



## על מקרים קלים שמובילים לדין רע הארת פסיקה – בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (2014)

יעקב בן-שמש\*

מקרים קשים, זאת יודע כל משפטן, יוצרים דין רע. אלא שלעתים דווקא מקרים קלים עלולים להביא את בית המשפט לפסוק הלכה שבנסיבות שונות במעט ומורכבות יותר עלולה להיראות הלכה קשה ובעייתית. כזה הוא המקרה, כך אטען, במקרה שלפנינו. בפסק הדין אוחדו לדיון שתי עתירות של שני זוגות גברים. בעתירה הראשונה<sup>1</sup> נידון עניינו של ילד שנולד לשני בני זוג גברים באמצעות הליך פונדקאות בארצות-הברית. בני הזוג ביקשו להקנות לילדם אזרחות ישראלית מבלי לבצע בדיקת רקמות שתוכיח קיומו של קשר גנטי בין אחד מבני הזוג לבין הילד. עתירה זו עוררה שתי שאלות: האם קיומו של קשר גנטי הוא תנאי הכרחי לצורך קבלת אזרחות ישראלית? ואם התשובה לשאלה זו היא בחיוב, האם בדיקת רקמות היא הדרך היחידה להוכחתו של קשר גנטי? בעתירה השנייה<sup>2</sup> נידון ענינם של שני בני זוג גברים שאף להם נולד ילד באמצעות הליך פונדקאות בארצות-הברית, ואחד מבני הזוג נרשם כהורה של הילד, לאחר שנערכה בדיקת רקמות מתאימה. העתירה עסקה בדרישתם של בני הזוג לרשום את ההורה השני, הלא ביולוגי, כהורה נוסף של הילד במרשם האוכלוסין, וזאת על סמך תעודת לידה ופסק דין הצהרתי מארצות-הברית, המעידים על כך ששניהם הם הורי הילד.

\* ד"ר למשפטים. מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונג.

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

<sup>2</sup> בג"ץ 6569/11 טבק-אבירם נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014) (התיקים אוחדו ומופיעים כשם אחד).



בשלוש שאלות אלה נקבעו שלוש ההלכות הבאות: ראשית, קיומו של קשר גנטי הוא תנאי הכרחי לצורך חוק האזרחות; שנית, בדיקת רקמות אינה הדרך היחידה להוכחת הקשר הגנטי, וניתן להסתפק גם בראיות משכנעות אחרות, כגון תצהיר של רופא מטפל מקליניקה איכותית ואמינה; ושלישית, שיש לרשום את ההורה הלא ביולוגי כהורה נוסף של הילד במרשם האוכלוסין, על סמך תעודת הלידה ופסק הדין ההצהרתי. בהארה זו אבקש לטעון שההלכה הראשונה היא קשה ובעייתית, וכי בהינתן ההלכות השנייה והשלישית, ההלכה הראשונה אף לא הייתה נחוצה לצורך ההכרעה.

נפתח בשאלה הראשונה, ולפני שנתאר את מלוא העובדות, הקלות כאמור, של המקרה, הבה נעלה על דעתנו סיפור אחר, תאורטי, ומעט יותר מורכב. נתאר לנו גבר ואשה המתאהבים ונישאים זה לזו. לאחר זמן מה הם מבקשים להרחיב את משפחתם ולהביא לעולם ילדים. אלא שכל ניסיונותיהם, במשך שנים ארוכות ומייסרות, נכשלים. מסתבר להם ששניהם עקרים, והם אינם יכולים להביא לעולם ילד שיישא את מטענם הגנטי. בצר להם הם פונים להליך של תרומת ביציות ותרומת זרע, אולם לאחר כמה ניסיונות להרות, מתברר להם שהאישה אף אינה יכולה לשאת היריון ולכן הם נזקקים להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית. מכיוון שלפי החוק בישראל הליכי פונדקאות אפשריים רק כאשר ההפריה נעשית בזרעו של האב המיועד,<sup>3</sup> הם מחליטים לפנות לפונדקאות במדינה זרה, המאפשרת הפריה מביצית ומזרע שמקורם בתרומה, כאשר הביצית המופרית מושלתל ברחמה של אם פונדקאית. לפי החוק באותה מדינה, ההורים המיועדים מוכרים כהוריו של הילד שנולד, אף שאין הם מקושרים אליו גנטית. בני הזוג מתקשרים אפוא בהסכמים כשרים ותקפים על פי דין אותה מדינה עם תורמת ביצית, תורם זרע ואם נושאת, כולם בגירים, הנוטלים חלק בתהליך מרצונם הטוב והחופשי, ואף אחד מהם אינו מעוניין, כמובן, לשמש כהורה בפועל של הילד שיוולד. עם לידת הילד מקבלים בני הזוג תעודת לידה שבה הם רשומים כהוריו של הילד, על פי חוק

<sup>3</sup> ראו ס' 42(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות).



על מקרים קלים שמובילים לדין רע

הפונדקאות התקף באותה מדינה. היכיר המשפט הישראלי בהורותם של בני הזוג?  
היוכלו בני הזוג להקנות אזרחות לילד, ולשוב עמו ארצה?

סעיף החוק הרלוונטי לעניינו הוא 4(א)(2) לחוק האזרחות<sup>4</sup> הקובע כדלקמן:

“אלה יהיו, מיום לידתם, אזרחים ישראליים מכוח לידה:

(2) מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים.”

כיצד עשוי היה בית המשפט לפרש סעיף זה במקרה התיאורטי שתיארנו? דומה כי התשובה לשאלה זו היא קלה – בהינתן הנסיבות שתיארנו, סביר להניח שבית המשפט היה מכריע בשאלה הפרשנית לטובתם של בני הזוג, קובע כי הם אביו ואמו של הילד, כמשמעות ביטוי זה בחוק האזרחות, ולפיכך מוקנית לו לילד אזרחות ישראלית מכוח החוק. תשובה זו מתבקשת לא רק מהשכל הישר ומהרצון להמנע מתוצאה אבסורדית בה נותר הילד חסר אזרחות, והוריו נותרים ללא היכולת לשוב עמו ארצה, אלא משני עקרונות משפטיים מרכזיים, מכל אחד מהם בנפרד, ובוודאי מכוחם המצטבר: זכותם להורות של בני הזוג, וטובתו של הילד שנולד. ארחיב מעט לגבי כל אחד מאלה.

הזכות להורות הוכרה כזכות יסוד במשפט הישראלי בשורה ארוכה של פסקי דין, כזכות יסוד בפני עצמה, וכחלק מהותי מכבוד האדם.<sup>5</sup> היא גם מוכרת במשפט הבין-לאומי.<sup>6</sup> הכמיהה להורות היא מהמאווים האנושיים הבסיסיים ביותר, ורבים רואים בהורות חלק מרכזי מטעם חייהם, מרכיב הכרחי במימוש עצמי, ובחיים בעלי משמעות. כך הדבר כיום, וכך היה לאורך כל הדורות. כדברי פרופסור דפנה ברק ארז:

“מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם

4 חוק האזרחות, התשי"ב-1952.

5 למקרה בולט ראו דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1996).

6 ראה לדוגמה ס' 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כ"א 269, 31 (נפתחה לחתימה ב-1966).



תודעת המוות [...] הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי.<sup>7</sup>

זכות זו הוכרה לא רק לגבי הורות ביולוגית, כי אם גם לגבי הורות על דרך של פונדקאות. כדברי השופט מישאל חשין בפסק הדין שעסק בזכותה של אישה רווקה לפונדקאות לפי החוק בארץ:

“עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבווער בנפשה של אישה ואיננו אָפֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם [...] אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות.”<sup>8</sup>

הנה כי כן, בהקשר של סוגיית הפונדקאות, לא הקשר הביולוגי הוא העיקר בזכות להורות, כי אם הכמיהה לילד, וברצון ובכוננות להביא ילד לעולם ולגדלו. מבחינה זו, אפוא, ראוי להכיר בבני הזוג כהוריו של הילד.<sup>9</sup> אין צורך לומר שגם עקרון טובת הילד, שהוכר כעקרון על הן בחקיקה הישראלית,<sup>10</sup> הבין-לאומית<sup>11</sup> והן בשורה ארוכה של פסקי דין,<sup>12</sup> מוביל אותנו למסקנה דומה: בנסיבות שתיארנו, אין לילד כל הורה אחר, וטובתו מחייבת את ההכרה בבני הזוג כהוריו, על מנת שיוכלו לחזור עמו לארץ ולגדלו כאן.

7 דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 197, 200 (1996).  
8 בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נו(1) 419, פס' 31 לפסק דינו של השופט חשין (2002).  
9 לסקירה מקיפה של ההקשרים המגוונים שבהם מכיר הדין הישראלי בהורות משפטית, שאינה תלויה בקשר גנטי, ראו יחזקאל מרגליות "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835 (2012); ראו גם רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי- הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223 (2005).  
10 ראו למשל בס' 1 (ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.  
11 ראו למשל ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) אשר נחתמה ואושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991.  
12 ראו למשל דנ"א 7015/94 **היועמ"ש נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48 (1995), וההפניות הרבות שם.



על מקרים קלים שמובילים לדין רע

והנה, למרות שיקולים אלה, החליט בית המשפט בפסק הדין, בדעת רוב של שישה שופטים מול שופט אחד (השופט סלים ג'ובראן), שיש לפרש את חוק האזרחות כך שקשר הורי לפי סעיף 4 יוכר רק בהתקיים קשר ביולוגי-גנטי בין הילד להוריו, ורק בנסיבות אלה יוכל הילד ליהנות מאזרחות ישראלית מכוח הסעיף האמור. תוצאת פסק הדין היא כי בני הזוג במקרה התאורטי אתו פתחתי לא יוכלו להביא ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל; גם אם חד-הורית הנזקקת לתרומת ביצית, שאף היא אינה זכאית לפונדקאות בארץ לפי החוק הקיים, לא תוכל לממש את רצונה בהליך פונדקאות בחו"ל, ותוצאת פסק הדין היא שזכותה להורות, אותה תיאר השופט חשין במילים עזות המבע לעיל, נשללת לא רק בארץ, אלא גם מחוצה לה. ולרשימת הנפגעים ניתן להוסיף גברים יחידים שאינם פוריים, כמו גם בני זוג גברים או בנות זוג נשים בהם שתי בנות הזוג אינם פוריים. ניתן היה לחשוב שפגיעה קשה וגורפת זו בזכות להורות תישען על דיון מהותי בזכות זו, ועל נימוקים כבדי משקל. אך עיון בפסק הדין מעלה שהנימוקים עליהם נשען פסק הדין קצרים, לקוניים ולא מאוד משכנעים. את דעת הרוב הובילה המשנה לנשיאה מרים נאור, וניתן למצוא בפסק דינה שני נימוקים מרכזיים התומכים בגישתה הפרשנית: האחד לשוני והאחר מהותי. הנימוק הלשוני מוסבר בפסק דינה של השופטת נאור כך:

"העילה בגינה מבקשים העותרים בעתירה זו אזרחות ישראלית לילדם היא 'מכוח לידה' לאזרח ישראלי. אי-לכך, אני סבורה כי הגישה לפיה יש להוכיח קשר ביולוגי-גנטי בין האזרח הישראלי (האב הביולוגי) לילד שנולד בחו"ל היא נכונה בבסיסה".<sup>13</sup>

לאור המילים שבחרה השופטת נאור להדגיש, דומה שהיא מבקשת לגזור את הדרישה לקשר ביולוגי מהביטוי "לידה". אלא שמהלך פרשני זה אינו מתבקש מלשון הסעיף, ואף לוקה במעגליות. הביטוי לידה בסעיף ניתן לפירוש גם כבא לתאר את העובדה

<sup>13</sup> פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינה של השופטת נאור.



הפשוטה שהילד נולד (כלומר עצם לידתו בתנאים המתוארים מקנה לנולד אזרחות ישראלית אוטומטית). לפי קריאה זו, שאלת הקשר ההורי הנדרש ממוקמת דווקא במשמעות שיש לייחס לביטוי "אביו או אמו", ולא למשמעות הביטוי "לידה". הדברים מקבלים משנה תוקף אם נחשוב על המקרה הפשוט יותר של פונדקאות חו"ל שבה קיים קשר גנטי בין ההורים המיועדים לבין הילד: ברמה העובדתית הפשוטה, האישה שילדת את הילד היא האם הפונדקאית, ובמובן מילולי זה, הילד נולד לה וממנה. אלא שהילד זוכה באזרחות ישראלית מכוח ההכרה המשפטית בקשר הגנטי שבין הילד להוריו המיועדים, שבשלם הם נחשבים "אביו או אמו".

השאלה היא אם כן לא כיצד יש לפרש "לידה", אלא כיצד יש לפרש "אביו או אמו", ובפרט בשאלה האם יש לדרוש לצורך כך קשר גנטי. לשאלה זו לא ניתן למצוא תשובה מילולית פשוטה שכן, כאמור, המשפט הישראלי מכיר בהורות שאינה מבוססת על קשר גנטי בהקשרים רבים ומגוונים אחרים. עלינו לפנות אפוא לבחון את הטעמים הנוספים. אך בטרם נעשה כן, נבחן בקצרה נימוק פרשני אחר, קרוב ברוחו לגישת הפרשנות המילולית, והוא הנימוק הקשור בכוונת המחוקק. ניתן לטעון כי ראוי לפרש את "אביו או אמו" כדורש קשר ביולוגי, שכן זו הייתה כוונתו של המחוקק, ודאי בעת שנחקק סעיף זה בשנת 1952, שאז סוגיית ההפרייה המלאכותית והפונדקאות היו עוד בגדר מדע בדיוני.<sup>14</sup> אלא שנימוק זה לא עלה כלל בפסק הדין, וטוב שלא עלה, שכן גישת הפרשנות המקובלת במשפט הישראלי היא הפרשנות התכליתית, שאינה נוטה לייחס משקל מכריע לכוונת המחוקק הסובייקטיבית, והדברים ידועים. במיוחד ראוייה גישה זו לענייננו, כאשר שינויים רפואיים-טכנולוגיים מרחיקי לכת מצדיקים ביתר שאת את הבחירה בגישת הפרשנות התכליתית, במקום היצמדות לכוונה סובייקטיבית של מחוקק משנות החמישים המוקדמות.

<sup>14</sup> סעיף 4 תוקן בשנת 1980, אך התיקון לא שינה מהותית את הנוסח המקורי משנת 1952: "מי שנולד כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים, יהיה לאזרח ישראלי מלידה".



על מקרים קלים שמובילים לדין רע

הנימוק השני שניתן בפסק דינה של השופטת נאור התומך בדרישת הקשר הגנטי הוא שהאזרחות היא סוגיה מהותית וכבדת משקל:

“רישומם הראשון [של הילדים] במרשם האוכלוסין הישראלי הוא עניין בעל משקל ניכר, שכן הוא מהווה הכרה בכך שילדים אלו הם גם אזרחי ישראל, מכוח הקשר שלהם לאזרחים ישראליים. דיני המעמד, ובפרט האזרחות, הם מדיני התשתית של המדינה; הם קובעים את 'מפתחות' הכניסה והישיבה בארץ, ואת מכלול הזכויות הכרוכות בכך, המקרינים במישורין על חיי הפרט ועל המרקם החברתי כולו.”<sup>15</sup>

אין חולק על כך שלפרשנותם של סעיפי חוק האזרחות חשיבות רבה, ויש לגשת למלאכה זו בזהירות, על מנת לא לפתוח פתח לניצול לרעה של דיני האזרחות. אלא שלא ברור כיצד עקרון כללי זה רלוונטי לענייננו, שכן בנסיבות שתיארתי, לא ברור מהו האינטרס הציבורי שיוצא נשכר מדרישת הקשר הגנטי בין ההורים המיועדים לבין הילד המבקש אזרחות מכוח לידה. במקרים שבהם מתעורר חשד לניצול לרעה של דיני האזרחות יש כמובן לנקוט את צעדי הזהירות המתבקשים, אך לא ברור מהו החשש שקשור דווקא לסוגיית הקשר הגנטי בין ההורים לילד, ומדוע דווקא חשד זה מצדיק פרשנות קטגורית הדורשת קשר גנטי כאמור.

ייתכן שקיימים טעמים כבדי משקל הקשורים בסוגיית ההורות עצמה והמצדיקים את הדרישה לקיומו של קשר גנטי. אך האם ראוי שהכרעה זו תינתן למעשה אגב אורחא, תוך הכרעה בסוגיה הקשורה לדיני האזרחות דווקא, ומבלי שייערך דיון מעמיק וממצה בזכות להורות, ובמשמעותו של הקשר הגנטי בין ההורה לילד?

בשלב זה עשויה להתעורר בלב הקורא הדאגה המעשית הבאה: ומה יקרה אם הבדיקה הגנטית עליה הורה בית המשפט תגלה שאף לא אחד משני בני הזוג הגברים

<sup>15</sup> פרשת ממת-מגד, לעיל ה"ש 1, פס' 13 לפסק דינה של השופטת נאור.



הוא הורה גנטי של הילד? מה יעלה בגורלו של הילד? האם בית המשפט לקח בחשבון אפשרות מפחידה זו? וכאן אנו מגיעים לנסיבותיו הייחודיות של המקרה. אבקש להציע לתמיחה שהעליתי לעיל את התשובה הבאה: בית המשפט יכול היה להרשות לעצמו לנקוט פרשנות דוקנית זו, ולוותר על הדיון המעמיק בשאלת נחיצותו של הקשר הגנטי, דוקא משום שניבות המקרה לא היו כנסיבות אותן תיארתי, כי אם שונות במקצת: אמנם בני הזוג (שבמקרה זה היו שניהם גברים) סירבו לדרישת משרד הפנים לבצע בדיקת רקמות שתוכיח קשר גנטי בין אחד מהם לבין הילד, אך בני הזוג הצהירו בפני בית המשפט כי אחד מהם הוא אכן ההורה הביולוגי של הילד, ונימקו את סירובם לבצע בדיקת רקמות במספר נימוקים, ובהם חוסר רצונם לברר מיהו ההורה בעל הקשר הגנטי.<sup>16</sup> לפיכך, ידוע היה לכל המעורבים בפרשה, ובכלל זה כמובן לשופטים, שאחד משני בני הזוג הוא אכן ההורה הביולוגי של הילד שנולד.

הנה כי כן, בית המשפט יכול היה לדרוש את קיומו של קשר גנטי בין ההורים לבין הילד, מבלי לחשוש לפגיעה כלשהי בזכות להורות או בטובת הילד, **בנסיבות המקרה הנתון**. כמובן זה, מדובר היה במקרה קל. אך ההלכה שנקבעה במקרה הקל עשויה להביא לתוצאות קשות ובעייתיות במקרים אחרים, כפי שתיארתי לעיל. מקרה מעין זה, ומקרים נוספים, מתוארים בפסק דינו של השופט ג'ובראן, היחיד שחלק על דרישת הקשר הגנטי:<sup>17</sup> כאמור, ההלכה שנקבעה מונעת מבני זוג, גבר ואישה, ששניהם אינם פוריים לעשות שימוש בהליכי פונדקאות, כמו גם מנשים יחידות ומגברים יחידים; היא גם יוצרת קושי בלתי-פתיר עבור בני זוג שבהם ההורה הביולוגי אינו אזרח ישראל.<sup>18</sup> על כל אלה יש להוסיף את ההפליה התוצאתית שגורמת ההלכה שנפסקה. אמנם, קשר גנטי נדרש בכל המקרים שתיארתי, אך בעוד שעבור בני זוג גבר ואישה פתוח בארץ מסלול האימוץ שיכול להביא למימוש זכותם להורות, מסלול זה אינו פתוח בפני בני זוג מאותו

<sup>16</sup> ראו שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת נאור.

<sup>17</sup> שם, פס' 29–36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

<sup>18</sup> אפשרות האימוץ אינה יכולה לפתור קשיים אלה, והיא אף אינה רלוונטית, לפי הדין בישראל, לגבי בני זוג מאותו המין, ראו לעניין זה שם, הפסקאות האמורות בפסק דינו של השופט ג'ובראן.





על מקרים קלים שמובילים לדין רע

מין או בפני יחידים. זאת ועוד, לפסיקה זו השלכות רחב מזיקות אחרות, שכן היא יוצרת קושי גם בהליכי פריון אחרים המתבצעים בחו"ל, שאינם קשורים ישירות לפונדקאות, ושבהם ניתנה עד עתה האזרחות באופן אוטומטי, כגון נשים (בין אם בזוגיות ובין אם יחידות) אשר קיבלו תרומת ביצית, וילדו בעצמן את הילד. אמנם, הילד נולד לאשה ישראלית, אך לפי ההלכה שנקבעה, הדורשת כאמור קשר גנטי דווקא, לא די בכך. בהינף קולמוס חורץ בית המשפט את דינם של כל אלה לשבט.<sup>19</sup>

הנסיבות הקלות יחסית של המקרה הן גם אלה שיכלו לפתוח בפני בית המשפט דרך אחרת להכריע בעניין, שהייתה מייתרת את הצורך בהכרעה הפרשנית העקרונית. לצורך כך נשוב ונזכיר את שתי ההלכות הנוספות שנקבעו בפסק הדין. ראשית, ההלכה שלפיה בדיקת רקמות אינה הדרך היחידה להוכחת הקשר הגנטי בין ההורה לילד, וניתן להסתפק לצורך הוכחת הקשר האמור גם בראיות אחרות, כגון תצהיר מהרופא המטפל העובד בקליניקה מוסמכת ובעלת אמינות ואיכות מקצועית גבוהה. כדברי השופטת נאור:

"משקבעתי כי אזרחות מכוח לידה לפי סעיף 4(א)(2) עניינה הורות ביולוגית, השאלה אם הוכח קשר ביולוגי-גנטי בין האב הישראלי לבין הילד המבקש לקבל מעמד הופכת למעשה לשאלה ראייתית. לשון אחר, השאלה הטעונה הכרעה היא אם בדיקה גנטית היא הראיה הכשרה היחידה לעניין זה, או שמא ניתן לקבל בנסיבות מסוימות גם ראיות אחרות [...] איני סבורה כי יש מקום לחסום את הדרך בפני המעוניינים להוכיח בראיות אחרות הורות ביולוגית לצרכי קבלת מעמד [...] ככל שיציגו הפונים לבית המשפט לענייני משפחה ראיות אובייקטיביות שיניחו את דעתו של בית המשפט כי קיים קשר ביולוגי

<sup>19</sup> נציין בהקשר זה שלגבי נשים המקבלות תרומת ביצית ויולדות בחו"ל, עדיין נותרת להן האפשרות הפשוטה יחסית של הסתרת המידע. כלומר, כאשר האשה תגיע לקונסוליה לדרווח על הלידה, היא לא תציין את היעדר הקשר הגנטי, ולפחות כיום לא קיימת מדיניות של דרישת בדיקת רקמות בכל מקרה שבו ישראלית מדווחת על לידה בחו"ל. כמוכן, פסק הדין עשוי לשמש בסיס לקביעת מדיניות שכזו, שהיא לטעמנו בלתי רצויה.



בין ההורה והילד, גם בלא בדיקה גנטית, רשאי בית המשפט לקבוע כי לפניו קשר של הורות ביולוגית.<sup>20</sup>

בהינתן הכרעה עקרונית זו, ובהינתן הראיות שהוצגו למכביר במקרה זה בדבר קיומו של קשר גנטי בין אחד ההורים לבין הילד (ובכלל זה תצהיר הרופא המטפל בקליניקה מאיכות מעולה בארצות הברית), יכול היה בית המשפט לקבוע כי בנסיבות העניין אכן הוכחה הורות גנטית של אחד ההורים לילד, מבלי להתעקש על בירור זהותו הספציפית של ההורה בעל הקשר הגנטי, ובכך להימנע מהצורך לקבוע מסמרות לעניין השאלה אם חוק האזרחות מחייב קשר גנטי (ניתן להשוות זאת למקרה תיאורטי שבו בני הזוג הם גבר ואשה, וידוע לנו כי אחד מהם הוא הורה גנטי של הילד, אך לא ידוע לנו מי מהם. לדעתי, בנסיבות אלה מתקיים התנאי "מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראלים").

מעניין לציין שהשופטת נאור עצמה מזכירה אפשרות מעין זו, אך מבלי לנצל את קיומה על מנת להימנע מההכרעה העקרונית, כמוצע כאן:

"הרצון לא לדעת מי משני ההורים הוא ההורה הביולוגי, או לא לחשוף זאת בפני הסביבה, הוא רצון מובן. ואולם, אין בו כדי לייתר הוכחה של זיקה ביולוגית לפחות לאחד מהעותרים שהוא אזרח ישראלי, לצורך קבלת האזרחות הישראלית. במצב בו ההורים המבקשים אזרחות לילדם אינם יודעים מי משניהם הוא ההורה הביולוגי, ואינם מעוניינים לדעת זאת, ניתן להעלות על הדעת מתכונת של 'בדיקה עיוורת', שתוכיח לבית המשפט לענייני משפחה שלפחות אחד מההורים (אזרחי ישראל) הוא בעל זיקה ביולוגית לילד, אך לא תחשוף בפניהם מיהו האב הביולוגי מבין שניהם".<sup>21</sup>

<sup>20</sup> שם, פס' 15–16 לפסק דינה של השופטת נאור.  
<sup>21</sup> ראו שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת נאור.



על מקרים קלים שמובילים לדין רע

הנה כי כן, לצורך קבלת האזרחות הישראלית עבור הילד בנסיבות המקרה הנתון, לא היה צורך בהכרעה העקרונית. ומה לגבי רישום ההורות בתעודת הזהות של הילד ושל ההורים? האם לצורך כך נדרש בירור קשר גנטי? התשובה לשאלה זו אף היא בשלילה, לאור ההלכה השלישית שנקבעה בפסק הדין, בהמשך לשרשרת ההלכות שמשתלשלת מהלכת פונק שלזינגר ועד ימינו,<sup>22</sup> ולפיה לצרכי רישום, ניתן להסתמך על תעודה ציבורית, כמשמעותה בחוק מרשם האוכלוסין, ולרשום את שני ההורים כהוריו של הילד, בהסתמך על תעודת הלידה ופסקי הדין ההצהרתיים שהציגו ההורים בפני משרד הפנים. הנה כי כן, בית המשפט יכול היה לקבוע כי בין אם חוק האזרחות דורש את קיומו של קשר גנטי ובין אם לאו, הרי שקיומו של קשר זה הוכח בנסיבות המקרה הנתון, ועל כן יש להקנות לילד אזרחות ישראלית, ולהותיר את השאלה העקרונית בצריך עיון, לעת מצוא.

<sup>22</sup> בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963); וראו בין השאר: בג"ץ 264/87 התאחדות הספרים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989); בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89 (1994); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1993); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006).