



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בע"מ 69395-03-25

לפני :

כבוד השופטת דפנה ברק ארז
כבוד השופטת יעל וילנר
כבוד השופט עופר גרוסקופף
כבוד השופט אלכס שטיין
כבוד השופט יחיאל כשר

המבקשים :

1. פלונית
2. פלוני

נגד

המשיבים :

1. אלמונית
2. אלמוני
3. היועצת המשפטית לממשלה – במשרד הרווחה
והביטחון החברתי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד, מיום
10.3.2025, בעמ"ש 64159-11-24 שניתן על-ידי כבוד סגנית
הנשיאה ו' פלאוט, והשופטים צ' ויצמן וא' ברנד

תאריך ישיבה :

ה' בניסן, התשפ"ה (3.4.2025)

בשם המבקשים :

עו"ד שמואל מורן, עו"ד נועה גלרמן-ליאל,
פרופ' פנחס שיפמן, פרופ' רועי גילבר, עו"ד דורי
כספי; עו"ד שירה פרידן, עו"ד יהונתן הרוש

בשם המשיבים 2-1 :

עו"ד גלית קרנר, עו"ד יהונתן קניר, עו"ד מיכל קניר
לובלין, עו"ד עדי דדי גידו, עו"ד רות אדיב,
עו"ד פרופ' איילת בלכר פריגת, עו"ד פרופ' יחזקאל
מרגלית

בשם המשיבה 3 :

עו"ד רות גורדין

הקטינה פלונית (באמצעות
אפוטרופסיות לדין) :

עו"ד נטע ברק; עו"ד מיה שושטרי; עו"ד ז'ניה פיכמן

פסק-דין

השופטת יעל וילנר:

פתח דבר

1. לאורך שנות עבודתו של שופט, מובאים לשולחנו תיקים מורכבים רבים. הכרעות קשות, אשר לא פעם טומנות בחובן השלכות מרחיקות לכת על חייהם של בעלי-הדין, ניתנות על ידו כעניין שבשגרה. אולם, מקרים מעטים מגלמים בתוכם שילוב נסיבות – עובדתיות ומשפטיות – כה יוצאות דופן וטראגיות, כאלו ששָׁמַעַם לא משאיר אוזן אדישה, ולא מותיר עין יבשה. ענייננו נמנה, ללא ספק, עם מקרים אלו.

2. ענייננו בילדה – ס', שחרף חייה הקצרים הספיקה לעבור תלאות רבות. שני זוגות הורים מבקשים כי יכירו בהם כהוריה, ובכך לזכות בזכות הנשגבת לשאת בנטל ההורות. שני זוגות ההורים רוצים לגדלה, עותרים לשאת באחריות לחנכה ולספק את כל צרכיה. אלו אומרים – מצור מחצבתי היא, ואלו אומרים – פרי בטני היא; שניהם טובים וראויים, שניהם מבקשים להיות לה לאב ולאם.

3. "תחרות" זו בין שני זוגות ההורים היא תולדה של טעות טראגית של החלפת עוברים, שגגה אשר לא נגרמה באשמתו של אף אחד מהזוגות. שני זוגות ההורים עברו דרך ייסורים ארוכה כדי לזכות בפרי בטן. כפי שעוד יפורט באריכות בפסק הדין – שני זוגות ההורים מחזיקים בזיקה הורית לס'; שניהם מסוגלים לטפל בה ולספק לה את כל צרכיה.

4. במעין "משפט שלמה" של תקופתנו, הוטלה עלינו, השופטים, המלאכה להכריע מי "היא אימו" (מלכים א ג, כז) ומיהו אביו. השופט מ' חשין, אשר נדרש לשאלות בעלות מאפיינים דומים, הטיב לתאר את הקושי ולהביע את המועקה: "הנה זו אם השולחת ידיה לפנים ומבקשת כי יושב בנה אליה. ומי הוא אשר לב לו ולא ייענה לה לאם? ואם לא יוכל להיענות לה, כיצד זה לא יסב פניו אל צדו? [...]" ולוואי והותר לו לשופט לומר איני יודע" (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 88 (1995)).

בשונה מההכרעה שניצבה בפני החכם באדם, לא האמת העובדתית נסתרת מאיתנו; זו גלויה וידועה, ולא נפלה בה מחלוקת. שאלה אחרת מעוררות הנסיבות

הטראגיות שלפנינו, משפטית באופייה – למי מההורים מקנה הדין הישראלי את מעמד ההורות?

5. כפי שארחיב בהמשך, דעתי היא כי במקרה דנן, בהתאם לדין הישראלי, ב"תחרות" הזיקות ההוריות שבין האם היולדת לבין ההורים הגנטיים, ידה של האם היולדת על העליונה; וכי בהמשך לכך, יש לקבוע כי המשיבים הם הוריה המשפטיים של הקטינה.

לצד זאת, יובהר מיד: לא באנו לגזור הורות לכאן או לכאן – הורות במובנה המלא, הזהותי, הרגשי, החווייתי, שחורג מ-ד' אמותיו של השדה המשפטי. כוחנו וסמכותנו כשופטים מצומצמים לקטגוריה הצרה של "הורה על פי דין", ולזיהוי "ההורים המשפטיים", בהתאם לכללי המערכת הנורמטיבית שמכוחה אנו פועלים. ברי כי מוסד ההורות המשפטית, אינו מתיימר לחפוף ולמצות את מושג ההורות בכללותו, על מלוא עושרו ומובניו. כך, אין, ולא יכולה להיות, קביעה משפטית אשר תביא לניתוק הזיקה שבין ס' לבין כל אחד מהצדדים שבפנינו. החומר הגנטי, אשר בא לידי ביטוי בכל תא ותא בגופה של ס', יישאר תמיד זה שניתן לה מהוריה הגנטיים. כמו כן, לא ניתן למחוק את הזיקה הפיזית שבין אם לביתה, אותה נשאה ברחמה, ילדה, הזינה וטיפחה. לא ניתן למחוק את הזיקה הרגשית והנפשית שנרקמה בין ההורים המגדלים לבין ס' אשר אותה גידלו מרגע שהגיחה לאוויר העולם (ועוד קודם לכן), ועד שגדלה להיות כבת שנתיים וחצי, דרך כל אותם ציוני דרך – חיוך ראשון, מילה ראשונה, צעד ראשון. על כן, יודגש חזור והדגש, כל שייקבע בפסק דין זה אינו משנה, ולא יכול לשנות, דבר מהמאפיינים הזהותיים הטבועים בצדדים שבפנינו ובס', ומהזיקה שקיימת ביניהם.

מסגרת הדיון

6. בשים לב לשאלה המשפטית התקדימית שמתעוררת בענייננו, ובהתאם לסמכותנו שלפני תקנה 149(2)(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, אשר חלה על הבקשה שלפנינו מכוח תקנה 44 לתקנות בית משפט לענייני משפחה (סדרי דין), תשפ"א-2020, החלטנו לדון בבקשה כאילו ניתנה רשות והוגש ערעור על פיה. בהתאם, המבקשים יכוננו להלן המערערים או ההורים הגנטיים, והמשיבים יכוננו גם האם היולדת ובן זוגה או ההורים המגדלים.

7. ביום 26.10.2022 באה לעולם הקטינה ס'. הורתה של ס' נעשתה בדרך של הפריה חוץ-גופית (IVF – In Vitro Fertilization) שביצעה האם היולדת בבית החולים "אסותא" בראשון לציון (להלן גם: בית החולים).

8. השתלת הביציות המופרות (להלן: העוברית) לרחמה של האם היולדת, בוצעה ביום 23.2.2022. בעת שהאם היולדת הייתה בשבוע ה-28 להריונה נתגלה מום בליבה של העוברית, שבעקבותיו נערכה לאם היולדת בדיקת מי שפיר שכללה גם בדיקה גנטית. תוצאות הבדיקה העלו כי אין התאמה גנטית בין העוברית לבין האם היולדת ובן זוגה, נתון שהוביל למסקנה כי השתלת העוברית ברחמה של האם היולדת – מקורה בטעות, וכי העוברית נוצרה מזרע וביצית של הורים גנטיים אחרים, שזהותם לא הייתה ידועה אותה שעה. יצוין, כי בשבוע ה-36 להיריון, ובמסגרת טיפול במום שנתגלה אצל העוברית, עברה האם צנתור תוך-רחמי בהרדמה מלאה – פרוצדורה שהייתה כרוכה בסיכון חיים לעוברית ולאם.

ההליכים בשאלת ביצוע הבדיקה הגנטית

9. הממצא בדבר העדר זיקה גנטית בין העוברית לאם היולדת, הוביל לעריכת בדיקות לבירור מקור הטעות, ובכלל זה, להתחקות אחר ההורים הגנטיים. הליכי הבדיקה שנערכו בבית החולים, וההליכים המשפטיים שהתקיימו בהמשך להם, לאיתור ההורים הגנטיים, פורטו בפסקי דין קודמים, הן בבית משפט זה (בע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית (6.3.2023) (להלן: בע"מ 856/23); דנ"א 2140/23 פלונית נ' אלמונית (8.5.2023) (להלן: דנ"א פלונית)), הן בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ועל כן אחזור להלן על הדברים אך בתמצית.

10. משהתברר דבר הטעות בהשתלת העוברית כאמור, הקים בית החולים צוות בדיקה שמצא כי השלב בעל הפוטנציאל הגבוה ביותר להתרחשות הטעות, הוא שלב הקפאת העוברים של האם היולדת ובן זוגה. בהמשך לכך, בירר צוות הבדיקה את זהותן של נשים נוספות שטופלו ביחידת ההפריה החוץ-גופית בבית החולים באותם מועדים שבהם טופלה האם היולדת, ומתוכן הצביע על מטופלת מסוימת שלגביה סבר כי קיימת הסבירות הגבוהה ביותר כי היא בעלת קשר גנטי לקטינה. זאת, בשים לב לשורה של פרמטרים, בהם חפיפה במועד הקפאת העוברים, מיקום אחסנתם במקרר ההקפאה בסמוך

לעובריהם של האם היולדת ובן זוגה, ועוד. בהמשך לאמור, הגיש בית החולים בקשה לבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון, אליה הצטרפו בהמשך המטופלת הנזכרת ובן זוגה, לביצוע בדיקת קשרי משפחה על דרך של בדיקת רקמות שלא בהסכמת הנבדק, בהתאם לסעיף 128 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000 (להלן: חוק מידע גנטי). לאחר שבית המשפט קיבל את הבקשה, חרף התנגדות האם היולדת ובן זוגה (תמ"ש 44718-09-22), ולאחר שערעור על החלטה זו נדחה בבית המשפט המחוזי (עמ"ש 16877-10-22), נערכה הבדיקה הגנטית ונמצא כי לא מתקיים קשר גנטי בין הנבדקים לבין העוברית.

11. ביום 26.10.2022 נולדה כאמור הקטינה, ומאז ועד עתה מגדלים אותה האם היולדת ובן זוגה, אשר אף נרשמו כהוריה במרשם האוכלוסין.

12. על רקע תוצאות הבדיקה הגנטית שנערכה, אשר שללה כאמור זיקה גנטית בין העוברית למטופלת שעליה הצביע צוות הבדיקה, הקים בית החולים צוות בדיקה נוסף לבירור מקור הטעות, ולצד זאת מינה בתיאום עם משרד הבריאות את פרופ' רוני גמזו, מנכ"ל המרכז הרפואי תל-אביב איכילוב, כיועץ חיצוני ובלתי תלוי להליך הבדיקה. צוות הבדיקה החדש ופרופ' גמזו מצאו כי המתודולוגיה שהנחתה את צוות הבדיקה הקודם הייתה נכונה; ועם זאת, סבר פרופ' גמזו כי יש להרחיב את מעגל הבדיקה למטופלות נוספות ששליבים שונים של הטיפול בהן – מועדי שאיבת הביציות, הפרייתן או הקפאתן – חפפו את אלו של האם היולדת, כך שישנה היתכנות שאחת מהן היא אמה הגנטית של העוברית. מתוך קבוצה זו, נמצאו 22 מטופלות שיש "סבירות נמוכה אך קיימת" לקשר גנטי בינן לבין העוברית (להלן: קבוצת ה-22). על רקע זאת, פנו ארבע מטופלות מקבוצה זו לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה להורות על עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה בינן לבין הקטינה (תמ"ש 13173-11-12). חרף התנגדות האם היולדת ובן זוגה לביצוע הבדיקות, קיבל בית המשפט לענייני משפחה ביום 7.12.2022 את הבקשה, תוך שקבע כי אי-הוודאות גורמת למטופלות ולבני זוגן סבל רב, ולאחר שמצא כי הדבר עולה בקנה אחד גם עם טובתה של הקטינה (במקביל, דחה בית המשפט בקשה אחרת של מטופלת נוספת, שלא נמנתה על קבוצת ה-22, מאחר שלגביה נשללה אפשרות סבירה של קשר גנטי לקטינה (תמ"ש 45792-11-22)).

13. על החלטה זו ערערו האם היולדת ובן זוגה לבית המשפט המחוזי (עמ"ש 18145-12-22), אשר הורה על השבת התיק לבית המשפט לענייני משפחה, לצורך מינוי אפוטרופוס לדין לקטינה בהתאם להוראת סעיף 128(ב) לחוק מידע גנטי, וכן על איחוד הדיון בתביעות נוספות שהוגשו לבית המשפט לענייני משפחה, ביני וביני, על ידי שתי

מטופלות נוספות מתוך קבוצת ה-22 ובני זוגן (תמ"ש 2096-12-22 ותמ"ש 30255-12-22).

14. בהתאם לאמור, הורה בית המשפט לענייני משפחה על מינוי אפוטרופסיות לדין לקטינה. בעמדה שהגישו, הסכימו האפוטרופסיות לדין על עריכת הבדיקות הגנטיות, ובלבד שתוצאותיהן לא יובילו לכינון יחסי הורות לפי דין, גם אם יימצאו הוריה הגנטיים של הקטינה, כאשר בעתיד ניתן יהיה לשקול מתכונת של מפגש והיכרות בין הקטינה להוריה הגנטיים לאחר התייעצות עם מומחים. בפסק דינו מיום 11.1.2023 שב בית המשפט לענייני משפחה וקיבל את בקשת המטופלות שנמנו עם קבוצת ה-22 לערוך להן בדיקה גנטית, ולצד זאת, דחה את עמדת האפוטרופסיות לדין שלפיה יש לקבוע כבר באותו שלב כי האם היולדת ובן זוגה בהכרח יגדלו את הקטינה כהורים, מהטעם שקביעה זו חורגת מגבולותיהן של הבקשות שלפניו.

15. היולדת ובן זוגה שבו וערערו לבית המשפט המחוזי, אשר דחה את הערעור בפסק דינו מיום 29.1.2023 (עמ"ש 31379-01-23). נקבע, כי מתקיים "סיכוי סביר" למציאת קשר גנטי בין המבקשות שנמנו על קבוצת ה-22 לבין העוברית; כי בנסיבות העניין, האינטרס של המבקשות גובר על זה של האם היולדת ובן זוגה שלא לדעת ולברר את זהותה הגנטית של הקטינה; וכי הדבר תואם את טובת הקטינה להכיר את שורשיה הגנטיים, ואף את האינטרס הציבורי להסרת ספק מליבן של מטופלות נוספות, ולתרום לחקר התקלה שנעשתה בבית החולים, לצורך מניעת הישנותה.

16. האם היולדת ובן זוגה הגישו בקשת רשות ערעור לבית משפט זה (בע"מ 856/23). הערעור התקבל לגופו ברוב דעות (השופטים א' שטיין ו-ע' גרוסקופף, נגד דעתה החולקת של השופטת ד' ברק-ארז). דעת הרוב הייתה, בתמצית, כי הסיכוי שמי מהטוענות להורות גנטית אכן תימצא ככזו לאחר בדיקה אם תיערך – נמוך, ואינו מגיע לכדי "סיכוי סביר", כדרישת סעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי. השופט שטיין קבע כי לצורך בקשה לעריכת בדיקה גנטית בהתאם לסעיף זה, נדרש להוכיח קיומו של "סיכוי סביר" באופן אינדיבידואלי, ולא באופן קבוצתי; על רקע זאת, קבע השופט שטיין כי אף מבלי להגדיר במדויק מהו "סיכוי סביר" לעניינו של הסעיף הנזכר, הסתברות נמוכה מ-5% – כפי שחישב ומצא ביחס לכל אחת מהמטופלות – אינה עולה כדי "סיכוי סביר". עוד העיר השופט שטיין, כי במקרים של תקלה כדוגמת זאת שנדונה לפניו, האם היולדת זכאית לדבוק בזכות ההורות שלה, ואם כך היא תבחר לעשות, בית המשפט יהא חייב, ככלל, לכבד את רצונה. השופט גרוסקופף הצטרף לדעה כי הוכחת "סיכוי סביר" צריכה

להיעשות באופן אינדיבידואלי, אולם סבר כי פרשנותו של מונח זה אינה נגזרת רק משיקולים הסתברותיים. לגישת השופט גרוסקופף, המונח "סיכוי סביר" אין פירושו סיכוי שאינו זניח, אלא סיכוי משמעותי, שלא הוכח בענייננו. זאת, בשים לב לצורך להתחשב באינטרסים של כלל הנוגעים בדבר, ובכלל זה באינטרס של האם היולדת ובן זוגה שמעמדם לא יעורער, ובעמדת האפוסטרופסית לדין, שמייצגת את טובת הקטינה. השופטת ברק-ארז, מנגד, סברה כי יש לדחות את הערעור ולהורות על עריכת ביצוע הבדיקה הגנטית למבקשות מתוך קבוצת ה-22. לגישתה, בהתחשב במאפייניו המיוחדים של ההקשר הנוכחי, די היה בקיומה של הסתברות של אחוזים בודדים כדי לבסס קיומו של סיכוי סביר. בהתייחס להערת השופט שטיין בדבר העדיפות המקדמית שניתנת לשיטתו להורות הפיזיולוגית על פני ההורות הגנטית, העירה השופטת ברק-ארז כי יש להיזהר מלהכריע בשאלה זו בטרם נדונה בפני הערכאות הקודמות ומבלי שהוצגה תשתית מספקת ביחס אליה.

17. לאחר מתן פסק דינו הנ"ל של בית משפט זה ביום 21.3.2023, השלימה את עבודתה ועדת בדיקה נוספת – שלישית במספר – שמונתה על ידי משרד הבריאות. מטרתה של ועדה זו הייתה לרדת לחקר הטעות במהלך ההפריה החוץ-גופית של האם היולדת, וכן לגבש מסקנות בעלות אופי מערכתי, לשיפור מנגנון טיפולי ההפריות החוץ גופיות בישראל. לפי הדו"ח שפרסמה ועדה זו (להלן: דו"ח הוועדה), נמצא "ברמת הסתברות גבוהה" כי המערערים בהליך זה, הם "בעלי הסיכויים הגבוהים ביותר" להימצא כבעלי קשר גנטי לקטינה (אין זה המקום להידרש לכלל מסקנות הדו"ח שהגישה ועדה זו, אולם אציין כי הוועדה מצאה שמקור הטעות הוא בהחלפה בין התורים שנקבעו לשתי האימהות לצורך החזרת העוברים לרחמן, וכן בכשלים נוספים שנפלו בביצוע הליכי זיהוי המטופלת, שנדרשים בטרם ביצוע הטיפול).

18. בהמשך לאמור, הגישו המטופלות שבקשתן לקיים בדיקה גנטית נדחתה בבע"מ 856/23, בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין שניתן בעניינן. זאת, בטענה כי נקבעו בפסק הדין מספר הלכות חדשות וקשות, וכן בשים לב לממצאי דו"ח הוועדה. הבקשה נדחתה על ידי הנשיאה א' חיות בהחלטתה מיום 8.5.2023 (דנ"א פלונית). בעיקרו של דבר, נקבע כי אף על פי שפסק הדין יצר הלכה תקדימית, קביעותיו נטועות באופן ברור ומובהק בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה, ולפיכך, ונוכח ייחודיות הנסיבות, השלכות ההלכה שנקבעה הן מוגבלות באופן שלא מקים עילה לדיון נוסף. כמו כן, הבהירה הנשיאה חיות כי היא לא נדרשת לממצאי הדו"ח הנזכר של ועדת הבדיקה, מהטעם שהוא לא עמד לנגד

עיני בית המשפט עת נתן את פסק הדין נושא הבקשה לדיון נוסף; אולם בצד זאת ציינה הנשיאה את הדברים הבאים:

”מבלי להביע עמדה לגופם של דברים, ככל שמי מהצדדים סבור כי לאחר מתן פסק הדין נתגלו ראיות חדשות אשר לא ניתן היה להשיגן קודם למועד מתן פסק הדין ואשר בכוחן לשנות את ההכרעה השיפוטית מיסודה – הוא רשאי להעלות את טענותיו בדרכים שהותוו לכך בדין” (דנ”א פלונית, פס’ 23).

19. המערערים ביקשו לממש אפשרות זו, והגישו לבית משפט זה – במסגרת הליך בע”מ 856/23 – בקשה לבטל את פסק הדין, בטענה כי לאחר שניתן, ובמסגרת פרסום דו”ח ועדת הבדיקה הנוספת מיום 21.3.2023, נתגלו ראיות חדשות שבכוחן לשנות את ההכרעה שניתנה במסגרתו. בהחלטת בית משפט זה מיום 5.6.2023, נקבע כי נוכח האפשרות שהכרעה בבקשה תחייב בירור עובדתי סדור, הרי שמן הראוי לקיימו בהליך מתאים בפני הערכאה הדיונית, ועל כן, על המערערים להעלות את טענותיהם באמצעות נקיטת הליך בבית המשפט לענייני משפחה.

20. בהמשך לכך, הגישו המערערים ביום 18.6.2023 תביעה לבית המשפט לענייני משפחה (תמ”ש 42350-06-23), ובה ביקשו להורות על ביטול פסק הדין שניתן בבע”מ 856/23, וכן ליתן צו לעריכת בדיקה גנטית לבירור קשרי משפחה שלהם עם הקטינה. היועצת המשפטית לממשלה, שייצגה בהליך את משרד הרווחה והביטחון החברתי, תמכה בטענות המערערים. האם היולדת ובן זוגה התנגדו לבקשות, בין היתר, בטענה כי המערערים לא עמדו בתנאי הדורש ”שקידה סבירה” לבירור העובדות עובר למתן פסק הדין בהליך הקודם, שעה שסירבו להמתין לפרסום דו”ח הוועדה בטרם הגישו את תביעתם המקורית לעריכת הבדיקה הגנטית. האפוטרופסיות לדין התנגדו תחילה לעמדת המערערים, אולם בהמשך הסכימו למתווה שלפיו תיערך להם בדיקה גנטית, ובלבד שייקבע כי הבדיקות לא יביאו לכינון קשרי הורות משפטיים בינם לבין הקטינה.

21. בית המשפט לענייני משפחה קיבל את התביעה, ביטל את פסק הדין שניתן ב- בע”מ 856/23, והורה על עריכת בדיקה גנטית למערערים. בתוך כך, קבע בית המשפט כי פרסומו של דו”ח ועדת הבדיקה שינה את נקודת המוצא שעמדה בבסיס פסק דינו של בית משפט זה ב- בע”מ 856/23, שכן בשלב זה, המערערים הם בעלי סיכויים סטטיסטיים גבוהים להימצא כבעלי קשר גנטי לקטינה. הודגש, כי המערערים פעלו ב”שקידה סבירה” לבירור העובדות, וכי לא היה ביכולתם לבצע בכוחות עצמם את החקירות שביצע משרד

הבריאות, שכללו גם את חקירת הרופא והאמבריולוג שטיפלו בעוברים של הצדדים להליך זה. ערעור שהגישו האם היולדת וכן זוגה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד נדחה בפסק דינו מיום 6.8.2023 (עמ"ש 23-07-26304), כאשר נקבע כי הראיה החדשה בדמות דו"ח הוועדה "משנה מקצה לקצה את מסד הנתונים עליו נשען בית המשפט העליון בפסק דינו" (פס' 38 לפסק הדין). בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית משפט זה, נדחתה אף היא (בע"מ 5982/23 פלוני נ' פלוני (6.9.2023); השופטת ברק-ארז), תוך קביעה כי "יש מידה רבה של צדק בהנחה שאילו הייתה מונחת בפנינו התשתית העובדתית הנוכחית, תוצאתו של פסק הדין שניתן בהליך הקודם הייתה שונה" (פס' 34 להחלטה).

22. בהמשך להחלטות השיפוטיות שניתנו, נערכה למערערים ביום 27.9.2023 בדיקת רקמות, ונמצא כי הם הוריה הגנטיים של הקטינה.

ההליך בבית המשפט לענייני משפחה

23. על רקע הממצא בדבר זיקתם הגנטית לקטינה, הגישו המערערים לבית המשפט לענייני משפחה תביעה להירשם כהוריה של הקטינה ולקבל את האפוסטרופסות המלאה עליה, וכן לקביעת הסדרי שהות בינם לבניה עד להכרעה בהליך (תמ"ש 23-09-61932; השופט ע' אליאט). בתביעתם, טענו המערערים, בין היתר, כי הזיקה הגנטית מהווה את הבסיס המרכזי להקניית מעמד של הורות בדין הישראלי; וכי בכל הנוגע לאבהות, הרי שהאב הגנטי זכאי להיחשב כהורה המשפטי "ללא מתחרה", שכן לבן זוגה של היולדת, שאינו נשוי לה, אין כל מעמד הורי בנסיבות העניין. נוסף על כך, טענו המערערים כי גם טובת הקטינה מחייבת לקבוע שהם הוריה המשפטיים.

24. המשיבים טענו, מנגד, כי דין התביעה להידחות. לטענתם, כל דרישה לשינוי המצב הקיים שבו הם מגדלים את הקטינה, חייבת להיבחן בראי טובתה. בין היתר, נטען, כי קבלת התביעה תגרום לקטינה חוויית נטישה שצפויה לפגוע ביכולות ההיקשרות שלה בהמשך חייה, ואף במערכת החינוכית שלה; וכי פגיעה פוטנציאלית זו, מקבלת משנה תוקף בשים לב למצבה הרפואי הרגיש של הקטינה, וכן לממד הזמן בחייה, ולשלבי ההיקשרות המתקדמים שלה למשפחה שבה היא חיה מיום היוולדה. המשיבים הוסיפו כי גם במישור "התחרות" שבין ההורות שלהם להורות הגנטית – ידם על העליונה; וכי האם היולדת היא גורם סיבתי הכרחי לקיום הוולד – בהזינה את העובר בחייו התוך-רחמיים, ובהבאתו לעולם. בין היתר, המשיבים הדגישו את החלטתם להמשיך את ההיריון, חרף המלצות שקיבלו מגורמים רפואיים להביא להפסקתו נוכח המומים

שהתגלו בעוברית, והכל תוך סיכון חייה של האם היולדת במהלך הטיפולים בתקופת ההיריון.

25. ביום 7.11.2023 הורה בית המשפט לענייני משפחה לרשויות הרווחה להגיש תסקיר בעניינה של הקטינה. התסקיר נערך על ידי העובדות הסוציאליות, הגב' ר' עצמון והגב' מ' בן לולו ממושרד הרווחה והביטחון החברתי, והוגש ביום 21.2.2024 (להלן בהתאמה: גורמי הרווחה והתסקיר), עת הייתה הקטינה בת כשנה ושלושה חודשים. לצורך עריכת התסקיר, נפגשו גורמי הרווחה, בין היתר, עם שני זוגות ההורים; שוחחו עם גורמים פסיכולוגיים ורפואיים שליוו את שני הזוגות; קיימו פגישה עם ד"ר א' כץ, קרדיולוג ילדים ומנהל מכון הלב שבו טופלה הקטינה (להלן: ד"ר כץ); וקיימו שיחה עם צוות המכון להתפתחות הילד שבו טופלה הקטינה.

תסקיר גורמי הרווחה מיום 21.2.2024

26. על רקע מכלול החומר שלפניהם, המליצו גורמי הרווחה להשאיר את הקטינה אצל ההורים המגדלים. זאת, לצד מתן דגש על הצורך בהיכרות עתידית של הקטינה עם הוריה הגנטיים, שתיעשה בשעה הבשלה לכך, ובליויי אנשי מקצוע.

באשר להורים המגדלים, מצאו גורמי הרווחה כי הם מספקים מענה מלא לצרכיה של הקטינה; מעניקים לה מעטפת הורית מצוינת; וכי אף במישור הזוגי הם נהנים מלכידות ותקשורת טובה. גם בנוגע להורים הגנטיים ההתרשמות הייתה חיובית ביותר, הן לגבי תפקודם ההורי ביחס לבתם המשותפת, שנולדה לאחר לידת הקטינה, הן במישור הזוגי. באשר לקטינה, התסקיר התייחס בהרחבה למצבה הרפואי המורכב. מלבד הניתוח הלבבי שעברה בהיותה ברחם אימה, נדרשה הקטינה, נכון לאותה עת, לשני ניתוחים לבביים נוספים בהיותה בת מספר שבועות ובגיל 3 חודשים וחצי, כאשר צוין כי היא צפויה לעבור ניתוח נוסף בעתיד הנראה לעין. גורמי הרווחה התרשמו מקשר טוב של הקטינה עם האב המגדל; ציינו כי היא מצויה כל העת בקרבת האם היולדת, שמקדישה לה את מלוא זמנה; וכי היא מגיבה בחרדה למפגש עם זרים. צוין, כי הקטינה "נמצאת בקשר עין ובמגע פיזי תמידי עם מי מהוריה המגדלים ובכל רגע של מצוקה פונה אליהם לקבלת נחמה, רוגע ותחושת ביטחון"; וכי "לצד העובדה כי ההורים המגדלים מתקשים לסייע ל[קטינה – י"ו] לקיים מפגש מיטיב עם דמויות אחרות, אין ספק כי הם מהווים עבורה בסיס בטוח וחוף מבטחים המסוגלים להכיל אותה ולסייע לה וכי [הקטינה – י"ו] בטוחה ביכולת שלהם לספק לה ביטחון".

27. במסגרת עריכת התסקיר שוחחו כאמור גורמי הרווחה אף עם ד"ר כץ, שמסר כי הקטינה נמצאת במעקב קבוע מחמת מחלת הלב הפעילה ממנה היא סובלת, וכי היא נדרשת לטיפול תרופתי קבוע. עוד תאר ד"ר כץ כי "הוא והצוות הרפואי מתרשמים מאוד מאופן התנהלות ההורים המגדלים את [הקטינה – י"ו], מסירותם ורצונם לתת לה את הטוב ביותר", ובאשר לרתיעתה ממפגש עם זרים – מסר כי היא לא יוצאת דופן בהשוואה לילדים אחרים בעלי בעיות רפואיות. עמדתו של ד"ר כץ הייתה כי נוכח מצבה של הקטינה, יש למנוע ממנה לעבור משבר רגשי, וציין את המומחיות שרכשו ההורים המגדלים בטיפול בה, בזיהוי הצרכים והמצוקות שלה, ובמתן מענה מהיר והולם למצבים רפואיים שונים – שבלעדיו עשויה הקטינה להימצא בסכנת חיים. בסיכום עמדת ד"ר כץ, ציינו גורמי הרווחה כי לגישתו, העברת הקטינה להוריה הגנטיים עשויה להציב אותה בפני סכנת חיים, בשים לב למצבה הרפואי המורכב.

28. באשר למצבה ההתפתחותי של הקטינה, כפי שנמסר מהמכון להתפתחות הילד שבו מטופלת הקטינה, צוין בתסקיר כי הקטינה אובחנה בגיל עשרה חודשים עם עיכוב התפתחותי מוטורי ושפתי, שבהתאם לעמדת גורמי המקצוע, קשור לקושי הלבבי עימו היא מתמודדת. בהקשר זה צוין כי הקטינה מקבלת טיפולי פיזיותרפיה באופן קבוע.

29. בשלב המסקנות, עמדו גורמי הרווחה על הצורך להידרש לשיקולים הבאים: התקשרות הקטינה להוריה המגדלים והתקשרותה הפוטנציאלית להורים הגנטיים אם תועבר אליהם; מצבה הרפואי המורכב והשפעתו על ההכרעה בעניינה; בחינת "מחיר" העברתה מהמשפחה בה גדלה, אל מול "המחיר" של גדילתה בחיק משפחה ללא זיקה גנטית; וכן יכולת כל אחד מזוגות ההורים לתווך לקטינה את סיפור חייה, ולאפשר לה לקיים קשר עם זוג ההורים השני. על יסוד מכלול השיקולים הללו, הגיעו כאמור גורמי הרווחה למסקנה כי טובת הקטינה היא להמשיך ולגדול בבית ההורים המגדלים.

30. באשר להיבט ההיקשרות, הפנו גורמי הרווחה ל"תיאוריית ההיקשרות", ששמה דגש על הצורך ההתפתחותי של פעוט בתקופת ראשית חייו, בדמות הורית יציבה שתספק את צרכיו הרגשיים באופן עקבי. צוין כי היקשרות בטוחה "מתקשרת לתפקוד רגשי-חברתי חיובי במהלך החיים", וכי זו נוצרת כאשר התינוק "נמצא בקשר עם מבוגר הנענה לצרכיו באופן עקבי ורגיש" – כאשר ניתן בעניין זה דגש על יסוד הקביעות של ההורה, המקנה לפעוט יכולת להסתמך עליו. כמו כן, נזכרו בתסקיר מחקרים שלפיהם ילדים מסוגלים אמנם לטפח היקשרות בטוחה עם מטפלים חדשים לאחר ניתוק מהורים קודמים, אולם יכולת זו נחלשת לאחר גיל שנה עד שנה וחצי. באשר לשיקול הנוגע למצבה הרפואי

של הקטינה, צוין כי לאור מורכבותו הרבה, הקטינה "תתקשה לעמוד באירוע דרמטי וטראומתי נוסף, גם אם הדרגתי, הכרוך בניתוקה מהדמויות המעניקות לה ביטחון".

בכל הנוגע לשאלת "מחיר" המעבר למול יתרונותיו, סברו גורמי הרווחה כי "מציאות החיים של [הקטינה – י"ו], הזמן שעבר, והתגובות הרגשיות המורכבות שלה, מייצרים מצב בו העברתה עשויה לסכן אותה באופן שתפגע ברציפות חייה, תוביל לטלטלות ועשויה לפגוע בהתפתחותה התקינה". על רקע הדברים הללו, קבעו גורמי הרווחה כי להורים הגנטיים יש אמנם יכולת לתת לקטינה מענה טוב ומתאים מתוך רגישות למכלול צרכיה; וכי בשים לב לחשיבות כי ילד יכיר את שורשיו ויחיה עם בני משפחה שהם בשר-מבשרו, הרי שאם הדיון דנן היה מתקיים סמוך ללידתה של הקטינה, הייתה ניתנת המלצה להעבירה להורים הגנטיים; ברם, נוכח חלוף הזמן, ההיקשרות של הקטינה עם הוריה המגדלים, מצבה הרפואי המורכב והאופן שבו היא מגיבה לעולם, הרי שטובתה היא להוסיף ולגדול עם הוריה המגדלים. כל זאת, תוך שהודגש כי תחושת הזמן אצל קטינים שונה מזו של מבוגרים, וכי פרק הזמן הקצר שבו היא חיה בבית ההורים המגדלים – כשנה ושלושה חודשים נכון למועד חיבור התסקיר – מהווה עבודה את כל תקופת חייה. לבסוף הומלץ, כי את ההורים המגדלים ילוו אנשי מקצוע, על מנת להבטיח כי סיפור חייה של הקטינה יתווך לה במועד הנכון, וכי הגורם המקצועי ייקבע על ידי בית המשפט ויחויב בדיווח תקופתי.

31. ביום 13.5.2024, החליט בית המשפט לענייני משפחה, כי "בשים לב לסוגיה הייחודית, המורכבת והתקדימית שמתעוררת בהליך", אין די בתסקיר שהוגש, והורה על קבלת חוות דעת של מומחה מטעם בית המשפט. ביום 10.6.2024 מונה לכך ד"ר דניאל גוטליב, פסיכולוג קליני בהכשרתו (להלן: ד"ר גוטליב או המומחה), שהגיש את חוות דעתו ביום 20.10.2024, לאחר שקיים מפגשים עם שני זוגות ההורים, יחד ולחוד.

חוות דעתו של ד"ר גוטליב

32. המלצתו של ד"ר גוטליב הייתה להעביר את הקטינה לחזקתם של ההורים הגנטיים, במסגרת הליך מדורג שיימשך עד חודשיים ובליווי איש מקצוע, תוך קביעת זמני שהות עם ההורים המגדלים. בחוות דעתו, ציין ד"ר גוטליב כי אמנם שני הזוגות הם בעלי מסוגלות הורית, אולם לצד זאת, מצא כי טובת הקטינה היא לגדול בבית ההורים הגנטיים, ממספר טעמים.

ד"ר גוטליב סבר כי מבחינת בניית זהותה העתידית של הקטינה, עדיף לה לגדול עם הוריה הגנטיים, שיאפשרו לה "להתחבר לשושלת הדורות של המשפחה, הסיפור המשפחתי והערכים המשפחתיים", כאשר בהקשר זה צוין גם הדמיון החיצוני שבין הקטינה להוריה הגנטיים ולאחותה הגנטית. כמו כן, מצא ד"ר גוטליב כי ההורים הגנטיים יוכלו לתווך לקטינה את קורות ראשית חייה, בצורה טובה ונכונה יותר בהשוואה להורים המגדלים. למסקנה זו, הגיע ד"ר גוטליב לאחר שקבע כי ההורים הגנטיים יודעים "להכיל" טוב יותר את מצוקתם של ההורים שמנגד, להבין את נקודת מבטם, ולהשלים עם העובדה שהם יוסיפו להיות מעורבים בחיי הקטינה במידה זו או אחרת. בנוסף, סבר ד"ר גוטליב כי ברבות הימים, עדיף לקטינה להכיל נרטיב שלפיו נהרתה ונולדה ברחמה של אישה שאינה אימה, וכי הדבר תוקן עם היוודע דבר הטעות, לעומת נרטיב שלפיו "התרחש בלבול, אולם גם לאחר שדבר הבלבול יצא לאור, היא בכל זאת נשארה עם ההורים ה'לא אמיתיים'". ד"ר גוטליב אף הוסיף והתייחס לעובדה ששני הוריה הגנטיים של הקטינה הם יהודים, ועל כן צפוי לה יתרון לגדול עימם, ככל שתבקש לעבור גיור בעתיד. לבסוף, בשים לב לכלל היתרונות האמורים, סבר ד"ר גוטליב כי חרף העובדה שהעברת הקטינה להורים הגנטיים צפויה להיות כרוכה בקשיים, "יש להעדיף את הנזק בהווה – נזק אשר לדעתי יש לו תיקון ותקנה – לעומת הנזק אשר ייגרם ככל והיא תגדל שלא במשפחתה הגנטית".

33. בית המשפט לענייני משפחה קיים שני דיוני הוכחות במסגרת ההליך. בהתאם להחלטת בית המשפט, התייצבה באת כוח היועצת המשפטית לממשלה (להלן: היועמ"שית) לדיון שהתקיים ביום 20.11.2024. עמדת היועמ"שית הייתה כי הדין הישראלי לא נותן תשובה משפטית לנסיבות הייחודיות שמתעוררות בהליך, ועל כן הצביעה על אפשרויות להקיש מהסדרים קרובים בחוק הישראלי (עמדתה באשר לאפשרות זו תוצג בהמשך, במסגרת טענותיה בערעור שלפנינו). עוד טענה היועמ"שית כי יש להכריע בשאלת ההורות כמקשה אחת על מנת לאפשר לקטינה בית אחד, יציב וקבוע, עם דמויות הוריות ברורות.

פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה

34. ביום 24.11.2024 ניתן פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, ובו נקבע כי ההורים הגנטיים הם הוריה לפי דין של הקטינה.

35. בפתח הדברים, ציין בית המשפט לענייני משפחה כי מוסכם על הכל, ששני זוגות ההורים הם בעלי מסוגלות הורית טובה. לאחר מכן, פנה לבחון את הדין בישראל בסוגיה שלפתחו, ועמד על העובדה שאין בחוק הישראלי הוראות שמסדירות במפורש את מונחי האבהות, האמהות או ההורות. לצד זאת, בית המשפט לענייני משפחה קבע כי "התפיסה היא כי הורות היא בראש ובראשונה ההורות הגנטית". בהמשך לכך, נקבע כי בהיעדר הוראת חוק מפורשת או הלכה מחייבת בנדון "ובשים לב לפסיקה רבה של בתי המשפט בה נקבע [...] כי עמוד האש הוא טובת הילדה" יש להכריע בהליך הנדון לאורו של שיקול זה. מנקודת מבט זו, שלל בית המשפט לענייני משפחה תוצאה שלפיה ייקבע שלקטינה יהיו יותר משני הורים, וכן שלל את האפשרות לקבוע שההורים המשפטיים יהיו תוצר של "צירוף" הורה אחד מכל אחד מזוגות ההורים.

36. בית המשפט לענייני משפחה סקר את העמדות המקצועיות השונות שהונחו לפניו, בשאלת טובת הקטינה: תסקיר גורמי הרווחה שקבע כי במכלול הנסיבות, טובתה הקטינה היא להישאר בחזקתם של הוריה המגדלים; וחוות הדעת של המומחה ד"ר גוטליב, שמצא כאמור כי טובתה היא לעבור ולגדול בבית הוריה הגנטיים. בית המשפט קבע – "לא מבלי לבטים" – כי יש להעדיף את זו של ד"ר גוטליב. בנימוקיו, ציין בית המשפט כי כלל גורמי המקצוע בהליך היו תמימי דעים כי טובת הקטינה היא ללמוד בעתיד על סיפור חייה, ואף להכיר את ההורים שייקבע כי אינם הוריה על פי דין. על רקע זאת, ציין בית המשפט כי השתכנע מגישתו של ד"ר גוטליב, שלפיה "הנרטיב" הקשה יותר עבור הקטינה, הוא זה שבו ההורים עמם היא גדלה אינם הוריה הגנטיים. עוד עמד בית המשפט על היתרונות שבגידול הקטינה בבית הוריה הגנטיים, בין היתר, עבור בניית זהותה העתידית; התחברותה לשושלת הדורות של המשפחה; בדמיון הפיזיולוגי למשפחתה, והקשר הגנטי לאחותה. בכל הנוגע ל"מחיר" הניתוק מההורים המגדלים, נקבע כי ניתן לתת לו מזור בדמות "ניתוק הדרגתי, מפוקח, ומושכל, באמצעות יכולותיהם ההוריות הטובות של ההורים הגנטיים"; וכי מדובר במזור "זמין, נגיש וברור יותר" מזה שיידרש לריפוי הנזק הצפוי כתוצאה מחיים בבית הורים נעדרי קשר גנטי, תוך מודעות למכלול הנסיבות שהובילו לכך.

37. בית המשפט לענייני משפחה הסתייג ממספר קביעות של גורמי הרווחה בתסקיר שהוגש על ידם. כך למשל, ביקר בית המשפט את הדגש שניתן על נושא ההיקשרות בחלוף הזמן – בשלב שבו הקטינה הייתה בת שנה ו-3 חודשים "בלבד" – וקבע כי "יציאה מנקודת מוצא כי ההליכים יתמשכו ובכך יגדל הקושי שבניתוק אינה נכונה ואינה ראויה". בנוסף, קבע בית המשפט כי בניגוד לאמור בתסקיר, וכפי שנלמד מעדותו של

ד"ר כץ בדיון ההוכחות, העברת הקטינה להוריה הגנטיים לא צפויה לסכן את חייה, וכי הסכנה עליה הצביע ד"ר כץ נוגעת לידע החסר של ההורים הגנטיים בעניין הטיפול הנדרש בקטינה – ידע שניתן ללמוד ולהשלים. לבסוף, קבע בית המשפט כי מצא גם לקבל את קביעת ד"ר גוטליב, שלפיה ההורים הגנטיים מסוגלים להכיל טוב יותר – "ובפער ניכר" – קשר עם זוג ההורים השני, וכי ביכולתם לתווך לקטינה את סיפור חייה טוב יותר מההורים המגדלים. מכלל הטעמים הללו, נתן בית המשפט לענייני משפחה צו הצהרתי, שלפיו ההורים הגנטיים הם הוריה של הקטינה, תוך שהטיל על גורמי הרווחה לקבוע תכנית העברה סדורה של הקטינה אליהם.

עיקרי ההליך בבית המשפט המחוזי

38. על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה הגישו ההורים המגדלים ערעור לבית המשפט המחוזי. במסגרת ההליך בבית המשפט המחוזי, הורה בית המשפט לרשויות הרווחה להגיש עדכון ביחס לתסקיר שהוגש לבית המשפט לענייני משפחה, ועדכון כאמור הוגש ביום 15.12.24 (להלן: התסקיר המשלים).

מהתסקיר המשלים עלה כי הקטינה עברה בחודש מאי 2024 ניתוח נוסף, שבמסגרתו הוחלף מסתם בליבה, וכן כי בעתיד תידרש, ככל הנראה, לעבור ניתוח נוסף. מדבריו של ד"ר כץ, שהובאו בתסקיר המשלים, עלה כי הקטינה אינה מצויה עוד בסכנת מוות, "וההעברה [להורים הגנטיים – י"ו], בהנחה שתקבל בקביעות את הטיפול התרופתי, לא יכולה להביא חלילה למותה". יחד עם זאת, ד"ר כץ ציין שאי-רציפות בטיפול עדיין עלולה לסכן את הקטינה. עוד צוין בתסקיר המשלים כי אמנם חל שיפור התפתחותי משמעותי אצל הקטינה; אך לצד שיפור זה, התעוררה דאגה ביחס להיבטים רפואיים נוספים של הקטינה. כמו כן, התסקיר הצביע על התגברות רמת העוינות שבין זוגות ההורים. בסיכומו של דבר, עורכות התסקיר נותרו בעמדתן, כי טובת הקטינה היא להישאר בחזקת הוריה המגדלים, אך לצד זאת, המליצו כי היא תקיים קשר עם הוריה הגנטיים ותכיר את סיפור חייה.

39. בהמשך לחשש שהובע בתסקיר המשלים ביחס לקשיים רפואיים נוספים של הקטינה, בית המשפט המחוזי הורה על עריכת אבחון לקטינה במכון להתפתחות הילד, תוך התייחסות להשלכות האפשריות הטמונות במעבר הקטינה להורים הגנטיים, בשים לב לממצאי האבחון. באבחון שהוגש ביום 18.2.2025, נמצא כי קיים ביחס לקטינה חשש בינוני עד חמור לקיומו של קושי רפואי נוסף. באשר לשאלת משמעות הממצא האמור

לעניין אפשרות העברת הקטינה להורים הגנטיים, צוין כי "אין להביט באופן מבודד על הפן הנוגע [לקושי הרפואי שלה – י', ו'] אלא על מצבה של הקטינה בכללותו [...] אולם ניתן לומר בזהירות, שאם תיווסף פגיעה חדשה בתחום שאינו פגוע (כלומר פגיעה בביטחונה, בזמינות ובנוכחות הוריה המגדלים שעלולה להיות כרוכה במעבר אפשרי) הדבר עלול לעורר טראומה נוספת, שכפי שצוין לעיל, עלולה לפגוע שוב בהתפתחותה". לצד זאת הובהר, כי יש חשיבות בנוכחות ומעורבות שני זוגות ההורים בחייה הקטינה.

40. במסגרת הדיון בבית המשפט המחוזי חזרו הצדדים, בעיקרו של דבר, על טענותיהם בהליך שהתנהל בבית המשפט לענייני משפחה, תוך הוספת התייחסויות לפסק דינו, להתפתחויות במצבה של הקטינה ולחוות הדעת שנוספו מאז ההליך הקודם.

41. היועצת המשפטית לממשלה הציגה אף היא את עמדתה, לפיה מהוראות הדין הישראלי משתקף העקרון לפיו היולדת היא האם המשפטית של היילוד. כמו כן, היועמ"שית סברה כי לנוכח טובת הקטינה, אין לפצל את ההורות בין שני הזוגות. לעמדתה, בנסיבות העניין, יש להעדיף את ההורים המגדלים.

42. בית המשפט המחוזי הורה על מינוי אפוטרופסיות לדין לקטינה; וזאת על מנת שעמדתה של הקטינה תינתן באופן אובייקטיבי, ככל הניתן. בעמדתן, האפוטרופסיות לדין טענו כי בית המשפט לענייני משפחה שגה במשקל הרב שייחס לעמדת המומחה מטעמו, ד"ר גוטליב, אשר לדעתן אינה מבוססת כדבעי, לעומת התסקיר המעמיק והמנומק של רשויות הרווחה. האפוטרופסיות שמו דגש בדבריהן על היתרונות שבהישארות הקטינה בבית ההורים המגדלים, ועל הקשיים שהיא עלולה לחוות בעקבות העברתה למשפחה אחרת. בנוסף, טענו האפוטרופסיות שחוות דעתו של ד"ר גוטליב לא התייחסה להשפעות האפשריות של המעבר על התא המשפחתי של ההורים הגנטיים, והקשיים שצפויים להתעורר בעקבותיו. האפוטרופסיות אף הביעו עמדה לעניין שאלת קביעת ההורות לפי הדין הישראלי, וסברו כי קביעת בית המשפט לענייני משפחה בדבר עדיפות ההורות הגנטית על פני ההורות הפיזיולוגית – שגויה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

43. בחוות הדעת העיקרית בפסק הדין, שנכתבה על ידי השופט צ' ויצמן, נקבע כי בשלב הראשון יש לברר למי מהזוגות עומדת "זכות הורית" ביחס לקטינה; וכי בשלב

השני, בהנחה שקיימות זכויות הוריות נוגדות, יש להכריע ביניהן על בסיס שיקולים נוספים, ביניהם טובת הקטינה והאינטרס הציבורי.

44. לעניין הזכויות ההוריות, השופט ויצמן התמקד תחילה ב"תחרות" שבין האימהות, וקבע כי קיימות בענייננו זכויות הוריות נוגדות – זכות ההורות הנובעת מהזיקה הפיזיולוגית וזכות ההורות הנובעת מהזיקה הגנטית. השופט ויצמן סקר את הוראות הדין הישראלי הרלוונטיות – בחקיקה ובפסיקה – ומצא כי על אף שניתן לזקק מההוראות חלק מהחוקים העדפה להורות הפיזיולוגית על פני ההורות הגנטית, לא ניתן לומר כי קיימת בדין הישראלי הכרעה מובהקת באשר לזכות העדיפה מבין השתיים. השופט ויצמן ציין כי אף במשפט המשווה, לא ניתן ללמוד על כיוון ברור וחד משמעי בהקשר זה.

בהמשך לאמור, השופט ויצמן ערך סקירה מקיפה של מקורות המשפט העברי, אך קבע כי גם זו לא מובילה למסקנה חד משמעית בסוגיה. עם זאת, השופט ויצמן ציין, כי "נראה כי הגישה המתגבשת אצל עיקר הפוסקים כיום דווקא נוטה לראות באם היולדת כאמו של העובר ולא באם הגנטית". בנוסף, ובהמשך לסקירתו האמורה, השופט ויצמן סבר כי ראוי לאמץ את מודל "עקרון הוודאות" או "עקרון הפשטות", שהוצע על ידי הרב אריה כ"ץ, ואף מופיע בכתיבה האקדמית בסוגיה. לפי עקרון זה, כאשר קיים ספק, יש לבכר את הפתרון הפשוט, הוודאי והברור יותר לעין; וביישום עיקרון זה לצורך הכרעה בין אם יולדת לאם גנטית, יש לבכר את האם היולדת – שכן ברור מי ילדה את הילד, ולעומת זאת, זהות האם הגנטית מוטלת בספק כל עוד לא בוצעה פעולה פולשנית של בדיקה. באשר לשאלת האבהות – בית המשפט ציין כי הדין העברי מכיר באב הגנטי כאביו של העובר, למעט במקרים מיוחדים.

45. בהמשך לכל האמור, השופט ויצמן סיכם כי ביחס לאימהות לא ניתן לזהות עדיפות עקרונית של אחת משתי הזכויות ההוריות, וכי "העדפת זכות הורית אחת על אחרת תיקבע על פי נסיבות העניין ופרטיו ואפשר שתשתנה מעניין לעניין" (פס' 105 לחוות דעתו). בענייננו, סבר השופט ויצמן כי נסיבות העניין מטות את הכף להקניית מעמד הורי לאם היולדת. מסקנתו האמורה נסמכה כאמור על עקרון הפשטות, תוך שהודגש כי עיקרון זה יכול להקנות ודאות לאלו הנדרשים להפריה חוץ גופית – הליך ש"נתון בהכרח לטעות אנוש" (שם, בפסקה 107). צוין כי העדפת האם היולדת עולה בקנה אחד גם עם טעמים אתיים, וכן הולמת את השוני במידת ההשקעה והמאמץ

שהשקיעו האימהות בתהליך הלידה וגידול הקטינה עד כה. השופט ויצמן הוסיף ותיאר ממצאים עדכניים במחקר המדעי, לביסוס מסקנתו האמורה.

46. ביחס לשאלת האבהות, השופט ויצמן סבר כי במקרים המתאימים, ניתן להכיר בזיקה הורית בדמות "זיקה לזיקה", לא רק ביחס לבן זוג של אם גנטית, אלא גם ביחס לבן זוג של האם היולדת. השופט ויצמן סבר כי ב"תחרות" שבין הזכות ההורית של האב הגנטי לבין זכותו של בן הזוג של האם היולדת, יש להכריע על בסיס מבחן טובת הילד. נקבע כי בענייננו, טובת הקטינה היא להישאר בחזקתם של ההורים המגדלים, וכי ערעור הבסיס ההורי שמעניקים לה האחרונים עלול לגרום לה נזק ממשי שיקשה לתקנו. כל זאת, בייחוד בשים לב למצבה הרפואי וההתפתחותי, וכן לנוכח חלוף הזמן וגילה של הקטינה. לפיכך, השופט ויצמן צידד בהעדפת זכותו ההורית של האב המגדל על פני האב הגנטי.

47. סגנית הנשיאה, השופטת ר' פלאוט, והשופט א' ברנד הצטרפו בחוות דעתם לעמדתו של השופט ויצמן, והוסיפו דברים משלהם. השופטת פלאוט עמדה באופן נרחב על ההבחנה בין שאלת ההורות, שהיא לדבריה "סוגיה עובדתית ומשפטית", לבין הדיון בשאלה מי יגדל את הקטינה, אשר במסגרתו יש להתייחס לעקרון טובת הילד. השופט ברנד הוסיף על דבריו של השופט ויצמן, בין היתר, שיקולים נוספים התומכים בהכרה בזיקת ההורות של האב המגדל, מעבר לזיקתו לאם היולדת. כך, שם השופט ברנד דגש על הקשרים שנרקמו בין האב המגדל לבין הקטינה – הן בטרם לידתה, הן, ובעיקר, אלו שנרקמו באופן הדדי לאחריה.

48. בסיכומם של הדברים, בית המשפט המחוזי קבע כי יש להותיר את הקטינה אצל ההורים המגדלים. בהתאם לכך, ניתן צו המצהיר כי ההורים המגדלים הם הורי הקטינה לפי דין, כך שהרישום הקיים בנושא ייוותר על כנו. כמו כן, נקבע כי ההורים המגדלים הם האפטרופסים הטבעיים של הקטינה, ולהם הזכות והחובה לפעול בהתאם למעמדם זה, כך שההחלטות בעניינה של הקטינה נתונות להם בלבד. לצד זאת, נקבע כי טובתה של הקטינה מחייבת גם שמירה על קשר עם ההורים הגנטיים, בבחינת "קשר ללא אחריות הורית משפטית אך [...] קשר משפחתי נוכח וממשי", וכן חשיפה, בבוא העת, לסיפור חייה. לצורך כך, בית המשפט המחוזי הורה לרשויות הרווחה ליצור תכנית מפורטת אשר תבטיח את האמור, ותועבר לאישור ולפיקוח על ידי בית המשפט לענייני משפחה.

מכאן הערעור שלפנינו.

49. ההורים הגנטיים טוענים, כי הורות גנטית יוצרת מכוח עצמה הורות משפטית, וכי לפי הדין הישראלי, די בבדיקה הגנטית שביצעו כדי לקבוע את הורותם המשפטית. המערערים מדגישים, כי הזכות להורות היא זכות יסוד חוקתית; וכי לפיכך, לא ניתן לשלול מהם את הורותם ביחס לקטינה, אלא לפי תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נטען כי בהיעדר חוק אשר מסמיך לשלול את הורותם כאמור, לא ניתן להגיע לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. המערערים מדגישים, כי יש מקום להשתמש בענייננו ב"מבחן הכוונה" שנקבע בפסיקה האמריקאית, שלפיו, כך נטען, כאשר בני זוג התכוונו להביא לעולם את ילדם הגנטי, כוונה זו מחייבת להשיב אליהם את הילד; וכי בענייננו, רק כוונת המערערים התגשמה, ולפיכך יש להשיב אליהם את הקטינה.

המערערים טוענים עוד, כי בהינתן שהמערער הוא האב הגנטי, הוא כלל לא נמצא בתחרות מול האב המגדל, הטוען לאבהות מכוח זיקה לזיקה שאינה גנטית; וכי בית המשפט המחוזי איין את אבהות המערער ללא בסיס חוקי, תוך הקניית האבהות לאדם חסר זיקה לקטינה ויצירת זיקת הורות חדשה, יש מאין. אשר לשאלת זהות האם, נטען כי בהינתן שתי זיקות הורות טבעיות – גנטית ופיזיולוגית – אין מקום לאיין את הזכויות של אחת מהן; כי לא היה מקום להתייחס לאם היולדת ולאם הגנטית כמחזיקות בזכויות מתנגשות; וכי בכל אופן, לא היה מקום לשלול בענייננו את הורות האם הגנטית.

המערערים מוסיפים, כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי פוגעת שלא כדין גם בזכויות חוקתיות של הקטינה עצמה – לאישיות, לזהות, להשתייכות למשפחתה הטבעית ולקשר רציף עמה. בתוך כך, מזכירים המערערים כי לקטינה יש אחות החולקת עמה מטען גנטי זהה, וטוענים כי זכותה של הקטינה לחלוק את חייה עם אחותה ולגדול עם משפחתה הגנטית כולה.

עוד נטען, כי לא ניתן לקחת ילד מהוריו רק בשל "טובת הילד"; וכי יש להגשים בענייננו את טובת הקטינה מבלי לפגוע במעמד ההורי-משפטי החד-משמעי של המערערים. המערערים מוסיפים, כי כל אנשי המקצוע שחיוו דעתם בהליך זה בעניין טובת הקטינה, לא היו חלוקים לגבי חשיבות עיקרון הזהות והשייכות, וזכותו של ילד לגדול במשפחתו הגנטית; וכי כל אנשי המקצוע סברו כי אילו היה מתקיים הדיון בסמוך ללידת הקטינה, טובתה הייתה לגדול עם משפחתה הגנטית. עוד נטען, בין היתר, כי היה

על בית המשפט המחוזי להשוות בין איכותם ומסוגלותם ההורית של הצדדים; וכי נפגעו זכויות דינויות של המערערים בבית המשפט המחוזי, בכל הנוגע לאפשרותם לחקור את גורמי המקצוע שחיוו דעתם בנושא טובת הקטינה.

לבסוף, נטען כי לפסק דינו של בית המשפט המחוזי צפויות להיות השלכות רוחב בעייתיות. בין היתר, נטען כי פסק הדין משדר מסר של השלמה ואזלת יד ביחס לטעויות בהליכי פיריון, באופן שעלול לקבע תחושת חוסר ודאות וחוסר אמון בהליכים אלו; וכי בשים לב להשפעת חלוף הזמן מאז לידת הקטינה על קביעת טובתה ועל תוצאת פסק הדין, יש באמור כדי לעודד משיכת זמן על מנת "לקבוע עובדות בשטח".

טענות ההורים המגדלים

50. ההורים המגדלים סומכים ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ומדגישים כי המשיבה היא אימה-יולדתה של הקטינה, וכי המשיב הוא אביה המשפטי, מכוח היותו בן זוגה של המשיבה והאב המגדל, המטפל והמחנך של הקטינה. המשיבים מדגישים, כי שניהם יחד סרבו להמלצת הרופאים לסיום ההיריון של הקטינה, בשל המום שהתגלה בלבה; כי שניהם יחד החליטו להביאה לעולם ולבצע למענה הליכים רפואיים מורכבים כבר במהלך ההיריון, למרות הסיכון הרפואי שהיה כרוך בכך למשיבה עצמה; וכי הורותם של המשיב והמשיבה אינה ניתנת להפרדה, הן מכוח זכויותיהם החוקתיות והן מבחינת זכות היסוד של הקטינה לגדול עם הוריה ואחיה, באופן שעולה בקנה אחד עם טובתה. המשיבים טוענים כי אף זכות ההורות שלהם היא זכות חוקתית, וכי הזכות להורות אינה מצומצמת להורות גנטית בלבד. עוד נטען כי טענת המערערים, שלפיה הורותם נשללה ללא עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, לא נטענה בערכאות למטה וכי די בכך כדי לדחותה. המשיבים מוסיפים כי טענת המערערים, כי תוצאות הבדיקה הגנטית יוצרות חזקה חלוטה בעניין ההורות המשפטית, סותרות את טענותיהם בהליכים שנוהלו בעניין הקטינה, שלפיהן יש הפרדה בין שאלת בירור ההורות הגנטית לבין קביעת ההורות לפי דין.

לעניין קביעת זהות האם, המשיבים טוענים כי הדין הישראלי לא מכיר באפשרות לשלול הכרה בהורות של אם יולדת ללא קביעה מפורשת בחוק; כי החקיקה בישראל, כמו גם המשפט העברי, מעניקים עדיפות לאם היולדת על פני האם הגנטית; וכי עדיפות זו מקבלת משנה תוקף בענייננו, כאשר המשיבים הם ההורים המגדלים של הקטינה במשך כל ימי חייה. לעניין קביעת זהות האב, מודגש כי המשיב והמשיבה קיבלו יחד את

ההחלטות שהעניקו חיים לקטינה, וכי ההורות של שניהם אינה ניתנת להפרדה. המשיבים מדגישים, כי הדין מכיר באפשרות למנוע מאב גנטי להיות מוגדר בתור הורה משפטי; וכי הורות גנטית אינה אלא אחת מסוגי ההורות המוכרים בדין.

המשיבים מוסיפים, כי גם שיקולי מדיניות משפטית תומכים בהכרה בהם כהורי הקטינה לפי דין. בין היתר, נטען כי בהינתן כלל שלפיו בהיעדר התאמה גנטית, הילד יועבר לאחר הלידה להוריו הגנטיים, אין זוג שיסכים לעבור הליכי הפריה חוץ גופית; וכי יש להעניק ודאות לאם היולדת, על מנת שתוכל להמשיך להעניק חיים, אהבה וביטחון לילד שילדה וגידלה, ולא תחיה בחרדה שמא ילדה ילקח ממנה ביום מן הימים.

טענות האפוטרופסיות לדין

51. האפוטרופסיות לדין מצטרפות לעמדת ההורים המגדלים וטוענות, כי יש להותיר אצלם את הקטינה. לטענתן, המערערים אינם הורים לפי דין של הקטינה אלא בעלי הזיקה הגנטית אליה; כי לפיכך, הורותם מעולם לא נשללה; וכי הדין מעניק עדיפות לזיקה פיזיולוגית על פני זיקה גנטית. האפוטרופסיות מדגישות אף הן, כי טענת המערערים להורותם האוטומטית, על בסיס הזיקה הגנטית, מנוגדת לטענותיהם בהליכים שהתנהלו בעניין הקטינה. האפוטרופסיות מדגישות כי טובת הקטינה מחייבת שלא לפצל את ההורות בעניינה בין שני תאים משפחתיים, על מנת לאפשר לה בית אחד, יציב וקבוע, עם זוג דמויות הוריות ברור; וכי בנסיבות העניין, טובתה היא להישאר אצל הוריה המגדלים. נטען כי לנוכח כל האמור, צדק בית המשפט המחוזי בתוצאה שאליה הגיע.

אשר לזיקה ההורית של המשיב, נטען כי מתקיימת אצלו זיקה הורית הנובעת הן מזיקתו הזוגית לאם הפיזיולוגית, הן מזיקתו ההדוקה לקטינה עצמה. האפוטרופסיות מדגישות, כי המשיב משמש עבור הקטינה כאב בפועל וכאב פסיכולוגי, אשר מספק לה תמיכה, ביטחון ונחמה; וכי לקטינה צורך קיומי עז בקשר עמו, באופן שמחייב להכיר ביחסים בינה לבינו ולהגן עליהם. האפוטרופסיות מדגישות, כי הזיקה האבהית הגנטית לא בהכרח מכוננת כשלעצמה הורות משפטית; וכי לנוכח כל האמור, יש להעדיף את הזיקה ההורית של המשיב ולהכיר בו כאב הקטינה לפי דין.

האפוטרופסיות מדגישות עוד, כי יש לקבוע בענייננו את ההורות המשפטית בראי טובת הקטינה; וכי טובתה המובהקת היא לקבוע את הוריה המגדלים כהוריה המשפטיים, שימשיכו לשאת באחריות למילוי צרכיה. האפוטרופסיות מטעימות, כי

טובתו של ילד בגיל הרך מותנית בשמירה על קשרים בינו לבין הדמויות המטפלות בו; וכי בענייננו, בשים לב לצרכיה הבריאותיים והנפשיים המורכבים של הקטינה, מתחדד במיוחד הצורך שלה להישען על הוריה המגדלים, שבהם היא רואה מקור תמיכה ונחמה, אשר מסייע לה לצלוח את האתגרים שהיא חווה, לרבות במישורים הרפואיים וההתפתחותיים. האפוטרופסיות מפרטות, כי הקטינה סובלת מפגם לבבי קשה, שבגינה כבר עברה ארבעה ניתוחי לב קשים ומורכבים, וצפויה לעבור עוד שני ניתוחים בשנים הקרובות; וכי לכך מצטרף מצבה הרגשי-התפתחותי המורכב, המתואר באבחון שנערך לה לאחרונה, ולפיו הקטינה מתמודדת עם קושי רפואי בטווח הבינוני-חמור; כישוריה הקוגניטיביים נמוכים; ויכולתה לצלוח אתגרים, להתאושש מחוויות טראומטיות ולהמשיך להתפתח, קשורה באופן מובהק ליכולתה להיתמך על ידי הוריה המגדלים.

האפוטרופסיות מוסיפות, כי בתסקירים של שירותי הרווחה שהוגשו בהליך דנן, הודגשה ההתקשרות הבטוחה שנבנתה והושלמה בין הקטינה להורים המגדלים במשך שנתיים וחצי, וכן צוין כי התקשרות בטוחה היא קריטית להתפתחותה התקינה של הקטינה; וכי ניתוקה מהם עלול לגרום לה נזק בלתי הפיך. האפוטרופסיות טוענות, כי אמנם קיימת חשיבות רבה לכך שהקטינה תכיר את הוריה הגנטיים ואת סיפור חייה המורכב, בראי זכותה לזהות, אך מדגישות כי אין בכך כדי לגבור על הנזק העצום הכרוך בניתוקה מהוריה המגדלים. זאת, כך נטען, לא כל שכן בראי ממצאי האבחון שנערך לאחרונה לקטינה, אשר מעוררים ספק ביחס ליכולתה להכיל נרטיב מורכב. עוד נטען, כי חוות דעתו של ד"ר גוטליב, שהעניקה משקל משמעותי לזכות הקטינה לזהות, ניתנה טרם עריכת האבחון; וכי המערערים מתעלמים בטענותיהם מתוצאות האבחון ומטובת הקטינה הנגזרת ממנו.

טענות היועצת המשפטית לממשלה

52. היועמ"שית מצטרפת אף היא לעמדת המשיבים, וסבורה כי דין הערעור להידחות. באשר לזהות האם, נטען כי ייתכנו שתי זיקות אימהיות, מכוח לידה ומכוח קשר גנטי; כי במקרה דנן שתי זיקות אלו מתחרות; וכי העמדה הבסיסית של הדין הישראלי היא שהיולדת היא אמו של היילוד. אשר לזהות האב, נטען כי ככלל, לפי הדין הישראלי, זיקה גנטית מוכיחה אבהות, אף על פי שהחקיקה מכירה במצבים שבהם טובת הילד תוביל לכך שהאבהות לא תבורר. נטען כי לפיכך, לכאורה, יש בסיס לטענה כי יש להכיר באבהות של המערער. היועמ"שית מציינת כי מצב דברים זה, שבו לכאורה אביה של הקטינה הוא המערער ואמה היא המשיבה, אינו עולה בקנה אחד עם טובת הקטינה;

וכי אין לחלק בענייננו את ההורות בין שני תאים משפחתיים. נטען כי לנוכח האמור, יש להקיש מהוראות חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות או החוק), אשר במסגרתן טובת הקטינה היא במוקד. בהמשך לכך, היועמ"שית טוענת כי יש לקבוע את ההורים המגדלים בענייננו כהורי הקטינה לפי דין, וזאת בראי טובתה, לנוכח תסקירי שירותי הרווחה בעניינה והאבחון שנערך לה לאחרונה. היועמ"שית מדגישה, כי עורכות התסקירים הן הגורם המקצועי הבכיר ביותר בתחומן בשירות המדינה; וכי הן בחנו את הסוגייה והמליצו באופן חד משמעי כי יש להותיר את הקטינה אצל ההורים המגדלים, משיקולי טובתה.

דיון והכרעה

53. כאמור בפתח הדברים, לפנינו סוגייה מורכבת ותקדימית, שבבסיסה מערכת נסיבות עובדתית חריגה, אשר טומנת בחובה היבטים אנושיים רגישים ביותר. כמפורט לעיל, טעות טראגית ומצערת בהליכי הפריה חוץ-גופית, גרמה לכך שביצית מופרית של המערערים, הושתלה ברחמה של המשיבה, אשר נשאה את ההיריון וילדה את הקטינה, ומאז מגדלת אותה יחד עם המשיב, בן זוגה.

54. מצב זה יוצר תחושות עזות אצל כל אחד מהצדדים שלפנינו, כאשר כל אחד מהם רואה בעצמו כהורה של הקטינה ומבקש להעניק לו את הזכות ואת האחריות, אשר אין למעלה ממנה, לגדלה, לחנכה ולספק לה את כל צרכיה. מן העבר האחד, עומדים ההורים המגדלים, שגילו במהלך ההיריון את דבר הטעות; קיבלו החלטה משותפת להמשיך ולשאת את ההיריון; נאבקו על חיי הקטינה עוד בחייה העובריים באמצעות הליכים רפואיים קשים ומורכבים; ומאז לידתה משמשים עבורה הורים אוהבים ודואגים. מהעבר השני, ניצבים ההורים הגנטיים שהקטינה נושאת את מטענם הגנטי, ומרגע שנודע להם על דבר הטעות הטראגית עושים הם כל שביכולתם על מנת לממש את זיקתם ואהבתם אליה ולגדלה בחיקם, ורואים הם בעצמם באופן טבעי כהוריה.

המחלוקת בין הצדדים, בשאלה מיהם הוריה של הקטינה, פורטת אפוא על הנימים הרגישים ביותר בנפשו של אדם – זהותו כהורה ויחסיו עם ילדו.

55. וכאן המקום להדגיש: למערכת הנסיבות שלפנינו מכלול היבטים – אנושיים, פילוסופיים, פסיכולוגיים, ביולוגיים, מוסריים, רפואיים, ועוד. פסק דיננו זה אינו מתיימר לדון או להכריע במכלול היבטים אלו. כבית משפט, זווית דיוננו והכרעתנו

מתמזה בשאלה מיהם הוריה של הקטינה לפי הדין הישראלי, כלומר מיהם "הוריה המשפטיים". אין אפוא בהכרעתי להלן כדי לקבוע מיהם הוריה של הקטינה במובנים אחרים, ובכלל זאת מובנים זהותיים, רגשיים ופסיכולוגיים, אשר נודעת להם חשיבות רבה בחייו של אדם.

יחד עם זאת, ביודעי את משמעות ההשלכות הטמונות בקביעת מעמדו של אדם כהורה לפי הדין הישראלי, ניגשת אני למלאכה בחרדת קודש, ומתוך הבנה שדווקא הרגישות האנושית המאפיינת את המקרה שלפנינו, מחייבת אותנו לדבוק בעקרונות הדין הישראלי והוראותיו; לפסוק על-פיו; וממילא, להישמר מפני נהייה אחר נטיות לב או אינטואיציות ערכיות, במקומות שהדין אינו מאפשר זאת.

56. אם כן, מסגרת הדיון שלפנינו מתייחסת לשני זוגות, אשר כמהים להיות הוריה של הקטינה לפי דין – אלו מתוקף זיקתם הגנטית אליה, אלו מתוקף נשיאתה ברחם המשיכה והולדתה, הקשר הזוגי ביניהם ומערכת היחסים בינם לבין הקטינה משך שנות חייה עד כה.

טרם שנבחן לעומק את שאלת זהות הוריה של הקטינה לפי הדין הישראלי, ועל מנת להעמיד לה תשתית עיונית, אבקש לפרוס רקע עיוני קצר ביחס לגישות השונות שניתן למצוא בספרות מלומדים, באשר ל"תחרות" בין "אימהות גנטית" ל"אימהות פיזיולוגית" (מכוח לידה); וכן לבחון את העמדות הקיימות בסוגיה זו במשפט העברי.

אימהות "גנטית" מול אימהות "פיזיולוגית" – רקע עיוני קצר

57. פיצול האימהות הביולוגית-טבעית לאימהות "גנטית" מזה ואימהות "פיזיולוגית" – מכוח לידה – מזה, הוליד דיון תיאורטי נרחב בשאלה למי מהשתיים ראוי ומוצדק להעניק את הבכורה, ולראות בה אימו של היילוד. הספרות בנדון עשירה, מגוונת ורב-רבדים, ואסתפק בטעימה ממנה, מבלי להתיימר למצותה. חשוב לציין כבר בפתח הדברים, כי הטיעונים השונים שהועלו בספרות במסגרת הדיון בסוגיה, לא בהכרח מנביעים כלל הכרעה ברורה, לכאן או לכאן. יהיה מדויק יותר לראות בהם מסגרות חשיבה, או הצעות לנקודות מבט על הדילמה הקשה שלפנינו.

58. משפחה אחת של טיעונים נושאת אופי מעין "קנייני", והשאלה הנבחנת בגדרם היא אם ועד כמה זכאית כל אחת מהאימהות לטעון כי יש לראות ביילוד "תוצר" שלה.

יובהר מיד כי אין כוונת הדברים ל"בעלות" במובן המלא – מושג שאין לו כל מקום ביחסי הורים וילדים – אלא לנימוקים שמצדיקים טענה ל"שייכות" היילוד לאם זו או אחרת. במסגרת זו, היו שהצביעו על "בעלות" האם הגנטית בביצית שנשאבה ממנה, באופן שמקים לה טענה טובה להחזקה בילד שהתפתח ממנה, ושמסיף לשאת את המטען הגנטי שהיה אצור בתוכה (Kermit Roosevelt III, *The Newest Property: Reproductive Technologies and the Concept of Parenthood*, 39 Santa Clara Law Review 79, 80, 88 (1998); Scott B. Rae, *Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood*, 3 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 219, 229 (1994)).

59. מנגד, ומבעד לאותן משקפיים שמבקשות לבחון את תרומת האם ל"תוצר" האנושי שיצא ממנה, יש שהצביעו על תרומתה המקבילה של האם היולדת ("הפיזיולוגית") להתפתחות היילוד ברחמה. תרומה זו לא מתמצה אך במאמצי נשיאת העובר משך תשעת חודשי ההיריון, אלא מתבטאת אף בעיצוב תורשתי של היילוד עצמו. טיעון זה תומך יתדותיו, בין היתר, בספרות שעוסקת בתחום האפיגנטיקה – ענף בביולוגיה שעניינו בשינויים תורשתיים שאינם כרוכים בשינויים ברצף ה-DNA. מחקרים בתחום זה מצביעים על מנגנונים שונים שבאמצעותם התנהגותה של האם נושאת ההיריון – בין היתר, בהיבט של תזונה ומצב נפשי – מעצבת את הסביבה התוך-רחמית, ויכולה להשפיע על עתידו הבריאותי של היילוד (להרחבה, ראו פס' 108-109 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי). החשוב לענייננו, שמנקודת מבט זו, גם האם היולדת מוסיפה נדבכים תורשתיים משלה ליילוד, באופן שניתן לראות בו מעשה-ידיה.

60. מנקודת מבט שונה – שגם אותה ניתן למקם תחת "המטרייה" המעין-קניינית – היו שביקשו לטעון לטובת זיקתה של האם הפיזיולוגית לעובר, על יסוד "העבודה" שהשקיעה בהשרשתו ברחמה; בהאכלתו דרך שלייתה; בנשיאתו תשעה ירחי לידה; ולבסוף – בהבאתו לעולם בהליך לידה שכרוך בסיכונים. השקעה זו של האם היולדת בהבאת היילוד לעולם, בהתאם לגישה זו, מקימה לה טענה טובה לקדימות על פני האם הגנטית (טענה זו שואבת לעיתים השראה מ"תורת העבודה" שעומדת ביסוד תפיסת הקניין של הפילוסוף ג'ון לוק, וראו: hoshana L. Gillers, *A Labor Theory of Legal Parenthood*, 110 Yale L.J. 691, 705-711 (2001); John L. Hill, *What Does it Mean to be a "Parent?" The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights*, 66 N.Y.U.L. REV. 353 406-408 (1991)). (להלן: Hill).

61. גישה שונה, שתומכת באופן טבעי באם הגנטית, מבקשת להדגיש את הדמיון הפיזי בין ילד להוריו כרכיב חשוב בחוויה ההורית. המצדדים בגישה זו סבורים כי חלק ממה שהופך את חווית ההורות למשמעותית, נוגע ליכולתו של ההורה לראות את ילדיו גדלים ומתפתחים בדמותו-שלו – ולזהות את עצמו בתהליך הצמיחה, במסגרת מעשה יצירתי שמבטיח המשכיות (Hill, עמ' 388-389).

62. טיעון מסוג נוסף, מבקש להסיט את נקודת המבט מזכויות או אינטרסים של ההורים, ולהציב במרכז את עיקרון טובת הילד. בהקשר זה, חשוב לעמוד על ההבחנה שבין בחינת טובת הילד הקונקרטי לבין שאלת טובתם "הכללית" של ילדים. גם אם אוחזים בגישה שלפיה אין בכוחו של שיקול טובת הילד הקונקרטי – שנבחן אגב מקרה מסוים שמובא לפני בית המשפט – כדי להקים בעצמו הורות משפטית (ראו למשל: בע"מ 7799/22 פלונית נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה, פס' 22 (31.1.2023)), אין בכך כדי לגרוע מהטענה, כי במסגרת מלאכת עיצוב הכללים לזיהוי ההורה, יש להביא בחשבון שיקולים בדבר טובת הילד "הכללי", וזהות ההורים שמוטב לו לגדול עימם. כך למשל, ניתן לטעון כי ככלל, מוטב לילד לגדול בסביבה משפחתית שבה הוא יזהה בינו לבין הוריו ואחיו דמיון פיזי, ומכאן שיקול חשוב לטובת ההורות הגנטית (כך למשל עולה מחוות דעתו של ד"ר גוטליב, אם נבקש ליישם את דבריו בהקשר כללי שחורג מטובתה של הקטינה שלפנינו). מנגד, שיקול זה שעניינו בטובת הילד וברווחתו, עשוי להצדיק אימוץ כלל שלפיו בחלוף פרק זמן מסוים, שבמהלכו התרגל הרך הנולד לאימו היולדת, תינתן לאחרונה עדיפות על פני האם הגנטית, על מנת למנוע מהילד את הקשיים שבהחלפת דמויות מטפלות, על כל הכרוך בכך.

63. עוד סוג של טיעון, מבקש לשים את הדגש על שיקולי מדיניות, ולטעון כי אלה מטילים את הכף לטובת האם היולדת. טיעון זה מבקש אף הוא שלא להכריע בין האימהות על יסוד יתרון עצמי-מהותי שיש לאחת על פני רעותה, ותחת זאת, לאמץ כלל הכרעה שיתרום לוודאות של כלל אלה שלוקחים חלק בדרכי ההולדה המודרניות, במסגרתן נוצרת הפרדה בין יסוד גנטי לפיזיולוגי. בהתאם לקו טיעון זה – שקיבל משקל ממשי בפסק הדין של בית המשפט המחוזי – קביעה עקרונית, שלפיה האם היולדת היא אימו של היילוד, ולא האם הגנטית, עדיפה מנקודת מבט של ודאות ונטיעת ביטחון, בשני מובנים: ראשית, היולדת ידועה, וההיריון והלידה הם "פומביים", כך שהורות פיזיולוגית מספקת תשובה זמינה וברורה לשאלת זהות האם, בניגוד לבירור גנטי שכרוך בדרישה וחקירה; שנית, היולדת היא אחת ויחידה, בעוד שהביצית ניתנת לפיצול בין מספר נשים, שכל אחת תורמת לה את חלקה, כך שמתן הבכורה ל"אם הגנטית" עשוי שלא לספק

תשובה סופית לשאלה מי היא אימו של היילוד (להרחבה ראו: פס' 94 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

64. עניינו הרואות, כי הדיון העיוני שהוקדש לסוגיה האמורה מספק כמה זוויות אפשריות, להתבוננות ולהתמודדות עם מקרים שבהם מתעוררת "תחרות" זיקות בין הורות גנטית לפיזיולוגית. לאחר סקירה קצרה זו, שכאמור רחוקה מלמצות את השיח העשיר בסוגיה, אפנה לזירה נוספת, בעלת מעמד ייחודי במשפט הישראלי (ראו: סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980), שמקיימת שיח ערני ומעמיק בסוגיה שעל הפרק – בית מדרשו של הדין העברי.

אימהות "גנטית" מול אימהות "פיזיולוגית" בדין העברי

65. סוגיית הפיצול האפשרי בין אימהות גנטית לפיזיולוגית, פועל יוצא של התפתחויות טכנולוגיות ורפואיות מהעשורים האחרונים, מעסיקה רבות גם את חכמי המשפט העברי – פוסקים, דיינים וחוקרים. למעשה, כפי שהראה בית המשפט המחוזי בטוב טעם, יש מן הפוסקים שנדרשו לשאלות מעין אלו אף בטרם הבשילו הפרוצדורות הרפואיות המודרניות, שעומדות בלב הדיון העדכני בסוגיה. במסגרת המשפט העברי, לשאלת זהות ההורה עשויות להיות נפקויות בשלל הקשרים: מצוות כמו כיבוד אב ואם; זכויות כגון ירושה; איסורים שונים, כמו מגבלות על קשרי נישואין מחמת קרבה; ואף ענייני פסלות, כמו הלכות עדות קרובים (הרב אהרן ליכטנשטיין רוח אביב – על עבודת ה', משפחה וקהילה 220 (תשע"ב)). זאת ועוד: כאשר מתעוררת שאלת ההורות על רקע טכנולוגיות הפריור החדשות, אזי מלבד ההיבט ההלכתי הצר, מרחפים בחלל הפסיקטי גם שיקולי-על הלכתיים חשובים, כמו מימוש הערך של פרייה ורבייה ומעמדו הנכבד של מוסד המשפחה (אבישלום וסטרייך "על פורמליזם גמיש ומהותיות ריאליסטית" דיני ישראל לא 157, 168-171 (תשע"ז)).

66. ההקשר העיקרי שבו נדונה, הלכה למעשה, שאלת זהותה של אם היילוד בנסיבות שבהן עומדות על הפרק אימהות גנטית לצד פיזיולוגית, היא של "יוחסין" ובירור המעמד האישי (יחזקאל מרגלית "אימהות פיזיולוגית במשפט הישראלי" משפט ועסקים לא 31, 33 (2025) (להלן: מרגלית)). מחמת ההשלכות כבדות המשקל של קביעות הלכתיות בענפים הלכתיים אלו, ובשים לב לאופייה החדשני של הסוגיה והעדר מסורת פסיקה לגביה, נטיית הפוסקים היא להימנע מהכרעה חד משמעית ולחשוש לשתי האפשרויות, כאשר הדבר מתאפשר. גישה זו מתבטאת למשל בדרישה ל-"גיוור לחומרא" של מי שנולד

מהליך שבו תורמת הביצית או הפונדקאית אינה יהודייה, ומבקש להינשא כיהודי. אולם, "דרך מוצא" זו אינה תמיד אפשרית; כך למשל, שאלת ההורה שישמש אפוטרופוס טבעי על קטין, דורשת לכאורה הכרעה בינארית בין הורים "מתחרים" (אבישלוס וסטריין "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים: היבטים הלכתיים ומשפטיים" אטיא קכה – קכו, 7 (תשפ"ג) (להלן: וסטריין)).

67. קשת העמדות של פוסקי ההלכה שנדרשו לסוגייה, נמתחת מקצה לקצה (למקורות שריכזו ומיינו את הגישות השונות, ראו למשל: מרדכי הלפרין רפואה מציאות והלכה – ולשון חכמים מרפא 285-295 (תשע"ב); מיכאל ויגודה וירדן קופ-יוסף: "בירור יהדותה של תורמת ביצית" (חוות דעת של היחידה למשפט עברי במשרד המשפטים 28.7.2019); (להלן: ויגודה וקופ-יוסף)). על קצה המזלג בלבד, ניתן להזכיר את שיטת הרב אליעזר ולדנברג, מהפוסקים הבולטים בצומת הדרכים שבין רפואה והלכה, שאף שימש כרב בית החולים שערי צדק בירושלים. בתשובות שנתן, נטה הרב ולדנברג לדעה כי זהות האם הולכת אחר היולדת. בין שלל הטעמים שביסוד גישה זו, סבר הרב ולדנברג שהביצית המופרית "מתמזגת" עם גוף האם הנושאת, באופן שמצדיק לייחס לה את הוולד שהתפתח במעיה (שו"ת ציץ אליעזר יט, מ – "ודאי דאמרינן בכגון זאת שבטלים המה [הזרע והביצית] לגוף שחברו, ואין להם עוד יחס לאל הקודם"; וכמו כן שם, כ, מט; כב, נה). בדרך דומה, יש שהפנו לעיקרון ההלכתי שלפיו "עובר כירך אימו" – וביקשו לראות ביולדת כמי ש"סיפחה" אליה את הביצית המופרית. בדעה זו החזיק למשל הרב נחום רבינוביץ' (הרב נחום רבינוביץ' שו"ת שיח נחום סימן קא (תשס"ח); הרב רבינוביץ' הוסיף והטעים שאין מקום לייחס את הביצית לאם הגנטית, כפי שלא מקובל לייחס אברים שנתרמו לתורמיהם, וכלשונו: "והיכן מצינו שביצית של אשה מתייחסת לה אחרי הפרישה מן האשה [...] וכי זה שונה מתרומת דם או מהשתלת מוח עצם או איבר מן החי? האם במקרים כאלה ניתן לומר שהדם או מוח העצם או האיבר הנתרם עדיין מתייחסים לתורם?" (שם)).

68. נימוק נוסף בדברי חלק מהפוסקים שאוחזים בגישה זו, נעוץ בקביעה התלמודית שלפיה במהלך 40 הימים הראשונים להיריון, ובטרם קרם הוולד עור וגידים ברחם האם, אין לראות בו אלא "מיא בעלמא" (בבלי, יבמות סט, ע"ב), וכי ממילא אין הצדקה לייחס אותו לאם הגנטית (ראו למשל, סעיף ג' לחוות הדעת של הדיין ציון לוז-אילוז, בתיק 1174963/1 פלוני נ' פלונית (התשפ"ב) (להלן: עניין פלוני); לפוסקים נוספים שאוחזים בגישה המבכרת את האם היולדת, ראו את תשובת הרב מרדכי אליהו, בתוך: שו"ת פוע"ה – פוריות, יוחסין וגנטיקה 300 (הרב אריה כץ עורך, תשע"ו)); למסקנה זו שותף גם הרב

דוד לאו, שהביע עמדתו בפסק הלכה קצר מיום 27.10.2022 שפרסם סמוך ללידת הקטינה שעניינה נדון לפנינו, ובעת שניהן כרב הראשי לישראל.

69. דוגמא לגישה הפוכה, שמעניקה את הבכורה דווקא לאם הגנטית, ניתן להביא מעמדת הרב שלמה גורן, ששימש כרב הראשי לישראל. הרב גורן סבר כי ייחוס הוולד הולך אחר הביצית, שבה מצוי המטען הגנטי של הוולד שקובע את תכונותיו הבסיסיות; וכלשונו: "האמהות נקבעת ע"י הכח של תכונותיה של האם, המוטבעים בביצית שלה, ולא ע"י האשה השנייה שברחמה נשתלת הביצית שהיא רק מוציאה מן הכח אל הפועל את הביטוי הגנטי של הביצית המופרית של האשה התורמת" (הרב שלמה גורן תורת הרפואה 176-177 (תשס"א); לפוסקים נוספים בדעה זו, ראו למשל את עמדת הרב יעקב אריאל שו"ת באהלה של תורה א, סימן ע' (תשנ"ח)).

70. בתו"ך, ניתן להצביע על עמדות שלפיהן הוולד לא מיוחס לאף אחת מהאימהות, או שמיוחס לשתייהן (מהותית, ולא רק לחומרא; ראו: מרגלית, 31-32). במבט רחב, מחברים שנדרשו לניתוח כולל של מגמת פסיקת ההלכה בסוגיה, הצביעו על נטייה כללית לראות באם היולדת כאם היילוד (שם; ויגודה וקופ-יוסף, בעמ' 3; וראו גם וסטרליך, עמ' 10, שטוען למעין תנועת מוטלת בעמדות הפוסקים במהלך השנים – מהאם היולדת לגנטית, ובחזרה).

71. עמדה מעניינת נוספת היא זו של הרב ציון לוז-אילוז, דיין בבית הדין הגדול, שהעלה את האפשרות שלפיה הגדרת האימהות ההלכתית לא תהיה מקיפה ומוחלטת אלא תלוית-הקשר, כך שהיא עשויה להשתנות משדה הלכתי אחד למשנהו (עניין פלוני; תיק (אזורי ב"ש) 1014227/2 פלוני נ' פלונית (התשע"ה)). גישה זו מעוררת עניין על רקע ההשקפה המקובלת, שלפיה נטיית ההלכה היא להכרעה מהותית, שאינה תלוית נסיבות, בשאלות מעין אלו (ראו גם: יהושע בן-מאיר "תגובה למאמרו של פרופ' אבישלום וסטרליך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים: היבטים הלכתיים ומשפטיים" אסיא קכה-קכו 18 (תשפ"ב)).

72. במבט כולל, מעניין לציין שבתשובות השונות של פוסקי ההלכה ניתן לזהות גם שיקולים שחלקם נזכרו בחלק העיוני שלעיל. בכלל זה, נדרשים אנשי ההלכה, בין היתר, לשאלות כגון קיומה של זכות "קניין" על הביציות (ראו למשל אצל וסטרליך, עמ' 15-13); המשקל שיש לתת לעובדה ש"התוצר הסופי" של ההיריון התגבש ברחם היולדת; וכן שיקולי מדיניות, דוגמת היתרון שבכלל הכרעה ודאי ופשוט, שיקול שקיבל כאמור

התייחסות נרחבת בפסק הדין של בית המשפט המחוזי (שם, פס' 96-97 לפסק הדין; אעיר כי במסגרת זו, לא סקרתי את עמדת הדין העברי בדבר מעמד האב; זו, כך נראה, נשענת בלעדית על היסוד הגנטי, ראו: וסטרייך, עמ' 12; יחזקאל מרגלית "קביעת הורות הלכתית – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" ספר יעקב נאמן, 281, 299-302 (אהרן ברק ודוד גליקסברג עורכים, 2023)).

73. ראינו אפוא שגם הדין העברי מתחבט בשאלת זהותה של האם בנסיבות של פיצול בין האם הגנטית לאם היולדת. הכרעה ברורה וחד משמעית – אין, אולם כאמור, הנטייה הכללית היא לראות באם שנשאה את היילוד ברחמה והביאה אותו לעולם, כאימו ההלכתית.

הורי הקטינה לפי הדין בישראל – מתווה הדיון

74. אם כן, לאחר שהעמדנו תשתית עיונית לסוגיה שעל הפרק, והצגנו עמדות מרכזיות במשפט העברי בעניינה, אפנה כעת לבחון את עמדת המשפט הישראלי בשאלה, מיהם הוריה לפי דין של הקטינה בנסיבות כבענייננו.

אקדים ואומר, כי דרך הילוכנו תהא כדלקמן: בתחילה, אעמוד על האופן שבו מסדירה החקיקה בישראל את שאלת ההורות, במקרים שבהם האם היולדת אינה האם הגנטית. בהמשך לכך, אדון בטענת המערערים, שלפיה זיקה גנטית מקנה, בהכרח, מתוקף עצמה, מעמד של הורות לפי דין, ואראה כי אין לטענה זו עיגון משפטי. לאחר מכן, אראה כי קיים חסר ("לאקונה") ביחס לשאלה מיהם הוריה לפי דין של הקטינה בנסיבות דנן. על רקע מסקנה זו, אציע להקיש לענייננו מהוראת סעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות, אשר קובעת כלל הכרעה ב"תחרות" זיקות הורות בין אם יולדת להורים גנטיים, שלפיו האם היולדת היא ההורה לפי דין, בעוד שבית המשפט רשאי לקבוע הוראות בעניין מעמד הילד ויחסיו עם ההורים הגנטיים. בהמשך לכך אראה, כי גם מנקודת מבט של בחינת טובת הקטינה, אין מקום להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי שלפיהן טובתה היא שהאם היולדת תיקבע כאימה לפי דין, בעוד שהקשר עם ההורים הגנטיים יהיה "קשר ללא אחריות הורית משפטית אך [...] קשר משפחתי נוכח וממשי". לבסוף, אציע להכיר במשיב כאב הקטינה על פי דין מכוח צו הורות פסיקתי, על בסיס זיקתו הזוגית לאם היולדת, ובשים לב לזיקתו הישירה לקטינה עצמה.

הורות לפי הדין הישראלי כאשר האם היולדת אינה האם הגנטית

75. ביסודו של דבר, השאלה מיהם הוריה המשפטיים של הקטינה מתעוררת בענייננו, מכיוון שהדין בישראל אינו כולל הגדרה מפורשת וממצה בשאלה מיהו הורה על-פי דין; ואינו מכיר בהורות לפי דין של יותר משני הורים (ראו, למשל: סעיף 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיפים 3(א) ו-3א לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; סעיף 21 לחוק השמות, התשט"ז-1956; כן ראו: בע"מ 3518/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פס' 14 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (3.2.2020); עמ"ש (מחוזי מרכז) 52550-10-18 נ. נ' נ. ד.מ. (22.10.2019); עמ"ש (מחוזי תל אביב-יפו) 23848-05-19 פלוני נ' פלונית (2.4.2020)). מעמד של הורות לפי הדין הישראלי עשוי להיות מוקנה בדרכים שונות, ומכוח זיקות הוריות שונות, ועל כך עוד יפורט להלן.

[אע"פ, כי במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, טענו המערערים כי ניתן להכיר בענייננו ב"הורות משולשת" – שלהם ושל המשיבה, האם היולדת. ואולם, מעבר לכך שכמבואר לעיל, הדין הישראלי אינו מכיר בהורות לפי דין של יותר משני הורים, הרי שטענה זו אינה חלק מיריעת המחלוקת בין הצדדים, משזו לא נטענה מפורשות בכתב התביעה שהגישו המערערים לבית המשפט לענייני משפחה].

76. ככלל, במצב הדברים הרגיל, כאשר יילוד נולד מרחם אימו הגנטית, ואביו הגנטי הוא בן זוגה, שאלת זהות הוריו לפי דין אינה מתעוררת. לעומת זאת, שאלה זו עשויה להתעורר במקרים שבהם חלק מתאי המין המשמשים להפריה – זרע או ביצית – הוא של גורם חיצוני לבני הזוג; או כאשר ההיריון נישא על ידי מי שאינה בעלת המטען הגנטי של היילוד, כך שמתקיימת הפרדה בין היולדת – שתכונה להלן גם בעלת "הזיקה הפיזיולוגית" – לבין בעלת הזיקה הגנטית, כבענייננו.

ואמנם, המשפט הישראלי מסדיר בחקיקה מקרים שבהם הפרדה זו, בין בעלת הזיקה הפיזיולוגית לזו הגנטית, נעשית במכוון, תוך שימוש בטכנולוגיות רפואיות שונות שנועדו בעיקר לסייע לזוגות או ליחידים שמתקשים להביא פרי בטן לעולם בדרך הטבע, לממש את כמיהתם להיות הורים.

סוגיה זו מוסדרת בשני חוקים עיקריים: חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות), וחוק הפונדקאות. בהמשך נעמוד באופן מפורט ומעמיק על חלק מהוראות חוקים אלו, אך כבר עתה אקדים ואציין את עיקריהם.

77. חוק תרומת ביציות, כשמו כן הוא, מסדיר הליך של תרומת ביציות עבור אישה "נתרמת", אשר מסיבות רפואיות זקוקה לביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד. הביצית עשויה להיות מופרית מזרעו של בן הזוג של הנתרמת, או מזרע של תורם. את ההיריון עשויה לשאת או הנתרמת עצמה, או "אם נושאת" לפי חוק הפונדקאות (ראו סעיפים 11 ו-13 לחוק תרומת ביציות). לנוכח ההפרדה כאמור בין בעלת הזיקה הגנטית ליילוד לבין היולדת, בעלת הזיקה הפיזיולוגית אליו, והשאלה המתעוררת בעקבות זאת בנוגע לזהות אימו לפי דין, נקבע בסעיף 42 לחוק זה כדלקמן:

מעמד היילוד ואי-פגיעה בסמכות בית דין דתי
 42. (א) יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.
 (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), אין בחוק זה כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין, ומסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים.
 (ג) הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביציות, ולא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם.

[נשוב יוזכר, כי לפי חוק תרומת ביציות, הנתרמת אינה חייבת להיות מי שנושאת את ההיריון, ויכולה להשתמש בביציות שנתרמו לה לשם הולדת ילד בדרך של השתלתן ב"אם נושאת" לפי חוק הפונדקאות (ועל כך להלן); במצב כזה, קיימת בעלת זיקה גנטית ליילוד; בעלת זיקה פיזיולוגית אליו; אך אימו לפי דין היא הנתרמת, שאינה אחת מהן].

78. נוסף על חוק תרומת ביציות, גם חוק הפונדקאות מתייחס למקרים שבהם האם היולדת אינה האם הגנטית. חוק זה מסדיר מצב שבו אישה, המוגדרת בחוק כ"אם נושאת", נושאת הריון עבור "הורים מיועדים", המוגדרים ככאלה שהם "בני זוג וכן אם מיועדת יחידה". החוק מסדיר את התנאים שבהם יאושר הסכם בין האם הנושאת לבין ההורים המיועדים, אשר מוגדר כ"הסכם לנשיאת עוברים", ולפיו "מסכימה האם הנושאת להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית ולשאת את ההיריון עבור ההורים המיועדים" (סעיף 1 לחוק; להלן גם: הסכם פונדקאות). בין היתר, החוק קובע כי הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית במסגרת ביצוע ההסכם חייב להיות של האב המיועד, ולגבי אם

מיועדת יחידה, הביצית שבה נעשה שימוש כאמור חייבת להיות שלה (כך שמתקיימת בהכרח זיקה גנטית, לכל הפחות חלקית, של ההורים המיועדים לביצית המופרית). בכל אופן, הביצית המשמשת להפריה כאמור אינה יכולה להיות של האם הנושאת (סעיף 2 לחוק).

בעיקרו של דבר, בחוק הפונדקאות נקבע כי בעקבות לידת ילד כתוצאה מהסכם פונדקאות, ההורים המיועדים יהיו הוריו על-פי דין, אלא אם "הדבר נוגד את טובת הילד" (סעיף 11(ב) לחוק). לצד זאת, סעיף 13 לחוק, המסדיר מצב שבו האם הנושאת מבקשת לחזור בה מהסכם הפונדקאות, קובע כי בית המשפט לא יאשר זאת אלא אם חל שינוי נסיבות המצדיק זאת, ואם "אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד". אם בית המשפט אישר את חזרת האם הנושאת מהסכמתה כאמור, יינתן צו הקובע את מעמדה של האם היולדת כאם הילד.

79. אם כן, חוקים אלו מתייחסים למצבים שבהם מתקיימת, באופן מוסכם ומכוון, הפרדה בין בעלת הזיקה הפיזיולוגית ליילוד לבין בעלת הזיקה הגנטית; ולנוכח הפרדה זו, מסדירים את סוגיית זהות הורי היילוד לפי דין במקרים מסוג זה.

אלא שלהבדיל מהמצבים המוסדרים בחוקים אלו, הרי שבנסיבות המקרה שלפנינו, התרחשה ההפרדה בין האם היולדת לאם הגנטית בשל שגגה טראגית, שאף אחד מהצדדים לא רצה בה ולא תרם להתרחשותה. אין חולק, אפוא, כי החוקים הנ"ל אינם חלים באופן ישיר בענייננו, וממילא אינם מספקים במישרין תשובה לשאלת זהות הוריה לפי דין של הקטינה. מקרה מהסוג שלפנינו מעולם גם לא נדון בפסיקתו של בית משפט זה. נראה אפוא, כי לשאלה מי הם הוריה של הקטינה לפי דין אין תשובה ישירה בחקיקה או בפסיקה.

80. במצב דברים זה, המערערים טוענים כי זיקתם הגנטית לקטינה יוצרת מכוח עצמה מעמד של הורות לפי הדין בישראל. לנוכח טענה זו, מוסיפים הם כי שלילת מעמדם כהורי הקטינה לפי דין פוגעת בזכותם החוקתית להורות; וכי לפיכך, לא ניתן לשלול את הורותם אלא מכוח חוק מסמך, כנדרש לפי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אקדים ואומר, כי אין בידי לקבל את הטענה, שלפיה הזיקה הגנטית של המערערים לקטינה מקנה להם, מתוקף עצמה, מעמד של הורים לפי דין.

81. כפי שצוין לעיל, החקיקה בישראל אינה מסדירה באופן ממצה ומסודר את השאלה מיהו "הורה". בתוך כך, הדין הישראלי מכיר במספר דרכים חלופיות להקניית מעמד של הורות לפי דין; עמד על כך בית משפט זה ב-בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14):

"החוק הישראלי אינו מגדיר באופן מפורש וסדור מיהו הורה ומהם הקריטריונים על מנת להכיר באדם ככזה. לדעתי, נכון להיום הדין הישראלי מכיר בהורות על בסיס ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים – זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (קרי, מתוקף קשר זוגיות עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית)" (שם, פס' 7).

כאמור, בעלי זיקה גנטית הם בעלי הזרע והביצית שמהם נוצר העובר; בעלת הזיקה הפיזיולוגית היא היולדת, שנשארה את ההיריון; הורה מאמץ הוא מי שהוקנה לו מעמד כאמור מתוקף צו אימוץ לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ); ובעל "זיקה לזיקה" מוכר כיום בדין בתור מי שמקיים קשר זוגיות עם בעל/ת זיקה גנטית ליילוד (בע"מ 1118/14, פס' 8).

82. כמפורט לעיל, טענת המערערים היא שעצם קיומה של זיקה גנטית מגבשת, מתוקף עצמה, מעמד של הורות משפטית. ברם, כפי שנראה, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם הדין.

83. כך, למשל, סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות קובע, כאמור, כי "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין". בדברי ההסבר לסעיף זה צוין כך:

"הסעיף המוצע, שעניינו מעמד היילוד, קובע במפורש כי חרף הזיקה הגנטית בין תורמת הביצית לבין היילוד, היא לא תיחשב כאימו של היילוד והנתרמת תיחשב כאמו לכל דבר ועניין. קביעה זאת נעשית, למען הסר ספק, שכן הכלל הוא כי היולדת היא הנחשבת ממילא לאימו של היילוד" (דברי הסבר לסעיף 40 בהצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007, ה"ח הממשלה 289, 310 (להלן: דברי ההסבר לחוק תרומת ביציות); ההדגשות הוספו).

עינינו הרואות, כי המחוקק גילה דעתו במפורש, כי במקרה של היעדר זהות בין בעלת הזיקה הגנטית לבעלת הזיקה הפיזיולוגית, בנסיבות של תרומת ביציות, אם היילוד

לפי דין היא הנתרמת (שבמצב הדברים הרגיל היא היולדת, בעלת הזיקה הפיזיולוגית). בתוך כך, דברי ההסבר מבהירים, כי קביעה זו היא הצהרתית, וכי הכלל במשפט הישראלי הוא שהיולדת נחשבת ממילא אימו של היילוד לפי דין, ולא האם הגנטית. כלומר, לפי דברי ההסבר, גם אלמלא הוראת סעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, הנתרמת-היולדת הייתה נחשבת אימו לפי דין של היילוד. הנה כי כן, עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם טענת המערערים, שלפיה זיקה גנטית יוצרת בהכרח, מכוח עצמה, הורות לפי דין.

84. נוסף על כך, טענתם הנדונה של המערערים איננה מתיישבת גם עם הוראות חוק הפונדקאות. כמפורט לעיל, חוק זה מחייב קיומה של זיקה גנטית, מלאה או חלקית, בין ההורים המיועדים לבין מי שנולד על-פי הסכם פונדקאות. למרות זאת, החוק קובע כי הורותם לפי דין של ההורים המיועדים אינה מתגבשת באופן אוטומטי מתוקף זיקתם הגנטית לילד, אלא היא תוצאה של מתן צו הורות אשר ינתן על ידי בית המשפט לאחר הלידה ולאחר שההורים המיועדים יגישו בקשה מתאימה, וכפוף לעמידה בתנאים הקבועים לכך בחוק (סעיף 11 לחוק); ויוער כי מובן מאליו, שלעניין זה אין הבחנה בין אם גנטית לאב גנטי.

כך, סעיף 12 לחוק, שעניינו "תוצאות מתן צו הורות", קובע כי "עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין". כלומר, הורותם של ההורים המיועדים, בעלי הזיקה הגנטית, היא תוצאה של מתן צו הורות, כך שההורות מתחילה "עם מתן צו הורות" ומכוחו, ולא מתוקף הזיקה הגנטית עצמה (שאחרת, מעמד ההורות היה כבר מעת הלידה). יצוין, כי מסקנה זו עולה גם מההיסטוריה החקיקתית של החוק. כך, בדיוני ועדת העבודה והרווחה, בעת הכנת הצעת חוק הפונדקאות לקריאה שנייה ושלישית, ציין מני מזוז, אז המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, את הדברים הנכוחים הבאים:

"אני רוצה להעיר הערה משפטית. החוק לא מדבר על הכרה ולא על הצהרה של אבהות. אנחנו מאוד מאוד נזהרנו והצוים של בית המשפט קובעים את היחסים המשפטיים. גם כשזה פונדקאות מלאה [כלומר, שני ההורים המיועדים בעלי זיקה גנטית – י"ו] זה לא שבית משפט מכריז עליהם כהורים, הם היו הורים כאילו לפי הדין, אבל רק בית משפט נותן להם אישור שהם הורים. הצו של בית המשפט הוא צו קונסטיטוטיובי ועל-ידי הצו הוא הופך אותם להורים. אנחנו במכוון נמנענו מלהתייחס לשאלה, וזה נכון גם לגבי האם הנושאת, האם היא אמא או לא אמא, האם ההורים המזמינים, גם כששניהם הם בעלי המטען הגנטי, הם הורים או לא. אמרנו שכפי שבית

המשפט נותן צו אימוץ ועל-ידי צו האימוץ הופך אנשים זרים לחלוטין להורים מבחינה משפטית כך אותו צו הורות של בית המשפט הופך את ההורים המזמינים להורים, בין אם הם הורים גנטיים מלאים ובין אם הם הורים גנטיים חלקיים. אנחנו לא נכנסים לשאלה האם בלעדי הצו היה להם איזשהו מעמד או יחס של הורות. לכן אנחנו לא משנים פה סטטוס קוו, לא קובעים שתרומת זרע או אי תרומת זרע או תרומת ביצית הופכת משהו לאב או לאם, אלא זה כמו אימוץ. לא השתמשנו במונח אימוץ כי בכל זאת זה שונה כששני ההורים המזמינים הם בעלי המטען הגנטי וחשבנו שצריך לתת לזה ביטוי" (פרוטוקול ישיבה 422 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-13, 29.12.1995).

85. חשוב להדגיש עוד, כי סעיף 11(ב) לחוק קובע, כאמור, כי אם הגישו הורים מיועדים בקשה למתן צו הורות, ובית המשפט מצא כי היילוד נולד בעקבות עריכת הסכם פונדקאות לפי החוק, "ייתן [בית המשפט – י"ן] צו הורות להורים המיועדים, אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים שהוגש לפי סעיף קטן (א1), כי הדבר נוגד את טובת הילד [...]".

אם כן, לפי סעיף זה, בית המשפט לא ייתן צו הורות להורים המיועדים אם הדבר נוגד את טובת הילד, למרות זיקתם הגנטית אליו. ניתן ללמוד אף מכך כי טרם מתן צו הורות כאמור, ההורים המיועדים אינם הורים לפי דין של היילוד למרות הזיקה הגנטית ביניהם, שהרי "על פי הדין הנוהג אצלנו, אין המדינה רשאית לנתק ילד מהוריו הטבעיים אך בטענה כי טובתו של הילד דורשת זאת" (ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 14 (20.1.1986); ראו גם: ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 469 (1984) (להלן: ע"א 577/83)).

86. לסיכום חלק זה – ראינו כי זיקה גנטית אינה מקנה, בהכרח, מתוקף עצמה, מעמד של הורות לפי הדין בישראל (הן לאב הגנטי הן לאם הגנטית); וכי אין בסיס לטענת המערערים, שלפיה הורות המבוססת על זיקה גנטית בהכרח "לא נדרשת לכינון בצו שיפוטי".

87. לנוכח האמור, נותרנו עם המסקנה בה פתחת, שלפיה החקיקה והפסיקה בישראל אינן מספקות תשובה ישירה לשאלה – מיהם הוריה לפי דין של הקטינה בנסיבות דנן. ניתן לומר אפוא כי מתקיימת בענייננו "תחרות" זיקות הוריות: מצד אחד טוענים המערערים כי יש להקנות להם מעמד של הורים לפי דין מכוח זיקתם הגנטית לקטינה. מן העבר השני, המשיבים טוענים כי דווקא הם הורי הקטינה לפי דין, מתוקף היות

המשיבה אימה היולדת, ובהמשך לכך, מתוקף קשר הזוגיות בין המשיב והמשיבה, וכן לנוכח זיקתם לקטינה עצמה, כמי שגידלו אותה יחד מעת לידתה ועד היום.

גזירת כלל ההכרעה ב"תחרות" הזיקות ההוריות "בדרך של היקש"

88. מהו אפוא כלל ההכרעה ב"תחרות" הנ"ל של זיקות הוריות מתנגשות? המענה על שאלה זו נדרש לקביעת זהות הוריה לפי דין של הקטינה.

כמבואר לעיל, לשאלה זו לא נמצאה תשובה בחקיקה או בהלכה הפסוקה. אם כן, לפנינו חסר ("לאקונה"), ובמקרים כגון אלו חל סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, הקובע כדלקמן:

מקורות משפט משלימים
1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.

סעיף זה מורה כי בהיעדר תשובה בחקיקה או בפסיקה לשאלה הנדונה, יש לנסות ולהכריע בה, בראש ובראשונה, "בדרך של היקש".

89. היקש מתקיים כאשר מנורמה משפטית מסוימת, אשר חלה על מצב עובדתי מסוים, נגזרת נורמה חדשה, אשר מוחלת על מצב עובדתי אחר, מפאת הדמיון בין שני המצבים. עיקרון ההיקש מבוסס אפוא על התפיסה, שלפיה מצבים עובדתיים שווים במהותם צריכים לקבל התייחסות משפטית שווה; בכך משלים ההיקש את החסר באופן קוהרנטי לשיטת המשפט, ואף מקדם בה את עיקרון השוויון (אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 515-516 (1992) (להלן: ברק)). בתוך כך, הדמיון שבין המצבים העובדתיים נקבע, בעיקרו של דבר, בהתאם לתכלית הנורמה המשמשת מקור להיקש:

"השאלה היא אם תכליתה של הנורמה חלה לא רק על העובדות הנתפסות בלשונה, אלא גם על מערכת של עובדות המצויות מחוץ ללשונה. ביסוד ההיקש עומד מצב הדברים הבא: קיים חוק הקובע, כי בהתקיים תנאים א, ב ו-ג תתרחש תוצאה X. המסקנה הפרשנית הינה, כי החוק חסר באשר למצב שבו מתקיימים תנאים א, ב ו-ד. היקש מהחוק מתאפשר אם הפרשן יגיע למסקנה (הפרשנית) כי

התנאים א ו-ב (המשותפים לנורמה הקיימת ולמצב החסר) הם העיקריים, ואילו התנאים ג (בנורמה הקיימת) ו-ד (במצב החסר) הינם טפלים. במצב דברים זה ניתן להקיש מהחוק ולקבוע כי אם מתקיימים תנאים א, ב ו-ד, התוצאה היא X.

[...]

מקרה מיוחד וחריף של דמיון הוא, כאשר בין המצב המוסדר למצב הבלתי מוסדר לא רק שקיים דמיון, אלא שמקל וחומר (a fortiori), אם במקרה המוסדר הפיתרון הוא פלוני, גם המקרה הבלתי מוסדר חייב לקבל פיתרון דומה" (ברק, בעמ' 517-518).

90. כאמור, עלינו להכריע בשאלה, מהו כלל ההכרעה ב"תחרות" זיקות הוריות בנסיבות כבענייננו, המתעוררת כתוצאה משגגה שנפלה בהליכי הפריה חוץ-גופית, שהובילה להשתלת ביצית מופרית ממטענם הגנטי של בני זוג מסוימים ברחמה של אישה אחרת; באופן שיצר הפרדה בין בעלי הזיקה הגנטית לבין האם היולדת ובן זוגה. על מנת להשיב על שאלה זו בדרך של היקש, עלינו לתור אפוא אחר נורמה, שהתכלית שלה חלה גם על מערכת הנסיבות שלפנינו.

91. בהמשך לאמור, אציין כי אין בידי לקבל את טענת המערערים, שלפיה יש להכריע בענייננו על-פי "מבחן הכוונה" שפותח בפסיקה האמריקאית. כמבואר לעיל, בהיעדר תשובה לשאלה הטעונה הכרעה בחקיקה או בפסיקה, חוק יסודות המשפט מורה אותנו להכריע בה בדרך של היקש מתוך החקיקה הישראלית, ואף לעניין זה יפים דבריו של ברק בספרו:

"רצויה הרמוניה בפעילות השיפוטית; רצוי שהאינטגרציה בין מדרגותיה השונות של הפעילות השיפוטית תהא 'פנימית' ומבוססת על הגיונה הפנימי של השיטה עצמה [...]. תהא זו גישה בלתי רצויה לקבוע חסר בשיטה פלונית תוך השוואה להסדר בשיטה אלמונית. השוואה כזו תיצור דיסהרמוניה בשיטה. בדומה, מצב רצוי הוא כאשר חסר בחקיקה מתמלא על-ידי היקש מדיניה של השיטה עצמה. בכך מושגת אינטגרציה פנימית. השיטה מתפתחת באופן הטבעי לה ותואם את דיניה שלה. היה זה מצב בלתי טבעי ובלתי רצוי, כאשר טרם חקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, השופט הופנה לשם מילוי חסר בשיטה הפנימית למשפט המקובל ולדיני היושר האנגליים – ולא להיקש. מילוי חסר מתוך דיניה של שיטת משפט אחרת יוצר, מטבע הדברים, חוסר קוהרנטיות וחוסר עקביות בשיטה" (שם, בעמ' 438, ההדגשה אינה במקור).

92. כמפורט לעיל, נראה כי החוקים הקרובים ביותר לענייננו לצורך היקש, הם חוק תרומת ביציות וחוק הפונדקאות. כפי שיבואר להלן, אני סבורה כי עיון בהוראות חוק הפונדקאות עשוי לגלות נורמות אשר יש להקיש מהן לענייננו, לנוכח תכליותיהן.

[בטרם נעמיק בהוראות החוק, אעיר כי כמפורט לעיל, "הורים מיועדים" עשויים להיות בני זוג שלשניהם זיקה גנטית לעובר; בני זוג שרק לאב המיועד זיקה גנטית לעובר, כשהביצית הושגה בתרומה; או אם מיועדת יחידה בעלת זיקה גנטית לעובר. בהמשך הדיון, ולצורך הנוחות, כשאתייחס להסכמי פונדקאות, אניח כי לשני ההורים המיועדים זיקה גנטית לעובר].

93. כאמור, הסכמי פונדקאות לפי החוק נעשים בין "אם נושאת", בעלת זיקה פיזיולוגית (בכוח), לבין "הורים מיועדים", בעלי זיקה גנטית (בכוח). מהותם של הסכמים מסוג זה היא קביעה מוסכמת, לכתחילה, של כלל הכרעה ב"תחרות" זיקות הוריות בין הצדדים. לפי כלל הכרעה מוסכם זה, בעלי הזיקה הגנטית, ולא היולדת, בעלת הזיקה הפיזיולוגית, יהיו הורי היילוד לפי דין (להלן: כלל ההכרעה המוסכם). משמעותו העיקרית של חוק הפונדקאות היא קביעת התנאים והנסיבות למתן תוקף משפטי לכלל הכרעה מוסכם זה.

94. לצד האמור, סעיף 13 לחוק הפונדקאות מסדיר מצב שבו אם נושאת מבקשת להשתחרר מהסכם פונדקאות ולהחזיק בילד בעצמה, ומורה כדלקמן:

חזרת אם נושאת מהסכם

13. (א) ביקשה אם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד, לא יאשר זאת בית המשפט אלא אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד.
- (ב) לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מהסכם לנשיאת עוברים כאמור.
- (ג) אישר בית המשפט חזרת אם נושאת מהסכם לנשיאת עוברים, יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין; כן רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם הוריו המיועדים או עם אחד מהם.

אם כן, סעיף 13(א) לחוק קובע תנאים, שבהתקיימם יכולה אם נושאת לחזור בה מהסכם פונדקאות; וסעיף 13(ג) מסדיר את שאלת זהות אימו לפי דין של הילד, בהינתן שבית המשפט אישר לאם נושאת לחזור בה מהסכם כאמור.

95. ויודגש: המשמעות של חזרת "אם נושאת" מהסכמתה כאמור, היא ביטול כלל ההכרעה המוסכם, שנקבע לכתחילה בין בעלת הזיקה הפיזיולוגית לבעלי הזיקה הגנטית, ב"תחרות" הזיקות ההוריות ביניהם. ממילא, משבוטל כלל ההכרעה המוסכם, שבה ומתעוררת "תחרות" הזיקות ההוריות בין בעלת הזיקה הפיזיולוגית לבעלי הזיקה הגנטית. במצב דברים זה קובע סעיף 13(ג) את מעמד בעלת הזיקה הפיזיולוגית כאם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין. עולה אפוא, כי תכליתו של סעיף 13(ג) לחוק היא להכריע באופן פוזיטיבי ב"תחרות" הזיקות ההוריות בין הצדדים, בהיעדר כלל הכרעה מוסכם בתוקף. אם כן, דומה כי משמעות הדברים היא שבהתנגשות זיקות הוריות בין אם יולדת לאם גנטית, המחוקק רואה באם היולדת כאם לפי דין; וכי רק בשל הסכמתה להליך הפונדקאות והוויתור מצידה על ההורות, נשללת ממנה הורות זו.

96. הנה כי כן, אף על פי שהוראות חוק הפונדקאות אינן חלות בענייננו, התכלית של הוראת סעיף 13(ג) לחוק – להכריע באופן פוזיטיבי ב"תחרות" שבין בעלי זיקה הורית גנטית לבעלת זיקה הורית פיזיולוגית בהיעדר הסכמה ביניהם – חלה גם במקרה שלפנינו. אם כן, נראה כי בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, יש לגזור מסעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות "בדרך של היקש" את כלל ההכרעה בסוגיה שלפנינו.

כאמור, לפי כלל הכרעה זה, בשינויים המתחייבים, בית המשפט יקבע בצו את מעמד בעלת הזיקה הפיזיולוגית – היא האם היולדת – כאם ואפוטרופא על הילד.

97. מטבע הדברים, כבכל מקרה של היקש, נסיבות ענייננו אינן זהות לחלוטין למערכת הנסיבות שעליהן חל סעיף 13 לחוק הפונדקאות. אולם, נראה כי שינויי הנסיבות בין שני המצבים העובדתיים הנדונים לא רק שאינם מסכלים את האפשרות לעשיית היקש כאמור; כי אם מובילים, בעיקרו של דבר, לחיזוק המסקנה, שלפיה כלל ההכרעה הקבוע בסעיף 13(ג) לחוק צריך לחול בענייננו, וזאת על דרך של קל וחומר.

98. שוני אחד בין מערכות הנסיבות הנדונות, נעוץ בכך שבענייננו, תחרות הזיקות התעוררה לאחר שהתבסס קשר הורי הלכה למעשה (להבדיל ממעמד של הורות לפי דין)

בין בעלת הזיקה הפיזיולוגית לבין הקטינה [יוזכר, כי זהות המערערים כבעלי הזיקה הגנטית לקטינה התגלתה כאשר זו הייתה כבת 11 חודשים; וכי כיום הקטינה כבת שנתיים וחצי]. לעומת זאת, במצב הדברים המוסדר בסעיף 13 לחוק, "תחרות" הזיקות ההוריות מתעוררת ומוכרעת בסמוך ללידה [כמפורט, "ההורים המיועדים" לפי החוק צריכים להגיש בקשה למתן צו הורות תוך שבעה ימים מהלידה (סעיף 11(א) לחוק), ו"לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מהסכם לנשיאת עוברים כאמור" (סעיף 13(ב) לחוק)].

ככל שמדובר בשוני רלוונטי מבחינת תכלית הנורמה הנדונה – להכריע ב"תחרות" בין בעלי זיקה הורית גנטית לבעלת זיקה הורית פיזיולוגית – הרי שדומה כי אם במצב שבו "תחרות" הזיקות ההוריות מתעוררת סמוך לאחר הלידה, המחוקק מכריע כי היולדת היא אם היילוד לפי דין, קל וחומר שזה צריך להיות הכלל, בנסיבות שבהן ה"תחרות" האמורה מתעוררת לאחר שנוצרה מערכת יחסים הורית הלכה למעשה בין היולדת ליילוד.

99. שוני נוסף בין שתי מערכות הנסיבות עניינו הרקע להיווצרותה של ה"תחרות" בין הזיקות ההוריות. בעוד שבנסיבות הרלוונטיות לסעיף 13 לחוק, הסוגייה מתעוררת על רקע חזרת האם הנושאת מהסכמתה עם בעלי הזיקה הגנטית; הרי שבנסיבות דנן, הסוגייה התעוררה על רקע הליכי הפריה חוץ גופית שבהם השתתפו שני הזוגות וכתוצאה משגגה שהתרחשה במהלכם, שהובילה להשתלת ביצית מופרית ממטענם הגנטי של המערערים ברחמה של המשיבה.

לדעתי, ככל שמדובר בשוני רלוונטי מבחינת תכלית הנורמה הנדונה, כאמור לעיל, הרי שנראה כי אם המחוקק מכריע, כי היולדת היא אימו לפי דין של הילד, לאחר שהיא כבר הסכימה לוותר על מעמדה ההורי כלפיו; קל וחומר שהיולדת צריכה להיות האם לפי דין, כאשר היא מעולם לא הסכימה לוותר על מעמדה כאמור. הדברים אמורים במיוחד בנסיבות המקרה דנן, כאשר כמפורט לעיל, לאחר שהתגלה חוסר המתאם הגנטי בין המשיבים לקטינה-העוברית, החליטו המשיבים כי מבחינתם הם הוריה לכל דבר ועניין, ופעלו בהתאם לאורך כל הדרך, לרבות ביצוע הליכים רפואיים מורכבים ביותר שעברה המשיבה במהלך ההיריון להצלת חיי העוברית – הליכים שאף הציבו בסיכון את המשיבה עצמה – וכל זאת, לאחר המלצות שקיבלו מגורמי רפואה להביא לסיום את ההיריון, בשל המומים שהתגלו אצל העוברית.

100. לסיכום חלק זה, סעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות נועד להכריע באופן פוזיטיבי ב"תחרות" בין בעלי זיקה הורית גנטית לבין בעלת זיקה הורית פיזיולוגית, בהיעדר כלל הכרעה מוסכם בתוקף ביניהם – "תחרות" שמתקיימת גם במקרה שלפנינו. תכליתו של סעיף זה חלה, אפוא, גם בענייננו, באופן שמצדיק לגזור ממנו על דרך של היקש את כלל ההכרעה ב"תחרות" הזיקות במקרה דנן. לפי כלל זה, היולדת תהיה אם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין; לצד זאת, רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד, ויחסיו עם בעלי הזיקה הגנטית, או עם אחד מהם.

101. אם כן, נראה כי לפי כלל ההכרעה הנדון, היולדת תיקבע כאם לפי דין, זאת, באופן שאינו מותנה בבחינת טובת הילד. דומה, כי הדבר עולה בקנה אחד עם ההנחה שהובאה לעיל, שלפיה "הכלל הוא כי היולדת היא הנחשבת ממילא לאימו של היילוד" (דברי ההסבר לחוק תרומת ביציות), כלל שקיבל ביטוי כאמור בסעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות; וזאת בשים לב לכך שכמבואר לעיל, לפי הדין בישראל, אין שוללים הורות אך משיקולי טובת הילד.

102. יחד עם זאת, יוזכר כי סעיף 13(א) לחוק הפונדקאות קובע, כי בית המשפט לא יאשר בקשת "אם נושאת" לחזור בה מהסכם פונדקאות ולהחזיק בילד, אלא לאחר שקיבל תסקיר עובד סוציאלי לפי החוק, ובהתקיים שני תנאים: הראשון, "כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה"; והשני, "כי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד". אולם, מבחינת מבנהו של סעיף 13 לחוק, נראה כי תנאי זה של היעדר פגיעה בטובת הילד אינו חלק מהכלל הקבוע בסעיף 13(ג) לחוק, להכרעה ב"תחרות" הזיקות ההוריות; כי אם אחד התנאים הקבועים בסעיף 13(א), לחזרת "אם נושאת" מהסכם פונדקאות, שבמסגרתו ויתרה על ההורות. נראה אפוא, כי לנוכח מבנה הסעיף והגיונו, קביעת התנאי האמור של טובת הילד נעוץ בקיומו של הסכם פונדקאות, על השלכותיו ומשמעותו, שהאם הנושאת הייתה צד לו; ולפיכך, דומה כי תנאי זה אינו נוגע למצב שבו "תחרות" הזיקות ההוריות מתעוררת בנסיבות כבענייננו, כשברקע אין הסכם פונדקאות.

לנוכח האמור, בבואנו להקיש מסעיף 13 לחוק לענייננו – שנסיבותיו אינן כוללות הסכם פונדקאות ברקע הדברים – מסופקני אם עלינו "לשאוב" גם את הדרישה לקיום בחינה של טובת הילד, כתנאי לקביעת האם היולדת כהורה לפי דין.

103. מכל מקום, קביעת מסמרות בסוגיה זו אינה נחוצה בענייננו, שכן אף אם אניח, כי יש מקום לבחון בענייננו את התנאי הקבוע בסעיף 13(א) לחוק בדבר טובת הילד, הרי שכפי שיבואר להלן, אני סבורה כי קביעת מעמדה של המשיבה כאימה של הקטינה, אין בה כדי לפגוע בטובתה של הקטינה.

מעמד האם היולדת כאימה לפי דין של הקטינה בראי טובתה

104. שאלת טובת הקטינה נדונה בהרחבה בפסק דינו של בית משפט המחוזי, אשר הגיע למסקנה כי שיקול זה מטה את הכף לעבר הותרת הקטינה בבית אימה היולדת ובן זוגה. מסקנה זו, אשר התבססה על התרשמותו הישירה של בית המשפט המחוזי מהחומר המקצועי שהונח לפניו ומהעדויות ששמע בעניין זה, נושאת בעיקרה אופי יישומי ואיני מוצאת עילה להתערב בה, בפרט ב"גלגול שלישי" (ראו, למשל: בע"מ 4434/21 פלונית נ' פלוני, פס' 7 (11.10.2021)).

105. אזכיר, כי בית המשפט המחוזי קבע, על יסוד מספר טעמים, כי טובת הקטינה מצדיקה לקבוע כי הוריה הם האם היולדת ובן זוגה, שבהם היא רואה כהורים מיום לידתה. זאת, באופן שעולה בקנה אחד עם המלצת גורמי הרווחה והאפוטרופסיות לדין של הקטינה.

106. כאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, טעם עיקרי בעניין זה נוגע לממד הזמן. הקטינה, בת כשנתיים וחצי בזמן כתיבת שורות אלה, חיה עם המשיבים מיום לידתה והיא רואה בהם דמויות אב ואם לכל דבר ועניין; שיקול זה מטה את הכף במובהק לעבר הותרתה בסביבה ההורית המוכרת לה מיום שהגיחה לעולם. פסיקת בית משפט זה, שבמסגרתה נדרש להכריע בשאלת הוצאתם של קטינים מהסביבה אליה התרגלו, במקרים קשים דוגמת הליכי אימוץ, הדגישה את חשיבות ממד הזמן בכל הנוגע לבחינת טובת הילד (ראו, למשל: בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 159 (2005)). בתוך כך, ניתנה הדעת לעובדה ש-"תחושת הזמן אצל קטין שונה מתחושת הזמן אצל מבוגר, ומה שנראה תקופה קצרה אצל מבוגר עשוי להתקבל כנצח אצל הקטין" (ע"א 577/83, בעמ' 476). הכרה בשיקול חלוף הזמן קיבלה אף ביטוי בחקיקה, דוגמת הוראת סעיף 13א(ג) לחוק האימוץ, הקובעת מסגרת זמנים קצובה בת 60 ימים לביטול הכרזה על ילד כבר-אימוץ, שתכליתה "הבטחת התפתחות בריאה של הקטין ורציפות ויציבות בחייו, תוך מניעת טלטלות"

(בע"מ 9447/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה, פס' נ"ה לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (28.2.2017)).

107. דומה כי לא צריך להאריך בדברים, על אודות הקושי הצפוי לקטינה אם תנותק מבית גידולה, ומהדמויות המטפלות שהתרגלה לראות בהן מקור לאהבה, לתמיכה ולביטחון. כפי שצינו גורמי הרווחה, וכפי שאף הודגש בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, הקושי הכרוך בניתוק זה אין פירושו התמודדות זמנית גרידא; הוא טומן בחובו חשש ממשי לנזק ארוך טווח. בעניין זה, נדרשו גורמי הרווחה ובית המשפט המחוזי באריכות ל"תיאוריית ההיקשרות", שעניינה כאמור בהקניית כלים רגשיים חשובים לקטין לצורך המשך חייו. כפי שצוין בתסקיר, יכולתו של קטין לפתח היקשרות בטוחה עם דמויות חדשות, פוחתת לאחר גיל שנה עד שנה וחצי, כשהקטינה כיום כבר בת כשנתיים וחצי (מסגרת זמן שנזכרה וקיבלה משקל בפסיקת בית משפט זה, כבר לפני כשלושה עשורים, ראו: דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 68 (1995)).

108. טעם נוסף הקשור לקביעת המשיבה כאימה לפי דין של הקטינה בראי טובתה, נוגע למצבה הרפואי-התפתחותי המורכב. כאמור, הקטינה מתמודדת עם אתגרים משמעותיים רבים: רפואיים-לבביים, התפתחותיים, ועוד. היא נזקקת לטיפולים תדירים שונים ולהשגחה קרובה. מצב דברים זה, אך מחריף את הנזק הפוטנציאלי שעלול להיגרם לקטינה כתוצאה מהעברתה לסביבה חדשה ולידי דמויות הוריות שאינה מכירה. כפי שצינו חלק מגורמי המקצוע, יש לתת משקל לכך שההורים המגדלים מחזיקים בידע ובניסיון מצטבר לצורך מתן מענה לצרכיה המגוונים של הקטינה. כמו כן, יש מגורמי המקצוע שאף העלו חשש כי על רקע מצבה הייחודי של הקטינה, העברתה להורים שונים מאלו שאליהם התרגלה, עשויה לפגוע בה במישור ההתפתחותי (ראו פסקה 49 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

109. כאמור, טעמים משמעותיים אלו נזכרו בעמדת גורמי הרווחה והטיפול, והם אומצו על ידי בית המשפט המחוזי. אעיר בהקשר זה, כי לא מצאתי פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי לסטות, בנסיבות העניין, מחוות הדעת של המומחה, ד"ר גוטליב, שהמליץ כאמור להעביר את הקטינה להורים הגנטיים. אמנם, ככלל, על בית המשפט לאמץ את המלצת המומחים שאותם מינה (ראו: רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 332 (2001); בע"מ 61114-02-25 פלוני נ' פלוני, פס' 31 לפסק דיני (31.3.2025)). ברם, אין פירוש הדבר שבית המשפט משמש אך "חותמת גומי" לקביעות

המומחה (שם; בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני, פס' 15 (1.5.2006)), ומובן מאליו, שעל בית המשפט להפעיל שיקול דעת עצמאי בגיבוש הכרעתו, ובתוך כך – לבחון אם מתקיימים "טעמים נכבדים ובעלי משקל ממשי" שמצדיקים לסטות מהמלצת המומחה (בע"מ 9358/04 פלונית נ' פלוני, פס' 10 (2.5.2005)).

בענייננו, בית המשפט המחוזי אכן הצביע על טעמים נכבדים לסטייה מחוות הדעת של המומחה, שעיקרם בהתייחסותו החסרה להיבטים חיוניים ביותר לצורך קביעת טובת הקטינה. בין היתר, עמד בית המשפט המחוזי על היעדר התייחסות מספיקה לנזקים הפוטנציאליים הצפויים לקטינה אם יוחלט להעבירה לדמויות מטפלות אחרות. חסר זה בולט במיוחד, בשים לב לחלוף הזמן שבו חיה הקטינה עם המשיבים, והיעדרה של התייחסות כלשהי בחוות הדעת לתיאוריית ההיקשרות, שקיבלה משקל ניכר בתסקיר גורמי הרווחה (ראו: פס' 119 ו-125 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי). כמו כן, בית המשפט המחוזי הצביע על התייחסותו החסרה של ד"ר גוטליב לשאלת המשקל שיש לתת למצבה הרפואי המורכב של הקטינה (פס' 124 לפסק דינו) – נסיבה שאין צורך במומחיות יתרה על מנת לעמוד על מידת חשיבותה לבחינת טובת הקטינה. כאמור, איני מוצאת עילה להתערב בקביעות אלו של בית המשפט המחוזי.

110. מסקנתי זו, בדבר העדר עילה להתערב באופן שבו יישם בית המשפט המחוזי את מבחן טובת הקטינה, מקבלת משנה תוקף, בשים לב לכך שכמבואר לעיל, היקש ממבחן טובת הקטינה שבסעיף 13(א) לחוק הפונדקאות לענייננו, דורש להראות כי קביעת המשיבה כאימה של הקטינה לפי דין אין בה כדי "לפגוע בטובת הקטינה". נזכיר, כי לא הייתה מחלוקת בין גורמי המקצוע כי ההורים המגדלים הם טובים, מסורים וראויים, ובהצטרף מכלול הנסיבות שעליהן עמד בית המשפט המחוזי – ובפרט, חלוף הזמן ומצבה הרפואי של הקטינה – ברי כי לא ניתן לומר שהחלטה לקבוע את המשיבה כאימה לפי דין של הקטינה, לכל דבר ועניין, יש בה כדי לפגוע בה.

111. לסיכום חלק זה, קביעת מעמדה של האם היולדת כאימה לפי דין של הקטינה, עולה בקנה אחד עם טובתה. לפיכך, אף אם אניח, כי כלל ההכרעה ב"תחרות" הזיקות ההוריות שיש להפעיל בענייננו בהיקש מסעיף 13 לחוק הפונדקאות, כרוך בבחינה של טובת הילד, כאמור בסעיף 13(א) לחוק, הרי שיש לקבוע בענייננו כי האם היולדת היא אימה לפי דין של הקטינה.

112. לצד כל האמור, כמפורט לעיל, לפי הסיפא של כלל ההכרעה האמור, בית המשפט רשאי לקבוע בצו הוראות בנוגע למעמד הילד, ויחסיו עם ההורים הגנטיים או עם אחד מהם. לבית המשפט מוקנה אפוא שיקול דעת בסוגיה, ומטבע הדברים, עיקרון טובת הילד הוא שיקול רלוונטי מרכזי בהקשר זה, בהיותו עקרון-על בדיני המשפחה (ראו, למשל: בע"מ 919/15 פלוני נ' פלוני, פס' 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (19.7.2017); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פס' 20 (22.2.1995)). לסוגיה זו של מעמד הקטינה ויחסיה עם הוריה הגנטיים בראי טובתה אדרש אפוא כעת.

מעמד הקטינה ויחסיה עם ההורים הגנטיים בראי טובתה

113. הלכה למעשה, לצד קביעת המשיבה כאימה של הקטינה לפי דין, בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו הוראות הנוגעות למעמד הקטינה וליחסיה עם הוריה הגנטיים, והורה לרשויות הרווחה לגבש מתווה לגיבוש הקשר בין הקטינה למערערים, לרבות זמני. השהות עימם והאופן שבו ייחשף בפניה סיפור חייה המלא (ראו פס' 133 לפסק הדין). וכך הבהיר בית המשפט המחוזי:

"ההורים הגנטיים לא יעלמו מחייה של הקטינה אלא יהיו נוכחים בהם נוכחות של ממש. יהא זה אמנם קשר ללא אחריות הורית משפטית אך הוא יהווה קשר משפחתי נוכח וממשי.

[...]

אין בליבי כל ספק כי בנדון טובתה של [הקטינה – י"ן] היא כי תוסיף ותגדל עם בני הזוג המוכרים לה מעת הולדתה, שלצידם ובצידם היא מוצאת חום כתף, אהבה ותמיכה, וכי ערעור בסיס הורי זה הנותן לו בטחון עלול לגרום לה נזק ממשי שיקשה לתקנו [...] בצד זה, להורים הגנטיים יש גם חלק בחייה של הקטינה - סיפור חייו של אדם, סיפור חייו השלם, כולל גם את מקורו הגנטי, עליו להכירו ואין מקום להסתיר זאת ממנו, לפיכך בצד האחריות ההורית שתינתן למערערים יש להקים מתווה במסגרתו תחוה הקטינה גם את הוריה הגנטיים" (פס' 128-129 לפסק דינו).

114. אם כן, החלטת בית המשפט המחוזי, לקבוע הוראות בדבר מעמד הקטינה ויחסיה עם הוריה הגנטיים בראי טובתה – עולה בקנה אחד עם ההסדר שבסעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות, שכאמור, יפה לענייננו מכוח היקש. בית המשפט המחוזי מצא, בראי טובת הקטינה ובשים לב למכלול הנסיבות, כי אף על פי שאין מקום לפצל את ההורות המשפטית ביחס לקטינה, קיימת חשיבות למעורבותם של ההורים הגנטיים בחייה; וקבע כי מעורבות זו תתבטא בקיומו של קשר וקביעת זמני שהות עימם, תוך שיהיה מדובר

ב"קשר משפחתי נוכח וממשי". אף בהחלטה זו איני מוצאת עילה להתערב, לא כל שכן ב"גלגול שלישי", בין היתר לנוכח אופייה היישומי, בכל הנוגע לבחינת טובת הקטינה.

115. אדגיש כי אף לגופם של דברים, וגם אם אניח, לצורך הדיון – הנחה שאינה מובנת מאליה, כפי שיבואר בהמשך – כי לבית המשפט יש סמכות, בנסיבות כבענייננו, לפצל את האחריות ההורית המשפטית בין שני תאים משפחתיים, אני סבורה כי בנסיבות העניין שלפנינו לא היה מקום לעשות כן. זאת, מנקודת המבט של טובת הקטינה, אשר כאמור, צריכה לשמש שיקול עיקרי בסוגיה דנן. הדברים אמורים במיוחד, בשים לב למצבה הרפואי-התפתחותי המורכב ביותר של הקטינה, אשר מצריך השגחה אינטנסיבית וקבלת החלטות חשובות בעניינה בתדירות גבוהה ובמהירות. אני סבורה כי בנסיבות אלו, פיצול האחריות ההורית-משפטית בין שני תאים משפחתיים עלול להוביל ל"חיכוך" בלתי פוסק בין הצדדים בנוגע לקבלת החלטות עבור הקטינה (וראו פסקה 14 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי), באופן שיבוא בראש ובראשונה על חשבון טובתה.

116. בנסיבות אלו, איני רואה להידרש באופן עקרוני לשאלה, אם הוראת סעיף 13(ג) לחוק מקנה לבית המשפט סמכות לפצל מכוח הסעיף האמור את האחריות ההורית המשפטית (ויוער בהקשר זה, כי בעוד שסעיף 13(ג) לחוק מורה כי בית המשפט "יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופא על הילד", הרי ש"רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם הוריו המיועדים או עם אחד מהם"); שאלה זו תיוותר אפוא לעת מצוא.

117. בית המשפט המחוזי קבע, אפוא, הוראות הנוגעות למעמד הקטינה ויחסיה עם הוריה הגנטיים, בראי טובתה, באופן שעולה בקנה אחד עם כלל ההכרעה שיש להפעיל כאמור בענייננו בדרך של היקש. כמבואר לעיל, לא מצאתי עילה להתערב בהוראות אלו לגופן.

118. יחד עם זאת, כלל ההכרעה הנדון אינו מתייחס לשאלת מעמדו ההורי של המשיב, בן זוגה של האם היולדת. בסוגיה זו אדון להלן.

מעמדו ההורי של המשיב, בן זוגה של האם היולדת

119. לדעתי, בנסיבות המקרה הנדון, יש להכיר במשיב כאביה לפי דין של הקטינה, מתוקף זיקתו הזוגית למשיבה, האם היולדת, ובשים לב לזיקתו לקטינה עצמה.

120. כאמור לעיל, הדין הישראלי כולל הוראות אשר מכירות במעמד של הורות לפי דין מתוקף "זיקה לזיקה" גנטית. דוגמא אחת לכך נוגעת להליך הולדה באמצעות תרומת זרע, ומצויה בסעיף 23.א. לחוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות, בכותרת "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" חוזר המנהל הכללי מדינת ישראל, משרד הבריאות 20/7 (2007), אשר קובע כדלקמן:

"במקרה של הזרעה מלאכותית עם זרע של תורם, יש צורך בקבלת הסכמת האישה ובן זוגה בכתב לביצוע ההזרעה המלאכותית וכן בהצהרת בן הזוג כי הילד שיילד ייחשב לכל דבר כאילו הוא ילדו הטבעי [...]"

אם כן, במקרה שאישה עוברת הזרעה מלאכותית עם זרע של תורם, ובהינתן הסכמת בן זוגה, כמפורט לעיל, הורותו נקבעת מתוקף הקשר הזוגי שלו עם בעלת הזיקה הגנטית לילד (ראו: בע"מ 1118/14, פס' 8.ד.).

121. דוגמא נוספת להקניית מעמד של הורות לפי דין מתוקף "זיקה לזיקה" גנטית מצויה בחוק הפונדקאות. כאמור לעיל, "הורים מיועדים" לפי חוק זה עשויים להיות בני זוג, כאשר לאב המיועד יש זיקה גנטית ליילוד, ואילו האם המיועדת היא "נתרמת" לפי חוק תרומת ביציות. במצב כזה, כאשר בית המשפט נותן צו הורות להורים המיועדים לפי סעיף 11(ב) לחוק, נקבע מעמדה גם של בת הזוג כאימו לפי דין של היילוד (סעיף 12 לחוק).

122. נוסף על האמור, בפסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 566/11 ממט מגד נ' משרד הפנים (28.1.2014) נדון מקרה של בני זוג חד-מיניים שביצעו הליך פונדקאות בחו"ל, כאשר רק לאחד מהם קשר גנטי לילד. בפסק הדין נקבע, כי בית המשפט לענייני משפחה מוסמך ליתן צו הורות פסיקתי, אשר מכיר בהורות לפי דין של בן הזוג חסר הזיקה הגנטית, מתוקף קשר הזוגיות שלו עם בעל הזיקה הגנטית. זאת, מכוח סמכותו הכללית של בית המשפט לענייני משפחה ליתן פסק דין בתובענות לקביעת אבהות או אימהות, לפי סעיפים 1(4) ו-3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995. בפסק דין זה נקבע אפוא, כי גם במקרים שלא מוסדרים במפורש בחקיקה או בנהלים של המדינה, בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לקבוע הורות לפי דין של אדם מתוקף קשר הזוגיות שלו עם בעל זיקה גנטית לילד.

123. בענייננו, אמנם המשיב אינו מצוי בקשר זוגיות עם בעלת זיקה גנטית לקטינה, אלא עם בעלת זיקה פיזיולוגית. ואולם, אני סבורה כי הרציונל אשר ניצב בבסיס ההכרה בכוחה של "זיקה לזיקה" גנטית להקים מעמד של הורות לפי דין, מתקיים גם בנסיבות דנן, ואף מקל וחומר.

כמבואר לעיל, כאשר החקיקה בישראל מסדירה מצבים של היעדר זהות בין היולדת לבעלת הזיקה הגנטית, דומה כי מעמדה של אם יולדת, בעלת הזיקה הפיזיולוגית, עולה על מעמדה של אם גנטית. לפיכך, אם הדין בישראל מכיר במעמד של אבהות לפי דין מתוקף זוגיות עם בעלת זיקה גנטית, לנוכח כוונה משותפת להביא ילד לעולם, קל וחומר שיש להכיר במעמד של אבהות לפי דין מתוקף זוגיות עם בעלת זיקה פיזיולוגית, לנוכח כוונה משותפת כאמור.

לא זו אף זו: לדעתי, זיקתו ההורית של המשיב משמעותית במיוחד בענייננו, שכן נוסף על קשר הזוגיות עם אימה של הקטינה, אשר מכוחה הוא בעל "זיקה לזיקה" פיזיולוגית כאמור, בין המשיב לקטינה מתקיימת מערכת יחסים הורית בפועל – להבדיל מהורות משפטית – משך כל ימי חייה עד כה. מבלי לקבוע כי די במערכת יחסים זו כדי להקים בעצמה מעמד של הורות לפי דין, אני סבורה כי יש בה כדי לחזק את זיקתו ההורית של המשיב, שקיימת ממילא מתוקף "זיקה לזיקה" פיזיולוגית, באופן שמצדיק להכיר בו כאביה של הקטינה לפי דין, מכוח סמכותו הכללית של בית המשפט לענייני משפחה ליתן צו הורות פסיקתי כאמור.

סיכום

124. בטרם חתימה, אסכם את הדרך שבה הלכתי ואת עיקרי מסקנתי. בתחילה, עמדתי על האופן שבו מסדירה החקיקה בישראל את שאלת ההורות, כאשר האם היולדת אינה האם הגנטית. בהמשך לכך, הראיתי כי זיקה גנטית לא בהכרח מקנה, מתוקף עצמה, מעמד של הורות לפי הדין בישראל; וכי החקיקה והפסיקה בישראל לא מספקים תשובה ישירה לשאלה מיהם הוריה לפי דין של הקטינה בנסיבות דנן.

125. משמצאתי כי לפנינו מקרה של חסר ("לאקונה"), פניתי כמצוות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט לבחון אם לשאלה המשפטית הטעונה הכרעה בענייננו, ניתן למצוא תשובה בדרך של היקש. על שאלה זו השבתי בחיוב. כפי שהראיתי, סעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות עניינו הכרעה ב"תחרות" הזיקות ההוריות בין אם יולדת להורים גנטיים,

בנסיבות שבהן אישר בית המשפט את חזרת האם הנושאת מהסכם הפונדקאות. במצב דברים זה, מתבטל כלל ההכרעה המוסכם שנקבע לכתחילה בין הצדדים ב"תחרות" הזיקות ההוריות ביניהם, כך שנדרש כלל הכרעה חלופי. בהתאם לכלל ההכרעה שאימץ המחוקק בנסיבות אלו, בית המשפט יקבע בצו את מעמד האם היולדת כאם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין; לצד זאת, אפשר המחוקק לבית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם בעלי הזיקה הגנטית או עם אחד מהם. קבעתי, כי יש להקיש מכלל הכרעה זה לענייננו, בשים לב לכך שתכליתו חלה גם על מערכת הנסיבות שלפנינו.

126. עוד הוספתי, שנראה כי כלל ההכרעה הנזכר חל בענייננו אף מקל וחומר: ראשית, משום שתחרות הזיקות התעוררה בענייננו לאחר שכבר התבסס קשר הורי הלכה למעשה בין הקטינה לבין האם היולדת; ושנית, מהטעם שבנסיבות המקרה שלפנינו, היולדת מעולם לא הסכימה לוותר על מעמדה כאם הקטינה על פי דין. זאת ועוד: מסקנה זו, כך הראיתי, אף עולה בקנה אחד עם דברי ההסבר לסעיף 42(א) לחוק תרומת ביציות, במסגרתם גילה המחוקק דעתו, כי "הכלל הוא כי היולדת היא הנחשבת ממילא לאימו של היילוד".

127. בהמשך לאמור, קבעתי כי אף בהנחה שבחינת טובת הקטינה נדרשת במסגרת היקש לענייננו מסעיף 13(א) לחוק הפונדקאות, הרי שקביעת מעמדה של האם היולדת כאימה של הקטינה – אין בה כדי לפגוע בטובתה של הקטינה. בהקשר זה, הצבעתי על כך שבית המשפט המחוזי נדרש לשאלת טובת הקטינה, ועל יסוד התשתית העובדתית שהניחו לפניו גורמי המקצוע השונים, הגיע למסקנה כי טובת הקטינה מצדיקה לקבוע כי הוריה הם ההורים המגדלים. זאת בעיקר, בשים לב לממד הזמן, ולעובדה שהקטינה חיה עם המשיבים מיום לידתה ורואה בהם דמויות אב ואם לכל דבר וענין; וכן נוכח מצבה הרפואי-התפתחותי המורכב של הקטינה, שמחריף את הנזק הפוטנציאלי שעלול להיגרם לה אם תועבר לסביבה חדשה ולחזקת דמויות הוריות שאינה מכירה. בנימוקים אלו של בית המשפט המחוזי – לא מצאתי עילה להתערב.

128. לאחר מכן, נדרשתי להוראות שקבע בית המשפט המחוזי בדבר מעמד הקטינה ויחסיה עם הוריה הגנטיים: קביעת זמני שהות להבטחת קשר משפחתי נוכח וממשי, בהדרכת גורמי מקצוע. מצאתי, כי לבית המשפט נתונה סמכות שבשיקול דעת ליתן הוראות אלו, מכוח ההיקש לסעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות; וכי טובת הילד הוא שיקול

מרכזי בהפעלת סמכות זו. לנוכח האמור, בשים לב למכלול הנסיבות הנוגעות לטובת הקטינה בענייננו, לא מצאתי להתערב בתוכנן של הוראות אלו.

129. לבסוף, נדרשתי לשאלת מעמדו ההורי של המשיב, בן זוגה של האם היולדת. הראיתי כי הדין הישראלי הכיר עד כה בהורות משפטית מכוח "זיקה לזיקה גנטית", וקבעתי כי הרציונל אשר ניצב בבסיס הכרה זו, מתקיים גם בנסיבות דנן – ואף ביתר שאת. זאת, בשים לב למסקנתי, שלפיה עמדת המחוקק היא שמעמדה של אם יולדת עולה, ככלל, על מעמדה של אם גנטית. עוד ציינתי בהקשר זה את נסיבות המקרה שלפנינו, שבהן מתקיימת בין המשיב לקטינה מערכת יחסים הורית בפועל, מיום לידתה.

סוף דבר

130. מהטעמים שפורטו לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור, ללא צו להוצאות, ולהותיר על כנו את הצו שניתן על ידי בית המשפט המחוזי, שלפיו המשיבים, ההורים המגדלים, הם הוריה לפי דין של הקטינה.

בתוך כך, יעמדו על כנן אף ההוראות שנתן בית המשפט המחוזי, בדבר יחסי הקטינה עם הוריה הגנטיים, במתווה שנקבע בפסקה 133 לפסק דינו, לרבות הוראות הפיקוח הנוגעות לבית המשפט לענייני משפחה – מתווה שהצדדים כבר החלו לפעול על פיו. כפי שציין בית המשפט המחוזי, המתווה נועד להבטיח כי "ההורים הגנטיים לא יעלמו מחייה של הקטינה אלא יהיו נוכחים בהם נוכחות של ממש. יהא זה אמנם קשר ללא אחריות הורית משפטית אך הוא יהווה קשר משפחתי נוכח וממשי". תכלית זו של המתווה נכונה וראויה בנסיבות המקרה המורכבות שלפנינו; וחזקה על הצדדים שיפעלו למימוש באופן מיטבי.

131. בטרם חתימה, אשוב על דברים שבהם פתחתי: הכרעתי בהליך זה עניינה בקביעת הוריה של הקטינה על פי הדין ומכוחו. אין בכוונתי, אף לא בכוחי ובסמכותי, לשרטט את גבולותיו של מושג ההורות על מלוא משמעותו הפילוסופית, החווייתית והרגשית. זיקתם ההורית של ההורים הגנטיים לקטינה – גם אם לא תזכה להכרה משפטית מלאה – עומדת בעינה; עובדת חיים זו אף קיבלה ביטוי משפטי בהכרעתנו, כאמור לעיל.

132. אסיים בתקווה כי הקטינה תזכה לחיים מאושרים בבריאות איתנה, וכי תמצא הדרך להכיר לה את סיפור חייה, בתבונה וברגישות. עוד אאחל, כי יעלה בידם של שני

זוגות ההורים לבנות מערכת יחסים טובה ומיטיבה, שיודעת להכיל את המורכבות ולהפנים את הצרכים ההדדיים, מזה ומזה, ואת צרכי הקטינה. ולהורים הגנטיים אפנה ואומר: יודעת אני שהתוצאה אליה הגעתי קשה היא עד מאוד עבורכם; תקוותי כי באמצעים שיתוו עבורכם גורמי הרווחה, תסללו נתיבים של קשר מיוחד ואהבה ביניכם לבין הקטינה – קשר שימלא את לבבכם, ושימצא לו המקום בקן המשפחתי אותו בניתם.

133. ולבסוף, אחתום בקריאה למחוקק לשבת על המדוכה, ולשקוד על הגדרה ממצה של ההורות המשפטית בדין הישראלי. כפי שצוין בעבר בפסיקת בית משפט זה, "קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה" (בע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פס' 9 (3.2.2020)). המקרה שלפנינו משקף היטב את הצורך בביצוע מלאכה זו, על מנת ליתן מענה ישיר בחוק – פרי דיון פרלמנטרי סדור ומושכל – למקרים שעשויים להתרחש עקב טעויות אנוש שנעשות במסגרת מימוש דרכי ההולדה המודרניות, וכן להקדים תרופה למצבי הולדה והורות שהטכנולוגיה השועטת קדימה עשויה לזמן לנו בעתיד.



יעל וילנר
שופטת

השופט יחיאל כשר:

1. אני מסכים לחוות דעתה המקיפה והמנומקת של חברתי, השופטת י' וילנר. גם לדעתי, הדין הקיים קובע את העדפתה של האם היולדת על פני ההורים הגנטיים ומכאן שדין הערעור להידחות.

אבקש להוסיף להלן, במידה רבה מעבר לצורך, מדוע, לדעתי, הכלל שנקבע בחוות דעתה של חברתי כמשקף גם את הדין המצוי, הינו גם הכלל הרצוי והצודק.

2. "קצה חוט" להבהרת עמדתי, ניתן למצוא בטיעון שנטען על ידי המערערים (הן בכתב והן בעל-פה במהלך הדיון בפנינו), לפיו אם ייקבע שהדין הוא עם המשיבים וינתן

מעמד בכורה לאם היולדת, ייווצר "אפקט מצנן" שירתיע נשים מלפנות להליכי הפריה חוץ גופית. זאת, נוכח חששן כי במקרה של טעות – כאשר ביצית מופרית הנושאת את המטען הגנטי שלהן תושתל ברחמה של אישה אחרת – "תונצח" הטעות ולא תינתן הכרה לבעלי הזיקה הגנטית כהורי התינוק שייוולד. המערערים טוענים כי לאור האמור האינטרס הציבורי מחייב כי במקרה של "תחרות זיקות", יינתן מעמד הבכורה לבעלי הזיקה הגנטית.

אלא שאל מול טיעון זה יש כמובן להעמיד את התמונה הנגדית, כפי שאכן נטענה על ידי המשיבים: כך, קבלת הערעור משמעה שכל אישה העוברת הליכי הפריה חוץ גופית, תחשוש שבמקרה של טעות – כאשר יתברר שהביצית המופרית שהושתלה ברחמה הינה לא שלה ושל בן זוגה – לאחר שתישא ברחמה את העובר ותלד אותו, יילקח ממנה התינוק.

הטיעונים המנוגדים האמורים, מפנים את הזרקור לא לבחינה "פוזיטיבית" של "התרומה" של כל צד, בנסיבות הטראגיות של הטעות שאירעה בנסיבות דנן, ללידתו וקיומו של הילד, אלא לבחינה "נגטיבית" באופייה, המשווה את ה-"מחיר" שיישא כל אחד מהצדדים, במקרה שבו יוכר הצד השני כבעל מעמד הבכורה על פניו. יחד עם זאת, סבורני כי התוצאה של בחינה "נגטיבית" כאמור, מהווה אינדיקציה טובה לתוצאה הראויה.

3. ומשבאנו לכך, עלינו להשיב לשאלה: בין טיעוני הצדדים, שהוצגו לעיל, מי הוא הטיעון שיש להעדיפו?

לשאלה זו הנני משיב כי דעתי היא שיש להעדיף, באופן מובהק, את טיעון המשיבים.

אכן, אין עסקינן בהשוואה של נתונים כלכליים, וקשה לבסס עמדה בשאלה האמורה על בסיס נתונים אמפיריים, אולם לדעתי התשובה ברורה: מבלי להקל ראש, חלילה, בתחושת האובדן של מי שביצית מופרית הנושאת את המטען הגנטי שלהם, שנוצרה לעיתים אחרי מסע ארוך, כואב ומייגע, שימשה אישה אחרת, אין כל השוואה בין מצבם לבין מצבה של מי שנשא ברחמה ילד, לאורכם של תשעה חודשים, וילדה אותו, על כל הכרוך בכך הן במישור הפיזי והן במישור הרגשי, ולאחר מכן הילד שילדה יילקח ממנה.

ואותם הדברים, בניסוח אחר: איני מקל ראש, כלל וכלל, במי שמצאו עצמם, בדיעבד, "תורמים", בעל כורחם ובלא כל כוונה לעשות כן, ביצית מופרית הנושאת את המטען הגנטי שלהם; עדיין, סבורני כי אין מצבם בר השוואה למצב בו אישה תמצא עצמה, בדיעבד, בעל כורחה ובלא כל כוונה להסכים לכך, כאם פונדקאית שפרי ריחמה נלקח ממנה.

עמד על האמור חברי, השופט א' שטיין, בחוות דעתו, בהליך קודם בהקשרה של הפרשה דנן (בע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית (6.3.2023)), בקבעו כי: "ניצחונם של בני זוג אלה [הכוונה להורים הגנטיים – י' כ'] בתחרות ההורים, אשר תוכרע על ידי בית משפט, יהפוך את האם היולדת לפונדקאית בעל-כורחה – תוצאה קשה מנשוא [...] מבחינת-שלי, תוצאה כאמור אינה בגדר אפשרית בנסיבות המקרה שלפנינו" (שם, פסקאות 22-23 לחוות דעתו).

כמו כן, יפים לעניין זה גם דבריה של Betsy Anne Sugar, אשר במאמרה *Mixed-VAND. 76) Up Origins: The Case for a Gestational Presumption in Embryo Mix-ups* L.REV. 1521, 1546 (2023), נימקה את תמיכתה במתן מעמד הבכורה בתחרות בין בעלי זיקות הוריות שונות לבעלת הזיקה ההורית הפיזיולוגית, בין היתר, בנימוק שלהלן:

"It is undeniable that the experience of gestating and birthing a baby is a greatly emotional and, at times, a traumatizing experience. As surrogates who do not regret going through the process describe, separating the child from the gestational parent can compound the severity of the surrogacy experience. Gestational parents, on the other hand, do not have the benefit of having consented to this ordeal in advance. Gestational presumption supporters note it would avoid forcing women to be nonconsenting surrogates and the resulting emotional trauma"

(לתמיכה נוספת בעמדה זו, ראו גם: Josh Deutsch, *Finders-Keepers: A Bright-Line Rule Awarding Custody to Gestational Mothers in Cases of Fertility Clinic Error*, 12 (CARDZO J.L & GENDER 367, 375–376 (2005)).

ואוסיף ואציין, להסרת ספק: דעתי היא כאמור לעיל אף בלא להתחשב בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן (החלטתה של האם היולדת לאפשר ניתוח במהלך ההיריון, תחת הפסקתו, למרות הסיכון שהיה כרוך בכך לחייה; העובדה שמדובר

בהכרעה הניתנת לאחר שהאם היולדת ובן זוגה מגדלים את הילדה מזה כשנתיים וחצי; מצבה הרפואי המיוחד של הילדה), שרק מחזקות את המסקנה אליה הגעתי לעיל.

4. ואבקש להוסיף עוד מספר מילים לעניין ההתחשבות בשיקול טובת הילד, בהקשר נסיבות מסוג הנסיבות דנן.

נקודת המוצא היא בקביעה הברורה לפיה שיקול טובת הילד אינו יכול, כשלעצמו, להצדיק שלילת הורות והכרה בהורות (ראו, מיני רבים: בע"מ 7799/22 פלונית נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה, פסקה 22 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (31.1.2023); בע"מ 8236/21 פלונית נ' היועצת המשפטית לממשלה (6.12.2022); בע"מ 5620/22 היועצת המשפטית לממשלה נ' פלוני, פסקה 25 לפסק דינו של השופט ד' מיון (27.12.2022)). לכן, הנימוק כי יוטב לילד לגדול בחיק הורים אשר אינם הוריו ה- "טבעיים" (כלומר הורים שיש להם הן זיקה פיזיולוגית והן זיקה גנטית כלפיו), אינה יכולה להצדיק את הוצאתו מחיק הוריו ה- "טבעיים".

משעמדנו על האמור לעיל וכן משקבענו את בכירותה/עדיפותה של האם היולדת, נשאלת השאלה מה משקל יש ליתן לשיקול טובת הילד בבואנו להכריע במחלוקת בין האם היולדת לבין ההורים הגנטיים?

אכן, אין אנו נזקקים לשאלה זו בנסיבות דנן, נוכח קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה בנסיבות העניין דנן, גם שיקול זה מטה את כף המאזניים לטובתם של המשיבים. יחד עם זאת, ובשל חשיבותה האפשרית של השאלה במקרה עתידי, אציין כי לדעתי משמעות הקביעה בחוות דעתה של חברתי השופטת י' וילנר, לה אני מסכים, לעניין מתן מעמד הבכורה לאם היולדת, הינה שאין בשיקול טובת הילד, למעט בנסיבות יוצאות דופן, כדי לשנות את תוצאת מתן העדיפות לאם היולדת. גישה אחרת יש בה כדי לחתור תחת הקביעה העקרונית האמורה והיא יכולה להתאים רק להשקפה לפיה אין מקום לקבוע עדיפות של מי מהצדדים. בוודאי שכך לעניין שיקולי טובת הילד שהינם אינהרנטיים לעצם המצב בו עסקינן (ולדוגמה, הדמיון של הילד להוריו הגנטיים או לילדיהם האחרים).

רוצה לומר: אם קובעים שהאם היולדת היא שאמורה להיות האם "המשפטית" של הילד, שלילת מעמד זה, הלכה למעשה, יכולה להיעשות, לדעתי, רק בנסיבות מאוד מרחיקות לכת.

לעניין מהותן של אותן נסיבות מרחיקות לכת, ומבלי לקבוע מסמרות בדבר, סבורני כי ניתן ללמוד מההסדר הקבוע בסעיף 13(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ) המסדיר, בין היתר, את עילת האימוץ בגין אי-מסוגלות הורית. יחד עם זאת, בשים לב לכך שבתחרות זיקות מהסוג בו עסקינן, "הצד שכנגד" אינו נעדר זיקה הורית מוכרת לילד, סבורני כי ייתכן ושיקול טובת הילד יוכל להביא להעדפתם של בעלי הזיקה הגנטית לילד, גם במצבים שאינם מגיעים כדי אי-מסוגלות הורית כהגדרת מונח זה בחוק האימוץ, אולם עדיין רק בנסיבות ייחודיות ויוצאות דופן.

כך, לדוגמה, ביישום לענייננו, ועל סמך החומר המצוי בפניי, סבורני כי לו נדרשתי להכריע במחלוקת דנן בסמוך לאחר לידתה של הקטינה ס', הייתה הכרעתי זהה.



יחיאל כשר
שופט

השופט אלכס שטיין:

השורה התחתונה

1. כפי שפורט בחוות דעתה של חברתי, השופטת י' וילנר, ההליך דנן נועד להביא להכרעה בשאלות שעניינן הורות והזכויות והחובות המשפטיות שנלוות להורות – זאת, בעקבות טעות מצערת עד-מאד, אשר התרחשה בבית החולים אסותא ראשון לציון ביחידת ההפריה החוץ-גופית, ואשר בעטיה הושתלה ביצית מופרת של המבקשים דכאן (להלן: ההורים הגנטיים) ברחמה של המשיבה 1 דכאן (להלן: האם היולדת או האם הפיזיולוגית, לפי העניין). כתוצאה מטעות זו, האם היולדת הרתה והולידה את ס' (להלן: הקטינה) ביום 26.10.2022. מאז, גדלה הקטינה אצל המשיבים דכאן, האם היולדת ובן זוגה (להלן: בן הזוג של האם היולדת; וביחד: ההורים המגדלים). עם קבלת תוצאות הבדיקה הגנטית, אשר העידו על קשר גנטי בין הקטינה להורים הגנטיים, הגישו ההורים הגנטיים תביעת הורות ואפוטרופסות ביחס לקטינה לבית המשפט לענייני משפחה ראשון לציון. ביום 24.11.2024, בית המשפט לענייני משפחה (השופט ע' אליאס) נתן פסק דין בתמ"ש 61932-09-23 אשר קבע כי ההורים הגנטיים הם ההורים של הקטינה (להלן: פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה). ההורים המגדלים ערערו על פסק דין זה בפני

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בעמ"ש 64159-11-24, ובית משפט זה (השופטים ר' פלאוט, ס"נ, צ' ויצמן וא' ברנד) קיבל את ערעורם ביום 10.3.2025 (להלן: פסק הדין של בית המשפט המחוזי). פסק הדין של בית המשפט המחוזי קבע כי ההורים המגדלים הם הורי הקטינה והאפוטרופוסים שלה, וכי תקבע תכנית לשמירת קשר בין הקטינה להורים הגנטיים אשר תובא לאישור בית המשפט לענייני משפחה.

מכאן הערעור שלפנינו, במסגרתו אנו נדרשים לשאלה המשפטית הבאה: מי הם אימה ואביה של הקטינה? לצד שאלה זאת, עלינו להידרש ולהכריע גם בשאלת המשמורת והאפוטרופסות ביחס לקטינה.

2. בפתח דבריי, אבהיר כי הפרדתי בין עניין ההורות לבין ענייני של זכויות וחובות שקשורות להורות – הפרדה שבעיניי חייבת להישמר. הורות היא עניין של טבע ושל עובדה אמפירית, ותו לא. האישה שהולידה ילד או ילדה כפרי בטנה – אחרי שהרתה ונשאה את העובר בגופה בתקופת ההריון – היא האימא של הילד או הילדה שבא/ה לעולם, ואין זולתה אם אחרת. הגבר שהאישה הרתה מזרעו הוא אבי הוולד, ואין זולתו אב אחר (ראו: רע"א 4126/24 מדינת ישראל, קצין התגמולים, אגף השיקום, משרד הביטחון ו' פלונית, פסקה 26 לפסק דיני (30.9.2024) (להלן: רע"א 4126/24)). אלה הם פני הדברים בעולמן של עובדות, ואותן לא נשנה.

3. המשפט פועל לצידן של עובדות אלו. בתור שכזה, ובהתקיים תנאים מתאימים, יכול המשפט לשוות מעמד של אם לאישה שלא נשאה את הוולד בבטנה, כדוגמת המקרה המיוחד של פונדקאות (ראו: סעיף 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות)). כמו כן מכיר המשפט במוסד האימוץ (ראו: חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981) ובצווי הורות הניתנים על ידי בתי המשפט (ראו: דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 22-25 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (25.7.2022) (להלן: דנ"א 1297/20)), שבכוחם להקנות מעמד של "הורה" לגבר למרות היעדר קשר בין זרעו להולדת הילד או הילדה, או לאישה שלא היא הולידה את הילד או הילדה כפרי בטנה – הסדר אשר חל גם על בני זוג מאותו מין (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן; וכן בג"ץ 5158/21 גורטלר נ' שר הרווחה, פסקה 40 לפסק דינו של מ"מ הנשיא, השופט פוגלמן, ופסקאות 3-4 לפסק דיני (28.12.2023)). כך הוא גם לגבי מעמדו של אדם כאפוטרופוס על קטין, מעמד שיכול להינתן למי שראוי לשמש אפוטרופוס גם אם הוא אינו קשור

לקטין בקשרי דם (ראו: סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות)).

הסדרים משפטיים מיוחדים שעניינם מעמד אישי של "הורה" או "אפוטרופוס" אינם מתיימרים לשנות את העובדות הקשורות להריון ולהולדה. עובדות ההריון וההולדה הן נחלת העבר, ואותן לא ניתן לשנות.

4. הסוגיה שלפנינו הינה מורכבת מבחינה משפטית, ומורכבת עוד יותר בהיבט הרגשי והאנושי. בעלי הדין שניצבים לפנינו – ההורים הגנטיים, מצד אחד, וההורים המגדלים, מהצד השני – נקלעו למצב המורכב בו קא-עסקינן על-כורחם, ותחושות הכאב והתסכול שלהם עומדות לנגד עינינו. כולי תקווה כי ההכרעה שתינתן בפסק דין זה תשים קץ להתדיינות הארוכה בסוגיית ההורות והאפוטרופסות באופן שיעניק לבעלי הדין מזור ושקט נפשי.

5. קראתי את חוות הדעת המקיפה ומאירת-העיניים של חברתי השופטת וילנר, ואני מצטרף אל התוצאה הסופית אליה הגיעה – בחלקה. סבורני כי הבקשה שלפנינו בדין יסודה, ועל כן עלינו לדון בה כבערעור ולקבל את הערעור בחלקו. בדומה לחברתי, השופטת וילנר, גם אני סבור כי יש להותיר על כנו את קביעות בית המשפט המחוזי, לפיהן האם היולדת היא האם המשפטית – לטעמי, האם היולדת היא אמה של הקטינה לכל דבר כעניין של עובדה, ולא רק כעניין של דין. כמו כן, מסכים אני עם חברתי כי מן הדין ליתן את מלוא זכויות האפוטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה להורים המגדלים, תוך מתן הסדרי שהות להורים הגנטיים. יחד עם זאת, שלא כמו חברתי, סבורני כי עלינו לקבוע – בהתאם לעובדות הטבע – כי האב הגנטי הוא אבי הקטינה.

נימוקיי

6. השאלה "מיהו הורה" בדין הישראלי נעדרת תשובה מפורשת וברורה. יחד עם זאת, כפי שהובהר על-ידי בית משפט זה לא אחת, קיימים ארבעה אדני הורות מוכרים: הורות מכוח זיקה גנטית; הורות מכוח זיקה פיזיולוגית; הורות מכוח אימוץ; והורות מכוח זיקה לזיקה (ראו: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פסקאות 7-8 (1.4.2015) (להלן: בע"מ 1118/14)). טכנולוגיות ההולדה בנות זמננו, ובכללן האפשרות לשלב גורם נוסף בהליך ההולדה, הביאו לפיתוחו של אדן הורות מכוח זיקה פיזיולוגית – זיקה אשר בעבר הלכה יד-בד עם הזיקה הגנטית במסגרת מודל

ההולדה הטבעי (ראו: שם, בפסקה 8). התפתחויות אלה מעוררות שאלות מורכבות עליהן נדרש המשפט להשיב. במסגרת ההליך שלפנינו, מתעוררות שתי שאלות הקשורות לסוגיה הכללית של הורות. השאלה הראשונה היא מהו הדין כאשר ההורות מכוח הזיקה הפיזיולוגית של האם היולדת מתנגשת באופן חזיתי עם ההורות מכוח הזיקה הגנטית של האם הגנטית? השאלה השנייה היא מהו הדין כאשר ההורות מכוח הזיקה הגנטית של האב הגנטי מתנגשת חזיתית עם ההורות מכוח זיקה-לזיקה של בן זוגה של האם היולדת – האב המגדל את הקטינה?

בשאלות אלה אדון לפי סדרן. אלא שבכך לא תמה הדרך. אחרי מתן מענה לשאלות אלה, אדון ואכריע בענייני המשמורת והאפוטרופסות ביחס לקטינה.

7. בטרם אדון בשאלות אלה, אבקש למתוח קו המפריד בין סוגיית ההורות – הטבעית והמשפטית – לבין הסוגיה של טובת הקטינה. טובת הקטינה אינה יכולה לקבוע את זהות הוריו (ראו והשוו: ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 11-9 (1986)). הבחנה זו עלולה ליצור פיצול בין שני תאים משפחתיים אליהם ישתייכו אם הקטין, מצד אחד, ואבי הקטין, מהצד השני – כפי שקרה במקרה שלפנינו. פיצול זה הוא בלתי רצוי אך גם בלתי נמנע, שכן עיקרו בעובדות החיים שאותן, כאמור, לא ניתן לשנות. הכלל המפורסם של דיני היושר, אשר מורה לבתי המשפט לראות את אשר אמור להיעשות כנעשה (equity regards as done that which ought to be done) (ראו: בג"ץ 1462/20 ח'טיב נ' משרד הביטחון, פסקה 38 לפסק דיני (6.8.2023)) – אף הוא אינו יכול, וממילא אינו מתיימר, לשנות את המציאות. בדומה לכללי משפט אחרים ולא מעטים, כלל זה קובע הסדר משפטי אשר בא לתקן מצב עובדתי בלתי רצוי בדרך של קביעת זכויות וחובות שיוצרות את התיקון הדרוש. כך הוא גם במקרה שלפנינו בכל הקשור לכללי משפט שעניינם אפוטרופסות ומשמורת. כללים אלה יוצרים אפשרות של תיקון העיוותים אשר עלולים להיגרם בשל פיצול ההורות לשני תאים משפחתיים נפרדים – וכך ייעשה גם במקרה דנן, אם דעתי תהא מקובלת על חבריי.

מעמד בכורה של האם היולדת

8. המקרה שלפנינו הוא מקרה ייחודי (ואנומלי) של התנגשות בין הזיקה הפיזיולוגית של האם היולדת לבין הזיקה הגנטית של האם הגנטית. מקרה ייחודי זה אינו מוסדר בחקיקה וטרם נדון בפסיקה (למעט דעת היחיד שלי בבע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית (6.3.2023) (להלן: בע"מ 856/23)). אף על פי כן, אין אנו ניצבים בחלל ריק. שומה עלינו להיצמד לעקרונות שקבע המחוקק במסגרת הסדרים חוקיים דומים, הגם

שהם אינם מסדירים את הסוגיה נושא דיוננו במישורין. הסדרים חוקיים אלה, כדוגמת חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, וחוק הפונדקאות, יכולים ללמדנו על עמדתו של המחוקק ביחס למעמדה של האם היולדת כאם פרי-בטנה.

9. כפי שנאמר על ידי בבע"מ 856/23, סבורני כי במקרים בהם זכות ההורות של האם היולדת מתנגשת עם זכות ההורות של האם הגנטית, זכותה של האם היולדת לעולם תהא על העליונה. כפי שצינתי שם, קביעה זו מתכתבת עם עמדת המחוקק בנדון דידן, אשר מבכרת את הזיקה הפיזיולוגית ליילוד על פני כל זיקה אחרת, כולל הזיקה לחומרים גנטיים כדוגמת ביציות (ראו: בע"מ 856/23, פסקאות 23-27 לפסק דיני).

10. כעת, אסקור שוב את הסדרי החקיקה הרלבנטיים לענייננו.

11. סעיף 42 לחוק תרומת ביציות קובע כי יילוד שנולד מתרומת ביצית יהא ילדה של הנתרמת – האם היולדת אשר נשאה את ההריון – בעוד שלתורמת הביצית לא תהיינה נתונות זכויות או סמכויות הוריות ביחס ליילוד.

וזאת לשון הסעיף:

"(א) יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.

[...]

(ג) הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרוביה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביציות, ולא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם".

לעומת זאת, סעיפים 11-12 לחוק הפונדקאות קובעים כי יילוד שנולד בהליך פונדקאות יהא ילדם של ההורים המיועדים, אשר מחזיקים בזיקה גנטית אליו, רק לאחר מתן צו הורות אשר מורה על כך; ואצטט:

"11. (א) תוך שבעה ימים מיום לידת הילד יגישו ההורים המיועדים בקשה למתן צו הורות;

[...]

12. (א) עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין".

12. דיננו מכיל בתוכו, אפוא, הבחנה בין אופן ההכרה בהורות כאשר הבאת הילד לעולם נעשית תוך הסתייעות בתרומת ביצית, לבין המצבים בהם הבאת הילד לעולם נעשית תוך הסתייעות בפונדקאית. בנסיבות בהן בני זוג הסתייעו בתרומת ביצית, חל ניתוק אוטומטי של זכויות ההורות מתרומת הביצית; והאם הנתרמת אשר נשאה את ההריון תיחשב לאמו של היילוד מכוח זיקתה הפיזיולוגית אליו – ללא כל צורך בצו הורות או בהתערבות שיפוטית אחרת. מנגד, בנסיבות בהן בני זוג הסתייעו בפונדקאית לנשיאת העובר שלהם, הם לא ייחשבו להוריו של הילד עד אשר יקבלו צו הורות מבית המשפט.

13. ההבחנה בין שני ההסדרים החוקיים הללו מלמדת כי בעיני המחוקק, זכויות ההורות נתונות ברגיל לאם היולדת, אשר אינה נדרשת לעתור לקבלת צו הורות כדי שהורותה ביחס לפרי בטנה תוכר.

נקודה חשובה זו הובהרה על ידי מציעי החוק בדברי ההסבר שנתנו לסעיף 42 לחוק תרומת ביציות:

"הסעיף המוצע, שענינו מעמד היילוד, קובע במפורש כי חרף הזיקה הגנטית בין תרומת הביצית לבין היילוד, היא לא תיחשב כאימו של היילוד והנתרמת תיחשב כאמו לכל דבר וענין. קביעה זאת נעשית, למען הסר ספק, שכן הכלל הוא כי היולדת היא הנחשבת ממילא לאימו של היילוד" (ראו: דברי הסבר להצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007, ה"ח הממשלה 292, 310; ההדגשה הוספה – א.ש.).

14. לא זו אף זו. עיון בסעיף 13 לחוק הפונדקאות מלמד כי פונדקאית יכולה, בנסיבות מסוימות, לחזור בה מהסכם הפונדקאות ולעתור לקבלת צו הורות ביחס לפרי בטנה – זאת, למרות קיומו של קשר גנטי מוכח בין היילוד לבין אחד ההורים המיועדים או שניהם. סעיף זה קובע כך:

"13. (א) ביקשה אם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד, לא יאשר זאת בית המשפט אלא

אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד.

(ב) לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מהסכם לנשיאת עוברים כאמור.

(ג) אישר בית המשפט חזרת אם נושאת מהסכם לנשיאת עוברים, יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפוטרופא על הילד, והוא יהיה ילדה לכל דבר וענין; כן רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם הוריו המיועדים או עם אחד מהם.

ודוק: אין בחוק תרומת ביציות הוראות מקבילות אשר מורות על הסדר דומה ביחס לתורמת ביצית. תורמת ביצית יכולה לחזור בה מהסכם התרומה רק עד למועד הפריית הביצית (ראו: סעיף 44 לחוק תרומת ביציות).

15. זאת ועוד. סעיף 14 לחוק הפונדקאות קובע כי כאשר לא ניתן צו הורות להורים המיועדים, תינתן לאם הפונדקאית קדימות במתן צו הורות אם היא תבקש אפוטרופסות על הילד:

14. (א) לא נתן בית המשפט צו הורות לפי סעיף 11(ב) וביקשה אם נושאת את האפוטרופסות על הילד, יתן בית המשפט צו כאמור בסעיף 13(ג), אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי הדבר נוגד את טובת הילד.

16. סעיפים 13-14 לחוק הפונדקאות משקפים אפוא גם הם את עמדת המחוקק לפיה נקודת המוצא של הדין הישראלי היא שהאם היולדת היא האם הטבעית והמשפטית של היילוד. מושכלת יסוד זו מהווה הבסיס להכרעתי בשאלה בדבר תחרות הזכויות ההוריות שבה עסקינן.

17. כפי שהזדמן לי להסביר באריכות בבע"מ 856/23, איני שותף לעמדה אשר רואה בזיקה גנטית "כזה ראה וקדש" – נתון שגובר על זיקה פיזיולוגית כאשר הללו מתנגשים אהדדי (על הגישה שמכירה בחשיבות הזיקה הגנטית בין הורים לילדים, ראו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקאות 24-29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (3.8.2017)). בהקשר זה אציין כי העמדה של "כזה ראה וקדש" היתה

לנפוצה במחוזותינו, ולא רק שם, לא רק בזכות ההתפתחויות בטכנולוגיית הולדה, אלא גם בשל התובנה התרבותית-חברתית שרואה ב"קשר דם" לחומרים הגנטיים כדוגמת זרע וביצית חזות-הכל. לדידי, תובנה זו מעריכה בחסר רב את התרומה הביולוגית המכרעת של האם היולדת להתפתחות העובר ויצירת אדם חי.

18. בעבר, שלטה בכיפה התפיסה כי האם הגנטית היא האם הביולוגית, ואילו האם הפיזיולוגית, האם הפונדקאית, היא מעין ספקית שירות, אשר אינה בעלת תרומה ביולוגית לעובר. אלא שכיום, מחקרים רבים מראים כי התרומות הביולוגיות של אֵם פיזיולוגית לעובר אשר נישא ברחמה הן רבות ומשמעותיות לאין שיעור (ראו: Ruth L. Fischbach & John D. Loike, *Maternal-Fetal Cell Transfer in Surrogacy: Ties that Bind*, 14 AM. J. BIOETHICS 35, 35 (2014) (להלן: *Fischbach*); Sonja van Wichelen, *Postgenomics and Biolegitimacy: Legitimation Work in Transnational Surrogacy*, 31(88) AUST. FEMINIST STUD. 177 (2016) (להלן: *Wichelen*); Payne Jenny Gunnarsson, *Grammars of (Post)genomics & Biolegitimacy Kinship: Biological Motherhood and Assisted Reproduction in the Age of Epigenetics*, 41 SIGNS: JOURNAL OF WOMEN IN CULTURE AND SOCIETY, 502 (2016) (להלן: *Gunnarsson*)).

19. אם בעבר היה מי שסבר כי האם הפיזיולוגית-היולדת והעובר ברחמה הם שתי ישויות נפרדות, כיום אין חולק כי האם והעובר קשורים זה לזו כיחידה פיזיולוגית אחת; ורווחתם המשותפת אינה ניתנת להפרדה (ראו: Burgess v. Superior Court 2 Cal.4th (1992) 1064, 1080; *Postgenomics & Biolegitimacy*, בעמ' 175, 178). באמצעות השליה שלה, האם מזינה את העובר, מספקת לו הורמונים חיוניים לגדילה ולהתפתחות, מגנה עליו מפני זיהומים חיידקיים ומעבירה אליו נוגדנים אשר מספקים לו הגנה חיסונית. סביבת הרחם ממלאת תפקיד מכריע בהתפתחות העובר וביצירת אדם חי. על אותו משקל, אֵם פיזיולוגית-יולדת עלולה להזיק להתפתחות העובר ולהעביר לו חומרים מסכנים כדוגמת אלכוהול, ניקוטין או סמים. פשיטא הוא, כי לאֵם הפיזיולוגית תרומה ביולוגית מכרעת להתפתחות התקינה של העובר ולבריאותו של התינוק שנולד כפרי בטנה (ראו: Sonja van Wichelen, *Identity in Postgenomic Times: Epigenetic Knowledge and the Pursuit of Biological Origins*, 47 SCIENCE, TECHNOLOGY, & HUMAN VALUES 1131, 1143-1146 (2022) (להלן: *Wichelen*); *Times*)).

20. ואם לא די בכך, כפי שהוצג בהרחבה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, לאם הפיזיולוגית השפעה אפיגנטית משמעותית (השפעה סביבתית על רמות הפעילות והביטוי של הגנים, שאינה כרוכה בשינויים ברצף ה-DNA) על העובר והיילוד (ראו: פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בפסקאות 108-109 והאסמכתאות שם).

21. יש בכוחה של סביבת הרחם של האם הפיזיולוגית – סביבה אשר מושפעת, בין היתר, מאורח החיים שלה, ובכלל זאת התזונה, המצב נפשי והרגלי האכילה שלה – להשפיע על ביטויי הגנים של העובר ועל ידי כך להשפיע על זהותו. תהליכים אפיגנטיים אשר נובעים מאורח החיים של האם הפיזיולוגית עשויים אפוא להיות בעלי השלכות פיזיולוגיות והתנהגותיות על היילוד בהמשך חייו (ראו: Fischbach, בעמ' 35; Gunnarsson, בעמ' 494-495; Identity in Postgenomic Times; 1138-1139; Postgenomics & Biolegitimacy, בעמ' 177-179). לזאת אוסיף, כי מחקרים מהשנים האחרונות זיהו תופעה של חילופי תאים דו-כיווניים (microchimerism) במהלך הריון. במסגרת מחקרים אלה נמצאו אינדיקציות לכך שתאים מהעובר חוצים את מחסום השליה ומושתלים ברקמות שונות של האם הפיזיולוגית, שם הם מתרבים והופכים לחלק אינטגרלי מגופה; ובתוך כך, תאים מהאם הפיזיולוגית חוצים גם הם את מחסום השליה ומושתלים ברקמות העובר. חילופי התאים עשויים להשפיע בדרכים שונות הן על העובר והן על האם הפיזיולוגית-היולדת. למשל: נמצא כי לתופעה זו השפעה על תוחלת החיים, על המערכת החיסונית ועל התפתחות מחלות מסוימות. ממצאים אלה תומכים אף הם במסקנתי כי בין האם הפיזיולוגית לעובר מתקיים קשר ביולוגי סימביוטי, אשר נמשך הרבה מעבר לתשעת החודשים בהם נושאת האם את העובר ברחמה (ראו: Fischbach, בעמ' 35; Dakota E. McCoy et al., *Egg Donation and Gestational Surrogacy: Pregnancy is Riskier with an Unrelated Embryo*, 196 EARLY HUMAN DEVELOPMENT 1, 4, 8-7 (2024)).

22. מחקרים אלה לא הבשילו עדיין לכדי הוכחה ניצחת, אך לא יהא זה נכון להתעלם מממצאיהם. ממצאים אלה מצביעים על כך שמעורבותה של האם הפיזיולוגית ביצירתו של עובר חי והשפעתה הביולוגית על היילוד פרי-בטנה הן עמוקות ומשמעותיות:

"These instances of postgenomic research can directly or indirectly affect how we view, value, and (legally) recognise surrogate women as mothers. The gestational surrogate has been approached as a mere 'carrier' or service provider,

while the designation of 'biological mother' has been reserved for the genetic mother. The new biologies provide us with an alternative understanding of the surrogate body. Namely, that the biological contribution of the surrogate is much more profound than previously understood and that we therefore cannot ignore the involvement of the surrogate with the fetus and child".

(ראו: Postgenomics & Biolegitimacy, בעמ' 179-178).

23. ללא קשר למחקרים האמורים, תרומתה של האם היולדת להבאת התינוק לעולם אינה פחותה, לטעמי, מתרומתה של האם הגנטית, ואף גדולה יותר ממנה. לית מאן דפליג כי נשיאת הריון משך תשעה חודשים היא גורם סובסטנטיבי בהולדת התינוק; כך גם לגבי הלידה עצמה – בלעדית לא היה תינוק (ראו: Sylvia A. Law, *Rethinking Sex and the Constitution*, 132 U. PA. L. REV. 955, 1023 (1984): "Fetal life is starkly different from all other forms of human life in that the fetus is completely dependent upon the body of the woman who conceived it. It cannot survive without her. Although all human infants, and many adults, are dependent upon others for survival, that support can be provided by many people. The fetus by contrast is dependent upon a particular woman"). אין לכחד כי מתן הביצית המופרית על-ידי ההורים הגנטיים מהווה גם הוא גורם סיבתי ליצירת היילוד; אלא שבנקודת הזמן הנוכחית, חומרים גנטיים לבדם אינם יוצרים יילוד חי. תיוֹתָה של הביצית המופרית והשתכללותה לכדי אדם חי, מתאפשרים רק באמצעות השתלת הביצית המופרית ברחמה של האם היולדת, נשיאת העובר ברחמה, הזנתו באמצעות השליה וההולדה. האם היולדת מהווה אפוא גורם סיבתי מכריע, אשר בלעדיו התינוק לא היה בא לאוויר העולם. במובן זה, האם היולדת היא הסיבה האפקטיבית אשר בזכותה החומרים הגנטיים – הביצית המופרית – מבשילים לכדי יילוד חי. אמנם, אין היא בגדר סיבה בלעדית, שכן אף המטען הגנטי הוא בגדר גורם סיבתי הכרחי, אולם האם היולדת היא הסיבה הסופית והמכרעת בהבאת התינוק לעולם (ראו: Leslie Bender, *Genes, Parents and Assisted Reproductive Technologies: Arts, Mistakes, Sex, Race, & Law*, 12 COLUM. J. GENDER & L. 1, 49-50 (2003) (להלן: Bender).

24. בהקשר זה, חשוב להביא מדבריה של השופטת ג'ויס קנארד (Joyce Kennard) מבית המשפט העליון של מדינת קליפורניה, ארה"ב, בפסק הדין, *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776, 796 (Cal. 1993), בו הגיעו שופטי הרוב לדעה שונה בהקשרו של הסכם פונדקאות:

"The proposition that a woman who gives birth to a child after carrying it for nine months is a 'substantial factor' in the child's birth cannot reasonably be debated. Nor can it reasonably be questioned that 'but for' the gestational mother, there would not be a child".

25. עוד יצוין כי התשומות הפיזיות, המנטליות והכלכליות הכרוכות בנשיאה של הריון מצד האם הפיזיולוגית – על אחת כמה וכמה עבור מי שפנתה לטיפול הפריה חוץ-גופית – הן אדירות ממדים. הריון הוא הליך פיזיולוגי מפרך, במסגרתו האם תורמת את הסביבה הפיזית והביולוגית אשר מאפשרת לביצית המופרית לגדול ולהתפתח לעובר ובהמשך לתינוק – וזאת, למשך פרק זמן ארוך. לבד מן השינויים הגופניים והרגשיים שעוברת האם הפיזיולוגית, הריון ולידה אף עלולים לסכן את חייה – כפי שקרה בענייננו-שלנו אחרי שהאם היולדת נאלצה לעבור ניתוח תוך-רחמי מציל-חיים לעוברית בשל גילוי מומים בליבה. בהיבט זה, מבלי להקל ראש בתשומותיה של האם הגנטית, אשר מספקת את הביצית ועוברת פרוצדורה רפואית בלתי נעימה – האם הפיזיולוגית אשר נושאת את העובר ברחמה, ובפרט האם היולדת אשר ניצבת לפנינו, תורמת תרומה רבה יותר.

26. לא למותר להוסיף כי מחקרים מלמדים על קיומו של קשר תוך-רחמי רגשי חזק בין העובר לאם הפיזיולוגית (maternal-fetal attachment). הליך היקשרות זה מבוסס על התרומה של האם לעובר, והוא הולך ומעמיק ככל שההיריון מתפתח. האם הפיזיולוגית היא למעשה הראשונה שמכוננת מערכת יחסים עם העובר שבהמשך יהפוך לתינוק. הקשר שנרקם בין האם לעובר הינו קשר ראשוני ופונדמנטלי (ראו: Janice G. Raymond, *WOMEN AS WOMBS: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AND THE BATTLE OVER WOMEN'S FREEDOM* 38-39 (1993); Magdy S. Mikhail et al., *The Effect of Fetal Movement Counting on Maternal Attachment to Fetus*, 165 AM. J. OBSTETRICS & GYNECOLOGY 988, 990 (1991); Amy Salisbury et al., *Maternal-Fetal Attachment*, 289(13) JAMA 1701, 1701 (2003). דרישה מאם פיזיולוגית לוותר על פרי-בטנה, אותו היא גידלה וטיפחה משך תשעה חודשים ועמו יש לה קשר

רגשי עמוק, הינה בעלת השלכות פסיכולוגיות קשות מנשוא על האם (ראו: Alice M. Noble-Allgire, *Switched at the Fertility Clinic: Determining Maternal Rights When a Child is Born from Stolen or Misdelivered Genetic Material*, 64 Mo. L. (REV. 517, 566 (1999)).

27. העדפת הזיקה הגנטית על-פני הזיקה הפיזיולוגית מתעלמת מחשיבות התרומה הייחודית והמכרעת של נשים בהבאת התינוק לעולם במסגרת התהליך הפיזי הארוך והמפרך של הריון ולידה. נשים, כמו גברים, תורמות מחצית מהחומרים הגנטיים של הילד, אולם נוסף על כך הן תורמות את הסביבה הפיזית והביולוגית המאפשרת לעובר לגדול ולהתפתח. לתרומה זו אין מקבילה גברית. כפי שהסברתי בפסקה 28 לפסק דיני בבע"מ 856/23, "השקפה שמבכרת הורות גנטית על פני זו של האם היולדת מושתתת על העיקרון של 'שוויון התשומות' בין גבר לאישה בהולדת היילוד. מאחורי עיקרון זה עומדת ההנחה שתשומת האישה להולדת היילוד מתמצית בהספקת החומר הגנטי שבגופה – הביצית שעוברת הפרייה – בדומה לתשומה בדמותו של זרע, אשר באה מהגבר. הנחה זו אינה אלא פיקציה שמפלה נשים לרעה. הנחה כאמור מאפסת את התשומה הפיזית והמנטלית של הריון, צירים והולדה, אשר מסופקת על ידי נשים בלבד" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

כפי שכותבת פרופ' לסלי בנדר במאמרה:

"The key to my argument is that a genetics-based analysis of parenthood reinforces and replicates an understanding of reproduction rooted in a male experience. Because a male's only biological contribution to reproduction is his gene-carrying sperm, and because fathers are increasingly being identified by DNA genetic tests, courts may believe that parity requires that mothers be identified in the same way. If something like this reasoning is dictating results in these cases, this false equality between male and female status in reproduction displays a male-biased perspective. Women who are genetic parents benefit from this approach, but they only benefit if they are 'like men' with respect to their biological contributions in these ART cases – if they are genetic contributors to the embryo. Women whose contributions to reproduction include gestation, labor, and birth, are not valued in a genetics-based analysis of parenthood. Genetic-based approaches to parenthood necessarily ignore one of the two ways women may contribute to reproduction. Genetic definitions of parenthood

value what only men can contribute to reproduction (gametic contribution) and do not value what only women can contribute (gestational and birth contribution). Therefore, relying on genetics as the definition of parenthood, particularly of legal motherhood, is fundamentally sex-biased".

(ראו: Bender, בעמ' 44; הערות שוליים הוסרו – א.ש.;
 כמו כן ראו: Radhika Rao, *Hierarchies of Discrimination in Baby Making? A Response to*
(Professor Carroll, 88 IND. L. J. 1217, 1220 (2013))).

28. סיכומי של דבר: עלינו להכיר בכך שהתערבות אנושית בהליכי הפריה מלאכותית מולידה גם טעויות אנוש. לנוכח הטעמים שמניתי לעיל, ובכללם הקשר הביולוגי והרגשי העוצמתי בין האם היולדת לעובר; תרומתה העצומה של האם היולדת להיווצרות היילוד; וקיומן של תשומות פיזיות ומנטליות אדירות אשר מושקעות על ידי האם היולדת בהליך ההריון על כל שלביו – המסקנה המתחייבת היא כי במקרה של תקלה כדוגמת זו שנדונה כאן לפנינו, ככל שהאם היולדת דבקה בזכות ההורית שלה, מעמדה יגבר על זה של האם הגנטית. כל הכרעה אחרת תהפוך את האם היולדת לפונדקאית-בעל-כורחה. משמעות הדבר היא פגיעה בזכות האנושית הבסיסית ביותר של כל אישה לקבל החלטות בנוגע לגופה-שלה בעצמה. ההכרעה נגד האינטרס של האם היולדת גם תעקור מידה את פרי-בטנה – תוצאה קשה מנשוא שאותה לא אוכל לאשר בגדרו של פסק דין מחייב.

29. בטרם אדון בסוגיה הבאה, אתייחס לטענה פרוצדורלית שהועלתה על-ידי ההורים הגנטיים. ההורים הגנטיים טענו לפנינו כי ההורים המגדלים גררו רגליהם בניהול ההליכים המשפטיים על-מנת "לקבוע עובדות בשטח". כך, למשל, טענו ההורים הגנטיים כי אילולא "הגישו המשיבים ערעור על פסק דין זה [פסק הדין של בית המשפט לענייני משפחה מיום 7.12.2022 אשר הורה על ביצוע הבדיקה הגנטית – א.ש.] היינו ניצבים במקום בו היה ניתן לדעת, כבר במועד זה (דצמבר 22), מי הם הוריה הביולוגיים של הקטינה". טענה זו קיבלה ביטוי גם בפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה שייחס לחובתם של ההורים המגדלים את סירובם לאפשר בדיקה לבירור זהות ההורים הגנטיים (ראו: פסקה 16 לפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה). ביחס לטענה זו, אציין, בקצירת האומר, כי ההורים המגדלים רשאים, בדיוק כמו שרשאים ההורים הגנטיים, לדבוק בזכות ההורות שלהם ולהגן עליה בפני בית המשפט באמצעות כל הכלים המשפטיים המקובלים אשר עומדים לרשותם. מיצוי זכויות כאמור, ובכללן זכות הערעור, אינו אמור להיזקף לחובת ההורים המגדלים. בהיבט זה של מיצוי זכויות

דיוניות, ההורים המגדלים אינם שונים מכל בעל דין אחר (ראו והשוו: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 630-629 (1997)).

30. סיכומו של דבר: מהטעמים שמניתי לעיל, אני סבור כי האם היולדת היא אימה העובדתית והמשפטית של הקטינה.

מעמד בכורה של האב הגנטי

31. כעת, אדון בתחרות האבות: האב הגנטי מצד אחד, והאב המגדל, בן זוגה של האם היולדת שטענת ההורות שלו באה מכוחה של זיקה-לזיקה, מהצד השני.

32. בהכריעו בתחרות זו, בית המשפט המחוזי ביכר את זכותו של בן זוגה של האם היולדת על פני זכותו של האב הגנטי. בהחליטו כפי שהחליט, בית המשפט המחוזי התבסס על טובת הקטינה כשיקול מכריע, וקבע כי שיקול זה מחייב שלא לפצל את ההורות בין שני תאים משפחתיים:

"זכותו ההורית של האב נמשכת אחר זכותה ההורית של האם הפיזיולוגית וככל שימצא כי זכותה של האם הפיזיולוגית גוברת על זכותה של האם הגנטית, כך יהיה אף באשר לזכות האבהות" (ראו: פסקה 114 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

33. חברתי, השופטת וילנר, ראתה בטובת הקטינה טעם משני שמתווסף לזיקת בן-זוגה של האם היולדת לאם היולדת כבסיס להכרה במעמדו כהורה הקטינה.

34. עמדתי שונה מעמדת חברתי, ואפרט.

35. אפתח את הדיון בציון מושכלת ראשונים: אבהות טבעית היא נקודת המוצא של הדין הישראלי בכל דבר ועניין. השאלה מי הוא אביו של פלוני היא בראש ובראשונה שאלה עובדתית-ביולוגית. אבהות היא עניין שבעובדה אשר נקבע על יסודה של זיקה גנטית בין האב ליילוד. הקרבה הביולוגית-הגנטית אינה משתנה על פי רצון האדם או על ידי פעולות מלאכותיות כאלה או אחרות. יחסי אב-בן או אב-בת, שבין האב הגנטי ליילוד, נובעים מחוקי הטבע ומשקפים אמת עובדתית מוצקה אחת, שאין עליה עוררין (ראו: מיכאל קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה – מגמות חדשות, 47-46 (2004)).

36. על כלל בסיסי זה עמדתי ברע"א 4126/24:

"אפתח בעובדת חיים פשוטה: לכל אדם שבא לעולם יש אב ביולוגי – בין אם זהותו של האב ידועה ובין אם לאו. כך הוא גם לגבי המשיבה: אביה הביולוגי הוא המנוח; ואין לה, וגם לא היה לה, אב ביולוגי אחר. למרבה המזל, המדינה אינה טוענת אחרת. המדינה מעלה שורה ארוכה של טענות יצירתיות, אך אלו אינן כוללות טענה בדבר היעדר קשר אב-ובת בין המנוח לבין המשיבה. אם טענה זו היתה מועלית, היינו דוחים אותה בשתי ידיים מפאת חוסר רצון לקבוע – בניגוד לעובדות ובסתירה לחוקי הטבע – כי המשיבה אינה נושאת את מטענו הגנטי של המנוח" (ראו: שם, בפסקה 26 לפסק דיני).

37. מכוח הכלל הבסיסי האמור, זכות ההורות של אב מוכרת בשיטתנו באופן אוטומטי בהינתן קיומה של זיקה גנטית בינו לבין היילוד. ההורות מוכרת במצבים אלה מבלי שנדרשת קביעה שיפוטית מכוננת-הורות (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקה 30 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

38. לא כך הם פני הדברים ביחס לזכות הורות מכוח זיקה לזיקה: במסגרתו של אדן הורות זה, אדם יוכר כהורה, חרף היעדרו של קשר גנטי בינו לבין היילוד, מכוח קשר הזוגיות בו הוא נמצא עם בעל הזיקה או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד. הכרה כאמור מועילה לבני הזוג שאינם יכולים להביא לעולם ילד מהחומרים הגנטיים של שניהם, כאשר חומרי הגנטיים של אחד מהם מתמזגים עם אלו של תורם או תורמת. במצב דברים זה, בתי המשפט נוהגים לתת צו הורות לבן הזוג של ההורה הגנטי אחרי שהוכח כי הילד נוצר מתוך כוונה משותפת של בני הזוג לכינון הורות משותפת ביחס אליו (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקאות 21-22 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בע"מ 1118/14, בפסקה 8). ביסוס הורות מכוח זיקה לזיקה כאמור, תוך סטייה מהכלל הבסיסי של ההורות הטבעית, מתרחש באותם מקרים חריגים בהם תורם הזרע, או, לחלופין, תורמת הביצית, הוא אדם אלמוני שאינו מתחרה על ההורות. במילים אחרות: ניתוק הזיקה הטבעית בין הורה גנטי לילדו והכרה באדם אחר, אשר בא כהורה מכוחה של זיקה לזיקה, מתאפשרים רק כאשר בעל הזיקה הגנטית מוותר על זיקתו ואינו טוען על בסיסה לזכות ההורות (ראו: פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב' 133 (1989)).

39. אבהיר כי בהיבט ההיסטורי, ההכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה נעשתה, במשפט הישראלי, על בסיס קיומו של קשר זוגיות שבין מי שמקבל הכרה כהורה לבין בעל הזיקה הגנטית ליילוד – ומכאן הביטוי "זיקה לזיקה". אולם, אין סיבה שלא להכיר בזיקה לזיקה

כאמור גם ביחס למי שנמצא בזוגיות עם האם היולדת, בעלת הזיקה הפיזיולוגית ליילוד. מסקנה זו מתחייבת לנוכח מסקנתי הקודמת בנוגע למעמד הבכורה של האם היולדת.

40. הורות מכוח זיקה לזיקה אינה עומדת אפוא על רגליים עצמאיות. היא יונקת את כוחה מקשר הזוגיות עם ההורה הקשור בזיקה ביולוגית – גנטית או פיזיולוגית – לילד. הורות כאמור אינה מוכרת כמובנת מאליה. היא משתכללת רק עם מתן צו הורות על-ידי בית משפט. צו הורות כאמור מנתק את זיקת ההורה המתחרה, בעל הקשר הביולוגי ליילוד (בענייננו – האב הגנטי) ומכונן את ההורות של מי שבא במקומו (בענייננו – בן זוגה של האם היולדת) (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקאות 30 ו-34 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בע"מ 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 3 (4.6.2020)).

41. מן המקובץ עולה כי בניגוד לאבהות הטבעית של האב הגנטי, שהיא בגדר עובדה אשר נובעת מחוקי הטבע, האבהות של בן זוגה של האם היולדת היא בגדר מעמד משפטי שמצריך כינון. מעמד זה נוצר רק עם מתן צו הורות קונסטיטוטיבי, אחרי שבית המשפט בחן את הנסיבות ומצא כי בן הזוג של האם היולדת עומד בתנאים הנדרשים למתן הצו. בהינתן הבדלים אלה, ובשים לב לכך שהמוסד המשפטי הקרוי צו-הורות התפתח והורחב בפסיקה (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה חיות), מן הדין לנקוט משנה זהירות במתן צו הורות פסיקתי.

יפים לעניין זה דבריו של השופט נ' הנדל בבע"מ 3518/18 ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (3.2.2020):

"יש להפעיל פתרון פסיקתי זה [מתן צו הורות מכוח זיקה לזיקה – א.ש.] בזהירות רבה, תוך היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק. כאמור, המחוקק הישראלי בחר להתנות את ההכרה בהורות מכוח 'זיקה לזיקה' בקיום אקט מכונן בדמות 'צו הורות' [...]. בחירה ערכית זו מקרינה, מיניה וביה, על ה'הרחבה' הפסיקתית, ומבהירה כי גם במקרים שבהם הזיקה לזיקה תאפשר לכוון הורות בהליך שיפוטי מתאים, הורות זו אינה נוצרת מאליה, ואינה בגדר 'עובדה' שבאה לעולם כבר במועד הלידה. לעיתים, הפער קיים, לרבות פער הזמן, בין אירוע מכונן של היחיד לבין אירוע מכונן של המשפט ביחס אליו. במילים אחרות, צו ההורות הפסיקתי 'דומה במהותו לצווים המעוגנים בחקיקה' ביחס לאדני האימוץ והזיקה לזיקה, וכמו האחרונים אף הוא מעניק לבן הזוג נטול הזיקה הגנטית או הפיזיולוגית ליילוד רק הורות 'בת

כיננו' (ראו: שם, בסעיף 9 לפסק דינו של השופט הנדל; ההפניות הוסרו וההדגשות הוספו – א.ש.).

42. יש הטוענים כי בדומה לאבהות של בן זוגה של האם היולדת, אבהות גנטית אף היא בגדר מעמד משפטי שמצריך כינון. זאת, מאחר שלפי סעיפים 11-12 לחוק הפונדקאות, בני זוג אשר הביאו ילד לעולם שנושא את המטען הגנטי שלהם, תוך הסתייעות בפונדקאית, יהיו ההורים של היילוד רק אחרי שיקבלו צו הורות (ראו את לשון סעיף 12(א) לחוק הפונדקאות: "עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין"). דעתי בעניין הזה שונה בתכלית, ואסביר.

תפקידו של צו הורות הינו כפול: הצו מנתק את זיקת ההורה עם הקשר הביולוגי ליילוד; וקובע את ההורות של מי שבא תחתיו. צו הורות בהסדר פונדקאות נועד אפוא להסדיר את תחרות זיקות ההורות בין האימהות – האם הפיזיולוגית והאם הגנטית – וכדי למנוע מצב של הורות משולשת. ביחס לאב הגנטי, צו ההורות הוא צו הצהרתי גרידא. צו זה בא לאשרר את הזיקה ההורית הקיימת ממילא, ולו כדי למנוע ספקות וטענות שכנגד. נקודה חשובה זו הובהרה על ידי הנשיאה חיות:

"כלומר סעיף 12 לחוק הפונדקאות מבהיר כי צו ההורות נדרש לצורך סיום המציאות של זיקות הורות מתחרות: הוא מוביל לניתוק זיקת ההורות של הפונדקאית וקובע באופן סופי כי הפיצול בסמכויות ההורות עד למתן הצו יסתיים וכלל הסמכויות ירוכזו מעתה ואילך בידי ההורים המזמינים. לכך ניתן להוסיף, כאמור, כי צו ההורות גם מכונן את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי, להבדיל מהורותו של ההורה הגנטי שנוצרה כבר במועד הלידה ולגביה מדובר בצו הצהרתי" (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקה 39 לפסק דינה של הנשיאה חיות; ההדגשה הוספה – א.ש.).

חיזוק למסקנה כי אבהות גנטית אינה בגדר מעמד משפטי אשר דרוש כינון ניתן למצוא בסעיף 42 לחוק תרומת ביציות, אשר הוזכר לעיל. כזכור, יילוד שנולד מתרומת ביצית יהא ילדה של הנתרמת שנשאה את ההריון ללא צורך בצו שיפוטי כלשהו. ומה ביחס לאב הגנטי, ככל שהוא אינו תורם זרע? בדומה לנתרמת, האם היולדת, החוק לא מחייב אותו לקבל צו הורות כדי לכונן את ההורות שלו (ראו: דנ"א 1297/20, בפסקה 90 לפסק דינה של הנשיאה חיות). ההורות של האב הגנטי מוכרת מאליה ללא צורך באקט שיפוטי מכונן. הסדר חוקי זה מלמדנו כי בכל הנוגע לקביעת אבהות, המחוקק רואה באב הגנטי את אביו המשפטי והטבעי של היילוד.

43. לאור כל האמור לעיל, האם בית המשפט רשאי, בשמו של עיקרון טובת הקטינה, לשלול מאב בעל זיקה גנטית את זכותו ההורית ולהעניק זכות זו, בדרך של מתן צו הורות, לבן זוגה של בעלת הזיקה הפיזיולוגית? לשאלה זו לא אוכל להשיב אלא בשלילה מוחלטת. טובת הקטינה – הגם שהוא שיקול חשוב ואף מכריע בענייני המשמורת והאפטרופסות על הקטינה – אינו שיקול ממין העניין בקביעת ההורות. העובדה שהקטינה אינה נמצאת בחזקת אביה הגנטי אינה מנתקת את הקשר העובדתי והמשפטי שביניהם. היקשרות הקטינה לבן הזוג של האם היולדת, אשר נובעת מהיותו הדמות שמגדלת אותה, לצד האם היולדת, מזה כשנתיים וחצי, אף היא אינה מנתקת את קשר ההורות העובדתי והמשפטי בין האב הגנטי לקטינה.

44. משכך הוא, איני יכול להיות שותף לעמדתה של חברתי, השופטת וילנר, אשר מעדיפה את זכותו ההורית של בן הזוג של האם היולדת על פני זכותו ההורית של האב הגנטי. ההכרה המשפטית בהורות של האב הגנטי נעשית מאליה, ולא ראיתי ולו טעם אחד לתת צו הורות פסיקתי אשר ינתק את הזיקה של האב הגנטי מהקטינה ויכונן את ההורות של בן הזוג של האם היולדת. גם בהיבט הפרוצדורלי, למתן צו כאמור יש השלכות הרות גורל ועל כן הוא מחייב דיון מקיף ומעמיק בהליך שכל-כולו נועד לכך; ובוודאי שלא ניתן לתת צו כזה אך ורק בהתבסס על טובת הקטינה.

45. סיכומי של דבר: מכל הטעמים שמניתי לעיל, טוב נעשה אם נבטל את צו ההורות שניתן לטובת בן זוגה של האם היולדת, וחלף זאת נקבע – בהתאם לעובדות כפשוטן – כי האב הגנטי הוא אבי הקטינה.

46. הנני מודע לכך שהכרעתי בעניין זה יוצרת מצב מורכב בו הוריה המשפטיים של הקטינה לא רק שאינם חולקים את אותו תא משפחתי ואותה קורת גג, אלא גם מעולם לא התכוונו להביא תינוק משותף לעולם. ברם, זה בדיוק מה שקרה להם, בניגוד גמור לרצונם, באשמת בית החולים אסותא; וכוח משפטי לתקן תקלה רבתי זו באמצעות צווים שיפוטניים אינו מסור לנו. קצרה ידינו מהושיע, ועל כן, עם כל הקושי שבדבר, חובה עלינו כבית משפט ליישם את דברו של הדין כהלכתו מבלי לשנותו על-מנת להגיע לתוצאה רצויה יותר.

שאלת האפטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה

47. כהנחת מוצא בסיסית אבהיר, כפי שכבר הבהרתי, כי שאלת ההורות ושאלת האפטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה – לא חד הן. אחרי שנדרשנו לשאלת ההורות

כעניין שבעובדה, ואחרי שנוכחנו לדעת כי הורי הקטינה הם האם היולדת והאב הגנטי, הגיעה העת להתייחס לשאלת האפטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה. במסגרת קביעת האפטרופסות והמשמורת כאמור – שבמוקדה טובת הקטינה – נוכל לתקן את העיוותים אשר עלולים להיגרם בשל פיצול ההורות לשני תאים משפחתיים נפרדים.

48. סעיף 14 לחוק הכשרות קובע כי ההורים הם באופן טבעי האפטרופסים של ילדיהם:

”ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים”.

49. סעיפים 24-25 לחוק הכשרות קובעים כי היה והורי הקטין אינם חיים יחד, רשאים הם להסכים כיצד תחולק האפטרופסות והמשמורת על הקטין; והסכם כאמור יובא לאישור בית המשפט. אולם, אם לא באו ההורים לידי הסכם, העניין יובא להכרעת בית המשפט אשר יפעיל את שיקול דעתו בשים לב לטובת הקטין. וזוהי לשון הסעיפים:

”24. היו הורי הקטין חיים בנפרד – בין שנישואיהם אוינו, הותרו או הופקעו, בין שעדיין קיימים ובין שלא נישאו – רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין, ומשאור, דינו – לכל ענין זולת ערעור – כדין החלטת בית המשפט.

25. לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24, או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את הענינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת”.

50. במקרה דכאן, מאחר שאין הסכמה בין האם היולדת לאב הגנטי אודות עניין האפטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה, סבורני כי טוב נעשה אם נפעל בהתאם לאמור בסעיף 25 לחוק הכשרות ונכריע בדבר בהתאם לטובת הקטינה.

51. בדומה לחברתי, השופטת וילנר, אני סבור כי פיצול האחריות ההורית בהיבט האפטרופסות והמשמורת (להבדיל מהורות ככזאת, שהיא, כאמור, עניין של עובדה

אמפירית שאינה ניתנת לשינוי) בין שני תאים משפחתיים עלול להוביל לחיכוך בלתי פוסק בין הצדדים בכל הקשור לקבלת החלטות ביחס לקטינה. אשר על כן, הגעתי למסקנה כי אין לפצל את האפוטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה בין האב הגנטי לאם היולדת.

52. כמו כן, אני מסכים עם חברתי, השופטת וילנר, כי אין עמנו מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי, אשר נסמכה על התרשמותו הישירה מהחומר המקצועי שהונח לפניו ומהעדויות ששמע בנושא, כי טובת הקטינה מחייבת את השארתה תחת משמורתם של ההורים המגדלים, אשר פעלו במשותף כאפוטרופסי הקטינה. בית המשפט המחוזי קבע כי הקטינה מצאה קן חם בבית ההורים המגדלים אשר מספקים מענה מלא ומסור לצרכיה הרגשיים והפיזיים, ומעניקים לה מעטפת הורית ותמיכה מלאה. עוד הובהר כי ניתוק הקטינה מהדמויות המטפלות בה מזה שנתיים וחצי, ושבהן היא רואה מקור לאהבה ולתמיכה, טומן בחובו אפשרות ממשית לנזק נפשי ארוך טווח לקטינה. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי מצבה הרפואי-התפתחותי המורכב של הקטינה מעצים את פוטנציאל הנזק הגלום בהעברתה לסביבה חדשה ולידי דמויות מטפלות חדשות. מסקנתו זו של בית המשפט המחוזי עולה בקנה אחד עם המלצת גורמי הרווחה והאפוטרופסיות לדין של הקטינה; ובכל אלו אין עמנו מקום להתערב.

53. לסיכום: סבורני כי טוב נעשה אם נקבע כי ההורים המגדלים הם האפוטרופסים ובעלי המשמורת הבלעדיים ביחס לקטינה. כמו כן, בדומה לחברתי, השופטת וילנר, הגעתי למסקנה כי קיימת משמעות רבה ליצירת קשר בין הקטינה להוריה הגנטיים. לפיכך, טוב נעשה אם נשאר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי אשר באה להסדיר את מתווה הקשר בין הקטינה וההורים הגנטיים.

54. בטרם סיום, אעיר כי פסק דיני אינו מתייחס ואינו מביע שום עמדה בנוגע לזכויות ירושה וזכויות כלכליות נוספות הקשורות להכרעתנו בשאלות שעל הפרק (ראו: יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של הצו ההורות הפסיקתי" משפטים מז 113, 115 (2018)). אציין כי חלק מהזכויות הללו ניתנות להסדרה פרטית באמצעות הסכמים וצוואות.

55. אם תישמע דעתי, הערעור יתקבל בחלקו, כך שייקבע כי האם היולדת היא אמה של הקטינה וכי האב הגנטי הוא אביה. כמו כן, יש לקבוע כי זכויות האפוסטרופסות והמשמורת ביחס לקטינה תינתנה במלואן ובאופן בלעדי להורים המגדלים תוך הסדרת המתווה המיוחד לגיבוש הקשר בין הקטינה להורים הגנטיים בהתאם לפסק דינו של בית המשפט המחוזי.



אלכס שטיין
שופט

השופט עופר גרוסקופף:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת יעל וילנר, ולעיקר ההנמקה המצויה בחוות דעתה המפורטת והיסודית. אבקש להביע הערכה גם לחוות הדעת המקיפה והיפה של כבוד השופט צבי ויצמן מבית המשפט המחוזי מרכז בלוד. המעיין בשתי חוות הדעת הללו ימצא בהן את העיקר, והדברים שאוסיף הם בגדר השלמות והבהרות בלבד.

הערה מקדימה לעניין מינוח: להלן אתייחס לצדדים המעורבים בכינויים הבאים, וזאת מבלי שיהיה בכך כדי לשקף עמדה לגוף הדברים: המבקשת 1 תכונה: האם הגנטית; המבקש 2 יכונה: האב הגנטי; המבקשים, יחדיו, יכוונו: ההורים הגנטיים. המשיבה 1 תכונה: האם היולדת; המשיב 2 יכונה: האב המגדל; המשיבים 1 ו-2, יחדיו, יכוונו: ההורים היולדים.

1. דומה כי את הרקע לפרשיה כאובה זו מכיר כמעט כל אדם בישראל. שני הזוגות, ההורים הגנטיים מזה וההורים היולדים מזה, עברו בנפרד טיפולי פוריות בבית החולים אסותא ראשון לציון בע"מ (להלן: אסותא), כשלכל אחד מהזוגות חלום זהה – להביא לעולם ילד או ילדה באמצעות הליך של הפריה חוץ-גופית (IVF – In Vitro).

(Fertilization). בעקבות הטיפולים נכנסה האם היולדת להריון (במקביל, באותה עת, תהליך ההפריה לא צלח אצל ההורים הגנטיים). אלא שבמהלך ההריון נתגלה מום בליבה של העוברית, ובעקבותיו נערכה עוד טרם הלידה בדיקה שגילתה לראשונה כי ההורים היולדים אינם הוריה הגנטיים של התינוקת ס'. גילוי זה הוביל למסכת ארוכה של התדיינויות שבבסיסה עמד רצונם של מטופלים אחרים שעברו טיפולים דומים בבית החולים אסותא לגלות מי הוריה הגנטיים של התינוקת ס'. בסופו של יום, וכפי שתואר בהרחבה בפסק דינה של חברתי, השופטת וילנר (פסקאות 9-22 לחוות דעתה), נערכה בדיקה גנטית אשר גילתה כי עקב טעות איומה הוחזרה עוברית שהורתה בזרע וביצית של ההורים הגנטיים לרחמה של האם היולדת. משנודע להם על כך, נקטו ההורים הגנטיים בהליך דנן, בו הם מבקשים, בעיקרו של דבר, כי ייקבע שהם הוריה המשפטיים של התינוקת ס', ובהתאם גם אפוטרופסיה החוקיים.

2. כפי שהיטיבה לתאר חברתי, ההליך שלפנינו מעורר מספר רב של שאלות עקרוניות, להן טרם ניתנה תשובה ברורה בדין הישראלי. לא מדובר רק בשאלות משפטיות – הסוגיות המונחות על הפרק מעוררות עניין מקצועי רב גם בקרב חוקרים מתחומים רבים נוספים, לצד עניין רב מצד הציבור הרחב אשר נחשף לעיקר פרטי הפרשיה באמצעות התקשורת. אלא שמעל לכל עלינו לזכור שלפנינו סוגיה אנושית כואבת, אשר משני צדדיה עומדים זוגות המאמינים בלב שלם שהם הוריה האמיתיים של התינוקת ס', וכי מכוח מעמדם זה עומדת להם הזכות והאחריות לגדל אותה כבתם. אמונה זו, בה מחזיק כל אחד משני הזוגות, היא שהופכת כל תוצאה אליה נגיע לכואבת במיוחד. כך, שכן תפיסת כל זוג את מעמדו סותרת ומכחישה את תפיסת הזוג האחר. זה אומר, כולה שלי; וזה אומר, כולה שלי – ולנו אין אפשרות לומר, יחלקו.

3. אכן, נגזר עלינו להכריע לכאן או לכאן, וכך נעשה. אקדים עם זאת, ואביע תקווה, כי לאחר מתן פסק דיננו, רצונם המשותף של שני הזוגות בטובתה של התינוקת ס', הוא שיאפשר להם לשים מאחוריהם את משקעי העבר, ולעשות כל שביכולתם, בהתאם לתפקיד ולמקום שייוחד להם, על מנת להפוך את סיפור חייה של התינוקת ס' לכזה, שבמרכזו ניצבת, לא טרגדיה אנושית, אלא דווקא הזכות המיוחדת שניתנה לה לגדול בסביבתם של ארבעה אנשים שאוהבים אותה אהבת אמת, ונכונים, על אף הקשיים האישיים הכרוכים בכך, לשים את האינטרס שלה לפני כל אינטרס אחר. זוהי, ככלות הכול, משמעותה האמיתית של הורות, שאינה יונקת את חיותה מציווי הדין, אלא מהקשר הייחודי שנרקם בין הורה וילדו. באופן זה יש לראות, אם כן, את הכרעתנו – עניינה, בהורות משפטית, ועימה, כפי שיפורט להלן, האפוטרופסות עד שתגיע התינוקת ס' לגיל

18. עד כאן, ולא עוד. את סיפור חייה המלא של התינוקת ס' לא אנחנו נספר; קורותיה לא יכתבו על ידי פסק דין זה, אלא בזרימת החיים; ההכרעה בהליך הנוכחי איננה, איפוא, נקודת הסיום בסיפורה של התינוקת ס', אלא דווקא, כך נקווה ונייחל, נקודת הפתיחה לחיים ארוכים, מאושרים, מלאים בשמחה, באהבה ובאנשים הרוצים בטובתה.

כאשר לנגד עינינו עומדת תובנה זו, אפנה להכרעה בסוגיה המשפטית שלפנינו.

הורות משפטית ואפוסטרופסות בדין הישראלי

4. הגם שהילד הוא אישיות משפטית עצמאית מגמר לידתו (סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962. להלן: חוק הכשרות המשפטית או החוק), החוק קובע (סעיף 14 לחוק, שכותרתו "מעמד ההורים"), כי ההורים הם האפוסטרופסים הטבעיים של ילדיהם כל עוד הם קטינים, דהיינו עד שמלאו להם 18 שנים (סעיף 3 לחוק). מכוח מעמדם זה עומדת להורים "החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו" (סעיף 15 לחוק), ובעשותם כן "חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין" (סעיף 17 לחוק). ודוק, אף שחוק הכשרות המשפטית מסדיר היבטים רבים הנוגעים ליחסים המשפטיים בין ההורים וילדיהם הקטינים, אין בחוק זה הגדרה למונח "הורה", ולמעשה אין בחקיקה הישראלית תשובה ברורה וגורפת לשאלה מי הם הוריו של הילד. דומה כי ההסבר המרכזי לחסר זה הוא היסטורי, שכן בעבר, בטרם התרחשה פריצת הדרך הטכנולוגית והרפואית בתחום ההפריה המלאכותית, הקביעה מי הם הוריו של הילד הייתה יחסית פשוטה, והתבססה על מודל ההולדה המסורתי, שעמד ככל הנראה לנגד עיני המחוקק עת קבע את סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית (להרחבה על התקדמות זו והשפעותיה במישור המשפטי ראו: בע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית, פסקה 7 לחוות דעתי (6.3.2023) (להלן: בע"מ 856/23)). לפי מודל זה: שני בני זוג, אישה וגבר, מחליטים במשותף להביא ילד לעולם. בעקבות החלטה זו מתרחש תהליך הריון, המתחיל בהפריית ביצית של האישה מזרע של הגבר, ממשיך בגדילת העובר ברחם האישה, ומסתיים בלידתו של תינוק (להלן: מודל ההולדה המסורתי).

5. ואכן, אף ללא הגדרה פורמלית, המשפט ערוך היטב להתמודד עם קביעת ההורות במצבים התואמים את מודל ההולדה המסורתי. במקרים אלו, לפי סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית, הקביעה מי הם הוריו של הקטין (ובהתאם האפוסטרופסים) נעשית

כיישום פשוט ומתבקש של החוק, וללא כל צורך בצו שיפוטי המבסס את ההורות – האם הגנטית והיולדת והאב הגנטי המלווה אותה בתהליך הלידה הם באופן אוטומטי ההורים והאפוטרופסים של הילוד. ודוק, הבהירות והפשטות של ההכרעה בשאלת ההורות, כאשר מתקיים מודל ההולדה המסורתי, אין משמעה כי לא מתעוררים במסגרתו סכסוכים העלולים לייצר מחלוקות משפטיות מורכבות. למרבה הצער, גם בין ההורים שנקבעו לפי מודל זה, דהיינו בין הגבר לבין האישה שהרו בתהליך משותף את הילד, עלולות להתעורר מחלוקות קשות ביחס להיבטים רבים הנוגעים להורות המשותפת – לעיתים מחלוקות אלה נובעות מעמדות שונות ביחס לאופן גידול הילד; לעיתים מזומנות יותר, מחלוקת אלה שורשיהן בעניינים שבינה לבינו, באופן המשליך על הילד. כך, למשל, אחד ההורים, או שניהם, עלול להתקשות בגידול הילד, או בניהול חייו, במידה המערערת את כשירותו מלשמש כאפוטרופוס, ובמקרים קיצוניים אף את מעמדו כהורה (ביחס לאפשרות לשלול את מעמדו של הורה כאפוטרופוס ראו סעיף 27 לחוק הכשרות המשפטית; וביחס לאפשרות לשלול את מעמדו של ההורה ראו פסקה 19 להלן). מצבים אלה ואחרים, המפרנסים תדירות את בתי המשפט לענייני משפחה, עשויים לחייב את שינוי המודל המשפטי ואת התאמתו למציאות. ואולם, גם במקרים אלו נקודת המוצא המשפטית ברורה – הורות המבוססת על מודל ההולדה המסורתי מעניקה לגבר ולאישה שהביאו לעולם את הילד את מעמד ההורות המשותפת, ממנו נגזר גם כוחם לשמש כאפוטרופסים הטבעיים של הילד עד הגיעו לגיל 18.

6. יוער כי הורות המבוססת על מודל ההולדה המסורתי לא הייתה מעולם מודל ההורות הבלעדי שהיה מוכר לאנושות. הדבר משתקף היטב בתרבות ישראל והעמים: משה נולד לעמרם ויוכבד, מבני ישראל, ואולם גדל כנסיך מצרי, בנה של בתיה בת פרעה; אדיפוס גדל כבנם של פוליבוס ומורפה, מלך ומלכת קורנתיוס, ואולם כפי שהתברר לאסונו, היה צאצאם של ליוס ויוקסטה, מלך ומלכת תבאי; ג'ון סנואו גדל כבנו הממזר של אדוארד (נד) סטארק, אך בשלהי העלילה מתברר כי הוריו מולידיה אחרים. המשפט, כמכשיר בשירות האדם, התאים עצמו למציאות המורכבת, וסיפק בחלק מן המקרים פתרונות מתאימים. כך, למשל, באמצעות יצירת מנגנונים של אימוץ, שכמעט בכל החברות האנושיות נעשה בהם שימוש בהיקף כזה או אחר.

7. בתקופה בה אנו חיים, מגוון המודלים של הורות התרחב עד מאוד. חלקית בשל שינוי בתפיסות החברתיות (ההכרה הנרחבת בהורות שאינה מבוססת על זוגיות הטרוסקסואלית); חלקית בשל התפתחויות טכנולוגיות (המאפשרות שילובים שלא היו אפשריים בעבר, כדוגמת נשיאת עובר ברחמה של אישה שאינה אימו הגנטית). אלא

שככל שאנחנו מתרחקים מהורות המבוססת על מודל ההולדה המסורתי, כך אנו נדרשים לפתרונות מורכבים יותר על מנת לקבוע את זהות ההורים (באשר לפתרונות מסוג האמור שנקבעו בחקיקה ראו, למשל, סעיפים 11-14 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות); סעיף 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). באשר למקרים בהם קיים חסר בחוק, ויש להשלימו על דרך של פרשנות ראו, למשל, בג"ץ 566/11 ממשט מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493 (2014)). אין חולק כי המשפט נדרש להתאים עצמו למציאות זו; אין לכחד, בעת הזו הוא מתקשה לעיתים לעמוד בפרץ.

8. על רקע האמור, ההכרעה בשאלת ההורות המשפטית בעניינה של התינוקת ס' מציבה בפנינו אתגר מיוחד. כך, משום שהיא חורגת מהמקרה הרגיל של הורות המבוססת על מודל ההולדה המסורתי בלא פחות משלושה רכיבים מהותיים; וכך משום שהיא חורגת באופן ניכר גם מההסדרים הייעודיים שנקבעו בחוק או בפסיקה לצורך הסדרת ההורות במקרים אחרים. אעמוד על כל אחד מהיבטים אלו ביתר הרחבה.

9. במקור, רצונם של כל אחד משני הזוגות – ההורים היולדים מזה, וההורים הגנטיים מזה – היה להביא לעולם תינוק בהתאם למודל ההולדה המסורתי. אלמלא הטעות שנעשתה בהליך ההפריה, לרחמה של כל אם היה מוחזר עובר אשר הופרה מביצית השייכת לה ומזרע של בן זוגה, העובר היה גדל ברחם אימו הגנטית, וההיריון היה מסתיים בלידתו של התינוק. במצב דברים זה, כל אחד משני הזוגות היה נרשם באופן מידי, וללא צורך בצו שיפוטי המבסס זאת, כהוריו של הילוד שנולד לו, בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית. אלא שכתוצאה מאותה טעות, המקרה שלפנינו חורג ממודל ההולדה המסורתי בשלושה רכיבים מהותיים – ריבוי הגורמים הידועים המעורבים בהליך הבאת הילד לעולם; ההפרדה בין הגנטיקה להליך הלידה; והיעדר ההסכמה.

10. עניינו של הרכיב הראשון החורג ממודל ההולדה המסורתי הוא בריבוי הגורמים הידועים המעורבים בהליך הבאת הילד לעולם. כפי שתואר לעיל, מודל ההולדה המסורתי מניח שני גורמים בלבד – גבר ואישה – שבמעשיהם בוראים את הילד. להם, ולהם בלבד, מקנה הדין הישראלי, ללא צורך במתן צו שיפוטי המבסס זאת, את ההורות והאפוטרופסות על הילד. לפיכך, אף שלסיועם של בני הזוג עשויים לבוא בשלבים שונים של התהליך גורמים שונים, המסייעים בידם בהיבטים רפואיים, כלכליים או אחרים, הם אינם נתפסים בעיני המשפט כמי שמעורבותם מקנה להם מעמד כלשהו ביחס להורות על

הילד. כך, אפילו אם תרומתם של אותם גורמים אחרים להבאת הילד לעולם הייתה חיונית (השוו: בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (1.4.2015) בו נקבע כי אישה, אשר יזמה הליך מורכב במסגרתו הרתה קרובת משפחתה, שהסכימה לשמש עבורה כפונדקאית מתרומת זרע וביצית של אחרים בהודו, אינה יכולה להיתפס בעיני המשפט הישראלי כהורה של הילוד).

יתרה מכך, במקרים התואמים לכאורה את מודל ההולדה המסורתי, הדין הישראלי מבקש לעגן את העיקרון כי בתהליך מעורבים רק שני הגורמים הללו (בני הזוג שהביאו יחדיו את הילד), וזאת גם אם קיים חשד, ואפילו חשד כבד, כי במציאות היו מעורבים גורמים נוספים ששי להם זיקה גנטית לילוד. לעיתים הדבר נעשה באמצעות הגבלת האפשרות לחשוף את האמת – למשל, מניעת עריכת בדיקות DNA על מנת לברר מיהו אביו הגנטי של התינוק (ראו: פרק ה'1, ובפרט סעיפים 28 ו-28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000); או בדרך של חזקות כדוגמת "רוב בעילות אחר הבעל" (ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 736-740 (1994)). לעיתים, מורה כן הדין גם כאשר הדבר נעשה באופן גלוי, כמו במקרה בו הגבר הינו עקר, והזרע נתרם על ידי אדם אנונימי, שהמשפט אינו מייחס לו כל מעמד (ראו פסקה 120 לחוות דעת השופטת וילנר, והאסמכתאות הנזכרות שם). כתוצאה ממדיניות זו, נמנעים מצבים, שמספרם אינו ידוע, בהם ייתכן שניתן היה, כעניין עובדתי, לערער על הורות המבוססת על מודל ההולדה המסורתי; אבל לא מתאפשר, כעניין משפטי ומעשי, לעשות כן.

בעניינה של התינוקת ס', מצויים אנו כיום במצב בו ידוע לנו כי בתהליך ההולדה מעורבים לא פחות מארבעה גורמים שונים: האם הגנטית; האב הגנטי; האם היולדת; והאב המגדל. מצב דברים זה הוא חריג, וכאמור לא רק מפני שזו המציאות, אלא גם בגלל שהיא נחשפה לידיעת כל המעורבים באופן שאינו שגרתי (וראו חוות דעתי בבע"מ 856/23). ויובהר, המצב בו מספר הגורמים הידועים המעורבים בתהליך הלידה גדול משניים אינו ייחודי לענייננו. זוג נשים עשוי להביא ילד לעולם בסיועו של גבר ידוע, ובמקרה זה יהיו מעורבים בתהליך הלידה שלושה גורמים (האישה היולדת, בת זוגה והאב הגנטי); אישה עקרה עשויה להסתייע בתרומת ביצית על מנת להביא ילד לעולם עם בן זוגה, לעיתים בסיוע פונדקאית, ובמקרה זה יהיו מעורבים בתהליך שלושה או ארבעה גורמים (בני הזוג, תורמת הביצית ולעיתים גם פונדקאית); זוג גברים עשוי להביא ילד לעולם בסיועה של אם פונדקאית ותורמת ביצית, ובמקרה זה יהיו מעורבים בתהליך ארבעה גורמים (שני הגברים, שאחד מהם הוא האב הגנטי, האם הפונדקאית והאם

הגנטית (שלפי החוק הישראלי אינה יכולה להיות האם הפונדקאית. ראו: סעיף 2(1) לחוק הפונדקאות)).

למען שלמות התמונה אציין, בהקשר זה, כי התפיסה המקובלת לעת הזו בדין הישראלי היא כי ההורות אינה יכולה להינתן ליותר משני גורמים. אף כי ייתכן שבעתיד יהיה מקום לאתגר תפיסה זו, ולהכיר בריבוי הורים, אפשרות זו אינה מונחת לפתחנו, משלא נטענה כלל בהליכים לפני בתי המשפט קמא.

11. רכיב נוסף המבדל בין המקרה דנן לבין מודל ההולדה המסורתי הוא ההפרדה בין הגנטיקה לתהליך הלידה. בהורות המבוססת על מודל ההולדה המסורתי קיימת זהות בין הגורמים האחראים לגנטיקה של העובר לגורמים המעורבים בתהליך הלידה. האישה והגבר אשר תרמו לתינוק את המטען הגנטי שלהם הם אותה אישה שברחמה התממש ההיריון, ואותו גבר שליווה אותה כבן זוגה. זהות זו עשויה להישמר גם במודלים אחרים של הורות. כך, למשל, אם זוג נשים מחליטות להביא ילד לעולם מתורם זרע אנונימי; אם בני זוג מחליטים להביא ילד לעולם בעבור זוג חשוק ילדים; או אם שני גברים מאמצים תינוק בן יומו.

לעומת זאת, ישנם מודלים של הורות בהם נוצרת הפרדה בין הגנטיקה לתהליך הלידה. זה היה, למשל, המצב במקרה הידוע של Baby M, כאשר אם פונדקאית, שהיא גם אם גנטית, תבעה זכויות ביחס לתינוק שמטענו הגנטי היה של האב המיועד (In re Baby M, 109 N.J. 396 (1988) (להלן: עניין Baby M)). זהו גם מצב הדברים, ובצורה הקיצונית ביותר שניתן להעלות על הדעת, בעניינה של התינוקת ס'. כתוצאה מטעות של צד שלישי, המטען הגנטי של התינוקת ס' הוא של ההורים הגנטיים, בעוד שתהליך הלידה עבר על ההורים היולדים. פער כזה, כשלעצמו, אינו ייחודי, באשר הוא עשוי להיווצר גם כאשר בני זוג נזקקים לתרומת זרע ולתרומת ביצית על מנת שהאישה תוכל להיכנס להריון (הדין הישראלי אינו מאפשר פונדקאות אלא אם אחד ההורים המיועדים הוא הורה גנטי. ראו סעיף 2 לחוק הפונדקאות. עם זאת אין מניעה לכך שאישה היכולה לשאת תינוק ברחמה, תהרה בסיוע תרומת זרע ותרומת ביצית). הייחוד בענייננו נובע, אם כך, מרכיב שלישי – רכיב ההסכמה.

12. מודל ההולדה המסורתי מניח, במקרה הגרעיני, קיומה של הסכמה (מפורשת או מכללא) בין הגבר לאישה להורות משותפת. ודוק, כשמדובר בהריון טבעי, בו מעורבים שני גורמים בלבד, היעדר הסכמה לא ישלול את ההורות במקרה הרגיל (כך, למשל,

כשמדובר בהריון בלתי מתוכנן שהוא תוצאה של יחסי מין מזדמנים). ואולם, גם בנסיבות אלה, היעדר הסכמה עלול, בנסיבות קיצוניות, ליצור קושי ניכר לכבד את ההורות שנוצרה (השוו: ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133 (1996), העוסק בשלילת מעמדו של אב גנטי, שבתרמית גרם לכניסתה של שכנה קטינה להריון, וביקש לקבל זכויות ביחס לתינוק שנולד). זאת ועוד, החשיבות של יסוד ההסכמה באה לידי ביטוי ביתר שאת במקרים של הפריה מלאכותית, דהיינו כשתהליך הכניסה להריון מחייב התערבות גורמי רפואה. זהו המצב במקרה של תרומת זרע אנונימית (בו נדרשת הסכמתו של תורם הזרע לתהליך); וזהו גם המצב במקרה של פונדקאות. כאשר הסכמה זו מתבטלת, הדבר יוצר קושי המחייב התמודדות משפטית מורכבת. כך היה בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פד נ(4) 661 (1996), כאשר הגבר חזר בו מהסכמתו שיעשה שימוש בעוברים במסגרת הליך פונדקאות; כך היה בבג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013), כאשר תורם זרע חזר בו מהסכמתו שיעשה שימוש בזרעו; וכך היה בעניין *Baby M*, כשאם פונדקאית חזרה בה מהסכם נשיאת העוברים, ודרשה להכיר בה כהורה וכאפוטרופוס של התינוק שגדל ברחמה.

עניינה של התינוקת ס' הוא חריג גם, ובמיוחד, מהיבט זה. הלכה למעשה, אף אחד מהצדדים המעורבים לא נתן מעולם הסכמתו לחריגה ממודל ההולדה המסורתי – ההורים הגנטיים ביקשו כי העובר שלהם יוחזר לרחמה של האם הגנטית; ואילו ההורים היולדים ביקשו כי העובר שלהם יוחזר לרחמה של האם היולדת. עסקינן איפוא לא רק בחריגה ממודל ההולדה המסורתי, אלא בחריגה שנעשתה שלא על דעת הגורמים המעורבים.

13. כפי שציינתי לעיל, ככל שאנחנו סוטים באופן משמעותי יותר ממודל ההולדה המסורתי, מתעורר הצורך בפתרונות משפטיים מורכבים יותר לצורך ההכרעה בזהותם של ההורים המשפטיים. לנוכח הסטייה הקיצונית ממודל ההולדה המסורתי, והגם שניתן להעלות על הדעת מקרים בהם למרות סטייה מסוימת מהמודל יחול סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית, וההכרה בהורות תיעשה באופן מידי, וללא צורך בצו שיפוטי המבסס זאת, בענייננו סבורני כי אין מנוס אלא לתור אחר פתרון משפטי אחר לצורך ההכרעה בשאלת ההורות המשפטית. ודוק, מדובר באתגר משמעותי, שכן כפי שציינה חברתי השופטת וילנר, ההסדרים האחרים שנקבעו בחקיקה או בפסיקתו של בית משפט זה להכרעה בזהות ההורים במקרים של סטייה ממודל ההולדה המסורתי אינם נותנים גם הם מענה לנסיבות הייחודיות של המקרה דנן. השאלה המתעוררת היא כיצד יש למלא את החסר האמור בהינתן ההסדרים הקיימים.

14. בבואנו לתור אחר פתרון לחסר הקיים בדין, סבורני כי טוב אם נניח לנגד עיננו מספר הנחיות:

ראשית, בהכירנו את חריגותו של המקרה שלפנינו, איננו סבור כי ראוי שנקבע במסגרתו הלכות בעלות תחולה רחבה. ידוע המכתם "hard cases make bad law", ולא בכדי. על כן, סבורני כי מוטב שנימנע מלחרוץ דין בשאלות פילוסופיות נכבדות, כגון מה חשוב יותר הגנטיקה, ההולדה או הגידול של הילד; כמו גם בשאלות מעשיות שאינן לפנינו, כגון מה מעמדו של אב גנטי שבשל חוסר ידיעה אינו האב המגדל, או של אב מגדל שאינו יודע כי הוא אינו האב הגנטי. כאמור, המקרה שלפנינו הוא ייחודי ממספר היבטים, וראוי לפתור אותו בחליפה משפטית ההולמת את מידותיו – חליפה שלא בהכרח תתאים למקרים אחרים.

שנית, קיימים שיקולי מדיניות וצדק שונים העשויים להיות רלוונטיים להכרעה בתחרות זכויות בכלל, ובתחרות בה עסקינן בפרט. כך, למשל: נזקקות (מי יפגע יותר אם תישלל ממנו הזכות לשמש כהורה וכאפוטרופוס של התינוקת ס'?) ; תרומה סיבתית (מי תרם תרומה משמעותית יותר להבאתה של התינוקת ס' לעולם ולהישרדותה בו?) (אשם (מי יכול היה למנוע את הטעות הטרגית, ולמצער, לצמצם את נזקיה?) גמול (מי ראוי יותר לאור אופן התנהלותו עד כה לגדל את התינוקת ס') וכיו"ב (השוו, בהקשר שונה, Menachem Mautner, *The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95 (1991)). מפתה להכריע במחלוקת שלפנינו על פי שיקולים אלה, חלקם או כולם. ואולם, לדידי מוטב להימנע מהם כליל, ולהתמקד בניסיון להצביע על פתרון משפטי, דוקטרינרי, אפילו במחיר של שרירותיות מסוימת. לכך שני טעמים. האחד, הרצון להימנע מהכרעות ערכיות-פילוסופיות החורגות מהמקרה דנן, עניין עליו עמדתי לעיל; השני, אינני סבור ששיקולי מדיניות וצדק אלה, ואחרים, מובילים במקרה דנן למסקנה חדה – רחוק מכך. גם אם ניתן ביחס לשיקול זה או אחר להעלות טיעונים בעד או נגד אחד מהצדדים (כדוגמת ההשקעה והסיכון העצומים שחוו ההורים היולדים, מהצד האחד, והמהירות וההחלטיות בה פעלו ההורים הגנטיים מהצד השני), הם אינם מהסוג המאפשר הכרעה משפטית עקרונית לטובת מי מזוגות ההורים. כשלעצמי, ככל שבשיקולי מדיניות וצדק עסקינן, ניתן לסכם את מצב הדברים באופן הבא: לפנינו שני צדדים ראויים, אשר היו מעוניינים בהגשמת חלומם להביא ילד משלהם לעולם, ואולם בשל טעות של צד שלישי, וללא כל אשם מצדם, מוצאים עצמם במצב בו עליהם להתחרות האחד בשני על התינוקת ס', שלכל אחד מהם תביעות הורות מוצדקות לגביה. ליבנו עם שני זוגות ההורים, ובמידה שווה. המצפן של שיקולי המדיניות והצדק אינו מצביע, אם כן, על כיוון ברור, ואת

התינוקת ס' לא ניתן לחצות לשניים – בוודאי שלא מבחינה פיזית, ולמרבית הצער גם לא מבחינה משפטית (ועל כך, בהמשך). על כן, נגזר עלינו להכריע לכאן או לכאן. הדרך בה עלינו לעשות כן היא לפי אומנותנו – המשפט. הדין הפוזיטיבי מספק בהכרח פתרון גם למורכב שבמצבים. פתרון זה אינו בהכרח מיטבי, ואולם הוא משקף את הדין הנוהג כפי שאנו מבינים אותו. על פי פתרון זה עלינו לנהוג, וזאת בין אם התוצאה אליה הוא מוביל היא לרוחנו, ובין אם היינו מעדיפים תוצאה שונה. זו שבועתנו, וכך נעשה.

שלישית, כשם ששיקולי מדיניות וצדק אינם יכולים לסייע בהכרעתנו, גם שיקול "כוונת הצדדים" איננו יכול לסייע במקרה דנן. ההורים הגנטיים טענו כי מאחר ששני הזוגות היו מעוניינים, שעה שפנו להליכי ההפריה החוץ-גופית, בילד הנושא את המטען הגנטי שלהם, הרי שיש ליחס להורות הגנטית חשיבות מכרעת. דרך קרובה להצגת טיעון זה, היא ששני זוגות ההורים גילו מאחורי מסך בערות (Veil of Ignorance) (קרי, בשלב שטרם ידעו למי תועיל עמדה זו) כי הם מעדיפים הורות גנטית על פני הורות פיזיולוגית. טיעון זה נראה לי שגוי. שני זוגות ההורים בחרו באופציה שאינה מצויה כיום על השולחן – ילד אשר הן מבחינה גנטית והן מבחינה פיזיולוגית שייך להם. מכך ניתן להסיק שלו אופציה זו הייתה אפשרית, שני הזוגות היו מעדיפים אותה על שתי החלופות שמצויות על השולחן (ילד השייך להם מבחינה גנטית אך לא פיזיולוגית או ילד השייך להם מבחינה פיזיולוגית אך לא גנטית). ואולם בחירה מסוג זה היא בגדר "עדיף להיות בריא ועשיר", ואין בה כדי ללמד האם אדם מעדיף להיות עשיר (וחולה) או בריא (ועני). ובדרך אחרת, השאלה האמיתית אותה יש לשאול מאחורי מסך בערות היא האם בני זוג העוברים טיפולי הפריה חוץ-גופית היו מעדיפים במקרה של טעות טרגית כדוגמת זו שארעה להיות "פונדקאים בעל כורחם" (כפי שיקרה אם תתקבל עמדת ההורים הגנטיים) או "תורמי עובר בעל כורחם" (כפי שיקרה אם תתקבל עמדת ההורים היולדים). בהגינותם, באי-כוח שני הצדדים מסרו בדיון כי אין הם יכולים להצביע על מחקר או נתון המלמד על העדפה של חלופה זו או אחרת. במצב דברים זה, גם שיקול "כוונת הצדדים" אינו יכול לסייע לא לצד הגנטי ולא לצד היולד.

15. בפנותנו לדיון הדוקטרינרי, עלינו לבחון ארבע שאלות: הראשונה, האם לאחד מהצדדים זכות להורות המוכרת בדין ללא צו הורות פסיקתי; השנייה, בהנחה שהתשובה שלילית, על פי איזה מבחן יש לקבוע לטובת מי יינתן צו הורות פסיקתי במקרים כגון זה; השלישית, כיצד יש ליישם את המבחן למתן צו הורות פסיקתי במקרה דנן; הרביעית, מה יהיה מעמדם של הצדדים שלא יוכרו כהוריה של התינוקת ס'. לבחינת שאלות אלה אפנה עתה.

האם למי מהצדדים מעמד הורות משפטי ללא צורך בצו הורות פסיקתי?

16. האם למי מהצדדים שלפנינו (האב הגנטי, האם הגנטית, האם היולדת או האב המגדל) זכות מוכרת בדין להורות ללא צו הורות פסיקתי? תשובתי לשאלה זו היא בשלילה. חברתי השופטת וילנר, התייחסה לסוגיה זו ביחס להורים הגנטיים, והבהירה מדוע הזיקה הגנטית שלהם אינה מספיקה להקנות להם מעמד של הורים על פי הדין. עמדתה נשענת על היקש מהוראת סעיף 11 לחוק הפונדקאות, המלמדת כי גם כשמדובר בהסכם פונדקאות, ועל אף שלפחות אחד מההורים המיועדים (אם לא שניהם) נדרש להיות הורה גנטי מכוח סעיף 2 לחוק, עדיין אין הורותם מתקיימת ללא צו שיפוטי. עמדה זו מקובלת עליי. אכן, המחוקק הביע עמדתו כי כאשר נוצר נתק בין הליך הלידה להורות הגנטית נדרש צו שיפוטי על מנת לבסס את ההורות המשפטית של ההורים הגנטיים. ודוק, עמדה זו אומנם התייחסה למצב שונה מזה בו עסקינן – כאשר ההורים הגנטיים התקשרו בהסכם פונדקאות, ולא כשהפרדה בין ההורות הגנטית לבין הליך הלידה נכפתה עליהם מחמת טעות. יחד עם זאת, קשה לראות טעמים המצדיקים הכרה ללא צו שיפוטי בזכות ההורות של ההורים הגנטיים דווקא במקרים מהסוג בו עסקינן – דהיינו כשהפרדה נוצרה כתוצאה מטעות, ובסטייה כה ניכרת ממודל ההולדה המסורתי.

17. בדומה, סבורני כי גם ההורות המשפטית של ההורים היולדים אינה קמה בענייננו ללא צו הורות פסיקתי. לשיטתי, יש מקום לקבוע במצב שנוצר, דהיינו כאשר כבר במעמד הלידה ידוע כי ההורים היולדים אינם ההורים הגנטיים, כי נדרש צו הורות פסיקתי הן ביחס להורות האם היולדת והן ביחס להורות האב המגדל. אכן, סעיף 42 לחוק תרומת ביציות מורה כי "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין", והמסקנה המתבקשת מכך היא שלא נדרש צו הורות פסיקתי לביסוס ההורות של ההורים היולדים כשמדובר בהריון כתוצאה מתרומת ביצית. ואולם, במקרה בו עסקינן, לא מדובר בהריון שהוא תוצאה של תרומת ביצית כהגדרתה בחוק, ולפיכך אין תחולה ישירה להוראה זו. גם כעניין של שיקולי מדיניות, ספק בעיניי אם יש מקום להיקש מחוק תרומת ביציות, שבוודאי אינה בגדר "קל וחומר" לעניין זה. זאת ועוד, הוראת סעיף 13(ג) לחוק הפונדקאות מלמדת כי כאשר ניתן אישור לאם פונדקאית לחזור בה מההסכם לנשיאת עוברים, נדרש צו שיפוטי על מנת לבסס את הורותה, וזאת למרות היותה האם היולדת (שאינה האם הגנטית). המסקנה הנלמדת מהוראה זו היא שבנסיבות בהן נוצר

פער בין ההורות הגנטית להליך הלידה, ובהיעדר הסכמה, לידה אינה יכולה לבסס באופן אוטומטי הורות משפטית. והרי זהו מצב הדברים גם בענייננו.

18. המסקנה כי בנסיבות הייחודיות שנוצרו, דהיינו כאשר יש למספר גורמים ידועים תביעות הורות לגיטימיות, נוצרה הפרדה בין הגנטיקה לתהליך הלידה, ואין (ולא הייתה) הסכמה בין הגורמים המעורבים, נדרש צו הורות פסיקתי על מנת לבסס את ההורות של מי מהגורמים המעורבים נראית לי לא רק התוצאה הנכונה לפי ניתוח החוק, אלא גם התוצאה הראויה מבחינת שיקולי המדיניות. המדובר, כך יש לקוות, במצב דברים נדיר ויוצא דופן, אשר מטבע הדברים יחייב הכרעה שיפוטית. כפי שהבהרתי, אינני סבור שהכרעה זו ניתן לבצע על סמך שיקולי מדיניות או צדק, וממילא קיים קושי בעיני לגזור אותה על בסיס כלל שאינו מחייב הפעלת שיקול דעת שיפוטי. מן הראוי לפיכך שההכרעה במצבים אלה תינתן בכל מקרה ומקרה על ידי בית המשפט, ולא כקביעת הורות אוטומטית הנובעת מהדין.

19. ודוק, המסקנה כי ההורות ביחס לתינוקת ס' מחייבת מתן צו שיפוטי משמעה כי לאיש מהצדדים אין יכולת לטעון שהענקת ההורות לאחר מהווה פגיעה בזכות החוקתית שלו להורות. כידוע, לכל אדם זכות יסוד לגדל את ילדו, וזאת אף אם יוכח כי טובתו של הילד היא לגדול בבית אחר (דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 65 (1995)). על רקע האמור, הכרזה על ילד כבר-אימוץ, המאיינת, הלכה למעשה, את ההורות המשפטית של ההורה הטבעי ללא הסכמתו, תיעשה בזהירות רבה ורק אם מתקיימת אחת העילות הקבועות בסעיף 13 לחוק האימוץ, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ). ראו והשוו: ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 431-432 (1978); ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 1, 10-11 (1986). כך, למשל, אם יוכח כי ההורה הפקיר את הילד או נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים קשר עימו (סעיף 13(א)(4) לחוק האימוץ) אם ההורה נמנע, ללא סיבה סבירה, מלקיים את חובותיו כלפי הילד (סעיף 13(א)(5) לחוק האימוץ); או אם ההורה אינו מסוגל לדאוג לילדו כראוי בשל התנהגותו או מצבו, ואין סיכוי שהתנהגותו או מצבו ישתנו בעתיד הנראה לעין (סעיף 13(א)(6) לחוק האימוץ). אלא שכל עוד לא הוכרה ההורות המשפטית של מי מהזוגות, זכותו של הילד היא לגדול בבית הוריו, כפי שייקבעו (השוו: סעיף 3(א) לחוק אומנה לילדים, התשע"ו-2016).

מהו המבחן למתן צו הורות פסיקתי בנסיבות אלה?

20. כיצד יש להכריע בשאלת ההורות בנסיבות יוצאות הדופן שלפנינו, בהן לאיש מהגורמים המעורבים אין זכות מכוח הדין למעמד ההורות, אלא נדרש צו הורות פסיקתי לקביעת זהות ההורים? התשובה לשאלה זו, לדידי, היא שבנסיבות אלה עלינו לפנות למבחן טובת הילד. כך משני טעמים, האחד הוא משפטי, ומבוסס על היקש מהוראות המחוקק בחוק הפונדקאות; השני, הוא מהותי, בהיעדר אפשרות להכריע בין תביעות ההורות לגופן, הדרך הראויה להכריע ביניהן היא על בסיס שיקול טובת הילד. אבהיר טעמים אלה.

21. מבחינה דוקטרינרית, מצב הדברים הקרוב לענייננו, בו אין גורם לו עומדת זכות הורות ללא צו שיפוטי, הוא זה בו אם פונדקאית מבקשת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים, ובית המשפט משתכנע כי חל שינוי נסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה. בנסיבות אלה, קובע המחוקק בסעיף 13(א) לחוק הפונדקאות כי בית המשפט יאשר את חזרתה רק אם מצא בנוסף "כי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד". מקביעה זו נלמד, כי על מנת להכריע בין התביעות הסותרות של ההורים המיועדים (שכזכור, לפחות אחד מהם הוא גם הורה גנטי) לתביעה של האם הפונדקאית (שיש הצדקה לאפשר לה לחזור מהסכמתה) נדרש בית המשפט להתייחס לשיקול "טובת הילד" (וראו גם את ההתייחסות לעיקרון זה במסגרת סעיף 14 לחוק הפונדקאות). סבורני כי עיקרון דומה ראוי להפעיל גם בענייננו, על דרך ההיקש, משנדרשים אנו להכריע בתביעות הנוגדות של ההורים הגנטיים, מזה, ושל ההורים היולדים, מזה.

הערה: פרשנותו של סעיף 13(א) לחוק הפונדקאות מעוררת מגוון שאלות: ראשית, האם לבית המשפט שיקול דעת לבחון שיקולים נוספים (מעבר לשינוי נסיבות שיש בו כדי להצדיק את החזרה וטובת הילד) בבואו להכריע האם לאשר חזרה מהסכם לנשיאת עוברים? שנית, כיצד יש לפרש את הדרישה ל"שינוי נסיבות", ובמיוחד האם הפרשנות מושפעת מטיבו של שינוי הנסיבות הנטען – כך, למשל, האם, וכיצד, יש להבחין בין שינוי נסיבות הקשור בהורים המיועדים (לדוגמה, מידע המעורר חשש ביחס להתאמתם לשמש כהורים) לשינוי נסיבות הקשור באם הפונדקאית לבדה (לדוגמה, התעוררות חשש כי לא תוכל להרות בעתיד)? שלישית, איזה פרשנות יש לתת לדרישה כי "אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד" – פרשנות מצמצמת (טובת הילד עשויה להיפגע רק במקרה שהאם הנושאת אינה מסוגלת לשמש כהורה) או פרשנות מרחיבה (טובת הילד עשויה להיפגע מכך שלא יועברו להורים המיועדים, וזאת גם אם האם הנושאת היא הורה ראוי)? הכרעה בשאלות הפרשניות הללו, ואחרות, מעוררת התלבטות, ואינני רואה הצדקה לטעת בהן מסמרות במקרה הנוכחי, בו הוראת חוק זו עולה כמקור להיקש בלבד.

22. מבחינה מהותית, הפסיקה הבהירה כי, ככלל, הדיון בשאלת ההורות קודם לדיון בשאלת "טובת הילד" (ראו בפסקה 19 לעיל). כך, משום שבמקרה הרגיל אין לבחון את שאלת "טובת הילד" במנותק מזהות ההורים, שאחרת נגיע לתוצאות שהדעת אינה סובלת, לפיה יש להפריד ילד מהוריו רק מהטעם שרשויות המדינה סבורות כי טוב לו שיגדל אצל משפחה אחרת, מאשר שיגדל אצל הוריו. לכך כמובן לא ניתן להסכים. ואולם, במקרים בהם יש מספר גורמים ידועים להם תביעות לגיטימיות להורות, ואין באפשרותנו להכריע ביניהן על פי כלל מחייב, אלא נדרשים אנו להפעיל שיקול דעת שיפוטי, ממילא מתבטל החשש האמור, ואין כל מניעה להביא לקדמת הבמה את שיקול "טובת הילד". במילים אחרות, "טובת הילד" אינה יכולה להצדיק שלילת הורות המוכרת על פי דין, אך היא להשקפתי הקריטריון הראוי להכריע במקרה מהסוג בו עסקינן – מצב בו לאף גורם אין מעמד הורות ללא צו שיפוטי, וקיימים ריבוי גורמים ידועים להם טענות לגיטימיות להורות.

לטובת מי יש לתת צו הורות פסיקתי במקרה דנן?

23. לאור האמור, השאלה היישומית המרכזית בה עלינו להכריע היא זו: בהינתן שההורות ביחס לתינוקת ס' צריכה להיות מוכרעת על פי מבחן "טובת הילד", לטובת מי ראוי לתת צו הורות במקרה זה? בסוגיה זו אני מצטרף באופן מלא לעמדתה של חברתי, השופטת וילנר, לפיה יש לקבוע כי ההורים היולדים – דהיינו, האם היולדת והאב המגדל – הם הוריה של התינוקת ס'.

24. כחברתי, מבסס אני קביעה זו על שני נדבכים חילופיים. ראשית, כעניין דיוני, ספק בעיניי אם בשאלה יישומית זו יש מקום לתת רשות ערעור ב"גלגול שלישי", ומכל מקום, לא ראיתי טעמים מבוררים להתערב בהחלטתו המנומקת היטב של בית המשפט המחוזי. שנית, כעניין מהותי, אני סבור, מהטעמים שפירטה חברתי בפסקאות 105-110 לחוות דעתה, כי עמדת בית המשפט המחוזי ראויה ונכונה במקרה דנן.

25. משכך לא אחזור על הדברים שכתבה חברתי בעניין הפעלת מבחן "טובת הילד", ואסתפק בשלוש הערות השלמה.

ראשית, המומחה שמינה בית משפט לענייני משפחה, ד"ר דניאל גוטליב, ובעקבותיו בית המשפט לענייני משפחה בפסק דינו, יחסו משקל נכבד לשאלה מהו

הנרטיב שיסופר לקטינה על המקרה בעתיד, ועד כמה יהיה קל מבחינתה להשלים עימו. בהיבט זה סברו שיש יתרון ניכר להעברתה להורים הגנטיים, שכן לכשתגדל קל יהיה לתווכו לקטינה. כשלעצמי, גם אם יש לשיקול זה משמעות מסוימת, הרי שאין להפריז בו, ובוודאי שלא נכון לתת לו משקל מכריע. כך, משום, שבחינת טובת הקטינה צריכה להתבסס למכלול ההשלכות שיהיו להחלטה על מצבה לאורך חייה, ולא רק לשאלה מתוחמת וצרה, כדוגמת היכולת לתווך לה בצורה "קלה לעיכול" את ההחלטה שהתקבלה בעניינה. טלו לדוגמה החלטה בדבר ביצוע ניתוח המסכן את חיי הקטין לצורך הצלת ידו או רגלו. דומה כי "טיעון הנרטיב" יצדיק תמיד את ביצוע הניתוח, מתוך הנחה שאם יצליח, יהיה קל להצדיק את ההחלטה, ואם חס וחלילה יכשל, לא יהיה צורך להסבירה. במציאות, כמובן, מצב הדברים מורכב הרבה יותר. הקושי בנרטיב (מתן הסבר לקטין מדוע הוא נכה למרות שניתן היה לנתחו בשעתו), אינו שיקול, בוודאי לא מרכזי, בשאלה אם יש לבצע את הניתוח או לא.

שנית, המועד בו נדרשים אנו לתת הכרעתנו, שנתיים וחצי לאחר הלידה, הוא רב חשיבות בעיניי. כך, משום שאנו בוחנים את טובת הקטינה על פי מצבה היום, ועל פי הידוע לנו בעת הזו. אודה ולא אכחד, אינני יודע מה הייתה החלטתי, אילו היינו מצויים בסמוך מאוד למועד הלידה, בטרם נקשרה התינוקת ס' לאחד הזוגות, וכאשר חשיבות הקשר בהינתן נתוניה לא הייתה ידועה. ואולם, לא במקרה היפותטי אנו דנים, אלא בענייניו של אדם מסוים – התינוקת ס' – ובו, לפי נתוניו, עלינו להכריע.

שלישית, למרבה הצער, לא ניתן להגיע לפתרון אמצעי, הפוסח על שני הסעיפים, אלא בהסכמה. ויובהר, בתום הדיון הצענו לצדדים פתרון של פשרה, שייתן לכל אחד משני הזוגות זיקת הורות ביחס לתינוקת ס', אך זאת תוך הגדרה מראש כי האפוטרופסות תינתן לאחד הזוגות בלבד. לא הושגה הסכמה ביחס להצעה זו. משכך סבורני כי אין מקום שנגיע לתוצאת אמצע בסוגיית ההורות, דהיינו שנורה על הורות מפוצלת. הטעם לכך פשוט, והוא הודגש בטיעוני היועצת המשפטית לממשלה. מצב דברים בו ייווצר פיצול בהורות בין הזוגות משמעו, בהעדר הסכמה אחרת, גם פיצול, הלכה למעשה, באפוטרופסות. פיצול שכזה נוגד חזיתית את האינטרסים של התינוקת ס', שענייניה יהיו תלויים בשיתוף הפעולה ובהסכמתם של שני הורים להם אין כל היכרות מוקדמת אחד עם השנייה, כאשר, למרבה הצער, גם משקעי העבר מאיימים לפגוע ביכולתם להגיע להסכמות. ודוק, בהיעדר שיתוף פעולה יעיל ייאלצו הצדדים לפנות שוב ושוב לבית משפט לענייני משפחה על מנת שיכריע במחלוקות ביניהם (סעיפים 18 ו-19 לחוק

הכשרות המשפטית). בנסיבות אלה, קשה לראות כיצד ריבוי הליכים משפטיים בתוך התא המשפחתי יועילו לקידום טובתה של התינוקת ס'.

מעמד ההורים הגנטיים

26. הדיון עד כה מוביל למסקנה כי עלינו לתת צו הורות פסיקתי הקובע כי האם היולדת היא אמה של התינוקת ס' והאב המגדל הוא אביה. להורות מתלווה גם האפוטרופסות הטבעית. השאלה שנותרה היא מה מעמד ההורים הגנטיים, שאת עתירתם להכיר בהורות המשפטית יש לדחות.

27. בית המשפט המחוזי נתן את דעתו להיבט זה, וקבע הוראות לעניין הקשר שיתאפשר בין ההורים הגנטיים לתינוקת ס'. גם קביעות אלה, שההורים היולדים לא ערערו עליהן, ראויות בעיניי, ואף בעניין זה מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי, השופטת וילנר (פסקאות 113-117 לחוות דעתה).

דברי סיום: על "בחירות טרגיות"

28. המונח "בחירות טרגיות" (tragic choices) הוצג על יד Guido Calabresi ו- Philip Bobbitt בספרם משנת 1978 הנושא שם זה. הוא מתייחס לבחירות חברתיות המעמדות תפיסות ערכיות מתחרות, שמצד אחד לא ניתן להימנע מהן, ומצד שני לא ניתן לעשותן מבלי לגרום סבל אנושי משמעותי. דוגמאות מרכזיות המובאות על ידם להמחשת סוג זה של בחירות חברתיות, שהן מצד אחד בלתי אפשריות ומצד שני בלתי נמנעות, הן מתן פטורים משירות צבאי ומתן טיפול רפואי חדשני ומציל חיים. "בחירות טרגיות" אלה נוכחות היטב גם במציאות הישראלית העכשווית.

29. ההחלטה בעניינה של התינוקת ס', מהווה אף היא דוגמה כואבת ל"בחירה טרגית" שכזו. היא מחייבת אותנו להעמיד זו מול זו תביעה להכרה בהורות מכוח גנטיקה ותביעה להכרה בהורות מכוח לידה וגידול; היא מאלצת אותנו להכריע לכאן או לכאן בין שני זוגות של כל אחד מהם לא רק הנכונות והמסוגלות, אלא גם הזכות הערכית והמוסרית לגדל את התינוקת ס'; היא מביאה אותנו לבחור באחד הזוגות, באופן הגורם בהכרח עוול לזוג האחר. אין במקרה זה בחירה "טובה"; אך יש במקרה זה בחירה "נכונה", לפחות מבחינה משפטית.

30. התוצאה אליה הגיעה חברתי, השופטת וילנר, המאשרת את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, היא בעיני התוצאה המשפטית הנכונה במקרה שלפנינו. כך, לא משום שניתן לשיטתי להכריע באופן חד בין תביעות הורות המבוססות על גנטיקה לתביעות הורות המבוססות על לידה וגידול. אף לא מאחר שקיים עקרון פילוסופי, שיקול מדיניות או תפיסה ערכית המאפשרים להעדיף זוג הורים אחד על פני זוג ההורים האחר. ההכרעה היא נכונה בדיוק מהטעם שלפנינו "בחירה טרגית", בין תביעות צודקות להורות, שהדרך להכריע בה באופן משפטי היא לפי העיקרון של "טובת הילד". כך, כפי שקבע המחוקק הישראלי במקרה קרוב (סעיף 13 לחוק הפונדקאות); כך כפי שמתחייב להבנתי מהחלטת עקרונות משפט מהותיים במקרה דנן.

31. כבכל מקרה של "בחירה טרגית" התוצאה מקפחת את אחד הצדדים. במקרה זה, אלה ההורים הגנטיים, אשר בניגוד לרצונם, וללא כל עוול מצדם, מוצאים עצמם במצב בו התינוקת שצמחה מעוברם המשותף אינה מוכרת מבחינה משפטית כילדתם. ליבי איתם. צר לי בצערם. אקווה כי ידעו למצוא נחמה פעוטה בקשר שניתן לאפשר להם עם התינוקת ס', מבלי לפגוע בהורות ובאפוטרופסות של ההורים היולדים. ואדגיש, טוב יעשו כל הצדדים אם יקפידו לאפשר קשר זה במלואו בהתאם לפסיקתנו. התדיינויות משפטיות נוספות לא יועילו לקידום טובתה של התינוקת ס'. תמיכה ואהבה הם מה שהיא צריכה על מנת להתמודד עם האתגרים המורכבים הניצבים בפניה – מהראשונים, כידוע, לעולם אין יותר מדי; מהאחרונים, למרבה הצער, יש די והותר.



עופר גרוסקופף
שופט

השופטת דפנה ברק-ארז:

1. שלושה שותפים יש באדם, נאמר במקורותינו. במקרה שבפנינו, השותפים רבים אף יותר. כפי שכבר תואר, התינוקת ס' נושאת את המטען הגנטי של שני הורים, אם ואב שביקשו להביא לעולם ילד או ילדה בדרך של הפריה חוץ-גופית. אולם, כתוצאה מטעות

מצערת, העוברית שלהם הוחזרה לרחמה של אשה אחרת, שנשאה את ההיריון במלואו, ילדה את ס' – וכך הייתה לה גם לאם. מאז לידתה ועד היום ס' גדלה בחיקה של אם זו, יחד עם בן זוגה שהיה שותף לגידולה כאב. לכל אחד מן הארבעה יש היום חלק בחייה של ס' או זיקה משמעותית אליה. זה זמן רב, ניצבים שני הזוגות אלה כנגד אלה. כולם חפצים בגידולה של הילדה ודורשים את טובתה, אך ביניהם תהום פעורה. וכך, נדרשים אנו להשיב על השאלה, שתשובה מושלמת אין לה: של מי את ילדה?

2. חבריי להרכב, כל אחד בדרכו, סבורים כי יש מקום להכיר באם היולדת כאמה המשפטית של ס', ורובם – למעט חברי השופט א' שטיין – סבורים שבן זוגה צריך להיות מוכר כאב המשפטי. כפי שאסביר – ועם כל הקושי הכרוך בכך – דעתי שונה. כבר עתה אבהיר כי להורים המגדלים נתונה מלוא ההערכה על המאמצים הכבירים שהושקעו בגידולה של ס' עד היום, למעשה עוד בטרם יצאה לאוויר העולם. הכרעתי אינה מבקשת לגרוע מכך שהוא זה. חלקם בסיפור חייה יישמר לעולמים. אולם, לא בלי התלבטות ובלב כבד, אני סבורה כי יש להורות על כך ש-ס' תגדל בחיק הוריה הגנטיים המבקשים אותה. אפרט את עיקרי הנמקתי, הנכתבת כאן בקיצור, נוכח החשיבות הנודעת למתן פסק דינו בהקדם, ועל רקע חלופי הזמן שהוא כה קריטי בתיק זה.

3. כידוע, זו אינה הפעם הראשונה שבה הפרשה הנוכחית מגיעה אל ספו של בית משפט זה. בשלבים קודמים היא נדונה בפנינו ביחס לדרישה שעלתה, לאחר לידתה של ס', לאפשר עריכת בדיקות גנטיות אצל מי שסברו כי הם עשויים להיות ההורים הגנטיים שלה, הכול כמפורט בפסק דינה המקיף של חברתי השופטת י' וילנר. אציין כי חלק מההיבטים ההשוואתיים הנזכרים בהמשך דבריי פורטו גם בחוות דעתי באותו עניין (בע"מ 856/23 אלמונית נ' פלונית (6.3.2023)), ועל כן אקצר בהם כאן.

4. לכאורה, ניתן לסבור כי הדיון במקרה מורכב זה מתמקד בהנגדה בין העדפת התרומה הגנטית להיריון לבין העדפת התרומה הגופנית והרגשית הכרוכה בנשיאת ההיריון ובלידה. בשונה מכך, וכפי שאסביר בהמשך, אני סבורה שמערך השיקולים כאן הוא רחב יותר. מבלי למצות, אציין כבר עתה, כי יש להביא בחשבון את העובדה שהבחירה של כלל המעורבים בהליך של הפריה חוץ-גופית משקפת את רצונם לממש הורות גנטית. כמו כן, אני סבורה שיש חשיבות לעובדה שהטיפולים הכרוכים בהליך מסוג זה כללו תרומה גופנית ורגשית משמעותית גם מצד ההורים הגנטיים, ובעיקר של האם הגנטית ככל שהדברים נוגעים לטיפולים הורמונליים ושאיבת ביציות.

מאחורי מסך הבערות: מה ניתן ללמוד מן הפנייה להליך של הפריה חוץ-גופית?

5. נקודת המוצא שלי לדיון היא שאל לנו להכריע במקרה זה על בסיסו של "יחס היררכי" קבוע בין סוגים שונים של זיקות הורות (השוו גם: בע"מ 4741/21 פלונית נ' פלונית, פסקה 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') נ' הנדל ופסקאות 4-6 לפסק דיני (21.7.2022); דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 41 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (25.7.2022)). זיקת ההורות הגנטית – כבודה במקומה מונח, וכך גם זיקת ההורות הפיזיולוגית המבוססת על נשיאת ההיריון והלידה. עוד יש לזכור כי במקרה שבפנינו – הגם שאין מדובר בזיקת הורות פורמאלית – נוסף גם הנדבך של ההורות הפסיכולוגית שהתפתחה בין ס' לבין מי שגידלו וטיפחו אותה בתקופה הארוכה שחלפה מאז לידתה. תחת קביעתו של יחס היררכי בין הזיקות השונות יש מקום לבחון את שאלת ההורות באופן מותאם למצב שבפנינו – בשים לב לכך שמשני צדי המתסר עומדים מי שבחרו לממש את שאיפתם להורות באמצעות הליך של הפריה חוץ-גופית.

6. המציאות המורכבת של שימוש בטכנולוגיות פריון הביאה ברכה לרבים שזכו להגשים את כמיהתם להורות בדרך זו, ובמקביל יצרה קשיים ושאלות חדשות. דווקא משום כך, אני סבורה כי בחינת הסוגיה צריכה להיות הקשרית, תוך מתן משקל מרכזי לשאלה מה הביא את הצדדים לפנות להליך של הפריה חוץ-גופית מלכתחילה. במקרה הרגיל, ובהתאמה גם במקרה הנוכחי, התשובה לשאלה זו נעוצה בשאיפתם של הצדדים להביא לעולם ילד שלו זיקה גנטית אליהם. שאיפה זו הובילה אותם לפסוע בדרך של טיפולים מורכבים, שיאפשרו השגת היריון המבוסס על החומר הגנטי שלהם עצמם. אכן, כפי שעוד יפורט בהמשך, יש טיפולי פוריות הכוללים שימוש בתרומת זרע או בתרומת ביצית, אך גם בהם במקרה הרגיל קיימת זיקה גנטית לאחד מבני הזוג. על רקע זה, בבואנו לבחון את המקרה דנן, איננו צריכים להניח שלהורות הגנטית יש עדיפות קבועה "על מקום ועל זמן". די לנו בכך שמדובר בצדדים שנקודת המוצא המשותפת להם – לכל אחד מהזוגות בנפרד – הייתה העניין בהורות גנטית דווקא. זהו שיקול רב חשיבות גם כאשר אנו בוחנים את הדברים בדיעבד. בכך אינני נוקטת עמדה אישית של העדפת זיקת הורות אחת על פני אחרת, אלא מנסה להתחקות אחר רצונם המקורי של מי שבחרים בטיפולי הפריה חוץ-גופית מלכתחילה.

7. זה המקום להזכיר כי ההתדיינות הכואבת בפרשת נחמני, על גלגוליה השונים, הייתה קשורה בשאיפתה של האשה שעברה טיפולי פוריות וחלקה עוברים מוקפאים עם בן זוגה לשעבר להפוך לאמא על בסיס של הורות גנטית, וכך פסק בסופו של דבר גם בית

משפט זה (ראו: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 551 (1996)). יהיו אחרים שיסברו שהגשמת ההורות אינה חייבת להיות מבוססת על קשר גנטי דווקא, וזוהי כמובן גם עמדה ראויה. כפי שכבר צוין, המשפט הישראלי מכיר בזיקות הורות שונות, ואין אחת נעלה על חברתה או נחותה ממנה. לצד זאת, לשיטתי, עלינו לבחון את עניינם של בעלי הדין באופן שמביא בחשבון גם את נקודת המבט שלהם עצמם.

8. במהלך הדיון שהתקיים בפנינו טענו המבקשים – הם ההורים הגנטיים – כי יש לתת משקל ל"כוונת הצדדים", וכי יש ליישם כאן את "מבחן הכוונה" שהוכר במשפט האמריקני לצורך דיון במצבים של פונדקאות (ראו: *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993)). מבחן זה שימש לצורך הכרעה בשאלת ההורות על-פי כוונתם של הצדדים להביא לעולם ילד גנטי עבור ההורים המיועדים, ובהתאם לאפשר להם לגדלו, גם במצבים של חרטה מצד האם הנושאת. זה המקום לציין כי אחד היתרונות של מבחן הכוונה מתבטא בכך שיש בו פתיחות פוטנציאלית למצבים המגוונים של הורות שבהם מכירים כיום החברה והמשפט. ההתמקדות בכוונה נותנת מענה למנעד רחב של נסיבות חיים שהמציאות האנושית מזמנת, תוך שמירה על ניטראליות ערכית ביחס למצבים אלו.

9. האמת ניתנת להיאמר: מבחן הכוונה, במתכונתו הקלאסית, אינו יכול להיות מיושם במקרה דנן, שהרי כוונתם של הצדדים כאן שובשה. לשני הזוגות הייתה כוונה משולבת: להפוך להורים גנטיים ולעשות זאת באמצעות היריון ללא פונדקאות. המציאות שנוצרה בעקבות הטעות ידועה לכול. לצד זאת, והגם שלא ניתן להתבסס על מבחן הכוונה במובנו המסורתי, דומה שהבחירה הבסיסית בהליך של הפריה חוץ-גופית, תוך שימוש בביצית ובזרע של מקבלי הטיפול, מבטאת לכאורה את העדפתם המקורית של הצדדים למימוש של הורות גנטית. זאת, בעת שניצבו עדיין "מאחורי מסך הבערות", כלומר לפני שנודע להם מקומם במצב שאליו נקלעו.

10. העיגון המשפטי הפורמאלי להתמקדות ברצונם של הצדדים מעבר למסך הבערות נמצא בפרשנות תכליתית של ההבנות העומדות ביסוד הליך ההפריה החוץ-גופית שהם נקטו. כל הצדדים שבפנינו, כאשר פנו להליך זה, הסכימו עם הגורם המטפל על תהליך שנועד לאפשר להם לממש הורות גנטית. חשוב להדגיש שוב: אין מדובר בבחינת השאלה מה הייתה כוונתם הספציפית ביחס למצב כמו זה שבפנינו. מצב כזה הם לא שיערו ולא נתנו עליו את דעתם. לעומת זאת, יש בסיס איתן לקביעה כי ההעדפה הבסיסית של כלל המעורבים הייתה להורות גנטית.

11. בהקשר זה אעיר כי אני חולקת על חברי השופט ע' גרוסקופף הסבור שהפנייה לכוונת הצדדים והצגת השאלה של "מסך הבערות" הן דומות. מבחן הכוונה מתמקד בשאלה מה רצו הצדדים כאשר החלו בתהליך, ושואף להגשים אותה כוונה. במובן זה, צודק חברי כי מה שקרה בפועל סטה מכוונת הצדדים בכל מקרה – שהרי הם התכוונו לתהליך שימזג בין הורות גנטית לבין נשיאת ההיריון. דבר זה לא התרחש. על כן, ובשונה מכך, אין בדעתי לפנות לכוונתם הספציפית של הצדדים שבפנינו באשר לאופן שבו יתנהלו טיפולי הפריה חוץ-גופית שלהם, אלא להערכת עמדתם המשווערת (מאחורי מסך הבערות) של מי שפונים לטיפולים כאלה – ביחס לחשיבותה של ההורות הגנטית. וכאשר זוהי הפרספקטיבה, אין מוצא מלהודות כי החתירה להורות גנטית היא הכוח המניע העיקרי. הלכה למעשה, ניסיון החיים מלמד כי במקרים שבהם בני זוג מתחילים בטיפולי הפריה חוץ-גופית, ולימים מתברר כי קיים קושי בנשיאת ההיריון על-ידי האשה, המשך התהליך באמצעות פונדקאות משקף בחירה רווחת. אצל זוגות אלה, האלמנט של נשיאת ההיריון מתחלף, אך הזיקה הגנטית נשמרת כיסוד המכונן של התהליך. כפי שכבר צוין, אף כאשר נעשה שימוש בתרומת זרע או ביצית במקרה הרגיל נשמר הקשר הגנטי לאחד מבני הזוג. זהו הבריח התיכון של הבחירה בהליך של הפריה חוץ-גופית.

בחלבה ובדמה: משני צדי המתנס של הגוף והנפש

12. בשלב זה אני מבקשת להדגיש שאין מקום לייחס להורים הגנטיים רק "תרומה" של מטען גנטי. כפי שכבר ציינתי, להשתתפות בהליכים של הפריה חוץ-גופית יש משמעויות נוספות, הנוגעות להשלכותיו על המעורבים בו, ובעיקר על האשה שנדרשת לעבור טיפולים קשים ומכבידים וכן הליכים חוזרים של שאיבת ביציות. האופן שבו המקרה נדון בשתי הערכאות הקודמות היה מבוסס על הנגדה לכאורה בין המשקל שיש לתת להורות גנטית, מה שהוגדר כ"קול הדם" – מונח שאני נוטה להסתייג ממנו ומזכירה אותו רק בשל היותו מוכר ושגור בפסיקה – לבין תרומת הגוף והנפש של האם היולדת במהלך ההיריון. אני סבורה שהצגת הדברים בדרך זו מטשטשת את העובדה שאין בפנינו מקרה רגיל של הורים המגיעים לדיון בשם הזיקה הגנטית. יצירתו של עובר באמצעות הליך של הפריה חוץ-גופית כרוכה בתרומה גופנית ונפשית לא מבוטלת מצד ההורים הגנטיים, ובמידה רבה במיוחד מצד האם הגנטית, אשר נדרשת לעבור "מחזוריים" של שאיבת ביציות, המלווים בטיפולים הורמונליים קשים ומכבידים על הבריאות (להבדיל מאשר במצב של תרומת זרע). העוברית שהושתלה ברחמה של האם היולדת לא הייתה "מוצר מדף" ואף לא תולדה של תרומת דם פשוטה. היא הייתה פרי של ייסורי גוף ונפש הכרוכים בסבכים חוזרים של שאיבת ביציות ובניסיונות להפרותן. כך, משני עברי

המתרס עומדות נשים, אימהות, שתרמו בגופן ממש לכך שהתינוקת ס' באה לעולם. אינני מתעלמת מכך שההיריון במקרה זה היה היריון מורכב במיוחד וכרוך בטיפולים קשים. אולם, לפחות כנקודת מוצא, אסור לנו להיות עיוורים לכך שגם האם הגנטית אינה "רק" אם גנטית.

13. עוד יש להוסיף, כי התביעה בשם ההורות הגנטית אינה רק עניין של תביעת זכות, המתנגשת ברגש ובכאב הכרוכים בתהליך ההיקשרות עם העובר בהריון. תביעה זו משקפת אף היא כאב נוסף שיש להכיר בו: כאב הידיעה על כך שקיימים בעולם ילד או ילדה שהם "שלך" ובכל זאת את נדונה להשלים עם העובדה שלא תזכי לגדלם. שיקול זה הנחה אותי בעבר להכיר בדרישתו של תורם זרע שלא לאפשר שימוש עתידי בזרע שתורם בעבר כאשר הגיע לכלל הכרה שהוא רוצה להימנע ממצב דברים של נתק מילדים שהם "שלו" במובן הגנטי (ראו: בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013)). אין מדובר בשיקול "טכני" הנוגע ל"בעלות" במטען הגנטי של הילד. מנקודת מבטי, מדובר בשיקול רב חשיבות הנוגע להגדרה העצמית של כל אדם וליכולתו לכתוב את סיפור חייו. הבחירה להביא ילדים לעולם (בדרך זו או אחרת) ולגדל אותם היא בחירה ערכית. יש הרואים בילדים שהביאו לעולם את משמעות חייהם, את ההמשכיות שלהם לאחר לכתם, וזאת כחלק בלתי נפרד מזהותם. יש כמובן גם בחירות הפוכות, ובכלל זה בחירות אוטונומיות ביחס לתרומת זרע, לתרומת ביציות או אף למסירה לאימוץ. אולם, לצורך כך נדרשת בחירה אוטונומית אקטיבית, בשים לב להשלכות הכרוכות בכך. אכן, חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 מייצר מנגנון המאפשר במקרים חריגים במיוחד להכריז על ילד כ"בר אימוץ" מבלי שניתנה לכך הסכמתם החופשית של הוריו. אולם, לא בכדי נדרשת לצורך כך בקשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, וכן צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות, הנוגעות כולן לחוסר מסוגלותם של ההורים לדאוג לילדיהם (למשל בעקבות מוות של ההורים, הכרזה עליהם כפסולי דין, והפקרה או הזנחה של הילד, כמפורט בסעיף 13 לאותו חוק). מכל מקום, וזה העיקר: הסוגיה של הולדה והמשכיות, ובכלל זה הבחירה להביא ילדים לעולם או הבחירה להימנע ממנה – נוגעת במישרין בליבת הזהות של האדם. אין להקל בכך ראש.

בעיית הפונדקאות הכפויה

14. במהלך ההתדיינות שהתנהלה בנושא זה, רבים מן הטיעונים שצידדו בהשאתה של התינוקת ס' בחיק הוריה המגדלים התבססו על כך שתוצאה אחרת תנציח למעשה מצב של "פונדקאות כפויה". הם התייחסו לחשש מפני מצב שבו האם שנשאה את

העוברית ברחמה לא תוכר כאמה, ולפחות בדיעבד תהיה מעין פונדקאית, מבלי שבחברה בכך.

15. זהו חשש משמעותי ויש לתת לו מענה. הפתרון המשפטי לסוגיה הסבוכה שבפנינו חייב למנוע את הפיכתה של האם הנושאת לפונדקאית בדיעבד. הביטוי המעשי להסתייגות מתוצאה כזו חייב להיות מבוסס על הכרה בזכויות ביקור מתאימות של האם הנושאת לתינוק או לתינוקת שנולדו, כך שיישמר מעמדה בחייהם לאורך זמן. כידוע, הסדר הפונדקאות בדין הישראלי, הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות), מבוסס על ניתוק כל קשר בין האם הנושאת לתינוק לאחר לידתו. אכן, ההורים המיועדים יכולים להחליט לשמור על קשר עם הפונדקאית, ופרקטיקה יפה זו מבטאת אסירות תודה והכרה נמשכת בתרומתה. אולם, היא אינה מבטאת חובה משפטית, כי אם רצון משותף. בשונה מכך, במצב כמו זה שבפנינו, אני סבורה ששמירת מקומה של האם הנושאת בחיי הילדה, באמצעות זכויות ביקור קבועות, יכולה לבטא באופן מובהק את ההבחנה בינה לבין מי שבחברה מלכתחילה לשמש כפונדקאית.

16. למעשה, וזוהי הטרגיות הטבועה במצב כמו זה שבפנינו, החשש מפני כפייה קיים משני צדי המתנס. לצד החשש מפונדקאות כפויה עומד החשש מתרומת עובר כפויה. ויודגש: התרומה הכפויה במקרה זה אינה של "ביצית" או של "זרע" בנפרד, תרומות המוכרות בדין, אלא בתרומה של עובר ממש. תרומה מסוג זה אינה מוכרת במשפט הישראלי – לא מרצון, ולא כל שכן בכפייה.

מה ניתן ללמוד מהסדרים אחרים בחקיקה הישראלית?

17. בשלב זה אבקש להתייחס להסדרים סטטוטוריים אחרים שביחס אליהם נטען כי הם מלמדים על הכרה באם היולדת כאמו של התינוק, וממילא על העדפת האם היולדת על פני האם הגנטית. כך, נטען כי העדפת האם היולדת עולה מחוק הפונדקאות המחייב "ניתוק זיקה" בינה לבין הדרך הנולד על מנת שניתן יהיה להעבירו לידי ההורים המיועדים ולהכיר בהם כהוריו (כפי שמורה סעיף 11 לחוק). בנוסף, נטען כי הדבר נלמד מהוראותיו של חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). אני רואה את הדברים באופן שונה. אקדים ואומר כי אני מתייחסת לחוקים אלה רק על מנת להראות כי הרציונלים שביסודם מתיישבים עם התוצאה שאליה הגעתי. זאת, מבלי לגרוע מטענתי, שאותה אסביר בהמשך, כי מלכתחילה הפנייה לחוקים אלה על דרך של היקש אינה

מתאימה להתמודדות עם המקרה המורכב שבפנינו, בשל כך ששניהם נסבים על מצבים הסכמיים (פונדקאות בהסכמה ותרומת ביציות בהסכמה).

18. חוק הפונדקאות – ביחס לחוק זה, שיידון להלן ביתר פירוט, חשוב להזכיר כי הוא מבטא בחירה ערכית שאינה מובנת מאליה, בחירה שלא כל שיטות המשפט נכונות לקבל. חקיקתו מלמדת, בראש ובראשונה, כי המשפט הישראלי מייחס משקל רב מאד לרצון לממש הורות גנטית, גם כאשר הריון פיזיולוגי אינו אפשרי. בגדרו של חוק הפונדקאות, הכלל הוא העדפת ההורים המיועדים, שלפחות אחד מהם צריך להיות בעל זיקה גנטית לילוד. המשפט הישראלי אינו מאפשר פונדקאות ללא זיקה גנטית של אחד ההורים המיועדים. סעיף 2 לחוק זה מורה במפורש כי כאשר מדובר בהסכם פונדקאות עבור בני זוג הזרע המשמש להפריה צריך להיות של האב המיועד, וכי כאשר מדובר בהסכם פונדקאות עבור אם מיועדת יחידה הביצית צריכה להיות שלה.

19. זאת ועוד: בהתאם לסעיף 10(א) לחוק הפונדקאות, מרגע הלידה ועוד בטרם ניתן צו הורות, הילוד נתון למשמורתם של ההורים המיועדים וחלות עליהם האחריות והחובות ההוריות כלפיו (בעוד שהאפוטרופסות בשלב זה מוקנית לעובד סוציאלי, לפי סעיף 10(ב) לחוק האמור). זאת, חרף העובדה שהפונדקאית היא שנשאה את ההיריון וילדה בסופו – תהליך המייצר כמובן קשר גופני ורגשי הדוק עם היילוד, גם בנסיבות שבהן ניתוק הזיקה הוא מוסכם וצפוי מראש. אכן, מנגנון "ניתוק זיקה" בין האם היולדת לבין פרי בטנה, כקביעתו בסעיף 11 לחוק הפונדקאות, מלמד כי אין די בזיקה הגנטית כשהיא עומדת לבדה. אולם, בעיני העיקר הוא בכך שהכלל השולט בכיפה הוא שבמצבים אשר אותם צפה החוק העדפת ההורים המיועדים היא "דרך המלך".

20. חוק תרומת ביציות – לפי חוק זה, האם הנתרמת מוכרת כאמו של התינוק שנולד (ראו סעיף 42 לחוק). אולם, הכרה זו אינה מבטאת העדפה של ההיריון והלידה על פני הקשר הגנטי. כפי שאף ציינה חברתי השופטת וילנר, הנתרמת עשויה להיות גם מי שלא נשאה את ההיריון, אלא הייתה "אם מיועדת" במסגרת הסדר פונדקאות (ראו: סעיף 11 לחוק תרומת ביציות). למעשה, במצב כזה חוק תרומת ביציות ניטרלי ואינו מביע העדפה דווקא למי שנשאה את ההיריון. אדרבה, העדפת החוק היא למתן תוקף לרצונם החופשי של הצדדים. על רקע זה, לשיטתי, הרציונל העומד בבסיסו של חוק תרומת ביציות דווקא מדגיש כי לא ניתן לעשות שימוש בביצית מבלי שקדמה לכך הסכמה חופשית של התורמת, בעלת המטען הגנטי. בנסיבות המקרה הנוכחי, שבהן לא היה רצון מסוג זה ולא הייתה הסכמה, ממילא חוק תרומת ביציות אינו יכול לשמש בסיס להסדרת המצב. עוד

ניתן להוסיף, כי בגדרו של חוק תרומת ביציות, הוצאתה של בעלת המטען הגנטי מהתמונה קשור גם בנסיבות המיוחדות שהחוק יוצר – שבהן ככלל זהותה של התורמת אינה ידועה לנתרמת.

האם ניתן להקיש מחוק הפונדקאות?

21. הבריח התיכון לפסק דינה של חברתי השופטת וילנר, בהמשך לעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה, הוא עריכת היקש מסעיף 13 לחוק הפונדקאות. סעיף זה מאפשר, כחריג, להותיר את התינוק בידי האם הנושאת באישור בית משפט במצבים שבהם "חל שינוי בנסיבות" ובלבד שאין בכך כדי לפגוע בטובת הילד.

22. דא עקא, אני סבורה שהיקש זה אינו אפשרי. המצב שבפנינו שונה באופן מהותי מהמקרים המוסדרים על-ידי חוק הפונדקאות, ועל כן נשמט היסוד להיקש. אין כל מקום להתייחס למצב שבפנינו כאל מקרה של פונדקאות, גם אם דה-פקטו נוצר מצב שבו האם היולדת נשאה היריון שאין לה זיקה גנטית אליו. הטעם לדבר נעוץ בכך שכלל הסדריו של חוק הפונדקאות מבוססים על ההנחה שביסוד הדברים עמדה הסכמה לנשיאת ההיריון ולמסירת התינוק להורים המיועדים. כינויו השגור – "חוק הפונדקאות" – מטשטש עובדה זו, ולכן חשוב להזכיר את שמו הפורמאלי, הפותח במלים "חוק הסכמים לנשיאת עוברים". הסכם לנשיאת עוברים – כשמו כן הוא – מבטא כוונה משותפת של הצדדים להליך שאחריתו ידועה מראש. ברור כי נסיבות ענייננו שונות מכך באופן מהותי. המקרה שבפנינו מבטא "תאונה משפטית" בין צדדים שאין ביניהם כל הסכמה, ושאינו רצו לבחור בהסדר של פונדקאות – לא מזה ולא מזה. לכן, ההסדרים שבחוק הפונדקאות לא מתאימים לענייננו, אף לא בדרך של היקש. אין מדובר באירוע הסכמי, אלא באירוע תאונתי, וממילא לא ניתן לאמץ פתרונות משפטיים שביסודם עומדת הנחה של הסכמה, ולו בראשית הדרך.

23. במלים אחרות, אני סבורה שהאיזון העדין שמבטא סעיף 13 לחוק הפונדקאות מביא בחשבון את העובדה שברקע הדברים הייתה בין הצדדים הסכמה. הורים מיועדים הבוחרים בדרך של פונדקאות יודעים, כבר בעת אישור ההסכם, שהוא כפוף להסדר הקבוע בסעיף 13, המבטא סיכון (גם אם מוגבל) מבחינתם לכך שבמצב של שינוי נסיבות האם הנושאת תיקבע כאמו של הילוד. המצב בענייננו שונה בתכלית. לכן, מנקודת מבטי, אין מכנה משותף מספיק להיקש ממצב המבוסס על הסכמה למצב תאונתי שבו אין קשר משפטי מוקדם בין הצדדים.

24. למעלה מן הצורך אוסיף – מבלי לגרוע מעמדתי כי הפתרון אינו יכול להיגזר מסעיף 13 לחוק הפונדקאות – כי לפי סעיף קטן(א) לו, במצבים שבהם האם הנושאת מבקשת לחזור בה מהסכמתה, ברירת המחדל היא שלא לאפשר זאת (וכפי שנכתב שם: "לא יאשר זאת בית המשפט אלא אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק את חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד"). ממילא, לצורך חריגה מברירת המחדל, דורש הסעיף, כתנאי בסיסי, "שינוי נסיבות" שיצדיק זאת. ככל שבית המשפט לא מוצא שהתקיים שינוי נסיבות המצדיק את חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, ההורים המיועדים הם שיהיו הוריו של הילד על פי דין. זאת, אף אם האם הנושאת שינתה את דעתה וכעת ניתוק הזיקה בינה לבין התינוק מתבצע בניגוד לרצונה. באותו אופן, אף אם התקיים שינוי נסיבות המצדיק את חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, בית המשפט לא יאפשר זאת אם מצא כי יהיה בכך כדי לפגוע בטובת הילד. גם במצב כזה ניתוק הזיקה יתבצע בניגוד לרצונה של האם הנושאת והוריו על פי דין יהיו ההורים המיועדים. אין זה המקום להכריע מהו אותו "שינוי נסיבות" שיאפשר את חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, אך דומה כי בשים לב להסכמה שבבסיס חוק הפונדקאות, שינוי הנסיבות צריך להיות חריג ומשמעותי. ויודגש: שינוי נסיבות, כאן וגם בהקשרים משפטיים אחרים, מכוון להתרחשות מאוחרת יותר, ולא לטעות ביחס למצב הדברים. ממילא, אין די בכך שהאם הנושאת משנה את דעתה או נחשפת למידע שלא היה בפניה קודם לכן. לטעמי, קיים חשש שכל אמירה אחרת עלולה לערער את האיזון העדין המונח ביסודו של חוק הפונדקאות.

25. עוד ראוי לציין שחוק הפונדקאות כולל בסעיף 13 הסדר המאפשר (במקרים חריגים) לאם הנושאת לחזור בה מהסכמתה, אך אין בו הסדר מפורש המאפשר להורים המיועדים לחזור בהם מהסכמתם. לשיטתי, ניתן ללמוד מכך שנקודת המוצא של חוק הפונדקאות היא שההורים המיועדים – שלפחות אחד מהם הורה גנטי – הם הוריו של היילוד. לא בכדי קובע סעיף 10(א) לחוק הפונדקאות כי "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילד". ואכן, ככלל ההורים המיועדים אינם זכאים לסגת מבחירתם להביא ילד לעולם והם מחויבים למלא אחר כל החובות הכרוכות בכך (בכפוף לדיני האימוץ הכלליים).

26. מעניין לשים לב לכך שזהו אחד מאותם מקרים שבהם הפנייה לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 אינה מסייעת לנו באופן ממשי – משום שהמקורות אשר אליהם

הוא מפנה אינם מספקים הנחיה ברורה דיה שעליה ניתן לסמוך. כפי שכבר הסברתי, המצבים המוסדרים בחוק הפונדקאות הם שונים במידה שאינה מאפשרת לבצע מהם היקש משמעותי לענייננו. על כך אוסיף, כפי שהראתה חברתי השופטת וילנר, כי הפנייה למקורות המשפט העברי אינה מניבה בהקשר זה פתרון ברור. הדיון במקורות העשירים אך מעלה כי גם בעולמה של היהדות יש גישות שונות ביחס לנושא, ואף כאלה שהשתנו לאורך השנים. בהיעדר עמדה ברורה, אינני סבורה שהפנייה למקורות אלה מסייעת לנו להגיע לפתרון מחייב במקרה דנן. היא יכולה רק לנחם בכך שההכרה בייסורי ההכרעה במקרה זה משתקפת אף בעולם הנורמטיבי של מורשת ישראל.

מבחן טובת הילדה וחלופי הזמן

27. בשלב זה אני מבקשת להתייחס למבחן של "טובת הילד" שזכה להתייחסות נרחבת מצד חבריי. לא יכולה להיות מחלוקת על כך שטובת הילד היא ערך מרכזי בשיטת המשפט שלנו. אולם, החלתו במקרה כמו זה שבפנינו היא שונה ומעוררת קושי, בהשוואה למצבים הטיפוסיים שבהם הוא מיושם. על-פי רוב, כאשר נבחנת טובת הילד, ניתן משקל בין השאר, למערכות היחסים הקודמות שהיו לו עם הצדדים הניצים התובעים את הזכות לגדלו או להיות מוכרים כהוריו (בין בסכסוכי משמורת בין הורים ובין בתיקי אימוץ). כאשר ההורים הגנטיים לא זכו לגדל את הילד (למשל מאחר שטרם נולד), הרי שהדיון בטובתו מתייחס לקשיים הנובעים מהם או מהתנהגותם בתקופה הרלוונטית (ובמצבים שבהם הילד טרם נולד, בתקופה שקדמה ללידה). כמו כן, כאשר נדונה השאלה של טובת הילד בגדרו של סעיף 13 לחוק הפונדקאות, התנהגותם של ההורים המיועדים ביחס להיריון וללידה הצפויה היא מוכרת וידועה. לא כך במקרה שבפנינו. כאן, השאלה בדבר טובתה של ס' נדונה לאחר שהיא גדלה לאורך תקופה ארוכה בחיק הוריה המגדלים, בעוד שלהורים הגנטיים לא ניתנה הזדמנות הוגנת ליטול חלק בטיפול ובדאגה לה מקרוב, הגם שייחלו לכך. התשתית להחלתו של מבחן טובת הילד במצב עניינים זה היא, לכל הפחות, חלקית, ומבוססת על פרספקטיבה חד-צדדית. כאשר אלה הם פני הדברים, ובשונה מן המקרה הרגיל, מבחן טובת הילד עלול "לשכפל" או "לשקף" את עמדתו הנורמטיבית של מי שנדרש להחליט בעניין ביחס לשאלה איזו זיקה הורית צריכה לגבור.

28. ניתנת האמת להיאמר: יש מקום להצטער על כך שלא התאפשר כל קשר בין ס' לבין ההורים הגנטיים, בעת שההתדיינות הייתה עדיין תלויה ועומדת, ולו במתכונת של מפגשים מפוקחים ומלווים. הדברים נאמרים אף ביתר שאת בשים לב לכך שבמצב כמו זה שבפנינו ראוי בכל מקרה לשמר זיקת קשר של הילדה עם הזוג שלא יזכה לגדלה בסופו

של דבר. קשר כזה במהלך ההתדיינות היה תורם להקטנת הקושי הפוטנציאלי ש-ס' הייתה עלולה לחוות אם הייתה מתקבלת החלטה על העברתה להורים הגנטיים. לא פחות חשוב מכך – הדבר היה מאפשר להפגיש אותה כבר משלב מוקדם עם דמויות משמעותיות נוספות בסיפור החיים שלה.

29. מכל מקום, לשיטתי, מבחן טובת הילד לא יכול להיות מיושם רק על בסיס הקשר שכבר נוצר בין ס' לבין הוריה המגדלים. אכן, חשוב שלרך הנולד תהיה דמות קבועה שההיקשרות אליה מאפשרת לו לרכוש יציבות רגשית וביטחון. אולם, אין די בכך. עובדת חיים כואבת היא שמעת לעת ילדים רכים מוצאים ממשפחותיהם בנסיבות שבהן מאותרת אצלם נזקקות והם נשלחים למשפחות אומנה. היחס האנושי ותשומת הלב שהם מקבלים באותן משפחות אומנה אינם שוללים את החזרתם לחיק משפחות המוצא שלהם. אדרבה, ההיקשרות שנוצרת בינם לבין המבוגרים במשפחות האומנה היא חלק מהתמיכה שהם זוכים לה לקראת המשך חייהם, לאו דווקא אצל משפחת האומנה. אף זוהי טובת הילד (ראו והשוו: רע"א 4188/22 פלוני נ' מחלקה לשירותים חברתיים מטיל"ה (4.8.2022)).

30. אוסיף ואומר עוד כך: הדגשת הקשר בין ס' לבין הוריה המגדלים מדגישה למעשה את ההורות הפסיכולוגית שנוצרה בינה לבינם (אף ללא קשר לשיקול כבד המשקל של נשיאת ההיריון והלידה). אם כן, אין בפנינו מקרה "טהור" של התנגשות בין זיקה גנטית לבין זיקת הולדה, אלא מקרה שבו השיקול של הורות פסיכולוגית הוא טעם העומד בפני עצמו. למעשה, ניתן להתרשם כי חלק מחבריי סבורים שיש מקום לתת משקל של ממש להיקשרות של הילדה להוריה המגדלים, בהינתן זיקות משמעותיות לשני הזוגות שבפנינו. במלים אחרות, לשיטתם ההורות הפסיכולוגית שנוצרה בינה לבינם היא גורם רב משמעות. ניתן להבין שיקול זה, אך כשלעצמי אני מתקשה להשלים עמו. קשה להתעלם מכך שההורים הגנטיים עשו כל שלא ידם כדי ליצור קשר עם ס', אף מבלי לקבל משמורת ואפוטרופסות עליה באופן בלעדי. שלא בטובתם – ומנקודת מבטי גם שלא בטובתה של ס' – ניסיונות אלה לא צלחו. לכן, אם גם במקרה מסוג זה, המסקנה תהיה שחלוף הזמן פועל בהכרח לטובת הישארות הילדה עם ההורים המגדלים, משמעות הדברים היא שלהורים הגנטיים לא יהיה אף פעם סיכוי לגבור. אני מסכימה עם חברי השופט שטיין, כי אין לזקוף לחובת ההורים המגדלים את עמידתם על מיצוי זכויותיהם הדיוניות. אולם, במקביל, אני סבורה גם כי לא היה מקום לכך שלאורך כל התקופה לא יתאפשר כל קשר בין ס' לבין הוריה הגנטיים.

31. עוד אני סבורה כי את השאלה של טובת הילד יש לבחון על פני ציר הזמן גם מנקודת מבט נוספת. אכן, בטווח הקצר, ניתוקה של ס' מההורים שאותם הכירה מאז לידתה צפוי להיות כרוך במשבר של מעבר. אולם, זו אינה הזווית הרלוונטית היחידה לבחינת טובתה. האמת סופה להתגלות, וההתמודדות עם ניתוקה של ס' מהוריה הגנטיים, כאשר תיוודע לה, יכולה להיות כרוכה אף היא בטלטלה, בסערת נפש ובמשברים. הדברים אמורים אף ביתר שאת בהתחשב בכך שבמקרה דנן אין ולא הייתה כל טענה ביחס למסוגלותם של ההורים הגנטיים להעניק יחס משפחתי חם ואוהב ל-ס'. במלים אחרות, אך טעות היא שמנעה מהקשר המשפחתי להתממש, ולא חוסר תפקוד או מסוגלות הורית. על כן, חרף קשיי המעבר, לשיטתי ניתן בהחלט לראות את ביתם של ההורים הגנטיים כסביבה שעולה בקנה אחד עם טובתה של ס'.

32. יש להודות: בשלבים המוקדמים יותר של ההתדיינות בין הצדדים, כאשר על הפרק עמדה עדיין שאלת עריכתן של בדיקות הגנטיות, הועלו בין השאר טענות לפיהן ניתן להימנע מהן וכך למנוע היווצרותו של סכסוך הורות. אולם, כוחם של החיים היה חזק יותר. אכן, בשלבים המקדמיים של ההליך קבע בית משפט זה, בדעת רוב, כי אין לאפשר בדיקות גנטיות של מטופלים נוספים בבית החולים אסותא. אלא שבהמשך, עם גילויין של עובדות נוספות, הונח בסיס לעריכת בדיקות כאלה ושאלת ההורות הגנטית קיבלה מענה. בעידן הטכנולוגי הנוכחי ניתן להעריך בהסתברות גבוהה כי גם באותם מקרים שבהם היילוד יישאר לגדול עם האם היולדת, הזמינות של בדיקות גנטיות תאפשר לו לאתר בבגרותו את הוריו הגנטיים, על כל הטלטלה הרגשית הכרוכה בכך. אף את זה צריך להביא בחשבון. מטעם זה אני אף מסתייגת מאחד הרציונלים המסורתיים להעדפת האם היולדת, שהוזכר גם על-ידי חברתי השופטת וילנר, זה המתמקד בשיקול של פשטות וודאות. אכן, בעולם "הישן" אמת המידה של "האם היולדת" הייתה יכולה לסיים באחת את כלל המחלוקות, מבלי לחקור במופלא החורג מכך. אולם, בידוענו כי בדיקות גנטיות הן חלק ממציאות החיים דהיום, בין שנאהב זאת ובין שלא, וחרף המגבלות שהמשפט הישראלי מטיל עליהן, אינני סבורה שנודע עוד יתרון להעדפת האם היולדת מבחינה זו.

במבט הצופה פני עתיד

33. בטענות שהוצגו לנו חזרה ונשזרה הקריאה לראות בנסיבות שבפנינו "מקרה מיוחד", כזה שיש להכריע בו על-פי נסיבותיו יוצאות הדופן. אכן, קשה להתעלם מהצטברותן של מספר נסיבות ייחודיות בעניינה של ס'. ראשית, קיומה של טעות בשלב החזרת העובר לרחם הייתה ידועה עוד לפני הלידה. שנית, הטעות לא הניבה באופן

סימטרי שני הריונות, כפי שאירע בחלק מן המקרים שבהם בוצעה "החלפה חוזרת" בהסכמה על רקע טעויות (כמו בפרשת *Cardinale* שנסבה על "הצלבת" הריונות שהתרחשה במרפאה בקליפורניה. ראו: Susan Dominus, *An IVF Mix-Up, a Shocking Discovery and an Unbearable Choice*, NEW YORK TIMES, Nov. 25, 2024). שלישית, ס' אינה ילדה בריאה – היא מתמודדת עם קשיים נוספים, ואף ההיריון עמה היה מורכב יותר מהרגיל (להדגשת ייחודו של המקרה, ראו גם: Shelly Simana, Vardit Ravitsky & I. Glenn Cohen, *The Misplaced Embryo: Legal Parenthood in 'Embryo Mix-Up' Cases*, J. MED. ETHICS (2023)). לצד זאת, עם כל הצער הכרוך בדבר, ועל רקע מקרים נוספים שהתגלו במדינות אחרות, שומה עלינו להניח שההכרעה כאן תשפיע גם על מצבים עתידיים. אל לנו לטמון את ראשנו בחול בעניין זה. על כן, אוסיף מספר הערות ביחס לאפשרות זו.

34. ההסתברות להתרחשותן של טעויות נוספות מסוג זה מחייבת אותנו לגבש גישה שצפויה לתת מענה המתחקה אחר ציפיותיהם המקוריות של הצדדים גם במקרה שהוא פחות ייחודי מזה של ס'. כך למשל, מה יהיה במקרה שבו שני עוברים הושתלו ברחמה של אשה, אחד שהוא ילדה הגנטי והאחר ילדה של אשה אחרת? כך היה, למשל, במקרה שנדון בפסק הדין האמריקני בעניין *Perry-Rogers v. Fassano*, 715 N.Y.S. 2d 19 (App. Div. 2000). אגב, גם באותו מקרה, כמו בפרשת *Cardinale* שנזכרה לעיל, הסכימו הצדדים על כך שהילד יגדל אצל הוריו הגנטיים. אכן, בשני המקרים השגת ההסכמה הייתה קלה יותר (יחסית) מאשר במקרה שבפנינו, משום שהאם היולדת נותרה עם ילד משלה. אינני מציעה לגבש מסקנות כלליות על סמך מקרים פרטיקולריים אלה או אחרים. עם זאת, אני סבורה שהם מחדדים את ההבנה כי פנייה להליכים של הפריה חוץ-גופית כרוכה בהעדפה לגידול ילד הנושא מטען גנטי של לפחות אחד מבני הזוג.

35. במבט רחב אף יותר, האפשרות שטעויות כאלה יחזרו על עצמן, גם אם (כפי שניתן לקוות) יופקו כל הלקחים המתאימים, מחייבת את מערכת המשפט – בישראל, כמו גם במדינות אחרות – לקבוע כללים ברורים בעניין. בעודנו דנים בתיק זה ניתן פומבי לכך שבאוסטרליה התגלה מקרה חדש שבו אשה שעברה טיפולי הפריה חוץ-גופית ילדה תינוק שהוריו הגנטיים היו מטופלים אחרים (ראו: Hillary Whiteman, *Woman Gives Birth to Another Couple's Child After IVF Mix-Up*, CNN, April 11, 2025). כפי שציינה חברתי השופטת וילנר, קביעת הכללים ביחס למצבים מסוג זה היא קודם כול תפקידו של המחוקק. מבלי לגרוע מכך, כל עוד לא תהיה חקיקה בנושא, מנקודת מבט המייחסת משקל לציפיותיהם של הצדדים, באופן משני גם המוסדות המספקים את השירותים

הרפואיים הרלוונטיים יכולים לתרום להסדרה הסכמית. אין זה המקום להרחיב בעניין, אך ניתן להניח כי אילו כלל המטופלים באותה מרפאה היו מקבלים הסבר על האפשרות של טעויות בהחזרת העוברים לרחם ומקבלים על עצמם מראש אותו הסדר בהסכמה מודעת (בין שיהיה מדובר בהעדפת האם היולדת ובין שיהיה מדובר בהעדפת האם הגנטית), חלק מהקושי שבפנינו היה נחסך.

36. אתגר אחר, שמחייב חשיבה נוספת, ולא לנו להכריע בו בהליך הנוכחי, נוגע לאפשרות של הכרה – בתנאים מסוימים – בהורות משפטית של יותר משני הורים, כחריג. דווקא המצב המורכב שבפנינו היה יכול להתאים לחשיבה בכיוון האמור. אין בכוונתי להרעיד מוסדות ארץ, וברגיל מצב של ריבוי הורים עלול להכביד על ניהול חייו של הקטין. אולם, דומה שמורכבותם של החיים עצמם מחייבת חשיבה נוספת על כך, ולו ביחס למקרים חריגים כמו זה שבפנינו. ההתלבטות שבפנינו הרי נובעת מכך שקיימים שני זוגות בעלי זיקות הוריות משמעותיות ומחויבות ממשית כלפי הקטינה. קוצר היד של המשפט בעת הזו לא נותן כאן הכרה לנסיבות חייהם, והשאלה היא אם אכן נכון להותיר את המשפט בחוסר הלימה למציאות החיים. זהו שוני יסודי בין ההכרעה שבפנינו לבין הסיפור הנודע של משפט שלמה. במשפט שלמה הנחת הרקע הייתה שיש רק אם אחת, ועל השופט הוטל לזהות אותה. לעומת זאת, במקרה שבפנינו, ההכרעה היא בין צדדים שלכל אחד מהם זיקה הורית אמיתית.

37. הטענה להכרה בפתרון המבוסס על יותר משני הורים הועלתה בפנינו, אך לא זכתה לבולטות מספקת בשלבים המוקדמים של ההתדיינות, ולכן כפי שציננה בצדק חברתי השופטת וילנר מסגרת הדיון בפנינו לא אפשרה הידרשות אליה. מבלי לקבוע מסמרות, דומה שאין לשלול פיתוח של הדין שיתחשב במורכבות הטבועה במצבים כמו זה שבפנינו, ולו במתכונת מתוחמת ובדיעבד (להרחבה, ראו: Katharine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed*, 70 VA. L. REV. 879 (1984); Courtney (G. Joslin & Douglas NeJaime, *Multiparenthood*, 99 N. Y. U. L. REV. 1212 (2024)). למצער, ניתן היה לחשוב על פתרונות דרסטיים פחות מהכרה בהורות מלאה של יותר משניים – ולו על דרך של הכרה בזכויות הוריות מוגבלות, לצדם של שני ההורים "העיקריים" – כדי לתת מענה משפטי שישקף את מציאות החיים. הניסיון המצטבר מלמד כי עם חלוף השנים דיני המשפחה חרגו בהדרגה מן המודלים הנוקשים של העבר. כיום, אימוץ פתוח הוא תופעה מוכרת, לצד המסגרת הבסיסית של אימוץ סגור, המנתק כל קשר עם משפחת המוצא. יש בכך כדי ללמד על היכולת לפתח פתרונות משפטיים נוספים,

החורגים מאלה שהיו מוכרים בעבר. לא למותר לציין כי החקיקה האנגלית דהיום מבחינה בין "הורות" לבין "אחריות הורית" (parental responsibility) שבה עשוי לשאת גם מי שאינו הורה (parent) לכל דבר ועניין (ראו: (Children Act 1989, C. 41 (UK).

38. טרם סיום אציין כי המקרה דנן עורר אתגרים מורכבים וחסרי תקדים בישראל – במישור המשפטי, אך לא רק. יש לקוות כי ההכרעה בו – הגם שאינה תואמת את עמדתי שלי – תסייע לקצר את ההתדיינויות במקרים עתידיים. כולנו תקווה כי לא יהיה בכך צורך, אולם אין לסמוך על כך. מלאכת עשיית הצדק אינה פשוטה. התדיינות הוגנת צריכה לאפשר ירידה לפרטים, גיבוש תשתית עובדתית ומשפטית, מתן זכות טיעון וקיום של שיח וליבון מעמיקים. במבט לאחור קשה שלא לחשוב על כך שההכרעה בדבר הוריה של ס' ניתנת רק כיום, בעת שהיא כבר בת כשנתיים וחצי. חוות דעת שעניינן טובת הילד ובדיקה מעמיקה של מצבה של ס' היו כמובן נחוצות. אולם, בהליכים מסוג זה ממד הזמן הוא בעל חשיבות קריטית, וניתן לקוות שתימצא הדרך להימנע מהתדיינות כה ממושכת במקרה מסוג זה, אם חלילה יתרחש בעתיד.

סוף דבר, ותקווה להתחלה

39. הגעתי אל סופה של הדרך, מצוידת במסקנה שונה מזו של חבריי. אני מכירה בזיקה העמוקה שבין ההורים המגדלים לבין ס' ובהקרבה המשמעותית שלהם עבורה – לפני שנולדה וגם לאחר מכן. לצד זאת, אני סבורה שאין להשלים עם דחיקתם של הוריה הגנטיים, שייחלו לה ונאבקו עליה בכל יום ויום מן הרגע שנודע להם דבר קיומה. בשלב הנוכחי, משנותרתי בדעת מיעוט, אני מבקשת להצטרף להבעת תקווה שמתכונת המפגשים שתיקבע בין ס' לבין הוריה הגנטיים ומידת השיתוף שלהם בגידולה תאפשר להפוך אותם לחלק מחייה. הם ראויים לכך, ואף היא זכאית לכך.



דפנה ברק-אריז
שופטת

הוחלט ברוב דעות (השופטים י' וילנר, ע' גרוסקופף ו-י' כשר) כאמור בפסק דינה של השופטת י' וילנר, כי יש לדחות את הערעור ולקבוע כי הוריה על פי דין של הקטינה ס', הם הוריה המגדלים – אימה היולדת ובן זוגה. השופט א' שטיין הסכים אף הוא לדחיית הערעור, אך קבע כי האב הגנטי יירשם כאביה של הילדה, ללא זכויות אפוטרופסות. השופטת ד' ברק-ארז בדעת מיעוט סברה שיש לקבוע כהוריה של הקטינה ס' את הוריה הגנטיים.

ניתן היום, י"ג אייר תשפ"ה (11 מאי 2025).



עופר גרוסקופף
שופט



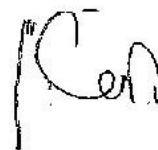
יעל וילנר
שופטת



דפנה ברק-ארז
שופטת



יחיאל כשר
שופט



אלכס שטיין
שופט