



בית המשפט העליון

בע"מ 4741/21

בע"מ 5010/21

לפני : כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון

המבקשות בבע"מ 4741/21 : 1. פלונית
2. פלונית

המבקש בבע"מ 5010/21 : 1. פלוני

נ ג ד

המשיבים בבע"מ 4741/21 : 1. פלונית
2. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבע"מ 5010/21 : 1. פלוני
2. היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' סגן הנשיא שי שוחט, והשופטים ע' רביד ו-נ' שילה) מיום 6.6.2021 בעמ"ש 53065-11-20 ; בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' סגן הנשיא שי שוחט והשופטים ע' רביד ו-נ' שילה) מיום 29.6.2021 בעמ"ש 31765-11-20

תאריך הישיבה : ט' באדר א התשפ"ב 10.2.22

בשם המבקשות בבע"מ : 4741/21

עו"ד ענבל דדשב

בשם המבקש בבע"מ : 5010/21

עו"ד אברהם סטי

בשם המשיבה 1 בבע"מ : 4741/21

עו"ד עירא הדר ; עו"ד מיכל עדן

בשם המשיב 2 בבע"מ
4741/21 והמשיב 2 בבע"מ
: 5010/21

עו"ד רות גורדין

בשם המשיב 1 בבע"מ
: 5010/21

עו"ד חגי קלעי; עו"ד גל בריר

פסק-דין

המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל:

1. שתי בקשות הערעור שלפנינו מעוררות שאלות משפטיות הקשורות במעמד צו ההורות הפסיקתי – הקובע את הורותו של אדם "מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד" (בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פסקאות 7 ו-10-9 לחוות דעתי (3.2.2020); להלן: עניין פלוני) – כאשר קשר הזוגיות שמכוחו ניתן, הגיע לקיצו. כפי שהודענו בפתח הדיון בבקשות רשות הערעור, החלטנו לאחד את הדיון בשני ההליכים – משום שעל אף ההבדלים ביניהם, הם מעוררים שאלות משפטיות משותפות לגבי מהות צו ההורות הפסיקתי (עמוד 1 לפרוטוקול הדיון מיום 10.2.2022).

הבקשה הראשונה (בע"מ 4741/21) עוסקת בבקשת האם הביולוגית לבטל, בעקבות פרידתה מן המשיבה, את צו ההורות הפסיקתי שניתן בשעתו, מכוח הזיקה לזיקה. הבקשה השנייה (בע"מ 5010/21) עוסקת בהתנגדות האב הביולוגי למתן צו הורות פסיקתי לזכות בן זוגו לשעבר, מקום שבו התקיימה כוונת הורות משותפת לקטינה, והצדדים אף גידלו אותה במשותף במשך כארבע שנים. ועתה, לפירוט נרחב יותר של התשתית העובדתית בכל אחת מהבקשות.

בע"מ 4741/21

2. מבקשת 2 (להלן: המבקשת) והמשיבה בבע"מ 4741/21 ניהלו זוגיות "מתחילת שנת 2013 ועד שלהי שנת 2017". הן רכשו מנות זרע מתורם זהה, והרו מהן: המשיבה ילדה בן בשנת 2015, והמבקשת ילדה, בסוף שנת 2016, את מבקשת 1, היא הקטינה שבמוקד ההליך דנן (להלן: הבת). בעצת עורכת דין אליה פנו, החליטו האימהות להסדיר תחילה את מעמד המשיבה ביחס לבת, והגישו לבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב-

יפו בקשה למתן צו הורות פסיקתי לגביה. בהסתמך על החומר שצורף לבקשה – ולאחר שבאת כוח היועץ המשפטי לממשלה הודיעה כי "אין מניעה" להיעתר לה "ללא קבלת תסקיר סעד" – ניתן, ביום 17.5.2017, "צו הורות פסיקתי לפיו [המשיבה] הינה אמה של הקטינה" (תמ"ש 14071-02-17; השופט ש' בר יוסף. ראו גם "פסק דין" מיום 23.11.2017). דא עקא, בעקבות פרידת בנות הזוג, התגלגלה המחלוקת לגבי זכויותיהן ההוריות כלפי הבת לפתחו של בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב-יפו. המשיבה הגישה "תביעה למשמורת משותפת [...] וקביעת הסדרי שהות שווים" (תמ"ש 25052-04-18) – ואילו המבקשת הגיבה בתביעה לביטול צו ההורות הפסיקתי שכוונן, בשעתו, את הורות המשיבה (תמ"ש 46939-07-18).

בית המשפט לענייני משפחה (השופט ש' בר יוסף) דחה את תביעת המבקשת, ופסק כי "לא הוכחו טעמים" לביטול צו ההורות הפסיקתי "מעיקרו". אשר לחלופת הביטול מטעמי טובת הבת – נקבע כי הצו "מכוון הורות זהה במהותה לכל הורות אחרת", כך שיש להחיל לגביו, על דרך ההיקש, את הסדר הביטול הקבוע בסעיף 19 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ). בית המשפט בחן, אפוא, את תביעת המבקשת בראי הסדר זה, ומצא שהיא אינה עומדת בתנאיו – בין היתר, משום שלא הוכח שטובת הבת "מחייבת" את ביטול צו ההורות. משכך, נדחתה התביעה, תוך שבית המשפט מבהיר כי "הותרת צו הורות על כנו [...] אין משמעותה בהכרח הותרת מלוא זכויות וחובות האפוטרופסות לשני ההורים".

3. המבקשת ערערה על פסק הדין, אך בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו דחה, פה אחד, את ערעורה (עמ"ש 53065-11-20; סגן הנשיא ש' שוחט, השופטת ע' רביד והשופט נ' שילה). ערכאת הערעור סמכה את ידיה על "קביעותיו ונימוקיו המפורטים היטב של ביהמ"ש קמא", והדגישה כי "מעט שכוונן הקשר ההורי אין הבדל בין הורות משפטית להורות טבעית" (סגן הנשיא ש' שוחט), וכי אין להשלים עם יצירת "סוגי הורים שונים במדרג זכויות וחובות שונה" (השופטת ע' רביד). השופט נ' שילה הסתמך בהקשר זה גם על חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1966 (להלן: חוק הפונדקאות), ופסק כי "על כל מי שמבקש להיות הורה מכוח 'זיקה לזיקה', שעגונה המשפטי נעשה באמצעות צו אימוץ או צו הורות, לדעת שהורותו אינה על תנאי ודינה כדין הורות ביולוגית כמעט לכל דבר ועניין. לא מדובר בהורות 'פריכה' ולא מדובר בהורות התלויה בקשר הזוגי עם ההורה השני" (פסקה 22 לחוות דעת השופט נ' שילה).

4. מכאן בקשת רשות הערעור הראשונה, בה מלינה המבקשת על התעלמותו, כביכול, של בית המשפט המחוזי משורת טענות נקודתיות שהעלתה – בעיקר ביחס

להליך בו ניתן מלכתחילה צו ההורות הפסיקתי לזכות המשיבה. במישור העקרוני, היא תוקפת את ההיקש לדיני האימוץ, בייחוד על רקע הגמשת התנאים למתן צו הורות (שניתן למשיבה ללא תסקיר). לשיטת המבקשת, בקשתה מצביעה על עיוות דין ומעוררת שאלות משפטיות כלליות, כך שהיא עומדת בתנאים למתן רשות ערעור בגלגול שלישי.

מנגד, המשיבה גורסת "שמעמדם השווה" של צו ההורות הפסיקתי והורות אחרת כבר עוגן בפסיקה, כך שבקשת רשות הערעור כלל אינה מעוררת שאלה עקרונית. יתר על כן, לא זו בלבד שהבקשה אינה מצביעה על עיוות דין, אלא שהיא מאיימת ליצור כזה: מעבר לפגיעתה הפוטנציאלית הקשה במשיבה, בכת הקטינה ובאחיה הבכור, הנמכת הרף לביטול צו הורות פסיקתי תערער את עולמן של אלפי משפחות, שיגלו כי קיבלו "צווים נחותים ורעועים", ותפגע באמון הציבור במערכת המשפט ובשלטון החוק. לצד זאת, המשיבה מבקשת לדחות את הבקשה גם לגופה, נוכח קשר הזוגיות וכוונת ההורות המשותפת שהתקיימו עובר להיריון וללידה, וקביעות הערכאה הדיונית לגבי טובת הבת.

היועץ המשפטי לממשלה הצטרף לעמדת המשיבה. לטעמו, הבקשה מופנית כלפי הכרעה הנטועה "בנסיבות המקרה הפרטני ובקביעות עובדתיות" – וגם אם תינתן רשות ערעור, יש לדחות את הערעור לגופו משום "שטענות המבקשת אינן מתיישבות עם ההלכה הפסוקה בעניין צווי הורות פסיקתיים"; עם חוק האימוץ, "ממנו שואב צו ההורות הפסיקתי את השראתו"; ועם המלצות הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי (להלן: הצוות המקצועי). היועץ סומך את ידיו על ההיקש לסעיף 19 לחוק האימוץ, ועל יישום המבחן בענייננו – ומדגיש כי אין להשלים עם הפיכת הורות שנוצרה מכוח צו ההורות הפסיקתי "להורות נחותה", תוך פגיעה בהורים ובילדים גם יחד. יצוין כי המבקשת ביקשה, וקיבלה, רשות להגיב לתשובת המשיבה, אך לא עשתה זאת במועד (ראו השופט א' שטיין; 1.11.2021).

בע"מ 5010/21

5. הליך זה עוסק במקרה בו הבקשה למתן צו ההורות הפסיקתי, מכוח זיקה לזיקה, הוגשה לאחר פירוק הזוגיות שהתקיימה בשלבי ההיריון, הלידה ושנות חייה הראשונות של הקטינה.

מפסק הדין של הערכאה הדיונית עולה כי המבקש ומשיב 1 ניהלו "חיי זוגיות ושיתוף" במשך כעשור, במהלכו אף אימצו שם משפחה משותף. בשלהי שנת 2011,

התקשרו הצדדים בהסכם עם חברה המעניקה שירותי פונדקאות בין-לאומית, "מתוך כוונה משותפת להביא לעולם ילדים משותפים" (פסקה 69 לפסק הדין), וקידמו יחדיו את התהליך. בנסיבות שנוצרו, נעשה שימוש רק בזרעו של המבקש, וברחמה של האם הפונדקאית נקלט היריון. במהלך ההיריון חתמו המבקש ומשיב 1 על "הסכם ממון וחיים משותפים", ובו הוראות המבטאות "החלטה משותפת לגדל את הקטינה שעתידה להיוולד בהליך הפונדקאות במשותף כשני הורים לכל דבר ועניין" (פסקה 74 לפסק הדין). בשלהי שנת 2012 הגיע ההיריון לסיומו המוצלח, והקטינה שעניינה עומד לפנינו (להלן: הקטינה) באה לעולם. בשנות חייה הראשונות, "הטיפול בקטינה נעשה ע"י שני בני הזוג במשותף, כאשר [המשיב] היה דומיננטי בטיפול בה והיווה דמות הורית קבועה ומשמעותית בחייה [...] וזה היה המסר גם כלפי כולי עלמא" (פסקה 87 לפסק הדין).

במהלך שנת 2013 "החלה הדרדרות במערכת היחסים בין הצדדים", ובחודש מאי 2016 – כשהקטינה הייתה בת כארבע שנים – הם החליטו על פירוד. לאחר שהתגלעו ביניהם מחלוקות ביחס לקטינה, הגיש המשיב לבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב-יפו תביעות למשמורת משותפת (תלה"ם 17-06-39785) ולאפוטרופסות (תלה"ם 29825-06-17) על הקטינה – וביום 15.11.2017 הוסיף וביקש כי יינתן לזכותו צו הורות פסיקתית לגביה (תלה"ם 17-11-35634). על יסוד הקביעות העובדתיות שפורטו לעיל, נעתר בית המשפט (השופטת ר' שביט פינקלשטיין) לבקשת המשיב. בין היתר, הובהר שיש לבחון את הבקשה בהתאם לדין העכשווי; כי פרק הזמן שחלף מאז הלידה אינו ניצב למכשול בדרכו של המשיב; וכי טובת הקטינה "מחייבת הכרה [במשיב] כאביה" (פסקה 143 לפסק הדין). נוכח תוצאה זו, התייתרה תביעת האפוטרופסות של המשיב, ובית המשפט לענייני משפחה התמקד בסוגיות המשמורת וזמני השעות.

6. המבקש – ההורה הביולוגי של הקטינה – ערער על צו ההורות שניתן, אך בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו דחה את ערעורו, לפי סעיף 148(ב) לתקנות סדרי הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות). עמ"ש 20-11-31765; סגן הנשיא ש' שוחט, השופטת ע' רביד והשופט נ' שילה). בית המשפט המחוזי הוסיף – בגדר "למעלה מן הצורך", ותוך הפניה לפסק הדין מושא הבקשה הראשונה – כי "יש לראות את ההורות מכוח זיקה לזיקה כהורות הדומה ככל שניתן להורות ביולוגית". בשים לב לכך שצו ההורות הפסיקתי אינו מנתק זיקה הורית קודמת, הסכמת ההורה הביולוגי להסדרת מעמד בן הזוג נחוצה "בזמן ההוריה ולא בזמן הגשת הבקשה" למתן צו ההורות – והסכמה כזו אכן ניתנה.

מכאן בע"מ 5010/21, בה טוען המבקש כי לא היה מקום להעניק למשיב צו הורות – שנים ארוכות לאחר לידת הקטינה – ללא הסכמתו. לטעמו, מדובר בצעד "עוקף חקיקה", השקול להכרה בהורות הסכמית, מנוגד לקביעה בעניין פלוני בדבר אופיו המכונן של צו ההורות הפסיקתי, ופוגע בזכות היסוד שלו להורות. לצד זאת, המבקש טוען כי לא היה מקום "להחיל רטרואקטיבית קונסטרוקציה משפטית של הורות מכוח 'זיקה לזיקה'" על הקטינה; משיג על רכיבים שונים של הקביעה כי מתן הצו משרת את טובתה; וטוען שאין בשיקול זה כדי לחפות על העדר הסכמתו לצו ההורות. המבקש חותם בהשגה על הסדרי השהות שנקבעו למשיב, ועל הוצאות המשפט שנפסקו לחובתו.

7. לעומתו, המשיב סבור כי הסכמת ההורה הביולוגי נדרשת בשלב שקדם "למועד ההתקשרות עם הפונדקאית וההפריה", ולא ניתן לסגת ממנה בשלב מאוחר יותר. מכאן, לדעתו, שהבקשה מעוררת רק שאלה עובדתית-נקודתית לגבי קיום הסכמה כזו, ואינה מגלה עילה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי. מעבר לכך, המשיב הדגיש כי בענייננו לא מתעוררת שאלת התחולה הרטרואקטיבית של צו ההורות, שעמדה במקד עניין פלוני; הוסיף כי קבלת גישת המבקש תפגע בטובת הקטינה ובליבת הזכות לחיי משפחה והורות; וציין כי אם תינתן רשות ערעור, הוא "יעמוד [...] על זכותו להשיב לערעור".

משיב 2, היועץ המשפטי לממשלה, מבקש אף הוא לדחות את בקשת רשות הערעור, "ולחילופין לדחות את הערעור לגופו". לשיטתו, יש לבחון את "החיים המשותפים והכוונה המשותפת" להורות, "לאורך ציר הזמן כולו ובכלל זה בטרם ההוריה, בשלבי ההיריון, הלידה ולאחריה" (פסקה 52 לתשובתו) – תוך הגדרת "מועד ההסכמה העיקרי כמועד שטרם ההוריה" (פסקה 58). זאת, ברוח הסדרי חוק הפונדקאות, ובשונה מחוק האימוץ, העוסק באדם "המבקש להיכנס לחיי הילד בדיעבד". היועץ דוחה את יתר טענות המבקש, וטוען כי הכרעת הערכאות הקודמות לא נשענה על טובת הקטינה כעילה עצמאית לכינון הורות, וכי אין בה משום הכרה בהורות הסכמית, או באופיו ההצהרתי של צו ההורות. אדרבה, הצו הפסיקתי – ולא ההסכמים בין הצדדים, כשלעצמם – הוא שכוון את הורות המשיב.

דיון והכרעה

8. אפתח ואומר כי דין רכיבי בקשות רשות הערעור המופנים כלפי קביעות קונקרטיות – לרוב עובדתיות – בעניינם של הצדדים, להידחות לפי תקנה 148א לתקנות פסקי הדין של הערכאות הקודמות מפורטים ומבוססים, ולא מצאתי כי מתן רשות ערעור

בהיבטים אלה מוצדק, ובוודאי אינו נחוץ לשם מניעת עיוות דין. לעומת זאת, יש לשאלות המשפטיות העוסקות בהשלכות סיום הקשר הזוגי על מעמדו ההורי של בן הזוג לשעבר השלכות החורגות מעניינם של הצדדים להליך. בהתאם החלטנו להיעתר לבקשה למתן רשות ערעור באופן חלקי, ובחלק זה לדון בבקשות כאלו ניתנה הרשות והוגש הערעור על פיה, מכוח סמכותנו לפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות.

9. בטרם נצלול לשאלות שלפנינו, אזכיר כי צו ההורות הפסיקתי "מבוסס על אדן חדש יחסית של הורות – הלא היא ההורות מכוח 'זיקה לזיקה'. אדן זה מאפשר להכיר בהורותו של אדם נטול זיקה גנטית או פיזיולוגית ליילוד, מכוח הקשר הזוגי שהוא מקיים עם ההורה בעל זיקות ההורות הקלאסיות" (בע"מ 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון, פסקה 9 לחוות דעתי (14.2.2021); להלן: עניין איילון). מקורו של אדן זה "בחקיקה, דוגמת סעיפים 2(2) ו-12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, וסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010" (עניין איילון, פסקה 9 לחוות דעתי).

אשר לאופי ההורות שנוצרת מכוח הזיקה לזיקה, הדגשתי בעבר כי "גבולות המוסד המשפטי של ההורות משקפים הכרעה נורמטיבית של חברה נתונה, בזמן נתון, לגבי הנסיבות שבהן ראוי להטיל על פלוני מארג מסוים של חובות וזכויות כלפי ילדים, עקב הקשר שלו אליהם. במילים אחרות, 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" (עניין פלוני, פסקה 9 לחוות דעתי). משמע, אדן הזיקה לזיקה מכונן הורות שאינה נופלת מזו הנשענת על שלושת האדנים הוותיקים יותר ("זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ". בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 7 לחוות דעתי (1.4.2015); להלן: עניין הזיקה לזיקה). אכן –

"הליך כינון ההורות מכוח 'זיקה לזיקה' שונה מן האופן בו נוצרת הורות המבוססת על זיקה ביולוגית ישירה ליילוד [...] ברם, משהושלם הליך הכינון, 'הורות היא הורות'" (בג"ץ 2984/17 מלכי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פסקה 3 (1.5.2022)).

אם תרצו – ארבע דרכים מוליכות אל טרקלין ההורות, וכל אחת מהן מזמנת אתגרים ומכשולים ייחודיים. אולם, משנכנס אדם בשערי הטרקלין, הדרך בה צעד מאבדת מחשיבותה, והוא נושא במארג זהה של זכויות וחובות כלפי ילדיו.

10. ההסדרה הסטטוטורית של אדן הזיקה לזיקה לא סיפקה מענה מלא "למבנים משפחתיים חדשים שהפכו נפוצים יותר בחברה הישראלית", והותירה צורך דוחק להסדיר את מעמדם של ילדים שנולדו לתוך מבנים אלה באמצעים אחרים, "מתוך הבנה שלא ניתן להותיר אותם כחי ללא סטטוס משפטי, נודד באוויר". בנסיבות אלה, בא לעולם צו ההורות הפסיקתי, אשר הרחיב בהדרגה את היריעה החקיקתית – בהסתמך גם על ההכרה "הרחבה יותר בהורות 'משפטית', בנוסח חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 – ומאפשר כעת:

"להכיר בהורות בת זוג נטולת זיקה גנטית לילדים שנולדו לתא משפחתי חד-מיני מתרומת זרע אנונימית, מכוח זיקתה לבת הזוג המחזיקה בזיקה כזו [...] יתר על כן, הוא מאפשר להעניק הכרה דומה לבני זוג גם ביחס לילדים שנוצרו בהליכי פונדקאות חו"ל, למרות המורכבות הנובעת ממעורבות הורה פוטנציאלי שלישי – האם הנושאת – בהליכים אלה (עניין פלוני, פסקאות 8-9 לחוות דעתי; בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית, פסקה 7 (2.9.2014); בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים, פסקה 43 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור (28.1.2014); פסקאות 2 ו-4 לחוות דעת השופט מ' מזוז בעניין איילון).

11. עם זאת, נוכח ההבנה שההכרעה החברתית לגבי גבולות ההורות "מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה" – ובשל הזהירות הנדרשת בסלילת נתיבי הורות חדשים – נקבע כי יש להשתמש בצו ההורות הפסיקתי "בזהירות רבה, תוך היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק [...] במילים אחרות, צו ההורות הפסיקתי 'דומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה' ביחס לאדני האימוץ והזיקה לזיקה" (עניין פלוני, פסקאות 9-10 לחוות דעתי). ודוקו, מדובר על היצמדות "לקווים העקרוניים" – דוגמת הצורך באקט שיפוטי לקביעת הורות מכוח זיקה לזיקה. לעומת זאת, "הסדרים יישומיים משניים" שנקבעו בחוקי הפונדקאות והאימוץ אינם עולים, בהכרח, בקנה אחד עם תכליות צו ההורות הפסיקתי, המבקש לייתר הליכי אימוץ. לכן, יש לבחון בצורה נקודתית את התאמתם של הסדרים מעין אלה – שדוגמאות להם אביא להלן – לצו ההורות, בראי "השיקולים הרלוונטיים, שבמרכזם טובת הילד" (שם, פסקה 11).

בטרם אפנה להליכים שלפנינו – בע"מ 4741/21 ובע"מ 5010/21, שיכוננו מעתה בהתאמה, הבקשה הראשונה ו-הבקשה השנייה – אציין כי לפני בית משפט זה תלוי ועומד דיון נוסף בעניין פלוני (דנ"א 1297/21, שנשמע במאוחד עם דנג"ץ 4635/16 המופנה

כלפי פסק הדין בבג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (26.7.2020). ברם, עמדתי היא שאין בדיון זה – המתמקד בשאלת התחולה הרטרואקטיבית של צו הורות פסיקתי, וברישום בת הזוג נטולת הזיקה הגנטית במרשם האוכלוסין – כדי להשפיע על ענייננו. אדרבה, כפי שיובהר להלן, אם יוחלט לשנות מן הפסיקה הנוכחית ולקבוע כי ההורות מכוח הזיקה לזיקה נוצרת עם הלידה, וכי לצו ההורות הפסיקתי אופי הצהרתי, יהיה בכך כדי לחזק את המסקנות אליהן הגעתי בהליכים שלפנינו.

הבקשה הראשונה

12. כאמור, הטענות הנקודתיות של המבקשת כלפי צו ההורות הפסיקתי שניתן למשיבה – לרבות בגין "טענות כוזבות באשר לטיב מערכת היחסים של הצדדים", והעדר גמירת דעת, כביכול, מצד המבקשת – אינן מגלות עילה למתן רשות ערעור בגלגול שלישי. קביעת הערכאות הקודמות כי צו ההורות הפסיקתי ניתן למשיבה כדין עומדת, אפוא, בעינה, כך שלענייננו רלוונטית רק השאלה באלו תנאים רשאי בית המשפט לבטל צו שניתן כדין – להבדיל מתנאי הביטול בשל פגם, מהותי או דיוני, שנפל בהליך המקורי.

אומר מייד כי די בדברים שהובאו לעיל כדי לחרוץ את גורל הבקשה לשבט. לצד זאת, נדמה כי נכון יהיה במסגרת הדיון בבקשה הראשונה לא רק לשלול את אפשרות ביטול ההורות במקרה זה, אלא להתייחס, גם אם לא יינתן מענה ממצה, לשאלה באלו מקרים ניתן יהיה לבטל הורות כזו – אם בכלל. כלי עזר במלאכה זו הוצג לעיל, בדמות "[ה]קווים העקרוניים שהתווה המחוקק" בהסדרי חוק האימוץ והפונדקאות, שסיפקו את התשתית הנורמטיבית להרחבה הפסיקתית. ברקע, את אשר כבר נקבע כי "הורות היא הורות" – בין אם שורשיה בזיקה גנטית ליילוד, באימוץ, או באחד מן הרבדים השונים של אדן הזיקה לזיקה.

13. וכאן הגענו ללב ההכרעה. לאור הקווים המנחים האמורים, יש לבחון את שאלת ביטול צו ההורות הפסיקתי בראי ההסדרים הסטטוטוריים לגבי מסלולי הורות נוספים – החל בהורות גנטית או פיזיולוגית, עבור בפונדקאות וכלה באימוץ. ההורות הגנטית והפיזיולוגית היא בעצם ההורות המוכרת מימים ימימה, ומכונה גם ההורות הטבעית. הורות זו מוכרת, כמובן, גם על פי הדין. היא מאופיינת בהעדר התערבות של בית המשפט או גורמים חיצוניים נוספים בעצם קיומה של ההורות. כך, הדין הישראלי לא התייחס לביטול הורות זו, למעט באמצעות צו אימוץ – אותו ניתן להעניק בהסכמת ההורה הביולוגי, או בעקבות הכרזה על הילד כבר אימוץ בעילות שהמשותף להן הוא סוג של

כשל הורי, אם מבחירה ואם לאו (סעיפים 8(א), 13(א) ו-16 לחוק האימוץ). חוק הפונדקאות מסדיר בפרוטרוט את הליך הפונדקאות ותוצאותיו, והוא מאופיין בהתערבות רבה של הדין בשלבים השונים של תהליך יצירת ההורות, לרבות טרם הגעת היילוד לעולם וגם עם יציאתו לאוויר העולם. על מנת להגן על האם הנושאת, חוק הפונדקאות מעניק לה חלון זמנים קצר לחזרה מההסכם לנשיאת עוברים, בתנאים מסוימים – אך קובע כי "לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מההסכם" (סעיף 13). החוק אינו מתייחס לביטול ההורות מעבר לכך.

לעומתם, סעיף 19 לחוק האימוץ, שכותרתו "ביטול צו אימוץ", מציג הסדר מקיף יותר בסוגיית הביטול, וקובע כדלקמן –

"רשאי בית משפט לבטל צו אימוץ על סמך נסיבות שלא היו ידועות או לא היו קיימות בשעת מתן הצו, אם נוכח שמן הראוי לעשות כן ושטובת המאומץ מחייבת זאת; הוראות סעיף זה אינן באות לגרוע מסמכות בית המשפט לבטל צויו לפי כל דין אחר".

מסלול הביטול הראשון בסעיף נושא אופי ייעודי, וכולל "שלושה תנאים מצטברים: א. 'נסיבות שלא היו ידועות או לא היו קיימות בשעת מתן הצו'; ב. מן הראוי לבטל את צו האימוץ; ג. טובת המאומץ מחייבת זאת; אך [...] גם אם התמלאו שלושה תנאים אלה, עדיין אין בית המשפט חייב לבטל את צו האימוץ, אלא העניין מסור לשיקול-דעתו" (להלן: המסלול הייעודי; עניין פלוניס, בעמוד 307). לצד המסלול הייעודי, סעיף 19 מפנה אל הדין הכללי, ומבהיר שסמכות בית המשפט "לבטל צויו לפי כל דין אחר", יפה גם בהקשר של צווי אימוץ (להלן: המסלול הכללי). בכך הוא פותח פתח לביטול צו אימוץ בגין פגמים, דיוניים ומהותיים, שנפלו בהליך – לרבות טענת מרמה (ראו, למשל, ע"א 346/72 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כז(1) 190, 196-195 (1972), ובר"ע 40/80 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 144, 149-151 (1981) [ביחס לגלגול הקודם – סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960]; סיליה וסרשטיין פסברג משפט בין-לאומי פרטי כרך א 821 (2013)).

כאמור, הצדדים, לרבות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, והערכאות הקודמות, התמקדו בבחינת סעיף 19 לחוק האימוץ כמודל אפשרי לביטול צו הורות פסיקתי. סבורני שיש לתת את המשקל הראוי לכך שצו הורות פסיקתי, כשמו כן הוא. זהו יציר הפסיקה, ולא החקיקה. כפי שנאמר בהקשרים שונים, מצב זה דורש זהירות. נראה כי לא יהיה נכון שתהיה דרך לבטל הורות באחד מהאדנים שהוכרו בחוק (חוק האימוץ), ולצד זאת ייקבע כי אין אפשרות לבטל הורות שלא נוצרה על פי חקיקה – צו הורות פסיקתי. בהעדר הבעת

עמדה מטעם המחוקק, לא יהיה ראוי כי הצו הפסיקתי יזכה לסופיות ההליך על פני מודל האימוץ שעוגן בחקיקה. עדיין, טרם הכרעה סופית, נכון יהיה לפתוח בבחינת התאמת סעיף 19, תנאיו ומאפייניו, להורות מכוח הצו הפסיקתי.

14. ראשית לכל, יש להדגיש כי סעיף 19 לחוק האימוץ מגדיר את אפשרות הביטול כחריג, מתוך הכרה כי האימוץ "הוא סופי במהותו, ויוצר, בדרך כלל, שינוי במעמדו של המאומץ שאין לסגת ממנו" (ע"א 1104/90 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(3) 302, 307 (1991); להלן: עניין פלונים). הכרה זו יפה גם לצו ההורות הפסיקתי, שכן "אחד מהשיקולים שצריכים להנחות את דיני ההורות הוא הרצון לעצב את ההורות כמוסד המבטא מחויבות לא הדירה" כלפי ילד. מעבר לשיקולי טובת הילד, עיקרון זה משרת אינטרס ציבורי-מוסדי שכוחו יפה במיוחד בהקשר של הורות לא ביולוגית, המבוססת על אדני הזיקה לזיקה והאימוץ. במקרים אלה, יש צורך להבהיר שמדובר בהורות שווה למקבילתה הביולוגית, וכי "גם אם הכניסה להורות הייתה דרך השער הזוגי, ההורות עומדת בפני עצמה ובנפרד" (שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" משפטים נא 231, 281 (2021)). היקש מדיני האימוץ לגבי הקשחת תנאי ביטול ההורות משרת, אפוא, את התכליות המשותפות של שני מסלולי ההורות, ומבטא מדיניות רצויה וראויה.

15. אמנם, המבקשת טוענת כי ההיקש לגבי תנאי היציאה אינו ראוי כל עוד תנאי הכניסה לצו ההורות הפסיקתי קלים יותר – במובן זה שהצו ניתן לזכות המשיבה ללא תסקיר תומך, אף שצו אימוץ מותנה בהצגת "תסקיר בכתב מאת עובד סוציאלי" (סעיף 22 לחוק האימוץ). אולם, טענה זו מחמיצה את ההבחנה בין הקווים העקרוניים – דוגמת סופיות יצירת ההורות – שלגביהם יש לצעוד בעקבות חוקי הפונדקאות והאימוץ, ובין "הסדרים יישומיים משניים". דומה כי דרישת התסקיר, המהווה חלק מהליכי הבקרה והפיקוח על האימוץ (עניין פלוני, פסקה 15 לחוות דעת השופט ד' מין), ונגזרת מן התפיסה "לפיה תהליך האימוץ נשלט על-ידי הגורמים הציבוריים" (בע"מ 6930/04 פלונית ופלוני המיועדים לאימוץ הקטין נ' האב הביולוגי, פסקה 39 לחוות דעת הנשיא א' ברק (22.8.2004)), משתייכת לקטגוריה השנייה. לפיכך, יש לבחון האם קיימת הצדקה להתנייה גורפת של צו הורות פסיקתי בתסקיר תומך.

לטעמי, התשובה לכך שלילית. צו האימוץ מנתק, בדרך כלל, באופן כמעט מוחלט את הזיקה בין המאומץ להוריו הביולוגיים, ומכונן, יש מאין, יחסי הורות בינו ובין מאמצים "זרים". משכך, נדרש פיקוח קפדני על ההליך. לעומת זאת, צו ההורות הפסיקתי ניתן לבן הזוג על יסוד הקשר הזוגי שלו עם ההורה בעל הזיקה הגנטית ליילוד,

אשר נולד מלכתחילה לתוך תא משפחתי שנועד לספק לו הורות משותפת. לכן, כאשר קיימות ראיות מספקות לטיב הקשר הזוגי וכוונת ההורות, הזהירות עודנה נדרשת (עניין פלוני, פסקה 10 לחוות דעתי), אך הצורך בתסקיר פוחת באופן דרמטי. אסמכתה לכך מספק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, ס"ח 941, 945, בו נקבע "שקבלת תסקיר מאת עובד סוציאלי כאמור, לא תהווה תנאי הכרחי למתן צו ההורות" (דברי ההסבר להצעת התיקון, ה"ח הממשלה 1150, 1157-1158). תיקון זה מעיד כי גם המחוקק סבר שניתן להקל במנגנוני הפיקוח והבקרה על הורות לילדים שנולדו מלכתחילה לתא משפחתי מסוים, בהשוואה להליך האימוץ. כך לגבי פונדקאות המוסדרת בחוק, וכך לגבי צו ההורות הפסיקתי היונק ממנה. מבלי לקבוע, אפוא, מסמרות לגבי המצבים שבהם עשוי להידרש תסקיר, אין בטענות המבקשת בהקשר זה כדי לערער את ההיקש מחוק האימוץ לגבי תנאי ביטול ההורות.

16. על רקע מסלולי הביטול שבסעיף 19 לחוק האימוץ, דומה כי שאיפת המבקשת להסתפק ב"מבחנים דומים לאלו שנקבעים לביטול פסק דין ולא מעבר" (עמוד 2 לפרוטוקול הדיון מיום 10.2.2022, שורות 6-10), קשורה בטבורה לטענותיה הנקודתיות כלפי ההליך בו ניתן צו ההורות הפסיקתי (ראו, למשל, שם, בעמוד 3, שורות 1, ו-19-20, ובעמוד 4, שורה 19). אכן, לו נפלו בפסק הדין פגמים חמורים, אפשר שהיה מקום לבטל את הצו בדרך של היקש מן המסלול הכללי בסעיף 19 לחוק האימוץ. ברם, מאחר שאין להידרש בגלגול שלישי לטענות הנקודתיות של המבקשת, ואף לא מצאתי נימוק ענייני לעשות כן, הנחת המוצא היא שלא נפל פגם במתן הצו. יפה, אפוא, נהגו הערכאות הקודמות כשהעמידו את הבקשה לביטול צו ההורות הפסיקתי במבחן המסלול הייעודי שבסעיף 19 לחוק האימוץ. בקביעה זו, כמו גם באופן יישום המבחן על עובדות המקרה, אין מקום להתערב. כך או כך, יש להדגיש כי בכל מקרה אין לקבל את העמדה לפיה המבחנים לביטול צו אימוץ – ואוסיף, לביטול צו הורות פסיקתי – דומים לביטול כל פסק דין. במסגרת שיקולי הביטול, ברי שיש להתייחס לאופי הצו שביטולו מתבקש, ושאינו דין ביטול פסק דין כספי כדין ביטול צו הורות.

דעתי היא, כי על פי הכלל המורה שיש לעצב את צו ההורות הפסיקתי תוך היצמדות לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק במסלולי הורות דומים, ולנוכח תוכן סעיף 19, נכון יהיה לראות סעיף זה כמנחה גם באשר למצבים שבהם מבוקש לבטל צו הורות פסיקתי.

וראו לתת הקשר לאמור. כך, ברבדים שונים. ראשית, האפשרות לביטול הורות לחוד והשימוש באפשרות זו לחוד. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ציינה כי נדירים מאוד

המצבים בהם בוטל צו אימוץ. ונבהיר נקודה חשובה זו ביחס לביטול צו הורות פסיקתי. נניח כי הגיע ילד לעולם. מספר חודשים לאחר הלידה, ראובן זכה להכרה כהורהו מכוח זיקתו לזיקת ההורה הביולוגי. בחלוף חודש ביקש ראובן לבטל את צו ההורות בנימוק שהוא לא הגיש את הבקשה, חתימתו זויפה ואדם אחר התחזה אליו לפני בית המשפט. ניתן להניח כי במקרה זה בקשתו תתקבל. הנה לנו דוגמה לצורך באפשרות לבטל צו הורות פסיקתי. אך מקרה קצה זה אינו משליך, בהכרח, על מקרים מורכבים יותר. הפתח נפתח, אך בצמצום, ואין לשכוח זאת. הרובד הנוסף הוא כי אינני מציע הקבלה מלאה בין ביטול צו אימוץ לביטול צו הורות פסיקתי. יתכן שבמקרה קונקרטי האופי השונה של כל מסלול הורות ישפיע על התוצאה. למשל, ניתן לשאול האם יש משמעות לכך שצו ההורות ניתן לזכות בן זוג שנועד מלכתחילה לשמש כהורה ליילוד – ולא באדם שנכנס לתמונה רק בשלב מאוחר יותר של חייו, בדומה לאימוץ. בכל מקרה, אין לשכוח כי טרם הצטבר ניסיון במקרים אלה, ובשלב זה די בהפניה לסטנדרט המעוגן בדיני האימוץ לגבי ביטול הורות. כך או כך, במוקד האפשרות לבטל צו הורות פסיקתי ניצבת טובת הילד.

17. עולה מן המקובץ, לרבות ההתייחסות לסטנדרט הביטול הקבוע בסעיף 19 לחוק האימוץ, כי אין בסיס לביטול צו ההורות הפסיקתי מושא הבקשה הראשונה. על כן, דין הבקשה הראשונה שנדונה כערעור להידחות.

הבקשה השנייה

18. כאמור, אין להעניק רשות ערעור לגבי הקביעה העובדתית כי הצדדים ביקשו "להקים תא משפחתי משותף [...] ולגדל ילדים משותפים אשר נושאים את שם משפחתם המשותף", תוך "הסכמה כללית וגורפת להעניק לשני הצדדים זכויות וחובות הוריות שוות בנוגע לילדיהם העתידיים" (פסקאות 64 ו-80 לפסק הדין של הערכאה הדיונית). השאלה היא, אפוא, האם די בהסכמה מוקדמת זו, או שהמועד הקובע והמחייב הוא דווקא העיתוי המאוחר בו הוגשה הבקשה למתן צו הורות פסיקתי. הערכאות הקודמות אימצו את הגישה הראשונה, אך המבקש מבקש להקיש מחוקי האימוץ והפונדקאות, ולקבוע כי "רכיב ההסכמה בעת הגשת הבקשה הינו רכיב הכרחי שאין בלתו", וכי קיים פתח לחזרה מהסכמה שניתנה בעבר.

דין הבקשה שנדונה כערעור להידחות.

19. כפי שצינתי בעניין הזיקה לזיקה, אדן זה מבטא הכרה בהורותו של אדם "מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית

ליילוד". למעשה, מדובר במעין "הרחבה" של זיקת ההורה הביולוגי, כך שתחול גם על בן זוגו מכוח "הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות" (פסקה 8 לחוות דעתי; ההדגשה אינה במקור. לגישה המבליטה דווקא את הרובד ההסכמי, ראו יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקטי" משפטים מז 113, 119-120 (2018)). אולם, למרות משקלה של הזוגיות היא אינה פותחת, כשלעצמה, את שערי ההורות. רק כאשר היא קשורה ביילוד – במובן זה שבני הזוג הביאו אותו מלכתחילה לעולמו של התא הזוגי, וביקשו לרקום לו הורות משותפת – די בה כדי להסדיר את הורות בן הזוג נטול הזיקה הביולוגית הישירה ליילוד.

לפיכך, לא ייפלא כי "ההסכמה" – של בן הזוג ושל ההורה הגנטי – היא תנאי בלעדיו אין ליצירת ההורות. מעבר לקושי "לכפות" הורות על בן הזוג נטול הזיקה הישירה ליילוד (עניין הזיקה לזיקה, פסקה 8 לחוות דעתי), הכוונה ליצירת ההורות המשותפת – שאינה אלא הסכמה הדדית ל"הרחבת" הזיקה הגנטית של ההורה הביולוגי אל בן זוגו – היא שיוצרת את הזיקה הנחוצה בין הזוגיות להורות.

20. נוכח מהותו של אדן הזיקה לזיקה, סבורני כי גם אם צו ההורות הפסיקטי נושא אופי מכונן – כפי שנקבע, בין היתר, בעניין פלוני, המצוי כעת בדיון נוסף (דנ"א 1297/20) – הליך הכינון לחוד, ותנאיו המהותיים לחוד. שאלה אחת היא מה משמעות החלטת בית המשפט, מכוננת או מצהירה. שאלה אחרת, איזה שיקולים ינחו את בית המשפט בהחלטתו. גם אם מדובר באקט מכונן, בבוא בית המשפט לבחון – במועד בו הוגשה הבקשה – האם להעניק צו הורות, עליו לתת את דעתו גם לעובדות העבר, כגון: האם בני הזוג היו שותפים להבאת היילוד לעולם, במסגרת קשר זוגיות בו שהו "עובר להיריון וללידה". כאשר מדובר ביילוד שנולד לתוך מסגרת זוגית, מתוך כוונה ששני בני הזוג ישמשו לו כהורים, והם אכן נהגו כך, יש למציאות זו משקל רב מנקודת המבט של השיקולים שביסוד אדן הזיקה לזיקה: טובת הילד, זכויות הצדדים המעורבים להורות, וביסוס "מוסד ההורות הזוגית" (שחר ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין" 33-35 ג'ורנל ברק ואחרים עורכים; צפוי להתפרסם ב-2022)

(https://law.biu.ac.il/sites/law/files/shared/segel/etikathoroutt_0.pdf). לכן,

גם אם נניח שהורות בן הזוג טעונה אקט מכונן שיפוטי, ולא מדובר ב"עובדה" קיימת שדי להצהיר עליה (בניגוד להבנתו של בית המשפט לענייני משפחה את עניין פלוני [פסקאות 49 ו-57 לפסק הדין שבשורש הבקשה דנן]), אין בכך כדי לגרוע ממרכזיות שלבבי ההוריה והלידה שקדמו לבקשת הצו.

תמיכה לגישה זו ניתן למצוא בקביעה כי הגם שהורות בן הזוג נוצרת, בדרך כלל, במועד מתן צו ההורות הפסיקתי המכונן, שערי התחולה הרטרואקטיבית של הצו לא ננעלו (ראו, למשל, עניין פלוני, פסקה 12 לחוות דעתי, ועניין איילון, פסקאות 10-13 לחוות דעתי, וחוות דעת השופט מ' מוזס). הדבר מעיד כי על בית המשפט לבחון את התמונה המלאה, ולא לצמצם את מבטו למצב הדברים בעת הגשת הבקשה. התמונה המלאה עשויה לכלול הן את כוונת ההורות המשותפת עובר להוריה, והן את מימושה לאחר הלידה, ולחלופין את אי מימושה, ואת מכלול הנסיבות שהתרחשו ממועד הלידה.

21. בניגוד לעמדת המבקש, ההכרעה בדבר משקלה המכריע של הסכמה שניתנה עובר להיריון וללידה מתיישבת היטב עם הסדרי חוק האימוץ והפונדקאות. אכן, סעיף 13(א) לחוק הפונדקאות פותח לאם הנושאת פתח לחזרה מהסכם לנשיאת עוברים, בטרם ניתן צו הורות לזכות ההורים המיועדים. אולם, כפי שטוענים המשיבים, "מסלול מילוט" זה עומד רק לאם הנושאת, אך אין לו מקבילה מפורשת בחוק הפונדקאות לגבי ההורים המיועדים – לרבות בת הזוג נטולת הזיקה הגנטית ליילוד (ראו סעיף 2(2) לחוק). אדרבה, סעיף 11(א) לחוק קובע כי אם ההורים המיועדים לא הגישו בקשה לצו הורות, "תוגש בקשה על ידי עובד סוציאלי". הבחנה זו של המחוקק מאשרת כי "זכות החזרה" של האם הנושאת נובעת מן המשמעות מרחיקת הלכת של הסכמתה למתן צו הורות להורים המיועדים: הפיכת האחרונים להורים "בלעדיים", וניתוק הורותה שלה (סעיף 12(א) לחוק). ברם, צו ההורות הפסיקתי אינו מנתק את הורות ההורה הביולוגי – גם אם כרוכה בו הגבלה אינהרנטית שלה, מעצם צירוף הורה נוסף. לכן, יש להקיש לגביו דווקא מן ההסדר לגבי ההורים המיועדים, שהסכמתם במועד מתן צו ההורות אינה מוצגת כתנאי למתן הצו.

אף בהשוואה להסדרי חוק האימוץ אין כדי לתמוך במבקש, שכן גם חוק זה עוסק, לרוב, בניתוק כמעט מוחלט של ההורות הביולוגית (סעיף 16 לחוק). אמנם, הדבר אינו תמיד נכון – כפי שמדגים המבקש באמצעות סעיף 3(1) לחוק, העוסק באימוץ על ידי יחיד שבן זוגו הוא "הורה המאומץ או אימץ אותו לפני כן" – אך ניתן להניח שההסדר בעניין ההסכמה נגזר מן המקרה הטיפוסי של אימוץ. יתר על כן, סעיף 3(1) מתייחס, בדרך כלל, לאימוץ על ידי אדם שנכנס באיחור לחיי הקטין, ולכן אין בו כדי ללמד על תנאי כינון ההורות ליילוד שנוצר בכוונת הורות משותפת – בדומה לחוק הפונדקאות. לכן, אין בהשוואה לחוקי האימוץ והפונדקאות כדי לבסס את גישת המבקש לגבי עיתוי ההסכמה – ולמעשה, היא אף מבליטה את מרכזיות ההסכמה בשלבים המוקדמים של יצירת היילוד.

22. אשר למקרנו, לנוכח התשתית העובדתית שביסוד הבקשה השניה, הרי שלא נפל פגם בהחלטה להעניק למשיב 1 צו הורות פסיקתי. על קצה המזלג, נזכיר כי המבקש ומשיב 1 ניהלו "חיי זוגיות ושיתוף" במשך כעשור, ואף אימצו שם משפחה משותף. בשנת 2011, הם ערכו הסכם עם חברה המעניקה שירותי פונדקאות בין-לאומית, ככוונה משותפת להביא לעולם ילדים משותפים; קידמו יחדיו את התהליך; וחתמו במהלך ההיריון על "הסכם ממון וחיים משותפים", המבטא "החלטה משותפת לגדל את הקטינה שעתידה להיוולד בהליך הפונדקאות במשותף כשני הורים לכל דבר ועניין". בארבע שנות חייה הראשונות של הקטינה, הצדדים טיפלו בה במשותף, והמשיב, שנטל חלק דומיננטי בטיפול, "היווה דמות הורית קבועה ומשמעותית בחייה" – ואף הוצג ככזה כלפי סביבתה (ראו לעיל, פסקה 5).

הנה כי כן, כוונת הצדדים הייתה ברורה. הם הוציאו אותה לפועל, ומימשו את רצונם לגדל במשותף את הקטינה במשך ארבע שנים. בנסיבות אלה, לא נפלה שגגה בעמדת הערכאות הקודמות שאין בעצם חזרתו של ההורה הביולוגי, לאחר הלידה, מהסכמתו להורות משותפת כדי לסגור את שערי ההורות בפני בן זוגו. על כן, דין הבקשה השניה שנדונה כערעור השני להידחות, ללא צורך בהכרעה לגבי תוכן המתווה שאימץ הצוות המקצועי באשר ל"מצבי אי הסכמה בין בני/בנות הזוג", כפי שהוצג בתשובת היועץ המשפטי לממשלה. זאת, בוודאי על רקע הקביעה העובדתית של בית המשפט לענייני משפחה כי טובת הקטינה "מחייבת הכרה [במשיב] כאביה", משום שפעולה כזו תקנה לה "ודאות וביטחון [...] תכניס סדר לחייה ותמשיך את סיפור חייה באופן רציף, מלא ושלם" (פסקה 143, ראו גם פסקה 158).

סיפור חיי הקטינה, מנקודת מבטה ואף מנקודת מבטם של בני הזוג, עומד בסתירה לבקשת המבקש להימנע מקביעת הורותו של משיב 1. בנסיבות העניין, מתן כוח וטו למבקש על הכרזת הורות משיב 1 משמעותה מתן כוח יתר שאינו תואם את התמונה המלאה, והתנהלות המבקש עצמו. עולה כי עמדת המבקש נשענת על שינוי עמדתו בשלב מאוחר, רק מפני הפירוד בין בני הזוג. בהינתן מציאות חיי שלושת המעורבים, אין די בכך.

23. טרם סיום, אעיר שלוש הערות הסובבות סביב עיתוי הבקשה למתן צו הורות. הראשונה, בנסיבות המיוחדות של המקרה, התעוררה השאלה האם יש לייחס משמעות לעיתוי המאוחר של הגשת הבקשה למתן צו הורות פסיקתי – כחמש שנים לאחר לידת הקטינה. בית המשפט לענייני משפחה השיב לכך בשלילה, והזכיר, בין היתר, שאחת הסיבות לכך הייתה העובדה שבעת לידת הבת צו ההורות הפסיקתי היה בחיתוליו. תקופה

כזו של חידוש משפטי עשויה להסביר את התנהלות והסכמות הצדדים, הן לגבי הקשר ביניהם והן לגבי העדר פנייה לבית המשפט קודם לכן. זהו נתון המוסיף משקל לתוצאה אליה הגיעו הערכאות הקודמות

האמור מוביל אל ההערה השנייה. היום, כעשר שנים לאחר לידת הקטינה, האדן של צו ההורות הפסיקתי זכה להכרה רחבה, ומוגשות בקשות רבות למתן צו כזה. בתקופה הנוכחית, בה צו ההורות הפסיקתי מושרש, חלוף הזמן עלול דווקא לעורר את השאלה מדוע הצדדים לא פנו בזמן אמת להסדרת מעמד בן הזוג, אם אכן הסכימו ליצור הורות משותפת. זאת, ברובד הראיתי לאיתור כוונת בני הזוג.

ההערה השלישית, היא שבית משפט זה טרם נדרש עד כה לשאלת המועד להגשת בקשה למתן צו הורות פסיקתי. ליתר דיוק, ניתנה התייחסות למועד ההגשה המוקדם ביותר – כ-60 יום עובר למועד המשוער של הלידה" (בע"מ 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.6.2020) – אך לא נקבע מועד אחרון שבו ניתן להגיש בקשה כזו (למעט בהקשר של התחולה הרטרואקטיבית, בו עסק עניין איילון). במסגרת הליך זה איני מביע עמדה בשאלה האם רצוי לקבוע מועד כזה, אך נכון יהיה לציין את המצב כפי שהוא.

סוף דבר

24. הבקשות שלפנינו העלו על סדר היום סוגיות שונות הנוגעות למקומו של צו ההורות הפסיקתי במקרים של פרידת בני זוג, המלווה בסכסוך לגבי מעמדו ההורי של בן הזוג נטול הזיקה הגנטית הישירה לילוד. לו תישמע דעתי, הכרעתנו בשתי הבקשות תעביר מסר ברור לפיו ההורות שמכונן צו ההורות הפסיקתי אינה אך גלימה חיצונית שההורים רשאים לפשוט לאחר שהזוגיות ביניהם קמלה. מדובר באקט מכונן, שנועד להגן על זכויות שני בני הזוג, כשם שהוא שומר על טובת הילד – על קשת החובות ההוריות הכרוכות בכך. "הורות היא הורות", ולכן יש להקשיח את התנאים לביטול צו הורות פסיקתי שכבר ניתן, ולהבטיח כי שערי הכניסה אליו לא יינעלו במצבי פרידה והעדר הסכמה בין בני הזוג. יש לקוות כי הדבר יתרום לחיזוק מעמד צו ההורות הפסיקתי – שאמנם בא לעולם כפתרון זמני, אלא שהניסיון מעיד שאין קבוע יותר מן הזמני – ולהפנמת מערכת הזכויות והחובות הכרוכים בהורות, שאינה רק "קישוט" נעים לעת מצוא.

יש לזכור שניים. ראשון, זוגיות לחוד והורות לחוד. זאת במצב של פירוד בין בני הזוג. ככלל, המיקוד כולל גם את הקטין וטובתו. כך במודלים האחרים של ההורות, וכך בהורות מכוח זיקה לזיקה. השני, ראוי לשים לב כי המשותף לשתי הבקשות הוא שלא מדובר בהורה המבקש לוותר על אחריותו ומסירותו לקטין. בשני המקרים, המסתייג מהמשך הקשר הוא בן הזוג.

למען הסר ספק, אשוב ואומר כי התוצאות אליהן הגעתי תואמות את הדין הקיים, הרואה בצו ההורות הפסיקתי אקט המכוון את הורות בן הזוג בעל הזיקה לזיקה. ברם, אם תתקבל בדיון הנוסף הגישה הרואה בצו אקט הצהרתי גרידא, הרי שהדברים נכונים ביתר קלות: ברי שאין משמעות לחזרה מאוחרת מהסכמה, לאחר שההורות כבר נוצרה – ומאחר שהצו אינו זה שמכוון את ההורות, ברי שיש משמעות פחותה לפגמים שנפלו בו.

25. לסיכום – דין שתי הבקשות שנדונו כערעור להידחות. המבקשת בבקשה הראשונה והמבקש בבקשה השנייה יישאו, כל אחד, בהוצאות כל אחד מן המשיבים בעניינו, ובשכר טרחת באי כוחו, בסך 15,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה (בדימוס)

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם יש בסיס לקשור בין מעמד ההורות המשפטית ביחס לקטין, שהוקנתה לבן הזוג של הורה הביולוגי לבין מצב הזוגיות בין השניים? זוהי למעשה השאלה המשותפת להליכים שנדונו בפנינו. כמובן, מלכתחילה ההכרה בהורות המשפטית של בן הזוג מחייבת, כתנאי בלעדיו אין, גם את הסכמתו של ההורה הביולוגי. אולם, היפוכם של הדברים אינו נכון: תוקפה של ההורות המשפטית אינו תלוי בהסכמתו הנמשכת של ההורה הביולוגי. במילים אחרות, הקשר בין הקטין לבין הורה, תהא זו הורות ביולוגית או משפטית, אינו תלוי עוד ברצונם של ההורים. מרגע שהוכרה ההורות ככזו לא ניתן עוד להעלימה בשל שינוי לבבות. אם כן, ברצות ההורה הביולוגי יכול הוא לחתור להרחבת ההורות כך שתוקנה גם לבן זוגו, אך אין בידו לקצר או להגביל את תחולתה לאחר שנוצרה. זו התורה כולה על רגל אחת, על ביטוייה השונים, כפי שניתן להיווכח מהדיון בשתי הבקשות. עיקרון זה הוצג על-ידי חברי המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל,

ואני מסכימה לו. עם זאת, אבקש להוסיף מספר דגשים והטעמות בסוגיה חשובה זו, לא רק מן הבחינה המשפטית אלא גם מן הבחינה האנושית.

2. כמובן, לכל אחת מן הבקשות שבפנינו מאפיינים משלה. בקשה אחת (שכונתה על-ידי חברי "הבקשה הראשונה") נסבה על מקרה שבו האם הביולוגית ביקשה להורות על ביטול ההורות של בת זוגה לשעבר. הבקשה הנוספת (שזכתה לכינוי "הבקשה השנייה") נסבה על מקרה שבו האב הביולוגי ביקש לחזור בו מהסכמתו, בנסיבות שבהן טרם ניתן בפועל צו ההורות הפסיקתי, אך חלפו שנים שבהן בן זוגו לשעבר שימש בפועל כהורה לכל דבר ועניין.

3. הבקשה הראשונה – למעשה, ההנחה העומדת ביסוד טענותיה של האם הביולוגית במקרה זה היא שההורות המשפטית היא הורות על-תנאי. הנחה זו יש לדחות, ובתוקף. צו הורות פסיקתי, כמוהו כצו אימוץ, אינו יוצר מעמד משפטי בלבד. בראש ובראשונה, הוא יוצר מציאות רגשית מבחינתם של הילדים הנוגעים בדבר, המשליכים את יהבם על אנשים בוגרים שנוטלים על עצמם לשמש כהוריהם. ההורות המשפטית כמוה כהורות ביולוגית – היא אינה ניתנת לניתוק. זוהי אחריות לטוב ולרע, בחיים ובמוות. קשה להפריז במידת הכאב והאבל שעלולים להיות גלומים בהליך המפריד בין קטין לבין מי שהיה אמור להיות אחת משתי המשענות שלו בעולם. אין להפוך אותה בדיעבד למשענת קנה רצוף. אכן, לעתים, החיים גוזרים על ילדים תהליך של אובדן הורה, מכוח גזירת הגורל. אולם, אין להשלים עם תהליך של אובדן הנובע כל כולו מגזירת הרצון. כך מחייב עקרון העל של טובת הילד, וזוהי אף זכותו – להמשכיות הקשר עם כל אחד מהוריו.

4. שיקולי מדיניות משפטית תומכים גם הם במסקנה זו. צו ההורות הפסיקתי נועד לסלול דרך נוספת להורות משפטית וחברתית בנסיבות שבהן הדבר אינו מסתייע מכוח הביולוגיה האנושית. העמדה העקרונית שביסוד הדברים היא עמדה של שוויון – המתנשאת, ובצדק, מעבר להבדלים ביולוגיים. האנושיות גוברת כאן על הטבע, בשם השוויון. אולם, למטבע השוויון שני צדדים. לא ניתן לאחוז בעמדת השוויון רק לתועלת. הורות מכוח צו הורות פסיקתי היא הורות, ועל כן נקודת המוצא ביחס אליה צריכה להיות שהיא אינה ניתנת לביטול. כך מחייבת תפיסה מלאה של שוויון.

5. ואפשר להשקיף על הדברים גם כך: מיסוד האפשרות של כינון הורות באמצעות מתן צו הורות פסיקתי הוא אבן דרך חשובה בהתאמת הדין למציאות החיים הנוהגת. על מנת שיוכל למלא את תפקידו זה, יש להכיר בכך שצו ההורות הפסיקתי אינו מכונן יחסי הורות שונים, קצרי מועד או נחותים. שיטת משפט המכירה במוסד של צו הורות פסיקתי

ומבקשת "לקחת אותו ברצינות" אינה יכולה לאפשר למי מההורים להתחרט על כך ולחזור בו בשלב מאוחר יותר.

6. במקרה שעמד בפנינו, הרצון לבטל את צו ההורות הפסיקתי הוא רצונה של האם הביולוגית. ניתן היה להתרשם כי בכך היא נותנת ביטוי, בין השאר, לעמדה המעדיפה את ההורות הביולוגית על פני זו שהיא יציר המשפט, ולפיכך מעניקה לאם הביולוגית מעמד עדיף ביחס לאם השנייה. לא ניתן לקבל עמדה זו. למען הסר ספק, לא היה מקום לקבל עמדה המגיעה גם מן הצד השני – כלומר, עמדה של הורה מכוח צו הורות פסיקתי, שהיה מבקש לבטל את מעמד ההורות שניתן לו, על רקע הפסקתה של המערכת הזוגית עם ההורה הביולוגי. לא ההורה הביולוגי יכול לטעון לעדיפותו, ולא ההורה המשפטי רשאי להתנער ממעמדו.

7. אכן, לא אחת, גם כאשר מדובר בהורות ביולוגית ילדים נופלים קרבן לסכסוכים הנוגעים לפרידה בין הוריהם. לעתים הורים תורמים לניכור של ילדיהם כלפי ההורה השני, או מתנכרים בעצמם לילדים על רקע פרידה זוגית. יש להצטער על כך. בכל מקרה, תפקידו של המשפט הוא להימנע מלתת לתופעות אלה גיבוי.

8. חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל הוסיף והסביר, כי במקרים חריגים ניתן יהיה לבטל צו הורות פסיקתי, על דרך של היקש מסעיף 19 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, המכיר בדרך דק המאפשר ביטול של צו אימוץ. הוא הוסיף והסביר כי אם אלה הם פני הדברים ביחס לאימוץ על-פי דין, מקל וחומר שכך הוא ביחס לצו הורות פסיקתי. אני מבקשת שלא לנקוט עמדה בעניין זה, שלא שמענו ביחס אליו טיעון מלא. ראשית, ביטול של צו אימוץ הוא חריג שבחריג, אשר יש מקום להיזהר מהרחבתו (ראו והשוו: Margaret M. Mahoney, *Permanence and Parenthood: The Case for Abolishing the Adoption Annulment Doctrine*, 42 IND. L. J. 639 (2009). שנית, ובהמשך לכך, לכאורה ישנם הבדלים לא מבוטלים בין המצב הטיפוסי של אימוץ לבין המצב הטיפוסי של מתן צו הורות פסיקתי, וניתן לחשוב על היבטים שבהם הורות מכוח צו הורות פסיקתי דומה יותר להורות משפטית הנוצרת במצבים אחרים שאינם כרוכים באימוץ. כך למשל, ניתן להשוות בינו לבין הריון של אשה נשואה מתרומת זרע, בהסכמת בן-זוגה. במקרה זה, זיקת ההורות המשפטית בין בן הזוג לבין הילד שנולד אינה ניתנת לביטול. אותיר אפוא שאלה זו להכרעה לעת מצוא.

9. הבקשה השנייה – מאפייניה העובדתיים של הבקשה הנוספת שנדונו בפנינו היו מעט שונים, מאחר שבמקרה זה טרם ניתן צו ההורות הפסיקתי עצמו. אולם, כפי שהסביר

חברי המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל עובדה זו לא השפיעה על המציאות המשפחתית הלכה למעשה, ולכך יש לתת בכורה בנסיבות העניין. אכן, יש במקרה זה כדי ללמד על היתרונות הברורים שיש לפנייה מוקדמת לערכאה שיפוטית לצורך הסדרת המעמד ההורי של בן הזוג, באותם מקרים שבהם בני הזוג חפצים בכך. אולם, אין בעיתוי הפנייה בלבד כדי להשליך על ההכרעה שאמורה להתקבל במקרה זה בהתחשב במכלול הנסיבות שפורטו.

10. לסיכום – סוף דבר בתחילתו: יש להקפיד על ההפרדה המתחייבת בין מערכת היחסים הזוגית בין ההורים לבין הקשר בין כל אחד מההורים לילד. אכן, במקרים רבים, ההורות המשפטית נוצרת כתולדה של מערכת יחסים זוגית. אולם, היא אינה תלויה בהמשך קיומה. במקרים רבים, מערכת היחסים הזוגית חדלה מלהתקיים, בעוד שההורות נותרת בעינה. מערכת היחסים בין הורה לילד אינה לוית חן הנשרכת אחר מערכת היחסים הזוגית. היא עולם ומלואו, ועומדת בפני עצמה.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. אני מסכים לדחיית הערעורים שהוגשו כבקשות רשות ערעור, כמסקנתו של חברי, המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל.

מלכתחילה לטעמי ספק אם נדרש היה להעניק רשות ערעור בבקשות. הן מאחר שהסוגיות הדורשות הכרעה אינן חורגות מעניינם הפרטני של המבקש והמבקשת שלפנינו; והן מן הטעם שהשאלות המשפטיות העוסקות בהשלכות סיום הקשר הזוגי על מעמדם של בת הזוג ובן הזוג לשעבר, באו לפתרון על ידי ערכאות קמא, אשר קביעותיהן במישור הקונקרטי מקובלות עליי.

2. העובדות הובאו בפירוט בחוות דעתו של חברי, ומשכך לא אשוב ואפרטן. המבקשת 2 בבקשת רשות הערעור האחת – (בע"מ 4741/21; לעיל ולהלן: המבקשת) – משיגה על החלטת הערכאה קמא, ועותרת לביטול צו הורות פסיקתי שעיגן את הורות המשיבה 1 באותו הליך – בת זוגתה לשעבר; עניינה של בקשת רשות הערעור השנייה

(בע"מ 5010/21) – בהתנגדות המבקש בהליך זה (לעיל ולהלן: המבקש) למתן צו הורות פסיקתי המכיר בזכותו ההורית של בן זוגו לשעבר. העובדות בשני מקרים אלו לימדו על קיומה של זוגיות משותפת על כל סממניה ומרכיביה בין בנות ובני הזוג, תכנון בדבר האופן והדרך ליצירת ההורות המשותפת ואף שנים של חיים משותפים עם הקטינים במסגרת משפחתית לכל דבר ועניין.

3. אפתח ואומר, כי דרישת המבקש והמבקשת לבטל את ההכרה הפסיקתית בהורותם של בני זוגם לשעבר, יש בה כדי לפגוע בליבת הרצון להשוואת מעמדה של ההורות הפסיקתית למעמדה של הורות ביולוגית.

קבלת טענה לפיה מטעמים שכאלו ניתן, לאחר מעשה, לשלול מבן או מבת הזוג את מעמדו כהורה מכוח הכרה פסיקתית, חותרת תחת התכלית החברתית של מוסד ההורות הפסיקתית. דעתי לעניין זה כדעת השופט ש' שוחט בפסק הדין קמא, קביעה כפי שהמבקשים טוענים לה משמעותה "[ו]פגיעה בקהילה שלמה שאליה משתייכים זוגות בני אותו המין, שצו זה הוא בבחינת התרופה היחידה להקמת תא משפחתי שלם במציאות הקיימת במדינת ישראל".

דווקא כיום, כאשר רבים הם הזוגות הבונים לעצמם מסגרת משפחתית דומה, ולאחר שהוכרה הורות פסיקתית המקנה יציבות למסגרת משפחתית זו, טיעונם של המבקש והמבקשת מאיים לערער מעמד זה, ולכונן מעין "הורות על תנאי" אשר מעמדה נחות במידה ניכרת ממעמדה המשפטי של הורות טבעית.

גישה שכזו מתעלמת גם ממציאות החיים שהתהוותה תולדת אותו קשר זוגי, אשר להשלכותיה פנים רבות הן על הילודים אשר גדלו לתוכה, והן על ההורה אשר עלול למצוא עצמו נדרש להתנתק מבנו או בתו בשל הפירוד בין בני הזוג. יש לשאוף למנוע, ככל שניתן, מצב דברים בו לאחר שהקשר הזוגי נקלע לכלל משבר ופרידה, הילודים יהיו "קורבן" של מערכת משברית זו באופן שבו תתערער מציאות החיים לה הורגלו מאז פקחו את עיניהם.

לשיטתי, משהסכימו מלכתחילה בני הזוג וחפצו ביצירת אותה מסגרת הורית-משפחתית ומשגידלו את הילוד בשיתוף, הם מושתקים מלטעון נגד זכותם ההורית של בן הזוג לאותה הורות משותפת. בדומה לכל בני זוג אשר דרכם המשותפת הגיעה לקיצה.

4. זאת ועוד, כרסום שכזה במעמדה של הורות פסיקתית, באופן הקושר בין תוקפה לבין הקשר הזוגי שבין ההורים, מעורר קשיים רבים נוספים. אחד מהם, הוא כי הדבר עלול לשמש בידי ההורה הביולוגי כ"תחמושת" משפטית במאבקים כאלו ואחרים, המתנהלים אגב הפרידה בין בני הזוג. רוצה לומר: על סכסוכי ההורים כהגדרתם בצו ההורות הפסיקתי "לרדת קומה" ולהתנהל, ככלל, בתוך המשבצת של זכויות משמורת והסדרי שהות. בדומה לכל זוג הורים אחר. מעמדו של ההורה מכוח צו ההורות הפסיקתי – אינו עומד אפוא על הפרק; וסכסוך חריף באופן שבו מעמדו ההורי של אחד מבני הזוג מועמד בסימן שאלה – אין לאפשר.

5. אשר להתייחסות חבריי לעניין סעיף 19 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, כ"מודל אפשרי" לביטול צו הורות פסיקתי – מדובר בשאלה עקרונית, מורכבת ורגישה עד מאוד. מטעם זה, לשיטתי לא יהיה זה נכון לדון בסוגיה זו במקרים שלפנינו, בהם דיון כזה איננו נחוץ להכרעה וכאשר הפתרון למחלוקת בכל אחד משני התיקים נתפר לפי מידותיו בהתבסס על נסיבותיו הפרטיקולריות של המקרה.

6. סיכומו של דבר, אני מצרף למסקנה בדבר דחיית הערעורים.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) נ' הנדל כי דין שתי הבקשות שנדונו כערעור להידחות. המבקשת בבקשה הראשונה והמבקש בבקשה השנייה יישאו, כל אחד, בהוצאות כל אחד מן המשיבים בעניינו, ובשכר טרחת באי כוחו, בסך 15,000 ש"ח.

ניתן היום, כ"ב בתמוז התשפ"ב (21.7.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימוס)

