

## אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין

שחר ליפשיץ

**דברי פתיחה – על תרומתו של השופט ג'ובראן לביסוס הזכות להורות וליישומה לגבי בני זוג מאותו המין.** א. הזכות להורות לנוכח אתיקת ההורות והיבטיה הציבוריים. 1. הקדמה על הגישה המוסדית-ציבורית ועל אתיקת ההורות. 2. הזכות לגדל ילדים והזכות להפוך להורה לנוכח אתיקת ההורות. ב. הזכות של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים: עבר הווה ועתיד. 1. מאבקם של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים להכרה בזכותם להביא ילדים לעולם באמצעות פונדקאות. 2. פסקי הדין המשלימים בפרשת ארד-פנקס וההכרה בזכותם של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין להתקשר בהסכמי פונדקאות. 3. השלב הבא: ההכרה בזכותם של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם כהורים משותפים. 4. הזכות להורות משותפת ביולוגית במקרה של בנות זוג מאותו המין. ג. **הזכות להכרה משפטית בהורות המשותפת של ההורה הביולוגי ובן זוגו מאותו המין.** 1. רקע – המאבק על ההכרה בהורות של בן זוגו מאותו המין של ההורה הביולוגי במשפט הישראלי. 2. פרשת ממש מגד ותרומתו של השופט ג'ובראן להכרה בזכות להורות של ההורה הלא הביולוגי. 3. צו ההורות הפסיקתי והעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי: מן המצוי לרצוי. (א) התמיכה המוסדית בעיגון המשפטי של הורותו של ההורה הלא ביולוגי כביטוי לזכות להורות אישית ומשותפת וכמשקפת את טובתם של ילדי בני הזוג. (ב) הצורך בלוחות זמנים קשיחים לצורך קביעה מוקדמת של ההורות המשפטית. (ג) הצורך בהליך פורמאלי, בפיקוח מנהלי ובצו שיפוטי. 4. 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 בהעדרה של חקיקה? (ג) אופיו של צו ההורות כצו מכונן ושאלת הרטרואקטיביות. 5. האם ניתן להמיר את צו ההורות הפסיקתי ברישום – דיון נוסף בפרשת צור-וייסלברג. 6. והשוויון מה יהיה עליו? ד. סוף דבר.

### דברי פתיחה

#### על תרומתו של השופט ג'ובראן לביסוס הזכות להורות וליישומה לגבי בני זוג מאותו המין

מאמר זה נכתב לכבודו של המשנה לנשיאה בדימוס השופט סלים ג'ובראן. המאמר עוסק בזכותם של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים כהורים משותפים ובעיגון משפטי של ההורות המשותפת.

הזכות להורות מוכרת בישראל כזכות חוקתית.<sup>1</sup> לשופט ג'ובראן תרומה חשובה לפיתוח שני הענפים המוכרים של הזכות להורות, זה העוסק בזכות של הורים לגדל את ילדיהם וזה העוסק בזכות להפוך

<sup>1</sup> ראו, להלן פרק א, חלק 2 וכן, בהערות הרבות המובאות שם.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

להורה.<sup>2</sup> בהקשר להיבט הראשון, בפרשת **עדאלה**<sup>3</sup> השופט ג'ובראן סבר שההגבלות על איחוד משפחות שנקבעו בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 פוגעות בזכות לחיי המשפחה, הכוללת הן את הזכות לנישואים והן את הזכות להורות.<sup>4</sup> השופט ג'ובראן הבהיר כי הזכות של ילדיהם לגדול אצל הוריהם מצטרפת לזכות של ההורים לממש את הורותם ולגדל את ילדיהם וכי שתי הזכויות גם יחד ניצבות כנגד ההגבלות על איחוד המשפחות הקבועות בחוק האזרחות. אל הפגיעה בזכות להורות ולנישואים הצטרפה הפגיעה שפגע החוק גם בזכות לשוויון וכל אלה יחד הובילו את השופט ג'ובראן להצטרף לדעת המיעוט ולקבוע כי מדובר בחוק לא חוקתי. ברוח דומה, גם בפרשת **קו לעובד**<sup>5</sup> סבר השופט ג'ובראן כי הנוהל שקבע משרד הפנים לפיו עובדת זרה השוהה בישראל ברישיון נדרשת לעזוב את ישראל זמן קצר לאחר הילדה ולשוב אליה אם תרצה בגפה פוגעת בזכותה לגדל את ילדיה.<sup>6</sup> משום כך, הצטרף השופט ג'ובראן למסקנת פסק דינה של השופט פרוקצ'יה, אשר התקבלה על דעת כל השופטים, לפיה יש לפסול את הנוהל. כמו בפרשת **עדאלה**, גם בפרשת **קו לעובד** הדגיש השופט ג'ובראן את קשרי הגומלין בין זכויות הילד לגדול אצל הוריו לזכות של ההורים לגדלו. פסקי הדין הללו אף המחישו את האינטראקציה בין הזכות להורות לבין הזכות לשוויון ואת הרגישות המיוחדת של השופט ג'ובראן לפגיעה בזכות להורות של קבוצות מיעוט.

בהקשר להיבט השני, העוסק בזכות להפוך להורה, השופט ג'ובראן תרם רבות לגיבושה ועיצובה של הזכות להפוך להורה באמצעות הבאת ילדים לעולם. כך, בפרשת **דוברין**<sup>7</sup> הצטרף השופט ג'ובראן לעמדתה של השופטת פרוקצ'יה, לפיה הזכות להורות של אסירים מצדיקה מתן אפשרות להפריית בת זוגם באמצעות הזרעה מלאכותית בניסיונות שבהן התייחדות של האסיר עם בת זוגו אינה אפשרית. השופט ג'ובראן הבהיר שעלינו לכבד זכות זו גם כאשר מדובר על אסיר שהתנהגותו ראויה להוקעה מיוחדת.<sup>8</sup> אולם, דומה כי התרומה המובהקת ביותר של השופט ג'ובראן לפיתוח הזכות להורות במשפט הישראלי גובשה בפסקי הדין בהם עסק בזכות של בני זוג מאותו המין להפוך

---

<sup>2</sup> 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, פס' 30 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (נבו 2017.3.8) (להלן: פרשת ארד-פנקס הראשון) ("לזכות להורות שני היבטים נפרדים: האחד, הזכות לממש את ההורות... והאחר הזכות להפוך להורה... הזכות להפוך להורה מגשימה את הזכות לחיי משפחה, את הזכות לאוטונומיה של הפרט, ואת הזכות לפרטיות").

<sup>3</sup> ראו, בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2), פס' 15 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (2006) (להלן: בג"ץ עדאלה) ("במניעת האפשרות לחיות יחד, כמשפחה, נפגעת זכותם החוקתית של בן-הזוג, ההורה והילד הישראליים, לחיי משפחה").

<sup>4</sup> ראו, שם, בפס' 10-11 ובפס' 13-14 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>5</sup> ראו, בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122 (2011) (להלן: פרשת קו לעובד).

<sup>6</sup> ראו, פרשת קו לעובד, שם, בפס' 8-9 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>7</sup> ראו, בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (נבו 2006.6.13) (להלן: פרשת דוברין).

<sup>8</sup> ראו, שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט ג'ובראן ("מצאתי לנכון להוסיף את הדברים הללו, כדי לנסות למקד את הקושי בסוגיה שבפנינו ולהבהיר מדוע גם כאשר מדובר במי שביצע את אחד מן הפשעים הנתעבים בהיסטוריה של מדינתנו, שומה עלינו להמשיך ולדבוק בעקרונות אשר נמצאים בבסיס תפיסתנו המשפטית").

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

להורים (ההיבט השני של הזכות להורות) ועל כן בחרתי להקדיש את המאמר הנכתב, כאמור  
במסגרת ספר ג'ובראן ולכבודו, לנושא זה.<sup>9</sup>

המאמר יפתח בביטוי המובהק ביותר של הזכות להפוך להורים – הלא היא הזכות להביא ילדים  
לעולם. בהקשר זה ילווה המאמר את פרשת **ארז-פנקס**, שעסקה במאבקם של גברים יחידים ושל  
בני זוג מאותו המין לאפשר להם להביא לעולם ילדים באמצעות פונדקאות. המאמר יסקור את  
היסודות שיצק השופט ג'ובראן בחלקה הראשון של הפרשה<sup>10</sup> ויבהיר כיצד היסודות הללו הושלמו  
בחלקים הבאים של פרשת **ארז-פנקס** שבהם נקבע כי ההגדרות הקיימות בחוק הפונדקאות  
השוללת מבני זוג מאותו המין ומגברים יחידים את האפשרות להביא ילדים לעולם באמצעות  
הסכמי פונדקאות בישראל אינם חוקתיים.<sup>11</sup> לצד התמיכה העקרונית בתוצאת פסק דינו של בית  
המשפט העליון בפרשת **ארז-פנקס**, המאמר מבקש להוסיף לשיח הקיים, הממוקד בהיבט  
האינדיבידואלי של הזכות להפוך להורה, מימד נוסף הממוקד בהורות המשותפת. למימד השיתופי  
שבזכות להורות השלכה תיאורטית ומעשית.

במישור התיאורטי, המאמר יטען כי לצד הזכות האינדיבידואלית של כל אחד מיחיד בני הזוג  
מאותו המין להפוך להורה, לשני בני הזוג מאותו המין זכות להביא לעולם ילדים במשותף, במסגרת  
זוגית משותפת. במישור המעשי, אסביר כיצד ההכרה בזכות להורות משותפת, להבדיל מן ההכרה  
בזכות היחידנית של כל אחד מבני הזוג להורות, אמורה להשפיע על חקיקה עתידית בנושא ועל  
ההסדרים שהוטלו על משרד הבריאות לגבש, גם במצב הקיים, כגון במקרה של פונדקאות, מתן  
אפשרות לשני בני הזוג להתקשרות משותפת עם פונדקאית בהסכם פונדקאות והגדרת שניהם  
כהורים המיועדים, בהתאם לפרוצדורה המקובלת לגבי בני זוג ממין שונה. זאת ועוד, כהמשך  
לטענתי בדבר הצורך להכיר בזכות של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים במשותף, וכהמשך  
להכרה בפסיקה הישראלית בזכות להורות, הכוללת זיקה ביולוגית כאשר הדבר מתאפשר, אטען כי  
לבנות זוג מאותו המין זכות להביא לעולם במשותף ילדים שיש להן זיקה ביולוגית אליהם. כהמשך  
לכך, אקרא לחשיבה מחודשת על פרשת **משה**,<sup>12</sup> שבה היה שותף השופט ג'ובראן לדעת הרוב, אשר  
שללה את האפשרות להורות ביולוגית משותפת של בנות זוג מאותו המין על ידי הפריית ביצית של  
אחת מהן והשתלת הביצית ברחם של בת זוגה. אטען כי גם אם ניתן לראות בתוצאת פסק הדין

<sup>9</sup> לביקורת על התמקדות הפסיקה בהיבט הפריוני של הזכות להורות ועל ההתמקדות בזכות להפוך להורה,  
ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק  
העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275, 281 (2005).

<sup>10</sup> ראו, פרשת **ארז-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 2.

<sup>11</sup> ראו, פרשת **ארז-פנקס הראשון**, שם; ראו גם, בג"ץ 781/15 **ארז-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים  
לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד)**, התשנ"ו-1996 (נבו  
27.2.2020) (להלן: פרשת **ארז-פנקס המשלים**); עוד ראו, בג"ץ 781/15 **ארז פנקס נ' הועדה לאישור  
הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם מעמד הילוד)**, התשנ"ו-1996 (נבו 11.7.2021) (להלן: פרשת **ארז-  
פנקס הסופי**). לדיון מקיף בפסקי הדין שבהם הועלו טענות אלה ראו, להלן פרק ב.

<sup>12</sup> ראו, בג"ץ 5771/12 **משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים  
(אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ו-1996 (נבו 18.09.2014) (להלן: פרשת **משה**).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

אמת לשעתה, כיום לאחר ההכרה הרחבה בזכות של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם יש לבחון אותה מחדש.

לצד הדיון בזכות של בני זוג מאותו המין להפוך להורים על ידי הבאת ילדים לעולם יעסוק המאמר גם במקרים שבהם שני בני זוג מאותו המין החליטו על הבאת ילד לעולם במשותף ומימשו את החלטתם, כאשר רק אחד מהם הוא ההורה הביולוגי. במקרים אלה, המכונים בהשפעת מונח שתבע השופט הנדל "זיקה לזיקה"<sup>13</sup>, הילד כבר הובא לעולם, ההורה הביולוגי מוכר כהורה והמאבק המשפטי מתמקד בדרישה של בן הזוג של ההורה הביולוגי לעיגון משפטי של הורותו. לצורך מיקוד הדיון יתמקד המאמר בשני מקרים טיפוסיים: העיגון המשפטי של ההורות של בן זוגו של ההורה הביולוגי במקרה של פונדקאות שנערכה בחו"ל (להלן: מקרה פונדקאות חו"ל) והעיגון המשפטי של ההורות של בת הזוג של האם הביולוגית במקרה של הורות שמקורה בתרומת זרע (להלן: מקרה תרומת הזרע).

תרומתו הראשונה של המאמר בהקשר זה תהיה במישור המושגי. כך, בהשראת כתיבתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, שעסקה במקרה פונדקאות חו"ל, הדיון במאמר יחדד כי במשפט הישראלי הזכות להפוך להורה בכלל ושל בני זוג מאותו המין בפרט אינה מתמצה בזכות להביא ילדים לעולם והיא כוללת גם רובד נוסף והוא – הזכות להיות מוכר משפטית כהורה.<sup>14</sup> כפי שנסביר, הזכות להיות מוכר כהורה משפטי רלוונטית גם כאשר מדובר בהורות הביולוגית. אולם, זכות זו חשובה במיוחד במקרים המכונים "זיקה לזיקה", היות ובמקרים אלה נטען כי להורה הלא ביולוגי קיימת זכות להכרה משפטית להורותו.

במישור התיאורטי, יחדש המאמר כי כמו הזכות להביא ילדים לעולם, הכוללת לא רק מימד אינדיבידואלי, אלא גם מימד משותף, כך גם הזכות להכרה כהורה איננה רק זכות אינדיבידואלית של ההורה הלא ביולוגי, אלא גם זכות של שני בני הזוג להכרה כהורים משותפים.

כהמשך לכך, יעסוק המאמר בהשלכות המעשיות של ההכרה בזכות של בני הזוג מאותו המין, כמו גם של ילדיהם, להכרה בהורותם המשותפת על הדרך הראויה לעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי. אטען כי ההכרה משפטית צריכה להיות פורמאלית, עליה להתרחש סמוך ככל האפשר ללידה ועליה לכלול ברמה המהותית הכרה בהורות משותפת שוויונית ובלתי הדירה. בהקשר האחרון נעסוק, בין היתר, בהתפתחותו של צו ההורות הפסיקתי ובכלל זה, **בהנחיות הצוות הבין-משרדי** שביקשו להסדיר את הצו וכן בוויכוח שעודנו מתנהל האם מדובר בצו מצהיר או מכוון

<sup>13</sup> מונח זה נתבע על ידי השופט הנדל בבע"מ 1118/14 פלונית נ' **משרד הרווחה והשירותים החברתיים**, פסי' 22 לפסק דינו (נבו 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** (נבו 3.2.2020) (להלן: פרשת **פונדקאות חו"ל**); בע"מ 5544/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון** (נבו 14.2.2021) (להלן: פרשת **היועמ"ש נ' איילון**).

<sup>14</sup> לדיון מוקדם בהיבט זה של הזכות ראו, איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **בזכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395, 398-401 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים 2016) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה"). כן ראו את פסק דינו של השופט ג'ובראן בבג"ץ 566/11 **ממט מגד נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (2014) (להלן: פרשת **ממט מגד**), שעסק בעיגון ההורות של בן הזוג של ההורה הביולוגי ודן בזכות זו מנקודת המבט החוקתית הממוקדת בזכות להורות כמו גם בזכות לשוויון.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

ובשאלת תחולתו הרטרואקטיבית. במבט צופה פני עתיד נעסוק בפרשת צור-וייסלברג<sup>15</sup> העומד בעת  
שמאמר זה נכתב בפני דיון נוסף בבית המשפט העליון ובדרישה לעיגון משפטי של ההורות באמצעות  
רישום ללא צורך בצו שיפוטי.

בחלקיו הנורמטיביים, המאמר נשען על ניתוח אתי שערכתי במחקרים אחרים וכיניתי "אתיקת  
ההורות"<sup>16</sup>. אתיקת ההורות נגזרת מגישה המכירה בהיבטים המוסדיים-ציבוריים של ההורות<sup>17</sup>  
ומבקשת לבסס את קביעת ההורות ואת הרגולציה של ההולדה על אתיקה ואתוס חברתי שמקורם  
בדיני הורים וילדים, המשלבים בין ערך האוטונומיה של הפרט של ההורים לבין האחריות ההורית  
והדאגה לטובת הילד ולכיבוד זכויותיו. אתיקת ההורות מדגישה כי תכניה של האחריות ההורית  
נקבעים בדין וכי מדובר במחויבות בלתי הדירה ושאינה ניתנת להתניה או לויתור בהסכמה פרטית.  
אתיקת ההורות המשותפת, שעליה ניתן הדגש במאמר הנוכחי, מוסיפה נדבך נוסף לאתיקה ההורית  
הרגילה בכמה היבטים. ראשית, היא קובעת כי הזכות להפוך להורה כוללת גם את הזכות להפוך  
להורים משותפים. שנית, היא קובעת כי יש להעניק לשני ההורים מעמד הורי שווה וזאת גם אם רק  
לאחד מן ההורים קשר ביולוגי עם הילד. נוסף על כך, אתיקת ההורות המשותפת קובעת שגם אם  
הכניסה לשער ההורות מקורה בקשר הזוגי של בני הזוג, ההורות תקפה גם אם היחסים הזוגיים  
הסתיימו. על מנת שלא להאריך, עיקריה של הגישה המוסדית ואתיקת ההורות יובאו בקצרה  
ובתמצית ותוך התבססות על מחקריי הקודמים בעניין, כאשר הדגש במאמר הנוכחי יהיה ביישומם  
למקרים הנדונים במאמר הנוכחי.

מן הבחינה המבנית הניתוח במאמר יערך בסדר הבא:

פרק א, יעסוק בגישה המוסדית ובאתיקת ההורות והוא יספק את הבסיס הערכי להמשך המחקר.  
הוא מבוסס כאמור על מחקריי הקודמים בנושא.

---

<sup>15</sup> ראו, בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (נבו 26.7.2020) (להלן: פרשת  
צור-וייסלברג).

<sup>16</sup> ראו, שחר ליפשיץ "הטיעון המוסדי בעד הזכות להורות של בני זוג מאותו המין" מחקרי משפט לד(2) (צפוי  
להתפרסם ב-2021) (להלן: ליפשיץ "הטיעון המוסדי"). עמ' 20-29 כדי לא להלאות את הקוראים המאמר  
הנוכחי לא יכלול את מלוא הניתוח שממנו נובעת אתיקת ההורות והשלכותיו והוא יסתפק ביישום הניתוח  
הרחב שנערך שם לסוגיות שבהם דן המאמר הנוכחי.

<sup>17</sup> על הנישואים כמוסד ציבורי, ראו ליפשיץ "הטיעון המוסדי", שם וכן Shahar Lifshitz, *Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. 297 (2014).  
למשהל, Zvi Triger, *Introducing the Political Family: A New Road Map for Critical Family Law*, 41 HARV. J.L. & POL'Y (2012) 361, 368-369; וכן ראו, Ayelet Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, 119 GENDER (2018) 13; עוד ראו, שחר ליפשיץ "שילת  
אבהות בהסכמה" משפטים נא 231, 246-252 (2021); בהקשר מעט שונה אף מיכל טמיר ודליה כהנא ועמיתי  
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) (להלן: טמיר וכהנא-עמיתי).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

פרק ב, יעסוק בזכות של בני זוג מאותו המין להפוך להורים באמצעות הבאת ילדים לעולם. הפרק יפתח בתיאור תרומתו של השופט ג'ובראן ליציקת היסודות להכרה בזכות של בני זוג מאותו המין להפוך להורים. יסודות אשר הבשילו לאחר פרישתו, להכרה של בית המשפט העליון בזכות החוקתית של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים באמצעות פונדקאות ולהכרזה על ההסדר הקיים בנושא כלא חוקתי. לאחר מכן, אעסוק בזכות של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים כהורים במשותף ולהשלכותיה הן על הסכמי פונדקאות והן על היכולת של בנות זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים כאשר לשתיהן זיקה ביולוגית עליהן.

פרק ג, יציג את ההיבט הפחות מוכר של הזכות להפוך להורה, הממוקד בזכות להכרה משפטית כהורה. אצביע על כך שפסיקתו של השופט ג'ובראן פתחה את הפתח להכרה בזכות של ההורה הלא ביולוגי לעיגון משפטי מכבד ושוויוני של הורותו. עם זאת, הדיון בפרק ימחיש כי המשפט הישראלי מצוי בעיצומו של תהליך, כך שהן טבעה של הזכות והן התנאים המעשיים למימושה שנויים במחלוקת. בפרק אעסוק בשני מקרי המבחן שהוזכרו לעיל – הזכות לפונדקאות וההכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי במקרה של פונדקאות חו"ל ובמקרה של תרומת הזרע. אנתח את הנושאים שעודם שנויים במחלוקת ואציע הצעות לשיפורים ולהשלמות לנוכח אתיקת ההורות.

**א. הזכות להורות לנוכח אתיקת ההורות והיבטיה הציבוריים**

1. הקדמה על הגישה המוסדית-ציבורית ועל אתיקת ההורות

במחקר קודם שערכתי עמדתי על כך שבשיח המשפטי והציבורי הקיים מסתמנת דומיננטיות לשתיהן גישות רווחות בציבוריות הישראלית העוסקות בעמדה הראויה להסדרת ההורות בכלל וההורות של בני זוג מאותו המין בפרט.<sup>18</sup> האחת, גישה **שמרנית-מסורתית**. גישה זו סבורה 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. הגדרה זו של המשפחה מוצגת לעיתים, כהגדרה "טבעית" של ההורות, שאינה פרי הכרעה ערכית של המדינה אלא קודמת לה,<sup>19</sup> ולעיתים כמשקפת ערכים יהודיים ושמרניים על ההורות הראויה.<sup>20</sup> בהקשר לשני הנושאים המרכזיים הנדונים במאמר הנוכחי (הזכות להביא ילדים לעולם ועיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי), האוחזים בגישה זו, מבקשים לשלול את זכותם של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להפוך להורים על ידי טיפולי הפריה מלאכותית ובכללם, פונדקאות. נוסף על כך, האוחזים בגישה זו מבקשים להכביד על, או בגרסה הקיצונית – לשלול כליל, את

<sup>18</sup> ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", שם.

<sup>19</sup> להצגה הטבעית של ההגדרה הביולוגית של ההורות ראו, שם, בעמ' 9-12 ובעיקר ראו ה"ש 22-24. מעניין להשוות בהקשר זה את ההגדרה "הטבעית" של ההורות לדיון של השופט קדמי בהגדרה הלשונית של בני זוג בבג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 770-772 (1994).

<sup>20</sup> כך למשל בדיון בכנסת על התיקון לחוק הפונדקאות נימוק חבר הכנסת מוטי יוגב את התנגדותו לפתיחת פתח למתן אפשרות לבני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות "הלא מדינה יהודית אנוני". ראו, פרוטוקול ישיבה 745 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, הכנסת ה-20, 6-7, 14-15, 17 (30.4.2018). שם, יוגב אף התייחס להורות הביולוגית ולהתנגדות להורות ללא אם כגישה טבעית.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

ההכרה בהורות של בן זוגו מאותו המין של ההורה הביולוגי, למרות שהיה שותף להחלטה על הולדה  
וגידול משותף של ילד.

לעומתה, הגישה הליברלית-אינדיבידואלית מבוססת על ערכים של חירות, אוטונומיה, כבוד האדם  
ושוויון,<sup>21</sup> ומהם היא גוזרת את הזכות להורות בכלל,<sup>22</sup> ואת הזכות להורות של בני זוג מאותו המין  
בפרט.<sup>23</sup> היא מפרשת את הזכות להורות כמטילה חובה על המדינה לאפשר לכל יחיד לבחור את  
צורת ההורות המועדפת עליו,<sup>24</sup> ודוחה את הלגיטימיות של התערבות ציבורית ושל העדפה חברתית  
של צורת הורות אחת על פני חברתה. לכן, גישה זו תומכת בזכות של יחידים ושל בני זוג מאותו  
המין לעבור טיפולי הפריה לצורך הולדה, להתקשר בהסכמי פונדקאות<sup>25</sup> ומתנגדת להגבלות  
חיזוניות בשני המקרים – כאשר מקור הגבלות אלו באינטרסים ציבוריים, או בשיקולי טובת הילד

---

JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE <sup>21</sup>  
TECHNOLOGIES (1994) (להלן: ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE).

<sup>22</sup> ראו, אהרון ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז 13, 45-  
Rhona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in*; (להלן: ברק "חוקת המשפחה");  
197 INT'L SURVEY FAM. L. 197 (להלן: Schuz, *The Developing Right*); רות  
זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" **משפטים על**  
**אתר** ח 1 (התשע"ה) (להלן: זפרן "הזכות להורות בישראל"); דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות:  
בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ(1) 197 (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 "מעמדם המשפטי של זוגות בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית**  
**וזהות מגדרית** 309, 319 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים) (2016) (להלן: שיפמן "מעמדם  
המשפטי"); לדיון נרחב בזכות להורות בפסיקת בתי המשפט ראו, להלן ה"ש 42 וכן ראו, להלן ה"ש 48-48.  
<sup>23</sup> ראו, בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 14; עוד ראו טריגר "רישיון הורות", שם, בעמ' 46;  
שיפמן "מעמדם המשפטי", 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/1hgjua21>.

<sup>24</sup> ראו, פרשת **ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 11, בפס' 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("זהו מסר שלטוני  
פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו").  
<sup>25</sup> ראו, לעיל ה"ש 11.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

הצפוי להיוולד מן הטיפולים.<sup>26</sup> נוסף על כך, מתוך מחויבות לערכי השוויון וחירות הפרט,<sup>27</sup> גישה זו מבקשת להסדיר את ההכרה המדינתית בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה הביולוגי על בסיס הסכמי, או למצער באמצעות פרוצדורות מקלות, המזכירות ככל האפשר את הפרוצדורות הנהוגות להכרה בהורות הביולוגית, עם מעורבות מינימלית של המדינה וסוכניה.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> 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 ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" **דילמות באתיקה טכנולוגית** 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002) (להלן: רביצקי "הזכות להורות"); להדהוד נוסף של הגישה בישראל ראו, בלכר-פריגט וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 14. כך למשל, לאחר הצגה מרחיבה ומעמיקה של הצדקות לזכות להורות המבוססות על ערכי השוויון החירות וכבוד האדם של ההורים המיועדים, שם, בעמ' 401-402, בלכר-פריגט וזפרן מזכירות בקצרה גם את הטענות הנגדי המסויג מהכרה בזכות של בני זוג מאותו המין ושל הורים יחידים בשל שיקולי טובת הילד. כנגד טיעון זה הן טוענות שאין ביסוס מחקרי מספיק לטענה שטובת הילד העתידי תפגע אצל הורים יחידים או אצל בני זוג מאותו המין אך הן חותמות בכך שבכל מקרה אין להתחשב בשיקולים הללו כאשר מדובר על ילד עתידי. אציין שבעוד שלגבי הנגישות לטכניקות של הולדה גישתם של בלכר-פריגט וזפרן מהדהדת את הגישה הליברלית האינדיבידואלית, גישתן לגבי קביעת ההורות לאחר הולדת הילד ובוודאי לגבי יחסי הורים וילדים לאחר שנקבעה זהות ההורים שונה בתכלית. כך, בכמה מאמרים פיתחה זפרן תיאוריה 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). 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-פריגט הציעה תיאוריה מורכבת של קביעת הורות המשלבת בין יסודות הסכמיים ליסודות ביולוגיים את הקשר בין היחסים האנכיים בין ההורים לילדים לבין היחסים האופקיים בין ההורים, ראו Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 17; וכן, איילת בלכר-פריגט "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821 (2016). לגישות אלה אתייחס בהמשך המאמר בכמה הקשרים.

<sup>27</sup> ראו Douglas; Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 YALE L. J. 2260 (2017); NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261 (2020).

<sup>28</sup> ראו דנה ירצקי "הצהרות לחוד, מעשים לחוד: ההבטחות של כץ לקהילת הלהט"ב ש"נעלמו" **וואלה! חדשות** (14.3.2019) <https://news.walla.co.il/item/3224447>; "ארגוני הקהילה לשר אוחנה: הקל על רישום הורים גאים" **וואלה! גאווה** (10.7.2019) <https://pride.walla.co.il/item/3246682>; תלם יהב ואמיר אלון "רישום הורים להט"בים בדיון בבג"ץ: 'מצפים לסוף לאפליה'" **Ynet** (23.7.2018) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5314996,00.html>; לי ירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים לצו הורות בזמן היריון, וההורה הלא-ביולוגי עלול לאבד את מעמדו" **הארץ** (12.7.2019) <https://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.7493547> (להלן: ירון "המדינה מסרבת לדון בבקשת להט"בים"); הציפייה להשוואת הליך הרישום של הורה לא ביולוגי להליך הרישום של הורה ביולוגי עמדה במוקד טענת העותרות בפרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 15 ומשום כך דחייתה עוררה תסכול כה רב בקרב קהילת הלהט"ב. לאחרונה החליטה נשיאת בית המשפט העליון כי יערך דיון נוסף בהרכב מורחב של שבעה שופטים בעניין ראו, דנג"ץ 5591/20 **צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים** (נבו 13.4.2021). לדיון מקיף בפסק הדין ובפסקי דין שבהם נדון הליך ההכרה בהורות של ההורים הלא ביולוגיים ראו, להלן פרק ג.



שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

כאלטרנטיבה לגישות הללו הצעתי גישה אחרת בנוגע להורות, אותה כיניתי "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. תפיסה זו מדגישה את התפקיד האקטיבי של המדינה ושל המשפט בעיצוב התפיסה העצמית והחברתית של האדם כהורה, ובמילוי תפיסת ההורות בתוכן מהותי. נוסף על כך, 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 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 הורית**, כמו גם לדרך שבה יתפסו יחסי הורים וילדים בחברתנו (להלן: **אתוס ההורות**). היא מבקשת שהרגולציה של ההולדה 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. במאמריי הקודמים בנושא הצעתי מהלך פרשני לפיו דיני הורים וילדים הקיימים עשויים להוות נקודת מוצא טובה לזיהוי אתיקה הורית כזו ולפיתוחה.<sup>29</sup> עיון בדיני הורים וילדים של המשפט הישראלי, כמו גם מדינות נוספות במערב ובאמנות בין-לאומיות, יגלה כי למרות ההבדלים בהסדרים השונים ניתן להצביע על כמה קווים משותפים המלמדים על אתיקת ההורות. אתיקת ההורות כוללת בראש ובראשונה את דחיית הגישה המסורתית שראתה בילדים שייכים להוריהם, או ככאלו שנועדו להגשמת רצונם, אגב התנגדות עמוקה להחפצת ילדים והתייחסות אליהם כאל טובין.<sup>30</sup> חלף הגישה הבעלת-ת-קניינית דיני הורים וילדים מציבים את טובתם של ילדים<sup>31</sup> ואת המחויבות לזכויותיהם<sup>32</sup> כעקרונות המנחים של

<sup>29</sup> 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 היזון חוזר להציע תיקונים למצע המשפטי לפי הפרשנות הראויה (ראו, (RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE (1986)).

<sup>30</sup> ראו, Barbara Bennett Woodhouse, *From Property to Personhood: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 5 GEO. J. FIGHTING POVERTY 313 (1998).

<sup>31</sup> ראו סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 211 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אוסררה 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 תחקיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (ההדגשה הוספה – ש"ל); כן ראו, פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 219-220 (1989) (להלן: שיפמן **דיני המשפחה בישראל** ב); עוד ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **זוח הוועדה: חלק כללי** 124 (2003); **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג עורכת 2010).

<sup>32</sup> להבחנות בין גישת טובת הילד לבין הגישות הממוקדות בזכויות הילד, ראו מאמרו של יחיאל קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט** ז 303, 305-306, 314-315 (2002). כן ראו Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centred Perspective on*

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

התחום. אף שהדין המודרני דוחה את הגישה הקניינית המסורתית, הוא מכבד את האוטונומיה ההורית,<sup>33</sup> ועמדת המוצא שלו היא שההורים הם המוסמכים לקבל החלטות בענייני ילדיהם ועל המדינה למעט בהתערבות בהחלטות הנוגעות לילדים, למעט במקרים 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>34</sup> ולקבל החלטות הנוגעות לגידולם. עם זאת, גם כאשר הדין המודרני מכיר בזכויות ההוריות,<sup>35</sup> הוא מדגיש שאין מדובר בזכות רגילה,<sup>36</sup> שנועדה לממש בראש ובראשונה את האינטרס של בעל הזכות,<sup>37</sup> אלא בזכות המלווה בחובה לפעול למען טובתם של ילדים.<sup>38</sup> לצד זאת, יש המסתייגים מעצם ההמשגה של הזכות ההורית

---

John Eekelaar, *The Emergence of Children's ; Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747 (1992)  
*Rights*, 6 OXFORD J. LEGAL STUD. 161 (1986)

<sup>33</sup> על האוטונומיה ההורית, ראו את הקדמת העורכים לקובץ RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES 4 (Rebecca Probert, Stephen Gilmore & Jonathan Herring eds., 2009) (להלן: RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES).

<sup>34</sup> 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 22, בעמ' 45. וכן ראו, בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 3, בפס' 28 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק.

<sup>35</sup> אפילו באנגליה שבה מודגשת האחריות ההורית מכיר החוק בקיומם של זכויות הוריות, ראו למשל את הגדרת האחריות ההורית ב- Children Act 1989. S.3(1). הכוללת בין היתר את הזכויות ההוריות. אף סעיף 5 לאמנת האו"ם לזכויות הילד מתייחס לחובה של המדינות החברות לכבד את אחריותם, וזכויותיהם וחובותיהם של הורים.

<sup>36</sup> על המתח בין זכויות ילדים לתפיסה של זכויות הוריות על פי התפיסה הקונבנציונלית של זכויות הממוקדות באינטרס של בעל הזכות, ראו John Eekelaar, *What are Parental Rights*, 89 LAW Q. REV. 210 (1973).

<sup>37</sup> 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 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*, 23 SOC. THEORY & PRACTICE 1 (1997) (לדעתם ניתן להכיר בזכות ההורית ואפילו באינטרס ההורי, ובלבד שההכרה באינטרס זה משרתת במכלול הרחב יותר את הגשמת טובת הילד); HARRY BRIGHOUSE & ADAM SWIFT, FAMILY VALUES: THE ETHICS OF PARENT-CHILD RELATIONSHIPS 86–111 (2016), 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 שוז "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט** א 163 (2007).

<sup>38</sup> 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 (1925) בעניין Society of Sisters הוא מצטט בעניין Society of Sisters "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

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

ומעדיפים לתאר את האחריות,<sup>39</sup> את הנאמנות<sup>40</sup> ואת האתיקה של הדאגה<sup>41</sup> כמושגים המארגנים של יחסי הורים וילדים.

2. הזכות לגדל ילדים והזכות להפוך להורה לנוכח אתיקת ההורות

בחלק המבוא, הצגתי שני היבטים של הזכות החוקתית להורות המוכרים בישראל. כאמור, ההיבט הראשון של הזכות החוקתית להורות עוסק בזכות של הורים לגדל את ילדיהם. מדובר בזכות שהמשפט הישראלי מכיר בה כחלק מהזכויות לאוטונומיה, לכבוד האדם ולחיי משפחה של הילדים וההורים גם יחד.<sup>42</sup> עם זאת, כמתבקש מאתיקה ההורות, הגם שהמשפט הישראלי מציג את הזכות

---

Health Authority and Dep't of Health & Soc. Sec., [1986] 1 A.C. 112 (HL) (appeal taken from "parental rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. they exist for : (Eng.) the benefit of the child and they are justified only in so far they enable the parent to preform his Grundgesetz [GG] [Basic Law], ראו *duties toward the child*. עוד אזכיר את חוק היסוד בגרמניה (ראו *"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"* (להלן ה"ש 44), 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.

<sup>39</sup> לטענה כי מושג האחריות Responsibility הוא המושג המארגן בהצלחה את מעמדם של הורים כלפי ילדיהם, ראו משרד המשפטים "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" דו"ח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו 33–34 (2003); <https://bit.ly/2Xp9GIq>; ראו סעיפים 7-9 לאמנת האו"ם לזכויות הילד; ראו גם את חוק הילדים האנגלי שאחד מחידושו היה המעבר מטרמינולוגיה של זכויות הוריות לטרמינולוגיה של אחריות הורית Children Act 1989, p. I, §3 (Eng.). עוד ראו את אסופת המאמרים RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES, לעיל ה"ש 33. להגנה על מושג הזכויות ההוריות ועל שזכויות אלה עשויות לבטא אינטרסים עצמאיים של ההורים לצד אינטרסים של ילדים, ראו Andrew Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, in RESPONSIBLE PARENTS AND 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.

<sup>40</sup> ראו למשל, Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 VA. L. REV. 2401 (1995).

<sup>41</sup> ראו, זפרן "שיח היחסים", לעיל ה"ש 26. 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. על פי זפרן, אף שעל המשפט להכיר באוטונומיה הנבדלת של הורים וילדים, יש להדגיש את הקשר הנמשך ביניהם ואת האינטרסים המשותפים של הצדדים (שם).

<sup>42</sup> ראו, בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 3, בפס' 28 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק; כן, ראו את דבריו של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר בע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פס' 7 לפסק דינו (1995) (להלן: פרשת פלוני 2266) ("זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם"). עוד ראו, שיפמן דיני המשפחה בישראל ב, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44–51; ראו גם,

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

לגדל את הילדים, לחנכם ולקבל החלטות בעניינם כנגזרת מזכותם של ההורים לכבוד, לאוטונומיה ולמימוש עצמי,<sup>43</sup> הוא מדגיש שאין מדובר בזכות רגילה הממוקדת בצרכיו של בעלי הזכות ובוודאי שאין מדובר בזכות מעין קניינית, אלא בזכות למלא חובה הכפופה לאחריות ההורית לפעול לטובתם של ילדים.<sup>44</sup> שונים הדברים לגבי ההיבט השני של הזכות להורות, הלא הוא הזכות להפוך להורים.<sup>45</sup>

---

*Schutz, The Developing Right*, לעיל ה"ש 22; וכן ראו, רונה שוי "זכויות הוריות בעידן זכויות הילד" (מאמר בהכנה); כן ראו את דברי השופטת פרוקציה בדנ"א 6041/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נח(6) 246, 257 (2004) ("המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת ממד חוקתי, שלה שני פנים: האחד – זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו ולגדול ולהתחנך עלידיהם; השני – זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה"); ראו גם, רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872, פס' 2 לפסק הדין של השופטת פרוקציה (2002); ראו גם, בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני 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").

<sup>43</sup> ראו, פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 5, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת פרוקציה ("ההורות נתפסת כהגשמה עצמית של הפרט במובנה העמוק ביותר, והיא מהווה מסימניה המובהקים של המשכיות הקיום האנושי"). ובהמשך, שם, בפס' 38-39 ("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").

<sup>44</sup> ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", לעיל ה"ש 16, בעמ' 21-23. כן ראו, דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661, פס' 9 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן (1996) (להלן: דנ"א **נחמני**) ("משפחה אדם הורה, מטיל עליו הדין חובה לדאוג לילדו. ולא בדאגה בעלמא עסקינן, כי אם בחובה להעמיד את טובת הילד בראש מעייניו"), וכן שם, דברי הנשיא (כתוארו דאז) ברק ("הורות היא מעמד יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. היא כרוכה בחובות ובזכויות"); ראו גם, פרשת **פלוני 2266**, לעיל ה"ש 42, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) שמגר ("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"); עוד ראו, ע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1) 459, פס' 5 לפסק הדין של השופט כהן (1975) ("הזכויות שיש להורה בילדו, אף הן בגדר 'חובות' הן: ויפה קובע סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות 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").

<sup>45</sup> להכרה בזכות להורות במובן של הזכות להביא ילדים לעולם ו/או להפוך להורה ולעמדות השונות בדבר מקורותיה של זכות זו ראו, פרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 30 לפסק הדין של השופט ג'ובראן; וכן ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 11; ראו גם, בג"ץ 4645/18 **פלונית נ' שר הבריאות**, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 13.2.2019) (להלן: פרשת **התורם הידוע**); 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, פרשת **משה**, לעיל ה"ש 12, בפס' 6-7 לפסק הדין של השופטת ארבל ובפס' 25-26 לפסק הדין של השופטת חיות; ראו גם דנ"א **נחמני**, שם. מעניין כי בפרשה זו העלה השופט טירקל את העמדה שהזכות להורות איננה נגזרת של זכות אחרת, אלא הינה זכות עצמאית מן המעלה הראשונה (שם). אף ספרות המחקר מרבה לעסוק בזכות זו, ראו בין היתר בהקשר הישראלי: פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון עיוני משפט כח 634, 661-669 (2005) (להלן: שיפמן "על המשפחה החדשה"); ראו, בלכר-פריגת

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

זכות שהשיח המשפטי הקיים עוסק בה בעיקר בהקשר של הבאתם ילדים לעולם.<sup>46</sup> בהקשר זה  
וברוח הגישה הליברלית-האינדיבידואלית מדגיש השיח הקיים יותר ויותר בהצדיקו את הזכות,  
את צרכי ההורים,<sup>47</sup> את הדרך שבה היא מסייעת להגשמה העצמית של ההורים,<sup>48</sup> את חופש הרצון

---

וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל הי"ש 14, בעמ' 398-401; ברק "חוקת המשפחה", לעיל הי"ש 22; ראו גם,  
זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל הי"ש 22; ראו גם, ברק-ארז "בעקבות פרשת נחמני", לעיל הי"ש 22;  
טריגר "רישיון הורות", לעיל הי"ש 22.

<sup>46</sup> ראו, דבריה של השופטת ביניש בבג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, פס' 2 לפסק דינה  
(נבו 24.3.2009) (להלן: פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**) ("בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה  
ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם").

<sup>47</sup> ראו, ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל הי"ש 21, בעמ' 30 (because of the centrality of reproduction to Personal identity, meaning, and dignity...the liberty to procreate [is] an important moral right").

<sup>48</sup> ראו למשל את דברי השופטת ארבל בפרשת **משה**, לעיל הי"ש 45, בפס' 5 לפסק דינה ("רגש נפוץ ועמוק  
הנטוע בקיום האנושי ונגזר מהרצון להגשמה עצמית...הרצון להרות ולחבוק ילד יוצא חלציק הינו רצון  
בסיסי וטבעי המשותף לכל המין האנושי"); ראו גם, דני"א **נחמני**, לעיל הי"ש 44, בפס' 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). כן ראו, פרשת **זוברין**, לעיל הי"ש 7, בפס' 15 לפסק הדין של  
השופטת פרוקצ'יה ("הזכות להורות הינה זכות אדם המעוגנת בערך כבוד האדם. בערך זה טמונה זכותו של  
אדם לאוטונומיה אישית ולהגשמת עצמיותו במסגרת הבאת ילדים לעולם").

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

והאוטונומיה שלהם,<sup>49</sup> את הצורך שלהם באינטימיות<sup>50</sup> ובהמשכיות<sup>51</sup> ואת זכותם לפרטיות,<sup>52</sup>  
לכבוד<sup>53</sup> ולשוויון.<sup>54</sup> לעומת זאת, בהשראת צורת חשיבה הליברלית-אינדיבידואלית משקלם של

---

<sup>49</sup> ראו, פרשת **בנק הזרע**, לעיל ה"ש 45, בפס' 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 46, בפס' 20 לפסק דינה  
("הזכות למשפחה ולהורות נקשרת למושג האוטונומיה האישית של האדם" וכן, בפס' 23 לפסק דינה  
("הזכות להורות מתפרשת על-פני האוטונומיה של הרצון הפרטי"); כן ראו פרשת **ההורים המיועדים**, לעיל  
ה"ש 42, בפס' 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").

<sup>50</sup> ראו, פרשת **ההורים המיועדים**, שם ("הזכות להורות מתממשת בתחום הפרט, בתחומי האינטימי של  
האדם").

<sup>51</sup> ראו, את דברי הנשיאה (כתוארה דאז) בייניש בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 46, בפס'  
2 לפסק דינה ("בלבית 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**, לעיל ה"ש 5, בפס' 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 הבער בנפשה של אישה  
ואיננו אֶפְלָל; עיקר הוא באינטימיות ההישרדות של האדם ובכורח המשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות  
להורות המולד באדם"); ראו גם, דנ"א **נחמני**, לעיל ה"ש 44, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן  
("זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה"); כן ראו, שיפמן **דיני המשפחה בישראל ב**, לעיל ה"ש 31,  
בעמ' 151.

<sup>52</sup> ראו, פרשת **ההורים המיועדים**, לעיל ה"ש 42, בפס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה; ראו גם את  
עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, שם, בפס' 20 לפסק דינה ("הזכות  
למשפחה ולהורות נקשרת...לזכותו לפרטיות").

<sup>53</sup> ראו, פרשת **ההורים המיועדים**, שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה ("הזכות להורות היא אחד  
היסודות המרכזיים בקיום האנושי...היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה  
של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט שהוא אחד היסודות של כבוד האדם"); ראו גם עמדתה של השופטת  
פרוקצ'יה בפרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 5, בפס' 38-39 לפסק דינה ("כבוד האדם כזכות חוקתית משתרע על  
זכותו של כל אדם בישראל להולדה ולהורות"); וכן ראו, דנ"א **נחמני**, לעיל ה"ש 44, בפס' 2 לפסק הדין של  
השופט גולדברג ("הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות, אם כן, שתיהן את חיותן מאותם  
ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"); ראו גם, פרשת  
**ארז-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 11, בפס' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("דומה כי אין לך צמתים רבים  
בחיי של אדם, המבטאים את חירותו ומכוננים את זהותו, כמו הבחירה להפוך להורה. הרצון להפוך להורה  
היא מהכמיהות העמוקות ביותר של הנפש האנושית").

<sup>54</sup> לזכות לשוויון כבסיס להגדרה ראויה של הזכות להורות בכלל ושל ההורות החברתית בפרט, ראו  
*NeJaime, The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 27. וכן ראו, זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש  
22, בעמ' 18-19; ראו גם, בלכר-פריגת וזפרן "ילדים זה שמחה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 400-401; עוד ראו,  
*Schuz, The Developing Right*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 222-223; ליישום הגישה, המבססת טענות להורות

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

שיקולי טובת הילד, זכויות ילדים עתידיים והדגשת האחריות ההורית מצטמצם דרמטית כאשר מדובר בהגולציה של ההולדה ובקביעת הגבולות של הזכות להורות.<sup>55</sup> כנגד דיכוטומיה זו בין שני ההיבטים של הזכות להורות יוצאת הגישה המוסדית. השיטתי, ההכרה בהיבט המוסדי-ציבורי של ההורות ובאתיקה הורית הממוקדת בתפיסת האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד, אמורים להשפיע לא רק על דיני הורים וילדים לאחר שהילדים כבר נולדו ונקבעה זהות ההורה המשפטי, אלא גם על תכניה המהותיים של הזכות להורות עצמה ובכללם הרגולציה של ההולדה, ההכרה באדם כהורה משפטי וההכרה בזוג כהורים משותפים. בעיניי, רטוריקה ליברלית-אינדיבידואליסטית הממוקדת אך ורק בהורה המיועד, צרכיו ומימוש רצונו אינה יכולה לשמש בסיס רעיוני לפעילות מורכבות וייחודית של הפיכת אדם להורה, פעילות אשר מחייבת התייחסות גם לילד העתידי ולאחריות כלפיו. 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-ציבורית רחוקה מהגישה השמרנית-מסורתית המקדשת את דפוסי המשפחה המסורתיים. כחלק מאתיקת ההורות, הגישה מעניקה משקל משמעותי לאוטונומיה של ההורים המיועדים. בנוסף, הגישה 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". בהתאם לכך, לצד המחויבות לאוטונומיה של הפרט, תבקש הגישה לעצב את דיני ההורות ובכללם את הזכות להורות

---

על שוויון בישראל ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, שם. 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), בפס' 15 ו-32 לפסק דינה). לעומתה, השופט הנדל קובע כי לא ניתן לבסס את הזכות לפונדקאות על הזכות להורות אך ניתן לבססה על הזכות לשוויון (שם, בפס' 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, בפס' 11-16 לפסק דינו); עוד ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 46-49 לפסק דינו; ראו גם את ביקורתו של חגי קלעי "הורים חשודים פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 מוט-מגד נ' שר הפנים" "**המשפט ברשת: זכויות אדם** מבזק 28 5 (2014) (להלן: קלעי "הורים חשודים").

<sup>55</sup> לטענה הנורמטיבית כי שיקולי טובת הילד צריכים להיות בעלי תפקיד קטן או אפילו ללא תפקיד כלל בעת הרגולציה של ההולדה ראו *Cohen, Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 26 וכן ראו, רביצקי "הזכות להורות", לעיל ה"ש 26; זוהי גם גישתו של *ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE*, לעיל ה"ש 21; כן ראו, בג"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 נדונה בפני עצמה. לעמדה שונה לפיה שיקולי טובת ילד עתידי צריכים לבא לידי ביטוי בעת שנקבעת הרגולציה של ההולדה אף כי באופן מתון יותר מאשר במקרים שבהם מדובר בילד קיים ראו, משרד הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדר חקיקתית של נושא הפרייון והולדה בישראל**, בס' 2.2 (2012) (להלן: **דו"ח ועדת מור יוסף**). למעשה, גם גלן כהן מכיר בכך שעדיין עמדה זו רווחת בשיח המשפטי הפוזיטיבי. ראו *Cohen, Regulating Reproduction*, שם. ראו גם *NeJaime, The Nature of Parenthood*, שם, בעמ' 2334 (המביע חשש נורמטיבי מפני מקומם של שיקולי טובת הילד בהגבלת הורות). להדגמת מגמה זו במשפט הישראלי ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", לעיל ה"ש 16, בעמ' 30-34.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

על שני מופיעה באופן שיקדם ערכים ואינטרסים ציבוריים הקשורים בהורות ובראשם, את ערך  
האחריות ההורית. הגישה המוסדית ואתיקת האחריות והדאגה הנגזרים ממנה יהוו בסיס לדיון  
הערכי הנורמטיבי שייערך בשני הפרקים הבאים של המאמר, בעת שיידונו המופעים השונים של  
הזכות להפוך להורה, הזכות להביא ילדים לעולם והזכות להיות מוכר כהורה בהקשר של בני זוג  
מאותו המין.

### **ב. הזכות של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים: עבר הווה ועתיד**

1. מאבקם של בני זוג מאותו המין וגברים יחידים להכרה בזכותם להביא ילדים לעולם באמצעות  
פונדקאות

לשופט ג'ובראן תרומה חשובה למאבקם של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין להכרה בזכותם  
להביא ילדים לעולם ולמימושה באמצעות התקשרות בהסכמי פונדקאות. בחלק זה אסקור את  
המאבק, ובכלל זה את תרומתו של השופט ג'ובראן. לאחר מכן, אבחן את ההתפתחויות שחלו לאחר  
פרישתו. ובסוף אעריך את המהלך שנערך עד כה ואביע את דעתי לגבי צעדים נוספים שיש לנקוט.

מפתח ברקע למאבק, חוק הפונדקאות המקורי קבע כי גבר ואישה נשואים יוכלו לשמש כהורים  
מיועדים.<sup>56</sup> הגבלת הנגישות לפונדקאות לגבר ואישה היוותה את הבסיס לפרשת **משפחה חדשה**,<sup>57</sup>  
שבמסגרתה ביקשה אישה יחידה לאפשר לה להתקשר בהסכם פונדקאות. על פי בית המשפט  
העליון, שלילה גורפת של האפשרות של נשים יחידות להתקשר בהסכמי פונדקאות שוללת את זכותן  
להורות,<sup>58</sup> כמו גם את זכותן לשוויון.<sup>59</sup> עם זאת, בית המשפט סבר כי בשל חדשנות הסוגיה וחלוציות  
המשפט הישראלי, יש לדחות את העתירה מבלי להכריע בנושא.<sup>60</sup> בד-בבד קרא בית המשפט  
למחוקק **"כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות** המבקשות להביא לעולם ילד באמצעות  
פונדקאות".<sup>61</sup> בהמשך, הוקמו וועדות<sup>62</sup> והוצעו הצעות חוק,<sup>63</sup> אולם בפועל רק בשנת 2018 תוקן

<sup>56</sup> ראו, סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות המקורי).

<sup>57</sup> ראו, פרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 51.

<sup>58</sup> ראו במיוחד את דבריו של השופט חשין, שם, בפס' 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").  
<sup>59</sup> שם, בפס' 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, בפס' 42 לפסק הדין של השופט חשין. כן ראו, שם, בפס' 8-9 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן.

<sup>60</sup> ראו חשין, שם, בפס' 50 לפסק דינו

<sup>61</sup> ראו שם, בפס' 52 לפסק הדין של השופט חשין.

<sup>62</sup> ראו, דו"ח **ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 55. לסקירה ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", לעיל ה"ש 16, בעמ' 70-69 וה"ש 275-276.

<sup>63</sup> ראו למשל, 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). לניתוח ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", שם, בעמ' 41.



שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

החוק והרחיב את הגדרת "הורים מיועדים" באופן שהחיל את הסדר הפונדקאות על נשים יחידות, שהן גם אימהות גנטיות. לעומת זאת, החוק המתוקן לא איפשר לנשים יחידות הנזקקות הן לפונדקאות והן לתרומת ביצית, לגברים יחידים, כמו גם לבני זוג מאותו המין, לשמש כהורה או כהורים מיועדים.<sup>64</sup> זהו הרקע לפרשת **ארד-פנקס** שעסקה בנושא זה וכללה שלושה פסקי דין שניתנו במועדים שונים והשלימו זה את זה.<sup>65</sup> חוות דעתו של המשנה לנשיאה (כתוארו דאז) ג'ובראן היוותה הנדבך המרכזי של פסק הדין הראשון שניתן בעניין.<sup>66</sup>

השופט ג'ובראן הטעים כי הזכות להביא ילדים לעולם כוללת לא רק את הזכות להולדה טבעית, אלא גם את הזכות להזדקק לפונדקאות. בהתאם לכך, סבר השופט ג'ובראן כי שלילת האפשרות של נשים יחידות הנזקקות הן לתרומת זרע והן לתרומת ביצית לפונדקאות פוגעת בזכותן להורות.<sup>67</sup> עם זאת, לדעתו הפגיעה בזכות מוצדקת בהתאם למבחנים החוקתיים המקובלים המצדיקים פגיעה בזכות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה הנדרש.

נפתח בניתוח לעניין התכלית. לגישת השופט ג'ובראן אחת התכליות של חוק הפונדקאות הינה הבטחת קיומה של זיקה ביולוגית בין אחד ההורים המיועדים לבין הילד העתידי. על פי השופט ג'ובראן, לנוכח מורכבות הליך הפונדקאות והצורך לבדל בין פונדקאות מחד לבין סחר בילדים מאידך, ניתן להצדיק את הדרישה לקיום זיקה ביולוגית כמשקפת תכלית ראויה. לנוכח תכלית זו של החוק והצדקותיה, קיימת הבחנה רלוונטית בין הורים שלפחות לאחד מהם זיקה ביולוגית לילד העתידי לבין אם מיועדת יחידה נטולת זיקה ביולוגית ולכן אין מדובר בפגיעה בשוויון.<sup>68</sup> הגם שכאמור, השופט ג'ובראן הכיר בפגיעה בזכות להורות של האם היחידה נטולת הזיקה הביולוגית, הוא הגיע למסקנה שמדובר בפגיעה מידתית העומדת בעקרונות החוקתיים הקיימים.

אולם, לגישתו שונים הדברים לגבי שלילת האפשרות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו המין להזדקק להסכמי פונדקאות. בתקופה שבה ניתן פסק הדין הראשון עסקה הכנסת בנושא ומשום כך, בשל הכבוד לרשות המחוקקת והרצון למצות את הליך החקיקה, בחר השופט ג'ובראן לא לפסול את ההסדר ששלל את זכותם של בני זוג מאותו המין ושל גברים יחידים להזדקק לפונדקאות. ועדיין, מפסק דינו ברור היה כי הוא סבור שההסדר הקיים אינו חוקתי הן משום שהוא פוגע בזכות להורות של בני הזוג מאותו המין<sup>69</sup> והן משום שהוא פוגע בזכותם לשוויון.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> ראו, סעיף 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".

<sup>65</sup> ראו, לעיל ה"ש 11.

<sup>66</sup> ראו, פרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 2, פסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>67</sup> ראו, שם, בפס' 45-46 וכן בפס' 50 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>68</sup> שם, בפס' 24-29 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>69</sup> שם, בפס' 31-32 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>70</sup> שם, בפס' 46 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

במידה רבה, פסק דינו שבו ניתח את הפגיעה בזכויות להורות ולשוויון של בני זוג מאותו המין ואת התכליות שביסוד חוק הפונדקאות שאינן מצדיקות את הפגיעה האמורה,<sup>71</sup> סלל את הדרך האינטלקטואלית והמשפטית לפסילת ההסדר הקיים בשלבים הבאים של הפרשה בפסקי הדין שניתנו לאחר פרישתו. לפסקי הדין הללו אנו עוברים כעת.

2. פסקי הדין המשלימים בפרשת **ארד-פנקס** וההכרה בזכותם של גברים יחידים ובני זוג מאותו המין להתקשר בהסכמי פונדקאות

משהושלמו הליכי החקיקה והחוק המתוקן לא העניק לגברים יחידים ולזוגות מאותו המין את הזכות לפונדקאות, התחדש הדיון בבית המשפט העליון בעניין זכותם של גברים יחידים ושל הנוטלים חלק בקשר חד-מיני לפונדקאות. העותרים סברו כי הנוסח המתוקן של החוק פוגע בזכותם להורות, כמו גם בזכותם לשוויון.<sup>72</sup> מנגד, נציגי המדינה טענו כי הפגיעה בזכות להורות היא פגיעה פריפריאלית, שכן גברים יחידים ובני זוג מאותו המין יכולים לממש את זכותם גם באמצעים נוספים, כגון אימוץ והסכמי הורות משותפת. לצד ההצבעה על האפשרויות החלופיות למימוש הזכות להורות, הטיעון המרכזי לגופו של עניין שהציגה המדינה לאי הכללתם של גברים יחידים ו/או גברים הנוטלים חלק בקשר חד-מיני הוא טיעון "התכלית הרפואית".<sup>73</sup> על פי טיעון זה, לנוכח מורכבות הסדר הפונדקאות והחששות שהוא מעורר יש לצמצמו רק למקרי קצה רפואיים.<sup>74</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 רק לגבי נשים מתקיימת התכלית הרפואית. והשני, הועלה במסגרת הטיעון בפסקת ההגבלה כהצדקה לפגיעה בשוויון, ככל שקיימת פגיעה כזו, ובזכות החלקית להורות בשל הרצון לצמצם את השימוש בפונדקאות, מתוך רצון להגן על פונדקאות וכדי למנוע ביקוש יתר שיוליך להעלת מחירים, כך שבסופו של דבר מי שנוקד לפונדקאות מסיבות רפואיות יוותר ללא מענה. בית המשפט בדעת הרוב קיבל את טענת העותרים לפיה שלילת האפשרות להנות ממתן שירותי פונדקאות פוגעת בזכות להורות,<sup>75</sup> אשר חלה לא רק על עצם הרצון להיות הורה, אלא גם על נגישות לשיטות שונות של הורות.<sup>76</sup> בית המשפט קיבל גם את טענת הפגיעה בשוויון ודחה את ההבחנה בבעיה הרפואית כהבדל רלוונטי. על פי בית המשפט הבחנה זו מניחה את המבוקש לפיה רק נשים שיש להן בעיה רפואית, אך לא גברים יונגשו לפונדקאות.<sup>77</sup> השופטים אף הדגישו את חומרת הפגיעה בשוויון הן משום כך שבני זוג מאותו המין נחשבים כקבוצה

<sup>71</sup> לתיאור התכלית בפסק דינו של השופט ג'ובראן ראו, שם, בפס' 37-38 לפסק דינו ("לאסדר את קיומו של הליך הפונדקאות בישראל על מנת להגשים את הזכות להפוך להורה, תוך שמירה על כבודן ושלומו של הנשים הנושאות, ואסדרת מעמד היילוד וזיקתו להורים המיועדים").

<sup>72</sup> ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 11, בפס' 11 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>73</sup> שם, בפס' 12 לפסק דינה.

<sup>74</sup> מבחינה דוקטרינרית, טיעון התכלית הרפואית הובא בפסק הדין פעמיים. ראו, שם, בפס' 14 ובפס' 17-20 לפסק דינה. ראו גם, שם, בפס' 4-8 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

<sup>75</sup> ראו, שם, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>76</sup> השופט פוגלמן מסביר מדוע החלופות השונות אינן יוצרות שוני רלוונטי בין גברים לבין נשים לעניין נגישות להליכי פונדקאות בישראל (שם, בפס' 9-10 לפסק דינו).

<sup>77</sup> ראו, שם, בפס' 7-8 לפסק הדין של השופט פוגלמן. ראו גם, השופט הנדל המבהיר כי לנוכח תכלית ההליך לסייע בפיריון ההבחנה בין גברים ונשים אינה רלוונטית (שם, בפס' 5 לפסק דינו).

"חשודה"<sup>78</sup> והן בשל הקשר ההדוק בין הפגיעה לשוויון לבין כבוד האדם.<sup>79</sup> בית המשפט הכיר בצורך לצמצם את כמות הנזקקים לפונדקאות, אך בעיניו צמצום כמות הנזקקים 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 אלטרנטיביות והן בשל היעדר מתאם בין הפגיעה בזכות לבין המטרה. בהקשר הראשון, מציין בית המשפט סדרה של צעדים אלטרנטיביים שהיו יכולים להשיג את המטרות של הגנה על הפונדקאיות והקטנת הביקוש ובכללם, העלת רף 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>80</sup> נוסף על כך, הזכיר בית המשפט את האפשרות לאמץ את המלצות וועדת מור יוסף ולאפשר לפונדקאות אלטרואיסטיות במקרה של בני זוג מאותו המין.<sup>81</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 בית המשפט יבצע את התיקון.<sup>82</sup> בעוד השופט פוגלמן בדעת מיעוט הציע שהחוק יתוקן באופן מיידי על ידי מחיקת ההוראות המפלות.<sup>83</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>84</sup> כי סעיפי ההגדרות המפלים בחוק יימחקו ושוועדת ההסדרים תפעל בהתאם להנחיות שנקבעו בפסק הדין. דהיינו, נקבע כי הדרתם של גברים יחידים ושל בני 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 הערכות מנהלית. הנה כי כן, בתום שלוש מערכות דומה כי זכותם של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם באמצעות פונדקאות קרובה יותר מאי פעם. בעיני יש לשבח התפתחות זו, אך בד-בבד בחלק הבא אטען כי במקרה של בני זוג מאותו המין, יש לראות בזכות ההורות לא רק זכות אינדיבידואלית של כל אחד מיחיד בני הזוג בפני עצמו, אלא גם כזכות של שני בני הזוג להורות משותפת.

3. השלב הבא: ההכרה בזכותם של בני זוג מאותו המין להביא ילדים לעולם כהורים משותפים

החלק הארי של פסק הדין בפרשת **ארז-פנקס** מוקד בפגיעה של החוק הקיים בזכותם להורות ולשוויון של גברים יחידים, כמו גם של גברים הנוטלים חלק בקשר חד-מיני. לצד זאת, הזכירה הנשיאה חיות טענה נוספת "רזה" יותר של בני זוג מאותו המין, גברים כנשים הקובלים על כך

<sup>78</sup> ראו, שם, בפסי' 13-16 לפסק הדין של השופט פוגלמן וכן, שם, בפסי' 2 לפסק הדין של השופט עמית.  
<sup>79</sup> שם, בפסי' 11 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("לא יכול להיות ספק כי ההפליה במקרה דנן קשורה בטבורה לכבוד האדם").

<sup>80</sup> ראו, שם, בפסי' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>81</sup> שם, בפסי' 30 לפסק דינה.

<sup>82</sup> שם, בפסי' 37 לפסק דינה.

<sup>83</sup> שם, בפסי' 40-42 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

<sup>84</sup> ראו, פרשת **ארז-פנקס הסופי**, לעיל ה"ש 11.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

שבניגוד לבני זוג ממין שונה, נמנע מהם לשמש כהורים מיועדים כבני זוג.<sup>85</sup> אולם, בפועל, אולי בשל המשקל הנמוך שניתנה לטענה בעתירה ואולי מסיבות אחרות, פסק הדין כמעט שלא עסק בדרישה של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילד כבני זוג להתקשר בהסכם פונדקאות משותף עם אם מיועדת ולהיות מוכרים כהורים משותפים מיד לאחר הלידה, בהתאם לפרוצדורה הקיימת כיום לגבי הורים מיועדים ממין שונה. בהתאם לכך, הדיון בזכות להורות עסק ברצון ו/או בצורך של הגבר היחידי, או כל אחד מיחידי בני הזוג מאותו המין להורות ובזכות הנורמטיבית הצומחת מרצון/צורך זה. לעומת זאת, בדומה לפסיקה קודמת שעסקה בזוגיות החד-מינית ובזכות להורות, פסק הדין לא התייחס לצורך של בני זוג להביא לעולם ילד במשותף כבעלת ערך ייחודי, מעבר לרצון האישי של כל אחד מהם להביא לעולם ילד ו/או להיחשב כהורה. מתן הדגש על הזכות האישית להורות, להבדיל מהזכות של בני הזוג כ-זוג בא לידי ביטוי אפילו בהצעת החוק הליברלית ביותר שהוצעה עד היום. הצעה זו, שהוצעה בעת ששרת הבריאות הייתה יעל גרמן ושנוסחה בהנחייתה, איפשרה פונדקאות לגברים ונשים יחידים 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 (להלן: **הצעת גרמן**).<sup>86</sup>

אני סבור כי במבט צופה פני עתיד וכאשר נלקחת בחשבון אתיקת ההורות, אין להסתפק בהכרה בזכות של גברים יחידים להתקשר בהסכמי פונדקאות ויש 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. ככל שמדובר בבני זוג ממין שונה, החוק הקיים לא הפריד בין ההורה הביולוגי לבין ההורה המיועד שאינו ההורה הביולוגי והתייחס אל שניהם כהורים המיועדים.<sup>87</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 ככל שתקבע 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 המרכזיות לזכות להורות קשורה באוטונומיה של ההורה המיועד והרצון לספר את סיפור חייו. אולם, האוטונומיה של ההורה המיועד אינה מתמצה בעצם הרצון להוליד ילד, אלא גם בהחלטה לגבי המסגרת המשפחתית שלתוכה יובא הילד לעולם. משכך, כחלק

---

<sup>85</sup> ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 11, בפס' 16 לפסק הדין של הנשיאה חיות. על פי הנשיאה חיות, ההתייחסות לטענת ההפליה של בני הזוג מאותו המין כזוג החלה כבר בשלב העתירה ("ההתייחסות בעתירה לקבוצה זו היא 'רזה' יחסית ואינה מפורטת").

<sup>86</sup> ראו, **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 63.

<sup>87</sup> ראו, הגדרת הורים מיועדים בסעיף 1 לחוק הפונדקאות. כהמשך לכך, החוק מתייחס לשני ההורים המיועדים ללא הבחנה, ראו למשל סעיפים 10 ו-11 לחוק. יתר על כן, אפילו צו ההורות עוסק בשני ההורים למרות שניתן היה לגרוס שהאב הוא הורה ביולוגי באופן טבעי.

מאוטונומית הרצון של ההורים המיועדים יש לכבד את ההחלטה להביא לעולם ילד במשותף כבני  
זוג.<sup>88</sup>

שלישית, קיימת ספרות מחקרית עניפה, המצביעה על יתרונם של מסגרות זוגיות יציבות<sup>89</sup> עבור  
טובתם של ילדים וזאת הן כאשר מדובר על זוגיות בין בני זוג מאותו המין והן כאשר מדובר על  
זוגיות ממין שונה.<sup>90</sup> טובתם של ילדים והאחריות כלפיהם מהווה נדבך משמעותי בהסדרת ההורות  
ובקביעת תכניה של הזכות להורות. ודוק, במקום אחר דחיתי עמדות הסבורות שיש לשלול את

---

<sup>88</sup> למחקר ייחודי הבוחן את החוויה 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).

<sup>89</sup> 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  
IMPACT OF DIVORCE, SINGLE PARENTING AND STEP PARENTING ON CHILDREN, (1994); ראו גם,  
chapter 2 and 11 (E. Mavis Hetherington & Josephine D. 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,  
Sara McLanahan, Laura Tach & כגון וכן ראו את המחקרים המאזכרים יותר כגון at notes 121-123 (1996)  
Daniel Schneider, *The Causal Effects of Father Absence*, 39 Ann. Rev. Sol. 399 (2013) המבקשים

המתמודדים גם עם ביקורת שהוטחו במחקרים הקודמים ומבקשים להשלים חסרים בהם.  
<sup>90</sup> 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, Ruth McNair & Elizabeth Waters, *Impact of family structure and socio-  
demographic characteristics on child health and wellbeing in same-sex parent families A cross-  
sectional survey*, 52 J. PAEDIATR CHILD HEALTH 499 (2016); וכן ראו, Alicia L. Fedewa, Whitney,  
W. Black & Soyeon Ahn, *Children and Adolescents With Same-Gender Parents: A Meta-  
Analytic Approach in Assessing Outcomes*, 11 J. OF GLBT FAM. STUD. 1, 28 (2015); ראו עוד,  
Wendy D. Manning, Marshal Neal Fetto & Esther Lamidi, *Child Well-Being in Same-Sex  
Parent Families- Review of Research Prepared for American Sociological Association Amicus*  
H. Boss, J. Knox, L. Van Rijn-van, *Brief*, 33 POPUL RES. POL'Y REV. 485 (2014); עוד ראו,  
Gelderens & NK Gartell, *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). מנגד, קיימים 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).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

אפשרות הפונדקאות ואולי אפילו את הנגישות לתרומת זרע בפני הורים יחידים לנוכח החשש מפני הפגיעה בטובתם של ילדים.<sup>91</sup>

אולם, בעיניי יש מקום לעמדה מתונה יותר הסבורה, בין היתר, בהתבסס על המחקרים המדגישים את יתרונה של המסגרת הזוגית היציבה עבור ילדים, שגם אם אין לשלול סיוע להורות יחידה באמצעות טכניקות מלאכותיות של הולדה, יש לעודד הבאת ילדים לעולם וגידולם במסגרות משפחתיות המבוססות על קשר זוגי, אינטימי ויציב. לפיכך, אני סבור כי מנקודת מבט מוסדית טובתם של ילדים אמורה לפעול לטובת חיזוק האפשרות של בני זוג מאותו המין להתקשרות משותפת עם פונדקאית מתוך רצון ששניהם ישמשו כהורים המיועדים. ברור, אפוא, כי מנקודת המבט השמרנית המעדיפה מסגרות משפחתיות זוגיות ויציבות לצורך גידולם של ילדים, היה מקום לתמיכה מיוחדת בזכות לפונדקאות של בני זוג גברים מאותו המין, שכן חלופה זו עדיפה על פני הסדרים של הורות משותפת של אחד מבני הזוג יחד עם אם ביולוגית שבהם הילד גדל מלכתחילה בשני בתי נפרדים, ללא קשר זוגי בין ההורים הביולוגיים ולעיתים במעורבות של הורה נוסף שלישי. משום כך, תמוה בעיניי, שכחלק מהרצון להשיג הסכמה של גורמים דתיים שמרניים אפילו "הצעת גרמן", הצניעה את ההיבט הזוגי-שיתופי של הפונדקאות והעדיפה לעסוק בזכות של גברים יחידים לפונדקאות.<sup>92</sup> לטעמי, במבט צופה פני עתיד חשוב שחקיקה עתידית תכיר בהורות הזוגית המשותפת של בני הזוג מאותו המין.

רביעית, אפילו אם נניח ליתרונות ההורות הזוגית ונדבק בעמדה ניטרלית-פלורליסטית כלפי דפוסים שונים של הורות, עדיין לנוכח שכיחותה של ההורות הזוגית, על המדינה לדאוג להסדרתה כמוסד משמעותי שבמסגרתו מובאים ילדים לעולם. בהתאם לגישה המוסדית, יש להחיל את עקרונות אתיקת ההורות החלים על הורות זוגית משנוצרה כבר בשלב הבאת הילדים לעולם. אחד העקרונות המשמעותיים ביותר של דיני הורים וילדים הוא שאין לקבל מציאות של חצי הורה<sup>93</sup> ואין לאפשר היררכיה בין ההורים.<sup>94</sup> משכך, יש לדחות הסדר לפיו אחד מן ההורים המיועדים הוא

---

<sup>91</sup> לטיעון לפיו שיקולי טובת הילד מצדיקים הבחנה בין בני זוג לבין יחידים ויחידיות, 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). להתמודדות עם הטיעון ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", לעיל ה"ש 16, בפרק 4(ב).

<sup>92</sup> ראו, **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 63.

<sup>93</sup> ראו, ליפשיץ "שליטת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 17, בעמ' 50-53; ראו גם, Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 134-135.

<sup>94</sup> בעמ' 919/15 **פלוני נ' פלונית** (נבו 19.7.2017). ראו את דברי השופט מזוז, שם, בפס' 8 לפסק דינו ("שיקול נוסף הוא שיש להימנע במידת האפשר בחלוקת נטל המזונות מיצירת 'בית עשירי' ו'בית עני', דבר שיש לו השלכות לא פשוטות מעבר להיבט החומרי-כלכלי, הן על 'ההורה העני' והן על הילדים"); לחשיבות השוויון בהורות, ראו דני"א **נחמני**, לעיל ה"ש 44, בפס' 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-ארז "בעקבות פרשת נחמני", לעיל ה"ש 22, בעמ' 216 ("לשני ההורים אותה זיקה לילד, ובני שני המינים מושפעים על-ידי מימוש (או אי-מימוש) ההורות בחייהם"); עוד ראו, תרצה יואלס ואבי שגיא-שוורץ "אבא, אמא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" **דין וחברים** ו 375 (2012).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

שיתקשר עם הפונדקאית בהסכמה, ייבחן על ידי וועדת האישורים ובשלב ראשון יוכר לבדו כהורה יחידי מכוח חוק הפונדקאות, בעוד ההורה השני הלא ביולוגי יהפוך הורה בהליך נספח שעשוי לשקף מסר כאילו מדובר בהורה משני.<sup>95</sup>

לבסוף, מנקודת המבט של טובת הילד חשובה היציבות, הוודאות והסדרת מעמד ההורים המיועדים מוקדם ככל האפשר. אף מנקודת מבט זו מצב עניינים שבו ההורה הביולוגי יוכר כהורה באופן מיידי, בעוד מעמדו של ההורה השני יהיה תלוי בהליך נפרד איננו ראוי. בוודאי שמצב עניינים שבו רק ההורה הביולוגי יחשב כהורה מיועד וייבחן על ידי וועדת האישורים בהתאם לדרישות הקבועות בחוק הפונדקאות, בעוד בן זוגו יעבור הליך טכני של קבלת צו הורות כמקובל היום מבלי להזדקק לכלל הדרישות הקבועות בחוק הפונדקאות אינה ראויה. בכך נשוב ונעסוק בהרחבה בפרק הבא של המאמר שיעסוק בצווי ההורות הפסיקטיים ובהסדרת ההורות של ההורה הלא ביולוגי ומשום כך, לא ארחיב בכך בהקשר הנוכחי.

בנקודה זו ברצוני להבחין בין הזכות להורות משותפת לבין הזכות לקבוע את הזהות הגנטית של תורם הזרע. בשיח המשפטי הקיים המדגיש, כאמור, את ההיבט האינדיבידואלי של ההורות, טיעון האוטונומיה הועלה בשני מקרים נוספים כטיעון התומך בזכות של האם לבחור את זהות ההורה עמו תביא ילד לעולם. כך, בפרשה המוכרת כפרשת **בנק הזרע**<sup>96</sup> ביקשה האם מטעמים של קירבה גנטית שהזרע שנלקח מן התורם וששימש להולדת ילדה הראשון ישמש גם לתרומה נוספת. בית המשפט העליון סבר שמדובר בזכות פריפריאלית<sup>97</sup> שיש לדחות אותה לנוכח זכותו של האב שלא

---

<sup>95</sup> משכך, למרות שבהצעת גרמן בן הזוג של ההורה הביולוגי שיבקש להפוך להורה באמצעות צו הורות יצטרך לעמוד בדרישות הכשירות של הפונדקאות עצם העבודה שהוא יעשה זאת בהליך נפרד ולא במעמד שווה להורה הביולוגי טומנת בתוכה הצהרה בעייתית.

<sup>96</sup> ראו, פרשת **בנק הזרע**, לעיל ה"ש 45.

<sup>97</sup> ראו, שם, בפסי' כט לפסק הדין של השופט רובינשטיין ("הזכות להורות היא חירות במובנה המשפטי – הזכות כי הזולת והמדינה לא יתערבו בפעולת הפרט, ולא יפריעו למימושה; זכות שאין כנגדה חובת עשה. עם זאת, מדברים אלה עולה הבחנה נוספת הנוגעת לשני רבדיה של זכות זו. רובד ראשון, בעל ערך בפני עצמו, הוא היכולת לממש יכולת רבייה ולהפוך לאם או אב ביולוגי. רובד שני, שהוא זה העומד גם בבסיס הזכות שלא להיות הורה, הוא יכולת הבחירה של האדם כיצד לממש את זכותו הטבעית, קרי את הרובד הראשון. הרובד השני מצוי בפריפריה של הזכות להורות, הוא איננו נועד להגן על הערך של הבאת ילדים לעולם בפני עצמו, אלא על ערכים אחרים, כגון הזכות לפרטיות, האוטונומיה והבחירה החופשית עם מי, כיצד ומתי, אם בכלל, להביא ילדים לעולם (לרבות היכולת לתכנן משפחה))." וכן, שם, בפסי' 6-7 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז ("בנסיבות העניין ניתן לתאר את ההתנגשות בין הזכויות כהתנגשות בין ביטוי פריפריאלי של הזכות להורות בפן החיובי שלה (תביעה למימושה בקשר עם אב גנטי מסוים) לבין התנגדות להורות שקרובה יותר לליבתה של זכות זו בפן השלילי שלה").

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

לשמש כהורה.<sup>98</sup> במקרה אחר, בפרשה הידועה כפרשת **התורם הידוע**,<sup>99</sup> דחה בית המשפט העליון את הטענה שהוראות החקיקה המשנית הנוכחית העומדות על כך שתרומת הזרע תהיה ממקור אנונימי אינה חוקתית, שכן הן פוגעות בזכות של האם היחידה לבחור את זהות תורם הזרע כחלק מזכותה להורות. אף במקרה זה סבר בית המשפט שהזכות לבחור את זהות התורם הינה זכות פריפריאלית לכל היותר, שאינה מצדיקה את פסילת התקנות בנוסחן הקיים.<sup>100</sup>

במסגרת הנוכחית לא אוכל להתייחס לעצם הזכות לבחור את זהות ההורה הגנטי של ילדך ואת המשקל היחסי של זכות זו אל מול הזכויות והאינטרסים המתחרים כפי שעוצבו בפסקי הדין אותם ציינתי. אולם, חשוב לחדד את ההבחנה בין המקרים הללו לבין הזכות להורות משותפת שבה תומך המאמר הנוכחי. אכן, מנקודת המבט הליברלית-אינדיבידואלית ניתן לסבור שהדרישה של בני זוג מאותו המין להביא לעולם ילדים במשותף דומה לשני המקרים הללו ומשום כך, בהתאם להכרעות בתי המשפט במקרים הללו, מדובר לכל היותר בהיבט פריפריאלי של הזכות להורות. אולם, בעיניי קיימת הבחנה דרמטית בין הזכות של בני הזוג מאותו המין להורות משותפת לבין המקרים הנדונים. בשני המקרים שנדונו מדובר היה בתורם זרע שעל פי הסכמת הצדדים לא אמור היה ליטול על עצמו מחויבות הורית. משום כך, לנוכח גישתי, המקשרת בין הזכות להפוך להורה לבין הזכות לגדל את ילדך, אין מדובר בדרישה להורות משותפת, אלא לכל היותר בדרישה לקביעת הזהות הגנטית של אבי ילדך. לעומת זאת, הדרישה של בני זוג מאותו המין להתקשרות משותפת עם אם פונדקאית אינה מצומצמת לבחירת זהות ההורה הגנטי, אלא מדובר בדרישה עמוקה בהרבה, העוסקת בזכות להפוך הורים משותפים במובן המלא של ההורות, הכולל את ההיבט השני של הזכות להורות – הלא הוא הזכות לגדל את ילדיהם. זוהי דרישה העומדת בלב ליבה של ההורות

---

<sup>98</sup> ראו, פרשת **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 45, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל ("הזכות להורות היא זכות יסוד הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וככזו היא נהנית מהגנה משפטית רחבה. יחד עם זאת, במקרה העומד לפנינו, לא ליבת הזכות להורות היא זו שעשויה להיפגע, אלא, לכל היותר, תתכן פגיעה בצדדיה של הזכות. ודוק: העותרת אמנם מבקשת להתבסס על הזכות להורות, אך למעשה היא לא עותרת להגשמת רצונה להיות הורה, אלא להגשמת רצונה להיות הורה לילד שיוולד מזרעו של העותר דווקא. על כן בקשתה עוסקת בזכותה לאוטונומיה במובן אחר מהזכות להורות, דהיינו לזכותה לממש את האופן שבו היא מעוניינת להביא ילד לעולם").

<sup>99</sup> שם.

<sup>100</sup> ראו, שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל ("בענייננו מבקשת העותרת להיות אם מזרעו של העותר. דהיינו, היא אינה מבקשת הגנה על גרעין הזכות להורות, כי אם על זכותה להרות מאדם ספציפי בעל מטען גנטי מסוים. אין לערוך גזירה שווה בין הזכות להורות ובין הזכות להחליט באיזה אופן יש לממש את הזכות להורות, ואין צורך להגדיר באיזו מידה הגזירה איננה שווה. זאת, היות ובמקרה דנן עומדים מן העבר השני אינטרסים נוגדים המכריעים את הכף כנגד העותרת. זכויות, מטבען, אינן מוחלטות, וההגנה המשפטית שתניתן להן תלויה במלאכת איזון שבין הזכויות והאינטרסים שעומדים על הפרק, כמו גם בטיב הזכות שנפגעת ועוצמת הפגיעה בה. במקרה העומד לפנינו, למול הפגיעה האפשרית בשולי זכותה של העותרת לאוטונומיה, ניצבת פגיעה באינטרס הציבורי ובטובת הילד שיוולד 'ויזכה' לאב שזהותו ידועה אך איננו מעורב בחייו... באיזון בין השיקולים האלו – ידם של האחרונים על העליונה"). וכן ראו, ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 17, בעמ' 263.



שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

ומשום כך, גם בלב ליבה של הזכות הורות.<sup>101</sup> לכן, לנוכח הטעמים המוזכרים בחלק הנוכחי, נדרשים טעמים כבדי משקל בכדי לפגוע בה. משהוכרה הזכות האינדיבידואלית של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו המין להורות אינני רואה שום אינטרס חברתי המצדיק פגיעה בזכותם להורות משותפת.

לנוכח המקובץ חשוב להנחות את המחוקק באופן ברור כי כל תיקון עתידי בחוק הפונדקאות חייב לכלול גם הכרה במסלול פונדקאות של זוג בני אותו המין, בדומה לאפשרות של זוג המורכב מגבר ואישה נשואים. בתקופת הביניים שעד לתיקון החוקי, יש להבהיר לרשויות המנהליות שלנוכח הכרעתו הסופית של בג"ץ בפרשה יש לאפשר לבני זוג מאותו המין להתקשר במשותף עם פונדקאית בדומה למצב הקיים לגבי בני זוג ממין שונה.

4. הזכות להורות משותפת ביולוגית במקרה של בנות זוג מאותו המין

מבחינה רפואית, בפני בנות זוג מאותו המין המעוניינות בהורות משותפת עומדת אפשרות נוספת, שאינה ניצבת בפני בני זוג מאותו המין, אפשרות המבוססת על הפריית ביצית של אחת מבנות הזוג והשתלת הביצית המופרית ברחמה של בת הזוג השנייה. דרך זו אטרקטיבית במיוחד עבור בנות זוג המעוניינות כי לשתיהן תהיה זיקה ביולוגית גנטית או פיסיולוגית עם הילד שיוולד.

בעבר, בטרם נחקק חוק תרומת ביצית<sup>102</sup> התאפשרה פרקטיקה כזו בישראל.<sup>103</sup> אולם, בפרשת **משה**<sup>104</sup> שלל בית המשפט העליון את האפשרות של בנות זוג מאותו המין להביא לעולם ילד משותף באמצעות הפריית ביצית של אחת מבנות הזוג ברחמה של בת הזוג האחרת וזאת למרות שבאותו המקרה אחת מן הנשים סבלה מבעיה רפואית שלא אפשרה לה לשאת הריון בעצמה ועל כן, ניתן היה להציע הצדקה רפואית למהלך. לעומת זאת, בית המשפט בפרשת **משה** הכיר באפשרות לעריכת הסדר כזה מחוץ לישראל ובעקבותיו להכרה בבנות הזוג כאימהות.

ברמה הפורמאלית צדק בית המשפט כי שני החוקים הרלוונטיים – חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות – אינם עוסקים בסיטואציה של הורות ביולוגית משותפת בין שתי אימהות (גנטית ופיסיולוגית). חוק הפונדקאות עוסק במקרים בהם האם הפיסיולוגית המכונה בחוק "האם הנשאת" הרה עבור הורים מיועדים, אך הוסכם שהיא לא תשמש כאם לאחר הלידה.<sup>105</sup> חוק

<sup>101</sup> דומה כי זוהי גם רוח דבריו של השופט הנדל, שם, בפס' 12 לפסק דינו ("מדובר בעתירה שיחסית פשוט להורות על דחייתה, נוכח הנסיבות הקונקרטיות המלמדות כי העותר איננו מתכוון לשאת בחובות הורות כלפי הילד שיוולד, כך בין אם חובות אלו יוגדרו בהרחבה ובין אם בצמצום").

<sup>102</sup> ראו, חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010.

<sup>103</sup> ראו, פרשת **משה**, לעיל ה"ש 45, בפס' 21 לפסק הדין של השופטת חיות.

<sup>104</sup> ראו, שם, בפס' ב-ג לפסק הדין של השופט רובינשטיין וכן, שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת נאור. עוד ראו, שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט ג'ובראן ("ההליך שבו אישה מעוניינת לתת את הביצית שלה לזוגתה (הבריאה) על מנת שתושל בה ותלד ילד משותף גנטית-ביולוגית אינו מוסדר בחקיקה בישראל. אם לא היתה קיימת בחוק תרומת ביציות הוראה המייחדת את הסדרת הטיפול בביציות רק לפי חוק זה (סעיף 4 לחוק תרומת ביציות), דומה כי בקשת העותרות היתה מותרת. אולם, האיסור המפורש לפעול בדרך אחרת מזו הקבועה בחוק תרומת הביציות מגביל את צעדיהן של העותרות ולא מאפשר להן את המבוקש על ידן. על כן, במקרה שלפנינו אני סבור כי חרף רצוננו אין בדינו לסייע לעותרות").

<sup>105</sup> ראו, סעיף 2 לחוק הפונדקאות.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

תרומת ביציות עוסק במקרים בהם לאם המיועדת יש מגבלה רפואית המונעת ממנה לשמש אם גנטית.<sup>106</sup> נוסף על כך, על פי חוק תרומת ביצית לא אמורה להתקיים זיקה משפטית בין בעלת הביצית לבין הילד שיוולד.<sup>107</sup>

עם זאת, גם אם ברמה הפורמאלית הוראות חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביצית לא נועדו להסדיר סיטואציה של אימהות משותפת של בעלת ביצית ואם נושאת, ברמה המהותית אני מתקשה לראות מהי ההצדקה הערכית-נורמטיבית לאיסור על הורות משותפת מהסוג המתואר ועל איזה אינטרס חברתי איסור כזה נועד להגן. לשיטתי, לנוכח הסיבות שפורטו בהרחבה, הזכות להורות כוללת לא רק את הזכות של כל יחיד להביא ילד לעולם, אלא גם את הזכות להורות משותפת. לכן, הותרת התוצאה של פרשת **משה** תשקף בפגיעה בזכות להורות משותפת ובזכות לשוויון שאין לה כל תכלית ראויה. אוסיף ואומר שדווקא בשל העובדה שבית המשפט העליון קיבל בחלק הראשון של פרשת **ארד-פנקס** את עניין הזיקה הביולוגית בין ההורה לילד כשיקול רלוונטי בהסדרת הפונדקאות,<sup>108</sup> קשה עוד יותר להסביר מדוע ימנע משתי בנות זוג להביא לעולם ילד משותף שלשתיהן תהיה זיקה ביולוגית – כיוולדת או כאם גנטית כלפיו.

ודוק, הגם שמנקודת המבט של הדין הראוי, עמדת דעת המיעוט בפרשת **משה**, אשר תמכה במתן האפשרות להתקשרות בין שתי בנות זוג, היוצרת הורות ביולוגית משותפת של שתיהן, ראויה יותר, יש להודות כי הפרשנות הלשונית של סעיפי ההגדרות בחוק הפונדקאות<sup>109</sup> ושל חוק תרומת ביצית

---

וכן ראו, שם, בפס' טז-יז לפסק הדין של השופט רובינשטיין. עוד ראו, שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט נאור ("חוק הפונדקאות משקף מודל בו הקשר בין הפונדקאית ליילוד מתנתק עם הלידה, ואילו העותרות מבקשות לממש סוג אחר של הורות, שבו האם הנושאת את ההיריון, יחד עם האם הגנטית, ישמשו יחד כאמהות ליילוד. חוק הפונדקאות אינו המסלול המתאים לעניינן של העותרות").

<sup>106</sup> ראו לדוגמה, סעיף 11 לחוק תרומת ביציות, אשר עוסק בבקשה לתרומה למטרת הולדה וזו לשונו: "מצא רופא מטפל כי מטופלת שהיא תושבת ישראל, שמלאו לה 18 שנים וטרם מלאו לה 54 שנים, אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים, יודיע למטופלת כי באפשרותה להגיש בקשה לתרומת ביציות; בקשה כאמור תוגש לרופא האחראי בטופס שהורה המנהל".

<sup>107</sup> ראו סעיף 42 לחוק תרומת ביציות, שעניינו מעמד היילוד ואי-פגיעה בסמכות בית דין דתי. ראו גם, פרשת **משה**, לעיל ה"ש 45, בפס' טז-יז לפסק הדין של השופט רובינשטיין. אף גישת המיעוט הכירה בכך כי על מקרה מסוג זה לא חל חוק תרומת ביציות, ראו שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ארבל ("על מקרה בו אישה רוצה לשאוב ביציות על מנת להפרותן ולהשתילן ברחם בת-זוגה, כאשר שתי הנשים ישמשו אימהות לתינוק שיוולד (למצער אימהות במובן החברתי וכוונתן של הנשים לגדל במשותף את הילד), לא חל חוק הפונדקאות ואף לא חל חוק תרומת ביציות").

<sup>108</sup> חשיבות הזיקה הביולוגית עמדה בבסיס ההכרעה בפסק הדין לפיה האיסור על אישה יחידה, הזקוקה לתרומת ביצית להתקשר בהסכם פונדקאות עם אם נושאת הוא הסדר חוקתי. ראו, פרשת **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 2, בפס' 44 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו דאז) ג'ובראן. אף בהנחיות שנתנו בפסק הדין הסופי בעניין **ארד-פנקס** הנוחתה הוועדה לקבוע כללי זכאות לפונדקאות בהתחשב בין היתר בתכלית הביולוגית. ראו, פרשת **ארד-פנקס הסופי**, לעיל ה"ש 11.

<sup>109</sup> ראו, סעיף 1 לחוק הפונדקאות.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

תומכים בעמדת דעת הרוב בפרשת **משה**<sup>110</sup> על כן, ניתן להצדיק את תוצאת פסק הדין בעניין **משה** שאליה הצטרף בזמנו גם השופט ג'ובראן, כאמת לשעתה. ברם, לנוכח הכרעת בג"ץ בפרשת **ארד-פנקס** לפיה, שלילת הזכות של בני זוג מאותו המין להתקשר בהסכם פונדקאות פוגעת בזכותם להורות ובזכותם לשוויון ועל כן אינה חוקתית, יש מקום לדיון מחודש בעניין. כאמור, בעיני השילוב בין אתיקת ההורות בכלל ואתיקת ההורות המשותפת בפרט אמורה להוביל למסקנה לפיה מצב עניינים שבו שתי בנות זוג רוצות להיות שותפות מלאות להבאת ילד לעולם ובכלל זה, לייצר זיקה ביולוגית לילד הוא מצב רצוי שיש לעודדו. לכן, כאשר ביטול ההגדרה הקיימת שומט, ולו חלקית, את הקרקע מתחת להנמקות מסוימות של פסק הדין המוקדם בעניין,<sup>111</sup> יש לעודד את המחוקק, כמו גם את הרשויות המנהליות, לדון בנושא מחדש ובנפש חפצה.

### ג. הזכות להכרה משפטית בהורות המשותפת של ההורה הביולוגי ובן זוגו מאותו המין

1. רקע – המאבק על ההכרה בהורות של בן זוגו מאותו המין של ההורה הביולוגי במשפט הישראלי כאמור בפרק המבוא, במשפט הישראלי הדיון בהכרה בהורות של בן הזוג מאותו המין של ההורה הביולוגי מתרחש בשני הקשרים מרכזיים. ההקשר הראשון הוא של בני זוג מאותו המין שהתקשרו בהסכם פונדקאות שנערך בחו"ל עם אם נושאת ומבקשים לעגן את הורותם בישראל. בעוד שההורה הגנטי מוכר כהורה בישראל, בן זוגו נתקל בקשיים בעיגון הורותו. ההקשר השני, עוסק בהכרה באם ביולוגית שהרתה מתרומת זרע ובת זוגה של האם הגנטית מבקשת לעגן את הורותה. בהשפעת מונח שתבע השופט הנדל הורותו של בן הזוג של ההורה הביולוגי, שאני מעדיף לכנותו ההורה הלא ביולוגי, מכונה במקרים רבים "זיקה לזיקה".<sup>112</sup>

המשפט הישראלי עבר שינויים רבים בנושא זה. בעבר, סירבו בתי המשפט להכיר בהורות של ההורה הלא ביולוגי.<sup>113</sup> בהמשך, נקבע תקדים לפיו במקרה של תרומת הזרע, בת הזוג של הנתרמת הורשתה לאמץ את בתה של בת זוגה.<sup>114</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>115</sup>

<sup>110</sup> פרשת **משה**, לעיל ה"ש 45, בפס' 3-5 לפסק הדין של השופט ג'ובראן וכן, שם, בפס' ג' ובפס' ל לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

<sup>111</sup> שם, בפס' טז ובפס' מג-מו לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

<sup>112</sup> ראו דברי השופט הנדל בפרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 13, בפס' 8 לפסק דינו. הדיון במאמר הנוכחי ממוקד במקרה שבו בני הזוג מבקשים לכתחילה כבר בשלב 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. ראו, שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 45, בעמ' 643-661. וכן ראו, Jill Handley Andersen, *The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determination*, 30 J. FAM. L. 847 (1991).

<sup>113</sup> ראו, ע"מ (מח' ת"א) 10/99 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד תשס"א (א) 831 (2001). בעניין זה, השופט פורת בדעת רוב סבר שאין לאפשר לבת הזוג של האם הביולוגית לאמץ באימוץ יחיד.

<sup>114</sup> ראו, ע"א 10280/01 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: פרשת **ירוס-חקק**).

<sup>115</sup> ראו על כך למשל, אלונה פלג **אימהות לסביות בישראל**: סיפורים של הורות תחת חובת הוכחה 160-163 (2020).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

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 בז'רגון "צו הורות פסיקטי"<sup>116</sup>. בשני סוגי המקרים – פונדקאות חו"ל ותרומת הזרע – פונה ההורה הלא ביולוגי לבית המשפט ומבקש, שבדומה לצו ההורות החקיקתי שהוסדר בחוק הפונדקאות עבור ההורים המיועדים, ייקבע בית המשפט בצו הורות שבו או בת הזוג של נתרמת הזרע במקרה תרומת הזרע ושל האב הביולוגי במקרה פונדקאות חו"ל הינם ההורים מן הבחינה המשפטית.<sup>117</sup> לפחות בשלב הראשון, הפגינה המדינה היסוס רב כלפי המהלך שצמח מן השטח ובמקרים רבים היא גם פעלה כגורם הבולם והמעכב,<sup>118</sup> הנאלץ ליישר קו עם המציאות המתפתחת. עם זאת, בשלב מסוים 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 הן כאשר מדובר בפונדקאות חו"ל והן כאשר מדובר בהורות המבוססת על זוגיות עם בת זוגה של נתרמת במקרה של תרומת זרע (להלן: **הנחיות הצוות הבין-משרדי**).<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> לצורך הדיוק אציין שפסק הדין הראשון שבו ניתן צו הורות עסק במקרה ייחודי של בנות זוג שביצית מופרית של אחת מהן הושתלה ברחמה של הזוג האחרת. ראו על כך, תמ"ש (משפחה ת"א) 60320/07 ת.צ. נ' **היועמ"ש-פרקליטות מחוז תל אביב** (נבו 4.3.2013). לדיון בפסק הדין ראו, רות זפרן "אמהות יש גם שתיים – הגדרת אמהות לילד שנוולד לבנות זוג מאותו המין" **דין ודברים** ג 351, 395–396 (2008). משום כך, במקרה זה לשתי האמהות הייתה 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 (ת"א) 21182-13-04 א.ל.נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 11.3.2014) ולאחר מכן הוא יושם גם במקרים של תרומת זרע כאשר לבת הזוג אין זיקה ביולוגית לילד ראו, תמ"ש 57740-12-13 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 8.2.2015); כן ראו תמ"ש (חי) 57390-09-16 א.א.ב.צ. **(קטינה) נ' היועץ המשפטי לממשלה-משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה** (נבו 30.1.2017). לסקירה היסטורית מקיפה ראו, יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקטי" **משפטים** מז 113, 122-177 (2018) (להלן: מרגלית "צו ההורות הפסיקטי").

<sup>117</sup> ראו, דברי השופט הנדל בפרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 13, בפס' 8 לפסק דינו ("פיתוח פסיקטי 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 שנוולדו לתא משפחתי חד-מיני מתרומת זרע אנונימית, מכוח זיקתה לבת הזוג המחזיקה בזיקה כזו [בע"מ 4890/14 **פלונית נ' פלונית**, פס' 7 (נבו 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>118</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** (נבו 28.1.2014) הסכימה המדינה להסיר את התנגדותה לעצם מתן הצו.

<sup>119</sup> ראו, תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים משרד העבודה והרווחה **צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקטי** (2019). המלצות הצוות מתייחסות בין היתר לתנאי הכשירות הנדרשים כגון תושבות, גיל ההורים המיועדים והעדר עבר פלילי. כמו כן, דורשות ההנחיות הסכם הורות פורמאלי 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

**הנחיות הצוות הבין-משרדי** הקלו בהיבטים רבים על קבלת צו ההורות. כך למשל, בעוד שבעבר עמדה המדינה על קבלת תסקיר מעובד סוציאלי בכל מקרה שבו התבקש צו הורות פסיקתי, על פי ההנחיות החדשות קבלת תסקיר הפכה לחריג ואינה נדרשת באופן רגיל על מי שפועלים לפי הנהלים. נוסף על כך, מאפשרות ההנחיות 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 מכונן, ההימנעות מלהפעיל את הצו רטרואקטיבית וההשלכות הקשות של אי עמידה בלוחות הזמנים שנקבעו, עוררו תרעומת אצל הנוזקים להם.<sup>120</sup> משום כך, נמשכו הדיונים המשפטיים בנושא וכמקובל בישראל, בסופו של דבר נאלץ בית המשפט העליון להסדיר את הסוגיה.

למגינת ליבם של מרבית הארגונים התומכים בבני הזוג מאותו המין, בית המשפט העליון, בכמה פסקי דין שהיו שותפים להם מספר שופטים, אך רובם הובלו על ידי השופט הנדל, קיבל את עמדת המדינה לפיה צווי ההורות הן במקרים של פונדקאות החו"ל<sup>121</sup> והן בהקשר של תרומת הזרע<sup>122</sup> הינם צווים המכוננים את ההורות (צו קונסטיטויטיבי) ולא מצהירים עליה, כאילו הייתה עובדה קיימת וקודמת. בהקשר לפונדקאות החו"ל, בפרשה המכונה בז'רגון פרשת **פונדקאות חו"ל** אימץ בית המשפט העליון עמדה קשוחה המכבידה על 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 כדיון והרצון למנוע הכרה בו זמנית במצב של שלושה הורים.<sup>123</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 תיבחן עוד לפני הלידה או בסמוך לאחריה, כך שהצו יינתן 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 שייחשב כאילו ניתן ביום הלידה

---

בהקשר לבדיקת חוקיות הליך הפונדקאות במקרה של פונדקאות חו"ל. נוסף על כך, ההנחיות עוסקות במועד שבו תוגש הבקשה וקובעות כללים לגבי מקרים שבה בני הזוג לא פעלו על פי הנהלים. בהמשך נדון באופן נרחב בהנחיות הללו.

<sup>120</sup> כך למשל, על פי ההנחיות המדינה אפשרה אמנם להגיש את הבקשה לצו ההורות בתקופה שקדמה ללידה אך היא עצמה סרבה לדון בבקשה לצו ההורות בתקופת ההיריון. נוסף על כך, כפי שנרחיב בהמשך, למעט חריג לפיו שלושת החודשים שלאחר הלידה ייחשבו כיום אחד סרבו 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 28.

<sup>121</sup> ראו, פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 13. שם, דעת הרוב קבעה כי צו ההורות בהקשר של פונדקאות חו"ל יפעל קונסטיטויטיבית.

<sup>122</sup> ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 13, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל. עם זאת, השוו לעמדתו של השופט פוגלמן, שם, שניכר שהוא נוטה לתפיסת הצו כסעד הצהרתי; ועוד לפני כן ראו, בע"מ 4880/18 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 24.1.2019) (להלן: בע"מ 4880/18).

<sup>123</sup> ראו פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 13. נציין שבעוד השופט הנדל פתח להכרה רטרואקטיבית במקרים מסויימים, השופט מינץ שחלק על השופט הנדל בהקשר זה סגר באופן מוחלט את הדלת בפני הכרה רטרואקטיבית בצו.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

משלושה חודשים לחצי שנה.<sup>124</sup> בסופו של דבר, הרחיב בית המשפט העליון את התקופה שלגביה ניתן יהיה לפנות לבית המשפט ולקבל צו הורות פסיקתי שיפעל באופן רטרואקטיבי ל-תשעה חודשים לאחר הלידה, זאת למרות התנגדות המדינה.<sup>125</sup> עם זאת, למרות הארכת משך הזמן הנדרש לצורך קבלת הצו, בית המשפט הזדהה עם הצורך לקבוע סד זמנים קשיח לצורך קבלת צו הורות שיפעל באופן רטרואקטיבי.<sup>126</sup> נוסף על כך, חרף הנכונות לסייע ולהקל על 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 בהעדר "צו הורות" – כפי שמקובל לגבי בן זוג של הורה ביולוגי המצוי בקשר ממין שונה.<sup>127</sup> לדיון הנורמטיבי אודות מהותו של צו ההורות הפסיקתי והביקורת על הסדרתו הקיימת מימין ומשמאל נשוב בהמשך הפרק. אולם, בטרם נסיים את הסקירה ההיסטורית ונעבור אל הדיון הנורמטיבי בדין הראוי, נשוב מעט אחורה בזמן לפרשת **ממט מגד**,<sup>128</sup> שקדמה להגשת **המלצות הצוות הבין-משרדי** ושהייתה לה תרומה רבה למהלך העיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי ולהתייחסות לעיגון זו כזכות משפטית.

2. פרשת **ממט מגד** ותרומתו של השופט ג'ובראן להכרה בזכות להורות של ההורה הלא הביולוגי

בית המשפט העליון, בפרשת **ממט מגד**, אשר התמקדה במקרה פונדקאות החו"ל ביקש להקל על ההליך שבמסגרתו מוכחת ההורות של ההורה הביולוגית לצורך הענקת אזרחות לילד<sup>129</sup> והוא אף פתח פתח להוכחת האבהות לצורך ההכרה באזרחות גם ללא בדיקת רקמות.<sup>130</sup> נוסף על כך, בהתבסס על פסיקה רבת שנים בנושא המרשם בכלל וההסתמכות על תעודות בין לאומית בפרט,<sup>131</sup> בית המשפט בדעת הרוב הכיר באפשרות לרישום בן הזוג כהורה על בסיס מסמך רשמי של המדינה

---

<sup>124</sup> לתיאור ההתפתחות בעמדת היועץ בעניין זה ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 13, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל; לדינאמיקה של הובלת הצדדים להסכמות החורגות מן ההנחיות המקוריות של **הנחיות הצוות הבין-משרדי** (לעיל ה"ש 119) ראו, בע"מ 9182/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 4.6.2020).

<sup>125</sup> ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל.

<sup>126</sup> ראו, שם ("אימוץ סד זמנים קשיח בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית – להבדיל מעצם מתן צו ההורות הפסיקתי – מהווה צעד ראוי").

<sup>127</sup> ראו, פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 15.

<sup>128</sup> ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14.

<sup>129</sup> ראו, שם, בפס' 36 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

<sup>130</sup> ראו, שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופטת נאור.

<sup>131</sup> ראו, 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 בשל שיקולי תקנת הציבור ראו את דבריו של השופט עמית בבג"ץ 5384/16 **פלונית נ' שר הפנים** (נבו 21.8.2017). ראו גם, סער בן זאב ואורי גורלי "הרהורים ברישום נישואין אזרחיים ותקנת הציבור החיצונית בעקבות בג"ץ 5384/16 פלונית נ' שר הפנים" **הארת דין** יג 46 (התשע"ט).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

שבה נערכה הפונדקאות.<sup>132</sup> עם זאת, לנוכח הפסיקה המצמצמת את תחולתו המהותית של רישום כזה המליצו חלק מן השופטים שלא להסתפק ברישום כאמור ולדאוג להוצאת צו הורות פסיקתי שיסדיר את ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי.<sup>133</sup> הגם שכאמור פסק הדין בעניין **ממט מגד** עסק בעניין הוכחת אבהות לצורך הענקת אזרחות וברישום בן הזוג כהורה מכוח דיני המרשם, הדין בפסק הדין בצו ההורות הפסיקתי וההמלצה להורים לנקוט בדרך זו, נתפסו בציבוריות הישראלית ובקרב הקהילה המשפטית כמעניקים לגיטימציה ואישור לצו ההורות הפסיקתי.<sup>134</sup>

לחות דעתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד** הייתה תרומה מכרעת לכוננותו של המשפט הישראלי לפסוע בכיוון ההכרה המשפטית בהורות של ההורה הלא ביולוגי ועוד יותר, בהכרה בהיבט המהותי של הכרה זו. כך, מרבית השופטים העדיפו, לצורך ההכרעה בפסק הדין, לפסוע בנתיב הסלול של הפסיקה המורה לפקיד הרישום בהקשרים שונים להתבסס על תעודות ציבוריות של מדינות זרות.<sup>135</sup> לעומתם, הדגיש השופט ג'ובראן את ההיבט המהותי של הדרישה להכרה בהורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי ואת הפגיעה בזכות להורות ולחיי משפחה של בני זוגם הביולוגיים של בני זוג מאותו המין אם לא תעוגן הורותם.<sup>136</sup> נוסף על כך, פסק דינו השופט ג'ובראן מהדהד שוב ושוב את מחויבותו לעקרון השוויון. השופט ג'ובראן מדגיש בהקשר זה כי אין כל הצדקה להבחין בין הורים ביולוגיים לבין הורים שאינם ביולוגיים<sup>137</sup> ובין הורותם של בני זוג מאותו

---

<sup>132</sup> ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14. אולם, השוו לעמדות השופטים מלצר ורובינשטיין, אשר סברו כי יש לדרוש צו שיפוטי בכל מקרה, שם.

<sup>133</sup> ראו, שם, בפס' 31 לפסק דינה של השופטת נאור וכן, שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות. אולם, ראו את עמדת השופט דנציגר, שם, בפס' 4 לפסק דינו, שסבר שאף הרישום יכול שיצמיח עם הזמן תוצאות מהותיות.

<sup>134</sup> לצורך הדיוק ההיסטורי אזכיר, שפסק הדין בעניין **טבק-אבירם**, לעיל ה"ש 118, קדם לעניין **ממט מגד** (שם). עם זאת, פסק דין זה קיבל תהודה פחותה משל פרשת **ממט מגד**.

<sup>135</sup> ראו לדוגמה, פרשת **ממט מגד**, שם, בפס' 30 ו-36 לפסק הדין של השופטת נאור ("עתירה זו עוסקת בסוגיית הרישום, ולא בהסדרת הליך הפונדקאות בחו"ל על כל היבטיו. בסוגיית הרישום, כאמור, דעתי היא שדי בתעודות הציבוריות שהציגו העותרים בענייננו כדי לחייב את פקיד הרישום לרשום את בן הזוג השני כהורה").

<sup>136</sup> ראו, שם, בפס' 10 לפסק דינו ("מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשוויון, פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה"). ובהמשך, שם, בפס' 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").

<sup>137</sup> ראו למשל את דבריו של השופט ג'ובראן, שם, בפס' 14 לפסק דינו ("הורים מאמצים או הורים שילדיהם באו לעולם בסיועה של פונדקאית אינם הורים פחות 'אמיתיים' מהורים שילדם נולד בדרך של הריון בת הזוג ותוך שימוש בזרעו של בן הזוג. שאלת נשיאת העובר או קיומו של מטען גנטי משותף אינה משפיעה באופן ממשי על הזיקה שבין ההורה לילדו"). כן ראו דבריו, שם ("דרישת הצגת צו אימוץ או צו הורות לשם רישום ההורה הלא ביולוגי פוגעת בזכות לשוויון, שכן היא יוצרת מצב בו בפועל הנפגעים העיקריים מההסדר הם בני זוג בני אותו המין. בדומה, הדרישה להוכחת הורות ביולוגית אך ורק בדרך של בדיקה גנטית פוגעת בזכות לשוויון, שכן היא חלה ברובה על זוגות בני אותו המין, בעוד שבעבור מרבית הזוגות ההטרסקסואלים לא מתקיימת דרישה זו"); לא למותר לציין בהקשר זה את עמדת המיעוט של השופט ג'ובראן לפיה הגדרת ההורות לצורך חוק האזרחות אינה מחייבת קשר גנטי של מי מההורים, ראו, שם, בפס' 31 לפסק דינו ("לשונו

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

המין אל מול ההורות של בני זוג ממין שונה.<sup>138</sup> על כל אלה מוסיף השופט ג'ובראן את חשיבות עיגון  
ההורות של ההורה הלא ביולוגי משיקולי טובת הילד ומימוש זכויותיו.<sup>139</sup>

היסודות הללו שהונחו על ידי השופט ג'ובראן כבר בפרשת **ממט מגד** יפותחו על ידי בחלק הבא  
שיעסוק ביחס הנורמטיבי הראוי כלפי תביעת ההורה הלא ביולוגי לעיגון משפטי של הורות  
ולחשלותיה המעשיות.

3. צו ההורות הפסיקתי והעיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי: מן המצוי לרצוי

בשיח המשפטי בישראל סוגיית ההכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי נקלעה לשדה הקרב  
הליברלי-שמרני. כך, התומכים הליברליים בהגדרה החוזית של ההורות סבורים 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 פונדקאות החו"ל 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. בוודאי שסיווג הצו  
כקונסטטיטויטיבי, קביעת סד הזמנים הנוקשה לצורך זכאות להליך המהיר לקבלת צו ההורות  
הפסיקתי והתנאים הקשוחים להכרה רטרואקטיבית בצו ההורות במקרה של פונדקאות החו"ל,  
נתפסו כמגבילות את ההורות של בני הזוג מאותו המין, כמכבידות ללא צורך וכמסווגות אותה  
כהורות "חשודה". על כן, נמתחה עליהם ביקורת מן הצד "הליברלי".<sup>140</sup>

---

של סעיף 4(א)(2) לחוק האזרחות, הקובע כי מעמד של אזרח ישראלי יינתן לימי שנולד מחוץ לישראל כשאביו  
או אמו היו אזרחים ישראליים אינה מחייבת פרשנות שעל פיה הורות מכוח לידה היא הורות ביולוגית-  
גנטית בלבד".

<sup>138</sup> ראו למשל את הדברים הבאים: "בבואו של בית המשפט לענייני משפחה לבחון את עניינם של פונים  
המבקשים צו הורות, לרבות העותרים בהליך הנוכחי, עליו לקבוע דרישות ראייתיות שוויוניות החלות על כלל  
הפונים, נשואים ולא נשואים, בני זוג הטרוסקסואלים ובני זוג אותו המין, המבוססות על הדרוש להוכחת  
ההורות בלבד, ושאינן מפלות" (שם, בפס' 42 לפסק הדין של השופט ג'ובראן).

<sup>139</sup> ראו, שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט ג'ובראן ("בית המשפט הכיר בכך שישנה חשיבות ממעלה  
ראשונה לכך שהסטטוס המשפטי ישקף את מערכת היחסים האמיתית שבין ההורים לילדיהם, וכי אי הכרה  
משפטית במערכת יחסים זו עלולה לפגוע בילד עצמו. כן ראו, שם, בפס' 24-25 לפסק דינו ("דרישת צו האימוץ  
פוגעת פגיעה קשה ביותר בטובת הילד, ויוצרת מצב בו לאורך תקופה הנמשכת לא פעם שנים ארוכות אחד  
ההורים המטפלים אינו מוכר משפטית כהורה של הילד. היא אף יוצרת לא פעם חשש לפיצול סטטוס של  
הילד במדינות שונות בעולם; פער זה בין מציאות החיים לבין ההכרה המשפטית בה מוביל למצבים  
אבסורדיים בהם הורה אינו יכול לקחת את ילדו לטיפולים רפואיים ולבצע פעולות משפטיות בשם ילדו  
ובמקום בו בן הזוג הביולוגי הולך לעולמו, עלול ההורה בפועל שלא להיות מוכר כבעל משמורת על הילד").

<sup>140</sup> ראו למשל, עומר נחמני "אתמול זכויות להט"ב במדינה גולגלו אחורה שנות דור" **זמן ישראל**: **זירת  
בלוגים** (4.2.2020); <https://www.zman.co.il/79540/print/>; אייל לוריא פרדס "השבוע השחור של קהילת  
הלהט"ב: הורים על תנאי ונכים באישור המדינה" **המקום הכי חם בגיהנום** (5.2.2020); [https://www.ha-  
makom.co.il/post-eyal-tur-lgbt/](https://www.ha-); ראו דבריי העותרות ואת דבריי יו"ר האגודה למען הלהט"ב, מאיה



שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

מן הקצה השני, ניתן לאתר בשיח המשפטי, לרבות בפסיקת בית המשפט, את העמדה השמרנית המתנגדת לעצם קיומו של מוסד "צו ההורות הפסיקטי". על פי גישה זו, בעוד שהורות ביולוגית היא הורות טבעית, הכרה בהורות לא ביולוגית דורשת צו אימוץ, או למצער הכרה מפורשת מאת המחוקק, כפי שנעשה בחוק הסכמי פונדקאות. מעבר לביקורת על היעדר הלגיטימיות של פיתוח הכלי של צו הורות פסיקטי ללא הסמכה בחקיקה, אף לגופו של עניין, על פי הגישה השמרנית יש להבחין בין ההכרה הדקלרטיבית בהורות הביולוגית שאינה דורשת תסקיר ובחינה מדוקדקת, לבין ההכרה בהורות הלא ביולוגית שיש לערכה במתינות וללוותה בתסקיר ובבחינה של התאמת ההורה הלא ביולוגי.<sup>141</sup>

אף בנושא זה הגישה **המוסדית** עשויה להציע עמדה מורכבת יותר, אשר תתרום לשיח הקיים במגוון סוגיות.

(א) התמיכה המוסדית בעיגון המשפטי של הורותו של ההורה הלא ביולוגי כביטוי לזכות להורות אישית ומשותפת ומשקפת את טובתם של ילדי בני הזוג

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

ראשית, עיגון משפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ בכדי להגשים את זכותו להורות. ודוק, כחלק מן הכבוד לערך האוטונומיה, הגישה המוסדית מכירה ומכבדת את הרצון של רבים מבני האדם להביא לעולם ילד שיש להם קשר ביולוגי גנטי אליו. משום כך וכפי שטענתי בפרק

---

הורודניצי'אנו "נדחתה עתירה לשוויון ברישום הורים להט"בים: 'הנחת המוצא – אין קשר ביולוגי'" **וואלה!** **חדשות** (26.7.2020) <https://tinyurl.com/yv6pqqdf>; עוד ראו, קלעי "הורים חשודים", לעיל ה"ש 54, בעמ' 7-6 ו-25. וכן ראו, צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 437, 463 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים 2016).

<sup>141</sup> לביקורת הנורמטיבית ולהתנגדות למוסד צו ההורות במקרים של העדר זיקה ביולוגית ראו, מרגלית "צו ההורות הפסיקטי", לעיל ה"ש 116, בעמ' 169-168; עיקר ביקורתו של מרגלית ממוקדת 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. ראו גם את עמדתו של השופט מינץ פרשת **פונדקאות חו"ל**, לעיל ה"ש 13, בפס' 16 לפסק דינו ("עצם הסדרתו של 'צו הורות' ללא עוגן בחקיקה, מעורר אפוא קושי לא מבוטל") ובהמשך, שם. כשלעצמי סבור אני, כי על אף שייתכן שהמציאות כפתה את "הולדתו" של הצו, כשרותו, תוקפו, תחולתו והיקפו אינם מובנים מאליהם ומפקפק אני אם אכן היה מקום מלכתחילה לייצרו. מתן פתרונות יצירתיים-פסיקטיים לבעיות הורות שהתעוררו ושמעתורות, בשל היותם נוגדים את "השכל הישר וההיגיון הבריאי" מצד אחד, אך אינם עולים בקנה אחד עם הוראות הדין מצד שני, אינו פשוט כלל ועיקר. שופטים אחרים ראו בה רע הכרחי שראוי לצמצם את תחולתו, ראו למשל את דברי השופט מזוז בבע"מ **4880/18**, לעיל ה"ש 122, בפס' 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 הפסיקטי ואת תנאיה, כפי שהדבר נעשה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ").

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

הקודם, על פי הגישה, היכולת של אדם להפוך להורה לא ביולוגי, למשל באמצעות אימוץ, לא מהווה הצדקה מספקת לשלילת זכותו להפוך להורה ביולוגי. בה בעת, הגישה המוסדית סבורה כי הצרכים והערכים שבבסיס ההורות כגון הרצון לאינטימיות, לנטילת אחריות ולדאגה לילדך, והרצון להקמת משפחה מתקיימים גם בהורות הלא ביולוגית. על כן, על המשפט להכיר בזכות של הורה מיועד שאינו ההורה הביולוגי להפוך להורה.<sup>142</sup> ההכרה המשפטית בהורותו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות צו הורות נחוצה לצורך מימוש הזכות להורות של ההורה הלא ביולוגי הן בכך שהיא מעניקה לו את ההכרה המשפטית בעצם היותו הורה ושותף להבאת ילד לעולם<sup>143</sup> והן בכך שבעקבות ההכרה המשפטית הפורמאלית מוענקות להורה הלא ביולוגי מגוון כשירותים וסמכויות הנחוצות כדי לממש את ההיבט הנוסף של הזכות להורות – הלא היא הזכות לגדל את ילדך ולפעול למעט טובתו.<sup>144</sup>

שנית, עיגון המעמד המשפטי של ההורה הלא ביולוגי נחוץ בכדי להטיל על הורה זה 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 לקיחת 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, אפילו אם בן זוגו מסכים לכך.

שלישית, כפי שהסברתי בהרחבה בפרק הקודם, כחלק מערך האוטונומיה ההכרה בזכות להורות כוללת גם את הזכות להביא לעולם ילד משותף ולגדלו במסגרת משפחה המבוססת על קשר זוגי. על כן, עיגון המעמד המשפטי של ההורה הלא ביולוגי נחוץ בכדי לממש את הזכות של ההורה הביולוגי להורות משותפת במסגרת משפחה המבוססת על קשר זוגי.

---

<sup>142</sup> ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14, בפס' 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 22, 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 לפריון לזכות לקיום יחסי טיפול ודאגה"); לשאלה האם הזכות להורות כוללת גם את הזכות לאמץ ראו, פרשת **משפחה חדשה נ' שר העבודה**, לעיל ה"ש 46, בפס' 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"). אולם, השוו לעמדתה של השופטת בייניש, שם, בפס' 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 בנסיבות המקרה.

<sup>143</sup> ראו, טמיר וכהנא-עמיתי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 63.

<sup>144</sup> ראו, עמ"ש 32265-02-18 (מרי') **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' ש.ט.**, פס' 18 לפסק הדין (נבו 26.11.2018) (להלן: פרשת **היועץ נ' ש.ט.**) ("מתן צו הורות פסיקתי המכוון את ההורות בין בן הזוג שאינו בן הזוג הביולוגי לבין הקטין הוא מכשיר נכון וראוי לחיזוק התא המשפחתי באמצעות גושפנקא משפטית המכוננת את החיובים והזכויות המשפטיות שבין ההורים לקטין").

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

רביעית, מנקודת המבט של טובת הילד יש חשיבות רבה למתן הגושפנקא למציאות בפועל לפיה שני בני הזוג משמשים כהוריו לכל דבר. גושפנקא זו חשובה גם בהיבט האינסטרומנטלי ביחסים השונים עם הרשויות, הן 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>145</sup>

חמישית, מעבר לטובת הילד הספציפי, הגישה המוסדית מבקשת לתמוך במוסד ההורות הזוגית כאופציה משמעותית להבאת ילדים לעולם וגידולם. ההכרה המשפטית בהורותו של ההורה הלא ביולוגי היא כלי חיוני כדי לבסס את מוסד ההורות הזוגית וכדי להבטיח שהטכניקות המלאכותיות של ההולדה לא יחתרו תחת מוסד זה. אציין כי טיעון זה רלוונטי גם על פי גישות פלורליסטיות, הרואות בהורות הזוגית אפשרות שוות ערך להורות יחידה. אולם, תמוה בעיני במיוחד שדווקא גישות מסורתיות שמרניות הרואות בהורות הזוגית אופציה מועדפת וראויה יותר מאשר אופציות אחרות של הורות מחלישות אותה על ידי ההתנגדות לצו ההורות ולהכרה המשפטית בהורות של ההורה הלא ביולוגי באופן המייצר יצורי כלאים של הורות יחידה דה-יורה והורות זוגית דה-פקטו.

(ב) 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 יועמד מוקדם ככל האפשר הכשירויות וההכרה הנחוצות לו בכדי לבצע את תפקידו. בדומה לכך, מנקודת המבט של טובת הילד, נדרש שהמעמד המשפטי של שני ההורים יהיה ברור וסמוך ככל האפשר 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>146</sup> מנקודת המבט הממוקדת באתיקה ההורית

<sup>145</sup> ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14, בפס' 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 **יחסייהם 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 פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרף הנולד גם בדין הישראלי'); ראו גם, פרשת **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 114, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו דאז) ברק.

<sup>146</sup> ראו, תמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 **מ.ב.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 38 לפסק הדין (נבו 7.1.2019) ('גם מנקודת טובתו של הקטין, ברי לכל בר דעת, כי טובתו היא שהוריו יוכרזו מיום לידתו ולא מיום בו יחליט בית משפט פלוני על יום הולדת ההורות'. בעיניו של הקטין, המדובר בהורה לכל דבר ועניין, 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 (ת"א) 27235-09-16 **פלונית נ' פמת"א**, פס' 20 לפסק הדין (נבו

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

ובנטילת האחריות ההורית, יש להישמר ממצב דברים שבו מי שהיה שותף להחלטה להביא ילד לעולם לא 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>147</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. על כן, יש להישמר ממצב של היררכיה בין ההורים הנובעת מכך שבמשך תקופה ארוכה רק אחד מן ההורים ייחשב כהורה. מאותה הסיבה, חרף הטענות המובנות על העומס המוטל בתקופת הלידה על הורים בכלל ובמקרה של הולדה באמצעים מלאכותיים בפרט, דווקא תומכי ההורות של בני זוג מאותו המין אמורים לברך על תחימת סד הזמנים לצורך הגשת צו ההורות. תחימה 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. אמנם, במקרים שבהם הצדדים לא עמדו בלוחות הזמנים מפתה להתעלם מהחריגה ולהקל בכל זאת על ההליך של הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי.<sup>148</sup> ברם, טיעון כזה הממוקד אך ורק בבני הזוג הספציפיים ואפילו בילד הקונקרטי מחמיץ את שיקולי הכוונת התנהגות ואת ההיבט המוסדי הרחובי, המבקש לעודד את המדיניות הראויה של קביעת מעמדם המשפטי של ההורים מוקדם ככל האפשר.<sup>149</sup> לכן, גם אם במקרה של חריגה מלוחות הזמנים אין לשלול באופן סופי ומוחלט את אפשרות ההכרה בהורות של בן הזוג הלא ביולוגי יש הגיון לקבוע נוהל מזורז התחום בלוח זמנים נוקשה ומסלול מקביל נח פחות עבור מי שלא עמדו בלוחות הזמנים של המסלול המזורז.

(ג) הצורך בהליך פורמאלי, בפיקוח מנהלי ובצו שיפוטי

---

1.3.2017 (להלן: פרשת **פלונית נ' פמות"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").

<sup>147</sup> ראו, פרשת **פלונית נ' פמות"א**, שם, בפס' 21 לפסק הדין ("הכרה בהורות מיום הלידה תמעיט התדיינויות משפטיות בדבר זכויות של קטינים וחובות כלפיהם. תמנע התדיינויות משפטיות לגבי הכרה בהורות בעת פרידה ותמנע צורך חלילה לדון במקרי ביניים בהם הייתה פרידה או פטירה של מי מהצדדים טרם ההכרה בזכות ההורות...").

<sup>148</sup> ואכן במקרים רבים מדי לטעמי, מעדיפה הפסיקה להתמקד בילד הנקודתי על חשבון שיקולי הכוונת התנהגות ועל כן היא נכונה ליתן צו הורות פסיקתי בהליך הרגיל גם למי שחרגו באופן משמעותי מהנהלים ומלוחות הזמנים. ראו למשל, עמ"ש (ח"י) 45359-10-18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ש**, פס' 7 לפסק הדין של השופט ג'יוסי (נבו 9.7.2019) (להלן: פרשת **היועמ"ש נ' מ.ש**). כן ראו, תמ"ש (חד"י) 45692-02-18 **פלונית נ' פרקליטות חיפה אזרחי** (נבו 15.1.2020).

<sup>149</sup> על דרישתה של הגישה המוסדית לקחת בחשבון לצד שיקולים הממוקדים בילד הספציפי גם שיקולים מוסדיים ורוחביים ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", לעיל ה"ש 16, בפרק ב', חלק 3, סעיף ה'. להדהוד הגישה בפסיקת בית המשפט העליון ראו, פרשת **היועמ"ש נ' איילון**, לעיל ה"ש 13, בפס' 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 הרחוב 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").

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

בסעיפים הקודמים ראינו שבדומה לגישות ליברליות-אינדיבידואליות אף הגישה המוסדית תומכות בדרישה לעיגון משפטי מהיר של ההורות של ההורה הלא ליברלי וזאת תוך הדגשת 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 דורשת הליך של עיגון ממוסד המערב גורם חיצוני מעין מנהלי וצו שיפוטי. בחלק זה אנמק את התנגדותי להתבססות על הסכמה פרטית לבדה, כתנאי לעיגון ההורות ומתוך ההתנגדות יובהרו גם הדרישות הנוספות אותם יש להציב על פי הגישה המוסדית כתנאי לעיגון ההורות מעבר לעצם ההסכמה הפרטית של הצדדים.

ראשית, דיני החוזים מכירים לא רק בהסכמים כתובים ופורמאליים, אלא גם בהסכמים בהתנהגות. במקרים אחרים דיני החוזים נכונים להסיק מהתנהגות הצדדים גם סטייה מהסכמה פורמאלית.<sup>150</sup> אף בהקשר של עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי היו שהסכימו להתבסס על הסכמה לא פורמאלית שלא עוגנה בכתובים לצורך הגדרת ההורים כהורים משותפים.<sup>151</sup> ברוח זו, בהקשר אחר, שיטות משפט שיישמו הסדרה חוזית בהקשר לתרומות הזרע ובכלל זה הכרה באפשרות לשלול אבהות של תורם זרע ידוע, הובילו לעמימות רבה בהקשר 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>152</sup> נוסף על כך, דיני החוזים מכירים בכך שבמצבים מסוימים, הפגיעים במיוחד לפערי כוחות ו/או מאופיינים במצב רגשי המקשה על קבלת החלטה מתונה, יש צורך בהליך אישור מיוחד הנועד להבטיח את הרצון החופשי של הצדדים ואת גמירת דעתם. היחסים המשפחתיים בכלל והיחסים בין הורים עובר ללידה בפרט חשופים לתופעות אלה.<sup>153</sup> משום כך, אפילו מנקודת מבט חוזית יש הגיון 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>154</sup>

<sup>150</sup> ראו על כך לאחרונה, פסיקתו של השופט אלרון בע"א 4298/18 **מנהל מיסוי מקרקעין ת"א נ' בלנק** (נבו 20.4.2021) וכן ראו, בע"מ 2943/18 **פלונית נ' פלוני** (נבו 6.12.2018) העוסק במקרה של זניחת הסכם ממון שהוראותיו לא קוימו.

<sup>151</sup> ראו למשל, תמ"ש 16260-08-17 **ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה**, פס" 15 לפסק דינה של השופטת אליטוביץ (נבו 9.6.2018) (להלן: פרשת **ט.ב. נ' היועמ"ש**).

<sup>152</sup> ראו בנושא זה בהרחבה במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 17, בעמ' 49 ו-52. שם, תיארתי בהקשר לסוגיית התורם הידוע דינאמיקה בעייתית לפיה מעמדו של תורם כהורה לא הוסדר בצורה ברורה או שהצדדים נסוגו מהסכמות קודמות שלהם באופן שהוביל לעמימות וחוסר יציבות שהזיקו לכל המעורבים.

<sup>153</sup> 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).

<sup>154</sup> 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 שבני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו, ראו סעיף 2 לחוק יחסי ממון, התשל"ג-1973.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

שנית, בעוד שבדיני החוזים, חופש החוזים מהווה 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 מעמד שווה. התכנים הליבתיים 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 בדיקת טיבה של הזוגיות בין ההורים המיועדים, אלא ככזה הממוקד בנטילת אחריות הורית משותפת, יחזק את היבט ההתחייבות ונטילת האחריות שבהורות. הליך כזה, שיכול שיהיה דומה באופיו לנוהל המקובל לאישור או אימות הסכם ממון או נישואים אזרחיים במקומות שבהם מאפשרים נישואים כאלה, יבהיר לשני הצדדים, כמו גם יעביר מסר חברתי רחב יותר, כי גם אם מקורה של ההורות המשותפת הינה 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, הבנייה חברתית כזו חיונית וחשובה. לא למותר לציין בהקשר זה קבוצת מקרים שרק חלקם הגיעו לבתי המשפט ו/או פורסמו שבמסגרתם ביקשו שני בני הזוג או אחד מהם לבטל הורות משפטית של הורה לא ביולוגי. בחלק מן המקרים הללו תסקירים שחוברו על ידי אנשי טיפול תמכו בביטול, 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 לביטול.<sup>155</sup> אני סבור שעמידה תקיפה של בתי המשפט כנגד ניסיונות אלה גם במצבים שבהם ייתכן שהם משקפים את טובת הילד הנקודתי, יחד עם חיזוק 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 המימד הפרטי-הסכמי של כינון ההורות המשפטית של ההורה הלא ביולוגי עלול לזלוג באופן לא רצוי גם להפקעתה. לא למותר לציין בהקשר זה שהגישה המוסדית מתנגדת נחרצות לשלילת הורות ביולוגית מלכתחילה בהסכמה פרטית ומשום

<sup>155</sup> ראו לאחרונה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב עמ"ש (ת"א) 53065-11-20 ל' ב' נ' א' ב' א' (נבו 6.6.2021). השווו לפסק הדין של השופטת סיגלית אופק שהכריעה בעקבות חוות דעת פסיכולוגית שתמכה בכך על ביטול צו אימוץ לאחר שבנות זוג מאותו המין נפרדו. פסק דין זה בוטל בהסכמה בבית המשפט המחוזי בתל אביב, ראו אמ"צ (ת"א) 25973-10-17 פלונית נ' אלמונית (נבו 27.10.2020). עוד ראו לאחרונה אמ"צ (ת"א) 35945-10-20 פלוני נ' אלמוני (נבו 29.4.2021) שאף בו נדחתה בקשה לביטול צו אימוץ שכוון 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 גושפנקא משפטית. ראו שם, בפס' 35 לפסק הדין את ההפניה לנייר העמדה של השירות למען הילד ואת ההתייחסות לעליית השכיחות של בקשות לביטול צווי אימוץ מאז ההכרת הפסיקה בהורות מכוח זיקה לזיקה (הערה נייר העמדה בניקוי פרטים מזהים נמצא אצל המחבר ובו מתוארים העלייה המשמעותית בשכיחות המקרים של בקשות לביטול צווי הורות ואימוץ). ראו על כך גם בהנחיות הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 119, בעמ' 41.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

כך, על פי הגישה יש למסד הליך מעין ציבורי של תרומות זרע או ביצית בכדי להבחין בין הליך ממוסד של תרומה בפיקוח ציבורי לבין הליך חוזי פרטי של התנערות מהורות.<sup>156</sup>

רביעית, התבססות על הליך חוזי פרטי לחלוטין, או אפילו כזה הכולל הצהרה בפני צד שלישי, ללא דרישה לעיגון מנהלי-פורמאלי אינה מתמדת 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 שבסיס אתיקת ההורות.

חמישית, בדומה לתנאי הסף המוצבים בחוק הפונדקאות לגבי ההורים המיועדים, אף עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי חייב לעמוד במבחני סף מסוימים של כשירות של הורה זה. עם זאת, אין ליישם באופן אוטומטי את דרישות הכשירות המוצבות בחוק הפונדקאות הישראלי 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 למשל צמצום הפונדקאות בישראל להורים שאין להם שלושה ילדים,<sup>157</sup> אין הצדקה כאשר מדובר בפונדקאות בחו"ל. זאת משום שפונדקאות מחוץ לישראל לא 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, לגבי גילם של ההורים המיועדים, בדיקת העבר הפלילי שלהם ונסיבות בעברם העלולות להעיד על סכנה כלפי ילדיהם גם לגבי הליכים של עיגון ההורות המשפטית בן הזוג המבקש לשמש כהורה במקרים של פונדקאות החו"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, להבדיל מן ההליך המקוצר והפשוט יותר הנדרש ברגיל לצורך עיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי.<sup>158</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. כך, במקרה של תרומת הזרע, יש להבטיח כי לא קיים הורה מתחרה, כגון על ידי קבלת אישור על עריכת תרומה אנונימית כדין מהמרפאה שבאמצעותה בוצעה הליך התרומה וזאת, בין היתר, בכדי להבטיח שלא מדובר במקרה שבו הנתרמת הרתה באופן פרטי על ידי קבלת תרומה מתורם ידוע באופן פרטי או באמצעות ייבוא ממרפאות מחוץ לישראל. בוודאי שאם יתקבל בישראל מסלול של תרומה מתורם ידוע, יהיה

<sup>156</sup> ראו על כך בהרחבה במאמרי "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 17, בעמ' 49-50. השוו לעמדתו של יחזקאל מרגלית "מיג'בנת' זרע ועד לייזהר התורם" – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" עתיד להתפרסם **בדין ודברים** (2021), התומכת בהתקשרות חוזית שמטרתה שלילת ההורות של תורם ידוע.

<sup>157</sup> ראו, סעיף 5(ג1) (ב) לחוק הפונדקאות.

<sup>158</sup> ואכן זהו הפתרון שהומלץ על ידי הצוות ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 19. לגבי מקרים של אי עמידה בדרישות הסף של גיל או במקרים שבהם מתעורר חשד לעבר פלילי מסכן ילדים.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

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 בהקשר לפונדקאות. חוק הפונדקאות קובע פרוצדורה מורכבת שמטרתה, בין היתר, למנוע ניצול של פונדקאיות ופגיעה בזכויותיהן. נוסף על כך, חוק הפונדקאות קובע פרוצדורה המבטיחה שקשר ההורות של האם הנושאת ינותק בטרם יוכרזו ההורים המיועדים כהורים.<sup>159</sup> אולם, הפונדקאות מחוץ לישראל אינה כפופה למנגנונים המורכבים שנקבעו בחוק הפונדקאות. על רקע זה חשופה הפונדקאות מחוץ לישראל לסיכון של ניצול ופגיעה בזכויות האדם של הפונדקאיות.<sup>160</sup> לנוכח הסכנות הגלומות בפונדקאות בחו"ל, אני סבור שתהליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורים המיועדים חייב לקחת בחשבון את הדרך שבה התקיימה הפונדקאות ובמיוחד, האם נוצרה בהליך הוגן כלפי האם הפונדקאית ומחויב בטובתו של הילד שנולד. אכן, בהיעדר שיתוף פעולה בין-ארצי ויתכן שבין-לאומי, ניתן לתהות עד כמה אפקטיבי עשוי להיות פיקוח בדיעבד על הליך פונדקאות החו"ל בשלב ההכרה בהורות וזאת במיוחד במצבים שבהם טובת הילד תומכת במתן גושפנקא להורות של ההורים המיועדים, גם אם הפונדקאות נערכה בתנאים שאינם הולמים.<sup>161</sup> ועדיין, אני

<sup>159</sup> ראו, סעיפים 11-15 לחוק הפונדקאות.

<sup>160</sup> 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, Ruth Zafran & Daphna Hacker, *Who Will Safeguard Transnational Surrogates' Interests? Lessons from the Israeli Case*, 44 LAW & SOC. INQUIRY 1141 (2019) (להלן: Zafran & Hacker). ראו גם, אילן ליאור "הודו אסרה פונדקאות להומואים; מאות ישראלים ייפגעו" **הארץ** (8.1.2013) <https://www.haaretz.co.il/news/education/1.1902550>; איתמר אייכנר "אזהרת מסע: לא לנסוע לתאילנד לפונדקאות" **Ynet** (9.4.2014) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4508408,00.html>; דנה ויילר-פולק "אחרי תאילנד ונפאל: גם הודו אוסרת על פונדקאות" **וואלה! חדשות** (17.11.2015) <https://news.walla.co.il/item/2907536>; 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. INT'L 249 (2017) (להלן: Fellowes). ראו גם, Sharmila Rudrappa, *DISCOUNTED LIFE: THE PRICE OF GLOBAL SURROGACY IN INDIA* (2015). 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). מחקרים ברחבי העולם העוסקים בפונדקאות חוצות 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.

<sup>161</sup> ואכן כפי שמתארות Zafran & Hacker, שם, בעמ' 37. גם מדינות שאסרו כליל את הפונדקאות במדינתם ואפילו מדינות שאסרו על אזרחיהם להתקשר בהסכם פונדקאות במדינות זרות נאלצות בסופו של דבר



שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

סבור שגם בהעדרה של תשתית בין-לאומית נרחבת, הליך ההכרה בהורותם של ההורים המיועדים בפונדקאות חו"ל אינו יכול לעצום את עיניו ממקרים 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 ארעה הפונדקאות, אלא גם כדי לתת מענה למקרים שבהם מתעורר חשד של ממש לפגיעה, ניצול או כאשר מתעוררים ספקות לגבי הסכמת הפונדקאית לוותר על הילד שנולד. לא למותר לציין בהקשר זה את המלצות וועדת מור יוסף לגבי הסדרה 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>162</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. אולם, דווקא המלצות וועדת מור יוסף הממחישות כיצד יכולות מדינות לנסות ולמתן פגיעה בזכויות אדם גם לגבי פונדקאות המתרחשת מחוץ לגבולותיהן באמצעות מתן תמריצים למי שיפנה להליכים מפקחים, חושפות את הקושי במצב הנוכחי שבה עיגון ההורות המשפטית של בן הזוג הלא ביולוגי בישראל נערך באופן ספורדי ולא באמצעות חקיקה מסודרת. לקושי זה אנו עוברים כעת.

4. צו הורות פסיקתי כפיתוח פסיקתי: בחינת המצוי בראי הראוי

(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>163</sup> מנקודת המבט של המשפט המנהלי והחוקתי בהקשרים מסוימים העדרה של הסדרה משפטית סדורה עשויה אף לחתור תחת התוקף המשפטי של התקנות והנהלים הקיימים.<sup>164</sup> משכך, בעולם משפטי תקין, המחוקק הוא שהיה נדרש לפיתוח הכלי המשפטי הראוי לעיגון ההורות של בן זוגו של ההורה הלא ביולוגי, הן במקרה של פונדקאות החו"ל והן במקרה של תרומת הזרע. הסדר חקיקתי כזה, היה מסדיר כדבעי, את תכני ההסכמה הנדרשת, את ההליך הנדרש לצורך מיסודה, את תנאי הכשירות הנדרשים כאשר מדובר בפונדקאות החו"ל להבדיל מפונדקאות המתקיימת בישראל ואת הדרך שבה תפוקח הפרוצדורה שנערכה

---

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 Claire Fenton Glynn, *England and Wales*, in EASTERN AND WESTERN PERSPECTIVES ON SURROGACY 120 (Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn and Terry Kaan Intersentia eds., 2019).

<sup>162</sup> ראו, "דו"ח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 55, בעמ' 68-69.

<sup>163</sup> ראו, ליפשיץ "הטיעון המוסדי", לעיל ה"ש 16, בפרק ג, חלק 2, סעיף א.

<sup>164</sup> ראו למשל, פרשת **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 45. בפרשה זו התעוררו תהיות האם ההסדרה קיימת של תקומת 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 17, בעמ' 306-299.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

במקרה פונדקאות החו"ל והסרת הזיקות ההוריות המתחרות בשני המקרים. ברם, למרבה הצער המחוקק לא אמר את דברו הן בהקשר של תרומת הזרע,<sup>165</sup> והן בהקשר של פונדקאות החו"ל.<sup>166</sup> משום כך, המלצה מרכזית של מאמר זה הינה עיגון צו ההורות הפסיקטי וקביעת תנאיו בחקיקה.

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

בשיח המשפטי והציבורי הישראלי הועלתה הטענה שבהעדר הסדרה חקיקתית שגו בתי המשפט בכך שפיתחו את הצו הפסיקטי.<sup>167</sup> דעתי שונה. בעיניי, העדרה של הסדרה חקיקתית אין משמעה 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 בהם נוקטים הפונים לפונדקאות חו"ל, ולהפך במרבית המקרים מדובר בצעד לגיטימי הנועד להגשים את זכותם להורות.<sup>168</sup> דברים אלה רלוונטיים במיוחד להורות של בני זוג מאותו המין שבהם ממוקד המאמר הנוכחי. כפי שראינו, ההצדקה שניתנה על ידי המדינה לדין הקיים השולל מבני זוג מאותו המין ומגברים יחידים את האפשרות להתקשר בהסכם פונדקאות היא ההצדקה הרפואית.<sup>169</sup> על פי הצדקה זו, הדין הקיים נועד לשמר את הפונדקאות בישראל כמקרה קצה וזאת, בין היתר, כדי לאפשר פיקוח ראוי ולמנוע העמרת מחירים. כאמור, הצדקה זו נדחתה על ידי בית המשפט בפרשת **ארד-פנקס**<sup>170</sup> ככזו שאינה עומדת בפסקת ההגבלה ועל כן ההסדר בחוק אינו חוקתי.<sup>171</sup> אולם, 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 חשבון עמם על שבחרו בפונדקאות חו"ל. לפיכך, מהסיבות שנמנו בהרחבה לעיל,<sup>172</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

<sup>165</sup> לחוסר בעניין תרומת הזרע, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", שם. תזכיר חוק בנק זרע שפורסם כבר בשנת 2017 לא קודם להצעת חוק פורמאלית ולא ידוע לי על מאמצים קונקרטיים הנערכים כיום לחקיקתו. ראו, תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016.

<sup>166</sup> הצעות וועדת מור יוסף להסדרה חקיקתית של פונדקאות חו"ל לא קודמו על ידי המחוקק, ראו **דו"ח ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 55. גם הצעת החוק הממשלתית של גרמן שעסקה בעניין זה לא קודמה, ראו, **הצעת גרמן**, לעיל ה"ש 63, 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.

<sup>167</sup> ראו, בעיקר את עמדותיהם של המלומד מרגלית ושל שופט בית המשפט העליון מינץ שהובאו, לעיל ה"ש 141.

<sup>168</sup> ראו דברי השופטת נאור בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14, בפס' 41 לפסק דינה.

<sup>169</sup> ראו, לעיל טקסט ליד ה"ש 73-74.

<sup>170</sup> ראו, פרשת **ארד-פנקס המשלים**, לעיל ה"ש 11.

<sup>171</sup> ראו, לעיל ה"ש 75-79.

<sup>172</sup> ראו, לעיל, פרק ג, חלק 3.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

של הוריו ולהכיר בהורותם של בני הזוג 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 אינם יכולים להתבסס על הסכמה פרטית של בני הזוג.<sup>173</sup> במציאות מורכבת זו, שבה מחד, עיגון משפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי נחוץ ומאידך, לא ראוי לבסס עיגון זה על הסכמה פרטית יש לשבח את בתי המשפט על הנכונות להשלים את החסר באמצעות צו ההורות הפסיקתי. עוד יש לאמר שבהעדר חקיקה, הניסיון של הצוות המיוחד לגבש הסדרים רוחביים העוסקים בתנאי הכשירות, הנהלים ולוחות הזמנים הנדרשים לצורך הגשת וקבלת צו הורות ראויים אף הם לשבח. בהקשר זה, יש להצר על כך שבמקרים שבהם בני הזוג לא עמדו בהנחיות ובנהלים, חלק משופטי בית משפט לענייני משפחה מדגישים את הצורך להתמקד בטובת הילד הנקודתי,<sup>174</sup> ומערכים בחסר את הצורך באחידות, בעקביות ובהכונות התנהגות. דומה שבהקשר זה בית המשפט העליון, במקרים שבהם הוא נזקק לעניין רגיש יותר לעניין הכוונת ההתנהגות<sup>175</sup> ואני מקווה שגישתו תחלחל לפסיקות בתי המשפט הדיוניים.

מבלי להיכנס לפרטי הפרטים של תכני הנחיות הצוות הבין-משרדי, אוסיף ואומר שכלל במבט רחב ובכפוף לביקורת בנקודות מסוימות שיוצגו בהמשך, אף התוכן הקונקרטי של הנחיות, במיוחד לאחר השינויים האחרונים ששולבו בהם כמתואר לעיל, משקף בדרך כלל הגשמה מהותית של הדרישות שתוארו בפרקים הקודמים:

ראשית, ההנחיות כוללות דרישה לחתימת שני בני הזוג על מסמך פורמאלי המעיד על אודות הכוונה להורות משותפת, כאשר ליבת ההצהרה מגובשת על ידי הרשויות ואינה נתונה לשינוי על ידי

<sup>173</sup> ראו, שם, בסעיף ג.

<sup>174</sup> ראו, פרשת היועמ"ש נ' מ.ש., לעיל ה"ש 148, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גיוסי ("אין ליחס לאותן המלצות מעבר למטרה שלשמך נועדו – להנחות או לחייב את המדינה בלבד"). ראו גם, עמ"ש 47781-12-19-2021 מדינת ישראל - ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.ל ואח', 9 (נבו 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 (ק"ג) 25730-09-18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 43 לפסק הדין (נבו 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 במלאת כשמונה חודשים לקטין, וודאי אין בעובדה זו לבדה כדי לחרוץ גורל הבקשה לשבט ולא לחסד. נבהיר גם, כי משזה מעמדן של ההמלצות, 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").

<sup>175</sup> דומה שדווקא בית המשפט העליון רגיש יותר להיבטים אלה וראו, פרשת היועמ"ש נ' איילון, לעיל ה"ש 13 והציטוט מדבריו של השופט הנדל שהובא, לעיל בה"ש 149.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

ההורים.<sup>176</sup> בכך מגשימות ההנחיות את הדרישה לגיבוש מדינתי של עקרונות הליבה של ההורות המשותפת.

שנית, ההנחיות כוללות דרישות להוכחת זוגיות של 18 חודשים בטרם יינתן הצו,<sup>177</sup> בה בעת, זנחו ההנחיות את הדרישה לקבלת תסקיר כתנאי הכרחי לקבלת צו הורות. בהקשר זה אציין שבעוד שאני מקבל את הדרישה לחתימה על הצהרת הורות משותפת ותומך בביטול הדרישה הגורפת לקבלת תסקיר, בעיניי הדרישה להוכחת זוגיות של 18 חודשים בטרם יינתן הצו – אינה הכרחית.<sup>178</sup> ביסודו של צו ההורות עומד כינון מוסדי של ההורות על בסיס הסכמה מפוקחת המקבלת גושפנקא ציבורית לנטילת אחריות הורית משותפת. לכן, ההליך הקודם להוצאת צו ההורות לא אמור לשקף סוג של מבחן התאמה להורות ו/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 הגושפנקא המדינתית.<sup>179</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 בפניו אמורים ההורים המיועדים להתייצב לאשר שבני הזוג אכן חתמו על הצהרת ההורות המשותפת ברצון חופשי ובהבינם את משמעותה. יתרה מזו, בעוד שהניסוח הנוכחי של ההנחיות רואה בפתיחת תיק משותף בבנק הזרע אינדיקציה לכוונה להורות משותפת, בעיניי כעניין של דין ראוי, אין לוותר על דרישת התייצבות פיסית בפני גורם חיצוני שיוודא את קיומה של ההסכמה. לכן, 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>180</sup>

---

<sup>176</sup> ראו על כך, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 25-31. ככלל, ממליצות ההנחיות על התקשרות משותפת של שני בני הזוג בהסכם הפונדקאות ובחתימת הצהרה משותפת על כוונה להורות משותפת בעת ההליך המתרחש בבנק הזרע. ההנחיות אף מאפשרות חתימה מאוחרת על הצהרה כזו, בפני עורך דין נוטריון או מזכיר של בית המשפט.

<sup>177</sup> ראו, שם, בעמ' 19-25.

<sup>178</sup> מנסחי ההנחיות מנמקים דרישה זו ברצון לכוון 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 המתנת 18 חודשים, מה גם שהמתנה כזו במקרה של ילד שכבר נולד פוגעת באינטרס להסדיר הורות שוויונית מהר ככל האפשר.

<sup>179</sup> ראו הניתוח שנערך, לעיל ה"ש 153-154.

<sup>180</sup> 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

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

שלישית, אף הניסיון של הצוות הבין-משרדי לדבוק ככל האפשר בדרישות סף של כשירות, כגון הצבת דרישות לגבי גיל ההורים<sup>181</sup> והעדר היסטוריה של עבר פלילי ו/או רקע אחר מסכן ילדים, מגשימים את המדיניות הראויה עליה המלצנו.<sup>182</sup> מלבד זאת, הנחיות אלה תואמות את האמור בהסדרי חקיקה מקבילים, ובכך הן משקפות מדיניות ראויה של ריסון שיפוטי ומנהלי לפיה גם כאשר נאלצים בתי המשפט והרשויות המנהליות לפתח את הדין, ראוי שיעשו זאת בהתאמה להסדרים קיימים.<sup>183</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>184</sup> גיבוש לוח זמנים כאמור, מתמרץ את בני הזוג לעגן באופן מהיר את הורותו של ההורה הלא משפטי ובהתאם לניתוח שנערך לעיל המסביר עד כמה חשוב לעגן משפטית את מעמד ההורה הלא הביולוגי סמוך ללידה, גיבושו של לוח הזמנים וההתעקשות על מימושו משקף מדיניות ראויה. לכן, גם חשוב לכוון את בתי המשפט למשפחה לשתף פעולה עם מדיניות זו ולא להתפתות להחריג ללא סיבה ייחודית מתחלת ההנחיות 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 מהר 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 מאד לאחר הלידה.<sup>185</sup>

לבסוף, לנוכח הצורך בפיקוח על חוקיות ההליך ועל הסרת הזיקות הקיימות הן בהליך של תרומת הזרע והן בהליך של פונדקאות החו"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>186</sup>

---

המוסדית יש להסתפק האם עורכי דין פרטיים, ללא הכשרה או מינוי מיוחד הם הגורם המתאים למיסוד ההורות. בוודאי שהעובדה שהדין מסתפק בהצהרה ואפילו לא דורש מעורכי הדין לאשר הבנה מעמיקה וקיום רצון חופשי כנדרש לגבי הסכמי ממון מעוררת קושי.

<sup>181</sup> ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 18-19.

<sup>182</sup> ראו, שם, בעמ' 19-23.

<sup>183</sup> כאמור, לעיל ה"ש 158. אף הנכונות של ההנחיות לאפשר בחלק מן המקרים הללו הכרה בהורות הכפופה לבחינה מעמיקה על ידי תסקיר משקפת איזון נכון בין האינטרסים השונים בסוגייה.

<sup>184</sup> לוחות הזמנים שנקבעו ולהשלכות של אי התממשותם, ראו **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 28-34.

<sup>185</sup> ראו, לעיל, פרק ג, חלק 1.

<sup>186</sup> ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 33-34. עם זאת, ההנחיות לא מפרטות על דרכי ההוכחה כאמור ויתכן שהיה מקום להרחיב בכך. וראו בהקשר זה את ביקורתנו של השופט ג'ובראן בפרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14, בפס' 22 לפסק דינו.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

מצוידים בתובנות אלה נפנה כעת לעסוק בנושאים שעודם נתונים במחלוקת והם אופיו של הצו כצו  
מכוון או הצהרתי, היכולת להפעילו רטרואקטיבית והדרישה להסתפק בהצהרת הורים אף ללא צו  
שיפוטי לצורך רישומם במרשם. בנושאים אלה יעסוק הסעיף הבא.

(ג) אופיו של צו ההורות כצו מכוון ושאלת הרטרואקטיביות

בפסיקה הדיונית שעסקה בצו ההורות נחלקו הדעות האם מדובר בצו מכוון או בצו המצהיר על  
מציאות קיימת.<sup>187</sup> בית המשפט העליון, בהובלת השופט הנדל ובהסכמת כמעט כל השופטים שעסקו  
בכך עד היום, הכריע שמדובר בצו מכוון הן במקרה של תרומת הזרע<sup>188</sup> והן במקרה פונדקאות  
החוו"ל.<sup>189</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 לא יוצר אותה כשלעצמו. משום  
כך, על פי התפיסה הרואה בצו ההורות כצו המצהיר על מציאות קיימת, הסכמת הצדדים לשמש  
כהורים היא שיצרה את ההורות המשפטית. לכן, על פי תפיסת הצו המצהיר, אף אם ההורים לא  
פונים לקבלת צו הורות פסיקתי, אם הייתה מתעוררת שאלת ההורות של ההורה הלא ביולוגי בהליך  
אחר, למשל אגב סכסוך בין ההורים או לאחר מותם במקרה של ירושה, היה על בית המשפט להכיר  
בהורות המשותפת למרות העדרו של הצו. ברם, העמדה החד-משמעית של הדין הקיים בישראל  
הינה שלא ניתן לכוון הורות בהסכמה ללא הסמכה קונקרטיה בחוק. לכן, בהעדר צו הורות איני  
רואה כיצד יוכל בית המשפט להתייחס לשני בני הזוג כאל הורים על פי המצב המשפטי הקיים.  
משכך, איני רואה כיצד במצב המשפטי הקיים ניתן לסווג את הצו כצו מצהיר. אף במישור הדין  
הראוי, החשיבות הציבורית של תהליך עיגון ההורות, הצורך בפיקוח על תכני ההסכמה, הצורך  
בפיקוח התקיימות תנאי הכשירות של ההורה המיועד, על אי הניצול של הפונדקאית במקרה של  
פונדקאות החוו"ל ובמיוחד, הצורך לנתק את קשרי ההורות הקודמים בשני המקרים מובילים כולם  
למסקנה שעד להשלמת ההליך המנהלי והפיקוח השיפוטי אין להכיר בהורות החדשה.

עם זאת, אין קשר הכרחי בין שאלת אופיו של הצו כצו מכוון שבלעדיו אין להכיר בקיומה של הורות  
לבין שאלת תחולתו הרטרואקטיבית. כך למשל, כפי שראינו בהקשר לתרומת הזרע חרף סיווג הצו  
כצו מכוון, הורו ההנחיות של הצוות הבין-משרדי לראות בתקופה של שלושה חודשים שלאחר  
הלידה שהוארכה לאחר מכן על ידי בית המשפט העליון ל-9 חודשים כיום אחד ארוך שבו ניתן

<sup>187</sup> לפסיקה של בתי המשפט הדיוניים לפיה יש לסווג את הצו כצו מכוון, ראו, עמ"ש 36564-02-17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שבח (נבו 22.3.2018). ראו, עמ"ש (מחוזי חי) 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית**, פס' 43 לפסק הדין (נבו 24.5.2018). ראו גם, פרשת **היועץ המשפטי נ' ש.ט.**, לעיל ה"ש 144, בפס' 13 לפסק הדין. עוד ראו עמ"ש (מחוזי מר) 2183-11-17 **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' מ.מ.ד.** (נבו 20.12.2018); לפסיקה לפיה מדובר בצו מצהיר ראו, תמ"ש (חי) 57390-09-16 **א.א.ב.צ (קטינה) נ' היועץ המשפטי לממשלה-משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה**, פס' 12 לפסק הדין (נבו 30.1.2017). וכן ראו, פרשת **ט.ב.נ' היועץ המשפטי**, לעיל ה"ש 151, בפס' 141 לפסק הדין. לסקירת המחלוקת ותמיכה בעמדה הרואה ההורות כצו מכוון, ראו גם מרגלית "צו ההורות הפסיקתי", לעיל ה"ש 116, 140-141.

<sup>188</sup> ראו, פרשת **היועץ המשפטי נ' איילון**, לעיל ה"ש 13.

<sup>189</sup> ראו, פרשת **פונדקאות חוו"ל**, לעיל ה"ש 13.

להגיש את הבקשה ולהכיר בהורות מיום הלידה.<sup>190</sup> חרף ההתחכמות האנליטית המציגה תשעה חודשים כיום ארוך, באופן מעשי מדובר בנכונות להחלה רטרואקטיבי 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, ככל שדובר בפונדקאות החו"ל, **הנחיות הצוות הבין-משרדי** 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 ההנחיות אינן נכונות להגדיר תקופה הסמוכה למועד ההגשה הראוי שלגביו תוכר ההורות באופן רטרואקטיבי. מדיניות זו אושרה בפרשת **פונדקאות חו"ל**, שבה השופט מינץ בדעת מיעוט ביקש לאסור באופן גורף את האפשרות להכיר בצו ההורות באופן רטרואקטיבי, בעוד השופט הנדל פתח פתח לתחולה רטרואקטיבית של הצו, בנסיבות חריגות במיוחד.<sup>191</sup> והיא עומדת כעת לבחינה מחודשת בדיון נוסף.

כפי שהסברנו 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 להוות תמריץ משמעותי עבור ההורים להגיש את הבקשה לצו סמוך ככל האפשר ללידה ובמקרה של תרומת הזרע, שבו הדבר אפשרי, עדיף לתמרצם להגיש את הבקשה עוד לפני הלידה. משום כך, אינני משוכנע שטוב עשה בית המשפט העליון שהרחיב את התקופה שבמסגרתה צו ההורות יפעל באופן רטרואקטיבי במקרה תרומת הזרע משלושה חודשים במקור לתשעה חודשים. לטעמי, 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 החו"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 וכמובן לנוכח המסמכים שיוצגו על ידי המבקשים, לשלב במסגרת הבחינה המהותית האם נותק הקשר ההורי גם הכרעה לגבי העיתוי 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 למי שיגישו את הבקשה בחצי שנה שחלפה מיום הגשת הבקשה להכרה בהורות ההורה הביולוגי. בכך, יתומרצו ההורים להסדיר בזמן סמוך ככל האפשר את ההורות המשותפת באופן שימנע היררכיה בין ההורה הביולוגי וההורה הלא ביולוגי כמו גם, חוסר וודאות. יתרה מזו, עצם החשש של בית המשפט מפני עיגון תיאורטי של מציאות של שלושה הורים איננו חמור כפי שנראה במבט ראשון. אכן, אני מסכים שהכרה משפטית במציאות ממשית של שלושה הורים היא עניין מורכב הדורש הסדרה על ידי המחוקק. בה בעת,

<sup>190</sup> ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, בעמ' 31.

<sup>191</sup> ראו, דני"א 1297/20 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 13.4.2021).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואחי עורכים תשפ"ב)

בשלב שביית המשפט דן בשאלת ההורות הוא מתבסס על הכרעתו שקשר ההורות של הפונדקאית כבר נותק. לכן, גם אם לנוכח הכרעתו כעת על החלה רטרואקטיבית של ההורות של ההורה הלא ביולוגי במקרה הפונדקאות תיווצר תקופת זמן מסויימת שבה התקיימה בדיעבד בו זמנית הורות משולשת, מדובר בחפיפה שלא התקיימה בזמן אמת 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 החו"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.

5. האם ניתן להמיר את צו ההורות הפסיקתי ברישום – דיון נוסף בפרשת **צור-וייסלברג**

נפנה כעת 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 לגבי בני זוג ממין שונה.<sup>192</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 מגשימה את התכלית של עיגון המעמד של ההורה הלא ביולוגי כהורה משפטי סמוך ככל האפשר לשעת הלידה. שלישית, רישום הורה לא ביולוגי כהורה אושר בפסק הדין **ממט מגד** בעניין פונדקאות החו"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, לגישתי, דווקא בשל הרצון לתמוך בהורות של בני הזוג מאותו המין יש לדחות את האפשרות לרשום 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>193</sup> משום כך, רישום שאינו מלווה בצו פסיקתי עלול להחליש ביום פקודה את היכולת של ההורה הלא ביולוגי לפעול למען ילדו. בוודאי שזהו המצב כאשר יתעורר סכסוך בין ההורים וההורה הביולוגי, להבדיל מהרשויות המסתמכות על המרשם, יעורר את עניין ההורות. מנגד, המרשם אף לא יוצר מחויבויות הדדיות, דבר שעשוי להחליש את המחויבות ההורית של ההורה הלא ביולוגי.

אכן, בעניין **ממט מגד** אושר לרשום הורה לא ביולוגי במרשם. ברם, כפי שראינו בהקשר לפונדקאות החו"ל, החולשות של המרשם הובילו חלק מן השופטים למסקנה שיש לשלול את אפשרות הרישום, ללא צו פסיקתי מהותי גם במקרה פונדקאות החו"ל.<sup>194</sup> שופטים אחרים סברו שלנוכח ההלכה

<sup>192</sup> ראו, פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 15, בפס' 8-13 לפסק דינו של השופט מלצר.

<sup>193</sup> ראו, פרשת **ממט מגד**, לעיל ה"ש 14, בפס' 44 לפסק דינה של השופטת נאור (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 (אף שכאמור, מן הדין לרשום אותם), וישלימו הליך פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרד הנולד גם בדין הישראלי). ראו גם, פרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 13, בפס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל (הרישום מהווה ראייה לכאורה בלבד").

<sup>194</sup> ראו את דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת **ממט מגד**, שם, בפס' י' לפסק דינו.



שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

המושג הדורשת מפקיד הרישום שלא לבחון 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>195</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>196</sup> על רקע דברים אלה ולנוכח העובדה במקרה 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 ושבית 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-משדדי** 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 הגיע העת לחשוב מחדש גם על הלכה זו. בעיניי לנוכח חשיבות העיגון המשפטי של ההורות והנזק הצפוי לילדים שהוריהם עלולים להתפתות להסתפק ברישום, וכאשר נלקח בחשבון שצו ההורות הפסיקתי הוא כבר מוסד מגובש ונגיש במשפטנו ראוי לשקול דרישה של צו פסיקתי כתנאי לרישום אף בפונדקאות החו"ל. לכך יש להוסיף שהליך הרישום המבוסס על תעודת חו"ל אינו מאפשר בחינה מהותית של חוקיות של ההליך בארץ שבו התקיימה הפונדקאות, בחינה של תנאי כשירות מינימאליים שיש להתעקש עליהם גם כאשר מדובר על פונדקאות בחו"ל והסרת הספק האם הזיקה של הפונדקאית לילד הוסרה כדין. אמנם נושא זה אינו עומד בימים אלה לדיון משפטי מחדש ולכן לא ארחיב בכך, אך אחתום בכך שאמליץ על חשיבה מחדשת על עמדת הפסיקה בנושא. ייתכן גם שלצורך הבחנה מן ההלכות המאפשרות רישום על בסיס תעודה ציבורית המעידה על נישואים בחו"ל, נדרש תיקון חקיקתי המבחין בין נישואים לבין הורות ולפיו, לא תרשם הורות על בסיס תעודה מחוץ לישראל ללא פיקוח שיפוטי.

שוב כעת לדיון בפרשת **צור-וייסבלרג** שעסק כזכור בעניין אפשרות הרישום של ההורה הלא ביולוגי כהורה על בסיס הצהרת הצדדים ללא צו שיפוטי במקרה של תרומת הזרע שנערכה בישראל.

מנקודת המבט הממוקדת בדין המצוי, ניתן היה להסתפק בדברים שנאמרו עד כה בכדי להצדיק את תוצאת פסק הדין בעניין **צור-וייסבלרג** ששללה את הרישום על בסיס ההצרה. אולם, בעיניי אף אם הרישום היה מייצר זכויות מהותיות, עדיין הסדרת מעמדו של ההורה הלא ביולוגי באמצעות רישום המבוסס על הצהרה אינה ראויה.

בדוננו בתהליך העיגון המשפטי של ההורות של ההורה הלא ביולוגי, עמדנו על החשיבות של בחינה מיוחדת של גמירת הדעת של הצדדים, על קבלת ההחלטה במתינות ועל העדר לחץ רגשי או כלכלי. נוסף על כך, עמדנו על הצורך להבהיר לצדדים כבר בעת כינון ההורות שההחלטה להתייחס לשניהם כהורים היא החלטה סופית ולא הפיכה.<sup>197</sup> ההליך הרישומי רחוק מלהגשים תכליות אלה. ראשית,

<sup>195</sup> ראו, לעיל ה"ש 132.

<sup>196</sup> ראו, לעיל ה"ש 133.

<sup>197</sup> ראו, לעיל, פרק ג, חלק 3, סעיף ג.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

המרשם אינו דורש התייצבות בפני רשות הבוחנת את גמירת הדעת של הצדדים ומוודא שלשני ההורים המיועדים נהירה המשמעות הלא הפיכה של ההורות ואת קיומה גם במנותק מהמשך הקשר הזוגי. יתר על כן, במציאות הישראלית ההודעה על רישום נערכת בבית החולים.<sup>198</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 בן הזוג הלא ביולוגי כהורות אינה מתאימה לתכלית של הליך האישור כזו המבטיח גמירת דעת מלאה והבנה מעמיקה של משמעות ההתחייבות. בוודאי שהודעה פרטית דרך המרשם לא 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>199</sup> פיקוח כזה נחוץ לא רק במקרה הפונדקאות, אלא גם במקרה של תרומת הזרע.

6. והשוויון מה יהיה עליו?

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

לטיעון זה שני היבטים: ההיבט הראשון עוסק בהבחנה בין הורות של שני בני זוג ביולוגיים לבין הורות שבה אחד מבני הזוג איננו הורה ביולוגי. ההיבט השני עוסק בהבחנה בין הורותם של בני זוג מאותו המין לבין הורותם של בני זוג ממין שונה במצבים בהם אחד ההורים לקשר בין בני הזוג ממין שונה איננו ההורה הביולוגי.<sup>200</sup>

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

בית המשפט ביקש לדחות טענה זו באמצעות הבחנה בין המימד העובדתי שבהורות הביולוגי לבין המימד המשפטי שבהורות הלא ביולוגית.<sup>201</sup> ככל שהבחנה זו משמעה שההכרה העקרונית בהורות הביולוגית כהורות אינה דורשת הכרעה משפטית, הבחנה זו תואמת אולי את הגישה הטבעית,<sup>202</sup> אך היא לא יכולה להתקבל על דעתה של הגישה המוסדית, שכן גישה זו מבהירה שגם ההכרה

<sup>198</sup> ראו, סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

<sup>199</sup> על התגברות הפרקטיקה של תורמי זרע ידועים המציגים עצמם בשלב ראשון כהורים וכבני זוג של נתרמת הזרע ולאחר מכן מבקשים להתנער מהורותם ראו, **הנחיות הצוות הבין-משרדי**, לעיל ה"ש 119, 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.

<sup>200</sup> וראו דבריו של השופט ג'ובראן בהקשר זה בפרשת **ממט מגד** שהובאו, לעיל בה"ש 136-139.

<sup>201</sup> 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 13.

<sup>202</sup> ראו בעניין זה את השתקפות הגישה הטבעית בפסיקה, לעיל ה"ש 42.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

המשפטית בהורות הביולוגית היא החלטה חברתית. דומה שגם השופט הנדל שהיה בין שופטי הרוב  
בפרשת צור-וייסלברג מסכים לכך.<sup>203</sup>

עם זאת, מחשבה מעמיקה יותר תגלה כי הגישה המוסדית תדחה בכל זאת 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, 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  
שעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי מבוסס על ההסכמה המשותפת והמודעת של שני בני הזוג  
לנטילת אחריות הורית משותפת, ההורות הביולוגית אינה מבוססת ולא ראוי שתהיה מבוססת על  
הסכמה משותפת של שני בני הזוג לשמש הורים משותפים אלא על נטילת הסיכון הטמונה בקיום  
יחסי מין שעשויים להוביל להולדת אדם. אסביר את דברי.

מבלי להיכנס לעובי הקורה של הדיונים הפילוסופיים בעניין, כפי שראינו, התפיסה החברתית  
העומדת בבסיס ההכרה המשפטית שלה שותפות כמעט כל המדינות המוכרות לגבי המחויבות  
ההורה הביולוגי כלפי ילדו הינה שעצם הבאת ילד לעולם ואפילו עצם קיום יחסי מין מזדמנים תוך  
נטילת סיכון שייוולד מהם ילד, מטילה על ההורה את האחריות המוסרית והמשפטית כלפיו.<sup>204</sup>  
בהתאם, ההחלטה החברתית המקובלת במרבית המדינות 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. משכך, ההורות הביולוגית אינה מבוססת על התחייבות חוזית במובנה המקובל  
ובוודאי שהיא אינה מבוססת על התחייבות של שני ההורים להורות משותפת. לכן, דרישה לעיגון  
המחויבות ההורית של ההורה הביולוגי בהסכמה פורמאלית ובהליך עיגון ממוסד של ההורות  
המשותפת עלולה לחתור תחת מטרה חברתית זו ולאפשר לאבות ביולוגיים שלא לעגן את הורותם  
ובכך לחמוק מן ההורות ולהחליש את ערך האחריות ההורית.<sup>205</sup>

לעומת זאת, מוסד ההורות הלא ביולוגית, גם על פי התומכים בו, 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 בני הזוג החליטו במשותף, מתוך

<sup>203</sup> וראו בהקשר זה את דבריו של השופט הנדל בפרשת פונדקאות חו"ל, לעיל ה"ש 13, בפס' 9 לפסק דינו.

שם, הוא עומד על כך שגם החלטה להכיר בהורות ביולוגית היא הכרעה חברתית.

<sup>204</sup> ראו, פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצגי-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח 459 (1988).  
אולם, השוו יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 872  
(2012), המבקש להציג את המחויבות של ההורה הביולוגי כמעין התחייבות חוזית.

<sup>205</sup> 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).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב**)

הסכמה מודעת ומתוך שיקול דעת על הבאת ילד לעולם כילד משותף. מהסיבות שתוארו במחקר זה בהרחבה, התבססות על החלטה פרטית ללא פיקוח על תכניה ועל דרך השגתה עלולים 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 והותרת קביעת ההורות להסכמות פרטיות עמומות לעיתים וניתנות לשינוי עלולה לחתור תחת המוסד החברתי של ההורות הלא ביולוגית וערך האחריות הטמון בהורות ובוודאי שלא לחזקו. על כן, ההבחנה בין המקרים לגבי נחיצות תהליך העיגון של ההורות מוצדקת לנוכח התכליות השונות וההשלכות השונות של דרישת הליך כזה בשני המקרים.

נוסף על כך, הבחנה נוספת בין ההורות הביולוגית להורות שאינה ביולוגית טמונה בצורך בפיקוח על טיב הליך הפונדקאות והצורך לנתק זיקות הוריות קודמות הן במקרה פונדקאות החו"ל והן במקרה 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 לכוננה בצו ושניתן להצהיר עליה לצורך המרשם לבין הורות לא ביולוגית הדורשת הליך וצו כתנאי לתוקפה ולרישומה.

ומכאן להיבט השני, של טענת השוויון. הגישה המוסדית מקבלת את עמדת השופט מלצר לפיה, 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>206</sup> הנחה שמסיבות מעשיות, כמו גם בשל רצון להגן על פרטיות הצדדים, ובמקרה של יהודים בישראל, גם בשל חשש הממזרות לא ניתן לחקרה ולאששה בכל המקרים.<sup>207</sup> מנגד, במקרה של זוגיות שבה ברור שאחד מן ההורים איננו הורה ביולוגי אכן אין הצדקה להבחנה בין בני זוג מאותו המין לבני זוג ממין שונה. לנוכח עמדה זו מוצדקת עמדת המדינה שהדגישה שאף במקרה של בני זוג ממין שונה לצורך רישום בן הזוג שאיננו הורה הביולוגי במרשם נדרשת הצהרה כי הוא ההורה הביולוגי ושבתקרים שבהם בן הזוג ממין שונה אינו ההורה הביולוגי יידרש מהלך של צו פסיקתי.<sup>208</sup>

<sup>206</sup> ראו, ראו, פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 15, בפס' 46 לפסק דינו 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, בפס' 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").

<sup>207</sup> רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" **הפרקליט** 311, 327-330 (2002). ראו גם, שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44-51. המבקרים שניהם את המצב המוביל לכך שהאב הביולוגי לא יוכר כאב. יתר על כן, כאשר מתקיים חשש שהילד יוכרז כממזר מונע הדין בישראל קיום של בדיקה שתיבחן מיהו האב הביולוגי, ראו ס' 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000.

<sup>208</sup> ראו, פרשת **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 15, בפס' 20 לפסק דינו של השופט מלצר.

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. במדינות אלה, בעקבות ההכרה בנישואים בין בני זוג מאותו המין,<sup>209</sup> הועלתה הטענה שיש ליישם את הכללים הנהוגים על בני זוג ממין שונה גם על בני זוג מאותו המין.<sup>210</sup> במאמר המצוי בהכנה טענו איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן<sup>211</sup> שיש לפתח גם בישראל תפיסה של הורות המבוססת על קשר זוגי. על בסיס טענה זו הן מבקרות אף במישור הדין המצוי את פסק הדין בעניין צור-וייסלברג. לשיטתן, ככל שמדובר בבני זוג ראוי היה לאפשר רישום של בני הזוג מאותו המין, לרבות ההורה הלא ביולוגי כהורה על בסיס ההצהרה בפני פקיד המרשם על קיום הורות משותפת.

השאלה האם בעולם אידיאלי 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 (1) מה טיבו של הקשר הזוגי, האם מדובר רק בנישואים או בקשר זוגי פורמאלי אחר המוכר על ידי המדינה כגון ה- civil union המקובל במדינות מסוימות בארצות הברית או גם בקשרים זוגיים לא פורמאליים המוכרים לצורך קבלת זכויות משפטיות מסוימות, כגון קשרים בין ידועים בציבור (2) האם הקשר הזוגי יהווה תנאי מספיק לצורך כינון ההורות, או שמא תידרש בכל זאת הסכמה פורמאלית מצד בני הזוג על רצונם בהורות משותפת כתנאי להכרה בהורות ואם האפשרות השנייה היא הנכונה, במה שונה ההורות המבוססת על הזוגיות מההורות המבוססת על הסכם? ובעיקר (3) מה יהיו תכניו של המסלול במקרים שבהם ההורה הלא ביולוגי ו/או ההורה הביולוגי מתכחשים להורות בשלב זה או אחר לאחר הלידה אם בשל העובדה שהאב הלא ביולוגי סבר מלכתחילה שהוא האב הביולוגי ואם מסיבות אחרות.<sup>212</sup>

מכל מקום, במציאות הישראלית הנוכחית כינון מסלול כזה, אינו רלוונטי ואינו ראוי. בניגוד למצב המשפטי בארצות הברית ובמדינות נוספים בעולם המערבי, נישואים בין בני זוג מאותו המין אינם

<sup>209</sup> להכרה בנישואים בין בני זוג בארצות הברית, ראו Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644, 135 S. Ct. 2584.

<sup>210</sup> בנושא זה קיימת ספרות משפטית עניפה. לסקירת הגישות הללו והתכנים הקיימים והראויים של מסלול הורות המבוסס על זוגיות במקומות שונים בעולם ראו, June Carbone, *Same-Sex and Different-Sex Relationships: Is it Time for Convergence?*, INT'L SURVEY OF FAM. L. 329 (Margaret Brinig ed., Intersentia, 2019); ראו גם, Jessica Feinberg, *Restructuring Rebuttal of the Marital Presumption*, 104 MINN. L. REV. 243, 274 (2019); לעמדה מתונה יותר ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 20-19 (2011) (להלן: בלכר והקר "הורים או זרים").

<sup>211</sup> ראו, איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" (מצוי בהכנה).

<sup>212</sup> לפחות בגרסה שהובאה על ידי בלכר-פריגת, זפרן ונעמן, שם, נמנעות מלהשיב על השאלות הללו בשל חדשנותן והן מעדיפות להותיר את העיסוק בהן למאמרים נוספים. לטעמי, ללא התייחסות מקיפה לשאלות הללו קשה להבין את טיבה של ההורות מבוססת הזוגיות המוצעת במאמר ובוודאי שלא לגבש כלפיה עמדה ערכית.

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

מוכרים בישראל ואף ברית זוגיות שכוננה עבור חסרי דת, אינה פתוחה עבור בני זוג מאותו המין.<sup>213</sup> לכן, פתיחת הפתח למסלול כזה אך ורק לזוגיות פורמאלית המוכרת על ידי המדינה תעמיק את ההפליה כלפי בני זוג מאותו המין. מנגד, פתיחת הפתח להתבססות על המסלול הזוגי גם לגבי ידועים בציבור מעוררת קושי רב בשל ההגדרה העמומה של ידועים בציבור בישראל, הגדרה שאינה כוללת משך זמן של מגורים משותפים, דרישה פורמאלית לכתובת משותפת ו/או חשבון בנק משותף וכדומה.<sup>214</sup> ועל פי טענתו של פרופ' פנחס שיפמן עשויה להתייחס גם לבני זוג שכלל אינם מתגוררים יחדיו.<sup>215</sup> לנוכח הדרישה של הגישה המוסדית להגדרה ברורה ויציבה מיהו ההורה, ברור שביסוס הגדרת ההורות על הגדרה כל כך עמומה של מיהו בן זוג אינה מהלך ראוי והיא עלולה להוביל לכך שהעמימות הקיימת במשפט הישראלי בהקשר לשאלה מיהו בן זוג תזלוג לשאלה מיהו הורה. בוודאי שמנקודת 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. בוודאי ובוודאי 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 אינם מוכרים עדיין בדין ומבלי לתת את הדעת על הצורך בהליך ממוסד מוודא הסכמה מודעת ובפיקוח על ניתוק הזיקות ההוריות הקודמות אינו משכנע.

#### ד. סוף דבר

לפסיקתו של השופט ג'ובראן הייתה תרומה מכרעת לפיתוח ההיבטים השונים של הזכות להורות בכלל ושל הזכות להורות של בני זוג מאותו המין בפרט: הזכות של הורים לגדל את ילדיהם, ושני ההיבטים של הזכות להפוך להורה שנחשפו במאמר: הזכות של הורים להביא ילדים לעולם והזכות להכרה משפטית כהורה.

עם זאת, פסקי הדין של השופט ג'ובראן סימנו את הכיוון, אך לא סיימו את המלאכה. בפרשת **ארד-פנקס** נדרשו שתי מערכות נוספות עד שהכריע בית המשפט העליון שההגדרה הקיימת של הורים מיועדים בחוק הפונדקאות בטלה. ועדיין, לא ברור כיצד יגיב המחוקק ו/או הרשויות המנהליות לאתגר המוצב כעת לפתחן להגדיר מחדש את תנאי הכשירות ברוח הנחיות בית המשפט. נוסף על כך, כפי שטענתי במאמר, המשפט הישראלי עודנו נדרש לאתגר של הכרה בזכות להורות משותפת של בני זוג מאותו המין ולמימושה, הן בהקשר לזכותם של בני זוג מאותו המין להתקשר מלכתחילה כהורים משותפים בהסכמי פונדקאות והן בהקשר לזכותן של בנות זוג מאותו המין להביא לעולם ילד שלשתיהן זיקה ביולוגית כלפיו: האחת כאם גנטית והשנייה כאם יולדת. פסק הדין של השופט ג'ובראן בעניין **ממט מגד** היה הראשון שהציב את הדרישה של ההורה הלא ביולוגי להכרה בהורותו כדרישה המעוגנת בזכותו להורות ולשוויון. פסק הדין בכללותו העניק רוח גבית לפרקטיקה שהתגבשה בבתי המשפט למשפחה למתן צו הורות המכיר בהורות של ההורה הלא

<sup>213</sup> ראו, חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010.

<sup>214</sup> ראו, שחר ליפשיץ **הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 24-25, 93-94 (2005).

<sup>215</sup> ראו, פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד-אוטונומיה בתוך אינטימיות" **משפט ועסקים** כד 341 (2021).

שחר ליפשיץ אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין (צפוי להתפרסם  
**ספר ג'ובראן** אהרון ברק ואח' עורכים תשפ"ב)

ביולוגי ללא צורך באימוץ. בכך, הטרים פסק הדין, פסיקה עניפה של בית המשפט העליון, שהובלה ברובה על ידי המשנה לנשיא הנוכחי השופט הנדל, שניתנה לאחר פרישתו של השופט ג'ובראן ושעסקה בצווי הורות ובעיגון ההורות של ההורה הלא ביולוגי בהקשרים משפטיים שונים. עם זאת, גם בהקשר זה נדרש עדיין מהלך חקיקתי שיסדיר את עיגון ההורות המשותפת של בני זוג מאותו המין ברוח אתיקת ההורות עליו המליץ המאמר הנוכחי. על פי הנטען במאמר זה, מהלך כזה אינו דורש מן המדינה להסיר את ידה מהליך ההכרה בהורות של בני הזוג מאותו המין ולא יוביל להפרטת ההורות בכלל וההורות הלא ביולוגית בפרט. להפך, מעורבות מדינתית בעיגון ההורות המשותפת של בני זוג מאותו המין, אם תעוצב כראוי, תתרום לחיזוקה ולגיבושה כמוסד ציבורי שווה ערך להורות הביולוגית במהותו, אף כי לא בהכרח בפרוצדורה הנדרשת להכרה בו, המשקף את ערכי ההורות הראויים. לכשיושלמו התהליכים הללו, נזכור את תרומת השופט ג'ובראן לשתילת הזרעים שחלקם כבר נבטו וחלקם ינבטו כך אני מקווה בימים שיבואו.