



## ככה לא בונים הורות

### יחזקאל מרגלית\*

א. מבוא. ב. עובדות המקרה ודילמת ההכרה האתית-משפטית בהורות ההסכמית. ג. ואף על פי כן – קביעת הורות משפטית בהסכמה. ד. המנגנונים הציבוריים-משפטיים הנדרשים. ה. הורות הסכמית – עניין למחוקק לענות בו (כאן ועכשיו).

“אין לכחד כי בפסיקתו של בית משפט זה ניכרת אט אט מגמה ליברלית ומבורכת המרחיבה את מעגל ההורות, תוך הסתמכות, בין היתר, על קונסטרוקציות חוזיות [...] והכל בכפוף לעיקרון טובת הילד”<sup>1</sup>.

#### א. מבוא

פסק הדין נשוא הארה זו<sup>2</sup> עוסק בטרגדיה אנושית מן המעלה הראשונה. זו נגזרת מהקדמה הרפואית-טכנולוגית המרשימה<sup>3</sup>, וממילא הוא מגלגל לפתחנו כחברה ולערכאות המשפטיות השונות<sup>4</sup> דילמה אתית-משפטית סבוכה וקשה ביותר להכרעה.

\* דוקטור, מרצה מן החוץ לדיני משפחה ולדיני חוזים באוניברסיטת בר-אילן. 1 בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 3 לפסק דינו של השופט יורם דנציגר (פורסם בנבו, 1.4.2015) (להלן: פרשת בג"ץ פלונית).

2 שם.

3 פרשת בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "שוב באה בפנינו סיטואציה חדשה של 'הורות', בעקבות חידושי המדע".

4 לגוליו הקודמים של תיק זה בערכאות השונות ראו: תמ"ש (משפחה ב"ש) 50399-12-12 מ.י. נ' פלונית (פורסם בנבו, 11.5.2013) (להלן: פרשת תמ"ש פלונית); עמ"ש (מחוזי ב"ש)



טרגדיה אנושית על שום כך שאישה ישראלית נכה בלא בן זוג, נלאית למצוא את הפתח החוקי להפיכתה לאם לילד, ולשם כך נאלצת לבצע פעולות לא חוקיות הנוגדות את חוק האימוץ ואת חוק ה"פונדקאות".<sup>5</sup> הקדמה הרפואית-טכנולוגית המרשימה על שום יכולתה לזוּם מאגד (קונסורציום) פרטי של ארבעה אינדיבידואלים שונים, תורם זרע, תורמת ביצית, פונדקאית ואם מזמינה/מאמצת הנמצאים במדינות שונות, ישראל, דרום אפריקה, ארה"ב והודו, להבאת ילד לאוויר העולם, אפשרות אותה "לא שְׁעָרוּם אֲבֹתֵיכֶם".<sup>6</sup> דילמה אתית-משפטית על שום העיסוק הנדרש בשאלה האם בשלו התנאים בישראל להכרה בהורות ההסכמית כמכוננת הורות משפטית בלא כל זיקה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית, לילד.

הקושי אך מתעצם בנסיבות המקרה דנן שבו הייתה מערכת מורכבת וסבוכה של הסכמים בין הצדדים השונים להליך, הסכמים שכלל לא נערכו בכתב וממילא לא היו מפוקחים על ידי הרשות השופטת או על ידי רשות אדמיניסטרטיבית כלשהי. אקדים ואציין בפתח הארתי, כי לדעתי, בנסיבות המתאימות, בשלו התנאים בארץ להרחבת מעגל הזכאות ל"הורות המשפטית", גם כאשר מדובר בהורות הסכמית שאינה כוללת כל תרומה ביולוגית להבאת הילד לעולם. יחד עם זאת, אפשרות זו קיימת רק כאשר ההורות ההסכמית נרקמה תחת עינה הפקוחה של הרשות השופטת או רשות אדמיניסטרטיבית. הטעם לכך הוא הצורך לוודא שההסכם המתגבש אינו מקפח את טובת, רווחת וזכויות הצדדים השונים להליך ההפריה, ובראש ובראשונה את אלה של היילוד לעתיד לבוא, העשוי להיות הפגיע ביותר ובה בעת מי שהאינטרסים שלו לא בהכרח יילקחו בחשבון.

59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.1.2014) (להלן: פרשת מחוזי פלונית);  
לדיון אקדמי ראשון בפרשת תמ"ש פלונית ובפרשת מחוזי פלונית, ראו בהתאמה: Shahaar  
Lifshitz, *Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on*  
*Parenthood Essay*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. 297, 327–328 (2014); רות זפרן "הזכות  
להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" **משפטים על אתר** ח 1,  
14 ה"ש 81 (תשע"ה).

5 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981 (להלן: "חוק האימוץ"); חוק הסכמים לנשיאת עוברים  
(אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 (להלן: "חוק הפונדקאות"); ראו על כך  
בפרשת בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 5–6 לפסק דינה של הנשיאה נאור את ביקורתה  
הנוקבת: "לפי המצב החוקי הקיים בישראל, לא ניתן לערוך הסכמים לנשיאת עוברים ללא  
פיקוח ובקרה, וחל איסור על מסירה פרטית של ילד מאדם לחברו [...] לפי מערכת החוקים  
הקיימת, מה שעשתה המבקשת הוא אסור". זאת אל מול רצונו של השופט הנדל, שכתב את  
דעת הרוב לפיה אין לבקר את העותרת, שם, בפס' 16 לפסק דינו: "אין הכוונה באמור לבקר  
את המבקשת. המקרה מעורר אמפתיה רבה".

6 דברים, לב, 17. הפסוק צוטט בשינוי "לא שערום אבותינו", בהקשר של תרומות איברים  
והקדמה הרפואית בבג"ץ 5413/07 פלוני נ' מדינת ישראל **משרד הבריאות**, פ"ד סב(2)  
856, פסקה ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007).



ככה לא בונים הורות

כדי לעמוד על חדשנות הדברים ומורכבותם לאשורן, אפתח את הדיון בפירוט עובדות המקרה והדילמה האתית-משפטית הכרוכה על עקבו.

## ב. עובדות המקרה ודילמת ההכרה האתית-משפטית בהורות ההסכמית

הסגה נשואת דיונונו עוסקת באישה ישראלית אשר בהיותה בת 10 אובחנה כחולת ניוון שרירים קשה. כיום היא מוכרת כנכה בשיעור של 150%, היא אינה יכולה עוד לייצר ביציות תקינות וגופה אינו יכול לשאת היריון. על אף העובדה שגופה בגד בה, רוחה האיתנה ורצונה העז לחבוק ילד הובילו אותה לנסות להביא ילד לאוויר העולם בנסיבות המורכבות ומעוררות המחלוקת הבאות: היא קיבלה תרומת זרע ממכר ישראלי, תרומת ביצית נלקחה מתורמת אנונימית המתגוררת בדרום אפריקה. לאחר מכן, היא הסכימה, בעל פה בלבד, עם אחייניתה שהייתה כבת עשרים בלבד במועד ההסכמה, שהאחיינית תשמש לה כאם נושאת.<sup>7</sup>

מורכבות נסיבות המקרה נפרשת בפני הקורא לראשונה בפרשת בג"ץ פלונית, שם הופיע המידע לפיו האם הנושאת היא אחייניתה, בת אחותה, שהסכימה להיכנס להיריון עבודה בגיל צעיר למדי. כמובן, שההקשר המשפחתי הייחודי של נסיבות המקרה מעצים את פערי הכוחות בין העותרת ובין אחייניתה, וממילא הסכמתה המודעת והחופשית של האחרונה נפגעת בהתאם, כפי שניתן להתרשם מתגובתה לבקשת רשות הערעור לעליון ועדותה בבית המשפט לענייני משפחה. לא זו אף זו, האחיינית ביקשה במהלך ההיריון לחזור בה מהסכמתה ולהפיל את העובר, ורק לאחר ששוכנעה חזרה בה.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> תיאור מלא של ניסיונותיה הכושלים השונים של העותרת להוליד ילד ביולוגי, ולאחר מכן תיאור מעשיה השונים שהובילו ללידת הילד נשוא פסק הדין ראו פרשת תמ"ש פלונית, לעיל ה"ש 4, פס' 2 לפסק דינה של השופטת לוין; וכן ראו פרשת מחוזי פלונית, לעיל ה"ש 4, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברקאי.

<sup>8</sup> ראו על כך בפרשת בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה נאור. על פנייתה של האחיינית לשירותי הרווחה במהלך ההיריון בבקשה להפסיקו, בקשה ממנה חזרה לאחר מכן, ראו שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל; רבות נכתב בספרות המשפטית, האתית והסוציולוגית על החשש מפערי כוחות בין המקשרים החוזיים בהסכם לנשיאת עוברים ועל הפגיעה האפשרית הקשה בשל כך בהסכמה החופשית והמודעת של האם הנושאת, הנתפשת על פי רוב כצד המוחלש להסכם. על ניסיון להתמודד עם קשיים אלו לאור דוקטרינות מדיני החוזים המודרניים ותובנותיהן ראו Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, 20 WM. & MARY J. WOMEN & L. 423 (2014).



ואולם גם בלא ייחודיות נסיבות המקרה ומורכבותן, הדילמה הניצבת בבסיס העניין היא קשה וסבוכה מאוד, ועיקרה היכולת להכיר בפרט מסוים כהורה משפטי לילד מכוח כוונתו, רצונו והסכמתו בלבד. האם מי שלא השיא/ה תרומה ביולוגית כלשהי להבאת הילד לאוויר העולם יכול/ה להיחשב כהורה? לא תרומה גנטית כדוגמת תרומת זרע או ביצית, לא תרומה פיזיולוגית בנשיאת העובר ולידתו, ובלא כל קשר של נישואים מוכרים או למצער של חיים כידועים בציבור עם ההורה הביולוגי של הילד.<sup>9</sup> מן המפורסמות שאינן צריכות לראיה, היא התובנה הבסיסית של המשפט הישראלי, הנזכרת מפורשות בשלוש הערכאות השונות בעניין הנדון, לפיה הורות משפטית מוכרת אך ורק מכוח שלושת הגורמים הבאים: **היסוד הגנטי** – כאשר מטענו הגנטי של האדם,

<sup>9</sup> לביסוס ההכרה בהורות ההסכמית ולתמיכה בה, הקדשתי את עבודת הדוקטורט שלי. ראו יחזקאל מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה** (עבודת גמר לתואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"א). לא למותר לציין בהקשר זה את שפע הכתיבה האקדמית המתרבה ברבע המאה האחרונה שתומכת בתובנה זו. ראו למשל: 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, 413–420 (1991); Alexa E. King, *Solomon Revisited: Assigning Parenthood in the Context of Collaborative Reproduction*, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 329, 367–399 (1995); Perri Koll, *The Use of the Intent Doctrine to Expand the Rights of Intended Homosexual Male Parents in Surrogacy Custody Disputes*, 18 CARDOZO J.L. & GENDER 199, 223–324 (2011); Jesse M. Nix, "You Only Donated Sperm": *Using Intent to Uphold Paternity Agreements*, 11 J. L. & FAM. STUD. 487, 494 (2009); Jason Oller, *Can I Get That in Writing?: Established and Emerging Protections of Paternity Rights [In re K.M.H., 169 P.3d 1025 (Kan. 2007)]*, 48 WASHBURN L.J. 209, 220–223, 235–237 (2008); Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, 24 YALE J.L. & FEMINISM 210, 227–253 (2012); Marjorie Maguire Shultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, 1990 WIS. L. REV. 297, 321–398 (1990); Andrea E. Stumpf, *Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, 96 YALE L.J. 187, 192–208 (1986); Katherine M. Swift, *Parenting Agreements, The Potential Power of Contract, And the Limits of Family Law*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 913, 930–957 (2007); Deborah H. Wald, *The Parentage Puzzle: The Interplay Between Genetics, Procreative Intent, and Parental Conduct in Determining Legal Parentage*, 15 AM. U. J. GENDER & SOC. POL'Y & L. 379, 388–389 (2007); Catherine Villareale, *The Case of Two Biological Intended Mothers: Illustrating the Need to Statutorily Define Maternity in Maryland*, 42 U. BALT. L. REV. 365 (2013); Mary Patricia Byrn & Erica Holzer, *Codifying the Intent Test*, 41 WM. MITCHELL L. REV. 130 (2015).



הזרע או הביצית, הם שהביאו לאוויר העולם את הילד;<sup>10</sup> **צו אימוץ** – הניתן מכוח חוק האימוץ, אף בלא זיקה ביולוגית לילד;<sup>11</sup> **צו הורות** – הניתן מכוח חוק ה"פונדקאות" ומקנה את ההורות המשפטית לאב הביולוגי ולאם המזמינה, גם בלא זיקה גנטית לילד, כשמדובר בתרומת ביצית של תורמת אנונימית.<sup>12</sup> הואיל ומדובר ברשימה סגורה ובהסדר שלילי, כל מי שאינו נכנס באחת מקטגוריות אלו, אינו יכול להיחשב כהורה משפטי לפי המשפט הישראלי.<sup>13</sup>

גישה עקרונית עוינת זו כלפי ההורות ההסכמית, שאינה ייחודית רק למדינת ישראל, נתמכת בטיעונים נורמטיביים שונים העומדים על הבעייתיות הרבה שקיימת בהכרה בהורות הסכמית. בין היתר ניתן, בקליפת אגוז בלבד, לציין את הטיעונים הבאים: חשש אקוטי מפני פגיעה אפשרית בטובת הילד, באָמו ובחברה כולה: מחמת חולשתה היחסית של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה, יש צורך להכפיפה לערכים חברתיים שונים, כגון טובת הילד ושמירת זכויותיו; הסכמה זו בעייתית הן בשל טיעוני הביקורת הפמיניסטית על גווניה, הן מטעמים פנים-חוזיים והן מטעמים אחרים כגון בעיית הקומודיפיקציה.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> לעיגונה של קביעה זו בחקיקה ראו למשל: ס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א–1951; ס' 14–15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962.

<sup>11</sup> ס' 1, 3, 7, 10–11, 13, 19–20 לחוק האימוץ, לעיל ה"ש 5; על צו האימוץ בפרט ועל האימוץ בכלל ראו רות זפרן "אימהות יש גם שתיים - הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** ג 351, 367–372 (התשס"ח).

<sup>12</sup> ס' 1, 10–14 לחוק הפונדקאות, לעיל ה"ש 5. על צו ההורות ועל עיקרי ההסדרה החקיקתית של נשיאת עוברים בישראל ראו: אתי סממה ונופר ליפקין "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל" **משפט וממשל** טו 435, 446–448 (2013).

<sup>13</sup> ראו על כך בקביעות הנחרצות הבאות, שבשל חשיבות העניין להמשך הדיון תובא אחת מהן כלשונה: "לטענת המדינה, בהתאם לדין הישראלי ההורות בישראל נקנית ונרכשת באחת משלוש דרכים: הורות ביולוגית, הורות משפטית מכוח צו אימוץ או הורות משפטית מכוח צו הורות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים", פרשת **תמ"ש פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 17 לפסק דינה של השופטת לוי; **מחוזי פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ברקאי.

<sup>14</sup> לסקירה רחבה יותר של טיעוני המתנגדים להכרה בהורות ההסכמית, בארץ ובעולם, ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב, 265–272 (1989); מרגלית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 60–97. לספרות לועזית ראו, למשל: Hollinger J. Heifetz, *From Coitus to Commerce*; Legal and Social Consequences of Noncoital Reproduction, 18 U. MICH. J.L. REFORM 865 (1985); A.M. Capron & M.J. Radin, *Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood*, 16 J.L.MED. & ETHICS 34 (1988); William J. Wagner, *The Contractual Reallocation of Procreative Resources and Parental Rights*; Marsha; *The Natural Endowment Critique*, 41 CASE W. RES. L. REV. 1 (1990).



### ג. ואף על פי כן – קביעת הורות משפטית בהסכמה

במחקר מקיף, אותו הקדשתי להצגתה ולביסוסה של ההורות ההסכמית ולהדיפת הטיעונים השונים המושמעים כנגדה, ביקשתי להתמודד אחד לאחד עם טיעוני המתנגדים השונים לגופם.<sup>15</sup> יחד עם זאת, ביקשתי להפנים את עיקר הביקורת ולהציג מודל מעודן יותר שמבקש להתמודד נכונה עם הקשיים הניצבים, לכאורה, לפתחה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה. לעת עתה, לצורך מיקוד הדיון, אסתפק בדחייה על הסף של כל קריאה להכיר בהורות הסכמית פרטית, כדוגמת שרשרת ההסכמות הפרטיות במקרה נשוא דיוננו. לטעמי, קיים צורך להכפיף את ההסכמה הנרקמת לפיקוח ציבורי באמצעות מנגנון משפטי או אדמיניסטרטיבי.<sup>16</sup> ואולם קודם שאעבור לתיאור מפורט יותר בפרק הבא העוסק בפיקוח הציבורי הנדרש בעיניי, אבקש לסתור את הנחת העבודה הלכאורית בדבר קיומה של רשימה סגורה של אמצעים ודרכים במשפט הישראלי להפוך להורה משפטי לאור הדיון בפסק הדין נשוא דיוננו שהתקיים בערכאות השונות. לטעמי, קריאה ביקורתית של פסק הדין בערכאות השונות תלמד אותנו שהקביעה אודות שלוש הגורמים, הבלבדיים לכאורה, שמקנים הורות משפטית כלל אינה נחרצת כפי שהיא נחזית, וכי הלכה למעשה אין המדובר בסוף פסוק כלל ועיקר. השינוי הראשון, אם כי מינורי, מופיע בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בפרשה זו. שם, כמעט בלא אומר ודברים, הוסף גורם נוסף המקנה הורות משפטית לילד והוא ההורות הפיזיולוגית.<sup>17</sup> הורות זו יסודה בהכרה בחשיבות ובתרומה העצומה של האישה הנושאת את העובר ברחמה במהלך חודשי ההיריון השונים, כך שבעקבות לידת הילד תהפוך לאמו המשפטית לכל דבר ועניין, גם אם הילד נולד מתרומת ביצית של אישה אחרת.

Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 HARV. L. REV. 835, 859–866 (2000).

<sup>15</sup> על כך ראו מרגלית, לעיל ה"ש 9.

<sup>16</sup> ליישומה של ההורות ההסכמית בישראל ראו יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835 (תשע"ב) (להלן: מרגלית "לקראת קביעת הורות הסכמית").

<sup>17</sup> פרשת **מחוזי פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברקאי: "הורות משפטית מכוח [...] הוראות חוק תרומת ביציות התש"ע – 2010".



הורות זו מעוגנת כיום בחוק תרומת ביציות הקובע כדלקמן: "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין".<sup>18</sup>

ואולם קיים שינוי דרמטי יותר בתיאור רשימת היסודות שמכוחם ניתן לכוון הורות משפטית במשפט הישראלי. שינוי זה נמצא בעניין בג"ץ פלונית, בדעת הרוב שנכתבה בידי השופט הנדל, שמכנה כך את האדן הרביעי החדש יחסית, כהגדרתו:

"הזיקה לזיקה – לעתים, אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד. הדבר רלוונטי במקרה בו זוג אינו יכול להביא לעולם צאצא מהחומר הגנטי של שני בני הזוג, אלא רק משל אחד מהם. עם זאת בתום ההליך שני בני הזוג מוכרים כהוריו של היילוד: אחד מהם מכוח הזיקה הגנטית והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי".<sup>19</sup>

<sup>18</sup> על כך ראו ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. מעניין לציין כי בפרשת בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, השופטים ג'ובראן והנדל הפכו את הזיקה הפיזיולוגית ליסוד מכונן מקובל של ההורות במשפט הישראלי, ראו על כך בהתאמה פס' 7-8 ופס' 1 לפסק דינם; על כברת הדרך המסוימת שעשה המחוקק בס' זה תוך התרחקות מהמודל הגנטי לטובת המודל הפיזיולוגי ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' מד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.2.2013). להדגשת חידוש חקיקתי זה ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת.צ. נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פס' 20 לפסק דינה של השופטת מילר (פורסם בנבו, 4.3.2012) (להלן: פרשת ת.צ.). לדיון אקדמי במודל המבכר את ההורות הפיזיולוגית ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים 1, 553, 571-575 (2012) (להלן: מרגלית "מענה לדילמה").

<sup>19</sup> ראו על כך בהרחבה בפרשת בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינו השופט הנדל. יש לסייג את הדברים בהקשר בו המדובר בהכרה באמהות ה"אם המזמינה" שתרמה גם את ביציתה להבאת הילד לעולם באמצעות צו הורות פסיקתי, הגם שלמעשה אין מדובר במקרה של "זיקה לזיקה". ראו, למשל: תמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 3.2.2013) (במצב החוקי הקיים היום, עקרון השוויון מביא למסקנה כי בהליך של פונדקאות בחו"ל, במקרה שהאם המיועדת היא בעלת המטען הגנטי אין צורך בפרוצדורה משפטית נוספת, על מנת להכריז על האם המיועדת כאם הקטין); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 35569-03-12 צ' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.7.2013) (אין להטיל על התובעים דרישה לקיום הליך משפטי לצורך קבלת "צו הורות פסיקתי" להורותה של התובעת על הקטינה שנולדה בהליך פונדקאות בחו"ל ושברדיקה גנטית אשרה כי התובעים הם הוריה הביולוגיים); תמ"ש (משפחה נצ') 21535-01-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.4.2013) (להלן: פרשת פלוני ופלונית) (לאור תוצאות הבדיקה הגנטית המראה בסבירות גבוהה מאוד אימהות ואבהות



ואכן, צודק השופט הנדל כי בתקופה האחרונה, ולמעשה בשנתיים-שלוש האחרונות בלבד, פותחה תובנה זו ועוגנה בידי הרשות השופטת בדמותו של צו ההורות הפסיקתי. לאור צו שיפוטי חדש-ישן זה, בדומה לצו ההורות הקבוע בחוק ה"פונדקאות", יכולה בת זוג לסבית או בן זוג הומו להיות מוכרים כהורה משפטי נוסף של הילד, חרף העובדה שאין להם כל זיקה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית, לילד, והעובדה שנישואיהם – אם נישאו – אינם מוכרים עקרונית בישראל.<sup>20</sup> חרף הצהרות חוזרות ונשנות של בתי המשפט השונים המכירים בהורות מחודשת זו כאילו שמדובר בהסדר ביניים בלבד עד אשר יסדיר זאת המחוקק,<sup>21</sup> הולכים ומתרבים המקרים שבהם נעשה בו שימוש.

20  
21  
גנטית של המבקשים על הקטין ניתן להצהיר על המבקשת כאם המשפטית מכוח צו הורות פסיקתי (בלבד); תמ"ש (משפחה ת"א) 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.3.2013) (יש צורך ליצירת קשר משפטי בין האם לבין הבת בדומה לצו הורות הניתן בחוק הפונדקאות במקרה של פונדקאות בישראל).  
להכרה באבהות המשפטית של בן הזוג ההומו ראו על כך, למשל: תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 א.ל.נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014) (אין על ביהמ"ש חובה לקבל תסקיר פקיד סעד כתנאי מוקדם למתן צו הורות פסיקתי); תמ"ש (משפחה ת"א) 4355-08-13 מ.א.ד.נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.5.2014) (לא בכל מקרה של פונדקאות חו"ל יירש תסקיר לשם הכרעה במתן צו הורות ככל שלא מדובר בהורות גנטית); תמ"ש (משפחה ת"א) 50794-01-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה - לשכת העבודה והרווחה תל אביב, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 27.5.2014) (במסגרת הליך פונדקאות שנעשה בחו"ל אין חובה להורות על קבלת תסקיר סעד כתנאי למתן צו הורות פסיקתי). להכרה באימהות בת הזוג הלסבית, ראו: אמצ (משפחה ת"א) 245-01-14 ס.א.א.נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 4.9.2014) (הצעת מתווה משפטי המאפשר מתן פסק דין הצהרתי לקביעת קשרי הורות במצב של הולדת קטין לבני זוג ללא הטייה מגדרית); אמצ (משפחה חיפה) 27525-06-13 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 18.8.2014), ניתן לצפייה בקישור: [lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/27525-06-13.pdf](http://lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/27525-06-13.pdf) (ניתן להכיר באם לא ביולוגית שזוגתה הביאה לעולם ילד באמצעות תרומת זרע, מבלי שתצטרך לעבור הליך אימוץ מלא, אך בכפוף לתסקיר של עו"ס). מעניין לציין כי ראשיתו של צו ההורות הפסיקתי דווקא בהכרה בהורות בת הזוג הלסבית שתרמה את ביציתה לבת זוגה שנשאה את ילדם ברחמה. ראו על כך פרשת ת.צ., לעיל ה"ש 18. בשולי הדברים יצוין שאם בני הזוג ההומו-לסביים נישאו בחו"ל, נישואיהם יהיו מוכרים לצורכי המרשם בישראל, ראו על כך בפס"ד המנחה בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006). ראו, למשל, את הקביעות הבאות: "בפתח הודעת העדכון המשלימה חזר הנתבע על עמדתו בהודעת העדכון מיום 10/5/13 ולפיה עד להשלמת החקיקה בנושא ניתן להסכים למתן צו הורות פסיקתי, במקום צו אימוץ [...] בהודעה זו הודגש כי ההסכמה הינה בנסיבות המיוחדות ועד להשלמת החקיקה, ולא כהסכמה לכינונו של צו-ההורות-הפסיקתי" פרשת א.ל., שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט אליהו; "כידוע, נכון להיום לא קיימת חקיקה צ"ל חקיקה – י.מ.] מוסדרת בקשר להליכים משפטיים הנלווים להליך פונדקאות המבוצע בחו"ל [...] אין זו הפעם הראשונה בה ניצבים בתי המשפט בפני מצב בו טרם נקבע הסדר חקיקתי ובאין הסדר חקיקתי מצופה מבית המשפט כי ימלא את החסר בפסיקתו"





וכך, רק במהלך השנה החולפת, אפשרות זו התבססה בפסיקת בג"ץ, שהכירה בהורות של בן זוג הומו ואב גנטי שהולידו את ילדם באמצעות אם נושאת בארצות-הברית כשני אבות משפטיים לילד במסגרת רישומם במרשם האוכלוסין.<sup>22</sup> אפשרות זו מעוגנת כיום גם בהצעת החוק לתיקון חוק ה"פונדקאות", שבשלהי הכנסת הקודמת עברה בקריאה ראשונה.<sup>23</sup> אם תחפוץ בכך הכנסת, ויש להטיל בכך ספק רב, היא תוכל להחיל רציפות על הליך החקיקה ולקדמו יחסית במהירות.<sup>24</sup> בדומה, בתחילת חודש מרץ האחרון הוכרה בת זוג לסבית כאם משפטית נוספת של ילד בלא צורך בהליך אימוץ פורמלי, מכוח צו הורות שיפוטי זה בלבד. ויודגש, במסגרת תיק זה הוגשה חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה, לראשונה, אינו מתנגד כדבר שבשגרה להכרה כזו.<sup>25</sup> אמנם ניתן לקבל את הסברו המלומד של השופט הנדל, לפיו צו ההורות הפסיקתי הוא אך ורק הרחבה של היסוד הגנטי וכלשונו: "ואולם הכרה זו כאמור, בדומה לחקיקה שהובאה, נובעת מהזיקה הגנטית שבין היילוד לבין אחד מבני הזוג, המשליכה על בן

(ההדגשות שלי – י.מ.) פרשת מ.א.ד., שם, פס' 26–41 לפסק דינו של השופט שני; "לאחרונה, במסגרת הדיון בפרשת ממת מגד ניתנה הסכמה נוספת של המדינה להכרה בהורות - ללא זיקה ביולוגית וללא צורך בהליך אימוץ - באמצעות 'צו הורות פסיקתי' שיינתן בביהמ"ש לענייני משפחה, במקום צו אימוץ לפי חוק האימוץ, עד שיוסדר נושא פונדקאות חו"ל בחקיקה" פרשת ט.א.א., שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת אופק; "סבורני, כי בהעדר הסדר חקיקתי לפונדקאות חו"ל, יש להלך עפ"י פסיקתו של בית המשפט לענייני משפחה [...] וליתן 'צו הורות פסיקתי' בדומה להסדר הקיים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים" פרשת פלוני ופלונית, לעיל ה"ש 19.

22 בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014). לביקורת והערכת חדשנות פסק הדין ראו יעקב בן-שמשי, חגי קלעי ויהודית מייזליס "פרקי אבות" – על החלטת בית המשפט הנוגעת לרישום זוגות בני אותו מין כהורים לתינוקות שהובאו בהליך פונדקאות-חו"ל" המשפט ברשת – זכויות אדם מבזק הארות פסיקה 28 (2014) [www.colman.ac.il/research/research\\_institute/katedra\\_HumanRights/Psika/Pages/default.aspx](http://www.colman.ac.il/research/research_institute/katedra_HumanRights/Psika/Pages/default.aspx). להכרה המקבילה של בג"ץ באפשרות להכיר באימהותה של בת הזוג הלסבית מכוח צו ההורות הפסיקתי ראו: בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.9.2014).  
23 הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 (knesset.gov.il/Laws/Data/BillGovernment/886/886.pdf). לביקורת היבט אחד של הצעת החוק ראו יחזקאל מרגלית "עובר ושב" עורך הדין 27, 122 (2015).  
24 ראו על כך זפרן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 31.  
25 "ובכל זאת, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, ונוכח התפתחויות שאירעו לאחר הודעת המדינה בבג"ץ ממת הנ"ל, סברנו כי אין מקום עוד להתנגדותנו למתן 'צו הורות פסיקתי' בנסיבות המקרה דנן, בסייגים ובגדרים אותם נפרט". ראו על כך פס' 31 לעמדת היועץ המשפטי שהוגשה בתמ"ש (משפחה ר"ג) 57740-12-13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 1.3.2015). עותק של העמדה שמור אצל המחבר.



הזוג השני, אשר נעדר זיקה גנטית ישירה ליילוד<sup>26</sup>. כלומר, בן הזוג שאינו הורה גנטי מוכר כהורה משפטי נוסף לילד מכוח ה"זיקה" וקשר הזוגיות שלו לבעל ה"זיקה" הגנטית, כאשר תוקף ההכרה בהורות המשפטית נעוצה בזיקה הגנטית. ואולם קריאה ביקורתית של פסיקות בתי המשפט השונות, המצדדות בעשיית שימוש בצו הורות פסיקתי, מגלה כי רבות מהן אינן רואות בכך הרחבה של היסוד הגנטי גרידא, אלא דווקא יישום פרקטי נוסף של ההורות ההסכמית. יפות לעניין זה הקביעות השיפוטיות הבאות:

"על היחלשותו של מודל קביעת ההורות על בסיס גנטי מול מודלים של הורות פיסיוולוגית, הורות חברתית-פונקציונלית (או בשם אחר "הורות פסיכולוגית"), ומודלים אחרים כדוגמת מודל טובת הילד ומודלים המבוססים על הסכמת הצדדים, בהקשר הרחב נכתב לא מעט [...] המעבר למודלים אחרים לרבות המודל ההסכמי מחייבים אף שינוי הגישה והתפיסה לגבי אופן ההכרעה בתובענה לצו הורות"<sup>27</sup>.

"בנסיבות שבפני שוכנעתי כי אכן התובעים הוכיחו והצביעו על ראיות אחרות המצדיקות מתן צו הורות פסיקתי אף ללא קבלת תסקיר: [...] התובעים חתמו בשנת 2010 על הסכם חיים משותפים ביניהם [...] מתוך רצון להרחיב את התא המשפחתי ביניהם חתמו התובעים בשנת 2012 על הסכם עם פונדקאית אזרחית ארה"ב אשר הסכימה לשאת עברום את ההריון ולהוליד ילדים אשר יהיו ילדיהם הגנטיים של התובעים [...] התובעים הסכימו כי גם אם יוולד ילד אחד בלבד עם זיקה גנטית לאחד התובעים, שני התובעים יתייחסו לילד כאל ילדם המשותף לכל דבר ועניין"<sup>28</sup>.

"סבורני, כי סעיף 1(4) הנ"ל יכול להכיל את האפשרות לפיה במצב של הולדת קטין לבני זוג, ללא הטייה מגדרית, המקיימים מערכת יחסים זוגית, למצער כידועים בציבור, כשמתקיים קשר גנטי בין אחד מבני הזוג לבין הקטין, והפרט שאינו קשור ביולוגית לילד

<sup>26</sup> ראו על כך בפרשת בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. וכך מבאר הוא בהמשך דבריו את חשיבות הזיקה של בן/ת הזוג לבעל הזיקה הגנטית: "באשר לזיקה לזיקה, ישנה הכרה חברתית במעמדה של הזוגיות ובקשר ההדוק של אותו אדם עם בעל הזיקה הגנטית. קשר זה משליך גם על בן או בת הזוג אשר לא תרמו ללידה מבחינה גנטית או פיזיולוגית".



מקיים שני סממנים עיקריים: מתקיימים רצון וכוונה אמיתית ליחסי הורות והסכמה של ההורה הלא ביולוגי לקבל על עצמו חובות הוריות היכולה להתגבש כביטוי מפורש, לדוגמא בהסכם הורות, או להילמד מההתנהגות בפועל בקשר עם הורייתו והולדתו של הקטין [...] במצב דברים כזה יכול להינתן פסק דין הצהרתי לקביעת קשרי הורות".<sup>29</sup>

"המבקשות [...] חתמו על הסכם חיים משותפים אשר אושר בפני בית משפט זה...בפרק 7 להסכם, הוסכם בין המבקשות כי כל הילדים שיוולדו להן במהלך חייהם המשותפים יחשבו כילדיהן המשותפים, ללא כל קשר לשאלת השייכות הביולוגית של מי מהילדים למי מהן [...] העובדות המתוארות לעיל מעידות על כוונת המבקשות ליצירת הורות משותפת ביחס לקטינות".<sup>30</sup>

העולה מן המובאות לעיל הוא כי שוב ושוב נמצאו למדים אודות שחיקת היסוד הגנטי לטובת היסוד ההסכמי.<sup>31</sup> וכך, במעבר שבין הדיון בשתי הערכאות הראשונות בעניין **תמ"ש פלונית** ובעניין **מחוזי פלונית**, לבין הדיון בערכאה השלישית בעניין **בג"ץ פלונית**, נוספה אפשרות רביעית שבמסגרתה ניתן להכיר בהורות המשפטית.<sup>32</sup> הגם שנבואה ניתנה לשוטים, סבורני שניתן להניח בזהירות שמגמה זו אך תלך ותתחזק, ואנו נוסיף ונראה שחיקה במעמדו האקסקלוסיבי של היסוד הגנטי. את מקומו תלך ותתפוס בהתאמה ההורות ההסכמית. וכך לא ירחק היום שבו תתווסף אפשרות חמישית, העומדת על רגליה שלה, בדמות ההורות ההסכמית.<sup>33</sup>

27 ראו על כך פרשת **א.ל.**, לעיל ה"ש 20, פס' 68 לפסק דינו של השופט אליהו.  
28 ראו על כך פרשת **פלוני**, לעיל ה"ש 20, פס' 33 לפסק דינה של השופטת שפירא גליק.  
29 ראו על כך פרשת **ס.א.א.**, לעיל ה"ש 20, פס' 19 לפסק דינה של השופטת סגלית אופק.  
30 ראו על כך פרשת **פלוניות**, לעיל ה"ש 20, פס' 24–28 לפסק דינה של השופטת שושנה ברגר.  
31 על התמורות השונות שחלו במעמדו של היסוד הגנטי כחזות הכל לקביעת ההורות המשפטית ראו יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" **משפט רפואי ובין-אתיקה** 3, 125 (התש"ע).  
32 לסתירה שיפוטית קודמת של טיעון המדינה כי קיים בחוק הישראלי שלושה מסלולים בלבד להכרה ראו את דברי השופט שני בפרשת **מ.א.ד.**, לעיל ה"ש 20, פס' 36 לפסק דינו: "ב"כ היועמ"ש סברה כי בארצנו אך 3 מסלולי הורות: ביולוגי, אימוץ וחוק הפונדקאות בתחומי ישראל, דעתי שונה מעט".  
33 תובנה זו אודות זניחת היסוד הגנטי לטובת קשת רחבה של יסודות אחרים, ובראש ובראשונה, היסוד ההסכמי, כגורם בלתו אין לקביעת הורות משפטית צוטט בהסכמה גם,



## ד. המנגנונים הציבוריים-משפטיים הנדרשים

כאמור בקצירת האומר לעיל, לטעמי, מתן תוקף להורות הסכמית והכרה בה בלא כל פיקוח ובחינה קפדנית של מהות ההסכם המתגבש, כפי שחסרו אקוטית במקרה הנדון, עלול לפגוע בערכים ציבוריים-חברתיים מן המעלה הראשונה. סברתי מטעם זה שאין לאפשר חופש חוזים מלא או להכיר בו בעניין כה מורכב ורגיש זה. ידועה האמרה שמאז ומעולם ככלל אין בנמצא חופש חוזים מלא ואמתי. הדברים ודאי יפים לקביעת הורות משפטית.<sup>34</sup> הנסיבות העמומות והבעייתיות לכאורה של הסכמת האחיינית לשמש אם נושאת ולשאת את העובר עד תום ההיריון, יוכיחו את החשש הלא מבוטל מפני פגיעה קשה בהסכמה מדעת וברצון החופשי של האם הנושאת. לפיכך, יש לדחות על הסף את הקריאות השונות המושמעות בספרות הזרה שמצדדות בחופש חוזים ללא כל פיקוח שיפוטי או אדמיניסטרטיבי. קריאות אלו, הנשמעות לא אחת מפי מלומדי הניתוח הכלכלי של המשפט,<sup>35</sup> עלולות להיות פוגעניות ביותר, שכן קיים חשש סביר שהסכמה לא מפקחת כזו תפגע פרטנית בצדדים השונים ובעיקר במוחלשים חברתית ומשפטית, לרוב הנשים והילדים, ובאופן כללי תגרום לדה-הומניזציה ולרדוקציה של בני אדם כטובין העובר לסוחר.<sup>36</sup>

בין היתר, בבג"צים הבאים בפסק הדין של השופט רובינשטיין: בפרשת **פלוגית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 18, פס' מג; בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פס' מ' (פורסם בנבו, 18.9.2014). לאימוץ המודל החברתי לקביעת ההורות המשפטית ראו, למשל, פרשת **ממט-מגד**, לעיל ה"ש 22, פס' ו; בג"ץ 5020/08 **פולטורצקי נ' מדינת ישראל**, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו (פורסם בנבו, 12.9.2013); תמ"ש (משפחה ת"א) 21910-02-10 **פלוגית נ' אלמונית**, פס' 3.2.11–3.2.12 לפסק דינה של השופטת ז'יטניצקי-רקובר (פורסם בנבו, 27.8.2013) וביתר הרחבה טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד 415 (2014).

לקביעות השיפוטיות הקיצוניות ביותר בעניין ראו, למשל, דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4), 661, פס' 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (1996): "הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה [...] שכן עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור". להסתייגות ולציידוד בתובנה זו ראו בהתאמה בפרשת **פלוגית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 18, פס' סא לפסק דינו של השופט רובינשטיין; פרשת **מחוזי פלוגית**, לעיל ה"ש 4, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברקאי; "הייתי מרחיק לכת ואומר כי ההסכם כפי שמוצע במתכונתו הנוכחית – עם כל כוונותיהם הטובות של המעורבים – אינו הסכם כלל. הסיבה לכך היא כי [...] חשוב לשמוע את קולו של היילוד, גם אם הוא אינו מסוגל לדבר", פרשת **בג"ץ פלוגית**, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינו של השופט הנדל.

ראו על כך בעיקר במחקריו השונים של ריצ'רד פוזנר (Posner), הנזכרים אצל מרגלית "לקראת קביעת הורות הסכמית", לעיל ה"ש 16, בעמ' 868 ה"ש 96.

תיאור נרחב של בעיית הקומודיפיקציה ראו מרגלית, לעיל ה"ש 9, בעמ' 83–89 וביתר המקורות הנזכרים אצל: Yehezkel Margalit, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating*



ככה לא בונים הורות

דווקא פיקוח ציבורי והצבת גבולות ברורים לחופש החוזים הפרטי של הצדדים השונים, עשויים ללמד על הבאת האינטרסים החברתיים המרכזיים בחשבון, ובראש ובראשונה טובת הילד העתיד להיוולד וזכויותיו.<sup>37</sup> וכך ציטטו בהסכמה מתוך מחקר קודם שלי שלוש הערכאות בענייננו:

“מתן חופש חוזים בהקשר של קביעת הורות משפטית בלא כל פיקוח והגבלה של דיני המשפחה עשוי לפגוע באינטרסים חברתיים מן המעלה הראשונה, שעליהם מבקשים כעניין שבשגרה דיני המשפחה להגן – מניעת ניצול ופגיעה בפרטים העשויים להיות מוחלשים בהקשר המשפחתי, שמירת טובת הילד וזכויותיו כמו זכויותיהם של יתר הפרטים המעורבים בהליך ההריוני ומניעת קומודיפיקציה שלהם על היבטיה השונים.”<sup>38</sup>

הצעת, לפיכך, היא להכפיף את קביעת ההורות המשפטית בהסכמה<sup>39</sup> למנגנונים ציבוריים שונים, כדוגמת הצורך באישור אדמיניסטרטיבי לחוזה להורות הסכמית או בקבלת פסק דין בתביעת אבהות ואמהות. זאת, בצד האפשרות הקיימת זה מכבר

*International Surrogacy Agreements*, THE JOURNAL OF LAW & POLICY 81 (forthcoming 2016), available at

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2586651](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2586651)

על הפנמת תובנה זו בפסקות בתי המשפט השונות, על תמיכה בעריכת הסדר שיפוקח ויבוקר בנוגע להורות הנרקמת והצבעה על כך שהדבר יסייע לשמור על טובתו וזכויותיו של היילוד שעתיד להיוולד כתוצאה משותפות הורית שכזו, ראו, למשל, תה"ס (משפחה ת"א) 855-10-13 פלוגי נ', פס' 43-44 לפסק דינה של השופטת סנונית-פורר (פורסם בנבו, 29.10.2013). למקור הדברים ראו מרגלית "מענה לדילמה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 597.

ראו על כך: פרשת תמ"ש פלוגית, לעיל ה"ש 4, פס' 32 לפסק דינה של השופטת לוין; פרשת מחוזי פלוגית, לעיל ה"ש 4, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ברקאי; פרשת בג"ץ פלוגית, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות. זהו ציטוט בהסכמה מתוך מחקר קודם שלי, ראו מרגלית "לקראת קביעת הורות הסכמית", לעיל ה"ש 16, בעמ' 858.

ליישומים פרקטיים של תובנה זו, כפתרון מוצע לסכסוכים בין בני זוג פרודים סביב הביציות המופרות המוקפאות שלהם, כאפשרות להכרה בהורות בן/ת הזוג השני/יה בזוגיות הומו-לסביות ובמסגרת עתידנית יותר של יילודים שיילדו רק מתא רבייה של מין אחד, ברחם מלאכותי, בשיבוט וכד' ראו בהתאמה: Yehezkel Margalit, *To Be or Not to Be (A Parent)? - Not Precisely the Question: the Frozen Embryo Dispute*, 18 CARDOZO J.L. & GENDER 355 (2012); Yehezkel Margalit, *Intentional Parenthood: A Solution to the Plight of Same-Sex Partners Striving for Legal Recognition as Parents*, 12 WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. 39 (2013); Yehezkel Margalit & John Loike, *The New Frontier of Advanced Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood*, 37 HARV. J.L. & GENDER 107 (2014).



להתייצב בפני פקיד מינהל האוכלוסין במסגרת הליך הכרה באבהות. לחילופין הצעתי להקים מרשמי הורות.<sup>40</sup> מטרתם של גופים שיפוטיים-אדמיניסטרטיביים אלו היא לפקח על הליך ההורות ההסכמית ההולכת ונרקמת, כדי לוודא שזכויותיהם ורווחתם של הצדדים להסכם ההורות לא תיפגענה. אני סבור שכתוצאה מהליך פיקוח ציבורי זה, אם יתברר שההורות ההסכמית המתגבשת עלולה לפגוע פגיעה קשה בטובת הילד, ברווחתו או בזכויותיו השונות, יש למנוע מראש את אישורו, בדומה למסקנת שלוש הערכאות שבנדון.<sup>41</sup>

### ה. הורות הסכמית – עניין למחוקק לענות בו (כאן ועכשיו)

אליה וקוץ בה, הדרך היחידה להכיר בתוקפה של ההורות ההסכמית, על יתרונותיה השונים, עוברת אך ורק דרך בית המחוקקים. בכל פסיקות הערכאות השונות בענייננו, עוברת כחוט השני הקביעה הנחרצת שלפיה הכרה בהורות כזו לא יכולה להיעשות בחקיקה שיפוטית אלא עניין הוא למחוקק לענות בו.<sup>42</sup> ואולם אין הדברים צריכים להיות בגדר "הלכתא למשיחא", קצב התפתחות מדעי הביולוגיה והרפואה והתקדמותם מסחרר, ודומה שכמעט כל תרחיש בתחום, שנכון להיום דמיוני, יהפוך מהר מאוד לדילמה האתית-משפטית הסבוכה של המחר. לא זו אף זו, הפתיחות החברתית מביאה בכנפיה מבני משפחה שונים ומגוונים, שמעצימים בתורם את דילמות קביעת ההורות המשפטית במנעד רחב של מקרים.

<sup>40</sup> ראו מרגלית "לקראת קביעת הורות הסכמית", לעיל ה"ש 16, בעמ' 894–899.  
<sup>41</sup> לתמיכה מחקרית בתובנה זו ראו, למשל, זפרן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 32: "כמו כן שלילת האפשרות להשתמש בפונדקאות כמו גם בטכניקות הולדה מלאכותיות אחרות תחול רק במצבים של פגיעה קשה, הצפויה בוודאות גבוהה, בילד העתידי". על יישומה של תובנה זו באופן כללי ובאופן פרטני יותר בהקשר של זוגיות הומו-לסבית ותרומת זרע להורים יחידניים ראו בהתאמה: Yehezkel Margalit, *Bridging the Gap Between Intent and Status: A New Framework for Modern Parentage*, WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. ; 70–60, בעמ' 39, לעיל ה"ש 39, בעמ' 60–70; Yehezkel Margalit, *Artificial Insemination from Donor (AID) – From Status to Contract and Back Again?*, 20 B.U. J. SCI. & TECH. L. (forthcoming 2015).  
<sup>42</sup> ראו על כך: פרשת **תמ"ש פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 32 ו-48 לפסק דינה של השופטת לוין; פרשת **מחוזי פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 18 ו-22 לפסק דינה של השופטת ברקאי; פרשת **בג"ץ פלונית**, לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינו של השופט הנדל, פס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן, פס' 4–5 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.



ככה לא בנוים הורות

ניתן להמשיך ולהסתפק בקריאה הנשנית למחוקק לאורר את הפירושים השונים למושג המשפחה, מהו אב ומהי אם, אך בכך בוודאי אין די. לפיכך טוב יעשה המחוקק אם ימסד מנגנון שידון בקביעות בהתפתחויות השונות בתחום, וייעץ למחוקק ולבתי המשפט איזו היא הדרך הישרה שיבוררו להם בסוגיות אנושיות-מדעיות-משפטיות-אתיות כה סבוכות ומורכבות, וזאת בצד פיקוח על טיפולי הפוריות השונים.<sup>43</sup> אולי אז ימנעו מלכתחילה אותן טרגדיות אנושיות, שלהן חברו הקדמה הרפואית, הפתיחות החברתית והמבוכה המשפטית-אתית, כאותה טרגדיה נשואת דיוננו. על כפות המנעול אצטט את דבריה של השופטת לוין בפסקת הסיום שלה בעניין **תמ"ש פלונית**:  
"הערה לפני סיום.

נושא קביעת ההורות בישראל נעדר הסדרה חקיקתית או פסיקתית ברורה ועקיבה. הסדרה מקיפה וקוהרנטית של כלל הדילמות שבהן עולה הסוגיה צריכה להיעשות על ידי המחוקק [...] פיתוחם המואץ של הרפואה והמדע, וה'ליברליות' הקיימת במקומות שונים בכפר הגלובלי, מחייבים את המחוקק לפעול להסדרה חקיקתית, ובהקדם".<sup>44</sup>

<sup>43</sup> להצעה ראשונית להקים וועדת-על מייעצת ארצית בתחום ולהצעה נועזת יותר להקים רשות לאומית לפיריון ראו בהתאמה משרד הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל** 7 (2012), [www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf); יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" **מאזני משפט** ט 267, 308–305 (2014).

<sup>44</sup> פרשת **תמ"ש פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 50 לפסק דינה של השופטת לוין.