

# הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

## שחר ליפשיץ

"מבלי ששמנו לב, קמנו בוקר אחד וגילינו שבמדינת ישראל אסור לומר  
שמשפחה – אבא ואימא" (עקרונות מפלגת נעם).<sup>1</sup>

"זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל  
צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו" (מתוך פסק דינו של  
השופט פוגלמן בפרשת ארד-פנקס).<sup>2</sup>

**מבוא** ♦ א. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות 1. מעבר לטבע ולחווה – ההורות כמוסד חברתי (א) מיהו הורה? ההורות בין טבע לחווה (ב) אפיון הגישות הביולוגית-טבעית והחווית-כוונתית כגישות פרטיות והדחיקת ההיבט הציבורי-מוסדי של הסדרת ההורות 2. אתיקת ההורות – האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד כבסיס האתי של ההורות 3. הזכות להפוך להורה לנוכח אתיקת ההורות 4. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות – מתאוריה עיונית לעקרונות פעולה מעשיים (א) אתגר ההתחשבות באתיקת ההורות ובשיקולי טובת הילד העתידי בעת הרגולציה של ההולדה (ב) הערת אזהרה כנגד שימוש נרחב בשיקולי טובת הילד העתידי לצורך פסילת הורים מיועדים 5. השפעת ההיבטים המוסדיים ואתיקת ההורות על קביעת ההורות 6. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות: סיכום ♦ ב. המאבק של גברים יחידים ושל זוגות מאותו המין על זכותם להביא ילדים לעולם באמצעות פונדקאות 1. רקע היסטורי 2. תמונת מצב עדכנית: פרשת ארד-פנקס מחוזה בשלושה חלקים 3. המאבק של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין לפונדקאות בראי הגישה המוסדית להורות (א) הכרת הגישה המוסדית בזכות החוקתית של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להורות לנוכח אתיקת ההורות (ב) טיעון השוויון (ג) פסקת ההגבלה והסעד (ד) שיקולי טובת הילד העתידי כשיקול רלוונטי לבחינת כשירות הורה מיועד (ה) הפגיעה בהורות המשותפת של בני הזוג מאותו המין כפגיעה במוסד ההורות הזוגית ♦ ג. ההכרה המשפטית בהורות המשותפת של הורה ביולוגי ובן זוגו – על צו ההורות הפסיקטי 1. צו ההורות הפסיקטי – רקע היסטורי ומשפטי 2. עיגון ההורות

- \* פרופסור מן המניין הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לאורית גן, חזי מרגלית, תמר מגידו רונה שוז, פנחס שיפמן ומיכל תמיר על הערות לטיוטות קודמות. תודה ליובל זילבר, שי חי ואמיר פינקוס על עזרה במחקר ולשי שטרן וחברי מערכת מחקרי משפט על עבודת העריכה. זהות יהודית למדינת ישראל וסילוק ההשפעות הזרות ממערכות השלטון אתר מפלגת "נעם" <https://bit.ly/3kxeneN> (להלן: אתר המפלגה).
- 1 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, פס' 16 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 27.2.2020) (להלן: פרשת ארד-פנקס המשלים).
- 2

## שחר ליפשיץ

המשפטית של ההורה הלא ביולוגי: הדין הראוי (א) מבוא: צו ההורות הפסיקתי בשדה הקרב הליברלי-שמרני (ב) הצורך בעיגון משפטי של מעמדו של ההורה הלא ביולוגי (ג) הצורך בלוחות זמנים קשיחים לצורך קביעה מוקדמת של ההורות המשפטית (ד) הצורך בהליך פורמלי בפקוח מנהלי ובצו שיפוטי 3. צו הורות פסיקתי כפיתוח פסיקתי: בחינת המצוי בראי הראוי (א) הצורך בעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בחוק (ב) האם וכיצד ניתן להסדיר את פונדקאות החו"ל בהיעדרה של חקיקה? (ג) אופיו של צו ההורות כצו מכונן ושאלת הרטרואקטיביות (ד) האם ניתן להמיר את צו ההורות הפסיקתי ברישום? – מבט מוסדי על פרשת צור-וייסלברג (ה) והשוויון, מה יהיה עליו? ♦ ד. דברי סיום.

## תקציר

במאמר זה אני מציע גישה חדשה להסדרה המשפטית של טכניקות מלאכותיות של הולדה ולקביעת זהות ההורה בעקבותיהן. גישה שאותה אני מכנה הגישה המוסדית להורות. גישתי, רואה בהורות מוסד שאינו רק פרטי, טבעי, או הסכמי, אלא גם מוסד חברתי-ציבורי "social institution", שלמדינה ולמשפט תפקיד חשוב בכינונו ועיצובו. לנוכח ההיבט הציבורי של ההורות, סבורה הגישה כי הסדרת ההורות הן במובן של הרגולציה של ההולדה והן במובן של ההכרה המשפטית במעמדו של אדם כהורה, אינה יכולה להתמצות במתן מענה לצרכים ולרצונות של ההורים המיועדים מבלי לקחת בחשבון גם את שיקולי טובת הילד העתידי, וכן אינטרסים ציבוריים נוספים ושיקולים רוחביים הקשורים בהורות. הגישה המוסדית מייחסת חשיבות רבה לאתיקה ההורית כמו גם לדרך שבה יתפסו יחסי הורים וילדים בחברתנו. הגישה עומדת על הקושי ליישם חשיבה ליברלית-אינדיבידואלית הממוקדת אך ורק בזכויות הפרט של ההורים המיועדים על יחסי הורות ועל הזכות להביא אדם אחר לעולם. לנוכח הדגשת ההיבט הציבורי והמחויבות לאתיקה ההורות הגישה מבקשת שהרגולציה של הולדה ודיני קביעת הורות לא יסתפקו בעמדה ניטראלית כלפי כל דפוס הורות באשר הוא, אלא ישקפו ויעצבו תפיסה ראויה של יחסי הורים וילדים, ושל מוסד ההורות. המאמר מציע כי אתיקת ההורות ואתוס ההורות שראוי שייגזר ממנה כוללים בראש ובראשונה את האחריות ההורית הבלתי-הדירה והבלתי ניתנת להתנאה לדאוג לטובת הילד. במקרה של הורות זוגית כוללת אתיקת ההורות אחריות משותפת של שני ההורים ללא היררכיה, וללא אפשרות להסכים על התנערות של אחד מן ההורים מן האחריות המשותפת בכלל ובמקרה של ניתוק הקשר הזוגי בפרט. אולם, בעוד שאתוס ההורות כפי שתואר, משתקף במידה רבה בדין הקיים, לפחות כאשר הוא מפורש באורו המיטיבי, לגבי יחסי הורים וילדים לאחר לידתם ולאחר שנקבעה זהות ההורה, אתוס זה מקבל משקל מוחלש, כאשר מדובר בקביעת ההורות וקולו נשחק כמעט לחלוטין בהקשר לרגולציה של ההולדה. כנגד דיכוטומיה זו בין דיני הורים וילדים, לבין דיני קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה יוצא המאמר הנוכחי המבקש לשלב את אתיקת ההורות כבר בשלב הסדרת ההולדה והקביעה המשפטית של זהות ההורה. עם זאת, הנכונות ואפילו הדרישה לשקול שיקולים ולשלב ערכים ציבוריים בעת הסדרת ההורות אין משמעה כי יש לדבוק בערכי המשפחה המסורתיים ולהתנגד להורות של בני זוג מאותו המין. להפך, הגישה המוסדית-

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

ציבורית רחוקה מהגישה השמרנית-מסורתית המקדשת את דפוסי המשפחה המסורתיים. כחלק מאתיקת ההורות, הגישה מעניקה משקל משמעותי לאוטונומיה של ההורים המיועדים. נוסף על כך, הגישה המוסדית-ציבורית אינה מונוליתית. היא מכירה ותומכת במגוון דפוסי הורות ומשפחה, ובכללם בהורות של בני זוג מאותו המין. עם זאת, היא מסרבת לכתוב "שיק פתוח" לפיו המדינה חייבת לאמץ כל הסדר הורות כשווה ערך לרעהו כחלק מחובתה "לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו". לאחר הדיון העקרוני בגישה המוסדית-ציבורית המאמר עובר לדיון קונקרטי בהורות של בני הזוג מאותו המין. הוא מתמקד בשני מקרים שעמדו לאחורונה במרכז השיח הציבורי והמשפטי בישראל: הנושא הראשון הוא הזכות של גברים יחידניים ושל גברים שהם חלק מזוגיות חד-מינית להזדקק לשירותי פונדקאות הנושא השני, הינו ההכרה בהורות של בן זוגו של הורה ביולוגי, המצוי בקשר חד-מיני, כאשר בני הזוג החליטו יחדיו על הבאת ילד לעולם ועל גידולו המשותף כהורים. בהקשר לנושא הראשון הגישה המוסדית תומכת בזכותם של בני זוג מאותו מין להזדקק לפונדקאות והיא מוסיפה לשיח הקיים התומך בזכות להורות ברטוריקה ליברלית אינדיבידואליסטית נדבך מוסדי הממוקד בשיקולי טובת הילד באתיקת האחריות ובקידום ההורות המשותפת המבוססת על קשר זוגי. בהקשר לסוגייה השנייה הגישה המוסדית סבורה שעיגון משפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי חיוני לא רק לצורך מימוש זכותו של ההורה הלא ביולוגי להורות, אלא גם מתוך הזכות של בני הזוג לרבות ההורה הביולוגי להורות משותפת מבוססת זוגיות, מתוך שיקולי טובת הילד ובשל הצורך החברתי לחזק את מוסד ההורות הזוגית. עם זאת, המאמר מסביר מדוע דווקא מתוך רצון לחזק את הורותם של בני זוג מאותו המין, יש להתעקש על הליך ממוסד, לוחות זמנים נוקשים ועל צו שיפוטי. המאמר אף דוחה את הדרישות הנשמעות מפעם לפעם על ידי תומכי הגישה הליברלית-אינדיבידואליסטית להסתפק ברישום ההורות במרשם כפי שמקובל לגבי ההורות הביולוגית ומתמודד עם הטענה לפיה דרישה ייחודית לעיגון ההורות הלא ביולוגית שאינה קיימת לגבי הורים ביולוגים פוגעת בשוויון. הדיון בשני מקרי המבחן הללו וביחס המתגבש של המשפט הישראלי כלפיהם, ימחיש אם כן, כיצד נקודת המבט המוסדית עשויה להציע מקורות תמיכה חדשים בהורות של בני הזוג מאותו המין ובה בעת להציע דרכים להסדרתה באופן הנבדל הן מזו המוצעת על ידי הגישה הליברלית-האינדיבידואלית והן מזו המוצעת על ידי הגישה השמרנית.

## מבוא

ההורות של בני זוג מאותו המין עומדת במרכזו של ויכוח ציבורי אתי ומשפטי נוקב.<sup>3</sup> במישור המשפטי הוויכוח ממוקד בשני נושאים מרכזיים: הראשון עוסק ברגולציה של

3 כך למשל, תיקון חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 משנת 2018 הציע הסדר שיאפשר לנשים יחידות להזדקק לשירותי פונדקאות, אך שלל אפשרות זו מבני זוג מאותו המין. ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2),

ההולדה באמצעות טכניקות מלאכותיות. בהקשר של המאמר הנוכחי הוא יתמקד בזכות של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם באמצעות הליך של פונדקאות. השני עוסק בהכרה המשפטית בהורות. בהקשר של המאמר הנוכחי הוא יתמקד בוויכוח בדבר העיגון המשפטי של הורותו של בן זוגו (מאותו המין) של ההורה הביולוגי, במקרים שבהם שני בני הזוג שותפים להחלטה להביא ילד לעולם ולשמש כהוריו.

שתי הציטטות שבהן פתחתי מאמר זה משקפות שני קצוות של העמדות הרווחות בשיח הציבורי בנושא.<sup>4</sup> עמדות אלה משקפות תפיסות אתיות הפוכות בנוגע לזכות של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם ולהיות מוכרים משפטית כהורים:

האחת, גישה שמרנית-מסורתית. המחזיקים בגישה זו סבורים שיש לדבוק בהגדרות המסורתיות של המשפחה ושל ההורות המבוססות על זוגיות של בני זוג ממין שונה ולהעדיף על פני דפוסי משפחה המבוססים על הורות של יחידים או על הורותם של בני זוג מאותו המין.<sup>5</sup> הגדרה זו של המשפחה מוצגת לעיתים כהגדרה "טבעית" של ההורות,

התשע"ח-2018, ס"ח 941 (להלן: חוק הפונדקאות); החוק הוביל למחאה נרחבת והפגנות המוניות ראו טל שניידר ואח' "מחאת הלהט"בים: 80 אלף איש הפגינו למען שוויון בכיכר רבין" **גלובס** (22.7.2018) <https://bit.ly/3wnpKvD>; על חידוש הקמפיין של "האגודה למען הלהט"ב" ראו לי נעים וכרמל ליברמן "מאבק הקהילה הגאה מתחדש: 'רוב הציבור תומך בזכותנו להורות'" **N12** (20.2.2020) <https://bit.ly/3y7v091>; לתמיכה הולכת וגוברת בהורות הלהט"בית מצד גורמים מנהליים שונים, ראו לדוגמה, "מיזם של הקרן למפעלים מיוחדים למתן סיוע ותמיכה בתהליכי הורות גאה" **המוסד לביטוח לאומי** (22.2.2021) <https://bit.ly/374xtWC>; דוגמה נוספת ניתן לראות ב"מפגש הורות 2021: הורים להט"ב ומשפחות מגוונות" **עיריית רמת-גן** <https://tinyurl.com/dn7529r7>. מנגד, נושא היחס ללהט"ב בכלל, ולהורות הלהט"בית בפרט, בלט במערכת הבחירות לכנסת ה-22 – בין היתר הוקמה מפלגת "נעם", שההורות הלהט"בית וההגנה על ערכי המשפחה היו הדגל הבולט שלה ואחד מעקרונות המפתח שלה, ראו יותם ברגר "יעדת הבחירות חייבה חברות פרסום להציג קמפיין הומופובי של מפלגת נעם" **הארץ** (7.8.2019) <https://bit.ly/3Kzff3E> וכן ראו באתר המפלגה, לעיל ה"ש 1; נכון לכתיבת מאמר זה נציג של מפלגת נעם אף נבחר לכנסת ה-23. עוד בעניין זה, ראו התנגדות ההורות שכזו יקי אדמקר "הפכו את הסוטים לגיבורים": מכתב רבני הצינונות הדתית נגד הלהט"ב" **וואלה! חדשות** (26.7.2018) <https://bit.ly/3NnCSXB>; על המאבק המתגבר, התופס "פוקוס" רב יותר ויותר בחלקים בציונות הדתית בכל הקשור לערכי המשפחה ראו שירה קדרי-עובדיה "במקום התנחלויות, הזרם החרדי"לי עובר להילחם על 'ערכי המשפחה'" **הארץ** (26.7.2019) <https://bit.ly/3KxUrDm>.

4 לסקירת היבטים שונים ביחסי הורים-ילדים אגב התמקדות בנקודות מבט הופכיות של שתי הגישות, הליברלית והשמרנית, ראו LINDA McCLAN & DANIEL CERE, WHAT IS PARENTHOOD? CONTEMPORARY DEBATES ABOUT THE FAMILY (2013).

5 ראו למשל חיים נבון "נלחמים על הבית: המאבק על המשפחה בישראל" **השילוח: כתב עת ישראלי להגות ומדיניות** 3, 103, 109-116 (2017); חן ארצי סרור "הרב חיים נבון: 'ילדים הם מין נכחד בעולם המערבי'" **Ynet** (16.9.2019) <https://bit.ly/3Fa07Cf>; חגי סגל "הבג"ץ האמריקאי: יום שחור לרעיון המשפחה" **מקור ראשון** (4.7.2015) <https://tinyurl.com/y3rohqmp>; אורי פולק "הרב לאו נגד נישואים חד מיניים: יטשטשו את המודל הטבעי למשפחה" **כיפה** (13.5.2012) <https://tinyurl.com/y6qlna4m>.

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

שאינה פרי הכרעה ערכית של המדינה אלא קודמת לה,<sup>6</sup> ולעיתים כמשקפת ערכים יהודיים ושמרניים על ההורות הראויה.<sup>7</sup> בהקשר של הרגולציה של ההולדה, האוחזים בגישה זו מבקשים לשלול את זכותם של בני זוג מאותו המין, ושל גברים יחידים, להפוך להורים על ידי טיפולי הפריה מלאכותית, ובכללם פונדקאות. בהקשר של סוגיית ההכרה בהורות, האוחזים בגישה זו מבקשים להכביד על ההכרה בהורות של בן זוגו מאותו המין של הורה ביולוגי, או בגרסה הקיצונית – לשלול אותה כליל, וזאת למרות היותו שותף להחלטה על הולדה וגידול משותף של ילד.

לעומתה, הגישה הליברלית-אינדוידואלית מבוססת על ערכים של אוטונומיה, כבוד האדם ושוויון,<sup>8</sup> ולאורם מעצבת את תפיסתה הערכית בעניין הזכות להורות בכלל<sup>9</sup> והזכות להורות של בני זוג מאותו המין בפרט.<sup>10</sup> היא מפרשת את הזכות להורות כמטילה

6 להצגה הטבעית של ההגדרה הביולוגית של ההורות ראו, להלן ה"ש 22–20 והטקסט המתייחס אליהן. מעניין להשוות בהקשר זה את ההגדרה ה"טבעית" של ההורות לדיון של השופט קדמי בהגדרה הלשונית של בני זוג בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אור לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

7 כך למשל, בדיון בכנסת על התיקון לחוק הפונדקאות נימק חבר הכנסת מוטי יוגב את התנגדותו לפתיחת פתח למתן אפשרות לבני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות – "הלוא מדינה יהודית אנחנו". ראו פרוטוקול ישיבה 745 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20, 6–7, 15–17 (30.4.2018). שם, יוגב אף התייחס להורות הביולוגית ולהתנגדות להורות ללא אם כגישה טבעית.

8 JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 119–148 (1994) (להלן: ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE).

9 ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז 13, 45–41 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה"); Rhona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in*; (להלן: Schuz, *The Developing Right*); רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" **משפטים על אתר** 1 (התשע"ה) (להלן: זפרן "הזכות להורות בישראל"); דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ(1) 197, 198–201 (1996) (להלן: ברק-ארז "בעקבות פרשת נחמני"); צבי טריגר "משפחות חורגות ורישיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ" **המשפט** 22 44, 46 (2006) (להלן: טריגר "רישיון הורות"); פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 309, 319 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); לדיון נרחב בזכות להורות בפסיקת בתי המשפט ראו, להלן ה"ש 77–75 וה"ש 82–80.

10 איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395, 398–401 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה"); עוד ראו טריגר "רישיון הורות", שם, בעמ' 46; שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין", שם, בעמ' 319. וראו ברוח זו הביקורת על האפליה במגוון ביטויים כלפי הקהילה הלהט"בית ובהקשר של המאמר הנוכחי כלפי ההורות הלהט"בית, חגי קלעי "המידע המלא – דת ומדינה בישראל 2015" **ישראל חופשית** <https://tinyurl.com/lhgjua21>.

חובה על המדינה לאפשר לכל יחיד לבחור את צורת ההורות המועדפת עליו, ודוחה את הלגיטימיות של התערבות ציבורית ושל הערפה חברתית של צורת הורות אחת על פני חברתה. בהקשר של הרגולציה של ההולדה, גישה זו תומכת אפוא בזכות של יחידים ושל בני זוג מאותו המין לעבור טיפולי הפריה לצורך הולדה ולהתקשר בהסכמי פונדקאות<sup>11</sup> ומתנגדת לעצם הלגיטימיות של הגבלות הייצוניות בשני המקרים – גם כאשר נטען שמקור הגבלות אלו באינטרסים ציבוריים וגם כשנטען כי מקורן בשיקולים של טובת הילד הצפוי להיוולד מן הטיפולים.<sup>12</sup> בהקשר של סוגיית ההכרה בהורות, מתוך מחויבות לערכי השוויון וחירות הפרט,<sup>13</sup> גישה זו מבקשת להסדיר את ההכרה המדינתית בהורות של בן

- 11 ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 3.8.2017) (להלן: פרשת ארד-פנקס הראשון); ראו גם, פרשת ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 2; עוד ראו בג"ץ 781/15 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם מעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 11.7.2021) (להלן: פרשת ארד-פנקס הסופי). לדיון מקיף בפסקי הדין שבהם הועלו טענות אלה ראו, להלן פרק ב.
- 12 ראו I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 423 (2011) (להלן: Cohen, *Regulating Reproduction*); ראו גם, I. Glenn Cohen, *Beyond Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 1187 (2012); עוד ראו ורדיית רביצקי "הזכות להורות בעידן הטכנולוגית" **דילמות באתיקה רפואית** 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002) (להלן: רביצקי "הזכות להורות"); להדהוד נוסף של הגישה בישראל ראו, בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 10. כך למשל, לאחר הצגה מרחיבה ומעמיקה של הצדקות לזכות להורות המבוססות על ערכי השוויון החירות וכבוד האדם של ההורים המיועדים בלכר-פריגת וזפרן, שם, בעמ' 401-402, מזכירות בקצרה גם את הטיעון הנגדי המסווג מהכרה בזכות של בני זוג מאותו המין ושל הורים יחידניים בשל שיקולי טובת הילד. כנגד טיעון זה הן טוענות שאין ביסוס מחקרי מספיק לטענה שטובת הילד העתידי תיפגע אצל הורים יחידניים או אצל בני זוג מאותו המין, אך הן חותמות בכך שבכל מקרה אין להתחשב בשיקולים הללו כאשר מדובר על ילד עתידי. על ההתחשבות בטובת הילד העתידי בעת שנדונה הרגולציה של ההולדה ראו בהרחבה, להלן פרק ב, חלק 3, ס' (ד). אציין שבעוד בנוגע לנגישות לטכניקות של הולדה מהדהדת בגישתם של בלכר-פריגת וזפרן הגישה הליברלית-אינדיווידואלית, גישתן בנוגע לקביעת ההורות לאחר הולדת הילד, ובוודאי בנוגע ליחסי הורים וילדים לאחר שנקבעה זהות ההורים, שונה בתכלית. כך, בכמה מאמרים פיתחה זפרן תאוריה מורכבת של הורות הנשענת על הגישה הפמיניסטית-קישורית למשפט ועל אתיקת הדאגה, ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי"). וכן רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים"); אף בלכר-פריגת הציעה תאוריה מורכבת של קביעת הורות המשלבת בין יסודות הסכמיים ליסודות ביולוגיים את הקשר בין היחסים האנכיים בין ההורים לילדים לבין היחסים האופקיים בין ההורים, ראו Ayelet Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, 41 HARV. J.L. & GENDER 119 (2018) (להלן: Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*) וכן איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821 (2016). לגישות אלה אתיחס בהמשך המאמר בכמה הקשרים.
- 13 ראו Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 YALE L. J. 2260 (2017); ראו גם, Douglas NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261 (2020).

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

הזוג מאותו המין של ההורה ביולוגי על בסיס הסכמי, או למצער באמצעות פרוצדורות מקילות המזכירות ככל האפשר את הפרוצדורות הנוהגות להכרה בהורות הביולוגית, עם מעורבות מינימלית של המדינה וסוכניה.<sup>14</sup>

במבט ראשון, הטיעון הליברלי-אינדיווידואלי, הדורש מן המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו ולהימנע מהגדרת דפוס הורות מסוים כרצוי או כעדיף על פני דפוס הורי אחר, נראה כמענה היחיד הניצב כנגד הגישות הערכיות והאתיות השוללות את ההורות של בני זוג מאותו המין בשל ערכי המשפחה המסורתית.<sup>15</sup>

במאמר זה אציע עמדה שונה. לגישתי, הגישה ה"שמרנית-מסורתית" הדבקה בערכי המשפחה המסורתיים, המבטאים סדר טבעי, לכאורה, ומשום כך נאבקה בהורות של בני הזוג מאותו המין, איננה גישה ראויה, וזאת הן בשל פגיעתה בערכים הליברליים של שוויון, כבוד האדם ואוטונומיה והן, כפי שארחיב בהמשך המאמר, בשל נימוקים חברתיים הקשורים במוסד ההורות. בה בעת, אף הגישה ה"ליברלית-אינדיווידואלית", המבססת את הזכות להפוך להורה, הן במובן של הבאת ילדים לעולם והן במובן של הכרה משפטית בהורות, על הזכות האינדיווידואלית של כל אדם לבחור כל צורת חיים משפחתית אינה החלופה היחידה, ובוודאי לא ההכרחית, לגישה האתית הראויה כלפי ההורות בכלל וכלפי היחס להורות של בני זוג מאותו המין בפרט.

כחלופה לגישות הללו אציע גישה אתית נוספת, שלגישתי אמורה להנחות את ההסדרה המשפטית של ההורות, שאותה אכנה **אתיקת ההורות**. אתיקת ההורות נשענת על גישה שאותה כיניתי במקום אחר ה"גישה המוסרית להורות".<sup>16</sup> גישה זו רואה בהורות

14 ראו דנה ירצקי "הצהרות לחוד, מעשים לחוד: ההבטחות של כץ לקהילת הלהט"ב שנעלמו" וואלה! **חדשות** (14.3.2019) <https://bit.ly/3w1voUY>; "ארגוני הקהילה לשר אוהנה: הקל על רישום הורים גאים" וואלה! **גאווה** (10.7.2019) <https://bit.ly/3yxMnzY>; תלם יהב ואמיר אלון "רישום הורים להט"בים בדיון בבג"ץ: 'מצפים לסוף לאפליה'" **ynet** (23.7.2018) <https://bit.ly/3kVj1DP>; לירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים לצו הורות בזמן היריון, וההורה הלא-ביולוגי עלול לאבד את מעמדו" **הארץ** (12.7.2019) <https://bit.ly/3FxPEAK> (להלן: לירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים"); הציפייה להשוואת הליך הרישום של הורה לא ביולוגי להליך הרישום של הורה **ביולוגי** עמדה במוקד טענת העותרות בבג"ץ 4635/16 **צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים** (נבו) (26.7.2020) (להלן: פרשת **צור-וייסלברג**), ומשום כך דחייתה עוררה תסכול כה רב בקרב קהילת הלהט"ב. לאחרונה החליטה נשיאת בית המשפט העליון כי ייערך דיון נוסף בהרכב מורחב של שבעה שופטים בעניין ראו דנג"ץ 5591/20 **צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים** (פורסם בנבו, 13.4.2021) (להלן: דנג"ץ **צור-וייסלברג**). כן ראו לדיון מקיף בפסק הדין ובפסקי דין שבהם נדון הליך ההכרה בהורות של ההורים הלא ביולוגיים ראו להלן פרק ג.

15 ראו ברוח זו, אברהם תומר "על מה באמת נאבקים להט"בים" **מידה** (9.1.2014) <https://bit.ly/3w1vFqY>.

16 לכתובה קודמת שהצביעה על ההיבט המוסדי פוליטי של הכרת המדינה בהורות ראו למשל Zvi Triger, *Introducing the Political Family: A New Road Map for Critical Family Law*, 13 TIL Blecher-Prigat, ראו (Triger, *Introducing the Political Family* (להלן: 361, 368–369 (2012) Shahar Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 12; ובהרחבה

מוסד שאינו רק פרטי, טבעי או הסכמי, אלא גם **מוסד חברתי-ציבורי** "social institution", שלמדינה ולמשפט תפקיד חשוב בכינונו ועיצובו. תפיסה זו מדגישה את התפקיד האקטיבי של המדינה ושל המשפט בעיצוב התפיסה העצמית והחברתית של האדם כהורה ובמלויה של תפיסת ההורות בתוכן מהותי. לנוכח ההיבט הציבורי של ההורות, סבורה הגישה כי הסדרת ההורות, הן במובן של הרגולציה של ההולדה והן במובן של ההכרה המשפטית במעמדו של אדם כהורה, אינה יכולה להתמצות במתן מענה לצרכים ולרצונות של ההורים המיועדים מבלי להביא בחשבון גם אינטרסים וערכים ציבוריים נוספים הקשורים בהורות, כגון שיקולים רוחביים הקשורים בעיצובו של מוסד ההורות. הדגשת הממד הציבורי של ההורות פותחת פתח לדיון גלוי ב**אתיקה ההורית**, שהמשפט אמור לשקף ובהקשרים מסוימים אף לעצב. המאמר מציע כי אתיקת ההורות כוללת בראש ובראשונה את האחריות ההורית הבלתי הדירה ושאינה ניתנת להתנאה לדאוג לטובת הילד. במקרה של הורות זוגית, אתיקת ההורות כוללת אחריות משותפת של שני ההורים ללא היררכיה, וללא אפשרות להסכים על התנערות של אחד מן ההורים מן האחריות המשותפת בכלל ובמקרה של ניתוק הקשר הזוגי בפרט. ואולם, בעוד אתיקת ההורות, כפי שתוארה, משתקפת במידה רבה בדין הקיים, לפחות כאשר הוא מפורש באורו המיטבי, בנוגע ליחסי הורים וילדים לאחר לידתם ולאחר שנקבעה זהות ההורה, אתיקה זו מקבלת משקל מוחלט כאשר מדובר בקביעת ההורות וקולה נשחק כמעט לחלוטין בהקשר של רגולציה של ההולדה. כנגד דיכוטומיה זו בין דיני הורים וילדים לבין דיני קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה יוצא המאמר הנוכחי. לגישתי, האתיקה ההורית, הממוקדת בתפיסת האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד, אמורה להשפיע על תכניה המהותיים של הזכות להורות עצמה, ובכללם הרגולציה של ההולדה וההכרה באדם כהורה משפטי. לדידי, רטוריקה ליברלית-אינדיווידואלית הממוקדת אך ורק בהורה המיועד, צרכיו ומימוש רצונו אינה יכולה לשמש בסיס רעיוני לפעילות מורכבות וייחודית של הפיכת אדם להורה, פעילות שמחייבת התייחסות גם לילד העתידי ולאחריות כלפיו. עם זאת, הנכונות ואפילו הדרישה לשקול שיקולים ולשלב ערכים ציבוריים בעת הסדרת ההורות אינן משמעה שיש לדבוק בערכי המשפחה המסורתיים ולהתנגד להורות של בני זוג מאותו המין. להפך, אתיקת ההורות שאותה מציעה הגישה **המוסדת-ציבורית** רחוקה מהגישה **השמרנית-מסורתית**, המקדשת את דפוסי המשפחה המסורתיים. ראשית, כחלק

*Toward an Institutional Perspective on Parenthood*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. (2014), 297 (להלן: Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*); עוד ראו שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" **משפטים** נא 231, 252-246 (2021); בהקשר שונה מעט אף מיכל טמיר ודליה כהנא-אמיתי עסקו בהיבט של ההכרה הציבורית בהורות ובזוגיות של בני זוג מאותו המין. Michal Tamir & Dalia Cahana-Amitay, *The Hebrew Language Has Not Created A Title for Me: A Legal and Sociolinguistic Analysis of New-Type Families*, 17 AM. U. J. GENDER, SOC., POL'Y & L. 545 (2009).



## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

מאתיקת ההורות, הגישה מעניקה משקל רב לאוטונומיה של ההורים המיועדים. נוסף על כך, הגישה המוסדית-ציבורית אינה מונוליטית. היא מכירה ותומכת במגוון דפוסי הורות ומשפחה, ובכללם בהורות של בני זוג מאותו המין. עם זאת, היא מסרבת לכתוב "שיק פתוח" שלפיו המדינה חייבת לאמץ כל הסדר הורות כשווה ערך לרעהו כחלק מחובתה "לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו". בהתאם לכך, לצד המחויבות לאוטונומיה של הפרט תבקש הגישה לעצב את דיני ההורות באופן שיקדם ערכים ואינטרסים ציבוריים הקשורים בהורות, ובראשם את ערך האחריות ההורית.

לאחר הדיון העקרוני בגישה המוסדית-ציבורית ובאתיקת ההורות אעבור לדיון קונקרטי בהורות של בני זוג מאותו המין. אבקש להראות את האופן שבו – בניגוד לאינטואיציה המבקשת לסלק את המדינה ואת החשיבה המוסדית והציבורית משאלות של הורות והנטייה להניח ששיקולים כאלו יפגעו בזכות להורות של בני זוג מאותו המין – גישה **מוסדית**, המביאה בחשבון את **אתיקת ההורות** ובכלל זה האחריות המשותפת כלפי הילד העתידי וכן אינטרסים ציבוריים הקשורים בהורות, עשויה לתמוך במוסד ההורות בכלל ובהורותם של בני זוג מאותו המין בפרט ולחזקם.

לצורך חידוד והדגמה של גישתי אתמקד בשתי סוגיות שעמדו לאחרונה במרכז השיח הציבורי והמשפטי בישראל: הנושא הראשון הוא הזכות של גברים יחידים ושל גברים שהם חלק מזוגיות חד-מינית להזדקק לשירותי פונדקאות. נושא זה נדון בהרחבה בפרשת **ארד-פנקס**,<sup>17</sup> שבה נקבע כי ההסדר החוקי הקיים, שאינו מאפשר לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להזדקק לשירותי פונדקאות, אינו חוקתי. הדיון במאמר בנושא זה יתמוך בתוצאת פסק הדין ובמהלך החוקתי שנערך, אך יבקש, מתוך גישה מוסדית ומתוך מחויבות לאתיקת ההורות, להעשיר הן את ההנמקות והן את ההנחיות הקונקרטיות שניתנו למחוקק. נוסף על כך, נקרא למחוקק להתעשת, לקבל אחריות ולהסדיר את הנושא באופן המביא בחשבון מורכבויות שונות שהסעד הקיים שניתן על ידי בית המשפט העליון אינה נותן להם מענה. הסוגיה השנייה הינה ההכרה בהורות של בן זוגו של הורה ביולוגי, המצוי בקשר חד-מיני, כאשר בני הזוג החליטו יחדיו על הבאת ילד לעולם ועל גידולו המשותף כהורים. נושא זה מתעורר כיום בעיקר במקרה של בני זוג מאותו המין שהביאו ילד לעולם באמצעות פונדקאות מחוץ לישראל (להלן: **פונדקאות חו"ל**), וכן במקרה של בנות זוג של אימהות לסביות שהרו בהפריה מלאכותית מתורם אנונימי (להלן: **תרומת הזרע**). בית המשפט העליון נדרש בשנים האחרונות בכמה הזדמנויות לדיון בדרך העיגון הראויה של ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי בשני המקרים,

17 ראו פרשת **ארד-פנקס** המשלים, לעיל ה"ש 22.

ואף בנושא זה עדיין לא נאמרה המילה האחרונה.<sup>18</sup> הגישה המוסדית סבורה שלנוכח אתיקת ההורות, עיגון משפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי חיוני לא רק לצורך מימוש זכותו של ההורה הלא ביולוגי להורות, אלא גם מתוך הזכות של בני הזוג, לרבות ההורה הביולוגי, להורות משותפת מבוססת זוגיות, מתוך שיקולי טובת הילד ובשל הצורך החברתי לחזק את מוסד ההורות הזוגית. הגם שהגישה המוסדית סבורה שבעולם אידאלי ראוי היה שהמחוקק יסדיר את הדרך הקונקרטי של העיגון המשפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי, הגישה מצדיקה בכל זאת את היוזמה שנקטו בתי המשפט והמדינה להסדרה חלקית של הנושא עד אשר יאמר המחוקק את דברו. עם זאת, המאמר יסביר מדוע דווקא מתוך רצון לחזק את הורותם של בני זוג מאותו המין, יש להתעקש על הליך ממוסד, על לוחות זמנים נוקשים ועל צו שיפוטי. המאמר אף ידחה את הדרישות הנשמעות מדי פעם על ידי תומכי הגישה הליברלית-אינדיווידואלית להסתפק ברישום ההורות במרשם כפי שמקובל בנוגע להורות הביולוגית ויתמודד עם הטענה שלפיה דרישה ייחודית לעיגון ההורות הלא ביולוגית, שאינה קיימת ביחס להורים ביולוגיים, פוגעת בשוויון. הדיון בשני מקרי המבחן הללו וביחס המתגבש של המשפט הישראלי כלפיהם ימחיש אפוא את האופן שבו נקודת המבט המוסדית ואתיקת ההורות עשויות להציע מקורות תמיכה חדשים בהורות של בני הזוג מאותו המין, ובה בעת להציע דרכים להסדרתה באופן הנבדל הן מזו שמציעה הגישה הליברלית-אינדיווידואלית והן מזו שמציעה הגישה השמרנית-מסורתית.

מבנה המאמר: בפרק הראשון תוצג הגישה המוסדית להורות על נקודת המבט הייחודית שלה, המדגישה את הממד הציבורי שבהורות. כהמשך לכך יוצגו אתיקת ההורות ושיקולי מדיניות ייחודיים המאפיינים את הגישה. בשני הפרקים הבאים אישם את העמדה העקרונית בנוגע לשני מקרי המבחן שהוזכרו לעיל. בפרק השני אעסוק במאבק של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין להזדקק לשירותי פונדקאות, ובפרק השלישי אעסוק בהסדרת מעמדו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צווי הורות. בפרק הסיום אסכם את עיקרי הדברים ואקרא לתומכי החשיבה הליברלית-אינדיווידואלית לשקול מחדש את תמיכתם בחופש חוזים מוחלט ובהסדרה טכנית-רישומית-פרטית של ההורות של ההורה הלא ביולוגי. בה בעת אקרא לתומכי החשיבה השמרנית לחשיבה מחודשת על התנגדותם להסדרת ההורות של בני הזוג מאותו המין, אפילו מנקודת המבט השמרנית שבה הם אוחזים.

18 בשעה שמאמר זה נכתב תלויות ועומדות בפני בית המשפט העליון שתי עתירות שאושר לקיים בהם דיון נוסף. ראו דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.4.2021) (להלן: דנ"א פונדקאות חו"ל) העוסק במעמדו ותחולתו הרטרואקטיבית של צו ההורות במקרה של פונדקאות חו"ל הדיון אוחד עם דנג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 14, העוסק באפשרות לרשום את בת זוגה של נתרמת זרע כאם ללא צו פסיקתי.

## א. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות

### 1. מעבר לטבע ולחווה – ההורות כמוסד חברתי

#### (א) מיהו הורה? ההורות בין טבע לחווה

בשיח הציבורי והמשפטי בישראל מתנהל ויכוח נוקב בין שתי הגדרות, יהיו שיגידו גישות עקרוניות, באשר לשאלה מיהו הורה: הגישה הביולוגית-טבעית והגישה החזית-כוונתית.<sup>19</sup> מן הצד האחד ניצבת הגישה הרואה בהורות בראש ובראשונה עניין ביולוגי. ההגדרה הביולוגית סבורה שההורה הביולוגי הוא ההורה הטבעי.<sup>20</sup> משום כך, על פי גישה זו, למעט חריג האימוץ, שאותו יש לגדר ולצמצם,<sup>21</sup> ההורות הביולוגית היא הקובעת את ההורות המשפטית. בהקשר של אבות ההגדרה הביולוגית מתלכדת עם ההגדרה הגנטית, ולעומת זאת בהקשר של אימהות, במצבים שבהם האם הגנטית והאם היולדת הן נשים שונות, כגון במקרה של תרומת ביצית ושל פונדקאות, דורשת ההגדרה הביולוגית הכרעה בין שתי האימהות.<sup>22</sup> אומנם המשפט בישראל מכיר בכמה הקשרים

19 לסקירה של הגדרות שונות לשאלה מיהו הורה והשתקפותם במשפט הישראלי ראו, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12. ראו גם, יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** ו 553, 566–595 (2012) (להלן: מרגלית "הורות הסכמית"). לתיאור ואפיון של הגישות ראו Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 16.

20 ראו ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, פס' 36 לפסק הדין של השופט חשין (1995) (להלן: פרשת **פלונית 3077/90**) ("...ילדו" של אדם הוא ילדו הטבעי, יוצא-ירכו. אין ילד 'חוקי' ובצדו ילד 'בלתי חוקי')."

21 ראו למשל את דברי השופט הנדל בדנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד סד(3) 356, פס' 2 לפסק דינו (2011) "טובת הילד, כשלעצמה, אינה עילה בגדריו של ס' 13 לחוק. אין מנתקים קשר הדם בין ההורים (הביולוגיים) שאינם מסכימים לניתוק הקשר בינם לבין ילדם, רק משום שטובת הילד דורשת זאת". ראו עוד את דברי השופט מלצר שם, פס' 29 לפסק דינו: "ראשית לכול, עומדים זכותו של הילד לגדול אצל ההורה הביולוגי שלו, הזכויות והחובות המקבילות של ההורה המוליד לגדל ולטפח את ילדו, ועקרון האוטונומיה המשפטית". בנקודה זו ברצוני להדגיש, העמדה שלפיה נטילת ילד מהוריו הביולוגיים והכרזת ילד כבר-אימוץ תיערך במקרים קיצוניים ועל פי עילות קונקרטיים ולא על פי מבחן מופשט של טובת הילד ניתנת להצדקה בכמה דרכים, שמאמר זה אינו המקום הראוי לעסוק בהם, והיא אינה נובעת בהכרח מהתייחסות להורות הביולוגית כהורות הטבעית או המועדפת. עם זאת, האמור בטקסט ובהערת השוליים מדגים שרבים מהתומכים בהגדרה הביולוגית של ההורות רואים הגדרה זו כמבססת טיעון התומך בהחרגת האימוץ למקרים קיצוניים.

22 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98 **פלוני נ' אלמוני**, פ"מ התשס"א 97 (2001), שבו השופט סיוון קובעת שהמבחן לקביעת אבהות, בשונה מן המבחן לקביעת אימהות, הוא המבחן הגנטי. על המורכבות בהקשר של הרכיב הביולוגי באימהות ראו גם את פסק הדין של השופט שילה, בתמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 2.3.2013) (להלן: תמ"ש **מיהו האם?**). עוד ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 60320/07 **ת.צ. נ' היועץ המשפטי לממשלה נ' פרקליטות מחוז תל אביב** (פורסם בנבו, 4.3.2013) (להלן: פרשת **פרקליטות ת"א**) וכן ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 23848-

בהורות שאינה מבוססת על קשר ביולוגי, כגון, בהקשר של המאמר הנוכחי, במקרים שבהם נדרשת הכרה בהורותו של בן זוגו של ההורה הביולוגי, המכונים לעיתים, בהשראת מונח שטבע המשנה לנשיאה הנדל, "זיקה לזיקה"<sup>23</sup>. עם זאת, לפחות ברמה ההצהרתית, ההגדרה הביולוגית של ההורות היא עדיין ברירת המחדל, בהיעדר חקיקה נוגדת של הדין בישראל.<sup>24</sup>

לגישה הביולוגית-טבעית להורות מוצבות בשיח המחקרי ובהקשרים שונים אף בדין המצוי בישראל<sup>25</sup> ובעולם חלופות שונות;<sup>26</sup> אלה מתייחסות להורות התפקודית,<sup>27</sup>

- 05-19 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.4.2020) (להלן: פרשת ההורות המשולשת). עוד ראו את פסיקתו של השופט שנלר לעניין שאלת מיהי האם במשפט העברי, עמ"ש (ת"א) 43811-11-12 **היועץ המשפט לממשלה ואח' נ' פלונית**, פס' 48 לפסק דינו (פורסם בנבו, 9.5.2013) ("נטיית הפסיקה ההלכתית מהשנים האחרונות, לאמץ את העמדה הגורסת שהאם הגנטית היא גם האם ההלכתית").
- 23 מונח זה נתבע על ידי השופט הנדל בבע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים**, פס' 22 לפסק דינו (פורסם בנבו, 1.4.2015) (להלן: פרשת **מור יוסף**) ונעשה בו שימוש רב גם בפסקי דין נוספים ראו בע"מ 3518/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** (פורסם בנבו, 3.2.2020) (להלן: פרשת **פונדקאות חו"ל**); בע"מ 5544/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אילון** (פורסם בנבו, 14.2.2021) (להלן: פרשת **היועמ"ש נ' אילון**).
- 24 כך למשל, דעת הרוב בבג"ץ 566/11 **פלוני נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (2014) (להלן: פרשת **ממט מגד**) סברה שלשם הגדרת אדם כהורה לצורך חוק האזרחות נדרשת הורות ביולוגית (והשוו לדעת המיעוט של השופט ג'ובראן בפסק דין זה). מעניין לציין בהקשר זה את המעמד המיוחד שמייחס השופט מלצר להורות הביולוגית, המשתקף בדרישתו בבג"ץ **ממט** הנ"ל לאפשר לילדים לדעת אם הוריהם המשפטיים הם גם הוריהם הביולוגיים. דרישה זו הייתה את אחד מנימוקי דעת המיעוט שלו – שהתנגדה לרישום של ההורה הלא ביולוגי כהורה, על סמך תעודת הורות ממדינה זרה וללא הליך משפטי נוסף. ראו גם את פסק הדין של השופט מלצר בבע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.12.2016) (להלן: פרשת **פלונית 7141/15**). שם, טבע את הבחנה בין הזכות להורות, שאינה מבוססת בהכרח על הזיקה הביולוגית, לבין הזכות להמשכיות, המבוססת על המבחן הביולוגי. אף בפרשת **מור יוסף**, שם, שבה הציג השופט הנדל מגוון הגדרות להורות, הוא הבחיר שהגדרה המרכזית שאליה התייחס כהגדרה הטבעית היא ההגדרה הביולוגית-גנטית. ראו שם, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל.
- 25 ראו לדוגמה דבריו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, שם, פס' 41 לפסק דינו ("לשונו של ס' 4(א) לחוק האזרחות, הקובע כי מעמד של אזרח ישראלי יינתן למי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים", אינה מחייבת פרשנות שעל פיה הורות מכוח לידה היא הורות ביולוגית-גנטית בלבד. בהקשר זה, העיון בפסיקתו של בית משפט זה מעלה כי לא פעם צומצם משקלה של הזיקה הביולוגית-גנטית בין ההורה לילד, וניתנה הבכורה לשיקולים נורמטיביים אחרים"). ראו גם, בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים**, פ"ד סד(3) 807 (2011).
- 26 ראו על כך באופן נרחב זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 238–241; מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 576–577.
- 27 ראו למשל, Jill Handley Andersen, *The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determination*, 30 J. FAM. L. 847 (1991). כן ראו פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח 643, 643–661 (2005) (להלן: שיפמן "על המשפחה החדשה"); עוד ראו לאחרונה, Courtney G. Joslin, *De Facto Parentage and the Modern Family*, 40 FAM. ADVOC. 31, 32–33 (2018); NeJaime, *The Constitution of Parenthood* Robin Fretwell 13. לביקורת על הגדרה זו ולהצבעה על הקשיים שהיא מעוררת, ראו

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

לשיקולי טובת הילד<sup>28</sup> ולקשר הזוגי של ההורים המיועדים<sup>29</sup> כמשתנים רלוונטיים לצורך זיהוי ההורה המשפטי במקרה קונקרטי. ועדיין דומה שבשיח המחקרי החלופה המקיפה ביותר לגישה הביולוגית-טבעית הוצבה על ידי הגישה הרואה את הסכמת הצדדים המעורבים<sup>30</sup> וכוונתם להפוך להורים כבסיס הראוי לקביעת ההורות (להלן: ההגדרה החזית-כוונתית). על פי הגישה, הבסיס הנורמטיבי הראוי לקביעת ההורות הוא ההסכמה או הכוונה לשמש כהורה.<sup>31</sup> על המשפט לתת לפיכך תוקף לכוונה להורות הן כאשר

Wilson, *Relational Parents: When Adults Receive Rights in Children Because of Their Relationship with a Parent*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CHILDREN AND THE LAW 12–14 (James G. Dwyer ed., 2019).

28 ראו למשל, Douglas S. Irwin, *Maternity Blues: What About the Best Interests of the Child*, 28 *in Johnson v. Calvert?*, 24 SW. U. L. REV. 1277 (1995) בעמ' 582–586. אף זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 241 נותנת משקל רב לשיקולי טובת הילד בעת קביעת ההורות, אך היא מעדיפה לעגן אותם בחשיבה קישורית נרחבת יותר, המביאה לידי ביטוי את מכלול הצדדים לקשר ולא רק את טובת הילד באופן נקודתי.

29 ראו למשל June Carbone, *Same-Sex and Different-Sex-Relationships: Is it Time for* 29 *Convergence?*, INT'L SURV. OF FAM. L. 329 (Margaret Brinig ed. Intersentia, 2019), גם, NeJaime, *The Nature of Parenthood*; 12 לעיל ה"ש, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents* 13, בעמ' 2290–2296; עוד ראו Jessica Feinberg, *Restructuring Rebuttal of the* 29 *Marital Presumption for the Modern Era*, 104 MINN. L. REV. 243, 274 (2019) (להלן: Feinberg, *Restructuring*); לעמדה מתונה יותר ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** 5, 19–20 (2011); במחקר המצוי בהכנה מציעות בלכר-פריגת, נוי נעמן ורות זפרן כי ההורות מכוח הקשר הזוגי תוכר כאן עצמאי של הורות כמשפט הישראלי. מאחר שמדובר במחקר בהכנה שטרם גובש סופית, אדחה את ההתייחסות המפורטת לגישתן להודמנות אחרת.

30 Marjorie Maguire Schultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, WIS. L. REV. 297 (1990); Nancy D. Polikoff, *Breaking the Link between Biology and Parental Rights in Planned Lesbian Families: When Semen Donors are Not Fathers*, 2 GEO. J. GEN. & L. 57 (2000); MARTHA M. ERTMAN, *LOVE'S PROMISES: HOW FORMAL AND INFORMAL CONTRACTS SHAPE ALL KINDS OF FAMILIES* (2015); Fiona Kelly, *Equal Parents, Equal Children: Reforming Canada's Parentage Laws to Recognize the Completeness of Women-Led Families*, 64 U.N.B.L.J. 253 (2013); לתמיכה בגישה במחקר בישראל ראו מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 576–580 וכן, יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835, 868–872 (2012) (להלן: מרגלית "הורות משפטית בהסכמה").

31 על ההיבט הכוונתי שבהורות ראו ROBERTSON, *CHILDREN OF CHOICE*, לעיל ה"ש 8; Richard F. Storrow, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597, 599 (2002); לדיון מורכב וחדשני בתפקיד הכוונה להורות, הנכון לתת לכוונה תפקיד חשוב אף כי לא מכריע בשלילת הורות ביולוגית ראו, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 12; ליתרונות והחסרונות של הגישה החזית-כוונתית ראו עוד, Dara E. Purvis, *Intended Parents and the Problem of Perspective*, 24 YALE

מדובר בבני זוג, הן כאשר מדובר בהורים מיועדים שאינם בני זוג ואפילו כאשר מדובר במי שיזם את ההורות כיחיד או כיחידה, ללא קשר ביולוגי לילד העתיד.<sup>32</sup> הוויכוח בין ההגדרות השונות להורות נוגע למגוון רחב של סוגיות משפטיות, תאורטיות ומעשיות, שהן מעבר לעניינו של המאמר הנוכחי. אתמקד אפוא בהשלכות של הוויכוח על המאבק השמרני-ליברלי בהקשר של הורותם של בני זוג מאותו המין. בפרק המבוא הזכרתי כי המאבק השמרני-ליברלי בהקשר של הורותם של בני זוג מאותו המין מתמקד בשתי סוגיות מרכזיות: סוגיית הרגולציה של ההולדה וסוגיית ההכרה המשפטית בהורותו של ההורה הלא ביולוגי. ככלל, מרבית הוויכוח בין הגישה הביולוגית-טבעית לבין הגישה החוזית-כוונתית מתנהל בהקשר של קביעת זהותו של ההורה המשפטי לאחר ההולדה, ומשום כך הוא נוגע בעיקר לשאלה השנייה (עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי). עם זאת, בהקשרים שונים, מסתמנת קרבה רעיונית, גם אם לא מתאם מוחלט, בין עמדות היסוד במחלוקת שבין הגישה הביולוגית-טבעית לבין הגישה החוזית-כוונתית כאשר לשאלה מיהו ההורה המשפטי, לבין הוויכוח השמרני-ליברלי הרחב יותר, שתואר בחלק הקודם, בנוגע לרגולציה של ההולדה בכלל ולנגישותם של בני הזוג מאותו המין לטכניקות מלאכותיות של הולדה בפרט. מחד גיסא, המתנגדים השמרניים להורותם של בני זוג מאותו המין, המבקשים בהקשרים שונים להגביל את נגישותם של בני הזוג הללו לטכניקות מלאכותיות של הולדה, מבססים לעיתים את התנגדותם על הצגת ההורות הביולוגית של אב ואם כהורות הטבעית.<sup>33</sup> מאידך גיסא, הדגשת האוטונומיה של הפרט המאפיינת את הגישה הליברלית-אינדיווידואלית והתנגדותה למגבלות ציבוריות על הזכות להורות מובילים את האוחזים בגישה לזו להתנגד לרגולציה מגבילה של הולדה מטעמים ציבוריים. כן תומכת הגישה בזכות השווה של ההורה הלא ביולוגי לזו של הליך של הולדה באמצעים מלאכותיים, שבסופו יוגדר כהורה, גם כאשר להורה המיועד או להורים המיועדים לא תהיה זיקה ביולוגית לילד הצפוי להיוולד.<sup>34</sup> נוסף על כך, הגישה הליברלית-אינדיווידואלית מובילה במקרים רבים לתמיכה בהגדרה ההסכמית-כוונתית של ההורות ובזכות של אדם להחליט אם ברצונו להיחשב כהורה.<sup>35</sup>

Melanie B. Jacobs, *Parental Parity: Intentional*, J.L. & FEMINISM 210 (2012) ראו גם,  
*Parenthood's Promise*, 64 BUFF. L. REV. 465 (2016)

- 32 ראו פרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23. שם, הוצגה הגישה במלוא עוצמתה על ידי האישה ונדחתה.
- 33 לדרישה לקשר ביולוגי של מי מן ההורים כתנאי סף לגיטימי להתקשרות בהסכם פונדקאות ראו שם, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל; עוד ראו פרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו דאז) ג'ובראן.
- 34 ברוח זו בפרשת **ארד-פנקס הראשון**, שם, ביקשו העותרות להזדקק לשירותי פונדקאות אף על פי שלא הייתה זיקה ביולוגית בינה לבין הילד. עם זאת, עמדתה נדחתה על ידי בית המשפט.
- 35 עם זאת, חרף הדמיון בין המחלוקת בשאלה מיהו הורה לבין המחלוקת בשאלת הזכות להורות והרגולציה של ההולדה אין מדובר בזהות מוחלטת. כפי שיעלה מן הניתוח בטקסט, באופן היסטורי דווקא גישות שמרניות דחו במפורש או במשתמע את ההגדרה הביולוגית של ההורות והעדיפו הגדרות המבוססות על נישואים, ראו להלן ה"ש 37. נוסף על כך, חלק מהתומכים הליברליים בזכות

(ב) אפיון הגישות הביולוגית-טבעית והחוזית-כוונתית כגישות פרטיות והדחקה ההיבט הציבורי-מוסדי של הסדרת ההורות

באופן אירוני, למרות ההבדלים הברורים ביניהן, שתי ההגדרות המובילות להורות הביולוגית-טבעית והחוזית-כוונתית מדגישות את ההיבט ה"פרטי" של ההורות.<sup>36</sup> לעומת זאת, הן מפחיתות בחשיבות ואולי אפילו מעלימות עין מהתפקיד האקטיבי של המדינה בנוגע להכרעה מי יוגדר כהורה, מי יחווה את עצמו וייחווה על ידי ילדיו כהורה ומהו אופייה של ההורות. כך, הגישה הביולוגית-טבעית מציגה את ההורות הביולוגית המבוססת על אב ואם כהורות טבעית,<sup>37</sup> שהמדינה אמורה להכיר בה ולהגן עליה, אך לא

חזקה וכמעט לא מוגבלת לשימוש באמצעים מלאכותיים של הולדה לצורך הבאת ילדים לעולם אינם מאמצים באופן מלא את ההגדרה החוזית-כוונתית לקביעת הורות. ראו למשל בהקשר זה את ניתוח עמדתן של המלומדות בלכר-פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 12.

36 להבחנה בין גישות פרטיות לגישות ציבוריות להסדרת הזוגיות ולהצעת גישה מאוזנת, ראו Shahar Lifshitz, *The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future*, 13 TIL 15 (2012); כן ראו Shahar Lifshitz, *The Pluralistic Vision of Marriage, in* MARRIAGE AT THE CROSSROADS: LAW, POLICY, AND THE BRAVE NEW WORLD OF TWENTY-FIRST CENTURY FAMILIES 260 (Elizabeth Scott & Marsha Garrison eds., 2012) במאמר זה אני מצביע על כך שגישה ציבורית לזוגיות אינה חייבת להיות שמרנית ואינה חייבת להיות מונוליתית. עמדות אלו, בשינויים המחויבים בין הורות לזוגיות, מנחות גם את המאמר הנוכחי.

37 באופן מעניין, להצגה הטבעית של ההורות הביולוגית שותפות הן גישות שמרניות והן גישות ליברליות. כך, במקרים רבים גישות שמרניות מאמצות שיח ביולוגי-טבעי כהצדקה לביסוס המשפחה על בני זוג ממין שונה. ראו למשל את התבטאויותיו של ח"כ מרדכי יוגב בפרוטוקול ישיבה 683 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20, 35 (22.1.2018) ("לכל ילד מגיע שיהיה גם אבא וגם אימא, עם הסיכויים הכי טובים כפי שהטבע ברא. זו זכות טבעית יסודית, וזו זכות לאבא ולאמא על כל המשתמע מכך"). במקרים אלה מדגישים בדרך כלל התומכים בהורות של בני הזוג מאותו המין את ההיבט הלא טבעי של ההורות, ראו את למשל תשובותיה של ח"כ מיכל בירן, שם ("טבעי זה לא ערך, גם לא בעיניך, חבר הכנסת מוטי יוגב. מטוס זה לא טבעי, ניתוח לב פתוח זה לא טבעי, טיפולי פוריות זה לא טבעי. וכולנו שמחים על הדברים שהתאפשרו לנו [...] העולם מתקדם, הזמן מתקדם, בחברה הישראלית ההכרה בזכויות של להט"ב הולכת וגדלה ומגיעה לקונצנזוס מאוד רחב"). עם זאת, במקרים רבים דווקא גישות שמרניות חתרו תחת המבחן הביולוגי בשל רצונן לחזק את הנישואים ומשום כך הם התנגדו להכרה בהורות של אב ביולוגי על ילד שנולד מחוץ לנישואים. מנגד, אצט"ק שהתייחסות להורות הביולוגית כהורות טבעית הנעוצה במשפט הטבעי ולא במשפט האדם אינה ייחודית לתפיסות שמרניות דתיות ולעיתים היא שמשה בסיס להכרה הליברלית בהורה מחוץ לנישואים כהורה לכל דבר. ראו למשל את הרטוריקה של "משפט הטבע" או של "קול הדם" בפסיקה הישראלית. כגון דבריו של השופט חשין בפרשת **פלונית 3077/90**, לעיל ה"ש 20, פס' 6 לפסק דינו. וכן ראו את דבריו של השופט ברק בע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 467 (1984) ("זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא ולא אחר יקיים את החובות כלפי ילדו [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול הדם' שבין הורים לילדיהם" (ההדגשה שלי ש.ל.). במובן זה צודק פרופ' פנחס שיפמן כי מערכת היחסים שבין הורים וילדים משקפת מתח מתמיד בין הקרבה המשפטית לבין שיקולים

ליצור אותה.<sup>38</sup> משכך, על פי גישה זו, מקומם של השיקולים והערכים הציבוריים בהגדרת ההורות מוגבל.

ברם, ההצגה ה"טבעית" של ההורות הביולוגית אינה משתלבת עם ההיסטוריה של דיני המשפחה ועם מגמות בולטות בדיני ההורות בישראל ובעולם כיום. ראשית, במשך שנים ילדים מחוץ לנישואים נחשבו כילדים לא לגיטימיים והמשפט סירב להכיר בהורות המשפטית של האב הביולוגי.<sup>39</sup> הגם שהמוסד של ילד לא לגיטימי בוטל במרבית המערכות האזרחיות, אפילו כיום המשפט בישראל מקשה על בעל הטוען שאינו האב הביולוגי, ולחלופין על טוען לאבהות ביולוגית שאינו נשוי לאם, להוכיח זאת.<sup>40</sup> מגמות דומות קיימות גם במערכות משפט נוספות מחוץ לישראל.<sup>41</sup> הנה כי כן, בעוד חלק מן

חברתיים. ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 19 (1989) (להלן: שיפמן **דיני המשפחה בישראל** ב).

38 ראו את הציטוט הבא מפסק הדין של השופט ויצמן בעמ"ש (מחוזי מר') 52550-10-18 ע. נ. ד. מ., פס' 14 לפסק דינו (פורסם בנבו, 22.10.2019) (להלן: פרשת **שלושת ההורים**) ("מכל מקום, נראה כי היא זה נכון לומר כי רוב מערכות המשפט, דתיות וחילוניות כאחד, וכן רבות מתרבויות העולם תופסות את המשפחה הביולוגית כתא בסיס של החברה האנושית ורואות בה – תא הקודם לצורות השונות של ההתארגנות הפוליטית, הן מבחינה היסטורית והן מבחינה פילוסופית"). עוד ראו כרמל שלו **הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי, הירון מסוג אחר, עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית** 191, 200, (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996). "תא זה, המורכב מהורים ומילדים הקשורים לשני ההורים בקשר דם, נתפס כטבעי ולכן כנטול הטיות אידיאולוגיות או הבניות חברתיות ותרבותיות". כן ראו דבריה של השופטת ורבנר בעמ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית** (פורסם בנבו, 24.5.2018) (להלן: פרשת **היועץ המשפטי חיפה**) ("ההורות הטבעית אינה יציר המשפט, אלא יציר הבורא/הטבע, איש איש כפי השקפתו").

39 להיעדר מעמד לאב הביולוגי שאינו נשוי במשפט המוסלמי ראו פרשת **פלונית 3077/90**, לעיל ה"ש 20; לאי-הלגיטימיות במשפט האנגלו-האמריקאי במהלך המאה התשע-עשרה ראו MICHAEL GROSSBERG, *GOVERNING THE HEARTH: LAW AND THE FAMILY IN NINETEENTH-CENTURY AMERICA* 197 (1995).

40 ראו ס' 28ה' לחוק מידע גנטי, התשס"א–2000. עוד ראו בעניינים אלה, רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" **הפרקליט** 311, 327–330 (2002). וראו גם, שיפמן **דיני המשפחה בישראל** ב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 44–51, המבקרים שניהם את המצב המוביל לכך שהאב הביולוגי לא יוכר כאב. אציין שבמובן עמוק הביקורת על הדין הקיים משקפת כשלעצמה את הגישה הביולוגית, שכן היא מניחה שהבעל אינו האב האמיתי ועל כן אין זה הוגן לחייבו במזונות. עוד ראו בעניינים אלה מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269, 297–300 (1998). כן ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 850–851. ראו גם, עמיחי רדוינר "עד שכמעט לא נמצא ממזר מהתורה רק כשהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים" – על פתרונות חדשניים להתרת מקרי ממזרות בבתי הדין בישראל" **JSIJ** 20 (2021); יחזקאל מרגלית "אמת ויצוב – אמת עדיף? – ושוב לדילמת עריכת בדיקת רקמות לקטינים בישראל" **חוקים** טז 17 (2021).

41 לדינמיקה המקשה ולעיתים אפילו שוללת לחלוטין את האפשרות לשלול אבהות של בעל ולחלופין להכיר באבהותו של אב מחוץ לנישואים כאשר מדובר באם נשואה ראו Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989). כן ראו Feinberg, *Restructuring*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 248–254. להחלשה של חזקת האבהות לאורך השנים ראו Theresa Glennon, *Somebody's Child: Evaluating the*



## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

המתנגדים השמרניים של ההורות הלהט"בית מאמצים רטוריקה "טבעית" ודבקים בהגדרה הביולוגית של ההורות, סוגיית הילד הלא לגיטימי, ובהקשר הישראלי הסירוב להכיר בהורות שעשויה להוביל לתוצאה של ממזרות, ממחישים כי גם בחשיבה השמרנית קביעת ההורות אינה רק עניין ביולוגי טבעי; זהו מבנה חברתי שנועד לשקף ולקדם ערכים חברתיים מסוימים, כגון בהקשר של ילד מחוץ לנישואים, דאגה לטובת הילד ואולי גם הגנה על המסגרת הזוגית.<sup>42</sup> כפי שאסביר בהמשך הדברים, זוהי בדיוק טענתה של הגישה המוסדית.

זאת ועוד, ההגדרה הביולוגית של ההורות וההתייחסות אל ההורות הביולוגית כהורות טבעית, שאינה דורשת הכרעה משפטית, אינה נותנת מענה למקרים של תרומת זרע, שבהם ההורה הביולוגי אינו נחשב להורה מן הבחינה המשפטית.<sup>43</sup> נוסף על כך, במקרים של תרומת ביצית ושל לידה באמצעות פונדקאות, שבהם קיים פער בין האם היולדת לאם הגנטית, נדרש המשפט להכריע מהו המשתנה הביולוגי הרלוונטי.<sup>44</sup> מקרה זה ממחיש אפוא עד כמה הטכניקות החדשות של ההולדה מחייבות מעורבות משפטית אופרטיבית ולא רק מתן גושפנקה למציאות "טבעית" בעולם. בכל המובנים הללו, ההצגה הפרטית של ההורות על ידי הגישה הביולוגית-טבעית כושלת בהפנמת הממד הציבורי חברתי של ההורות.

*Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. VA. L. REV. 547 (2000) מנגד ראו June Carbone & Naomi Cahn, *Nonmarriage*, 76 MD. L. REV. 55 (2016), המתארות מצבים שבהם החוקה פועלת גם כיום. עוד ראו NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, לעיל ה"ש 13; ראו גם, NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2275. ו- Feinberg, שם, המבקשים להרחיבה ולהחילה גם על בני זוג מאותו המין. למבט השוואתי רחב יותר ראו June Carbone & Naomi Cahn, *The Past, Present and Future of the Marital Presumption*, in THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 387, 391–393 (Bill Atkin gen. ed. 2013) (להלן: Carbone & Cahn).

42 במובן זה, ההסדרה המסורתית של דיני הזוגיות מתאימה יותר לתיאור המוסדי של ההורות מאשר הרטוריקה הטבעית-פרטית, לכאורה, הננקטת על ידי תומכי ההגדרה הביולוגית של ההורות. יתרה מזו, גם כיום, לצד הרטוריקה הטבעית, חלק גדול מן המתנגדים להורות של בני זוג מאותו המין מבססים את עמדותיהם על ערכים שמרניים ועל היותה של ישראל מדינה יהודית. הדבר מוכיח את ההיבט הערכי של ההורות גם בעיני אלה המציגים את קביעת ההורות הביולוגית כמשקפת מצב עניינים טבעי שאינו דורש הכרעה ערכית. ראו לעיל ה"ש 7 והטקסט המתלווה אליה.

43 אציין כי במדינות רבות הסדרת מעמדו של התורם נערכת בחקיקה. ראו לדוגמה בארצות הברית את הפרק החמישי של UNIFORM PARENTAGE ACT, הקובע במפורש כי התורם לא ייחשב להורה. זהו המצב במרבית מדינות ארצות הברית, ראו למשל UNIF. PARENTAGE ACT § 702 (UNIF. LAW COMM'N 2017). לעומת זאת, בישראל לא קיימת חקיקה המסדירה את מעמדו של התורם, אך בפועל המשפט הישראלי מאפשר תהליך של תרומה אנונימית שהלכה למעשה משחררת את התורם מכל זכות או חובה הוריות. ראו על כך ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16.

44 ראו פרשת תמ"ש מיהי האם?, פרשת ההורות המשולשת וכן, פרשת פרקליטות ת"א שהוזכרו, לעיל ה"ש 22.

הגם שהגישה החוזית-כוונתית אינה שותפה לגישה הביולוגית-טבעית בהצגת הממד הטבעי של ההורות הביולוגית, באופן אירוני הדגשת ההיבט הפרטי של ההורות וחוסר הנכונות לתת משקל נורמטיבי להיבטיה הציבוריים, ניכרים גם בגישה חוזית-כוונתית והם משפיעים על יחסה לרגולציה של ההולדה ולקביעת ההורות המשפטית.<sup>45</sup> כך, על פי גישה חוזית-כוונתית, לצורך קביעת הורות על המשפט להתמקד בהסכמות ובכוונות של הטוענים להורות או להימנעות ממנה, ועל כן, בדומה לגישה הביולוגית-טבעית, הגישה אינה מותירה מקום נרחב מספיק לשיקולים "ציבוריים" רחבים יותר. בדומה לכך, על פי התפיסה הליברלית-אינדיווידואלית, העומדת בבסיסה של הגישה החוזית-כוונתית, אף הרגולציה של ההולדה צריכה להתמקד בסיוע להורים המיועדים להגשים את אוטונומיית הרצון שלהם ואת תוכנית חייהם. משום כך, מקומם של האינטרסים והערכים הציבוריים הקשורים בהורות נדחק.<sup>46</sup> כאשר מדובר בילד שטרם נולד, אף שיקולי טובת הילד העתידי מקבלים מעמד משני.<sup>47</sup> ההיבט הפרטי של הגישה בא לידי ביטוי מובהק בהקשר של הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי. בדומה לגישה הביולוגית-טבעית, אף הגישה החוזית-כוונתית סבורה כי המדינה מצהירה על ההורות, אך אינה מכוננת אותה. עם זאת, בעוד הגישה הביולוגית-טבעית מצמצמת את ההיבט ההצהרתי בהכרת ההורות אך ורק להורות הביולוגית הטבעית, מבקשת הגישה החוזית-כוונתית לסווג אף את הכרת המדינה בהורות של ההורה הלא ביולוגי מכוח הסכמת הצדדים, כמצהירה על מצב קיים ולא כמכוננת את ההורות.<sup>48</sup> כהמשך לכך, אף במישור הפרוצדורלי רואה הגישה בעצם המעורבות של המדינה בתהליך ההכרה בהורות רכיב מזיק שיש להכחידו.<sup>49</sup>

במאמר *Neither Nature nor Contract* parenthood as institution ביקרתי הן את הגישה הביולוגית-טבעית והן את הגישה החוזית-כוונתית והצעתי יסודות ראשוניים לגישה

- 45 יתרה מזו, בעוד במקרה של הגישה השמרנית-מסורתית, השפה הפרטית מסווה מגוון רחב של שיקולים חברתיים כגון במקרה של הורות מחוץ לנישואים, השורשיים הליברליים-אינדיווידואליים של הגישה החוזית-כוונתית מובילים את הגישה לאמץ באופן מהותי גישה פרטית, המפחיתה בלגיטימציה של הסדרה המבוססת על שיקולי רוחב אינטרסים ציבוריים ואתוס משותף.
- 46 עם זאת, וכפי שניתחתי במקום אחר, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16. בעוד כותבים מסוימים המזוהים עם הגישה ההסכמית מתנגדים בנחרצות לפיקוח ציבורי על ההסכמים, כותבים אחרים, דוגמת מרגלית, תומכים בפיקוח ציבורי הדוק יותר על ההסכמים הפרטיים. ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 30. יתרה מזו, כפי שאפיינתי, להלן ה"ש 64, הגם שמרגלית מזוהה עם הגישה ההסכמית, עמדת שונות בכתבתו מתאימות יותר דווקא לגישה המוסדית.
- 47 ראו *Cohen, Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12 ודיונו הנרחב בעניין ראו, להלן פרק ב, חלק 3, ס' (ד).
- 48 ראו על ויכוח זה בהרחבה, להלן פרק ג, חלק 1.
- 49 ראו עמדת העותרים בפרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14. בפרשה זו עמדת העותרים נדחתה, אך נקבע דיון נוסף.

מתחרה, שאותה כיניתי ה"גישה המוסדית"<sup>50</sup>. לשיטתי, ההצגה הפרטית של ההורות הן בגרסתה הביולוגית-טבעית והן בגרסתה החוזית-כוונתית מדחיקה את העובדה שהורות איננה רק הסדר פרטי הרלוונטי לנוגעים בדבר, אלא גם, ולעיתים, בעיקר **מוסד חברתי-ציבורי** (social institution), שלמדינה ולמשפט תפקיד חשוב בכינונו ועיצובו. בספרות הסוציולוגית מקובל להתייחס למוסדות **חברתיים** כקבוצת נורמות המעצבות יחדיו דרך מקובלת ומושרשת לביצוע פעולות חברתיות הנחשבות למרכזיות בחברה נתונה.<sup>51</sup> משפטנים מרבים לעסוק בדרך שבה כללים משפטיים משתלבים עם נורמות חברתיות, עם מוסדות חברתיים ועם התרבות בכללותה. הם מדגישים את התלות שבין החברה למשפט ואת העובדה שתוכני המשפט ממלאים תפקיד חשוב בקביעת הדרך שבה בני האדם מגדירים את טיב היחסים החברתיים שהם נתונים בהם.<sup>52</sup> בהקשר של המאמר הנוכחי, המשמעות של ההורות כמוסד חברתי-ציבורי משתקפת בכך שהמדינה היא שבסופו של דבר קובעת מי יוגדר כהורה ומהי המשמעות הנורמטיבית של ההורות. אף ברמה החברתית המדינה משפיעה על התפיסה העצמית והחברתית של האדם כהורה באמצעות הגדרתו המשפטית כהורה.<sup>53</sup> נוסף על כך, במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, ובמיוחד כאשר מעורבים לצד ההורים המיועדים גורמים נוספים, כגון תורם זרע וביצית ואם פונדקאית, שיש לשלול את הורתם, ההצגה הפרטית של ההורות מתכחשת לתפקיד המשמעותי של המדינה והסדריה ביצירת התשתית המאפשרת את ההיתכנות המעשית, המשפטית ולעיתים גם הכלכלית, של הולדה באמצעות הטכניקות הללו, שלא לדבר על הסדרי ההורות הנוצרים בעקבותיהם. ודוק, גישתי אינה כופרת בכך שבמקרים רבים, ייתכן שאפילו כברירת מחדל, על המשפט להתייחס להורים הביולוגיים כהורים

50 Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 16.

51 נורמה חברתית מוגדרת בספרות הסוציולוגית, המשפטית והכלכלית כאמת מידה התנהגותית שקבוצה חברתית מעצבת ואוכפת לאור ערכיה, והיא מגדירה באמצעותו את דפוס ההתנהגות המצופה בהקשר חברתי מסוים. מוסדות חברתיים מכוננים מערכת של משמעויות ותכנים שנהוג לכנות אותם "תרבות". ראו בקשר לנושאים הללו, PETER L. BERGER & THOMAS LUCKMANN, *THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY – A TREATISE IN THE SOCIOLOGY OF KNOWLEDGE* 72 (1966). עוד ראו RICHARD A. SHWEDER, *THINKING THROUGH CULTURES* (1991); CLIFFORD GEERTZ, *THE EXPEDITIONS IN CULTURAL PSYCHOLOGY* (1991); INTERPRETATION OF CULTURES (1973); ראו גם, מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 545 (מנחם מאוטנר, רונן שמיר ואבי שגיא עורכים, 1998) (להלן: מאוטנר "המשפט כתרבות").

52 ראו כדוגמיות מבין שלל העוסקים בנושאים אלה, ERIC A. POSNER, *LAW AND SOCIAL NORMS*, 27 J. LEG. & ECON. (2000); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 537 STUD. (1998); ובישראל, ראו מאוטנר "המשפט כתרבות", שם.

53 ראו Trigger, *Introducing the Political Family*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 369–368. עוד ראו SUZANNE JOHNSON & ELIZABETH O'CONNOR, *THE GAY BABY BOOM: THE PSYCHOLOGY OF GAY PARENTHOOD* 173–174 (2002). וכן ראו Tamir & Cahana-Amitay, לעיל ה"ש 16.

המשפטיים. היא גם אינה כופרת בכך שבנסיבות מסוימות יש להביא בחשבון את כוונות הצדדים המעורבים בעת שנקבעת זהות ההורה. ועדיין, על פי הגישה, ההכרעה להגדיר אדם כהורה על בסיס המבחן החוזי-כוונתי, ואפילו על בסיס המבחן הביולוגי, אינה "טבעית" ואינה מובנת מאליה,<sup>54</sup> אלא דורשת הכרעה ערכית, קביעת קריטריונים ברורים ובמקרים מסוימים גם הליך ממוסד. משום כך, הגישה דורשת ממצבי המשפט לבחון מהם השיקולים המעשיים והערכיים התומכים בהגדרה מסוימת של הורות וביישומה ודרכי מיסודה במקרה קונקרטי. ההיבטים המוסדיים-ציבוריים של הגדרת ההורות המשפטית מתקיימים אף במקרים ה"פשוטים" של הורות שהיא תוצר של קיום יחסי מין, וכמוסבר, בשל המעורבות העמוקה של המדינה בהסדרי הפריה מלאכותית הם נכונים ביתר שאת כאשר מדובר במקרים מורכבים של הורות שהיא תוצר של טכנולוגיות מלאכותיות של הולדה, כגון הזרעה, תרומת ביצית ופונדקאות.<sup>55</sup>

## 2. אתיקת ההורות – האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד כבסיס האתי של ההורות

הפניית המבט של הגישה המוסדית אל התפקיד האקטיבי של המדינה ואל הממד הערכי שבקביעת ההורות ושל הרגולציה של ההולדה חשובה במיוחד בכך שהיא פותחת פתח לדיון גלוי במערכת הערכים המנחה, או ליתר דיוק אמורה להנחות את קביעת ההורות ואת הרגולציה של ההולדה.

מהי אפוא אתיקת ההורות המנחה, או למצער, זו האמורה להנחות את ההסדרה המשפטית של ההורות בחברתנו? אני סבור שדיני הורים וילדים הקיימים עשויים להיות נקודת מוצא טובה לזיהוי אתיקה זו ולפיתוחה.<sup>56</sup> עיון בדיני הורים וילדים של המשפט

54 וראו בהקשר זה, פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, פס' 9 לפסק הדין של השופט הנדל ("גבולות המוסד המשפטי של ההורות משקפים הכרעה נורמטיבית של חברה נתונה, בזמן נתון, לגבי הנסיבות שבהן ראוי להטיל על פלוני מארג מסוים של חובות וזכויות כלפי ילדים, עקב הקשר שלו אליהם [...]) הן כשמדובר על הורות המבוססת על זיקה גנטית 'טבעית', המוכרת לאנושות משחר קיומה, והן כשמדובר על הורות שנוצרה בזכות התפתחות טכנולוגיות שהיו מעבר לדמיון אך לפני חמישים שנה, ההסדר המשפטי בעניינן הוא תולדת הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות".

55 להבחנה בין הלגיטימציה להתערבות המדינה בהורות הטבעית לעומת ההתערבות המקבילה בהורות המבוססת על אמצעים מלאכותיים ראו Daniel Statman, *The Right to Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSP. 224 (2003) (להלן: Statman, *The Right to Parenthood*).

56 הדיון במאמר משלב, אפוא, מהלך פרשני שמטרתו הצדקת ההסדרים המשפטיים הקיימים עם יצירת המצע להסדרה חקיקתית עתידית ראויה בנושא. במובן זה, המאמר משקף מתודולוגיה דומה לזו שמציע רונלד דבורקין (Dworkin), המבקש לפרש את החוק באורו המיטבי, אך בה בעת בתהליך של היוון חוזר להציע תיקונים למצב המשפטי לפי הפרשנות הראויה (ראו Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986)).

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

הישראל, כמו גם במדינות נוספות במערב ובאמנות בין-לאומיות, יגלה שלמרות ההבדלים בהסדרים השונים ניתן להצביע על כמה קווים משותפים המלמדים על אתיקת ההורות. ראשית, אתיקת ההורות כוללת בראש ובראשונה את דחיית הגישה המסורתית שראתה את הילדים כשייכים להוריהם, או ככאלו שנועדו להגשמת רצונם אגב התנגדות עמוקה להחפצת ילדים והתייחסות אליהם כאל טובין.<sup>57</sup> חלף הגישה הבעלת-קניינית, דיני הורים וילדים מציבים את טובתם של ילדים<sup>58</sup> ואת המחויבות לזכויותיהם<sup>59</sup> כעקרונות המנחים של התחום. אף שהדין המודרני דוחה את הגישה הקניינית המסורתית, הוא מכבד את האוטונומיה ההורית,<sup>60</sup> ועמדת המוצא שלו היא שההורים הם המוסמכים לקבל החלטות בענייני ילדיהם ועל המדינה למעט בהתערבות בהחלטות הנוגעות לילדים, פרט למקרים של פגיעה ברורה בטובת הילד ובזכויות ילדים. בשיח המשפטי בישראל ובמדינות רבות בעולם ההכרה באוטונומיה ההורית מקבלת ביטוי בהכרה המשפטית בזכותם של הורים לגדל את ילדיהם<sup>61</sup> ולקבל החלטות הנוגעות לגידולם. עם זאת, גם כאשר הדין המודרני מכיר בזכויות ההוריות,<sup>62</sup> הוא מדגיש שאין מדובר בזכות רגילה,<sup>63</sup>

- 57 ראו Barbara Bennett Woodhouse, *From Property to Personhood: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 5 GEO. J. FIGHTING POVERTY 313 (1998).
- 58 ראו ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 211 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אשררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: אמנת האו"ם לזכויות הילד) הקובע כי: "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיטיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (ההדגשה הוספה – ש"ל); כן ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל ב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 219–220; עוד ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה: חלק כללי 124 (2003); תמר מורג זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת, 2010).
- 59 להבחנות בין גישת טובת הילד לבין הגישות הממוקדות בזכויות הילד, ראו מאמרו של יחיאל קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט 303, 305–306, ראו Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centred Perspective on Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747 (1992); John Eekelaar, *The Emergence of Children's Rights*, 6 OXFORD J. LEGAL STUD. 161 (1986).
- 60 על האוטונומיה ההורית, ראו את הקדמת העורכים לקובץ RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITIES 4 (Rebecca Probert, Stephen Gilmore & Jonathan Herring eds., 2009) (להלן: RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITIES).
- 61 על הזכויות ההוריות במשפט החוקתי האמריקאי, ראו Margaret Ryznar, *A Curious Parental Right*, 71 S.M.U. L. REV. 127 (2018). על הזכות של ההורה לגדל את ילדיהם במשפט הישראלי ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 45. וכן, ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2), פס' 28 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק (2006) (להלן: בג"ץ עדאלה).
- 62 אפילו באנגליה, שבה מודגשת האחריות ההורית, מכיר החוק בקיומן של זכויות הוריות, ראו למשל את הגדרת האחריות ההורית ב- Children Act 1989. S.3(1). הכוללת, בין היתר, את הזכויות ההוריות. אף ס' 5 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 58 מתייחס לחובה של המדינות החברות לכבד את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים.

שנועדה לממש בראש ובראשונה את האינטרס של בעל הזכות,<sup>64</sup> אלא בזכות המלווה בחובה לפעול למען טובתם של ילדים.<sup>65</sup> לצד זאת, יש המסתייגים מעצם ההמשגה של

63 על המתח בין זכויות ילדים לתפיסה של זכויות הוריות על פי התפיסה הקונוונציונלית של זכויות הממוקדות באינטרס של בעל הזכות, ראו John Eekelaar, *What are Parental Rights*, 89 LAW Q. REV. 210 (1973).

64 השוו בהקשר זה את Phillip Montague, *The Myth of Parental Rights*, 26 SOC. THEORY & PRACTICE 47 (2000) (השולל קיומו של אינטרס מוגן של ההורים באשר לדרך של גידול ילדיהם ועל כן מתנגד למושג של זכויות הוריות), עם Samantha Brennan & Robert Noggle, *The Moral Status of Children: Children's Rights, Parents' Rights and Family Justice*, THEORY & PRACTICE 1 (1997) (לדעתם ניתן להכיר בזכות ההורית ואפילו באינטרס ההורי ובלבד שההכרה באינטרס זה משרתת במכלול הרחב יותר את הגשמתה של טובת הילד); HARRY BRIGHOUSE & ADAM SWIFT, *FAMILY VALUES: THE ETHICS OF PARENT-CHILD RELATIONSHIPS* 86–111 (2016) (להלן: BRIGHOUSE & SWIFT) (המתייחסים לאינטרס ההורי ולטובת הילדים כמעורבים ומשולבים זה בזה בדרך כלל); אף בישראל הפסיקה העוסקת בזכות של הורים לגדל את ילדיהם מציגה במקרים רבים זכות זו כזכות משלימה לזכות של ילדים לגדול אצל הוריהם הביולוגיים. לסקירה ולתמיכה מחקרית בגרסה זו ראו, רונה שון "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007) (להלן: שון "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים").

65 ראו בנושא זה את פסק הדין בעניין *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000), וכן פסק דין *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 בעניין *Pierce v. Society of Sisters* (1925) "The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations". כן ראו את דבריו של Lord faster בעניין *Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority and Dep't of Health & Soc. Sec.*, [1986] 1 A.C. 112 (HL) (appeal taken from Eng.) "parental rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. they exist for the benefit of the child and they are justified only in so far they enable the parent to preform his duties toward the child". עוד אזכיר את חוק היסוד בגרמניה (ראו <http://bit.ly/2QA4xdv>) [Basic Law], translation at <http://bit.ly/2QA4xdv>), אשר קובע, למשל, "בס' 26(2), כי: **The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty**" (ההדגשה הוספה – ש"ל). בדומה לזה, אף בישראל הדוגלים בשפת הזכויות ההוריות מכירים בכך שהזכות ההורית אינה זכות רגילה הממוקדת באינטרסים של בעל הזכות, אלא מדובר בזכות שהיא חובה המוטלת על הורים לדאוג להגשמת טובתם של ילדים ולמימוש זכויותיהם. ראו דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661, פס' 9 לפסק דינה של השופטת טרסברג-כהן (1996) (להלן: דנ"א **נחמני**) ("משהופך אדם הורה, מטיל עליו הדין חובה לדאוג לילדו. ולא בדאגה בעלמא עסקינן, כי אם בחובה להעמיד את טובת הילד בראש מעיינינו"), וכן, שם, דברי הנשיא (כתוארו דאז) ברק ("הורות היא מעמד יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. היא כרוכה בחובות ובזכויות"); ע"א 2266/93 **פלוני, קטין נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר (1995) (להלן: פרשת **פלוני 2266**) ("יש המכנים את זכותו של הורה כלפי ילדו 'זכות מועברת' בשל היותה זכות הנושאת בחובה [...] והחובה האמורה היא חובתם הכללית של הורים כלפי ילדיהם [...] שניתן לסכמה כחובה הכללית של ההורים לפעול לטובת הילד, ולקבל החלטות [...] המקדמות את טובתו"); ע"א 549/75 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1) 459, פס' 5 לפסק דינו של השופט כהן (1975) ("הזכויות' שיש להורה בילדו,

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

הזכות ההורית ומעדיפים לתאר את האחריות, <sup>66</sup> את הנאמנות <sup>67</sup> ואת האתיקה של הדאגה <sup>68</sup> כמושגים המארגנים של יחסי הורים וילדים. בספרות המחקר קיימת מחלוקת בשאלה עד כמה ניתן להכיר באינטרס ההורי בגידול הילדים, כגון האינטרס לקבוע את מקום מגוריהם של הילדים ואת חינוכם הדתי, כאינטרס עצמאי ברהגנה של ההורים. <sup>69</sup> ואולם, מבלי להיכנס לעובי הקורה של המחלוקת, ברור לכול שטיב האינטרס ההורי אינו חפצי או בעלותי, הממוקד בצורכי ההורה במנותק מן הילד. עיקרו של האינטרס ההורי הינו האינטרס לגדל את הילד, לקבל אחריות עליו ולדאוג לטובתו. <sup>70</sup> אם כן, ההנאה או הצורך שההורים מפקים מן ההורות אינם מנותקים מן הדאגה לטובת הילד ובוודאי אינם יכולים לסתור אותה. משום כך, במקרים שבהם ההורה פועל לטובת מה שהוא חווה כטובת הילד, או טובת המשפחה כמכלול, עשוי להתעורר קונפליקט בין הזכות ההורית לפעול לטובת הילד על פי שיקול דעתו, לבין פרשנות אובייקטיבית של השאלה מהי טובת הילד. לעומת זאת, כאשר מדובר בניצול, שימוש בילד או אפילו בניסיון לעצב ילד

אף הן בגדר 'חובות' הן: ויפה קובע ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1965 שהדאגה לצרכי הקטין היא גם חובה על ההורים וגם זכות להם". עוד ראו בעניין זה, את פסק דינה של השופטת דורנר בדנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 65 (1995) ("הזכויות שיש להורה הטבעי הן אפוא חובות").

66 לטענה שמושג האחריות (Responsibility) הוא המושג המארגן בהצלחה את מעמדם של הורים כלפי ילדיהם, ראו משרד המשפטים "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" **דוח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו** 33-34 (2003), <https://bit.ly/2Xp9GIq>; ראו סעיפים 7-9 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 58; ראו גם את חוק הילדים האנגלי, שאחד מחידושיה היה המעבר מטרמינולוגיה של זכויות הוריות לטרמינולוגיה של אחריות הורית Children Act 1989, p. I, §3 (Eng.). עוד ראו את אסופת המאמרים PARENTAL & RESPONSIBLE PARENTS RESPONSIBILITIES, לעיל ה"ש 60. להגנה על מושג הזכויות ההוריות ועל זכויות אלה עשויות לבטא אינטרסים עצמאיים של ההורים לצד אינטרסים של ילדים, ראו Andrew Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, in RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITY 23 (2009). עם זאת, גם ביינהם (Bainham) מסכים כי זכויות אלו אינן בלתי מוגבלות וכי לא ניתן לפגוע בילדים בשמן של זכויות הוריות.

67 או למשל Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 VA. L. REV. 2401 (1995).

68 או זפרן "שיח היחסים", לעיל ה"ש 12. שלא כמו שיח הזכויות, המדגיש את האינטרס האישי ואת הנפרדות של חברי המשפחה, שיח היחסים מבוסס על אתיקה של דאגה ("ethics if care") ומביא בחשבון את הקשרים המורכבים בין חברי המשפחה, את האינטרסים המשותפים ואת הניסיון ליישב סכסוכים בדרך המתאימה לרצונות ולצרכים של המשתתפים. לדברי זפרן, אף שעל המשפט להכיר באוטונומיה הנבדלת של הורים וילדים, יש להדגיש את הקשר הנמשך ביניהם ואת האינטרסים המשותפים של הצדדים.

69 ראו רונה שו" זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (מאמר בהכנה). במאמר זה בוחנת רונה שו" את טיבה של הזכות ההורית ובין היתר סוקרת עמדות שונות בקשר לשאלת ההכרה באינטרס ההורי האישי בהקשרים שונים של גידול ילדים. המאמר טרם פורסם ולמעשה הכנתו טרם הושלמה, אולם פרופ' שו" העמידה טיוטה שלו לעיוני ועל כך אני מודה לה.

70 ראו BRIGHOUSE & SWIFT, לעיל ה"ש 64.

בצלמנו ובדמותנו מתוך צורך אישי, אזי אין מדובר בקונפליקט בין הזכות ההורית לבין שיקולי טובת הילד, שכן הזכות ההורית כלל אינה מתעוררת!<sup>71</sup> היבטים אחרים של אתיקת ההורות קשורים בכך שהאחריות ההורית מוטלת על ההורים מעצם הגדרתם כהורים, והיא אינה מותנית בהסכמה מפורשת או משתמעת לתכנים הקונקרטיים שהדין מטיל בעקבות אחריות זו. לכן, אף שהמדינה מאפשרת להורים לקבוע דגמים שונים של חלוקת אחריות, עצם המחויבות של הורים כלפי ילדיהם אינה ניתנת להתנאה, אינה הדירה ואינה תלויה בסטטוס הזוגי של ההורים.<sup>72</sup>

### 3. הזכות להפוך להורה לנוכח אתיקת ההורות

בשיח המשפטי הקיים, למרות הבדלי השקפות בעניינים ספציפיים, העקרונות הבסיסיים שצוינו כמרכיבים את אתיקת ההורות, ובמיוחד הדגשת האחריות ההורית כאחריות בלתי הדירה, המחויבות לטובת הילד ולזכויותיו והמגבלות על חופש החוזים מקובלים על רבים כעקרונות המנחים את דיני הורים וילדים לאחר שנקבעה זהות ההורים. לעומת זאת, בהשראת הגישות ה"פרטיות", ובעיקר זו שאותה כיניתי הליברלית-אינדיווידואלית, משקלם של שיקולי טובת הילד, זכויות ילדים עתידיים והדגשת האחריות ההורית קטן בעת שנדונה זהות ההורה המשפטי,<sup>73</sup> והוא מצטמצם דרמטית כשמדובר ברגולציה של ההולדה,<sup>74</sup> כל זאת בד בבד עם עלייתה של הזכות החוקתית להורות.

71 ליחסים המורכבים בין מושג הזכות למושג האחריות ולמקרים שבהם האחריות מגבילה את הזכות, ואולי במונחים המוצעים במאמר הנוכחי גלומה בה מלכתחילה, ראו למשל, Jeremy Waldron, *Dignity, Rights, and Responsibilities*, 43 ARIZ. ST. L. 1107, 1114–1121 (2011).

72 ע"א 664/71 מרחב נ' גיא, פ"ד כו(1) 701, פס' ו לפסק דינו של השופט קיסטר (1972) ("להסכם בין הורים הקובע כי ילדם לא יוכר על ידי האב אין כל תוקף, הואיל וההורים אינם זכאים לשלול מן הילד את הזכות לבקש לקבוע מיהו אביו"); ראו פרשת פלונית 3077/90, לעיל ה"ש 20. ראו גם, ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999). שם נקבע כי במקרים של הזנחה רגשית חמורה של אב כלפי ילדיו יינתן פיצוי (נזיקי), כלומר להורה יש חובה כלפי ילדיו במישור הרגשי ולא רק הפיזי, גם אם אינם במשמורתו.

73 למקומם המוגבל של שיקולי טובת הילד בעת שנקבעת ההורות המשפטית, במשפט הנוהג ראו למשל, David D. Meyer, *The Constitutionality of Best Interests Parentage*, 14 WM. & MARY BILL RTS. J. 857 (2006). וכן Carbone & Cahn, לעיל ה"ש 41, בעמ' 1015–1016; ראו גם NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2334 (המביע חשש נורמטיבי מפני מקומם של שיקולי טובת הילד בהגבלת הורות).

74 לטענה הנורמטיבית ששיקולי טובת הילד צריכים להיות בעלי תפקיד קטן או אפילו ללא תפקיד כלל בעת הרגולציה של ההולדה, ראו Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12; רביצקי "הזכות להורות", לעיל ה"ש 12. זוהי גם גישתו של ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל ה"ש 8. כן ראו בבג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (לא פורסם 11.2.1997). שם פסל בית המשפט את תוקף התקנה שדרשה בדיקת התאמת הורות של אם יחידה. מדובר בפסק דין שניתן בסופו של דבר בהסכמה ומבלי שנושא טובת הילד נדון בפני עצמו.



## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

במשפט הישראלי הזכות החוקתית להורות מתייחסת לשני היבטים: ההיבט הראשון עוסק בזכות של הורים לגדל את ילדיהם,<sup>75</sup> וההיבט השני עוסק בזכות להפוך להורים, וזאת הן על ידי הבאתם לילדים לעולם והן על ידי ההכרה המשפטית בהם כהורה.<sup>76</sup> בהיבט הראשון של הזכות ההורית עסקתי בחלק הקודם, בדיון באתיקה ההורית המשתקפת בדיני הורים וילדים. כאמור, המשפט הישראלי מכיר בזכות של הורים לגדל את ילדיהם ובמקרים רבים הוא מציג זכות זו כטבעית.<sup>77</sup> ועדיין, כשמדובר בזכות ההורים לגדל את ילדיהם, המשפט הישראלי פועל בהתאם לאתיקת ההורות ומדגיש שמדובר בזכות שיש לשלבה בזכויותיהם של ילדים ובאינטרסים שלהם ובהקשרים רבים להכפיפה להם,<sup>78</sup> או לחלופין בהתאם לנוסחה המוצעת על ידי, אשר רואה באתיקה ההורית

75 ראו בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 61, פס' 28 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק. כן ראו את דבריו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר בפרשת **פלוני 2266**, לעיל ה"ש 65, פס' 7 לפסק דינו ("זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית").

76 ראו בג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת בייניש (פורסם בנבו, 24.3.2009). (להלן: פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**). להיבט נוסף של הזכות להורות, הלוא הוא הזכות להיות מוכר כהורה, אתייחס להלן בפרק ג של המאמר.

77 ראו את המשך דבריו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר בפרשת **פלוני 2266**, לעיל ה"ש 65, פס' 7 לפסק דינו ("זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם"); ראו גם דבריה של השופטת בייניש בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, שם; ראו גם, רע"א 3009/02 **פלונת נ' פלוני**, פ"ד נון(4) 872, פס' 2 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2002); בע"מ 377/05 **פלונת ופלונת ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים**, פ"ד ס(1) 124, פס' 46 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק (2005) (להלן: פרשת **ההורים המיועדים**). ("זכותם של הורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית וראשונית"); תמ"ש (משפחה ת"א) 26140/07 **פלוני נ' פרקליטות מחוז ת"א-אורחי**, פס' 37 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.2.2010) ("במרכז הזכות המצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם ולהחזיק בהם").

78 ראו בהקשר זה את דבריו של השופט ג'ובראן, בבג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 61, פס' 11 לפסק דינו ("גידולו של הילד על-ידי הוריו, מבטא בו זמנית הן את זכותו של הילד לגדול בבית הוריו והן את זכותם של הוריו להיות אלו שיגדלוהו. שילוב זה של אינטרסים, מגלם בתוכו את מהותם של יחסי ההורים וילדיהם, במסגרת חיי המשפחה, אשר על המדינה להישמר בפני פגיעה בהם ולעשות כן רק באם הדבר מחייב את טובת הילד"); כן ראו פרשת **פלוני 2266**, לעיל ה"ש 65, פס' 9 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר ("זכות ההורים אינה זכות מוחלטת. זכותם של ההורים היא יחסית, והיא מוגבלת על-ידי זכויות הילד וטובתו. יש שהאינטרסים של הילד, זכויותיו וצרכיו באים לידי ביטוי בעקרון טובת הילד, שעל ההורים לפעול על-פיו בבואם למלא חובותיהם ולממש זכויותיהם; יש שזכויות הילד יעמדו על רגליהן שלהן, והילד יופיע במערכת לא רק כשיקול שיש לקחת בחשבון בעת פתרון סכסוך בין ההורים, אלא כצד מלא לסכסוך, שאת זכויותיו יש לאזן כנגד זכויות הצדדים האחרים לסכסוך"); מנגד, לביקורת על כך שהמשפט הישראלי ממקד את הזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה ונותן מקום מוגבל לזכות של ההורה לגדל את הילד, או למצער, מציג אותה כזכות של הילד ומצמצם את ההכרה האינטרס ההורי העצמאי ראו, דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" **עבודה, חברה ומשפט** יא 275, 281 (2005).

ובמחויבות לטובת הילד חלק בלתי נפרד מתוכן הזכות.<sup>79</sup> לעומת זאת, כשמדובר בהיבט השני של הזכות, שעניינו הזכות להפוך להורה, ובמיוחד כאשר מדובר בהפיכה להורה על ידי הבאת ילדים לעולם,<sup>80</sup> ברוח הגישה הליברלית-האינדיווידואלית מדגיש השיח הקיים יותר ויותר את צורכי ההורים,<sup>81</sup> את ההגשמה העצמית,<sup>82</sup> את חופש הרצון והאוטונומיה שלהם,<sup>83</sup> את הצורך שלהם באינטימיות<sup>84</sup> ובהמשכיות<sup>85</sup> ואת זכותם לפרטיות,<sup>86</sup>

79 ראו לעיל ה"ש 70 והטקסט המתייחס אליה.  
 80 להכרה בזכות להורות כמובן של הזכות להביא ילדים לעולם ו/או להפוך להורה ולעמדות השונות בדבר מקורותיה של זכות זו ראו פרשת ארדי-פנקס הראשון, לעיל ה"ש 11 וכן, פרשת ארדי-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 2; עוד ראו בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.2.2019) (להלן: פרשת התורם הידוע); ראו בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, פס' כט' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013) (להלן: פרשת בנק הזרע); עוד ראו בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.09.2014) (להלן: פרשת משה). ראו שם, פס' 6-7 לפסק הדין של השופטת ארבל ושם, פס' 25-26 לפסק הדין של השופטת חיות. מעניין כי בדנ"א נחמני, לעיל ה"ש 65, העלה השופט טירקל את העמדה שהזכות להורות איננה נגזרת של זכות אחרת, אלא הינה זכות עצמאית מן המעלה הראשונה (שם, בעמ' 731). אף ספרות המחקר מרבה לעסוק בזכות זו, ראו בין היתר בהקשר הישראלי: שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 27, בעמ' 661-669; ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 9; זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 9; בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 401-398; ברק-ארוז "בעקבות פרשת נחמני", לעיל ה"ש 9; טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 46.

81 ראו ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל ה"ש 8. בחיבור בעל השפעה זה העמיד רוברסטון את הזכות להולדה במרכז ההסדרה של דיני ההפריה המלאכותית, ועל כן הוא תומך בצמצום למינימום של ההגבלות האפשריות על השימוש בטכניקות של הולדה ככלל ומסיבות של טובת הילד בפרט. על פי רוברסטון שם, בעמ' 30 "because of the centrality of reproduction to Personal identity, meaning, and dignity [...] the liberty to procreate [is] an important moral right"

82 ראו למשל את דברי השופטת ארבל בפרשת משה, לעיל ה"ש 80, פס' 5 לפסק דינה ("רגש נפוץ ועמוק הנתוע בקיום האנושי ונגזר מהרצון להגשמה עצמית [...] הרצון להרות ולהבוק ילד יוצא חלצין הינו רצון בסיסי וטבעי המשותף לכל המין האנושי"); ראו גם, דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 65, פס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("זהו צורך בסיסי [...] להגשמה עצמית של הפרט"). דעה דומה הביע גם השופט טל באומרו "בהחלטה להפוך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמאית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך" (שם, בעמ' 697); ראו גם, בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 15 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006) (להלן: פרשת דוברין) ("הזכות להורות הינה זכות אדם המעוגנת בערך כבוד האדם. בערך זה טמונה זכותו של אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמת עצמיותו במסגרת הבאת ילדים לעולם"); עוד ראו בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, פס' 38 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2011) (להלן: פרשת קו לעובד) ("ההורות נתפסת כהגשמה עצמית של הפרט במובנה העמוק ביותר, והיא מהווה מסימניה המובהקים של המשכיות הקיום האנושי").

83 ראו פרשת בנק הזרע, לעיל ה"ש 80, פס' ל' לפסק הדין של השופט רובינשטיין ("הזכות להורות כוללת ערך ליבה העומד בפני עצמו – להביא צאצאים לעולם – ומעטפת המגנה על ערך האוטונומיה"); ראו גם את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת משפחה חדשה נ' שר העבודה, לעיל ה"ש 76, פס' 20 לפסק דינה ("הזכות למשפחה ולהורות נקשרת למושג האוטונומיה האישית

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

לכבוד<sup>87</sup> ולשוויון<sup>88</sup>. לעומת זאת, השיח המשפטי הקיים בישראל טרם גיבש עמדה ברורה בשאלה אם וכיצד לשלב את שיקולי טובת הילד העתידי והאחריות כלפיו כגורם מאזן לזכות להפוך להורה,<sup>89</sup> או אפילו, כפי שאני טוען במאמר זה, כחלק מהגדרתה.

- של האדם" וכן, פס' 23 לפסק דינה ("הזכות להורות מתפרשת על-פני האוטונומיה של הרצון הפרטי"); עוד ראו את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **דוברין**, שם; כן ראו פרשת **ההורים המיועדים**, לעיל ה"ש 77, פס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה ("היא [הזכות להורות, ש"ל] נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט שהוא אחד היסודות של כבוד האדם").
- 84 ראו פרשת **ההורים המיועדים**, שם ("הזכות להורות מתממשת בתחום הפרט, בתחמו האינטימי של האדם").
- 85 ראו, דברי השופטת פרוקצ'יה בפרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 82. לעמדה דומה הצטרפה גם הנשיאה (כתארה דאז) בייניש ראו בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 76, פס' 2 לפסק דינה ("בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם, ובכך להגשים את היצר הקיומי להעמיד דור המשך הנושא את המטען הגנטי של הוריו"); ראו גם את עמדתו של השופט רובינשטיין בפרשת **קו לעובד**, שם, פס' ו' לפסק דינו ("הזכות החוקתית להורות [...] שלובה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות"); ראו גם את עמדתו של השופט חשין בבג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, **משרד הבריאות**, פ"ד נו(1) 419, פס' 31 לפסק דינו (2002) (להלן: פרשת **משפחה חדשה**) ("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"); ראו גם, דנ"א **נחמני**, לעיל ה"ש 65, פס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה"); כן ראו שיפמן **דיני המשפחה בישראל** ב, לעיל ה"ש 37, בעמ' 151.
- 86 ראו פרשת **ההורים המיועדים**, לעיל ה"ש 77, פס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; ראו גם את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, שם, פס' 20 לפסק דינה ("הזכות למשפחה ולהורות נקשרת [...] לזכותו לפרטיות").
- 87 ראו את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **דוברין**, לעיל ה"ש 82, פס' 15 לפסק דינה; ראו גם עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 82, פס' 38–39 לפסק דינה ("הזכות להורות, וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע על זכותו של כל אדם בישראל להולדה ולהורות").
- 88 לזכות לשוויון כבסיס להגדרה ראויה של הזכות להורות בכלל ושל ההורות החברתית בפרט ראו, NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 13; וזפן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 9, בעמ' 18–19; וכן ראו בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 400–401; עוד ראו Schuz, *The Developing Right*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 222–223; ליישום הגישה המבססת טענות להורות על שוויון בישראל ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 22. הנשיאה חיות מבססת את הזכות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין לפונדקאות הן על הפגיעה העצמאית בזכות להורות והן על הפגיעה בשוויון (שם, פס' 15 ו-32 לפסק דינה). לעומתה, השופט הנדל קובע כי לא ניתן לבסס את הזכות לפונדקאות על הזכות להורות, אך ניתן לבסס על הזכות לשוויון (שם, פס' 5 לפסק דינו). כן ראו את עמדת השופט פוגלמן, המסביר את הקשר ההדוק בין השוויון לכבוד האדם בהקשר של שלילת הזכות לפונדקאות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו המין (שם, פס' 11–16 לפסק דינו); עוד ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11, פס' 46–49.

לחשיבה דוקטורית זו יש להתנגד, וזאת הן מנקודת מבט אנליטית והן מנקודת מבט חברתית. ברמה האנליטית, על פי אחת ההגדרות המקובלות לזכויות, ההכרה המשפטית בזכות משקפת אינטרסים של בעל הזכות, המצדיקים הטלת חובה על המדינה ועל צדדים נוספים שלא לפגוע בזכות (בז'רגון החוקתי המקובל "ההיבט השלילי של הזכות") ולעיתים גם לפעול למימושה (בז'רגון החוקתי המקובל "ההיבט החיובי של הזכות").<sup>90</sup> משכך, הזכות להפוך להורה קשורה בטבורה לתכנים המהותיים של ההורות ולא אינטרסים הראויים להגנה המגולמים בה. בעולם משפטי ומוסרי, שבו ילדים נתפסים כשייכים להוריהם, ניתן לפיכך להצדיק את הזכות להביא ילדים לעולם ולהיחשב כהורה ברטוריקה הממוקדת אך ורק בצרכים של ההורים ובדרך שבה ההורות עשויה להגשים אותם. לעומת זאת, בעולם שבו הזכויות ההוריות נתפסות כמשרתות רק או בעיקר את הדאגה לטובתם של ילדים, קשה להצדיק את הזכות להפוך להורה אך ורק מנקודת המבט של אוטונומיית הרצון והצרכים של ההורה המיועד, ובכלל זה רצונו במימוש עצמי ובהמשכיות, מבלי התייחסות לשאלה אם ההורה המיועד נכון לקבל על עצמו את האחריות ההורית ואם הוא מצויד בכישורים המינימליים הנדרשים לפעול לטובתם של ילדים. לדידי, כאשר הורה מבקש להביא ילד לעולם בנסיבות או בדרך הפוגעות קשות באיכות החיים של הילד העתידי, הזכות ההורית המגלמת בתוכה כאמור את הרצון לפעול לטובת ילדים כלל אינה מתעוררת.

מעבר להיבט הפילוסופי-אנליטי, הצורך בשילוב אתיקת ההורות בעת גיבושה של הזכות ההורות, במובן של הזכות להפוך להורה, נעוץ גם בהיבט החברתי והתודעתי. חלק

לפסק דינו; ראו גם את מאמרו של חגי קלעי "הורים חשודים פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" "המשפט" ברשת: זכויות אדם מבזק 5 28 (2014) (להלן: קלעי "הורים חשודים").

89 ראו משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדר חקיקתית של נושא הפריין והולדה בישראל, ס' 2.2 (2012) (להלן: דוח ועדת מור יוסף). מעניין לציין בהקשר זה שבועדת מור יוסף נקבע שיש לאזן את הזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה לבין זכויות הילד (שם, בעמ' 7). עם זאת, כדי לתמוך בכך צוטט קטע מפסק דינו של בית המשפט העליון מפי השופט שמגר, העוסק בהגבלת זכותם של הורים לגדל את ילדיהם כראות עיניהם בשל טובת הילד וזכויותיו, וזאת ללא תשומת לב לכך שפסק דינו של שמגר עסק בזכות של הורים לגדל את ילדיהם ובהגבלות של הזכות בשל זכויות ילדיהם וטובתם. ראו פרשת פלוני 2266, לעיל ה"ש 65, פס' 9 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר. כפי שאסביר בהמשך הפרק, לגישתי קיימת הבחנה בין האיוון שבין שיקולי טובת ילד לבין הזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה, ובין האיוון שבין טובת הילד לבין הזכות של הורה לגדל את ילדו. במובן זה, ההיקש שנערך בוועדת מור יוסף בן שני ההקשרים ללא הבחנה ביניהם מעורר קושי. עם זאת, כאמור בטקסט, גם הדיכוטומיה הנוקשה בין הזכות לגדל את הילד לבין הזכות להפוך להורה, המאפיינת את הגישה האינדיבידואלית, מעלה קושי ועלולה לפגוע בסופו של דבר באתוס ההורות.

90 Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, 370 MIND, NEW SERIES 194, 195 (1984) בלשונו הוא: "X has a right' if and only if x can have rights, and other things being equal, an aspect of x's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty".

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

מן ההיבט המוסדי של ההורות טמון בהבנה שההורות אינה רק עניין טבעי, אלא גם תוצר של הבניה חברתית ושההסדרה המשפטית של ההורות עשויה להשפיע על הבניה זו. עקב כך שוקדת הגישה המוסדית על עיצובו של **אתוס ההורות**, אתוס חברתי העוסק בשאלות מי נחשב הורה בחברה נתונה ומהי המשמעות החברתית, ובכלל זה הזכויות החובות והאחריות הנגזרות מכך שאדם נחשב מן הבחינה החברתית כהורה.

השיח המשפטי המכונן את אתוס ההורות מורכב לא רק מדיני הורים וילדים לאחר שנוצרו, אלא גם מהשיח העוסק בהולדה וברגולציה שלה. שיח משפטי המתמקד בהורה הפרוטנציאלי, בצרכיו, ברצונותיו המשוערים ואשר נותן "שיק פתוח" לכל דפוס חיים בהם יבחר, חותר אפוא תחת הרצון לכונן אתוס חברתי ומוסרי המבנה את ההורות סביב המושגים של האחריות והדאגה לילדים. בדומה לכך, אני חושש שהשיח החוזי-מסחרי-אינדיבידואלי המלווה את ההגדרה החוזית-כוונתית של ההורות – המתייחס לעיתים להורות "כמיזם" – ליוזם ההורות כזם<sup>91</sup> ולמתן הוראות כיצד להתייחס לזרע כמעין צוואה ביולוגית<sup>92</sup> – עלול לחתור תחת הרצון לכונן את אתוס ההורות על ערכים שונים לחלוטין של אחריות ודאגה לטובת הילד וכנגד הרצון להכחיד את התפיסה החפצית-קניינית של יחסי הורים-ילדים.

נוכח ההבנה שהתכנים השונים של דיני קביעת הורות והרגולציה של ההולדה עשויים להשפיע לא רק על השאלה מי ייקבע כהורה אלא גם על השאלה מהי הורות, הגישה המוסדית סבורה כי הזכות להורות בשני היבטיה – הן הזכות לגדל ילדים והן הזכות

91 ראו את טענותיה של המערערת בפרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.  
92 אני סבור שניתן להדגים את חששותיי בדבר אי-ההתאמה של השיח האינדיבידואלי להקשר של הזכות להורות באמצעות הסוגיה של השימוש בזרע של נפטר לאחר מותו לצורך הולדה – בחברה הישראלית, יש המעודדים בני אדם לשאוב זרע שישמש להפריה לאחר מותם, ופעולה כזו מלווה בהנחיות בנוגע לזרע, מכונה בדרגון "צוואה ביולוגית". אירית רוזנבלום "צוואה ביולוגית" **משפחה חדשה** <https://bit.ly/3w0Yd3R>. כהמשך לכך, השיח המשפטי בנושא ממוקד באוטונומיה של הנפטר ובקביעת חזקת שנועדו להגשים את רצונו המשוער, ראו "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.2202 (התשס"ג); פרשת **פלונית 7141/15**, לעיל ה"ש 24; בע"מ 1943/17 **שחר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.8.2017); בע"מ 6046/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (פורסם בנבו, 2.9.2019). לעומת זאת, שיקולים נוספים, שהם מעבר לרצונו המשוער של בעל הזרע, ובכללם טובתם של ילדים עתידיים וההשלכה של הולדת ילדים ליתמות מתוכננת על מעמד ההורות כמעט אינם מקבלים ביטוי. שיח כזה פוגע ברצון להנחיל אתוס חברתי שלפיו ילדים אינם רכוש של הוריהם וככאלה אינם ניתנים למסחור ולהורשה וכי פעילות הורים בכל הנוגע לילדיהם חייבת להתמקד בטובתם של ילדיהם או למצער, כפי שאטען בהמשך הדברים, בקשר שבין הורים לילדיהם ולא רק באינטרסים וברצונות שלהם למימוש עצמי, להמשכות לאחר מותם או להצבת זכר לקרוביהם. המסגרת הנוכחית אינה מתאימה להצעת הסדר מקיף בסוגיה, אך אסתפק בהתרעה שהתמקדות באוטונומיה של הנפטר וברצונו המשוער אינה מתחשבת מספיק בהשלכות שיח זה על אתוס ההורות. להרחבה בעניין זה ראו *Lifshitz, Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 329–330 וכן, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12. אני מקווה להרחיב בנושא זה בקרוב במאמר שיוקדש לנושא.

להפוך להורה – חייבת להביא בחשבון את אתיקת ההורות ובמיוחד את היבט האחריות והדאגה לטובת הילד, את ההתנגדות למסחור בילדים ולתפיסה קניינית בנוגע אליהם.

#### 4. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות – מתאוריה עיונית לעקרונות פעולה מעשיים

(א) אתגר ההתחשבות באתיקת ההורות ובשיקולי טובת הילד העתידי בעת הרגולציה של ההולדה

לגישה המוסדית ולאאתיקת ההורות השלכה חשובה על אחת מהסוגיות החשובות בכל האמור לרגולציה של השימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, הלוא היא מקומם של שיקולי טובת הילד העתידי בבחינת כשירותם של ההורים המיועדים, ובאופן רחב יותר – כשיקול המגביל את ההסדרה של טכניקות מלאכותיות של הולדה למצער משפיע עליה.

במחקר בעל השפעה טען פרופ' גלן כהן מאוניברסיטת הרווארד בהקשר של הרגולציה של ההולדה<sup>93</sup> כי למעט מקרים קיצוניים בחריגותם, שבהם טוב לו לילד שלא נברא משנברא, שיקולי טובת הילד העתידי<sup>94</sup> לא יוכלו להצדיק הגבלה של שימוש בטכניקות של הולדה באופן כללי, או אפילו עבור הורים מיועדים ספציפיים. כך למשל, לגישת כהן, כלל שיאסור שימוש בטכניקה מלאכותית של הולדה עבור הורה בשל מגבלת גיל, או כלל שישלול נגישות לטכניקות הללו מהורה מיועד שלא עמד בעבר במחויבויותיו ההורית, כגון הורה מיועד שנטש את ילדיו, או כלל שישלול פרקטיקה של תרומת זרע אנונימית בשל הפגיעה בזכות של הילד העתידי לקשר עם אביו – כל אלה יובילו לכך שההורה הספציפי המבקש להשתמש בטכניקה לא יוכל להוליד ומשכך, הילד המסוים לא ייוולד. לכן לדעת כהן, למעט כאמור במקרים קיצוניים שבהם ניתן לומר שטוב לו לילד שלא ייוולד משייוולד, לא ניתן להצדיק את הכללים המשפטיים המגבילים את ההולדה

93 ראו Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12.

94 הטיעון של כהן שואב עומק פילוסופי משאלה עקרונית המכונה "Nonidentity Problem", שעניינה זכויות מי שלא נולד. לדיון בסוגיה ראו DEREK PARFIT, REASONS AND PERSONS (1987); ראו עוד את קובץ המאמרים HARMING FUTURE PERSONS (David Wasserman & Melinda Roberts eds., 2009); כן ראו מאמרו של דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם? תגובה פילוסופית לעמוס שפירא?" *דילמות באתיקה רפואית* 255 (רפאל כהן-אלמוג עורך, 2002) והשוו לעמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" *דילמות באתיקה רפואית* 239 (רפאל כהן-אלמוג עורך, 2002); בשיח המשפטי בישראל הבעיה התעוררה בעוצמה גבוהה בקשר לוויכוח שאירע בדיני הנזיקין בהקשר של סוגיה הידועה כהולדה בעולה, ראו על כך, ע"א 518/82 *זייצוב נ' כץ*, פ"ד מ(2) 85 (1986). ע"א 1326/07 *המר נ' עמית* (פורסם בנבו, 28.5.2012). רונן פרי "להיות או לא-להיות? זו כבר אינה השאלה" *מחקרי משפט* כט 61 (2013). במרכז הסוגיה הנזיקית ניצבת התחבטות בשאלה כיצד יש להתייחס למעשה הגורם נזק לאדם שטרם נולד ושאלמלא המעשה לא היה נולד.

במקרים הללו בשם טובתם של ילדים עתידיים שלא יבואו לעולם אם יאומצו הכללים המגבילים.

יודגש, הגם שגישתו של כהן זוכה לאהדה רבה במחקר, ובמיוחד על ידי חוקרים המזוהים עם הגישה הליברלית-אינדיווידואלית,<sup>95</sup> ברמה הפוזיטיבית, מרבית שיטות המשפט,<sup>96</sup> ובכללן המשפט הישראלי, אינן מאמצות את הטיעון במלואו; הן נכונות לשלב שיקולים של טובת הילד העתידי בדיון על רגולציה של הולדה, ובכלל זה לקבוע אמות מידה העוסקות בכשירותם של הורים מיועדים, אף כי במתכונת שונה מזו המקובלת בהקשרים אחרים שבהם מופעל מבחן טובת הילד.<sup>97</sup>

הגישה המוסדית ואתיקת ההורות מספקות תשתית תאורטית לשיטות המשפט שגם כיום נכונות לשקול שיקולים אלה.

ברמה האינסטרומנטלית, הגישה המוסדית פותחת פתח לשיקולים ציבוריים שהם מעבר לעניינים של בני הזוג המיועדים. בהתאם לכך, הגישה עשויה להצדיק פיקוח על כשירות הורים עתידיים ועל נכונותם ליטול את האחריות על הילדים שיולדו, בטענה שבהיעדר אחריות הורית על הילדים הללו, הנטל לדאוג לטובתם יוטל על הציבור. ואולם, לדידי עיקר הבעייתיות בטיעון נגד התחשבות בטובת הילד שלא בא לעולם, כפי שהוצג לעיל, נעוץ באתיקת ההורות ובהשפעה על אתוס ההורות. לשיטתי, הגבלה של טכניקות הולדה ואפילו פיקוח על כשירות הורים מיועדים עשויים להיות מוצדקים לא בשל ההגנה על הזכויות של ילד עתידי ספציפי, שטרם נולד,<sup>98</sup> אלא בגלל רצון להבנות את ההורות כמוסד המעמיד במרכזו את האחריות ההורית ואת הדאגה לטובתם של ילדים בכלל. הגם שהזכות להורות מבוססת במידה רבה על כמיהתו של אדם להיות הורה, כמיהה זו אינה יכולה להיות מנותקת מן האחריות לטובתם של ילדים עתידיים ולדאגה לאיכות חייהם,

95 ראו לעיל ה"ש 12 וכן, ראו את דבריו של ROBERTSON, לעיל ה"ש 81 בעמ' 30.

96 בכך מודה כמובן כהן שחלק ניכר ממאמרו עוסק בתיאור המצב הקיים, שבו במגוון ארצות ואשר למגוון נושאים שיקולי טובת הילד מוצגים כשיקול מרכזי להגבלות על הולדה ראו, Cohen *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 445-447.

97 ראו **דוח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89, ס' 2.2. עמדתו של כהן לא התקבלה ובמקומה אומצה בנוגע לילד שטרם בא לעולם הגישה של "סיכון גבוה לפגיעה משמעותית בילד". הוועדה מראה כי הגישה שאימצה היא המקובלת גם באירופה, למשל בחברה האירופית לפרייון ואמבריולוגיה (שם, בעמ' 19). למקומם של שיקולי טובת הילד וטובת הציבור בהכרעות על רגולציה של הולדה ראו גם, Statman *The Right to Parenthood*, לעיל ה"ש 55. לדחיית ההבחנה בין טובת ילד שכבר נולד לטובת ילד שלא נולד ולטענה שקיומו של אב ידוע הוא זכות של הילד שטרם נולד, ראו את חוות דעתו של השופט שפירא בה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 **פלונית נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 26.7.2006).

98 השוו לעמדתה של Schuz, *The Developing Right*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 213-214, הסבורה שבמקרים שבהם עלול להיגרם לילד עתידי נזק ממשי אחריות החברה היא למנוע את היוולדותו. דומה שבניגוד לעמדה המוצגת במאמר הנוכחי, שוו ממוקדת יותר בזכויות של הילד הקונקרטי ופחות באתוס ההורות.

אגב מתן משקל לשני ההיבטים גם יחד.<sup>99</sup> משום כך, גם כאשר טובתו של הילד המסוים אינה יכולה להצדיק רגולציה האוסרת הולדה בדרכים מסוימות, שכן טוב לו לילד שיוולד משלא ייוולד, הרי ששיקולים רוחביים הקשורים באתיקת ההורות ובעיצוב אתוס ההורות סביב תפיסת האחריות והדאגה לטובתם של ילדים עשויים להצדיק רגולציה, ואפילו מגבלות על הולדה, שעלולות להביא ללידתם של ילדים, שיש חשש ממשי לאיכות חייהם או שהטכניקה להולדתם מלווה בהתנערות מאחריות הורית. לדעתי, כאשר הורה מבקש להביא ילד לעולם, הגם שאינו כשיר לגדלו תוך התעלמות מסבל ממשי שממנו עלול הילד לסבול, הוא חותר תחת ערך ההורות ולכן אינו יכול לחסות תחת הזכות להורות.<sup>100</sup> כיוצא בזה, במצבים שבהם הורה מעוניין להביא ילד לעולם, למשל בשל רצונו בהמשכיות, מבלי להיות אחראי לגידולו, כגון במקרים של תרומת זרע או של הולדה לאחר מוות, לא ניתן להגן על רצונו בשם הזכות להורות של התורם.

(ב) הערת אזהרה כנגד שימוש נרחב בשיקולי טובת הילד העתידי לצורך פסילת הורים מיועדים

לצד הנכונות העקרונית של הגישה המוסדית בהשראת אתיקת ההורות להביא בחשבון שיקולים העוסקים בטובת הילד העתידי כאמת מידה לבחינת טכניקות של הולדה בכלל וכשירותם הורים מיועדים בפרט, ברצוני להציב כמה תמרורי אזהרה כנגד שימוש נרחב בשיקולים אלה לצורך שלילת הנגישות של הורים מיועדים לטכניקות מלאכותיות של הולדה.

ראשית, חשוב להזכיר כי דיני הורים וילדים מייחסים חשיבות רבה לאוטונומיה ההורית; למעט מקרים חריגים מוענקת להורים הסמכות לקבוע מהי טובת ילדיהם, ואמות המידה להתערבות המדינה בהחלטות הללו מצומצמות יחסית.<sup>101</sup> מבלי להזדקק לדיון מעמיק בהצדקות לכך, אזכיר שאוטונומיה הורית נחוצה על מנת לאפשר להורים לפעול כדי לקדם את טובת ילדיהם ואת מימוש זכויותיהם.<sup>102</sup> נוסף על כך, אוטונומיה הורית משקפת מדיניות ליברלית, החוששת מפני מתן כוח דורסני למדינה ולרשויות, ולבסוף, לפי גישות מסוימות, אוטונומיה הורית משקפת הכרה באינטרס עצמאי מוצדק של

99 מעניין להשוות את הטיעון המובא בטקסט לעמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 65, פס' 9 לפסק דינה, שלפיה היבט האחריות והחובה שבהורות תומך בזכות של דני נחמני שלא לשמש כהורה.

100 השוו לטיעון של McDougall על שלילת דרכי הולדה והתרבות המשקפים תפיסה הרואה בהורות דרך לשכפול העצמי: R. McDougall, *Acting parentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 601 (2005).

101 ראו לעיל פרק ב, חלק 2, ס' (א).

102 BRIGHOUSE & SWIFT, לעיל ה"ש 64, בעמ' 121 וכן שוו "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים", לעיל ה"ש 64, בעמ' 185-189.



ההורים.<sup>103</sup> דברים אלה נכונים לא רק בנוגע לילדים שכבר נולדו, אלא גם לילדים עתידיים. לכן, ודווקא בשל טענתי שאתיקת ההורות, כפי שפותחה בדיני הורים וילדים, צריכה להשפיע על הרגולציה של ההולדה לנוכח ערך האוטונומיה ההורית, יש לצמצם את מרחב הלגיטימיות של המדינה לקבוע שמאפיינים מסוימים של הורים מיועדים משקפים פגיעה בילד העתידי; ככלל, בכפוף לחריגים שיסוכמו בהמשך הדברים, יש להתיר את ההחלטה ואת שיקול הדעת בנושא להורים עצמם.

שנית, המינונים בין הרכיבים השונים של אתיקת ההורות, ובמיוחד בין אלו העוסקים בצורכי ההורים ובכבוד האוטונומיה שלהם לעומת השיקולים של טובת הילד, אמורים להיות מושפעים מן ההקשר הספציפי. כך, לדעתי כאשר מדובר ביחסי הורים שכבר הוגדרו משפטית כהורים עם ילדים, שכבר נולדו, שיקולי האינטרסים, הצרכים והזכויות של ילדים צריכים לקבל את המקום המרכזי וזאת לנוכח העובדה שבמקרה כזה, לצד ההגנה על אתיקת ההורות ואתוס ההורות, זכויותיו של ילד קונקרטי מוטלות על הכף.<sup>104</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר בקביעת ההורות המשפטית, ובוודאי בקשר לרגולציה של ההולדה, יש מקום רב יותר לצרכים ולרצונות של ההורים המיועדים, וזאת הן בשל העובדה שמדובר על ילד שטרם נולד ולכן זכויותיו הפרטיות טרם התגבשו, והן בשל העובדה שהתערבות בהולדה פוגעת לא רק בזכות להורות, אלא גם בהיבטים אינטימיים נוספים של חיי האדם, שהתערבות בהם טומנת בחובה סכנות של ממש לערכי הפרטיות והאוטונומיה. משום כך, שלא כגישה הליברלית-אינדיווידואלית, הממוקדת אך ורק בהורים המיועדים, ובגישה השמרנית-מסורתית, המתעלמת לחלוטין מערך האוטונומיה, הגישה המוסדית, שבמרכזה אתיקת ההורות, מבקשת לאזן בין השיקולים השונים.

שלישית, יצירת קטגוריות נוקשות העוסקות בשאלה באילו סוגים של בתים והרכבי משפחות יכולים ילדים לצמוח ולפרוח מנוגדת לאמונה ההומניסטית העמוקה באדם וביכולתו לצמוח במגוון מצבים ונסיבות.<sup>105</sup> נוסף על כך, קטגוריזציה של הורים "טובים" ו"רעים" על בסיס מאפייניהם הגנריים, כגון גיל, נטייה מינית, מגדר ומצב משפחתי, בשונה מבדיקה פרטיקולרית של בני הזוג המיועדים, מעוררת חשש מפני הפליה מובנית כלפי קבוצות מיעוט, המכוננות לעיתים במשפט החוקתי קבוצות מיעוט "חשודות", החורגות מדרכי החיים של הרוב.<sup>106</sup>

103 ראו הדיון אצל שוז, לעיל ה"ש 69.

104 השוו לס' 21 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 58, שלפיה במקרים של אימוץ תהיה טובת הילד שיקול מכריע.

105 ראו בהקשר זה את הדיון שערכתי במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 45 בשיקולים התומכים במתן אפשרות לאימהות יחידות להשתמש בתרומות זרע למרות החשש לטובת הילד העתידי.

106 ראו קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 88, בעמ' 20 ו-25. ראו גם, טריגר "רישיון הורות", לעיל ה"ש 99; בהקשר של אימוץ ראו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט,

לבסוף, אזכיר כי המסקנה שלפיה על הדין לשקול שיקולי טובת הילד העתידי, אף כי באופן מוגבל וזהיר, בעת הרגולציה של טכניקות מלאכותיות של הולדה מעוררת כמובן את ההשוואה לרתיעה הקיימת בדין מהתערבות בהולדה טבעית. בספרות העוסקת ברגולציה של ההולדה מועלות טענות בעלות תוקף כנגד השוואה בין הרגולציה של ההולדה הטבעית לרגולציה של ההולדה באמצעים מלאכותיים.<sup>107</sup> הגם שהמסגרת הנוכחית אינה מתאימה לדיון מעמיק בהצדקות הללו, אזכיר את המרכזיות שביניהן. ראשית, מנקודת המבט של הצדדים, התערבות בהולדה טבעית מחייבת התערבות בקיום יחסי מין או פולשנות גופנית ומשום כך הפגיעה בפרטיות הצדדים רבה מזו הקיימת בטכניקות המלאכותיות של ההולדה. גם אם קיימת אפוא הצדקה מוסרית למנוע הורות עתידית מעברייני מין, או ממי שלא עמדו בעבר באופן שיטתי במחויבות שלהם כלפי ילדיהם, אכיפת איסור כזה במקרה של הולדה טבעית דורשת רמת פולשנות ופגיעה בפרטיות מעבר לזו הקיימת בהולדה מלאכותית. שנית, מנקודת המבט של המדינה אין להתעלם מן ההבדל בין התפקיד הפסיכי של המדינה בהולדה טבעית לבין האחריות המוגברת שלה במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, הן בהיבט המימון והן בצורך ברגולציה המאפשרת את השימוש בטכניקות הללו, במיוחד במצבים של תרומות זרע ביציית ופונדקאות, מצבים שבהם נדרשת המדינה לא רק להכיר בהורות, אלא גם לנתק את הזיקה ההורית המתחרה (תורמי הזרע והביציית במקרה של תרומת הזרע והביציית, ושל האם היולדת במקרה הפונדקאות). לבסוף, הטכניקות המלאכותיות של ההולדה פותחות את הפתח לאפשרויות שאינן קיימות באמצעים טבעיים (כגון, הולדה בגיל מבוגר) ומשכך, הן דורשות דיון במצבים שכלל אינם מתעוררים בלידה טבעית. ואולם, גם אם ההצדקות הללו מצדיקות את ההבחנה בין אמות המידה להסדרת ההולדה הטבעית לבין אמות המידה להסדרת ההולדה באמצעים מלאכותיים של הולדה, אני סבור שהרתיעה המוכרת מפני התערבות בהולדה טבעית עשויה אף היא לתמוך במדיניות המבקשת למתן ולצמצם את הפיקוח על כשירות ההורים העתידיים מטעמי טובת הילד העתידי.

**נטייה מינית וזהות מגדרית** 498, 437 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016) (להלן: טריגר ומאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו").

107 ראו Statman, *The Right to Parenthood*, לעיל ה"ש 55; Joshua Shaw, *Regulating Assisted Reproduction: Discrimination and the Right to Privacy*, 14 CLINICAL ETHICS 87 (2019) (המצדיקים הפעלת אמות מידה שונות להתערבות באפשרות ההורות במקרה של לידה טבעית, לעומת אמות המידה המופעלות במקרה של הפרייה מלאכותית). ואולם, השוו למאמרו הפרובוקטיבי של Lafollette, הקורא לרישוי של הורות גם כאשר מדובר על הורות טבעית. ראו Hugh Lafollette, *Licensing Parents Revisited*, 27 J. APPLIED PHIL. 327 (2010). וכן לגרסה המקורית Hugh Lafollette, *Licensing Parents*, 9 PHIL. & PUB. AFFAIRS 182 (1980).

אסכם, לנוכח ההיבט הציבורי של ההורות אין להסכים להדרה מוחלטת של שיקולי טובת הילד העתידי מן הרגולציה של ההולדה באופן כללי, ובוודאי לא ניתן לעשות זאת בהליכים מורכבים המערבים צדדים שלישיים ודורשים גושפנקה ולעיתים מימון מדינת. עם זאת, לנוכח השיקולים שהוזכרו, יש לאזן בין שיקולי טובת הילד לבין האוטונומיה ההורית ויש לנקוט מדיניות זהירה, המאפשרת את שילובם של שיקולי טובת הילד העתידי באחד משלושת המצבים הבאים: (1) הורים מיועדים נטולי כשירות מינימלית לדאגה לילדים; (2) הולדה שאינה מלווה בקבלת אחריות על ילדים, כגון במקרה של תורם זרע המצהיר על כך שלא יהיה מעורב בגידול הילדים; (3) במקרים מסוימים אף היסטוריה של הזנחת ילדים וסיכונים; זהירות מיוחדת נדרשת בטרם יוחלט על איסור קטגוריאלי המוטל על הורים מיועדים להזדקק לטכניקות מסוימות של הולדה בשל המאפיינים הקבוצתיים שלהם. בשל כך עדיפה בדרך כלל בחינה קונקרטיית של התאמת ההורה או ההורים הספציפיים מאשר קביעת איסור גורף על בסיס מאפיין קטגוריאלי. עם זאת, כאשר מדובר בקטגוריה המעוררת חשש מבוסס לחוסר כשירות קיצוני של ההורים המיועדים או במקרים שבהם בדיקה פרטנית מעוררת קשיים מיוחדים, אין מנוס על פי הגישה המוסדית מאיסור קטגוריאלי. דיון מקיף בדרך שבה ניתן לשלב ולאזן בין העקרונות השונים הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי. משכך, בפרקים הבאים של מאמר זה אבקש לחשוף כיצד אתיקת ההורות וההתחשבות בטובת הילד הייתה עשויה לתרום לשיח בנושא הזכות להורות של בני זוג מאותו המין, ובמאמרי המשך אבקש להדגים את פוטנציאל הגישה גם בעניינים נוספים.<sup>108</sup>

## 5. השפעת ההיבטים המוסדיים ואתיקת ההורות על קביעת ההורות

בסעיפים הקודמים עסקנו בדרך שבה אתיקת ההורות פותחת פתח לשילוב שיקולי טובת הילד העתידי, במסגרת הרגולציה של ההולדה ואת השפעתו על הזכות להפוך להורה על ידי הבאת ילדים לעולם. הוויכוח על ההורות, ובכלל זה הדיון בזכות להפוך להורה, עוסק לא רק באפשרות להביא ילדים לעולם, אלא גם בקביעת ההורות המשפטית. ואכן, הגם שמהגישה המוסדית-ציבורית ומאתיקת ההורות לא נגזרת תשובה אחת לשאלה מיהו הורה, הן פותחות פתח למגוון שיקולי מדיניות באשר לסוג ולטיב הנדרשים של ההסדרה, שאינם מקבלים ביטוי מספיק במסגרת הגישות הפרטיות:

108 ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16 (במאמר זה אני מיישם את הגישה המוסדית כדי להסביר את ההבחנה בין הסכמים לא לגיטימיים לשלילת אבהות לבין תרומת זרע לגיטימית. נוסף על כך, אני בוחן לנוכח הגישה המוסדית את היחס הראוי כלפי סוגיית תרומת הזרע מתורם ידוע); במחקר המצוי בהכנה שיעסוק ב"אתיקת ההורות והזכות להמשכיות" אבקש לנוכח הדגשת ההיבט של קבלת האחריות שבהורות, לבקר את האפשרות לבסס את כיבוד רצונו המשוער של הנפטר לצורך הוצאת זרע מן המת על הזכות להמשכיות.

ראשית, על פי הגישה המוסדית, לאתיקת ההורות, ובמיוחד לשאלה של קבלת האחריות והדאגה לטובת הילד, יש מקום מכריע בקביעת זהות ההורה המשפטי בסיטואציות מסוימות. בניגוד לגישות הקובעות את ההורות על בסיס הביולוגיה או הסכמת הצדדים כקריטריון בלעדי, הגישה המוסדית תבקש לפיכך לקבוע אמות מידה המשקפות את אתיקת ההורות. אמות מידה אלה עשויות להבחין בין מצבים שונים ולהגדיר בסיטואציות שונות את ההורה המשפטי באופן שיגשים ויקדם את ערכי ההורות. שנית, ובמתח מסוים לנקודה הקודמת על פי הגישה המוסדית, לצורך הסדרת הציפיות של בני המשפחה זה מזה ובינם לבין החברה בכללותה, נדרשת הגדרה ברורה של זהות ההורים ותפקידם והבחנה בינם לבין מבוגרים אחרים שלהם תפקיד אחר בחיי הילד.<sup>109</sup> משום כך, מנקודת מבט מוסדית, על המשפט לגבש הגדרה ברורה לשאלה מיהו ההורה המשפטי בקטגוריות שונות של מקרים, ולא לאפשר הכרעה הד־הוק בהתאם לנסיבות נקודתיות ספציפיות. על פי הגישה, למרות הפיתוי להתאים "חליפה" למקרה הקונקרטי<sup>110</sup> ולהגמיש את המושג "הורות",<sup>111</sup> יש לשאוף להגדרה ברורה ולהישמר מהגדרות גמישות יתר על המידה, שירוקנו מתוכן את ההיבט המוסדי של ההורות.<sup>112</sup>

- 109 בהקשרים מעט שונים ראו Elizabeth S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 VA. L. REV. 1901 (2000).
- 110 והשוו בהקשר זה את גישתי עם כתיבתה המוקדמת של רות זפרן, אשר מתוך גישה קישורית מבקשת לשמוע בכל מקרה ומקרה את העמדות ונקודות המבט של כל המעורבים, ומתוך תהליך זה לקבוע את ההסדר ההורי המתאים. ראו זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12.
- 111 כך למשל, בהקשר של סוגיית התורם הידוע, רבים מן התומכים בגישה החוזית סבורים שיש לאפשר לתורמים ולאם או לזוג האימהות המיועד להתקשר בהסכמים הקובעים מעמד ביניים של תורם המעורב חלקית בחיי הילד, הגם שאינו חב במחויבויות הרגילות של הורים. ראו יחזקאל מרגלית "מ'גנבת' זרע ועד ל'יזהר התורם' – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" **דין ודברים** טז (2022) 15 (להלן: מרגלית "לקראת נקודת איזון"). לביקורת על הגישה ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 61–62.
- 112 ואף בהקשר זה מעניינת האנלוגיה להקשר הקנייני ולטענתם של מריל וסמית בדבר יתרון הסטנדרטיזציה של המוסדות הקנייניים. ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clauses Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000) (להלן: Merrill & Smith). דומה כי אף בתי המשפט מסכימים לעניין זה, וראו בהקשר זה את דבריו של השופט הנדל בפרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 23, פס' 26 לפסק דינו ("הגדרת ההורות חייבת לכלול ממדים אובייקטיביים, כללים וסטנדרטים – על פי בחירת המחוקק"); ראו מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 19, בעמ' 556 ("נושא מרכזי ורגיש זה של קביעת הורות משפטית מצריך הסדרה מקיפה וקוהרנטית של כלל הדילמות שבהן עולה סוגיה זו כדי למנוע הכרעות שיפוטיות סותרות שיינתנו נקודתית במקרים השונים שיתגלגלו לפתחו של בית המשפט. כמו כן יש לציין כי דיני המשפחה רוויים בארץ כבעולם בהטיות ובתפיסות עולם שונות ומגוונות ופעמים רבות אף סותרות. לפיכך חקיקה שיפוטית עשויה לשקף בעיקר את תפיסת העולם של השופט שהכריע בתיק אך לא את דעת ככלל הציבור"). מעניין כי אף שמרגלית מגדיר את גישתו כחוזית, בפועל דברים אלה רחוקים מלשקף את הגישה החוזית במובנה המקובל, והם מתאימים הרבה יותר דווקא לגישה המוסדית. לצורך בהסדרה חוקית של התחום, ראו גם זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 12, בעמ' 230.

שלישית ועם קשר לנקודה הקודמת, ככלל רצוי להגדיר מיהו ההורה המשפטי בסיטואציות משפטיות טיפוסיות באמצעות חקיקה.<sup>113</sup> הגדרה חקיקתית, במיוחד אם תנוסח באופן ברור ולא מעורפל, תגשים את האינטרס המוסדי בהבניה ברורה של המוסדות המשפטיים בצורה מוצלחת יותר מאשר מתן שיקול דעת נקודתי לבית המשפט הדין בעניין ושבתמקרים רבים מוטא בהתאם להשקפה הנקודתית של השופט העוסק בדבר. באופן עקרוני, אף פסיקה מנחה של בית המשפט העליון עשויה להגשים את הצורך בהבניה ברורה של המוסד החברתי של ההורות. עם זאת, לאור הממד החברתי של ההורות וההכרה בקשרי הגומלין שבין ההתנהגות הפרטית לערכים ולאתוס החברתי, דומה כי בהקשר זה רצוי שהמחוקק המשקף את ריבונות העם יאמר את דברו,<sup>114</sup> וזאת כמובן בכפוף לביקורת החוקתית וההצדקות המקובלות לה. נימוק נוסף לטובת הסדר חקיקתי הוא דוקטרינת ההסדרים הראשוניים (על פי כלל זה: "מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מנהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל").<sup>115</sup> אף החשש שהגדרה מצמצמת של הורות עלולה לפגוע בזכויות האדם של אלה שאינם כלולים בה תומך בהסדרה חקיקתית, שכן על פי חוקי היסוד פגיעה בזכויות אדם חייבת להתבסס על הסמכה חוקית מפורשת.

113 לטענות תורת-משפטיות עקרוניות נגד פיתוח תפיסות חדשות של הורות בבתי המשפט, ראו את דברי השופט ויצמן בפרשת **שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 38; ראו דבריו של השופט מזוז בעמ"מ 4880/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 24.1.2019) (להלן: בע"מ 4880/18). ראו שם, פס' 13 לפסק דינו "עצם ההסדר של צו הורות פסיקתי, היינו צו הורות שאינו מעוגן בחקיקה, אינו מניח את הדעת ומעורר לדעתי קושי עיוני לא מבוטל. על כן נכון לראות בהסדר זה **אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה**" (ההדגשה הוספה – ש"ל); עוד ראו את חוות דעתו של השופט מיניץ בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23. ומעניינת בהקשר זה האנלוגיה לטענה של מרייל וסמית על עדיפותו של המחוקק בפיתוח מוסדות קניינים. ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property\Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773 (2001); ואולם, השורן חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 76–78 (2005) (הסבור כי לבתי המשפט מקום חשוב יותר בפיתוח מוסדות אלה).

114 דומה כי אף שופטי בית המשפט העליון מסכימים לטענה זו, ראו פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, פס' 9 לפסק הדין של השופט הנדל ("קביעת גבולותיו של מוסד ההורות מצויה בטריטוריה מובהקת של הרשות המחוקקת, המשמיעה את קולו של הריבון-העם בסוגיות מעין אלה").

115 ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**. פ"ד נב(5) 481, 502 (1998); עוד ראו בנושא ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449, 451 (2012); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012); גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5, 11 (2010); בהקשר קרוב למאמר הנוכחי עסק בית המשפט העליון בנושא זה בקשר לשאלת התרומה הידועה, ראו פרשת **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 80. לניתוח פסק הדין על ידי מנקודת המבט של דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, ראו ליפשיץ "שילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 58–60.

רביעית, הגישה המוסדית מייחסת חשיבות לעיצוב פרוצדורות ברורות שבאמצעותן יוצהר, קרוב ככל האפשר להולדת הילד, מיהו ההורה המשפטי. לפרוצדורות הללו חשיבות מיוחדת בהליכים שבהם נדרש המשפט לתת תוקף משפטי להורות של ההורה הלא ביולוגי ולמיסוד מעמדם של שני בני הזוג כהורים משותפים.<sup>116</sup> בשיח הישראלי הקיים, עמדה המבקשת לרכז את הפרוצדורות הנדרשות לצורך הכרה כאמור נתפסת כגישה ליברלית, ואילו עמדה המבקשת להקשיח את הפרוצדורות הללו נתפסת כגישה שמרנית, הרואה בהורה הלא ביולוגי הורה "חשוד" בעל מעמד נמוך מזה של ההורה הביולוגי.<sup>117</sup> הגישה המוסדית עשויה להציע עמדה מורכבת, שתתרום לשיח הקיים נוסף על הגישות הקיימות. על פי גישה זו, פרוצדורה ממוסדת המכריזה מיהו ההורה נחוצה לא כדי להחליש את מעמדו של ההורה הלא ביולוגי אלא להפך – היא נחוצה כדי ליצור ודאות בנוגע לשאלה מיהו ההורה,<sup>118</sup> ודאות שיש בה כדי לתרום בראש ובראשונה לטובת הילד, לחזק את הגושפנקה הציבורית להורות, לוודא שלשני בני הזוג מעמד הורי שווה ואף להבטיח שלשני בני הזוג ברור שגם אם הכניסה להורות מקורה בקשר הזוגי, ההחלטה להפוך להורים אינה הפיכה ואינה תלויה במעמדם הזוגי של ההורים או בזיקה הביולוגית בינם לבין הילד.<sup>119</sup> נוסף על כך, בשל ההיבט המוסדי, יש לעמוד על קיומה של פרוצדורה נגישה ומכבדת שתיערך מוקדם ככל האפשר לקראת הלידה או זמן קצר אחריה. בעניין זה אשוב ואעסוק בפרק השלישי של המאמר, העוסק בצווי ההורות במשפט הישראלי. בפרק זה אבקש גם להשיב לטענה שעיצוב פרוצדורה ייחודית להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי פוגעת בשוויון.

חמישית, הגישה המוסדית מדגישה היבטי הכוונת התנהגות. לכך השפעה חשובה על מקרים שבהם הורים מיועדים אינם עומדים בנהלים ובכללים הנדרשים בדין או אף עוקפים אותם בכוונה. במקרים אלה, שיקולי טובת הילד תומכים, בדרך כלל, במתן גושפנקה למציאות שנוצרה בהכרה בהורות של ההורים המיועדים. ברם, לנוכח הרגישות להשלכות הרחוב של קביעת ההורות, במקרים שבהם ביקשו בני זוג להפוך להורים אגב הפרת הפרוצדורות שנקבעו בדין, לצורך הגדרת ההורה המשפטי אין לקדש באופן אוטומטי את המציאות שנוצרה ויש לאזן בין שיקולי הכוונת התנהגות רוחביים לבין הצורך להגיב למצב הקיים כפי שהוא.<sup>120</sup> כיוצא בזה, בעת הסדרת השימוש בטכניקות

116 ובהקשר הישראלי נושא זה מתעורר בעיקר במקרה של בני זוג מאותו המין שהביאו ילד לעולם באמצעות פונדקאות חו"ל, וכן במקרה של זוג אימהות לסביות שהרו בהפריה מלאכותית מתורם אנונימי. ראו על כך בהרחבה, להלן פרק ג.

117 ראו קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 88.

118 ראו פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, פס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל.

119 וראו בהקשר זה, להלן פרק ג, חלק 2, ס' (ד), את דיוני במקרים שבהם ביקשו בני זוג שאחד מהם אינו הורה ביולוגי לבטל צו אימוץ או צו הורות לאחר פרידתם. ראו במיוחד את פסקי הדין שיוצגו להלן, ה"ש 248.

120 ראו יישום עיקרון זה, להלן פרק ג, חלק 2, ס' (ג) ובעיקר טקסט ליד ה"ש 241–242.

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

מלאכותיות של הולדה בארץ ומחוצה לה, הגישה המוסדית דורשת להתחשב לא רק בשיקולים הקשורים בהורים המיועדים, וכפי שאראה להלן בילד העתידי, אלא גם בשיקולים רוחביים וערכיים שונים הקשורים בהורות ובאתיקה המזוהה איתה,<sup>121</sup> כגון במקרה של פונדקאות – מניעת ניצול של הפונדקאיות והתנגדות לזליגת אתיקה מסחרית ליחסי הורים וילדים. במקרים מסוימים עשויה הגישה לפסול טכניקות והסדרים שאותם בחרו הצדדים,<sup>122</sup> גם אם במקרה הקונקרטי הטכניקה המסוימת או קביעת ההורות היו יכולות לשרת את הצרכים ואת האינטרסים של הצדדים הספציפיים המעורבים.<sup>123</sup> כפי שאראה בפרקים הבאים, לעקרונות אלה עשויה להיות השלכה על הרגולציה של הפונדקאות בחו"ל, כגון על אי-ההכרה בהסדרי פונדקאות שנערכו במרפאות לא מפקחות באופן המעורר חשש של ניצול.

לבסוף, היבט נוסף שבו הגישה המוסדית בהשראת אתיקת ההורות חורגת מן הגישה החזיתית-כוונתית היא בדרישה לערוך פיקוח תוכני על ההסכמים לקביעת ההורות. הגם שאתיקת ההורות, ובעקבותיה הגישה המוסדית, נותנת מקום רב לערך האוטונומיה, הגישה אינה נכונה להותיר את קביעת ההורות להסכמות חזיות. ראשית, על פי הגישה המוסדית, במרבית המקרים עצם ההשתתפות בפעולה שהובילה להולדה, גם אם לא לוותה בכוונה להפוך להורה, מספיקה כדי להטיל אחריות הורית. ודאי שהאחריות ההורית היא קוגנטית ואינה כפופה להסכמת הצדדים.<sup>124</sup> שנית, על פי הגישה המוסדית אין לכבד הסכמים הוריים הפוגעים באינטרסים ציבוריים או באתיקת ההורות, גם אם

121 ודוק, אינני סבור כי נכון לנצל את דיני ההורות כדי להנחיל או לקדם אינטרסים וערכים שאינם קשורים מהותית להורות. מנגד, אני סבור שנכון לקבוע דיני הורות שמטרתם כיוון התנהגות הורית ראויה רוחבית מעבר לאינטרסים והצרכים הנקודתיים של ההורים ואפילו של הילד הספציפי.

122 ושוב האנלוגיה לשיח המתגבש בדבר המוסדות הקנייניים עשויה להיות מועילה. ראו בהקשר זה את התנגדותם של Merrill & Smith, לעיל ה"ש 112, לחופש חוזי בהקשר של עיצוב המוסדות הקנייניים בשל רצונם להגן על צדדים שלישיים ועל אינטרסים ציבוריים רחבים; ואולם, השוו לדגן קניין על פרשת דרכים, לעיל ה"ש 113, בעמ' 78–79, הסבור כי האינטרסים הציבוריים והערכים החברתיים צריכים לשמש בסיס לקביעת ברירת מחדל ועל פיהם יכוננו ויוסדרו המוסדות החברתיים, אך ראוי לאפשר חריגה חזיתית מהסדרים אלה. עם זאת גם דגן, שם, מקבל כי במקרים קיצוניים, כאשר התפקיד התרבותי של המוסד הקנייני מכריע יש להעדיף הסדרים קוגנטיים. אני סבור שכאשר מדובר במוסד ההורות, התפקיד התרבותי והמעורבות האינהרנטית של צדדים שלישיים למתקשרים החזיים יובילו לכך שגם על פי זה יהיה מקום רחב יותר להגבלת ההתקשרות החזיתית.

123 וראו ברוח זו את דברי השופט ויצמן בפרשת **שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 38, פס' 12 לפסק דינו ("אנו מניחים לצורך הדיון שלפנינו כי בת הזוג מיטיבה עם הקטינים וכי הם עצמם רואים בה כגם לכל דבר ועניין, וכי אפשר גם אפשר, שטובתם, ולו זו הפרטית, תהא בהכרת בת הזוג כהורה נוסף. אנו סבורים כי אף אם נקבל הנחות אלו כעובדה מוגמרת אין מקום להכיר בהורתה של בת הזוג על הקטינים").

124 ראו פרשת **מרחב נ' גיא**, לעיל ה"ש 72, פס' 1 לפסק הדין של השופט קיסטר; פרשת **פלונת 3077/90**, לעיל ה"ש 20, פס' 36 לפסק הדין של השופט חשין.

הסכמים אלה משקפים את עמדת הצדדים הישירים לעניין. כך למשל, בשל הרצון לחזק את אתוס ההורות כקבלת אחריות בלתי הדירה תשלול הגישה הסכמים הוריים המאפשרים להורה לבטל את הורותו לאחר שנקבעה.<sup>125</sup> נוסף על כך, כפי שהרחבתי במאמר שהוקדש לתרומות זרע, אתיקת ההורות ואתוס ההורות ניצבים כנגד הסכמי תרומת זרע עם תורמים ידועים הקובעים הסדרי הורות חלקיים או הורות למחצה.<sup>126</sup> לבסוף, גם במצבים שבהם הגישה המוסדית נותנת מקום להסכמות המוקדמות של הצדדים, כגון במקרים של תרומות ושל הסכמי פונדקאות, היא תבקש לעצב הסכמים אלה באופן שיבחין בינם לבין הסכמים מסחריים, מתוך רגישות לסכנות הגלומות במסחור של ההורות ובהחפצה של ילדים וכדי להדגיש את הממד הציבורי שבהורות.

## 6. הגישה המוסדית ואתיקת ההורות: סיכום

לסיכום, בחלק זה הוצגה הגישה המוסדית להורות כחלופה הן לגישה הליברלית-אינדיווידואלית והן לגישה הטבעית-שמרנית. הודגשו ההבחנות בין הגישה המוסדית לבין שתי הגישות גם יחד. הוצגה אתיקת ההורות המנחה את הגישה הזו והומחש כיצד הגישה פותחת פתח לשילוב אתיקה הורית ולחזוק אתוס ההורות, לא רק בהקשר של דיני הורים וילדים לאחר שנוצרו, אלא גם בהקשר של קביעת זהות ההורה והרגולציה של ההולדה. נוסף על כך, הצבעתי על שיקולי מדיניות ציבוריים שהגישה מחייבת את שקילתם ושאינם באים לידי ביטוי בשיח המושפע מן הגישות המתחרות. במסגרת הנוכחית לא אוכל להרחיב בניתוח השיקולים וקווי המדיניות שהוזכרו בחלק זה, וודאי שדרך יישומם של כל השיקולים הללו תלויה בהקשר הספציפי. בשני הפרקים הבאים אדון בדרך יישומם של השיקולים וקווי מדיניות בהקשר של שתי הסוגיות העומדות במרכז המאמר הנוכחי: נגישות של הורים יחידים ובני זוג מאותו המין לפונדקאות והליך ההכרה בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה הביולוגי.

באופן המאפיין את השיח המשפטי, הדיון בפרקים אלה ימחיש את דרך היישום של העקרונות הכלליים על ההקשרים הנקודתיים ובה בעת בדרך של היזון חוזר יסייע בהנהרת העקרונות וליטושם. עם זאת, הדיון בפרקים הבאים לא ימצה את הדיון בדרך שבה יש לפתח את דיני ההורות על פי הגישה המוסדית. היבטים נוספים של הגישה המוסדית שהובאו במאמר זה בקצרה וברמיזה ימתינו לפיכך לפיתוח נרחב יותר במאמרי המשך.

125 ראו במאמרי, ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16 וכן, להלן פרק ג, חלק 2, ס' (ג).  
126 בנושא זה עסקתי במאמרי העוסק בהסכמים לשלילת הורות, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", שם.



## ב. המאבק של גברים יחידים ושל זוגות מאותו המין על זכותם להביא ילדים לעולם באמצעות פונדקאות

### 1. רקע היסטורי

הליך הפונדקאות הוא הליך שבמסגרתו מוסכם שביצית מופרית תושתל ברחמה של אישה, המכונה "פונדקאית", אשר נושאת את העובר ויולדת ילד עבור אדם אחר או עבור בני זוג שאמורים לשמש כהורים (להלן: ההורה או ההורים המיועדים). עצם ההסדרה המשפטית של פונדקאות בישראל אינה מובנת מאליה. ברבות מן המדינות בעולם פונדקאות בכלל, או למצער פונדקאות בתשלום, אינן מותרות וחלקן אף אינן מכירות בהורות שהיא תוצאה של פונדקאות שנערכה מחוץ לגבולותיהן.<sup>127</sup> הסיבות לכך נעוצות בחשש מפגיעה בנשים הפונדקאיות, התנגדות למסחור של שירותי לידה וכן חשש מפני החפצת ילדים ופגיעה בטובתם.<sup>128</sup> בניגוד לגישות הללו, בחקיקה חלוצית הסדיר המחוקק את הפונדקאות בישראל (להלן: חוק הפונדקאות).<sup>129</sup> על פי חוק הפונדקאות, אסור שלפונדקאית יהיה קשר גנטי לעובר שאותו היא נושאת, ועל כן הביצית המופרית צריכה להיות של האם המיועדת או של תורמת.<sup>130</sup> נוסף על כך, החוק קובע הסדרים

127 ראו למשל את הסקירה בפרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, פס' 4 לפסק הדין של השופטת Linda G. Kahn & Wendy Chavkin, *Assisted Reproductive Technologies and the Biological Bottom Line*, in REASSEMBLING MOTHERHOOD: PROCREATION AND CARE IN A GLOBALIZED WORLD 38, 43 (Yasmin Ergas, Jane Jenson & Arjun Pal, *Child Rights in Surrogacy*, JINDAL GLOBAL LAW SCHOOL eds., 2017) ; ראו גם, Sonya Michel

128 על החששות מפני פונדקאות קיימת ספרות ענפה, ראו למשל נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל" **משפט וממשל** טו 435, 485-480 (2013) (להלן: ליפקין וסממה "פונדקאות בישראל"); Ruth Zafran & Daphna Hacker, *Who Will Safeguard Transnational Surrogates' Interests? Lessons from the Israeli Case Study*, 44 LAW & SOC. INQUIRY 1141 (2019) (להלן: Zafran & Hacker); Elizabeth S. Anderson, *Is Women's Labor a Commodity?*, 19 PHIL. & PUB. AFF. 71 (1990) ; עוד ראו טענות המדינה בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, פס' 8 לפסק הדין של הנשיאה (כתוארה דאז) נאור ("מונה המדינה חששות הנוגעים להליך הפונדקאות גופו, כגון חשש מניצול של הפונדקאיות וחשש מסחר בילדים"). ראו גם עמדתו של השופט ג'ובראן, שם, פס' 21 לפסק דינו ("שימוש זה מעצם טיבו, מעורר חשש לקומודיפיקציה של גוף האישה ולניצולה. חשש זה מתעצם כאשר נעשה הליך הפונדקאות בעזרת נשים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך ובמדינות בהן הפיקוח על ההליך אינו מספק"); עוד ראו Pal, *Child Rights in Surrogacy*, לעיל ה"ש 127 וכן ראו Jaya Reddy, *Indian Surrogacy: Ending Cheap Labor*, 18 SANTA CLARA J. INT'L L. 92 (2020).

129 ראו חוק הפונדקאות.

130 ס' 5(א1)(ב) לחוק הפונדקאות.

מפורטים באשר לכשירות לשמש כפונדקאית<sup>131</sup> ולכשירות לשמש כהורים מיועדים<sup>132</sup> וכן מעמיד פיקוח של ועדה ציבורית על ההורים המיועדים, על המועמדת לשמש כפונדקאית ועל תנאי ההתקשרות.<sup>133</sup> דרישה נוספת בחוק הינה שההליך הרפואי יתבצע במחלקה רפואית מוכרת, שקיבלה אישור לצורך העניין.<sup>134</sup> עם זאת, החוק אינו קובע מגבלת מחיר עבור פונדקאות ואינו מציע חוזה פונדקאות אחיד. החוק גם מאפשר לאתר את הפונדקאית בשוק הפרטי ואינו דורש מנגנון תיווך מרכזי. החוק קובע סנקציות פליליות כלפי הפועלים שלא בהתאם להנחיותיו.<sup>135</sup>

ההסדרה המשפטית של הפונדקאות מעוררת מגוון רחב של שאלות משפטיות ואתיות.<sup>136</sup> בהקשר של המאמר הנוכחי לא אוכל לעסוק במגוון השאלות המתעוררות ואתמקד בנגישות הפונדקאות לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין, לאור העובדה שהפונדקאות עצמה מוכרת בישראל.

חוק הפונדקאות המקורי קבע כי גבר ואישה נשואים יוכלו לשמש כהורים מיועדים.<sup>137</sup> הגבלת הנגישות לפונדקאות לגבר ואישה הייתה הבסיס לפרשת **משפחה חדשה**,<sup>138</sup> שבמסגרתה ביקשה אישה יחידה לאפשר לה להתקשר בהסכם פונדקאות. על פי בית המשפט, שלילה גורפת של האפשרות של נשים יחידות להתקשר בהסכמי פונדקאות שוללת את זכותן להורות<sup>139</sup> כמו גם את זכותן לשוויון.<sup>140</sup> עם זאת, בית

131 בין היתר, החוק קובע מגבלה על מספר הלידות וההריונות המותרים לאישה לבצע כפונדקאית, ראו שם, ס' 5(א1)(א)(1) לחוק. כמו כן, החוק קובע דרישה לבדיקה פסיכולוגית ורפואית כתנאי לחתימה על ההסכם כאם מיועדת ראו, שם, ס' 4(א)(3)–(4) וכן, ס' 5(ב) לחוק.

132 כך קובע החוק מגבלת גיל להורים המיועדים, ראו שם, ס' 5(א)(ג1)(א) לחוק. ההורים המיועדים אף אמורים לעבור בדיקה פסיכולוגית וביולוגית על התאמתם להליך, שם, ס' 4(א)(2)–(5) לחוק. אף היסטוריה של התנהגות פלילית של הורים מיועדים עשויה לשלול את האפשרות להתקשר בהסכם פונדקאות, ראו שם, ס' 5(א)(ג1)(ג) לחוק.

133 ראו ס' 3 לחוק, העוסק בהקמת ועדת האישורים, וס' 4–7 לחוק, הקובעים את סמכויות הוועדה בנוגע לאישור הסכמים.

134 ראו ס' 1 לחוק.

135 שם, ס' 19 לחוק.

136 לדיון מקיף מנקודת מבט ביקורתית ראו, ליפקין וסממה "פונדקאות בישראל", לעיל ה"ש 128; להסבר כיצד החוק הקיים מבקש לאזן בין הצרכים של השחקנים השונים, ראו Rhona Schuz, *Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice*, in SURROGATE MOTHERHOOD: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 35, 44–45 (Rachel Cook, Shelley D. Sclater & Felicity Kaganas eds., 2003) (להלן: Schuz, *Surrogacy in Israel*).

137 ראו ס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות המקורי).

138 ראו פרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 85.

139 ראו במיוחד את דבריו של השופט חשין, שם, פס" 31–32 לפסק דינו ("הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – **בוודאי שאיפתה של אישה**, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה").

המשפט סבר כי בשל חדשנות הסוגיה וחלוציות המשפט הישראלי יש לדחות את העתירה מבלי להכריע בנושא.<sup>141</sup> בה בעת קרא בית המשפט למחוקק "כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות" המבקשות להביא לעולם ילד באמצעות פונדקאות.<sup>142</sup> בחלוף כשמונה שנים הוקמה ועדה ציבורית, בראשותו של פרופ' שלמה מור יוסף, לנושא ההסדרה החקיקתית של הפיריון וההולדה. בחודש מאי 2012 פרסמה ועדת מור יוסף את המלצותיה.<sup>143</sup> בכל הנוגע לסוגיית הגישה להליכי פונדקאות סברה דעת הרוב בוועדה כי יש להרחיב את הזכאים לעשות שימוש בטכנולוגיה זו ולכלול בהם גם אישה יחידה שיש לה בעיה רפואית המונעת נשיאת הריון.<sup>144</sup> עוד סברה דעת הרוב כי יש לאפשר לגברים יחידים גישה להסדר, אך זאת רק במסלול פונדקאות אלטרואיסטי ללא כוונת רווח.<sup>145</sup> הגבלת הפונדקאות המסחרית, על פי הוועדה, נובעת מכך שהרחבת הביקוש לפונדקאות עשוי להעלות את הביקוש ובעקבות זאת את מחיר הפונדקאות באופן שיפגע באוכלוסייה המקורית שנוקקה לפונדקאות. נוסף על כך, הרחבת הביקוש עלולה לפגוע במנגנוני הפיקוח הקיימים ובכך להפוך את הפונדקאות מהסדר קצה להסדר מסחרי. דעת המיעוט בוועדה סברה כי יש לשנות את החוק, כך שתתאפשר בישראל פונדקאות אלטרואיסטית בלבד ותיאסר כל פונדקאות מסחרית.<sup>146</sup> בעקבות המלצות הוועדה הגישה הממשלה בשנת 2014 את הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד–2014, הצעה שהובלה על ידי שרת הבריאות דאז, יעל גרמן (להלן: הצעת גרמן).<sup>147</sup> על פי הצעה זו, המשקפת מדיניות מרחיבה יותר מזו המשתקפת בהמלצות ועדת מור יוסף, התאפשרה הגישה להליך

- 140 שם, פס' 50 לפסק הדין של השופט חשין ("לכאורה מופלית היא העותרת לרעה – בהשוואה בינה לבין איש ואישה שהם בני-זוג ובהשוואה בינה לבין אישה בריאה היכולה והרשאית להרות וללדת באין הגבלה"). עוד ראו שם, פס' 42 לפסק הדין של השופט חשין. כן ראו שם, פס' 8–9 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן.
- 141 ראו המשך דבריו של השופט חשין, שם, פס' 50 לפסק דינו ("בהיותנו מודעים לכך שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת וביודענו כי עניינה של האישה היחידה לא נדון לעומקו עד-כּה, דומה שלא יהא זה ראוי כי נכריע מיידית וסופית בעניינה של העותרת").
- 142 ראו שם, פס' 52 לפסק הדין של השופט חשין ("נפְּגָה קריאה למחוקק כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת").
- 143 ראו **דוח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89.
- 144 שם, בעמ' 63.
- 145 שם.
- 146 שם, בעמ' 70.
- 147 ראו הצעת החוק הממשלתית, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד–2014, ה"ח 916, 917 (להלן: הצעת גרמן).

פונדקאות מסחרי גם לגבר או אישה יחידים.<sup>148</sup> ההצעה לא התייחסה במפורש ליכולת של בני זוג מאותו המין לשמש כהורים מיועדים יחדיו מלכתחילה, אך פתחה פתח לתהליך שבעקבותיו לאחר קבלת צו הורות להורה הביולוגי יתנהל הליך משלים לצורך הכרה בהורות של בן הזוג השני.<sup>149</sup> בפועל, ההצעה לא קודמה בשל התנגדות פוליטית, בעיקר בכל הנוגע להכרה בהורות של בני זוג מאותו המין. בשנת 2018 תוקן החוק והרחיב את הגדרת "הורים מיועדים" באופן שהחיל את הסדר הפונדקאות על נשים יחידות שהן גם אימהות גנטיות. לעומת זאת, החוק המתוקן לא אפשר לנשים יחידות הנזקקות הן לפונדקאות והן לתרומת ביצית, לגברים יחידים, כמו גם לבני זוג מאותו המין, לשמש כהורה או כהורים מיועדים.<sup>150</sup>

## 2. תמונת מצב עדכנית: פרשת ארד-פנקס, מחזה בשלושה חלקים

חוקיות ההסדרים הקבועים בחוק הפונדקאות נדונו בבית המשפט העליון בשלושה חלקים בפרשה הידועה כפרשת ארד-פנקס.

בחלקו הראשון של פסק הדין בפרשת ארד-פנקס, שניתן עוד לפני שהסתיימו בכנסת הליכי החקיקה שבמסגרתם התקבל התיקון מ-2018, עסק בית המשפט בעתירתן של נשים יחידות הנזקקות לא רק לשירותי פונדקאות, אלא גם לתרומת ביצית. בשל הדרישה בחוק לקשר גנטי של אחד ההורים המיועדים עם הוולד, דרישה שלא השתנתה גם לאחר התיקון, נשללה מהן האפשרות לקבל שירותי פונדקאות, ועל כן לדעתן נפגעה זכותן להורות. בית המשפט דחה את העתירה וסבר כי הדרישה שלפחות אחד מן ההורים המיועדים יהיה בעל זיקה גנטית לילד עומדת במבחן החוקתי.<sup>151</sup> לעומת זאת, מפסק הדין ניכר היה שבית המשפט נוטה לאמץ את טענתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין, שהדרתם מתהליך הפונדקאות אינה חוקתית.<sup>152</sup> ואולם, באופן מעשי בחר בית

148 ראו ס' 3 (הגדרות) להצעת גרמון, שם, אשר קובע כי "הורים מיועדים" – הורים שהם בני זוג וכן הורה מיועד יחיד". כמו כן, לפי ההגדרה בסעיף, "הורה מיועד יחיד" – איש או אישה, תושבי ישראל, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

149 ראו גם, ס' 14 להצעת גרמון המתקן את ס' 11 לחוק המקורי, שם ("ד) בית המשפט רשאי לתת צו הורות גם למי שפנה בבקשה למתן צו האמור יחד עם הורה מיועד יחיד, בהתאם להוראות סעיף קטן (א), ובלבד שניתן לפונה כאמור אישור מאת ועדת האישורים כי מתקיימים לגבי התנאים הנדרשים מהורה מיועד לפי סעיפים 2(6), 4(3) עד 5(5) ו-5(א)(1), ו-4(4) לפני מתן האישור להסכם לנשיאת עוברים בישראל שבעניינו מתבקש מתן צו ההורות".

150 ראו ס' 1 לחוק, אשר בעקבות תיקון מס' 2 לחוק מגדיר כי: "הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה", וכי "הורים מיועדים שהם בני זוג" – איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים יחד עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

151 ראו פרשת ארד-פנקס הראשון, לעיל ה"ש 11, פס' 24–29 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.  
152 פס' 46–47 לפסק הדין של השופט ג'ובראן. עוד ראו שם, פס' 6 לפסק הדין של הנשיאה (כתוארה דאז) נאור.

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

המשפט שלא להכריע, מאחר שתהליכי החקיקה המתוארים לעיל לא הושלמו בעת שנתינת פסק הדין.<sup>153</sup> משהושלמו תהליכי החקיקה והחוק המתוקן לא העניק לגברים יחידים ולזוגות מאותו המין את הזכות לפונדקאות, הושלם הדיון בבית המשפט העליון שעסק בזכותם של גברים יחידים ושל הנוטלים חלק בקשר חד-מיני לפונדקאות.

העותרים סברו שהנוסח המתוקן של החוק פוגע בזכותם להורות, כמו גם בזכותם לשוויון.<sup>154</sup> נציגי המדינה טענו כי הפגיעה בזכות להורות היא פגיעה פריפריאלית, שכן גברים יחידים ובני זוג מאותו המין יכולים לממש את זכותם להורות גם באמצעים נוספים, כגון אימוץ והסכמי הורות משותפת. לצד ציון האפשרויות החליפיות למימוש הזכות להורות, הטיעון המרכזי לגופו של עניין שהציגה המדינה לאי-הכללתם של גברים יחידים או גברים הנוטלים חלק בקשר חד-מיני הוא טיעון ה"תכלית הרפואית".<sup>155</sup> על פי טיעון זה, לנוכח מורכבותו של הסדר הפונדקאות והחששות שהוא מעורר יש לצמצמו רק למקרי קצה רפואיים.<sup>156</sup> הטיעון הרפואי הוצג על ידי המדינה בשני הקשרים: הראשון, כהסבר מדוע ההסדר אינו פוגע בשוויון, שכן יש שוני רלוונטי בין גברים ונשים ועל כן התכלית הרפואית מתקיימת רק בנוגע לנשים; הטיעון השני הועלה במסגרת הדיון בפסקת ההגבלה כהצדקה לפגיעה בשוויון, אם קיימת פגיעה כזו, ובזכות החלקית להורות בשל הרצון לצמצם את השימוש בפונדקאות, מתוך רצון להגן על פונדקאות וכן כדי למנוע ביקוש יתר, שיוליך להעלאת מחירים כך שבסופו של דבר מי שנוזק לפונדקאות מסיבות רפואיות יוותר ללא מענה.

בית המשפט, בדעת הרוב, קיבל את טענת העותרים ששלילת האפשרות ליהנות ממתן שירותי פונדקאות פוגעת בזכות להורות,<sup>157</sup> אשר חלה לא רק על עצם הרצון להיות הורה, אלא גם על נגישות לשיטות שונות של הורות.<sup>158</sup> בית המשפט קיבל גם את טענת הפגיעה בשוויון ודחה את ההבחנה בבעיה הרפואית כהבדל רלוונטי. לדברי בית המשפט, הבחנה זו מניחה את המבוקש שלפיו רק נשים שיש להן בעיה רפואית אך לא גברים יונגשו לפונדקאות.<sup>159</sup> השופטים אף הדגישו את חומרת הפגיעה בשוויון הן משום כך שבני זוג

153 שם, פס' 51 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

154 ראו פרשת **אורד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 22, פס' 11 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

155 שם, פס' 12 לפסק דינה.

156 מבחינה דוקטרינרית טיעון התכלית הרפואית הובא בפסק הדין פעמיים. שם, פס' 14 ופס' 17–20 לפסק הדין של הנשיאה חיות וכן שם, פס' 4–8 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

157 שם, פס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

158 השופט פוגלמן מסביר מדוע החלופות השונות אינן יוצרות שוני רלוונטי בין גברים לבין נשים לעניין נגישות להליכי פונדקאות בישראל, שם, פס' 9–10 לפסק דינו.

159 שם, פס' 7–8 לפסק הדין של השופט פוגלמן. ראו גם שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל, שם הוא המבהיר כי לנוכח תכלית ההליך לסייע בפרייה ההבחנה בין גברים ונשים אינה רלוונטית.

מאותו המין נחשבים כקבוצה חשודה<sup>160</sup> והן בשל הקשר ההדוק בין הפגיעה בשוויון לכבוד האדם.<sup>161</sup>

בית המשפט הכיר בצורך לצמצם את מספר הנזקקים לפונדקאות, אך לדידו צמצום מספר זה על ידי שלילת הזכות של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים אינו עומד במבחני המידתיות, הן בשל העובדה שניתן היה לצמצם את מספר הנזקקים בדרכים חלופיות והן בשל היעדר מתאם בין הפגיעה בזכות לבין המטרה. בהקשר הראשון, בית המשפט מציין סדרה של צעדים חלופיים שהיו יכולים להשיג את המטרות של הגנה על הפונדקאיות והקטנת הביקוש, ובכללם העלאת הרף של מספר הילדים הקיימים לנזקקים לפונדקאות משלושה, על פי המצב כיום, לילד אחד. כנגד החשש מהאמרת מחירים לאור הגברת הביקוש הציע בית המשפט את הטכניקה של פיקוח מחירים או כאמור של מתן אפשרות לפונדקאות רק להורים מיועדים שיש להם ילד אחד לכל היותר.<sup>162</sup> נוסף על כך הזכיר בית המשפט את האפשרות לאמץ את המלצות ועדת מור יוסף ולאפשר פונדקאות אלטרואיסטית במקרה של בני זוג מאותו המין.<sup>163</sup> לנוכח המסקנה כי ההסדר הקיים אינו חוקתי שופטי בית המשפט העליון נחלקו לגבי הסעד החוקתי. דעת הרוב ביקשה לאפשר למדינה לתקן את החוק בתוך זמן קצוב, בכפוף להבהרה שאם החוק לא יתוקן עד לזמן שהוקצב יבצע בית המשפט את התיקון.<sup>164</sup> השופט פוגלמן, בדעת מיעוט, הציע שהחוק יתוקן באופן מיידי על ידי מחיקת ההוראות המפלות.<sup>165</sup>

בפועל, המחוקק לא אמר את דברו, ובהודעה שהודיע שר הבריאות באמצעות היועץ המשפטי לממשלה הוא קבע שבעת הנוכחית אין היתכנות פוליטית מעשית לקידום הליכי חקיקה בסוגיה הנדונה. לנוכח הודעת שר הבריאות החליט בית המשפט העליון<sup>166</sup> שסעיפי ההגדרות המפלים בחוק יימחקו ושוועדת ההסדרים תפעל בהתאם להנחיות שנקבעו בפסק הדין, דהיינו שהדרתם של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין אינה חוקתית. עם זאת, בית המשפט דחה את היישום של החלטתו בשישה חודשים נוספים כדי ליתן לכנסת בכל זאת אפשרות לתקן את החוק וכן לצורך היערכות מנהלית. משנסקר הרקע ההיסטורי־משפטי, אפנה לנתח את הדברים בראי הגישה המוסדית.

160 שם, פס' 13–16 לפסק הדין של השופט פוגלמן וכן, שם, פס' 2 לפסק הדין של השופט עמית.  
 161 שם, פס' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("לא יכול להיות ספק כי ההפליה במקרה דנן קשורה בטבורה לכבוד האדם").  
 162 שם, פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות.  
 163 שם, פס' 30 לפסק דינה.  
 164 שם, פס' 37 לפסק דינה.  
 165 שם, פס' 40–42 לפסק הדין של השופט פוגלמן.  
 166 ראו פרשת ארד־פנקס הסופי, לעיל ה"ש 11.

### 3. המאבק של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין לפונדקאות בראי הגישה המוסדית להורות

בהכרעת בית המשפט בחלקה הראשון של פרשת ארד-פנקס, שלפיה אישה יחידה שלא תהיה לה זיקה ביולוגית לילד העתידי לא תוכל להתקשר בהסכם פונדקאות, לא אעסוק ממאמר הנוכחי. אתמקד אפוא בבני זוג מאותו המין ובהקשרים נקודתיים בגברים יחידים. אני סבור שהתוצאה הסופית של פרשת ארד-פנקס, על שלושת חלקיה, שלפיה יש לפתוח בפני בני זוג מאותו המין את הפתח להתקשרות בהסכמי פונדקאות, כמו גם המהלך החוקתי שהוצב בפסק הדין, הוא מהלך נכון וראוי, שיש לברך עליו. עם זאת, חרף הסכמתי העקרונית עם המהלך שנערך בפרשת ארד-פנקס, בסעיפים הבאים ברצוני להצביע על כמה דרכים שבהן הגישה המוסדית עשויה הייתה להעשיר את השיח בנושא הזדקקות של בני זוג מאותו המין לפונדקאות בישראל, ובכלל זה את הדיון בפרשת ארד-פנקס. כהמשך לכך, אעמוד על הבעייתיות של הסיוס המסתמן של הפרשה שעל פיה סעיף ההגדרות יימחק ללא צעדים חקיקתיים משלימים ואנסה, במבט צופה עתיד, להמליץ על הכיוון הראוי של חקיקה עתידית.

(א) הכרת הגישה המוסדית בזכות החוקתית של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להורות לנוכח אתיקת ההורות

בניגוד לשיח המסורתי-שמרני, הדוחה זכויות להורות שאינן מעוגנות במבנה המשפחה המסורתי, הגישה המוסדית נכונה להכיר במבני משפחה מגוונים, כל עוד הם מחויבות לאתיקת ההורות. בהתאם, מהסיבות שעליהן עמדתי בהרחבה בפרק הקודם, הגישה המוסדית תומכת בביסוס חוקתי של הזכות להורות, כל עוד זו אינה מתמצה בעצם הבאתו של הילוד לעולם, אלא מלווה בקבלת אחריות הורית ובכשירות הורית מינימלית הנדרשת למימוש אחריות זו. זוהי בדיוק הדרישה של גברים יחידים ושל בני הזוג מאותו המין המבקשים להיות שותפים להבאת ילד לעולם ולקבל אחריות על גידולו. משום כך, הרצון של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להביא ילדים לעולם ולגדלם ולקבל אחריות עליהם והנכונות של המשפט הישראלי להכיר בזכותם לכך לא זו בלבד שאינם פוגעים בערכי המשפחה, אלא להפך – הם מרחיבים אותם אל עבר קבוצות ויחידים שבעבר היו מודרים מהם, אם מסיבות חברתיות ואם מסיבות ביולוגיות. עבור מי שמאמין שערכי המשפחה – ובכללם ערכי ההורות, ובראשם כאמור האתיקה של דאגה וקבלת אחריות – הם ערכים חיוניים, ההצטרפות של קבוצות נוספות המאמינות בערכים אלו היא התפתחות חיובית ובוודאי לא פגיעה, שיש להצר עליה, בערכי המשפחה.

עם זאת, בעוד הגישה המוסדית תומכת בתוצאה של פסק הדין, מנקודת המבט האתית, כדי להפוך את הזכות להורות כמקור לשיח המדגיש את האחריות ההורית, יש לחדד את ההיבט של קבלת האחריות והדאגה כבר בשלב של הגדרת הזכות להפוך להורה

ותיאור תכניה. ואכן, לפחות במקרה אחד תיאור הזכות ההורית בפרשת ארד-פנקס משקף את אתיקת ההורות, כפי שפותחה בדיני הורים וילדים, כזכות המשולבת בחובה וקבלת אחריות. כך מתאר השופט פוגלמן את הזכות להורות: "הרצון להפוך להורה היא מהכמיהות העמוקות ביותר של הנפש האנושית. עבור מי שחפץ בכך, הזכות להפוך להורה, לאהוב ילד, לגדלו, לדאוג לכל מחסורו, לחנכו, לטעת בו מטען חינוכי, ערכי ומוסרי, היא ביטוי ראשון במעלה לאנושיותו". זוהי בדיוק השאיפה של הגישה המוסדית, לבנות את הזכות ההורית ככזו המשולבת בדאגה לילדים וקבלת אחריות עליהם. עם זאת, יש להודות שבמקרים רבים, תיאור הזכות ההורית בפרשת ארד-פנקס התמקד בצורכי ההורים, במימוש העצמי שלהם וברצונם להמשכות,<sup>167</sup> בכך היא משקפת את הרטוריקה של הגישה הליברלית-אינדיווידואלית, שבפרק הקודם הסברתי את הסתייגותי ממנה.

### (ב) טיעון השוויון

אף הדיון בפסק הדין בטענת השוויון והדיפתה של טענת התכלית הרפואית בו תואמים את עקרונות הגישה המוסדית.<sup>168</sup> אכן, מנקודת המבט של הכמיהה להורות, כמו גם מנקודת מבטה של אתיקת ההורות, אין כל שוני רלוונטי בין מי שאינו יכול להרות בשל היותו גבר לבין מי שאינה יכולה להרות בשל בעיה רפואית ברחמה. אכן, בשל נכונותה של הגישה המוסדית לשלב שיקולים של טובת הילד במסגרת הדיון בהורות, אילו הוכח שוני רלוונטי במונחי טובת הילד בין הורותם של בני זוג מאותו המין לבין הורותם של בני זוג ממין שונה, אזי שוני זה עשוי היה, בתנאים מסוימים, להשליך גם על שאלת השוויון. ברם, כפי שארחיב בפרק הבא, שוני כזה לא נטען ובוודאי לא הוכח, ומשכך טיעון השוויון ניצב גם על פי הגישה המוסדית כשיקול כנגד הפלייתם של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים בהקשר של היכולת להזדקק לפונדקאות. עוד אציין שלדידי הפתרון שהוצע בוועדת מור יוסף, שלפיו לבני זוג מאותו המין ולגברים יחידים תותר אך ורק פונדקאות אלטרואיסטית, בעוד בני זוג ממין שונה ונשים יחידות יוכלו להזדקק גם לפונדקאות מסחרית, פוגע אף הוא בשוויון. אכן, כפי שציינתי בעת שהוצגו עקרונות הגישה המוסדית, הגישה רגישה לחששות מפני מסחור, הצפת השוק, האמרת מחירים וכיוצא בזה, ועדיין, על פי הגישה, פתרון המעדיף באופן גורף קבוצה אחת על פני קבוצה

167 ראו למשל את דבריה של הנשיאה חיות, שם, פס' 17 לפסק דינה, בדבר ההכרה החברתית בחשיבותה של ההורות בכלל, וההורות הגנטית בפרט, למימוש העצמי של האדם תוך שהיא מתבססת על כתיבתה הפילוסופית של ורדיית רביצקי המייצגת את הגישה הליברלית-אינדיווידואלית להורות, ראו רביצקי "הזכות להורות", לעיל ה"ש 12. כן ראו דבריו של השופט פוגלמן, שם, פס' 16 לפסק דינו, בנוגע לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו. ראו באופן מתון יותר תיאור הזכות על ידי השופט הנדל, באומרו כי "הכמיהה להביא ילדים לעולם מוכרת כצורך קיומי בסיסי וטבעי של האדם. היכולת של אדם לברוא אדם אחר היא כוח מאלף; וגידולו של ילד מבטיח סיפוק רב והמשכיות להוריו", שם, פס' 4 לפסק דינו.

168 טענת התכלית הרפואית מובאת גם בדברי ההסבר להצעת החוק והיא מיוחסת גם למור יוסף.



אחרת ללא הצדקה רלוונטית פוגע בשוויון ואינו ניתן להצדקה. יש אפוא להצר על כך שאף פתרון זה הוזכר בפסק הדין, גם אם ברמז, כחלופה אפשרית להסדרה.<sup>169</sup> בהערת אגב אבקש להתייחס לגישתו של השופט הנדל, אשר סבר כי שלילת האפשרות של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להתקשר בהסכמי פונדקאות פוגעת בזכותם לשוויון, אך לא בזכותם להורות. לדברי הנדל, מאחר שפונדקאות מערכת גם אדם נוסף שבעקבות הפונדקאות לא ייחשב עוד כהורה, מדובר בנושא הראוי להסדרה על ידי מדינה ולא ניתן לדבר על זכות חוקתית בנוגע אליו. להשקפתו, אילו אסרה המדינה את הפונדקאות באופן גורף, לא היה ניתן לקבוע כי נפגעה הזכות להורות, ולכן לדעתו כאשר המדינה מתירה את הפונדקאות, אך אוסרת אותה על קבוצה מסוימת, הפגיעה היא בשוויון, אך לא בזכות להורות.<sup>170</sup> בניגוד לעמדת השופט הנדל, סבורני כי מהסיבות שהוזכרו בטקסט אף אילו אסרה המדינה את הפונדקאות באופן גורף, הייתה בכך משום פגיעה בזכות החוקתית להורות בכלל, וכפי שארטיב בסעיפים הבאים, בוודאי הייתה בכך משום פגיעה בזכות להורות משותפת במסגרת קשר זוגי. אומנם, ייתכן שלנוכח ייחודיות הפונדקאות ניתן היה להצדיק פגיעה זו על פי אמנת המידה החוקתיות המקובלת, אך משהותרה הפונדקאות והמשפט הישראלי הביע בכך את עמדתו לפיה, מדובר בצורה מקובלת של הורות; הפגיעה בזכות של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים אינה מתמצה בזכות לשוויון, אלא גם בזכותם להורות במובן של הבאת ילד לעולם כזוג או כיחיד.

#### (ג) פסקת ההגבלה והסעד

עד כה הראיתי שהגישה המוסדית תומכת במסקנת בית המשפט העליון שלפיה שלילת האפשרות של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים פוגעת בזכויותיהם החוקתיות להורות ולשוויון. אני סבור שהטיעונים בפסק הדין המנתחים את אי־העמידה בתנאי פסקת ההגבלה מקבלים אף הם משנה תוקף לנוכח הגישה המוסדית. כך, כחלק מאתוס ההורות, הגישה המוסדית קשובה לחששות מפני מסחור והחפצה של ילדים. בהתאם לכך, הצורך להגביל את היקפה של תופעת הפונדקאות ולוודא שתעוצב באופן ההולם את ערכי ההורות מובן על פי הגישה. בדומה לכך, על פי הגישה המוסדית, החששות מפני ניצולן של נשים פונדקאיות הם בעלי תוקף, לא רק בשל הפגיעה בזכויות הפרט של הנשים הקונקרטיות, אלא גם בגלל רגישותה של הגישה להשלכות הרחב של התנהלות מעבר להשלכות המיידיות על הצדדים הספציפיים. עם זאת, לנוכח הפגיעה הקשה בשוויון

169 ראו פרשת **אור־פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, פס' 30 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("חלופה אפשרית נוספת היא הסדרה של פונדקאות אלטרואיסטית בישראל, כפי שהציעה ועדת מור יוסף – כלומר לאפשר לגברים יחידניים ובני זוג בני אותו המין להתקשר עם פונדקאית בהסכם ללא כוונת רווח, אשר בו מודגשים ההיבטים החברתיים והאישיים של הליך הפונדקאות"). עם זאת, הנשיאה חיות רק הזכירה שזה היה הפתרון בוועדת מור יוסף ולא קבעה עמדה נחרצת שמדובר בפתרון חוקתי.

170 שם, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

ובזכות להורות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין, הגישה המוסדית תתמוך במגמה העולה מפסק הדין להתמודד עם הבעיות שהוזכרו באמצעות המנגנונים החליפיים המוצעים בפסק הדין, ובכללם הגבלת האפשרות להזדקק לפונדקאות למי שכבר יש לו ילדים או פיקוח על מחיר הפונדקאות, וזאת מבלי לפגוע בזכות להורות ולשוויון של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין.

לבסוף, חרף הנטייה הטבעית להעניק סעד מיידי לעותרים ולתקן את הגדרת ההורים המיועדים בחוק באופן שיכלול גברים יחידים ובני זוג מאותו המין בהגדרת הורים מיועדים, צדקה דעת הרוב במערכה השנייה, בפסק הדין המשלים של פרשת ארד-פנקס, בכך שנמנעה מתיקון כזה והעניקה למדינה הזדמנות נוספת. להשקפתי, בשל מורכבות הפונדקאות והצורך ללוות את פתיחת ה"שוק" לבני זוג מאותו המין ולגברים יחידים במנגנונים שיווסתו את התופעה, יגנו על הנשים הפונדקאיות וימנעו האמרת מחירים, לא ניתן היה להסתפק בתיקון הגדרתם של המיועדים באופן מיידי; ראוי היה להימנע מלקבוע באופן פוזיטיבי הסדר שיחליף את ההסדר הנוכחי, כאשר המנגנונים המשלימים הנחוצים לנוכח אתיקת ההורות טרם נחקקו. מאותה הסיבה, יש להצר על כך שהמחוקק לא נענה לאתגר ושכספו של דבר נאלץ בית המשפט, בסיבוב השלישי, לבטל את ההגדרות הפגומות חוקתית ללא כינוס של מנגנוניים חלופיים; באופן שבו נעשה הדבר מעורר את החשש שכיבוד זכותם של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין עלול להיות מלווה בפגיעה בבני זוג דלי אמצעים שיזדקקו לפונדקאות ובהצפת השוק באופן שלא יאפשר פיקוח מספק לצורך הגנה על הפונדקאות ומניעת מסחור של הולדה.<sup>171</sup>

אם כן, בכפוף לביקורתי על המחוקק על שלא נענה לאתגר ולא ליווה את התיקון החוקתי במנגנונים משלימים, מנקודת המבט המוסדית יש לשמוח על התוצאה של פסק דין ארד-פנקס ולברך על המהלך שנערך בו. לצד ההסכמה עם התוצאה של פסק הדין, ניתוחי הבהיר כיצד הגישה המוסדית עשויה הייתה להשפיע על הרטוריקה של פסק הדין, במיוחד בהקשר של שילוב שיח האחריות בזכות להורות. לצד זאת, בשני הסעיפים הבאים אבקש להתייחס לשני חסרים משמעותיים נוספים בשיח המתגבש בנושא הפונדקאות, חסרים שעלולה להיות להם הלשכה בעייתית בעתיד על עיצוב אתוס ההורות ואף על הסדרתה המשפטית בפועל.

171 לו היה המחוקק נענה לאתגר שהציב בפניו פסק הדין בעניין ארד-פנקס, יכול היה להעמיד לבחינה אמפירית חלק מן המנגנונים שהוצעו בפסק הדין. כך למשל ניתן היה לערוך סקר ולבחון את הכמות המצופה של פניות מצד בני זוג מאותו המין בעקבות לפונדקאות בישראל ואת ההפחתה הצפויה בכמות הפונים לא יאומץ המנגנון שהוצע בפסק הדין למנוע מזוגות שיש להם כבר ילד אחד לפנות להליך הפונדקאות. בדיקות כאלה יכולות היו לחדד את האיזונים הנדרשים, כמו גם להוביל להעלאת פתרונות נוספים מעבר לאלה שהוצעו בפסקי דין. אולם בפועל משהמחוקק שתק, התקבל פתרון גורף שעשוי לפתור את מצוקת ההורות של בני זוג מאותו המין אך לייצר קושי עבור נזקקים נוספים לפונדקאות כמו גם לסכן את הפונדקאיות. על כך יש להצר.

(ד) שיקולי טובת הילד העתידי כשיקול רלוונטי לבחינת כשירותו של הורה מיועד

כפי שהסברתי בחלקים הקודמים, הגישה המוסדית להורות סבורה שבעת שנדונות הזכות להורות והרגולציה של ההולדה יש להביא בחשבון את שיקולי טובת הילד העתידי, ובכלל זה כשירותם של ההורים המיועדים, לקבל אחריות על הילד ולדאוג לטובתו.<sup>172</sup> לכך עשויה להיות השלכה על כללי כשירות העוסקים בהורים מיועדים המתייחסים לגיל, מצב רפואי, עבר פלילי הנוגע לסיכונם של ילדים, הגם שכללים אלה פוגעים לכאורה בזכות להורות ולעיתים גם בשוויון.

ואכן, בהתאם לאתיקת ההורות, שבה תומכת הגישה המוסדית, חוק הפונדקאות הנוכחי כולל בתוכו תנאי כשירות של ההורים מיועדים, כגון מגבלת גיל, שנועדו להגן על טובת הילד וכן התייחסות לעבר הפלילי של ההורים המיועדים.<sup>173</sup> נוסף על כך, החוק מנחה את הוועדה/בית המשפט לבחון אם ההסכם מתיישב עם טובת הילד או פוגע בזכויותיו.<sup>174</sup> כמו כן, החוק כולל הסדרים שניתן לפרש אותם כנובעים מעקרון טובת הילד אף בהקשרים נוספים, כגון הסדרים הקובעים תנאי כשירות להורים המיועדים בשל פערי גיל בין ההורים המיועדים לילד.<sup>175</sup> אף הדיונים המוקדמים בוועדות בעניין מתן האפשרות לאם יחידה לשמש כאם מיועדת התייחסו מפעם לפעם לשאלה של טובת הילד העתידי.<sup>176</sup> לעומת זאת, בפרשת **ארד-פנקס** לא הוזכרה החובה לבחון אם ההורים המיועדים והפונדקאית שנבחרה הולמים את טובתו של הילד כאחת מתכליות החוק. לאמיתו של דבר, הדאגה לטובת הילד העתידי כמעט לא נזכרה בפסק הדין בעת שתוארו התכליות של החוק.<sup>177</sup> ובפעמים הנדירות שבהן הוזכרה טובת הילד בפרשת **ארד-פנקס**

172 ראו פרק א, חלק 4 ס' (ב) לעיל.

173 ראו את מגבלות הגיל בנוגע להורים המיועדים, הקבועות בס' 5(א)(ג1)(א) לחוק הפונדקאות, ראו גם את ההתייחסות לעבר הפלילי של ההורים המיועדים, ס' 5(א)(ג1)(ג) לחוק.

174 טובת הילד אף מופיעה במרומו בחוק הפונדקאות עצמו בס' 5(א)(3), הדורש לוודא "כי זכויותיהם של היילוד ושל הצדדים להסכם אינן מקופחות". למרות זאת כאמור, בית המשפט לא התייחס לטובת היילוד כתכלית עצמאית.

175 פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, פס' 22 לפסק הדין של השופט מינץ. שם, מינץ נותן משקל רב לטובת הילד ולאיינטרסים הקשורים אליו לכל אורך ההליך (למשל, ס' 5(א)(ג1)(ג); 5(א)(2); 5(א)(3); 13-14 לחוק הפונדקאות). על הדרך שבה ביקש חוק הפונדקאות להביא בחשבון את הצרכים של כלל הגורמים המעורבים ובכלל זה הילד העתידי, ראו *Schutz, Surrogacy in Israel*, לעיל ה"ש 136.

176 ראו **דוח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89, בעמ' 18-22.

177 לתיאור התכלית בפסק הדין של השופט ג'ובראן ראו פרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 11, פס' 37-38 לפסק דינו. ראו גם בהקשר זה את סיכום התכליות הרלוונטיות של החוק על ידי הנשיאה חיות בפרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק דינה ("חוק ההסכמים נועד להסדיר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל לשם הגשמת הזכות להפוך להורה, תוך הבטחת כבודה ושלומה של הפונדקאית והסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים"). אשר לתכלית הסובייקטיבית,

הודגשו ההיבט הרגולטורי והאינטרס של הילד בכך שהסדר ההורות ייקבע באופן מהיר סמוך ללידתו.<sup>178</sup>

ודוק, לנוכח הקביעה שסעיף ההגדרות הנוכחי של הורים מיועדים בחוק הפונדקאות אינו חוקתי, הנחה בית המשפט העליון בפרשת ארד-פנקס את ועדת האישורים לנהוג בהתאם לתכליות החוק כפי שסוכמו על ידי בית המשפט.<sup>179</sup> בנסיבות אלה, השמטת התכלית של בחינת טובתו של הילד העתידי לצורך בחינת כשירותם של ההורים המיועדים<sup>180</sup> הפכה להיות בעלת משמעות מעשית ברורה בעקבות פסק הדין הסופי בפרשה זו, והיא עלולה להוביל להערכת חסר של שיקולים אלה, זאת בניגוד לרוח החוק ותכליתו כפי שהיא עולה ממכלול הוראותיו.

האמת חייבת להיאמר, החלשת מקומם של שיקולי טובת הילד העתידי בעת בחינת כשירותם של ההורים המיועדים נעוצה כבר בשלב של העלאת הטענות על ידי המדינה ואפילו בשלבים המוקדמים של הדיונים שקדמו לתיקון החוק. כך, בפרשת משפחה חדשה הציגה המדינה, כהצדקה לשלילת האפשרות מנשים יחידות לשמש כאימהות מיועדות, את התפיסה החברתית המקובלת, שלפיה "כי ילד זקוק לאם ולאב – לזוג ההורים ולא אך להורה בודד – ואישה פנויה לא יהא בכוחה לדאוג לבדה לטובתו של היילוד".<sup>181</sup> טענה

נקבע כי היא רחבה יותר מזו שנקבעה על ידי המשנה לנשיא (כתוארו דאז) חשין בעניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 85, שלפיה החוק נועד לפתור את בעיות הפוריות של בני זוג הטרוסקסואלים בלבד, והיא נועדה "לאסדר את הסכמי הפונדקאות בישראל, לרבות מעמדם של ההורים המיועדים וזיקתם ליילוד, ולהגשים את הזכות להפוך להורה תוך שמירה על כבודה ובריאותה של האם הנושאת" (פרשת ארד-פנקס הראשון, פס' 36 לפסק הדין של השופט ג'ובראן). ראו גם את דברי השופט פוגלמן בפרשת ארד-פנקס המשלים, אשר מונה ארבע תכליות – התכלית הרפואית, צמצום היקפו של שוק הפונדקאות, שמירת עקרונות ההורות הגנטית ואסדרתם של הסכמי פונדקאות (שם, פס' 20 לפסק דינו). חריג למגמה זו מצוי בדברי השופט הנדל, אשר בין תכליות החוק מנה את הצורך לבחון כי זכויותיהם של היילוד ושל הצדדים להסכם אינן מקופחות (שם, פס' 3 לפסק דינו).

178 ראו למשל את התכלית האסדרתית שאליה התייחסו השופט ג'ובראן בפרשת ארד-פנקס הראשון, שם, והנשיאה חיות בפרשת ארד-פנקס המשלים, שם. אף השופט פוגלמן, בפרשת ארד-פנקס המשלים, מזכיר את טובת הילד אך ורק במסגרת התכלית האסדרתית ("ישנה גם התכלית האסדרתית, המעוגנת בעיקרה בחוק ההסכמים. עניינה של זו הוא ביצירתה של מסגרת חוקית נאותה לעריכת הסכמי פונדקאות, על המורכבות האינהרנטית הטמונה בהם, באופן המבטיח את שלומם ורווחתם של כל המעורבים בהליך הפונדקאות: האם הנושאת, היילוד וההורים המיועדים (לרבות אם יחידה)"), שם, פס' 20 לפסק דינו.

179 פרשת ארד-פנקס הסופי, לעיל ה"ש 11, פס' 6 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

180 שם, פס' 7 לפסק דינה נקבע כי תכליות החוק הן "לאסדר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על כבודן ושלומן של הנשים הנושאות, ואסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים". מנגד, התכלית של דאגה לטובת הילד העתידי, בין היתר על ידי בחינת הכשירות וההתאמה של הוריו, לא הוזכרה כאחת התכליות.

181 ראו את תיאור עמדת המדינה בפרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 85, פס' 35.

זו נדחתה על ידי בית המשפט, שקבע שתפיסה חברתית מקובלת, כאשר אינה מגובה בראיות ובמחקרים, אינה מספיקה כדי להצדיק פגיעה בשוויון והפליה.<sup>182</sup> לעומת זאת, בפרשת ארד־פנקס טיעון הנגד המהותי היחיד שהובא בשם המדינה כהצדקה לשלילת הפונדקאות על ידי גברים יחידים והורים שהם בני זוג מאותו המין הוא טיעון התכלית הרפואית.<sup>183</sup> עיון בפרוטוקולי הדיון בוועדות הכנסת מלמד כי במהלך הדיונים נטען בחטף גם הטיעון שלפיו הכרה בהורות של בני זוג מאותו המין פוגעת באופייה של ישראל כמדינה היהודית או במוסר הטבעי.<sup>184</sup> במשמע, הטענה הינה שהכרה בפונדקאות לבני זוג מאותו המין עלולה לפגוע בצביונה היהודי של המדינה. לעומת זאת, הטענה שיש לבחון את מתן האפשרות לפונדקאות לבני זוג מאותו המין או לגברים יחידים בראי של שיקולי טובת הילד כלל לא הועלתה על ידי דובריה הרשמיים של המדינה בבית המשפט ואפילו לא בדיונים בוועדות הכנסת. ודאי שהאתגר שהוצב בפרשת משפחה חדשה להצגת תשתית מחקרית בנושא לא נענה. בנקודה זו חשוב להדגיש המחקר בנושאי הורות מלמד שלא ניתן להצביע על הבדלים של ממש בין טובתם של ילדים של בני זוג מאותו המין לבין טובתם של ילדים למשפחות שבהם ההורים הם ממין שונה.<sup>185</sup> המחקר גם מלמד שהנטייה המינית של ההורים אינה

182 שם ("המדינה אינה מציגה מחקרים התומכים בטענתה, אף אין היא מביאה ראיה אחרת כלשהי לדבריה. מדברת היא אך על 'התפיסה החברתית המקובלת', וזאת 'כציון עובדה ומבלי להביע דעה באשר לתוכנה'").

183 פרשת ארד־פנקס המשלים, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

184 ראו את דבריו של ח"כ יוגב, לעיל ה"ש 7.

185 במשפט המשווה קיימים מחקרים סוציולוגיים רבים שערכו השוואה בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין ילדים שגדלו במשפחות חד־הוריות, ועל פי רוב נראה כי אין שוני. ראו לדוגמה, Simon Robert Crouch et al., *Impact of family structure and socio-demographic characteristics on child health and wellbeing in same-sex parent families: A cross-sectional survey*, 52 J. PAEDIATRICS AND CHILD HEALTH 499 (2016); וכן ראו Alicia L. Fedewa et al., *Children and Adolescents With Same-Gender Parents: A Meta-Analytic Approach in Assessing Outcomes*, 11 J. OF GLBT FAM. STUD. 1, 28 (2015). ממצאי מחקר זה מראים כי ילדים שגדלו במשפחות חד־מיניות דווקא מסתגלים מבחינה פסיכולוגית בצורה טובה יותר מאשר ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות. לעומת מחקרים אלו, המציגים סימטריה (כמעט מלאה) בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין ילדים שגדלו במשפחות חד־מיניות, קיימים מחקרים המעידים על שוני בין שתי קבוצות הילדים בהיבטים מסוימים. ראו למשל, Michael A. Richards et al., *Adult Children of Same-Sex and Heterosexual Couples: Demographic Characteristics and Well-Being*, 13 J. OF GLBT FAM. STUD. 1, 12 (2017). ממצאי המחקר מעידים על כך שקיים שוני מסוים לעניין התפיסות הדתיות והקשר בין הורה לילד בין בוגרים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין אלו שגדלו במשפחות חד־מיניות, אולם המסקנה העולה מהמחקר מעידה על כך שיש יותר דמיון מאשר שוני; ראו גם, Henny Bos et al., *Lesbian and Heterosexual Two-Parent Families: Adolescent-Parent Relationship Quality and Adolescent Well-Being*, 24 J. OF GLBT FAM. STUD. 1031 (2015). ממצאי המחקר זה עולה כי קיים שוני בין מתבגרים שגדלו במשפחות חד־מיניות לבין מתבגרים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות, אולם הוא מתמצא בהיבטים ספורים

משפיעה על טיב הורותם.<sup>186</sup> משום כך, שילוב השיקולים של טובת הילד בעת בחינת כשרותם של ההורים מוביל למסקנה שאף מנקודת מבט מוסדית אין לקבל טיעון שלפיו טובתם של ילדים עתידיים מובילה למניעת פונדקאות מבני זוג מאותו המין. עקב כך, התייחסות למחקר זה הייתה מוכיחה שהכרה בזכות של בני זוג מאותו המין לפונדקאות אינה נובעת אך ורק מגישה ליברלית-אינדיווידואלית הממוקדת ברצונות ההורה בלבד, אלא ניתנת להצדקה גם על פי גישות הנכונות לשקול את טובתם של ילדים ואת כשרותם של ההורים כחלק מן הרגולציה של ההולדה. במובן זה, הגישה המוסדית הנכונה לשיקול של טובת הילד בעת רגולציה של הולדה מספקת נדבך נוסף לתמיכה בהורות של בני הזוג מאותו המין.

הדברים מורכבים יותר בהקשר של הורות היחידנית. בהקשרים הללו הועלתה טענה, שיש לה תמיכה מחקרית חזקה, שאיכות החיים של ילדים שגדלו במשפחות ובהן שני הורים, ללא קשר למינם, עולה על איכות החיים של ילדים שנולדו למשפחות ובהן הורה יחיד.<sup>187</sup> יש המסיקים ממחקרים אלו שצריך להגביל את הנגישות של הורים יחידים

(מתבגרים שגדלו למשפחות של לסביות הראו הערכה עצמית גבוהה יותר, אך בעיות התנהגות רבות יותר מאשר מתבגרים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות); לעניין המשתנים האחרים שנחקרו לא נמצאו הבדלים מהותיים (קשר בין הורה לילד, רווחה חברתית, חרדה, עידון, שתיית אלכוהול ושימוש בסמים). ממחקר אחר עולה כי רווחתם של ילדים שגדלו במשפחות חד-מיניות טובה לא פחות מזו של ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות (למעט בריאות נפשית – ניכר כי ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות וילדים שגדלו במשפחות חד-הוריות של נשים מציגים נתונים דומים), אך גם לפי מחקר זה עולה כי אין שוני מהותי. ראו Wendy D. Manning et al., *Child Well-Being in Same-Sex Parent Families: Review of Research Prepared for American Sociological Association Amicus Brief*, 33 POPUL. RES. POL'Y REV. 485 (2014); עוד ראו Boss et al., *Same-sex and different-sex parent households and child health outcomes: findings from the National Survey of Children's Health*, 37 J. DEV. BEHAV. PEDIATR. 179 (2016). במחקר זה לא נמצאו הבדלים של ממש, למעט רמות גבוהות יותר של מתח הורי בקרב הורים חד-מיניים; מנגד, יש מספר מועט של מחקרים שמציגים שוני בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות ובין אלו שגדלו במשפחות חד-מיניות. ראו לדוגמה, Donald Sullins, *Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition*, 7 BRITH. J. EDUC. SOC'Y & BEHAVIOURAL SCI. 99 (2015).

186 ראו Ellen C. Perrin & Comm. on Psychosocial Aspects of Child & Family Health, Am. Acad. of Pediatrics, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 PEDIATRICS 341, 342-343 (2002) (דוח זה סקר באופן מקיף הורות הומוסקסואלית וממנו עלה כי אין הבדל מהותי בין ילדים שגדלו עם הורים הטרוסקסואליים ובין ילדים שגדלו עם הורים הומוסקסואליים). למותר לציין שבהקשר של אימוץ הבחינה ועדת גרוס בין הורות יחידנית לבין הורות של בני זוג מאותו המין, ובהקשר האחרון סברו מרבית הדעות בוועדה שאין כל הצדקה להבחנה בינם לבין בני זוג ממין שונה, ראו להלן ה"ש 192.

187 לממצאים אמפיריים, החושפים את מציאות החיים הקשה שבה נתקלים ילדים ואימהות החיים בדפוסים משפחתיים שאינם מבוססים על נישואים, בעיקר במשפחות חד-הוריות ראו למשל, SARA McLANAHAN & GARY SANDEFUR, *GROWING UP WITH A SINGLE PARENT: WHAT HURTS WHAT HELPS* (1994); ראו גם,

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

לטכניקות מלאכותיות של הולדה.<sup>188</sup> אחרים מערערים על התוקף של מחקרים אלה<sup>189</sup> ובוודאי על היכולת להסיק מהם מסקנות נורמטיביות בדבר הסכנה הטמונה לילדים מלגדול אצל הורה יחיד.<sup>190</sup> נוסף על כך, ניתן לערער על היכולת להסיק ממחקרים על איכות החיים של ילדים שנולדו להורים יחידים באופן כללי, הכוללים, בין היתר, מצבים של הורות לא מתוכננת, בנוגע לאיכות החיים הצפויה לילדים הנולדים להורים יחידים מבחירה ובהליך מתוכנן של הולדה באמצעים מלאכותיים של הולדה. ועדיין, לפחות בהקשר של אימוץ, הן מן החוק הקיים<sup>191</sup> והן ממסקנות ועדת גרוס, שגיבשה הצעה לתיקון מקיף של החוק<sup>192</sup> ושנשענה על עדויות מומחים בהקשר הזה,<sup>193</sup> עולה שיש להעדיף אימוץ על ידי בני זוג על פני אימוץ יחידני.

PARENTING ON CHILDREN chapter 2 and 11 (E. Mavis Hetherington & Josephine D. Hillsdale, 1988); Arasteh eds., Hillsdale, 1988); ראו גם את הרשימה הארוכה של המחקרים העוסקים בעניינים הללו ומאזכרים אצל Amy L. Wax, *The Two Parent Family in the Liberal State: The Case for Selective Subsidies*, 1 MICH. J. RACE & L. 491, at notes 121–123 (1996) וכן ראו את Sara McLanahan et e., *The Causal Effects of Father Absence*, 39 Ann. Rev. Sol. 399 (2013) המחקרים המאזכרים יותר כגון, והמתמודדים גם עם ביקורת שהוטחו במחקרים הקודמים ומבקשים להשלים חסרים בהם.

188 לטעון שלפיו שיקולי טובת הילד מצדיקים הבחנה בין בני זוג לבין יחידים ויחידות Marsha Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 HARV. L. REV. 835, 886–889, 892–895 (2000)

189 ראו על כך באופן חריף מאוד, Martha L. Fineman, *The Uses of Social Science Data in Legal Policymaking: Custody Determinations at Divorce*, WIS. L. REV. 107 (1987) גם Stephen J. Bahr, *Social Science Research on Family Dissolution: What it Shows and How it might be of Interest to Family Law Reformers*, 4 J. L. & FAM. STUD. 5 (2002) NANCY E. DOWN, IN DEFENSE OF SINGLE-PARENT FAMILIES (1997) אולם השוו, וכן

190 Susan Golombok & Shirlene Badger, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adulthood*, 25 HUMAN REPRODUCTION 150 (2010) ראו גם, Holly J. Harlow, *Paternalism Without Paternity: Discrimination Against Single Women Seeking Artificial Insemination by Donor*, 6 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 173 (1996) I. Glen Cohen, *The Right Not to Be a Genetic Parent*, 81 S. CAL. L. REV. 1115, 1133 n. 55–56 (2008) ראו גם, עם זאת חשוב להודות שגם המחקרים התומכים בהורות במשפחות בראשות אם אינם חד-משמעיים ובמקרים רבים אינם מבחינים בין משפחות שבהם שתי הורות נשים לבין ילדים הגדלים במשפחה חד-הורית.

191 ס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981 ("אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית המשפט ליתן צו אימוץ למאמן יחיד – (1) אם בן זוגו הוא הורה המאומץ או אימוץ אותו לפני כן; אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקורבי המאומץ ובלתי נשוי").

192 משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים התשמ"א–1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל: בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס 111–112 (2016) (להלן: דוח ועדת גרוס).

193 ראו את תיאור עדותו של פרופ' צבי טריגר בפני ועדת גרוס, שם, בעמ' 111 ("פרופ' טריגר הצביע על כך שהמחקרים מראים כי בכל מקרה ילדים בעלי שני הורים מתפתחים וגדלים טוב יותר מילדים

במקום אחר הבהרת<sup>194</sup> מדוע גם כאשר מובאים בחשבון החששות מפני פגיעה בטובתם של ילדים שייוולדו לאימהות חד-הוריות, אף הגישה המוסדית אמורה לתמוך בזכות של אישה יחידה לטיפול הפריה, שבסופם תשמש כאם חד-הורית, הן על ידי נגישות לתרומת זרע מתורם שמובהר מראש שלא ישמש כאב והן בהקשר של המחקר הנוכחי, על ידי שילוב בין תרומת זרע לפונדקאות. עם זאת, כפי שעלה מניתוח שערכתי שם, המסלול שעוברת הגישה בדרך למסקנה זו מורכב ואינו נטול התלבטויות. בהקשרים מסוימים הוא עשוי להשפיע על טיב ההסדרה הנדרשת בנושא, כגון באשר לשאלה אם לאפשר ואולי אפילו לדרוש תרומת זרע מלווה בזכות התחקות. במאמר הנוכחי, הממוקד בהורות של בני הזוג מאותו המין, לא אחזור על הניתוח בכללותו. אסתפק בכך שאזכיר שאף על פי שהגישה המוסדית פותחת פתח לבחינתם של שיקולי טובת הילד העתידי בעת שנדונה רגולציה של הולדה, ובכלל זה בחינת כשירות של הורים מיועדים, הגישה דורשת זהירות רבה בטרם יוחלט על פסילה קטגורית של הורים מיועדים, בשל חששות לטובת ילדיהם העתידיים, בגלל מאפייניהם הקבוצתיים, במיוחד כאשר מדובר בקבוצות חשודות. עמדה זו נומקה, בין היתר, בצורך לכבד האוטונומיה של ההורים המיועדים כחלק מאתוס ההורות, ההבחנה בין שיקולי טובת הילד בהקשר של אימוץ לבין שיקולי טובת הילד העתידי לצורך בחינת כשירותם של הורים לטיפול הפריה, האמונה ביכולת של בני אדם להתפתח במגוון רחב של מצבים ודפוסים משפחתיים וכמובן כאשר מדובר בקבוצות חשודות, הפגיעה בשוויון ובכבוד האדם שלהם.<sup>195</sup> המבקש לבחון כיצד הובילו אותי עקרונות אלה, לצד המחקר האמפירי הקיים בנושא ההורות היחידנית למסקנה שיש לאפשר לאימהות יחידות להזדקק לטכניקות מלאכותיות, יעיין במחקרי הנ"ל.<sup>196</sup>

ואולם, בפועל, התיקון לחוק הפונדקאות, שאפשר לאימהות יחידות להזדקק לשירותי פונדקאות, לא התבסס על המחקר שהצטבר בנושא, והתהליך החקיקתי שקדם לו לא כלל התמודדות אמפירית או ערכית עם הטענות המחקריות בדבר הקשיים שעיימם מתמודדים ילדים למשפחות יחידניות. כפי שהראיתי במחקרי הנ"ל, אף מתן האפשרות לאימהות יחידות להזדקק לתרומת זרע ללא בחינה מיוחדת של כשירותן הכלכלית והנפשית לכך נערכה בחשף, באופן אינטואיטיבי וללא דיון מעמיק בנושא. משום כך, מנקודת מבט

הגדלים במשפחה חד-הורית". ראו גם את המחקרים שעליהם הסתמך פרופ' טריגר, Timothy J. Bilarz & Judith Stacey, *How Does the Gender of Parents Matter?*, 72 J. MARRIAGE & FAM. SARAH B. HRDY, *MOTHERS AND OTHERS: THE EVOLUTIONARY ORIGINS OF MUTUAL UNDERSTANDING* (Harvard Univ. Press, 2010) 3; ראו גם,

194 ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 43-46. האמור בחלק זה מבוסס על הניתוח שם, אגב התאמה בשינויים המחויבים בין הדיון בתרומת זרע לבין הדיון בתרומת זרע משולבת בפונדקאות.

195 לעקרונות הללו של הגישה המוסדית ראו פרק א, חלק 3, ס' (ג) לעיל.

196 ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 43-46. האמור בחלק זה מבוסס על הניתוח שם, אגב התאמה בשינויים המחויבים בין הדיון בתרומת זרע לבין הדיון בתרומת זרע משולבת בפונדקאות.



מוסדית, הגם שאני מסכים עם התוצאה הסופית שאליה הגיע המחקר, אני מצר על כך ששיקולי טובת הילד העתידי לא קיבלו ביטוי מספיק בתהליך החקירה. אשוב לפרשת ארד-פנקס ולטיעוני המתנגדים למתן אפשרות לגברים יחידים ולבני זוג מאותו המין להזדקק לפונדקאות. לנוכח ההבדלים במונחי טובת הילד בין הורות יחידנית לבין הורות זוגית ולנוכח ההעדפה שנותנת, בדרך כלל, הגישה השמרנית-מסורתית להורות הזוגית, מפתיעה לדידי העובדה שהמתנגדים השמרנים להורות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין לא ביקשו להבחין בכל זאת בין המקרים ולהבהיר שמנקודת המבט השמרנית יש להבחין בין הורות זוגיות להורות יחידנית, בשל העובדה שהאחרונה מעוררת חששות רבים יותר לפגיעה בטובתם של ילדים עתידיים. אוסיף ואציין שבמקרה של בני זוג מאותו המין, החלופה לפונדקאות הינה התקשרות של אחד מן היחידים בהסכם הורות משותפת עם אם יחידה או עם אם שיש לה בת זוג. במקרה כזה, התוצאה היא שהילד יגדל בשני בתים ועל ידי כמה הורים או דמויות הוריות בחייו. משום כך, מנקודת המבט המעדיפה מבנים הוריים המבוססים על קשר זוגי, ניתן להצביע על יתרון מובהק לפונדקאות בהקשר של בני זוג מאותו המין. אף מסיבה זו, ניתן היה לצפות לעמדה שמרנית שתבקש להבחין בין ההתנגדות להורות של בני זוג מאותו המין לבין ההתנגדות להורות של גברים יחידים.

האמת חייבת להיאמר, משהכריע המחקר לטובת האפשרות של אימהות יחידות להזדקק לפונדקאות, דומני שלפחות מנקודת המבט המוסדית, שבה תומך המאמר הנוכחי, בהיעדר הוכחות חותכות וחד-משמעיות המלמדות על סיכון ברמה גבוהה של ודאות שבפניו ניצבים דווקא ילדים שנולדו לגברים יחידים, עקרון השוויון והזכות של גברים יחידים להורות מציבים מחסום כבד בפני חסימת אפשרות זו בפני גברים יחידים. עם זאת, דומה שבניגוד לגישה המוסדית, עמדה שמרנית מפחיתה בערכם היחסי של שיקולי השוויון והאוטונומיה. נוסף על כך, תפיסת עולם שמרנית נוטה בדרך כלל לדבוק בקיים ובמוכר ולצמצם סיכונים. משום כך, מנקודת המבט השמרנית ניתן היה להעלות את הטיעון שבעוד אימהות יחידנית היא תופעה נפוצה שכבר ניתן להעריכה ולהסדירה, אבהות יחידנית, בוודאי כיוזמה מלכתחילה, עודנה בראשיתה והמחקר בנוגע אליה דל,<sup>197</sup> ועל כן לפחות בשלב הנוכחי, אל לה למדינה לתמוך בה באופן אקטיבי באמצעות

197 דומה כי כעניין פרקטי, הורות יחידנית יוזמה של גברים אינה נפוצה. על תחילתה של תופעת ההורות הגברית היחידנית מבחירה ראו למשל, SUSAN GOLOMBOK, MODERN FAMILIES: PARENTS AND CHILDREN IN NEW FAMILY FORMS 160-162 (2015). אף ספרות המחקר בנוגע לתופעה דלה מאוד, ולפחות על פי בדיקתי טרם נמצא מחקר שבחן את ההשלכות ארוכות הטווח של הורות כזו. עם זאת, קיימים מקורות מספר שעוסקים בנושא. ראו לדוגמה, Katherine M. Johnson, *Single, Straight, Wants Kids: Media Framing of Single, Heterosexual Fatherhood Via Assisted Reproduction*, 26 J. GENDER. STUD. 387 (2017); וכן ראו Nicola Carone et al., *Single Fathers By Choice Using Surrogacy: Why Men Decide to Have a Child as a Single Parent*, 32 HUMAN REPRODUCTION 1871 (2017); ראו גם, Linda Layne, *Single Father By Choice*.



## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

בזוגיות החד-מינית ובזכות להורות, באופן כללי לא התייחס פסק הדין לצורך של בני זוג להביא לעולם ילד במשותף כצורך שיש בו ערך ייחודי מעבר לרצון האישי של כל אחד מהם להביא לעולם ילד או להיחשב כהורה. שימת הדגש בזכות האישית להורות, לעומת הזכות של בני הזוג כזוג, באה לידי ביטוי אפילו בהצעת החוק הליברלית ביותר שהוצעה עד היום (הצעת גרמן).<sup>200</sup>

על פי הגישה המוסדית, לנוכח אתיקת ההורות יש חשיבות מיוחדת להדגשת הזכות של בני זוג מאותו המין להורות משותפת, וזאת מכמה נקודות מבט.

ראשית, הבחנה בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג ממין שונה בעייתית מנקודת המבט הממוקדת בשוויון. כשמדובר בבני זוג ממין שונה, החוק הקיים לא הפריד בין ההורה הביולוגי לבין ההורה המיועד שאינו ההורה הביולוגי והתייחס אל שניהם כהורים המיועדים.<sup>201</sup> מאחר שעל פי מסקנת פסק הדין אין הבחנה רלוונטית בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג ממין שונה, ולנוכח הממצאים המראים שאף מנקודת המבט של טובת הילד העתידי אין הבחנה כזו, אזי אם תיקבע בחוק עתידי הבחנה בין ההכרה בהורות של בן זוג מאותו המין של ההורה הביולוגי לבין ההכרה בהורות של בת הזוג של האב הביולוגי, מדובר בהבחנה הפוגעת בשוויון ללא תכלית ראויה וללא כל הצדקה.

שנית, אחת ההצדקות לזכות להורות קשורה כאמור באוטונומיה של ההורה המיועד והרצון לספר את סיפור חייו. ואולם, האוטונומיה של ההורה המיועד אינה מתמצה בעצם הרצון להוליד ילד, אלא גם בהחלטה באשר למסגרת המשפחתית שלתוכה יובא הילד לעולם. משכך, כחלק מאוטונומיית הרצון של ההורים המיועדים יש לכבד את ההחלטה להביא לעולם ילד במשותף כבני זוג.<sup>202</sup>

שלישית, אוסיף ואומר שדווקא מנקודת המבט השמרנית, המעדיפה מסגרות משפחתיות זוגיות ויציבות לצורך גידולם של ילדים, היה מקום לתמיכה מיוחדת בזכות לפונדקאות של בני זוג גברים מאותו המין; חלופה זו עדיפה מהסדרים של הורות משותפת של אחד מבני הזוג יחד עם אם ביולוגית, שבהם הילד גדל מלכתחילה בשני

200 הצעה זו אפשרה פונדקאות לגברים ולנשים יחידות מתוך הנחה שבן הזוג יוכל לקבל הכרה בהורותו בהליך נפרד, אך דחתה את האפשרות לאפשר לבני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות כזוג, בדומה לאפשרות הנתונה לבני זוג ממין שונה בחוק הקיים. ראו **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 147.

201 ראו הגדרת הורים מיועדים בס' 1 לחוק הפונדקאות. כהמשך לכך, החוק מתייחס לשני ההורים המיועדים ללא הבחנה, ראו למשל ס' 10 ו-11 לחוק. יתר על כן, אפילו צו ההורות עוסק בשני ההורים, אף על פי שניתן היה לגרוס שהאב הוא הורה ביולוגי באופן טבעי.

202 למחקר ייחודי הבוחן את החווייה ההורית של בני זוג מאותו המין בישראל ומבחין בין בני זוג שבחרו בהורות משותפת עם בת זוג לבין כאלה שהעדיפו את הפונדקאות בין היתר בשל הרצון לדבוק בדפוס הזוגי משפחתי, ראו אריאל כהן-ארקין **אבהות הומוסקסואלית: משמעות הבחירה במודל ההורי עבור גברים הומוסקסואלים החיים בזוגיות** (עבודת גמר לשם קבלת "תואר מוסמך", אוניברסיטת בן-גוריון, המחלקה לעבודה סוציאלית, 2011).

בתים נפרדים ללא קשר זוגי בין ההורים הביולוגיים ולעיתים במעורבות של הורה נוסף שלישי.

רביעית, אפילו אם נניח ליתרונות ההורות הזוגית ונדבק בעמדה ניטרלית כלפי דפוסים שונים של הורות, עדיין לנוכח שכחותה של ההורות הזוגית, על המדינה לדאוג להסדרתה כמוסד משמעותי שבמסגרתו מובאים ילדים לעולם. כזכור, בהתאם לגישה המוסדית, יש להחיל את עקרונות אתיקת ההורות החלים על הורות זוגית משנוצרה כבר בשלב הבאת הילדים לעולם. אחד העקרונות החשובים ביותר של דיני הורים וילדים הוא שאין לקבל מציאות של חצי הורה<sup>203</sup> ואין לאפשר היררכיה בין ההורים.<sup>204</sup> אין ספק שמנקודת המבט של טובת הילד יש חשיבות ליציבות, לוודאות ולהסדרת מעמדם של ההורים המיועדים מוקדם ככל האפשר. לכן, מצב עניינים שבו ההורה הביולוגי יוכר כהורה באופן מידי, בעוד מעמדו של ההורה האחר יהיה תלוי בהליך נפרד איננו ראוי מנקודת המבט של אתיקת ההורות והדאגה לטובת הילד.

לסיכום תת-חלק זה, חשוב להנחות את המחוקק באופן ברור שכל תיקון חייב לכלול גם הכרה במסלול פונדקאות של זוג בני אותו המין, בדומה לאפשרות של זוג המורכב מגבר ואישה נשואים.

## ג. ההכרה המשפטית בהורות המשותפת של הורה ביולוגי ובן זוג – על צו ההורות הפסיקטי

### 1. צו ההורות הפסיקטי – רקע היסטורי ומשפטי

הפרק הקודם נחתם בדיון על חשיבותה של ההורות המשותפת המבוססת על קשר זוגי. דיון זה מתחבר להיבט נוסף של המאבק על ההורות של בני זוג מאותו המין: ההכרה בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה הביולוגי (להלן: ההורה הלא ביולוגי). במאבק זה יעסוק הפרק הנוכחי.

203 ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 50-53; ראו גם, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 134-135.

204 בעמ' 919/15 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 19.7.2017). ראו את דברי השופט מזוז, שם, פס' 8 לפסק דינו ("שיקול נוסף הוא שיש להימנע במידת האפשר בחלוקת נטל המזונות מיצירת 'בית עשיר' ו'בית עני', דבר שיש לו השלכות לא פשוטות מעבר להיבט החומרי-כלכלי, הן על 'ההורה העני' והן על הילדים"). לחשיבות השוויון בהורות, ראו דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 65, פס' 10-11 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("ההחלטה להביא ילד לעולם היא החלטה משותפת בעלת חשיבות עליונה בחיי שני ההורים [...] ההכרה בצורך בהסכמה הנמשכת להבאת ילד לעולם יוצרת שוויון, שהוא ערך יסודי בשיטתנו"). ראו גם, ברק-ארו "בעקבות פרשת נחמני", לעיל ה"ש 9, בעמ' 216 ("לשני ההורים אותה זיקה לילד, ובני שני המינים מושפעים על-ידי מימוש (או אי-מימוש) ההורות בחייהם"); ראו גם, תרצה יואלס ואבי שגיא-שוורץ "אבא, אמא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" *דין ודברים* 375 ו (2012).

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

כאמור, במשפט הישראלי, הדיון בהורות של ההורה הלא ביולוגי מתרחש בשני הקשרים מרכזיים: האחד, מקרה פונדקאות חו"ל, שעניינו הכרה בהורות של בן הזוג או בת הזוג של הורה ביולוגי שהתקשרו בהסכם פונדקאות שנערך בחו"ל עם אם נושאת; האחר, מקרה תרומת הזרע, שעניינו הכרה בהורות של בת זוג של אם ביולוגית שהרתה מתרומת זרע.<sup>205</sup>

ככלל, הדיון בעיגון מעמדו של ההורה הלא ביולוגי בשני ההקשרים מתעורר גם כאשר מדובר בבני זוג ממין שונה. עם זאת, בהקשר הישראלי, החלק המכריע של העיסוק בעניין נערך בקשר לבני זוג מאותו המין, ובכך יתמקד גם הפרק הנוכחי. המשפט הישראלי עבר שינויים רבים בנושא זה. בעבר סירבו בתי המשפט להכיר בהורות של ההורה הלא ביולוגי.<sup>206</sup> מאוחר יותר נקבע תקדים שלפיו במקרה של תרומת הזרע, בת הזוג של הנתרמת הורשתה לאמץ את בתה של בת זוגה.<sup>207</sup> הגם שנכון לשעתו פסק הדין נחגג כהישג, בפועל הליך האימוץ הוא הליך קשה ופולשני, והוא הכביד נפשית ומעשית על בני זוג מאותו המין.<sup>208</sup>

לנוכח האמור, במהלך מורכב, שהובל במקורו בשטח ונענה לפחות חלקית בבתי המשפט הדיוניים, התפתחה הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו של בית המשפט למשפחה במה שמכונה ב"ד"גון "צו הורות פסיקטי".<sup>209</sup> בשני סוגי המקרים,

205 הדיון במאמר הנוכחי ממוקד במקרה שבו בני הזוג מבקשים מלכתחילה, כבר בשלב של יצירת הוולד, להיחשב כהורים משותפים. סוג אחר של עיסוק בהורות ההורה הלא ביולוגי מתעורר במקרים שבהם בן זוגו של הורה ביולוגי, שבמשך השנים מתפקד כהורה, מבקש ליתן להורות תוקף משפטי. כשמדובר בבני זוג ממין שונה, מסלול אחד של הכרה בהורות של בן זוגו של ההורה הלא ביולוגי נמצא בחוק האימוץ. מסלול אחר, שטרם הוכר באופן משפטי בישראל, הוא מסלול ההורות למעשה (הורות תפקודית), ראו לעיל ה"ש 27.

206 ע"מ (מחוזי ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ התש"ס(א) 831 (2001). בעניין זה, השופט פורת בדעת רוב סבר שאין לאפשר לבת הזוג של האם הביולוגית לאמץ באימוץ יחיד.

207 ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: פרשת ירוס-חקק).

208 ראו על כך למשל, אלונה פלג אימהות לסבית בישראל: סיפורים של הורות תחת חובת הוכחה 160–163 (2020).

209 לצורך הדיוק אציין שפסק הדין הראשון שבו ניתן צו הורות עסק במקרה ייחודי של בנות זוג שביצית מופרית של אחת מהן הושתלה ברחמה של בת הזוג האחרת. ראו על כך, פרשת פרקליטות ת"א, לעיל ה"ש 22. לדיון בפסק הדין ראו רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 395–396 (2008). משום כך הייתה במקרה זה לשתי האימהות זיקה ביולוגית. בשלבים מאוחרים יותר התגבש הצו כמענה למקרים של פונדקאות חו"ל, הן כאשר מדובר בבני זוג ממין שונה והן כאשר מדובר בשני גברים ראו לדוגמה, תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 א.ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014) ולאחר מכן הוא יושם גם במקרים של תרומת זרע כאשר לבת הזוג אין זיקה ביולוגית לילד, ראו לדוגמה, תמ"ש 57740-12-13 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (8.2.2015); כן ראו תמ"ש (משפחה חי) 57390-09-16 א.א.ב.צ. (קטינה) נ' היועץ המשפטי לממשלה-משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה (פורסם בנבו, 30.1.2017) (להלן: פרשת א.א.ב.צ. נ' היועמ"ש). לסקירה היסטורית מקיפה ראו יחזקאל מרגלית

ההורה הלא ביולוגי פונה לבית המשפט ומבקש שבדומה לצו ההורות החקיקתי, שהוסדר בחוק הפונדקאות עבור ההורים המיועדים, יקבע בית המשפט בצו הורות שבן הזוג או בת הזוג של נתרמת הזרע במקרה של תרומת הזרע ושל האב הביולוגי במקרה פונדקאות החו"ל הינם ההורים מן הבחינה המשפטית.<sup>210</sup>

לאחר תקופה של גישושים והיסוסים מצד המדינה, שמצאה את עצמה נגררת ומגיבה למהלך שצמח מהשטח, ובמקרים רבים גם נחשבה כגורם הכולם והמעכב,<sup>211</sup> הנאלץ ליישר קו עם המציאות המתפתחת, החליטה המדינה לגבש מדיניות אקטיבית יותר. בהתאם לכך, בשנת 2019 נערכה חשיבה מקיפה בצוות בין-משרדי, ובעקבותיה פורסם מסמך העוסק בתנאים ובפרוצדורה הנדרשת לצורך הוצאת צווי ההורות (להלן: **הנחיות הצוות הבין-משרדי**).<sup>212</sup> ההנחיות הקלו בהיבטים רבים את קבלת צו ההורות, כך למשל, בעוד בעבר עמדה המדינה על קבלת תסקיר מעובד סוציאלי בכל מקרה שבו התבקש צו הורות, על פי ההנחיות קבלת תסקיר הפכה לחריג ואינה נדרשת באופן רגיל על מי שפועלים על פי הנהלים. נוסף על כך, ההנחיות מאפשרות להגיש בקשה לצו הורות כבר בתקופת ההיריון. עם זאת, רכיבים רבים בעמדות המדינה כלפי צו ההורות הפסיקתי, בעיקר הסירוב לדון בצו בטרם נולד הילד, הגדרת צו ההורות כצו מכוון, דהיינו צו היוצא את ההורות, ההימנעות מלהפעיל את הצו רטרואקטיבית ולקבוע שההורה הלא ביולוגי ייחשב כהורה מיום הלידה וכן ההשלכות הקשות של אי-עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו

<sup>210</sup> "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113, 122–177 (2018) (להלן: מרגלית "צו ההורות הפסיקתי").

<sup>211</sup> ראו דברי השופט הנדל בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 23, פס' 8 לפסק דינו ("פיתוח פסיקתי זה הרחיב את ההכרה בהורות מכוח זיקה לזיקה אל מעבר לגבולות חוק הפונדקאות. כך, למשל, הוא מאפשר להכיר בהורות בת זוג נטולת זיקה גנטית לילדים שנולדו לתא משפחתי חד-מיני מתרומת זרע אנונימית, מכוח זיקתה לבת הזוג המחזיקה בזיקה כזו (בע"מ 4890/14 **פלוגית נ' פלוגית**, פס' 7 (פורסם בנבו, 2.9.2014)). יתר על כן, הוא מאפשר להעניק הכרה דומה לבני זוג גם ביחס לילדים שנוצרו בהליכי פונדקאות חו"ל, למרות המורכבות הנובעת ממעורבות הורה פוטנציאלי שלישי – האם הנושאת – בהליכים אלה".

<sup>212</sup> כך למשל, בתחילת המהלך התנגדה המדינה לפרקטיקה של צו הורות משפטית וסברה כי במקרים הנדונים בפרק זה יש לנקוט הליך של אימוץ. רק לאחר שהוגש בג"ץ 6569/11 **טבק-אבירם נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 28.1.2014) הסכימה המדינה להסיר את התנגדותה לעצם מתן הצו.

<sup>212</sup> ראו תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים משרד העבודה והרווחה **צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי** (2019). המלצות הצוות מתייחסות, בין היתר, לתנאי הכשירות הנדרשים, כגון תושבות, גיל ההורים המיועדים והיעדר עבר פלילי. כמו כן, ההנחיות דורשות הסכם הורות פורמלי או למצער הצהרה על הורות כזו במקרה של תרומת הזרע והתקשרות משותפת עם הפונדקאית במקרה של פונדקאות חו"ל. ההנחיות גם מתייחסות למשך הזמן שבו התקיימו יחסי הזוגיות וכן כוללות הוראות בקשר לבדיקת חוקיותו של הליך הפונדקאות במקרה של פונדקאות חו"ל. נוסף על כך, ההנחיות עוסקות במועד שבו תוגש הבקשה וקובעות כללים בנוגע למקרים שבהם לא פעלו בני הזוג על פי הנהלים. בהמשך הדברים אדון באופן נרחב בהנחיות הללו.

– כל אלה עוררו בכל זאת תרעומת אצל הנזקקים להם.<sup>213</sup> עקב כך נמשכו הדיונים המשפטיים בנושא, וכמקובל בישראל נאלץ בסופו של דבר בית המשפט העליון להסדיר את הסוגיה.

ככלל, בית המשפט העליון סמך ידו על הפרקטיקה המתגבשת של מתן צו הורות פסיקתי. כך, בפרשת **ממט מגד**,<sup>214</sup> שקדמה להגשת המלצות הצוות הבין-משרדי ושהתמקדה בפונדקאות חו"ל, ביקש בית המשפט להקל את ההליך שבמסגרתו מוכחת ההורות של ההורה הביולוגית לצורך הענקת אזרחות לילד<sup>215</sup> ואף פתח פתח להוכחת האבהות גם ללא בדיקת רקמות.<sup>216</sup> נוסף על כך, בהתבסס על פסיקה רבת-שנים בנושא המרשם בכלל וההסתמכות על תעודות בין-לאומית בפרט,<sup>217</sup> הכיר בית המשפט, בדעת הרוב, בפרשת **ממט מגד** באפשרות של רישום בן הזוג כהורה על בסיס מסמך רשמי של המדינה שבה נערכה הפונדקאות.<sup>218</sup> עם זאת, לנוכח הפסיקה המצמצמת את תחולתו המהותית של רישום כזה, המליץ בית המשפט שלא להסתפק ברישום כאמור ולדאוג להוצאת צו הורות פסיקתי שיסדיר את ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי.<sup>219</sup> הגם שכאמור פרשת **ממט מגד** עסקה בעניין הוכחת אבהות לצורך הענקת אזרחות וברישום בן הזוג כהורה מכוח דיני המרשם, הדיון בפסק הדין בצו ההורות הפסיקתי

213 כך למשל, על פי ההנחיות המדינה אומנם אפשרה להגיש את הבקשה לצו ההורות בתקופה שקדמה ללידה, אך היא עצמה סירבה לדון בבקשה לצו ההורות בתקופת ההיריון. נוסף על כך, כפי שארחיב בהמשך הדברים, למעט חריג שלפיו שלושת החודשים שלאחר הלידה ייחשבו כיום אחד סירבו ההנחיות ליתן לצו ההורות תוקף רטרואקטיבי. נוסף על כך, על פי ההנחיות, אי-עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו בהם עלולה לגרום לכך שהמדינה תסרב ליתן צו הורות בהליך מהיר ומקל. ראו בעניינים הללו ירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים", לעיל ה"ש 14.

214 פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24.

215 שם, פס' 36 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

216 שם, פס' 21 לפסק הדין של השופטת נאור.

217 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 255 (1963); בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537 (2006); בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000); ראו גם שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים** י 447 (2009). לביקורת ראו איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק-שלזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" **משפט וממשל** יא 129 (2007). לגבולות ההכרה ברישום כשל שיקולי תקנת הציבור ראו את דבריו של השופט עמית בבג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.8.2017). ראו גם, סער בן זאב ואורי גורלי "הרהורים ברישום נישואין אזרחיים ותקנת הציבור החיצונית בעקבות בג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים" **הארץ דין** יג 46 (התשע"ט).

218 ראו פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24. אולם השוו לעמדות השופטים מלצר ורובינשטיין, אשר סברו כי יש לדרוש צו שיפוטי בכל מקרה.

219 ראו פרשת **ממט מגד**, שם, פס' 31 לפסק הדין של השופטת נאור וכן, שם, פס' 2 לפסק הדין של השופטת חיות. אולם, ראו את עמדת השופט דנציגר, שם, פס' 4 לפסק דינו, שסבר שאף הרישום יכול שיצימח עם הזמן תוצאות מהותיות.

וההמלצה להורים לנקוט דרך זו נתפסו בציבוריות הישראלית ובקרב הקהילה המשפטית כמעניקים לגיטימציה ואישור לצו ההורות הפסיקתי.<sup>220</sup> עם זאת, למגינת ליבם של מרבית הארגונים התומכים בבני הזוג מאותו המין, במקרים אחרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון הוא קיבל את עמדת המדינה, לפיה צווי ההורות הן במקרים של פונדקאות חו"ל<sup>221</sup> והן בהקשר של תרומת הזרע<sup>222</sup> הינם צוים המכוננים את ההורות (צו קונסטיטוטיבי) ולא מצהירים עליה כאילו הייתה עובדה קיימת וקודמת (צו דקלרטיבי). בית המשפט העליון אף הזדהה עם הצורך לקבוע סד זמנים קשיח לצורך קבלת צו הורות בהליך מהיר, בשונה מהליך איטי יותר, הדורש קבלת תסקיר ואפילו אימוץ.<sup>223</sup> בפרשת פונדקאות חו"ל אימץ בית המשפט העליון עמדה קשוחה המכבידה את האפשרות להחיל את הצו באופן רטרואקטיבי גם על מי שפעלו על פי הנהלים, וזאת, בין היתר, בשל מורכבות ההליך, היעדר הרטרואקטיביות של צו ההורות בחוק הפונדקאות, הצורך להבטיח שניתוק הזיקה של האם היולדת נערך כדין והרצון למנוע הכרה ב-זמנית במצב של שלושה הורים.<sup>224</sup> לעומת זאת, בהקשר של תרומת הזרע, הוביל בית המשפט העליון את המדינה לשנות נהלים ולרכך דרישות שהציבה מלכתחילה. כך למשל, הסכימה המדינה שבמקרה בו הבקשה לצו ההורות תוגש בתקופה של שישים יום שקדמו ללידה, הזכאות לקבלת הצו תבחן עוד לפני הלידה או בסמוך לאחריה, כך שהצו ינתן ימים ספורים לאחר הלידה וייחשב כאילו ניתן כבר מיום הלידה. נוסף על כך, בעידוד בית המשפט, הרחיבה המדינה את תקופת הזמן לאחר הלידה שבה ניתן יהיה להגיש בקשה לצו הורות כך שייחשב כאילו ניתן ביום הלידה, וזאת משלושה חודשים לחצי שנה.<sup>225</sup> בסופו של דבר הרחיב בית המשפט העליון את התקופה שבה ניתן יהיה לפנות לבית המשפט ולקבל צו הורות פסיקתי שיפעל באופן רטרואקטיבי לתשעה

- 220 לצורך הדיוק ההיסטורי אזכיר, שפסק הדין בעניין טבק-אברים, לעיל ה"ש 211, קדם לעניין ממש מגד (שם). עם זאת, פסק דין זה קיבל תהודה פחותה משל פרשת ממש מגד.
- 221 ראו פרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23. שם, דעת הרוב קבעה כי צו ההורות בהקשר של פונדקאות חו"ל יפעל קונסטיטוטיבית.
- 222 ראו פרשת היועמ"ש נ' איילון, לעיל ה"ש 23, פס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל (עם זאת השוו לעמדתו של השופט פוגלמן, שניכר שהוא נוטה לתפיסת הצו כסעד הצהרתי) ועוד לפני כן ראו בע"מ 4880/18, לעיל ה"ש 113.
- 223 ראו פרשת היועמ"ש נ' איילון, שם, פס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל ("אימוץ סד זמנים קשיח בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית – להבדיל מעצם מתן צו ההורות הפסיקתי – מהווה צעד ראוי").
- 224 ראו פרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23. נציין שבעוד השופט הנדל פתח להכרה רטרואקטיבית במקרים מסוימים, השופט מינץ, שחלק על השופט הנדל בהקשר זה, סגר באופן מוחלט את הדלת בפני הכרה רטרואקטיבית בצו.
- 225 לתיאור ההתפתחות בעמדת היועץ בעניין זה ראו פרשת היועמ"ש נ' איילון, לעיל ה"ש 23, פס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל; לדינמיקה של הובלת הצדדים להסכמות החורגות מן ההנחיות המקוריות של הנחיות הצוות הבין-משרדי (ראו לעיל ה"ש 212) ראו בע"מ 9182/18 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 4.6.2020).



הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

חודשים לאחר הלידה, זאת חרף התנגדות המדינה.<sup>226</sup> עם זאת, למרות הנכונות לסייע ולהקל את הפרוצדורה של השגת צו הורות פסיקתי במקרה תרומת הזרע, סירב בית המשפט לוותר על עצם הצורך בצו שיפוטי גם במקרה זה. משום כך, בפרשת צור-וייסלברג שלל בית המשפט העליון את האפשרות לרשום את בן הזוג במרשם האוכלוסין כהורה על סמך הצהרת האם הביולוגית גם בהיעדר "צו הורות" – כפי שמקובל בנוגע לבן זוג של הורה ביולוגי המצוי בקשר ממין שונה.<sup>227</sup>

## 2. עיגון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי: הדין הראוי

(א) מבוא: צו ההורות הפסיקתי בשדה הקרב הליברלי-שמרני

בשיח המשפטי בישראל סוגיית ההכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי נקלעה לשרה הקרב הליברלי-שמרני. כך, התומכים הליברליים בהגדרה החוזית של ההורות סוברים כי יש לבסס את ההורות של ההורה הלא ביולוגי על הסכמת הצדדים, או באופן קונקרטי על הסכם בין ההורה הביולוגי לבן זוגו (ההורה הלא ביולוגי המיועד) במקרה של תרומת הזרע, או בין שני ההורים (הביולוגי והמיועד לפונדקאית) במקרה הפונדקאות על מנת לכוון את ההורות. משום כך, עמדות המדינה ופסיקות בית המשפט העליון הדורשות צו שיפוטי כתנאי להכרה מהותית בהורות של ההורה הלא ביולוגי, והסירוב לרשום את ההורה הלא ביולוגי כהורה ללא קבלת צו כזה במקרה של תרומת הזרע, בוקרו כמפלות את ההורות של בני הזוג מאותו המין. ודאי שסיווג הצו כקונסטטוטיובי, קביעת סד הזמנים הנוקשה לצורך זכאות להליך המהיר לקבלת צו ההורות הפסיקתי והתנאים הקשוחים להכרה רטרואקטיבית בצו ההורות במקרה של פונדקאות חו"ל נתפסו כולם כמגבילים את ההורות של בני הזוג מאותו המין, כמכבידים ללא צורך וכמסווגים אותה כהורות חשודה. משכך, נמתחה עליהם ביקורת מן הצד ה"ליברלי".<sup>228</sup>

226 פרשת היועמ"ש ג' איילון, שם, פס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל.

227 פרשת צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 14.

228 ראו למשל, עומר נחמני "אתמול זכויות להט"ב במדינה גולגלו אחורה שנות דור" **זמן ישראל: זירת בלוגים** (4.2.2020) <https://bit.ly/39HqBPS>; אייל לוריא פרדס "השבוע השחור של קהילת הלהט"ב: הורים על תנאי ונכים באישור המדינה" **המקום הכי חם בגיהנום** (5.2.2020) <https://bit.ly/312sPM4>; ראו דברי העותרות ואת דברי יו"ר האגודה למען הלהט"ב, מאיה הורודניצ'אנו "נדחתה עתירה לשוויון ברישום הורים להט"בים: הנחת המוצא – אין קשר ביולוגי" **וואלה! חדשות** (26.7.2020) <https://bit.ly/3N7lsPz>; עוד ראו קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 88, בעמ' 6–7 ו-25. וכן ראו טריגר ומאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו", לעיל ה"ש 106, בעמ' 463.

מן הקצה האחר, ניתן לאתר בשיח המשפטי, לרבות בפסיקת בית המשפט, את העמדה השמרנית. הגישות השמרניות בהקשר זה משלבות בין עמדה שמרנית כלפי הורות<sup>229</sup> לבין עמדה שמרנית כלפי תפקיד בית המשפט בפיתוח הדין. שילוב שתי התפיסות מוביל להתנגדות נחרצת להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי, כאשר היא מובלת על ידי בית המשפט ולא על ידי המחוקק. על פי גישה זו, בעוד הורות ביולוגית היא הורות טבעית, הכרה בהורות לא ביולוגית דורשת צו אימוץ, או למצער הכרה מפורשת מאת המחוקק, כפי שנעשה בחוק הפונדקאות.<sup>230</sup> מעבר לביקורת על היעדר פיתוח הכלי של צו הורות פסיקתי ללא הסמכה בחקיקה, אף לגופו של עניין, על פי הגישה השמרנית-מסורתית יש להבחין בין ההכרה הדקלרטיבית בהורות הביולוגית, שאינה דורשת תסקיר ובחינה מדוקדקת, לבין ההכרה בהורות הלא ביולוגית, שיש לעורכה במתינות וללוותה בתסקיר ובבחינה של התאמת ההורה הלא ביולוגי.<sup>231</sup>

אף בנושא צו ההורות, בהשראת אתיקת ההורות הגישה המוסדית עשויה להציע עמדה מורכבת יותר שתתרום לשיח הקיים במגוון סוגיות. דיוננו יבחין בין דיון בעקרונות שעל פיהם ראוי היה להסדיר את עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי מלכתחילה לבין הערכת המצב הקיים, שבו לא אמר המחוקק את דברו ועיגון ההורות מוסדר בפסיקה ובהנחיות מנהליות ברמות שונות. בהתאם לכך, בחלק זה אציג את עקרונות הגישה המוסדית להכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי, עקרונות, שכפי שאסביר בהמשך הדברים, ראוי לעגנם בחקיקה. בחלק שלאחריו אבקש ליישם את העקרונות העוסקים בדיון הראוי, על המצב המצוי שבו עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי איננו מוסדר בחקיקה. אנתח לאורם של העקרונות שיוצעו את הנחיות הצוות הבין-משרדי, את יישומן

229 להתנגדות גורפת של הגישה השמרנית-מסורתית למוסד צו ההורות, ראו מיכאל פואה ויהודה פואה "הורות מכוח האופנה" השילוח 25, 115 (2021).

230 ראו למשל את עמדתו של השופט מינץ בפרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23, פס' 16 לפסק דינו ("עצם הסדרתו של 'צו הורות' ללא עוגן בחקיקה, מעורר אפוא קושי לא מבוטל") ובהמשך, שם. כשלעצמי, סבור אני כי אף על פי שיתכן שהמציאות כפתה את "הולדתו" של הצו, הרי שכשרותו, תוקפו, תחולתו והיקפו אינם מובנים מאליהם, ומפקפק אני אם אכן היה מקום מלכתחילה ליצירתו. מתן פתרונות יצירתיים-פסיקתיים לבעיות הורות שהתעוררו ושמטעוררות, בשל היותם נוגדים את "השכל הישר וההיגיון הבריא" מצד אחד, אך אינם עולים בקנה אחד עם הוראות הדין מצד אחר, אינו פשוט כלל ועיקר. שופטים אחרים ראו בה רע הכרחי שראוי לצמצם את תחולתו ראו למשל את דבריו של השופט מזוז בבע"מ 4880/18, לעיל ה"ש 113, פס' 13 לפסק דינו ("נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה, אשר תעגן בדין את הזכות להורות בנסיבות להן יועד צו ההורות הפסיקתי ואת תנאיה, כפי שהדבר נעשה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ").

231 לביקורת הנורמטיבית ולהתנגדות למוסד צו ההורות במקרים של היעדר זיקה ביולוגית ראו, מרגלית "צו ההורות הפסיקתי", לעיל ה"ש 209, בעמ' 168-169; עיקר ביקורתו של מרגלית ממוקד בחוסר הלגיטימציה לפיתוח של צו ההורות על פי הפסיקה. עם זאת, מדבריו משתמע כי גם אם יסדיר המחוקק את הצו, יש להבחין בין ההורות הביולוגית לבין ההורות הלא ביולוגית, המכוננת על ידי המדינה.

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

בפסיקה הדיונית ואת פסיקת בית המשפט העליון שהתייחסה אליהם. אחתום בדיון בשני נושאים שעדיין עומדים בחזית המחלוקת: טיבו של צו ההורות הפסיקתי והאפשרות להכיר בו רטרואקטיבית, וכן האפשרות לוותר על הצו ולרשום את בני הזוג כהורים על סמך הצהרתם במקרה של תרומת הזרע.

### (ב) הצורך בעיגון משפטי של מעמדו של ההורה הלא ביולוגי

הגישה המוסדית עומדת על צורך החיוני בהכרה המשפטית במעמד בן זוגו של הורה ביולוגי שהיה שותף להחלטה להביאו לעולם כהורה, הן במקרה של פונדקאות חו"ל והן במקרה של תרומת זרע, וזאת ממגוון טעמים:

ראשית, עיגון משפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ כדי להגשים את זכותו להורות. ודוק, כחלק מן הכבוד לערך האוטונומיה, הגישה המוסדית מכירה ברצון של רבים מבני האדם להביא לעולם ילד שיש להם קשר ביולוגי גנטי אליו ומכבדת את רצונם זה. בה בעת, הגישה המוסדית סבורה כי הצרכים והערכים שבבסיס ההורות, כגון הרצון לאינטימיות, לקבלת אחריות ולדאגה לילדך, כמו גם הרצון להקמת משפחה, מתקיימים גם בהורות הלא ביולוגית. על המשפט להכיר אפוא בזכות של הורה מיועד שאינו ההורה הביולוגי להפוך להורה.<sup>232</sup> ההכרה המשפטית בהורותו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו הורות נחוצה לצורך מימוש הזכות להורות של ההורה הלא ביולוגי בשני היבטים: הן בכך שהיא מעניקה לו את ההכרה המשפטית בעצם היותו הורה ושותף להבאת ילד לעולם,<sup>233</sup> והן בכך שבעקבות ההכרה המשפטית הפורמלית מוענקות להורה

232 ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, פס' 14 לפסק דינו ("התפישה שעל פיה בשונה מהזכות להורות של הורים 'אמיתיים', ההורות של הורים מאמצים או הורים במסלול של פונדקאות היא מעין 'חסד' יש לדחותה"); עוד ראו זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 9, בעמ' 15 ("הכמיהה לילד, נקיטת היזמה להביאו לעולם, השקעת המאמץ והמחויבות לטפל בו – כל אלה מספיקות לצורך הכללתן בזכות להורות גם בהיעדר זיקה גנטית בין ההורים המיועדים לילד, במיוחד על רקע הזיקה ההדוקה בין הזכות לפיריון לזכות לקיום יחסי טיפול ודאגה"); לשאלה אם הזכות להורות כוללת גם את הזכות לאמץ ראו, פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 76, פס' 25 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה ("הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות, והוא אינו מקים זכות חוקתית נגזרת בידי אדם לתבוע מן המדינה את מימוש הורותו באמצעות אימוץ"). ואולם, השוו לעמדתה של השופטת בייניש, שם, פס' 3 לפסק דינה ("הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ"). עם זאת, השופטת בייניש מבכרת להימנע מקביעות נחרצות בעניין, שכן ההכרעה אינה מחייבת זאת בנסיבות המקרה.

233 ראו Tamir & Cahana-Amitay, לעיל ה"ש 16, בעמ' 63.

הלא ביולוגי מגוון כשיריות וסמכויות הנחוצות כדי לממש את ההיבט הנוסף של הזכות להורות – הלא היא הזכות לגדל את ילדך ולפעול למען טובתו.<sup>234</sup> שנית, עיגון המעמד המשפטי של ההורה הלא ביולוגי נחוץ כדי להטיל עליו את החובות ההוריות של הורה כלפי ילדו. מנקודת המבט של אתיקת ההורות, העיגון המשפטי של מעמד ההורה הלא ביולוגי כהורה לכל דבר מחזק את היבט קבלת האחריות שבהורות ואת ההבנה שמי שנטל חלק בהבאת ילד לעולם מתוך רצון לשמש כהורה לא יוכל להתנער ממחויבות זו באופן חד-צדדי, וכפי שאסביר בהמשך הצדדים – אף אם בן זוגו מסכים לכך.

שלישית, כחלק מערך האוטונומיה, ההכרה בזכות להורות כוללת גם את הזכות להביא לעולם ילד משותף ולגדלו במסגרת משפחה המבוססת על קשר זוגי.<sup>235</sup> על כן, עיגון המעמד המשפטי של ההורה הלא ביולוגי נחוץ כדי לממש את הזכות של ההורה הביולוגי להורות משותפת במסגרת משפחה המבוססת על קשר זוגי.

רביעית, מנקודת המבט של טובת הילד יש חשיבות רבה למתן הגושפנקה למציאות בפועל, שלפיה שני בני הזוג משמשים כהוריו לכל דבר. גושפנקה זו חשובה גם בהיבט האינסטרומנטלי ביחסים השונים עם הרשויות, בחיי שני ההורים ובמיוחד במקרה שבו נבצר מן ההורה הביולוגי לתפקד כהורה. היא חשובה גם מנקודת המבט הפנימית של הילד, וזאת לנוכח ההיבט החברתי של המשפט והשפעת ההסדר המשפטי על החוויה הפנימית המשפחתית.<sup>236</sup>

234 ראו עמ"ש 32265-02-18 (מחוזי מרכז) ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' ש.ט, פס' 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.11.2018) (להלן: פרשת היועמ"ש נ' ש.ט) ("מתן צו הורות פסיקתי המכונן את ההורות בין בן הזוג שאינו בן הזוג הביולוגי לבין הקטין הוא מכשיר נכון וראוי לחיזוק התא המשפחתי באמצעות גושפנקה משפטית המכוננת את החיובים והזכויות המשפטיות שבין ההורים לקטין").

235 וראו בהקשר זה את דיונונו, לעיל פרק ב' חלק 3, ס' (ה) שבו עסקתי בהצדקות לזכות להביא לעולם ילדים במשותף. להרחבה בעניין זה ראו, שחר ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין" ספר ג'ובראן (אהרן ברק ואח' עורכים, צפוי להתפרסם בתשפ"ב).

236 ראו פרשת ממשט מגד, לעיל ה"ש 24, פס' 44 לפסק הדין של השופטת נאור ("פנייה לבית המשפט לענייני משפחה יכולה להסיר כל ספק בדבר יחסי ההורות בין ההורה הלא-ביולוגי לילד, וכך לחסוך התדיינות משפטיות אפשריות עתידיות. קביעה משפטית ברורה של בית משפט לענייני משפחה כי יחסיהם של ההורה הלא-ביולוגי והילד הם יחסי הורות לכל דבר ועניין – בין אם היא נעשית בצו אימוץ או ביצו הורות פסיקתי" – תמנע כל טענה עתידית שהיחסים אינם יחסי הורות. הניסיון השיפוטי מלמד, למרבה הצער, כי טענות כאלה עלולות להתעורר אגב סכסוכים בין בני המשפחה, כגון סכסוכי ירושה, משמורת או מזונות חלילה...הורים המבקשים להסיר כל ספק משפטי ולהבטיח כי טענות לפיהן הילד 'שייך' רק לאחד מבני הזוג לא יועלו בעתיד – טוב יעשו אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין [...] וישלימו הליך פורמלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרך הנולד גם בדין הישראלי"); ראו גם פרשת ירוס-חקק, לעיל ה"ש 207, פס' 15 לפסק הדין של הנשיא (כתארו דאז) ברק.

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

חמישית, מעבר לטובת הילד הספציפי, הגישה המוסדית מבקשת לתמוך במוסד ההורות הזוגית כאופציה משמעותית להבאת ילדים לעולם וגידולם. ההכרה המשפטית בהורות של ההורה הלא ביולוגי היא כלי חיוני לביסוס מוסד ההורות הזוגית ולהבטחה שהטכניקות המלאכותיות של ההולדה לא יחתרו תחת מוסד זה.

### (ג) הצורך בלוחות זמנים קשיחים לצורך קביעה מוקדמת של ההורות המשפטית

סיבות דומות לאלו המובילות את הגישה המוסדית לעמוד על עיגון מעמדו המשפטי של ההורה הלא ביולוגי כהורה תומכות בקביעת נהלים ולוחות זמנים, שיסדירו בזמן קרוב ככל האפשר להולדת הילד את העיגון המשפטי של ההורות. כך, מנקודת המבט של הזכות להורות של ההורה הלא ביולוגי, יש לעמוד על כך שלהורה הלא ביולוגי יועמדו הכשירויות וההכרה הנחוצות לו כדי לבצע את תפקידו. בדומה לכך, מנקודת המבט של טובת הילד, נדרש שהמעמד המשפטי של שני ההורים יהיה ברור וסמוך לתאריך הלידה, וזאת הן כדי להבטיח את יכולתם של שני ההורים לפעול עבורו והן בשל סיבות פסיכולוגיות הקשורות לתחושת היציבות והוודאות הנדרשים לצורך גידולם של ילדים.<sup>237</sup> מנקודת המבט הממוקדת באתיקה ההורית ובקבלת האחריות ההורית, יש להישמר ממצב דברים שבו מי שהיה שותף להחלטה להביא ילד לעולם אינו נושא באחריות להחלטה כזו, וייתכן שגם יוכל להתנער ממנה במצב של פירוד או סכסוך בין ההורים בטרם הוכרה ההורות, שכן אחריות זו לא עוגנה באופן משפטי.<sup>238</sup> מנקודת המבט של ההורות הזוגית, השוויון בין ההורים, שהוא חלק בלתי נפרד מאתוס ההורות, חשוב במיוחד במקרה שבו אחד מן ההורים הוא, לכאורה, הורה טבעי. יש אפוא להישמר ממצב של היררכיה בין ההורים הנובעת מכך שבמשך תקופה ארוכה רק אחד מן ההורים

237 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 מ.ב.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.1.2019) ("גם מנקודת טובתו של הקטין, כרי לכל בר דעת, כי טובתו היא שהוריו יוכרוזו מיום לידתו ולא מיום בו יחליט בית משפט פלוני על 'יום הולדת ההורות'. בעיניו של הקטין, המדובר בהורה לכל דבר וענין, ומשכך יש להתאים את המצב העובדתי למציאות חייו. לו נלך לפי גישת היועמ"ש, אזי בית המשפט ייקבע צו הורות מיום מתן הצו ולא מיום לידתו של הקטין, במצב כזה אנו כמעין יוצרים שני ימי הולדת לקטין ויש שיאמרו יום הולדת להורות"). כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 27235-09-16 פלונית נ' פמת"א, פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.3.2017) (להלן: פרשת פלונית נ' פמת"א) ("לא רק שזכות הקטין אינה נפגעת מההכרה הרטרואקטיבית אלא ההכרה בהורות של המבקשת 2 מיום הלידה מטיבה עימו ועולה עם הצורך להכיר בזהותו האמיתית ולממש את הזכויות המגיעות לו").

238 ראו פרשת פלונית נ' פמת"א, שם, פס' 21 לפסק הדין ("הכרה בהורות מיום הלידה תמעט התדיינות משפטיות בדבר זכויות של קטינים וחובות כלפיהם. תמנע התדיינות משפטיות לגבי הכרה בהורות בעת פרידה ותמנע צורך חלילה לדון במקרי ביניים בהם הייתה פרידה או פטירה של מי מהצדדים טרם ההכרה בזכות ההורות [...]").

ייחשב כהורה. מאותה הסיבה, חרף הטענות המובנות בדבר העומס המוטל בתקופת הלידה על הורים בכלל ובמקרה של הולדה באמצעים מלאכותיים בפרט, דווקא תומכי ההורות של בני זוג מאותו המין אמורים לברך על תחילת סד הזמנים לצורך הגשת צו ההורות. תחילה כזו חיונית, כאמור, הן מנקודת המבט של ההורה הלא ביולוגי, הן מנקודת המבט של טובת הילד והן מנקודת המבט של חיזוק מוסד ההורות הלא ביולוגית. אומנם במקרים שבהם לא עמדו הצדדים בלוחות הזמנים יש פיתוי להתעלם מהחריגה ולהקל עליהם את ההליך של הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי,<sup>239</sup> אך טיעון כזה, הממוקד אך ורק בבני הזוג הספציפיים ואפילו בילד הקונקרטי, מחמיץ את השיקולים של הכוונת התנהגות ואת ההיבט המוסדי הרוחבי, המבקש לעודד את המדיניות הראויה של קביעת מעמד המשפטי של ההורים מוקדם ככל האפשר.<sup>240</sup> אם כן, גם אם במקרה של חריגה מלוחות הזמנים אין לשלול באופן סופי ומוחלט את אפשרות ההכרה בהורות של בן הזוג הלא ביולוגי, יש היגיון בקביעת נוהל מזורז התחום בלוח זמנים נוקשה, ומסלול מקביל נוח פחות עבור אלה שלא עמדו בלוחות הזמנים של המסלול המזורז.

#### (ד) הצורך בהליך פורמלי בפיקוח מנהלי ובצו שיפוטי

בסעיפים הקודמים ראינו שבדומה לגישה הליברלית-אינדיבידואלית, אף הגישה המוסדית תומכת בדרישה לעיגון משפטי מהיר של ההורות של ההורה הלא ביולוגי, וזאת אגב הדגשתם של ההיבט המוסדי ואתיקת האחריות. ברם, בניגוד לנטייה של הגישה הליברלית-אינדיבידואלית להסתפק בהסכמה חוזית-פרטית בין בני הזוג לצורך ההכרה המשפטית בהורות של ההורה הלא ביולוגי, הגישה המוסדית סבורה כי עיגון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי דורש הליך של עיגון ממוסד, המערב גורם חיצוני מעין-מנהלי וצו שיפוטי, כמפורט להלן. בחלק זה אנמק את התנגדותי להתבססות על הסכמה פרטית לבדה כתנאי לעיגון ההורות, ומתוך ההתנגדות יובהרו גם הדרישות

239 ואכן במקרים רבים מדי לדעתי מעדיפה הפסיקה להתמקד בילד הנקודתי על חשבון שיקולים של הכוונת התנהגות, ועל כן היא נכונה ליתן צו הורות פסיקתי בהליך הרגיל גם למי שחרגו באופן ניכר מהנהלים ומלוחות הזמנים. ראו למשל, עמ"ש (מחוזי חי') 45359-10-18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ש.**, פס' 7 לפסק הדין של השופט ג'וסי (פורסם בנבו, 9.7.2019) (להלן: פרשת **היועץ המשפטי נ' מ.ש.**). כן ראו עמ"ש (משפחה חד') 45692-02-18 **פלוגית נ' פרקליטות חיפה אורחי** (פורסם בנבו, 15.1.2020).

240 על דרישתה של הגישה המוסדית לקחת בחשבון לצד שיקולים הממוקדים בילד הספציפי גם שיקולים מוסדיים ורוחביים ראו, לעיל פרק ב, חלק 3, ס' (ה) ובעיקר ראו ה"ש 121. להדהוד גישה בפסיקת בית המשפט העליון ראו פרשת **היועץ המשפטי נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, פס' 12 לפסק הדין של השופט הנדל ("למרות שבמועד בו מתעוררת שאלת הרטרואקטיביות, הילד המסוים שעניינו עומד לפנינו יצא, בדרך כלל, נשכר מהחלה רטרואקטיבית של צו ההורות, לא ניתן להתעלם מהשלכות הרוחב של פריצת הגדר – כמו גם מהשפעתה השלילית על אותו ילד עצמו, בשלב מוקדם יותר של חייו... עניינו בהתנגשות בין טובתו הצרה והמיידית של הילד הספציפי, לבין טובת הילד במובן הרחב, הכוללת גם שיקולי מדיניות כלליים").

הנוספות שאותן יש להציב על פי הגישה המוסדית כתנאי לעיגון ההורות מעבר לעצם ההסכמה הפרטית של הצדדים.

ראשית, דיני החוזים מכירים לא רק בהסכמים כתובים ופורמליים, אלא גם בהסכמים בהתנהגות. במקרים אחרים דיני החוזים נכונים להסיק מהתנהגות הצדדים גם סטייה מהסכמה פורמלית.<sup>241</sup> אף בהקשר של עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי, היו שהסכימו להתבסס על הסכמה לא פורמלית שלא עוגנה בכתובים לצורך הגדרת ההורים כהורים משותפים.<sup>242</sup> ברוח זו, בהקשר אחר, שיטות משפט שיישמו הסדרה חוזית בהקשר של תרומות הזרע, ובכלל זה הכרה באפשרות לשלול אבהות של תורם זרע ידוע, הובילו לעמימות רבה באשר לשאלה "מיהו ההורה" מנקודת המבט המשפטית, ולעיתים לקביעת הסדרים של הורות חלקית. עמימות זו פועלת כנגד טובת הילדים המעורבים ויש לה גם פוטנציאל לפגיעה במוסד ההורות.<sup>243</sup> נוסף על כך, דיני החוזים מכירים בכך שבמצבים מסוימים, הפגיעים במיוחד לפערי כוחות או מאופיינים במצב רגשי המקשה קבלה של החלטה מתונה, יש צורך בהליך אישור מיוחד שנועד להבטיח את הרצון החופשי של הצדדים ואת גמירת דעתם. היחסים המשפחתיים בכלל, והיחסים בין הורים טרם הלידה בפרט, חשופים לתופעות אלה.<sup>244</sup> משום כך, אפילו מנקודת מבט חוזית יש היגיון בדרישה לאישור ההסכם על ידי גורם חיצוני, שתפקידו יהיה לפקח שההסכם נערך מתוך רצון חופשי וששני בני הזוג מודעים היטב למשמעות הסכמתם, כמקובל, למשל, במקרה של הסכמי ממון בין בני זוג הנערכים לאחר הנישואים.<sup>245</sup>

שנית, בעוד בדיני החוזים חופש החוזים הינו עקרון יסודי, לנוכח אתיקת ההורות ואתוס ההורות הנגזר ממנה, הסכמה על הורות משותפת חייבת לכלול גרעין קשה של מחויבות להורות משותפת ובלתי הדירה, שבה להורה הביולוגי ולהורה הלא ביולוגי

241 ראו על כך לאחרונה את פסיקתו של השופט אלרון בע"א 4298/18 מנהל מיסוי מקרקעין ת"א נ' בלנק (פורסם בנבו, 20.4.2021) וכן ראו בע"מ 2943/18 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.12.2018), העוסק במקרה של זניחת הסכם ממון שהוראותיו לא קוימו.

242 ראו למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-08-17 ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרד ממשלה, פס' 15 לפסק דינה של השופטת אליטוביץ (פורסם בנבו, 9.6.2018) (להלן: פרשת ט.ב. נ' היועץ המשפטי).

243 ראו בנושא זה בהרחבה במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 49 ו-52. שם, תיארתי בהקשר של סוגיית התורם הידוע דינמיקה בעייתית לפיה מעמדו של תורם כהורה לא הוסדר בצורה ברורה או שהצדדים נסוגו מהסכמות קודמות שלהם באופן שהוביל לעמימות וחוסר יציבות שהזיקו לכל המעורבים.

244 על רגישותם של הסכמים משפחתיים לפערי כוחות ראו, שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט ד 271, 318-322 (התשס"ד).

245 להבחנה בין הסכם ממון הנערך לפני הנישואים, הדורש אימות שיכול להתבצע הן על ידי גורם שיפוטי והן על ידי גורמים מנהליים, לבין הסכם ממון שנערך לאחר הנישואים, הדורש אישור של גורם שיפוטי שלפיו בני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו. ראו ס' 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

מעמד שווה. תוכני הליבה של הסכמה כאמור צריכים להיקבע על ידי המדינה באופן כופה ואין להותיר אותם למשא ומתן בין הצדדים. שלישית, הליך ממוסד – אם יתוכנן כראוי כהליך מכבד שמטרתו אינה בחינה חשדנית של איכות ההורה הלא ביולוגי ואפילו לא טיבה של הזוגיות בין ההורים המיועדים, אלא ככזה הממוקד בקבלת אחריות הורית משותפת – יחזק את היבט ההתחייבות וקבלת האחריות שבהורות. הליך כזה יבהיר לשני הצדדים, ואף יעביר מסר חברתי רחב יותר, כי גם אם מקורה של ההורות המשותפת הינו בקשר הזוגי של הצדדים, מדובר בהורות שוות ערך להורות הביולוגית, שלא ניתן להתנער ממנה ושאינה פוקעת עם פקיעת הקשר הזוגי. לנוכח העובדה שמוסד ההורות הלא ביולוגית, המבוסס על הקשר הזוגי וההחלטה המשותפת להביא ילד לעולם, הוא מוסד חדש, הבניה חברתית כזו חיונית וחשובה. למותר לציין בהקשר זה קבוצת מקרים, שרק חלקם הגיעו לבתי המשפט או פורסמו, שבמסגרתם ביקשו בני הזוג או אחד מהם לבטל הורות משפטית של הורה לא ביולוגי. בחלק מן המקרים תסקירים שחוברו על ידי אנשי טיפול תמכו בכיטול, מתוך התמקדות בטובת הילדים הנקודתיים. למרבה השמחה, ברוב המקרים ניצבו בתי המשפט הדיוניים כנגד התופעה והבהירו שההורות של ההורה הלא ביולוגי אינה הפיכה ואינה ניתנת לכיטול.<sup>246</sup> אני סבור שעמידה תקיפה של בתי המשפט כנגד ניסיונות אלה גם במצבים שבהם ייתכן שהם משקפים את טובת הילד הנקודתי, יחד עם חיזוקן של הליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי מלכתחילה, ישתלבו יחדיו במאמץ להבנות את מוסד ההורות הלא ביולוגית בכלל ואת מוסד ההורות הזוגית המשותפת של בני הזוג מאותו המין בפרט, בהתאם לאתיקת ההורות. לעומת זאת, חיזוק המד הפרטי-הסכמי של כינון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי עלול לזלוג באופן לא רצוי גם להפקעתה. למותר לציין בהקשר זה שהגישה המוסדית מתנגדת נחרצות לשלילת הורות ביולוגית מלכתחילה בהסכמה פרטית, ומשום כך, על פי הגישה הזו, יש למסד

246 ראו פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב עמ"ש (מחוזי ת"א) 53065-11-20 ל' נ' א' ב' א' (פורסם בנבו, 6.6.2021). השוו לפסק הדין של השופטת סיגלית אופק, שהכריעה בעקבות חוות דעת פסיכולוגית שתמכה בכך על כיטול צו אימוץ לאחר שבנות זוג מאותו המין נפרדו. פסק דין זה בוטל בהסכמה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ראו אמ"צ (משפחה ת"א) 25973-10-17 **פלוגית נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 27.10.2020). עוד ראו לאחרונה אמ"צ (משפחה ת"א) 35945-10-20 **פלוגי נ' אלמוני** (פורסם בנבו, 29.4.2021), שאף בו נדחתה בקשה לכיטול צו אימוץ שכוונן את ההורות של הורה לא ביולוגי במקרה של פונדקאות חו"ל. משיחות עם גורמי שטח נמסר לי כי הליכים נוספים מסוג זה מתנהלים כיום ושבמקרים אחרים נערכו הסכמות פרטיות כאלה ללא גושפנקה משפטית. ראו שם, פס' 35 לפסק הדין את ההפניה לנייר העמדה של השירות למען הילד ואת ההתייחסות לעליית השכיחות של בקשות לכיטול צווי אימוץ מאז הכרת הפסיקה בהורות מכוח זיקה לזיקה (נייר העמדה בניקוי פרטים מזהים נמצא אצל המחבר, ובו מתוארת העלייה הניכרת בשכיחות המקרים של בקשות לכיטול צווי הורות ואימוץ). ראו על כך גם **בהנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 41.



הליך מעין-ציבורי של תרומות זרע או ביצית כדי להבחין בין הליך ממוסד של תרומה בפיקוח ציבורי לבין הליך חוזי פרטי של התנערות מהורות.<sup>247</sup> רביעית, התבססות על הליך חוזי פרטי לחלוטין, או אפילו כזה הכולל הצהרה בפני צד שלישי, ללא דרישה לעיגון מנהלי-פורמלי, אינה מתמרצת את הצדדים להסדיר באופן משפטי את ההורות המשותפת מוקדם ככל האפשר. כפי שהסברתי בחלק הקודם, לוח זמנים נוקשה, הדורש לקבוע את זהות ההורים סמוך להולדת הילד ולעגן זהות זו באופן משפטי ופומבי, חיוני להגשמת הערכים שבבסיס אתיקת ההורות.

חמישית, בדומה לתנאי הסף המוצבים בחוק הפונדקאות בנוגע להורים המיועדים, אף עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי חייב לעמוד במבחני סף מסוימים של כשירות. עם זאת, אין ליישם באופן אוטומטי את דרישות הכשירות המוצבות בחוק הפונדקאות, ויש לבחון לגופו של עניין אילו מהדרישות רלוונטיות גם כאשר מדובר בפונדקאות מחוץ לישראל. כך למשל, לדרישות כשירות המוטלות בישראל, בשל הרצון לתעדף הורים נזקקים,<sup>248</sup> אין הצדקה כאשר מדובר בפונדקאות בחו"ל; פונדקאות מחוץ לישראל אינה מתחרה עם "מקרי הקצה" והמקרים המקוריים שעבורם נחקק חוק הפונדקאות על שירותי הפונדקאות, ומשום כך היא לא תקטין את היצע הפונדקאות הישראליות העומדות לרשותם. לעומת זאת, שיקולים של דאגה ואחריות כלפי הילדים העתידיים מובילים לכך שיש ליישם את תנאי הסף שהוצבו בחוק הפונדקאות הקיים, בנוגע לגילם של ההורים המיועדים, בדיקת העבר הפלילי שלהם ונסיבות בעברם העלולות להעיד על סכנה כלפי ילדיהם, גם על הליכים של עיגון ההורות המשפטית של בן הזוג המבקש לשמש כהורה במקרים של פונדקאות חו"ל ושל תרומת הזרע. עם זאת, גם כאשר מדובר בדרישות מהסוג האחרון, יש לתת את הדעת על כך שמדובר במעשה עשוי, והילד ניצב בפנינו, ולאזן בין שיקולי הכוונת ההתנהגות לבין הצורך להגיב למצב הקיים. איזון כזה עשוי לאפשר בסופו של דבר הכרה זהירה בהורות של בני זוג שלא עמדו בתנאי הכשירות בהליך מורכב, מלווה בתסקיר ובחינה יסודית של הנסיבות, בשונה מההליך המקוצר והפשט יותר הנדרש ברגיל לצורך עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי.<sup>249</sup>

שישית, הליך מנהלי מלווה בפיקוח שיפוטי או מעין-שיפוטי נדרש לצורך פיקוח, ולו מוגבל, על הפרוצדורה של ההולדה וכדי לוודא שזיקות הוריות מתחרות נותקו כדבעי.

247 ראו על כך בהרחבה במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 49-50. השוו לעמדתו של מרגלית "לקראת נקודת איזון", לעיל ה"ש 111, התומכת בהתקשרות חוזית שמטרתה שלילת ההורות של תורם ידוע.

248 למשל צמצום הפונדקאות בישראל להורים שאין להם שלושה ילדים ראו ס' 5(ג1)(ב) לחוק הפונדקאות.

249 ואכן זהו הפתרון שהומלץ על ידי הצוות ראו, הנחיות הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 212, בעמ' 19, בנוגע למקרים של אי-עמידה בדרישות הסף של גיל או במקרים שבהם מתעורר חשד לעבר פלילי מסכן ילדים.

כך, במקרה של תרומת הזרע, יש להבטיח כי לא קיים הורה מתחרה, כגון על ידי קבלת אישור על עריכת תרומה אנונימית כדין מהמרפאה שבאמצעותה בוצע הליך התרומה. הדבר נועד, בין היתר, להבטיח שלא מדובר במקרה שבו הנתרמת הרתה באופן פרטי על ידי קבלת תרומה מתורם ידוע או באמצעות יבוא ממרפאות מחוץ לישראל. אם יתקבל בישראל מסלול של תרומה מתורם ידוע, בוודאי יהיה צורך לוודא, כתנאי להכרה בהורות, שהורותו של תורם הזרע הידוע נותקה בהליך תקין. לפיכך, הגם שניתן להיעזר בגורמים מנהליים ובמסמכים כתובים כחלק מן התהליך, הכרעה על ניתוק קשר הורות ובחינה של תקינות הפרוצדורה שנערכה היא עניין הדורש פיקוח שיפוטי.

הצורך בפיקוח שיפוטי על ניתוק הזיקה ההורית ועל ההליך בכללותו מתגבר עוד יותר כשמדובר בפונדקאות. כאמור, חוק הפונדקאות קובע פרוצדורה מורכבת, שמטרתה, בין היתר, למנוע ניצול של פונדקאיות ופגיעה בזכויותיהן. נוסף על כך, החוק קובע פרוצדורה המבטיחה שקשר ההורות של האם הנושאת ינותק בטרם יוכרוזו ההורים המיועדים כהורים.<sup>250</sup> ואולם, פונדקאות חו"ל אינה כפופה למנגנונים המורכבים שנקבעו בחוק הפונדקאות. על רקע זה חשופה פונדקאות חו"ל לסיכון של ניצול ופגיעה בזכויות האדם של הפונדקאיות.<sup>251</sup> לנוכח הסכנות הגלומות בפונדקאות חו"ל, אני סבור שתהליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורים המיועדים חייב להביא בחשבון את הדרך שבה התקיימה הפונדקאות ובמיוחד את השאלה אם נוצרה בהליך הוגן כלפי האם הפונדקאית והוא מחויב בטובתו של הילד שנולד. אכן, בהיעדר שיתוף פעולה בין-ארצי וייתכן אף בין-לאומי, ניתן לתהות עד כמה אפקטיבי עשוי להיות פיקוח בדיעבד על הליך פונדקאות

250 על הסיכונים שבתהליך הפונדקאות ועל האיוונים שקבע המחוקק ראו, לעיל פרק ג', חלק 1.  
 251 כך למשל, עד לשנת 2015 חלק ניכר מן הישראלים שפנו לפונדקאות מחוץ לישראל פנו לארצות מתפתחות דוגמת הודו ותאילנד, אולם החל משנה זו סגרו מדינות אלו את שעריהן. ראו Zafran & Hacker, לעיל ה"ש 128. ראו גם, אילן ליאור "הודו אסרה פונדקאות להומואים; מאות ישראלים ייפגעו" **הארץ** (8.1.2013); <https://bit.ly/3kXA8om>; איתמר אייכנר "אזהרת מסע: לא לנסוע לתאילנד לפונדקאות" **Ynet** (9.4.2014); <https://bit.ly/3wgRC4t>; דנה ויילר-פולק "אחרי תאילנד ונפאל: גם הודו אוסרת על פונדקאות" **וואלה! חדשות** (17.11.2015); <https://bit.ly/3kXYMW3>; מדובר במדינות שההגנות שנתנו בהם כלפי פונדקאיות רחוקות מלהשביע רצון. ראו למשל, Melanie G. Fellowes, *Commercial Surrogacy in India: The Presumption of Adaptive Preference Formation, the Possibility of Autonomy and the Persistence of Exploitation*, 17 MED. L. SHARMILA RUDRAPPA, DISCOUNTED LIFE: THE PRICE OF, INT'L 249 (2017).  
 GLOBAL SURROGACY IN INDIA. באופן אירוני, שינויי החקיקה בארצות המתפתחות הובילו לכך שכיום מרבית הישראלים פונים לפונדקאות במדינות שבהן קיימת הקפדה רבה יותר, אף כי לא מושלמת, על זכויות הפונדקאיות. ראו Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Bordered Globalization as a Platform for Future Research: A Heartfelt Response to Inspiring Comments*, 20 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 58 (2019). באופן כללי, מחקרים ברחבי העולם העוסקים בפונדקאות חוצת לאומים (transitional Surrogacy) מתארים את הסיכונים הרבים בפונדקאות זו ועומדים על הצורך בהסדרה משפטית בין-לאומית שלה ראו, Sharon Bassan, *Shared Responsibility Regulation Model for Cross-Border Reproductive Transactions*, 37 MICH. J. INT'L L. 299 (2016). ראו גם Zafran & Hacker, שם, בעמ' 4-5.

חו"ל בשלב ההכרה בהורות, וזאת במיוחד במצבים שבהם טובת הילד תומכת במתן גושפנקה להורותם של ההורים המיועדים, גם אם הפונדקאות נערכה בתנאים שאינם הולמים.<sup>252</sup> ועדיין, אני סבור שגם בהיעדרה של תשתית בין-לאומית נרחבת, הליך ההכרה בהורותם של ההורים המיועדים בפונדקאות חו"ל אינו יכול לעצום את עיניו לנוכח מקרים בוטים של פגיעה בזכויות האדם של הפונדקאיות. משום כך, נדרש פיקוח שיפוטי בשלב ההליך, לא רק כדי לוודא את ניתוק הזיקה של האם הפונדקאית על פי דין המקום שבו אירעה הפונדקאות, אלא גם כדי לתת מענה למקרים שבהם מתעורר חשד של ממש לפגיעה או ניצול או כאשר מתעוררים ספקות באשר להסכמת הפונדקאית לוותר על הילד שנולד. למותר לציין בהקשר זה את המלצות ועדת מור יוסף בנוגע להסדרה חקיקתית של פונדקאות חו"ל. על פי ההמלצות, יש לתמרץ בני זוג מיועדים לפועל בדרך שאינה פוגעת בזכויות הפונדקאיות, כגון על ידי יצירת מסלול של הכרה נוחה בפונדקאות חו"ל המוגבל לסוכנויות ומרפאות מפקחות שקיבלו אישור מראש לעסוק בכך לאחר שהוכח שהן מכבדות את זכויותיהן של הפונדקאיות.<sup>253</sup> על פי הצעה זו, הורים מיועדים שלא יבחרו במסלול המפוקח ינווטו למסלול האימוץ, ואף זאת רק לאחר שהוכח שהאם הפונדקאית אכן הסכימה לוותר על זכויותיה ההוריות. ואולם, דווקא המלצות אלו ממחישות כיצד יכולות מדינות לנסות ולמתן פגיעה בזכויות אדם גם בנוגע לפונדקאות המתרחשת מחוץ לגבולותיהן באמצעות מתן תמריצים למי שיפנה להליכים מפוקחים, חושפות את הקושי שבמצב הנוכחי, שבו עיגון ההורות המשפטית של בן הזוג הלא ביולוגי בישראל נערך באופן ספורדי ולא באמצעות חקיקה מסודרת. לקושי זה אעבור להלן.

### 3. צו הורות פסיקתי כפיתוח פסיקתי: בחינת המצוי בראי הראוי

בחלק הקודם תמכתי, מנקודת המבט של הגישה המוסדית ושל אתיקת ההורות, בעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא הביולוגי והצעת עקרונות פעולה לביצועו בעולם מתוקן. ברם, בפועל טרם הסדיר המחוקק הישראלי את עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי, וכך התפתח צו ההורות הפסיקתי. בפרק זה אבקש לנתח, לאורם של העקרונות העוסקים במצב הראוי, את הדרך שבה התמודדו בתי המשפט ובמידה מסוימת אף הצוות הבין-משרדי עם האתגר כל עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בהיעדרו של חוק.

252 ואכן, כפי שמתארות Zafran & Hacker, שם, בעמ' 37, גם מדינות שאסרו כליל את הפונדקאות במדינתן, ואפילו מדינות שאסרו על אזרחיהם להתקשר בהסכם פונדקאות במדינות זרות, נאלצות בסופו של דבר להתמודד עם הצורך להכיר במשפחה שנוצרה, וזאת משיקולי טובת הילד, ראו גם Yehezkel Margalit, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, 24 J. L. & POL'Y 41 (2016). לדינמיקה דומה באנגליה, ראו Claire Fenton Glynn, *England and Wales*, in EASTERN AND WESTERN PERSPECTIVES ON SURROGACY 120 (Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn & Terry Kaan Intersentia eds., 2019).  
253 ראו דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 89, בעמ' 68-69.

(א) הצורך בעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בחוק

הגישה המוסדית תומכת בהסדרה חקיקתית של ההורות הן בשל ההיבט הערכי הטמון בהורות והן בשל הצורך בקביעת הסדרים רוחביים ומוכרים.<sup>254</sup> מנקודת המבט של המשפט המנהלי והחוקתי, בהקשרים מסוימים היעדרה של הסדרה משפטית סדורה עשויים לחתור תחת התוקף המשפטי של התקנות והנהלים הקיימים.<sup>255</sup> משכך, בעולם משפטי תקין, המחוקק הוא שהיה נדרש לפיתוח הכלי המשפטי הראוי לעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי, הן במקרה של פונדקאות חו"ל והן במקרה של תרומת הזרע. הסדר חקיקתי כזה היה מסדיר כדבעי את תוכני ההסכמה הנדרשת, את ההליך הנדרש לצורך מיסודה, את תנאי הכשירות הנדרשים כאשר מדובר בפונדקאות חו"ל לעומת פונדקאות המתקיימת בישראל ואת הדרך שבה תפוקת הפרוצדורה שנערכה במקרה פונדקאות חו"ל והסרת הזיקות ההוריות המתחרות בשני המקרים. ברם, למרבה הצער לא אמר המחוקק את דברו לא בהקשר של תרומת זרע<sup>256</sup> ואף לא בהקשר של פונדקאות חו"ל.<sup>257</sup>

(ב) האם וכיצד ניתן להסדיר את פונדקאות החו"ל בהיעדרה של חקיקה?

בשיח המשפטי והציבורי הישראלי הועלתה הטענה שבהיעדר הסדרה חקיקתית שגו בתי המשפט בכך שפיתחו את הצו הפסיקטי.<sup>258</sup> דעתי שונה. להשקפתי, היעדר הסדרה חקיקתית אין משמעו גינוי מוסרי או משפטי של מי שבחרו בפונדקאות חו"ל או בזוגיות והחלטה משותפת על הולדה. ואכן, כפי שמציין בית המשפט העליון בפרשת **ממט מגד**, אין כל איסור בדין הישראלי על ההליכים שאותם נוקטים הפונים לפונדקאות חו"ל ולהפך

254 ראו לעיל פרק ב, חלק 2, ס' (ב) ובעיקר ה"ש 236.

255 ראו למשל, פרשת **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 80, שבה התעוררו תהיות אם ההסדרה קיימת של תרומת הזרע נערכת בסמכות ועומדת בכלל ההסדרים הראשוניים. לביקורת נוקבת על הסדרת תרומות הזרע בישראל בחקיקה משנית ראו בנושא זה גם ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16, בפרק ו'. לתהיות שהועלו בבתי המשפט למשפחה בנוגע לתוקפן של **הנחיות הצוות הבין-משרדי** ראו דיון, להלן ה"ש 265.

256 לחוסר בעניין תרומת הזרע, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", שם. תזכיר חוק בנקי הזרע, שפורסם כבר בשנת 2017, לא קודם לכדי הצעת חוק פורמלית, ולא ידוע לי על מאמצים קונקרטיים הנערכים כיום לחקיקתו. ראו תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016.

257 הצעות ועדת מור יוסף להסדרה חקיקתית של פונדקאות חו"ל לא קודמו על ידי המחוקק, ראו **דוח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 89. גם הצעת החוק הממשלתית של גרמן שעסקה בעניין זה לא קודמה, ראו **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 147 וגם הצעות חוק פרטיות שעסקו בפונדקאות חו"ל והציעו להוסיף פרק העוסק בנושא לא קודמו בסופו של דבר, ראו הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התש"ף-2020, פ/898/23. ראו גם, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – ביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשפ"א-2020, פ/2225/23.

258 ראו בעיקר את עמדותיהם של המלומד מרגלית ושל שופט בית המשפט העליון מיניץ שהובאו, לעיל ה"ש 231-230.

## הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות

– במרבית המקרים מדובר בצעד לגיטימי הנועד להגשים את זכותם להורות.<sup>259</sup> דברים אלה רלוונטיים במיוחד להורות של בני זוג מאותו המין, שבהם ממוקד המאמר הנוכחי. כאמור, ההצדקה שניתנה על ידי המדינה לדין הקיים, השולל מבני זוג מאותו המין ומגברים יחידים את האפשרות להתקשר בהסכם פונדקאות, היא ההצדקה הרפואית.<sup>260</sup> ההצדקה הרפואית נדחתה על ידי בית המשפט בפרשת **ארד-פנקס**<sup>261</sup> ככזו שאינה עומדת בפסקת ההגבלה, ועל כן ההסדר בחוק אינו חוקתי.<sup>262</sup> ואולם, אף אם נניח להכרעת בית המשפט בפרשת **ארד-פנקס**, ברור שגם על פי עמדת המדינה, אין כל דופי חוקי או מוסרי בהתקשרות של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין בפונדקאות, ומשום כך ברור שאין לבוא עימם חשבון על שבחרו בפונדקאות חו"ל. אם כן, מהסיבות שנמנו בהרחבה לעיל,<sup>263</sup> מוטלת חובה על המשפט הישראלי לכבד את הזכות להורות של בן הזוג הלא ביולוגי, את הזכות להורות משותפת של שני בני הזוג ואת זכותו של הילד להכרה בהורות המשפטית של הוריו ולהכיר בהורותם של בני הזוג, זאת הן על ידי קביעת פרוצדורות נוחות לבדיקת הזיקה הגנטית של ההורה הביולוגי והן על ידי עיגון משפטי של ההורות של בן הזוג שהיה שותף למהלך.

בה בעת, כפי שניסיתי לשכנע בחלק הקודם, עיגון משפטי של ההורות המשותפת של ההורה הביולוגי ובן זוגו אינו יכול להתבסס על הסכמה פרטית של בני הזוג.<sup>264</sup> במציאות מורכבת זו, שבה מחד גיסא, עיגון משפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ, ומאידך גיסא, לא ראוי לבסס עיגון זה על הסכמה פרטית, יש לשבח את בתי המשפט על הנכונות להשלים את החסר באמצעות צו ההורות הפסיקתי. לגישתי, בהיעדר חקיקה, הניסיון של הצוות המיוחד לגבש הסדרים רוחביים העוסקים בתנאי הכשירות, הנהלים ולוחות הזמנים הנדרשים לצורך הגשת בקשה לצו הורות וקבלתו ראויים אף הם לשבח. בהקשר זה, יש להצר על כך שבמקרים שבהם לא עמדו בני הזוג בהנחיות ובנהלים, חלק משופטי בית משפט לענייני משפחה מדגישים את הצורך להתמקד בטובת הילד הנקודתי<sup>265</sup> ומעריכים בחסר את הצורך באחידות, בעקיבות ובהכוונת התנהגות.<sup>266</sup>

259 ראו דברי השופט נאור בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, פס' 41 לפסק דינה.

260 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 155–156.

261 ראו פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 2.

262 ראו לעיל ה"ש 157–161.

263 ראו לעיל, פרק ג, חלק 2, ס' (א).

264 ראו לעיל, פרק ג, חלק 2, ס' (ג).

265 ראו פרשת **היועמ"ש נ' מ.ש.**, לעיל ה"ש 239, פס' 7 לפסק הדין ("אין לייחס לאותן המלצות מעבר למטרה שלשמך נועדו – להנחות או לחייב את המדינה בלבד"). ראו גם, עמ"ש (מחוזי ת"א) 47781-12-19 **מדינת ישראל נ' ק' מ' ל' ואח'**, עמ' 9 (פורסם בנבו, 4.1.2021) ("יש לקבל את עמדת המשיבות שלא ניתן להחיל עליהן רטרואקטיבית הוראות נוהל שגובשו לאחר שהן הגישו את הבקשה. מה גם, שהמלצות אלו לא עוגנו בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, הן לא פורסמו ברבים והן בגדר המלצות פנימיות שלא מחייבות את בתי המשפט"). עוד ראו תמ"ש (משפחה ק"ג) 25730-09-18 **פלונית נ'**

מבלי להיכנס לפרטי הפרטים של תוכני הנחיות הצוות הבין-משרדי, אוסיף ואומר שככלל, במבט רחב ובכפוף לביקורת בנקודות מסוימות שיוצגו בהמשך הדברים, אף התוכן הקונקרטי של הנחיות, במיוחד לאחר השינויים האחרונים ששולבו בהם כמתואר לעיל, משקף בדרך כלל הגשמה מהותית של הדרישות שתוארו בפרקים הקודמים: ראשית, הנחיות כוללות דרישה לחתימת שני בני הזוג על מסמך פורמלי המעיד על הכוונה להורות משותפת, כאשר ליבת ההצהרה מגובשת על ידי הרשויות ואינה נתונה לשינוי על ידי ההורים.<sup>267</sup> בכך מגשימות הנחיות את הדרישה לגיבוש מדינתי של עקרונות הליבה של ההורות המשותפת.

שנית, הנחיות כוללות דרישות להוכחת זוגיות של 18 חודשים בטרם יינתן הצו,<sup>268</sup> ובה בעת זנחו הנחיות את הדרישה לקבלת תסקיר כתנאי הכרחי לקבלת צו הורות. בהקשר זה אציין שבעוד אני מקבל את הדרישה לחתימה על הצהרת הורות משותפת ותומך בביטול הדרישה הגורפת לקבלת תסקיר, לדעתי הדרישה להוכחת זוגיות של 18 חודשים בטרם יינתן הצו אינה הכרחית.<sup>269</sup> ביסודו של צו ההורות עומד כינון מוסדי של ההורות על בסיס הסכמה מפורקת המקבלת גושפנקה ציבורית לקבלת אחריות הורית משותפת. לכן, ההליך הקודם להוצאת צו ההורות אינו אמור לשקף סוג של מבחן התאמה

**היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים**, פס' 43 לפסק הדין (פוסם בנבו, 30.7.2019) ("המלצות הצוות המקצועי הן לכל היותר נוהל פנימי. מושכלות יסוד הן, כי ככל שמדובר בתקנה בת פועל תחיקתי, מחויבות הן בפרסום. משלא ניתן להן ביטוי פומבי, אכן אין לבוא חשבון עם המבקשות על שהגישו הבקשה במלאה כשמונה חודשים לקטין, וודאי אין בעובדה זו לבדה כדי לחרוץ גורל הבקשה לשבט ולא לחסד. נבהיר גם, כי משה מעמדן של המלצות, לא ניתן להעניק להן משקל כה רב ומכריע ולדחות העתירה להחלת הצו באופן רטרואקטיבי רק משום שהבקשה לצו ההורות הוגשה בחלוף למעלה מ-90 יום מעת לידת הקטין").

266 דומה שבהקשר זה בית המשפט העליון רגיש יותר לעניין הכוונה ההתנהגות וראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23, והציטוט מדבריו של השופט הנדל שם שהובא, לעיל בה"ש 240. ואני מקווה שגישתו תחלחל גם לבתי המשפט הדיוניים.

267 ראו על כך, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 25–31. ככלל, ממליצות הנחיות על התקשרות משותפת של שני בני הזוג בהסכם הפונדקאות ובחתימת הצהרה משותפת על כוונה להורות משותפת בעת ההליך המתרחש בבנק הזרע. הנחיות אף מאפשרות חתימה מאוחרת על הצהרה כזו, בפני עורך דין נוטריון או מזכיר של בית המשפט.

268 ראו שם, בעמ' 19–25.

269 מנסחי הנחיות מנמקים דרישה זו ברצון לכונן הורות במערכת יחסים יציבה ובחשש מפני מקרים של מניפולציות שבהם למעשה ההורה הלא ביולוגי הוא ההורה המיועד, וההורה הביולוגי משמש למעשה כתורם זרע, ללא רצון אמיתי לשמש כהורה. ראו שם. הגם שאני שותף לרצון לתמרץ אנשים להקים משפחה במסגרות יציבות, אינני סבור שתפקיד המשפט לפקח על טיב המסגרת הזוגית שיצרו ההורים המיועדים. לכן, כאמור בטקסט, יש להתמקד בהבטחת ההסכמה המשותפת, כאשר משך הזוגיות יכול להיות קריטריון עזר לכך אך לא דרישה מכרעת. ההסבר השני אכן רלוונטי לעניין, ועל כן ראוי להנחות את הגורם המנהלי הבוחן את התקיימות צו ההורות להיות ערני למקרים של מניפולציות ולהסמיכו לבחון את הנושא בקפידה כאשר מתעורר חשד כזה. עם זאת, אינני סבור שהוא מצדיק דרישה גורפת של המתנה בת 18 חודשים, מה גם שהמתנה כזו במקרה של ילד שכבר נולד פוגעת באינטרס להסדיר הורות שוויונית מהר ככל האפשר.

להורות או בחינה של עוצמת הקשר הזוגי ומשכו, אלא, בדומה לטקס החתימה על הסכמי ממון, מדובר בהליך שנועד לוודא את ההסכמה של בני הזוג להורות המשותפת ולהעניק לה את הגושפנקה המדינתית.<sup>270</sup> משום כך, ייתכן שההסכמה להורות משותפת עשויה להתגבש גם לאחר תקופת זוגיות קצרה יותר. עם זאת, דווקא בשל האנלוגיה להליך אישורם של הסכמי ממון, אני סבור שהניסוח הקיים של ההנחיות מקל מדי ויש לדרוש מהגורם שבפניו אמורים ההורים המיועדים להתייצב לאשר שבני הזוג אכן חתמו על הצהרת ההורות המשותפת ברצון חופשי ובהבנתם את משמעותה. יתרה מזו, בעוד הניסוח הנוכחי של ההנחיות רואה בפתיחת תיק משותף בבנק הזרע אינדיקציה לכוונה להורות משותפת, להשקפתי, כעניין של דין ראוי, אין לוותר על דרישת התייצבות פיזית בפני גורם חיצוני שיוודא את קיומה של ההסכמה. אם כן, לפחות בשלב החקיקה העתידית וייתכן שגם במצב הנוכחי, ראוי לעמוד על כך שהגורם המאשר יהיה גורם מעין-שיפוטי או לפחות גורם מקצועי, למשל גורם טיפולי, שיפגוש את שני ההורים במסגרת הטיפול בבקשתם בבנק הזרע, במרפאה המטפלת בהליך ההפריה או בסוכנות הפונדקאות, ואין להסתפק בהגשה משותפת של בקשה לפתיחת תיק בבנק הזרע.<sup>271</sup>

שלישית, אף הניסיון של הצוות הבין-משרדי לדבוק ככל האפשר בדרישות סף של כשירות, כגון הצבת דרישות בנוגע לגיל ההורים<sup>272</sup> והיעדר היסטוריה של עבר פלילי או רקע אחר המסכן ילדים, מגשים את המדיניות הראויה שעליה המלצתי.<sup>273</sup> מלבד זאת, ההנחיות תואמות את האמור בהסדרי חקיקה מקבילים ובכך הן משקפות מדיניות ראויה של ריסון שיפוטי ומנהלי, שלפיה גם כאשר בתי המשפט והרשויות המנהליות נאלצים לפתח את הדין, ראוי שיעשו זאת בהתאמה להסדרים קיימים.<sup>274</sup>

רביעית, ההנחיות גיבשו לוחות זמנים שעל מבקשי צו ההורות לעמוד בהם אם ברצונם לקבל צו הורות פסיקתי בהליך מהיר, ללא הזדקקות לתזכיר ואולי אפילו להליך של אימוץ.<sup>275</sup> גיבוש לוח זמנים כאמור מתמרץ את בני הזוג לעגן במהירות את הורותו של ההורה הלא ביולוגי, ובהתאם לניתוח שנערך לעיל, המסביר עד כמה חשוב לעגן

270 ראו הניתוח שנערך, לעיל ה"ש 245–244.

271 על פי ההנחיות, במקרים שבהם תיק הבקשה לתרומת זרע נפתח על ידי אחד מבני הזוג ניתן בכל זאת להכיר בהצהרה משותפת של בני הזוג בפני עורכי דין פרטיים על רצונם בהורות משותפת. מנקודת המבט המוסדית יש להסתפק בשאלה אם עורכי דין פרטיים, ללא הכשרה או מינוי מיוחדים הם הגורם המתאים למיסוד ההורות. ודאי שהעובדה שהדין מסתפק בהצהרה ואפילו אינו דורש מעורכי הדין לאשר הבנה מעמיקה וקיום רצון חופשי כנדרש בנוגע להסכמי ממון מעוררת קושי.

272 ראו **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 18–19.

273 שם, בעמ' 19–23.

274 כאמור, לעיל ה"ש 249. אף הנכונות של ההנחיות לאפשר בחלק מן המקרים הללו הכרה בהורות הכפופה לבחינה מעמיקה על ידי תסקיר משקפת איוון נכון בין האינטרסים השונים בסוגיה.

275 ללוחות הזמנים שנקבעו ולהשלכות של אי-התממשותם ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 212, בעמ' 28–34.

משפטית את מעמד ההורה הלא הביולוגי סמוך ללידה, גיבושו של לוח הזמנים וההתעקשות על מימושו משקפים מדיניות ראויה. לכן, גם חשוב לכוון את בתי המשפט למשפחה לשתף פעולה עם מדיניות זו ולא להתפתות להחריג מתחולת ההנחיות, ללא סיבה ייחודית, בני זוג שהגישו את הבקשה לצו ההורות באיחור ניכר. עם זאת, יש להצר על כך שבעבר דווקא המדינה התנגדה להגשת הבקשה לצו הורות לפני הלידה, ואף שבהנחיות היא חזרה בה והסכימה להגשת הבקשה עוד לפני הלידה, היא עמדה על התנגדותה לבחינתו בשלב זה. מדיניות זו ניצבת כנגד אינטרס הילדים לעיגון משפטי של ההורות מוקדם ככל האפשר. משום כך, יש לברך על ההסכמה המחודשת, בעידודו הנמרץ של בית המשפט העליון, להקדים את הדיון בהליך במקרה של תרומת הזרע באופן המאפשר לבתי המשפט להוציא את צו ההורות הפסיקתי זמן קצר מאוד לאחר הלידה.<sup>276</sup>

לבסוף, לנוכח הצורך בפיקוח על חוקיות ההליך ועל הסרת הזיקות הקיימות, הן בהליך של תרומת הזרע והן בהליך של פונדקאות חו"ל, הטילו ההנחיות על מבקשי צו ההורות להגיש מסמכים המוכיחים התקיימות רכיבים אלה, ויש לתמרץ את בתי המשפט בסיוע נציגות המדינה לבחון היטב מסמכים אלה ולא כמצוות אנשים מלומדה.<sup>277</sup>

מצויד בתבונות אלה אפנה כעת לעסוק בנושאים שעודם שנויים במחלוקת והם אופיו של הצו כצו מכונן או הצהרתי, היכולת להפעילו רטרואקטיבית והדרישה להסתפק בהצהרת הורים אף ללא צו שיפוטי לצורך רישומם במרשם. בנושאים אלה יעסקו שני הסעיפים הבאים.

#### (ג) אופיו של צו ההורות כצו מכונן ושאלת הרטרואקטיביות

בפסיקה הדינית שעסקה בצו ההורות הפסיקתי נחלקו הדעות בשאלה אם מדובר בצו מכונן, דהיינו צו היוצר את ההורות מן הבחינה המשפטית, או בצו המצהיר על מציאות קיימת.<sup>278</sup> בית המשפט העליון, בהובלת השופט הנדל ובהסכמת כמעט כל השופטים שעסקו בכך עד היום, הכריע שמדובר בצו מכונן הן במקרה של תרומת הזרע<sup>279</sup> והן

276 ראו לעיל פרק ג, חלק 1.

277 ראו הנחיות הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 212, בעמ' 33–34. עם זאת, ההנחיות לא מפרטות על דרכי ההוכחה כאמור ויתכן שהיה מקום להרחיב בכך. וראו בהקשר זה את ביקורתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 24, פס' 22 לפסק דינו.

278 לפסיקה של בתי המשפט הדיוניים לפיה יש לסווג את הצו כצו מכונן, ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 36564-02-17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוניס**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שבה (פורסם בנבו, 22.3.2018) וכן ראו פרשת **היועמ"ש חיפה**, לעיל ה"ש 38, פס' 43 לפסק הדין. ראו גם פרשת **היועמ"ש נ' ש.ט.**, לעיל ה"ש 234, פס' 13 לפסק הדין. עוד ראו עמ"ש (מחוזי מרכז) 2183-11-17 **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.מ.ד.** (פורסם בנבו, 20.12.2018); לפסיקה לפיה מדובר בצו מצהיר ראו פרשת **א.א.ב.צ. נ' היועמ"ש**, לעיל ה"ש 209, פס' 12 לפסק הדין וכן ראו פרשת **ט.ב. נ' היועמ"ש**, לעיל ה"ש 242, פס' 14 לפסק הדין. לסקירת המחלוקת ותמיכה בעמדה הרואה ההורות כצו מכונן, ראו גם מרגלית "צו ההורות הפסיקתי", לעיל ה"ש 209, בעמ' 140–141.

279 ראו פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 23.



במקרה הפונדקאות.<sup>280</sup> לדעתי, צדק בית המשפט העליון בהכרעתו, וזאת הן במישור הדין המצוי והן במישור הדין הראוי. צו מצהיר כשמו כן הוא, בוחן מציאות משפטית קיימת, אך אינו יוצר אותה כשלעצמו. משום כך, על פי התפיסה הרואה בצו ההורות צו המצהיר על מציאות קיימת, הסכמת הצדדים לשמש כהורים היא שיצרה את ההורות המשפטית. על פי תפיסת זו, אף אם ההורים אינם פונים לקבלת צו הורות, אילו התעוררה שאלת ההורות של ההורה הלא ביולוגי בהליך אחר, למשל אגב סכסוך בין ההורים או לאחר מותם במקרה של ירושה, היה על בית המשפט להכיר בהורותם המשותפת למרות היעדרו של הצו. ברם, העמדה החד-משמעית של הדין הקיים בישראל הינה שלא ניתן לכונן הורות בהסכמה ללא הסמכה קונקרטיה בחוק. בהיעדר צו הורות אינו רואה אפוא כיצד יוכל בית המשפט להתייחס לשני בני הזוג כהורים על פי המצב המשפטי הקיים. משכך, אינו רואה כיצד במצב המשפטי הקיים ניתן לסווג את הצו כצו מצהיר. אף במישור הדין הראוי, החשיבות הציבורית של תהליך המיסוד, הצורך בפיקוח על תוכני ההסכמה, הצורך בפיקוח על התקיימותו של תנאי הכשירות של ההורה המיועד, על אי-הניצול של הפונדקאית במקרה של פונדקאות חו"ל ובמיוחד הצורך לנתק את קשרי ההורות הקודמים בשני המקרים – כל אלה מובילים למסקנה שעד להשלמת ההליך המנהלי והפיקוח השיפוטי אין להכיר בהורות החדשה.

עם זאת, אין קשר הכרחי בין שאלת אופיו של הצו כצו מכונן שבלעדיו אין להכיר בקיומה של הורות לבין שאלת תחולתו הרטרואקטיבית, דהיינו בנוגע לשאלה אם משהוכרה ההורות על ידי בית המשפט, ניתן לקבוע שמן הבחינה המשפטית ייחשבו ההורים כהורים החל מנקודת זמן מוקדמת לזו שבה ניתן הצו. כאמור, אלה הם למשל פני הדברים בהקשר של תרומת הזרע. חרף סיווג הצו כצו מכונן הורו הנחיות הצוות הבין-משרדי לראות את התקופה של שלושה חודשים שלאחר הלידה, שהוארכה לאחר מכן על ידי בית המשפט העליון לתשעה חודשים, כיום אחד ארוך שבו ניתן להגיש את הבקשה ולהכיר בהורות מיום הלידה.<sup>281</sup> חרף ההתחכמות האנליטית המציגה תשעה חודשים כיום ארוך, באופן מעשי מדובר בנכונות להחלה רטרואקטיבית של צו הורות מכונן, המשקפת מדיניות המאזנת בין הצורך בהכרה מהירה בהורות המשותפת לבין הרצון שלא להכביד יתר על המידה על ההורים המיועדים. לעומת זאת, בהקשר של פונדקאות חו"ל, ההנחיות מאפשרות להגיש את הבקשה לצו ההורות החל מיום הגשת הבקשה לבדיקת אבהות של האב הביולוגי ועד לתקופה של שנה לאחר חזרת בני הזוג ארצה, אך אינן נכונות להגדיר תקופה הסמוכה למועד ההגשה הראוי שבנוגע אליו תוכר ההורות באופן רטרואקטיבי. מדיניות זו אושרה בפרשת פונדקאות חו"ל, שבה ביקש השופט מינץ, בדעת מיעוט, לאסור באופן גורף את האפשרות להכיר בצו ההורות באופן רטרואקטיבי, בעוד השופט

280 ראו פרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23.

281 ראו הנחיות הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 212, בעמ' 31.

הנדל פתח פתח לתחולה רטרואקטיבית של הצו בנסיבות חריגות במיוחד, 282 והיא עומדת כעת לבחינה מחודשת בדיון נוסף.

כאמור לעיל, עיגון מהיר ככל האפשר של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ לצורך מימוש הזכות להורות ולצורך הגשמה של טובת הילד. בהתאם לכך, קביעת פרק זמן קצר יחסית לאחר הלידה שבו ניתן להגיש בקשה לצו הורות שתפעל רטרואקטיבית עשויה להיות תמריץ מהותי עבור ההורים להגיש את הבקשה לצו סמוך ככל האפשר ללידה, ובמקרה של תרומת הזרע, שבו הדבר אפשרי, מוטב לתמרצם להגיש את הבקשה עוד לפני הלידה. משום כך, אינני משוכנע שטוב עשה בית המשפט העליון משהרחיב את התקופה שבמסגרתה יפעל צו ההורות באופן רטרואקטיבי במקרה של תרומת זרע משלושה חודשים במקור לתשעה חודשים. לדעתי, הן בשל האפשרות להגשת הצו עוד לפני הלידה ולנוכח החשיבות בעיגון ההורות מוקדם ככל האפשר ניתן היה להסתפק בתקופה קצרה יותר של שישה חודשים, שלה גם הסכים היועץ המשפטי לממשלה.

מנגד, אני סבור שהשלילה המוחלטת של אפשרות התחולה הרטרואקטיבית במקרה פונדקאות חו"ל, שבה תמך השופט מינץ, אינה מוצדקת, ושגם הסדקים שפתח השופט הנדל בפסק דינו צרים מדי. השופט הנדל נימק את המדיניות המבקשת שלא להכיר בתחולה הרטרואקטיבית של הצו בעיקר בצורך לנתק את זיקת ההורות של הפונדקאית ובחשש שתחולה רטרואקטיבית תוביל להכרה במציאות משפטית של שלושה הורים. ברם, כפי שבית משפט העליון מציין בפרשה הנ"ל, צו הורות מותנה בבחינה מהותית של בית המשפט על כך שקשר ההורות של הפונדקאית נותק. משכך, לא תהיה זו הכבדה יתרה לצפות מבית המשפט, בסיוע הגורמים מטעם המדינה המנסחים את תגובתה לבקשה ולנוכח המסמכים שיוצגו על ידי המבקשים, לשלב במסגרת הבחינה המהותית של השאלה אם נותק הקשר ההורי גם הכרעה באשר לעיתוי שבו פקע. במקרה כזה ניתן, על פי כללים שייקבעו, לאפשר הכרה רטרואקטיבית בהורות החל מהשלב שבו נותקה הזיקה ההורית הקודמת עבור מי שיגישו את הבקשה בסמוך למועד המוקדם האפשרי, כגון אלה שיגישו את הבקשה בחצי השנה שחלפה מיום הגשת הבקשה להכרה בהורות ההורה הביולוגי. בכך יתומצו ההורים להסדיר בזמן סמוך ככל האפשר את ההורות המשותפת, באופן שימנע היררכיה בין ההורה הביולוגי ובין ההורה הלא ביולוגי. יתרה מזו, עצם החשש של בית המשפט מפני עיגון תאורטי של מציאות של שלושה הורים איננו חמור כפי שנראה במבט ראשון. אכן, אני מסכים עם כך שהכרה משפטית במציאות ממשית של שלושה הורים היא עניין מורכב הדורש הסדרה על ידי המחוקק. בה בעת, בשלב שבו בית המשפט דן בשאלת ההורות הוא מתבסס על הכרעתו שקשר ההורות של הפונדקאית כבר נותק. אם כן, גם אם לנוכח הכרעתו כעת על החלה רטרואקטיבית של ההורות של ההורה הלא ביולוגי במקרה הפונדקאות תיווצר תקופת זמן מסוימת שבה התקיימה בדיעבד בזמנית הורות משולשת, מדובר בחפיפה שלא התקיימה בזמן אמת,

282 ראו דנ"א פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 18.

ומשום כך איני רואה כיצד יכולה להיות לכך משמעות מעשית. בהתאם לכך, נדמה לי שהיה נכון לקבוע כלל אצבע נדיב יותר כלפי ההורים המיועדים בפונדקאות חו"ל, כזה שיאפשר הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי החל מן היום שבו הוכח לשביעות רצונו של בית המשפט שהוסרה הזיקה ההורית של האם הפונדקאית.

(ד) האם ניתן להמיר את צו ההורות הפסיקתי ברישום – מבט מוסדי על פרשת צור-וייסלברג

אפנה להלן לפרשת צור-וייסלברג ולדרישה של בנות הזוג שם להסדיר את ההורות של האם הלא ביולוגית באמצעות רישום שיערך בעת הלידה, אף ללא צו שיפוטי כמקובל בנוגע לבני זוג ממין שונה.<sup>283</sup> הרצון של בני הזוג מאותו המין להסתפק ברישום מובן. ראשית, רישום במרשם הנעשה ברגיל כבר בבית החולים על בסיס הצהרת בני הזוג הינו פרוצדורה זמינה וזולה. שנית, רישום בן הזוג כהורה בעת הלידה מגשים את התכלית של עיגון המעמד של ההורה הלא ביולוגי כהורה משפטי סמוך ככל האפשר לשעת הלידה. שלישית, רישום הורה לא ביולוגי כהורה אושר בפרשת ממש מגד בעניין פונדקאות חו"ל. לבסוף, רישום ההורה הלא ביולוגי כהורה מצמצם את הפער המשפטי בין ההורות הלא ביולוגית לבין ההורות הביולוגית, שאינה דורשת הליך של מיסוד בוודאי שלא פסק דין משפטי ובכך היא תורמת לכאורה לערך השוויון.

ברם, מנקודת המבט המוסדית, דווקא בשל הרצון לתמוך בהורות של בני הזוג מאותו המין יש לדחות את האפשרות לרישום את בן הזוג הלא ביולוגי כהורה במרשם על בסיס הצהרת ההורים ויש לעמוד על הדרישה לצו שיפוטי.

ראשית, במציאות המשפטית הקיימת בישראל המרשם אינו יוצר זכויות מהותיות.<sup>284</sup> משום כך, רישום שאינו מלווה בצו פסיקתי עלול להחליש ביום פקודה את היכולת של ההורה הלא ביולוגי לפעול למען ילדו. ודאי שזהו המצב כאשר יתעורר סכסוך בין ההורים ובין ההורה הביולוגי, בשונה מהרשויות המסתמכות על המרשם, אשר יעורר את עניין ההורות. מנגד, המרשם אף אינו יוצר מחויבויות הדדיות, דבר שעשוי להחליש את המחויבות ההורית של ההורה הלא ביולוגי.

אכן, בעניין ממש מגד אושר לרישום הורה לא ביולוגי במרשם. ברם, כפי שראינו בהקשר של פונדקאות חו"ל, החולשות של המרשם הובילו חלק מן השופטים למסקנה שיש לשלול את אפשרות הרישום ללא צו פסיקתי מהותי גם במקרה פונדקאות חו"ל.<sup>285</sup> שופטים אחרים סברו שלנוכח ההלכה המורשת, הדורשת מפקיד הרישום שלא לבחון

283 ראו פרשת צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 14, פס' 8-13 לפסק הדין של השופט מלצר.

284 ראו פרשת ממש מגד, לעיל ה"ש 24, פס' 44 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם פרשת מור יוסף, לעיל ה"ש 23, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל ("הרישום מהווה ראיה לכאורה בלבד").

285 ראו את דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת ממש מגד, שם, פס' י' לפסק דינו.

באופן מהותי תעודות שהוצאו על ידי גורמים חיצוניים, הלכה שמקורה בקשיים שמעוררים דיני הנישואים הדתיים בישראל וברצון להציב להם חלופה אזרחית, אין מנוס מרישום על בסיס הוצאת תעודה כזו.<sup>286</sup> עם זאת, כמעט כל השופטים דבקו בדעה שרישום שלא ילווה בצו שיפוטי אינו מספק ושבמידה רבה הוא יעמיד מכשול בפני הורים שיסתפקו בו.<sup>287</sup> על רקע דברים אלו ולנוכח העובדה שבמקרה של תרומת הזרע אין מדובר בתעודה ציבורית אלא ברישום על בסיס הצהרה, אין כל הצדקה לפתוח פתח לא הכרחי למהלך היוצר פער בין הסטטוס המשפטי לסטטוס הרישומי ושבת המשפט עצמו הגדיר אותו בבחינת "לפני עיוור לא תיתן מכשול". בהערת אגב, ומבחינת למעלה מן הצורך, אציין שהלכת **ממט מגד** נפסקה כאשר צו ההורות הפסיקתי היה בחיתוליו, בטרם נערכו ההנחיות המעודכנות של הצוות הבין-משרדי בדבר צו ההורות ובטרם עברו את שבט ביקורתו של בית המשפט העליון בנושאים שונים. בנסיבות אלה מובן הרצון של בית המשפט העליון באותה פרשה, נכון לזמנה, שלא לחסום את מסלול הרישום למרות הקושי המתעורר מנקודת המבט המוסדית. דומני שכיום הגיעה העת לחשוב מחדש גם על הלכה זו. סבורני כי לנוכח חשיבות העיגון המשפטי של ההורות והנוק הצפוי לילדים שהוריהם עלולים להתפתות להסתפק ברישום, וכאשר מביאים בחשבון שצו ההורות הפסיקתי הוא כבר מוסד מגובש ונגיש במשפטנו, ראוי לשקול דרישה של צו פסיקתי כתנאי לרישום אף בפונדקאות חו"ל. לכך יש להוסיף את העובדה שהליך הרישום המבוסס על תעודת חו"ל אינו מאפשר בחינה מהותית של חוקיות ההליך במדינה שבה התקיימה הפונדקאות, בחינה של תנאי כשירות מינימליים שיש להתעקש עליהם גם כאשר מדובר על פונדקאות בחו"ל והסרת הספק אם הזיקה של הפונדקאית לילד הוסרה כדין. אומנם נושא זה אינו עומד בימים אלה לדיון משפטי מחודש ולכן לא ארחיב בו, אך אחתום בכך שאמליץ על חשיבה מחודשת על עמדת הפסיקה בנושא. ייתכן שלצורך הבחנה מן ההלכות המאפשרות רישום על בסיס תעודה ציבורית המעידה על נישואים בחו"ל נדרש גם תיקון חקיקתי המבחין בין נישואים לבין הורות, ולפיו לא תירשם הורות על בסיס תעודה מחוץ לישראל ללא פיקוח שיפוטי.

אשוב כעת לדיון בפרשת **צור-וייסבלרג**, שעניינה כזכור אפשרות הרישום של ההורה הלא ביולוגי כהורה על בסיס הצהרת הצדדים וללא צו שיפוטי במקרה שבו נערכה תרומת הזרע בישראל.

מנקודת המבט הממוקדת בדין המצוי, ניתן היה להסתפק בדברים שנאמרו עד כה כדי להצדיק את תוצאת פסק הדין, אשר שללה את הרישום על בסיס הצהרה. ואולם, להשקפתי, אף אילו יצר הרישום זכויות מהותיות, עדיין הסדרת מעמדו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות רישום המבוסס על הצהרה אינה ראויה.

286 ראו שם, לעיל ה"ש 218.

287 ראו שם, לעיל ה"ש 219.

בדיון בנוגע לתהליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי עמדתי על כך שתוכני הליכה של ההורות אינם ניתנים להתנאה על ידי הצדדים. עוד עמדתי על החשיבות של בחינה מיוחדת של גמירת הדעת של הצדדים, על קבלת ההחלטה במתינות ועל היעדר לחץ רגשי או כלכלי. נוסף על כך, עמדתי על הצורך להבהיר לצדדים כבר בעת כינון ההורות שהחלטה להתייחס לשניהם כהורים היא החלטה סופית ולא הפיכה.<sup>288</sup> ההליך הרישומי רחוק מלהגשים תכליות אלה. ראשית, המרשם אינו דורש התייצבות בפני רשות הבוחנת את גמירת הדעת של הצדדים, והוא מוודא שלשני ההורים המיועדים נהירה המשמעות הלא הפיכה של ההורות וקיומה גם במנותק מהמשך הקשר הזוגי. יתר על כן, במציאות הישראלית, ההודעה על רישום נערכת בבית החולים.<sup>289</sup> נדמה לי שקשה לחשוב על סיטואציה מורכבת, רגשית ונתונה ללחצים יותר מאשר הסיטואציה בבית החולים לאחר הלידה. המחשבה שדווקא בשעה זו יוכרע מעמדו של ההורה הלא ביולוגי כהורה אינה מתאימה לתכלית של הליך האישור ככזה המבטיח גמירת דעת מלאה והבנה מעמיקה של משמעות ההתחייבות. ודאי שהודעה פרטית דרך המרשם אינה מגשימה את הצורך לבסס את ההיבט הציבורי של יצירת הורות.

עוד אזכיר שההליך הרישומי, שכזכור מבוסס על ההיבט הטכני של המרשם ועל שיקול הדעת המצומצם של פקיד הרישום, אינו מאפשר פיקוח שיפוטי או אפילו מנהלי על תנאי הכשירות הנדרשים מן ההורה המיועד ועל כך שניתוק הקשר של התורם נערך בצורה ממוסדת וראויה. לנוכח התגברות הפרקטיקה של תרומות זרע הנלקחות באופן פרטי מתורם ידוע שאינו מתכוון לשמש כהורה,<sup>290</sup> פיקוח כזה נחוץ לא רק במקרה הפונדקאות, אלא גם במקרה של תרומת הזרע.

(ה) והשוויון מה יהיה עליו?

כנגד המסקנה שלפיה צו ההורות במקרה של ההורה הלא ביולוגי הינו צו מכוון, כמו גם כנגד המסקנה המצדיקה את שלילת האפשרות לרשום את בן הזוג כהורה במרשם על סמך הצהרתו, ניצב לכאורה טיעון השוויון.

לטיעון זה שני היבטים: ההיבט הראשון עניינו ההבחנה בין הורות של שני בני זוג ביולוגיים לבין הורות שבה אחד מבני הזוג איננו הורה ביולוגי. ההיבט השני עניינו ההבחנה בין הורותם של בני זוג מאותו המין לבין הורותם של בני זוג ממין שונה במצבים שבהם אחד מבני הזוג אינו ההורה הביולוגי.

288 ראו לעיל פרק ג, חלק 2, ס' (ב).

289 ראו ס' 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

290 על התגברות הפרקטיקה של תורמי זרע ידועים המציגים את עצמם בשלב ראשון כהורים וכבני זוג של נתרמת הזרע ולאחר מכן מבקשים להתנער מהורותם ראו הנחיות הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 212, בעמ' 24. משיחות שערכתי עם פעילים בשדה אף דיווחתי על כמה מקרים שבהם אבות ביולוגיים כאמור מבקשים לאחר מכן להתנער מאבהותם באמצעות הליך של הסכמה לאימוץ.

אפתח בהיבט הראשון. על פי טיעון זה, כשם שבהורות ביולוגית לא נדרש תהליך עיגון לצורך כינונה או רישומה במרשם, אין צורך בהליך כזה גם כאשר מדובר בהורות שאינה ביולוגית.

בית המשפט ביקש לדחות טענה זו באמצעות הבחנה בין הממד העובדתי שבהורות הביולוגית לבין הממד המשפטי שבהורות הלא ביולוגית.<sup>291</sup> אם הבחנה זו משמעה שההכרה העקרונית בהורות הביולוגית כהורות אינה דורשת הכרעה משפטית, האי שהיא אולי תואמת את הגישה הטבעית,<sup>292</sup> אך אינה יכולה להתקבל על דעתה של הגישה המוסדית, שכן גישה זו מבהירה שגם ההכרה המשפטית בהורות הביולוגית היא החלטה חברתית. דומה שגם השופט הנדל, שהיה בין שופטי הרוב בפרשת צור-וייסלברג, מסכים לכך.<sup>293</sup>

עם זאת, מחשבה מעמיקה יותר תגלה כי הגישה המוסדית תדחה את טיעון השוויון ותעמוד על ההבחנה בין ההורות הביולוגית, שיש להצהיר עליה במקרה קונקרטי, לבין ההורות של בן הזוג הלא ביולוגי, המבוססת על ההסכמה המשותפת, שיש לכוננה בהליך ממוסד המוודא ומאשר את ההסכמה המשותפת בין הצדדים וכולל גם פיקוח שיפוטי. ראשית, במוקד הגישה המוסדית עומדת ההבנה שהשאלה אם וכיצד תוכר ההורות היא הכרעה ערכית חברתית, שיש לערוך אותה בהתאם לאתיקת ההורות. עיון בערכים העומדים בבסיס אתיקת ההורות ובמיוחד ערך האחיות יגלה כי קיימת הצדקה חברתית להבחנה בין ההורות הביולוגית לבין ההורות הלא ביולוגית. על פי הבחנה זו, בעוד עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי מבוסס על ההסכמה המשותפת והמודעת של שני בני הזוג לקבלת אחריות הורית משותפת, ההורות הביולוגית אינה מבוססת, ולא ראוי שתהיה מבוססת, על ההסכמה משותפת של שני בני הזוג לשמש הורים משותפים, אלא על קבלת הסיכון הטמונה בקיום יחסי מין שעשויים להוביל להולדת אדם. להלן אסביר את דבריי. מבלי להיכנס לעובי הקורה של הדיונים הפילוסופיים בעניין, התפיסה החברתית העומדת בבסיס ההכרה המשפטית, שלה שותפות כמעט כל המדינות המוכרות, באשר למחויבות ההורה הביולוגי כלפי ילדו הינה שעצם הבאת ילד לעולם, ואפילו עצם קיום יחסי מין מזדמנים אגב נטילת סיכון שייולד מהם ילד, מטילה על ההורה את האחריות המוסרית והמשפטית כלפיו.<sup>294</sup> בהתאם, ההחלטה החברתית המקובלת במרבית המדינות

291 טיעון ההבחנה בין ההורות הביולוגית, שהיא עובדה, לבין ההורות הלא ביולוגית, שהיא עניין משפטי הדורש כינון, עובר כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23.

292 ראו בעניין זה את השתקפות הגישה הטבעית בפסיקה, לעיל ה"ש 38.  
293 ראו בהקשר זה את דבריו של השופט הנדל בפרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 23, פס' 9 לפסק דינו. שם, הוא עומד על כך שגם החלטה להכיר בהורות ביולוגית היא הכרעה חברתית.

294 ראו פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצגי־שווא לגבי שימוש באמצעי־מניעה" משפטים יח 459 (1988). המבחין בין גישות המטילות חובת הורות על אב שלא התכוון לכך, בשל הרצוניות של יחסי המין לבין גישות הרואות בכך ביטוי לתפיסה מוסרית שלפיה אדם חייב באחריות כלפי יוצאי

לעת הזאת הינה להבנות את מוסד ההורות הביולוגית כמוסד רוחבי, המבוסס על עצם קיום הקשר הביולוגי, למעט במקרים המגודרים היטב, של האימוץ, תרומת הזרע והביצית והפונדקאות, שבהם מלכתחילה, במקרה התרומה והפונדקאות, או בדיעבד, במקרה האימוץ, נערך תהליך ממוסד ומורשה המפקיע את ההורות של ההורה הביולוגי.<sup>295</sup> משכך, ההורות הביולוגית אינה מבוססת על התחייבות חוזית במובנה המקובל, ובוודאי אינה מבוססת על התחייבות של שני ההורים להורות משותפת. דרישה לעיגון המחויבות ההורית של ההורה הביולוגי בהסכמה פורמלית ובהליך עיגון ממוסד של ההורות המשותפת עלולה לפיכך לחתור תחת מטרה חברתית זו ולאפשר לאבות ביולוגיים שלא לעגן את הורותם, ובכך לחמוק מן ההורות ולהחליש את ערך האחריות ההורית.<sup>296</sup>

לעומת זאת, דווקא על פי הגישה הליברלית, מוסד ההורות הלא ביולוגית מבוסס על ההסכמה המשותפת של בני הזוג להורות. משכך, לצורך ביסוסו, חיזוקו והגדרתו נדרש מהלך שיבחין בין מקרים שבהם הקשר הזוגי מתקיים במנותק מן ההורות לבין מקרים שבהם החליטו בני הזוג במשותף, מתוך הסכמה מודעת ומתוך שיקול דעת, על הבאת ילד לעולם כילד משותף. מהסיבות שתוארו במאמר זה בהרחבה, התבססות על החלטה פרטית ללא פיקוח על תכניה ועל דרך השגתה עלולה להשיג תוצאות לא ראויות מנקודת מבט של טובת הילד וההגנה על הצדדים המעורבים.

נוסף על כך, לנוכח העובדה שמוסד ההורות הלא ביולוגית הוא מוסד חדש ולא מבוסס, זניחת הדרישה להליך ממוסד ולפיקוח שיפוטי והותרתה של קביעת ההורות להסכמות פרטיות עמומות לעיתים וניתנות לשינוי עלולה לחתור תחת המוסד החברתי של ההורות הלא ביולוגית וערך האחריות הטמון בהורות ובוודאי לא לחזקו. ההבחנה בין המקרים באשר לנחיצותו של תהליך העיגון של ההורות מוצדקת אפוא לנוכח התכליות השונות וההשלכות השונות של דרישת הליך כזה בשני המקרים.

חלציו. לדין בעולם המערבי בנושא זה ראו: Michael J. Higdon, *Fatherhood by Conscriptio*n: *Nonconsensual Insemination and the Duty of Child Support*, 46 GA. L. REV. 407, 426–431 (2012); Michelle Oberman, *sex, Lies, and the Duty to Disclose*, 47 ARIZ. L. REV. 872, 891 (2005); עוד ראו בהרחבה, קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האימהות במשפט הישראלי" **משפטים** מח 521 (2019). אולם, השוו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 30, בעמ' 872, המבקש להציג את המחויבות של ההורה הביולוגי כמעין התחייבות חוזית. כן ראו מרגלית "לקראת נקודת איזון", לעיל ה"ש 111, לטענתו יש לצמצם את המחויבות של הורה ביולוגי כאשר זו אינה מבוססת על מחויבות רצונית.

295 על הדרישה של הגישה המוסדית להבחין בין קטגוריית ההורה לקטגוריית התורם, ראו ליפשיץ "שילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 16.

296 לבעיה החברתית של הורים, בעיקר גברים, מתנערים ולניסיון החברתי להיאבק בה בארצות הברית ראו למשל, *Obama's Father's Day Remarks*, N.Y. TIMES (June 15, 2008), <http://nyti.ms/3q0W4iR> וכן ראו Cynthia R. Mabry, *Disappearing Acts: Encouraging Fathers to Reappear for Their Children*, 7 J.L. & FAM. STUD. 111 (2005).

זאת ועוד, הבחנה נוספת בין ההורות הביולוגית להורות שאינה ביולוגית טמונה בצורך בפיקוח על טיבו של הליך הפונדקאות והצורך לנתק זיקות הוריות קודמות, הן במקרה הפונדקאות והן במקרה של תרומת הזרע. הצורך בפיקוח על הליך יצירת ההורות וניתוק הזיקות הקודמות אינם מתקיימים במקרה שבו שני ההורים הינם הורים ביולוגיים, ועל כן גם מסיבה זו יש הצדקה מהותית להבחנה בין המקרים ולהכרה בהורות הביולוגית כהורות שאין צורך לכווננה בצו ושניתן להצהיר עליה לצורך המרשם, לעומת הורות לא ביולוגית, הדורשת הליך וצו כתנאי לתוקפה ולרישומה.

ומכאן להיבט השני של טענת השוויון. הגישה המוסדית מקבלת את עמדת השופט מלצר, שלפיה הבחנה בין בני זוג מאותו המין לבין בני זוג ממין שונה מוצדקת רק כאשר היא מבוססת על ההנחה שההורות במקרה השני מבוססת על ביולוגיה.<sup>297</sup> הנחה שמסיבות מעשיות, כמו גם בשל רצון להגן על פרטיות הצדדים ובמקרה של יהודים בישראל גם בשל חשש הממזרות, לא ניתן לחוקרה ולאששה בכל המקרים.<sup>298</sup> מנגד, במקרה של זוגיות שבה ברור שאחד מן ההורים איננו הורה ביולוגי אכן אין הצדקה להבחנה בין בני זוג מאותו המין ובין בני זוג ממין שונה. לנוכח עמדה זו, מוצדקת עמדת המדינה שהדגישה שאף במקרה של בני זוג ממין שונה, לצורך רישומו במרשם של בן הזוג שאיננו הורה הביולוגי נדרשת הצהרה שלפיה הוא ההורה הביולוגי ושבתמקרים שבהם בן הזוג ממין שונה אינו ההורה הביולוגי יידרש מהלך של צו פסיקתי.<sup>299</sup> בשולי הדיון בפרק זה אזכיר שבמדינות מסוימות, עצם לידתו של ילד למסגרת נישואים או קשר זוגי ממוסד אחר עשויה להספיק לצורך סיווגו של ההורה הלא ביולוגי כהורה, וזאת גם אם יוכח שמבחינה ביולוגית אין מדובר בהורה ביולוגי.<sup>300</sup> במדינות אלה, בעקבות ההכרה בנישואים בין בני זוג מאותו המין,<sup>301</sup> הועלתה הטענה שיש ליישם את הכללים הנהוגים על בני זוג ממין שונה גם על בני זוג מאותו המין.<sup>302</sup> במאמר המצוי

297 ראו פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14, פס' 46 לפסק הדין של השופט מלצר ("הנחת המוצא, עליה מתבסס מרשם האוכלוסין, שהיא כאמור קיום זיקה ביולוגית בין הורה לבין הילד, מסבירה את היחס השונה המוענק לקבוצת פרטים, אשר לכאורה יש להם קשר ביולוגי לילד, לעומת היחס הניתן למי שברור שהוא נעדר קשר ביולוגי לילד") וכן פס' 50 לפסק דינו ("קיים שוני רלבנטי בין זוג הטרוסקסואלי הרשום כנשוי לבין זוג נשים מאותו המין הרשומות כנשואות, שכן בקרב הקבוצה הראשונה תקום חזקה (הניתנת לסתירה) בדבר זיקה ביולוגית, וביחס לקבוצה השנייה חזקה זו (הניתנת גם היא לסתירה) איננה חלה, שכן הנחת המוצא היא הפוכה – ולפיה לא קיימת זיקה ביולוגית בין בת הזוג של האם היולדת לבין הילד").

298 לדיון בנושא ראו לעיל ה"ש 39-40.

299 ראו פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 14, פס' 20 לפסק הדין של השופט מלצר.

300 כן ראו את הסקירה אצל Feinberg, *Restructuring*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 256-260.

301 להכרה בנישואים בין בני זוג בארצות הברית, ראו Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 135 S. Ct. 2584.

302 ראו למשל Feinberg, *Restructuring*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 260-266.



בהכנה טענו איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן<sup>303</sup> שיש לפתח גם בישראל תפיסת הורות המבוססת על קשר זוגי. על בסיס טענה זו הן מבקרות, אף במישור הדין המצוי, את פרשת צור-וייסלברג. לגישתן, אם מדובר בבני זוג, ראוי היה לאפשר רישום של בני הזוג מאותו המין, לרבות ההורה הלא ביולוגי, כהורים על בסיס ההצהרה בפני פקיד המרשם על קיום הורות משותפת.

השאלה אם בעולם אידאלי נכון לכונן מסלול הורות המבוסס על לידת ילד במסגרת קשר זוגי היא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי. בקצרה אציין שלא ניתן לתת תשובה גורפת לשאלה זו ללא התייחסות לשאלות הבאות: (1) מה טיבו של הקשר הזוגי, האם מדובר רק בנישואים או בקשר זוגי פורמלי אחר המוכר על ידי המדינה כגון ה־civil union המקובל במדינות מסוימות בארצות הברית, או גם בקשרים זוגיים לא פורמליים המוכרים לצורך קבלת זכויות משפטיות מסוימות, כגון קשרים בין ידועים בציבור? (2) האם הקשר הזוגי יהיה תנאי מספיק לצורך כינון ההורות, או שמא תידרש הסכמה פורמלית מצד בני הזוג על רצונם בהורות משותפת כתנאי להכרה בהורות, ואם האפשרות השנייה נכונה, במה שונה ההורות המבוססת על הזוגיות מההורות המבוססת על הסכם? ובעיקר (3) מה יהיו תכניו של המסלול במקרים שבהם ההורה הלא ביולוגי או ההורה הביולוגי מתכחשים להורות בשלב כלשהו לאחר הלידה, אם בשל העובדה שהאב הלא ביולוגי סבר מלכתחילה שהוא האב הביולוגי ואם מסיבות אחרות?<sup>304</sup>

מכל מקום, במציאות הישראלית הנוכחית כינון מסלול כזה אינו רלוונטי ואינו ראוי. בניגוד למצב המשפטי בארצות הברית ובמדינות נוספות בעולם המערבי, נישואים בין בני זוג מאותו המין אינם מוכרים בישראל, ואף ברית הזוגיות, שכוננה עבור חסרי דת, אינה פתוחה עבור בני זוג מאותו המין.<sup>305</sup> פתיחת הפתח למסלול כזה אך ורק לזוגיות פורמלית המוכרת על ידי המדינה תעמיק אפוא את ההפליה כלפי בני זוג מאותו המין. מנגד, פתיחת הפתח להתבססות על המסלול הזוגי גם בנוגע לידועים בציבור מעוררת קושי רב בשל ההגדרה העמומה של ידועים בציבור בישראל, הגדרה שאינה כוללת משך זמן של מגורים משותפים, דרישה פורמלית לכתובת משותפת או חשבון בנק משותף וכדומה<sup>306</sup> ועל פי

303 ראו איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" (מצוי בהכנה).

304 לפחות בגרסה שהובאה על ידי בלכר-פריגת, זפרן ונעמן, שם, הן נמנעות מלהשיב על השאלות הללו בשל חדשנותן ומעדיפות להותיר את העיסוק בהן למאמרים נוספים. להשקפתי, ללא התייחסות מקיפה לשאלות הללו קשה להבין את טיבה של ההורות מבוססת הזוגיות המוצעת במאמר ובוודאי לא לגבש כלפיה עמדה ערכית.

305 ראו חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.

306 ראו שחר ליפשיץ **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 24–25, 93–94 (2005).

דעות מסוימות היא עוסקת גם בבני זוג שכלל אינם מתגוררים יחדיו.<sup>307</sup> לנוכח הדרישה של הגישה המוסדית להגדרה ברורה ויציבה של "מיהו ההורה", ברור שביסוס הגדרת ההורות על הגדרה כה עמומה של "מיהו בן זוג" אינה מהלך ראוי ואף עלולה להוביל לכך שהעמימות הקיימת במשפט הישראלי בקשר לשאלה "מיהו בן זוג" תזלוג לשאלה "מיהו הורה". בוודאי מנקודת מבט מוסדית לנוכח מגוון השאלות שהמסלול הזוגי להורות מעורר נדרשת הסדרה כוללת ומפורטת של מסלול כזה על ידי המחוקק והמצאתו על ידי הפסיקה יש מאין אינה נכונה. אין ספק שבנסיבות הללו הניסיון לקעקע את פסיקת בית המשפט העליון בפרשת צור-וייסלברג ולקבוע שעל פקיד הרישום לעגן את הורותם של בני זוג מאותו המין על סמך הגדרה חדשה של הורות מבוססת זוגיות, שכאמור תכניה ופרטיה עדיין אינם מוכרים בדין, ומבלי לתת את הדעת על הצורך בהליך ממוסד, המוודא הסכמה מודעת ופיקוח על ניתוק הזיקות ההוריות הקודמות, אינו ניסיון משכנע.

#### ד. דברי סיום

במאמר זה הצעתי את הגישה המוסדית המונחית על ידי אתיקת ההורות כגישה הראויה להסדרת הרגולציה של ההולדה באמצעים מלאכותיים ולקביעת זהותו של ההורה המשפטי. הגישה המוסדית דוחה את הגישה הליברלית-אינדיווידואלית להסדרת ההורות, שעל פיה על המשפט לגלות שוויון נפש ולתמוך בכל דפוס של הורות שבחור אדם עבור עצמו, אגב התעלמות מערכים ואינטרסים ציבוריים ואף מטובת הילד העתידי. הגישה המוסדית אף דוחה את הגישה החוזית-כוונתית לקביעת זהותו של ההורה, גישה הנתמכת במקרים רבים על ידי תומכי החשיבה הליברלית-אינדיווידואלית. טענתי שההורות היא מוסד חברתי שיש להסדירו בהתאם לערכים ואינטרסים ציבוריים ובהתאם לאתיקת ההורות שבמרכזה האחריות והדאגה לטובת הילד. הסברתי מדוע לנוכח ההיבטים הציבוריים אין לקבל הסדרה חוזית של ההורות ושלעיתים יש מקום להגבלת הזכות להורות לנוכח שיקולים וערכים ציבוריים שונים. בה בעת, הגישה המוסדית דוחה בתוקף את הגישה השמרנית-מסורתית, הסבורה שעל המשפט לקדם אך ורק דפוסי משפחה מסורתיים המבוססים על קשר נישואים בין בני זוג ממין שונה וילדיהם, גישה הנשענת לעיתים על רטוריקה שלפיה הורות ביולוגית היא ההורות הטבעית. כאמור, על פי גישתי, ההורות הביולוגית דורשת הכרה ציבורית מן המדינה, ועל כן אין לראות בה עניין טבעי. ברמה הערכית, על פי גישתי, ערכי האוטונומיה והשוויון, כמו גם ערך האחריות ההורית והדאגה לטובת הניצבים במוקד האתיקה ההורית, מחייבים מתן מענה ותמיכה במגוון רחב של דפוסי משפחות, שבמרכזם קבלת האחריות ההורית והדאגה לילדים. משום כך יש לדחות את הדרישה של הגישה השמרנית-מסורתית להתנכרות משפטית כלפי דפוסי

307 ראו פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד-אוטונומיה בתוך אינטימיות" משפט ועסקים כד 341, 352-353, 360 (2021).

הורות שאינם תואמים את המודל המסורתי. המאמר התמקד בהורות של בני זוג מאותו המין והדגים את הגישה בנוגע לשתי סוגיות מרכזיות: הזדקקות של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים לפונדקאות והכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו הורות. בהקשר של הסוגיה הראשונה, תמכתי בזכות של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להביא ילדים בעולם באמצעות פונדקאית, זכות שעוגנה לאחרונה במשפטנו בפרשת **ארד-פנקס**, והסברתי כיצד הגישה המוסדית מספקת נדבכים נוספים לתמיכה זו. בהקשר של הסוגיה השנייה, הדיון העלה שהגישה המוסדית תומכת בעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי במקרים של פונדקאות חו"ל ושל תרומת הזרע ומצפה מן המדינה לייסד מסלולים נוחים, שבהם עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי יהיה קרוב ככל האפשר ללידה. לצד זאת, גישתי דחתה את האפשרות להכיר בהסדרה חוזית-פרטית של מעמד ההורה הלא ביולוגי ועמדה על הצורך בהליך ציבורי-מוסד ובפיקוח שיפוטי. בהקשר האחרון, גישתי תמכה בהכרעת בית המשפט העליון בפרשת **צור-וייסלברג**, שם נדחתה האפשרות לרשום את בת הזוג כהורה גם ללא צו הורות שיפוטי. הסברתי מדוע האנלוגיה להורות הביולוגית איננה מוצדקת, וזאת הן לנוכח היישום השונה של ערך האחיות ההורית בשני המקרים והן לנוכח הצורך בניתוק זיקות מתחרות, שאיננו קיים במקרה הביולוגי.

הגישה המוסדית נבדלת אפוא בהנחותיה ובמסקנותיה הן מהגישה הליברלית-אינדיווידואלית והן מהגישה השמרנית-מסורתית. עם זאת, אני מאמין שהדיון במאמר הציב על מקרים שבנוגע אליהם טוב יעשו שתי הגישות הללו אם יחשבו מחדש על עמדותיהן ומסקנותיהן המעשיות גם כאשר הן דבקות בהנחות היסוד שלהן.

כך, על תומכי הגישה הליברלית-אינדיווידואלית להכיר בכך שמתן תוקף מוחלט להסדרה חוזית של ההורות, ובכלל זה מתן תוקף להתקשרויות שבמסגרתן בני זוג מאותו המין מסכימים לאחר פרידתם על הפקעת ההורות של ההורה הלא ביולוגי, עלול לפגוע במוסד ההורות הלא ביולוגית באופן החותר תחת יסודות הגישה. נוסף על כך, על התומכים בגישה זו לשקול אם לא ראוי להמיר את הדרישה להליך הסכמי-פרטי-רישומי-טכני, המזכיר את אופן ההכרה בהורות הביולוגית, בתהליך ממוסד בעל גוון ציבורי קרוב ככל האפשר למועד הלידה, המבטיח את גמירת הדעת המשותפת של שני ההורים המיועדים ואת הסכמתם לכינון הלא הפיך והשוויוני של ההורות.

אני גם מקווה שהניתוח שנערך במאמר עשוי להוביל אף את תומכי הגישה השמרנית-מסורתית לחשב מחדש את דרכם בכמה עניינים. אכן, אין להכחיש שגישה זו אינה חולקת עם הגישה המוסדית את המחויבות לערכי האוטונומיה והשוויון, כמו גם את הנכונות להכיר ולתמוך במגוון דפוסי משפחה. עם זאת, חרף ההבדלים הללו בערכי היסוד, אני סבור שהערכים והצעדים המעשיים שאותם מקדמת הגישה המוסדית, ובכללם ערך האחיות ההורית והדאגה לטובת הילד, חיזוק מוסד ההורות כמשקף אחריות בלתי הדירה, חיזוק מוסד ההורות הזוגית והתמיכה בבחירה להביא ילד במשותף במסגרת זו,

### שחר ליפשיץ

הם ערכים שהגישה השמרנית-מסורתית שותפה להם. ברם, כפי שמאמר זה הראה, ההתעקשות של גישה זו על ההתנגדות להורות של בני הזוג מאותו המין מובילה את הגישה השמרנית-מסורתית למהלכים המקדמים הורות יחידנית ומעדיפים אותה על פני הורות זוגית. בהקשרים אחרים מובילה התנגדות הגישה למיסוד ההורות של בני הזוג מאותו המין לתמיכה במבנים משפחתיים לא יציבים ולפערים בין המציאות המשפטית למציאות המשפחתית, הפוגעים בטובת הילד ובערך האחריות ההורית. נוסף על כך, לנוכח אי-ההסכמה להורות של בני הזוג מאותו המין נמנע שינוי חקיקתי שיכול היה להגביר את הפיקוח על ההורות במיוחד, אך לא רק, כאשר מדובר על פונדקאות חו"ל, וזאת באופן שמחזק דווקא את ההיבטים הפרטיים של ההורות. משום כך, אני סבור שעל תומכי הגישה השמרנית-מסורתית לבחון מהם ערכי המשפחה שאותם הם מבקשים לקדם ואם ערך ההתנגדות לזוגיות בין בני זוג מאותו המין מצדיק לדעתם פגיעה בערכי משפחה נוספים, חשובים לא פחות.