה, לפי סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין" (המצורף לנוהל 2.2.2007 של רשות האוכלוסין וההגירה, "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין"; להלן: טופס הכרה באבהות), והתנו את רישום פרטי האב בהצהרת הצדדים על כך שהמבקש הוא אביו הביולוגי של הקטין.

אשר לנשים במעמדה של עותרת 2 – קרי, בנות זוג של האם היולדת (בענייננו, עותרת 1 שנעזרה בתרומת זרע, ונשאה את ההריון עד סיומו המוצלח), שאין להן זיקה גנטית או פיזיולוגית עצמאית ליילוד – התמונה שונה: על פי מדיניות המשיבים, רישומן יתבצע רק על יסוד "תעודה ציבורית", בדמות צו אימוץ או צו הורות פסיקתי, ואין די בהודעת לידה או בהצהרה משותפת של בנות הזוג. מכאן העתירה שבכותרת.

2. אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי, כי דין העתירה להידחות – אך דרכי אליה אחרת, כפי שאבהיר מיד.

ראשית, אומר כי ההתייחסות לרישום ההורות במרשם האוכלוסין כאל ייצוג של הקשר הביולוגי בין היילוד להוריו אינה נותנת ביטוי הולם להתפתחות המשמעותית שחלה בדין הישראלי בעשור האחרון, עם ההכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה. אכן, עד לא מכבר ניתן היה לומר כי "הורות" אינה אלא מונח נרדף לזיקה הגנטית שבין אדם לילדיו, שכן מלבד מסלול האימוץ – שהוסדר בחקיקה נפרדת (חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), וסעיף 20 לחוק המרשם) – זיקה כזו נתפסה כתנאי בלעדיו אין לכינון הורות. ברם, "מונופול" זה נשבר בעקבות התפתחויות טכנולוגיות שאפשרו להורים המיועדים להסתייע באדם שלישי – דוגמת אם "פונדקאית" הנושאת את ההריון

(ואולי גם תורמת את ביציותיה) – ובעקבות תמורות במבנה המשפחה המסורתית (ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 4 לחוות דעת הנשיאה חיות ופסקה 2 לחוות דעתי (27.2.2020), ובע"ם 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 7 לחוות דעתי (1.4.2015); להלן: עניין פלונית). התפתחויות אלה זכו להכרה נחשונת של המחוקק, עם מיסוד הליכי הפונדקאות בתוך תחומי ישראל, בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות); יצוין כי היבטי הרישום של הורות זו הוסדרו בסעיף 20 לחוק המרשם).

אולם, סנונית ראשונה זו הביאה בכנפיה תמורה מקיפה יותר בתפיסת ההורות. כפי שצינתי בעניין פלונית, על רקע ההסדר שיצר חוק הפונדקאות – ולא פחות מכך, על רקע החלל שהותיר – התפתחה בעשור הקודם הכרה פסיקתית באדן נוסף של הורות, הלא היא ההורות מכוח "זיקה לזיקה". כלומר, הכרה באדם כהורה "מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד" (פסקה 8 לחוות דעתי). בשנת 2012 ניתן, לראשונה, "צו הורות פסיקתי" ביחס להורות כזו, ועד מהרה הורחבה יריעת השימוש בצו – והוא זכה להכרה בפסיקת בית המשפט העליון (ראו, למשל, בג"ץ 566/11 מוט-מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, פסקה 43 לחוות דעת הנשיאה נאור (2014) (להלן: עניין מוט-מגד); עניין פלונית, פסקאות 8 ו-14 לחוות דעתי (משנת 2015); ובע"ם 3518/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020), פסקאות 7-8 לחוות דעתי, ופסקאות 5-9 לחוות דעתו של השופט מינץ (להלן: עניין התחולה הרטרואקטיבית)). אמנם, ניתן להניח כי גם היום חלק הארי של רישומי ההורות מבוססים על זיקה גנטית "מסורתית", אך נוכח ההכרה המשפטית במודלים נוספים של הורות, נדמה שאין עוד מקום לזהות את רישום ההורות במרשם האוכלוסין עם הקשר הביולוגי באופן בלעדי. ראוי לזכור כי –

"הן כשמדובר על הורות המבוססת על זיקה גנטית 'טבעית', המוכרת לאנושות משחר קיומה, והן כשמדובר על הורות שנוצרה בזכות התפתחויות טכנולוגיות שהיו מעבר לדמיון אך לפני חמישים שנה, ההסדר המשפטי בעניינן הוא תולדת הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות" (שם, פסקה 9 לחוות דעתי).

אכן, חברי, המשנה לנשיאה, מתבסס על דברים שנאמרו בבג"ץ 6483/05 קנדאן נ' שר הפנים (9.8.2010) ובבג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (28.6.2011) (להלן: עניין ויס),

לגבי מהות רישום ההורות במרשם האוכלוסין. אולם, להשקפתי יש חשיבות לכך שמדובר בהליכים שקדמו לפיתוח האדן הרביעי של ההורות – אשר ניתן את מונופול הזיקה הגנטית-פיזיולוגית הישירה ליילוד, והרחיב את גבולותיה אל מעבר לשלושת האדנים המסורתיים (הכוללים גם את הליך האימוץ שהוכר כבר במשפט הרומי). לא ניתן להתעלם מההשלכות של תמורה זו על אופי רישום ההורות במרשם האוכלוסין. על זאת אוסיף, כי חברי נותר אמנם נאמן להשקפה שהביע בעניין מוט-מגד לגבי ההבחנה בין מסלולי ההורות הביולוגית והמשפטית, אך יש לזכור שעמדתו נדחתה על ידי שופטי הרוב.

3. משום כך, אף שמקובלת עלי התוצאה אליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה, סבורני כי יש לבסס אותה על "קומה" משפטית נוספת – ולהפנות לשאלה הבאה: אם הדין המהותי מכיר בהורות מכוח הזיקה לזיקה, מדוע אין לאפשר רישום מידי שלה במרשם האוכלוסין. התשובה לכך, לשיטתי, נעוצה בכוחו המוגבל של פקיד המרשם בשלב זה של חיי ההורות מכוח זיקה לזיקה – ובתמונת מראה, בדרישה לפנות לבית המשפט על מנת לזכות בהכרה. והטעם לדבר, על דרך הקיצור, הוא החידוש בסוג ההורות מכוח זיקה לזיקה, העדר ניסיון בסוגיות מסוגיות שונות הנובעות מההכרה בהורות זו, והמקור המשפטי לאדן הרביעי של ההורות – פסיקת בית המשפט ולא הכרעת המחוקק. נרחיב.

צו ההורות הפסיקתי – אקט מכונן

4. אפתח ואומר, כי, לשיטתי, צו ההורות הפסיקתי נושא אופי מכונן, כך שהורותו של בן הזוג נטול הזיקה הישירה ליילוד נוצרת רק עם מתן הצו (גם אם עשויה להיות לה, במצבים מסוימים, תחולה רטרואקטיבית). כפי שצינתי בעניין התחולה הרטרואקטיבית:

"קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה. ודוקו, המשפט הישראלי הכיר זה מכבר בזכות חוקתית, על-חוקית, להורות, וקבע כי היא עומדת 'בליבת כבוד האדם וחירותו'. ברם, 'אין זה ברור האם הזכות להורות מתפרשת על פני כל דרכי הקנייתה, בעיקר ככל שמתרחקים ממודל ההורות הטבעית' (עניין פלוניית, פסקה 23 לחוות דעתי). יתר על כן, גם בהנחה שהורות המבוססת על זיקה לזיקה באה בגדרי זכות זו, אופן מימושה מסור בעיקרו להכרעת המחוקק".



בהעדר זכות חוקתית להורות "אוטומטית" מכוח הזיקה הזוגית, יש לראות בצו הפסיקתי מתן מענה הכרחי לילדים שנולדו בטכנולוגיות הולדה, ולתאים משפחתיים, שמעמדם טרם הוסדר בחקיקה. ברם –

"יש להפעיל פתרון פסיקתי זה בזהירות רבה, תוך היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק. כאמור, המחוקק הישראלי בחר להתנות את ההכרה בהורות מכוח 'זיקה לזיקה' בקיום אקט מכוון בדמות 'צו הורות' [...] בחירה ערכית זו מקרינה, מיניה וביה, על ה'הרחבה' הפסיקתית, ומבהירה כי גם במקרים שבהם הזיקה לזיקה תאפשר לכוון הורות בהליך שיפוטי מתאים, הורות זו אינה נוצרת מאליה, ואינה בגדר 'עובדה' שבאה לעולם כבר במועד הלידה [...] במילים אחרות, צו ההורות הפסיקתי 'דומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה' ביחס לאדני האימוץ והזיקה לזיקה [...] וכמו האחרונים אף הוא מעניק לבן הזוג נטול הזיקה הגנטית או הפיזיולוגית ליילוד רק הורות 'בת כינון' (פסקה 9 לחוות דעתי).

לאור הצורך בהסדרה חקיקתית, ובשל הקושי בכך שדווקא "בהליכים שטרם זכו להסדרה חקיקתית מקיפה וממצה, כך שהם מבוקרים ומפוקחים פחות, ההורות תיווצר מאליה כבר בעת הלידה", נקבע, אפוא, כי יש "לכוון את הורות בן הזוג מכוח הזיקה לזיקה רק לאחר בחינת מכלול הנסיבות על ידי הערכאה המוסמכת" – תוך הבטחת טובת הילד (פסקה 10 לחוות דעתי; ראו גם בע"מ 4880/18 פלוניית נ' היועץ המשפטי לממשלה (24.1.2019)).

5. דברים אלה נאמרו אמנם ביחס לצו הורות שניתן בעקבות הליך פונדקאות בחו"ל, אך הגיונם יפה גם לגבי המקרה שלפנינו – קרי, הסתייעות בתרומת זרע. אכן, מעורבות האם הנושאת בהליכי פונדקאות הופכת את ההכרה בהורים המיועדים למאתגרת יותר, בהשוואה להכרה בזוג נשים שנעזרו בתורם אנונימי שמעולם לא היה בתמונת ההורות. אולם, אף שמורכבות זו מקרינה על תחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות הפסיקתי – שלילה קטגורית ביחס לפונדקאות, לעומת גמישות במקרים של תרומת זרע (עניין התחולה הרטרואקטיבית, פסקאות 15-12 לחוות דעתי) – אין בה כדי לשנות את מהותו. בהעדר חקיקה קונקרטית בעניין, הפיתוח הפסיקתי אינו יכול להרחיק לכת אל מעבר למקורות ההשאה בחוק האימוץ ובחוק הפונדקאות, ולהעניק לזיקה לזיקה מעמד "אוטומטי" שאינו טעון כינון (וממילא, לכאורה, גם אינו מותנה בהסכמת בן או בת הזוג – עניין בעייתי כשלעצמו; ראו פסקה 8 לחוות דעתי בעניין פלוניית). כך לגבי פונדקאות חו"ל, וכך – כפי שגם נקבע לאחרונה מפורשות בבע"מ 9182/18 פלוניית

נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 לחוות דעתי (4.6.2020) (להלן: בע"מ 9182/18) – לגבי תרומת זרע.

ודוקו, "שערי הכנסת לא ננעלו, וגם התפתחויות טכנולוגיות וחברתיות עשויות להביא לשינויים בתפיסת ההורות המבוססת על זיקה לזיקה" (עניין התחולה הרטרואקטיבית, פסקה 10 לחוות דעתי). אולם, בנקודת הזמן הנוכחית – כאשר מוסד צו ההורות הפסיקתי עודנו בהליכי בירור וגיבוש, והמחוקק טרם נדרש לנושא – אין לאפשר הכרה "אוטומטית" בהורות בן או בת זוג של נתרמת.

הורות מכוח זיקה לזיקה – בין מהות לרישום

6. אכן, אם ההורות מכוח הזיקה לזיקה נוצרת רק עם מתן הצו הפסיקתי, מובן מאליו שפרוצדורת הרישום של הורות ביולוגית, הנוצרת מאליה עם הלידה, אינה רלוונטית לגביה. הודעת לידה מעידה על הלידה. לפיכך, גם אם היא עשויה לשמש "תעודה ציבורית" בהקשרים אחרים (ואינני נדרש לעניין), ברי שהיא אינה מתיימרת להעיד על הורות שכינונה טעון הליך משפטי נפרד. מאותה סיבה, ברור כי סעיף 21 לחוק המרשם – הקובע כי רישום פרטי אב שאינו נשוי ליולדת יתבצע על פי הודעת "האב והאם כאחד" – לא יכול לחול על מבקש שטרם כונן את הורותו בהליך מתאים, ולכן אינו בא בגדר "האב" או "האם".

7. עם זאת, נכון להדגיש בשלב זה מספר נקודות כדי להבהיר את עמדתי. הראשונה, כי אף לו הייתי סבור שצו ההורות הפסיקתי נושא אופי הצהרתי הייתי מגיע לתוצאה זהה בהליך הנוכחי. הסיבה לכך היא כפי שצוין לעיל שמדובר בהורות פסיקתית. הורות זו, כשמה כן היא; היא אינה מעוגנת בלשונו המפורשת של החוק, ובניגוד להורות הגנטית והפיזיולוגית עתיקת היומין – שההכרה החברתית והמשפטית בה מושרשת היטב – היא מייצגת פיתוח משפטי חדש, שטרם נצרף בכור הניסיון. לפיכך, אף שמדובר בהורות שעומדת בשורה אחת עם סוגי הורות אחרים, בשלב זה של התפתחותה יש להקפיד על פרוצדורת ההכרה בה. משמע – בית המשפט הוא שיבחן את עמידת המבקשים, או המבקשות, בקריטריונים המהותיים – קריטריונים שעודם מצויים בתהליך של גיבוש, למידה והפקת לקחים מהניסיון המצטבר (ראו, למשל, בע"מ 9182/18, פסקה 5 לחוות דעתי). שעה שמדובר בהליך קצר ופשוט יחסית, הרי שגם אם הוא נושא אופי הצהרתי גרידא – וזאת, כאמור, אינה עמדתי – לא ניתן לאפשר לפקיד המרשם "לעקוף" אותו, ויש להמתין להכרעה שיפוטית לגבי עמידת המבקשים בתנאי הזיקה לזיקה. בכך שונה רישום הורות כזו מרישום הורות ביולוגית, למשל.

הנקודה השנייה, מחייבת הבהרה בנוגע ליחס בין העתירה הנוכחית לעניין ממט-מגד – שם נקבע כי על פקיד הרישום לרשום את אבהות בן זוגו של האב בעל הקשר הגנטי, על יסוד התעודות הציבוריות הזרות שהציג, ללא צורך בהליך משפטי מקדים בישראל. ונסביר כי, כאשר ההורות הוכרה במדינה זרה, הכרה זו מוסיפה נדבך לחומרת המורכבות המשפטית, שהרי, כפי שציין בשעתו הנשיא ברק ביחס לרישום נישואין חד-מיניים –

”השאלה אינה אם נישואין הומוסקסואליים מוכרים בישראל. השאלה הינה אם המשפט הישראלי יכיר בנישואין הומוסקסואליים התופסים במקום עריכתם. תשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא מחייבת עריכתן של הבחנות דקות ודקיקות. על כל פנים, ההכרעה בה – על פי הלכת פונק שלזינגר – לא תעשה בהליכי הרישום ובביקורת השיפוטית עליהם” (בג”ץ 3045/05 בן ארי נ’ מנהל מינהל האוכלוסין, פ”ד סא(3) 537, פסקה 21 לחוות דעתו (2006)).

ההכרעה בעניין ממט-מגד קשורה, אפוא, בהתייחסות המדינה לקביעת הורות על ידי מדינה אחרת בה נולד היילוד. המדינה מכירה בקיומן של הגדרות שונות של מדינות זרות בענייני מעמד אישי, כחלק ממדיניות כללית. ההכרה עשויה להיות מהותית, ולעיתים מעשית; לעיתים מלאה, ולעיתים חלקית. משום כך, ובשל הצורך להימנע מפיצול הסטטוס – עליו הצביעה הנשיאה נאור בפסקה 35 לחוות דעתה – פקיד הרישום נדרש לפעול על סמך תעודות זרות התקפות במקום נתינתן, ללא קשר למעמדן בישראל. ברם, העתירה הנוכחית עוסקת בלידות שהתרחשו בישראל, ובבקשת רישום על סמך מסמכים ותעודות שהונפקו במדינה. בנסיבות אלה, אין להתעלם מן הדין המהותי הישראלי, ועל פקיד הרישום להפנות את המבקשת או המבקשת להליך כינון הורות עובר לרישומם כהורים.

8. הבהרה אחרונה: כפי שמבחר תיקון טופס הצהרת האבהות, ניתן לרשום גבר שאינו נשוי ליולדת על פי הודעה רק כשמדובר באבהות ביולוגית – להבדיל ממקרה של תרומת זרע. מאחר שלעותרת 2 בהליך דגן אין זיקה ישירה ליילוד, די בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת לטענת ההפליה, וללמד שהדרישה לצו אימוץ או הורות מקדים נובעת מהשונות המהותית ביחס לדרך כינון הורות בהשוואה לגבר בעל זיקה ביולוגית. אשר לרישום ה”אוטומטי” של גבר הנשוי לאם היולדת – יש טעם בטענה כי, כלשון חברי המשנה לנשיאה, ”חזקת הקשר הביולוגי” מצדיקה קביעת הסדר כזה, חלף בדיקה נקודתית של כל פנייה, בעוד שלגבי זוגיות חד מינית קיימת חזקה הפוכה. יתרה מכך,

בניגוד לסוגיה הכללית של הורות מכוח זיקה לזיקה, העניין של תרומת זרע הוסדר בצורה מקיפה בחוזר המנכ"ל – שטענות לגבי מעמדו נדחו בבג"ץ 4645/18 פלונית נ' הבריאאות (13.2.2019), תוך שנקבע כי הגם שיש להעדיף הסדרה של סוגיה רגישה זו בחקיקה ראשית:

"אין זו העת המתאימה לקבוע כי ההסדרים הרלוונטיים בטלים. קביעה כזו משמעותה יצירת תוהו ובוהו בנושא רגיש מאין כמוהו. ההסדרה המשפטית בתחום הפוריות והטכנולוגיה מצריכה התמודדות עם שיקולים אתיים, מוסריים, סוציולוגיים, פסיכולוגיים ושיקולים מורכבים אחרים. הסדרה כזו דורשת מלאכת מחשבת מוקפדת וקוהרנטית, והותרת חלל ריק, שמשמעו שטח הפקר בתחום, עלולה להוביל ליצירה של כללים שהשלכותיהם אינן רצויות ולא ניתן לתקנן בדיעבד. בפרט, תוצאה שקובעת כי ההסדרים בטלים עלולה להוביל מצד אחד לפגיעה ישירה וחמורה בטובתם של קטינים שנולדו ושטרם נולדו; ומצד שני לפגיעה בזכות להורות על-ידי מניעת שימוש בטכנולוגיה שכיום מתאפשרת על-פי ההסדר הקיים. לכך אין מקום" (פסקה 8 לחוות דעתי)

9. מן הטעמים האלה אני סבור שדין העתירה להידחות. חשוב להדגיש כי התייחסותי לצו ההורות הפסיקתי כוללת את ההבנה שמדובר בחידוש פסיקתי. הואיל וחידוש זה אינו מעוגן בחיקוק שאלות רבות נותרו פתוחות, ויש להידרש להן באופן הדרגתי. ניתן להניח שהפסיקה תפתח במהלך השנים בעניינים אלה, ככל שיתגבר עוצמת הניסיון שייצבר – כמו גם הצורך בקליטה ראויה של הורות מכוח זיקה לזיקה. יתכן שהדבר ישפיע בעתיד גם על שאלות רישום – וייתכן, כמובן, כי העניין יזכה בעתיד להסדרה חקיקתית מקיפה. מכל מקום, במצב הנורמטיבי הנוכחי אני מצטרף, כאמור, לתוצאה אליה הגיע חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים להנמקה ולתוצאת פסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה השופט ח' מלצר. משבבע"מ 3518/18 היועמ"ש נ' פלוני ואח', שניתן ביום 3.2.2020, נקבע כי צו

ההורות הפסיקתי הינו צו מכונן, הרי שצודק חברי השופט נ' הנדל כי ניתן להוסיף קביעה זו כנדבך נוסף התומך בתוצאה אליה הגיע המשנה לנשיאה השופט ח' מלצר.

ש ו פ ט

הוחלט לדחות את העתירה מהטעמים המפורטים בחוות הדעת של שופטי ההרכב, ולהורות כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, ה' באב התש"ף (26.07.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה