אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין

רות זפרן*

במרכזה של רשימה זו עומדת שאלת הגדרת ההורות לילד שנולד לזוג נשים תוך שימוש בתעצומותיהן הביולוגיות – האחת העניקה מביציותיה והשתתפה בעיצוב מטענו הגנטי של הילד, השנייה נשאה אותו ברחמה לאורך ההיריון. שתי האימהות מבקשות לגדל את הילד בצוותא, ואילו האב הביולוגי, תורם הזרע, אינו אמור לקחת חלק בטיפול בצאצא. מבין שלושה גורמים הוריים שהשתתפו בהולדתו של הצאצא, מבקשת הרשימה לברר, מי יוגדר (ומי ראוי שיוגדר) כהורה משפטי. לאחר שמתברר כי הדין הקיים בישראל כיום אינו מספק מענה משביע רצון, הרשימה מבקשת להציע קווים להכרעה, הן באשר לזהות ההורים והן באשר לאופן שבו יש להכיר או להכריע במעמדם זה. כפי שיתבהר במהלך הדברים, הרשימה גורסת כי כאשר פעלו בנות זוג להולדת ילדן המשותף – כאשר האחת משתתפת בעיצוב מטענו הגנטי והאחרת נושאת אותו ברחמה, ותרומתו של הגבר מתמצה במתן זרע אנונימי בתיווך בנק זרע, אימהותן הבלעדית של השתיים צריכה להיות מוכרת. הרשימה מבררת איזו מבין החלופות האפשריות תשמש להכרה במעמדן זה, ומציעה להעדיף, הן בנוגע לאם היולדת והן בנוגע לאם הגנטית, חלופה המצהירה על אימהות באמצעות הליך של רישום מוסכם בלא צורך במעורבות בית משפט ובלא צו אימוץ. מעורבות בית המשפט נדרשת, כפי שמתבהר, בנסיבות שבהן נפלה מחלוקת בין האימהות באשר למעמדן או כאשר מתבקשת הכרה בהורות של יותר משניים.

* מרצה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

תודה לחנית לוגסי ותמר פישר על העזרה המעולה במחקר ובעריכה; לאמנון רייכמן, לנעם פלג, לחברי מערכת **דין ודברים** ולקוראים החיצוניים האנונימיים על הקריאה המאירה.
כל אתרי האינטרנט נצפו באחרונה בתאריך 6.6.2007, אלא אם כן נכתב אחרת.

nevo.co.il

א. פתח דברים. ב. התשתית המשפטית לקביעת הורות בנסיבות של הולדה משותפת של שתי נשים: 1. הולדה בסיוע תרומת זרע: א. תרומת זרע – רקע ותשתית משפטית; ב. הגדרת אבהות בנסיבות של תרומת זרע – הדין הקיים; 2. הולדה בסיוע תרומת ביצית: א. הפריה חוץ גופית באמצעות תרומת ביצית – רקע ותשתית משפטית; ב. הגדרת אימהות בנסיבות של תרומת ביצית – הדין הקיים; 3. הולדה באמצעות הסכם לנשיאת עוברים: א. התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים – רקע ותשתית משפטית; ב. הגדרת הורות בנסיבות של התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים; 4. אימוץ: א. אימוץ – רקע ותשתית משפטית; ב. הגדרת הורות באמצעות אימוץ. **ג. מי ראויים להיקבע כהוריו של הילד:** 1. הצורך בהסדרה משפטית; 2. תוכן ההסדרה המשפטית: א. האב – (א) מעמדו של תורם הזרע; ב. האימהות: (1) מעמדה של האם נושאת ההיריון; (2) מעמדה של בעלת הביצית; 3. שתינו יחד...: א. אימהות משותפת על פי הדין הקיים כיום בישראל; ב. הזכות להורות כזכות חוקתית מוכרת; ג. דין משווה – קליפורניה, ארצות הברית; ד. ... וכל אחת לחוד. **ד. אופן ההכרה במעמד האימהות:** 1. כללי; 2. הורות מכוח צו אימוץ; 3. הורות מכוח צו הורות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים; 4. הורות מכוח פסק דין; 5. הורות מכוח רישום לפני פקיד מנהל האוכלוסין. **ה. תביאו שניים, תביאו שלושה... הורים זה שמחה? ו. סיכום.**

א. פתח דברים

באחרונה פורסם באמצעי התקשורת כי משרד הבריאות התיר לאישה להרות מביצית בת זוגה. ביצית שנשאבה מן האחת, במהלך טיפולי פריון שעברה, הופרתה בזרע תורם אנונימי והושתלה ברחמה של רעותה, בת זוגה זה עשר שנים.[1] ההתפתחויות הטכנולוגיות, המאפשרות כבר שלושה עשורים ויותר הולדה בלא קיום יחסי מין,[2] חברו בנסיבות אלה

1. מיטל יסעור־בית־אור ואלעד טנא, "תקדים – האשה תרמה ביצית, בת זוגה פונדקאית", YNET (7.9.2006), ניתן לצפייה באתר: [http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3300881,00.html]; סער ראלי, "תקדים: לסביות יוכלו להביא ילד במשותף", **הארץ** (8.9.2006), ניתן לצפיה באתר: [http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/760232.html]. ערב הורדת רשימה זו לדפוס פורסם כי לבנות הזוג נולד בשעה טובה ילד. ראו: מיטל יסעור־בית־אור "תינוק נולד לאישה שקיבלה תרומת ביצית מבת זוגה", YNET (12.6.2007), ניתן לצפייה באתר: [http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3411761,00.html].

2. הזרעה מלאכותית (בסיוע או בלא סיוע תרומת זרע) הינה טכניקה ותיקה. הספרות מלמדת כי שימוש ראשון בה התרחש לכל המאוחר ב־1884 והוא רווח מאמצע המאה העשרים. הפריה

nevo.co.il

לפתיחות החברתית הגוברת כלפי יחידות משפחה הומו־לסביות ואפשרו את יצירתה של המשפחה האמורה. המקרה המתואר ומקרים דומים, אשר התרחשו במקומות אחרים בעולם,[3] משמשים מקור השראה לרשימה זו.

הולדה בנסיבות האמורות מעלה, בין יתר השאלות, שאלה באשר לקביעת הוריו המשפטיים של הילד. ברי, ששלושה גורמים משתתפים בהולדתו של הילד מבחינה ביולוגית. האם הגנטית, בעלת הביצית, התורמת את מחצית מטענו הגנטי של הילד; האב הגנטי, התורם בזרעו את חציו השני של המטען; והאם היולדת, הנושאת ברחמה את העובר במשך תשעה חודשים עד לידתו. שתי הנשים, החולקות במקרה זה את תפקיד האימהות, משקיעות מתעצומות הנפש והגוף שלהן, ומבקשות לכונן יחידה משפחתית שבה יגדלו את ילדן המשותף יחד. פעולתו של הגבר מתמצה במתן זרע. בהיותו תורם זרע אנונימי, הוא אינו מודע, כנראה, לתוצאות הקונקרטיות של מעשיו.[4] וכוונתו המוצהרת היא שלא לקחת כל חלק בגידולו של הצאצא. הולדתו של הילד למציאות זו כרוכה בתהיות: מי הם הוריו המשפטיים? האם תוכר היולדת כאם? מה מעמדה של בעלת הביצית? ומהו מעמדו של האב הגנטי? האם תיתכן אימהות של שתי נשים? והאם ייתכן כי שלושה יוכרו כהורים משותפים?

שאלת הגדרת ההורות לילד שנולד מביצית אישה, שהופרתה בהפריה חוץ גופית בזרעו של תורם, והושתלה ברחמה של בת זוגה, עומדת במרכזה של רשימה זו. לצורך בירור שאלת ההורות במקרה ייחודי זה, הרשימה מציגה את ההסדרים המשפטיים הקיימים ליצירת יחסי הורות העשויים להיות רלוונטיים בנסיבות אלו, ומבררת איזה מהם, אם בכלל, תולש על מקרה המבחן שלפנינו. לצורך בירור המצב המשפטי הקיים, נבחנת הסדרתן של הדרכים השונות להולדה מלאכותית – הזרעה מלאכותית בסיוע תרומת זרע, הפריה חוץ גופית בסיוע תרומת ביצית והתקשרות בהסכם לנשיאת עוברים, אשר לכולן נגיעה לענייננו. נתיב האימוץ נבחן אף הוא כמסלול חלופי ליצירת יחסי הורות. כפי שמתבהר במרוצת הדיון, הדין הקיים בישראל אינו מספק מענה משביע רצון לשאלת קביעת ההורות בנסיבות של הולדה המשותפת לשתי נשים. החסר בדין מצריך לבחון את השאלה מראשיתה

חוץ גופית התרחשה בראשונה בהצלחה בבני אדם בשנת 1978. השימוש בה מאז ועד היום רחב היקף. ראו להלן, הערות שוליים 26-28.

3. על הורות משותפת לזוג נשים בארצות הברית, ראו: Heather A. Crews, "Women be Warned, Egg Donation isn't All it's Cracked up to be: The Copulation of Science and the Courts Makes Multiple Mommies", 7 *N.C. J.L. & Tech.* (2005) 141; Diana Richmond, "Parentage by Intention for Same-Sex Partners", 6 *J. Center for Fam. Child. & Cts.* (2005) 125; John G. New, "Aren't You Lucky You Have Two Mamas?": Redefining Parenthood in Light of Evolving Reproductive Technologies and Social Change", 81 *Chi.-Kent. L. Rev.* (2006) 773; Jennifer L. Rosato, "Children of Same-Sex Parents Deserve the Security Blanket of the Parentage Presumption", 44 *Fam. Ct. Rev.* (2006) 74.

4. תורם הזרע אינו יודע בוודאות אם בסופו של דבר נולד ילד מזרעו, ובפרט אינו יודע מיהו אותו ילד.

nevo.co.il

ולהציע קווים להכרעה הרצויה, הן באשר לזהות ההורים והן באשר לאופן שבו יש להכריע בשאלת מעמדם זה. כפי שיתברר במהלך הדברים, הרשימה גורסת כי כאשר פעלו בנות זוג להולדת ילדן המשותף – כאשר האחת משתתפת בעיצוב מטענו הגנטי, והאחרת נושאת אותו ברחמה, ותרומתו של הגבר מתמצה במתן זרע אנונימי בתיווך בנק זרע, הרי אימהותן הבלעדית של השתיים צריכה להיות מוכרת. הרשימה מבררת איזו מבין החלופות האפשריות תשמש להכרה במעמדן זה, ומציעה להעדיף, הן באשר לאם היולדת והן באשר לאם הגנטית, חלופה המצהירה על אימהות באמצעות הליך של רישום מוסכם בלא צורך במעורבות בית משפט ובלא צו אימוץ.

מתודולוגית ברצוני להבהיר כי לשאלת הגדרת ההורות בנסיבות של הולדה לזוג נשים ניתן לפנות באחד משני נתיבים. האחד בוחן מראשיתה ובאופן יסודי וכולל את שאלת הגדרת ההורות לאור השינויים המפליגים שהתרחשו במבני המשפחות בעשורים האחרונים. נתיב זה מציע בדיקה עיונית מקיפה של שאלת הגדרת ההורות לאור מודל תאורטי מבוסס וקוהרנטי. הנתיב האחר בוחן את השאלה עקב בצד אגודל לאור הדין הקיים. נתיב זה מבקש לאתר את הפתרון הראוי ולגזור אותו מן הקיים בדרך של פרשנות. אף שהצעתי בעבר את הנתיב הראשון כשדנתי בנסיבות אחרות שבהן התעוררה שאלת הגדרת ההורות,[5] בחרתי, כמידת האפשר, להיצמד ברשימה זו לנתיב השני דווקא. עקב המחלוקת האידאולוגית, ששאלת הגדרת ההורות בנסיבות של משפחה שבראשה עומדות זוג נשים צפויה לעורר, העדפתי במקרה זה לנטות ולשרטט את מתווה הפתרון ב"זהירות" ומתוך הדין הקיים. רק כאשר נתיב זה הוביל ל"אין מוצא" או הוביל למענה בלתי מספק, פניתי להצגת מתווה חלופי לפתרון, הראוי להיקבע, בעיניי, על ידי המחוקק. במובן זה הפתרון המוצע ברשימה אינו מבקש ליצור מהפכה, או לבנות מראשיתה ועד סופה את שאלת הגדרת ההורות בנסיבות של הולדה לזוג נשים, ובוודאי לא את שאלת הגדרת ההורות במשפחות ה"חדשות" כולן. הוא מבקש להציע מענה באמצעות שינויים מצומצמים יחסית של הדין, שינויים שאפשר לקוות כי המחוקק יוכל לאמץ או שבית המשפט יוכל לקבל בדרך הפרשנות.

עוד יובהר כי הרשימה לא ביקשה להתמודד עם השאלה העקרונית, אם ההיתר שניתן להולדה משותפת של שתי נשים הוא חוקי ואם הוא ראוי מבחינת שיקולי מדיניות ציבורית.[6] הנחת המוצא של הדיון היא כי ההולדה התאפשרה וכי מקרים דומים יישנו

5. באופן כללי ראו: רות זפרן, "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק", **משפט חברה ותרבות: משפטים על אהבה** (ארנה בן־נפתלי ותנה נוה – עורכות, תשס"ה) 605 (להלן: זפרן, "שיח היחסים"). באופן פרטני ראו: רות זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", **דין ודברים** ב (תשס"ו) 223 (להלן: זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי").

6. באופן כללי, לשאלה זו, ראו: Catherine DeLair, "Ethical, Moral, Economic and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies Employed by Gay Men and Lesbian Women", 4 *DePaul J. Health Care L.* (2000) 147; John A. Robertson, "Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology", 55 *Case W. Res.* (2004) 323; Michael

nevo.co.il

בעתיד, בין במסגרת הדין הקיים ובין במסגרת שינוי שייקבע בו בעתיד, אשר יאפשר את ההולדה האמורה. השאלה העומדת במרכז הרשימה היא אפוא מי צריך להיות מוכר כהורה לילד שנולד בנסיבות אלה, ומהו האופן שבו ראוי להכיר במעמדו זה כהורה.

ב. התשתית המשפטית לקביעת הורות בנסיבות של הולדה משותפת של שתי נשים

ההולדה במקרה שלפנינו התרחשה באמצעות הפריה חוץ גופית ובסיוע שלושה גורמים הוריים – בעל הזרע, בעלת הביצית ונושאת ההיריון. לשם בירור מעמדו המשפטי של הילד שנולד כך, וזיקותיו לכל אחד מהגורמים שנטלו חלק ביולוגי בהולדתו, נבחן ארבע זירות ליצירת יחסי הורות, ונברר איזו מהן חולשת על מקרה המבחן שלפנינו. שלוש מהזירות הן בתחום ההולדה המלאכותית – תרומת זרע, תרומת ביצית והסכם לנשיאת עוברים (פונדקאות), והרביעית היא זירת האימוץ. כבר ממבט ראשון נראה שלצד השימוש השגרתי שנעשה כאן בתרומת זרע, הרי ההפריה החוץ גופית שהתרחשה אינה נופלת לגדרן של סוגי ההפריות הרווחות כיום. מצד אחד, לא נעשתה ההפריה בביצית האישה המבקשת להורות, כי אם בביצית אישה אחרת. מצד אחר, אין האחרת בגדר "תורמת ביצית" בעלמא, שהרי היא מבקשת לשמש כאמו של הצאצא. כמו כן לא מדובר אף בנסיבות של הסכם לנשיאת עוברים, שהרי גם האם הנושאת את ההיריון אינה מתכוונת להתפרק מזיקותיה לצאצא, אלא להמשיך ולטפל בו במרוצת חייו. בשל שונותה של ההולדה מן הזירות המוכרות בדין, והשאיפה של שתי הנשים להיות מוגדרות כאימהות משותפות, נבחן אף את זירת האימוץ כזירה ליצירת יחסי הורות. נבחן אם ההסדר הקבוע בחוק אימוץ ילדים, בייחוד לאור ההתפתחויות האחרונות בפסיקה, שאפשרו אימוץ שתוצאתו הורות של שתי נשים, מספק מענה מתאים לנסיבות המקרה שלפנינו.

לפני שנפנה לבחינת ארבע הזירות האמורות, יש להזכיר את כלל היסוד לקביעת הורות בדין הישראלי. הנחת המוצא של הדין, אף שאינה מעוגנת בחקיקה סדורה, היא שהורות משפטית מבוססת על זיקת הורות "טבעית".[7] בנסיבות של הולדה טבעית, פרי קיום יחסי מין בין גבר לאישה שזהותם ידועה זה לזה, מוגדר האיש בעל הזרע כאב, והאישה היולדת כאם. שאלת קביעת ההורות בנוגע למתדיינים יהודים אינה שאלה של "דין אישי", ולפיכך אינה צריכה להיות מוכרעת על פי ההלכה. ואולם כלל היסוד המגדיר הורות על פי מבחן

S. Wald, "Adults' Sexual Orientation and State Determinations Regarding Placement of Children", (2006) *Stanford Public Law Working Paper* No. 920670 :ניתן לצפייה באתר: [http://ssrn.com/abstract=920670].

7. ברשימה זו לא אוכל לעמוד על פרטי הדין האישי בשאלת קביעת ההורות. להרחבה ראו את המקורות המובאים כאן ואת אלו המובאים בהערות שוליים 8-11 ועיינו בהפניות המובאות בהם. פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך שני, תשמ"ט) בעמ' 19; רות זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", **הפרקליט** מו(ב) (תשס"ג) 311, בעמ' 315-316.

nevo.co.il

"הטבע", כלל העומד ברקע דברי הקיקה שונים, ואשר נקבע בפסיקה במהלך השנים, שואב השראתו מן ההלכה היהודית.[8] בלי להרחיב ניתן לציין כי בשונה מהדין שאפיין שיטות משפט אחרות, אין בדין הישראלי קשר ישיר בין הגדרת ההורות לבין הגדרת יחסי הזוגיות שבין ההורים. כך גם ילד שנולד לאמו (הרווקה), כאשר אין היא נשואה לאביו, נחשב לילדם המשותף (והלגיטימי) של השניים.[9] הדיגה מהגדרת ההורות הביולוגית עשויה להתרחש כאשר האם נשואה לאחר. בנסיבות אלה מופעלת עקרונית חזקת אבהות הבעל ("רוב בעילות אחר הבעל")[10] ונעשה ניסיון למנוע בירור אבהות שיביא לידי הכרה באחר כאב, וזאת כדי שהילד לא יוכרז כממזר, תוצאה הנובעת מ"ניאופה" של האישה.[11] רק כאשר ברור וגלוי כי הבעל אינו האב, ואינו יכול להיות האב (למשל, כאשר לא שהה במחיצת האישה פרק זמן ארוך או שיש ממצא רפואי ודאי ביחס לעקרותו), וכאשר התכחש לאבהותו בסמוך ללידת הילד, ייקבע כי הוא אינו האב.[12] חשוב לציין כי גם הכרזתו של הילד כממזר אינה פוגעת בהגדרתו כבנם של הוריו הביולוגיים ואינה גורעת מזכויותיו כלפיהם.[13]

הכללים האמורים, הנצמדים עקרונית לזיקה הביולוגית הקיימת בין הורה לילד, חלים בנסיבות של הולדה טבעית. הסתייעות בטכניקות הולדה מלאכותית עשויה להביא לידי תוצאה שונה. גם בהקשר זה, כפי שנראה מיד, המחוקק הישראלי לרוב נותר שותק, ולמעט בתחום ההסכמים לנשיאת עוברים לא הסדיר את השאלה בחוק. בהיעדר תשתית אזרחית, בתי המשפט עשויים למצוא עצמם מבקשים את השראת הדין האישי גם בנסיבות אלה. לפרטי הדינים נעבור כעת.

---

8. מיכאל קורינאלדי, "לשאלת ההורות החוקית בישראל (ילדים שנולדו בטכניקה של הולדה מלאכותית)", **הריון מסוג אחר – עיון רב תחומי בהפריה חוץ־גופית** (שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב – עורכים, תשנ"ו) 137, בעמ' 139 (להלן: הריון מסוג אחר).
9. דליה חלק, **הוכחת אבהות** (תשמ"ח) בעמ' 18; Pinhas Shifman, "The Status of the Unmarried Parent in Israel Law", 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 194, pp. 194-195.
10. לעמדת ההלכה היהודית באשר לילד שנולד לאישה נשואה ולחזקה "רוב בעילות אחר הבעל", ראו: חלק (לעיל, הערה 9) בעמ' 25-26; שיפמן, **"דיני המשפחה בישראל"** (לעיל, הערה 7) בעמ' 44-45; זפרן (לעיל, הערה 7) בעמ' 326.
11. יחיאל ש' קפלן, "טובת הילד בישראל – בין קודש לחול", **ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו** (אהרן ברק ודניאל פרידמן – עורכים, תשס"ו) 427, בעמ' 448.
12. לאפשרות הבעל לכפור באבהותו ראו: חלק (לעיל, הערה 9) בעמ' 26-29; ע"א 1354/92 **היועץ המשפטי נ' פלונית**, פ"ד מח(1) 711, בעמ' 737-738; זפרן (לעיל, הערה 7) בעמ' 327.
13. קביעת איש אחר זולת בעלה של האם כאב עשויה להביא לידי הגדרת הילד כממזר. משמעות הממזרות מצומצמת יחסית. הצאצא מוגדר כבנם של אביו ואמו (הביולוגיים), זכאי למלוא הזכויות ככל ילד, ואולם פסול מלבוא בקהל, כלומר להינשא כהלכה ליהודי/ה כשר/ה, הוא וצאצאיו אחריו, במשך עשרה דורות. על כן, גם כאשר נולד הילד עקב יחסי אישות אסורים, עדיין יוגדר כבנם המשפטי של הוריו הביולוגיים.

nevo.co.il

1. הולדה בסיוע תרומת זרע

א. תרומת זרע – רקע ותשתית משפטית

בניגוד לימים עברו – אז השתמשו בתרומות הזרע בני זוג הטרוסקסואלים, כדי להתגבר על עקרות הגבר או להימנע מהעברת פגם גנטי ממנו לצאצאים – כיום תרומות הזרע משמשות אמצעי מרכזי לנשים המבקשות להקים משפחות חד הוריות או חד מיניות בלא מעורבות אב. השימוש בתרומת זרע נעשה לרוב באמצעות הזרעה מלאכותית, שהיא אמצעי הולדה ותיק, נפוץ ופשוט ביסודו.[14] במקרה שלפנינו, לנוכח הרצון להשתמש בביצית בת הזוג, שולבה תרומת הזרע בהפריה חוץ גופית, לה ייוחד דיון נפרד בהמשך.

השימוש בהזרעות מלאכותיות ובתרומת זרע בישראל לא הוסדר עד היום בחוק. פרטי ההסדר קבועים בכללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית שהוציא מנכ"ל משרד הבריאות.[15] בכללים אלה מכתיב משרד הבריאות את אופן ניהול בנק הזרע וביצוע ההזרעות המלאכותיות על כל מכלול היבטיהם. הכללים הוצאו בראשונה בשנת 1979, זמן קצר לאחר פרסום אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979[16] ותקנות בריאות העם (בנק הזרע), תשל"ט-1979,[17] שנועדו להכריז על ניהול בנק הזרע וההזרעות המלאכותיות כשירות הנתון לפיקוח משרד הבריאות. על אף ספקות שהועלו באשר לתוקף הכללים (לנוכח תוכנם והאופן שבו הותקנו), וביטול של אחד מהם מכוח החלטת בית המשפט העליון,[18] נותרו כללים אלה על כנם והם אחראים להסדרת התחום גם היום.

על פי הדיווח באמצעי התקשורת, תרומת הזרע במקרה המבחן שלפנינו ניטלה מתורם אנונימי. ניתן להניח כי התרומה התקבלה לפי הכללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית בתיווך גורמים שלישיים – בנק הזרע והרופא המטפל. אלמנט האנונימיות משמעו, שהתורם מעביר את זרעו (תמורת סכום קבוע ולא גבוה) לבנק הזרע, המשמש כתחנה לאיסוף ובדיקה של תרומות זרע, שמירתן והפצתן. התורם מעביר את הזרע

---

14. להסבר כללי בנושא ההזרעה המלאכותית, ראו: אברהם לייטמן, "מהו הריון מסוג אחר", **הריון מסוג אחר** (לעיל, הערה 8) בעמ' 19-20; כן ראו: רות זפרן, ""סודות ושקרים" על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי", **משפטים** לה (תשס"ו) 519, בעמ' 527 וההפניות שם.
15. בכללים בדבר ניהולו של בנק זרע וההנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, שהוציא מנכ"ל משרד הבריאות בשנת 1979, ואשר עודכנו פעמים מספר לאחר מכן, ניתן לצפייה באתר משרד הבריאות: [www.health.gov.il].
16. אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979, ק"ת 3996.
17. תקנות בריאות העם (בנק הזרע), תשל"ט-1979, ק"ת 3996.
18. הוראה 19(ב) לכללים בוטלה בעקבות עניין וייץ, וזאת עקב פגיעתה בעקרון השוויון. ההוראה דרשה מנשים רווקות, המבקשות להיעזר בתרומת זרע, לעבור אבחון פסיכיאטרי ואבחון אצל עובדת סוציאלית, אבחון שלא נדרש מנשים נשואות. ראו: בג"ץ 2078/96 **וייץ נ' שר הבריאות** (לא פורסם) (להלן: עניין וייץ).

nevo.co.il

לבנק בלי לדעת מי תוזרע ממנו, מתי ואם בכלל. הנתרמת מִצְדה אמנם מקבלת מידע כללי בנוגע לתורם, אך לא נמסרים לה פרטי זהותו.[19] האנונימיות, כפי שנראה מיד, משמעותית על פי הדין הקיים כיום, לעניין שאלת האבהות.

ב. הגדרת אבהות בנסיבות של תרומת זרע – הדין הקיים

האבהות, כפי שהוזכר, מיוחסת על פי הדין הישראלי לאב הביולוגי. החלת כלל זה בנסיבות של הזרעה מלאכותית מצביעה כביכול על בעל הזרע כאב. נברר אם אי קיום יחסי מין ומלאכותיות ההולדה משנים את המסקנה האמורה.[20]

כאשר ההזרעה המלאכותית נעשתה בזרע בן הזוג, שמבקש לשמש כהורה לצאצא, אין בהזרעה כדי לשנות את הגדרתו כהורה. מבחן ההולדה – או בגלגולו המודרני מבחן הזיקה הגנטית – מצביע גם כאן על אבהותו של האיש. נסיבות ההולדה אינן משנות כהוא זה מאבהותו של האיש. בהיותו האב הביולוגי ואביו המיועד של הילד – מי שעתיד לשמש לו כהורה כל חייו, הוא משמר את מלוא הפונקציות האבהיות אצלו, ומצופה להיות מוגדר גם כאב המשפטי. חשוב לציין כי על פי הדין הישראלי אותו כלל חל כאשר הזרע התקבל ממכר של האישה. כאשר ההזרעה נעשתה בזרע, שמקורו באיש שזהותו ידועה, ייחשב בעל הזרע לאב לכל דבר ועניין, גם אם אין בין האישה ובין בעל הזרע כל קשר זוגי.

כאשר ההזרעה המלאכותית משולבת בתרומת זרע אנונימית, שאלת הגדרת האבהות מצריכה התייחסות לשניים: לתורם הזרע ולבן זוגה של האם, אם ישנו, המבקש לשמש כאביו של הצאצא. הדיון במעמדו של תורם הזרע מחייב להבחין בין המצב המשפטי לבין המצב המעשי. מן הבחינה המשפטית לא נקבע עד היום מעמדו של תורם הזרע בישראל. שאלת קביעת ההורות, על מגוון הסיטואציות הגלומות בה, לא הוסדרה בחוק, ומעמדו של תורם הזרע אף לא זכה להתברר באופן ממצה בפסיקה. החלת מבחניו הכלליים של הדין, המבקשים לקבוע אבהות בהשראת המבחן היהודי הלכתי, מצביעה כביכול על בעל הזרע כאב המשפטי, שהרי ההלכה קושרת אב לצאצאיו הגנטיים גם בהיעדר זיקת זוגיות בינו לבין האם.[21] עם זה, ייתכן שבגלל שנסיבות ההולדה היו מלאכותיות, ובשל כך שהאיש הפקיר את זרעו במוכרו אותו לצד שלישי, ולנוכח היעדר זיקה או היכרות בינו לבין האם, הקביעה שתתחייב צריכה לשלול את מעמדו כאב גם לאור המבחנים הכלליים הנוהגים בהלכה היהודית.[22] מאמירות אגב של בית המשפט עולה כביכול כי תורם הזרע עשוי

19. ראו כללים 13, 14, 15(ג), 21, ו־25 לכללים בדבר ניהול בנק זרע כפי שנוסחו בשנת 1989, תקנות 1 ו־15(א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) תשמ"ז-1987, ק"ת 5035.

20. לדיון רחב בשאלת מעמדו של תורם הזרע ראו: זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 246-260. אף שהדיון שם מתמקד במקרה המבחן של תרומת זרע לבני זוג בני מינים שונים, הוא רלוונטי, כפי שיוסבר, גם בנסיבות של הולדה לזוג נשים.

21. על עיצוב שאלת האבהות בהשראת ההלכה, ראו: פנחס שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד בהזרעה מלאכותית", **משפטים** י (תש"ם) 63.

22. ראו והשוו: שיפמן (שם, בעמ' 71); קורינלאדי (לעיל, הערה 8) בעמ' 140-143. אבל ראו:

להיחשב לאב.[23] יש לציין כי על פי הכללים הנוהגים מאז שנת 1989, בעלה של האם מחויב לצרף את הסכמתו להליך, ולהכריז כי הוא מקבל עליו מעמד של אב.[24] ברי שעל רקע קביעה משפטית זו, היעדרו של איש הממלא בפועל את תפקיד האב (בנסיבות של הולדה לאישה פנויה או לזוג נשים) מקשה עוד יותר את שחרור התורם ממעמד של אב משפטי.

הספק בנוגע למעמדו המשפטי הפורמלי של האב הגנטי, תורם הזרע, נפתר כביכול בפועל באמצעות קביעת מנגנון של אנונימיות. כפי שצוין, בישראל מתאפשרת תרומה באמצעות בנק הזרע במסלול האנונימי בלבד. זרע, שנרכש במסלול זה על ידי בנק הזרע, מסופק לאישה תוך שמירת חיסיון הדדי. נמצא כי גם אם הדין הישראלי במתכונתו הנוכחית מותיר ספק באשר למעמדו של תורם הזרע כאב, וזאת בהיעדר הסדר חוקי מפורש המצהיר על אי אבהותו, הרי האנונימיות מבטיחה את הוצאתו של האב הגנטי אל מחוץ לזירה ומבטלת את האפשרות שהוא או אחרים יבקשו (או לפחות יצליחו) להצהיר על אבהותו.[25]

הדין הקיים בשאלת ההורות בנסיבות של תרומת זרע, והפרשנות שניתנה לו בפסיקה, אינם עוסקים בסיטואציה שלפנינו. הסתמכות עליהם, מתוך היקש, תביאנו לידי מסקנה במקרה הטוב כי לצאצא הנולד כך אין אב (אך לא תאמר דבר בנוגע למעמד האם השנייה) ובמקרה הטוב פחות, תצביע על בעל הזרע כאב. תוצאה זו, כפי שנראה בהמשך, רחוקה מלספק מענה ראוי למקרה שלפנינו.

2. הולדה בסיוע תרומת ביצית

א. הפריה חוץ גופית באמצעות תרומת ביצית – רקע ותשתית משפטית

ההפריה החוץ גופית, שנכנסה לשימוש בסוף שנות השבעים משנולדה תינוקת המבחנה הראשונה באנגליה,[26] שימשה קרש קפיצה למגוון טיפולי פריון שהתפתחו בשני העשורים

אברהם שטיינברג, "הזרעה מלאכותית – אישה כי תוריע", **דעת** (תשס"ד) 162, ניתן לצפייה באתר: [http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/162-2.htm].

23. להרחבה ראו: זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 249-253.

24. הרופא המטפל מחתים את האישה ואת האיש על הצהרה, ובה הם מציינים כי הם מסכימים "כי הילד שיולד כתוצאה מההזרעה ישא את שמי/נו ויחשב כבני/נו לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות וירושה". דא עקא שדווקא החתימה על מסמך זה מקשה אולי את הגדרתו כאב משפטי מלא, שהרי לפי מבחני ההלכה היהודית, בהיעדר אישור המעיד על שימוש בתרומת זרע, אפשר להשתמש בחזקה (הפיקטיבית במקרה זה) של "רוב בעילות אחר הבעל" ולהניח את אבהותו. להצהרה זו ראו למשל, [http://www.clalit.org.il/meir/Media/Images/SCM/Category/135_2_17.pdf].

25. כפי שטענתי במקום אחר, מנגנון זה אינו רצוי ואינו מבטיח לחלוטין את אי אבהותו של התורם. ראו: זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 253.

26. אייבי לוין ועגנת ספרן, "הפריה חוץ־גופית – תשנ"ה (1995)", **אסיא** נ"ה (י"ד, ג) (תשנ"ה) 5; לייטמן (לעיל, הערה 14); Lawrence J. Kaplan and Rosemarie Tong, *Controlling our Reproductive Destiny: A Technological and Philosophical Prespective* (1994) p. 255.

nevo.co.il

האחרונים בתחום הרבייה, ובהם השגת היריון מתרומת ביצית מאישה אחת לרעותה.[27] בתיאור פשטני, הפריה חוץ גופית משמעה מפגש בין הביצית לתאי הזרע מחוץ לגוף האישה, ובהמשך (כעבור ימים מספר ולאחר שהחלה חלוקת התאים) החזרת הביצית המופרת לגוף האישה לצורך קליטה והיריון.[28] האפשרות של תרומת ביצית, כלומר שימוש בביצית של האחת לצורך השגת היריון באחרת, הייתה שלב נוסף בפיתוחה של טכניקת ההפריה החוץ גופית.

הסוגיות הנוגעות להפריה חוץ גופית לא הוסדרו עד היום בחוק. המנגנונים הרפואיים פועלים על בסיס תקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית),[29] ועל בסיס הנחיות שמפיץ משרד הבריאות מדי פעם בפעם.[30] גם בהקשר של תקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית) הושמעו ספקות,[31] ומיעוטן אף בוטלו במהלך השנים בפסיקת בית המשפט העליון.[32] בהיעדר כל קביעה משפטית אחרת, וכפי שמתרחש בפועל זה כעשרים שנה, ביצוע הפריות חוץ גופיות נעשה בישראל לאורן.

תקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית) ביקשו להתמודד עם הפריות מלאכותיות באחד משני שימושים: האחד, הפריה חוץ גופית הנעשית בביציות האם, והאחר, הפריה חוץ גופית בשילוב תרומת ביצית. בתחילה נאסר בתקנות להחזיר ביצית מופרית לגופה של מי שאינה עתידה לשמש כאם.[33] איסור זה הוחלף בעקבות התערבות בית המשפט בעניין **נחמני** הראשון[34]

27. בשנת 1984 התפרסם תיאור ראשון של היריון פרי תרומת ביצית. לייטמן (לעיל, הערה 14) בעמ' 36; Yuval Yaron, Yifat Ochshorn, Ami Amit, Abraham Kogosowski, Israel Yovel, and Joseph B.Lessing, "Oocyte Donation in Israel: A Study of 1001 Initiated Treatment Cycles", 13 *Human Reproduction* (1998) 1819; Peter Lutjen, Alan Trounson, John Leeton, Jock Findlay, Carl Wood, and Peter Renou, "The Establishment and Maintenance of Pregnancy Using *in vitro* Fertilization and Embryo Donation in a Patient with Primary Ovarian Failure", 307 *Nature* (1984) 174.
28. ראו: לייטמן (לעיל, הערה 14) בעמ' 24-36; לוין וספרן (לעיל, הערה 26) בעמ' 31-33; Kaplan and Tong (לעיל, הערה 26) בעמ' 256-266.
29. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ–גופית), תשמ"ז-1987.
30. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית) הותקנו, כך על פי הקבוע בראשיתן, בתוקף הסמכות לפי סעיף 33 וסעיף 36ג לפקודת בריאות העם, תש"ח-1940, ע"ר תוס' א 191 במשולב עם סעיף 32 לחוק יסוד הממשלה, ס"ח תשס"א-2001, 158.
31. שיפמן (לעיל, הערה 7) בעמ' 155; בג"ץ 1237/91 **נחמני נ' שר הבריאות** (לא פורסם) (להלן: עניין **נחמני**), נדון אצל מרדכי הלפרין, "שמירת מידע על הורות ביולוגית – הנסיגה מדו"ח הביניים של ועדת אלוני", **אסיא** יז (תשנ"ט) 83.
32. בג"ץ 5087/94 **זברו נ' שר הבריאות** (לא פורסם) (להלן: עניין **זברו**); עניין **ויץ** (לעיל, הערה 18).
33. סעיף 11 לתקנות קבע כי "לא תושתל ביצית מופרית באשה שלא תהיה אם היילוד".
34. עניין **נחמני** (לעיל, הערה 31) כפי שהובא אצל הלפרין (לעיל, הערה 31).

nevo.co.il

בהסדר הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996, אשר יידון כאן בנפרד.

על פי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תורמת הביצית אינה יכולה להיות אלא מי שעוברת טיפולי הפריה חוץ גופית בעצמה.[35] התורמת צריכה להיות אישה, אשר הסכימה להעביר לשימושה של אישה אחרת חלק מן הביציות שנשאבו משחלותיה, כחלק מטיפולי הפריה שהיא עצמה עוברת לשם השגת היריון. תנאי זה מגביל מהותית את האפשרות של בנות זוג מאותו המין לפעול להולדה בשיטה האמורה. במקרה שלפנינו דווח כי האישה שממנה הופקו הביציות ביקשה (אף היא) להרות מטיפולי הפריון. כך עמדה בדרישה שה"תורמת" תהיה מי שעוברת בעצמה טיפולי פריון.

על פי הנהוג בישראל, תרומות הביצית מתבצעות בתיווך רפואי ובאופן אנונימי, שבו זהות התורמת והנתרמת נותרות חסויות הדדית.[36] מקרה המבחן שלפנינו חרג מן המקובל באפשרו העברת חומר גנטי בין שתי נשים המכירות זו את זו (ואף יותר מכך).[37] סיפוק חומר גנטי על בסיס אישי, מתוך היכרות מוקדמת ומתוך כוונה עניינית של שתי הנשים לבסס יחסי הורות עם הצאצא, עשוי להעלות תהיות באשר לחוקיות ההיתר שנתן משרד הבריאות להולדה זו. בלי להכריע בעניין, שהרי הנחת המוצא של הדיון הייתה כי ההולדה התאפשרה וכי חוקיותה לא תתברר כאן, אציין כי אפשר כנראה לפרש את הדין באופן שאינו אוסר העברת תרומת ביצית מזוהה. אף שהדין הישראלי מטיל עקרונית חיסיון על זהות תורמת הביצית בציינו בסעיף 15(א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) כי "מחלקה מוכרת המבצעת פעולות הפריה חוץ-גופית לא תמסור מידע הנוגע לזהות תורם זרע או תורמת ביצית", ואף שהדין אינו מתווה את הדרך לקבלת תרומה אישית ממכרה או כל תרומה מזוהה שהיא,[38] בכל זאת נראה שאפשרות זו לא נאסרה במפורש בתקנות. ניתן

35. תקנה 4 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית). כמו כן ראו: יהושע דור ודניאל זיידמן, "טכנולוגיות חדשניות בהפריה חוץ-גופית – פריצת הגבולות ברביית האדם", **הריון ממסוג אחר** (לעיל, הערה 8) בעמ' 46 ובעמ' 50.

36. על הפרקטיקה המבטיחה אנונימיות, ראו: לייטמן (לעיל, הערה 14) בעמ' 37; Ruth Landau, "The Management of Genetic Origins: Secrecy and Openness in Donor Assisted Conception in Israel and Elsewhere" 13 *Human Reproduction* (1998) 3268.

37. כעיקרון, תרומת ביצית אינה חייבת להיעשות באופן אנונימי. בחלק מן השיטות בעולם מקור הביצית בתרומה ממכרה. במקרים אחרים היא נרכשת על ידי ההורים המיועדים במישרין או בתיווך גורם שלישי, באופן שזהותה של בעלת הביצית ידועה להם. Anne Reichman Schiff, "Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity", 80 *Iowa L. Rev* (1995) 265, p. 270; Mark V. Sauer and Richard J. Paulson, "Oocyte Donors: A Demographic Analysis of Women at the University of Southern California", 7 *Human Reproduction* (1992) 726.

38. בפועל, במקרים השגרתיים נשמר החיסיון וכשמידע מועבר לנתרמים בנוגע לתורמת, הוא אינו אלא מידע כללי בלתי מזוהה. פרטים אלה נמסרו לי בשיחות שקיימתי עם רופאים מנהלי מרפאות פריון בישראל במהלך שנת 2004.

nevo.co.il

לפרש את ההסדר הקבוע בתקנות ככזה שאינו יוצר הסדר שלילי, ושלא בהכרח מונע קיומו של מסלול מקביל של תרומה מזוהה שמקורה בתורמת "אישית".[39]

שני היבטים נוספים ראויים לתשומת לב באשר למקרה המבחן שלפנינו: האחד נוגע לסיבות לקבלת תרומת הביצית, והשני נוגע לעובדה שמדובר לכאורה בתרומת גמטה כפולה.[40] שני ההיבטים שלובים זה בזה. במקרה שלפנינו לא נמסר אם הייתה עילה רפואית (אצל מקבלת התרומה) לקבלת תרומת הביצית. ייתכן שהשימוש בתרומה נבע אך ורק מן הרצון ליצור צאצא משותף מבחינה ביולוגית. התקנות אמנם לא דרשו קיומו של צורך רפואי כתנאי מוקדם לשימוש בתרומת ביצית, ונראה כי כאשר בתרומה נעזרים בני זוג ממינים שונים, הם לא יפנו, בהיעדר הצדקה רפואית, למסלול של תרומת ביצית,[41] ואולם היעדר איסור להשתמש בתרומה בלא הצדקה רפואית עשוי לפתוח צוהר לדרישה להשתמש בתרומה לצרכים אאוגניים,[42] בשל רצון בני הזוג להשיג צאצא "מושבח" מבחינה גנטית, צוהר העשוי להיות בעייתי מבחינה אתית וחברתית.[43]

---

39. על פי המלצות הוועדות הציבוריות־מקצועיות שעסקו בנושא ההפריה החוץ גופית ותרומת הביציות בישראל, יש להתיר, לפחות בתנאים מסוימים, שימוש בתרומה מזוהה. בהקשר זה ראו: **בחינת הנושא של הפריה חוץ גופית – דין־וחשבון הועדה הציבורית** (תשנ"ד) (להלן: דו"ח ועדת אלוני) בעמ' 56; סעיפים 5, ו־10 להצעת חוק ההסכמים לתרומת ביציות תשס"א-2001 שהוצעה על ידי הועדה הציבורית־מקצועית לבדיקת הנושא של תרומת ביציות בראשותו של ד"ר מרדכי הלפרין [http://www.health.gov.il/units/egg_cont/protocol/law_atzaha.doc].

למרות היעדר מעמד חוקי להמלצות אלה, היה בהן, כך על פי הדיווח בעיתונות, משום תמריץ לאישור שסיפק משרד הבריאות במקרה שהוצג בראשית המאמר.

40. גמטה (בלעז – gamete) הוא תא מין, כלומר תא זרע או ביצית. במונח "תרומת גמטה כפולה" הכוונה לשימוש משולב של תרומת ביצית ותרומת זרע.

41. על פי המקובל, השימוש בתרומת ביצית נעשה בשל אחת משתי סיבות מרכזיות: האחת היא הרצון להימנע משימוש בביצית עצמית בשל החשש מפני העברת פגם גנטי בתורשה. השנייה כרוכה בפגמים אחרים בביצית המוגעים, בין בשל גיל האישה או בשל קשיי פריון אחרים, קבלת היריון תקין באמצעות הביצית. John A. Robertson, "Technology and Motherhood: Legal and Ethical Issues in Human Egg Donation", 39 *Case W. Res.* (1989) 1, pp. 3-4.

42. טעמים אאוגוניים (מן המילה הלועזית eugenic) הינם טעמים של השבחת גוע. הכוונה, למשל, לשימוש בביצית או בזרע כאשר אין לכך טעם רפואי ישיר, כלומר כאשר להורים המיועדים תאי מין היכולים כשלעצמם להביא לידי היריון תקין ואולם הם חפצים להבטיח כי הצאצא יישא גנים של אחר כגון ביצית של אישה מחוננת או של גבר בעל כישורים אתלטיים, כדי שכישורים אלה, ככל שהם נעוצים במאפיינים גנטיים, יועברו לצאצא. אפשר לומר כי גם שימוש בתרומת גמטה שמטרתה להימנע מהעברת פגם גנטי הינו שימוש מטעמים אאוגניים.

43. בהקשר אחר ראו: פנחס שיפמן, "על המשפחה החדשה – קווי פתיחה לדיון", **עיוני משפט** כח (תשס"ה) 643, בעמ' 663. כן ראו: Helane S. Rosenberg and Yakov M. Epstein, "Creating Life? Examining the Legal, Ethical, and Medical Issues of Assisted Reproductive

nevo.co.il

ההיבט השני נוגע לשאלת התרומה הכפולה. הולדה באמצעות ביצית אישה שהופרתה בהפריה חוץ גופית בזרעו של תורם והושתלה ברחמה של בת זוגה משמעה, כביכול, הולדת ילד מתרומת גמטה כפולה. לפגים קבע ההסדר הישראלי איסור שימוש בתרומה כפולה, איסור אשר מנע למעשה מאישה יחידה להיעזר בתרומת ביצית. בתקנה 13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית) נקבע כי "לא תושתל באשה ביצית שגיטלה מתורמת אלא אם כן הופרתה בזרע בעלה של האשה".[44] ההוראה לא נועדה רק להקשות על נשים שאינן נשואות להוליד, אלא ביקשה, כך נדמה, להבטיח שהצאצא ייוולד למשפחה שלפחות אחד מהוריה הוא הורהו הביולוגי. ואולם הוראה זו בוטלה בהסכמת המדינה בעקבות עתירות שהוגשו לבית המשפט העליון.[45]

כך או כך, החשש מפני יצירת צאצא נטול כל זיקה גנטית להוריו, העומד ביסוד ההתנגדות האפשרית לתרומת גמטה כפולה,[46] והחשש הכרוך בהולדה התותרת להשבחה גנטית, העומד ביסוד ההתנגדות האפשרית לתרומת גמטה שאינה הכרחית לצורכי פריון, חששות העשויים כשלעצמם להיות מוצדקים ולבסס איסור מתן היתר להולדה בסיוע, נעלמים כאשר הגמטה ניטלה ממי שמיועדת להיות אמו של הצאצא, גם אם היא בוחרת שלא לשאת אותו ברחמה.[47]

ב. הגדרת אימהות בנסיבות של תרומת ביצית – הדין הקיים

בדומה להזדעה המלאכותית אף ההפריה החוץ גופית אינה משנה כשלעצמה את הגדרת ההורות.[48] כאשר הביצית המופרית היא ביצית האישה העתידה לשאת את ההיריון ולגדל את הילד, אין טעם לשנות את הקביעה המשפטית הרגילה, הרואה באם הביולוגית את אמו המשפטית של הצאצא.[49] הפריה חוץ גופית בסיוע תרומת ביצית "רגילה" שונה מטבעה. בלי להרחיב, שהרי אין לפנינו נסיבות של תרומה רגילה, ניתן לומר כי בנסיבות אלה המעורבות הרפואית יצרה פיצול בפונקציות האימהיות, ולפנינו שתי נשים המשתתפות

Technologies: Equity in Egg Donation", 9 *J. Gender Race & Just.* (2006) 569, pp. 587-500.

44. תקנה 13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית).

45. עניין **זברו** (לעיל, הערה 32); עניין **ויץ'** (לעיל, הערה 18).

46. צאצא חסר זיקה גנטית להוריו עשוי לחוות מבוכה גנאולוגית. על המושג "מבוכה גנאולוגית" בהקשר של אימוץ ראו: Arthur D. Sorosky, Annette Baran and Reuben Pannor, *The Adoption Triangle* (1978) p. 113; H. J. Sants, "Genealogical Bewilderment in Children With Substitute Parents", 37 *Brit. J. Med. Psychol.* (1964) 133.

47. אף אם חששות אלה מתפוגגים, ברי שההולדה בשיטה האמורה אינה נקייה מבעיות. בלי להרחיב אציין כי ניתן לטעון כי בהיעדר הצדקה רפואית, אין להתיר הפרדה בין נשיאת ההיריון ובין הביצית וזאת בשל טעמים הנוגעים לתקצוב שירותי הבריאות, לבריאות האישה ויש מי שיטען שאפילו בשל טובת הילד העתידי.

48. דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 39) בעמ' 22.

49. לעיל, טקסט ליד הערה 7.

nevo.co.il

בהולדתו של הצאצא מן הבחינה הביולוגית. אף שתקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית) אינן קובעות דבר לעניין הגדרת ההורות, ההנחה העומדת ביסודן, והארוגה בין הוראותיהן היא כי היולדת היא האם. גם אופן ההתנהלות בפועל מצביע על אימהות היולדת. מיד לאחר הלידה האם היולדת נרשמת כאמו של הצאצא. רישומה כאם וההכרה בה ככזו אינם ניתנים, מבחינה עקרונית, לתקיפה, לא במישור המעשי ולא במישור המשפטי. במישור המעשי, מי שאחראי לרישום האימהות אינו יודע על דבר קבלת התרומה. הרישום נעשה על ידי האישה בבית החולים ובסמוך ללידה על בסיס עובדת התרחשות הלידה.[50] במישור המשפטי, אמנם לא הוצהר בחקיקה מפורשת על מעמדה של היולדת כאם, ואולם הקביעה המקובלת וההנחה שברקע דברי החקיקה הרלוונטיים, מכירה בה, כאמור, בהיותה האם "הטבעית", כאם משפטית.[51] התוצאה האמורה תואמת את ההנחה (הפיקטיבית במקרה זה) שהיולדת היא גם האם הגנטית ואת הדגש המיוחד המוקנה לאקט נשיאת ההיריון והלידה.[52] בדומה לתרומת זרע, אף בהקשר זה אנונימיות התרומה מסייעת רעיונית ומעשית לניתוק זיקתה של התורמת לצאצא. התפיסה, הרואה ביולדת אם, תואמת את גישת ההלכה היהודית,[53] ומתגלמת בהסדרים הקיימים בשיטות משפט אחרות.[54]

---

50. אף שהפריה חוץ גופית נעשית בהכרה במרפאה מוסדרת, לא נדרש ואף לא מתקיים רישום מרוכז שיש בו כדי ללמד על הסתייעות בתרומה. נתוני מרפאת הפריון נפרדים מנתוני חדר הלידה ותוכנם חסוי. מציאות זו אינה נקייה מבעיות. היא פוגעת לא רק בזכות הצאצא להתחקות אחר אמו הגנטית, אלא לעתים אף לדעת על עובדת הולדתו בסיועה. היעדר רישום מקשה אף את ניהולו של רישום סטטיסטי ומחקר רפואי מתמשך. חלק מבעיות אלה נפתר באמצעות מנגנון הרישום העצמאי שהופעל לכל המאוחר מאז שנת 2005 משהוצא חוזר מנכ"ל 56/2004, הקובע כללים מנחים למעבדות הפריה חוץ גופית ומטיל חובת תיעוד של ההפריות. הרישום, יש להבהיר, מבוצע ברמת המרפאה הבודדת ולא במסגרת כלל ארצית. החוזר ניתן לצפייה באתר: [http://www.health.gov.il/download/forms/a2774_mr36_05.pdf].

51. לעיל, הערות שוליים 7 ואילך והטקסט הסמוך להן.

52. ייתכן שהדבר כרוך בקשר הייחודי הנרקם בין האישה לעובר שהיא נושאת ברחמה. על ייחודו של הקשר בין האם לעובר, ראו והשוו: John Lawrence Hill, "What Does It Mean to Be a "Parent"? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", 66 *N. Y. U. L. Rev.* (1991) 353, pp. 394-400; Marie Ashe, "Law-Language of Maternity: Discourse Holding Nature in Contempt", 22 *New Eng. L. Rev.* (1988) 521; Marshel H. Klaus and John H. Kennell, *Maternal Infant Bonding* (1976); Dianne E. Eyer, *Mother-Infant Bonding: A Scientific Fiction* (1992).

53. בהלכה היהודית מסתמנת הנטייה לייחס את האימהות לאם היולדת אף כאשר זהותה שונה, לכאורה, מזהותה של בעלת הביצית. קורינלאדי (לעיל, הערה 8) בעמ' 145-146; זלמן נחמיה גולדברג, "יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", **תחומין** ה (תשד"מ) 248; אברהם יצחק הלוי כלאב, "מיהי אמו של ילוד, ההורה או היולדת", **תחומין** ה (תשד"מ) 260.

54. שיטות המשפט שהסדירו את השאלה תמכו באימהות היולדת, בין מכוח החזקה הרואה ביולדת

nevo.co.il

נשאלת השאלה אם העובדה שההולדה התרחשה באמצעות ביצית ממקור מזוהה, ואם העובדה שהיולדת נשאה את ההיריון (גם) עבור אחרת, משנות במשהו ממעמדה של היולדת כאם. במקרה דנן היולדת אמנם התכוונה להיות אם, אך לא אם יחידה. "תורמת הביצית" לא התכוונה לנתק את זיקותיה לצאצא, זהותה ידועה והיא מבקשת לשמש כשותפה שוות מעמד בטיפול בו. הדין הקיים אינו קובע, מי צריכה להיות מוגדרת בנסיבות אלה כאם; אם זיהויה של בעלת הביצית וכוונתה לשמש כאם אמורות לשנות ממעמדה הצפוי של היולדת, ובוודאי אין בו, בדין, תשתית מוצקה להכרה בשתיהן. ניתן לטעון כי האם היולדת נושאת את העובר עבור רעותה. נסיבות אלה משיקות לנסיבות של הולדה על פי הסכם לנשיאת עוברים. עם נסיבות אלה ועם האופן שבו הן מסדירות את שאלת האימהות, אבקש להתמודד בחלק הבא.

3. הולדה באמצעות הסכם לנשיאת עוברים

א. התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים – רקע ותשתית משפטית

הסכם הולדה באמצעות אם נושאת נועד מבחינה עקרונית לאפשר לזוגות שאינם יכול לשאת היריון בעצמם, להיעזר באישה אחרת ולהוליד את ילדם באמצעותה. בגרסתן המודרנית התקשרויות אלה משתמשות במקרים רבים בתאי המין של ההורים המיועדים או מסתייעות בתרומת גמטה, באופן שבסופו של התהליך מועבר לידי ההורים המיועדים ילד הנושא את מטענם הגנטי ומכל מקום אינו נושא את מטענה הגנטי של האם שנשאה את ההיריון.

בישראל הוסדרה התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו-1996,[55] לצד היתר עקרוני, שהחוק קובע, להתקשר עם אם נושאת, נקבע בחוק מנגנון פיקוח בדמות ועדת אישורים, הממונה על ידי שר הבריאות. תפקיד הוועדה[56] לאשר הסכמים לנשיאת עוברים לפני שקוימו ולוודא שהובטח במסגרתם מילוי תנאי החוק.[57]

אם, ובין על בסיס קביעה מפורשת בחוק. לדין בארצות הברית ובאירופה ראו: Andrea E. Stumpf, "Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies", 96 *Yale L.J.* (1986) 187; Anne Goodwin, "Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements", 26 *Fam. L. Q.* (1992) 275, p. 277; *Creating the Child — The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation* (Donald Evans – ed., 1996) pp. 260, 281-282, 289, 312-313, 330, 333; Stephen. M. Cretney, *Family Law* (2000) p. 197; Christian Byk *"French Assisted Reproduction Legislation"*, *Creating the Child*, p. 347, 349.

55. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו-1996, ס"ח 176.

56. סעיף 3 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

57. בשל קוצר היריעה לא תוכל הרשימה לדון בפרטי חוק הסכמים לנשיאת עוברים. בהקשר זה ראו את הוראות החוק ואת הדיון בו במקורות הבאים: מיכאל קורינאלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל — הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו 1996 —

nevo.co.il

ההגבלות שמטיל החוק על התקשרות בהסכמים להולדה משותפת מאפשרות למעשה רק שני סוגי התקשרויות בישראל. הולדה משותפת העושה שימוש בתאי המין של שני ההורים המיועדים והולדה משותפת העושה שימוש בתרומת ביצית מאישה שלישית.[58] שימוש בזרע האיש, האב המיועד, הכרחי על פי תנאיו של החוק בכל מקרה שהוא.[59] ההתקשרות מוגבלת לזוג הטרוסקסואלי, ואינה עומדת לרשותם של אחרים המבקשים להקים יחידה חד הורית או זוגית־חד מינית.[60] בנוסף לאישור הוועדה הנדרש מראש, נדרשים הצדדים, לאחר לידת הילד המיועד, לפנות לבית המשפט לצורך קביעת מעמדו.

החוק הישראלי, הקובע כחלק מן ההיתר העקרוני להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים, מנגנון משולב של פיקוח מקצועי מוקדם ואישור שיפוטי מאוחר, הוא הסדר ייחודי. חלק משיטות המשפט, אם בכלל הסדירו את העניין בחוק, בחרו לאסור התקשרות לנשיאת עוברים. חלקן בחרו לאוסרה פלילית. אחרות הסתפקו בהטלת מעין סנקציות אזרחיות, כגון שלילת תוקפו של ההסכם או מניעת ההכרה המשפטית בהורות ההורים המיועדים, בהתקיים התנגדות מאוחרת מצד האם הנושאת. אחרות התירו את ההתקשרות בתנאים ספציפיים שנקבעו בחוק.[61]

ב. הגדרת הורות בנסיבות של התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים

בהתמלא תנאי החוק, ולאחר שההסכם לנשיאת עוברים קוים, בא לעולם ילד שההורות בנוגע אליו נדרשת להיקבע. הולדתו של הילד התאפשרה עקב מעורבות שלושה ולעתים ארבעה גורמים: האם היולדת שנשאה אותו ברחמה; האם המיועדת שיזמה (יחד עם בן זוגה) את ההתקשרות ואשר במרבית המקרים היא אף האם הגנטית, בעלת הביצית; האב המיועד, המשמש בהכרח אף כאב הגנטי; ותורמת הביצית, באותם מקרים שבהם לא ניתן היה להשתמש בביציות האם המיועדת. בסמוך לאחר הלידה בית המשפט נדרש לקבוע מי מהמעורבים יוכר כהורה המשפטי של הילד. המנגנון הקבוע בחוק מבטיח רמה גבוהה של ודאות בשאלת קביעת ההורות, אם כי מותיר לבית המשפט שקול דעת להתמודד עם שינויי נסיבות.

על פי החוק, אימהות תורמת הביצית אינה נשקלת כלל. היא אינה צד להתקשרות וההנחה המשתמעת היא שהיא אינה מעוניינת בהתמודדות על מעמד ההורה. אשר למעמדם

ודו"ח ועדת אלוני", **המשפט** ג (תשנ"ו) 63; זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 264; Ruth Halperin-Kaddari, "Redefining Parenthood", 29 *Cal. W. Int'l L J.* (1999) 313; Carmel Shalev, "Halakha and Patriarchal Motherhood — An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", 32 *Isr. L. Rev.* (1998) 51.

58. סעיף 2(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

59. שם, שם.

60. סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. כן ראו: בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419, בעמ' 437.

61. לסקירת הדין הזר, ראו: רות זפרן, **זכות הצאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים** (חיבור לשם קבלת ד"ר למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ד) בעמ' 124-125.

nevo.co.il

של השלושה האחרים, החוק מבחין בין שני מצבים יסודיים – הסכמה וחרטה. בסמוך ללידה ההורים המיועדים צריכים לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת צו הורות.[62] בהיעדר התנגדות מצד האם הנושאת, וכאשר לא התקיימו נסיבות מיוחדות, יוכרו הוריו המיועדים של הילד (מי שיזמו את ההתקשרות וביקשו להיבנות באמצעותה) כהוריו של הילד "לכל דבר ועניין" באמצעות "צו הורות", ותנותק זיקת האם היולדת לצאצא.[63] אם תחוור בה האם הנושאת מהסכמתה, ותעמוד על מימוש אימהותה, היא תוכל לעשות כן אם תוכיח שינוי נסיבות שיש בו כדי להצדיק את חזרתה מהסכמה, ובלבד שלא יהיה בכך כדי לפגוע בטובת הילד.[64] על פניו ניכרת נטיית החוק להעדיף צו שיפוטי שיכיר בהורים המזמינים כהורים בלעדיים, ואולם הוראתו מאפשרת המשך הורות של שלושת הנוגעים בדבר, על פי נסיבות כל מקרה ומקרה. בהקשר זה קובע החוק, כי אם אושרה חזרת אם נושאת מהסכמתה, יכריז בית המשפט בצו על אימהותה, אך "יוכל לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם ההורים המיועדים או עם אחד מהם".[65] ייתכן שההנחה העומדת ביסוד החוק מכירה בהורות של השלושה,[66] והתערבות בית המשפט, הן בנסיבות של הסכמה והן בנסיבות של חרטה, נדרשת לצורך הכרזה על מי מביניהם שיוכרו משפטית בכל מקרה ומקרה.

מידת הרלוונטיות של ההסדר האמור למקרה הולדה המשותפת לשתי נשים היא מוגבלת. מצד אחד, ניתן לראות בהולדה האמורה סוג של התקשרות להולדה משותפת. האישה האחת נושאת ברחמה את ילדה הגנטי של האחרת מתוך כוונה ש(גם) האחרת תוכר בסופו של דבר כאמו. אף שבשונה מהסכם אופייני לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הייליד), אין הנשים במקרה שלפנינו מתכוונות שזיקת ההורות של היולדת תנותק, ניתן להשוות במובנים מסוימים בין ההתקשרות העומדת ביסוד ההולדה כאן לבין ההתקשרות על פי החוק. מצד אחר, מאפייניה של ההתקשרות שוללים את האפשרות שהיא תחסה בצל החוק. כאמור, החוק אינו מאפשר התקשרות בין אם יחידה לבין אם נושאת ומחייב כי זרע בן הזוג (האב המיועד) ישמש להפריה. עם זה, המנגנון שהחוק יוצר לקביעת יחסי ההורות (באמצעות צו ההורות) והפוטנציאל שבו להכרה באימהות של שתי נשים, מהווים מקור השראה חשוב עבור מקרה המבחן שלפנינו. אל מנגנון זה נשוב בחלקה האחרון של הרשימה, העוסק באופן שבו ראוי לקבוע את יחסי ההורות.

4. אימוץ

א. אימוץ – רקע ותשתית משפטית

חוק אימוץ ילדים קובע תשתית ליצירת יחסי הורות משפטית על פי צו אימוץ של בית המשפט ומסדיר את שאלת יחסי ההורות בין המאמץ למאומץ בהיעדר קשר של הולדה.

62. סעיף 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.
63. סעיף 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.
64. סעיף 13(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.
65. סעיף 13(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.
66. בהקשר זה ראו: זפרן (לעיל, הערה 61) בעמ' 122. כן ראו: שיפמן (לעיל, הערה 43) בעמ' 668; זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 267-268.

nevo.co.il

החוק, שנחקק בשנת 1981[67] ומשמש אותנו גם כיום, החליף חקיקה קודמת משנת 1960,[68] אשר הסדירה ראשונה באופן אזרחי את מוסד האימוץ בישראל.[69] החוק נועד במקורו ליצור מנגנון למציאת הורים לילדים שלא יכלו להיות מטופלים על ידי מי שהולידו אותם, ילדים שהוריהם (ובעיקר אמהותיהם שילדו אותן בלא תמיכת אב) ביקשו למוסרם לאימוץ, וילדים שהוצאו מידי הוריהם עקב חוסר מסוגלותם לטפל בהם כיאות.[70] חוק האימוץ מגדיר את התנאים לניתוק זיקת ההורות בין ילד להוריו וקובע את הנסיבות והאופן שבהם תיווצר זיקת הורות חוקית מאמצת.

בדומה ליתר ההסדרים שתוארו כאן, מודל המשפחה שניצב לנגד עיני מחוקק חוק האימוץ היה מודל המשפחה ההטרוסקסואלית. יעד האימוץ היה מציאת בית ומשפחה לילד חסוך הורים, כאשר המשפחה ששאף המחוקק להשיג הייתה משפחה שבראשה בני זוג ממינים שונים, שיחסיהם מעוגנים בנישואין. משפחה זו נתפסה כמשפחה המיטבית לקליטת המאומץ ולהבטחת טובתו. בנוסף, לא נתפס האימוץ כאמצעי מכוון להקמת משפחות. הוא היה אמור לשרת את צרכיו של ילד קיים שנזנח על ידי הוריו, ולא לשמש תשתית ליצירת משפחה עבור ילד רצוי ומתוכנן, אשר הוריו ביקשו כך להביאו לעולם.

ב. הגדרת הורות באמצעות אימוץ

ההסדר הקבוע בחוק אימוץ ילדים מאפשר, במהלך דו שלבי, להחליף את יחסי ההורות הביולוגית ביחסי הורות מאמצת. היחסים הראשונים מתבטלים, ואת תוכנם ממלאים היחסים השניים. זיקה מסוימת נשמרת בין המאומץ להוריו הביולוגיים בכל סוג של אימוץ. זיקה זו ניכרת בהתמשכות מעמדו כיורש של קרוביו הביולוגיים,[71] בהגבלות החלות עליו

---

67. חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028.

68. חוק אימוץ ילדים, תש"ך-1960, ס"ח 317.

69. מוסד זה הופעל עוד קודם לכן ואולם דרש "יצירתיות" שיפוטית שכן היה כפוף להוראות הדין האישי, אשר ביסודן (לפחות בכל הנוגע לאוכלוסייה היהודית) לא הכירו ברעיון של אימוץ. גילי מימון, **דיני אימוץ ילדים** (תשנ"ד) בעמ' 5-9. על מוסד האימוץ במשפט העברי, ראו: מימון (שם, בעמ' 510) ואילך; טובה ליכטנשטיין, "האימוץ מנקודת מבט יהודית", **חברה ורווחה** י (תשמ"ט) 29; עדו דיבון, "הובת אב מאמץ למזונות בן מאומץ מדין התחייבות", **דיני ישראל** ט (תשל"ח-תש"מ) קפג.

70. למאפייניהם של ההורים הביולוגיים בישראל ובמקומות אחרים ראו: דורי ריבקין ושושנה באומגולד, **מעקב אחר ילדים גדולים הנמסרים לאימוץ – דוח מחקר** (תשס"א) בעמ' 1, 45; Miriam Reitz and Kenneth W. Waston, *Adoption and the Family System* (1992) pp. 61-64.

71. סעיף 16 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 446 וסעיף 16(3) לחוק האימוץ, הקובעים כי נוסף על ההורשה ההדדית של המאומץ ומאמצו, יורש המאומץ את קרוביו הביולוגיים, אף שנקבע, כי אין הם יורשים אותו. עוד בהקשר זה ראו: שאול שוחט, מנחם גולדברג ויחזקאל פלומין, **דיני ירושה ועיזבון** (תשס"ה) בעמ' 55-57.

בנוגע לאפשרות נישואיו עם קרוביו ממשפחת המקור,[72] ובמידע שמסופק לו בבגרותו בנוגע לשורשיו.[73] למעט חריגים אלו, אשר אינם מחסרים מן ההורות החוקית שנקבעה בהקשרו של האימוץ, אלא אך מוסיפים עליה, משניתן צו האימוץ נוצרים יחסי הורה־ילד מלאים.[74] בהקשר זה קובע סעיף 16 (רישא) לחוק האימוץ כדלקמן:

האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם, ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם; הוא מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו.

ובכל זאת יש לסייג את שנאמר, כאשר בית המשפט קובע בצו האימוץ את צמצומו של האימוץ. בהקשר זה פורש סעיף 16(1) לחוק באופן המקנה סמכות להורות על אימוץ פתוח.[75] האימוץ הפתוח מאופיין בשיתוף במידע ו/או בקשר בין ההורים המאמצים להורים הביולוגיים עובר למסירה לאימוץ ו/או אחריה, לעתים תוך שילוב המאומץ בקשר המתמשך.[76] האימוץ המקובל בשיטה הישראלית הוא האימוץ הסגור.[77] רק בנסיבות מיוחדות, כגון במקרה של אימוצים של ילדים גדולים יחסית,[78] המכירים את קרוביהם

---

72. סעיף 16(2) לחוק האימוץ. כן ראו: בנציון שרשבסקי, **דיני משפחה** (תשנ"ג) בעמ' 422.

73. סעיפים 29, 30 לחוק האימוץ. רות זפרן, "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית", **משפחה במשפט** א (תשס"ז) 225.

74. לשונה ולדומה ביחסי הורות "טבעית" לעומת מאמצת, ראו והשוו: מימון (לעיל, הערה 69) בעמ' 366, 476; ובהרחבה: Pinhas Shifman, "Kinship by Adoption: Where Adoption Differs from Natural Affinity", 23 *Isr. L. Rev.* (1989) 34.

75. ע"א 4616/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד מח(4) 298.

76. רחל לוי־שיף, "אימוץ פתוח", **פסיכולוגיה** ח(1) (תש"ס) 20; Tammy M. Somogye, "Opening Minds to Open Adoption", 45 *Kansas Law Review* (1997) 619; Arthur Sorosky, Annette Baran and Reuben Pannor, *The Adoption Triangle* (1978) 207; Shirley K. Senoff, "Open Adoption in Ontario and the Need for Legislative Reform", 15 *Can. J. Fam. L.* (1998) 183; Amy Doherty, "Foster Care and Adoption: A Look at Open Adoption", 11 *J. Contemp. Legal Issues* (2000) 591; Pannor (לעיל, הערה 46) בעמ' 207.

77. ע"א 5034/96 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נ(5) 33, בעמ' 43; ע"א 653/95 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(2) 383; ע"א 4294/91 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(4) 464; ע"א 658/88 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מג(4) 468; ע"א 20/85 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מ(2) 337; ע"א 320/84 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לח(4) 242; ע"א 594/84 **פלונית נ' לשכת העבודה והרווחה**, פ"ד לט(2) 570; ע"א 166/81 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לו(4) 321; ע"א 484/78 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 826; ע"א 345/76 **פלונים נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(1) 673.

78. מימון (לעיל, הערה 69) בעמ' 55. ואולם, אף בנסיבות אלו בית המשפט אינו ממהר להשתמש

nevo.co.il

והספיקו לבסס עמם קשר משמעותי, מורה בית המשפט על אימוץ פתוח. האימוץ הפתוח עשוי להיות רלוונטי בנסיבות של אימוץ על ידי בן/בת הזוג של ההורה,[79] ומכאן הרלוונטיות שלו לענייננו.

השימוש במנגנון האימוץ לצורך קביעת ההורות במקרה שלפנינו, שנראה עד לפני שנים מספר כמעט דמיוני, עשוי להתאפשר כיום לאור החלטותיו של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות. על אף הנמקתו ההזירה של בית המשפט בעניין **ירום־חקק**,[80] ובסיסה הפורמלי של ההכרעה בעניין **ברנר־קדיש**,[81] קשה להתעלם מן השינוי המהותי שיצרו שני פסקי דין אלה במציאות הישראלית ככל שהיא נוגעת להגדרת יחסי הורות במשפחות שבראשן עומדות בנות זוג מאותו המין. תוצאתן המשותפת של שתי החלטות אלה היא ההכרה – גם אם היא מסויגת לצרכים מסוימים (עניין **ברנר־קדיש**) או מנוסחת בזהירות ומוגבלת לנסיבות מיוחדות (עניין **ירום־חקק**) – באפשרות אימהותן המשפטית המשותפת של שתי נשים.

בעניין **ברנר־קדיש** נדרש בית המשפט לדון בשאלת רישומו של צו אימוץ, שניתן במדינת קליפורניה שבארצות הברית, במרשם האוכלוסין הישראלי.[82] צו בית המשפט בקליפורניה, והרישום המוסמך שנקבע על פיו, הכריזו כי העותרת היא אמו המאמצת של ילד שנולד לבת זוגה בעקבות הזרעה באמצעות זרע תורם. משרד הפנים, אליו פנו האימהות לשם רישום אימהותן במרשם האוכלוסין, סירב לבצע את הרישום בטענה שהוא מוטעה על פניו ואינו אפשרי מבחינה טכנית. בית המשפט העליון, בקבלו בשנת 2000 את העתירה ברוב דעות, הכריז כי על פי הנוהג המקובל במשרד הפנים (רישום תוכנן של תעודות מהו"ל הנחזות להיות תקפות בלי לעמוד על משמעותן או תוקיותן בדין הישראלי; מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי; ולצורך הבטחת אחידות הסטטוס, יש להכיר באימוץ ולרושמו בישראל. פסק הדין, אף שנמנע במובהק מדיון מהותי בשאלת האימהות הכפולה או בשאלת האימוץ על ידי בני זוג מאותו המין, מכיר בסופו של דבר באימוץ, ולו לצורכי רישום, ומאפשר רישומן של שתי נשים כאימהות לילד משותף במרשם האוכלוסין.[83]

בחלופת האימוץ הפתוח. ראו: ע"א 166/81 **פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לו(4) 321.

79. ע"א 121/79 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד לד(2) 253.

80. ע"א 10280/01 **ירום־חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, נט(5) 64 (להלן: עניין **ירום־חקק**). להתייחסות נרחבת לפסיקת בית המשפט בעניין **ירום־חקק** ראו: עמרי גולדשטיין וורד שפילמן, "אמא יש רק אחת?" – בעקבות ע"א 10280/01 ירוס־חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה", **הארת דין** ב(2) (תשס"ה) 92.

81. בג"ץ 1779/99 **ברנר־קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368.

82. לדיון בפסק הדין האמור, ראו: חנן גולדשמידט, "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד־מיני", **המשפט** ז (תשס"ב) 217, בעמ' 246-251.

83. בהקשר של רישום נישואין שנערכו בחו"ל בין בני זוג מאותו מין ראו והשוו: בג"ץ 3045/05 **בן ארי נ' מנהל אוכלוסין** (טרם פורסם).

במועד כתיבת שורות אלה פסק הדין אינו בגדר סוף פסוק, שכן שר הפנים הגיש בקשה לדיון נוסף והכרעה בעניין טרם ניתנה.

פסק דין חשוב אולי יותר ניתן בהקשר זה בשנת 2005 בעניין **ירום־חקק**. באותו מקרה דובר בזוג נשים, שקיימו זוגיות מבוססת וארוכת שנים ובמהלכה ועל פי החלטה משותפת ילדו שתיהן (באמצעות תרומות זרע אנונימיות) ילדים שאותן גידלו יחד מתוך מחויבות הורית מלאה. להבטחת מעמדן המשפחתי ביקשו הנשים, כהסדר נוסף על ההסדר ההסכמי שאותו ערכו, ובמסגרתו התחייבו לדאוג ולכלכל זו את ילדיה של זו, לעגן את יחסיה של האחת עם ילד/יה הביולוגיים של רעותה באמצעות אימוץ רשמי. הן פנו לבית המשפט לענייני משפחה אך בקשתן נדחתה.[84] אף דעת הרוב בבית המשפט המחוזי שאליו הוגש הערעור לא העניקה להן את הסעד המבוקש.[85] הדרך לקבלת בקשתן נסללה בפסק דינו של בית המשפט העליון, שניתן בהרכב שופטים מורחב, משהחליט להשיב את הדיון בעניינן לערכאה הראשונה, תוך דחיית עמדת המדינה שסירבה להכיר באפשרות בת הזוג לאמץ את ילדי רעותה. בסופו של דבר ניתנו צווי אימוץ על ידי בית המשפט לענייני משפחה שאליו הוחזר התיק.[86]

בית המשפט העליון נקט, באפשרו עקרונית את האימוץ המבוקש, הנמקה זהירה ומסויגת ונמנע מלהכריז על פתיחת נתיב מקביל של אימוץ על ידי זוגות בני אותו המין. לנוכח לשונו של חוק האימוץ הישראלי, המצמצם זכות האימוץ לבני זוג הטרוסקסואלים (נשואים),[87] הסתמך בית המשפט על חריג צר שקבע החוק [סעיף 3 (2)] למטרה אחרת, והיא אימוץ על ידי הורה יחיד.[88] אף שתנאיו של החוק בעניין אימוץ על ידי הורה יחיד אף הם לא קוימו (שכן הם מעניקים אפשרות לאימוץ על ידי קרוב משפחה יחיד כאשר הוריו של הילד נפטרו), עשה בית המשפט שימוש בהוראה המאפשרת לחרוג מתנאים אלה בנסיבות מיוחדות וכאשר האימוץ הוא לטובת הילד.[89] בית המשפט ביקש להבהיר, ובכך אולי הקשה את ההסתמכות עליו במקרה שלפנינו, כי האימוץ מתאפשר לנוכח קיומם של יחסי הורות דה פקטו, ולשם הבטחת טובת הילדים, המחייבת הכרה רשמית ביחסי משפחה המתקיימים למעשה.[90]

---

84. תמ"ש (ת"א) 49/97 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם).
85. ע"מ (ת"א) 10/99 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ תש"ס(1) 831.
86. אמ' (ת"א) 48/97 **ירום־חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק־מש 2006(1) 497.
87. סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים קובע כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד".
88. סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים, סעיפים קטנים (1) ו־(2) קובעים כי "רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד... אם הורי המאומץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאומץ ובלתי נשוי".
89. סעיף 25(2) לחוק אימוץ ילדים קובע כי אם בית המשפט נוכח "שהדבר יהיה לטובת המאומץ, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות ומטעמים שיציין בהחלטתו, לסטות" בין היתר מן התנאים של "פטירת הורי המאומץ וקרבת המאמץ לפי סעיף 3(2)".
90. בית המשפט מציין שיש להשוות בין מצב שבו הילד חי בנסיבות משפחתיות של אימהות כפולה בלא צו אימוץ לבין מצב שבו הוא חי בה תוך שהורות בת הזוג מוכרת מבחינה פורמלית. עניין **ירום־חקק** (לעיל, הערה 80) בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא ברק.

nevo.co.il

אם הרציונל שביסוד הכרעת בית המשפט בעניין **ירום־חקק** יחול בנסיבות המקרה שלפנינו, אזי יכיר בית המשפט בהורות בת הזוג, מי שמביציותיה נולד הילד האמור, אם בכלל, רק לאחר שהתבססו יחסי הורות ממושכים בינה לבין הילד. הכרעתו העקרונית של בית המשפט הייתה לתמוך במתן צו אימוץ כאשר **ממילא** מתקיימים יחסי הורות בין הילד לבין בת הזוג של האם, ולהכיר בהם גם להלכה לטובת הצאצא. התאמתו של פתרון זה למקרה שלפנינו, לפי נקודות השוני והדמיון בין המקרים, תתברר בהמשך לאחר שיוכרע, מי ראוי להיקבע כהורה וכחלק מן הדיון במנגנונים השונים להכרה בהם.

ג. מי ראויים להיקבע כהוריו של הילד

1. הצורך בהסדרה משפטית

בהינת ההסדרים הקיימים כיום בדין הישראלי לימדה כי הם אינם מספקים מענה ראוי לשאלת הגדרת ההורות במקרה המבחן שלפנינו. ההסדרים הקיימים בנוגע להולדה מלאכותית, ככל שיש בהם כדי לשרטט תשתית להגדרת הורות, אינם מציעים מסגרת מתודולוגית ברורה לקביעת הורות בנסיבות של הולדה משותפת לזוג נשים. הסדרים אלה, שראו לנגד עיניהם את מודל המשפחה ההטרוסקסואלית, אינם מספקים קני מידה רעיוניים לזיהוי ההורה כאשר חורגים יחסי ההורות מן המודל האמור. אף חוק אימוץ ילדים לא נועד מלכתחילה לספק מענה למשפחה חד מינית, וודאי לא למשפחה שמבקשת לעגן את יחסי ההורים העומדים בראשה עם צאצאיהם שהובאו לעולם במעשה הולדה משותף. הפרשנות שהעניק בית המשפט לחוק אימוץ ילדים בעניין **ירום־חקק**, והאפשרות להכיר בריטום שתי אימהות בעניין **ברנר־קדיש**, ספק אם יש בהן כדי להקיף את המקרה שלפנינו, שבו שתי נשים מבקשות להיות מוכרות כאימהות לילד שזה מקרוב נולד. ואולם ייתכן שבמסקנה האמורה יש כדי להניח את המבוקש. בהינה מדוקדקת של הדין הקיים מתווה כביכול פתרון, המצביע על כך שלילד שנולד לאישה מביצית רעותה שהופרתה בזרע תורם אנונימי יש אם אחת, היא האם היולדת. הכרה בבת הזוג על פי הדין הקיים תתאפשר בדיעבד לאחר שיחסי ההורות הפסיכולוגית התגבשו, וזאת מכוח התערבות בית המשפט ובאמצעות מתן צו אימוץ, אם יתברר כי הוא לטובת הילד.

בהינתן מגבלותיו של הדין הקיים, יבקש חלק זה לברר מראשיתה את השאלה, מי ראוי להיקבע כהורה לילד שנולד לזוג נשים בנסיבות המקרה שלפנינו, ולבחון אם הפתרון העולה כביכול מן הדין הקיים כיום, המכיר באימהות בלעדית של האם נושאת ההיריון, ראוי הוא או שיש מקום להכרעה שונה. בהינתן הצורך להגדיר מיהם ההורים, דומה שניתן להסכים כי רצוי שהקביעה תיעשה מראש, בסמוך ללידת הצאצא. הכרעה משפטית ברורה מגבירה את הוודאות בחיי הצאצא שזה עתה נולד, ובחיי הוריו, ועשויה לסייע בהכרעה במחלוקות העלולות להתעורר בשאלת ההורות. תהיה העמדה שמצדדים בה אשר תהיה (ניתוק זיקת אבהות התורם או שימורה, הכרה באם הנושאת כאם בלעדית ו/או הכרה באם הגנטית כאם בלעדית או נוספת), דומה שניתן להסכים כי העניין צריך להיות מוסדר בדין. השאיפה להסדרת הסוגיה בדין (ומוטב בחקיקה

nevo.co.il

ראשית)[91] עולה בקנה אחד עם השאיפה להקל, ככל האפשר, את ההכרעה בסכסוכי משפחה.[92] היעדר הסדרה עלול לפתוח פתח למחלוקות בין המתמודדים על מעמד ההורות, עשוי להגביר ליטיגציה ועלול לאיים על רווחת הילד, שייוולד למצב של חוסר ודאות משפחתית או לפחות חוסר ודאות משפטית.

גם אם אין חשש לסכסוך בין ההורים, צרכיו של הילד ושל מי שמשמש לו הורה אינם מובטחים במלואם כאשר יחסי הורות המתקיימים בפועל וראויים להכרת הדין, אינם זוכים להכרה פורמלית. כאשר חיי המשפחה מתנהלים כסדרם, הצורך להכיר בהורות עשוי להתעורר בכמה הקשרים, המתחלקים בעיקרם להקשרים מעשיים והקשרים סמליים. במובן המעשי הכרה משפטית בהורה מעניקה לו אפשרות להגשים את מלוא סמכויותיו, זכויותיו וחובותיו כלפי הילד, בהתנהלותו מול הרשות ומול פרטים אחרים, וזאת בלא צורך לפנות לבית המשפט לקבלת הרשאה ובלי להיזקק לסיועו של ההורה האחר (אלא אם כן הדין דורש את הסכמתם הרשמית של שני ההורים). במישור הסמלי ההכרה בהורות עשויה להקנות, הן לילד והן להורה, אישור ליחסים הקיימים ביניהם למעשה, ואף להעניק להם במישור הרגשי משנה תוקף. הצורך בהגדרה רשמית של הורות מתחדד בנסיבות של משבר משפחתי. כאשר נפטר אחד ההורים, או במקרה של פרידה, נדרשת ההכרה הרשמית בהורות לצורך הבטחת זכויות הילד וכערובה להימשכות היחסים בין הצדדים. אם, למשל, נפטרה בת הזוג, המשמשת כאם בלא שהוכרה משפטית כהורה, עלול הילד להתקשות להתמודד על חלקו בעיזבון עם יורשים המוכרים על פי דין. אם האם (המוכרת בדין) היא שנפטרה, בת הזוג עשויה למצוא עצמה נדרשת להוכיח לרשות או לגורמים שלישיים, שלפתע יבקשו לדחוק אותה מתפקידה, את אימהותה.[93] כאשר יחסי בנות הזוג עולים על שרטון, עלולה האם המשפטית למנוע מבת זוגה לשעבר לטפל בילדים ואף לפוגשם. בת הזוג תמצא עצמה או פונה לבית המשפט בבקשה להכרה באימהותה, הליך העשוי להימשך זמן רב, בלי שתוכל בינתיים לממש את זכויותיה (וחמור מכך, את זכויות ילדיה) לקשר. הליך כזה, העשוי להימשך זמן רב, עלול בנסיבות מסוימות לגרום לניתוק ממושך בין האם לילדים. הנזקים הכרוכים בניתוק זה ברורים לכול. במקרה ההפוך עלולה האם השנייה לבקש להתנער מאחריותה ולהותיר, למשל, את הילד בלא התמיכה הכלכלית שהוא רגיל

91. השאיפה לקביעת ההסדר האמור בחקיקה נראית מעט אוטופית לנוכח הימנעותו של המחוקק מלהסדיר את מכלול ההיבטים הנוגעים להולדה והורות בחוק. דומה כי ההימנעות האמורה אינה מקרית והיא משקפת רצון להימנע "מכניסה לשדה מוקשים". במידה מסוימת המצב הקיים, המסתפק בהסדרה חלקית ובעיגון נורמטיבי נמוך, מאפשר לשמור על הסוגיה "בפרופיל נמוך" ולהימנע מהתמודדות ישירה עם שאלות הנוגעות לענייני דת, חברה ואתיקה – מעין פשרה שבמעשה.

92. ההסדרה אמנם אינה מונעת את עצם המשבר המשפחתי, ואולם היא מקלה את פתרונו משהתעורר, או מונעת אותו (במובן המשפטי) באמצעות עידוד הגעה להסדרים מוסכמים.

93. כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת קונפליקט שיתעורר בין בת הזוג (האם הגנטית והפסיכולוגית של הילדים שלא הוכרה כאם משפטית) לבין סבי הילדים, המבקשים לאחר מות האם למלא את מקומה, לאמצם או לחזק את מעמדם כאפוטרופוסים חוקיים.

nevo.co.il

לה. מכל הטעמים האמורים, סבורני כי שאלת קביעת ההורות ראויה להיקבע בנוגע לכל צאצא בסמוך להולדתו. הסדרה זו צריכה להיות ברורה, ולאפשר למי שמתכננים להביא ילד לעולם, לדעת איזו משפחה יוכלו לעצב לעצמם.

2. תוכן ההסדרה המשפטית

חלק זה יבקש לברר מה המעמד הראוי לכל אחד מן הגורמים שלקחו חלק ביולוגי בהולדתו של הילד. עיצוב ההכרעה ייעשה לאור מגוון השיקולים הרלוונטיים, לאחר שקלולם לנוכח עוצמתם היחסית ועל פי קנה המידה שיוצע להנחיה. את הדיון תפתח שאלת מעמדו של האב, תורם הזרע, אשר הינה פשוטה יחסית להכרעה. בחלק השני נפנה לבחינת סוגיית מעמדה של נושאת ההיריון ולאחר מכן נציג את מעמדה של בעלת הביצית. לצד בחינת מעמדו של כל אחד מאלה בנפרד, נבקש לבחון את מעמדם יחד ולבדוק אם לשילובם נודעת השפעה הדדית – זה על מעמדו של זה.

א. האב – (אי) מעמדו של תורם הזרע

אומר מיד, סבורני כי זיקת אבהותו של איש שתרם/מכר את זרעו לגורם מתווך, כגון בנק זרע, צריכה להינתק. הניתוק צו"ך להיקבע מראש, יהיה יעד התרומה אשר יהיה: אישה העתידה לגדל את הילד עם בן זוגה, אישה המבקשת לגדלו ביחידה חד הורית, או אישה העתידה לגדלו עם בת זוגה (ותהיה מעורבותה הביולוגית של בת הזוג אשר תהיה). מאחד שמעמד תורם זרע כשהוא תורם את זרעו למשפחות ההטרוסקסואליות נידון על ידי בהרחבה במקום אחר,[94] ולנוכח עמדתי כי אין הבדל של ממש בין המקרים, אקצר בהצגת הדברים כאן.

במישור העקרוני, ההנמקה הקוראת לניתוק זיקת האבהות של התורם מתבססת בעיקרה על ארבעה שיקולים מנחים: רצונם של הצדדים; רווחתם האישית של הצדדים ככל שהיא כרוכה בשגשוג יחסי המשפחה; טובתו של הילד שכבר נולד וזה שעתיד להיוולד; ומחויבות ליעד המאפשר הקמת משפחות למי שחפצים בהן. שיקולים אלה, הכרוכים זה בזה, והנעוצים במודל שיח היחסים שהצגתי בעבר, ילוו אותנו לאורך הדיון בשאלת קביעת ההורות בנוגע לכל אחד מן הגורמים.[95]

במישור המעשי, הסדר המנתק את זיקת ההורות של התורם, תואם את כוונתם הראשונית ורצונם המשוער של הצדדים הנוגעים בדבר: האם, התורם האנונימי וההורה המיועד האחר, אם ישנו. ואולם קנה המידה המבקש לממש את רצונם של הצדדים אינו מתמצה בהכרה בהגשמת הרצון המקורי, במועד מתן הזרע או קבלתו. ייתכן, אף שבמקרה של תרומה שהועברה בתיווך צד שלישי הסבירות לכך אינה גבוהה, שמי מן הצדדים יחזור בו מכוונתו המקורית ויבקש לממש את אבהות התורם. נכונות להכיר בתורם הזרע כהורה נוסף בנסיבות אלה עלולה להעמיד את היחידה המשפחתית ואת הילד בתנאי חוסר ודאות ועשויה לפגום בהמשכיות וביציבות קשרי ההורות שנרקמו. שקילת קשיים אלה, העלולים לצמוח בעקבות

94. זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 253-260.

95. ראו לעיל המקורות המנויים בהערה 5.

nevo.co.il

ההכרה בתורם, לעומת זיקתו החלשה יחסית של התורם לילד (זיקה גנטית בלבד), מטה את הכף נגד ההכרה באבהותו. לגיטוק הזיקה שבין התורם לצאצא עשויה להיות נפקות לעניין הבטחת הקשר המשפחתי וקשרי התורות בין הצדדים גם מהיבט נוסף. יש מי שיטען כי ניתוק זיקת האבהות של התורם עשויה להוות תנאי מוקדם ליצירת יחסי הורות משפטיים עם ההורה המיועד האחר (ויהיה זה אב במשפחה הטרוסקסואלית או אם שגייה במשפחה לסבית). עמדה זו אינה מתחייבת, מן הסתם, לשיטתם של מי שמוכנים להכיר בהורות של שלושה.[96]

שיקול טובת הילד מחייב התייחסות מיוחדת בנסיבות של הולדה לזוג נשים. ככל שמדובר באישה המבקשת לטפל בצאצא עם בן זוגה, הסתמכות על עקרון טובת הילד לצורך שלילת מעמד של אב מן התורם מובנת כמעט מאליה, בייחוד כאשר התורם אינו מעוניין בזיקה האמורה. נראה כי התפיסה הרווחת בקשר להתפתחותם של ילדים, הקוראת לשמירת יציבות התא המשפחתי, הימשכות קשרי ההורות המוכרים, ומגיעת מתחים בין הדמויות ההוריות, רצויה גם כאן.[97] כפיית הורות של אב נוסף, כאשר איש מן הצדדים אינו הפץ בכך, אינה רצויה, כל שכן שהיא עלולה לפגוע שלא לצורך ביחסי המשפחה החברתיים בין האם, בן זוגה והילד. עמדה דומה ראויה בעיניי גם בנוגע לצאצא שנולד לאישה המתעתדת לגדל את הילד ביחידה חד מינית. הקניית מעמד אבהות לתורם זרע זר, אשר לאם ולבת זוגה אין כל זיקה אליו, כנגד רצונן וכנגד רצונו, אינה עולה מבחינה עקרונית בקנה אחד עם טובת הילד, שרווחתו מסופקת על ידי היחידה המשפחתית האוטונומית באמצעות טיפולן המסור של שתי דמויות הוריות משמעותיות.[98]

ואולם יש מי שיטען כי גם אם נכון למנוע הכרה באבהות התורם ככל שמדובר במשפחה שבראשה אם ואב, המצב שונה בנסיבות שבהן המשפחה חסרה אב. אז מלכתחילה אין לאפשר תרומת זרע, או שיש לוודא שה"תורם" יוגדר כאב.[99] על פי טיעון זה, המשפחה שהקמתה מתבקשת בנסיבות המקרה שלפנינו עשויה "לסבול" משני פגמים: האחד נובע מהיעדר האב, השני נובע מן הזוגיות הלסבית הניצבת בראשה. הטענה המדגישה את הקשיים שמהם עשוי ילד הגדל בלא אב לסבול, נשענת בעיקרה על מודל המשפחה החד הורית, ומצביעה על ממצאיהם של מחקרים המלמדים כי התפתחותם ורווחתם של ילדים הגדלים בלא אב לוקה במידה משמעותית.[100] הטענה האחרת נוגעת למאפייניה הספציפיים

---

96. להלן פרק 5.

97. על חשיבות היציבות המשפחתית וקשרים משפחתיים בעבור ילדים ראו: Joseph Goldstein, Albert J. Solnit, Sonja Goldstein and Anna Frued, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative* (1996) pp. 19-20.

98. למחקרים המלמדים על איכות המשפחה החד מינית ועל התפתחותם ורווחתם של ילדים המטופלים במסגרתה ראו את המקורות המובאים להלן בהערה 102.

99. Marsha Garrison, "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage", 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 835, pp. 902-903, 906-907.

100. לכתיבה המדגישה את חשיבות האב ואת הנזקים הכרוכים בהיעדרו, ראו: David Popenoe, *Life without Father: Compelling New Evidence That Fatherhood and Marriage Are*

nevo.co.il

של המשפחה הלסבית, והיא מדגישה את הנזק הכרוך בקיומן של זוג נשים, המשמשות בצוותא כהורים.[101] המענה על טענות אלה כפול. ראשית, נכונות הטענות הפסיכו־סוציאליות והמקורות המחקריים שעליהם הן מתבססות נתונים בספק. הממצאים המצביעים על התוצאות השליליות הנלוות לגידול ילד בהיעדר דמות אב שאובים מקבוצות מחקר שמידת הרלוונטיות שלהן להקשר הנידון כאן נמוכה. חלק ניכר ממחקרים אלה מסתמך על בחינת משפחות חד הוריות לאחר גירושין. ההשפעות הנלוות להתנהלות המשפחה לפני פרידת ההורים, האופן שבו נערכו הגירושין ויחסי המשפחה לאחר הגירושין לא תמיד בודדו, ולכן קשה להעריך מה גרם לנזק – היעדרות האב כשלעצמה או הנסיבות הנלוות לפירוק המשפחה. חלק אחר מן המחקרים נערכו בעניין משפחות חד הוריות מכורח, נשים ש"מצאו עצמן" בהיריון בלא תמיכת בן זוג. מצבן של נשים אלה, ניתן להעריך, שונה מאוד מהמצב המאפיין נשים שבחרו, במהלך מודע ובתכנון מוקדם, להביא ילד לעולם בהיעדר אב. משפחות חד הוריות "מכורח" נתונות לא פעם במצוקה סוציו־אקונומית של ממש. גם בהקשר זה לא בודד במחקרים רכיב האבהות מיתר מאפייניה של המשפחה, וההסתמכות על ממצאיהם נראית קלושה. שנית, מחקרים שנערכו במהלך השנים, ואשר בדקו את מצבם של ילדים שגדלו במשפחות חד מיניות (חד הוריות כמו גם דו הוריות, לסביות לרוב) לימדו כי ילדים אלה אינם לוקים בהתפתחותם, ורווחתם שווה באיכותה לרווחתם של ילדים שגדלו במשפחות דו הוריות הטרוסקסואליות.[102]

Indispensable for the Good of Children and Society (1996) pp. 11-12, 37, 56-57, 77; A. Dean Byrd, "Gender Complementarity and Child-rearing: Where Tradition and Science Agree", 6 *J. L. Fam. Stud.* (2004) 213.

101. לסקירת מחקרים הדנים במגוון פגמים הכרוכים בהורות הומוסקסואלית ולסבית, ולביקורת על איכות המחקרים "התומכים" בהורות זו, ראו בהרחבה: Lynn D. Wardle, "The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children", 1997 *U. Ill. L. Rev.* (1997) 833.

102. ראו, למשל, את הממצאים ואת סקירת הממצאים המובאת במחקרים, המלמדים כי ילדים הגדלים במשפחות אשר בראשן עומדת אישה לסבית (או גבר הומוסקסואל), לרבות משפחות אשר בראשן עומדים זוגות בני אותו המין, מצויים באותה רמת רווחה והתפתחות שבה מצויים ילדים הגדלים במשפחות אשר בראשן עומדים הורים הטרוסקסואלים. (לעיל, הערה 6); James G. Pawelski, Ellen C. Perrin, Jane M. Foy, Carole E. Wald Allen, James E. Crawford, Mark Del Monte, Miriam Kaufman, Jonathan D. Klein, Karen Smith, Sarah Springer, J. Lane Tanner, and Dennis L. Vickers, "The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-being of Children", 118(1) *Pediatrics* (2006) 349, ניתן לצפייה באתר: [http://pediatrics.aappublications.org/cgi/content/full/118/1/349]. כמו כן ראו את מאמרם של Silverstein and Auerbach הקובע, לצד הכרה בחשיבות האב, כי ילדים יכולים לשגשג אף במשפחות שבהן האב חסר: Louise B. Silverstein and Carl F. Auerbach, "Deconstructing the Essential Father", 54(6) *American Psychologist* (1999) 397.

nevo.co.il

ואולם גם אם ניתן להניח כי משפחות חד מיניות אינן נופלות באיכותן, אין בכך כשלעצמו כדי לדחות על הסף את התביעה להכיר באבהות התורם, בייחוד כאשר התביעה להכרה מועלית מצדו.[103] בשונה ממצב שבו הקריאה להכרה באבהות מועלית על ידי המדינה, ואינה תואמת את רצונו של איש, כאשר התורם מבקש לממש את אבהותו, ייתכן – אם כי הדברים דורשים בירור של המחקר הפסיכו־סוציאלי – שהתועלת שתצמח לילד מקשר עם דמות הורית נוספת עולה על הנזק הכרוך בהוספת גורם הורי נוסף כנגד רצון האימהות. ייתכן שנכונות האיש לממש את אבהותו, והיתרונות שיצמחו לילד מקיומה של רשת תמיכה (רגשית כמו גם כלכלית) נוספת, יעלו על הנזק הכרוך בפגיעה בהרמוניה של ניהול המשפחה. ההבדל בין הוספת אב למשפחה שבראשה עומדות זוג נשים לבין משפחה שבראשה אם אחת או זוג הורים בני מינים שונים, אם בכלל קיים, ראוי אף הוא להתברר במחקר נפרד. בשלב זה, ולנוכח מיעוט מקרי המבחן, לא מספק לנו המחקר הפסיכו־סוציאלי נתונים להערכה.

טעם מרכזי לניתוק זיקת ההורות של התורם נעוץ ברצון לשמר פרקטיקה של תרומות זרע וזאת לצורך הבטחת האפשרות להקים משפחות (חד הוריות, חד מיניות ואחרות), למי שזקוקים לשם הקמתן לתרומת זרע. ניתוק הזיקה ההורית בין תורם הזרע לצאצא נחוץ להבטחת המשך הספקת תרומות זרע, ועל כן הוא תנאי הכרחי להפעלה רציפה ויעילה של פרקטיקת ההזדעה המלאכותית באמצעות תורם. תורם זרע, שיחשוש כי תרומתו תכבול אותו להורות בפויה ותחשוף אותו למגוון חיובים (וחשש זה מתגבר לכאורה כאשר השימוש בתרומה נעשה עבור משפחה חד הורית או חד מינית כאשר אין בנמצא "אב"),[104] יימנע במקרה הרגיל מלתרום. הפסקת זרם התרומות לבנק הזרע תפגע פגיעה של ממש בנשים ובבני/בנות זוגן, המבקשים להקים משפחה ולממש את כמיהתם להורות בדרך זו. נראה כי לפחות הטיעון האחרון, שמשקלו רב, אם לא כל הטעמים האמורים במצטבר, מחייב התערבות המחוקק וקביעה פוזיטיבית מצדו, אשר תכריז כי תורם הזרע נטול כל מעמד הורי, תהיה היחידה המשפחתית המוקמת בסיועו אשר תהיה.[105]

---

103. ראו: זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 256.

104. איילת בלכר־פריגת, "על זכויות, גבולות ומשפחה", **עיוני משפט** כו (תשס"ג) 539, בעמ' 561-571.

105. לטענה הגורסת שניתן להבטיח את מגוון האינטרסים המפורטים לעיל באמצעות שימור המצב הקיים, שבו מובטח התורם מפני תביעת אבהות באמצעות מנגנון של אנונימיות וסודיות, וזאת בלי להיזקק לקביעת הסדר המנתק את מעמדו של התורם כאב, אשיב בשניים. ראשית, החיסיון הקיים, שאינו מוסדר בחוק, אינו חסין מפני התערבות שיפוטית, ולפיכך אינו מבטיח הגנה מספקת לתורם ולשאר הצדדים. שנית, הנזק הכרוך בהסדר הקיים, הפוגע בזכות הצאצא להתחקות אחר מוצאו, מטה את כפות המאזניים לשלילתו, ומחייב הסדר שיאפשר הסרת החיסיון. בנסיבות אלה לא תהיה ברירה אלא להבטיח את אי אבהות התורם ולוודא כי חשיפת זהותו בנסיבות כאלה או אחרות לא תגרור אחריה נפקות במישור יחסי ההורות.

nevo.co.il

ב. האימהות

נקודת המוצא של הדיון היא, שכל אחת מהנשים שהשתתפו בהולדה התכוונה מלכתחילה לשמש כאם ולהכיר בבת הזוג כאם. חלק זה יצטרך לדון בשאלת תקפותה של ההסכמה האמורה, ובשאלה מהו הדין במקרה שבו התגלעה ביניהן מחלוקת.

(1) מעמדה של האם נושאת ההיריון

מעמדה של נושאת ההיריון כאם המשפטית מובטח כבר עתה על פי הדין הקיים, וזאת גם בהיעדר זיקה גנטית לצאצא. מסקנה זו נלמדת מהדין, ככל שהוא מוחל בנסיבות של תרומת ביצית, והיא אינה משתנה אף לאור מבחניו של חוק הסכמים לנשיאת עוברים, המאפשר מבחינה עקרונית להכיר באישה, שאינה היולדת, כאם. חוק זה, אשר אינו חל כאמור במישרין על המקרה שלפנינו, דורש לצורך ניתוק זיקת ההורות של היולדת את התערבות בית משפט, כלומר אף הוא מניח כי (גם) היולדת הינה אם. תוצאה זו לא רק מתחייבת מן הדין הקיים היא אף רצויה בעניינו. בחינת קני המידה שסייעו בהכרעה בנוגע למעמדו של תורם הזרע – רצונם של הצדדים, רווחתם האישית ככל שהיא כרוכה בשגשוג קשרי המשפחה, טובתו של הילד, ומחויבות ליעד המאפשר הקמת משפחות למי שחפצים בהן – מלמדת שהיולדת ראויה להכרה כאם.

היולדת השקיעה מתעצומות נפשה וגופה בלידת הילד, התכוונה וחפצה בהגדרתה כאמו. הכוונה האמורה תואמת גם את רצון בת זוגה. כוונת השתיים, המקיימות מערכת אינטימית יציבה, היא להביא יחד לעולם ילד שיגדלו מתוך אהבתן המשותפת. כוונה זו מצביעה על הרצון והצורך להכיר (גם) באימהות האם נושאת ההיריון. התוצאה האמורה תואמת אף את צורכי הילד להיות מוגדר כבנה של מי שהביאה אותו לעולם. לאחר שכבר נולד, הכרה בה כאם משפטית תואמת את צרכיו להיות מטופל על ידי מי שמוגדרת כאמו, מי שיחסיה עימו יזכו להגנה משפטית, הגנה שתאפשר לה לממש את סמכויותיה כלפיו בלא קושי, ולהבטיח את יציבות והימשכות היחסים. מנקודת מבטו של הילד, הכרה בה כאם תביא לידי הבטחת זכויותיו כלפיה – במובן המצומצם תבטיח ההכרה בה תמיכה כלכלית מצדה (באמצעות חיוב בתשלומי מזונות); את ירושתו (אם נפטרה ולא הותירה צוואה); ותבטיח עקרונית את יחסיה עימו במישור הרגשי־טיפולי. תוצאה זו מהווה מצע לטיפוח הילד ולשגשוג יחסי ההורות והמשפחה המהווים קנה מידה ראשון במעלה להכרעה בשאלת קביעת ההורות.

(2) מעמדה של בעלת הביצית

סקירת המצב המשפטי הקיים לימדה כי מצבה המשפטי של בעלת הביצית בעייתי יותר ממעמדה של נושאת ההיריון, שכן אין הוראת חוק או חזקה המהווה עוגן של ממש להכרה במעמדה כאם. בשונה מאבהות, הנקבעת עקרונית על פי מקור הזרע (המכתיב את הזיקה הגנטית) אימהות מסומנת כאמור על פי הלידה. לחזקה המכירה ביולדת כאם נוספת העמדה המקובלת, התופסת את האימהות כמצב בינארי, ומכירה בהורות כאלמנט שהוא ייחודי לאם אחת (ולאב אחד). עמדה זו מביאה, כביכול, לידי תוצאה אחת – הכרה במעמדה של היולדת, והיולדת בלבד, כאמו של הצאצא.

nevo.co.il

ואולם ייתכן שתוצאה זו אינה רצויה, והיא ודאי אינה תואמת את רצונן המקורי של השתיים שפעלו יחד להגשמת ההולדה. במקרה דנן, ושלא כמקובל בתרומת ביצית שגרתית,[106] לא נועדה "התרומה" להיעשות תוך ניתוק זיקת האימהות של בעלת הביצית וקביעת האם היולדת כאם בלעדית. נהפוך הוא, הביצית הועברה לאם נושאת ההיריון בכוונה שזו תשמש כאם נוספת לאם הגנטית, ומתוך רצון של השתיים להשתתף ביצירתו הביולוגית של הצאצא ולהופכו לילדן המשותף. האם השנייה, האם הגנטית, אינה יכולה להיות מוגדרת כ"תורמת זרה" וזאת לנוכח רצונה (ורצון בת זוגה) לממש את יחסיה ההוריים כלפי הילד העתיד להיוולד להן.

ההכרה באימהות האם הגנטית אינה נובעת אך מהפעלת מבחן הרצון, כל שכן שזה עלול להשתנות עד למועד שבו תוכרע ההורות. הכרה באם הגנטית מעניקה גושפנקא חוקית למצבן של הנשים בפועל. היא מהווה הכרה בהסתמכותן, שהחלה להתגבש בד בבד עם טיפולי הפריון, ומבטיחה הכרה בקשרים שיצרו במהלך ההיריון והלידה ובקשרים שעוד ייצרו עם הצאצא לאורך חייו. במובן זה הכרה באימהות בעלת הביצית לא רק תואמת את רצון הצדדים ומקדמת את רווחתם, אלא אף מתחייבת מן השאיפה להבטיח את שלומו ורווחתו של הילד.[107] בהקשר זה יש להדגיש את מרכזיותו של הקשר הרגשי, עבור הילד, הנוצר עם התבססות היחסים בפועל. הכרה באם הגנטית (כאם נוספת) מספקת הגנה על יחסי הילד הקונקרטי עם דמות הורית בחייו. היא מבטיחה, במקרה של פירוק התא המשפחתי, הגנה על יחסים שנרקמו בין הצאצא למי ששימשה בפועל כאמו. היא משמשת תשתית לתמיכתה הכלכלית בו ולהגשמת אחריותה כלפיו, שנוצרת מן האקט המכונן את ההולדה ומתגבשת במהלך ההיריון ולאורך חייו של הילד. אף טיעונים שניתן להשמיע בשם זכויות הילד לשמירת קשרי משפחה, לזהות, להתחקות אחר המוצא, להבטחת רווחתו והתפתחותו התקינה, ואף לשוויון בהשוואה לצאצאים שנולדו באורח טבעי, יכולים לשמש נדבך בהכרה במעמדה של האם הגנטית כאם משפטית.[108] יעדים קונקרטיים אלה, המטפקים הגנה לאם, לילד וליחסיהם ההדדיים, משתלבים בשאיפה העקרונית לאפשר למי שרוצים

---

106. על הדין הרצוי בעניין תרומת ביצית שגרתית, ראו: זפרן, "שיח היחסים" (לעיל, הערה 5) בעמ' 643-648.

107. השוו: ע"מ (ת"א) 10/99 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"מ תש"ס(1) 831, בפסקאות 6.1-6.13 לפסק דינה של השופטת רוטלוי (בדעת מיעוט), וכן בפסקאות 13-17 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין **ירום-חקק** (לעיל, הערה 80).

108. זכויות הילד כרוכות בהבטחת טובת הילד ולשיטתי אינן מנוגדות לה. פרשנותן הראויה צריכה לגלם את טובת הילד ורווחתו ולא זו בלבד אלא שהיא צריכה לגלם במובהק את משמעות הקשרים הבין אישיים בחייו של הילד ומרכזיותם של יחסי המשפחה. בהקשר זה ראו להלן טקסט ליד הערת שוליים 126 ואילך ואת ההפניות המובאות שם. למודל זכויות הילד ולפרשנותו האפשרית ראו: יחיאל ש' קפלן, "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים", **משפטים** לא(3) (תשס"א) 623; יחיאל ש' קפלן, "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה", **המשפט** ז (תשס"ב) 303.

nevo.co.il

בכך, להקים משפחות, לרבות משפחות חלופיות. הגשמת רצונן האישי של הנשים מתקיים לצד קידום האינטרס החברתי, הרואה חשיבות במתן אפשרות להקים משפחות.[109]

3. שתינו יחד...

החברה המערבית של העידן המודרני ביססה את מעמדה של המשפחה הגרעינית ההטרוסקסואלית ובכך הצהירה על הורות כמעמד בלעדי של שניים – אם אחת ואב אחד.[110] גם אם לא התקיימה בין הילד להוריו זיקה ביולוגית (שנתפסה כשלעצמה כרצויה), שימשו לרוב הוריו החברתיים (שהוכרו, למשל, באמצעות אימוץ) תחליף להוריו הביולוגיים וביקשו להציג מצג של טבעיות ובמשמע בלעדיות של הורותם.[111] הגברת השימוש באמצעים טכנולוגיים בעשורים האחרונים, המאפשרים הפרדת ההורות מיחסי מין והבחנת המקור הגנטי מהגורם המטפל; הכרה בלגיטימיות של הולדה שלא מנישואין; וסובלנות כלפי חתירתם של בני זוג מאותו המין להגשים עצמם באמצעות יצירת יחסי הורות, מאתגרים את הגדרתה זו של המשפחה ומחייבים שרטוט גבולותיה מחדש.

הגדרת גבולות המשפחה וההכרה ביחסים כ"יחסי משפחה" צריכה לקבל את השראתה ממאפייניה הפונקציונליים והרגשיים של היחידה המשפחתית. מתפקידה של המשפחה ומחשיבותה לילד, לפרט ולחברה, נגזר כי תיבחן השפעתו עליה של ההסדר שיוצע, ותיבחר החלופה שתבטיח יצירת קשרים איכותיים ושימורם.[112] יחסי קרבה במובנם המהותי, המשקפים אלמנטים של דאגה, טיפוח ואהריות ארוכת טווח והדדית הם שצריכים להיות מודגשים,[113] שקילת שיקולים אלה במקרה שלפנינו מצביעה לעניות דעתי על פתרון אחד

---

109. ראו והשוו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (טרם פורסם), בסעיף 25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

110. Sanja Zgonjanin, "What Does It Take To Be A (Lesbian) Parent? On Intent and Genetics", 16 *Hastings Women's L.J.* (2005) 251; Nancy D. Polikoff, "This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families", 78 *Geo. L. J.* (1990) 459; Matthew M. Kavanagh, "Rewriting the Legal Family: Beyond Exclusivity to a Care-Based Standard", 16 *Yale J.L. & Feminisim* (2004) 83.

111. שאיפה המתגלמת, למשל, בהעדפת המודל הסגור כמודל האימוץ הרווח בשיטת המשפט הישראלית. לעיל טקסט ליד הערת שוליים 77.

112. לחשיבותה של המשפחה ראו והשוו: James Garbarino, *Children & Families in the Social Environment* (1982) pp. 64-65; Ruth Handa Anshen, *"The Family in Transition"*, *The Family: Its Function and Destiny* (Ruth Handa Anshen — ed., 1949) p. 3; Jason Mazzone, "Towards a Social Capital Theory of Law: Lessons from Collaborative Reproduction", 39 *Santa Clara L. Rev.* (1998) 1; Mary Midgley and Judith Hughes, *"Are Families Out of Date?" Feminism and Families* (Hilde Lindemann Nelson — ed., 1997) 55.

113. השוו: Kavanagh (לעיל, הערה 110).

nevo.co.il

ויחיד: הכרה באימהותן המשפטית של השתיים.[114] מסקנה זו תדרוש עיון נוסף בנסיבות שבהן לא שוררת בין האימהות הסכמה בנוגע לאימהותן המשותפת. למצבים אלה ייוחד דיון קצר בהמשך.[115] חלקיה הבאים של הרשימה יוקדשו לבחינת הדין הקיים בישראל ובקליפורניה (שבה הגיע הנושא לדיון בשנים האחרונות), ולהצגת העוגנים שניתן למצוא בהם למסקנה העולה מן הדיון שהובא לעיל וההותרת להכרה באימהות משותפת. נדבכים אלה של הדין הדוקטרינרי יצטרפו לנדבכים שכבר הוצגו ויבקשו לבסס עמדה המאפשרת להכיר באימהות משותפת על פי הדין הקיים או פרשנותו המתבקשת לנוכח עקרונות חוקתיים ודין משווה.

א. אימהות משותפת על פי הדין הקיים כיום בישראל

כפי שכבר ראינו, אימהות המשותפת לשתי נשים הוכרה בדין הישראלי בשני הקשרים: באימוץ ובהתקשרות להולדה משותפת לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). האימוץ, שהותר בעניין **ירום־חקק**, וזה שרישומו התאפשר בעניין **ברנר־קדיש**, הביא לידי הכרה באימהות המשותפת לשתי נשים.[116] אף שכפי שנראה בחלק הדן באופן ההכרה במעמד האימהות, לא ראוי לעשות שימוש במודל האימוץ לצורך ההכרה באימהות השתיים בנסיבות המקרה שלפנינו, הרי בכל זאת חשוב לפנות לפסיקה האמורה, וזאת כביטוי ללגיטימציה החברתית־משפטית להורות משולבת של בנות זוג מאותו המין וכעוגן רעיוני לתוצאה המתגבשת כאן.

חיזוק נוסף לתוצאה המכירה באימהות שתי נשים ניתן למצוא בהוראותיו של חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). כפי שנרמז לעיל,[117] התוצאה המסתברת מבחינת הוראות החוק מלמדת כי המחוקק אִפשר (וייתכן שאף הניח) את הורותן המשולבת של שתי הנשים – האם הנושאת והאם המיועדת (שהיא במרבית המקרים גם אם גנטית) לצד אבהות האב המיועד.

ב. הזכות להורות בזכות חוקתית מוברת

הפתרון המכיר בהורותן של השתיים זוכה לחיזוק מהמעמד הקיים של הזכות להורות במשפט הישראלי. הזכות להורות מורכבת מכמה רבדים, ולא לכולם רלוונטיות במקרה המבחן שלפנינו. הזכות כוללת מחד גיסא את חירות הרבייה, המתמקדת בחירות הפרט להביא ילד לעולם תוך שימוש בתעצומותיו הביולוגיות, ומאידך גיסא את הזכות להגשמת

---

114. לכתיבה התומכת בתוצאה דומה על בסיס מגוון הנמקות, ראו והשוו: Ryiah Lilith, "The G.I.F.T. of Two Biological and Legal Mothers", 9 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L.* (2001) 207; Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood", 33 *Conn. L. Rev.* (2000) 127; Melanie B. Jacobs, "Applying Intent-Based Parentage Principles to Nonlegal Lesbian Coparents", 25 *N. Ill. U. L. Rev.* (2005) 433; New (לעיל, הערה 3); Rosato (לעיל, הערה 3).

115. להלן פרק 3.3 (ד).

116. לעיל, טקסט ליד הערת שוליים 80 ואילך.

117. לעיל, טקסט ליד הערת שוליים 66 ואילך.

nevo.co.il

הטיפול ההורי, כלומר הזכות לממש את הקשר עם הילד, לגדל אותו ולשמור עימו על קשר מתמשך. משהתאפשרה ההולדה האמורה במקרה המבחן שלפנינו, אין עוד מקום להיזקק לפן העוסק בחירות הרבייה או במקבילתה, הזכות לפרטיות.[118] היבט זה כרוך בעקיפין בלבד בשאלת ההכרה באימהות, במובן זה שאי הכרה משפטית במעמד האישה כאם (בדיעבד) עשויה להרתיע מפני הולדה (במקרים אחרים), ובכך להשפיע בעקיפין גם על מימושה של חירות ההולדה.[119] הנדבך האחר של הזכות, עם זה, כן רלוונטי. אף שמקרה המבחן שלפנינו עוסק בשאלה המקדמית של הגדרת ההורות, סבורני כי הזכות להורות (במובן של הגשמת הטיפול ההורי) נוגעת לענייננו. בהיעדר הכרה משפטית ביחסי ההורות, עשויה מי שרואה עצמה כהורה (ובוודאי מי שכבר משמשת כהורה בפועל) להימצא בלא יכולת לממש את הורותה (במובן של טיפול בילד וגידולו) במלואה. במובן זה עשויה הזכות להורות לשמש נדבך לקראת ההכרה המשפטית ביחסי ההורות שנוצרו בצורה ביולוגית, ואשר הזלו להירקם אף מבחינה חברתית מעצם מעשה ההולדה המשותף.[120] פן זה של הזכות להורות חזק מקודמו ואינו מתמצה בקיומה של חירות או הגנת הפרטיות ודומה שהיבטים מסוימים שלו עולים כדי זכות יסוד ממש.[121]

בהקשר זה ניתן להיעזר בשורה ארוכה של פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות, שבהם חוזר בית המשפט העליון ומדגיש את קיומה ועוצמתה של הזכות להורות בשני נדבכיה. השופט חשין מדגיש את טבעיותה של הזכות. הוא מציין כי "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו [...] קשר זה חזק הוא מכל־חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה [...] משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל־המוכן, אומר הוא להגן על

---

118. בהקשר זה ראו: ד"נ 2401/95 **נהמני נ' נהמני**, פ"ד נ(4) 661, בעמ' 677, 785; בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419; דפנה ברק־ארז, "על סימטריה וניטרליות – בעקבות פרשת נחמני", **עיוני משפט** כ (תשנ"ו) 197; ורדית רביצקי, "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית", **דילמות באתיקה רפואית** (רפאל כהן־אלמגור – עורך, 2002) 137; כרמל שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן־קובי – עורכות, תשנ"ה) 503.

119. שולמית אלמוג ואריאל בנדור, "חופש הרביה כזכות יסוד", **חריון מסוג אחר** (לעיל, הערה 8) 115, בעמ' 116.

120. בארצות הברית השתמשו בזכות להורות כנימוק להכרה בהורות בנסיבות שבהן הייתה שנויה הגדרת ההורות במחלוקת בפרשת *Baby M* הנודעת. בהקשר זה ראו: *In The Matter of Baby M*, 109 *N.J.* (1988) 396; John A. Robertson, "Procreative Liberty and the State's Burden of Proof in Regulating Noncoital Reproduction", *Surrogate Motherhood: Politics and Privacy* (Larry Gostin — ed., 1990) 24; Hill (לעיל, הערה 52).

121. על הזכות להורות כזכות יסוד בלא קשר לעיגונה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו: ע"א 451/88 **פלונים נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 330, בעמ' 337.

nevo.co.il

אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא 'אינטרס' של הורים ל'זכות' על־פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם".[122]

השופטת איילה פרוקצ'יה הרימה תרומה חשובה לביצור מעמדה החוקתי של הזכות להורות, בהוציאה מתחת ידה סדרת פסקי דין שהצהירו על מרכזיות הזכות להורות, בייחוד ככל שמדובר בהורות המושתתת על "קשר דם". השופטת פרוקצ'יה קושרת בין משפט הטבע לחוקי היסוד ומציינת כי "המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי",[123] ויוצרת לה עוגן פורמלי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטת פרוקצ'יה קובעת כי הזכות להורות "נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט המהווה אחד היסודות של כבוד האדם".[124] גם דבריה בנוגע לזכות להקים משפחות ולזכותן של משפחות להתקיים יחד בזירה גאוגרפית אחת מתאימים בהקשר זה: "זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה לה בחשיבותן ובעוצמתן. היא משלבת בתוכה את הזכות להורות ואת זכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים". היא רואה בה את "טעם החיים שבלעדיו נפגעת יכולתו של אדם להגיע לידי הגשמה עצמית ומימוש עצמי".[125]

הביטויים החוקים ביותר להכרה בזכות להורות אמנם מושמעים בפסקי דין העוסקים בהחלטות הרשות המבקשות לקרוע ילד מהוריו, ומקרה המבחן שלפנינו אינו עוסק בכך, אך אין בכך כדי להחליש מעוצמת הטיעון. הרשימה מבקשת להתמודד עם שאלת קביעת ההורות מראש, להציע הסדר שיבטיח כי הילד שיוולד יזכה להיות מוכר כילדן של אמהותיו. ייתכן שבנסיבות מקרה זה או אחר תבקש האם היולדת למנוע את הורותה של האם הגנטית, **ייתכן שבמרבית המקרים תובטח (בכפוף למערכת יחסים חברית בין האימהות) אימהותה** בפועל, אך ההסדר האולטימטיבי והראוי – המבטיח את מעמדה של המשפחה בשעת חסד אך גם במקרה של פרידה – הינו ההסדר המכיר מראש בהורותן המשולבת.

חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בזכותו של הילד להורים,[126] זכות זו לא מחייבת הכרה דווקא בהורותן הבלעדית של שתי האימהות, אך פרשנותה לאור חשיבות המשפחה בחיי הילד, ולנוכח עקרון טובת הילד, הממשיך לשמש כקנה מידה להכרעה גם בעידן זכויות הילד, עשויה להצביע על הסדר המכיר כהורים במי שמגלמים (אם לא ממשים כבר בפועל) באופן מיטבי את פוטנציאל היחסים.[127] יובהר כי קנה מידה זה ראוי להחלה רק כקנה מידה להכרעה בין הורים המחזיקים מלכתחילה בזיקה משמעותית לצאצא (כגון הזיקה

122. דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, בעמ' 102.

123. רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872, בעמ' 894.

124. בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים** (טרם פורסם), בפיסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

125. בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (טרם פורסם), בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

126. ראו והשוו: סעיפים 7,8,9 לאמנה בדבר זכויות הילד 1989 (כ"א 1038 כרך 31) בעמ' 221.

127. לתפיסה המבינה את זכויות הילד כזכויות ליחסים, ראו: יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", **עיוני משפט** כו (תשס"ג) 935.

הביולוגית או הגנטית) ומתמודדים על תפקיד ההורות, ולא בין "סתם" מבוגרים אפשריים. קנה מידה זה אינו אמור לשמש כאמצעי "לחלוקה" של ילדים בין מבוגרים המסוגלים לשמש כהורים מיטביים.

להכרה ביחסי הורות מבחינה משפטית (פורמלית) נודעת אף חשיבות סמלית, הן עבור ההורה והן עבור ילדו. בהקשר זה ראוי להזכיר את דברי השופטת בייניש (כתוארה אז), אשר בהכירה באפשרות אימוץ בנסיבות החורגות מהוראות החוק קבעה כי: "בעידן שבו 'כבוד האדם' הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו [...] אף הוריו וילדיו של אדם הם חלק מאישיותו, חלק מ'האני' האישי, המשפחתי והחברתי שלו [...] אמנם זהות הורים אינה דבר הניתן לבחירתו ולקביעתו של אדם, אולם התייחסותו של אדם לזולתו כאל בנו־בתו, או התייחסות הבן־הבת לאדם כאל הורהו, מבטאת את אישיותו, רגשותיו וחובותיו במישור האתי־מוסרי; בנסיבות מתאימות יהיה זה מוצדק לתת ביטוי ליחס זה גם בהיבט המשפטי".[128]

ג. דין משווה – קליפורניה, ארצות הברית

לצד חירות כמעט מלאה המוקנית לפרט במדינות ארצות הברית בכל הנוגע לשימושים בטכניקות הולדה מלאכותיות, ניצבת חקיקה חלקית באשר להגדרת הורותם של צאצאים שנולדו בעקבות השימושים האמורים. ואולם מגוון הסיטואציות שהולידה החירות האמורה מאלץ לא פעם את בתי המשפט למלא את החסר ולספק מענה על שאלת הגדרת ההורות באותן סיטואציות. אחת מהן, פרשת *K.M.*, דומה לנסיבות מקרה המבחן שלפנינו.[129]

בעניין *K.M.* נדרש בית המשפט העליון של קליפורניה להכריע בשאלת אימהותה של אישה שמביציותיה הרתה בת זוגה והולידה שתי בנות. באותו מקרה זוג נשים (שיחסיהן עוגנו בשותפות משפחתית – domestic partnership – חלופה המקבילה לנישואין ופתוחה לפני בני זוג מאותו המין בקליפורניה) הביאו לעולם במשותף תאומות בנות.[130] לידת התאומות התאפשרה הודות להפריית האחת בביציות האחרת, הפריה שנעשתה בסיוע תרומת זרע. ממועד לידתן ועד הגיען לגיל חמש, מועד בו נפרדו בנות הזוג, גידלו אותן הנשים יחד בשיתוף פעולה מלא. לאחר הפרידה מנעה האם היולדת (שהוכרה על פי דין

128. ע"א 7155/96 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נא(1) 160, בעמ' 175-177. בית המשפט חזר על דברים אלה בע"א 1165/01 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נו(1) 69, בעמ' 76.

129. *K.M. v. E.G.* 33 Cal. Rptr. 3d 61 (2005) (להלן: עניין *K.M.*).

130. ניתן לטעון כי עובדת עיגון יחסיהן של השתיים בזוגיות רשמית, המוכרת כמעניקה מעמד מקביל לזה של נישואין, עשויה להיות בעלת משמעות לצורך הכרה בהורותן. ייתכן שקיומם של נישואין (או מוסד מקביל אחר) ייצור חזקת הורות וייתר את הצורך להוכיח את כוונת הצדדים או את טיב היחסים ביניהם עובר להולדה, ואולם אין בהיעדרם כדי למנוע מלכתחילה הכרה ביחסי הורה־ילד. כך או כך כאשר שיטת המשפט אינה מאפשרת להכיר ביחסיהם הזוגיים (כמו בישראל), היעדר ההכרה אינו צריך להשליך על יחסי ההורות.

nevo.co.il

כאֵמן המשפטית של הילדות) כל מפגש בין הבנות לאם האחרת, מי שמביציותיה כאמור נולדו, ומי ששימשה להן כאם כל חייהן. לנוכח סירובה האמור של האם המשפטית לאפשר קשר בין הילדות לבין אמן הגנטית, נדרשו בתי המשפט לדון בשאלת הורותה של האחרונה. בית המשפט העליון של קליפורניה הפך את החלטתן של שתי הערכאות הקודמות וקבע, לצד הורותה של היולדת שלא נתקפה, כי מי שסיפקה מביציותיה הינה אם ביולוגית לכל דבר ועניין. למרות מחלוקת בנוגע לנסיבות שהביאו לידי מתן הביציות, וטענת היולדת כי הביציות סופקו כתרומה בלא כוונת הורות, ואף שעובר למתן הביציות חתמה האם הגנטית על טופס ויתור על מעמד של הורה, הכריז בית המשפט על אימהותה מכוח הזיקה הביולוגית. הנמקתו של בית המשפט (דעת הרוב) נחרצת. הוא משווה בין מעמדה של האם הגנטית למעמדו של אב בנסיבות הולדה על ידי זוג הטרוסקסואלי, וקובע על בסיס החוק בקליפורניה[131] כי מי שסיפקה את מטענו הגנטי של ילד אינה יכולה כלל להשתחרר ממעמד הורי, וזאת כאשר סיפוק המטען הגנטי היה לבת זוגה, וכאשר הצאצא היה אמור להיות מטופל יחד בביתן המשותף. בנסיבות אלה, קובע בית המשפט, לא יכלה האם הגנטית להתנער ממעמדה כאם וכל ויתור שעליו חתמה, בין שהתכוונה לו ובין שנחתם בכורח הנסיבות או בשל אי הבנה, אינו תקף.[132] בית המשפט מצהיר על מעמדה כאם בלא כל צורך בצו אימוץ, כאשר ההנמקה שבחר, המשלבת בין הזיקה הגנטית לבין הכוונה והרצון לגדל את הילד, אינה נסמכת על היחסים שביססה עם התאומות במשך אותן שנים ששימשה כאמן. במובן זה מאפשר למעשה בית המשפט לקבל הצהרת הורות, בנסיבות דומות לאלה של מקרה המבחן שלפנינו, גם מיד לאחר הלידה.

עניין *K.M.* מהווה דוגמה מאלפת לחשיבות הגדרת ההורות בדין והצהרה עליה, ככל האפשר, בסמוך למועד לידתו של הצאצא. באותה פרשה נמנע קשר בין האם הגנטית, מי שגידלה את הבנות מאז לידתן ועד הגיען לגיל חמש, למשך תקופה ארוכה. רק לאחר סיום הפרשה ולאחר שבית המשפט העליון של קליפורניה הכיר באימהותה (כעבור ארבע שנים[!] ממועד הגשת התביעה המקורית), התאפשר לה לשוב ולראות את הבנות. למותר לציין כי פירוד כה ממושך של אם מילדיה, ובייחוד בגיל צעיר כל כך, הינו קשה מנשוא. לא בלתי סביר להעריך כי הסדר ברור המגדיר מי היא/הן האם/האימהות, וקביעה מוקדמת בנוגע לזהותן, עשויים לצמצם את המחלוקות במקרים מעין אלה.

מעניין לציין שפסק הדין בעניין *K.M.* ניתן על ידי בית המשפט העליון של קליפורניה באותו יום שבו ניתנו שני פסקי דין נוספים שהכירו למעשה באימהות משותפת של נשים שחלקו זוגיות חד מינית.[133] בעניין *Elisa B.*[134] הוכרה בת הזוג של האם הביו־גנטית (האם

131. Uniform Parentage Act (UPA), Cal. Family Code § 7600.

132. עניין *K.M.* (לעיל, הערה 129) בעמ' 72.

133. על הרקע שבו ניתנו פסקי הדין האמורים ועל פסקי הדין עצמם ראו: Jenny Wald, "Legitimate Parents: Construing California's Uniform Parentage Act to Protect Children Born Into Nontraditional Families", 6 *J. Center for Fam. Child. & Cts.* (2005) 139; Olga V. Kotlyarevskaya and Sara B. Poster, "Separation Anxiety Among California Courts: Addressing the Confusion Over Same-Sex Partners' Parentage Claims", 10 *UC Davis J.*

nevo.co.il

שנשאה ברחמה וילדה את צמד ילדיה הגנטיים), כאמם המשפטית הנוספת של הצאצאים מכוח מבחן של הורות בפועל. האישה, שליוותה את האם בתהליך ההזרעה המלאכותית וגידלה יחד עימה את התאומים בביתה כאילו היו בניה, הוכרזה על ידי בית המשפט כאם. בית המשפט קבע כי היא אינה יכולה להתנער ממעמדה זה כהורה רק בשל פרידתה מבת הזוג, והטיל עליה חיוב מזונות. בדומה, בעניין *Kristin H.*[135] הצהיר בית המשפט העליון של קליפורניה כי אמו הביו־גנטית של ילד, שנולד לה בעקבות הזרעת תורם מזוהה, מנועה (מכוח השתק) מלחזור בה מהצהרה שנתנה יחד עם בת זוגה, ואשר לפיה נרשמה בת הזוג כהורה המשפטי הנוסף של הילד. בית המשפט נמנע מלדון בשאלה, אם החלטתו המקורית של בית המשפט, לפיה הכריז על הנשים כאימהות מכוח הצהרתן המוסכמת עוד בטרם נולד הילד, תקפה, ואשרר למעשה (לצד הורות האם הביולוגית) את אימהות בת הזוג, מי שבמשך שנתיים גידלה את הילד כילדה. מעמדו של תורם הזרע המזוהה לא נדון ולא הוכרע באותה פרשה.

ראוי לשים לב כי בכל שלושת המקרים הצהיר בית המשפט על אימהותה של בת הזוג בלא שנזקק להליכי אימוץ. האימהות הוכרה בצו בית המשפט מכוח הוראות החוק העוסק בקביעת הורות,[136] בשל הקשר הביולוגי (בעניין *K.M.*), מכוח יחסים שנקשרו בפועל בין האישה לילדים (בעניין *Elisa B.*) או מכוח הסכמה שקובעה בדיעבד בהשתק (בעניין *Kristin H.*).[137]

ד. ... וכל אחת לחוד

המסקנה העולה מן הדיון שהובא לעיל, הקוראת להורותן של השתיים בנסיבות שבהן קיימת הסכמה להורות משותפת של שתי האימהות, דורשת עיון נוסף כאשר אין הסכמה בין השתיים או כאשר מבקשות שתיהן ניתוק זיקת ההורות של מי מהן. ככל מערכת זוגית גם

Juv. L. & Pol'y (2006) 153; Micah Nilsson, "You Can't Force Her to be a Second Mom: K.M. v. E.G.", 10 *UC Davis J. Juv. L. & Pol'y* (2006) 479; Nicole L. Parness, "Forcing a Square into a Circle: Why are Courts Straining to Apply the Uniform Parentage Act to Gay Couples and their Children?", 27 *Whittier L. Rev.* (2006) 893; Emily Zapotocny, "My Two Moms: California's Supreme Court Decision in K.M. V. E.G. and Why Gay Marriage Offers the Best Protection for Same-Sex Families", 21 *Wis. Women's L.J.* 111 (2006); Richmond (לעיל, הערה 3).

134. *Elisa B. v. Superior Court of El Dorado County*, 33 Cal. Rptr. 3d 46 (2005) (להלן: עניין *Elisa B.*).

135. *Kristine H. v. Lisa R.* 33 Cal. Rptr. 3d 81 (2005). (להלן: עניין *Kristine H*).

136. Uniform Parentage Act (לעיל, הערה 131).

137. חשוב לציין כי פסקי הדין ניתנו שלא מכוח תיקון החוק, המקנה מאז ראשית 2005 לבני זוג מאותו המין, שנרשמו כשותפות משפחתית (domestic partnership), מעמד שווה לזה של בני זוג נשואים, וזאת בין היתר בנוגע ליחסים שביניהם לבין ילדי בני הזוג שלהם. ראו בהקשר זה: Cal. Fam. Code § 297.5(d) (2006).

nevo.co.il

מערכת אינטימית בין שתי נשים עלולה להיקלע למשבר ולהגיע לידי פירוד. אף שפירוד זוגי לא בהכרח מביא לידי קריאה לשינוי הגדרת ההורות, ייתכן שזה יהיה המצב.

לצורך הדיון ניתן להפריד בין שני מצבים: האחד, כאשר המחלוקת נפלה לפני הלידה או בסמוך לה, והאחר, כשהמחלוקת התעוררה לאחר הולדת הילד, כאשר בין הצדדים כבר התגבש קשר הורי משמעותי. אפתח בדיון במקרה השני, שההכרעה בו פשוטה יותר בעיניי. נראה כי כאשר התבסס קשר הורי משמעותי בין הילד לאמו הביולוגית, אין לאפשר את ניתוקו. ראוי לפסוק כך הן כאשר האם עצמה מעוניינת להתנער מקשר זה ועל אחת כמה וכמה כאשר היא חפצה בשימורו. ככל שמעורבות המשפט נדרשת,[138] אין לאפשר הסכמה בין הורים לניתוק זיקת ההורות של מי מהם כלפי הילד, באופן שיחסי הורות לא יוכלו להינתק רק בשל הסכמתם המאוחרת או רצון מי מהם לנתק את הקשר. בנסיבות אלה הורות שהוכרה, או שהייתה אמורה להיות מוכרת על פי ההסדר המוצע, תוכל להינתק רק על פי הוראותיו של חוק האימוץ, הקובעות רשימה מוגדרת ומצומצמת של נסיבות שבהן יתאפשר ניתוק זיקת ההורות.

כאשר הרצון לנתק את זיקת ההורות (או שלא להכיר בה מלכתחילה) מובע לפני הלידה או בסמוך לאחריה, דורשת ההכרעה בשאלת ההכרה באימהות התבוננות רחבה יותר. אפשר לטעון כי בנסיבות אלה יש להבדיל בין מצב שבו הקריאה שלא להכיר בהורות הינה מוסכמת לבין מצב שבו רק האחת מבקשת אותה. הדברים דורשים ביאור. כיום, ככל שמדובר בהורות של איש ואישה (בין שהושגה עקב קיום יחסי מין או בהולדה מלאכותית, ובלבד שזהותם ידועה זה לזה) הדין אינו מאפשר ניתוק זיקת ההורות ויהיו נסיבות ההולדה וכוונת הצדדים אשר יהיו. גם אם מי מהם מבקש שלא להיות מוכר כהורה, ואפילו אם שניהם ביקשו לייחד את ההורות לאחד מהם, עקרונית, הדין לא יאפשר זאת.[139] נשאלת השאלה, אם יש הצדקה להבחין את המקרה שלפנינו מהולדה לגבר ואישה, ולאפשר חזרה מהסכמה, או במילים אחרות אי הורות מכוח הסכמה. אף שאלמנט הרצון היווה נדבך בעיצוב ההסדר שהצעתי, המכריז על אימהותן המשותפת של השתיים, ספק בעיניי אם רצון משותף שהתגבש מאוחר יותר, ואשר מבקש לנתק את זיקת ההורות של האם הגנטית, צריך להועיל ולהביא לידי ניתוק הזיקה ההורית או אי הכרה בה. בדומה למעמדה של האם היולדת, אף מעמדה של האם הגנטית צריך להיקבע בדין באופן קוגנטי. משהוכרה אימהותה (או הייתה צריכה להיות מוכרת), שחרורה ממעמדה זה ייתכן רק בהתערבות הדין ובהתקיים תנאי חוק

138. ברי שכוחו של המשפט מוגבל גם בהקשר זה. בדומה להולדה טבעית לאיש ואישה, גם בהקשר זה, אם מעולם לא התבקשה הכרה במעמדה של האם השנייה בדין, והקשר בינה לבין הצאצא לא התקיים בפועל, לא יתערב המשפט ולא יכריז על אימהותה. מצב זה מאפיין נסיבות שבהן הרתה האישה מזרעו של האיש באופן טבעי, שהרי אם בנסיבות אלה, בהסכמה מפורשת או שבשתיקה, לא נרשם האיש כאב, ולא יצר קשר עם ילדו, והאם מצדה לא פעלה להכיר באבהותו, לא יוכר משפטית כאב. מצב זה עשוי לאפיין עקרונית גם את הנסיבות שלפנינו. הכרה באם הגנטית כאם משפטית תחייב פנייה שלה או של האם הביולוגית (בשם הצאצא) אל הרשות המוסמכת.

139. ע"א 664/71 **מרחב נ' שרלין**, פ"ד כו(1) 701.

nevo.co.il

אימוץ ילדים. ראוי עם זה לציין כי בדומה לנסיבות של הולדה לגבר ואישה,[140] ייתכן שגם בהקשר זה, אם החזרה מהסכמה התרחשה לפני שנרשמה האם הגנטית כאם משפטית, ואיש אינו תוקף אותה – לא תירשם האם הגנטית כאם ולא תוכר כהורה משפטי, לפחות כל עוד שוררת בעניין זה הסכמה בין הנשים ואיש לא תוקף אותה. עמדה זו משווה את מעמדה של האם הגנטית לזה של האב הגנטי בנסיבות של הורות הטרוסקסואלית.

בשולי הדברים ברצוני לציין כי כאשר ההסכמה לאי הורות התגבשה קודם להיריון ועמדה בייסודו, ייתכן שעל הדין להכיר בה גם ככל שמדובר בהולדה לאיש ואישה. ייתכן, ולא ארחיב בעניין שכן השאלה מחייבת דיון רחב החורג מענייננו, כי כאשר ההיריון הושג לאחר שבין הצדדים התגבש הסכם שעל פיו ניאות האיש, בכפוף להתחייבות האם שלא לפעול להכרה בהורותו, לתת מזרעו לצורך הולדת ילד, יהיה מקום לאכוף את ההסכמה האמורה ולא לאפשר לאיש או לאישה (לרבות בשם הילד) לחזור בהם ממנה. ואולם נסיבות אלה לא תעמודנה לעולם ביסוד ההולדה במקרה שלפנינו. ביסוד המקרה שלפנינו מטרת ההתקשרות הפוכה. מלכתחילה ביקשו הנשים להביא יחד לעולם ילד שיהיה ילדן המשותף, שאם לא כן אין כל הצדקה למעשה ההולדה המשותף הדורש התערבות חיצונית ומשאבי נפש, גוף וממון בלתי מבוטלים. לפיכך אין על פי הדין החל על הורים ממינים שונים, ועל פי הדין שראוי כי יחול כאן, לאפשר מבחינה עקרונית חזרה מהסכמה וניתוק זיקת ההורות של האם.

ד. אופן ההכרה במעמד האימהות

1. כללי

הכרה בהורות משפטית יכולה להיעשות על פי הדין הישראלי בארבע דרכים עיקריות: רישום מכוח התייצבות לפני פקיד מִנהל האוכלוסין; פסק דין בתביעת הורות; צו אימוץ על פי חוק אימוץ ילדים; וצו הורות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). בחלק זה אציג את ארבע הדרכים האמורות, ואבחן את מידת התאמתן למקרה המבחן שלפנינו. כפי שכבר נאמר לעיל, יש ערך וחשיבות לקביעת מבחני ההורות בדין. הסדרה המבוססת כללים נהירים באשר לזהות ההורים עשויה לצמצם במידה לא מבוטלת את אי הוודאות הכרוכה בנסיבות הולדתו של הילד, להפחית התדיינויות משפטיות ולקצר את אלה המתרחשות בלית ברירה מכורח הנסיבות. תוכנו של ההסדר צריך להיות כזה שיאפשר לבצע את הליך ההכרה בשלב מוקדם ככל האפשר לאחר לידת הצאצא ובכך לתרום ליצירת ודאות בחייו של הילד והוריו בנוגע להיבט מהותי לרווחתם. ואולם השאיפה לתת מענה מהיר ודאי אינה קובעת את ההליך שבמסגרתו הוא ראוי להיקבע. חלק זה יבקש להציג את ההליכים האפשריים ולהציע את המתאים מכולם כהליך לקביעת הורות במקרה המבחן שלפנינו. גם בהקשר זה אבקש לבחון את הפתרונות המוצעים בדין הקיים כיום, וככל האפשר לחלץ ממנו את המענה הראוי.

---

140. לעיל, הערה 138.

nevo.co.il

2. הורות מכוח צו אימוץ

חוק אימוץ ילדים מציע, כפי שהוסבר, מנגנון ליצירת יחסי הורות משפטית. בית המשפט מנתק את זיקת ההורות של ההורים הביולוגיים באמצעות קביעה כי הילד הינו בר אימוץ, ומכריז (בהליך נפרד) על המאמצים כהוריו המשפטיים של הילד. כשניתן צו אימוץ, בית המשפט מחליף למעשה את הורות ההורים הביולוגיים (אם הוכרו כהורים מראש) בהורות המאמצים.[141] שחרור ילד לאימוץ מתאפשר באחד משני מצבים: בהסכמת ההורה הביולוגי,[142] או בהתקיים רשימת מצבים המצדיקים הכרזה עליו כבר אימוץ, מצבים הנסבים בעיקרם על היעדרות ההורה הביולוגי או חוסר מסוגלותו לשמש כהורה.[143]

שימוש בצו אימוץ כאמצעי לקביעת הורותה של בת הזוג נראה כביכול אפשרי ואף רצוי. הילד שלפנינו נולד לאמו עקב שימוש בתרומת זרע אנונימית שקיבלה בתיווך בנק הזרע. האב (גם אם הוא בגדר האב המשפטי) נעדר אפוא – זהותו אינה ידועה ולא ניתן לברר את עמדתו בעניין האימוץ. נתונים אלה מקיימים את תנאי חוק האימוץ, ומאפשרים הכרזה על הילד כבר אימוץ ככל שמדובר באביו.[144] אם זה המצב, ניתן עקרונית להכריז על בת הזוג כהורה השני מכוח אימוץ. האטרקטיביות של הפתרון מתחזקת כביכול לאור התקדים שנקבע בעניין **ירום־חקק** ואשר אפשר, כפי שתואר לעיל, לבת זוג לאמץ את ילדי רעותה.[145]

ואולם פתרון זה אינו משביע רצון מכמה טעמים. ראשית, נסיבות מקרה המבחן שלפנינו שונות מנסיבות עניין **ירום־חקק** בזיקה ההורית שבין הצדדים. השאלה המתעוררת היא, אם ראוי להכריז על בת הזוג, שהיא אמו הגנטית של הצאצא, כמאמצת של ילדה. מבחינה משפטית טהורה, וכל עוד הילד אינו מוגדר כילדה המשפטי, אין סיבה שלא ליצור יחסי הורות ביניהם מכוח צו אימוץ. אף שפתרון זה עשוי להיות אפשרי מבחינה פורמלית, ספק בעיניי אם הוא ראוי מבחינה מהותית. זיקת הורות מכוח אימוץ אמורה לשמש נתיב ליצירת יחסי הורות עם מי שאיננו ההורה ש"אליו" נולד הצאצא. ההכרה באחרון כהורה משפטי אינה דורשת את התערבות הדין ואינה מצריכה את הקונסטרוקציה המשפטית של אימוץ. היזקקות לצו אימוץ סותרת כביכול את המצב לאשורו, והיא אף עשויה לעורר את התנגדות האם, אשר בהיותה קשובה להלך הרוח הציבורי, תחוש הסתייגות מסיווגה כאם מאמצת, הנתפסת אולי בחוגים מסוימים כ"הורות מדרגה שנייה". גם העלות הכלכלית והטורח הכרוכים בפנייה לבית משפט ובניהול הליך אימוץ אינם שיקול חסר ערך.

קושי אחר נעוץ בהוראות חוק אימוץ ילדים ובאופן שבו פירש אותן בית המשפט. תנאיו של חוק אימוץ ילדים אינם מתאימים לנסיבות המקרה וייתכן שאף אינם עולים בקנה אחד עם טובת הילד. חוק האימוץ דורש, לצורך מתן צו אימוץ, את התקיימותם של כמה תנאים שהחלתם כאן בעייתית. על פי החוק יוכל אדם להיות מוכר כהורה מאמץ רק

141. סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים.
142. סעיף 8 לחוק אימוץ ילדים.
143. סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים.
144. סעיף 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים.
145. לעיל, טקסט ליד הערת שוליים 80.

nevo.co.il

בתום תקופת מבחן,[146] ורק אם עמד במבחני מסוגלות קפדניים שערכו לו גורמי הרווחה האחראים ליישומו של החוק.[147] היעלה על הדעת שאמו הגנטית של הילד, שרצתה בהולדתו ומבקשת לגדלו, תצטרך לעמוד במבחנים האמורים? האם ייתכן שבתום תקופת המבחן יקבעו רשויות הרווחה כי היא אינה עומדת ברף האמור, ומעמדה כהורה יישלל? ומה יקרה אם בפרק הזמן שממועד ההפריה ועד שיידרש בית המשפט להכריז על אימהותה מכוח אימוץ ייפול דבר בינה לבין האם היולדת, והאחרונה לא תהיה מעוניינת עוד לאפשר את האימוץ? האם יתאפשר אימוץ בהיעדר הסכמה של האם היולדת בנסיבות אלה? ואם בת הזוג (האם הגנטית) לא תחפוץ עוד באימוץ, האם מוצדק לשחרר אותה ממעמדה רק בשל כך שאינה רוצה בו עוד?

מעמדה של האם הגנטית, בת הזוג (או בת הזוג לשעבר) של האם היולדת, מקביל כאמור (או צריך להיות מקביל כפי שטענתי לעיל) לזה של אב, בנסיבות של הולדה "טבעית". זו כמו זה לקחו חלק פעיל בהולדתו של הצאצא ויש להם זיקה גנטית אליו. במקרה שלפנינו נוספה לזיקה הגנטית פעולה מכוונת ורצון להוליד את הילד ולשמש לו הורה (מאפיין שלא בהכרח מתקיים בנסיבות של הולדה כתוצאה מקיום יחסי מין). הורותה של האישה (לא פחות מהורותו של האב עקב קיום יחסי מין) ראויה להכרה. הנחת המוצא צריכה להיות הורות. שלילתה תיתכן בנסיבות החריגות שבהן מתקיימים התנאים הקבועים בחוק האימוץ ולא להפך.

קושי נוסף בהפעלת מנגנון האימוץ נובע מהאופן שבו פירש אותו בית המשפט בעניין **ירום־חקק**. אף שפסק הדין סלל את הדרך להכרה באימהות בת הזוג, הוא קשר (גם אם לא באופן השולל אפשרות אחרת) בין ההצדקה למתן צו האימוץ לקיומם של יחסי אימהות מתמשכים בפועל. בית המשפט קבע כי ההכרעה צריכה ליפול על בסיס השוואת נסיבות של הורות פסיכולוגית מתמשכת ביחידה חד מינית עם ובלא הכרה משפטית באמצעות אימוץ. כלומר ההצדקה לצו זה מתגבשת כביכול על רקע קיומם של יחסי הורות דה פקטו. לאור זאת שימוש בחלופת האימוץ עשוי שלא לאפשר הצהרה מיידית על ההורות ולכן עשוי שלא לחסוך את חוסר הוודאות הכרוך בפרק הזמן שבו נותרת שאלת הגדרת ההורות עמומה.

לסיכום ניתן לומר, כי לנוכח הפתרון המהותי שהוצע לעיל, הקורא להצהרה על הורותן המשותפת של השתיים מיד בתום הלידה, אין בהסדר המותווה על פי חוק האימוץ כדי לספק מענה רצוי,[148] עם זה ברור כי אם לא ייאות בית המשפט להצהיר על הורות האם הגנטית

---

146. סעיף 6 לחוק אימוץ ילדים קובע תקופת מבחן של שישה חודשים, ואילו סעיף 25 לחוק מאפשר לחרוג מתקופת המבחן אך לא בהכרח מעצם המבחן. עוד בהקשר זה ראו: מימון (לעיל, הערה 69) בעמ' 439-440, 119-120.

147. סעיף 22 לחוק אימוץ ילדים מחייב הגשת תסקיר פקיד סעד. עוד בהקשר זה ראו: מימון (לעיל, הערה 69) בעמ' 425, 429-430.

148. בשולי הדברים ראוי אולי לתהות בנוגע לשימוש בחלופת האימוץ גם בנסיבות עניין **ירום־חקק**. התשתית שנפרסה כאן, הן בנוגע לקביעה המהותית בעניין זהות ההורים והן בנוגע להליך הראוי לקביעתם, עשויה לתמוך בתוצאה דומה, כלומר בהכרת אימהות בת הזוג של

nevo.co.il

בלא צו אימוץ, וכל עוד לא ייקבע בחוק מעמדה כאם, הרי הצדדים יוכלו להיעזר בחלופת האימוץ בלית ברירה.

3. הורות מכוח צו הורות על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים

חלופה אחרת להכרה בהורות על פי הדין הישראלי קבועה בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד). החלופה, שנתפרה במיוחד למידותיה של הולדה בסיוע אם נושאת, מאפשרת קביעת הורות באמצעות מנגנון ייחודי. כפי שצוין לעיל, החוק מאפשר לבני זוג להתקשר בהסכם עם אישה כדי שזו תישא עבורם עובר, שנוצר בהליך של הפריה חוץ גופית בזרע האב וביציית האם (או תורמת), ותעבירו לידיהם לאחר לידתו.[149] החוק קובע מנגנון פיקוח ריכוזי ומאפשר התקשרויות כאלה רק בהתקיים תנאים קפדניים ובאישור מוקדם של ועדת אישורים. כפי שהוסבר, המנגנון כשלעצמו אינו רלוונטי בהקשרנו, שהרי תנאיו אינם מתקיימים (לא הייתה התקשרות הסכמית לנשיאת עובר) ואף הכוונה העומדת ביסודו (הורות ההורים המיועדים וניתוק זיקת האימהות של הנושאת) אינה מאפיינת את ההולדה שלפנינו. גם אינני טוענת כי לצורך הולדה משותפת של זוג נשים ראוי להידרש לאישור מוקדם של המדינה על פי הפרוצדורה הקבועה בחוק. עם זה, תוכן ההסדר, ככל שהוא נוגע לקביעת הורותם של ההורים המיועדים לאחר השלמת התהליך, עשוי להתאים לצורך קביעת ההורות במקרה שלפנינו.

החוק קובע כי שבעה ימים לאחר הלידה יש לפנות לבית המשפט לקבלת צו הורות. צו זה אמור לקבוע מי יהיו הוריו של הילד. אם הדברים מתנהלים כסדרם, יוכרו הוריו המיועדים של הילד – הם הוריו הגנטיים – כהוריו המשפטיים וזאת באמצעות צו הורות. ייחודו של צו ההורות הוא בכך שהוא מאפשר קביעת הורות משפטית מנוגדת, לפחות בעניין מעמד האם, לכלל המשפטי הנוהג, לפיו היולדת היא האם. בנוסף, פותח החוק פתח לקביעת זיקה אימהית או אחרת של יותר משתי נשים (כפי שמתבקש כאמור כאן). בנוסף, מנגנון קביעת ההורות לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) אינו מסורבל כמקבילו הקבוע בחוק האימוץ. הוא דומה אך נבדל ממנגנון האימוץ – מהיבטים מסוימים פולשני יותר ומהיבטים אחרים מגן יותר על אוטונומיית ההורים. מחד גיסא, נקבעת מעורבות המדינה בהליך קביעת ההורות. בית המשפט נדרש להתערב ולהצהיר על הוריו המשפטיים של הילד ומוקנה לו בכך מרחב ניכר של שיקול דעת. ואולם ההליך אמור להתחיל בסמוך לאחר הלידה ולהסתיים, בהיעדר מחלוקות, במהירות. במרבית המקרים יתמצה תפקידו של בית המשפט במתן תוקף להסכמת הצדדים ובהצהרה על ההורים המיועדים כהורים משפטיים. בהתעורר נסיבות מיוחדות, וכאשר הצהרה על ההורים המיועדים כהורים משפטיים נוגדת את טובת הילד, רשאי בית המשפט

האם היולדת מכוח הצהרה משותפת ובלא צורך באימוץ, גם כאשר לבת הזוג אין זיקה גנטית לצאצא. לרישום מכוח הסכמה, ראו להלן טקסט ליד הערת שוליים 156 ואילך. להסדר כזה ראו את עניין *Elisa B.* (לעיל, הערה 134) ואת עניין *Kristin H.* (לעיל, הערה 135) שנידונו לעיל, טקסט ליד הערה 134 ואילך.

149. ראו: לעיל, טקסט ליד הערות שוליים 55 ואילך.

nevo.co.il

לקבוע אחרת. בהיעדר הסכמה, או כאשר ההורים המיועדים מתנערים מהורותם, קנה המידה היחיד שעל פיו אמור בית המשפט לפעול, הוא טובת הילד. במובן זה מרחיק ההסדר לכת, שכן הוא אינו מצמצם את האפשרות לשלול את מעמד ההורה המשפטי לנסיבות מיוחדות, והוא מסתמך לצורך קביעת הורות על קנה מידה בלעדי של "טובת הילד", אשר גבולותיו אינם ברורים.

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) יוצר נתיב חשוב לקביעת הורות שניתן להקיש ממנו למקרה שלפנינו. ראשית, וכפי שצוין, הוא קובע מנגנון יעיל יחסית ומהיר לקביעה שיפוטית של הורות. שנית, הוא יוצר פתח עקרוני לקביעת אימהות כפולה של שתי נשים. החוק מאפשר לשמר את זיקת ההורות של היולדת לצד קביעת הורותה (או זיקתה האחרת) של האם הגנטית המיועדת. במובן זה קביעת הורות, באמצעות "צו הורות" או "צו לקביעת מעמד הילד",[150] נוחה ומתאימה לצורך קביעת הורות במקרה המבחן שלפנינו כאשר בין הצדדים נשמרת הסכמה. עם זה בהיעדר הסכמה (כאשר נפלה מחלוקת בין הנשים לאחר מועד ההפריה ובטרם נקבעה ההורות) ייתכן שהמנגנון הקבוע בחוק מרחיק לכת בשיקול הדעת שהוא מקנה לבית המשפט לשרטט את גבולות המשפחה ולבחור את הוריו של הילד כהבנתו. קנה המידה של טובת הילד הינו קנה מידה עמום ובית משפט עלול לצקת לתוכו את עמדתו הערכית כלפי המשפחה החד מינית ולטרפד את האימהות המשותפת.

אף שהמנגנון הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) נוח יותר מזה הקבוע בחוק האימוץ, נסיבות המקרה שלפנינו אינן מתאימות להתברר לפיו, וזאת לנוכח תחומי פריסתו, העוסקים בהסכמי פונדקאות. ואולם גם אם נתעלם מתכלית החוק, ספק אם המנגנון הקבוע בו הינו המנגנון המיטבי לקביעת הורות בנסיבות שלפנינו. כפי שאטען בסעיפים הבאים, ייתכן שאין מלכתחילה הצדקה להיזקק לבית המשפט לצורך קביעת הורות. השאיפה לקיצור ופישוט הליכים, הן לשם הבטחת רווחת הילד והמשפחה והן למען היסכון בעלויות בית משפט, עשויים להכתיב פתרון המייתר, במרבית המקרים, את הצורך לפנות לבית המשפט.

4. הורות מכוח פסק דין

מנגנון לבירור הורות והצהרה עליה בנסיבות של מחלוקת בנוגע לזהות ההורה מתקיים כיום באמצעות בית משפט בעיקר בהקשרן של תביעות לבירור אבהות. במקרים שהתעוררה בהם מחלוקת בנוגע לזהות האב, עשוי מי מן הצדדים, ותהיה זו ברוב המכריע של המקרים האם, למצוא עצמו פונה לבית המשפט כדי שיכריע, על פי הכללים המקובלים אצלו ואשר אינם כתובים עלי ספר, בשאלת אבהות האיש. כאמור, כלל האצבע הנוהג בישראל מכיר באבהות על פי הזיקה הגנטית שבין האב לילדו. תביעת אבהות שהגישה אישה, שלא הייתה נשואה במועד ההתעברות, תתברר בדרך המיטבית באמצעות ממצאי בדיקה גנטית המצביעים על זיקת האבהות או היעדרה. בהיעדר הסכמה לבדיקה, תיקבע האבהות על פי מערך הראיות ומתן משקל ראייתי לסירוב לבצע בדיקה. בנסיבות שבהן הייתה האם

150. מכוח סעיף 14 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים או מתוך היקש אליו.

nevo.co.il

נשואה במועד ההתעברות, בית המשפט עשוי להעדיף את חזקת אבהות הבעל, ולהצהיר על אבהותו של הבעל (או הבעל לשעבר) גם בהיעדר זיקה גנטית בינו לבין הצאצא.[151]

נשאלת השאלה, אם בנסיבות מקרה המבחן שלפנינו תוכל בת הזוג, אמו הגנטית של הצאצא, לפנות לבית המשפט ולזכות, על בסיס הדין הקיים כיום, בפסק דין המצהיר על אימהותה. שאלה זו אינה פשוטה להכרעה. ייתכן שהמצב המשפטי הקיים לא יעניק לה את פסק הדין המיוחל. היעדר "הטבעיות" העולה מן הטענה בדבר האימהות המשותפת (שהרי זו אינה יכולה להתרחש מכוח הטבע בלבד); התפיסה המשפטית המקובלת הרואה ביולדת אם; והעמדה שאימהות הינה סטטוס בלעדי המתגלם באישה אחת בלבד, עשויים להקשות על בית המשפט להכריז על אימהותה בלא פנייה להליך כדוגמת הליך האימוץ. בדומה לסוגיות אחרות בתחום דיני המשפחה השנויות במחלוקת ציבורית, ייתכן שנגלה גם בהקשר זה אי עקיבות בהכרעות בתי המשפט על פי זהות הגורם היושב בדין.[152]

שינוי הדין כמוצע ברשימה זו, באופן שיכיר באפשרות לקבוע שתי נשים כאימהות, ויכיר, בנסיבות המתאימות לכך, באימהות האם הגנטית בנוסף לאם היולדת, עשוי להקנות לבית המשפט את הכוח להכריז על אימהותה המשפטית של בת הזוג בפסק דין הצהרתי. עד אז יוכל בית המשפט להכריז על אימהות משותפת מתוקף הפעלת סמכותו הכללית לקבוע הורות,[153] על בסיס השלמת החסר בדין מתוך הדין המשווה,[154] ובאמצעות היקש מחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), כפי שהוסבר לעיל.[155]

5. הורות מכוח רישום לפני פקיד מנהל האוכלוסין

דרך המלך להכרה בהורות, שבה הולכים מרבית ההורים, אינה עוברת בבית המשפט. ההכרה בהורות בנוגע למרבית הצאצאים, מי שנולדו לזוג הורים הטרוסקסואלים המכירים בהורותם, נעשית בבית החולים או לפני פקיד מנהל האוכלוסין באמצעות הגשת תצהיר בהסכמת ההורים.[156] האם נרשמת מכוח הלידה, וזאת באמצעות משלוח הודעה מאת בית

151. קביעה זו תוצדק בשל עקרון טובת הילד, מכוח הרצון למנוע את הכרזתו כממזר על פי ההלכה או בשל הרצון לשמר את יחסיו עם מי שהוכר על ידיו כאב לאורך השנים.

152. כך, למשל, ניתן למצוא אי עקיבות בפסיקת בתי המשפט בבקשות לאישור הסכמי זוגיות בין בני זוג מאותו המין. בהקשר זה ראו: תמ"ש (ת"א) 6960/03 **בעניין ק' צ ו' מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (לא פורסם), בפסקאות 18-20 (להלן: **בעניין ק' צ ו' מ**). כן ראו: אירית רוזנבלום, "מהפכה בתיבת נוח", **ארץ אחרת** 22 (תשס"ד) 60, בעמ' 61-62.

153. חוק בית המשפט לעניני משפחה, תשנ"ה-1995, ס"ח 393, סעיף 1(4).

154. לדיון במשפט המשווה, ראו לעיל, פרק 3.3(ג).

155. לדיון בצו הורות מכוח חוק הסכמים לנשיאת עוברים ראו לעיל. פרק 4. 3. ופרק 2. 3. ב.

156. ראו סעיפים 6 ו־21 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ס"ח 270; תקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), תשל"ב-1972, ק"ת 1267, ונוהלי משרד הפנים – 2.2.0002. נוהל רישום לידה והכרה באבהות בארץ לאישה פנויה. ניתן לצפייה באתר משרד הפנים: [http://www.pnim.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/All/08B4B31E12953EA9422570B500382769/$FILE/Publications.2.0002.pdf?OpenElement].

nevo.co.il

החולים. אשר לאב, הליך רישומו משתנה לפי סטטוס הנישואין. אם היו האם והאב נשואים, יירשם האב, בדומה לאם, בלא צורך בהתייצבות או אישור בכתב. אם הייתה האם פנויה, יירשם האב מכוח התייצבותם יחד לפני פקיד המִנהל ועל פי אישור הדדי שניתן על ידיהם בכתב. בשני המקרים לא נדרשת בדיקה לבירור אבהות או אימהות והרישום נעשה מכוח הלידה (עבור האם) ומכוח נישואין או בהסכמה של שניהם (עבור האב). הרישום יכול להיעשות בבית החולים שבו התקיימה הלידה או לפני פקיד לשכת מנהל האוכלוסין במחוז, אם התקיימה הלידה בבית,[157] או אם מבקש האב לצרף את הצהרתו בשלב מאוחר יותר ובלבד שלא עברה שנה ממועד הלידה.[158] הסכמה לרישום האב לא תועיל אם הייתה האם נשואה לאיש אחר בתקופה של 300 יום קודם למועד הלידה.[159]

החלת הכלל האמור, הקובע כי האיש יכול להירשם כאב מכוח הסכמתם של הצדדים, על נסיבות המקרה שלפנינו, עשויה לאפשר את רישומה של האישה (האם הגנטית, בת זוגה של האם היולדת) בהסכמה ובלא התערבות בית המשפט. למעשה החלת כלל זה באופן המתעלם משיוכו המגדרי של ההורה, עשויה להכתיב תוצאה מרחיקת לכת עוד יותר – רישום בת הזוג כאם נוספת של הילד גם בלא זיקה גנטית לצאצא, שהרי רישומו הוולונטרי של אב אינו דורש, על פי הנהוג כיום, הוכחת קשר גנטי לצאצא או זוגיות רשמית בינו לבין האם. מדיניות שתבקש לאפשר הכרה בהורות חד מינית באותו אופן ובאותה קלות שבהם מתאפשרת הכרה בהורות של הורים בני מינים שונים, עשויה לתמוך בעמדה האמורה. עמדה זו מתחייבת, כביכול, מעקרון השוויון, המבקש להתעלם משונות על רקע נטייה מינית. ואולם ספק אם ניתן לטעון באופן משכנע כי המדיניות האמורה מתחייבת על פי הדין כיום, שהרי בין המצבים קיים שוני. קביעת אימהות של שתיים שונה הן מהותית והן על פי הדין הקיים מקביעת אבהות. ויאשית, הכלל החל על זיהוי האם מתייחס ללידה. אמנם ההנחה המסורתית הייתה כי היולדת היא גם האם הגנטית, ואולם מודגש אלמנט ההיריון והלידה. הכרה באישה השנייה כאם בהסכמת השתיים מחייבת שינוי של הכלל בדבר זיהוי האם והרחבתו, שהרי גלוי לכול כי האם השנייה לא ילדה את הילד שהיא מבקשת שתוכר הורותה כלפיו. ההבדל השני נובע מן התפיסה המקובלת, שלילד לא ייתכנו שתי אימהות. לפי תפיסת ההורות כאלמנט בלעדי, לא ניתן יהיה להכיר באם הגנטית, כמו בכל

157. מעניין לציין שככל שמדובר בהוכחת אימהות נדרשת, במקרה של לידה בבית, תעודת רופא או תצהיר מיילדת שמעידים על כך שמי שנרשמה כאם היא אכן האם היולדת. בהיעדר אישור כאמור מאת הגורמים שליוו את ההיריון והלידה, יצורפו להודעה על הלידה ממצאי בדיקה גנטית. ראו תיקון מספר 9 לחוק מרשם האוכלוסין, תשס"ו-2005, ס"ח 106, סעיפים 6(ב), ו־6(ג) לחוק מרשם האוכלוסין.

158. 2.2.0007 נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין, כפי שעודכן ביום 1.8.2005. ניתן לצפייה באתר משרד הפנים: [http://www.pnim.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/PrintDoc?OpenAgent&unid=47389FAE080DED78422570B500419F69].

159. סעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין.

nevo.co.il

אם אחרת, כאם נוספת לאם היולדת. נמצא כי משהוכרה האישה שילדה את הילד כאמו המשפטית, לא ניתן לפי הגישה המסורתית להכיר באישה אחרת (נוספת) כאם.

מן האמור עולה, כביכול, גישה השוללת הכרה בבת הזוג (אף בנסיבות שבהן היא האם הגנטית) כאם אך מכוח התייצבותה (שאליה מצטרפת הסכמת האם היולדת) לפני הגורם הרשמי המוסמך. גם אם גישה, המאפשרת רישום אימהות מכוח הצהרה משותפת, מוצדקת מבחינה מהותית, וזוהי עמדתי, נראה כי הדין הקיים והתפיסות החברתיות הנלוות לו, לא יאפשרו בשלב זה את התקיימותה בישראל.

לאור הדיון שנערך כאן, נראה כי עיצוב כלל משפטי אשר יאפשר רישום הורותה של האם השנייה, מכוח הצהרה משותפת ומוסכמת, הוא כלל רצוי. על פי הסדר זה, תירשם האם השנייה כהורה נוסף על בסיס הצהרת האם היולדת ובת זוגה ובלבד שהילד נולד בסיוע תרומת זרע אנונימית ובהיעדר מעורבות אב. כאשר הילד נולד מתוך מעורבות אב, הרי לכאורה הצהרה על אימהות נוספת של האישה השנייה תוצאתה הורות של שלושה. חלופה זו, גם אם תתאפשר, ראוי כי תיבחן על ידי בית משפט, הן לגופה והן באשר להסדרת אופן ניהולה. גם כאשר נפלה מחלוקת בין בנות הזוג עובר ללידה, יהיה צורך – בדיוק כפי שהדבר מתרחש כיום בהקשרן של תביעות אבהות – לפנות לבית המשפט לצורך קביעת אימהות בת הזוג לשעבר בצו.

לסיכום, סקירת המנגנונים הקיימים מלמדת כי אף אחד מהם אינו מספק מענה ראוי באשר לקביעת ההורות במקרה המבחן שלפנינו. המסקנה שהצגתי בנוגע למיהות ההורים הראויים להיקבע מתקשה למצוא עיגון בהוראה כלשהי מהוראות החוק המוכרות כיום בישראל. גם המנגנונים הפרוצדורליים חסרים. ברור בעיניי כי על פי הדין הקיים לא תוכלנה הנשים לזכות בהכרה באימהותן המשותפת רק מכוח התייצבותן המשותפת לרישום, לפחות עד אשר יתערב בית המשפט הגבוה לצדק וידון בשאלה משום סירובו הצפוי של משרד הפנים להיעתר לבקשה. גם פנייה לרישום/ לבירור הורות באמצעות בית המשפט לענייני משפחה עלולה להיתקל בקשיים. ספק אם המנגנונים שעומדים לרשות בית המשפט, לנוכח גבולות ההתערבות וההכרעה שהם משרטטים (בין שזה המנגנון הקבוע בחוק אימוץ ילדים ובין שזה המנגנון הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים) מעניקים פתרון אידיאלי. הפתרון, כפי שנפרס לאורך רשימה זו, צריך ליצור תשתית ברורה להגדרת ההורות (בין בחוק, בחקיקת משנה או בהנחיות של המנהל), תשתית אשר תשמש את פקיד מנהל רישום האוכלוסין ובלית ברירה את בית המשפט, בקביעת ההורות כשיפנו האימהות אליו בסמוך לאחר לידת הצאצא.

ה. תביאו שניים, תביאו שלושה... הורים זה שמחה?

לפני סיום ברצוני להציג את השאלה הבאה: האם הכרה באימהות שתי נשים פותחת פתח להכרה באימהות שלושה הורים ויותר? משקבענו כי מעמד האימהות אינו עוד מעמד בינארי, והתאפשרה הכרה באימהותן של שתיים, האם בהכרח מתחייבת חריגה מן העמדה הרואה בהורות סטטוס ייחודי לשניים? ואם זוג הורים אינו עוד בגדר מבנה שאין עליו עוררין, מי ומה יוכל לשמש כסכר מפני "פרץ" המבקשים להיות מוכרים כהורים?

nevo.co.il

חשוב לזכור ששאלה זו אינה תאורטית גרידא. בנסיבות מקרה המבחן שלפנינו נעזרו הנשים בתרומת זרע אנונימית, ואולם ייתכן שההולדה במקרה דומה תתאפשר הודות להזרעה בזרע מזוהה, שהתקבל מאת מכר או חבר.[160] בישראל, כאשר התקבל הזרע מגורם מזוהה, ייחשב בעל הזרע לאב גם אם ההזרעה בוצעה בעזרת רופא ובמרפאה מוסדרת.[161] בנסיבות אלה דומה כי ההורות אינה מוגבלת עוד לשניים, ולפנינו מקרה של שלושה הורים ביולוגיים העשויים לבקש להיקבע, ועל פי הניתוח שהוצע לעיל אף נראה שראויים להיקבע, כהורים.

מקרה המבחן שלפנינו אינו מחייב הכרעה בשאלה האמורה, ואולם דומה כי ראוי לתת עליה את הדעת. בלי להתיימר למצות את הדיון בשאלה האמורה, אלא להציג כיוון מחשבה ראשוני בלבד, אומר כי לעניות דעתי אין הצדקה לשלול את מעמד האם הגנטית רק בשל היותה הורה שלישי. נאמנות למודל קביעת ההורות שהוצע כאן, מודל המבקש להכיר בהורות על בסיס מבחן של יחסים, מכוח זיקוק זיקותיו המשמעותיות של הצאצא אל הדמויות המשמעותיות בחייו; מתוך נאמנות למציאת פתרון שיאפשר למי שחפץ בכך להקים משפחה; ומתוך רצון לשמר את המשפחה כתא המבטיח טיפוח של הילד ודאגה לצרכיו, עשוי, בנסיבות המתאימות לכך, להכיר בשלושה הורים. דומני כי החשש המשתמע כאילו פריצת גבולות ההורות והכרה בהורות שונה או רחבה יותר מזו של אם אחת ואב אחד יביא לידי פרץ תביעות של הורים בשל מגוון זיקותיהם (הביולוגיות ובעיקר החברתיות) לילד, אינה מוצדקת. בעידן שבו ילדים רבים חותרים לתמיכה של שני הורים,[162] ספק אם יש טעם של ממש בחשש האמור מפני "אינפלציה" בהורים. גם אם במקרה זה או אחר יבקשו אכן יותר משניים להיות מוכרים כהורים, יבטיחו מבחנים מהותיים שייקבעו בדין מי מהם (ואולי כולם) זכאים להיות מוכרים כהורים ויבטיחו את מידת היציבות והוודאות הנדרשת לילד בחייו.

אין ספק שהדרישה להכיר בשלושה הורים ואפילו בארבעה הורים עשויה במקרים מסוימים להכביד על ניהול היחידה המשפחתית, שכן היא דורשת תיאום בין כמה גורמים. ואולם היגיון דומה עשוי להתקיים בנסיבות שבהן התפרקה הזוגיות ויחסי ההורים התערערו.[163] האם יש הצדקה לשלול את הורות האחד רק בגלל שקיומה עשוי להכביד על ניהול חיי המשפחה? סבורני כי הפתרון אינו תלוי בשלילת הורות אלא במציאת פתרון שיבטיח את יחסיו של הילד עם הדמויות ההוריות בחייו, תוך מקסום שיתוף הפעולה ביניהן לרווחתו, הכרוכה מטבעה ברווחתן.

---

160. ראו, למשל, בעניין *Kristine H.* (לעיל, הערה 135). באותה פרשה בית המשפט אינו דן במעמד האב אך מציין כי אין בהחלטתו להכיר בשתי אימהות (האחת נטולה כל זיקה ביולוגית לצאצא) כדי לפגוע בזכויותיו של האב.

161. ראו בהקשר זה לעיל טקסט שלאחר הערה 20.

162. עיינו: Brenda Cossman, "Contesting Conservatisms, Family Feuds and the Privatization of Dependency", 13 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L.* (2005) 415, pp. 441-458.

163. בנסיבות אלה לא פעם מתנהל הילד בין שני צמדים של הורים (בשילוב של הורה ובן זוגו המשמש כהורה חורג).

nevo.co.il

ו. סיכום

השינויים המתרחשים בחברות המערב, ובהן ישראל, מביאים לידי יצירתן של משפחות "חדשות" במגוון רחב של מבנים. לצד המשפחה המודרנית, המורכבת מבני זוג הטרוסקסואלים (נשואים לרוב כדין) וילדיהם הביולוגיים, השומרת גם היום על מידה רבה של דומיננטיות כמותית ועוצמה רעיונית, קמות מגוון משפחות אחרות: משפחות חד הוריות, משפחות דו הוריות חד מיניות ואף משפחות רב הוריות.[164] קיומן של משפחות אלה כ"עובדות בשטח" מחייב, כפי שניסיתי לטעון ברשימה זו, את התערבות המשפט. ההתערבות נדרשת, בין היתר, כדי להבהיר את מעמדם של הפרטים כמשפחה ולהכיר ביחסי ההורות הנרקמים בפועל כיחסים משפטיים בני הגנה, וזאת לצורך הבטחת טובת הילד וצורכי ההורים.

כפי שהוזכר בראשית הדברים, יעד ההכרה המשפטית ביחסי ההורות במשפחות האמורות, עשוי עקרונית להיות מושג באחד משני נתיבים: הנתיב הראשון מבקש להציע התבוננות כוללת בשאלה, מהי משפחה, מהם יחסי הורות וכיצד יש לעצבם בעידן הנוכחי. התבוננות זו מאפשרת "טריפת הקלפים" ויצירת תשתית חדשה להכרעה בשאלה העקרונית, כיצד בנויה משפחה. התבוננות זו תושתת לרוב על תשתית עיונית רחבה (לעתים קרובות תוך הסתמכות על מודל בעל אחידות רעיונית) ולא תראה עצמה מוגבלת להוראות הדין הקיים.[165] הנתיב השני זהיר יותר, כביכול, בדרך שהוא משרטט. הוא מבקש לבחון את הדין הקיים ולחלץ ממנו, בדרך הפרשנות, פתרונות מוצלחים. ייתכן שהיעד הסופי, שאליו יוביל הנתיב האמור, יהיה זהה מבחינת תוכנו ליעד שתבקש הגישה הראשונה להציג ובמובן זה מהפכני לא פחות.

אף שהיה ניתן ללכת בנתיב הראשון, ואף שבעבר שרטטתי מודל כולל לבחינת שאלת הגדרת ההורות מראשיתה,[166] אשר היה יכול לשמש אותנו גם כאן, בחרתי, ברשימה זו, להציג את ההכרעה במקרה זה תוך שימוש מקסימלי בהוראות הדין הקיים ובאמצעים המשפטיים המוכרים. הסיבה שבחרתי בנתיב משולב זה נוגעת למורכבותו של מקרה המבחן. לנוכח חדשנות השאלה, וניסיון העבר המלמד על הימנעותו של המחוקק מלהסדיר

164. ראו בהקשר זה את ההודעה לעיתונות שפרסמה הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, משפחות ומשקי בית בישראל – לקט נתונים לקראת "יום המשפחה" נתוני 2005, ניתן לצפייה באתר: [http://www.cbs.gov.il/hodaot2007n/11_07_021b.doc] ובמדינות אחרות ראו: Stephanie Coontz, *Marriage, a History: from Obedience to Intimacy or How Love Conquered Marriage* (2005) pp. 263-280; *All Our Families: New Policies for a New Century* (Mary Ann Mason, Arlene Skolnick and Stephen D. Sugarman — eds., 1998) pp. 1-2; E. Beck-Gernsheim, *Reinventing the Family: In Search of New Lifestyles* (2002); Janet L. Dolgin, *Defining the Family: Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age* (1997).

165. ראו והשוו: זפרן, "המשפחה בעידן הגנטי" (לעיל, הערה 5) בעמ' 231-238.

166. שם, בעמ' 238-244.

את שאלת הגדרת ההורות ושאלת השימוש בטכניקות ההולדה המלאכותיות בחוק (בנוגע כמעט לכל סוגי המשפחות וטכניקות ההולדה המלאכותיות), ניתן להעריך כי מקרה המבחן שלפנינו יגיע לפתחו של בית המשפט לפני שיעוצב מענה על ידי המחוקק. בשל כך ובשל הקושי המיוחד המתעורר במקרה שלפנינו, לנוכח המחלוקת הציבורית בנוגע להכרה במשפחות הומו־לסביות, יתקשה בית המשפט, כך נדמה, להציע פתרון המושתת על נתיב רעיוני רחב.[167] בית המשפט צפוי לנסות לחלץ מן הדין הקיים את הפתרון הראוי למקרה של הולדה המשותפת לזוג נשים. ברשימה זו ביקשתי לנסות לשרטט את מסעו הצפוי של בית המשפט, ולספק לו כלים נוספים לפתרון. לצד הנתיב הפרשני הבודק את החלופות הקיימות או המתבקשות מן הדין הקיים (ובשל חלקיותן וחולשתן), לא נמנעתי מלהצביע על הפתרון החוקי הראוי להיקבע. פתרון זה שואב מן התשתית הרעיונית המגולמת בתמצית בארבעה עקרונות מנחים, הנוגעים למרכזיותה של המשפחה, לרצון הצדדים, לרווחתם האישית ולטובתו של הילד שכבר נולד וזה שעתיד להיוולד. פתרון זה הצביע על הצורך להכיר בהורותן המשותפת של זוג הנשים מיד לאחר הלידה. האופן הרצוי להכרה בהן צריך להיות, כפי שהובהר, באמצעות התייצבות לפני פקיד המרשם אשר יוסמך להכיר באחת מכוח הלידה, ובאחרת מכוח זיקתה הגנטית, כל זאת על בסיס הצהרתן לפניו. בהיעדר נכונות להכרה כאמור, או בשל מחלוקת שתתעורר בין האימהות, תוטל המשימה על כתפי בית המשפט. לצד הפתרון העקרוני שהוצג, שורטטו כמה עוגנים דוקטרינריים ואחרים לעיצוב ההכרעה האמורה, גם בהיעדר נורמה מפורשת.

---

167. על מקומו של בית המשפט לעומת המחוקק בעיצוב ההכרעה בשאלות מעין אלה ראו והשוו: עניין **בן ארי** (לעיל, הערה 83) בפסקה 22 לפסק הדין של הנשיא ברק ופסקאות ג, ז, י, יט, ו־כו של השופט רובינשטיין; עניין **נ' צ' וי' מ** (לעיל, הערה 152) בפסקאות 21-23.

nevo.co.il