

## הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד

### הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן

מאת

נוי נעמן\*, איילת בלכר-פריגת\*\*, רות זפרן\*\*\*

### תקציר

השאלה של הגדרת ההורות העסיקה שיטות משפט רבות החל מהעשורים האחרונים של המאה העשרים, בעקבות התפתחותן של טכניקות ההולדה והשינויים במבנה המשפחה בכלל והיווצרותם של קשרי הורות מגוונים בפרט. הספרות האקדמית המשפטית בישראל ומחוצה לה הקדישה דיון נרחב לשאלה של הגדרת ההורות, ונטתה להתמקד בזיקה הביולוגית (מכוח קשר גנטי או מכוח לידה) או ביסוד הכוונה להפוך להורה כזיקות משמעותיות להגדרת ההורות. במאמר זה המחברים מבקשים להוסיף לדיון בהגדרת ההורות את זיקת הזוגיות, המתמקדת במערכת היחסים שבין המבוגרים האמורים להיות מוכרים בידי המשפט כהורים משותפים. המאמר מבסס את מקומה של הזוגיות כמבחן רלוונטי להכרה בהורות, מצביע על מקומה של הזוגיות בדין הקיים בישראל ומדגיש את היותה רצויה ככזאת, וקורא לקליטתה של "חזקת זוגיות" הקושרת את בן הזוג של ההורה למעמד של הורות. המאמר איננו עוסק רק במבחנים של הגדרת ההורות (אלה הקיימים ואלה הרצויים); הוא עוסק גם בשאלה הנוגעת לאופן הגדרת ההורות, ובפרט גם במה שהמחברים מכנים "מיסוד ההורות". הליך המיסוד מצהיר על התקיימותן של הזיקות המהוות בסיס למעמד המשפטי

\* דוקטור למשפטים, אוניברסיטת טורונטו, ועמית פולברייט בתכנית לחוקרי בתר-דוקטורט, אוניברסיטת ייל.

\*\* פרופסור חברה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט.

\*\*\* פרופסור חברה, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. אנו מבקשים להודות לצבי טריגר, לאיל גרוס, לקארין כרמית יפת, לשחר ליפשיץ, ליחזקאל מרגלית, לשרון שקרגי, לדפנה הקר, לרות הלפרין-קדרי, ללוטם נעמן, לשחר פרידמן ולאלירן עוזיאל על שקראו והעירו על גרסאות קודמות של מאמר זה. תודה לעוזרי המחקר עמית מולכו, ומאי אמיר על עבודתם המסורה והמקצועית. תודה למגיד חדאד, למיכל סויד, לאוהד רוזנברג ולאלירן שירקני ממערכת כתב העת "עיוני משפט" על עבודתם המצוינת.

כהורה, ולמעשה משלים את ההכרה בסטטוס המשפטי ההורי המיוחס לאדם ואת ההסתמכות עליו. במסגרת דיון זה המאמר בוחן כיצד המשפט מברר את קיומה של הזיקה הרלוונטית שבין הילד לבין ההורה הפוטנציאלי, קרי, הוא בוחן אם ההכרה נעשית באמצעות הצהרה של ההורה או של ההורים הפוטנציאליים, אם בדרך של קביעה שיפוטית או בדרך אחרת. שאלת אופן קביעתה של ההורות והדיון במיסוד ההורות ככלל נדונו עד היום באופן מצומצם, אם בכלל. לאור חדשנותו של הדיון בחרו המחברים להתמקד במקרה מבחן אחד – המקרה של הגדרת אימהות ומיסודה בנסיבות של הולדה לזוג נשים. ואולם ההצעות שהמחברים מעלים רלוונטיות לכל ההקשרים שבהם עולה השאלה של הגדרת ההורות ומיסודה במשפט הישראלי.

- מבוא ..... 3
- א. הגדרת הורות במשפט הישראלי ומיסודה ..... 6
1. הורות מכוח לידה והולדה – המבחן הביולוגי כברירת מחדל? ..... 8
2. אבהות: בין שתי ברירות מחדל – גנטיקה וזוגיות ..... 11
3. אימהות: בין ביולוגיה לכוונה ..... 13
4. צו הורות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים ..... 16
5. צווי הורות פסיקתיים על בסיס "זיקה לזיקה" ..... 18
- ב. המשגה ישנה-חדשה של המבחנים לקביעת הורות: מקומה של הזוגיות ..... 20
1. מערכת יחסים בין הורים פוטנציאליים כשיקול בהגדרת ההורות ..... 20
2. הורות מתוקף קשר זוגיות בדין הקיים ..... 27
3. חזקת הזוגיות ..... 29
4. יישום חזקת הזוגיות ככלל ובנסיבות מורכבות ..... 32
- ג. מיסוד ההורות ..... 35
1. החשיבות של מיסוד הקשר ההורי ותזמונו ..... 35
2. המגמה המסתמנת במשפט הישראלי: הקדמת מועד המיסוד ..... 40
3. מיסוד מכוח הצהרת זוגיות במועד הלידה ..... 44
- ד. עניין צור-וייסלברג ..... 46

|       |                  |
|-------|------------------|
| ..... | 1.               |
| ..... | תקציר            |
| ..... | 46               |
| ..... | 2. ביקורת על פסק |
| ..... | הדין             |
| ..... | 49.              |
| ..... | מילים לסיכום     |
| ..... | 57               |

## מבוא

המוסד המשפטי של "הורות" מעורר שתי שאלות מרכזיות. השאלה הראשונה היא השאלה של הגדרת ההורות במשפט, כלומר מהן הזיקות שבין ילד לבין אדם – גבר או אישה – שעל בסיסן המשפט מגדיר את אותו אדם כהורה לילד. השאלה השנייה היא שאלת "המיסוד של ההורות", שאלת האופן שבו נקבע המעמד ההורי, קרי כיצד – אם בכלל – המשפט בוחן את קיומה של הזיקה הרלוונטית שבין הילד לבין ההורה הפוטנציאלי. כך למשל, אם המשפט מגדיר אבהות על בסיס זיקה ביולוגית-גנטית שבין גבר לילד, שאלת אופן קביעת האבהות תברר אם יש לבסס זיקה זו על בסיס בדיקה גנטית, על בסיס הצהרה של הגבר בדבר קיומה של זיקה שכזו או שמא על בסיס קשר נישואים בין הגבר לבין האם היולדת. שאלת המיסוד תעסוק גם בשאלה מיהו הגוף המוסמך להצהיר על האבהות במקרה זה – פקיד הרישום או בית המשפט. באופן דומה, אם כוונה להביא את הילד לעולם היא זיקה רלוונטית לקביעת המעמד ההורי, תיבחן השאלה השנייה – כיצד יש להוכיח את קיומה של אותה כוונה ומיהו הגורם המוסמך לבחון אותה. שאלה הנלווית לשאלת אופן קביעת ההורות נוגעת למועד שבו נקבע המעמד ההורי: האם מייד עם הלידה? האם ניתן להכיר בהורה עוד טרם לידתו של ילד? או שאולי המשפט מזהה את ההורה רק זמן מה לאחר הלידה?

השאלה הראשונה – השאלה של הגדרת ההורות – העסיקה שיטות משפט רבות החל מהעשורים האחרונים של המאה העשרים, בעקבות התפתחותן של טכניקות ההולדה והשינויים במבנה המשפחה בכלל והיווצרותם של קשרי הורות מגוונים בפרט. הספרות האקדמית המשפטית בישראל ומחוצה לה הקדישה דיון נרחב לשאלה של הגדרת ההורות, והיא נטתה להתמקד בזיקה הביולוגית (מכוח קשר גנטי או מכוח לידה) או ביסוד הכוונה להפוך להורה כזיקות משמעותיות להגדרת ההורות. במאמר זה אנו מבקשים להוסיף לדיון בהגדרת ההורות את זיקת הזוגיות, המתמקדת במערכת היחסים שבין המבוגרים האמורים להיות מוכרים בידי המשפט כהורים משותפים.

איננו מבקשים לשלול הישענות על זיקה ביולוגית או על כוונה להביא ילד לעולם ולהפוך להורה כבסיס להורות במשפט. אנו מבקשים להוסיף את הקשר הזוגי (כאשר ישנו קשר שכזה בין מי שמבקשים להיות הורים במשותף) כשיקול רלוונטי לקביעת

הורות במשפט, אשר לעיתים די יהיה בו כדי לבסס הכרה בהורות. נבקש גם להראות כי המשפט הישראלי נמצא כיום על פרשת דרכים בנוגע לזיקות שעל בסיסן תוגדר הורות, וכי הבסיס להכרה בהורות איננו רק ביולוגיה או כוונה, אלא גם הבסיס של הקשר הזוגי שבין הורים מיועדים של ילד. אנו נטען כי על המשפט הישראלי לחזק בסיס זה עוד יותר. קליטת הצעתנו במשפט הישראלי תביא לעיתים לשינוי בתוצאה המשפטית בנוגע להכרה או לאי-הכרה בהורות. במקרים אחרים קבלתה לא תביא לשינוי בתוצאה המשפטית, אך התוצאה המשפטית אינה אמת המידה היחידה (או המרכזית) שיש לבחון; המסגרת המשפטית וההצדקות הנורמטיביות שבבסיס התוצאה הן העיקר. בהיבט זה, לגישתנו, קליטתה של זיקת הזוגיות תקנה קו מארגן לדיני הגדרת ההורות בישראל, ותבסס אותם על הצדקות נורמטיביות ראויות אשר יתנו מענה למגוון יחסי ההורות הנוצרים כיום בישראל.

עוד אנו מבקשים למקד את תשומת הלב בשאלות בדבר אופן קביעתה של ההורות ומועדה – שאלות שנדונו עד היום באופן מצומצם, אם בכלל. אנו רואים בשאלות אלו חלק מהליך אשר נכנה "מיסוד ההורות". כפי שנרחיב במאמר, הליך המיסוד מצהיר על התקיימותן של הזיקות המהוות בסיס למעמד המשפטי כהורה, ולמעשה משלים את ההכרה בסטטוס המשפטי ההורי המיוחס לאדם ואת ההסתמכות עליו. מאמר זה ממחיש בין היתר את הקשר שבין השאלה של הגדרת ההורות המשפטית לבין שאלת ההליך הפורמלי הנותן לה תוקף, אך גם את העובדה שמדובר בשאלות נפרדות אשר כל אחת מהן מחייבת דיון והכרעה.

לאור חדשנותו של הדיון – הן בהתמקדות בזיקת הזוגיות, שלא נדונה עד היום בספרות בישראל כזיקה עצמאית לביסוס הורות, והן לנוכח הדיון הראשוני בשאלה של מיסוד ההורות – בחרנו להתמקד במקרה מבחן אחד, המקרה של הגדרת אימהות ומיסודה בנסיבות של הולדה לזוג נשים. זרז לדיון המוצע הוא פסק הדין של בית המשפט הגבוה לצדק שניתן בחודש יולי 2020 בעניין **צור-וייסלברג**.<sup>1</sup> מאז כתיבת מאמר זה ועד לרגע פרסומו נדון עניין **צור-וייסלברג** בשנית, הפעם בפני הרכב מורחב במסגרת דיון נוסף.<sup>2</sup> מאמר זה בגרסתו הנוכחית מתייחס גם לפסק הדין בדיון הנוסף, אם כי עיקרי הדברים נותרו כשהיו בגרסה מוקדמת של המאמר.<sup>3</sup>

פרק א של המאמר דן בשאלה של הגדרת ההורות בדין הישראלי, ומציג את העקרונות המנחים את הדין הישראלי בשאלה זו – הן באשר לאימהות והן באשר לאבהות, הן באשר להולדה "טבעית" והן בנסיבות של הולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות. פרק ב ממקד את המבט לזיקת הזוגיות, ומבאר הן את ההצדקה הנורמטיבית להכרה בה כזיקה עצמאית לביסוס הורות והן את העובדה כי ניצנים לזיקה זו מצויים כבר עתה בדין הישראלי. לפי תפיסה זו למערכת יחסים בין ההורים

1 בג"ץ 4635/16 **צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים** (אר"ש 26.7.2020). (להלן: בג"ץ **צור-וייסלברג**).

2 דנג"ץ 5591/20 **צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים** (נבו 25.7.2022). (להלן: דנג"ץ **צור-וייסלברג**).

3 מאחר שהמאמר בגרסתו המוקדמת צוטט בידי בית המשפט העליון במסגרת הדיון הנוסף (שם), בחרנו לשמר את עיקרי הדברים כפי שהיו ולעדכן את השינויים המהותיים בפרק ד למאמר.

הפוטנציאלים יש וצריך להיות מקום בעיצובה של ההורות המשפטית. בהתאם לכך, לגישתנו יש לקבוע חזקה שלפיה כאשר ילדה או ילד נולדים לתוך מערכת יחסים זוגית מבוססת, הרי שני הצדדים לקשר הם ההורים המשפטיים של הילדה או של הילד. חזקה זו אמורה לשמש, כפי שיוסבר בהמשך, בשני מצבים הדורשים מענה תדיר מצד המשפט: המצב הרווח של מיסוד ההורות בנוגע לילד במעמד הלידה או מייד לאחריה, ומצב שבו ההורות לא מוסדה עם הלידה ומתעוררת שאלה בנוגע להורות בעת פרידה בין ההורים. פרק ג מתמקד במה שאנו מכנים "מיסוד ההורות", ומבסס את הצעתנו להכיר באימהות של בת הזוג במקרה המבחן הנדון כאן מייד לאחר הלידה בהליך רישומי-מנהלי. גם בהקשר זה אנו מצביעים על התפתחויות שכבר התרחשו בדין הקיים, ואשר הכשירו את התשתית לקליטת המהלך המוצע. על בסיס דיון עקרוני בכל אלה, נבקש לסיום להציע בפרק ד ניתוח ביקורתי של פסקי הדין בעניין צור-וייסלברג, ובפרט של השאלה שעמדה במרכז שני פסקי הדין של בית המשפט העליון באותו עניין – מתי וכיצד יוכר מעמדה של האם הנוספת, בת הזוג של האם הביולוגית. ניתוח זה יבאר את הנחות המוצא שביסודן של הנמקות השופטים, תוך עמידה על השלכות הרוחב שלהן, ויפנה את הזרקור אל כמה היבטים שנפקדו מפסקי הדין: החל מהיבטים הנוגעים לילד, דרך היבטים הנוגעים לאם הנוספת ולמכלול היחסים התוך-משפחתיים וכלה בשיקולי מדיניות. הניתוח שיובא לאור המודל המוצע במאמר מוביל למסקנה כי מן הראוי היה לקבל את העתירה בבג"ץ צור-וייסלברג ואת הדיון הנוסף בעניינה, ולאפשר הכרה באימהות הנוספת באמצעות הצהרה שתינתן סמוך ללידה, עמדה שנדחתה בפסקי הדין.

לפני שנצלול לעומק הדיון נבקש להגדיר את גבולותיו. כפי שפתחנו ואמרנו, מאמר זה נועד להציג לראשונה את זיקת הזוגיות כזיקה ראויה לתשומת לב בשיח הישראלי בדבר הגדרת ההורות. המאמר מבקש להציג את ההצדקות לזיקה האמורה, את היתרונות הגלומים בה ואת חשיבותה, וכן לעמוד על הניצנים הקיימים לזיקה האמורה בדין הישראלי כבר עתה. המאמר אינו מתיימר לפרוס את מלוא היריעה ולעמוד על יישומה של זיקת הזוגיות בכל קשת המצבים. המאמר אינו מבקש לטעון לעדיפותה של זיקת הזוגיות על יתר הזיקות המוכרות (ובייחוד הזיקה הביולוגית או הכוונה), ואף אינו מתיימר לקבוע מדרג מובנה וקבוע מראש בין הזיקות השונות המוכרות בשיח על הגדרת ההורות. כל אלה יצטרפו להתברר במאמר עתידי, שייכתב לאחר שעצם הזיקה, המוצעת כאן לראשונה, תחלחל אל השיח. מאחר שפטור בלא כלום אי אפשר, נציג לאורך הדיון דוגמאות ליישומה של החזקה המוצעת.

## **א. הגדרת הורות במשפט הישראלי ומיסודה**

נכון להיום אין בישראל חוק המגדיר אימהות, אבהות או הורות ככלל.<sup>4</sup> ישנם דברי חקיקה ספציפיים הנוגעים לשאלה של הגדרת ההורות דווקא במצבים שאינם שכיחים, כגון הולדה בסיוע אישה הנושאת את העובר ("פונדקאות") או הולדה בסיוע תרומת

---

4 איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016) (להלן: **זכויות הקהילה הגאה בישראל**).

ביצית,<sup>5</sup> לצד נהלים פנימיים של משרד הפנים<sup>6</sup> וחוזרים שאינם מפורסמים ברבים,<sup>7</sup> המתייחסים להגדרת ההורות בהקשרים ספציפיים. גם הפסיקה לא עסקה בצורה סדורה

- 5 ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים), וכן חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. לבחינת הדילמות שמתעוררות סביב הגדרת ההורות בנסיבות של הליך נשיאת עוברים ותרומת ביציות, ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** כ 223, 234 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי"). התלבטנו בנוגע למונחים שבהם נשתמש במאמר זה – בין "פונדקאות" או "אימהות נושאת", ובין "פונדקאית", "אם נושאת" או "אישה נושאת". מחד גיסא, המונח "פונדקאות" אינו מבטא כראוי לגישתנו את הערך ואת התרומה של נשיאת ההיריון; מאידך גיסא, "המונח" "אימהות נושאת" אינו תואם את חווייתן של חלק מהנשים שטוענות בעצמן נגד כינוין כ"אימהות". ראו לעניין זה את דבריה של אור חכמון, פונדקאית לשעבר ומלווה פונדקאית כיום, אשר השתתפה בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות שדנה בתיקון לחוק לנשיאת עוברים (חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, ס"ח 941): עיריית לינור "הרחם הוא משאב: קשה להאמין איך נשמעו הח"כים שדנו בחוק הפונדקאות" **הארץ** (9.8.2018) <https://www.wawww.haaretz.com/magazine/premium-MAGAZINE-1.6361343>; וכן את דבריה של ד"ר תמר עילם גידין, פונדקאית לשעבר ואקטיביסטית בתחום, בכנס שארגן מחוז מרכז – לשכת עורכי הדין בישראל תחת הכותרת "ערב עיון מיוחד בג"ץ הפונדקאות – בג"ץ עושה היסטוריה": מחוז מרכז – לשכת עורכי הדין בישראל (@Mehoz.Merkaz.Law) (21.7.2021) <https://www.facebook.com/Mehoz.Merkaz.Law/videos/3032212603674375>. עמדה זו תואמת גם את גישתן של פונדקאיות מחוץ לישראל. בהקשר זה, ראו למשל HELENA RAGONÉ, SURROGATE MOTHERHOOD: CONCEPTION IN THE HEART 39 (1994). לגישתן של מומחיות בעולם, ראו למשל Courtney G. Joslin, *Surrogacy and the Politics of Pregnancy*, 14 HARV. L. & POL'Y REV. 365 n.2 (2020); Zaina Mahmoud & Elizabeth Chloe Romanis, *On Gestation and Motherhood*, 31 MED. L. REV. 109 (2023) לצורך מאמר זה בחרנו במושג "אישה נושאת". לגישת אחת מכותבות המאמר יש לדבוק במונח "אם נושאת", המבטא הכרה בחלקן של נשים אלה בהבאתן של הילד לעולם וגם אולי בגישתן העתידית של הילד שנוולד כך. המזהה את נשיאת ההיריון כמי שסייעה בהבאתו לעולם, ושייתכן שייקש לשמר עימה קשר מסוים או לבטא כלפיה את הערכתו. לעמדות אפשריות שונות בהקשר זה, ראו למשל Diana Beeson, Marcy Darnovsky & Abby Lippman, *What's in a Name? Variations in Terminology of Third-Party Reproduction*, 31 REPRODUCTIVE BIOMEDICINE ONLINE 805 (2015) נוסף על כך הכותבים מבקשים להבהיר, כי הבחירה במונח "אישה" ולא "אישה" לא נועדה להתעלם מהאפשרות של הליך נשיאת עוברים בידי גבר טרנס (שמינו הביולוגי אינו תואם את המגדר שאליה הוא משתייך). בחירתנו נועדה לשקף את המצב הטיפוסי כיום, שבו מי שנושא את העובר עבור ההורים המיועדים הן נשים סיסג'נדריות, קרי נשים שמינן הביולוגי תואם את המגדר שאליה הן משתייכות.
- 6 ראו לעניין זה נוהל 2.2.0001 של משרד הפנים – מינהל אוכלוסין "נוהל רישום לידה בארץ" (24.3.2011) [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth\\_registry\\_in\\_israel\\_procedur\\_e/he/2.2.0001.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth_registry_in_israel_procedur_e/he/2.2.0001.pdf); נוהל 2.2.0008 של רשות האוכלוסין וההגירה "נוהל הטיפול לרישום נולדים בישראל והכללת הזכאים לכך במרשם האוכלוסין" (1.12.2020). [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/policy\\_registration\\_of\\_birth\\_in\\_g\\_eneral\\_registry/he/2.2.0008.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/policy_registration_of_birth_in_g_eneral_registry/he/2.2.0008.pdf) 288-287, 269 **משפט ומדיניות**: **מסדרים רגולציה: משפט ומדיניות** (2016) (להלן: טריגר "רגולציה של שירותי הפרייון").
- 7 ראו את "נוהל חו"ל" של משרד הפנים, שאינו מפורסם ברבים, המסדיר את קביעת ההורות במקרי פונדקאות טרנס-לאומית: בג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים**, פ"ד סונ(3) 493, פס' 8 לפסק

בשאלה של הגדרת ההורות, אלא לכל היותר נדרשה להכריע בסוגיות קונקרטיות הנוגעות להגדרת ההורות, שאף הן אינן מצויות בהכרח בליבה של הגדרת ההורות במשפט. נוסף על כך, גם שאלת ההליך הפורמלי למיסוד יחסי ההורות ככלל אינה מוסדרת בדין הישראלי.<sup>8</sup> יש לציין כי הגדרת ההורות אינה חלק מ"ענייני המעמד האישי", ולפיכך היא אינה נקבעת על פי הדינים האישיים-דתיים של אזרחי ישראל ותושביה.<sup>9</sup> עם זאת לכללי הדין האישי חלק עקיף בעיצוב ההכרעה המשפטית באשר להגדרת הורות ומיסודה.<sup>10</sup>

בפרק זה של המאמר נסקור את עקרונות הדין הישראלי בנוגע להגדרת הורות, ככל שניתן לחלצם מהחקיקה ומהפסיקה הקיימות, ונציין את החסרים. כפי שנראה, נקודת המוצא של הדין הישראלי היא של זיקה ביולוגית להגדרת הורות, אך ההישענות על זיקה זו הולכת ונחלשת, וזיקות חלופיות או משלימות הולכות ומתבססות.

## 1. הורות מכוח לידה והולדה – המבחן הביולוגי כברירת מחדל?

על אף היעדרו של דבר חקיקה ראשי הקובע במפורש מיהו הורה, ובהיעדר הסדרה כוללת כיצד יש לברר הורות ולמסדה, אמירות שונות בפסיקה ובספרות המשפטית מצביעות על אימהות מכוח לידה ואבהות מכוח הולדה כברירות המחדל;<sup>11</sup> כלומר, מי שהרתה וילדה היא האם ומי שממנו הרתה האישה יוגדר כאב.<sup>12</sup> מבחן הלידה וההולדה

---

הדין של המשנה לנשיא נאור (2014); Ruth Zafran & Dafna Hacker, *Who Will Safeguard Transnational Surrogates' Interests? Lessons from the Israeli Case Study*, 44 LAW & SOC. INQUIRY 1141, 1144 (2019) (להלן: "Hacker").

8 כפי שנפרט במאמר, ההורות היא "מוסד משפטי". המשפט הוא שקובע מיהם ההורים מבחינה משפטית, בין אם הקביעה המשפטית היא שהורות במשפט תתבסס על זיקה ביולוגית-גנטית ובין אם ההורות המשפטית מתבססת על זיקות אחרות. במובן זה, בעוד שהמשפט תמיד "מכונן" את ההורות המשפטית ולא רק מצהיר עליה, אנו טוענים שחשוב שהמשפט גם ימסד את ההורות בדרך פורמלית. ראו להלן בפרק ג.1.

9 יותר מכך, בית המשפט העליון הכריז בעיקרון על אבהות אזרחית המנותקת ממבחניו הקונקרטיים של דין אישי זה או אחר. ראו את ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578 (1995) (להלן: עניין ע"א 3077/90 פלונית), אשר עסק לכאורה בהגדרת אבהות בלבד ולא בהורות ככלל. עם זאת אפשר ללמוד מפסק הדין קביעה עקרונית באשר להורות במשפט המנותקת מהדין האישי (שם, בפס' 25 לפסק הדין של השופט חשין). הדיון באבהות (להבדיל מהורות ככלל) התמקד בזיקה שלפיה תיקבע האבהות במשפט, ולעניין זה נקבע כי האבהות תיקבע על בסיס זיקה גנטית לילד. לגישתנו יש לפרש קביעה זו בהתאם לנסיבות, קרי כאשר אם הילד לא הייתה נשואה או במערכת יחסים זוגית קבועה עם גבר אחר.

10 רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת אבהות" הפרקליט מו 311, 312-314 (2002) (להלן: זפרן "של מי אתה ילד?").

11 שם, בעמ' 315-316.

12 להתבוננות רחבה יותר, המדגישה את ההיבטים הפטריאכליים בהגדרת הורות, ראו צבי טריגר פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרבות 73-78 (2013) (להלן: טריגר פשעים נגד הפטריארכיה); יוסף פליישמן הורים וילדים במשפט המזרח הקדום ובמשפט המקרא (1998).



מתבסס לכאורה על קשר ביולוגי-גנטי לילד. הגבר שממנו הרתה האישה הוא האב הגנטי, וההנחה היא שהאם היולדת היא גם האם הגנטית של הילד.<sup>13</sup> התייחסויות שונות בפסיקה הישראלית (ובכלל זה בפסיקת בית המשפט העליון) ממשיגות את ההורות מכוח לידה והולדה (או בפשטות ההורות הביולוגית) כ"הורות טבעית", ובכך הן מנסות לייתר את הצורך בהסבר מדוע זו ברירת המחדל ומטשטשות את מקומו של המשפט בעיצוב ההורות.<sup>14</sup> עם זאת להבנתנו בחירה בהורות ביולוגית כברירת המחדל היא הכרעה אידאולוגית והכנייה חברתית.<sup>15</sup> ואכן סקירה השוואתית מעלה, ששיטות משפט שונות אימצו בסיסים שונים להגדרתה של ההורות המשפטית וסמו מהמבחן הביולוגי. כך למשל, במשפט המקובל הייתה זיקה של נישואים לאם הילד הבסיס הראשוני להגדרת אבהות. המשפט המקובל הגדיר את האב המשפטי כגבר אשר היה נשוי לאם במועד ההתעברות. אבות ביולוגיים-גנטיים שלא היו נשואים לאם לא נכללו באופן מסורתי בהגדרה המשפטית של "אב", ולא הוכרו כהורים מבחינה משפטית.<sup>16</sup> גם כאשר השתנה הדין בשיטות המשפט המקובל ואפשר לגבר אשר לא היה נשוי לאם לקבל הכרה כאב משפטי, הייתה זיקה ביולוגית-גנטית לילד רק אחד השיקולים ולא גורם מספיק ובלעדי לבסס אבהות.<sup>17</sup> במשפט האמריקני, למשל, חוקרות מובילות דוגמת June Carbone ו-Janet Dolgin פירשו את פסיקות בית המשפט העליון בסוגיה זו כמחייבות בחינה של מערכת היחסים שבין האם היולדת והאב הגנטי כשיקול להכרה או לאי-הכרה בהורות המשפטית של האב.<sup>18</sup> כך, ככל

13 ז'רן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 234-235; איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 9, 5 (2010).

14 שם, בעמ' 9.

15 השוו לטריגר פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 78.

16 Douglas NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261, 281 (2020). לכן לדין האמריקני לא היה קושי בהגדרת האבהות במקרים של הולדה בסיוע של תרומת זרע, בייחוד כאשר האם היולדת הייתה נשואה.

17 Susan Frelich Appleton, *Illegitimacy and Sex, Old and New*, 20 AM. U.J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 347, 379-81 (2012); June Carbone & Naomi Cahn, *Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 1011, 1050-1066 (2003); June Carbone & Naomi Cahn, *The Past, Present and Future of the Marital Presumption*, in THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 387, 391-93 (Bill Atkin gen. ed., 2013); Melanie B. Jacobs, *Parental Parity: Intentional Parenthood's Promise*, 64 BUFF. L. REV. 465, 477 (2016) (להלן: "Jacobs").

18 Janet L. Dolgin, *Just a Gene: Judicial Assumptions About Parenthood*, 40 UCLA L. REV. 637, 671-72 (1993); June Carbone, *The Legal Definition of Parenthood: Uncertainty at the Core of Family Identity*, 65 LA. L. REV. 1295, 1337-41 (2005). מצב הדברים המשפטי למעשה מורכב יותר, מכיוון שהפסיקות האמורות של בית המשפט העליון של ארצות הברית עסקו באבות שרצו הכרה במעמד ההורי לשם הקניית זכויות הוריות (ובפרט הזכות להתנגד למסירת הילד לאימוץ). לצורך הטלת חיוב במזונות ילדים, די יהיה בהוכחת קשר גנטי בין הגבר לילד. ראו, Ayelet Blecher-Prigat

שמערכת היחסים שבין האם היולדת לבין האב הגנטי דמתה לאידיאל של קשר הנישואים ההטרורסקואלי (יחסים מונוגמיים ממושכים, מגורים משותפים וכדומה), כך גברו סיכוייו של האב הגנטי להיות מוכר בידי המשפט כהורה. מעניין לציין כי גם בישראל, הדין השרעי שקבע בעבר את הגדרת האבהות עבור מוסלמים מגדיר אבהות על בסיס קשר נישואים לאם ולא על בסיס זיקה גנטית לילד.<sup>19</sup> עם זאת החל מפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין ע"א 3077/90 פלונית אבהות נקבעת על פי הדין האזרחי, גם עבור אזרחי ישראל ותושביה המוסלמים.<sup>20</sup> ואולם למרות הדגש שהושם בפסיקת בית המשפט העליון על הקשר הביולוגי-גנטי לאב, הרי גם עבור זוגות מוסלמים קביעת האבהות עודנה סוגיה מורכבת, וסוגים שונים של כללים חלים במגוון הנסיבות כתלות בקיומם של נישואים, של הכחשה או של הכרה באבהות.<sup>21</sup>

התפיסה המשפטית המבססת הורות על הזיקה הגנטית-ביולוגית, הנעוצה בהכרעה אידאולוגית, כרוכה מטבעה בהצדקות כבדות משקל ובראשן התפיסה כי מי שהביא לעולם ילד במעשיו יהיה אחראי כלפיו בחובות המשפטיות של הורה, ובכלל זה בחובות של טיפול ושל תמיכה.<sup>22</sup> במקביל ההנחה היא כי מי שפעל, יזם או השקיע ממשאביו הביולוגיים, חפץ בהגשמת טובתו של צאצאו, הנוצר מפעילותו.<sup>23</sup> לא בכדי עיקר הפנייה לטכנולוגיות ההולדה הוא על מנת להביא לעולם ילד הקשור בזיקה גנטית או בזיקה ביולוגית של הולדה להורה המיועד.<sup>24</sup> עולה מכך שלקשר הייחודי שבין הורה לילדו הביולוגי יש חשיבות להורה עצמו ולא רק לילד, ולכן זיהוי ההורה הביולוגי כהורה משפטי נובע גם מראייה המתמקדת במבוגרים וממכלול היחסים המשפחתיים. מובן כי המבחן הביולוגי כרוך בעידן הנוכחי גם במקום שמיוחס לגנטיקה בתרבות המערב; במובן זה המקום שמיוחס לאלמנט הביולוגי-גנטי בקביעת ההורות נובע מן ההכרה (ולעיתים אף מן ההפרזה) בחשיבות הזהות והמוצא הגנטי. ברי כי קיומה ועוצמתה של הזיקה האמורה, המכונה גם "קשר הדם", שואבים את כוחם גם

Blecher - (להלן: *Conceiving Parents*, 41 HARV. J.L. & GENDER 119, 133 (2018) *Conceiving Parents* (Prigat)). מצב דברים זה מעלה את שאלת הפיצול במוסד המשפטי של ההורות, אך שאלה זו חורגת ממאמרו זה.

19 איאד זחאלקה בתי הדין השרעיים: בין השיפוט לזהות 38 (2009). עם זאת גם עבור זוגות מוסלמים קביעת האבהות היא סוגיה מורכבת, וסוגים שונים של כללים חלים במגוון הנסיבות כתלות בקיומם של נישואים, של הכחשה או של הכרה באבהות וכיוצא באלה.

20 עניין ע"א 3077/90 פלונית, לעיל ה"ש 9.

21 ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 20950/97 פלוני נ' משרד הפנים (נבו) 19.5.1998; תמ"ש (משפחה י-ם) 25170/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (תקדין) 13.4.2000; ה"פ (מחוזי ב"ש) 4059/01 אלטרובין נ' משרד הפנים (נבו) 2.7.2002; תמ"ש (משפחה נצ') 4232/04 בא"א נ' אש"א (נבו) 2.6.2010; תמ"ש (משפחה נצ') 51871-01-20 פלוני נ' פלונית (נבו) 22.4.2021; תמ"ש (משפחה נצ') 9439-01-21 פלוני נ' פלונית (נבו) 3.10.2021.

22 חלק זה מורשת על מאמרה של זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 231-234.

23 הנחה זו, כפי שזפרן מרגישה בכתיבתה, מבוססת על שני טיעונים: האחד, הנוגע לאלמנט הדמיון וההמשכיות; והאחר, בעל אופי קנייני, הנוגע לרצונו של האדם – כבעלים על גופו – לשלוט על התוצרים של גופו. לעניין זה ראו שם, בעמ' 232, בה"ש 24 (והמקורות מהספרות המאוזכרים שם).

24 ראו Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 152.

מאלמנטים חברתיים-תרבותיים. לבסוף נזכיר כי הדגש שמושם על הפן הביולוגי כרוך בשיטה הישראלית בתפיסה הבסיסית של ההלכה היהודית.<sup>25</sup> אכן, לכאורה גישת הדין הישראלי להגדרת אבהות (לפחות באשר למשפחות יהודיות) שונה מהגדרת המשפט המקובל. בעוד שהמשפט המקובל מתבסס על מערכת היחסים שבין האם היולדת והאב, ובפרט על קשר הנישואים ביניהם, הדין הישראלי יוצא מנקודת מוצא המתבססת על קיומו של קשר גנטי. ואולם כאשר עוברים מהשאלה התאורטית של הגדרת ההורות לשאלת יישומה בפועל בדין, ובפרט לשאלת הצורך בהוכחה ראייתית של האבהות הגנטית, מתקבלת תמונה מורכבת יותר. לעיתים המשפט הישראלי יתעלם מראיות בדבר קשר גנטי על מנת לקבוע או לשלול קשרי הורות – לטובת שיקולים אחרים. כך, כפי שנראה בסעיפים הבאים של פרק זה, לצד ברירת מחדל המצביעה על לידה ועל הולדה כעל תשתית להכרה בהורות, המשפט הישראלי מציב ברירות מחדל נוספות להכרה בה (ועודו נמצא בתהליך להצבתן ככאלה).

## 2. אבהות: בין שתי ברירות מחדל – גנטיקה וזוגיות

על פי ברירת המחדל המבוססת על הולדה, נדרש לכאורה להצביע על הגבר שממנו הרתה האישה – קרי, הגבר בעל הזיקה הגנטית – לשם עיגון מעמדו כהורה במשפט. אולם בפועל הוכחת קשר גנטי של הורות בין גבר לילד נדרשת לעיתים רחוקות בלבד. שאלת קיומו של בירור להוכחת הזיקה הגנטית בין האב הנטען לילד כרוכה בשאלה של מהות הקשר שבין האם היולדת לבין האב הפוטנציאלי, ובפרט בקיומו או בהיעדרו של קשר נישואים ביניהם. כאשר אימו של הילד נשואה, הדין הישראלי מניח כי בעלה הוא אבי הילד.<sup>26</sup> לכאורה אפשר לטעון כי הנחה זו כרוכה בהערכה שבעלה של האישה הוא גם האב המוליד (האב הגנטי), אולם ברי כי הערכה זו אינה נכונה בכל מקרה ומקרה.

כללי הדין הישראלי הנוגעים להגדרת ההורות ומיסודה מושפעים מהדין האישי-הדת, אף שהדין החל בסוגיה הוא דין אזרחי. על פי ההלכה היהודית, ילד שנולד לאישה נשואה שלא מבעלה עלול להיות מוכרז כמזמר. לפיכך אפשר לזהות בהנחת המוצא של הדין בדבר אבהות הבעל את השפעת ההלכה, והיא כרוכה ברצון להגן על הילד מפני השלכותיה. למעשה עוצמתו של איום הממזרות כה חזק, שהדין – תחילה

25 להרחבה על עמדת ההלכה היהודית, ראו זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 10, בעמ' 316-315. וכן להלן בפרק 2.

26 בניגוד למשפט האמריקני, שבו ישנה חזקה (presumption) המעוגנת בדין ולפיה בעלה של האם הוא האב, אין קביעה שכזו בדין הישראלי מכוח הלכה של בית המשפט העליון, אלא בנוהלי משד הפנים לרישום לידות (ראו "נוהל הוספת פרטי אב", להלן ה"ש 34). כפי שציינו בפתחו של הפרק, אין חוק בישראל המגדיר הורות, ואין הלכה פסוקה שקבעה כך. לפיכך אנו משתמשים במונח "הנחה" ולא במונח "חזקה".

בפסיקה<sup>27</sup> ומאוחר יותר במסגרת החוק<sup>28</sup> – אוסר כמעט לחלוטין על עריכת בדיקה גנטית לביורור קשרי אבהות בנסיבות שבהן אם יהודייה הייתה נשואה לגבר יהודי במועד ההתעברות, ובכך מונע לכאורה קביעת קשר ביולוגי-גנטי של גבר אחר מלבד הבעל לילד.<sup>29</sup> יותר מכך, גם אם הציג הבעל או האישה או גבר אחר ממצא גנטי שלפיו הגבר האחר הוא האב, בית המשפט לא יקבל את הממצא האמור.<sup>30</sup> אולם ממזרות אינה השיקול היחיד שימנע הוכחת קשר גנטי בין גבר לילד שנולד לאשה נשואה. נקודת המוצא של חוק מידע גנטי, התשס"א-2000 ושל הפסיקה המיישמת אותו היא, שבמקרה שילד נולד לאשה נשואה, הוכחה שהבעל אינו האב הגנטי או הוכחה שגבר אחר הוא האב הגנטי אינה רצויה.<sup>31</sup> כך, בפועל מתרופף הקשר שבין ההנחה בדבר אבהות הבעל לבין הזיקה הגנטית, ומתהווה בסיס אחר – נורמטיבי-חברתי – לקיומה של הנחה זו.

אם כן, אף שנקודת המוצא להגדרת אבהות של הדין הישראלי שונה מנקודת המוצא להגדרת אבהות במשפט המקובל בכך שבדין הישראלי היא מתבססת על הזיקה הגנטית ובמשפט המקובל על קשר נישואים לאם, הרי בפועל שתי השיטות מגיעות לתוצאה דומה, המעניקה משקל משמעותי לקשר הנישואים שבין ההורים כשיקול בהגדרת האבהות המשפטית. כפי שנטען בהמשך המאמר, הצדקות נורמטיביות חזקות תומכות בהתחשבות במערכת היחסים שבין הורים פוטנציאליים כשיקול בהגדרתה של ההורות המשפטית; הגישה המסורתית, הכורכת את האבהות בקשר נישואים לאם, בין אם ישירות בהגדרת האבהות ובין אם באמצעות דיני ראיות המביאים להכרה בבעל כאב המשפטי, היא ביטוי לשיקול נורמטיבי זה הרבה מעבר לנימוק המתמקד בחשש מפני ממזרות.

ואולם לא רק כאשר האם נשואה המשפט אינו דורש ראייה גנטית לשם מיסוד האבהות. בהיעדר נישואים יכולים היולדים – היא האם – והגבר שטוען יחד איתה כי הוא האב לבקש לרשום אותו כהורה. בנסיבות אלה הרישום נעשה בידי פקיד הרישום (בבית החולים או בלשכת רישום האוכלוסין) מכוח הצהרת הגבר שניתנה בהסכמת האם. אומנם על פי הדין הקיים מעמדו של המרשם כממסד את ההורות המשפטית אינו

27 ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736 (1980); ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711 (1994).

28 ס' 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

29 בנסיבות מיוחדות – שבהן לא נדון בהרחבה במאמר זה – כאשר נוצר צורך מיוחד להכיר באב אחר, מצאו בתי המשפט פתרונות יצירתיים להכרה בו, כגון באמצעות אימוץ או בהכרה בהורה פסיכולוגי. ראו למשל תמ"ש (משפחה חי') 31880-07 אג"ז נ' א"ז (נבו 5.11.2013). באמצעים אלה יש לעיתים שימוש גם בנסיבות שאינן קשורות לממזרות, למשל אצל מוסלמים. ראו תמ"ש (משפחה נצ') 29182-07 מ"ז נ' ג"ז (נבו 27.2.2017).

30 ס' 28 לחוק מידע גנטי. אם האם או הבעל (לרבות הגרוש, שלו הייתה האם נשואה במועד ההתעברות) מסרבים לרישום כאב, לא יירשם לילד כל אב, ובדיקה גנטית לא תותר אלא בצו בית משפט שיינתן רק במקרים נדירים.

31 סעיף 28 לחוק מידע גנטי. כך, בית המשפט מונע ביצוע בדיקה גנטית גם כאשר אין חשש לממזרות, כך למשל בנסיבות שבהן בעלה של האם הוא חסר דת. ראו תמ"ש (משפחה ב"ש) 4429-02-14 פלוני נ' אלמונית (נבו 16.1.2017) (שם ניהלה האם רומן עם גבר אחר, חסר דת, שטען כי הוא האב הביולוגי של אחת הילדות). ראו גם תמ"ש (משפחה טב') 27090-01-11 עא"ז נ' ח"מ (נבו 28.10.2011) וכן עניין ג"ז, לעיל ה"ש 29.

ראיה מוחלטת (ויהיו הוריו של הילד נשואים, רווקים או בני אותו מין), אך גם על פי חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 הרישום מהווה לכל הפחות ראיה לכאורה לנכונותו בכל הנוגע למעמד המשפטי של ההורה.<sup>32</sup> בפועל, רישום במרשם האוכלוסין כהורה של ילד מנקה לאדם הרשום את כל הזכויות והסמכויות ההוריות, ומכפיף אותו לחובות ולאחריות ההורית.

עד להגשת העתירה בעניינן של בנות הזוג צור-וייסלברג, שתידון בפרק ד של המאמר, הצהרת הגבר והאישה בדבר אבהות הגבר הייתה הצהרה כללית בדבר אבהותו, ולא נדרשה התייחסות לזיקה הגנטית בינו לבין הצאצא שבעניינו נקבעת האבהות.<sup>33</sup> לגישתנו, ההצהרה הכללית המשותפת של האם היולדת ושל האב המיועד, כפי שנהגה עד לאחרונה, ביטאה (ולשיטתנו עדיין מבטאת) הכרה בחשיבות הקשר שבין ההורים המיועדים בינם לבין עצמם לצורך קביעת מעמדם כהורים.

בדיקה גנטית לעיגונה של האבהות נערכת רק במקרים של מחלוקת בין האם לאב הנטען או כאשר לא נרשמה אבהות סמוך לאחר הלידה (והאם אינה נשואה). בנסיבות אלה נדרשת עם חלוף הזמן על פי הנהלים של רשות האוכלוסין וההגירה התערבות שיפוטית לצורך רישום האב.<sup>34</sup> במצב זה גם אם יש הסכמה של הצדדים לרישום האיש כאב, וודאי כאשר אין הסכמה שכזו, עשויה לעלות דרישה לבדיקה גנטית.

נקודת מוצא של ברירת מחדל ביולוגית כבסיס להגדרת הורות לצד התבססותה של ברירת מחדל חלופית קיימת גם בגישת הדין הישראלי להגדרת אימהות. תהליך זה החל במקרים של הולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות והתפתח בהמשך במשפחות מאותו מין.

### 3. אימהות: בין ביולוגיה לכוונה

בהולדה "טבעית" האם הגנטית (שמביציותיה נוצר העובר) היא גם האם היולדת, והיא אף עתידה לשמש כהורה פסיכולוגי ומטפל.<sup>35</sup> בנסיבות של הולדה "טבעית", ללא סיוע גורם אימהי נוסף כגון תורמת גמטה (ביצית) או אישה נושאת, הרי האימהות מושתתת על ברירת מחדל ביולוגית והיא בגדר נתון שאינו נדרש להוכחה. הדין הישראלי, אפשר שבהשראת ההלכה היהודית,<sup>36</sup> לא דרש שהאם תהיה נשואה לצורך

32 ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

33 כיום מחייבים הנהלים כי האב יוסיף ויצהיר כי הוא האב הגנטי של הצאצא. עוד על השינוי שהתרחש בהקשר זה, ראו להלן בפרק ד.2.(ב).

34 ראו ס' 3, 4.9 ו-4.10 לנוהל 2.2.0007 של רשות האוכלוסין וההגירה "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין" (5.8.2020) [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding\\_parent\\_to\\_minor\\_israeli\\_r](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding_parent_to_minor_israeli_register_2014/he/2.2.0007.pdf)  
egister\_2014/he/2.2.0007.pdf (להלן: "נוהל הוספת פרטי אב").

35 חלק זה לקוח מזכויות הקהילה הגאה בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 430-422.

36 תפיסה זו מושתתת לכל מערכת המשפט בעת העתיקה, ובאה לידי ביטוי בפרט באמירה שאובה מהמשפט הרומי "Mater semper certa est" (האימהות תמיד ודאית). תפיסה זו השתמרה בשיטות המשפט כיום, שבהן האישה היולדת היא אוטומטית האם המשפטית. ראו טריגר פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 12.

הכרה בה כאם. הילד שנולד לה באופן "טבעי" הוכר כילדה לכל דבר ועניין, ללא תלות במצבה האישי-משפחתי.

עם זאת הולדה בשילוב תרומת ביצית או בסיוע אישה נושאת מאתגרת את ההישענות על הזיקה הביולוגית, שכן ההורות המיועדת עשויה להיות נפרדת מהקשר הביולוגי-גנטי, והקשר הביולוגי עצמו אף הוא מתפצל. שתי נשים עשויות להיות בעלות תרומה ביולוגית – האם הגנטית, בעלת הביצית, והאם הפיזיולוגית שנושאה את ההיריון. אישה נוספת עשויה להיות חלק מתכנון ההולדה מתוך מטרה לשמש אם בפועל. באיזו מהנשים מכיר המשפט כאם המשפטית, והאם המשפט מאפשר להכיר ביותר מאם משפטית אחת? הדין הישראלי אינו מספק תשובה סדורה וכוללת, אם כי המחוקק נדרש לכך בשני חוקים שחוקק – חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 וחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים). חוק תרומת ביציות מגדיר את מקבלת התרומה, שעתידיה לשמש אם, כאם המשפטית.<sup>37</sup> בכך יש כדי להדגיש את המבחן הביולוגי-פיזיולוגי של נשיאת ההיריון כמבחן הרלוונטי והקובע ולדחות את המבחן הביולוגי-גנטי. ואולם עיון משותף בחוק תרומת ביציות יחד עם חוק הסכמים לנשיאת עוברים מצביע על מבחן הכוונה כעל המבחן הרלוונטי בהקשר של הולדה בסיוע. חוק הסכמים לנשיאת עוברים מאפשר להורים המיועדים להיעזר בתרומת ביציות,<sup>38</sup> מהלך המגובה גם בחוק תרומת ביציות עצמו.<sup>39</sup> בכך דוחה חוק הסכמים לנשיאת עוברים את המבחן הביולוגי-גנטי כמו גם את המבחן הביולוגי-פיזיולוגי של נשיאת ההיריון; החוק מבטא הכרה מוגבלת ביסוד ה"כוונה" (כוונה להפוך להורה שמניעה את תהליך הבאת הילד לעולם) כיסוד רלוונטי להגדרת ההורות וכמקנה לכוונה עדיפות על פני הזיקה הגנטית.<sup>40</sup> ואולם מבחן הכוונה אינו חזות הכול.

מבחן הכוונה נוצר בהקשר של הולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות, והוא נועד לסייע בזיהוי האחד שמבקש להיות הורה בהיעדר קשר ביולוגי ובזיהוי האחר כ"לא הורה", למרות קיומו של קשר כזה. השימוש העיקרי במבחן הכוונה נעשה כ"שובר שוויון" כאשר המשפט נדרש להכריע בין שתי טוענות למעמד כ"אם" או בין שני טוענים למעמד כ"אב" (בנסיבות שבהן המשפט אינו מכיר באימהות או באבהות כפולה). היעד הכוונה להיות הורה משמש בסיס לשלילת המעמד ההורי מתורם הזרע, מתורמת הביצית ומן האישה הנושאת את ההיריון בהתקשרות לנשיאת עוברים. מי שתכננו להיות הורים, מי שחלמו, יזמו ופעלו להביא ילד לעולם מתוך כוונה לגדלו מוכרים בידי המשפט כהורים על בסיס כוונה ויוזמה אלה.<sup>41</sup> ואולם הכוונה אינה

37 ס' 2 (הגדרת "נתרמת"), 11 ו-1 (א) לחוק תרומת ביציות.

38 העניין נלמד בעיקפין מס' 12 (1) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, ועולה מפורשות מנוהלי העבודה של הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים "קווים מנחים להסכם נשיאת עוברים – מההיבט המשפטי" ס' 62 (משרד הבריאות, אוגוסט 2022)

[https://www.gov.il/BlobFolder/service/embryo-carrying/he/services\\_embryo\\_carrying\\_ec-file-11.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/service/embryo-carrying/he/services_embryo_carrying_ec-file-11.pdf)

39 ס' 6 (ב) לחוק תרומת ביציות.

40 יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 858-857 (2012) (להלן: "מרגלית" הורות משפטית בהסכמה).

41 ההסכמה הביא לשיח המשפטי הישראלי יחזקאל מרגלית (ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת

מספקת כשלעצמה. בהיעדר תרומה גנטית או פיזיולוגית בנשיאת ההיריון, אישה יכולה – על פי הדין הקיים כיום – להיות מוכרת בישראל כאם רק אם היא מבקשת להיות אם במשותף עם האב הגנטי והשניים התקשרו בהסכם להורות משותפת לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים ועמדו בתנאיו.<sup>42</sup> במוכן זה, ככל שהדין הישראלי אימץ את מבחן הכוונה, הרי מדובר באימוץ מוגבל בלבד כ"שובר שוויון" בין שתי נשים שהיו יכולות לטעון להורות על בסיס ביולוגי, נשיאת היריון או תרומת מטען גנטי.

לסיום סעיף זה יצוין כי למבחן הכוונה יתרונות רבים, הן במישור המדיניות הציבורית והן במישור הפנים-משפחתי. הוא תואם חירויות וזכויות של האינדיבידואלים שלהם חלק בהקמת המשפחה, תואם את טובת הילד ומקדם את ערך השוויון, את הניטרליות המגדרית ואת הפלורליזם המשפחתי הראויים לגישתנו כיום. עם זאת הוא אינו חזות הכול ולוקה בחסרונות לא-מעטים. כוונה ותכנון הם לעיתים זכות יתר של משפחות אמידות ובעלות ידע, השכלה ושליטה מוגברת על חייהם.<sup>43</sup> במציאות לא כל ילד נולד מתוך כוונה ותכנון מראש. למעשה, מידע ממדינות אחרות מלמד שמרבית ההריונות אינם מתוכננים (עם זאת אין בכך לומר שהם אינם רצויים).<sup>44</sup> זאת ועוד – ודבר זה נכון גם להולדה מתוכננת – כוונה עשויה להיות קשה להוכחה,

הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** 553 (2012) (להלן: מרגלית); על קביעת הורות משפטית בהסכמה"; וראו גם מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 40). מרגלית מדגישה את האלמנט החוזי בדיני משפחה ובפרט בהקשר של הגדרת יחסי הורים-ילדים. לשיטתו אין להסתפק בכוונה משוערת או משתמעת, אלא הוא מבקש להצמיח את ההורות על בסיס חזוה מפורש בין שני ההורים, חזוה שנערך כדין ואושר בפני רשות מוסמכת. ראו גם יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים הם צו ההורות הפסיקטי" **משפטים** 113, 117 (2018) (להלן: מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק"). ואולם הישענות על הסכם מחייבת ברירת מחדל או נקודת מוצא שממנה הצדדים מבקשים לסטות בהסכם. נראה כי מרגלית מניח נקודת מוצא שמי שיש לו או לה זיקה ביולוגית לילד הם בעלי זכאות ראשונית, ושהם יכולים להסכים לוותר על זיקה זו או לחלוק בה. אנו סבורים כי אין ברירת מחדל טבעית או מובנת מאליה, וכי כל ברירת מחדל מחייבת דיון מקדים בה. שאלה נפרדת היא אם יש לאפשר לצדדים לסטות בהסכם מברירת המחדל שקובע הדין. בעניין זה גישתו של המשפט הישראלי היא כי הורות אינה עניין פרטי המסור להחלטת הצדדים, אולם מאמר זה אינו דן בשאלה זו.

לגישתנו, עמדת בית המשפט בבע"מ 1118/14 **פלוגית נגד משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (אר"ש 1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14), אשר שללה באופן מוחלט את האפשרות להכיר כאם במי שיזמה הולדה בסיוע שלושה גורמים חיצוניים ליחידה המשפחתית – תרומת ביצית, תורם זרע ואישה נושאת – טעונה עיון נוסף. כך או כך, עמדה זו השוללת הורות בנסיבות של היעדר כל זיקה ביולוגית גנטית וזכתה לאישוש נוסף בפסק דין חדש של בית המשפט העליון בע"מ 8236/21 **פלוגית ג' היועצת המשפטית לממשלה** (אר"ש 6.12.2022). מבלי לחרוג מגבולות הדיון כאן נציין, כי להבנתנו פסיקה זו נעוצה בחששות עומק של מערכת המשפט מפני סחר בילדים, חששות שיש להתייחס אליהם ברצינות כמובן, אך אפשר (וצריך) להתמודד עימם בכלים אחרים מאלה שנבחרו בפסק הדין.

יש מי שסבורים כי יש לשים לב לפערי הכוחות שבין הצדדים במסגרת הפעלת מבחן הכוונה. ראו למשל Libby Adler, *Inconceivable: Status, Contract, and the Search for a Legal Basis for Gay & Lesbian Parenthood*, 123 PENN ST. L. REV. 1, 27-33 (2018) ("To the extent that gay and lesbian parenting rights increasingly rely on contract, critiques of contract should be on our radar. Issues of bargaining power... are all worth careful attention")

Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18. 44

בפרט כאשר שניים או יותר מעורבים בהולדה ופער נפער בין רצונותיהם לאורך זמן או שפער כזה התקיים כבר מראש והם חלוקים ברצון לזהות אחד את האחר כהורה.

#### 4. צו הורות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים

בהסדרת ההורות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים באשר לילדים שנולדו בעקבות התקשרות לנשיאת עוברים בישראל ניתן למצוא עיגון הן ליסוד הכוונה, הן לזיקה הביולוגית והן לזיקת הזוגיות, שבה אנו קוראים להכיר במאמר זה. החוק, התקנות הנלוות לו<sup>45</sup> והכללים שהוציאה הוועדה שתפקידה לאשר כל התקשרות לנשיאת עוברים מראש<sup>46</sup> נועדו ליצור מסגרת הדוקה להתקשרות ולהבטיח פיקוח שיקנה הגנה מקסימלית לכל הגורמים הנוגעים בדבר, לרבות על אינטרסים חברתיים.<sup>47</sup> בסיומו של תהליך ולאחר הולדת הילד מוכרת ההורות בעניינו באמצעות צו הורות של בית המשפט בהליך שיפוטי מכוח החוק.<sup>48</sup>

דרך שגרה יוכרו בצו ההורות הוריו המיועדים של הילד, אותם הורים "בעלי הכוונה" שחלמו, יזמו ופעלו להולדתו, ואילו האישה הנושאת, שביקשה לסייע להם (מבלי שהתכוונה להיות אם בעצמה), לא תוכר משפטית כאם. בנסיבות יוצאות דופן (לרוב כאשר חזרה בה האישה הנושאת מכוונתה שלא להיות לאם) החוק מאפשר עקרונית להכיר באישה הנושאת כאם המשפטית של הילד באמצעות צו שיפוטי, והכל בכפוף לטובתו של הילד.<sup>49</sup> מן הראוי לציין שעד למועד כתיבת מאמר זה, בחלוף עשרים ושבע שנים מעת שנחקק החוק, למיטב ידיעתנו אין בישראל ולו מקרה אחד שבו התעוררה מחלוקת באשר לזהות ההורים המשפטיים של תינוק שנולד בסיוע הליך לנשיאת עוברים, ומכאן גם שאין מקרה שבו האישה הנושאת הוכרה כאם המשפטית.

45 תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (הודעות, בקשות וצווים), התשנ"ח-1998; תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), התשנ"ח-1998.

46 ראו את רשימת ההנחיות הערכניות בהנחיות משרד הבריאות "פונדקאות בישראל" <https://www.gov.il/he/service/embryo-carrying>.

47 הליך נשיאת עוברים טומן בחובו מורכבויות חברתיות, רגשיות ואתיות, לנוכח שילוב של גורם שלישי שנושא את העובר. ראו נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל" **משפט וממשל** טו 435 (2013). למורכבויות הייחודיות הנוגעות להליך נשיאת עוברים בחו"ל, ראו Zafra & Hacker, לעיל ה"ש 7. למורכבויות הייחודיות הנוגעות להורים המיועדים בחו"ל, ראו צבי טריגר "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" **תיאוריה וביקורת** 44, 177 (2015).

48 ס' 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. ישנה מחלוקת בין מלומדים באשר לזהות ההורים של ילד שנולד מהתקשרות לנשיאת עוברים כרגע הלידה. לפי אחת הגישות, הנתמכת בידי זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 5, נראה כי לילד זה עשויים להיות יותר משני הורים במועד הלידה: **דאם היולדת** (הנושאת את ההיריון) מכוח הלידה; **דאב המיועד** מכוח הזיקה הגנטית לצאצא השלובה באלמנט הכוונה; **בת זוג**, היא האם המיועדת, מכוח זיקתה אליו השלובה בכוונתה להיות אם. גישה אחרת עשויה לסבור כי לילד אין ולו הורה אחד במועד הלידה. ניתן לסבור כי לפחות ברמה האידאולוגית גישה זו אינה ראויה, ואין להסכים עם מצב שבו לילד לא יהיו הורים במועד הלידה.

49 ס' 13 (א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.



החוק אוסר על שימוש בביצית של האישה הנושאת את ההיריון.<sup>50</sup> במקביל לדרישה זו, החוק דורש קשר גנטי בין היילוד לבין הורה מיועד אחד לפחות. ככל שמדובר בבני זוג, גבר ואישה, החוק דורש כי זרע האב המיועד ישמש להפריה,<sup>51</sup> וכאשר האם המיועדת היא יחידנית החוק מחייב שימוש בביציותיה היא.<sup>52</sup> כך המחוקק הישראלי מבטיח זיקה גנטית לפחות לאחד ההורים המיועדים, וזיקתה של האישה הנושאת את ההיריון מצטמצמת לפן הפיזיולוגי.<sup>53</sup> בכך יש ביטוי לזיקה הביולוגית בהגדרת ההורות. ואולם כשם שהחוק אינו מתיישב באופן מלא עם מבחן הכוונה, הוא אינו מתיישב באופן מלא גם עם עקרון הזיקה הגנטית. דרישת החוק, שלפיה גם כאשר ההורים המיועדים קשורים גנטית לילד יתנהל הליך משפטי של הוצאת צו הורות על מנת להקנות להם מעמד משפטי של הורים, משקפת זאת.<sup>54</sup> עם זאת טענתנו, ההליך השיפוטי למיסוד ההורות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים נובע משיקולים שהם חיצוניים לדיני הגדרת ההורות בישראל. הולדה בסיועה של אישה נושאת היא אפשרות הולדה שנויה במחלוקת. שיטות משפט שונות התמודדו בדרכים מגוונות עם המורכבות האתית והמוסרית, כמו גם האנושית, הכרוכה בהולדה בסיועה הסכם לנשיאת עוברים. הדין הישראלי, שהיה בין הראשונים להסדיר הולדה בדרך זו בחקיקה ראשית, התמודד עם מורכבויות אלו באמצעות קביעת הליך בקרה כפול – אישור ההסכם בידי ועדה בתחילת ההליך ולבסוף הליך שיפוטי למתן תוקף למעמד המשפטי של ההורים המיועדים.<sup>55</sup> הבטחת האינטרסים והזכויות של האישה הנושאת, שהוא יעד בעל חשיבות עליונה בעינינו, יכולה (וצריכה) להיעשות מראש, בתחילת התהליך, תוך כדי ההיריון וייתכן שאף לאחר הלידה, תוך שהדין מאפשר את מיסוד המעמד ההורי של ההורה או של ההורים המיועדים בהליך פורמלי שאינו הליך שיפוטי דווקא.<sup>56</sup>

- 50 ס' 2(1), ש.ם.
- 51 ס' 2(2), ש.ם. על פי לשון החוק, זרעו של האב המיועד צריך תמיד לשמש להפריה. ואולם כיום, לאחר הכרעת בית המשפט העליון בעניין **ארד-פנקס** שלפיה יש להחיל את החוק גם על זוגות מאותו המין, מובן כי רק אחד מהאבות המיועדים יכול להיות קשור גנטית לילד, ולפיכך יש לפרש את החוק כך שנדרש קשר גנטי לאחד ההורים. ראו בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996, פס' 6 לפסק הדין (נבו 11.7.2021). להבנתנו, לאחר פסק דין זה, גם כאשר מדובר בבני זוג שהם גבר ואישה די יהיה בקשר גנטי לאחד ההורים המיועדים – בין אם האם ובין אם האב – ולא יהיה אפשר להצדיק את הדרישה שדווקא הזרע יהיה של האב המיועד (כנדרש כיום בהתאם לס' 2(2) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים).
- 52 ס' 2(2) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.
- 53 עמדתו של המחוקק, המתגדרת לשימוש בתרומת תאי רבייה גם בביצית וגם בזרע, קיבלה חיזוק בבג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996 (נבו 3.8.2017) (פסק הדין דחה את עתירתן של נשים יחידניות אשר בשל בעיה רפואית אינן מסוגלות לשאת היריון ואף לא לתרום ביצית משלהן, שטענו נגד הדרישה לזיקה גנטית בהליך הפונדקאות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים). להשוואה עדכנית, ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 26729-03-19 **מ"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 23.3.2021) (פסק הדין הכיר בהורות של אם יחידנית בניסיונות של הולדה באמצעות פונדקאות עבר-לאומית ותרומת גמטה כפולה (תרומת ביצית זרע). הורות זו מוסדה באמצעות הליך חדש, שהוכר בפסיקה זו ומכונה "צו אימוץ פסיקתי").
- 54 ס' 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.
- 55 Zafran & Hacker, לעיל ה"ש 7.
- 56 לדין בחסוונות של הליך שיפוטי למיסוד ההורות לאחר הלידה ולכן שראוי להגן על האינטרסים של האישה הנושאת, ראו Noy Naaman, Timing Legal Parenthood, 75(1) ARK. L. REV. 59, 69-80, 82-84 (2022) (להלן: *Naaman, Timing Legal Parenthood*).

כך או כך, כאשר ניתן צו הורות לאב המיועד אשר קשור גנטית לעובר, ניתן בה בעת ובמסגרת אותו הליך גם צו הורות המכיר באימהותה של בת זוגו, אף אם אין לה זיקה גנטית לילד. אין הבחנה בין בעל הזיקה הגנטית לילד לבין מי שנעדר זיקה שכזו לעניין הליך ההכרה במעמדם כהורים. החוק אינו דורש הליך נפרד למיסוד האימהות של האם המיועדת, ומעמדה כהורה כרוך ושלווה במיסוד המעמד ההורי של האב המיועד, הוא האב הגנטי. להבחנתנו, עמדה זו של החוק היא ביטוי נוסף להחלשת הזיקה הגנטית בהגדרת ההורות ולעלייתן של זיקות הכוונה, ואף יותר מכך של זיקת הזוגיות בדיני ההורות הישראליים. ביטוי נוסף לכך אנו מוצאים בכלי המשפטי של צווי הורות פסיקטיים הניתנים על בסיס "זיקה לזיקה".

## 5. צווי הורות פסיקטיים על בסיס "זיקה לזיקה"

צו הורות פסיקטי שהוכר בידי בית המשפט העליון בפרשת **ממט-מגד**<sup>57</sup> הפך לכלי משפטי מקובל למיסוד הורות בנסיבות של הולדה פרי התקשרות לנשיאת עוברים עבר-לאומית לצורך הכרה בהורה הלא-גנטי, בן זוגו של ההורה הגנטי (הן במשפחות חד-מיניות, הן במשפחות שבראשן בני זוג ממינים שונים). אמצעי זה משמש גם לצורך הכרה בנסיבות של הולדה לבנות זוג מאותו המין, כאשר האחת ילדה בסיוע תרומת זרע ובת זוגה ליוותה אותה לאורך התהליך מתוך רצון בהורות משותפת.<sup>58</sup> צו ההורות

57 עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7. צו הורות פסיקטי פותח כמה שנים קודם לכן בענייניו של זוג נשים. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת"צ נ' **היועמ"ש לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב** (נבו 4.3.2012), שבו סללה השופטת הבכירה מילר את השימוש בצו הורות פסיקטי, אם כי להכרה בהורות על בסיס קשר גנטי (שם היה מדובר בבנות זוג שאחת מהן נשאה את העובר והאחרת תרמה את הביציות). דברים אלה עולים במפורש מפס' 27 לפסק דינה, שבו הודגש כי לנוכח הזיקה הגנטית שבין האם הביולוגית לבין הילד, הסדרת ההורות שלה מכוח מודל האימוץ "נוגדת את השכל הישר וההיגיון הבריא".

58 אמ"ץ (משפחה ת"א) 57740-12-13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (משפחה ולהט"ב 1.3.2015)

<http://www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/%D7%A6%2057740-12-13.pdf>  
 המשפטי לממשלה, ולפיה בנסיבות הולדה בסיוע של תרומת זרע אנונימית המדינה מסכימה לתת צו הורות לבת הזוג של האם הביולוגית. עמדה זו פורסמה בידי דוברות משרד המשפטים: משרד המשפטים "הודעה לעיתונות: היועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד למתן צו הורות כדי להכיר בבת זוג של אם ביולוגית כאם נוספת" (דוברות משרד המשפטים 8.2.2015). להחלטה קדמה אמרת אגב של בית המשפט העליון (מפי השופט פוגלמן), כי ניתן מבחינה עקרונית לתת צו הורות פסיקטי גם באשר לבת הזוג של האם הביולוגית. ראו בע"מ 4890/14 **פלונית נ' פלונית**, פס' 7 לפסק הדין של השופט פוגלמן (אר"ש 2.9.2014). אפשר שאמרה זו סללה את הרחבת המודל לזוגות נשים כשנה לאחר מכן. כמו כן, למיסוד ההורות על בסיס "זיקה לזיקה" באמצעות צווי הורות פסיקטיים קדם מיסוד על דרך של הוצאת צווי אימוץ (ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005)). עם זאת בחרנו שלא להתייחס לחלופת האימוץ במסגרת סקירתנו את התפתחות ההכרה *מזווית מכוונת* *זוגיות* מכמה סיבות: ראשית, בפרשת **ירוס-חקק** הבהיר הנשיא ברק כי צו האימוץ לטובתה של האם הנוספת מוצא מכוח שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט להכיר באימוץ בידי מאמץ יחיד כחריג, ולא *מכוח מערכת היחסים הזוגית עם ההורה הביולוגי-המשפטי* (שם, פס' 22 לפסק הדין של הנשיא ברק). כך, בהנמקה המפורשת של פסק הדין מקומה של הזוגיות כשיקול הוכחש. מובן כי על אף טרוריקה

הפסיקתי הוא מעין "גרסה רזה" לצו אימוץ.<sup>59</sup> מצד אחד, זוהי חלופה המושתתת על צו שיפוטי, כלומר לצורך הכרה בהורות נדרשת מעורבות של בית המשפט; מן הצד האחר, חלופה זו אינה נדרשת לעמוד בתנאי הסף שקובע חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), וככזו היא אינה מחויבת לעמוד בדרישות זמן מינימליות<sup>60</sup> ולעיתים אף לא באבחונים של עובדים סוציאליים שתפקידם לבדוק את טיבו של התא המשפחתי.<sup>61</sup> צו ההורות הפסיקתי ממסד הורות על בסיס המבחן שמכונה "זיקה לזיקה". השופט הנדל טבע כינוי זה בבע"מ 1118/14,<sup>62</sup> ואף הסביר במפורש כי בסיס זה להכרה בהורות במשפט נשען על "הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות ובקשר ההדוק של אותו אדם עם בעל הזיקה הגנטית".<sup>63</sup> במובן זה צווי ההורות על בסיס "זיקה לזיקה" ממשיכים את הקו שכבר זיהינו, ומקנים משקל מוגבר לקשר הזוגי בהגדרת ההורות במשפט. עם זאת לצד ההכרה בזוגיות כבסיס להגדרת הורות משפטית, צו ההורות פסיקתי נסמך כיום גם על בסיס הכוונה והיזומה המשותפת של בני הזוג להביא ילד לעולם.

## 6. סיכום ביניים

ראינו אם כן, שהמשפט הישראלי אינו מגדיר באופן כולל, אחיד וקוהרנטי אימהות, אבהות או הורות בכלל ואינו עוסק באופן שיטתי בשאלת מיסוד ההורות במשפט – כיצד, אם בכלל, יש לבסס את קיומה של הזיקה שעליה נשענת ההורות. ראינו שהדין הישראלי יצא לכאורה מנקודת מוצא שלפיה הגדרת ההורות מבוססת על זיקה ביולוגית לילד, אך גישה זו מאתגרת, ולצד הזיקה הביולוגית ניכרות זיקות נוספות המבססות הורות. כך, בעלה של האם מוכר כאב והדין מסרב לבחון את השאלה של זיקתו

זו, פרשת **ירוס-חקק** חוללה בפועל שינוי מהותי באשר להכרה בהורות חד-מינית, ואף בזוגיות החד-מינית במשפט. עם זאת מיסוד ההורות באותו עניין נקבע במפורש במנותק מהקשר הזוגי שבין האימהות, וחלף זאת הסתמך בית המשפט על הקשר ההורי בפועל שבין כל אחד מהילדים ובין האם הנוספת (לכתיבה שביקרה קביעה זו, ראו צבי טריגר "יישיון הורות" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 389, 404-409 (תמר מורג עורכת 2010) (להלן: טריגר "רישיון הורות"). הישענות זו על הקשר ההורי בפועל (שניתן לכנותו הורות תפקודית או הורות פסיכולוגית) היא הסיבה הנוספת מדוע איננו מתייחסים לפרק זה בהתפתחות הדין בגוף המאמר: מאמרנו עוסק בקביעת הורות במועד הלידה, ובמועד זה אי-אפשר להשתית את קביעת המעמד ההורי על קשר קיים בין ההורה לילד (ראו Pamela Laufer-Ukeles & Ayelet Blecher-Prigat, *Between Function and Form: Towards a Differentiated Model of Functional Parenthood*, 20 (2013) GEO. MASON L. REV. 419). לבסוף, כל תכלית האימוץ היא ליצור הורות שלא הייתה קיימת במועד הלידה של הילד, ולפיכך אין היא מתאימה כחלופה למיסוד ההורות במשפחות חד-מיניות, המביאות ילדים לעולם מלכתחילה על בסיס קשר זוגי חד-מיני.

59 זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 5, בעמ' 223, ה"ש 144.

60 לקריאה נוספת בעניין זה, ראו נוי נעמן "תזמון ההורות במשפט – צו ההורות הפסיקתי כמקרה בוחן" **משפט וממשל** כה (צפוי להתפרסם ב-2024) (להלן: "נעמן").

61 דרישת התסקיר רוככה עם השנים במהלך דו-שלבי – תחילה בידי בית המשפט ולאחר מכן בידי היועץ המשפטי לממשלה ומשרד הרווחה והעבודה. ראו שם, בה"ש 77 ובטקסט הנלווה לה.

62 בע"מ 1118/14, לעיל ה"ש 42, בפס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל. נבהיר כי הכינוי נטבע לאחר שהפרקטיקה של צווי הורות פסיקתיים בלא תסקיר לזוגות של גברים התבססה בבתי המשפט לענייני משפחה במהלך שנת 2014.

63 שם.

הביולוגית לילד; חוק תרומת ביציות מאמץ את מבחן הכוונה, ולו כ"שובר שוויון" בין שתי נשים בעלות זיקה ביולוגית לילד; וחוק הסכמים לנשיאת עוברים מחד גיסא אינו מכיר אוטומטית במעמד ההורי של בעלי הזיקה הגנטית לילד, ומאידך גיסא מכיר בהורות על בסיס חלופי – בין אם על בסיס כוונה ובין אם על בסיס זוגיות (או שילוב בין שניהם). תמונת מצב זו מראה שהדין הישראלי נמצא כעת בפרשת דרכים בכל הקשור להגדרת הורות ולמיסודה. אם בעבר המשפט הישראלי לא נדרש כלל לדין מקיף וכולל, הרי טכניקות ההולדה והשינויים החברתיים שעבר מוסד המשפחה הביאו עימם הזדמנות לחשוב לעומק על שאלות אלו. בפרק הבא של המאמר נציג את עמדתנו הנורמטיבית, התומכת בפרשנות שלפיה קשר הזוגיות שבין ההורים הפוטנציאליים מהווה זיקה עצמאית לזיהוי ההורים המשפטיים של הילד וראוי להבלטה רבה יותר בדין הישראלי.

## ב. המשגה ישנה-חדשה של המבחנים לקביעת הורות: מקומה של הזוגיות

בפרק זה נמקד את תשומת הלב בטיעון הנורמטיבי המסביר מדוע ראוי שמערכת היחסים בין הורים פוטנציאליים תהיה שיקול בהגדרת ההורות במשפט. תחילה נציג את הטיעון ואת הנימוקים המבססים אותו. על בסיס הטיעון הנורמטיבי הרחב המתמקד בקשר שבין ההורים נציע להכיר בדין הישראלי בחזקה מפורשת אשר נכנה כאן "חזקת הזוגיות". לפי חזקה זו, כאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, שני הצדדים למערכת היחסים ייחשבו כנושאים בכל החובות וסוגי האחריות המשפטיות כלפיו וזכאים לכל הזכויות ההוריות מרגע לידתו, כלומר כהוריו המשפטיים. לבסוף, בחלקו האחרון של הפרק נחזור לדין הישראלי, ונראה כיצד הצעתנו ממשיכה למעשה ליישם עקרונות שכבר הוכרו בדין הישראלי למיסוד הורות על בסיס קשר זוגי בין ההורים – החל בהכרה באבהות הבעל, דרך הכרה באם מיועדת על בסיס קשר נישואים (בנסיבות של חוק הסכמים לנשיאת עוברים), ועד לצווי הורות פסיקטיים על בסיס זיקה לזיקה ובמקרים מורכבים של הולדה לאחר המוות.

### 1. מערכת יחסים בין הורים פוטנציאליים כשיקול בהגדרת ההורות

אנו טוענים שמערכת היחסים בין הורים פוטנציאליים צריכה להיות שיקול בהגדרת המשפטית של הורות; כלומר, יש לה משמעות לעניין המעמד המשפטי של "הורה" כברירת מחדל אפשרית לצד ברירות מחדל משפטיות נוספות לזיהוי ההורה המשפטי – ברירת מחדל לזיהוי ההורה המושתתת על הקשר הביולוגי וברירת מחדל המושתתת על כוונה.<sup>64</sup> נדגיש כי אין מדובר בשיקול בלעדי אשר יחליף את הזיקה הביולוגית, שמקומה עדיין מרכזי כבסיס לקביעת ההורות במשפט, וגם לא בשיקול הכרחי

64 את הטענה זו העלתה לראשונה Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18.

שבהיעדרו לא יהיה אפשר להכיר באדם כהורה. מדובר בשיקול אחד שעל המשפט, על פי הנטען, לשקול באופן עצמאי ונפרד, ודי בו במקרים מסוימים כדי להקנות מעמד של הורה.<sup>65</sup>

נקודת המוצא לדיון במקומו של הקשר שבין ההורים הפוטנציאליים בהגדרת ההורות היא אי-התאמתה של הזיקה הביולוגית לשמש בסיס בלעדי להגדרת ההורות. כפי שהראינו בחלקים קודמים של המאמר, הזיקה הביולוגית מעולם לא שימשה בסיס יחיד להכרה בהורות במשפט, ובפרט באבהות. למבחן הזוגיות היה חלק בעיצוב מבחני ההורות, וכך גם למבחן הכוונה. שיטות המשפט המקובל מלכתחילה הגדירו אבהות על בסיס קשר נישואים לאם היולדת, ואילו שיטת המשפט הישראלית, שלכאורה ביססה את האבהות על הזיקה הגנטית, קשרה בין נישואים לאם (ודאי שעבור נשים יהודיות) לבין אבהות באמצעות כללי הוכחת האבהות ומיסודה. במציאות הנוכחית, שבה ילדים רבים נולדים בסיוע תרומת גמטה (זרע או ביצית), דחק מבחן הכוונה במקרים הרלוונטיים את הזיקה הגנטית.<sup>66</sup>

מבחן הכוונה כבר החל לחלחל לשיטות משפט שונות, ואף בספרות האקדמית התייחסו לשיקול ה"כוונה", קרי לכוונה להפוך להורה שמניעה את התליך ההתעברות והבאת הילד לעולם, כאל שיקול רלוונטי לזיהוי ההורה המשפטי.<sup>67</sup> לגישתנו, במקרים רבים התמקדות ברכיב הכוונה – על אף ההצדקות התומכות בה – יוצרת אי-בהירות וקושי. די אם נציין שמן הבחינה המעשית יש קושי לבסס ולהוכיח כוונה להפוך להורה במצבים שבהם לא ניתן לה ביטוי פורמלי ובדיעבד התעוררו מחלוקות באשר לקיומה או להיעדרה.<sup>68</sup> כך אירע למשל בכמה מקרים של פרידה בין שתי אימהות, כאשר רק אחת (זו הקשורה ביולוגית-גנטית לילד) הוכרה כהורה במשפט סמוך לאחר הלידה,

65 שם, בעמ' 140 ו-154-157.

66 מובן שעשויות להתעורר דילמות במקרים של התנגשות בין הזיקות השונות. כך למשל במקרה של אישה המקיימת מערכת יחסים ארוכה ומחייבת עם גבר או עם אישה, אלא שהיא נכנסת להיריון מיחסים מוזרמים שהיא קיימה עם גבר: נניח שבן או בת הזוג הקבועים של האישה היולדת מעוניינים להיות מוכרים כהורים לילד שנולד עקב יחסים מיניים, ואולם גם האב הגנטי מבקש להיות מוכר כאב משפטי. האם על המשפט להעניק עדיפות לבן או לבת הזוג של היולדת או שמא לאב הגנטי? או שאולי על המשפט להכיר בריבוי הורים במצב דברים מעין זה? אלו הן שאלות חשובות, אך במסגרת מאמר זה נבקש להתמקד בטיעון העקרוני התומך בהוספת מערכת היחסים כשיקול בהגדרת ההורות, ונתייחס למקרים הנפוצים שבהם עולה שאלת ההתחשבות בזיקת הזוגיות.

67 Richard F. Storror, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597, 599 (2002); Jacobs, לעיל ה"ש 17, בעמ' 465.

68 Susan Frelich Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, 86 BOSTON U. L. REV. 227, 282 (2006); Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, 24 YALE J.L. & FEMINISM 210, 249 (2012); Jessica Feinberg, *Restructuring Rebuttal of the Marital Presumption for the Modern Era*, 104 MINN. L. REV. 243, 274 (2019). (להלן: Feinberg).

ומעמדה המשפטי של האם הנוספת לא הוסדר במהלך מערכת היחסים הזוגית ביניהן.<sup>69</sup> במקרים אלו הייתה לא אחת מערכת היחסים שבין האימהות אינדיקציה לקיומה של כוונה מצידה של האם הנוספת להפוך להורה יחד עם האם המוכרת.<sup>70</sup> הטיעון שלנו מבקש להכיר במערכת היחסים כשיקול עצמאי להכרה בהורות, ולא רק כאינדיקציה לקיומה של כוונה להפוך להורה, לצד תפיסתנו הרואה גם ברכיב הכוונה להפוך להורה רכיב בעל משמעות.<sup>71</sup>

ההצעה לראות במערכת היחסים שבין ההורים המיועדים שיקול עצמאי להכרה בהורות במשפט הועלתה לראשונה בידי אחת ממחברי מאמר זה, איילת בלכר-פריגת. הצעתה התבססה על כתיבתה לאורך השנים, ולפיה יחסי ההורות אינם רק יחסים אנכיים שבין הורה לילד, אלא ההורות היא גם מערכת יחסים אופקית בין שני אנשים שהם הורים במשותף.<sup>72</sup> ברוב המקרים המשפט מכיר לא בהורה אחד לילד, אלא בשני הורים. כך הוא כמובן לא רק בשיטת המשפט בישראל, אלא גם בשיטות משפט אחרות. קשר זה שבין ההורים במשותף הולך והופך למרכזי במשפט ומטיל על ההורים חובות הדדיות האחד כלפי האחר, כפרט חובות של שיתוף פעולה במילוי האחריות ההורית כלפי הילדים המשותפים. גם בספרות האקדמית המשפטית גובר העיסוק במערכת היחסים שבין מבוגרים הקשורים בהורות משותפת לילד או לילדה, וכך גם התפיסה שלפיה מערכת יחסים שבין הורים במשותף יוצרת מחויבות עמוקה בין ההורים, מחויבות שאינה נשלטת בידי אידאולוגיית הפרידה הקלה והנקייה

69 בטרם נפנה לדיון המהותי בהגדרת ההורות במשפט הישראלי ומיסודה נבקש להעיר הערה הנוגעת לטרמינולוגיה שבה בחרנו להשתמש. התלבטנו כיצד לכנות את האם שמיסוד מעמדה כאם נמצא במרכז של המאמר. לגישתנו, המובאת בהרחבה במאמר זה, כאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, שני הצדדים למערכת היחסים הם הורים שווים מעמד. הכינוי שבו בחרנו – "האם הנוספת" – משקף את המציאות המשפטית והעובדתית הקיימת. אנו מודעים לכך שהביטוי עצמו עשוי לחזק אחרות, כאלה היוצרות עליונות של האם הביולוגית כאם "טבעית", כמי שמעמדה אינו דורש הכרה או כמי שמצויה מעל האם הנוספת במדרג ההורי. בהיעדר חלופה אחרת ולנוכח ההכרח "לסמן" לצורך הדיון את האימהות באופן מובחן, תכונה האחת "אם ביולוגית" או "אם יולדת" והאחרת תכונה "האם הנוספת" או "בת הזוג".

70 מעניין לציין כיצד נבחנת הזוגיות: כך למשל, באמצעות אופן החצנת הזוגיות כלפי כולי עלמא, דוגמת איחוד שמות משפחה (ראו תלה"ם (משפחה אשדור) 18-04-8095-04 מאמי נ' אמה, פס' 51 לפסק הדין (נבו 1.3.2020), שם נדון איחוד של שמות משפחה כאינדיקציה להסכמה לגדל את הילד במשותף). לטענתנו יש בכך כדי לתמוך בביסוס ההורות על הצהרה, כפי שנפרט להלן בפרק 3.ג.

71 שיקול הכוונה לא הוכר בישראל במישורין כשיקול בעל ערך להכרה בהורות המשפטית, אף כי הוא מהווה כאמור רציונל "שוכר שוויון" בנסיבות של הולדה כסיוע – לפחות בהקשר של בני זוג ממיינים שונים – בהסתייעות בתרומת זרע, ביצית ובהקשר של הסדר לנשיאת עוברים על פי החוק המקומי. למגבלות תחולתו של שיקול הכוונה בישראל, ראו בע"מ 1118/14, לעיל ה"ש 42; שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" משפטים נא 231, 254-253 (2021) (להלן: "ליפשיץ").

72 Ayelet Blecher-Prigat, *The Costs of Raising Children: Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents*, 13 THEORETICAL INQUIRIES L. 179, 193-196 (2012); איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" משפט ועסקים יט 821, 848 (2016). חוקרת נוספת שמביעה עמדה זו באופן בהיר ונחרץ היא MERLE H. WEINER, A PARENT-PARTNER STATUS FOR AMERICAN FAMILY LAW (Cambridge Univ. Press 2015).

המאפיינת את יחסי הזוגיות.<sup>73</sup> הורים מחויבים לתמוך ביחסי ההורות של כל אחת ואחד מהם עם הילד גם כאשר הם חיים בנפרד ואינם חולקים מערכת יחסים זוגית, וישנן שיטות משפט שאף מכירות בחובות כלכליות שיש להם האחד כלפי האחר מעצם יחסי ההורות (להבדיל מחובות המבוססות על יחסי הזוגיות).<sup>74</sup>

הבנה זו של יחסי ההורות כיוצרים מחויבות משמעותית וארוכת טווח, הכוללת חובות של שיתוף פעולה וייתכן שאף חובות כלכליות והדדיות, צריכה לשיטתנו להשליך גם על האופן שבו מוגדרת ההורות במשפט מלכתחילה. במילים אחרות, מכיוון שההורות אינה רק קשר אנכי בין הורה לילד, אלא היא יוצרת במקרים רבים גם קשר אופקי בין ההורים במשותף, קשר שמבחינה נורמטיבית אינו קל לניתוק או לפירוק, מן הראוי שהזיקות שנשקלות בידי המשפט בהגדרת ההורות המשפטית לא יהיו רק זיקות שבין ההורה המיועד לילד, אלא גם זיקות המתייחסות להורים המיועדים כאל הורים במשותף. הכנסת השיקול של מערכת היחסים כרכיב בהגדרת ההורות, כהיבט מקביל ומשלים למהלך האמור של בלכר-פריגת, מטמיעה ערכים של דאגה, של אחריות הדדית ושל אכפתיות כערכים בסיסיים בהבניית ההורות.

קשר הנישואים, ודאי שבעבר, היה הביטוי המובהק של מחויבות עמוקה וארוכת טווח לתמיכה ולטיפול משותפים בילדים, בין אם תמיכה כלכלית ובין אם תמיכה בצרכים הגופניים והרגשיים של הילדים והטיפול בהם. כיום לא ראוי לבסס את הגדרת ההורות על קשר הנישואים דווקא, לאור העלייה המתמדת בחיי זוגיות המתאפיינים במחויבות הדדית ארוכת טווח מחוץ לקשר הנישואים וכן במספר ההולך וגדל של ילדים הנולדים במסגרת קשרים זוגיים אלו.<sup>75</sup> נכון שבישראל קשר הנישואים עדיין תופס מקום מרכזי מבחינה חברתית ומרבית הילדים נולדים לתוך קשר נישואים, אך בשל שליטת הדין הדתי על נישואים בישראל זוגות רבים מנועים מלהינשא ואחרים מעדיפים שלא להינשא. לפיכך גם בישראל לא ראוי לבסס את הגדרת ההורות דווקא על קשר משפטי של נישואים. אולם הטענה כי לא ראוי לבסס את הגדרת ההורות על קיומו של קשר נישואים דווקא אינה מחייבת את זניחת הטענה בדבר חשיבות מערכת

73 שם.

74 אחת מכותבות מאמר זה אף הציעה להרחיב את מערכת החובות ההדדיות אל מעבר ליחסי ההורים במשותף, ולכלול בה גם את בני הזוג החדשים של הורים אלה, ככל שהם הפכו לדמויות הוריות בעצמם. ראו בהקשר זה Ruth Zafran, *Step-Parent as Fiduciary*, 25 LEWIS & CLARK L. REV. 1183 (2022).

75 Clare Huntington סוברת כי אנו חיים בעידן "פוסט-נישואים", שבו נישואים כבר אינם משמשים בסיס לחיי המשפחה. ראו: Clare Huntington, *Postmarital Family Law: A Legal Structure for Nonmarital Families*, 67 STAN. L. REV. 167, 169-75 (2015). בעוד ש-Huntington מצביעה על מגמה זו בהקשר האמריקני, נדמה שמגמה זו אינה פוסחת על החברה הישראלית, והיא מהווה חלק בלתי-נפרד מהתמורות הסוציולוגיות הפוסט-מודרניות באשר למוסד המשפחה. לפני יותר משני עשורים זיהתה הסוציולוגית סילביה פוגל-ביז'אוי מגמה זו בחברה הישראלית, ותמכה אותה בירידה בשיעור הנישואים לצד עלייה בשיעור הילדים הנולדים מחוץ לנישואים, תוך נורמליזציה של ניהול משק בית משותף ללא נישואים. ראו סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" **מין מיגדר פוליטיקה** 107 (דפנה יזרעאלי ואח' ערוכות 1999). ראו גם סילביה פוגל-ביז'אוי "האישי, הלאומי, הגלובלי – מבט עכשווי על משפחות בישראל" **מאזני משפט** 15, 22-24 (2020).

היחסים שבין אנשים המועמדים בעיני המשפט (ובעיני עצמם) להיות הורים יחדיו. עצם ההבנה של מערכת היחסים שבין ההורים המיועדים יש משמעות להגדרת כל אחד מהם כהורה היא ראויה ונכונה, ויש לתת לה ביטוי המתאים יותר לימינו. עמדה זו, הקושרת בין הקשר האופקי שבין ההורים במשותף – ויהיו אלה לרוב זוגות<sup>76</sup> – לבין מעמדם כהורים, יכולה להיות מוסברת בדומה גם בהיותה מנבא טוב למחויבות טיפולית.<sup>77</sup> אפשר להניח כי מערכת יחסים המושתתת על ערכים של אחריות, של הסתמכות ושל דאגה הדדית בטרם הלידה – מערכת יחסים המאופיינת בהישענות רגשית וכלכלית של כל אחד מבני הזוג על רעהו – תגלם ערכים אלו גם לאחר הלידה, באמצעות שיתוף במחויבויות הכרוכות בגידול הילד אשר נולד מתוך מערכת יחסים זוגית זו.

יתרון נוסף של עמדה זאת, המבקשת להסיט את הדגש מתעצמות ביולוגיות אל מהות הקשר שבין ההורים, נעוץ בהצגת חלופה שהיא ניטרלית מגדרית, המאפשרת הכרה במגוון תצורות משפחתיות.<sup>78</sup> עמדה זו שואפת לעצב את המוסד המשפטי של ההורות כך שיהלום את המנעד העשיר של תצורות המשפחה הקיימות כיום, הכוללות משפחות שבהן יש שתי אימהות או שני אבות.<sup>79</sup> נבחר כי אין מדובר רק בשוויון בין משפחות שונות אלא גם בשוויון כערך פנימי של מערכת היחסים הזוגית, קרי שוויון בין ההורה הביולוגי להורה הלא-ביולוגי.<sup>80</sup> יתרונה של זיקת הזוגיות על זיקת הכוונה נעוץ בין היתר בקידום ערך זה. בעוד שמבחן הכוונה מקדם שוויון בין סוגי משפחות

76 ייתכן כי גם מערכות יחסים קרובות שאינן אינטימיות מטיבן יכולות לשמש מצע להכרה בהורות משותפת. בהקשר זה, ראו Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18. למודל זה, ראו יפעת מנהרדט "כן, אנחנו גרות יחד ומגדלות ילדה. לא, אנחנו לא לסבינות" *ynet* – **לאשה** (20.11.2022). <https://www.ynet.co.il/laisha/article/bjutmzzio>. יובהר כי המאמר הנוכחי אינו עוסק בכך.

77 על מחויבות טיפולית, על שמירה והגנה על יחסי משפחה המגלמים דאגה ואכפתיות ועל הסתמכות ואחריות ארוכת טווח כאלמנטים שיש להם חלק בזיהוי ההורה המשפטי, ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות 2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים"); זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 5.

78 טיעון זה קיבל תשומת לב מרובה בשנים האחרונות בספרות. ראו למשל Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 *YALE L.J.* 2260, 2268 (2017); Courtney G. Joslin, *Nurturing Parenthood Through the UPA* (2017), 127 *YALE L.J.F.* 589, 560-62 (2018) (להלן: Joslin, *Nurturing Parenthood: Equality*). לכתיבה המצביעה על מגבלותיה של עמדה זו, ראו Noy Naaman, *The Paradox of Same-Sex Parentage Equality*, *WASH. U. L. REV.* 100 (1), 229, 231-34 (2022) (להלן: Naaman, *The Paradox*).

79 נכון להיום לא נערך מחקר מובחן על אוכלוסיית הלהט"ב, ובכלל זה משקי בית של זוגות חד-מיניים. ראו רמי שוורץ **סטטיסטיקה לאומית על אוכלוסיית הלהט"ב ועל משקי בית חד-מיניים: סקירה משווה** (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020)

[fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a/2\\_9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a/2\\_9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a\\_11\\_16528.pdf](https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a/2_9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a/2_9819fd22-85e0-ea11-8118-00155d0af32a_11_16528.pdf)

80 העלייה במספר פסקי הדין שהותרו לפרטום הנוגעים לצווי הורות במשפחות אלה. השו" *Timing Legal Parenthood*, Naaman, לעיל ה"ש 56, בעמ' 78 (המחבר מודיש את החשיבות האינסטרומנטלית של ערך השוויון בין ההורות הביולוגית להורות הלא-ביולוגית בנוגע לשאלת תזמון המיסוד של הסטטוס ההורי).



שונות, הוא יוצר אי-שוויון בין מעמדו המשפטי של ההורה הביולוגי למעמדו המשפטי של ההורה הלא-ביולוגי. ההורה הביולוגי מוכר אוטומטית בידי המשפט כהורה "טבעי" שהקשר שלו עם הילד או עם הילדה אינו זקוק לאישור, ואילו ההורה שנעדר זיקה ביולוגית לילד נדרש להוכיח כוונה (לכאורה הן כוונה שלו להיות הורה והן כוונה של ההורה הביולוגי לחלוק בהורות) על מנת לזכות בהכרה משפטית. ההורות של ההורה הלא-ביולוגי היא הורות "חשודה".

בכך יוצר הדין היררכיה בין שני ההורים אשר הביאו יחדיו את הילד או את הילדה לתוך מערכת היחסים הזוגית. היררכיה זו אינה יוצרת רק מערכת יחסים שאינה שוויונית, אלא היא יוצרת כפיפות, פערי כוחות ונחיתות בנוגע להורות, הפוגעים במערכת היחסים המשפחתית. כפיפות ונחיתות אלו חותרות תחת היווצרותן של אינטימיות, של מחויבות ושל היקשרות רגשית, כפי שאכן עולה מהספרות העוסקת במשפחות הנוצרות בידי בני זוג מאותו המין.<sup>81</sup> דיני משפחה (דיני זוגיות והורות) ראויים צריכים לפעול נגד כפיפות והיררכיה, ולקדם ערכים של שוויון שיאפשרו יצירת אינטימיות אמיתית בין בני הזוג.<sup>82</sup>

אי-שוויון זה מונכח בנסיבות שבהן אירעה פרידה בין בני הזוג בטרם הוסדר מעמדו המשפטי של ההורה הלא-ביולוגי. כך למשל, בנסיבות שבהן לא נחתם הסכם הורות בכתב בין הצדדים (נסיבות שעשויות להיות שכיחות בייחוד בקרב שכבות סוציו-אקונומיות נמוכות),<sup>83</sup> או בנסיבות שבהן אחד הצדדים טוען בסכסוכים אלה כי ההסכם נחתם שלא מרצונו חופשי,<sup>84</sup> ההורה הלא-ביולוגי יימצא בעמדה פגיעה במיוחד. קליטה מלאה של זיקת הזוגיות אל המשפט הישראלי, כפי שמוצע בחלק היישומי של המאמר,<sup>85</sup> עלולה לצמצם במידה מסוימת את פערי הכוחות בהקשר זה. נבהיר כי לגישתנו לשוויון פנים-משפחתי יש ערך אינטרנוי; הוא עומד בפני עצמו, במסגרת קביעת ההורות, ללא קשר לתועלת הממשית שלו.<sup>86</sup>

רוב הילדים נולדים מתוך קשר זוגי ואל תוכו, ואף עשויים לגדול לאורך השנים בחיק אותה זוגיות. במובן זה עמדה זו משקפת את המציאות החברתית. ראוי כי

81 ראו אלונה פלג אימהות לסבית בישראל: סיפורים של הורות תחת חובת הוכחה 64 (רסלינג 2020) (להלן: פלג).

82 השוו לחנוך דגן קניין על פרשת דרכים 450-454 (הוצאת רמות – אוניברסיטת תל אביב 2005) (על כך שהדין צריך לקדם שוויון במובן של היעדר כפיפות בהקשר של דיני הרכוש הזוגיים).

83 ראו *Naaman, The Paradox*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 249-250 (המחבר מפנה למחקרים בארצות הברית בהקשר זה).

84 השוו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 18-07-46939-18 **ל"א נ' אב"א** (נבו 18.9.2020) (שם טענה האם הביולוגית כי יש לבטל את הצו שניתן לבת זוגה, משום שהתצהיר שצורף לבקשה לצו ההורות בנוגע לבת זוגה נחתם על ידה מבלי שהבינה את משמעויות חתימתה); תלה"ם (משפחה ת"א) 17-06-39785-06 **א"ע נ' ר"ע** (נבו 29.9.2020) (שם טען האב הביולוגי כי יש להימנע מלהכיר בכך הזוג שלו כהורה לילדים שנולדו בפונדקאות, מאחר שלטענתו לא הייתה כוונה משותפת לגידול הילד במשותף, חרף קיומו של הסכם פונדקאות משותף שנחתם בידי ההורה הביולוגי ובן זוגו (המהווה ראייה לקיומה של כוונה לגידול הילד העתידי במשותף)).

85 להלן בפרק ב.4 למאמר.

86 איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" **האם המשפט חשוב?** 275, 294-296 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010) (להלן: בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?").

המשפט יהלום את המציאות המשפחתית-חברתית של חיי הילד, לטובתו ולטובת יתר בני המשפחה. הכרה במציאות זו משמרת ודאות ויציבות בחיי הילד, ומגינה עליו מפני זעזועים שעלולים להתרחש עם פרידת הוריו. הבנה זו אף תואמת את המציאות החברתית של חיי הזוג. מבחן הזוגיות, המדגיש את המקום שיש לקשר שבין האם ובן זוגה או בת זוגה ובין האב ובן או בת זוגה בקביעת הורותם, מניח (הנחה המבוססת על השכל הישר) כי בני זוג יוצאים אל מסע ההורות יחד. זוהי שאיפה הגלומה בקשר הזוגיות,<sup>87</sup> ובמקרים רבים זוגות בוחרים למסד את הקשר הזוגי כשלב מקדמי להפיכתם להורים.<sup>88</sup> הנחה שיש בה היגיון – ודאי במאפיינים התרבותיים של החברה הישראלית – היא שבני זוג צעירים החיים יחד חיי משפחה, בין אם נשואים ובין אם ידועים בציבור, יביאו לעולם ילדים משותפים.<sup>89</sup>

חשוב להדגיש כי איננו טוענים טיעון המצדיק הכרה בשני הורים לילד בכל מקרה ומקרה. טיעוננו אינו טיעון נורמטיבי בעד הכרה בשני הורים, ולפיו המשפט צריך לשאוף לכך שלכל ילד יהיה יותר מהורה אחד (אך לא יותר משניים). אנו מכירים בהורות יחידנית ואף תומכים באפשרות להכרה בריבוי הורים. טיעוננו בהקשר זה מבוסס על המציאות החברתית-משפטית הקיימת. כך, שיקולים הנוגעים לקשר שבין ההורים הפוטנציאליים (או היעדרו) עשויים להביא לאי-ההכרה במעמדו של אדם כהורה כאשר שאר הזיקות הקיימות כמשפט אינן מתמלאות. אולם לא במצבים אלו עוסק מאמרנו זה. מאמרנו מתמקד במצבים הטיפוסיים שבהם ילדים נולדים לתוך מערכת יחסים זוגית, בין אם של בני זוג מאותו מין או של בני זוג ממינים שונים, ובין אם הם קשורים מכוח גנטיקה או מכוח לידה לשני הצדדים למערכת היחסים הזוגית או רק לאחד מהם.

יתרונותיה של עמדה זו, הקוראת לקשור בין קשר הזוגיות למעמד ההורות והמצביעה על יתרונותיה של הזיקה האמורה, מתחדדים מול חולשתם של המודלים האחרים. המודל האחד, הדוגל בזיהוי הורה על בסיס הקשר הביולוגי, אינו תואם עוד

87 ראו לעניין זה גם את עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7, בפס' 1-2 לפסק הדין של השופט דנציגר; בע"מ 1118/14, לעיל ה"ש 42, בפס' 18 לפסק הדין של השופט הנדל.

88 תעיד על כך הסטטיסטיקה הישראלית, שלפיה 92% מהילדים מתגוררים עם שני הורים ורק 11% מכלל המשפחות עם ילדים מתחת לגיל 17 הן משפחות חד-הוריות, רובן משפחות של הורים גרושים שכל הנראה הקימו משפחה כזו. ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "משפחות בישראל – נתונים לרגל יום המשפחה" 6 (הודעה לתקשורת 10.2.2021) [https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2021/047/11\\_21\\_047b.p df](https://www.cbs.gov.il/he/mediarelease/DocLib/2021/047/11_21_047b.p df).

89 ביטוי מובהק להנחה זו אפשר למצוא בס' 8 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" (27.10.2003) (להלן: "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה"): "ילד בא לעולם, בדרך הטבע, בהסכמה משותפת של איש ואישה. כאשר זוג – איש ואישה, חיים ביחד ומקימים תא משפחתי, אזי ההליך הטבעי והמקובל, וכך בחברה הישראלית, הוא שבשלב מסוים הם מביאים ילד לעולם". החוקרת כנרת להד מצביעה על ההולדה כתחנה מצופה ומתבקשת מכל זוג בישראל (כאשר הזוגיות כשלעצמה היא תחנה מצופה ומתבקשת שכזאת). ראו KINNERET LAHAD, A TABLE FOR ONE: A CRITICAL READING OF SINGLEHOOD, GENDER AND TIME 26-37 (Manchester Univ. Press 2017). נעיר כי אל-הורות או אי-הורות, על אף שהיא הופכת למוכרת יותר, נחשבת עדיין נדירה בישראל ובפרט חריגה. ראו אורנה דונת "פרו-נטילת סדוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" **סוציולוגיה ישראלית** יא (2) 417, 418-419 (2010).

את המציאות החברתית-משפחתית הפלורליסטית. המודל האחר, המדגיש את אלמנט ההסכמה או הכוונה, עלול לחדד מחלוקות בין ההורים (או הטוענים להיות הורים) ובכך לאיים על יציבות חייו של הילד ועל רווחתו.

## 2. הורות מתוקף קשר זוגיות בדין הקיים

כעת נבקש לחזור לדין הקיים ולזיקות המשמשות בסיס להגדרת ההורות במסגרתו. נבקש למקד את תשומת הלב בייחוד להכרה הקיימת כבר בדין למיסוד הורות על בסיס קשר זוגיות בין ההורים המיועדים, הכרה שעליה הצבענו כבר בפרק הקודם, אשר סקר את התפתחות מערך הדינים הישראלי הנוגעים להגדרת הורות. כעת נסביר מדוע ניתן לראות בהצעתנו הצעה הממשיכה את הקו הקיים כבר בדין, ואשר לפיכך ניתן לאמצה במסגרת הפסיקה הקיימת.<sup>90</sup>

כפי שהדגמנו בפרק הקודם, קשר הנישואים ממלא תפקיד משמעותי בהכרה באבהות המשפטית של הבעל. הצענו גם כי נכון להבין את תפקידו של קשר הנישואים בהגדרת האבהות (וההורות ככלל) כמבטא את זיקת הזוגיות בדיני הגדרת ההורות בישראל. יש אומנם מי שמפרשים גישה זאת כביטוי לזיקה הגנטית המשוערת שבין בעלה של האם לילד;<sup>91</sup> פרשנות שכזו אפשרית כמובן. ואולם לגישתנו ראוי לאמץ פרשנות חלופית, הראויה יותר מבחינה נורמטיבית ואף מתאימה יותר למציאות כיום, משלל הטעמים שפורטו בפרק הקודם. במובן זה המהלך הפרשני שאנו מציעים דומה למהלך שהציע לאחרונה שחר ליפשיץ בעקבות Ronald Dworkin, קרי לפרש את דיני הגדרת ההורות באורם המיטבי, ולהציע תיקונים למצב המשפטי על בסיס אותה פרשנות ראויה.<sup>92</sup> אנו סבורים כי פירוש תפקידו של קשר הנישואים כביטוי של חזקת הזוגיות (וחשיבותה של מערכת היחסים שבין הורים משותפים פוטנציאליים ככלל) הוא פירוש ראוי יותר מהפירוש הרואה בקשר הנישואים עדות לאבהות גנטית ותו לא. עוד הראינו שאפשר למצוא ביטוי לתפקידה של זיקת הזוגיות בדיני ההורות בישראל במסגרת חוק הסכמים לנשיאת עוברים, הממסד בצוותא את ההורות של ההורים המיועדים (בין אם שניהם קשורים גנטית ליילוד ובין אם רק האב). כך, כאשר ניתן צו הורות לאב המיועד, ניתן בה בעת ובמסגרת אותו הליך גם צו הורות המכיר באימהותה של בת זוגו; אף אם היא אינה קשורה גנטית לילד, החוק אינו דורש הליך נפרד למיסוד אימהותה. אנו סבורים, כי למעשה הליך הוצאת צו ההורות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים הוא דוגמה ראויה להסדר משפטי המקדם את השוויון בין בני זוג כהורים משותפים, כערך פנימי למערכת היחסים ביניהם. במקום ליצור בידול והיררכיה בין מי מבני הזוג הקשור גנטית לילד ובין מי מהם שאינו קשור לו גנטית (אם

90 ליפשיץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 245.

91 פרשנות זו מוצאת ביטוי בבג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 1. ראו את הדיון להלן בפרק ד.1.

92 ליפשיץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 233. לגופו של עניין, הדרך המיטבית שבה אנו רואים את דיני

ההורות שונה מזו של ליפשיץ, אף שהמהלך הפרשני דומה. לתפיסה בדבר הפרשנות המיטבית, ראו Ronald Dworkin, LAW'S EMPIRE 53-54, 90, 226, 338 (1986).

אכן רק אחד מהם קשור גנטית), החוק יוצר עבורם הליך זהה למיסוד ההורות והכרה בו-זמנית בהורות של שניהם.

יתרה מכך, אנו טוענים כי בהקשר של חוק הסכמים לנשיאת עוברים מגמת ההיחלשות של הזיקה הביולוגית להגדרת הורות, לצד התגברותה של זיקת הקשר הזוגי, מקבלת משנה תוקף עם החלתו של החוק על בני זוג מאותו המין בעניין ארד-פנקס בחודש יולי 2021.<sup>93</sup> עד לעניין ארד-פנקס יכלו רק בני זוג שהם גבר ואישה (או נשים יחידניות) להסתייע באישה נושאת על מנת להביא ילדים לעולם. מכיוון שהחוק דרש שהאב המיועד יהיה גם האב הגנטי, כאשר בני הזוג הסתייעו גם בתרומת ביצית היה ידוע מיהו ההורה הקשור גנטית לילד ומי ההורה שאינו קשור גנטית לילד (במקרה של אם יחידנית – היא חייבת להיות קשורה גנטית לילד). כיום, לאחר פסיקת בית המשפט העליון, וזוגות גברים יכולים אף הם להביא ילדים לעולם בישראל בסיוע אישה נושאת. אומנם החוק דורש שהזרע של אחד מהם ישמש להפריה (וממילא הרצון לילד שקשור גנטית לאחד מהם הוא מניע מרכזי לפנות לנשיאת עוברים מלכתחילה), אך אין הכרח לדעת מיהו האב הגנטי לשם הליך ההכרה בהורות ולהוצאת צו הורות לשני בני הזוג. למעשה, עוד בעניין ממת-מגד הכיר בית המשפט העליון באינטרס של בני זוג מאותו המין שלא לדעת מי מהם הוא ההורה הגנטי של הילד, או לכל הפחות להותיר עובדה זו כעניין פרטי זוגי שלהם.<sup>94</sup> כך, ההכרה המשפטית בהורות של שני האבות באמצעות הוצאת צו ההורות תיעשה בצוותא חדא להורה הגנטי ולבן זוגו כשווי מעמד לעניין זה בעיני החוק, ומבלי שהזיקה הגנטית תעלה בשלב הקניית המעמד ההורי.

תפקידו של הקשר הזוגי בהגדרת ההורות המשפטית בא לידי ביטוי באופן המובהק והמפורש במבחן ה"זיקה לזיקה". כאמור, השופט הנדל, אשר טבע מונח זה בבע"ם 1118/14, הסביר במפורש כי בסיס זה להכרה בהורות נשען על הזוגיות.<sup>95</sup> השופט הנדל הוסיף ואמר באותו עניין, כי "לעתים, אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות שבו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד".<sup>96</sup> עם זאת מבחן ה"זיקה לזיקה" אינו רואה בקשר הזוגי בסיס עצמאי מספק להכרה בהורות, אלא דורש לשם הוצאת צו הורות גם כוונה ויוזמה משותפת של בני הזוג להפוך להורים.

אם כן, זיקת הזוגיות שזורה למעשה במרבית ההקשרים שבהם עולה השאלה של הגדרת ההורות: אבהות של גבר הנשוי לאם היולדת, הורות של בני זוג שהתקשרו בהסכם לנשיאת עוברים (בין אם הם גבר ואישה ובין אם הם זוג גברים) והורות של בנות זוג שאחת מהן היא גם האם הביולוגית. הכרה מפורשת בזיקת הזוגיות, לצד הכרה בזיקה הביולוגית ולצד הכרה במבחן הכוונה, מציעה קו מארגן לדיני ההורות

93 בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 27.2.2020).

94 עניין ממת-מגד, לעיל ה"ש 7, בפס' 20-21 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור ובפס' 6 לפסק הדין של השופטת ארבל. נראה שגם השופטים גיבראן (שם, בפס' 42 לפסק דינו) ורובינשטיין (שם, בפס' 11 לפסק דינו) הסכימו לעניין חשיבות אינטרס זה.

95 ראו בבע"ם 1118/14, לעיל ה"ש 42, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל. כן ראו לעיל ה"ש 63 והטקסט שלידיה.

96 שם.

הישראליים, קו שעד היום דינים אלו היו חסרים. זיקת הזוגיות מאפשרת לזנוח פיקציות משפטיות כגון זו המסרבת לאפשר שלילת ההורות הגנטית של בעלה של היולדת, והיא מציעה לטעמנו בסיס נורמטיבי ראוי ועכשווי לדיני ההורות הישראליים. בהערה לסיום סעיף זה נציין, כי הקשר נוסף המדגיש את הקשר שבין זוגיות להורות הוא ההקשר של הולדה לאחר המוות. הפסיקה בשנים האחרונות והנחיית היועץ המשפטי לממשלה המקורית, שפורסמה כבר בשנת 2003,<sup>97</sup> מחדדות את הזיקה שבין הורות לזוגיות. מלכתחילה מיקד היועץ המשפטי לממשלה בהנחיותיו את האינטרס להולדה מזרע אדם שנפטר לבת זוגו שנותרה בחיים. ההנחיות קבעו כי שימוש בזרע לאחר המוות יותר לבת הזוג של המנוח שביקשה זאת.<sup>98</sup> ההנחיות קושרות בין הזוגיות להולדה בקביעתן כי "רצון לצאצא כרוך, מטבע הדברים, גם בבת-הזוג למעשה יצירה זה"<sup>99</sup> עד כי בהיעדרה של בת הזוג, כך על פי ההנחיות, אין מקום להיענות לבקשה.<sup>100</sup> עם השנים הרחיב אומנם בית המשפט את הזכאות לבקש שימוש בזרע המנוח גם להוריו של המנוח בנסיבות שבהן המנוח נעדר בת זוג בחייו או אפילו כאשר הייתה בת זוג אך זאת סירבה לשימוש;<sup>101</sup> ואולם הרחבה זו צומצמה בשנים האחרונות, ובית המשפט העליון מיקד שוב את הזכאות לבת הזוג.<sup>102</sup> במובן זה הן היועץ המשפטי לממשלה והן בית המשפט העליון הדגישו את ההורות כאלמנט זוגי, הצומח מן הזוגיות וכרוך בה באופן שאינו ניתן לניתוק.<sup>103</sup>

### 3. חזקת הזוגיות

בפרק הקודם הובעה עמדה נורמטיבית שלפיה מערכת יחסים המתאפיינת במחויבות ארוכת טווח, באחריות ובדאגה הדדית ראויה להיות בסיס להכרה בהורות. לאור עמדה זו, ומתוך תפיסתנו שלפיה ראוי שהמשפט בתחום דיני המשפחה יפעל באמצעות כללים מוגדרים מראש ויצמצם את שיקול הדעת השיפוטי בהכרעה במקרים ספציפיים,<sup>104</sup> אנו מבקשים להציע חזקה משפטית שלפיה כאשר ילד או ילדה נולד לתוך

97 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 89.

98 שם, בס' 3.

99 שם, בס' 19.

100 שם.

101 לסקירת ההתפתחויות בפסיקה בהקשר זה, ראו יחזקאל מרגלית "מת לה(ה)חיות – על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של השימוש ברצון הנפטר להוליד ילדים לאחר מותו" **משפט ועסקים** כד 223 (2021).

102 בע"מ 7141/15 **פלוגית נ' פלוגית** (אר"ש 22.12.2016). עם זאת חשוב לציין כי הערכאות הדיוניות קוראות תיגר על מגמת הצמצום שהוכתבה בבית המשפט העליון, ומבקשות להקנות מעמד להוריו של המנוח.

103 לעמדה המתנגדת להדגשת האלמנט הזוגי בהולדה שלאחר המוות, ראו צבי טריגר "מותו של זה הוא תייו של זה": הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-יהודית" **תיאוריה וביקורת** 49, 67 (2017). טריגר נכון להכיר בסבים שיזמו את ההיריון מזרע בנם המנוח כהוריו של הצאצא.

104 Laufer-Ukeles & Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 58, בעמ' 464-465; ליפשיץ, לעיל ה"ש 71, בעמ' 33.

מערכת יחסים זוגית, אזי שני הצדדים למערכת היחסים הזוגית הם הוריהם. יובהר כי מערכת זוגית זו אינה מוגבלת לזוג נשוי שלא מאותו המין. לביסוס הורות במשפט על זיקות כגון זיקה ביולוגית או קשר נישואים פורמלי לאם כמה יתרונות. אחד היתרונות המרכזיים הוא היכולת לבסס את המעמד ההורי במשפט על מערכת כללים שהיא ברורה וקלה להוכחה באופן שימצעם את שיקול הדעת המשפטי לקבוע את המעמד של אדם כהורה בכל מקרה ומקרה (בייחוד לאור היכולת המדעית לקבוע את קיומו של קשר גנטי בין מבוגר לבין ילד), בעיקר על מנת להבטיח ודאות ויציבות. כל אחת ואחד מכותבי מאמר זה טענו בכתיבה נפרדת בהרחבה בדבר החשיבות של ביסוס דיני המשפחה על מערכת של כללים ושל צמצום הסטנדרטים הפתוחים המאפשרים שיקול דעת בהכרעת כל מקרה.<sup>105</sup> הדבר חשוב במיוחד במערך הדינים החולש על הגדרת ההורות, שכן יצירת ודאות במעמד ההורי משרתת את טובתם של ילדים ככלל, מאחר שההורים המשפטיים הם הנושאים באחריות המשפטית לדאגה לילד וכפופים למגוון החובות שהורה חב כלפי ילדו.<sup>106</sup> ודאות ויציבות בנוגע לזהותם של מי שנושאים באחריות וחבים חובות הוריות כלפי ילדים היא קריטית. מובן כי גם מנקודת מבטם של ההורים הפוטנציאליים ודאות בנוגע למעמד המשפטי באשר לילדים היא בעלת חשיבות עליונה, הן לאור המשמעות של ההורות לזהותם האישית (ובפרט לאופן שזהות זו מתפתחת בהתאם לסטטוס המשפטי המיוחס לזהות זו) והן לאור המשמעות של ההכרה הפורמלית בהורות למערך היחסים שבין הנפשות השונות במשפחה.<sup>107</sup>

לכאורה, טיעון בדבר חשיבותה של מערכת היחסים שבין שני מבוגרים העשויים להיות הורים במשותף כשיקול בהגדרת המעמד ההורי של כל אחד מהם נוגד את העדפותינו לביסוס ההורות במשפט על כללים, לנוכח הקושי לאפיין ולזהות "מערכת יחסים מספקת" שתשמש תשתית להכרה בהורות. עם זאת אנו סבורים, כי ניתן להיעזר בכלי המשפטי של חזקות על מנת להפוך את דיני הגדרת הורות המייחסים חשיבות למערכות יחסים לדינים המבוססים על כללים.<sup>108</sup> החזקה הקובעת אבהות משפטית על בסיס נישואים לאם היא בעינינו פרדיגמה לחזקה שכזו, שעל בסיסה ניתן לעצב את החזקה הראויה ולהתאימה למציאות העכשווית של חיי משפחה. אנו מציעים כאמור לקבוע שכאשר ילד נולד לתוך מערכת יחסים זוגית, קרי כאשר האם היולדת או האב

105 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 22; רות זפרן "אחים ואחיות במשפט" עיוני משפט מא 58, 5 (2018); נעמן, לעיל ה"ש 60.

106 ס' 14-16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 מגדירים את ההורים כאפוטרופסים הטבעיים של הילד. הגדרה זו מקנה להורים את החובה ואת הזכות לדאוג לשלומם הפיזי והנפשי של הילד, לרבות לחינוכו, למקום מגוריו ולדתו. החוק קובע כי הקטין מחויב לציית להוריו בכל הנוגע לאפוטרופסות תוך כיבודם. לצד זאת, חוקים נוספים והפסיקה שבעקבותיהם מקנים להורים זכויות וחובות נוספות, ובהן הזכות לקבוע את שמו של הילד והחובה בדבר תשלום מזונות. ראו טלי מרקוס "צריך" (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415, 421 (2014).

107 לדיון בחשיבות המתאם שבין התפיסה העצמית ובין הזהות המשפטית המיוחסת לזהות זו, תוך שימת דגש על מועד הלידה, ראו Naaman, *Timing Legal Parenthood*, לעיל ה"ש 56.

108 Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 153-154.

המוליד מצויים במערכת יחסים זוגית המתאפיינת במחויבות הדדית וארוכת טווח, חזקה כי שני הצדדים למערכת היחסים הזוגית הם הורי הילד. לעניות דעתנו, על מנת לשוות לזוגיות את המקום הראוי לה, הזוגיות שיוכלה לבסס את החזקה המשפטית צריכה להיות כזו שהחלה להתבסס לכל הפחות כשנה לפני מועד ההתעברות.<sup>109</sup> ביסוס זה יילמד ממגורים משותפים של בני הזוג במסגרת בעלת אופי משפחתי.<sup>110</sup> קיצור פרק הזמן האמור אפשרי כאשר בני הזוג בחרו למסד את היחסים ביניהם באמצעות טקס נישואים המוכר בידי שיטת המשפט המקומית או בידי שיטת המשפט הזרה שבה נערך הטקס.<sup>111</sup>

כפי שכבר נרמז, הצעתנו אינה שוללת הכרה בהורות משפטית על בסיס זיקה אחרת אשר אינה מבוססת על זוגיות ממושכת שהחלה לפחות כשנה לפני ההתעברות. כך למשל, הבענו את הדעה (שאינה נדונה לעומק במאמר זה) שלפיה כוונה להביא ילד לעולם וליטול אחריות הורית כלפיו ראוייה אף היא לשמש שיקול להכרה בהורות משפטית. כך, אפשר שבני זוג שמערכת היחסים ביניהם קצרה יותר משנה יתכוונו להפוך להורים במשותף, ויוכלו לבסס את הורות בן או בת הזוג של ההורה הביולוגי על מבחן הכוונה.<sup>112</sup> באופן דומה, כאשר אישה הרתה בעקבות קיום יחסי מין חד-

109 מועד ההתעברות (או מועד הכניסה להיריון), להבדיל ממועד הלידה, כבסיס למודל הזוגיות משתלב עם הדין הישראלי כיום באשר למודל הזיקה לזיקה. ראו עמ"ש (מחוזי חי') 46465-01-22 א' נ' ב' (נבו 22.7.2022) (שם נקבע פה אחד כי המועד הקובע לבחינת קיומו של הקשר הזוגי בבסיס מודל הזיקה לזיקה הוא מועד הכניסה להיריון) (להלן: עמ"ש 46465-01-22). מעניין לציין כדוגמה את התיקונים שבוצעו במחוזות פדרליים בקנדה. ראו למשל את ס' 8 ל- All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), S.O. 2016, c 23 (Can.) 2016. סעיף זה מגדיר את מועד הכניסה להיריון כמועד הרלוונטי לבחינת הזוגיות: "If the birth parent of a child conceived through assisted reproduction had a spouse at the time of the child's conception, the spouse is, and shall be recognized in law to be, a parent of the child". כמו כן, בס' 1 (הגדרות) נוספה הגדרת המונח "spouse" ככולל גם בן זוג: "spouse" means the person to whom a person is married or with whom the person is living in a conjugal relationship outside marriage; ('conjoint')."

110 Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 153-154. להבדיל, למשל, משותפים לדירה שאינם מקיימים מערכת זוגית.

111 אנו ערים למתח שקיים בנוגע לשימוש בקריטריון של כניסה למוסד הנישואים כקריטריון לקיצור פרק הזמן. מצד אחד, השימוש בקריטריון עלול לסתור את אחד הרציונליים שעליו מבוסס המודל (שוויון בין מגוון תצורות המשפחה), שכן זוגות מאותו מין מנועים מלהינשא בישראל. שימוש בקריטריון זה עלול אף לעורר קושי בעיני אותם פרטים שבחרו להימנע מלהיכנס למוסד הנישואים משיקולים אידאולוגיים; מן הצד האחר, ישנם טיעונים התומכים בשימוש בקריטריון היולדת אינו נדרש להכרה בהורותו באמצעות הליך שיפוטי, שהרי הנישואים מהווים חזקה לקיומה של זיקה גנטית (ראו לעניין זה להלן בפרק ד). לכן, אי-קביעת קיומו של קריטריון עלול לקפח זוגות שמאותו מין שרשומים כנישואים (לאחר שנישאו בחו"ל) ושלא קיימו את פרק הזמן הקבוע בחזקה. באיוון שבין שני צידי המתח וכדי לייעל את המנגנון אנו סבורים, כי ראוי שכניסה למוסד הנישואים תאפשר קיצור של פרק הזמן הדרוש.

112 השאלה כיצד תוכח הכוונה חורגת מגבולות מאמר זה. מובן כי אם ייערך הסכם מפורש בכתב בין הצדדים יהיה בכך כדי להעיד על כוונה.

פעמיים ומבלי שהיא והגבר שממנו הרתה מקיימים מערכת יחסים זוגית, איננו טוענים כי יש לשלול הכרה במעמד ההורי של הגבר בשל היעדר הזוגיות ביניהם. עולה מכך כי ייתכן שבמקרים שלא יתקיימו התנאים להכרה בהורות על בסיס חזקת הזוגיות, עדיין תוכר ההורות במשפט.<sup>113</sup> מערכת יחסים ממושכת המתאפיינת במחויבות הדדית אינה תנאי הכרחי בעינינו להכרה בהורות, אך אנו טוענים כי היא תנאי מספיק ליצירת חזקה בדבר ההורות. מכיוון שדיני ההורות בישראל נשענים על הלכה פסוקה ועל נוהלי משרד הפנים ולא על חקיקה, אין כל קושי לאמץ את חזקת הדין שהצענו במסגרת הפסיקה.

#### 4. יישום חזקת הזוגיות ככלל ובנסיבות מורכבות

יישום חזקת הזוגיות רלוונטי, לעניות דעתנו, בייחוד בנסיבות של הולדה משותפת לבני זוג, כאשר במועד הלידה בני הזוג חיים יחד ואין כל מחלוקת ביניהם בנוגע לזהותם כהורים יחד. חזקת הזוגיות תאפשר להכיר בבן הזוג או בבת הזוג כהורה סמוך לאחר הלידה גם ללא זיקה גנטית לילד, וללא צורך להוכיח כוונה משותפת להורות. מציאות זו רלוונטית לרוב רובם של המקרים שבהם בני או בנות זוג מביאים לעולם ילד והיא תידון בפרק ג העוסק במיסוד ההורות.

יישום חזקת הזוגיות עשוי כמוכך לסייע גם במקרים שבהם ילד נולד לבני זוג שרק אחד מהם קשור ביולוגית לילד, ולא היה הליך להסדרת המעמד ההורי של בן הזוג סמוך ללידה (כיום בדרך של הוצאת צו הורות פסיקתי או בהליך מנהלי הצהרתי כמוצע בפרק הבא של המאמר). במקרה שכזה, אם מתעורר סכסוך באשר למעמד בן הזוג כהורה – בעקבות סיום מערכת היחסים הזוגית בנסיבות של פרידה או מוות – יתייתר הצורך בדיון ראייתי בנוגע לכוונת כל אחד מהצדדים למערכת היחסים הזוגית, ועצם קיומה של מערכת היחסים וההולדה לתוך מערכת היחסים תקים חזקה בדבר המעמד ההורי של בן הזוג. אומנם בתרחישים אלו עדיין יידרש דיון ראייתי באשר לעצם קיומה של מערכת היחסים הזוגית, אולם קליטה של חזקת הזוגיות למשפט הישראלי, ובפרט הכללים לגיבושה כמוצע בסעיף הקודם, עשויה לחסוך את ההתדיינות המשפטית הכרוכה בהוכחת הכוונה, שאותה לא תמיד אפשר לאמוד בבירור.<sup>114</sup> בעשורים האחרונים דנה מערכת המשפט בישראל במספר לא-מבוטל של סכסוכים הנוגעים למעמד ההורי של בן הזוג שאינו הורה גנטי, במקרים של סכסוך שהתעורר בין בני הזוג בטרם הוסדר מעמד ההורות.<sup>115</sup> בדרך כלל מדובר בבני זוג אותו המין, ובעיקר בבנות זוג. אולם בפסיקה הישראלית כבר נדונו סוגיות הקשורות למעמד ההורי של גבר שהיה במערכת יחסים זוגית עם אישה ללא נישואים, ובמהלך חייהם הזוגיים ילדה האישה ילד בסיוע תרומת זרע בשל קשיי פוריות של הגבר. גם במקרה זה, אם מעמדו

113 מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 40.

114 בעניין זה ראו את עניין לב"א, לעיל ה"ש 84, ואת עניין א"ע, לעיל ה"ש 84.

115 לפסיקה מהשנתיים האחרונות ראו עניין לב"א, לעיל ה"ש 84; עניין א"ע, לעיל ה"ש 84; עמ"ש (מחוזי ת"א)

65030-12-18 פלוגי נ' י"ג (נבו 4.5.2020) (להלן: עמ"ש 65030-12-18); עמ"ש (מחוזי ת"א)

53065-11-20 ל"ב נ' א"ב (נבו 6.6.2021); עמ"ש 46465-01-22, לעיל ה"ש 109.



של הגבר כאב לא הוסדר סמוך ללידה, סיום מערכת היחסים הזוגית עשוי להביא לקריאת תיגר על מעמדו המשפטי כהורה.<sup>116</sup> על פי הצעתנו תקום חזקה בדבר אבהותו. שאלה עשויה לעלות במצב דברים שבו בן הזוג של ההורה הביולוגי הכריז מראש כי הוא אינו מעוניין להיות מוכר כהורה או שההורה הביולוגי התנגד לכך שכן זוגו ישמש הורה. המורכבות המתעוררת בנסיבות אלו (המיוחדת למצב שבו ההולדה היא תוצר של הסתייעות בתרומת גמטה ולא במצב של הורות ביולוגית משותפת) נובעת מההתנגשות שבין הזיקה הזוגית לזיקת הכוונה. לגישתנו ראוי לאפשר התניה על חזקת הזוגיות, אך הדבר מחויב להתבצע בצורה מפורשת, בטרם ההתעברות, הוא המועד המשמש כאמור אכן בוחן לחזקת הזוגיות. קביעת כלל זה אומנם משיתה נטל (מלכתחילה) על הצד המתנגד (בין אם מדובר בהורה הביולוגי ובין אם מדובר בבן הזוג) להביע התנגדות מפורשת בטרם ההתעברות,<sup>117</sup> שמה תוכר הורות של בן הזוג לאחר הלידה במצבי מחלוקת.<sup>118</sup> אולם אנו סבורים כי כלל זה, המאפשר להתנות על חזקת הזוגיות אך באופן מתוחם ומוגדר, מגלם את האיזון הראוי בהתנגשות שבין זיקת הזוגיות לזיקת הכוונה. הכלל מותיר את האפשרות לצדדים להתנות על ברירת המחדל רק כאשר הדברים התבצעו בצורה מפורשת, ובכך הוא אף עשוי לצמצם התדייניות משפטיות במחלוקות שעוללות להתעורר בדיעבד – לאחר הלידה – סביב שאלת הכוונה, שלא תמיד ניתנת לאומדן בנקל. כלל זה מביא בחשבון את המציאות שלפיה הבאת ילד לעולם במסגרת מערכת יחסים זוגית עשויה להיות מונעת ממגוון מניעים שונים, לעיתים מורכבים וסותרים, אך אין בהם כדי לשלול את ההכרה בהורות של בן הזוג שהיה שותף – בין אם במפורש ובין אם במשתמע – בהליך הבאת הילד לעולם.<sup>119</sup> לא אחת זוגיות במשבר מובילה להבאת ילד לעולם מתוך ציפייה שהתינוק יעזור בשיקום היחסים, או כאולטימטום שמגיע מאחד מבני הזוג. אם בכל אחד מן המצבים

116 ראו למשל תמ"ש (משפחה י-ם) 10681/98 פלוניס נ' אלמוני (נבו 19.9.2000). להקשר אחר, שבו ביקשו לתקוף מעמד משפטי של אב במצב דברים זה, ראו ה"מ (מחוזי חי') 190/93 פלוניס נ' אלמונים, פ"מ התשנ"ד (3) 190 (1994).

117 שאלה שעולה כאן היא מהו הנטל שעליו לעמוד בו: האם הצד המתנגד נדרש להביע את התנגדותו בעל פה או בכתב? האם הבעת התנגדות יכולה להיעשות בין הצדדים בלבד או רק בפני גורם חיצוני, כגון עורך דין או גורם שיפוטי? לגישתנו, ראוי לקבוע עיקרון ולפיו ככל שמערכת היחסים בין הצדדים ארוכה יותר, כך על הצד המתנגד לעמוד בנטל גבוה יותר. בהתאם לעיקרון זה אנו מציעים, כי בנסיבות שבהן מערכת היחסים בין הצדדים נמשכה למעלה משנתיים בטרם הפריה על הצד המתנגד להביע את התנגדותו באמצעות מסמך כתוב. כלל זה עשוי לצמצם את אי-הבהירות שעלולה להתעורר – בדיעבד, לאחר הלידה – בנסיבות של סכסוך בין הצדדים וכאשר אחד הצדדים טרם מיסד את מעמדו המשפטי. בנסיבות אלה עלולה להתעורר מחלוקת עובדתית בשאלה אם אחד הצדדים התנה מראש על חזקת הזוגיות כנדרש בטרם הפריה, שאלה שאי-אפשר לאמוד בנקל.

118 מחלוקת שכזו עלולה להתעורר בדיעבד ולאחר הלידה. ההכרעה בנסיבות של מחלוקת ראוי לגישתנו שתתברר לעולם בפני בית המשפט.

119 נוסף על כך, ההתדייניות האלו בשאלת ההסכמה עלולות להוביל לחוסר אחידות בעמדת המדינה, כפי שהשתקף בשני סכסוכים בין בני זוג גברים, אשר נפרדו והיו חלוקים בנוגע למעמדו של בן הזוג של האב הגנטי. ראו עניין א"ע, לעיל ה"ש 84 (שם), בניגוד לעמדת ההורה הביולוגי, תמך היועץ המשפטי לממשלה בבקשה לצו); עמ"ש 65030-12-18, לעיל ה"ש 115 (שם), גם כן בניגוד לעמדת ההורה הביולוגי, התנגד היועץ המשפטי לממשלה לבקשה לצו).

האלה נאפשר לפתוח את הדיון בשאלת הכוונה המשותפת להביא ילד לעולם, אנו מסתכנים בחוסר ודאות ואחידות, בייחוד בכל הנוגע להסדרת מעמדם של זוגות חד-מיניים.

דילמות אחרות יכולות להתעורר בהתנגשות שבין הזיקה הביולוגית לבין זיקת הזוגיות. כאשר מדובר בזוג נשוי, גבר ואישה, החוק לא בהכרח מקנה עדיפות לבעל הזיקה הגנטית גם בהיעדר חשש ממזרות. כך, לפני עריכת בדיקה גנטית אשר עשויה לשלול את הזיקה הגנטית בין הבעל לילד או לקבוע את קיומה של זיקה גנטית בין הילד לגבר שאינו הבעל, על בית המשפט לשקול את טובת הילד.<sup>120</sup> ואולם האם הדין כפי שהוא מופעל היום יאמץ גישה דומה כאשר מדובר בבנות זוג בנסיבות שבהן אחת מהן תהרה בעקבות יחסי מין עם גבר מחוץ לקשר הזוגי?<sup>121</sup> ומה הדין כאשר בנות זוג התקשרו עם גבר על מנת להביא ילד לעולם מתוך כוונה שלילד יהיו שלושה הורים? כל עוד הדין הישראלי אינו מכיר בריבוי הורים, אחד מהשלושה לא יוכר כהורה. במקרה שכזה, האם בהכרח צריכה להיות עדיפות לזיקה הגנטית על פני זיקת הזוגיות? ראוי לציין שלפחות בחלק משיטות המשפט, הגבר בעל הזיקה הגנטית עשוי להימצא בעמדה נחותה לבת הזוג ולהיות מוגדר כתורם זרע גרידא, ללא מעמד הורי.<sup>122</sup> אנו סבורים שבמקרים מסוימים מן הראוי להכיר ביותר משני הורים, ובמקרה שאין הכרה שכזו שאלת ההכרעה בין בעל הזיקה הגנטית לבעל הזיקה הזוגית אינה יכולה לקבל מענה כללי, אלא להיות מוכרעת בכל מקרה לגופו. בכל מקרה לגישתנו אין עדיפות אפריורית לבעל הזיקה הגנטית, ועקרונית הורות על בסיס הקשר הזוגי אינה נחותה ממנה.

הדיון בפרק זה עסק ביישומה של חזקת הזוגיות בהסדרה כדעבד של המעמד ההורי, ונגע בעיקר לנסיבות שבהן התעוררה מחלוקת בין ההורים הפוטנציאליים. ואולם השימוש המרכזי הצפוי בחזקה רלוונטי בנסיבות שבהן מתבקשת ההכרה

120 ס' 228 לחוק מידע גנטי.

121 אפשר גם לתהות אם הדין יאמץ גישה דומה כאשר מדובר בבני זוג, גבר ואישה, שאינם נשואים. שאלה זו הייתה עשויה להתברר בעקבות החלפת העוברים שאירעה בבית החולים אסותא, שבעקבותיה הושלתה ברחמה של אישה שעברה טיפולי הפריה חוץ-גופית עוברית שנוצרה מביצית ומזרע שנקלחו מזוג מטופלים אחר. מקרה זה, שהתגלה באקראי בספטמבר 2022, הוביל לסדרה של התדייניות משפטיות, מאחר שמטופלים אשר טענו שהם בעלי הקשר הגנטי לתינוקת שנולדה ביקשו לבצע בדיקות גנטיות להוכחת קשר זה, אשר אם יוכח יאפשר להם גם התבוע הורות. נכון למועד כתיבת מאמר זה בית המשפט העליון לא אפשר את ביצוע הבדיקות הגנטיות (בקשה לדיון נוסף תלויה ועומדת בפני נשיאת בית המשפט העליון). אולם במהלך ההתדייניות עלתה בין היתר שאלת מעמדו של בן הזוג של האם היולדת לעומת מעמדו של האב הגנטי (ככל שהוא יימצא), אף אם ההכרעה היא שהאם היולדת היא המשפטית. ראו למשל בע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית, פס" 52 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 6.3.2023.

122 ראו למשל את החקיקה בקולומביה הבריטית: Family Law Act, S.B.C., c25, § 20, 27, 30, 24. ס' 27 מכיר בווגיות כבסיס להגדרת הורות. לעומת זאת, כאשר ההולדה היא בסיוע ולא בדרך של קיום יחסי מין (ואין קשר זוגי בין הגבר הקשור גנטית והאישה היולדת), יהיה צורך להראות שאין מדובר בתרומת זרע (לפי ס' 24 הקשר הגנטי כשלעצמו לא יהווה ראיה להורות). הכרה בשלושה הורים היא אפשרית, אך מחייבת הסכם מראש ובכתב. בלעדי הסכם שכזה, האם היולדת ובת זוגה יוכרו כאימהות, אך הגבר עשוי להיחשב לתורם זרע. עם זאת העיקרון עדיין הוא שאם לא כל השלושה יוכרו כהורים, לבת הזוג ישנו מעמד עדיף ממעמדו של הגבר הקשור גנטית.

במעמד ההורי ומיסודו מראש, ומיד לאחר הלידה. נכון להיום, כאשר מדובר בבנות זוג או בבני זוג מאותו המין נדרשת הוצאה של צו הורות פסיקתי על מנת למסד את המעמד המשפטי של בן הזוג או של בת הזוג של ההורה הביולוגי. אומנם הכלי של צו ההורות הפסיקתי נוצר מתוך הכרה בתפקידו של הקשר הזוגי בהגדרת ההורות, אך הוא דורש לצורך הוצאתו גם הוכחה של כוונה ושל יוזמה משותפת להורות. כאשר הבקשה לצו הורות מוגשת יחד בידי בנות הזוג או בני הזוג, לכאורה אין קושי בהוכחת הכוונה. עם זאת צווי ההורות הפסיקטיים מעוררים קשיים בשני מישורים. המישור האחד נוגע למועד מיסוד ההורות, והמישור השני נוגע לצורך בהליך שיפוטי לשם המיסוד. בפרק הבא של המאמר נרחיב בדבר קשיים אלה באמצעות דיון בחשיבות של מיסוד ההורות ככלל ובחשיבות תזמונו סמוך לרגע הלידה בפרט. לאחר מכן נציע מסגרת משפטית למיסוד ההורות, המתבססת על חזקת הזוגיות באמצעות הליך מנהלי של הצהרה. מסגרת משפטית זו, כך נראה, עשויה לפתור את הקשיים הנוצרים במנגנון צו ההורות הפסיקטי כיום.

### ג. מיסוד ההורות

בפרק זה נבחן תחילה את החשיבות של מיסוד הקשר ההורי, נושא שלא נדון עד כה בספרות האקדמית בישראל על אודות ההורות. בפרט נדגיש את חשיבות תזמונו של המיסוד סמוך למועד הלידה. לאחר מכן נראה כי המשפט הישראלי הלך דרך ארוכה, עקב בצד אגודל, בניסיון לתת מענה לכשלים אלה, אולם דרך זו טרם הושלמה. על כן נציע בחלק האחרון של הפרק כצעד נוסף, הנחוץ לגישתנו להשלמת הדרך שנסללה עד כה, למסד את מעמדו של ההורה הנוסף על בסיס הזיקה הזוגית להורה הביולוגי סמוך ללידה וללא הליך שיפוטי.

#### 1. החשיבות של מיסוד הקשר ההורי ותזמונו

המשפטנית Jessica Clarke המשיגה את התהליך של יצירת סטטוסים משפטיים, כגון הסטטוס המשפטי המוענק להורה, כפרקטיקה של פורמליות,<sup>123</sup> שאותו ביקשנו לתרגם במאמר זה למונח של הליך "מיסוד".<sup>124</sup> הליך המיסוד הוא בעל ערך מעשי וסימבולי. מבחינה מעשית הליך המיסוד מהווה ראייה לקיומו של הסטטוס המשפטי,<sup>125</sup> ומאפשר שקיפות והסתמכות על המעמד המשפטי המיוחס לאותו אדם.<sup>126</sup> כך למשל, מיסוד ההורות מאפשר להורה ליהנות מאגד הזכויות והחובות הנגזר

Jessica A. Clarke, *Identity and Form*, 103 CAL. L. REV. 747, 770 (2015) 123  
(להלן: "Clarke").

ראו גם נעמן, לעיל ה"ש 60, בה"ש 152 והקסטט שלידה. 124

Clarke, לעיל ה"ש 123, בעמ' 790. 125

שם, בעמ' 837. 126

מהסטטוס המשפטי כהורה.<sup>127</sup> מבחינה סימבולית, הרגע שבו הסטטוס המשפטי מוקצה לאדם מעצב את תודעתו ומאפשר לו להגשים את עצמו.<sup>128</sup> דברים אלו מקבלים משנה חשיבות בנוגע למיסוד הסטטוס ההורי הקשור בעוצמה לתפיסתו העצמית של הפרט.<sup>129</sup> לצד התפיסה העצמית של הפרט, כפי שנראה להלן,<sup>130</sup> מיסוד המעמד המשפטי של ההורה הוא הבסיס שעל גבו תיבנה מערכת היחסים שבין ההורה לילד, מערכת היחסים שבין ההורים בינם לבין עצמם ובין ההורים למדינה ופרטים אחרים. בדין הישראלי אין הסדרה של מיסוד ההורות, ובכתיבה האקדמית הישראלית אין דיון בתפקידו של המיסוד בהקשר זה. כעניין מעשי הורות נרשמת במרשם האוכלוסין, אך על פי הדין הקיים הרישום במרשם האוכלוסין אינו ממסד את ההורות, במובן זה שניתן לתקוף את הרישום ולהוכיח שאינו "נכון", קרי שהוא אינו משקף נכונה את המעמד של מי שרשום כהורה.<sup>131</sup> עם זאת מכיוון שמבחינה מעשית רשויות המדינה וגופים פרטיים מסתמכים על המרשם מבלי לבחון או לפקפק בתוקפו (בדומה לנישואים), לא התעוררה ככל הנראה שאלת המיסוד המשפטי של ההורות במקרים שבהם נרשמה הורות במרשם האוכלוסין.<sup>132</sup>

ואולם אין די בהליך המיסוד עצמו. כאשר מדובר בלידה של ילד, *תזמון* המיסוד הוא קריטי. מבחינת המשפט, לידה של ילד צריכה להנביע גם לידה *מיידית* של הורה, האדם שאחראי כלפי הילד וחייב כלפיו בכל החובות ההוריות.<sup>133</sup> מיסוד ההורות סמוך ללידה הוא הכרחי בראש ובראשונה לשם הגנה על האינטרסים של ילדים. אולם גם הגנה על האינטרסים של ההורים ועל מערכת היחסים המשפחתית באופן כולל מחייבת את מיסוד ההורות סמוך ללידה.<sup>134</sup> גם נושא זה לא זכה ככל הנראה לדיון ולליבון בשל הרישום במרשם האוכלוסין אשר מתבצע (כשהוא מתבצע) סמוך ללידה. אין להתפלא אפוא שהנושא של מיסוד ההורות התעורר כאשר הורים נתקלו בקושי ברישום יחסי ההורות במרשם האוכלוסין במועד הלידה, כפי שנתקלו אימהות בנות זוג במשפחות לסביות. בסעיפים הקטנים הבאים של סעיף זה נמחיש את חשיבותו של הליך מיסוד

127 במאמר זה, כאמור, איננו יוצאים נגד הנחת המוצא במשפט – נכון להיום – כי הרישום במרשם האוכלוסין מהווה (רק) ראיה לכאורה לתוכנו. ראו ס' 3 לחוק מרשם האוכלוסין, ועניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7.

128 Clarke, לעיל ה"ש 123, בעמ' 806.

129 נעמן, לעיל ה"ש 60, בה"ש 215-223 והטקסט שלידן.

130 ראו להלן פרק 1.ג. (א)-(ב).

131 ראו לעיל ה"ש 32 והטקסט שלפניה. בפסיקה ובספרות ישנו דיון מקיף במעמדו של הרישום במרשם האוכלוסין בכל האמור לנישואים ולגירושים. ראו איילת בלכר-פריגת וצבי טריגר "גירושים כולם – המקרה של גירושים חד-מיניים כמקרה מבחן" **משפט ועסקים** כא 81, 85-95 (2018).

132 אלא במקרים של תביעות להכחשת אבהות, כאשר ילד נרשם כילדו של גבר אוטומטית עם הלידה ומכוח נישואי ההורים ובדיעבד הגבר (או צד רלוונטי אחר) מבקש להכחיש את אבהותו. בנסיבות אלה תוגש תביעה להכחשת אבהות, ובסיומה – אם תתקבל תביעת הגבר – תועבר פנייה למרשם האוכלוסין לשינוי הרישום.

133 בזיהוי הורה הכוונה לאדם שאחראי לילד, ולא המדינה או גורם מטעמה.

134 המדינה מאפשרת להכיר בהורה המיועד כאפוטרופוס בתקופה שבין הלידה ובין מתן הצו בהליך נשיאת עוברים. הסדר זה מעניק אומנם הכרה משפטית ליחסים שבין ההורה החברתי-המיועד לילד, אך אין בו כדי להוות תחליף להכרה מלאה בסטטוס של ההורה החברתי-המיועד ולהבטחת זרכיו השוטפים והיומיומיים של הילד.

ההורות ואת תזמונו, תוך שאנו מתייחסים בעיקר לאימהות במשפחות לסביות (מיסוד ההורות של בת הזוג של האם הביולוגית). עם זאת הכשלים והקשיים שעליהם נצביע בהיעדרו של מיסוד או כאשר יש פער זמנים בין הלידה לבין מועד המיסוד נכונים ככלל באשר להורות במשפט, ומן הראוי להבינם כקריאה להסדרה כוללת של ההורות.

### (א) הקשר שבין הורה לילד

הליך מיסוד המתרחש (או שאינו מתרחש) לאחר הלידה משליך על הקשר ההורי על מכלול הקשריו: ההקשר הטיפולי, הנוגע להגשמת הטיפול בילד והדאגה לו; ההקשר הכלכלי, הנוגע להטבות הנגזרות מהמעמד ההורי; וההקשר הזהותי המתייחס לאופן שהפרט והמשפחה מגדירים את עצמם.<sup>135</sup> במשפחות לסביות נוצר לא אחת פער זמנים בין מועד הלידה לבין מיסוד ההורות של בת הזוג של האם הביולוגית, המתרחש נכון להיום עם הוצאת צו ההורות הפסיקטי במועד כלשהו לאחר הלידה. לכך יש השפעה הן על הילד והן על האם הנוספת בשלושת ההקשרים האמורים.<sup>136</sup> במישור הטיפולי פער הזמנים עלול להגביל את האם הנוספת מלהגשים את היחסים שבינה לבין ילדה, לדאוג לילד בהקשרים טיפוליים, רפואיים וכלכליים אל מול צדדים שלישיים, ובעיקר פוגעת בילד עצמו,<sup>137</sup> שמשללת ממנו הזכות לקבל את הטיפול הראוי מהמבוגר האחראי כלפיו.<sup>138</sup> במישור הכלכלי פער הזמנים עלול לעכב את ההטבות הסוציאליות הנגזרות מהמעמד ההורי, המשפיעות על הרווחה של המשפחה ועל היכולת לדאוג לצורכי הילד. במישור הזהותי פער הזמנים עלול ליצור סדקים בתחושת השייכות והביטחון העצמי של האם הנוספת.<sup>139</sup>

135 שלושת ההקשרים האלו שלובים זה בזה. כך למשל, הטבות הנגזרות מן המעמד ההורי (למשל הטבות כלכליות במקום העבודה) מאפשרות לאם להגשים את מלאכת הטיפול בילד באופן מיטבי ובו בזמן להגשים את עצמה כאימא.

136 מכיוון שלגישתנו אי-אפשר להפריד בין האינטרסים של הילד ובין האינטרסים של האם הנוספת בהקשרים האלו, ראוי להתבונן עליהם במאוחד. כך למשל, אי-אפשר להפריד בין הצורך האנושי של האם לדאוג לילדה ולטפל בו ולהיות מוכרת ככזו, ובין האינטרס של הילד לקבל טיפול זה. כמו כן, כל אחד מהמישורים משפיע על היחידה המשפחתית בכללותה, לרבות על היחסים שבין האם הביולוגית לבת הזוג, כמוסבר בפרק הבא. ראו והשוו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" זכויות הקהילה הגאה בישראל, לעיל ה"ש 4, 437.

137 לחשיבות הפסיכולוגית שבהכרה המשפטית במערכת היחסים שבין הורה לילדו, ראו William M. Lopez, *Artificial Insemination and the Presumption of Parenthood: Traditional Foundations and Modern Applications for Lesbian Mothers*, 86 CHI.-KENT L. REV. 897, 902-903 (2011).

138 דברים אלו עשויים לקבל משנה תוקף במצבי חירום המעכבים את הטיפול בבקשה. עיכוב זה, כפי שהשתקף בתקופת מגפת הקורונה, עלול להיות מגולם במחירים כבדים לילד ולמשפחה בכללותה.

139 לקריאה נוספת, ראו נעמן, לעיל ה"ש 60. פגיעה זו מקבלת ביטוי מוחשי כל אימת שהאם מנועה מלבצע פעולות שהורה אחר רשאי לבצע, מה שמציב אותה בעמדת נחיתות כפולה: מעצם היותה אם היא כפופה לתכתיב התרבותי של האם האידיאלית, כאימא הקשובה לצורכי הילדים ומבטיחה את התמלאתם, אך בו-בזמן, בשל עיכוב המיסוד של מעמדה כאם המשפט מגביל את

אפשר לדבר על שלושה מישורים אלה כעל חלק מזכותו של הילד לכך שהורה ויכר כמי שיהיה אחראי עליו מיום היוולדו ולמימוש רווחתו והגשמת יחסי משפחה, והם מצטיינים כחלק מעקרון טובת הילד. אפשר גם לטעון כי המדיניות הנוכחית מגדילה את השוני בין ילד שנולד לתא משפחה מסורתית, שיש לו שני הורים מרגע לידתו, לבין ילד שנולד לתא משפחה שאינו מסורתית, שעל פי המצב כיום יש לו רק הורה אחד במעמד הלידה. עיגון נורמטיבי מפורש לזכויות אלה אפשר למצוא באמנה הבין-לאומית לזכויות הילד, שקובעת את חובת המדינה לרשום את הילד מיד לאחר לידתו.<sup>140</sup> גם טיעונים בשם זכות הילד לזהות ולהשתייכות עשויים לשמש תימוכין. בהתאם לטיעון זה, המדינה מחויבת להבטיח הגנה על הקשרים המשמעותיים לילד לשם הגנה על צרכיו ההתפתחותיים ועל האופן שבו הוא תופס את עצמו וקושר את יחסיו עם הפרטים בקהילה.<sup>141</sup>

אפשר לדבר על השיקולים שנדונו כאן גם כחלק מהזכות להורות. הזכות להורות הוכרה במשפט הישראלי בכמה היבטים ומופעים. ההיבט הנוגע לזכות ולחירות ההולדה וההיבט הנוגע לטיפוח הקשר ההורי, שניהם רלוונטיים לענייננו.<sup>142</sup> ההיבט הנוגע לטיפוח הקשר ההורי עשוי להיות עוגן נורמטיבי לשיקולים שנדונו, שהרי ההכרה במעמד ההורה סמוך ללידה מאפשרת את הגשמת היחסים שבין ההורה לילדו.<sup>143</sup> במסגרת היבט זה נכללת הזכות של ההורה לקבל מידע על אודות הילד, להשפיע עליו ועל הסובב אותו ולהיות נוכח בחייו. אפשרות זו נפגעת הן בשגרה, בייחוד בנוגע לנקיטת צעדים המערבים צדדים שלישיים, והן במצבי פירוד בין ההורים, שעלולים להגביל סמכות זו של האם הנוספת שמעמדה טרם הוכר מבחינה משפטית.

### (ב) היחסים המשפחתיים

היחסים שבין ההורה לילד הם חלק ממסגרת יחסים משפחתית רחבה. מסגרת זו כוללת את היחסים של האם הנוספת עם האם הביולוגית, את היחסים שבינה לבין ילדים נוספים ואת היחסים שבין האחים עצמם. יצירת פער זמנים בין ההכרה הפורמלית באם הביולוגית למועד שבו ממוסד מעמדה של האם הנוספת עלול להשפיע הן על מגוון היחסים האמורים, הן על האוטונומיה של המשפחה כמכלול.

- האפשרות שלה להגשים את האידיאל האימהי. ראו פלג, לעיל ה"ש 81, בעמ' 64. היבט נוסף נוגע לסירובה של המדינה לרשום את שם המשפחה של ההורה הנוסף, עת ההורים מעוניינים שהילד יישא את שמות המשפחה של שני ההורים. סירוב זה מאלץ את ההורים להגיש בקשה לשינוי שם משפחתם.
- 140 ראו ס' 17(1), 7(2), 18(1) ו-18(2) לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221, 225, 230 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).
- 141 השוו יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" **עיוני משפט** כו 935 (2003).
- 142 רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** 382-381 (2007).
- 143 יתרונה של הבניה זו של הזכות נעוצה בהתבוננות על הילד במשפחתו, במקום בהתבוננות על טובת הילד **בנפד**. התבוננות על טובת הילד **בנפד** מכתובה תפיסה של התנגשות בין זכות ההורה לזכות הילד. ראו טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 136.

המדיניות המשפטית כיום, המכפיפה זוגות נשים להליך של צו הורות פסיקתי, מבחינה בין ההכרה של האם היולדת, שמוגדרת כהורה "באופן אוטומטי" מיום הלידה, להכרה של האם הנוספת, המוגדרת ממועד מתן הצו. הבחנה זו מתקפת את המדרג שבין הורות "טבעית" – זו של האם היולדת – להורות של האם הנוספת, חסרת הזיקה הביולוגית, כהורות הנתונה לפיקוח אף שהיא הייתה שותפה פעילה להליך הבאת הילד לעולם.

לפער הזמנים עלולות להיות השלכות בהיבט הצהרתי ומעשי. פער זה יוצר מדרג בין אימא "ראויה", זו שיש לה קשר "טבעי" לילוד, לאימא "חשודה", חסרת זיקה ביולוגית לילד; הפער מטיל ספק בהורות זו, ומעביר מסר כי האם חסרת הזיקה הביולוגית נחשדת באשר לכושרה לטפל בילדיה.<sup>144</sup> לצד זאת, הבחנה זו עלולה לתקף רגשי נחיתות בקרב האם הנוספת, אשר עסוקה במציאת מקומה מול האם הביולוגית וגירוש חוויית האימהות שלה. עיסוק זה עלול לאיים על הערך העצמי של האם הנוספת וליצור מתח פנימי בזוגיות בינה לבין האם היולדת.<sup>145</sup> הבחנה זו יוצרת מצב אבסורדי שכן דווקא במשפחות חד-מיניות, שבהן אין ברירה אלא לבחור בהורה ביולוגי אחד לצורך ההולדה, הקשר הביולוגי מונכח, תוך יצירת מכשל לחצים וכר פורה ליחסי כוח וקנאה. במקום שהמשפט ייצור "רשתות הגנה" למשפחות אלה<sup>146</sup> ויחתור לשוויון בדגש על ערכי אתיקה של דאגה, של אחריות, של אמון ושל תמיכה רגשית,<sup>147</sup> הוא פועל הפוך, תוך יצירת כר פורה לקונפליקטים מתמשכים ולא-הרמוניה במשפחות אלן.<sup>148</sup>

מתח זה מתווסף לאי-הוודאות המלווה את המשפחה באשר לעתידה בנסיבות חריגות.<sup>149</sup> שהרי כל אימת שמעמדה של האם הנוספת לא הוסדר רשמית, במצבי פרידה כל אחת מן האימהות יכולה לכאורה להתנער מההחלטה לגידול הילד במשותף, והילד הוא שישא במחירים הכלכליים והרגשיים הכרוכים בסכסוך זה. לצד זאת, במצבים של פטירת אחד מבני המשפחה הילד עלול להיתקל בקשיים להוכיח את חלקו בעזבונו המנוח אל מול יורשים אחרים.

- 144 ראו והשוו חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא-הטרונורמטיביות: בעקבות כג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" **מבוקי הארות פסיקה** 28, 5 (2014) (להלן: קלעי); Zvi Triger, *The Reluctant Acceptance of Same-Sex*; 16 NAT'L TAIWAN U. L. REV. 1, 5-6, 23-24 (2021) (להלן: Triger).
- 145 פלג, לעיל ה"ש 81, בעמ' 125-129 (המראה כי אימהות לסביות מספרות על משא ומתן מורכב בנוגע לטיפול בילדים וקבלת החלטות, וכיצד הקשר הביולוגי מונכח ביתר שאת במסגרת משא ומתן זה).
- 146 בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?", לעיל ה"ש 86.
- 147 זפרן "שיח היחסים", לעיל ה"ש 77.
- 148 פלג, לעיל ה"ש 81, בעמ' 132-134, מצביעה על שורת מחקרים סוציולוגיים, המראים כיצד במשפחות לסביות לאם הביולוגית יש כוח להעניק או לשלול את הלגיטימציה להורות של האם הנוספת.
- 149 לקריאה נוספת בעניין זה, ראו נעמן, לעיל ה"ש 60, בה"ש 234-238 והקסטט שלידן.

ההיבטים שנדונו בפרק זה עשויים לקבל הכרה מכוח הזכות לחיי משפחה.<sup>150</sup> עיכוב במיסוד מעמדה של האם הנוספת פוגע בזכותם של האם היולדת, של האם הנוספת ושל הילד לחיי משפחה תקינים ולמימוש הרווחה המצרפית שלהם. פגיעה זו משתקפת ביצירת אי-ודאות במערכת היחסים המשפחתית, תוך הגבלת האפשרות לספק הגנה אפקטיבית ליחסים שבין האם הנוספת לילד.<sup>151</sup> הסדרת מעמדה של האם הנוספת באופן פשוט סמוך ללידה יצמצם מתח זה.

## 2. המגמה המסתמנת במשפט הישראלי: הקדמת מועד המיסוד

עיון בשדה המשפטי בעשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת מגלה כי בתי המשפט הכירו בחשיבות מיסודה של ההורות במשפחות של זוגות חד-מיניים, תחילה באמצעות צווי אימוץ ובהמשך על דרך של צווי ההורות הפסיקטיים.<sup>152</sup> נראה גם כי ניתן לזהות מגמה השואפת לצמצם את פער הזמנים שבין הלידה לבין מועד המיסוד, ולהביא להכרה במעמד המשפטי של ההורה הנוסף סמוך ללידה ככל האפשר. מגמה זו משתקפת החל מפתחת האפשרות לאימוץ צולב בשנת 2005,<sup>153</sup> דרך יצירת נתיב לקבלת צו הורות פסיקטי (על בסיס "זיקה לזיקה") הניתן באופן מזורז,<sup>154</sup> דרך ויתור על דרישת התסקיר כדרישה אוטומטית המעכבת את הסדר המעמד ההורי<sup>155</sup> וכלה בהנחיות משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים לעניין צווי הורות פסיקטיים, שיצרו תמריצים להגיש את הבקשה לצו סמוך ללידה.<sup>156</sup>

לצד מגמה זו ניסו אימהות במשפחות לסביות להגיש בקשות לצווי הורות עוד במהלך ההיריון במטרה שתוקפם יחול ממועד הלידה. לאחר שבתי המשפט לענייני משפחה נחלקו בדעתם באשר לבקשות אלה,<sup>157</sup> ובית המשפט המחוזי קבע שאין להתיר

150 זכות זו הוכרה כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם וחירותו. ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13, 25-26 (2013).

151 הזכות לחיי משפחה אינה רק זכותם של ההורים אלא גם של הילד. ראו שם, בעמ' 46.

152 לתפקידו של בית המשפט בהכרה בזכויות של משפחות להט"ביות, ראו Trigger, לעיל ה"ש 144.

153 עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 58. באותו עניין הכיר בית המשפט בכך שישנה חשיבות לכך שהסטטוס המשפטי ישקף את מערכת היחסים שבין ההורים לילדיהם, וכי אי-הכרה משפטית במערכת יחסים זו עלולה לפגוע בילד.

154 עניין מנט-מגד, לעיל ה"ש 7.

155 נעמן, לעיל ה"ש 60, בה"ש 77 והטקסט שליטה.

156 דוגמה לכך היא הגבלת האפשרות להחיל את מתן הצו באופן רטרואקטיבי רק בניסבות שבהן הבקשה הוגשה סמוך ללידה. ראו משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקטי (הצוות המקצועי) – תקציר, מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים (2019) <https://perma.cc/QRW6-Z7R3> (להלן: דו"ח הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקטי).

157 להחלטות שנענו לבקשות אלה, ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 52986-05-16 (לא פורסם); תמ"ש (משפחה ראשלי"צ) 29058-01-18 א"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); תמ"ש (משפחה חי') 66749-01-18 נ"ח נ' פרקליטות מחוז חיפה (נבו) 3.6.2018. להחלטות שדחו בקשות אלה, ראו למשל תמ"ש (משפחה ב"ש) 49944-01-18 פלונית נ' ב"כ היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 19.2.2018 (להלן: תמ"ש 49944-01-18); תמ"ש (משפחה ת"א) 62466-02-18 (נבו) 23.4.2018.



אפשרות זו,<sup>158</sup> התגלגלה הסוגיה לפתחו של בית המשפט העליון.<sup>159</sup> בהמשך להליכים משפטיים אלו נדון הנושא של מועד מיסוד ההורות גם בזירה הרגולטורית במסגרת ועדה שהוקמה לצורך בחינת התנאים לצווי הורות פסיקתיים. המלצות הוועדה קבעו, כי בנסיבות של הולדה באמצעות תרומת זרע אנונימית (המאפיינת זוגות נשים) ניתן להגיש את הבקשה לצו כבר במהלך ההיריון.<sup>160</sup> לאחר פרסום המלצות הוועדה הושגה פשרה בבית המשפט העליון בין היועץ המשפטי לממשלה לעותרים בנוגע לצו הורות עובר ללידה, ולפיה המדינה תבחן את התנאים האינפורמטיביים להגשת הבקשה, כגון גיל ותושבות, עוד בטרם הלידה.<sup>161</sup> כיום בעקבות פשרה זו מוענקים צווי הורות אף ימים מספר לאחר הלידה.<sup>162</sup>

אולם לגישתנו אין די בכך.<sup>163</sup> *ראשית*, צווי הורות עדיין מחייבים לנהל הליך המתבצע בין כותלי בית המשפט, תחת עיניהם של שופטים ולעיתים גם של עובדים סוציאליים, לנוכח דרישת התסקיר הבוחן את טיב התא המשפחתי. אומנם כיום צומצמה הדרישה לתסקיר כתנאי שאין בלתו למתן הצו, אך הצורך בהליך שיפוטי עדיין כורך עימו תיוג שלילי באשר להורים וכן לילדים. באשר להורים, מדיניות זו יוצרת חוויה רגשית של חוסר אמון מצד המדינה,<sup>164</sup> תוך אשרור של שוני בין תאי משפחה "מסורתיים" לתאי משפחה חד-מיניים, הנדרשים בשיטתיות לצו על מנת להסדיר את מערכת היחסים המשפחתית שלהם. יש מי שסבורים כי פרוצדורה שיפוטית כתנאי להכרה בהורות במסגרת משפחות שבהן לאחד מהצדדים אין זיקה ביולוגית נחוצה כדי לחזק את הגושפנקה הציבורית.<sup>165</sup> אנו סבורים כי ניהול הליך שיפוטי כברירת מחדל להכרה במשפחות לסביות (שמטבע הדברים לאחת מבנות הזוג אין זיקה ביולוגית לילד)<sup>166</sup> מתקף תפיסות שמרניות שלפיהן משפחות אלה "חשודות", ולכן יש לפקח

158 עמ"ש (מחוזי מר') 32265-02-18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' ש"ט (נבו 26.11.2018).

159 בע"מ 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (אר"ש 4.6.2020). (להלן: בע"מ 9182/18).

160 את הבקשה לצו הורות אפשר להגיש כ- 60 יום טרם מועד הלידה המשוער (ראו *דו"ח הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי*, לעיל ה"ש 156, בפס' 6.4).

161 בע"מ 9182/18, לעיל ה"ש 159. יובהר כי כיום במקרים חריגים ניתן לאפשר מתן צו גם להורה שאינו אזרח ותושב, בין היתר כדי שיחסי ההורות יוסדרו מוקדם ככל האפשר ממועד הלידה (ראו הודעה שנמסרה לבית המשפט העליון בידי שר המשפטים ושר הרווחה והביטחון החברתי בבע"מ 802/21 *מדינת ישראל נ' פלונית*, פס' 3-4 להחלטה של השופט סולברג (אר"ש 26.4.2022)).

162 תמ"ש 30121-06-20 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.8.2020). (עותק שמור בידי המחברים). שם הצו ניתן לאם כארבעה ימים לאחר הלידה.

163 הדיון כאן מתמקד במשפחות של שתי אימהות מאחר שזהו מקרה הבוחן במאמר זה. אולם נדגיש כי הביקורת המוצגת כאן (בנוגע להקדמת מועד הגשתו של צו ההורות הפסיקתי) תקפה גם לזוגות גברים הנעזרים בפונדקאות חו"ל, אשר נדרשים לצו הורות כדי למסד את מעמדו המשפטי של ההורה הלא-ביולוגי ביחס לילד. ראו לעניין זה *Naaman, Timing Legal Parenthood*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 77-78, 84.

164 פלג, לעיל ה"ש 81, בעמ' 161.

165 ליפשיץ, לעיל ה"ש 71.

166 לכאורה, על פי בג"ץ 5771/12 *משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)*, התשנ"ו-1996 (אר"ש 18.9.2014).

עליהן מקרוב תחת עינו הפקוחה של בית המשפט.<sup>167</sup> אנו גם חולקים על העמדה שלפיה פרוצדורה זו נחוצה כדי ליצור ודאות ולהבטיח כי מובן לבנות הזוג שההחלטה להפוך להורים אינה הפיכה,<sup>168</sup> וסבורים כי ניתן להבטיח ודאות גם באמצעים חלופיים שאינם כרוכים בניהול פרוצדורה שיפוטית, כפי שנציג בפרק הבא. יותר מכך, עמדה זו, המוצגת בספרות, מתעלמת מן העובדה כי מאז ומתמיד במשפט הישראלי בני זוג נשואים שלא מאותו מין נרשמים אוטומטית כהורים (ללא בדיקה גנטית), ובמקרה שהם אינם רשומים כנשואים הם נרשמים כהורים מכוח חתימתם על טופס הצהרה משותף.<sup>169</sup>

כמו כן, הליך של קבלת צו הורות פסיקתי באמצעות הליך שיפוטי כרוך במשאבים כלכליים, כגון אגרות עבור הגשת המסמכים הנחוצים לקבלת הצו, הוצאות עורך דין שיסייע בהליך וכן זמן שיפוטי יקר. לצד המחיר הכלכלי, היבט זה כרוך במחירים נפשיים, החל מהתעסקות בירוקרטית והתנהלות מול עורכי דין, וכלה לעיתים בהתייצבות לדין בבית המשפט של האימהות יחד עם באי-כוחן או גם בהתנהלות מול עובדים סוציאליים, במקרה שהמדינה עומדת על עריכת תסקיר.<sup>170</sup> בנסיבות שבהן מתעורר סכסוך משפחתי בשלב שבו טרם הוכר מעמדה המשפטי של האם הנוספת, כל אחד מהצדדים עלול לשאת בהוצאות נוספות הכרוכות בסיוע של שירותי עורכי דין.<sup>171</sup> שהרי סכסוך זה עלול לגרור את הצדדים להתדיינות בנוגע לשאלת ההסכמה לגידול הילד במשותף. מעבר לכך, המדיניות הנוכחית מאלצת זוגות נשים להתרוצץ בין בתי המשפט לאחר תקופת הלידה. עיון בפסיקה חושף, כי אין ביכולתם של זוגות רבים להתפנות להסדרת הצו באמצעות הליך שיפוטי בבתי המשפט בסד הזמנים הדחוק שקובעת המדינה, החל משיקולים הנוגעים להתארגנות המשפחה לילד החדש, דרך שיקולים משפחתיים כמו טיפול בסבים<sup>172</sup> וכלה משיקולים טכניים.<sup>173</sup> שיהיו בהגשת

השתלת ביצית מופרית בגופה של בת הזוג של בעלת הביצית אינה אפשרית בארץ לאחר חקיקת חוק תרומת ביציות. עם זאת ס' 20 לחוק זה מאפשר לוועדת חריגים להתיר תרומת ביצית לנתרמת מסוימת, ומכוח סעיף זה אושרה העברת ביציות בין בנות זוג במקרה שבו אחת מהן נזקקה לתרומת ביצית (שיחה עם עו"ד נעמה צורף, אשר ייצגה את בנות הזוג מול ועדת החריגים ומייצגת כיום זוג נוסף בהליך דומה (9.1.2023)). ועדיין, מקרים אלו הם חריגים.

167 ראו קלעי, לעיל ה"ש 144; וכן טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 58.

168 ליפשיץ, לעיל ה"ש 71. השוו למרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 41, שלגישתו יש להסתפק גם באישורו של גוף מנהלי להסכם הורות בעתיד.

169 ראו הלן בפרק 2.2, ובפרט את השלכות הרוחב של תיקון טופס ההצהרה.

170 לנסיבות שבהן המדינה מתעקשת לערוך תסקיר, ראו דו"ח הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי, לעיל ה"ש 156.

171 השוו Feinberg, לעיל ה"ש 68, בעמ' 110–111; Joslin, *Nurturing Parenthood*; לעיל ה"ש 78, בעמ' 611.

172 ראו למשל תמ"ש (משפחה פ"ת) 14023-02-19 ס"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס" 25-30 (נבו) (9.1.2020); עמ"ש (מחוזי חי') 2599-10-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' רס"ה (נבו) (31.7.2019).

173 ראו עמ"ש (מחוזי חי') 45359-10-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' מ"ש, פס" 5 לפסק הדין של השופט ג'וסי (נבו) (9.7.2019); עמ"ש (מחוזי חי') 2574-12-17 היועץ המשפטי לממשלה נ' ד', פס" 20 לפסק הדין של השופט ג'וסי (נבו) (1.4.2019); תמ"ש (משפחה ת"א) 46455-02-19 אט"ח נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) (26.9.2019).

הבקשה עלול לשלול את תחולת הצו למפרע מיום הלידה,<sup>174</sup> מה שעלול להוביל לעיכוב של הטבות מסוימות שעשויות להשפיע על הילד. רישום פשוט של ההורה סמוך ללידה עשוי למנוע קשיים אלה.

*שנית*, המצב הנוכחי מתעלם מפערי הידע והמשאבים בחברה בין מי שמודעים לאפשרות להגיש את הבקשה לצו בשלב ההיריון למי שאינם מודעים לכך, משום שמידע זה אינו נגיש לפרטים מסוימים, בין היתר מאחר שלפרטים אלה אין את האפשרות להשקיע את המשאבים כדי ללמוד את המידע. ייתכן כי זוגות נשים יגלו את האפשרות להגיש את הבקשה לצו במהלך ההיריון לאחר הלידה, אלא שברור כי בשלב זה ידיעה זו לא תסייע להם. אם כן, אף שלכאורה עשוי להצטייר הרושם (המוטעה) כי התמורות האחרונות מצמצמות את ההפליה בין זוגות נשים לזוגות בני מינים שונים באשר למועד רישום בת או בן הזוג של האם הביולוגית, בפועל תמורות אלה עלולות לשעתק את ההפליה ולהעבירה ממקום אחד למקום אחר. במובן זה, אפוא, ההפליה אינה מתפוגגת אלא משנה את פניה. לגישתנו, יש לשאוף למדיניות שתהיה רגישה לפערי הידע והמשאבים בחברה, בין מי שידם משגת לשכור שירותי עורכי דין למי שאינם יכולים לממן שירות זה, וכל זאת תוך מודעות לאילוצים המערכתיים. מובן שעשויה לעלות הטענה כי אפשר לפתור קושי זה באמצעות הנגשת המידע לציבור, אך הנגשה זו אינה מאיינת את הצורך להסתייע בשירותי עורכי דין לצורך הגשת הבקשה או פותרת את האילוצים שעלולים לעכב את מתן הצו. הבנה זו מדגישה את עקרון השוויון במובן התוצאתי שלו, והיא שצריכה להנחות את המשפט במיסוד מעמדו של ההורה. כמו כן, הגשת הבקשה לצו במהלך ההיריון אינה מבטיחה כי הוא אכן יינתן סמוך ללידה. בהחלט ניתן לצפות עיכובים משיקולים שונים, החל מעומס במחלקה המשפטית האמונה על בחינת הבקשה לצו, דרך שיקולים המונעים מן הצדדים להתייצב לדיון וכלה בעומס השורר בערכאה הדיונית האמונה על מתן הצהרה ואישורה. כפי שעולה מן הדברים, הטענה אינה מתמקדת רק בכשל בלוחות הזמנים. גם אילו דובר בהליך יעיל וזריז, הרי עצם הפנייה לבית המשפט, המגלמת כאמור תיוג שלילי או לפחות משני של בת הזוג, והצורך להקצות משאבי זמן וכסף פוגעים הן בזכויות הילד, הן בזכויות ההורים והן ביחידה המשפחתית בכללותה.

על רקע כשלים אלו אנו מבקשים להציע הצעה חלופית למיסוד יחסי ההורות במשפחה של זוג נשים. ההצעה במאמר מבקשת להציע את המגמה במשפט שעליה הצבענו – מיסוד המעמד של בת הזוג של ההורה הביולוגי סמוך ללידה בדרך פשוטה – צעד אחד קדימה, ותוכל, כך אנו מקווים, לשמש תשתית לדיון עתידי באשר למיסוד יחסי הורות גם במשפחות אחרות.

174 ראו בע"מ 5544/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון (אר"ש 14.2.2021).

## 3. מיסוד מכוח הצהרת זוגיות במועד הלידה

בחלקים הקודמים של הפרק ביקשנו לבסס את ההכרה בצורך למסד את ההורות במשפט הישראלי, קרי בצורך לקבוע הליך משפטי ברור שיאפשר לזהות את ההורה המשפטי. עם זאת הסברנו מדוע לא ראוי שהליך המיסוד יישא אופי שיפוטי ויתבצע בידי בתי המשפט. ישנן דרכים שונות למסד את ההורות במסגרת הליך פורמלי שאינו שיפוטי, ובמאמר זה נבקש להתמקד בהליך מיסוד על בסיס חזקת הזוגיות שבה הצענו להכיר בפרק הקודם.

אנו מציעים למסד הורות על בסיס חזקת הזוגיות באמצעות הליך מנהלי של הצהרה משותפת של אם יולדת ובן או בת זוגה, שלפיה הצדדים מצויים במערכת יחסים זוגית מחייבת ומבקשים להכיר בבן הזוג כהורה.<sup>175</sup> הצהרה כאמור, במועד הלידה או סמוך לאחר מכן, תספיק על מנת למסד את ההורות על בסיס זיקה זו של זוגיות. אנו משאירים את פרטי ההצהרה ואת הרכיבים שהיא תכלול לפיתוח ולדין עתידיים, ובשלב זה נבקש להעיר רק באשר למשך מערכת היחסים המצופה. אנו טוענים שבמסגרת חזקת הזוגיות שבה אנו מבקשים להכיר ישנה חשיבות למשך מערכת היחסים, ולפיכך משך הזמן צריך למצוא ביטוי בהצהרה שתהיה התשתית למיסוד ההורות על בסיס חזקה זו. לשיטתנו, זוגיות שהחלה כשנה לפני ההתעברות יכולה לבסס את החזקה האמורה ולהנביע מיסוד והכרה עם הלידה. אנו מודעים לכך שמדובר בתקופה ארוכה, אך זוהי תקופה המשקפת את מידת הרצינות שצריכה להתלוות להכרה ולמיסוד של הורות בנסיבות אלה.

בניגוד לחזקת הזוגיות שהצענו, אשר טענו שניתן לעגנה בפסיקה על בסיס הדין הקיים, אנו מכירים בכך שקריאתנו למיסוד מלא של הורות על בסיס הצהרה (ובכלל) עשויה אולי – לשיטת חלק מן ההוגים – להצריך שינוי בחקיקה.<sup>176</sup> עם זאת הורות נרשמת בישראל במרשם האוכלוסין; רישום במרשם האוכלוסין אינו רישום הממסד את ההורות, לאור חוק מרשם האוכלוסין והפסיקה הענפה על אודות תפקידו המוגבל של המרשם, שהוא בעיקרו תפקיד סטטיסטי, ובאשר להורות הוא מהווה לכל היותר ראייה לכאורה באשר למעמד ההורי. במאמר זה איננו מבקשים לצאת נגד תפיסה זו של המרשם. ועדיין, גם אם הרישום במרשם האוכלוסין אינו בגדר מיסוד מלא ומתן תוקף כאמור במאמר זה, הרישום במרשם נותן מענה לחלק מהקשיים המעשיים והערכיים

175 על מנת לחדד את הדברים יודגש, כי אומנם בנסיבות המתוארות ההצהרה העומדת בבסיס הרישום מגלמת בתוכה גם הסכמה של בני הזוג, אך היא אינה תנאי להכרה בהורות. ההכרה בהורות מבוססת – על פי הנתב הנסלל במאמר זה – מכוח הקשר הזוגי. היא עשויה להתגבר על (היעדר) הסכמה, ועשויה להיות חזקה ממנה. ההצהרה היא רק דרך (אחת מביין כמה) למסד את ההורות שמוכרת מכוח חזקת הזוגיות, שהיא בגדר כלל רקע משפטי. אנו מבקשים להציע דרך שתאפשר מיסוד קל ומהיר במקרים שבהם הדבר אפשרי. ואולם באותם מקרים שבהם לא יתבצע הליך של מיסוד, יהיה אפשר להכיר בהורות בשלב מאוחר יותר על בסיס חזקת הזוגיות (כחזקה משפטית) שהצענו לעיל. יתרה מזו, לעובדה שהצהרה אינה מבוססת על הסכמה ישנן השלכות מעשיות, כגון היעדר צורך בפורמליסטיקה שתעיד אולי על רצינות ההסכמה והבנה של משמעויותיה או השלכות לעניין עילות שעשויות לאפשר תקיפה של ההצהרה בדיעבד.

176 ואולם לשיטתנו שינוי חקיקתי אינו הכרחי וגם בית המשפט – וודאי שבית המשפט העליון – יכול להוביל מהלך שכזה.

שהעלינו במאמר זה. כך למשל, הרישום מאפשר לפעול בשגרה בשם הילד, רישום האם היולדת בעת ובעונה אחת יחד עם בן או בת זוגה מעביר מסר של שוויון במעמד ההורים ביחסיהם מול הילד, בינם לבין עצמם ומול צדדים שלישיים (גם אם רק האם היולדת קשורה ביולוגית לילד) ועוד.<sup>177</sup>

מובן כי בנסיבות שבהן נפלה מחלוקת בין בני הזוג באופן שהאחד מסרב לחתום על טופס ההורות בפני פקיד המרשם לאחר הלידה הדין צריך לעבור לבית המשפט, ולא יהיה אפשר לבצע רישום מנהלי כמוצע כאן. עם זאת ראוי שחזקת הזוגיות תנחה את בית המשפט בבואו להכריע במחלוקת מעין זו.<sup>178</sup> עוד יש לחדד ולומר, כי חזקת הזוגיות לא תוכל לשמש להכרה בהורות על דרך של חתימה על טופס מוסכם בידי היולדת ובת זוגה כאשר ההורות נדרשת להכרה בדיעבד, בחלוף תקופה ניכרת ללידת הילד. הדין המנהלי בישראל תחם את מסגרת הזמנים לרישום מעמדו המשפטי של בן זוגה של האישה היולדת לשנה,<sup>179</sup> ואנו נוטים לצדד במסגרת זמנים זו כפרק זמן שלאחריו ייווצר מחסום מפני הכרה המושתתת על זוגיות ההורים ללא הליך משפטי. כלומר, בנסיבות החורגות מפרק הזמן האמור – בין אם ישנה הסכמה בין ההורה הרשום להורה שמבקש הכרה, בין אם ישנה מחלוקת ביניהם, בין אם יש לילד כבר שני הורים רשומים ובין אם לאו – ההכרה בהורות, ככל שהיא ראויה להיעשות, תהיה באמצעות ברור של הערכאות השיפוטיות. ההכרעה לגישתנו צריכה להיות בידי בית משפט, בין אם יש מקום להכיר בהורה בצו הורות או באמצעות צו אימוץ, ובין אם הדמות הטיפולית ראויה למעמד משפטי שאינו עולה כדי הורות לכל דבר ועניין, לנוכח ההכרה להגן על יחסי משפחה שכבר נרקמו עם דמויות הוריות-טיפוליות וכיוצא בזה במטרה להגן על טובת הילד.

הגבלת ההסדר המוצע לסד זמנים של שנה ראוי לטעמינו מבחינת שיקולי מדיניות. מצד אחד, היא מספקת תמריץ להסדרה זריזה של המציאות המשפחתית באופן שיבטיח את היתרונות הפסיכולוגיים הכרוכים בכך, כמו גם ודאות משפטית – צמצום החשש שבעתיד, אם היחסים המשפחתיים יתערערו, תשרור אי-ודאות באשר למעמדו של בן הזוג.<sup>180</sup> מן הצד האחר, הגבלת ההסדר כאמור תואמת את הדין המנהלי הקיים באשר לזוגות שאינם מאתו מין, כאמור לעיל.<sup>181</sup> במובן זה המודל המוצע שואף לשוויון בין תאי המשפחה, הן באשר להגדרת ההורות<sup>182</sup> והן באשר להליך המיסוד. נבהיר כי

177 במקרים רבים הרישום מקנה כאמור זכויות דומות מאוד להורות ממוסדת, ואין למעשה הבדל מעשי בין השניים. למעשה ברוב המוחלט של המקרים ההורות נרשמת מבלי שקדם לה הליך של מיסוד. השוו איתן לבונטין "מגדל פורה באוויר: הלכת פונק-שלוזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" משפט וממשל יא 129 (2007) (המחבר מתייחס לנישואים רשומים באופן דומה).

178 מסיבה זו, לגישתנו, אם בנות הזוג היו במערכת יחסים של שנה לפני ההתעברות, אך במועד הלידה או לפני כן כבר נפרדו והן אינן מתגוררות יחד אך עדיין מסכימות להורות המשותפת, ראוי להסתפק בתצויה מנהלי משותף לשם עיגון ההורות.

179 "נוהל הוספת פרטי אב", לעיל ה"ש 34.

180 שיקולים אלו עמדו בבסיס החלטת בית המשפט העליון לקביעת סד זמנים בסוגיית התחולה של צו ההורות הפסיקתי. ראו עניין **איילון**, לעיל ה"ש 174, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

181 "נוהל הוספת פרטי אב", לעיל ה"ש 34. בהיקש מנוהל זה, ראוי לגישתנו כי התחולה של ההורות תהיה מיום הלידה.

182 כפי שמוסבר בפרק ב.1.

מגבלת הזמן נועדה לתחום את מיסוד ההורות המושתת על זיקת הזוגיות בהליך מנהלי; אין בה כדי לאיין את האפשרות למיסוד ההורות על בסיס זיקת הזוגיות החורגת מסד הזמנים האמור באמצעות הליך שיפוטי, כפי שקיים בדין הנוכחי, באשר להורות המושתתת על זיקה גנטית (תביעת אבהות)<sup>183</sup> ובאשר להורות המושתתת על מודל הזיקה לזיקה (צו ההורות הפסיקתי).<sup>184</sup>

האמור עד כה מסייע להבנת הרקע לפסק הדין בבג"ץ צור-וייסלברג שניתן בשנת 2020 בידי בית המשפט העליון, ובו נדונה השאלה מתי וכיצד יש לרשום את האם הנוספת – בת הזוג של האם הביולוגית – במרשם האוכלוסין. ניתוח חלופי של פסק הדין בהתאם לעקרונות שהותוו במאמר זה יוביל, כך אנו מקווים, לתמיכה נוספת במודל המוצג במאמר, המדגיש את המקום של הקשר הזוגי בהגדרת ההורות ומיסודה מיד לאחר הלידה בצורה פשוטה וללא הליך שיפוטי.

#### ד. עניין צור-וייסלברג

##### 1. תקציר

רוית ואורלי, זוג נשוי, בחרו להביא במשותף ילד לעולם באמצעות תרומת זרע אנונימית. רוית נשאה את ההיריון תוך שימוש במטען הגנטי שלה. במהלך ההיריון פנו רוית ואורלי למנהל האוכלוסין ולשר הפנים בבקשה להסדיר את רישום מעמדה של אורלי, כך שהיא תוכר כאימו של ילדן העתידי סמוך למעמד הלידה, על בסיס הצהרה משותפת שתינתן על ידיהן. דא עקא שבקשתן נותרה ללא מענה. נסיבות אלו הן שעמדו בבסיס העתירה מושא מאמר זה.

בנות הזוג טענו כי מדיניות רישום ההורות הקיימת יוצרת הפליה על בסיס נטייה מינית בין זוגות נשים הנעזרות בתרומת זרע אנונימית לבין זוגות בני מינים שונים. כאשר מדובר בבני זוג ממין שונה הרשומים כנשואים, בעלה של היולדת נרשם אוטומטית כאב. גבר ואישה שאינם נשואים יכולים לרשום את הגבר כאבי היילוד על בסיס הצהרה משותפת לו ולאישה היולדת. לעומת זאת, זוג נשים יכולות לרשום את האם הנוספת, בת הזוג של האם הביולוגית, במרשם אך באמצעות הצגתו של צו הורות או של צו אימוץ שניתן בידי בית המשפט לענייני משפחה.<sup>185</sup> לטענת העותרות, הפליה

183 בהתאם להסדר הקבוע בס' 4.9–4.10 ל"נוהל הוספת פרטי אב", לעיל ה"ש 34, ניתן אף לרשום את האב עד שלוש שנים מהלידה, אם יש טעמים המצדיקים את האיחור בהגשת הבקשה.

184 ראו עניין איילון, לעיל ה"ש 174. נבהיר כי ככל שהמודל שלנו יתקבל, מסלול צו ההורות הפסיקתי יהיה רלוונטי במצבים נוספים שבהם הצדדים אינם עומדים בתנאים המהותיים של המודל המוצע – זוגיות ממושכת, לפחות כשנה בטרם ההפריה, שמאופיינת במגורים משותפים – אך עומדים בתנאים הקבועים באשר למודל צו ההורות הפסיקתי. כך למשל, זוגות שאינם מתגוררים במשותף או שאינם מקיימים אורך חיים זוגי ממושך של כשנה בטרם ההפריה זכאים לצו הורות פסיקתי ככל שהם יוכיחו כוונה משותפת לגידול הילד, בהתאם לפסיקה בשנים האחרונות: תמ"ש (משפחה פ"ת) 41543-04-19 פלונית ג' היועץ המשפטי לממשלה – משרדי ממשלה (נבו 18.9.2013); תמ"ש (משפחה ת"א) 41332-07-21 פלונית ג' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 19.10.2021).

185 מדיניות זו נכונה גם באשר לנסיבות שבהן האם השנייה היא האם הגנטית.

זו מקבלת משנה תוקף באשר לזוג ממין שונה הנעזר בתרומת זרע. שהרי בנסיבות אלה, חרף אי-הזיקה הביולוגית של הגבר לילד (בדומה לנסיבות של זוג נשים), הגבר נרשם כאב על בסיס הצהרה משותפת שלו ושל האם היולדת. יצוין כי במהלך גלגולה של העתירה (ובגינה) שונתה מדיניות הרישום כך שהגבר נדרש להצהיר כי הוא אביו הביולוגי של הילד כתנאי לרישומו במרשם.<sup>186</sup>

סוג נוסף של טיעונים התמקד בפגיעה הנגרמת לזוגות ולילד בעקבות הדרישה של הליך שיפוטי לקבלת צו ההורות או צו האימוץ. תחילה נטען כי הדרישה האמורה פוגעת בזכות לחיי המשפחה של זוגות נשים, היות שהיא יוצרת תקופת זמן שבמהלכה לאחת האימהות אין מעמד פורמלי. יתרה מכך, נטען כי דרישת ההליך פוגעת בטובת הילד, מאחר שבתקופת הזמן שבין מועד הלידה למועד מתן הצו הדרישה יוצרת פיצול בין המציאות העובדתית, שלפיה לילד יש שתי אימהות לכל דבר ועניין, לבין המציאות המשפטית, שלפיה מבחינה פורמלית לילד מוכרת רק אם אחת – האם הביולוגית. לבסוף נטען, כי הליך צו ההורות הפסיקתי משפיל את בנות הזוג ומטיל עליהן עלויות כלכליות מיותרות, וכי הליך זה מעמיס על הערכאות הדיוניות לשווא, שהרי ממילא לרוב הבקשות לצו מתקבלות.

המדינה השיבה בטענה כי רישום במרשם הנוגע להורות נסמך לרוב על זיקה ביולוגית בין ההורה לילד. מאחר שהאם הנוספת – בת הזוג של האם הביולוגית – היא חסרת זיקה גנטית לילד, נדרש הליך משפטי שיכונן את ההורות באמצעות צו שיפוטי. דהיינו, רק באמצעות צו זה – המהווה תעודה ציבורית – רשאי הפקיד לרשום את האם הנוספת במרשם האוכלוסין. באשר לטענת פיצול הסטטוס השיבה המדינה, כי רישום האם הנוספת במרשם על סמך הודעה משותפת של הזוג הוא שייצור פיצול סטטוס במרשם עצמו; שהרי לגישת המדינה רישום באופן האמור, אשר יכלול הורה חסר זיקה ביולוגית לילד ללא הליך שיפוטי שיכונן הורות זו, יחטא לאופיו של המרשם.

עתירת בנות הזוג נדחתה פה אחד. המשנה לנשיאה מלצר כתב את פסק הדין המרכזי, השופט הנדל הסכים לתוצאת פסק הדין אך תמך אותה בהנמקה שונה מזו של המשנה לנשיאה, והשופט קרא הצטרף לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר אולם הסכים כי ניתן להוסיף את הנמקתו של השופט הנדל כנדבך נוסף התומך בתוצאה הסופית.

עיקר פסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר התמקד בטענת הפגיעה בזכות לשוויון, ובחן אם ישנה הפליה בין זוגות נשים שנעזרו בתרומת זרע לבין זוגות בני מינים שונים. הפליה היא יחס לא-שווה כלפי שווים כאשר אין שוני רלוונטי ביניהם לעניין הנדון. על כן נבחנה השאלה אם יש שוני רלוונטי בנוגע לרישום ההורות במרשם. המשנה לנשיאה מלצר קבע כי רישום ההורות במרשם נסמך ככלל על קיומו של קשר ביולוגי בין ההורה לילדו, ועל בסיס קביעה זו הוא בחן אם יש שוני רלוונטי בין בנות זוג הרשומות כנשואות לבין בני זוג (גבר ואישה) הרשומים כנשואים, וכך אם יש שוני רלוונטי בין

186 טופס ההכרה באבהות הקיים מכוח "נוהל הוספת פרטי אב", לעיל ה"ש 34. תיקון הטופס לא שינה מהעמדה שהציגו העותרות, ולפיה ההצהרה על "הורות ביולוגית" מתפרשת כהצהרה על הורות שאיננה אימוץ, ולכן התיקון אינו מרפא את ההפליה. ראו בג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 1, בפס' 27 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

בנות זוג שאינן רשומות כנשואות לבין בני זוג (גבר ואישה) שאינם רשומים כנשואים לעניין רישום ההורות של בן או של בת הזוג של האם היולדת. כאשר לזוגות שאינם נשואים נקבע כי הפליה אינה קיימת. קביעה זו נסמכה על העובדה, כי לאחר תיקון טופס ההכרה באבהות נדרש הגבר, בן זוגה של האם הביולוגית, להצהיר כי הוא ההורה הביולוגי לילד. לעומת זאת, בנסיבות של זוג נשים, ככלל, בת הזוג שלא נשאה את העובר היא חסרת זיקה גנטית לילד. על כן לגישתו של המשנה לנשיאה מלצר ישנו שוני רלוונטי בין שתי הקבוצות. יובהר כי לגישת המשנה לנשיאה מלצר, המדיניות ששררה לפני שינוי טופס ההכרה באבהות עלתה כדי "יחס שונה לשווים" ומהווה לגישתו הפליה, מן הטעם שטרם שינוי הטופס היה הגבר יכול להירשם באמצעות הצהרה של הזוג, שלפיה הוא האב של הילד אף בנסיבות שבהן הוא למעשה חסר זיקה גנטית לילד, לדוגמה כאשר בני הזוג נעזרו בתרומת זרע אנונימית. אולם, הפליה זו, לגישתו, תוקנה באמצעות שינוי נוסח הטופס שכעת דורש הצהרה של הזוג, כי הגבר הוא בעל זיקה ביולוגית לילד.

אף כאשר לזוגות נשואים נקבע כי הפליה אינה קיימת, מהטעם שבנסיבות אלה ישנה הנחה כי הבעל הוא בעל זיקה גנטית לילד שנולד לאשתו, ובלבד שאין מתקיימים המקרים המנויים בסעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין.<sup>187</sup> לעומת זאת, כאשר לזוג נשים הרשום כנשוי ישנה חזקה הפוכה, שלפיה בת הזוג של האם הביולוגית היא חסרת זיקה גנטית לילד.

מן האמור עולה כי לגישת המשנה לנשיאה מלצר, הן ההצהרה של הזוג שלפיה בן הזוג המצהיר הוא האב הביולוגי של הילד שנולד והן החזקה בדבר קיומו של קשר ביולוגי בין הבעל לילד בנסיבות שבהן הזוג נשוי יוצרת, כל אחת בנפרד, שוני רלוונטי השולל את טענת ההפליה. המשנה לנשיאה מלצר לא ראה צורך לדון בטענות הנוגעות לזכות למשפחה ולפיצול סטטוס כאשר לילד, מן הטעם שלגישתו הן מתבססות ונשענות על טענת הפגיעה בשוויון, הנשללת בעיניו.<sup>188</sup>

**השופט הנדל** הגיע לאותה תוצאה שאליה הגיע המשנה לנשיאה מלצר, אולם בדרך שונה. לגישתו של השופט הנדל, צו הורות פסיקתי מכונן הורות "יש מאין", בדומה לצו ההורות הסטטוטורי ולצו האימוץ אשר שימשו השראה לפיתוח צו ההורות הפסיקתי.<sup>189</sup> בהתאם לתפיסה זו, הורות מכוח מודל הזיקה לזיקה היא הורות שנוצרת מכוח צו שיפוטי המכונן אותה.<sup>190</sup> לגישתו, סעיפים 21 ו-22 לחוק מרשם האוכלוסין אינם רלוונטיים לעניין רישום הורות מכוח זיקה לזיקה; שהרי סעיפים אלה מתייחסים להורות ביולוגית הנוצרת מכוח הלידה, ולא להורות מכוח מודל הזיקה לזיקה, הטעונה אישור של בית המשפט כתנאי לכינונה.<sup>191</sup> השופט הנדל הוסיף כי אף אם לכאורה צו

187 שם, בפס' 49-51 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

188 שם, בפס' 52 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

189 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

190 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל. בעניין גישתו של השופט הנדל באשר לסיווג צו ההורות כמכונן ולא הצהרתי, ראו בע"מ 3518/18 **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** (אר"ש 3.2.2020) (להלן: בע"מ 3518/18).

191 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל.



ההורות הפסיקתית הוא צו הצהרתי, צו המשקף הורות שהתגבשה באמצעות הלידה,<sup>192</sup> התוצאה שאליה הוא היה מגיע הייתה זהה. הטעם לכך לפי השופט הנדל הוא שנכון למועד מתן פסק הדין, כאשר טרם נצבר ניסיון באשר למודל הזיקה לזיקה, ומאחר שהמודל לא נוצר בידי המחוקק אלא בידי בית המשפט (לכאורה, בשונה מהורות ביולוגית), ראוי כי רישום ההורה מכוח מודל זה יהיה כפוף לביקורת שיפוטית.<sup>193</sup> מאז כתיבת המאמר ועד לרגע פרסומו נדונה העתירה בשנית בפני הרכב מורחב במסגרת דיון נוסף.<sup>194</sup> הוחלט פה אחד לדחות את העתירה ולהותיר את התוצאה האופרטיבית על כנה. לעניין אופיו של צו ההורות מכוח מודל הזיקה לזיקה קבעה הנשיאה אסתר חיות, שכתבה את פסק הדין המרכזי, כי בהתאם למצב המשפטי השורר כיום ולעת עתה צו ההורות הפסיקתית מכונן הורות מכוח מודל הזיקה לזיקה.<sup>195</sup> עוד קבעה הנשיאה, כי לצורך רישום הורות זו יש להציג תעודה ציבורית מתאימה, ואי-אפשר להסתפק בהודעה משותפת של בני הזוג לצורך כך.<sup>196</sup> לקביעותיה הצטרפו שאר חברי ההרכב מלבד המשנה לנשיאה פוגלמן, שסבר בדעת מיעוט כי צו ההורות הפסיקתית מצהיר על ההורות הקיימת של בני הזוג, אולם הצטרף לקביעתה של הנשיאה בעניין זה ולקביעה כי הרישום יתבצע עם הצגת תעודה ציבורית, מטעמים מעשיים.<sup>197</sup> מאחר שהמאמר בגרסתו המוקדמת צוטט בידי בית המשפט העליון במסגרת הדיון הנוסף, בחרנו לשמר את עיקרי הדברים כפי שהיו תוך הצגת עיקרי העמדות שהוצגו בדיון הנוסף בנוגע לפסק הדין הראשון בהערות שוליים.

## 2. ביקורת על פסק הדין

את הביקורות שלנו על פסק הדין בעניין צור-וייסלברג נחלק לכמה היבטים שעמדו במרכז הנמקותיהם של השופטים: רישום ההורות במרשם האוכלוסין, טופס הצהרת אבהות ומעמדו של צו ההורות הפסיקתית. ניתוח זה, כך נטען, יוביל למסקנה כי ראוי לבחון בשנית את פסק הדין. הניתוח האמור ייערך לאור המודל המוצע במאמר ויאיר את עוצמתו.

### (א) רישום הורות במרשם האוכלוסין

נפתח את ביקורתנו בהתייחסות לבסיס המרכזי של פסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, ולפיו הרישום במרשם האוכלוסין משקף הורות ביולוגית-גנטית. כאמור, לדברי המשנה לנשיאה מלצר, "רישום במרשם האוכלוסין, הנוגע להורות, נשען ככלל על קיום קשר ביולוגי בין ההורים לילד".<sup>198</sup> קביעה זו של המשנה לנשיאה מלצר נדחתה

192 גישה זו נדחתה בידי בית המשפט העליון.  
 193 בע"מ 3518/18, לעיל ה"ש 190, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל.  
 194 דנג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 2.  
 195 שם, בפס' 41 לפסק הדין של הנשיאה חיות.  
 196 שם, בפס' 57 לפסק הדין של הנשיאה חיות.  
 197 שם, בפס' 28 ו-53 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.  
 198 בג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 1, בפס' 46 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

למעשה בעניין **ממט-מגד**, שם היה השופט מלצר בדעת מיעוט.<sup>199</sup> באותו עניין נקבע כי רישום במרשם האוכלוסין לעניין ההורות אינו מבחין בין הורות ביולוגית להורות שאינה ביולוגית. פסק הדין של דעת הרוב בעניין **ממט-מגד** הבהיר כי הרישום במרשם האוכלוסין משקף את המעמד המשפטי של אדם כהורה, ולא את הזיקה הביולוגית-גנטית כשלעצמה.<sup>200</sup> עולה מכך שבין אם המעמד ההורי מוקנה על בסיס קשר גנטי לילד ובין אם המעמד המשפטי ההורי נקבע על בסיס אחר – הרישום משקף רק את המעמד עצמו.

גם השופט הנדל בבג"ץ **צור-וייסלברג** הדגיש כי עמדת המשנה לנשיאה מלצר מתעלמת מהתמורות שחלו בשנים האחרונות בנוגע לתפיסת ההורות במשפט הישראלי, וכי היא נסמכת על פסיקה ישנה שקדמה לתמורות אלו. לגישת השופט הנדל, מודל הזיקה לזיקה, הקיים בין השאר בהסדר של חוק הסכמים לנשיאת עוברים ואשר קיבל תיקוף נוסף בפיתוח הפסיקתי שלו, החליש את הבלעדיות של ההורות הביולוגית במשפט הישראלי, ובהתאמה קעקע את הסברה שלפיה הרישום ההורות במרשם משקף הורות ביולוגית.<sup>201</sup>

לכאורה, עמדתו של השופט הנדל מדגישה כי הורות מכוח המודל של זיקה לזיקה עומדת לצד ההורות מכוח הזיקה הגנטית ואינה נחותה ממנה. אולם לגישתו, על אף שהדין הישראלי מכיר הן בהורות מבוססת ביולוגיה והן בהורות שבסיסה שונה – כגון ההורות שמכוח זיקה לזיקה – ישנו הבדל במנגנון הרישום של כל אחד מסוגי ההורות. כלומר לגישתו, בעוד שההורות של האם היולדת ניתנת לרישום אוטומטי, ההורות של האם הנוספת, המבוססת על מודל הזיקה לזיקה, יכולה להירשם במרשם רק על בסיס פסק דין. במובן זה במבחן התוצאה השופט הנדל, בדומה למשנה לנשיאה מלצר, מאשר את המדרג שבין הורות ביולוגית להורות מכוח מודל הזיקה לזיקה. גישה זו של השופט הנדל מצירת הורות ביולוגית כ"פרטית", קרי כהורות שמעמדה המשפטי נרשם אוטומטית במעמד הלידה באופן שמסווה את ההתערבות החיצונית של המשפט בהסדרת הורות זו, והרישום במרשם נועד רק לשקף אותה; ואולם בה בעת גישתו מסמנת את ההורות מכוח מודל הזיקה לזיקה כחסרת מעמד עצמאי או אינהרנטי, כהורות התלויה בהתערבות בית המשפט.

199 עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת ארבל ("כל עוד לא הוסדר הנושא, אני סבורה כי ניתן לרשום במרשם האוכלוסין הורות 'כללית' בלי להבחין בין ההורה 'הביולוגי' להורה 'המשפטי', ואין לדרוש הליך של הכרה בפסק דין זר או בתעודת לידה זרה על ידי בית המשפט לענייני משפחה בישראל או צו הורות שיפוטי שיוצא בישראל... בגדרו של מרשם האוכלוסין אין מקום לכלול מידע שיאפשר להבחין בין ההורה 'הביולוגי' להורה 'המשפטי', מעצם היותו של מידע זה רגיש ופרטי ביותר באופן שאינו מצדיק חשיפה אליו של כל מי שיש לו נגישות למרשם האוכלוסין"). השוו גם לפס' 35-37 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור, שם.

200 שם, בפס' 35 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (אשר מדגישה כי הראיות בדבר היותו של האב הלא-ביולוגי הורה של הילדה מן הבחינה המשפטית צריכות לתמוך ברישומו כהורה במרשם, אם המטרה היא שהמרשם אכן ישקף את המציאות המשפטית והעובדתית).

201 בג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 1, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל. ראו לעניין זה גם את עמדתה של הנשיאה חיות בדג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 59 לפסק דינה, וכן את עמדתו של המשנה לנשיאה פוגלמן, שם, בפס' 53 לפסק דינו.

תחילה נבקש לבחון את פסיקתו של השופט הנדל מנקודת מוצא שאינה מערערת על תפיסתו שלפיה צו ההורות הפסיקתי מכונן את ההורות מכוח "זיקה לזיקה" יש מאין, קרי כצו אשר בלעדיו אין לבת הזוג של האם היולדת (או לבן הזוג של האב המוליד) מעמד משפטי כהורה. פסק דינו של השופט הנדל אינו מסתפק באפיון של צו ההורות כמכונן, אלא הוא צועד צעד נוסף ומתנה את הרישום במרשם האוכלוסין במיסוד מוקדם ומלא של ההורות בדרך של צו הורות. אולם עמדה זו מנוגדת לפסק הדין בעניין **ממט-מגד**. בעניין **ממט-מגד** קבע בית המשפט העליון שאף אם ההורה הלא-ביולוגי נדרש להוציא צו משפטי על מנת למסד את מעמדו כהורה באופן מלא, צו משפטי שכזה אינו תנאי לרישום ההורות במרשם האוכלוסין.<sup>202</sup> נכון הדבר שבעניין **ממט-מגד** נערך הרישום על בסיס תעודה ציבורית (שניתנה מחוץ לישראל), ואילו בעניין **צור-וייסלברג** נדונה סוגיית הרישום על בסיס הצהרה, ואולם האמירה של בית המשפט בעניין **ממט-מגד** היא אמירה כללית; אין חובה להשלים את ההליך השיפוטי של הוצאת צו הורות כדי לרשום את ההורות במרשם האוכלוסין.<sup>203</sup>

בין אם צו ההורות הפסיקתי בנסיבות של הולדה באמצעות תרומת זרע הוא מכונן או הצהרתי, מסיבה לא ברורה נדרש הליך שיפוטי לצורך רישום האם הנוספת במרשם האוכלוסין לכל הפחות מבחינה מעשית. שאלה זו מתעוררת לנוכח העובדה שהליך מתן צו ההורות הפסיקתי הוא הליך פשוט יחסית, וממילא ברוב המקרים הוא מאושר בידי בית המשפט.<sup>204</sup> שהרי לכאורה היה אפשר לקבוע כי הקריטריונים הנוגעים להורות מכוח מודל הזיקה לזיקה ייבחנו בידי פקיד המרשם,<sup>205</sup> וכי רק במקרים "מורכבים" הבקשה תועבר לבחינתו של בית המשפט. כמוטעם לעיל, בהתאם למודל המוצע במאמר, ההכרה במעמד המשפטי של האם הנוספת תבצע באמצעות הצהרה כבר בבית החולים.

פסק דינו של השופט הנדל, כמו גם פסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, אינם מתיישבים עם היבט נוסף של פסק הדין בעניין **ממט-מגד**. פסק הדין בעניין **ממט-מגד** הדגיש את האופי הפרטי והאינטימי של זהות ההורה הביולוגי במשפחות שבהן רק

202 לעניין זה, ראו את עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7, בפס' 42 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

203 בג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 375, 368 (2000); בג"ץ 3045/05 **בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד סא(3) 537, 564-565 (2006); בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים**, פ"ד סד(3) 807, פס' 9-10 לפסק הדין של השופטת ארבל (2011); עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7, בפס' 33 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

204 בג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 1, בפס' 12 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר. יש לשים לב כי המדינה לא כפרה בטענה כי לרוב הבקשות מאושרות.

205 נדמה כי הסמכות של הפקיד לבחון קריטריונים בעלי אופי דומה כבר קיימת בדין. כך למשל, בהתאם לס' 4.6 "לנוהל הוספת פרטי אב", לעיל ה"ש 34, הפקיד רשאי לבחון אם בין הגבר לאישה היולדת שררו "חיים משותפים" כתנאי לרישום הגבר כאבי הילד בנסיבות שבהן האב אינו אזרח או תושב ישראל. כאשר מדובר בבקשה מוסכמת לצו הורות פסיקתי, הרי אפשר להסתפק בכמה דרישות פורמליות, כגון אלה: היות שני בני הזוג תושבי ישראל; היותם מעל גיל 18 ופחות מ-54; קיומו של מסמך המלמד על הסכמה להורות; זוגיות; היעדר עבר פלילי. בחינה זו דומה לבחינת הקריטריונים הקבועים במסגרת מודל ההורות מכוח מודל הזיקה לזיקה, המצריכים הפעלת שיקול דעת מצומצם היות שהיא מתבצעת על פי בחינה קטגורית וכללים פשוטים.

אחד ההורים קשור לילד גנטית.<sup>206</sup> רצון האבות בעניין **ממט-מגד** שלא לחשוף מי מהם קשור גנטית לילדים שימש שיקול נוסף לפסיקה שהורתה לרשום את שני האבות במרשם האוכלוסין יחדיו על בסיס התעודה הציבורית הזרה, ומבלי לחייב את בן הזוג להוציא צו הורות פסיקתי לצורכי הרישום.<sup>207</sup> אכן, דווקא על רקע הפסיקות החד-משמעיות בדבר תפקידו הסטטיסטי בלבד של מרשם האוכלוסין,<sup>208</sup> והתעקשות הפסיקה להותיר את המרשם חף משיקולים נורמטיביים (לכאורה לפחות), לא סביר לטעון שהמרשם ישקף הבחנה בין הורות בהולדה טבעית לבין הורות בסיוע טכניקות הולדה, הכוללות בין היתר תרומת גמטה.

*(ב) שינוי טופס ההצהרה*

במהלך ההליכים המשפטיים שונה טופס ההצהרה שעליו חותמים האם והאב הנטען לאחר הלידה לצורך רישומו במרשם האוכלוסין כאב, בנסיבות שבהן האב והאם אינם נשואים. עתה הם נדרשים להצהיר על הורותו הביולוגית-גנטית של האב. שינוי טופס זה שימש את המשנה לנשיאה מלצר לדחות את הטענה בדבר הפליה.<sup>209</sup> אנו סבורים כי שינוי זה משולל תוקף ונעשה בחריגה מסמכות, וממילא הוא אינו מרפא את טענת ההפליה, שעמדה במרכז פסק הדין.

*(1) טופס ההצהרה שונה בחוסר סמכות*

לגישתנו, שינוי טופס ההצהרה נעשה בחוסר סמכות ותוך עקיפה של הדיון הציבורי.<sup>210</sup> אומנם אנו מקבלים את התפיסה המפרידה בין מעמדו של הרישום במרשם האוכלוסין לבין סטטוס ומעמד אישי מהותי בדין הישראלי. עם זאת הרישום אינו מנותק לחלוטין מהדין המהותי, בייחוד כאשר מדובר ברישום של אדם כהורה, המשמש ראיה לכאורה לנכונותו; ונדגיש שוב, הנכונות היא בדבר מעמדו המשפטי של אדם כהורה ולא בדבר נכונותו של קשר גנטי שיש לו כשלעצמו ליילוד. עד להגשת העתירה בעניין **צור-וייסלברג** נעשתה הצהרה על אבהות כהצהרה כללית של הגבר הנרשם כאב יחד עם האם היולדת, בהתאם לחוק מרשם האוכלוסין המאפשר את הרישום "על פי הודעת האב והאם כאחד", הא ותו לא.

ראוי להדגיש כי חוק המרשם עצמו דורש את הצהרת הגבר עם האישה היולדת יחדיו, ואין די בהצהרת הגבר לבדו על הזיקה שבינו לבין הילד.<sup>211</sup> החוק אינו דורש הצהרה או התייחסות כלשהי לזיקה הגנטית שבין הילד להורה. בכך יש כדי לערער את הטיעון בדבר הקשר הגנטי כבסיס להגדרת האבהות, וודאי שכבסיס לרישום במרשם.

206 עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7, בפס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.

207 שם.

208 עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7; עניין **ויס**, לעיל ה"ש 203; עניין **ברנר-קדיש**, לעיל ה"ש 203.

209 הנשיאה חיות סברה בדיון הנוסף בדומה למשנה לנשיאה מלצר בבג"ץ שקדם לו. ראו דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 84 ו-91 לפסק דינה.

210 השוו טריגר "רגולציה של שירותי הפריון", לעיל ה"ש 6.

211 ראו ס' 21 ו-22 לחוק מרשם האוכלוסין.

יותר מכך, אנו רואים בהוראת החוק ביטוי נוסף למעמדו של הקשר שבין שני ההורים כשיקול בהגדרת ההורות בדין הישראלי, ולכל הפחות כשיקול לעניין רישום ההורות במרשם.

שינוי הטופס עומד בסתירה לא רק לחוק אלא גם לפסיקה, שהכירה בחשיבות השמירה על פרטיותם של היחסים המשפחתיים בהליכי הרישום במרשם האוכלוסין בכל האמור לקיומו או להיעדרו של קשר גנטי בין ההורה הנרשם לבין הילד.<sup>212</sup> שינוי הטופס מחייב בני זוג גבר ואישה שאינם נשואים זה לזו, אשר הרו בסיוע של תרומת זרע, לחשוף את אי-הפוריות של הגבר (או לשקר),<sup>213</sup> מעבר לכך שהוא מנסה ליצור הבחנה בין האם הביולוגית לאם הנוספת במשפחות שבראשן זוגות של נשים. מכל הסיבות הללו אנו טוענים ששינוי הטופס, שנעשה מבלי ששונה חוק מרשם האוכלוסין, החוק המסמך, ללא שנערך דיון מעמיק בהשלכות השינוי וודאי שלא דיון ציבורי – משולל תוקף.

## (2) תיקון הטופס אינו מרפא את ההפליה

אף אם ניתן להניח כי תיקון הטופס האמור נעשה כדין ובסמכות, ספק אם תיקון טופס רישום האבהות, המעורר קושי כשלעצמו, מרפא את ההפליה שבין זוגות נשים לבין זוגות בני מינים שונים, כפי שקובע השופט מלצר. שהרי הזיקה הגנטית שבין הילד לאב המצהיר אינה נבדקת, ובפועל אף אחד אינו מערער על הצהרה זו.<sup>214</sup> מצב דברים זה מוביל לכך שהמדינה תיקנה "באופן קוסמטי" את ההפליה, במסווה של הוספת כמה מילים לתצהיר שעליו חותמים בני הזוג מיד לאחר הלידה ושאמיתות תוכנו ממילא אינה נבדקת (ולגישתנו, טוב שאינה נבדקת). במובן זה המדינה מאפשרת לזוגות בני מינים שונים "להימלט" מאותה פרוצדורה מכבידה שאליה כפופים זוגות נשים אוטומטית.<sup>215</sup> הנמקה זו של המשנה לנשיאה מלצר בנוגע לתיקון טופס רישום

212 לעניין זה, ראו עניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7.

213 מדיניות זו מציבה דילמה בפני הגבר בנסיבות של תרומת זרע: האם לעצום עיניים ולחתום על טופס זה כי הוא האב הביולוגי או למסור הודעה כוזבת? השוו ללי ירון "כדי לא לתת ללסכיות זכויות שוות, המדינה מקשיחה רישום אבות" **הארץ** (23.7.2018)

<http://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.6295524>

214 פרקטיקה של הסתרה ושל דיווח שקרי מעוררת קושי במגוון רחב של היבטים. ראו רות זפרן "סודות ושקרים": על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" **משפטים** לה 519 (2005).

215 לאחרונה פסק בית משפט לענייני משפחה, כי במקרה של בנות זוג שהביאו לעולם ילדה באמצעות החדרת ביצית מופרית של אחת מהן לרחם של השנייה בהליך שבוצע בחו"ל, האם הגנטית תורכר כאם המשפטית באמצעות צו הצהרתי שיינתן לאחר שיוכח הקשר הגנטי שלה. ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 58526-01-20 **ע' נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 14.10.2020). נדגיש כי הליך של תרומת גמטה מבת זוג אחת לרעותה אינו אפשרי בארץ לנוכח קביעת בית המשפט העליון בפרשת **משה**, לעיל ה"ש 166. ואולם מעבר לכך, קביעה זו של בית המשפט ממילא אינה מייטרת את הצורך במיסוד מעמדה של האם הגנטית באמצעות הליך שיפוטי, וההפליה בין זוג נשים לזוג שלא מאותו מין נמשכת; שהרי במקרה האחרון, בן הזוג של האם היולדת – שהוא האב הגנטי – זכאי להירשם כהורה באמצעות חתימה על טופס, בעוד שכאן בת הזוג – שהיא האם הגנטית – נדרשת להליך שיפוטי ולבדיקה גנטית.

האבהות מנביעה אי-שוויון תוצאתי על רקע נטייה מינית, שהרי המדיניות הנוכחית ככלל תיטיב עם זוגות בני מינים שונים לעומת זוגות נשים.<sup>216</sup> ראינו את התרופפות ההנחה בדבר אבהות הבעל לבין הזיקה הגנטית, תוך הענקת משקל ניכר לקשר שבין ההורים כשיקול בהגדרת האבהות המשפטית.<sup>217</sup> על רקע זה אנו מבקשים להבהיר, כי לגישתנו אף הסברה בדבר שוני רלוונטי בין זוגות נשואים שמאותו מין לזוגות נשואים שלא מאותו מין, המושתתת על "חזקה בדבר זיקה ביולוגית" (בין הבעל לילד) שמתקיימת רק אצל זוגות שלא מאותו מין,<sup>218</sup> אינה חפה מקשיים.<sup>219</sup>

### (3) אופי צו ההורות הפסיקטי וההשלכות לעניין הרישום

לאחר שדנו ברישום ההורה במרשם האוכלוסין ובמכלול ההיבטים הנוגעים לטופס הצהרת האבהות, נעבור להיבט האחרון שבו בחרנו לדון ביחס להכרעה בעניין צור-וייסלברג – מעמדו של צו ההורות הפסיקטי. השופט הנדל נימק את פסק דינו בהתבסס על ראייתו את צו ההורות הפסיקטי כמכונן את יחסי ההורות (ולכן בלעדיו אין יחסי הורות הניתנים לרישום). אולם השופט הנדל הוסיף כי אף אם צו ההורות הפסיקטי מצהיר על ההורות ואינו מכונן אותה, עדיין צו זה הוא מוסד חדש שהוא יציר פסיקה (ולא חקיקה), ודי בכך כדי להתנות את הרישום בפנייה לבית המשפט להוצאת הצו. עמדתו של השופט הנדל בעניינים אלו אינה חפה מקשיים, כפי שנפרט להלן. בפסיקה (ובספרות האקדמית) ישנה מחלוקת אם צו ההורות הפסיקטי מכונן את ההורות או רק מצהיר עליה.<sup>220</sup> אולם עצם הצגת המחלוקת באופן זה מבטאת תפיסה

216 תפסת השוויון התוצאתי בנוגע לקהילת הלהט"ב מצאה ביטוי מובהק בפסק הדין של השופט עמית בע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1 (2010), והיא עשויה לשפוך אור על הסוגיה שלפנינו. בעניין זה נקבע, כי עקרון השוויון של הפרט השייך לקהילת הלהט"ב עשוי להוביל להגמשת קריטריונים אובייקטיביים בשל הפגיעה ארוכת השנים בקהילה זו (שם, בעמ' 49-50). לניתוח פסק הדין ולהשלכות הרוחב שלו על שיח זכויות להט"ב בישראל, ראו אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" **מעשי משפט** ה' 101, 104-101 (2013). ייחודה של תפיסה זו הוא בכך שהיא מבטאת תפיסה של העדפה מתקנת. ייבוא גישה זו לבג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 1, היה עשוי להוביל למסקנה שונה מזו שנקבעה; שהרי הקריטריון "האובייקטיבי" של קיום זיקה ביולוגית בין ההורה לבין הילד מוביל בשיטתיות לכך שהורות שאינה ביולוגית, המאפיינת זוגות מאותו מין, כפופה להליך שיפוטי. תפיסה דומה של שוויון תוצאתי קיבלה משנה תוקף בפסק הדין בעניין **ארד-פנקס**, לעיל ה"ש 93.

217 כמוסבר לעיל בפרק א.

218 לעניין זה, ראו לעיל ה"ש 187 והטקסט שסמוך לה; דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 85-86 לפסק דינה של הנשיאה חיות (אשר סברה בדומה לדעתו של המשנה לנשיאה מלצר בבג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 1).

219 אין בדברים אלה כדי להפחית מחשיבות קיומם של נישואים פורמליים כאינדיקציה לקיומה של זוגיות, וכמאפיין המצדיק הכרה מהירה וישירה יותר בהורות מכוח זוגיות, כאמור לעיל בטקסט נלווה לה"ש 111.

220 לגישה בפסיקה שצידדה בעמדה כי צו ההורות הפסיקטי הניתן כאשר להורה הלא-ביולוגי הוא מכונן, ראו בע"מ 3518/18, לעיל ה"ש 190; בע"מ 4880/18 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (אר"ש 24.1.2019); ע"מ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 **נציג היועץ המשפטי לממשלה**

שגויה באשר לתפקיד המשפט בכינון ההורות, ובהתאם גם באשר לתפקידו של הצו הפסיקטי. כפי שהבהרנו בחלקו הראשון של המאמר, המשפט תמיד מכונן את ההורות המשפטית, במובן זה שהמשפט הוא שמכריע מהן הזיקות שעל בסיסן תוכר ותתהווה ההורות.<sup>221</sup> במשפט אין הורות שהיא אינה משפטית.<sup>222</sup> גם קביעה שהורות מבוססת על זיקה ביולוגית היא קביעה משפטית.

תפקידו של צו ההורות הפסיקטי הוא למסד את ההורות, קרי להצהיר על התקיימותה של הזיקה הרלוונטית להגדרת ההורות (לגישתנו בהקשר זה – יחסי זוגיות, אך יש מי שיטען שהזיקה הרלוונטית היא כוונה או הסכמה) ולהשלים את הליך יצירת הסטטוס. במובן זה לגישתנו – ובניגוד לגישתו של השופט הנדל – צו ההורות הפסיקטי אינו מכונן את ההורות, אלא מצהיר על האלמנטים המכוננים שהתגבשו במעמד הלידה יחד עם הילד שנולד לעולם ובזיקה אליו.<sup>223</sup>

לגישת השופט הנדל, הקביעה בפסק הדין של בית המשפט העליון בבע"ם 3518/18 בעניינו של זוג המבצע הליך נשיאת עוברים בחו"ל, שקבע כי צו ההורות הפסיקטי הוא מכונן,<sup>224</sup> תקפה גם באשר לזוג נשים הנעזר בתרומת זרע.<sup>225</sup> אנו סבורים כי ההשוואה בין צו הורות הניתן בהליך נשיאת עוברים לבין צו הניתן בנסיבות של זוג

**חיפה נ' פלונית**, פסק הדין של השופטת ורבנר ופסק הדין של השופט שרעבי (נבו 24.5.2018); עמ"ש (מחוז ת"א) 41143-01-17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' א'**, פסק הדין של סגן הנשיא שנלר ופסק הדין של סגן הנשיא ורדי (נבו 10.6.2018); עמ"ש (מחוז מר) 2183-11-17 **ב"ב היועץ המשפטי לממשלה נ' ממ"ד** (נבו 20.12.2018); תמ"ש (שלוש פ"ח) 8184-07-16 **דס"ג נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 18.12.2016); תמ"ש (משפחה פ"ח) 52940-06-16 **ג"ד נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 22.5.2017); תמ"ש 49944-01-18, לעיל ה"ש 157. עמדת המדינה היא כי צו ההורות הוא מכונן. ראו **דו"ח הצוות המקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקטי**, לעיל ה"ש 156. לגישה בפסיקה שצירדה בעמדה כי צו ההורות הפסיקטי מצהיר על הורות שהתגבשה במועד הלידה (גישה אשר נדחתה בידי בית המשפט העליון לאחרונה בבע"ם 3518/18, לעיל ה"ש 190), ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 41067-04-16 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (נבו 1.12.2016) (להלן: תמ"ש 41067-04-16); תמ"ש (משפחה חי) 57390-09-16 **עב"צ נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה** (נבו 30.1.2017); תמ"ש (משפחה ת"א) 11587-07-17 **אק"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 26.10.2017); תמ"ש (משפחה פ"ח) 18565-12-17 **פלונת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (משפחה ולהט"ב 55706-06-17 **פלונת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (משפחה ולהט"ב 22.3.2018); תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-08-17 **ט"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 9.6.2018); תמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 **מב"א נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 7.1.2019). לדיון בספרות, ראו מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק", לעיל ה"ש 41, בעמ' 140-141 (המחבר מצדד בגישה שלפיה צו הורות פסיקטי שניתן באשר להורה הלא-ביולוגי מכונן הורות, לעומת צו הורות שניתן באשר להורה הגנטי שהוא הצהרתי); מיכאל קורניאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני" **המשפט ג** 63, 68 (1996). לגישה שונה מזו, ראו נעמן, לעיל ה"ש 60, בפרק ד (המחבר אוהו בעמדה המוצגת במאמר זה, ולפיה צו הורות פסיקטי ממסד הורות שהתגבשה בלידה).

221 ראו את הדיון לעיל בפרק א.

222 ראו Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 18.

223 נעמן, לעיל ה"ש 60.

224 בע"ם 3518/18, לעיל ה"ש 190.

225 בג"ץ **צור-וויסלברג**, לעיל ה"ש 1, בפס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

נשים הנעזר בתרומת זרע<sup>226</sup> אינה חפה מקשיים. קשיים אלה בולטים בפרט לנוכח העובדה שבהתקשרות לנשיאת עוברים התערבות בית המשפט מוצדקת יותר, בשל המורכבות המשפטית והבין-אישית של ההליך ובמטרה להגן על האינטרסים של האישה הנושאת ועל זכויותיה.<sup>227</sup>

אף השוואה בין צו הורות פסיקתי לצו אימוץ, שמציג השופט הנדל (כבסיס נוסף לקביעה כי צו הורות פסיקתי בהליך של זוג נשים הנעזר בתרומת זרע הוא מכונן),<sup>228</sup> מעוררת קושי. שהרי בהליך האימוץ הקשר שבין המאומץ להוריו הביולוגיים מתנתק. במובן זה צו אימוץ מכונן קשרי הורות חדשים שלא היו קיימים קודם בין ההורים המאמצים לבין המאומץ.<sup>229</sup> דא עקא שאין הדבר דומה לצו הורות פסיקתי. שהרי במסגרת הליך מתן צו ההורות אין צורך לבצע כל ניתוק של קשרי הקטין מגורמים אחרים. ניתן לטעון אף את ההפך, כי מדובר בנסיבות שבהן האם הנוספת מוגדרת בפועל כהורה לקטין שאותו היא מגדלת מיום לידתו. בהתאם לקו טיעון זה, צו ההורות משקף מצב עובדתי של הורות קיימת שטרם קיבלה סטטוס רשמי.<sup>230</sup>

כמו כן, ספק אם יש בעובדה שצו הורות פסיקתי נולד מתוך היקש לצו הורות חקיקתי או בהשראת חוק האימוץ (עובדה המשמשת בסיס למסקנתו של השופט הנדל) כדי להחיל דין שווה בין השניים.<sup>231</sup> התפתחויות בעשור האחרון, כגון ויתור על דרישת התסקיר כדרישה אוטומטית במסגרת צווי הורות פסיקתיים (דרישה שנותרה שרירה וקיימת במסגרת צו אימוץ וצו הורות חקיקתי),<sup>232</sup> העובדה כי צו הורות פסיקתי יכול לחול רטרואקטיבית, לפחות בנסיבות של זוג הנשים הנעזר בתרומת זרע אנונימית (בשונה מצו הורות חקיקתי)<sup>233</sup> והעובדה כי צו הורות פסיקתי יכול להינתן גם לאדם

226 השופט הנדל טוען, שם, כי "בהעדר חקיקה קונקרטיה בעניין, הפיתוח הפסיקתי אינו יכול להרחיק לכת אל מעבר למקורות ההשראה בחוק האימוץ ובחוק הפונדקאות, ולהעניק לזיקה לזיקה מעמד 'אוטומטי' שאינו טעון כינון".

227 במאמר זה איננו מכריעים בשאלה אם ראוי שמעמד ההורים המיועדים בהליך נשיאת עוברים יוסדר ללא התערבות בית המשפט. יובהר כי בניגוד לעמדתנו, הנשיאה חיות במסגרת הדין הנוסף סברה כי בכלל המקרים של מודל הזיקה לזיקה, לרבות בנסיבות של צו הורות מכוח חוק הפונדקאות וצו אימוץ, נדרש בית המשפט לדרון בשאלות מורכבות. ראו דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 74 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

228 בג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 1, בפסק הדין של השופט הנדל.

229 ראו ס' 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

230 השוו תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 **א"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 11.3.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 19776-02-16 **ב"כ היועמ"ש נ' ר"ס** (נבו 18.12.2016); תמ"ש-41067-04-16, לעיל ה"ש 220; עניין **מב"א**, לעיל ה"ש 220.

231 בעניין זה אין תמימות דעים באשר להנחת המוצא כי צו ההורות הסטטוטורי מכונן הורות. לעניין זה, ראו את עמדותיהם של הנשיאה חיות ושל המשנה לנשיאה פוגלמן לעומת עמדתו של השופט מינץ בדנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 36-40 לפסק הדין של הנשיאה חיות, פס' 15 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן ופס' 11-12 לפסק הדין של השופט מינץ.

232 השוו נעמן, לעיל ה"ש 60.

233 עניין **איילון**, לעיל ה"ש 174.



שאינו תושב ישראל (בשונה מצו הורות חקיקתי)<sup>234</sup> – ממחישות כי אנלוגיה לחוד ודין לחוד.<sup>235</sup>

לסיום פרק זה נזכיר את נימוקו החלופי של השופט הנדל, שלפיו אף אם צו ההורות נושא אופי הצהרתי, היותו של הצו יציר הפסיקה והחדשנות הגלומה בו מצדיקים שבית המשפט יהיה הגוף אשר יבחן את עמידת המבקשים בקריטריונים בטרם הרישום במרשם.<sup>236</sup> בהקשר זה נבקש להעיר כי דיני ההורות בישראל, ובכללם המקום שניתן לזוגיות כתשתית להכרה בהורות, הם במידה רבה יציר הפסיקה.<sup>237</sup> לכן העובדה שצו ההורות הפסיקתי אינו מבוסס על חקיקה מהווה טיעון חלש לדרישה למעורבות שיפוטית כתנאי לרישום במרשם האוכלוסיין. ההתפתחויות מן העשור האחרון מעידות כי מודל הזיקה לזיקה ואופן יישומו עוצבו מעת לעת בידי בתי המשפט, ובהתאם להבנת הצרכים השוטפים של משפחות שבהן לאחד מבני הזוג אין זיקה ביולוגית לילד. משניתן לבית המשפט המנדט ליצור מודל זה – מנדט אשר לא בוטל עד כה בידי המחוקק ואשר קיבל גושפנקה של משרד העבודה והרווחה ושל היועץ המשפטי לממשלה – עולה השאלה, מדוע שלא יינתן לבית המשפט המנדט לקבוע את אופן יישומו של מודל זה עד להסדרה חקיקתית. שאלה זו מקבלת משנה חשיבות לנוכח הפגיעה הכרוכה בניהול הליך שיפוטי כתנאי לרישום במרשם כפי שפירטנו לעיל בפרק ג.

## מילים לסיכום

המשפט הישראלי ניצב כיום על פרשת דרכים בכל הנוגע לעיצוב הגדרת ההורות ולשאלת מיסודה. לנוכח ההסדרה החסרה של שאלות אלה, ובפרט לנוכח המגוון של אמצעי ההולדה בסיוע והפלורליזם המשפחתי המאפיין את השימוש בהם, הכרעת המשפט נדרשת בעת הזאת. טכניקות ההולדה (הולדה בסיוע של תרומת גמטה או של אישה נושאת או של שניהם) והשינויים החברתיים ביחסי המשפחה שהתעצמו במהלך העשורים האחרונים של המאה העשרים הביאו עימם הזדמנות לחשיבה מחדשת על האופן שבו מוגדרת הורות במשפט. מבין שבילים חלופיים שניתן ללכת בהם –

234 עמ"ש (מחוזי ת"א) 47781-12-19 **מדינת ישראל נ' קמ"ל** (נבו 4.1.2021). המדינה הודיעה כי היא אינה מתנגדת עוד באופן גורף למתן צו הורות פסיקתי לאדם שאינו תושב ישראלי. ראו בע"מ 802/21 **מדינת ישראל נ' פלונית**, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 26.4.2022).

235 הרחבה זו עשויה להעיד כי צו ההורות הפסיקתי אינו הסדר מקביל לצו הסטטוטורי אלא מדובר בהסדר שונה במהותו, הגם שהוא עוצב בהשראת החוק ונושא שם דומה. נעיר כי התפתחות זו אינה מהווה לגישתנו חריגה מסמכותו של בית המשפט, משניתן לבית המשפט האישור ליצור צו הורות פסיקתי (בדמות הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה בעניין **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 7, להליך זה) – אישור שלא בוטל בידי המחוקק ואשר אושרר בידי היועץ המשפטי לממשלה ולאחר מכן בידי משרד העבודה והרווחה. לעמדה דומה, ראו את עמדתו של המשנה לנשיאה פוגלמן בדנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 39-40 לפסק דינו.

236 בג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 1, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל. הנשיאה חיות אוחת בעמדה דומה לעמדתו של השופט הנדל. ראו דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 2, בפס' 34 לפסק דינה.

237 כפי שמוסבר בתחילת המאמר.

כבר ניכרים סימניו של המשפט האקטואלי – ביקשנו לחזק את המסלול הקושר בין יחסי בני הזוג, ההורים הפוטנציאליים, לבין הילד. ביקשנו במאמר זה לבסס את הטענה התומכת בחזקת הזוגיות כתשתית להכרה בהורות, עמדנו על התשתית הנורמטיבית שלה ועל השורשים שכבר נטעה במשפט הישראלי, וכן ביקשנו לבסס את ההצעה שלנו למסד הורות זו באמצעות הצהרה משותפת שתיתן סמוך ללידה בהליך רישומי-מנהלי. הסברנו כיצד לגישתנו ראוי לקלוט את הצעתנו תוך התייחסות לאלמנטים יישומים של המודל, הן במקרים היותר פשוטים והטיפוסיים, בנסיבות שבהן הזוגיות עודה תקפה וההורות שההכרה בה מתבקשת מוסכמת על שני בני הזוג, והן במקרים היותר מורכבים, כעוגן להכרעה כאשר בני הזוג נפרדו או כאשר הם חלוקים בנוגע לשאלה של זיהוי ההורה. עם זאת לנוכח חדשנותו של מודל הזוגיות כמודל להכרה בהורות וראשוניותו של הדיון בו, אנו בוחרים להותיר לעת עתה שאלות מורכבות בצד, ובהן השאלות הבאות: כיצד ראוי ליישם מודל זה בהליך נשיאת עוברים, הכורך מטבעו מורכבויות אתיות ומשפטיות הנוגעות לאישה הנושאת? כיצד ראוי ליישם מודל זה בנסיבות של יותר משני הורים לילד? אנו סבורים כי ראוי ששאלות אלה יתבררו במחקר עתידי נפרד.

הערך המרכזי, השזור כחוט השני במאמר זה, הוא הגשמת היחסים המשפחתיים ובפרט אלו שבין הילד לבין הוריו. לטענתנו, מימוש ערך זה מחייב הכרה במעמד ההורה סמוך ללידה בצורה פשוטה – באמצעות הצהרה משותפת של הזוג, בדומה למבוקש בעתירה של משפחת צור-וייסלברג. תוצאה זאת מתבקשת בין אם נשקיף על ערך זה מנקודת מבטו של ההורה, הנטועה בהקשר הזוגי-משפחתי וכחלק מהזכות להורות, ובין אם נשקיף עליו מנקודת מבטו של הילד, כחלק מזכותו להבטחת יחסיו עם הורהו, זכותו להורה. עמדה ערכית זו מתיישבת עם המודל שביקשנו להציע, המדגיש את המקום של הקשר הזוגי (במובנו הרחב) בקביעת ההורות.