

זרקור: בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים, עתירה לרישום שני אבות כהוריו של קטין ללא הליך של אימוץ

מאת

יהודית מייזלס*

א. מבוא

בחדש ינואר 2014 ניתן פסק דינו התקדימי ורחב היריעה של בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, בשתי עתירות אשר נדונו במאוחד, בפרשת ממת-מגד.¹ בעתירות אלה הכריע בית המשפט העליון לראשונה בדבר האופן שבו ראוי שהמשפט הישראלי יתייחס לסוגיית רישומם ומעמדם של ילדים אשר נולדו בהליכי פונדקאות שבוצעו מחוץ לישראל. מדינת ישראל מכבדת, מעודדת ואפילו מקדשת את האתוס המשפחתי ויחד עמו את הזכות למשפחה ועידוד הילודה.² כחלק מן הגישה המעודדת ילודה הכיר בית המשפט העליון בזכות להורות ובזכות למשפחה כזכויות יסוד בעלות מעמד חוקתי, וקבע כי הזכות להורות היא "ביסוד כל-היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם".³ זכות זו הוכרה כניצבת במדרגה נעלה במדרג זכויות האדם החוקתיות וקודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק ואף לצנעת הפרט.⁴ עם התפתחות הרפואה והטכנולוגיה נדרש המשפט, לעתים באיחור מה, להתמודד עם התוצאות המשפטיות הנלוות לתצורות שונות של הורות שמתאפשרות בזכות טכנולוגיה זו. כך למשל, התפתחות טכניקות ההולדה מאפשרת ליותר ויותר אנשים ונשים, זוגות הטרוסקסואליים ובני אותו המין, לפנות

* עורכת דין המתמחה בדיני משפחה וירושה, אשר ייצגה את העותרים בבג"ץ 566/11 שבמוקד פרק זה. המחברת מבקשת להודות לעו"ד מיכל לוי על סיועה בכתיבת הפרק ועל היותה שותפה במסע המשפטי המכונה "פרשת ממת-מגד" לקראת הכרה בהורות על כל צורותיה.

1 בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).

2 דוגמאות לכך ניתן למצוא בעובדה שמדינת ישראל מעודדת הורות על ידי הענקת קצבאות ילדים נדיבות ועל ידי מימון ממשלתי לטיפולי הפריה, באופן חסר תקדים בהשוואה למדינות אחרות בעולם. ראו Carmel Shalev & Sigal Gooldin, *The Uses and Misuses of In Vitro Fertilization in Israel: Some Sociological and Ethical Considerations*, 12 NASHIM 151 (2006). בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה אפילו העניקה מדינת ישראל את פרס הילודה – מענק של 100 ל"י לאמהות היולדות עשרה ילדים ויותר (ראו ח"ש "הפרס – למי?" דבר 14.11.1949).

3 השופט חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נו (1) 419 (2002).

4 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202, פס' 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006).

להליך של פונדקאות לצורך הבאת ילדים לעולם ולממש את רצונם, זכותם ושאיפתם להורות, תוך הגמשת גבולותיו של התא המשפחתי המסורתי.⁵ המחוקק הישראלי הסדיר את הליכי הפונדקאות באמצעות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).⁶ ואולם, חוק זה מסדיר אך ורק הליכי פונדקאות המתבצעים בתחומי הארץ. החוק מגדיר הורים מיועדים כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד". זוגות חד-מיניים או רווקים מודרים אפוא משימוש בחוק זה, והם נאלצים לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל.⁷ ואכן, בשנים האחרונות חלה עלייה ממשית במספר הישראלים המסתייעים בהליכי פונדקאות בחו"ל.⁸ היעדר הסדרה משפטית של אופן ההכרה בהליכי הפונדקאות המבוצעים מחוץ לישראל, לצד העובדה שאין חוק האוסר ביצוע הליכים אלה, הובילו להסדרה קזואיסטית של נושאים אלו על ידי בתי המשפט. כך למעשה במהלך העת האחרונה הפסיקה היא זו אשר עיצבה את הסוגיה הזו שעה שהמחוקק בחר לשתוק בנוגע אליה.

בהיעדר חוק בישראל המגדיר מיהו הורה, הגדרת ההורות היא פרי של בחירה חברתית, דתית ומשפטית. באמצעות בחינת האופן שבו המשפט מטפל בשאלות מסדר ראשון – מיהו הורה? כיצד אנו מגדירים את התא המשפחתי? האם הגנטיקה היא תנאי בלעדיו אין לכינון יחסי הורות? כיצד צריך ויכול המשפט להתאים עצמו לטכנולוגיות הפרייה המתפתחות? – ניתן ללמוד על השקפת המשפט בדבר דרכי הורות ויחסו לתאים משפחתיים השונים מן הדגם המסורתי.

5 במאמר זה לא אעסוק בפולמוס הקיים בנוגע לעצם השימוש בהליכי פונדקאות בעולם. לעניין זה ראו נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435 (2013).

6 חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.

7 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. שתי עתירות ניסו לאתגר סעיף חוק זה, אך ללא הצלחה. בג"ץ 1078/10 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור ההסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010) עסק בזוג חד-מיני שעתר לבג"ץ על מנת שיוורה לוועדה לאישור ההסכמים לנשיאת עוברים לנמק מדוע לא תשקול את בקשתם לאשרם כהורים מיועדים על פי חוק ההסכמים. בסופו של דבר הסכימו העותרים למחוק את עתירתם, לאור הקמתה של הוועדה הציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפרייה וההולדה (ועדת מור-יוסף, שהוקמה ביוני 2010), אשר אמורה הייתה להביא לשינוי החוק. ואולם, עד למועד כתיבת מאמר זה לא שונה החוק בישראל. פרשת משפחה חדשה (לעיל ה"ש 3) עסקה בעתירתה של אישה רווקה שוועדת האישורים דחתה את בקשתה לבצע פונדקאות בישראל רק משום שאין לה בן זוג ומשכך היא אינה עומדת בקריטריונים של סעיף 1 לחוק. בית המשפט העליון דחה את העתירה, תוך היצמדות דווקנית למילות החוק. בית המשפט קבע כי הפונדקאות היא תופעה חדשה, והשלכותיה על מישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט טרם ידועות לנו. משכך, בחר בית המשפט שלא להתערב בהסדר שקבע המחוקק, אבל הביע את דעתו כי מן הראוי שהמחוקק יתן את דעתו למצוקתן של נשים יחידות וישקול בשנית את המגבלות שהציב בנוגע אליהן (שם, בעמ' 461ג-ה לפסק הדין). מעניין לציין את עמדתו של השופט אנגלרד, אשר נעזר בשיקולי הלכה ומוסר אוניברסלי כדי להסתייג מתהליך פונדקאות המבוצע עבור אישה בלתי נשואה. מהשקפת עולם שמרנית זו השקיף השופט אנגלרד על ההסדר החוקי, שלגישתו אינו מבטא הפליה בלתי מוצדקת, מאחר שהשוני ביחס איננו בבחינת אי-שוויון בין שווים, אלא שונות בין שונים.

8 על פי דוח הוועדה הציבורית לבחינה והסדרה חקיקתית של נושא הפרייה וההולדה בישראל (ועדת מור-יוסף), ובהתאם לנתונים שנמסרו לה על ידי רשות האוכלוסין וההגירה בנוגע לפונדקאות חו"ל, בשנת 2005 היה ידוע על מקרה יחיד של פונדקאות חו"ל. לעומת זאת, בשנת 2011 הוגשו 93 פניות לקבלת מעמד לילדים שנולדו בפונדקאות בחו"ל, ובשנת 2012 הוגשו 128 פניות.

שתי העתירות בפרשת ממת-מגד תקפו לראשונה את חוקיותן של הדרישות הבירוקרטיות שהטילה המדינה על הורים אשר נזקקים לבצע הליכי פונדקאות בחו"ל.⁹ בשל חשיבותה וחדשנותה של הסוגיה נדונו העתירות בפני הרכב מורחב בן שבעה שופטים.¹⁰

בטרם אדון בפסק הדין, אתאר את השדה המשפטי שעמד ברקע כתיבתו, ואת החלל שהותירה שתיקת המחוקק בנושא, שאפשרה לבתי המשפט להתאים את הדין לחידושי הרפואה וההתפתחויות בטכניקות ההולדה באמצעות חקיקה שיפוטית. אתעכב על הזכויות של השחקנים השונים בסכסוכים אלה, לרבות זכותם של הילדים, ואתאר את הפגיעה בזכויות אלה תוך התייחסות מיוחדת לקהילת הלהט"ב. במסגרת ניתוח פסק הדין אזכיר את המניעים, לרבות המניעים הבלתי מדוברים, שעמדו לעתים מאחורי עמדת המדינה ואף בבסיס הגישות השונות של שופטי בית המשפט העליון. אסיים במבט לעתיד הנראה לעין לאחר מתן פסק הדין, שכבר נתן את אותותיו על בתי המשפט בערכאות הנמוכות יותר,¹¹ על שינוי השיח המשפטי ובעיקר על האופן שבו המדינה מטפלת ברישום ילדיהם של להט"בים שקודם לכן יכלו להסדיר את הורותם המשותפת רק בדרך של אימוץ. אני סבורה כי יש להסדיר את הליכי הפונדקאות בארץ ובחו"ל באופן שוויוני והגון, שעל פיו יותר השימוש בהליכי פונדקאות בישראל לכלל הקבוצות באוכלוסייה (ויכלול גם יחידנים ולהט"בים).

ב. המצב המשפטי שקדם לפסק הדין בעניין ממת-מגד

בחדש יוני 2010 מינה מנכ"ל משרד הבריאות (לשעבר), פרופ' רוני גמזו, ועדה ציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל בראשותו של פרופ' שלמה מורי-יוסף (להלן: ועדת מורי-יוסף). הוועדה בחנה, בין היתר, את שאלת ההסדרים הראויים בדבר הליכי הפונדקאות בארץ ובחו"ל, השפעת המעמד האישי על הנגישות לטיפולי פוריות ואופן קביעת ההורות. הוועדה אף התייחסה לשאלה האם ראוי להרחיב את מעגל הזכאים לביצוע הליכי פונדקאות גם ליחידים, באופן שיאפשר גם לבני קהילת הלהט"ב לבצע הליכי פונדקאות בישראל. במאי 2012 הגישה הוועדה את המלצותיה למנכ"ל משרד הבריאות, ובחדש פברואר 2013 הוגשו המלצות צוות בין-משרדי אשר מונה לצורך יישום המלצות אלה ולבחינת שינויי חקיקה המתחייבים מהן.¹² יצוין כבר עתה כי מסקנות

9 העתירות שנדונו בפרשת ממת-מגד תקפו את שתי הדרישות המרכזיות של הנוהל הפנימי שגיבשה המדינה: הדרישה לבדיקה גנטית שתוכיח קשר ביולוגי בין הילד לבין מי מלהוריו (הדרישה לאימוץ של ההורה שאינו ההורה הגנטי. במסגרת פסק הדין ציינו כל השופטים והשופטות במפורש כי אינם נדרשים לשאר דרישות הנוהל (ראו פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, ס' 8 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור). פסק הדין ביקר את חוסר השקיפות של משרד הפנים בכל הקשור לנוהל וקבע כי המצב הקיים שבו הנוהל איננו מפורסם ברבים ועובר "מפה לאוזן", איננו ראוי.

10 למאמר נוסף הבוחן את פסק הדין בעניין ממת-מגד ראו חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" מבזקי הארות פסיקה 5, 28 (2014).

11 כבר למחרת מתן פסק הדין, ניתנו החלטות על ידי כמה וכמה משופטי בתי המשפט למשפחה במחוזות השונים אשר ביקשו מן הצדדים בתיקים השונים לעדכן את בית המשפט כיצד ברצונם לפעול לאור פסק הדין בפרשת ממת-מגד.

12 הדוח המליץ לאפשר לבני קהילת הלהט"ב לבצע הליכי פונדקאות בישראל ואולם הגביל זאת רק לסיטואציה בה הפונדקאית מסכימה לעשות כן מטעמים אלטרואיסטיים בלבד, באופן שהלכה למעשה

הוועדה נדחו על ידי משרד הבריאות, אשר קידם הסדרה חלופית של הנושא, הסדרה שאף היא טרם הגיעה לכדי השלמה.

בהיעדר חקיקה המסדירה את נושא פונדקאות חו"ל הסדירו משרד הפנים ומשרד החוץ את סוגיית רישום ההורות באמצעות נוהל בין-משרדי בלתי כתוב, שמעולם לא פורסם אלא עבר מפה לאוזן וזכה לכינוי "נוהל חו"ל". נוהל חו"ל מציב שתי דרישות להורים המביאים את ילדם לעולם באמצעות הליכי פונדקאות חו"ל. הדרישה הראשונה מתנה את הכרת המדינה בהורות בחובה להוכיח את ההורות באופן גנטי, בדרך של בדיקת רקמות לאב בלבד (בניגוד לאם), כדי להוכיח קשר גנטי בין מי מן ההורים לקטין. הדרישה השנייה היא שההורה שאינו ההורה הגנטי יאלץ לעבור הליכי אימוץ על מנת להיחשב כהורה של הקטין.¹³ שני התנאים מחייבים פרוצדורות רבות ומורכבות, וכל ההליכים נעשים טרם מתן דרכון ישראלי לקטין, אשר הנו תנאי לכניסתו לישראל.¹⁴

הנוהל האמור נעדר כל בסיס חוקי, והוא נוגד את זכויות היסוד, הן של ההורים והן של הקטינים. אשר לקטינים, דרישה זו פוגעת בזכותם היסודית להורים, בזכות להיוולד לתא משפחתי, בזכות לבריאות ובזכות לכבוד.¹⁵ אשר להורים, מדובר בפגיעה בזכות להורות, בזכות לשוויון, בזכות לפרטיות ובזכות לכבוד.¹⁶ פגיעות אלה אינן חוקיות שעה שהן נעשות בנוהל פנימי ושלא על פי חוק, בניגוד לדרישתה של פסקת ההגבלה של חוקי היסוד.

נוהל זה, אשר כאמור איננו מעוגן בחוק, לא נבחן עד לאחרונה, וזוגות שביצעו פונדקאות בחו"ל נאלצו, בלית בררה, לשתף עמו פעולה. שכן אחרת היו מוצאים עצמם עם תינוק בן יומו במדינה זרה, ללא ביטוח בריאות וללא אישור כניסה לישראל, הרחק מבתם וממשפחתם. כל ניסיון שלא לשתף

13 מותר ההפליה על כנה. בעקבות הגשת דוח מור-יוסף, מונה בחודש יוני 2012 צוות לבחינת דרכי היישום של המלצות הוועדה, אשר הגיש את מסקנותיו למנכ"ל משרד הבריאות ולשרת הבריאות ביולי 2013. בעקבות מסקנות אלה גובש תיקון לחוק הסכמים לנשיאת עוברים: הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 916.

14 עד לתקדים בתמ"ש (משפחה ת"א) 10509-10-11 י.פ. נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הפנים (פורסם בנבו, 5.3.2012), אצל זוגות הטרוסקסואליים רק האב הורשה לערוך בדיקת רקמות, ואילו האם נאלצה לאמץ את ילדיה שלה.

15 בהתאם ל"נוהל חו"ל", על ההורים לבצע את הפעולות הבאות: לתאם בדיקת רקמות רק לאב, לפנות בצו לבית המשפט לצורך אישור בדיקת הרקמות, לצרף לבקשה שלל מסמכים: הסכם הפונדקאות, אישור רפואי על כך שברחמה של הפונדקאית הושגל עובר שנוצר מביצית שהופרטה מזרעו של האב, אישור רפואי על הריון הפונדקאית, מסמך המאשר כי הפונדקאית ויתרה על כל זכות הורית או משפטית בקשר לילד שייוולד (גם אם על פי חוקי המדינה הזרה היא איננה בעלת זכות הורית כלפי הילד), וכי הפונדקאית אינה יהודייה ואין כל חשש למזורות, וחוות דעת על הדין הזר במדינה שבה בוצעה הפונדקאות שלפיה הליך הפונדקאות הנו הליך חוקי בהתאם לחוק הקיים במדינה הזרה. רק לאחר הלידה נלקחת מן התינוק דגימת רקמות, המוטסת ארצה בנוהל קונסולרי לצורך השוואה עם בדיקת הרקמות שהשאיר אחריו האב. בזמן ההמתנה לתוצאות הבדיקה (שבועות מספר) נאלצים ההורים להמתין עם התינוק במדינה הזרה. אם קיימת התאמה, נרשם האב בלבד כאבי התינוק ולקטין מונפק דרכון ומתאפשרת כניסתו לישראל.

16 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991).

17 ראו למשל דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); ע"א 451/88 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330 (1990); ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ לב(3) 421 (1978); בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626 (1991); ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.4.1997); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006). כן ראו מאמרה של דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996).

פעולה עם נוהל חו"ל גרם לעיכובים רבים, ולכן גם מי שניסה לצאת נגד נהלים אלה נאלץ בסופו של דבר לוותר על המאבק העקרוני כדי לפתור את מצוקתו הפרטית, כך שיותר לו להיכנס לארץ עם התינוק.

לשם השוואה, יש לציין כי הורות במשפט הישראלי אינה מצריכה באופן שגרתי הוכחה גנטית, והאמת הגנטית לעתים אף איננה רצויה. קיימות דרכים רבות לרישום הורות ללא צורך בבדיקה גנטית, ויש מצבים שבהם המשפט הישראלי לא זו בלבד שאיננו דורש בדיקה גנטית, אלא הוא מונע אותה.¹⁷ כך למשל, כל שצריכה אישה יולדת לעשות הוא לציין אדם מסוים כאביו של הקטין, ועל סמך הצהרתו נרשמת אבהות זו ללא כל צורך בבדיקת רקמות.¹⁸ הדרישה לבדיקת הרקמות ולקיומו של קשר גנטי מפלה בין זוגות שעורכים פונדקאות בחו"ל לבין זוגות שעורכים פונדקאות בארץ באמצעות תרומת ביצית למשל. האחרונים נרשמים כהוריו של הקטין ללא כל דרישה לבדיקת רקמות, הגם שידוע שאחד ההורים אינו ההורה הביולוגי או הגנטי של הילוד.¹⁹ כך, הורים אשר ביצעו פונדקאות חו"ל מופלים כאשר מוטל עליהם להוכיח את הורותם באמצעות בדיקת רקמות.²⁰

את הביקורת על הדרישה לעריכת בדיקת רקמות ניתן לחלק לשני סוגים עיקריים: ביקורת על עצם הצורך בהוכחת קשר גנטי דווקא ליילוד, לעומת תצורות הורות שאינן גנטיות, וביקורת בנוגע לצורך בהוכחה גנטית באמצעות בדיקת רקמות דווקא, בדיקה המאלצת את המשפחה לשהות מחוץ לגבולות ישראל במשך שבועות רבים, עם תינוקות בני יומם, ללא גישה לשירותי הבריאות של מדינת ישראל, שיפת חלב ולזכויות בסיסיות אחרות בהקשר זה.²¹

חשוב להבהיר כי הבעיה איננה ייחודית למשפחות חד-מיניות, והדרישה חלה גם על זוגות הטרוסקסואליים או רווקים. ואולם, מאחר שבמשפחות חד-מיניות לעולם לא תיתכן "שלמות גנטית" בין שני ההורים לבין הקטין, ההפליה כלפי משפחות אלה היא בלתי נמנעת. במובן זה, כשמפעילים באצטלה של אחידות, יחס דומה על עובדות ונסיבות חיים שאינן אחידות – התוצאה היא הפליה.²² גם הדרישה השנייה הקיימת בנוהל חו"ל, שלפיה ההורה שנעדר קשר גנטי עם הילד יעבור הליכי אימוץ כדי ליצור קשר משפטי בינו לבין הקטין, הנה דרישה מפלה שאיננה מתאימה להליכי פונדקאות.

17 בכל מקרה שבו מתעורר חשש שעצם בדיקת הרקמות תביא לקביעה שקטין הוא ממזר, מעדיף המשפט הישראלי שלא לברר את האמת העובדתית. חוק מידע גנטי קובע במפורש שאין לבצע בדיקת רקמות במצבים שבהם תוצאת הבדיקה עלולה להוביל למסקנה שמדובר בממזר – ס' 28ד(א) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

18 נוהל משרד הפנים 2.2.0008 "נוהל הטיפול לרישום נולדים בישראל והכללת הזכאים לכך במרשם האוכלוסין" (28.6.2006).

19 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 קובע כי ילוד שנולד כתוצאה של תרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין. ואולם, נתרמת על פי חוק תרומת ביציות, אינה בהכרח האם היולדת. ס' 1 לחוק תרומת ביציות קובע כי "נתרמת" היא מי שהגישה בקשה לתרומת ביציות בהתאם להוראות ס' 11. ס' 11 לחוק קובע כי "נתרמת" היא מי שיש לה בעיה רפואית המצדיקה שימוש בביצית של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

20 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

21 סכנה נוספת היא שכאשר המשפחה שוהה בחו"ל זמן רב, תוגבל זכותם של ההורים לזכויות רפואיות, בהתאם לס' 58 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994.

22 על ההבחנה בין שוויון פורמלי לשוויון מהותי ראו פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פסק דינו של השופט ג'ובראן.

מדובר בזוג שהביא לעולם ילד, פרי החלטה משותפת שאותה הוציאו בני הזוג לפועל יחדיו, בעוד "אימוץ" מוגדר במילון כ"קבלת ילד זר (לרוב יתום או פליט) לתוך המשפחה על מנת לגדלו כבן משפחה".²³ בהליכי פונדקאות, אין מדובר בילד שנולד להורים מסוימים שכעת אינם יכולים לטפל בו ויש למסור לאימוץ להורים אחרים, אלא ילד שנולד לזוג הורים שכאמור תכנן את הבאתו המשותפת לעולם, ונדרש לסיוע טכנולוגי לשם כך. הדרישה מאחד ההורים לאמץ את ילדו או ילדתו מובילה לא רק להתארכות התקופה שבה נשלל מן הילד אחד מהוריו, אלא גם ליצירת מדרג מפלה בין ההורים, של הורה ראשי (ביולוגי-גנטי) והורה משני.

ג. שינוי נוהל חו"ל בכל הנוגע לפונדקאות חו"ל הנעשית על ידי זוגות הטרוסקסואליים

כאמור, בהיעדר הסדרה של הליכי פונדקאות חו"ל נאלצו בתי המשפט לקבוע בעצמם את הדין החל על זוגות המביאים ילד לעולם באמצעים אלו. התחלה של ביקורת שיפוטית על נוהל חו"ל נראית בפסיקת בית המשפט לענייני משפחה בנוגע להליכי פונדקאות חו"ל שבוצעו על ידי זוגות הטרוסקסואליים. כך למשל לעניין הדרישה מאמהות, על פי נוהל חו"ל, לאמץ את ילדיהן. עד לשנת 2012 הרשתה מדינת ישראל בכל מקרי פונדקאות חו"ל רק לאב לערוך בדיקת רקמות, ואילו האם נאלצה לאמץ את ילדיה שלה, וזאת גם במקרים שבהם הקטינים נולדו מביציותיה שלה והמטען הגנטי שלהם היה זהה.²⁴ בפסק דין שניתן באותה השנה, השופטת שפרה גליק, מבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב, פרצה לראשונה את דרישת האימוץ וקבעה שמדובר בהליך משפטי שאיננו מתאים לסיטואציה של פונדקאות.²⁵ פסק הדין הורה כי קביעת הורותם של המבקשים על ילדיהם הקטינים, שנולדו בעקבות הליך פונדקאות בחו"ל, תיעשה על סמך בדיקה גנטית של שני ההורים ושל ילדיהם הקטינים, ובשום אופן לא על דרך של אימוץ הקטינים על ידי אמם. בכך שם פסק הדין קץ לנוהל הבלתי כתוב של משרד הפנים, אשר אילץ אמהות לאמץ את ילדיהן. בפסק הדין נמתחה ביקורת על פרוצדורה זו ונקבע כי דרישה שאם תאמץ את ילדיה שלה היא דרישה שהדעת אינה סובלת ומנוגדת לשכל הישר. בכך קירב פסק הדין את מעמדם של זוגות אשר עורכים הליך פונדקאות בחו"ל לזה של העורכים אותו בארץ.²⁶ בית המשפט ראה לנגד עיניו את עקרון טובת הילד וקבע כי על בסיסו יש לאפשר הכרה בהורות של שני ההורים, על מנת שהמשפט יהיה תואם את המציאות שלתוכה נולדו הילדים – תא משפחתי מלא בן

23 "אימוץ", אברהם אבן-שושן מלון אבן-שושן המרוכז – מחודש ומעודכן לשנות האלפים כרך ראשון 54 (משה אזר עורך ראשי, 2004).

24 מדיניות זו מקורה כנראה גם באינטרסים דתיים ובגישות השונות בדת בנוגע להגדרת היהדות של אותו ילד. כל עוד הייתה זו הפרקטיקה המחייבת, כל הילדים שנולדו בהליכי פונדקאות, הגם שהנם ילדיהם הגנטיים של ההורים היהודים, נאלצו לעבור הליכי גיור.

25 פרשת י.פ., לעיל ה"ש 13.

26 מעניין לציין כי בפסק דין זה פתח בית המשפט סדק להכרה בהורות על סמך תעודות הלידה של הילדים מהמדינה הזרה (אפילו ללא בדיקת רקמות), אך מאחר שבני הזוג במקרה זה הסכימו לערוך בדיקת רקמות, הוא לא נדרש להכרעה בנושא זה.

שני הורים. הליך של אימוץ איננו תואם, לדבריו, את המציאות הזו. פסק הדין אושר בבית המשפט המחוזי.²⁷

לאחר פריצת דרך זו צעד בית המשפט לענייני משפחה צעד אמיץ נוסף, ובפסק דין תקדימי מפי השופטת תמר סנונית פורר קבע כי כאשר מדובר בהורים אשר לשניהם קשר גנטי לקטין, ניתן לברר ולקבוע את קשרי ההורות מבלי לערוך בדיקת רקמות. בפסק הדין הסתמך בית המשפט על ראיות רפואיות אובייקטיביות חיצוניות ומסמכים ציבוריים משפטיים ורפואיים המעידים על הקשר הגנטי בין הקטינים להוריהם, ועל בסיסם קבע את הורותם של ההורים. בית המשפט המחוזי הפך את קביעת בית המשפט לענייני משפחה, ועל החלטה זו הגישו ההורים ערעור לבית המשפט העליון.²⁸ ביום 29.12.2013, התקבל ברוב דעות הערעור על פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון קבע כי מאחר שהצדדים הסכימו לבצע את הבדיקה הגנטית ולרשום את ההורים ככאלה אם תמצא התאמה גנטית, הרי שלא היה עוד הכרח להכריע בשאלה העקרונית, כאשר אין בה כדי להשפיע על התוצאה בתיק, ובפרט שהעניין נדון באותם ימים בהרכב מורחב בן שבעה שופטים. בכך ביטל בית המשפט העליון את ההכרעה העקרונית בדבר חיוב הורה לערוך בדיקת רקמות טרם יירשם הילד כבנו. בפסק דין אחר עמד השופט שילה על כך שהנהוג לפיו האב יקבל מידית פסק דין לאבהות ואילו האם תיהנה מצד הורות פסיקתי רק לאחר הליך משפטי אינו שוויוני וראוי.²⁹ פסק הדין קובע כי יש להחיל דין שווה על האמהות. בכל המקרים הללו דובר במצב שבו הן האב והן האם נשאו מטען גנטי זהה למטען הגנטי של הקטין. על מנת להשלים את המהפכה היה צורך להמשיך לשלב הבא – מתן הכרה להורות שאינה גנטית.

ד. פסק הדין בעניין ממת-מגד – דיון בפונדקאות חו"ל הנערכת על ידי זוגות בני אותו המין

בפרשת ממת-מגד הונח בפני בית המשפט העליון אתגר בנוגע להכרה בהורות תוך התנתקות מן ההקשר הגנטי-ביולוגי. בעניין זה נבחנו לראשונה דרישות הנוהל הפנימי של משרד הפנים באופן ישיר, בסיטואציה של בני זוג מאותו המין, שבה הקטין נושא את המטען הגנטי של אחד ההורים בלבד. ביום 20.1.2011 וביום 12.9.2011 הונחו בפני בית המשפט העליון שתי עתירות³⁰ העוסקות בשני מקרים של זוג הורים בני אותו המין, בני הזוג ממת-מגד ובני הזוג טבק-אבירם, אשר לכל אחד מהם נולד ילד כתוצאה של הליך פונדקאות בארצות הברית. כל אחד מזוגות העותרים אחזו בידיהם שני מסמכים רשמיים של מדינת פנסילבניה בארצות הברית – תעודת לידה, שבה רשומים שני האבות

27 עמ"ש (מחוזי ת"א) 52061-05-12 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 20.12.2012). בעקבות פשרה שאליה הגיעו הצדדים באולם, בית המשפט פסק כי קביעת הורותם של המבקשים על ידיהם הקטינים שנולדו בעקבות הליך פונדקאות בחו"ל תיעשה על ידי בדיקה גנטית של שני ההורים ושל ילדיהם הקטינים, ובשום אופן לא על דרך של אימוץ הקטינים על ידי אמם, תוך חריגה מ"נוהל פונדקאות חו"ל". עמדה זו זכתה להכרה באוביטר בפסק הדין בעמ"ש (מחוזי ת"א) 43811-11-12 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פס' 44 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 9.5.2013) (להלן: פרשת פלונית).

28 שם.

29 תמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 3.2.2013).

30 פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1.

כהוריו של הקטין, וצו הורות, שניתן על ידי בית המשפט בפנסילבניה, המצהיר על הורותם המשותפת על הקטין. כאשר הגיע כל אחד מזוגות ההורים לארץ וביקש לרשום את ילדו במרשם האוכלוסין בהתאם לתעודת הלידה החוקית ולפסק הדין הזר שהונפקו בארצות הברית, הקובעים ששניהם ההורים החוקיים הבלעדיים של הקטין, הוא נתקל בסירוב מצד פקיד הרישום. בכל אחד מן התיקים סגרה המדינה את שעריה בפני הקטין בטענה כי בלתי אפשרי, מבחינה ביולוגית, ששני הגברים יהיו הורי הקטין, ולכן על ההורה הביולוגי לעבור בדיקת רקמות (על אף שדרישה זו, כאמור, איננה מעוגנת בחוק כלשהו). עמדת המדינה הייתה שרק לאחר קבלת תוצאות הבדיקה יירשם האב הביולוגי, והוא בלבד, כאביו של הקטין, בעוד ההורה האחר יאלץ לאמץ את הקטין. לטענת המדינה, עצם הרישום מעניק לקטין מעמד של אזרח ישראלי, ולכן, לגישה, יש להוכיח בבדיקת רקמות כי הקטין הנו ילדו הביולוגי של אזרח ישראלי. לטענת המדינה, מטעמים של נכונות המרשם והיות שהמרשם הוא ראייה לכאורה לנכונות תוכנו, רישום פרטיו של הילד במרשם האוכלוסין ורישום פרטיהם של ההורים אמור לשקף הורות ביולוגית כעניין עובדתי, הניתן להוכחה בדרך של בדיקת רקמות. לגישת העותרים היה ראוי לתת להורותם מעמד חוקי ומלא מכוח תעודת הלידה של מדינת פנסילבניה ולהכיר בשניהם כהוריו של הקטין בהתאם לדינים הבינלאומיים. הכרה זו תעניק מעמד שווה לשני האבות, מעמד המשקף את המציאות היומיומית שבה גדל בנם

ההורים הגישו עתירה לבג"ץ על מנת שיוורה על רישומם במרשם האוכלוסין כהוריו של הקטין, על סמך זכותו הבסיסית של הקטין לשני הורים ובהתאם לכוחה ונפקותה של תעודה ציבורית. העתירה התבססה, בין היתר, על שורה ארוכה ועקבית של פסקי דין שניתנו על פני מספר עשורים. אלה התמקדו בכללי המשפט הבין-לאומי ובעקרון הכיבוד ההדדי בין מדינות והצורך במניעת פיצול סטטוס בין המדינות,³¹ שכן אם לא תוכר תעודת הלידה הציבורית שהונפקה על ידי ארצות הברית, ייווצר מצב בלתי נסבל שלפיו הקטין יהיה רשום כבנם של העותרים בארצות הברית ואילו בישראל יהיה רשום כבנם של אחד מההורים בלבד.³²

לטענת העותרים, פקיד הרישום חרג מסמכותו כאשר לא הסתפק בראיות האובייקטיביות אשר הונחו בפניו ודרש באופן שרירותי בדיקת רקמות, זאת על אף שמדובר בראיות מנהליות בעלות ערך הוכחתי מספק, והמדינה לא הציגה כל חוק המסמך אותה לאלץ אותם לעבור בדיקת רקמות. הם הוסיפו וטענו שמדובר באופן ההוכחה של קשר גנטי הוזהר להליכי פונדקאות הנעשים בארץ לפי חוק

31 תחילתן של הלכות משפטיות אלה בבג"ץ 143/62 פונק שליזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963), שבו חייב בית המשפט העליון את פקיד הרישום לרשום נישואין אזרחיים שבוצעו בחו"ל על פי חוקי דין המקום אף על פי שנישואין אזרחיים הם הליך בלתי תקף בישראל. הלכה זו קיבלה חיזוק נוסף, בהקשר של רישום הורות חד-מינית, בבג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים פ"ד נד(2) 368 (2000), שבו הורה בית המשפט העליון לראשונה על רישומן של שתי נשים כאמהות לילד משותף במרשם האוכלוסין. צעד נוסף עשה בית המשפט העליון בבג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (2006), שבו הורה על רישום נישואין של בני אותו המין שנערכו בחו"ל במרשם האוכלוסין, וקבע כי "מרשם האוכלוסין לא נועד להכריע בשאלת קיומן או היעדרן של תבניות משפטיות; פקיד הרישום אינו כשיר לקבוע אם קיימת תבנית משפטית מוכרת או רק תבנית חברתית בעלת נפקות משפטית מסוימת"; המרשם מוסר נתונים סטטיסטיים על התרחשויות אישיות (כגון לידה, מוות, נישואין, גירושין) ולא קונסטרוקציות משפטיות שעברו את עינו הבוחנת של פקיד הרישום. אין זה ראוי כי בשדה הרישום ייערך המאבק המשפטי באשר לסטטוס האישי" (שם, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא בדימוס, השופט ברק).

32 פרשת ברנר קדיש, לעיל ה"ש 32, פס' 3 לפסק דינה של השופטת דורנר.

הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), שבו נקבע הקשר הגנטי ללא צורך בבדיקת רקמות.

טענה נוספת שהעלו העותרים היא שזכות הקטין לשני הורים, אשר הוכרה כזכות יסוד, ואף מעוגנת באמנה הבין-לאומית לזכויות הילד 1989, מחייבת לאפשר לקטין ליהנות מזכותו לשני הורים ואוסרת הפליה בין הוריו. עוד נטען, בין היתר, כי הנוהל במתכונתו הקיימת מנוגד לזכות להורות, שכן הוא מאלץ את העותרים לעבור הליכים ארוכים ומשפילים על מנת להיות מוכרים כהורים לילדיהם שלהם. למרות הדמיון בנסיבות, חשוב לעמוד על השוני בין העתירות. בבג"ץ 566/11 סירבו העותרים, בני הזוג ממת-מגד, מסיבות אידאולוגיות, לערוך בדיקת רקמות וביקשו להירשם כהוריו של הקטין על סמך תעודת הלידה ופסק הדין הזר.³³ בכך הם קראו תיגר על שתי הדרישות המרכזיות של הנוהל הבלתי כתוב של משרד הפנים ביחס לפונדקאות חו"ל – הן הדרישה לבדיקת רקמות להוכחת קשר גנטי בין אחד ההורים לקטין והן הדרישה להליך אימוץ על ידי ההורה האחר.³⁴ בבג"ץ 6569/11 הסכימו העותרים, בני הזוג טבק-אבירם, לערוך בדיקת רקמות לאב הביולוגי. לאחר שהקטינה הוכרה כאזרחית ישראלית, ביקשו לרשום את ההורה האחר כאבי הקטינה במרשם האוכלוסין, ובכך תקפו רק את הדרישה האחרונה בדבר הליך האימוץ. בשל השאלה המשותפת (בחלקה) הוחלט לדון בשתי העתירות במאוחד.

במסגרת העתירות ציינו העותרים את הקשיים הביורוקרטיים שמערימה המדינה על הזוגות העוברים הליך של פונדקאות חו"ל ואת הצורך ברישום אשר ישווה את המצב הרישומי והמשפטי למציאות חייהן בפועל של משפחות אלה. מיום היוולדם של ילדים אלה, הם גדלים למשפחה שבה שני בני הזוג הם הוריהם לכל דבר ועניין, ולכן מצב דברים שלפיו רק אחד מבני הזוג נרשם כהורה, חוטא למציאות חייהם, ולכן עולה צורך בהתאמת המצב המשפטי למציאות באופן מהיר ופשוט ככל הניתן. המדינה העלתה כמה טיעונים, כגון חשש מניצול של הפונדקאות, חשש מסחר בילדים וחשש ממתן מעמד בישראל למי שאינו זכאי לכך, וכן חשש מרישום לא נכון או בלתי מדויק במרשם האוכלוסין. בית המשפט דחה את העתירה בבג"ץ 566/11, ובכך הכשיר את הדרישה לקשר גנטי שהציבה המדינה. מנגד, בית המשפט קיבל את העתירה בבג"ץ 6569/11³⁵ ובעשותו כן ביקר ושינה את הדרישה שהוצבה לעניין מעמדו של ההורה נעדר הקשר הגנטי, לרבות ביטול סופי ומוחלט של הצורך באימוץ. כך, בית המשפט הכיר לראשונה בהורות משפטית שוות ערך לזו הגנטית, מכוח הדין הבין-לאומי.

33 גם לאחר שהוכיחו העותרים באמצעות מסמכים רפואיים ומשפטיים את הורותם – בין היתר באמצעות תעודת הלידה, צו ההורות שניתן על ידי בית המשפט בפנסילבניה המצהיר על הורותם המשותפת כלפי הקטין, הסכם הפונדקאות בין העותרים לבין הפונדקאית, מסמכים רפואיים לרבות תצהיר של הרופא המטפל לפיו ההיריון נוצר מביציות אשר הופרו בזרעו של אחד העותרים, וכן תצהיר הפונדקאית ואף בעלה – עמד משרד הפנים בסירובו לתת לבנם אזרחות ישראלית ולרשום את העותרים כהוריו במרשם האוכלוסין, כל עוד לא בוצעה בדיקת רקמות.

34 הנוהל כולל אף דרישות נוספות – הדרישה שההורים המיועדים יוכיחו בחוות דעת כי הדין במדינה שבה התבצע הליך הפונדקאות איננו אוסר על ביצוע פונדקאות, הצגת הסכם הפונדקאות ודרישה שהפונדקאית תתייבב בנציגות ותצהיר על הסכמתה למסירת הילד לילדים המיועדים.

35 המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים ע' ארבל, ס' גובראן, א' חיות, וי' דנציגר, כנגד דעתם החולקת של השופטים א' רובינשטיין וח' מלצר.

בחינת נימוקיו של בית המשפט בכל אחת מהעיתרות מלמדת על השיקולים שבבסיס פסק הדין ועל יחסו של בית המשפט לסוגי ההורות ולדרכי קביעתה. פסק הדין מלמד כי התפיסה שלפיה הורות גנטית עדיפה מהורות משפטית עדיין מושרשת במשפט הישראלי. כך, השופטים קבעו כי השאלה שמעלה עתירתם של בני הזוג ממט-מגד, שטענו כי אין לדרוש מהם להוכיח הורות באמצעות בדיקת רקמות, הנה חלק מהסוגיה הרחבה של מתן מעמד בישראל. השופטים קבעו כי יש להכריע את המחלוקת באמצעות חוק האזרחות ועל כן לצורך מתן מעמד של אזרח לבנם של העותרים בבג"ץ 566/11 עליהם לבצע בדיקת רקמות. מעניין לציין כי סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, העוסק במתן אזרחות מכוח לידה, קובע כי תוענק אזרחות למי שאביו או אמו אזרחים ישראלים³⁶ ואינו נוקט עמדה בשאלה אם מדובר בהורות גנטית/ביולוגית דווקא.³⁷ משכך, מסקנתו של בית המשפט העליון איננה מחויבת המציאות, אלא מורה על פרשנות שיפוטית וערכית. הדבר מעיד כי ההורות המשתקפת מבעד לעיני השופטים עודנה הורות גנטית.³⁸

המסקנה של בית המשפט שאחד ההורים חייב להיות בעל קשר גנטי לקטין איננה מפתיעה לנוכח נטיית המשפט הישראלי לדבוק בעקרון קידוש הגנטיקה. עיקרון זה מצא ביטוי בשורה ארוכה של פסקי דין. כך למשל, בפרשת נחמני³⁹ קשר השופט טל את הזכות להורות עם שאיפתו של אדם לשכפולו הגנטי וקבע: "בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי". את החשיבות הניתנת לגנטיקה ניתן לראות גם בפרשת קונסלוס,⁴⁰ שם קבע המשנה לנשיא אלון כי "עלינו להעדיף את זכות האפוטרופסות הטבעית של ההורים, 'קול הדם'".⁴¹

ייתכן שמבין שורות פסק הדין מבצבץ מניע נוסף ובלתי מדובר הקשור ל"פוליטיקה של הדמוגרפיה". אי-אפשר שלא לתהות אם פרט לאבות החד-מיניים שבמרכז העתירה עמדו לנגד עיניהם של השופטים אתגרים פוליטיים מסוג אחר לגמרי. ובמה דברים אמורים? ארבע פעמים נזכרת בפסק

36 ס' 4 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

37 השופט ג'ובראן קובע כי לגישתו לשונו של ס' 4(א)(2) אינה מחייבת פרשנות שלפיה הורות מכוח לידה היא הורות ביולוגית-גנטית בלבד. לדבריו, מערכת היחסים ההורית אינה מושתתת על הגנטיקה אלא על הזיקה הרגשית שבין ההורה המטפל (care giver) לילדו, ולכן אין מקום ליצירת היררכיה של "אמיתות" ההורות בין הורים ביולוגיים להורים שאינם ביולוגיים. לעמדה זו הצטרף השופט דנציגר. השופט ג'ובראן אמנם דחה את העתירה בפרשת ממט-מגד, אולם קבע כי בית המשפט לענייני משפחה יקבע אם במקרה הספציפי עולה צורך בבחינת קשר גנטי, כאשר לדעתו רשאי בית המשפט לענייני משפחה להורות על רישום ההורות, ללא הוכחת הזיקה הגנטית, תוך בחינת טיב הקשר וטובת הקטין. ראו פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

38 כאמור, השופט ג'ובראן והשופט דנציגר אינם מסכימים עם גישה זו. ראו שם.

39 פרשת נחמני, לעיל ה"ש 16.

40 פרשת קונסלוס, לעיל ה"ש 16.

41 באותו מקרה דובר בכני זוג ישראלים שלא הצליחו להוליד ילדים. הם אימצו ילדה בברזיל באופן חוקי וחזרו עם הילדה לישראל. רשת ה-BBC ערכה כתבת תחקיר על מקרים שבהם ילדים נחטפו בברזיל ונמסרו לאימוץ באופן לא חוקי, והאם הביולוגית צפתה בכתבה זו. בדיעבד התברר שהילדה נחטפה מאמה על ידי כנופיית סוחרים ילדים בברזיל והועברה לסוכנות האימוץ. האם הצליחה להגיע, בעזרת התקשורת, לישראל והגישה תביעה להחזיר את הילדה לחזקתה. בית המשפט העליון קבע את עדיפותם של ההורים הגנטיים על פני ההורים המאמצים.

הדין פרשת קעדאן.⁴² פרשה זו עניינה עתירה של כמה אבות ערבים ישראלים אשר ביקשו להירשם כאבות לילדים שנולדו לאמהות פלסטיניות, על סמך הצהרות אבהות שניתנו מטעמם בבית הדין השרעי מבלי שבוצעו בדיקות רקמות המוכיחות קשר גנטי. השופטת נאור אף מצאה לנכון להבחין אותה מן העתירה בבג"ץ 6569/11 ולהדגיש כי במקרה דנן, בניגוד לפרשת קעדאן, מדובר ברישום שני במרשם, אשר איננו כורך עמו סוגיה של מתן מעמד וכי אין מדובר בסיטואציה של הורות מכוח לידה. נראה כי בית המשפט חשש כי התגמשות בנושא דרישת הגנטיקה עלולה להוביל למדרון חלקלק, אשר יאפשר שימוש לצורכי קבלת מעמד גם בסיטואציות שאינן קשורות להליכי פונדקאות, ולכן העניק פרשנות דווקנית לסעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות ועמד על הדרישה להוכחת קשר גנטי לצורך הענקת מעמד. מעניין לציין כי בפסק הדין התקבלה עמדת העותרים בבג"ץ 566/11 בכל הנוגע לרף הראייתי הנדרש לשם הוכחת הקשר הגנטי. השופטים קיבלו, ברוב דעות, את טענת העותרים שלפיה בדיקה גנטית איננה הראיה הכשרה היחידה. הם קבעו כי אף על פי שבדיקה גנטית הנה בבחינת "דרך המלך" ומדובר בדרישה כשרה, אין מקום לחסום את הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות אחרות הורות ביולוגית לצורכי קבלת מעמד. המשנה לנשיא הפנתה את העותרים לבית המשפט לענייני משפחה, המוסמך לדון בקביעת אבהות, וקבעה כי בהסתמך על ראיות אובייקטיביות בדבר שיוצגו בפניו יהיה הוא רשאי לקבוע כי הקשר הגנטי הוכח.⁴³

בכל הנוגע למעמדו של ההורה שאיננו בעל קשר גנטי צעד בית המשפט העליון צעד אמיץ והסכים לבטל את דרישת האימוץ ולהכיר בהורות מכוח פונדקאות. ניתן להניח כי הנכונות לקבל את העתירה השנייה, אל מול דחיית העתירה הראשונה, מורה על המשך הקו שנוקט בית המשפט בהבחינו בין הכרה בהורות שמקימה זכות למעמד לבין הכרה בהורות שנועדה לצורכי מרשם אוכלוסין בלבד.⁴⁴ כך, עם סילוק החשש ממתן מעמד למי שאינו זכאי לכך, השתחרר בית המשפט מכבלי הגנטיקה וכתב פסק

42 בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 9.8.2010). פסק הדין בעניין קעדאן מוזכר בפרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 15, 33 ו-37 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר.

43 קביעה זו מקלה עד מאוד על הציבור הפונה לפונדקאות חו"ל, מאחר שהבדיקה הגנטית היא שמעכבת את חזרתם של ההורים לארץ עם ילדיהם, לאור סירוב המדינה להנפיק דרכון טרם הגעתן של תוצאות הבדיקה. מסמכים כגון תעודת הלידה, המסמכים הרפואיים והמסמכים המשפטיים מצויים בידי ההורים עוד קודם לכן, ועל כן הם יכולים לסיים את הבדיקה ולקבל פסק דין עוד קודם ללידה ואז לשוב מיד לאחריה לישראל.

44 ההבחנה בין הכללים החלים בנסיבות של מתן מעמד ורכישת אזרחות לבין הכללים החלים בנוגע לרישום שני בלבד נדונה בבג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.6.2011). שם עמדו לביקורתו של בית המשפט שני נהלים של משרד הפנים: נוהל אחד הנוגע למתן מעמד לילד שנולד בישראל לאזרח ישראלי ואזרחית זרה ("נוהל המעמד") – אז מעמדו של הקטין תלוי במעמדו של האב בישראל ולכן קביעת האבהות הנה למעשה קביעת מעמדו של הקטין בישראל, ונוהל שני הנוגע באופן כללי לרישום אביו של קטין שנולד לאם שהיא תושבת או אזרחית ישראל, על יסוד הצהרת האב ("נוהל הרישום"). בית המשפט העליון הבחין בין שני נהלים אלו וקבע כי התייחסות המשפט למרשם כמאגר סטטיסטי ורישומי בלבד, שכוחו מוגבל, מפחיתה את החשש מפני הצהרות אבהות כוזבות ואת השלכותיהן, שכן יש להניח שלא יהיה לאיש אינטרס להצהיר על אבהות של אדם שאינו אביו של הילד. לעומת זאת, כאשר מדובר בקביעת מעמדו של אדם, קביעה שיש בה כדי להשפיע על זכויותיו, תידרש בחינה מעמיקה יותר ודרישה ראייתית חזקה יותר לאור הרווח המשני הלא מבוטל, בדמות רכישת אזרחות או תושבות בישראל, שניתן להפיקו מהצהרה כזו (ראו פס' 6-10 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל).

דין מרשים שבו הכיר בהורות משפטית שוות ערך לזו הגנטית.⁴⁵ השופטים קבעו במפורש כי החששות ממתן מעמד למי שאינו זכאי לכך אינם מתעוררים בעתירה השנייה. בית המשפט בחן את שתי הסיבות שסיפק פקיד המרשם לסירוב לרשום את ההורה שאינו ביולוגי: הראשונה – חוסר נכונות גלויה לרשום בני זוג בני אותו המין כהורים, שכן לתפישתו לא יכול לכאורה להתקיים מצב של שני אבות או שתי אמהות; השנייה – החשיבות של דיוק המרשם ואמינותו.⁴⁶ שופטי הרוב דחו את שני הנימוקים האלו. לעניין הטענה שההורה שאינו הורה ביולוגי איננו הורה של הקטינה קבעו השופטים כי בפני המדינה עמדו ראיות בעלות משקל ממשי שלפיהן האב שאינו ביולוגי הוא אביה של הקטינה, הן מבחינה משפטית (לאור הדין הזר, הסכם הפונדקאות, הסכמת הפונדקאית וכן בשל תעודת הלידה והצו השיפוטי הזר) והן בפועל, וכי המדינה מבכרת להתעלם מכך כליל. בית המשפט הדגיש כי מדובר בילדים הגדלים מרגע היוולדם במסגרות משפחתיות הכוללות שתי דמויות הוריות, ולפיכך הטענה בדבר מרשם אמין ומדויק מתעלמת ממצאיות חייהם של הקטינים ושל המסגרות המשפחתיות שלהם וממכלול שיקולים הקשורים לטובת הילד.

בית המשפט קבע כי טענת המדינה שלפיה רק הורות ביולוגית תקבע את נכונות המרשם סותרת את בג"ץ ברנר-קדיש,⁴⁷ שבו הורה בית המשפט העליון על רישומן של שתי נשים כאמהות לילד משותף במרשם האוכלוסין.⁴⁸ בפרשת ברנר-קדיש הוכר לראשונה רישום הורות שאיננה נסמכת על ביולוגיה או גנטיקה; נקבע כי הרישום במקרה הנדון אינו משקף את ההיבט הביולוגי כי אם את ההיבט המשפטי, תוך טביעת ההבחנה החשובה בין הורות ביולוגית להורות משפטית. השופטת ביניש הבהירה כי העובדה שמבחינה ביולוגית לא יכולות להיות שתי אמהות אינה מונעת לכשעצמה את אפשרות קיומה של הורות משפטית של שתי אמהות, הנרשמות ככאלה באמצעות תעודה ציבורית מחו"ל, וקבעה כי הרישום במקרה הנדון אינו משקף את ההיבט הביולוגי אלא את ההיבט המשפטי.⁴⁹

45 בעתירה מדובר בכך הזוג של האב הגנטי במשפחות חד-מיניות, אולם אין סיבה שלא להניח כי הקביעות נכונות גם לזוג הטרוסקסואלי שאחד מבני הזוג נדרש לתרומת זרע או תרומת ביצית לצורך מימוש הורותו.
46 במהלך הדיון העלו המשיבים טענה מקוממת נוספת: העובדה שההורה הביולוגי ערך בדיקת רקמות וקיבל פסק דין מבית המשפט לענייני משפחה הקובע שהוא האב, יש בה, לטענת המדינה, כדי לשלול את הורותו של ההורה שאינו ההורה הביולוגי. טענה זו נדחתה בפסק הדין (ראו פס' 34 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור).

47 פרשת ברנר קדיש, לעיל ה"ש 32.

48 באותו מקרה הרתה אחת מבנות הזוג באמצעות תרומת זרע, ובהתאם לצו אימוץ שניתן לבת הזוג האחרת על ידי בית משפט במדינת קליפורניה נרשמו שתי האמהות בתעודת הלידה בארצות הברית. העותרות, ביקשו לחזור לישראל ולרשום את שתיהן כאמהותיו של הקטין, ואולם פקיד הרישום סירב בנימוק כי מבחינה ביולוגית קיומם של שני הורים מאותו המין בלתי אפשרי. בית המשפט העליון קבע כי יש לרשום בישראל את שתי הנשים כאמהות.

49 הכרה בהורות משפטית נתמכת גם במאמרה של רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנוולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים"). הכותבת תומכת בהכרה בהורות המשפטית של שתי נשים אלה וטוענת כי מבחינת טובת הקטין, עדיפה החלופה המהירה של רישום שתי אמהות, באמצעות הליך של רישום מנהלי מוסכם, על פני הליכים משפטיים ולאחריהם הליך אימוץ ממושך ויקר. בצדק אף מבהירה ד"ר זפרן כי אילו הייתה האם פנויה, היה האב נרשם מכוח התייצבותם יחד לפני פקיד המנהל ללא דרישה לבדיקת רקמות, גם אילו דובר בתרומת זרע, שכן רישומו הוולונטרי של אב אינו דורש, על פי הנהוג היום, קשר גנטי לצאצא או זוגיות רשמית בינו לבין האם. דוגמה נוספת להכרה בהורות חד-מינית הכוללת הורות גנטית והורות משפטית היא פסק דין שניתן

המשמעות המעשית של ביטול דרישת האימוץ הנה שבכל המקרים שבהם זוג חד-מיני עורך פונדקאות בחו"ל, ולאחר שבוסס הקשר הגנטי בין הקטין לבין אחד מהוריו, רשאי ההורה הנוסף לגשת היישר למשרד הפנים, מבלי לעבור בערכאה שיפוטית כלשהי, כשבידיו תעודת הלידה של המדינה הזרה ופסק הדין הזר, ולרשום את הורותו.⁵⁰

ראוי לציין כי בית המשפט התייחס בהערת אגב לטענת העותרים בדבר הרצון שזהות ההורה הביולוגי לא תיוודע על מנת שלא ליצור מדרג בין ההורים, והעניק פתרון יצירתי של "בדיקה עיוורת". בדיקה כזו תוכיח קשר גנטי לבית המשפט לענייני משפחה, אך לא תחשוף בפני הצדדים את זהות האב הביולוגי מבין שניהם, על אף הקשיים שהדבר עלול לעורר בעתיד בפני הקטין.⁵¹

כסופו של דבר דחה בית המשפט ברוב דעות את טענת המדינה כי הדרך היחידה להכיר בהורות היא באמצעות שלוש דרכים בלבד (הורות מכוח לידה, צו אימוץ או צו הורות לפי חוק הפונדקאות הישראלי אשר איננו חל בפונדקאות חו"ל), והכיר בהורות חדשה; הורות משפטית מכוח פונדקאות.⁵²

על ידי השופטת מילר מבית המשפט לענייני משפחה במחוז תל אביב ביום 4.3.2012. שם דובר בשתי נשים אשר שאבו את הביצית של אחת מהן והפקידו אותה ברחמה של האחרת, שילדה את הילד. באותו מקרה קבע בית המשפט כי יש להורות למשרד הפנים לרשום את הקטין כבנו של שתי נשים אלה. בית המשפט קבע כי טובתו של הקטין היא להירשם כבנו של שתי הנשים למען הוודאות ותחושת הביטחון הנפשי שפעולה זו תקנה לו, או כדברי בית המשפט: "בעניינינו מדובר בקטין שחי במסגרת של תא משפחתי חד מיני, יודע כיצד בא לעולם, ומכיר את שתי התובעות כאמהותיו. הכרה בת' כאימו ורישומה ככזו במרשם האוכלוסין ("אמהות אזרחית") תקנה לו וודאות ובטחון מבחינה נפשית, חברתית וכלכלית". ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 4.3.2012).

50 עם זאת, מצאה לנכון השופטת נאור להביע את עמדתה שטוב יעשו ההורים אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין, והמליצה כי ישלמו הליך פורמלי בבית המשפט לענייני משפחה, על מנת לעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה שאינו ביולוגי לרך הנולד גם בדין הישראלי, באופן אשר יסיר כל ספק בדבר יחסי ההורות. השופטת הביעה את עמדתה שלא די במסלול הרישום, וכי ראוי לשקול לחייב את מי שפנו להליכי פונדקאות חו"ל להגיש לבית המשפט בקשה לצו הורות פסיקתי, על מנת לשרת טוב יותר את טובת הילד ולהסדיר את מעמדו האישי כלפי הוריו ואת מחויבות הוריו אליו. בכך יצרה למעשה השופטת נאור שני מסלולים: הראשון, מסלול רישומי, שלפיו ניתן לרשום את ההורה שאינו ההורה הביולוגי כאב בהתאם לתעודה הלידה. בחירה במסלול זה תוביל לתוצאה רישומית בלבד. המסלול השני הנו פנייה לבית המשפט לענייני משפחה המוסמך לדון בקביעת האבהות באופן מהותי, ובכך לעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה שאינו ביולוגי. מאחר שהשופטת נאור מציינת מפורשות כי די בתעודות הציבוריות כדי לרשום את ההורות ועדיין מצאה לנכון לכנות בחירה זו בשם "מסלול רישומי", הקביעה יצרה בלבול מסוים, ובלבול זה חלחל גם לערכאות הנמוכות. כך למשל זכו שני אלה לכינוי "מסלול רישומי" ו"מסלול מהותי" בפסק דין מפי השופט יחזקאל אליהו בתמ"ש (משפחה ת"א) 11182-04-13 א.ל. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014). החשש הוא מפני התייחסות שונה של משרד הפנים לזוגות שיציגו בפניהם תעודות רשמיות של המדינה הזרה לעומת זוגות שיבצעו את ההליך המורכב והממושך יותר בפני בית המשפט לענייני משפחה.

51 הצעה דומה העלה גם השופט דרורי בכנס פונדקאות בישראל: תמונת מצב ומחשבות לעתיד שנערך באוניברסיטה העברית ב-4 ביוני 2013.

52 בפרשת בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.2015), שנדונה בפי הרכב של שבעה שופטים, צירף בית המשפט העליון לקטגוריה של תצורות ההורות המוכרות בישראל גם את קטגוריית "הזיקה לזיקה", קרי הכרה בהורות מתוקף קשר זוגיות של ההורה להורה שהוא בעל הזיקה הגנטית לילד – והכול בעקבות פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1.

בית המשפט התייחס לאי-הסדרת פונדקאות חו"ל על ידי המחוקק ולנוהל חו"ל שקבעו משרדי הממשלה. בית המשפט עמד על כך שהסדרת נושא פונדקאות חו"ל בדיון רחוקה מלהיות משיבת רצון, ומתח ביקורת נוקבת על הקשיים הביורוקרטיים שמערימה המדינה על ההורים. בית המשפט מתח ביקורת על העובדה שנוהל חו"ל איננו כתוב ומפורסם ברבים, וקבע כי מן הראוי שהמדינה תפעל לגיבוש נוהל כתוב ולפרסומו אף בטרם חקיקה.

כל השופטים ציינו את החשיבות של התאמת הסטטוס המשפטי למציאות שאותה חווים הקטינים מרגע לידתם כחלק מטובת הילד, שכן אי-התאמה כזו עלולה להוביל למצבים אבסורדיים ולפגיעה ממשית בטובת הקטין. בית המשפט הדגיש שלא ניתן להמתין להסדרה על ידי המחוקק, אשר אורכת זמן רב, כאשר בינתיים נפגעים זוגות ובודדים רבים וכן קטינים, שאינם זוכים למענה משפטי ראוי. לפיכך כל עוד לא זכה הנושא להתייחסות המחוקק, נקבע כי הנושא יקבל מענה על ידי הרשות המבצעת, בפיקוח של בתי המשפט.

בית המשפט אף בחן את הטענה שמדיניות משרד הפנים מפלה על רקע נטייה מינית הורים בני אותו המין. בעניין זה נחלקו השופטים. השופטת נאור הביעה את דעתה שמאחר שדרישות המדינה לעריכת בדיקה גנטית ואימוץ מופנות גם לזוגות הטרנסקסואלים הפונים להליכי פונדקאות חו"ל, נחה דעתה כי אין במדיניות זו משום הפליה על בסיס נטייה מינית. לעמדה זו הצטרף גם השופט רובינשטיין. השופט גובראן, בדעת מיעוט בעניין זה, מצא כי המדיניות המופנית כלפי הורים בני אותו המין הנה מדיניות מפלה. השופט גובראן ניתח את הליך הפונדקאות במישור החוקתי, בציינו כי בעת בחינה של כלל כמפלה לא ניתן להסתפק בטענה כי הכלל "עיוור" לנטייה מינית ויש לבחון את שאלת ההפליה במישור התוצאתי. השופט עמד על כך שהדין הישראלי אינו מאפשר לבני זוג מאותו המין לפנות להליך פונדקאות בארץ, כיוון שחוק הסכמים לנשיאת עוברים מגדיר את ההורים המיועדים כ"איש ואישה", באופן המעמיד בני זוג מאותו המין בעמדת נחיתות קטגורית. מדיניות משרד הפנים מטילה על בני זוג מאותו המין את הנטל "להוכיח" את הורותם ואת כשירותם להורות, בעוד שלזוגות הטרנסקסואליים קיימת "חזקת אמיתות", כדבריו. הדבר מפלה זוגות בני אותו המין ומעצב את ההורות שלהם כהורות בספק, הורות חשודה, הדורשת מתת מיוחד של המדינה בדמות ההכרה בה. השופט גובראן קבע לפיכך כי מדובר בהסדרים שתוצאתם מפלה, שכן בניגוד לזוגות הטרנסקסואלים, האפשרות היחידה העומדת בפני ההורה הלא-ביולוגי היא לאמץ את ילדו. בצדק רב ציין השופט גובראן כי גם מסלול האימוץ בישראל ובחו"ל איננו נגיש במידה שווה לזוגות הטרנסקסואלים ולזוגות בני אותו המין, שכן מסלול האימוץ של קטינים כמעט אינו קיים עבור בני זוג מאותו המין.⁵³ לאור זאת קבע השופט גובראן כי מדיניות משרד הפנים פוגעת בכבוד, בשוויון ובזכות לחיי משפחה.

פסק דינו של השופט גובראן בולט לא רק בשל הקביעה שמדיניות משרד הפנים הנה מדיניות מפלה, אלא בשל נכונותו לאתגר את הצורך בדרישת קשר ביולוגי-גנטי לשם קביעת זהות של הורה. זוהי דרך שבה צועד באומץ רק השופט גובראן מבין כל שאר השופטים שבהרכב. בפסק דינו, שהוא

53 להרחבה על סוגיית האימוץ בקרב זוגות מאותו המין ועל השוני במדיניות האימוץ לעומת זוגות הטרנסקסואליים ראו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" בספר זה וכן Zvi Triger, *The Child's Worst Interests: Socio-legal Taboos on Same-Sex Parenting and Their Impact on Children's Well-Being*, 28 *ISR. Stud. Rev.* 264, 276-277 (2013).

שיר הלל לזכויות אדם בכלל ולזכויות מינוריים בפרט, קבע השופט ג'ובראן את הקביעה האמיצה שלפיה אין להגביל את תצורות ההורות להורות ביולוגית-גנטית דווקא.⁵⁴ הוא הדגיש כי הורים המסתייעים בפונדקאות אינם אמתיים פחות מהורים שילדם נולד בדרך של היריון ושימוש בזרע וביצית, וכי אין בקיום מטען גנטי משותף כדי להשפיע על הזיקה בין ההורה לילדו. משכך, הדרישה להצגת צו אימוץ או צו הורות, כמו גם הדרישה להוכחת הורות ביולוגית אך ורק בדרך של בדיקה גנטית, פוגעות בזכות לשוויון, בשל העובדה שהן חלות באופן עיקרי על זוגות מאותו המין. השופט ג'ובראן בחן את עמידתן של שתי דרישות אלה בפסקת ההגבלה וקבע כי מדיניות משרד הפנים אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה ופוגעת באופן קשה בטובת הילד.

השופט ג'ובראן גם חלק, בדעת יחיד, על עמדתה של המשנה לנשיא נאור ומצא כי לשון סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות איננה מחייבת פרשנות שלפיה אזרחות מכוח לידה מחייבת הורות גנטית דווקא. בהתאם לכך הכיר השופט ג'ובראן בצורות הורות שונות, כגון הורות משפטית שאינה מבוססת בהכרח על הורות גנטית. לדבריו, כל קביעה אחרת עלולה להוביל לתוצאות בלתי רצויות, וגישה המכירה אך ורק בהורות גנטית טהורה עלולה לפגוע באוכלוסיות מוחלשות, כגון נשים יחידניות, הזקוקות לתרומת ביצית שבלעדיה לא תוכלנה לממש את זכותן לאימהות.

בפסק דינו סימן השופט ג'ובראן את תחילתה של מהפכה. ניתן היה לקוות שהשופט ג'ובראן יצעד צעד נוסף ויוביל מהלך שינתק את הקשר בין הכרה בהורות לבין הצורך בהורות גנטית, באופן אשר יהיה בו כדי לפתור את מצוקתן של האוכלוסיות שעליה הצביע בפסק דינו. ואולם, בסופו של דבר חזר השופט ג'ובראן להצטרף לתוצאה של שאר השופטים ולהותיר את קביעתו אך בנוגע לאופן קביעת הוכחתו של הקשר הגנטי, ולא לעצם הצורך בו. הוא הסתפק אפוא בצעד הראשון למהפכה, ולא השלים אותה. אם כן, בפסק הדין בעניין ממת-מגד צעד בית המשפט העליון צעד גדול וחשוב לעבר ההכרה בהורות של זוגות שביצעו הליך פונדקאות בחו"ל והכיר בזכות של ילדים שנולדו בהליך כזה לשני הורים בעלי מעמד משפטי זהה. בכך הביע בית המשפט העליון את הכרתו בהורות משפטית (שאיננה גנטית) כשוות ערך להורות גנטית, וסלל את הדרך המהירה והיעילה לרישומה, ללא צורך בניהול הליך משפטי מסורבל כמו אימוץ. בית המשפט העליון פעל בכך להתאמת המצב המשפטי למציאות חייהם של הקטינים, תוך ביטול המדרג הפסול בין ההורה הגנטי להורה שאינו גנטי, ותוך הגשמת הזכות להורות. ממתן פסק הדין הורים המביאים לעולם ילד באמצעות פונדקאות חו"ל יכולים להירשם שניהם כהוריו של הילד, האחד על ידי הוכחת קשר ביולוגי והשני מכוח התעודה מחו"ל, ללא צורך בניהול הליך משפטי נוסף, וזאת גם אם אחד מבני הזוג נעדר קשר גנטי לילד.

פסק הדין פורץ דרך לא רק לזוגות חד-מיניים, אלא גם סולל את הדרך להכרה בהורות מכוח פונדקאות לכל הזוגות המסתייעים בשירותי פונדקאות בחו"ל, ובעיקר לאלו אשר נזקקים לסיוע גנטי כגון תרומת זרע או תרומת ביצית. ואולם, המהפכה עדיין לא הושלמה. פסק הדין טרם ניתק לחלוטין את הקשר בין ההכרה בהורות לקשר גנטי, והותיר את הצורך הראשוני בקשר גנטי של הקטין לאחד

54 לתמיכה בגישה הדוגלת בהכרה בהורות שאיננה בהכרח הורות גנטית-ביולוגית, וכן כתיבה מאלפת בנושא של הורות בעידן הגנטי ראו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 51; רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 266–267 (2005).

משני ההורים כבסיס הראשוני להכרה בהורות. פסיקה זו אינה מציעה אפוא פתרון למצוקתם של יחידים הזקוקים לתרומת זרע או תרומת ביצית כדי לממש את הזכות להורות.

ה. שינויים בפסיקה ובחוק לאחר מתן פסק הדין בעניין ממט-מגד

פסק הדין בעניין ממט-מגד פורסם אמנם זמן קצר לפני כתיבת פרק זה, ובכל זאת כבר בתקופה זו ניכרת השפעתו, ובהסתמך עליו קבעו בתי המשפט כי לשם ההכרה בהורותו של הורה שנעדר קשר גנטי אין עוד צורך בקבלת תסקיר וניתן להצהיר על ההורות בהתאם לתנאים שנקבעו בפסק הדין. כך למשל, ניתנו כמה פסקי דין המכירים בהורותן של אמהות שזקקו לתרומת ביצית לצורך הבאת ילדיהן לעולם. נשים אלה אמנם גידלו את ילדיהן מאז יום היוולדם, אך עד לאותה העת הן לא נרשמו כאמהותיהם.⁵⁵ כחודש לאחר מתן פסק הדין הוגש תזכיר לשינוי חוק הסכמים לנשיאת עוברים. התזכיר כלל שינויים בהליכי פונדקאות בישראל לצד הסדרה של הליכי הפונדקאות המבוצעים מחוץ לישראל,⁵⁶ והוצע, ואחר כך להוסיף בו, בין היתר, להרחיב את היקף הזכאים לבצע פונדקאות בישראל כך שיכלול גם הורים יחידנים.⁵⁷ אמנם הרחבה זו היא צעד מבורך, אלא שלשון התזכיר, השותקת בנוגע לפונדקאות של בני זוג בני אותו המין, גררה אחריה ביקורת. הביקורת התמקדה בכך שהכרה עקיפה

55 מאז מתן פסק הדין בפרשת ממט-מגד, ניתנו כמה פסקי דין הצהרתיים בהליכי פונדקאות בבתי המשפט לענייני משפחה (וכן פסק דין של בית המשפט המחוזי), הקובעים את הורותו של הורה שנעדר קשר גנטי (לרבות במקרים של תרומת ביצית או של זוג חד מיני, ללא צורך בתסקיר – דרישה שהמדינה העלתה בשלב מסוים). ראו פרשת א.ל., לעיל ה"ש 52; תמ"ש (משפחה ת"א) 13-06-49956 פלונית נ' לשכת העבודה והרווחה תל אביב (לא פורסם, 5.5.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 13-07-13323 פלוני נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים – תל אביב (לא פורסם, 25.3.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 13-08-4355 מ.א.ד. נגד היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.5.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 14-01-50794 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.5.2014). ראו גם פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז שקבע במקרה של זוג שהסתייע בהליכי פונדקאות ובתרומת ביצית, כי אין לחייבו לעבור הליך של עריכת תסקיר לצורך רישום אימהות רמ"ש (מחוזי מרכז) 14-01-34084 נ.ג. נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 12.6.2014).

בפסקי דין אלה יש שינוי ממשי ביחס לפסיקה שקדמה לעניין ממט-מגד בכל הנוגע להורה הנעדר קשר גנטי לילדו. כך למשל, בתמ"ש (משפחה כ"ס) 11-09-21535 ס' א' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 17.6.2012) קבע בית המשפט כי הוא אינו יכול להכיר באימהות של מי שזקקה לתרומת ביצית בשל היעדר הקשר הגנטי, ואילץ את האם לאמץ את ילדה. בדומה בתמ"ש (משפחה ת"א) 12-06-35043 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.3.2013) נקבע כי אמנם אין צורך באימוץ, אולם בשל היעדר הקשר הגנטי יש צורך ליצור קשר משפטי בין האם לקטינה באופן דומה לצו הורות וזאת לאחר קבלת תסקיר.

56 תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014. בחודש מרס 2014 אישרה ועדת השרים לענייני חקיקה את התיקון לחוק ובחודש יוני 2014 אישרה הממשלה את הצעת החוק.

57 מעניין לציין בהקשר זה את דברי ההסבר להצעת החוק בנוגע להגדרת ההורים המיועדים הנוקטים לשון מגדרית: "מוצע להרחיב את ההגדרה כך שתחול גם לגבי הורה מיועד יחיד, היינו איש בלא בת זוג או אישה בלא בן זוג המעוניינים להתקשר עם אם נושאת בהסכם לנשיאת עוברים".

בזוגות מאותו המין בדרך זו עלולה לעורר טענה שמדובר בהסדר שלילי, היינו שהמחוקק התכוון להסדיר אך ורק הליכי פונדקאות ליחידים ולא לזוגות מאותו המין.⁵⁸

אשר לפונדקאות חו"ל, הצהיר משרד הבריאות כי בכוונתו להקל את ההליך ולפשטו.⁵⁹ הצעת החוק מהווה צעד חשוב ומבורך הן בנוגע להסדרת הליכי הפונדקאות בחו"ל והן בנוגע להרחבת ההכרה בהורים המיועדים, באופן אשר יאפשר לראשונה ליחידים לבצע הליכי פונדקאות בארץ. ואולם, לא זו בלבד שהצעת החוק לא הרחיבה במפורש את הגדרת ההורים המיועדים כך שתכלול גם זוגות מאותו המין, אלא שהיא בחרה להמשיך בתוואי המוכר של קידוש הגנטיקה תוך התעלמות מתצורות הורות אחרות. כך, אחד התנאים לביצוע ההסכם הוא שיהיה קשר גנטי בין הילד לבין אחד ההורים המיועדים לפחות. משכך, לא מתאפשרת למשל הורות לאישה יחידנית הזקוקה לתרומת ביצית, וההצעה אוסרת שימוש בתרומת זרע וביצית גם יחד, "כדי לשמור על העיקרון של קשר גנטי בין אחד מההורים המיועדים לפחות לבין הילד שיוולד כתוצאה מההליך".⁶⁰

לסיכום, פסק הדין בעניין ממת-מגד הדגיש את הזכות להורות ומשמעותה ועמד על כך שהפנייה להליכי פונדקאות חו"ל הנה האופציה המרכזית, ולעתים אף היחידה, עבור זוגות חד-מיניים ויחידים למימוש זכותם להפוך להורים. הכרה בהורות המלאה של שני בני זוג אשר הביאו ילד לעולם, לרבות הורות שאינה גנטית, באופן המשווה את זכויותיהם ומאפשר לשניהם להירשם כהוריו של הילד מיד לאחר הלידה, הוא צעד משמעותי וראוי להערכה. עם זאת, נדמה כי השארת התנאי שלפיו אחד מן ההורים עדיין יחויב בבדיקה גנטית מותרת הפליה מסוימת בתאים משפחתיים שאינם קלאסיים, כמו הורות חד-מינית, שבה לעולם לא יהיה קשר גנטי בין הילד לשני ההורים או זוגות הטרוסקסואלים שנוקקים לתרומת ביצית או זרע, ונראה כי בכך יש כדי להמשיך ולקדש את הקשר הגנטי על פני ההורות המשפטית.

בפסק דין חשוב זה סלל בית המשפט העליון את הדרך לרישום אחיד ומהיר של הורי הילד (בין שהם בעלי קשר גנטי ובין שהקשר הוא משפטי) באופן שיבטא את מציאות חייו של הילד ויעלה בקנה אחד עם טובתו, תוך הכרה בהורות שאינה גנטית. פסק הדין מסמן את כבדת הדרך המשמעותית שעבר המשפט הישראלי מקול הדם לקול האדם. אך כפי שראינו, טרם הושלם המעבר מן האתוס השמרני אשר דבק בקידוש הגנטיקה ורואה בה חזות הכול אל עבר הכרה רשמית בתאים משפחתיים שונים מן

58 ברצוני להודות לחברי הטוב פרופ' צבי טריגר על הערה זו.

59 בין היתר קבע התזכיר כי הליכי פונדקאות חו"ל יתאפשרו אך ורק באמצעות חברות תיווך, שיקבלו היתר בלעדי לכך מהמדינה, ובמראות אשר יקבלו רישיון ע"י ועדה מיוחדת שתתמנה לשם כך. התזכיר אף מרחיק לכת ומציע להטיל סנקציה פלילית של שנת מאסר על ביצוע הליך פונדקאות בחו"ל שלא במסגרת חברת תיווך מוכרת. הדרישה שהליכי הפונדקאות יבוצעו באמצעות חברות תיווך מוכרות באופן בלעדי, בצירוף העובדה שהצעת החוק לא הגבילה את התשלום אשר מרפאות אלה רשאיות לגבות ואף לא את התשלום אשר ישולם לפונדקאית, משמען ייקור ההליך באופן ניכר, עד כדי הפיכתו לבלתי אפשרי עבור זוגות רבים. הכבדה זו הוקלה במידת מה בנוסח הסופי של הצעת החוק, כאשר נקבעו תנאים מסוימים שלפיהם בכמה מדינות שבהן יש הליכים מוסדרים לנשיאת עוברים, לא יהיה צורך בחברת תיווך וניתן יהיה להתקשר בהסכם באופן עצמאי. ראו סימן ה' להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2).

60 בדברי ההסבר נכתב כי אחד הקווים המנחים של המלצות ועדת מור-יוסף הוא הבטחת קיום קשר גנטי בין הילד לבין אחד מהוריו, על מנת למנוע מצב שבו הליכי פיריון ישמשו להולדת ילד שאין לו כל זיקה ביולוגית – בין גנטית ובין באמצעות נשיאת ההיריון.

התא המסורתי ומתן מעמד-על לזכות להורות. מעניין לציין שאין זו הפעם הראשונה שקהילת הלהט"ב פורצת את הדרך ומשיגה תקדימים משפטיים, שיש להם פוטנציאל לסייע גם לאוכלוסיות נוספות.⁶¹

61 כך למשל, הגירושין האזרחיים הראשונים במדינת ישראל בוצעו ביחס לזוג חד-מיני שביקש להתיר את נישואיו בבית המשפט לענייני משפחה דווקא, בפסק דין אמיץ של השופט יחזקאל אליהו. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 11264-09-12 פלונים נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.11.2012). נשאלת השאלה אם ניתן יהיה לעשות שימוש בפסק דין זה כדי לפרוץ את הדרך לסלילת מסלול לגירושים אזרחיים אף לבני זוג הטרוסקסואלים במדינת ישראל.