

אימהות פיזיולוגית במשפט הישראלי

יחזקאל מרגלית*

בסתיו 2022 פרצה לתודעה הישראלית פרשת המחדל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא, שבה הושתלה בטעות ביצית מופרית של זוג אחד ברחמה של אישה אחרת. מחדל אנושי כאוב וקשה זה הציף אל פני השטח באבחה אחת ובמלוא מורכבותה דילמה מוסרית-משפטית עתיקת יומין – מה מעמדה המשפטית-האתי של האם הפיזיולוגית שנשאה עובר שאינו "שייך" לה ולבן זוגה מבחינה גנטית, ובפרט כיצד יש לאזן בינה לבין האם הגנטית שהביצית "שייכת" לה והופרתה על ידי הזרע של בן זוגה. למרבה הפלא, נושא זה נדון במידה מועטה יחסית בספרות המחקר ובפסיקת בתי המשפט הן בארץ והן בחו"ל. המאמר שלפנינו מבקש למלא חוסר אקוטי זה.

ראשית, אתאר את הליך שחיקתו הרעיונית והמעשית של היסוד הגנטי בקביעת האימהות המשפטית, ואחר כך אסקור מנעד של נימוקים משפטיים-אתיים המצדדים באימהות הפיזיולוגית. לאחר מכן אעמוד על מופעיה של

* פרופסור חבר, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (2011–2012); מחבר הספרים *THE JEWISH FAMILY: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW* (2017); *DETERMINING LEGAL PARENTAGE: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW* (2019); *יחסי הורים וילדים: בין דיני משפחה לבין דיני חוזים* (2022); *קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל* (2023). תודה לפרופ' יחיאל מיכל בר אילן, לפרופ' רות זפרן ולפרופ' ורדית רביצקי על הערות והארות לטיוטות הקודמות של המאמר. לאחר סיום כתיבת המחקר ניתנו בעניין המחדל של החלפת העוברים כמה פסקי דין והחלטות נוספים. אציין את אלה של בית המשפט העליון בלבד לפי סדר נתינתם: בע"מ 856/23 *אלמונית נ' פלונית* (אר"ש 6.3.2023); דנ"א 2140/23 *פלונית נ' אלמונית* (אר"ש 8.5.2023); בע"מ 856/23 *אלמונית נ' פלונית* (אר"ש 5.6.2023); בע"מ 5982/23 *פלונית נ' פלונית* (אר"ש 6.9.2023). הואיל ופטור בלא כלום אי-אפשר, התייחסתי בקצירת האומר בגוף המאמר גם לפסקי הדין האלה. לא למותר לציין שעניין זה נדון מחדש בימים אלו לפני בית המשפט העליון. לאחר קבלת המאמר לפרסום התפרסמה טיוטה של מאמר חדש של רות זפרן ונוי נעמן "היא, אימו: דילמת קביעת הורות בנסיבות של החלפת ביציות", שמסקנותיו עולות היטב בקנה אחד עם מסקנות מחקרי. גילוי נאות: בחודש ספטמבר 2024, לאחר קבלת המאמר לפרסום, הצטרף הח"מ לייצוג האם הפיזיולוגית ובן זוגה בבית המשפט.

אימהות זו הקיימים זה כבר בחקיקה ובפסיקה, ואבחן בראי המשפט המשווה את המצב המשפטי הקיים בשיטות משפט מקבילות ובמשפט העברי. בפרק הנורמטיבי העיקרי של המאמר אבקש להציע את נקודת האיוון הראויה בעיניי בעימות בין אימהות זו לבין האימהות הגנטית – תוך שאאיר פנים לזו הראשונה – כפי שעלה בפרשת אסותא בארץ ובכמה סכסוכי פונדקאות והחלפת ביציות מופרות בחו"ל. כדי להימנע ממשפט שלמה המודרני, יחתום המאמר בהצעת קשת של פתרונות ביניים שימנעו – או למצער יצמצמו – את הצורך לקבל החלטה דיכוטומית בדבר אימהות בלעדית של אחת הנשים. בין היתר יוצע לבחון את טובת הילד ואת כוונותיהם, רצונותיהם והסכמותיהם של הצדדים ככלי להכרעה בין שתי הטוענות לכתר האימהות המשפטית. כמו כן, בדומה לפתרון שעלה בארצות הברית בפרשת *Baby M* ובמקרים של החלפת ביציות מופרות, יוצע להפריד בין המשמורת הפיזית לבין זכויות ביקור או לנקוט פתרון ביניים בדמות אימוץ פתוח. לבסוף, יוצע לערוך חשיבה מחודשת במה שנדחה באופן מסורתי בפסיקה – שתי אימהות או שלושה הורים משפטיים לילד.

מבוא והצגת הדיון

פרק א: מופעים של האימהות הפיזיולוגית בחקיקה

1. חוק מרשם האוכלוסין
2. חוק הסכמים לנשיאת עוברים
3. חוק תרומת ביציות

פרק ב: מופעים של האימהות הפיזיולוגית בפסיקה

1. כללי
2. העברת ביצית בין בנות זוג
3. פרשת המחדל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא
 - (א) הדילמה בבית המשפט לענייני משפחה
 - (ב) הדילמה בבית המשפט המחוזי
 - (ג) הדילמה בבית המשפט העליון

פרק ג: האימהות הפיזיולוגית בראי המשפט המשווה והמשפט העברי

1. המשפט המשווה
2. המשפט העברי

פרק ד: אימהות פיזיולוגית מול אימהות גנטית

פרק ה: מנגנוני פשרה וכלי הכרעה במלאכת האיוון בין האימהות פיזיולוגית

לאימהות הגנטית

1. עקרון טובת הילד
2. קביעת הורות משפטית בהסכמה
3. הבחנה בין הסדרי הורות לבין זמני שהייה

4. אימוץ פתוח

5. שלושה הורים משפטיים

סיכום וקריאה לבתי המשפט ולמחוקק

הדין הישראלי רואה באם היולדת אם בלעדית של היילוד, כל עוד לא כוננה הורות אחרת/נוספת בצו שיפוטי. לעניין זה אין נפקות לכך שהאם הגנטית היא בעלת הביצית ממנה נוצר העובר.¹

מבוא והצגת הדיון

מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה היא הקביעה בספרות המחקר ובפסיקת בית המשפט שלפיה אין בישראל חוק המגדיר מיהו הורה משפטי,² לרבות בכל הקשור לקביעת אימהות משפטית. הורות משפטית היא מעמד אישי הניתן לאדם, ומכוחו מוענק לו אגד של חובות וזכויות. כך, בין היתר, ההורה המשפטי חייב בדאגה "לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו". לעומת זאת, הקטין "חייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל ענין הנתון לאפטרופסותם".³ הדברים אמורים גם בחו"ל, שם עד לשנת 1978, כאשר נולדה תינוקת

1 תמ"ש (משפחה ת"א) 956-06-21 ה"ל נ' היועצת המשפטית לממשלה, פס' 9.1 (נבו 1.5.2022). על חשיבותה העצומה של טענה זו, שנטענה על ידי באי כוחה של היועצת המשפטית לממשלה ואשר מייצגת את עמדת המדינה הרשמית בסוגיה, ראו עדי ניב־יגודה ורועי גילבר "פרשת החלפת העוברים: האם על המשפט לתת עדיפות לזיקה הגנטית או לזיקה הפיזיולוגית?" **פורום עיוני משפט: תגובות משפט** מוז (<https://did.li/uqwZH>) (2022).

2 בע"מ 1118/14 פלוגית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 1.4.2015) (להלן: עניין פלוגית); צוטט בהסכמה בכמה פסקי דין, דוגמת פסיקות בית המשפט המחוזי הבאות: עמ"ש (מחוזי חי') 46465-01-22 א' נ' ב', פס' 25 לפסק הדין של השופט ג'יוסי (נבו 22.7.2022); עמ"ש (מחוזי ת"א) 28028-03-22 פלוגית נ' משרד הפנים, פס' 11 (נבו 16.10.2022).

3 ראו, בהתאמה, ס' 15 ו-16 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות). להיבטים חקיקתיים נוספים של ההורות המשפטית ראו ס' 14 לחוק הכשרות, הקובע כי "ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים"; ס' 362 (ב) לחוק העונשין, התשל"ד-1977, הקובע כלל התנהגות בסיסי המצופה מהורה, הכולל סיפוק "מזון, לבוש, צורכי לינה וצורכי חיים חיוניים אחרים". אי-עמידה בכלל זה, בכפוף לסייגים, מהווה הזנחת ילדים; ס' 4(א) לחוק

המבחנה הראשונה לואיו בראון,⁴ לא הייתה כל בעיה אמיתית בקביעת אימהות משפטית, שהרי לכל לידה היה עד אחד לפחות מלבד האם היולדת, והיה ברור שהיולדת היא אמו המשפטית של היילוד, לרבות כל הזכויות הצמודות לבעלת מעמד אישי זה.⁵ חזקת אימהות זו הייתה איתנה עד כדי כך שהמחוקק ובתי המשפט לא טרחו כלל להסדיר תחום זה,⁶ לא כל שכן לעגנו בחוק. דא עקא, עם הופעת טיפולי הפוריות והיכולת להפריד לגורמים את תפקידי האימהות, אי אפשר עוד להסתמך על חזקת האימהות הקיימת,⁷ ויש להכריע איזה משקל יינתן לכל אחד מדפוסי האימהות – הגנטית, הפיזיולוגית והחברתית.⁸

הואיל ודפוסי אימהות אלו יידונו בהרחבה לאורכו של המאמר, אסתפק לעת עתה רק בהגדרות קצרות ובלתי ממצות שלהם. האימהות הראשונה מקדשת את הגנטיקה, בעקבות הפנמת קיומה וחשיבותה והתפתחות היכולת המדעית לקבוע בבדיקה גנטית את הורותו הביולוגית של ההורה. אכן, חברות רבות מאז ומעולם מבססות באופן מסורתי ובלעדי את ההורות – ולצורך המשך דיוננו, את האימהות המשפטית – על יסוד ההורות הגנטית. אימהות פיזיולוגית היא הענקת האימהות המשפטית מכוח נשיאת ההיריון ולידת הילד, גם אם אין כל מתאם גנטי בין היולדת לעובר, מאחר שהלה נהרה

לימוד חובה, התש"ט-1949, המחייב הורים של ילד בגיל לימוד חובה או של נער בגיל לימוד חובה להבטיח שהילדים ילמדו במסגרת חינוכית מוכרת.

4 ראו על כך, בעיקר, Remah Moustafa Kamel, *Assisted Reproductive Technology After the Birth of Louise Brown*, 14(3) J. REPROD. INFERTILITY 96 (2013); LOUISE BROWN & MARTIN POWELL, LOUISE BROWN: MY LIFE AS THE WORLD'S FIRST TEST-TUBE BABY (2015); Craig Niederberger et al., *Forty Years of IVF*, 110 FERTILITY & STERILITY 185 (2018).

5 OFF. TECH. ASSESSMENT, U.S. CONG., INFERTILITY: MEDICAL AND SOCIAL CHOICES 282 (OTA-BA-358, 1988). זאת, לאור הפתגם הלטיני המפורסם – "ההיריון לעולם מוכיח את האימהות" (mater est quam gestation demonstrate). כיוצא בזה נקבע ב" UNIF. PARENTAGE Act § 3, 9B U.L.A. 287, 298 (1973).

6 ראו, למשל, את תלונתה של השופטת Marianne O. Battani בפסק דין Smith v. Jones, No. 85-53201401 (Mich. Cir. Ct. Wayne County, Mar. 14, 1986).

7 על הצורך לזנוח את החזקה המסורתית בהקשר של תרומת ביצית והסכמים לנשיאת עוברים, ועל חוסר ההסדרה של סוגיה זו בחקיקה הקיימת בארצות הברית, ראו Andres A. v. Judith N., 591 N.Y.S.2d 946, 948 (N.Y. Fam. Ct. 1992). על קוצר ידה של חוקה זו בפתירת סכסוך סביב הסכם לנשיאת עוברים ראו, למשל, Andrea E. Stumpf, *Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, 96 YALE L.J. 187, 190–192 (1986).

8 על ההורות החברתית ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** מ 5 (2010); טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד 415 (2014) (להלן: מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו?"); טלי מרקוס "על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי" **מאזני משפט** יא 435 (2016).

מביצית של אישה אחרת.⁹ הורות חברתית מקנה את ההכרה המשפטית בהורות – לרוב באופן פסיקתי אך לעיתים גם באמצעות חקיקה – מכוח מיליון בפועל של החובות ההוריות כלפי הילד במשך תקופת זמן קצובה של כשנתיים ימים מיום לידתו. חוסר ההחלטיות החברתית-השיפוטי סביב ההכרה באימהות בא היטב לידי ביטוי בישראל באוקטובר 2022, כאשר עלתה במלוא עוזה דילמה נוסח משפט שלמה בפרשת המחל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא, אשר תידון בהרחבה לקמן בתת-פרק 33, שבה הושטלה בטעות ביצית מופרית של זוג אחד ברחמה של אישה אחרת.¹⁰ מחלל אנושי כאוב וקשה זה הציף אל פני השטח באבחנה אחת ובמלוא מורכבותה דילמה מוסרית-משפטית עתיקת יומין – מה מעמדה המשפטית-האתי של האם הפיזיולוגית שנשארה עובר שאינו "שייך" לה ולכן זוגה מבחינה גנטית, ובפרט כיצד יש לאזן בינה לבין האם הגנטית שהביצית "שייכת" לה והופרתה על ידי הזרע של בן זוגה.¹¹ יודגש: המאמר יעסוק בדילמה של קביעת האימהות המשפטית, אף שאי-אפשר להתעלם מכך שקביעת האבהות המשפטית עשויה להשליך בצורה דרמטית על קביעת האם המשפטית. בראש ובראשונה, כאשר ידועה דמותו של האב הגנטי, מי שהפרה בזרעו את הביצית של האם הגנטית, על פני הדברים הוא עדיף עשרת מונים על בן זוגה של האם הפיזיולוגית כאב המשפטית, שכן האחרון לא תרם דבר וחצי דבר מבחינה גנטית. סבורני שבכל הפרשה הסבוכה והנפתלת הזו לא ניתן די מקום לטיעון הזה – לא בספרות המחקר ולא בפסיקה הענפה שניתנה בבתי המשפט השונים שדנו בעניין. מאידך גיסא, אם ייקבע כי האם הפיזיולוגית היא האם המשפטית, אזי הגם שבעלה אינו האב הגנטי, עדיף מבחינת טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות שייקבע כי הוא אביו המשפטית, ולא האב הגנטי. היציבות בחיי הילד, שיגדל אצל שני הורים הנשואים זה לזה או למצער

9 ראו על כך, בעיקר, יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** 553, 571–576 (2012) (להלן: מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה"); יחזקאל מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל** 36–33 (2023).

10 למקרים דומים שהתרחשו בעולם בראי המשפט המשווה ראו בשפע המקרים והמקורות שאביא לקמן בתת-פרק 11. עליהם ניתן להוסיף את המקרים המוזכרים במקורות הבאים: Raizel Liebler, *Are You My Parent? Are You My Child? The Role of Genetics and Race in Defining Relationships After Reproductive Technological Mistakes*, 5 DEPAUL J. HEALTH CARE L. 15 (2002); Melissa M. VanGessel, *Wrongful Surrogacy: The Need for a Right of Action in Cases of Clear Negligence*, 46 U. TOL. L. REV. 681 (2015).

11 על ראשוניותו של המקרה במשפט הישראלי עמד השופט ויצמן בפס' 49 לפסק דינו בעמ"ש (מחוזי מר') 31379-01-23 **פלונית נ' פלונית** (נבו 29.1.2023) (להלן: עניין **אסותא מחוזי משלים**). לתיעוד מעשי רשלנות בהקשרים כאלה, בארץ ובעולם, ראו אסף פוזנר **עוללות טרום לידתיות: הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי** 145, ה"ש 409 (2019). גם המדינה ערכה מבדקי איכות ופרסמה דוח שחשף כשלים לא מעטים בתחום ההפריית החוץ-גופיות בארץ. ראו מבקר המדינה **דוח שנתי 63 לשנת 2012 ולחשבונות שנת הכספים 2011** כרך שני 933 ו-945 (2013) <https://did.li/Sog6q>; משרד הבריאות **מבדק איכות יחידות להפריה חוץ גופית** 4–5, 23 ו-51–52 (2014) <https://did.li/w9wZH>.

חיים בשיתוף, עדיפה על ניסיון לשדך בעל כורחם את האם הפיזיולוגית עם האב הגנטי, שהרי השניים מעולם לא חשבו לחבור יחד לגידול הילד ב"הורות משותפת", כך שבפועל אין ביניהם כל קשר. כפייתם לגדל את הילד במשותף עלולה לגרום נזקים בלתי הפיכים לזוגיות של כל אחד מהם, ובסופו של יום אף לפגוע אנושות בילד ובשמירת זכויותיו השונות. במצב דברים זה, ההכרה רק בכך הזוג של האם הפיזיולוגית, כך שישמשו יחדיו זוג הורים משפטיים לילד, עדיפה בעיניי גם על הכרה בכלל הפרטים המעורבים בעניין כארבעה הורים משפטיים לילד.¹² זאת, לנוכח הדחייה הנמרצת של אפשרות זו הן בספרות המחקר בחו"ל¹³ והן בפסיקת בתי המשפט בארץ.¹⁴ יפה לעניין זה הקביעה השיפוטית הבאה:

"לו היה מדובר בשני זוגות חד מיניים, היתה ההכרה מתבקשת לגבי ארבעה הורים. ולו התחלפו במהלך השנים בני/ות הזוג בעלי הזיקה המשפטית, ניתן היה להגיע לשישה הורים ויותר... הכרה בריבוי הורים יש בה להשליך באופן ישירות על מעמדה של המשפחה ועל אופן הגדרתה באופן כולל. לפיכך – ומבלי

- 12 לדין באפשרות זו בספרות המחקר בחו"ל ובארץ ראו, בהתאמה, Fiona Kelly, *Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by Which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting?*, 47 U. BRIT. COLUM. L. REV. 565, 583, 586–587 (2014); Haim Abraham, *A Family Is What You Make It? Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents*, 25 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 405, 418, 443–444 (2017); R. Alta Charo, *And Baby Makes Three—Or Four, or Five, or Six: Redefining the Family After the Reprotech Revolution*, 15 WIS. WOMEN'S L.J. 231 (2000) קיומם של ארבעה הורים משפטיים לילד ראו חגי קלעי "ביחד אנחנו חזקות? על אחדות ופילוג בעשייה הפוליטית של קהילת הלהט"ב – רקע, תמונת מצב וצעדים להמשך" **מעשי משפט** ט(2) 95, 116 (2018). להתייחסות לאפשרות של יצירת ארבעה הורים, אם כי מבחינה ביולוגית ולא בהכרח גם מהבחינה המשפטית, ראו מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" **הפרקליט** לט 21, 26, 43 (1989); חיים אברהם "הורות, פונדקאות, והמדינה שביניהן" **חוקים** ט 171, 209, ה"ש 185 (2017).
- 13 ראו על כך, בעיקר, Elizabeth A. Pfenson, *Too Many Cooks in the Kitchen: The Potential Concerns of Finding More Parents and Fewer Legal Strangers in California's Recently-Proposed Multiple-Parents Bill*, 88 NOTRE DAME L. REV. 2023 (2013); Kalle Grill, *How Many Parents Should There Be in a Family?*, 37 J. APPLIED PHIL. 467 (2020); Jessica Feinberg, *The Boundaries of Multi-Parentage*, 75 SMU L. REV. 307 (2022).
- 14 זאת, בשונה מהמקובל זה כבר בשתי פרובינציות בקנדה – אונטריו וסקסצ'ואן – שבהן יש אפשרות להכיר גם בארבעה הורים משפטיים לילד (בקולומביה הבריטית אפשרות זו היא בגדר הצעה בלבד, נכון למועד כתיבתן של שורות אלו). ראו על כך, בהתאמה, Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, s 9 (Can.); The Children's Law Act, 2020, S.S. 2020 (Can.); THE BRITISH COLUMBIA LAW INSTITUTE, REPORT ON PARENTAGE: A REVIEW OF PARENTAGE UNDER PART 3 OF THE FAMILY LAW ACT 29, 39, 47 (2024).

לנקוט עמדה כלשהי, והיות ומבוקש מהפך עצום שכזה, יש להמתין לדבר המחקק.¹⁵

כפי שאעמוד על כך בהרחבה לקמן בתת-פרק 5, המשפט הישראלי, לכל הפחות בפסיקות העקיבות של בתי המשפט המחוזיים ושל בית המשפט העליון, דחו על הסף את האפשרות של הכרה בשלושה הורים משפטיים לילד. הדברים הם בבחינת קל וחומר כאשר מדובר בהכרה בארבעה הורים משפטיים. זאת, שכן הללו בוודאי אינם בבחינת זוגיות מורחבת, כפי שניתן לראות בשלושה פרטים החוברים יחד ל"הורות משותפת",¹⁶ אלא אחוי כפוי ובעייתי של שני זוגות עצמאיים וסוברניים, שעלול להקשות עד מאוד את תפקודם במשותף בגידול הילד בצוותא. מה יעלה בסופה של טרגדיה אנושית-משפטית זו עדיין אי-אפשר לדעת נכון למועד כתיבתן של שורות אלו, באביב 2025.¹⁷ לעת עתה, האם הפיזיולוגית ובן זוגה נרשמו במרשם האוכלוסין במסגרת נוהל "הודעה על לידה בישראל", כפי שיוסבר בהרחבה לקמן בתת-פרק 11. אם הרישום במרשם האוכלוסין יהיה חזות הכל בפרשה זו והם ימשיכו להיות הוריה המשפטיים לכל דבר ועניין – ימים יגידו.

חרף החזקה ה"מסורתית" האמורה לעיל, המצדדת על פני הדברים באימהות הפיזיולוגית, סקירת החקיקה והפסיקה בארץ מלמדות עד כמה הנטייה הקיימת בארץ היא להעדיף ככלל דווקא את ההורות – ובכלל זה האימהות – הגנטית. תובנה זו גלומה

15 תמ"ש (משפחה פ"ת) 7569-05-17 ע"נ נ' ד"מ, פס' 30–31 (נבו 29.8.2018) (ההדגשה במקור). להתייחסות שיפוטית, אם כי אגבית בלבד, לאפשרות קיומם של ארבעה הורים משפטיים לילד ראו אמ"ץ (משפחה י-ם) 9/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' כ"א** (נבו 26.10.2009); ת"א (שלום ת"א) 47599-08-16 **פלוגי נ' הראל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 22 ו-61 (אר"ש 9.6.2020).

16 על הסכמים בדבר "הורות משותפת" ראו, בעיקר, איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 395, 406–407 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים 2016); אמ"ץ (משפחה ת"א) 27380-02-14 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה** (נבו 31.7.2016); בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילד)**, התשנ"ו-1996 (אר"ש 27.2.2020) (להלן: **עניין ארד-פנקס 2**).

17 לניסיון לרתום את הבינה המלאכותית למניעת הישנותם של מקרים טרגיים כאלה ראו, לאחרונה, Karissa C. Hammer et al., *Using Artificial Intelligence to Avoid Human Error in Identifying Embryos: A Retrospective Cohort Study*, 39 J. ASSISTED REPROD. & GENETICS 2343 (2022); Sivan Tamir, *Artificial Intelligence in Human Reproduction: Charting the Ethical Debate over AI in IVF*, 3 A.I. & ETHICS 947 (2023); יחזקאל מרגלית ורננית בק-פרכטר "בינה מלאכותית (Artificial Intelligence—AI), הזרעה מלאכותית (Artificial Insemination) ומה שביניהן" **הרפואה** 163, 348 (2024). כן ראו Sergi Novo et al., *Barcode Tagging of Human Oocytes and Embryos to Prevent Mix-Ups in Assisted Reproduction Technologies*, 29 HUM. REPROD. 18 (2014).

היטב בביטויים "קול הדם"¹⁸ ו"דם סמך ממים". יפות לעניין זה הקביעות השיפוטיות הבאות, אשר עוסקות, בהתאמה, בהורות הגנטית ובאימהות הגנטית: "עולה כי הזיקה הגנטית מהווה את הבסיס המרכזי להקניית מעמד של הורות";¹⁹ "מעמדה הרם של הזיקה הגנטית מקרין גם על הליכי הפונדקאות... בכל הנוגע להגדרת ההורות בהסכמי הפונדקאות – לזיקה הגנטית חשיבות רבה במצב המשפטי הנוכחי".²⁰

גם בספרות המחקר יש עמידה רבה על מרכזיות ההכרה בחשיבות הזהות והמוצא הגנטי. על רקע פרויקט מיפוי הגנום והעמקת הידע בדבר השלכותיו על הפרט, נראה כי מושם כיום דגש רב ביסוד הגנטי. כמו כן, יש העומדים על היסוד הגנטי המבוסס על ההיבט הביולוגי-הקנייני של ההורה בילדו. במקום אחר עמדתי בהרחבה רבה על הליך שחיקתו של היסוד הגנטי בקביעת ההורות המשפטית, והקורא מוזמן לראות את הדברים במקורם.²¹ כדי שהנייר לא יהיה חסר, אוסיף ואציין כי חרף האמור לעיל יש מלומדים הטוענים כי הדגשת היסוד הגנטי דווקא פוגעת במעמד הילד, שנהפך מיצור אנושי ל"חפץ" הניתן להעברה. כמו כן, הדגשת יסוד זה עלולה להגביר את החשש הכרוך במהותנות הגנטית, על ההשלכות האישיות והמשפחתיות הכרוכות בכך. נוסף על כך, מלומדים בחו"ל בחנו כיצד שני גורמים – גנטיקה וסביבה – משפיעים מבחינה פסיכולוגית על הפרט. גנטיקה משפיעה באופן משמעותי על מאפיינים פסיכולוגיים רבים של האדם. עם זאת, גורמים סביבתיים, ובמיוחד חוויות אישיות ייחודיות, ממלאים תפקיד חשוב לא פחות בעיצוב אישיותו והתנהגותו של הפרט. כלומר, חרף חשיבותה של הזיקה הגנטית, היא אינה חזות הכל, ויש גורמים סביבתיים חשובים לא פחות בהקשר של קביעת ההורות המשפטית.²²

- 18 לא למותר לציין כי ביטוי זה, "קול הדם", נזכר בכמאה פסקי דין, יותר משליש מהם בפסיקת בית המשפט העליון. ראו, לדוגמה, ע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 474 (1984); בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים**, פ"ד ס(1) 124 (2005) (להלן: עניין **פלונית ופלוני**). כן ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז 13, 43 (2013).
- 19 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 2, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-08-17 **ט"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 53 (נבו 9.6.2018).
- 20 בג"ץ 781/15 **ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד)**, התשנ"ו-1996, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן (אר"ש 3.8.2017) (להלן: עניין **ארד-פנקס** 1). לדוגמה מן העת האחרונה לקידוש היסוד הגנטי בקביעת אבהות משפטית ולהעדפת הקשרים הגנטיים ראו, בהתאמה, רע"א 4126/24 **קצין התגמולים נ' פלונית** (אר"ש 30.9.2024) (ילד שנולד מתרומת זרע יוכר כבן של אביו לעניין זה"ל); בע"מ 420/24 **פלונית נ' פרקליטות המדינה – המחלקה האזרחית** (אר"ש 29.9.2024) (זכותו של מאומץ לדעת מי הוריו הגנטיים גוברת על זכותם לפרטיות).
- 21 ראו יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" **משפט רפואי וביו-אתיקה** 3, 125 (2010) (להלן: מרגלית "עלייתו של המודל הגנטי").
- 22 ראו על כך שם; רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית במקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223, 233–238 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי");

כך או כך, לטעמי, בדומה לביקורות השיפוטיות והמחקריות הנזכרות לעיל מן המשפט האמריקני, גם בארץ טרם זכינו בדיון מעמיק ונרחב באימהות הפיזיולוגית כעומדת על רגליה שלה ובשאלה כיצד יש לאזן בינה לבין "צרתה" – האימהות הגנטית – במנעד דילמות של קביעת האימהות המשפטית, כפי שעלו, לדוגמה, בפרשת החלפת העוברים בבית חולים אסותא. המאמר שלפנינו מבקש למלא חוסר אקוטי זה.

"מפת הדרכים" של המאמר היא כדלקמן. לאחר שסקרתי בפרק המבוא את הרקע וההינע שלי לכתיבת המאמר, אמנה בפרק א את מופעיה של האימהות הפיזיולוגית בחקיקה הישראלית – בעיקר בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים או חוק ההסכמים), ובחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. פרק ב יוקדש להצבעה על מופעים אלו בפסיקותיהם של בתי המשפט באופן כללי, בעיקר של בית המשפט העליון, ובפרט בפסיקותיהן של הערכאות הדיוניות במקרים של העברת ביצית בין בנות זוג וכן בפרשת המחדל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא, אשר נכון למועד כתיבתן של שורות אלו, באביב 2025, שב ונדון בבית המשפט העליון, וזאת לאחר כמה סבבים של דיונים בבית משפט זה כמו גם בבית המשפט המחוזי בלוד ובבית המשפט לענייני משפחה בראשון לציון.

לאחר שאסקור בפרק ג את עמדת המשפט העברי ואערוך משפט משווה לתקדימים מעין אלה שהתרחשו בעולם, בעיקר בארצות הברית,²³ אעמת בפרק ד – הפרק הנורמטיבי המרכזי של המאמר – את האימהות הפיזיולוגית עם האימהות הגנטית, ובתוך כך אבקש להאיר פנים דווקא לזו הראשונה. אולם לא אסתפק בכך, ובפרק ה אציע כמה מנגנוני פשרה וכלי הכרעה במלאכת האיוון בין האימהות הפיזיולוגית לאימהות הגנטית, העשויים להוות פתרונות ביניים לדילמה קשה, מאתגרת ומורכבת זו. זאת, כדי לנסות להימנע ממשפט שלמה מודרני המצריך הכרעה חדה וברורה בדבר עדיפותה של אחת האימהות על "צרתה".²⁴ בין היתר אציע את הגורמים המקצועיים הבאים: עקרון

Thomas J. Bouchard, Jr. & Matt McGue, *Genetic and Environmental Influences on Human Psychological Differences*, 54 J. NEUROBIOLOGY 4 (2003).

23 לספרים שהוקדשו בעיקר לסיפוריהם האישיים של גיבורי הפרשות, שנקלעו לעניין שלא בטובתם, ראו PAUL MORELL & SHANNON MORELL, MISCONCEPTION: ONE COUPLE'S JOURNEY FROM EMBRYO MIX-UP TO MIRACLE BABY (2010); CAROLYN SAVAGE & SEAN SAVAGE, INCONCEIVABLE: A MEDICAL MISTAKE, THE BABY WE COULDN'T KEEP, AND OUR CHOICE TO DELIVER THE ULTIMATE GIFT (2011).

24 רמז על הצורך למלא בתוכן ייחודי את ההורות המשפטית במקרה סבוך ומורכב זה, שבו ייתכן שלא יהיה אפשר להכריע לטובת האם הגנטית או הפיזיולוגית באופן גורף וחד-צדדי, ניתן למצוא בדבריו הבאים של בית המשפט המחוזי: "...מעט שנוצרה התקלה, לא ניתן להתעלם מאף אחד מהזוגות המעורבים ויש לבחון את האינטרסים השונים הן של הצדדים, הן של הציבור וכמובן של הקטין על מנת לייצור את האיוון הנכון בבניית תוכן ההורות המשפטית... ונראה כי קיימות מספר אפשרויות למימוש ההורות, והדברים עוד יתבררו בבוא זמנם ככל שהדבר ידרש". עמ"ש (מחוזי מר') 26304-07-23 אלמונית נ' פלונית, פס' 52 ו-60 (נבו 5.8.2023).

טובת הילד; קביעת הורות משפטית בהסכמה; הבחנה בין הסדרי הורות לבין זמני שהייה; אימוץ פתוח; ובחינה מחדש של האפשרות – הנדחית לעת עתה דרך קבע בפסיקה – של שלושה הורים משפטיים, קרי, שתי אימהות משפטיות ואב. בחתימת המאמר, **בפרק הסיכום**, אסכם את המאמר ואקרא למחוקק ולבתי המשפט לתת את המקום הראוי לאימהות הפיזיולוגית במנעד התרחישים שעלו במאמר וכן באלה שעתידיים לבוא ואשר לעת עתה הם בבחינת "לא שערום אבותינו".

פרק א: מופעים של האימהות הפיזיולוגית בחקיקה

1. חוק מרשם האוכלוסין

חוק מרשם האוכלוסין קובע כי בכל לידת חי יש לרשום את היולדת במרשם האוכלוסין כאמו של הילד במסגרת נוהל "הודעה על לידה בישראל"²⁵. לאורו של נוהל זה, על גורמי הרפואה – או למצער ההורים – מוטלת חובה למסור לפקיד הרישום הודעה על לידה שאירעה בישראל, שתכלול את פרטי היילוד והוריו. כאשר בני הזוג נשואים, יירשם הגבר כאב המשפטי, כשם שהאם הפיזיולוגית נרשמת כאם המשפטית מכוח משלוח הודעה על לידת חי מאת בית החולים. לצורך המשך דיוננו, נמצאנו למדים כי ההנמקה המרכזית לקביעת אם משפטית לילד היא לידתו, וזאת, על פני הדברים, גם אם אין מדובר באם הגנטית של הילד.²⁶ לכאורה, משמעות הדברים היא שהאימהות הפיזיולוגית עדיפה על זו הגנטית. אולם ניתן לדחות הוכחה לכאורית זו בטענה שבדרך כלל האם הפיזיולוגית היא גם האם הגנטית, כל עוד אין מדובר בתרומת ביצית או בהליך נשיאת עוברים, ולכן אי-אפשר ללמוד על כל עדיפות של הראשונה על האחרונה. אף שנוהל זה כה בסיסי ושכיח, הוא כמעט לא נדון בבתי המשפט.²⁷ זאת, למעט תקיפה חזיתית של הנוהל על רקע העובדה שהוא מאפשר לבני זוג הטרוסקסואליים, אף אם הם אינם נשואים, לרשום גם את האב כהורה משפטי של הילד, חרף האפשרות שהוא אינו אביו הגנטי. סוגיה זו היא שעמדה במוקד של פרשת **צור-וייסלברג** הן בדיון הראשון והן בדיון הנוסף שנערכו בבית המשפט העליון. בהליך הראשון דן בג"ץ בעתירה

25 ס' 6(א) לחוק מרשם האוכלוסין. על חוק זה יש להוסיף את חקיקת המשנה הבאה: תקנות מרשם האוכלוסין (פרטי רישום נוספים בהודעת לידה או פטירה), התשכ"ט-1968, ותקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), התשל"ב-1972, הקובעות את הפרטים שייכללו בהודעה על הלידה. ראו על כך שאול שוחט ודוד שאוה **סדר הדין בבית המשפט לענייני משפחה** 29 (2009).

26 עמד על כך מפורשות מיכאל קוריןאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני" **המשפט** ג 63, 68 (1996).

27 למעט בפסקי הדין הבאים: ה"פ (מחוזי ת"א) 1124/04 **ברה נ' שר הפנים**, פס' 11 (אר"ש 11.1.2007); בג"ץ 6946/17 **פלוני נ' שר הפנים**, פס' 6 (אר"ש 22.11.2018).

לרישום אימהות המשפטית של בנות זוג שהולידו ילד באמצעות תרומת זרע על סמך הודעה בדבר לידה.²⁸ לטענת העותרות, אימהות המשפטית של האם הפיזיולוגית פשוטה וברורה לנוכח המקובל במשפט הישראלי, אולם נשאלת השאלה מדוע האבהות המשפטית נקבעת בלא כל צורך לבחון אם הגבר הוא אכן האב הגנטי של הילד ואילו במקרה שלהן אין בת הזוג יכולה, על סמך הודעתן המשותפת בלבד, ליהפך לאם משפטית של הילד. העתירה נדחתה, בין היתר בשל העדר הפליה על רקע נטייה מינית. אולם פטור בלא כלום לא יצא בית המשפט העליון, שכן בעקבות העתירה תוקן ביוני 2018 טופס הדיווח כך שבני הזוג צריכים להצהיר, ממועד השינוי ואילך, כי האב המבקש להירשם הוא אכן "אביו הביולוגי של היילוד". גם בדיון הנוסף, שנפסק בשלהי יולי 2022, שב בית המשפט העליון ואשרר בדעת רוב כי במקרה של בנות זוג לסביות שקיבלו תרומת זרע, האם הפיזיולוגית תיהפך מכוח הצהרתה לאם המשפטית של הילד, אך לצורך רישום אימהות משפטית של בת זוגה יש להציג לפני פקיד המרשם תעודה ציבורית מתאימה בדמות צו הורות פסיקתי שניתן בבית המשפט, ואי-אפשר להסתפק בהצהרה גרידא מטעם בנות הזוג.²⁹

2. חוק הסכמים לנשיאת עוברים

אחד החוקים שהפסיקה מפנה אליו בשנים האחרונות ככזה שנותן מעמד לאימהות הפיזיולוגית הוא חוק הסכמים לנשיאת עוברים. חוק זה מסדיר את הליך הפונדקאות בישראל. החוק קובע כי ניתן לערוך הסכם לנשיאת עוברים, קרי, הסכם בין הורים מיועדים לבין אם נושאת שבמסגרתו האם הנושאת מסכימה להתעבר באמצעות השתלת

28 בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (אר"ש 26.7.2020). לדיון נרחב בפרשה זו ראו שחר ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין" ספר סלים ג'ובראן 621, 669–671 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023) (להלן: ליפשיץ "אתיקת ההורות"); שחר ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות" מחקרי משפט לד, 83–85 (צפוי להתפרסם) (להלן: ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין"); נוי נעמן, איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "הורות מושתתת זוגית: בין מהות למיסוד – הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" עיוני משפט 693 (2024).

29 דג"ץ 5591/20 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פס' 47–48 ו-52 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 25.7.2022). לדיון בפסיקה זו ראו יחזקאל מרגלית יחסי הורים וילדים: בין דיני משפחה לבין דיני חוזים 16, 67, ה"ש 2, ו-268, ה"ש 56 (2022) (להלן: מרגלית יחסי הורים וילדים); יחזקאל מרגלית "עשור למהפכת צווי ההורות הפסיקתיים – דילמות ואתגרים בין דת לדין" חוקים כ (צפוי להתפרסם ב-2025) (להלן: מרגלית "עשור למהפכת צווי ההורות הפסיקתיים"). לאחר שליחת המאמר לשיפוט ניתן עת"ם (מנהליים י-ם) 49202-03-23 הכ"ש נ' משרד הפנים (נבו 27.2.2024), שלפיו יש לסייג קביעה גורפת זו, לכל הפחות כאשר מדובר בהעברת ביצית בין בנות זוג, שאז ייתכן שיהיה אפשר לרשום את האימהות המשפטית הכפולה על סמך הצהרות העותרות בלבד. נקבע כי אף שאין להסתפק לצורך הרישום בהודעה בלבד, אין יסוד גם לגישה של משרד הפנים ורשות האוכלוסין וההגירה שלפיה בכל מקרה מסוג זה נדרשים תעודה ציבורית או פסק דין.

ביצית מופרית ולשאת את ההיריון עבור ההורים המיועדים.³⁰ חוק זה רלוונטי לדיונונו, שהרי לא אחת עלה הטיעון שאם האם הגנטית תגבר על האם הפיזיולוגית, יהיה אפשר לטעון שהאחרונה ביצעה למעשה הליך נשיאת עוברים, אף אם "כפוי", ולפיכך אין בכך כדי להופכה לאם המשפטית של היילוד. אומנם, חוק זה מאפשר באופן כללי לבצע הריונות פונדקאיים בארץ, אך זאת כל עוד האם הפיזיולוגית אינה גם האם הגנטית, וכל עוד האב המזמין (אם מעורב גבר בהליך) הוא האב הגנטי.³¹ כמו כן, יש צורך בשלושה תנאים מצטברים נוספים: עריכת חוזה בין האם הנושאת לבין ההורים המיועדים; קבלת אישור להסכם זה בוועדת האישורים שהוקמה מכוח החוק; וביצוע ההפריה החוץ-גופית וההשתלה במחלקה מוכרת, כדי למנוע את הבוקה ומבוקה ומבולקה שנוצרה בפרשת החלפת העוברים בבית חולים אסותא. כך, לראשונה בעולם כולו, הותר בחקיקה והוסדר בישראל הליך נשיאת העוברים. בין היתר נקבע כי לאחר מתן צו ההורות, כקבוע בחוק, תיהפך האם הגנטית לאם משפטית לכל דבר ועניין. אולם המצב המשפטי קודם למתן הצו הוא מעורפל ומאוד לא ברור, לנוכח סעיפים 11–12 לחוק. עיקר עניינם של סעיפים אלו הוא לקבוע את ההסדר המשפטי עד למתן צו ההורות, אך לצערנו הרב לא נקבע בהם מפורשות מי האם המשפטית של הילד בתקופת ביניים זו מרגע לידתו ועד מתן הצו.³²

סעיף 13, המסדיר את הנושא של חזרת אם נושאת מהסכם, קובע כך בסעיף קטן (ב): "לאחר מתן צו הורות לא יאשר בית המשפט חזרה מהסכם לנשיאת עוברים כאמור". כלומר, בדומה לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ), גם כאן נקבע נחרצות כי ברגע שניתן צו ההורות, המעגן את ההורות המשפטית, "אם זה טוב ואם זה רע, אין כבר דרך חזרה" (כמאמר השיר המפורסם). אולם קודם למתן הצו האם הפיזיולוגית יכולה להותיר את הילד בחזקתה, הגם שהיא אינה האם הגנטית, שהרי בקרוב לשליש מהמקרים הביצית אינה של האם המיועדת. זאת, כהוראת סעיף 13(א), רק בתנאי שבית המשפט אישר לה לעשות כן, והוא לא יאשר זאת אלא אם כן התמלאו שני תנאים מצטברים: האחד, חל שינוי בנסיבות; והאחר, הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הילד (דוקטרינה מרכזית ביותר בכל הנוגע ביחסי הורים וילדים, אשר אדון בה לקמן בתת-פרק ה-1). דרך המלך אינה קביעת האם הפיזיולוגית כאם המשפטית של הילד,

30 ס' 1–2 לחוק ההסכמים.

31 כפי שתוקן החוק במסגרת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, ס"ח 941. לדיון בנוסח הסעיף המתייחס לזרע האב ראו עניין **ארד-פנקס 2**, לעיל ה"ש 16, בפס' 7 ו-16 לפסק הדין של הנשיאה חיות; עמ"ש (מחוזי חי') 16843-09-21 **נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלוני**, פס' 33 לפסק הדין של השופט אלון (נבו 17.1.2022) (להלן: עניין **נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה**).

32 לדיונים אקדמיים ופסיקתיים בסעיפים מרכזיים אלו ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "מביטול חזקת הגיל הרך למודל השיקוף – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" **דין ודברים** טו 15, 77, ה"ש 233 (2021) (להלן: מרגלית "מביטול חזקת הגיל הרך"); תמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 4 (נבו 3.2.2013) (להלן: עניין **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**); עמ"ש (מחוזי מר') 52550-10-18 **ע"נ נ' ד"מ**, פס' 28 לפסק הדין של השופט ויצמן (נבו 22.10.2019).

שהרי עינינו הרואות שאין לאם הנושאת זכות אוטומטית לסגת מההסכם לנשיאת עוברים. זאת, בשונה מהמצב המשפטי הקבוע במדינות שונות, שבהן ההסכם הוא בלתי אכיף.³³ בדומה למנגנון מרכזי ביותר של דיני החוזים – "התאמת חוזה לנסיבות משתנות"³⁴ – בכוחו של בית המשפט לקבוע את האם הפיזיולוגית כאם המשפטית של היילוד לכל דבר ועניין, ולכל היותר להסדיר את מערכת היחסים בין היילוד לבין שני הוריו הגנטיים או אחד מהם. לצורך המשך דיוננו, ההכרה באם הפיזיולוגית אפשרית מכוח סעיף 14(א).³⁵ כלומר, כאשר האם הנושאת מבקשת להכיר בה כאם המשפטית של הילד, היא יכולה לעשות זאת באופן דומה להכרה באם הגנטית (ובאב הגנטי), אם מתקיימים שני תנאי היסוד המצטברים: שינוי נסיבות וקבלת תסקיר עובד סוציאלי שלפיו אין הדבר נוגד את טובת היילוד.

נמצאנו למדים, אם כן, כי ביחס לאם הגנטית מעמדה של האם הפיזיולוגית אינו קיים כלל כל עוד לא התקיימו שני התנאים המצטברים האמורים, אולם ביחס לכל אחד ואחת אחרים יש לה מעין "זכות קדימה", כפי שנקבע פעמים מספר בפסיקת בית המשפט העליון.³⁶ על המורכבות הקיימת בחוק בארץ עובר למתן צו ההורות עמדה נכונה רות זפרן, שציינה כי לצורך קביעת האימהות המשפטית לפי חוק ההסכמים נדרשת פעולה אקטיבית של מי מהנשים – האם הגנטית או האם הפיזיולוגית (בכפוף לתנאים).³⁷

33 ראו על כך משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריזון וההולדה בישראל 58 (אביטל וינר-אומן עורכת 2012) <https://did.li/O9wZH>; פזנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 141, ה"ש 400.

34 מובן שיש קושי אתי בהשוואת חוזה פונדקאות לחוזה קבלנות – הן משום שמדובר באדם, ולא בקניין, והן משום שמדובר בדיני אישות, ולא בדיני חוזים. אך כל עוד לא זכינו ב"דיני חוזים משפחתיים", אין מנוס מעשיית שימוש בדיני החוזים המצויים בשוק הקר והמנוכר גם בתוככי הבית האינטימי והאישי. לקריאה לאמץ דיני חוזים משפחתיים ראו שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קריית המשפט ד' 271, 360 (התשס"ד) (להלן: ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי"). לדוקטרינה מרכזית זו של דיני החוזים – "התאמת חוזה לנסיבות משתנות" – ראו, בעיקר, איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 429–434 (1994); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 295–308 (1991). יישום ראשוני של מודל חוזי מודרני זה בקביעת הורות ראו דוד (פרדי) רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות 23 (2001).

35 לדין בתוצאות של סעיף ייחודי זה, לנוכח היתרון המוקנה בו לאימהות הפיזיולוגית, ראו, בעיקר, עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל; עניין ט"ב, לעיל ה"ש 19, בפס' 45; עניין נציג היועמ"ש חיפה, לעיל ה"ש 31, בפס' 35 לפסק הדין של השופטת אלון.

36 עניין פלונית, לעיל ה"ש 2, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל. על קביעה זו הסתמכה גם הפסיקה בדנג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 29, בפס' 20 לפסק הדין של הנשיאה חיות. על ההיבט הנזיקי של חזרה מהסכמה לטיפול פוריות ראו, לאחרונה, בנימין שמואלי ויחזקאל מרגלית "הזכות להורות בראי המשפט הפרטי: בין חוק זכויות החולה לדיני הרשלנות והחוזים – פיצוי בגין חזרה מהסכמה לטיפול פוריות והפריה" משפט וממשל כז (צפוי להתפרסם ב-2025).

37 זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 22. לדין בדברים ראו Ruth Halperin-Kaddari, Redefining Parenthood, 29 CAL. W. INT'L L.J. 313, 318–321 (1999); עניין פלוני נ' היועמ"ש, לעיל ה"ש 32, בפס' 8–10; פזנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 141–142.

כלומר, מחד גיסא, אם לא תינקט כל פעולה אקטיבית בבית המשפט על ידי האם הגנטית, אזי אם התקיימו שני התנאים המצטברים הללו, תיקבע האם הפיזיולוגית כאם המשפטית של הילד; ומאידך גיסא, האם הפיזיולוגית לא תוכר כאם המשפטית אלא אם כן היא תנקוט פעולה אקטיבית ותדרוש את ההכרה המשפטית בה בבית המשפט. כך או כך, קביעת האמהות המשפטית לפי החוק המסדיר בארץ את נושא ההסכמים לנשיאת עוברים מבכרת, על פני הדברים, את האמהות הגנטית, שכן דרך המלך היא להכיר בהורים המזמינים, כשעל פי רוב האם המזמינה היא גם האם הגנטית. עם זאת, היא נותנת בהחלט מקום גם לאם הפיזיולוגית, אשר בהתמלא שני התנאים המצטברים יכולה ליהפך לאם המשפטית. עדיפותה של האמהות הראשונה על האחרונה בחוק זה היא הגיונית עד מאוד, לנוכח מערכת ההסכמות, הכוונות והרצונות של המתקשרות בהסכם לנשיאת עוברים, שהרי כל עניינו של הסכם זה הוא לתת בסופו של יום את הילד לידי האם המזמינה, לרוב האם הגנטית, ולא לאישה הנושאת, האם הפיזיולוגית.

3. חוק תרומת ביציות

החוק המרכזי שהפסיקה מפנה אליו ככזה שנותן מעמד עליון לאמהות הפיזיולוגית הוא חוק תרומת ביציות. מטרת חוק זה היא להסדיר את הסוגיה של תרומת ביציות למטרת הולדה או לצורכי מחקר, תוך שמירה מרבית על כבודן, זכויותיהן ובריאותן של התורמת והנתרמת.³⁸ אכן, במקרה זה, בשונה מהמקרה של הסכם לנשיאת עוברים, יש היגיון רב להעדיף דווקא את האמהות הפיזיולוגית על זו הגנטית, שהרי כאן המטרה העליונה של ההליך היא להוציא מתמונת האמהות את תורמת הביצית, האם הגנטית, בדומה לנעשה לגבי תורם זרע אנונימי, ולהעניק את האמהות המשפטית לאישה הנושאת, האם הפיזיולוגית, אשר תתפקד גם כאם החברתית של היילוד.

בסופו של הליך ארוך, ולאחר חבלי לידה חברתיים-משפטיים לא קלים, נחקק בשנת 2010 חוק תרומת ביציות. הסעיף המרכזי שלו לצורכי המשך דיונונו הוא סעיף 39.42 נדון בתת-סעיפים שלו כסדרם. סעיף קטן (א)⁴⁰ מורה כי "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין".⁴¹ כבר מדברי ההסבר להצעת החוק,

38 ס' 1 לחוק תרומת ביציות.

39 לדיון כללי בסעיפי החוק ראו, בעיקר, מרקוס "צריך" (רק) שניים לטנגו?, לעיל ה"ש 8, בעמ' 427 ו-454. לבג"ץ תלוי ועומד, נכון לאביב 2025, בטענה כי לנוכח קביעת הסעיף שיש לנתק את היילוד מאמו הגנטית, האנונימיות של בנקי הזרע אינה חוקית, באשר היא מנתקת הלכה למעשה ילד מאביו הגנטי, ראו בג"ץ 3676/21 פואה נ' מנכ"ל משרד הבריאות (אר"ש 20.11.2024).

40 לדיון מפורט יותר בלשונו של תת-סעיף זה ראו, בין היתר, יחזקאל מרגלית "ככה לא בונים הורות הסכמית" "המשפט" ברשת: זכויות אדם: מבוקשי הארות פסיקה 46, 5, 10-11 (2015); פוזנר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 142, ה"ש 403; צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריור בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269, 296 (משפט, חברה ותרבות, ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016).

41 ראו על כך, למשל, יחזקאל מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה 246-247 (חיבור לשם קבלת

ובהמשך מפסיקותיהם של בתי המשפט לאחר קבלת החוק, ניתן להיווכח עד כמה יש בסעיף זה הרעיונות להעדפת האימהות הפיזיולוגית, תוך זניחת הבלעדיות של האימהות הגנטית.⁴²

סעיף קטן (ג) קובע למעשה את הצד האחר של המטבע, ביחס לסעיף קטן (א), בקובעו על דרך השלילה את ניתוק זיקת ההורות בין תורמת הביצית, האם הגנטית, לבין היילוד. לפיו נשללות ממנה כלל הזכויות, החובות והסמכויות בכל הקשור ליחסי הורים וילדים. יש לציין כי נוסחו של סעיף קטן זה דומה מאוד לנוסחו של סעיף 16 לחוק האימוץ.⁴³

מן המקובץ עולה כי מטרתו של סעיף 42 לחוק תרומת ביציות היא כפולה – לקבוע ברורות את האם הנושאת כאם המשפטית של הילד לכל דבר ועניין, בשל אימהותה הפיזיולוגית, ובמקביל לנתק את זיקת האימהות מתורמת הביצית ולשלול ממנה כל אפשרות לטעון לאימהותה המשפטית בשל היותה האם הגנטית. אמרו מעתה: כל עוד אין מדובר בהסכם לנשיאת עוברים, אימהות פיזיולוגית כן, אימהות גנטית לא. נמצאנו למדים, אם כן, שאין כל מעמד לתורמת הביצית בבקשה להכיר בה כאם משפטית של הילד, וזאת גם אם יש הסכמה מפורשת הקובעת אחרת בין הפרטים השונים שהולידו את הילד, כפי שעלה בפסיקה.⁴⁴

תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן התשע"ה) (להלן: מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 892-893 (2012) (להלן: מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה"); עניין פלוני נ' היועמ"ש, לעיל ה"ש 32, בפס' 6-7.

42 כפי שהובא ונדון בתמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת"צ נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פס' 20א (נבו 4.3.2012), וכפי שעמד על כך לפני עשור השופט אליקים רובינשטיין בבג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274, פס' מד (2013). דבריו של השופט רובינשטיין צוטטו בהסכמה בתמ"ש (משפחה ת"א) 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 41 (נבו 14.3.2013); בתמ"ש (משפחה ת"א) 28398-10-12 ש"ש נ' ק"ש, פס' 68 (נבו 19.5.2016); בתמ"ש (משפחה ת"א) 50078-04-15 י"י נ' י"ג, פס' 151 (נבו 5.9.2018) ובפסיקות נוספות.

43 לדיון בסעיף זה ראו, בעיקר, רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 369 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים"); יחזקאל מרגלית "על המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן" משפט ועסקים כז 31, 55 (2023); יחזקאל מרגלית "קביעת הורות הלכתית – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" ספר יעקב נאמן 281, 287, 290, 294 (אהרן ברק ודוד גליקסברג עורכים) (2023) (להלן: מרגלית "הורות הלכתית").

44 ראו עמ"ש ע"ג, לעיל ה"ש 32, בפס' 27 לפסק הדין של השופט ויצמן; עמ"ש (מחוזי ת"א) 23848-05-19 פלוני נ' פלונית, פס' 9 (נבו 2.4.2020) (להלן: עניין פלוני והיועמ"ש). כן ראו מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 41, בעמ' 893.

פרק ב: מופעים של האימהות הפיזיולוגית בפסיקה

1. כללי

כאמור בפרק הקודם, שניים מהמופעים המרכזיים של ההורות הפיזיולוגית בחקיקה בארץ הם חוק ההסכמים וחוק תרומת ביציות. אכן, הפסיקה עמדה על תובנה זו פעמים מספר. נוסף על כך, אחת האמירות המרכזיות ביותר בפסיקה בית המשפט העליון בעשור האחרון על אודות האימהות הפיזיולוגית נאמרה על ידי השופט ניל הנדל בפסק הדין המנחה שניתן בשאלת יכולת ההכרה בהורות הסכמית במשפט הישראלי.⁴⁵ לפיה, בהקשר של דיונו, דין האימהות הפיזיולוגית כדין האימהות הגנטית בכל הנוגע בקביעת ההורות המשפטית.⁴⁶ אולם בקביעה זו מדובר בדרכו של עולם, שהרי על פי רוב אותה אישה היא גם בעלת הביצית וגם הנושאת את העובר ברחמה, כך שממילא האימהות הגנטית וזו הפיזיולוגית חופפות ואי-אפשר לבודד את האחרונה מהראשונה. לפיכך שומה עלינו לפנות לאמירה אחרת, העוסקת באימהות הפיזיולוגית כעומדת על רגליה העצמאיות.⁴⁷ אעבור כעת לסקירת פסיקות שנתנו בתי משפט בארץ בהליכים שעסקו בטיפול פוריות שעברו בני זוג הטרוסקסואליים ובנות זוג לסביות ואשר בהן פוצלה הלכה למעשה ההורות הפיזיולוגית מזו הגנטית.

2. העברת ביצית בין בנות זוג

בהליך זה, המתרחש בקרב זוגות של לסביות, אחת מבנות הזוג היא האם הגנטית של היילוד ואילו בת הזוג היא האם הפיזיולוגית. הליך זה נדון לפחות בשלושה פסקי דין שונים, אך אף לא באחד מהם הוכרע אם יש להעדיף את האימהות הגנטית או הפיזיולוגית – דבר המלמד פעם נוספת עד כמה הדברים אינם מוכרעים במשפט

45 עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 2, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל. האמירה הנזכרת בגוף הדברים צוינה בקרוב לעשרים פסקי דין, שליש מהם של בית המשפט העליון, דוגמת עניין **ארד-פנקס 1**, לעיל ה"ש 20, בפס' 43 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן; בע"מ 3518/18 **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 3.2.2020); בע"מ 4741-21 **פלונית נ' פלונית**, פס' 9 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל (אר"ש 21.7.2022).

46 על הגדרת האימהות הפיזיולוגית עומד השופט הנדל בפסקה העוקבת: עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 2, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל. אמירות שיפוטיות נוספות על אודות האימהות הפיזיולוגית ניתן למצוא בפסיקה הבאה: עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 2, בפס' 24 לפסק הדין של השופט הנדל; עניין **ארד-פנקס 1**, לעיל ה"ש 20, בפס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן; שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת חיות; עניין **ט"ב**, לעיל ה"ש 19, בפס' 44 ו-53.

47 ראו דנג'ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 29, בפס' 20 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו עוד את דבריה שם, בפס' 30 ו-59 לפסק דינה; והשוו שם, בפתח פסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל; שם, בפס' 10, 12 ו-47 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

הישראלי. הראשון מבין אותם הליכים, אשר הניח הלכה למעשה את היסודות לצווי ההורות הפסיקטיים, ניתן בשנת 2012, ועסק בהכרה באימהות של בת הזוג הלסבית שתרמה את ביציתה לבת זוגה, שנשאה את ילדם המשותף ברחמה.⁴⁸ שנתיים מאוחר יותר, בשנת 2014, ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין **משה**,⁴⁹ שעסק בבנות זוג שביקשו להביא לעולם צאצא בדרך של הפריית ביצית שתילקח מגופה של האחת ותושתל ברחמה של בת הזוג, אשר תישא את ההיריון ותלד. משרד הבריאות דחה את בקשותיהן לקבלת האישורים לביצוע הליך זה בישראל, ולכן הן פנו לבג"ץ. במהלך הדיונים הוציא משרד הבריאות נוהל חדש המאפשר לבנות הזוג להתחיל את ההליך בהוצאת הביציות בישראל, להמשיכו בביצוע ההשתלה בחו"ל, ולשוב לארץ להסדרת קבלת ההכרה בהורות המשותפת הגנטית-פיזיולוגית. אולם העותרות ביקשו "לשחק על כל הקופה", ודרשו לקבל הכרה חוקית בביצוע כל ההליך בישראל. בג"ץ, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, דחה את העתירה ברוב דעות, בין היתר לנוכח העובדה שבקשתן נוגדת את האסדרה הקיימת בארץ בעניין, שהרי הן חוק ההסכמים והן חוק תרומת ביציות אינם חלים על מצב מעין זה. בכל הנוגע בחוק ההסכמים, המכשלה הניצבת בפני בנות הזוג היא כפולה: **ראשית**, הן אינן עונות על הגדרת "הורים מיועדים", כפי שהייתה קבועה בחוק ההסכמים במועד הדיון בבג"ץ, שלפיה "הורים מיועדים" הם "איש ואשה שהם בני זוג", ומשכך הן אינן זכאיות לנקוט מסלול זה בישראל. **שנית**, קיים ספק של ממש אם בנסיבות המקרה דנן הליך פונדקאות – אשר ליבת ההסדר הקיים בו היא ניתוק בין האם הנושאת להורים המיועדים והגנטיים – אכן תואם את מבוקשן. בכל הנוגע בחוק תרומת ביציות, המכשלה הניצבת בפני בנות הזוג נובעת מן הדרישה שלנתרמת יהא צורך רפואי בתרומה, ואילו הנתרמת בנידון דידן הייתה אישה בריאה.⁵⁰

48 ראו עניין **ת"צ**, לעיל ה"ש 42. לתיאור עובדות המקרה ראו זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש Ruth Zafran, *More than One Mother: Determining Maternity for the Biological Child*; 43 of a Female Same-Sex Couple—The Israeli View, 9 GEO. J. GENDER & L. 115, 115–116 (2008); Ayelet Blecher-Prigat, *Same-Sex Relationships and Israeli Law*, in SAME SEX COUPLES—COMPARATIVE INSIGHTS ON MARRIAGE AND COHABITATION 131, 157–158 (Macarena Sáez ed., 2015). לסיכום הנסיבות המיוחדות שבעטיין ניתן במקרה זה ההיתר – להבדיל מהמקרה שנדון לפני בית המשפט העליון ואשר אעסוק בו מיד, שבו לא ניתן היתר כזה – ראו בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), **החשן"ו-1996**, פס' 20 לפסק הדין של השופטת חיות (אר"ש 18.9.2014). להבחנה נוספת בין מקרה זה, שיש בו מרכיב של נשיאת היריון מביצית של בת הזוג, לבין מקרה אחר של זוגיות לסבית שבו התבקשה הכרה באימהות המשפטית הנוספת של בת הזוג שאינה האם הביולוגית, ראו אמ"ץ (משפחה ת"א) 245-01-14 **סא"א נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 9 (נבו 4.9.2014).

49 עניין **משה**, לעיל ה"ש 48.

50 שם, בפס' ט–ל רנו לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

אולם חשוב לציין כי פסק הדין עצמו אינו סוגר את הדלת לגמרי בפני עותרות ועתירות דומות, שכן דעת הרוב גרסה כי אכן יש לשקול הסרה של מגבלת הצורך הרפואי הקבועה בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות, כדי להרחיב את מעגל הזכאים והזכאיות לתרומת ביציות, לרבות בנות זוג לסביות כבנידון דידן. ברם, הרחבה מעין זו מונחת בראש ובראשונה לפתחו של המחוקק. יתר על כן, בהרכב עצמו הייתה דעת מיעוט של שלושה שופטים – חיות, מלצר וארבל – שהיוו קרוב למחצית ההרכב כולו. השופטות חיות וארבל סברו כי ניתן לילך לקראת בנות הזוג בנתיבי חוק אחרים, שלגביהם נחלקו דעותיהן: השופטת חיות הציעה סעד חוקתי, שעניינו קריאה אל תוך חוק תרומת ביציות סעיף סל כללי, נוסף על רשימת המקרים החריגים הקבועים בחוק, המסמין את ועדת החריגים ליתן אישור לתרומת ביציות "אם סברה כי בנסיבות הענין קיימים טעמים חריגים ומיוחדים המצדיקים זאת", ובכך לאפשר את המבוקש על ידי העותרות;⁵¹ ואילו השופטת ארבל עשתה שימוש בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987,⁵² בדומה לשימוש שנעשה בהן בעניין ת"צ.⁵³ גם השופט מלצר גרס כי מבוקשן של בנות הזוג היה יכול להינתן להן במסגרת סמכותה של ועדת החריגים מכוח סעיף 22(א)(2) לחוק תרומת ביציות, אולם לנוכח אי-קבלת עמדתו, צירף את הסכמתו לנתיבים שהוצעו על ידי השופטות חיות וארבל.⁵⁴

כך או כך, כפי שעלה בהרחבה בפרק הקודם, גם מפסק דין זה ניתן להסיק כי חוק תרומת ביציות מעלה על נס את האימהות הפיזיולוגית.⁵⁵ בספרות המחקר ניתן למצוא ביקורת שלפיה נימוקי פסק הדין אינם משכנעים, שהרי עיקר המכשלה לדעת בית המשפט העליון היא חוק ההסכמים, שאינו מאפשר להותיר את האם הפיזיולוגית בתמונת האימהות. אולם היא הנותנת – כל מטרתו של חוק זה היא לאפשר להורים המזמינים להיעזר בשירותיה של אם נושאת, אשר בסופו של הליך תצא מתמונת האימהות המשפטית ותחתיה תיכנס האם הגנטית. במקרה מושא דיונונו כעת המטרה שונה לחלוטין – שתי האימהות, הגנטית והפיזיולוגית, מבקשות ליהפך לשתי אימהות משפטיות לילד.⁵⁶

פסק דין נוסף בתחום ניתן באוקטובר 2020, ועסק בבנות זוג שהביאו במשותף ילדה לאוויר העולם תוך שהן נותנות כל אחת את תרומתה הביולוגית – האחת גנטית והאחרת פיזיולוגית. בקשתן להכרה בשתייהן כאימהות משפטיות של הילד נתקלה בסירוב של המדינה, בטענה שהאם הפיזיולוגית רשומה זה כבר כאם המשפטית של הקטינה, שכן

51 שם, בפס' 35 לפסק הדין של השופטת חיות.

52 שם, בפס' 19–20 לפסק הדין של השופטת (בדימ') ארבל.

53 עניין ת"צ, לעיל ה"ש 42.

54 ראו עניין משה, לעיל ה"ש 48, בפס' 6 לפסק הדין של השופט מלצר.

55 יפה לעניין זה קביעתו של השופט רובינשטיין שם, בפס' טז לפסק דינו. כן ראו את קביעותיו שם, בפס' טו, יח ו-כא לפסק דינו.

56 פנחס שיפמן "מעמד המשפטי של זוגות בני אותו מין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 309, 326 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים) (2016).

היא שילדה אותה, ואי-אפשר להכיר באם הגנטית כאם משפטית נוספת. כך מסכמת השופטת את עיקר טענתו של בא כוח היועץ המשפטי לממשלה: "לטענת הנתבע [היועמ"ש], על פי הדין הישראלי, האם הביולוגית – היולדת, היא אמו של הילוד ולא ניתן להכיר באם הגנטית 'תורמת הביצית', כלשונו, כאם נוספת... בתחרות בין האם הגנטית לאם היולדת, האימהות הביולוגית היא האימהות המוכרת על פי הדין בישראל, אף אם ההליך בוצע בקפריסין כנטען..."⁵⁷ יתר על כן, המדינה טענה כי יש בתובענה משום ניסיון ליצור מסלול הורות חדש, שאינו מוכר בדין הישראלי, ואשר עלול אף להוביל להכרה בהורות משולשת. בית המשפט דחה את טענות המדינה, והורה לערוך בדיקת רקמות לקטינה על מנת לאשר את הזיקה הגנטית של מוסרת הביצית לקטינה. אם תתקבל התאמה גנטית, כך קבע, יהיה אפשר להכריז גם עליה כאם משפטית נוספת. בית המשפט מבאר בהרחבה מדוע לדידו אין תחולה לא לחוק תרומת ביציות ולא לחוק ההסכמים, דוחה את דרישת המדינה לדרוש מהאם הגנטית להיות מוכרת באמצעות הגשת בקשה לצו הורות פסיקתי, ומסיים את פסקו בקריאה למחוקק לומר את דברו בקביעת הגבולות של מוסד ההורות, לרבות של האם הפיזיולוגית.

בנובמבר 2021 ניתן פסק דין נוסף אשר חוזר הן על טיעוני המדינה והן על דחיית הטענות הללו.⁵⁸ ייחודו של פסק הדין הוא שנציגי המדינה שהתנגדו לעתירה היו רשות האוכלוסין וההגירה על ידי פרקליטות המחוז. מדובר בבנות זוג שנישאו בנישואים אזרחיים ונרשמו במשרד הפנים כנשואות. שתי ילדותיהן נולדו לאחר קבלת תרומת זרע אנונימית להפריית ביצית של האחת, אשר הוחדרה לאחר הפריית לרחמה של האחרת, אשר נשאה את ההיריון. בנות הזוג קיבלו היתר לתרומת ביציות בין בנות זוג מהיעצת המשפטית של משרד הבריאות, שניתן כשבועיים וחצי לפני כניסתו של חוק תרומת ביציות לתוקף. בדחותו אחד לאחד את טיעוני המדינה, טען בית המשפט, בין היתר, כי טובת הקטינות מחייבת את ההכרה גם באמן הגנטית בצד זו הפיזיולוגית. לאחר שהוא דוחה הן את טיעון המדינה בדבר יצירת מסלול הורות חדש והן את החשש מפני הכרה בשלושה הורים משפטיים לילד, הוא חוזר פעמים מספר על הקביעה כי בשלה העת להכיר – בנסיבות המאפשרות זאת, כבנידון דידן – גם באם הגנטית, באמצעות מתן פסק דין הצהרתי, וזאת אף למפרע מיום לידת הקטינות.

פסק דין נוסף שניתן בעניין התפרסם באמצע שנת 2022. גם הפעם דובר בזוג לסביות שהפרו את ביציתה של האם הגנטית בזרע של תורם אנונימי והשתילו אותה ברחמה של בת הזוג. במהלך ההיריון נפרדו השתיים, והן ביקשו להצהיר על האם הגנטית כאמה של הקטינה על בסיס הזיקה הגנטית ביניהן, שלא הייתה שנויה במחלוקת.⁵⁹ בית המשפט אומנם קיבל בסופו של יום את התביעה, חרף התנגדותו של בא כוח היועצת המשפטית לממשלה, אשר טען שוב כי הפתרון הנכון הוא עשיית שימוש בצו הורות פסיקתי לשם

57 תמ"ש (משפחה פ"ת) 58526-01-20 ע' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 ו-31 (נבו 14.10.2020).

58 תמ"ש (משפחה חי') 55791-06-19 פלונות נ' רשות האוכלוסין וההגירה, פס' 2 ו-21 (נבו 10.11.2021).

59 עניין ה"ל, לעיל ה"ש 1. לדיון ראשוני בפסק הדין ראו ניב-יגודה וגילבר, לעיל ה"ש 1.

הכרה גם באם הגנטית כאם משפטית שנייה. אולם גם פסק דין זה יוצא מנקודת ההנחה – שאותה טען בא כוח היועצת המשפטית לממשלה – שהאימהות הפיזיולוגית מוכרת במשפט הישראלי, ואין כל צורך לנקוט הליך שיפוטי כדי להכיר בה. הדברים אף מגיעים לכדי הטיעון כי האימהות הפיזיולוגית דוחקת את רגלי האימהות הגנטית, ואי-אפשר להכיר באחרונה במקביל לראשונה. השופט בר יוסף דוחה תפיסת עולם עקרונית זו, בטוענו, בין היתר, כי המשפט מכיר אפריורית בזכותו של כל פרט לקשר הורי עם צאצאו, ובכך מהדהד את "קול הדם". ממילא, האם הגנטית זכאית להכרת הדין באימהותה לגבי הקטינה, ללא צורך בהוכחת תנאי נוסף כלשהו, לבד מזיקה גנטית. בהעדר דבר חקיקה או הלכה פסוקה, אי-אפשר לדחוק את רגליה של הזכות לאימהות גנטית. הואיל ולא עלה בידי בא כוח היועצת המשפטית לממשלה להניח טעמים שיש בכוחם לגרוע מזכותה הטבעית של האם הגנטית להכרה באימהותה הנוספת לגבי הקטינה, על בסיס הזיקה הגנטית ביניהן, התקבלה העתירה, וגם האם הגנטית הוכרה כאם משפטית (נוספת) לצד האם הפיזיולוגית.

בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יש לציין את מחיקתה של עתירה לבג"ץ לרשום שתי בנות זוג כאימהות משפטיות על סמך הצהרתן בלבד במסגרת טופס "הודעה בדבר לידה", כאשר האחת האם הגנטית והאחרת האם הפיזיולוגית. זאת, בשל היות העתירה, במתכונתה הנוכחית, תאורטית עם השלמת רישומה של האם הגנטית במרשם האוכלוסין.⁶⁰

עד לכאן עסקתי במנעד מקרים שבהם שתי האימהות ביקשו לגדל בגפן את הילד בלא דמות גבר/אב. בכל המקרים האלה מצב הדברים פשוט יחסית, שכן שתי הנשים יכולות בקלות ליהפך לאימהות משפטיות, מי מכוח האימהות הגנטית ומי מכוח האימהות הפיזיולוגית, שכן יש בתמונה רק שני הורים ביולוגיים וגנטיים לילד. אולם כעת שומה עליי לעסוק בקצירת האומר במקרים נדירים יותר שבהם דמות האב ידועה ובשל כך ההורות הגנטית של בת הזוג שתרמה את ביציתה להולדת הילד תלויה לא אחת על בלימה בשל החשש של הכרה בהורות משולשת, שבה אעסוק בהרחבה לקמן בתת-פרק 5. דוגמה טובה לכך היא פסק דין שעסק במקרה שבו שתי לסביות עשו הסכם שבו האחת תרמה את ביציתה ואילו האחרת את רחמה להבאת הילד לעולם, לאחר שתורם זרע ידוע תרם להן את זרעו. כל השלושה עיגנו בהסכם את רצונם בהורות משותפת. לרוע המזל, גבה הר בין תורם הזרע ונושאת ההיריון לבין תורמת הביצית, והשניים

60 ראו בג"ץ 2984/17 מלכי נ' מנהל מנהל האוכלוסין במשרד הפנים (אר"ש 1.5.2022). לאזכורו ולדיון בו ראו עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 45, בפס' 9 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל; דנג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 29; מרגלית "עשור למהפכת צווי ההורות הפסיקטיים", לעיל ה"ש 29, בה"ש 76. לאחר סיום כתיבת המחקר פורסמו כמה פסקי דין נוספים בעניין. ראו, לדוגמה, עת"ם (מנהליים חי') 12718-03-23 פלונית א' נ' רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול (נבר 24.7.2023), שקבע את שתי הנשים העותרות כשתי אימהות משפטיות של הילד; עמ"ש (מחוזי ת"א) 34119-06-22 היועצת המשפטית לממשלה נ' ה"ל (אר"ש 17.1.2024), שהכיר באימהות המשפטיות של שתי הנשים, הגם שגבה הר ביניהן במהלך ההיריון ודרכיהן נפרדו.

הראשונים ביקשו לדחוק את האחרונה מתמונת ההורות המשפטית. הן בהחלטת ביניים והן בהחלטה סופית תקדימית דחה בית המשפט לענייני משפחה את בקשת העותרים והכיר גם בתורמת הביצית כאם משפטית נוספת של הילד.⁶¹ לצורך דיונו נמצאו למדים שחרף היות האימהות הגנטית נחותה ביחס לאימהות הפיזיולוגית, לכל הפחות בנסיבות המקרה שלפנינו, הוכרה אף היא לצידה של האימהות הפיזיולוגית.⁶²

3. פרשת המחל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא

(א) הדילמה בבית המשפט לענייני משפחה

בסתיו 2022 הסעירה את המדינה פרשה שפרצה כאשר במהלך היריון של אם פיזיולוגית, שנוצר בעקבות טיפולי הפריה שבוצעו בבית חולים אסותא, התברר כי אין קשר גנטי בינה ובעלה לבין העוברית שברחמה. מבירור שעשה בית החולים נמצא בסבירות גבוהה שקיים קשר גנטי בין העוברית לבין מי שנטענו אז כהורים הגנטיים (להלן: ההורים הגנטיים). בית המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשת אסותא, שאליה הצטרפו מי שסברו כי הם ההורים הגנטיים, והורה על ביצוע בדיקה גנטית מיידית, לפני הלידה, בין העוברית לבנים, באמצעות דגימה שכבר נלקחה מהעוברית. הואיל ופסק הדין עוסק רובו ככולו בהצדקת החיוב לערוך בדיקה גנטית לבחינת התאמה גנטית אפשרית בין העוברית לבין ההורים הגנטיים עוד במהלך ההיריון, קשה עד מאוד למצוא אמירות משמעותיות לדילמה המהותית של קביעת האימהות המשפטית במשפט שלמה מודרני זה. אולם יש מקום לטענה כי עצם החשיבות העקרונית שבית המשפט רואה בהתחקות אחר ההורים הגנטיים עשויה ללמד על המקום המרכזי שהוא נותן ל"קול הדם" ולאימהות הגנטית הכרוכה על עקבו. אכן, בית המשפט עומד על חשיבותה של הזכות לדעת מיהם ההורים הגנטיים של העוברית – הן עבורה והן עבורם.⁶³

61 ראו על כך, בהתאמה, תמ"ש (משפחה ת"א) 37745-03-14 **נילי נ' אורית**, פס' 25 (נבו 27.4.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 39771-07-14 **פלונית נ' אלמונית** (נבו 19.3.2019). לדחיית בקשת רשות ערעור, שבמסגרתה נדחתה בקשתה של אחת מבנות הזוג להתיר הגשת חוות דעת מטעמה, ראו רמ"ש (מחוזי ת"א) 44103-12-15 **ל"כ נ' ל"ב** (נבו 8.2.2016). בשולי הדברים אציין כי בצעד נדיר ביותר אסר בית המשפט העליון את פרסום פסק הדין האחרון. ראו על כך בע"מ 3509/19 **פלוני נ' פלונית** (אר"ש 26.5.2019).

62 לפסיקות נוספות קרובות ולדין אקדמי ראו, בהתאמה, עמ"ש (מחוזי מר) 37758-10-22 **היועצת המשפטית לממשלה נ' פלונית** (נבו 12.2.2023); אמ"ץ (משפחה ת"א) 54649-12-21 **פלונים נ' היועצמ"ש לממשלה** (נבו 16.10.2023); מרקוס "צריך" (רק) שניים לטנגו?", לעיל ה"ש 8.

63 ראו תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 44718-09-22 **אסותא ראשון בע"מ נ' פלונית**, פס' 34–36 ו-52–53 (נבו 12.10.2022). פסק דין נוסף, שדן בשתי עתירות נוספות של ארבעה זוגות ואישה יחידנית אחת בתביעה לערוך בדיקת התאמה גנטית בינם לבין הילדה שנולדה כתוצאה ממחדל ההחלפה, אשרר מסקנה זו. ראו תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 13173-11-22 **פלוני פלונית נ' אלמונית אלמוני** (נבו 7.12.2022). כנגד האמור בגוף הדברים ניתן להשיב כי תוצאות הבדיקה מהוות בסך הכל את הבסיס לדין ולנחיצותו. כלומר, יש להבדיל בין הידיעה מיהם ההורים הגנטיים לבין שאלת ההורות

על נימוק כפול זה של בית המשפט יש להעיר כי בעוד זכויות ההורים הגנטיים שרירות וקיימות כדרך שהן קיימות לכל אדם "מגמר לידתו ועד מותו", כלשונו של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הטיעון בדבר זכות העובר להתחקות אחר הוריו הגנטיים אינה כה פשוטה וטריטוריאלי. מעמדו של העובר במשפט הישראלי הוא סוגיה מורכבת וסבוכה עד מאוד, וכלל לא ברור שניתן לדבר על זכות של מי שטרם נולד. מחד גיסא, ניתן למנות לעובר אפוטרופוס עוד קודם ללידתו, הוא זכאי למזונות מן העיזבון, ואם ייוולד תוך 300 יום ממות מורישו, הוא יכול אף לרשת אותו. אך מאידך גיסא, כאמור, בררת המחל היא שכל עוד אין הוראה נוגדת, אין לו זכויות, לרבות זכות להיוולד.⁶⁴ יפה לעניין זה הקביעה הבאה: "בכל מקום שהיה המחוקק סבור, שקיימת זכות של העובר, שלמען הגנה עליה יש למנות אפוטרופוס – מוצא הדבר ביטוי מפורש בחוק".⁶⁵ אשר על כן, בעוד ניתן להסכים עם טיעונו העקרוני הראשון של בית המשפט, הטיעון השני הוא ספקולטיבי הרבה יותר, וקשה עד מאוד להיבנות ממנו בצורה נחרצת. סביב פרסומה של פרשה טרגית, כאובה ומאתגרת זו, נחלקו גם המלומדים בדילמה, באופן כללי ובפרט בנסיבות העניין, למי נתונה זכות הבכורה – לאם הגנטית⁶⁶ או לאם הפיזיולוגית.⁶⁷

(ב) הדילמה בבית המשפט המחוזי

בשל הבהילות במתן פסק הדין של בית משפט קמא מוקדם ככל האפשר, בשל הלידה ההולכת וקרבה, הגיע הערעור עליו לבית המשפט המחוזי שבוע בלבד לאחר מכן, ופסק הדין, שנכתב על ידי השופט ויצמן, ניתן כבר למחרת. האישה היולדת ובן זוגה הגישו ערעור על פסק הדין של בית משפט קמא, בטענה כי טעה כאשר הורה על קיום בדיקה גנטית לקשרי משפחה בשלב כה מוקדם, עוד קודם ללידת העוברית. לגופו של דיון

המשפטית, אשר לא בהכרח תינתן להם, כפי שטען בבית המשפט המחוזי השופט ויצמן בעניין **אסותא מחוזי משלים**, לעיל ה"ש 11, וכפי שטענה בבית המשפט העליון השופטת ברק-ארז בבע"ס 856/23 **אלמונית נ' פלונית** (אר"ש 6.3.2023) (להלן: בע"ס **אלמונית – פסק דין**).

⁶⁴ לסקירת העניין ראו, למשל, טובה שטרסברג-כהן "מעמד העובר במשפט הישראלי" **רפואה ומשפט** 8, 28 (2003); אמנון כרמי **בריאיות ומשפט** כרך א 1463 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותד עורך 2013); פנינה ליפשיץ-אבירם **איזון עדין – מבט שני על זכויות עובר בריאות בדין הישראלי: בין זכויות האישה לזכויות העובר** (2016).

⁶⁵ ע"א 413/80 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד לה (3) 57, 82 (1981). לדיון אקדמי בקביעה זו ראו יעקב מירון "התחמקות מהכרעה (שיפוט בענייני אבהות והרכב חסר) הפרקליט לח 172, 174 (1988); יוסי גרין "האם נוהל הפסקת הריון הקבוע בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?" **רפואה ומשפט** 39, 187, 192 (2008); יניב רוזנא והלל סומר "אם כל הזכויות: הזכות החוקתית לחיים" **משפט ועסקים** יט 546, 537 (2016).

⁶⁶ ראו על כך, בין היתר, רועי גילבר "בר אילן טועה. טובת הילדה מחייבת את איתור הוריה הגנטיים" **הארץ** <https://did.li/hJYCN> (26.10.2022).

⁶⁷ יחיאל בר אילן "אם מתייחסים לגוף האשה ככלי קיבול, יש מחיר לשימוש שגוי בו" **הארץ** <https://did.li/nsNaa> (24.10.2022).

מהותי הם טענו כי היה באפשרותם לפנות לוועדה להפסקת היריון לנוכח מצבה הקשה של העוברית, אך הם דחו אפשרות זו. יתר על כן, האם הפיזיולוגית סיכנה את נפשה והמשיכה לשאת את ההיריון, דבר העשוי להקנות לה את מעמד הבכורה במאבק על האימהות המשפטית על העוברית.⁶⁸ אולם בית המשפט מרחיב בפתח דבריו את מעגל הזכאים לדעת את האמת הגנטית, וכולל בו את אינטרס הציבור או למצער את כל אותם זוגות שאינם יודעים את נפשם מאז פרצה הפרשה בשל החשש שמא העוברית נוצרה ממטענם הגנטי המשותף.⁶⁹ התרת הספקות בכל הנוגע בנקודה זו היא הסעד המיטבי והמרבי שבית המשפט יכול להושיט בשלב זה. בפתח הכרעתו פונה בית המשפט לדון בשאלות שאינן נצרכות להמשך דיונו – מעמדו של בית חולים אסותא בהגשת הבקשה, אם הוכחה הסכמה מדעת לצורך בדיקה גנטית לקשרי משפחה לעובר, ומעמדו המשפטי של העובר במשפט האזרחי ובמשפט העברי.

לגופו של עניין, בית המשפט משיב בחיוב, בצורה חד-משמעית, על שאלתו הרטרורית אם יש להורות על בדיקה גנטית לקשרי משפחה כבר במהלך ההיריון, עובר ללידת העוברית. זאת, שכן אם ימצא מיהם ההורים הגנטיים שהביצית המופרית שייכת להם, אפשר שתהיה להם זכות לקבל מידע רפואי בעניינה לנוכח מצבה הרפואי הלא-פשוט לפני הלידה (ובדיעבד גם לאחריה). לפיכך האינטרס של העותרים לברר את הקשר הגנטי בינם לבין העוברית ברור, וזאת גם אם לא ניתנה הכרעה משפטית בשאלת זהותם של ההורים המשפטיים שלה. לדידו של בית המשפט, האינטרס של העוברית, הגם שהיא טרם נולדה במועד הדיון בעניינה, ברור אף הוא, שהרי גם לה, כמו ל"כל יציר אנוש", עומדת הזכות לדעת מניין היא באה ומהו מוצאה הגניאלוגי,⁷⁰ וזאת הן מטעמים בריאותיים-רפואיים, הן מטעמים דתיים-אתיים של מניעת נישואי קרובים⁷¹ והן מטעמים

68 ראו עמ"ש (מחוזי מ"ר) 16877-10-22 **פלונית נ' אסותא ראשון בע"מ**, פס' 2 ו-8 לפסק הדין של השופט ויצמן (נבו 19.10.2022) (להלן: **עניין אסותא מחוזי**). כן ראו עמ"ש (מחוזי מ"ר) 16877-10-22 **פלונית נ' אלמונית** (נבו 23.10.2022).

69 אכן, סופו הוכיח על תחילתו, וביום 7.12.2022 אישר כאמור בית המשפט לענייני משפחה לארבעה זוגות נוספים ולאשה יחידנית לערוך את הבדיקה הגנטית האמורה כדי לבחון אם הם ההורים הגנטיים של הילדה, דבר המלמד עד כמה האינטרס הציבורי, או למצער האינטרס של אלה שעברו טיפולי פוריות בבית חולים אסותא באותם תאריכים, הוא משמעותי ביותר בסוגיה זו.

70 בצד האסמכתאות הפסיקתיות הנזכרות בפסק הדין, על זכות יסוד זו של קטין לדעת מיהם הוריו ראו בכתביה הענפה של רות זפרן: **זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים 2004); רות זפרן "סודות ושקרים": על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי **משפטים** לה 519 (2005); רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" **משפחה במשפט** א 225 (2007).

71 עניין **אסותא מחוזי**, לעיל ה"ש 68, בפס' 27–28 לפסק הדין של השופט ויצמן. אכן, ביום 27.10.2022 פסק הרב הראשי לישראל, דוד לאו, כי לדידו האם הפיזיולוגית היא האם המשפטית של הילד, אולם כדי למנוע את החשש הנזכר בגוף הטקסט, יש לבדוק ממי הגיע הזרע ומיהי בעלת הביצית, על מנת לשמור שלא יהיה בעתיד חשש של גילוי עריות (אח הנושא את אחותו). לפסק המלא ראו קובי נחשוני "הרב הראשי על המחלל באסותא: 'היולדת היא אמה של התינוקת מבחינה

פסיכולוגיים-התפתחותיים.⁷² מן הראוי להעיר על סוף דבריו של בית המשפט כי אומנם טרם נדונה בשלב מקדמי זה, עוד במהלך ההיריון, שאלת מיסוד ההורות, שאותה ללא כל ספק יש למסד בהקדם האפשרי. אולם פשוט וברור לכל, לבית משפט קמא ולבית המשפט המחוזי, כי דין עריכת הבדיקה הגנטית במועד הבקשה כדין מתן זכות עמידה להורים הגנטיים ביום שבו תמוסד ההורות המשפטית על הילדה. כפי שהעירה נכונה השופטת גרדשטיין פפקין.⁷³ זו בדיוק הסיבה שעורכי הדין של האם הפיזיולוגית עשו ככל שהיה לאל ידם למנוע – או למצער לדחות – את עריכת הבדיקה הגנטית. אכן, זמן קצר לאחר מכן ילדה האם הפיזיולוגית, והיא ובן זוגה נרשמו כהורים המשפטיים של הפעוטה.

לאחר סיום כתיבת המחקר ניתן פסק דינו המשלים של בית המשפט המחוזי באותו עניין, שבו הוא הבחין, מקרב שלוש-עשרה הנשים שביקשו לבדוק אם הן האימהות הגנטיות של הילדה, בין אלה שקיים בעניינן סיכוי סביר לקשר גנטי עימה לבין אלה שנעדרו סיכוי כזה. לגבי האחרונות הוא קבע כי יש לדחות על הסף את בקשתן לביצוע הבדיקה להתאמה גנטית, ואילו לגבי הראשונות הוא פסק כי לא רק שניתן לבצע את הבדיקה, אלא שאף אין למנוע בהמשך הדרך הגשת תביעה מתאימה מטעמן בכל הקשור לכינון קשרי הורות משפטית ביחס לילדה. לדעת השופט ויצמן, שכתב את פסק הדין העיקרי, שאליו הצטרפו השופטים גורמן וגרדשטיין פפקין, יש להבחין ולפצל בין "מעגל הידיעה" לבין "מעגל ההורות", ולדידו, אין כל הכרח לעבור מהמעגל הראשון לשני. כלומר, בשלב הנוכחי יש לאפשר את בדיקת ההתאמה הגנטית בין הנשים בעלות הסיכוי הסביר למתאם, ואילו שאלת ההורות – שתעלה אם וכאשר תימצא האם הגנטית – תידון בשלב מאוחר יותר.⁷⁴

(ג) הדילמה בבית המשפט העליון

לאחר סיום כתיבת המחקר ניתנו בבית המשפט העליון כמה החלטות – האחת מהותית, עניין אלמונית נ' פלונית, והיתר טכניות יותר באופיין.⁷⁵ בית המשפט הפך את הקביעה

הלכתית" ynet (27.10.2022) <https://did.li/pJYCN>. בשל חשש זה קראתי להעדיף תרומת זרע מתורם שזהותו ידועה על תרומת זרע אנונימית. ראו על כך יחזקאל מרגלית "מ'גנבת' זרע ועד ל'יזהר התורם' – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" **דין ודברים** טז 95, 118–119, 132 (2022) (להלן: מרגלית "מ'גנבת' זרע").

72 עניין **אסותא מחוזי**, לעיל ה"ש 68, בפס' 27 לפסק הדין של השופט ויצמן.

73 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת גרדשטיין פפקין. על החשיבות האקוטית של מיסוד ההורות המשפטית סמוך ככל שניתן ללידת הילד, ראו לאחרונה נוי נעמן "תזמון ההורות במשפט – צו ההורות הפסיקטי כמקרה-מבחן" **משפט וממשל** כה 439 (2023); Noy Naaman, *Timing Legal Parenthood*, 75 ARK. L. REV. 59 (2022).

74 עניין **אסותא מחוזי משלים**, לעיל ה"ש 11, בפס' 44 לפסק הדין של השופט ויצמן. עוד על ההבחנה בין שני המעגלים ראו שם, בפס' 62 ואילך לפסק הדין של השופט ויצמן.

75 בע"ם **אלמונית – פסק דין**, לעיל ה"ש 63; דנ"א 2140/23 **פלונית נ' אלמונית** (אר"ש 8.5.2023) (להלן: דנ"א **פלונית נ' אלמונית**); בע"ם 856/23 **אלמונית נ' פלונית** (אר"ש 5.6.2023) (להלן: בע"ם

הן של בית המשפט לענייני משפחה והן של בית המשפט המחוזי, וקבע, בדעת רוב, כי אין לערוך בדיקה גנטית לקשרי משפחה לשש נשים ובני הזוג של חמש מהן. במסגרת הדיון נדרש בית המשפט לפרשנות של המונח "סיכוי סביר" לעניינו של סעיף 128(א)(1) לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, המהווה תנאי סף לביצוע בדיקה ללא הסכמת הנבדק. לצורך המשך דיונו, החלוקה שעלתה בבית המשפט המחוזי בין שני המעגלים, מעגל הידיעה ומעגל ההורות, וההבחנה בין שתי השאלות הנדונות – בחינת המתאם הגנטי ותביעת ההורות – אושרו בדעת המיעוט של השופטת ברק-ארו, אך בדעת הרוב של השופטים שטיין וגרוסקופף נמתחה עליהן ביקורת נוקבת, כמפורט בפסקה הבאה.

השופטת ברק-ארו מבקשת גם היא להפריד בין שאלת בדיקת המתאם הגנטי בשלב הראשוני לבין שאלת קביעת ההורות המשפטית בשלב מאוחר יותר, אם וכאשר תוגש עתירה בעניין. לדידה, השאלה האחרונה אינה ניצבת כלל לפתחו של בית המשפט במקרה שלפניה.⁷⁶ יתר על כן, השופטת מבקשת לדחות על הסף, כבר בשלב מקדמי זה, את האפשרות שההכרה בהורות המשפטית של האם הפיזיולוגית חוסמת כבר כעת את דרכן של הנשים המבקשות לבחון את שאלת היותן האם הגנטית של הילדה.⁷⁷ אולם לדעת הרוב, מדובר בהבחנה שהיא לא פחות מאשר "מלאכותית", שכן דורשי הבדיקה הצהירו קבל עם ועדה שאם תוצאות הבדיקה ילמדו כי הם ההורים הגנטיים, הם יקטו הליכים משפטיים לאתגור מעמדם המשפטי של האם הפיזיולוגית וכן זוגה, וידרשו הכרה בהם כהורים המשפטיים. אשר על כן, אין מנוס מחיבורם של שני המעגלים וראיתם כאחד.⁷⁸ יתר על כן, לדידו של השופט שטיין פשוט וברור שב"מעגל ההורות" האם המשפטית היא האם הפיזיולוגית.⁷⁹ לפיכך, לדידו, כבר ב"מעגל הידיעה" יש לעצור את המשך ההתחקות אחר האם הגנטית של הילדה.⁸⁰

אלמונית – החלטה; בע"מ 5982/23 **פלונת נ' פלונת** (אר"ש 6.9.2023). בקשה לדיון נוסף בעניין נדחתה בתחילה, בין היתר משום שלנוכח ייחודיות המקרה, ההלכה שנקבעה בפסק הדין ממילא מוגבלת מאוד בהשלכותיה; משום שהדיון הנוסף אינו מיועד לברר לראשונה סוגיות שלא נדונו בפסק הדין; ומשום שדיון נוסף נועד לבירור קשיותה של הלכה שנפסקה, ולא לבירור קשיותה של תוצאה קונקרטית הנובעת מפסק הדין, אף שבמקרה דנן היא אכן קשה. אולם לבסוף דחה בית המשפט העליון בר"ע בגלגול שלישי על פסק הדין שהורה על עריכת בדיקה גנטית לאחד מהזוגות שקיבלו טיפולי פוריות באסותא. זאת, לנוכח התשתית העובדתית החדשה שהונחה לפני הערכאות קמא, בדמות דוח עדכני של ועדת בדיקה שלפיו המשיכים הם "בעלי הסיכויים הגבוהים ביותר" להימצא כבעלי קשר גנטי לקטינה.

76 בע"מ **אלמונית – פסק דין**, לעיל ה"ש 63, בפס' 44–45 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו. השוו לדבריה שם, בפס' 95 ועוד.

77 שם, בפס' 48 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו. השוו לדבריה שם, בפס' 49–50.

78 שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט שטיין.

79 שם, בפס' 21 ו-28 לפסק הדין של השופט שטיין. השוו לדברי השופטת ברק-ארו, המכירה אף היא בחשיבותה של האימהות הפיזיולוגית אך מתנגדת בסופו של יום למסקנתו הנחרצת של השופט שטיין. ראו על כך, בהתאמה, שם, בפס' 49–50 ו-105.

80 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט שטיין. לדיון ראשוני בפסק הדין ראו מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 30, ה"ש 27; Yehezkel Margalit, *Technological*.

פרק ג: האימהות הפיזיולוגית בראי המשפט המשווה והמשפט העברי

1. המשפט המשווה

שני סכסוכים מפורסמים מאוד סביב הסכמים לנשיאת עוברים התגלעו בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת בארצות הברית. אולם גם שתי הפסיקות שניתנו באותן פרשות מרכזיות אינן מלמדות אותנו הרבה על אודות הדילמה אם יש להעדיף את האימהות הפיזיולוגית או את זו הגנטית. הפרשה הראשונה מבין השתיים, פרשת *Baby M*, עוררה בשעתה סערה תקשורתית, חברתית ומשפטית,⁸¹ ולכן אסתפק בתיאור קצר של עובדות המקרה ומסקנותיו. דובר בסכסוך משפטי שהתגלע לראשונה בארצות הברית סביב הסכם פונדקאות בין האם הנושאת *Whitehead*, שהייתה גם האם הגנטית ("פונדקאות חלקית"), לבין בני הזוג המזמינים *Stern* (יהודים, כמובן). בפברואר 1985 נחתם החוזה ביניהם, שקבע כי האם הנושאת תמסור את הילד לאחר הלידה להורים המזמינים, ותעשה את כל הנדרש כדי לנתק את זיקת האימהות שלה אליו, כדי שהאם המזמינה, שלא הייתה אם פיזיולוגית וגם לא אם גנטית, תוכל לאמצו. החשיבות והמרכזיות של המקרה טמונות בהעלאה אל פני השטח של המורכבות בקביעת אימהות משפטית, בפרט במקרה הייחודי של תרומה כפולה של הפונדקאית – פיזיולוגיה וגנטיקה. באופן תקדימי נקבע כי חוזה הפונדקאות אינו תקף, וכי אי-אפשר לשנות את מעמדה של האם היולדת בהסכם, ולכן האם הפיזיולוגית נקבעה כאם המשפטית של

Solomonic Dilemmas—Embryo Mix-Up in Israeli and Jewish Perspectives, in EMERGING TECHNOLOGIES—CONVERGING THEOLOGIES: MULTIDISCIPLINARY CONSIDERATIONS FOR HUMAN FUTURES (Jessica Giles ed., forthcoming 2025). לאחר שליחת המאמר לפרסום התפרסמו גם שלושת המאמרים הלועזיים הבאים המתייחסים לפרשה: Shelly Simana, Vardit Ravitsky & I. Glenn Cohen, *The Misplaced Embryo: Legal Parenthood in 'Embryo Mix-Up' Cases*, J. MED. ETHICS (2023), <https://doi.org/10.1136/jme-2023-109401>; J. David Bleich, *Survey of Recent Halakhic Literature: Horton Hatches the Egg, Who Raises the Chick?: Maternal Identity, Custody, and the Israeli Courts*, 55(4) TRADITION 78 (2023); Anar Murphy & Michael Collins, *Legal Case Study of Severe IVF Incidents Worldwide: Causes, Consequences, and High Emotional, Financial, and Reputational Costs to Patients and Providers*, 3(3) N. AM. PROC. GYNECOLOGY & OBSTETRICS (2024), <https://doi.org/10.54053/001c.118936>.

⁸¹ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988). עדות לכך היא שפסק דין זה מאוזכר בעשרות רבות של פסקי דין שבאו בעקבותיו ובמאות מאמרים אקדמיים, דוגמת הספרות המנחה הבאה: Anita L. Allen, *Privacy, Surrogacy, and the Baby M Case*, 76 GEO. L.J. 1759 (1988); Carol Sanger, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, 30 HARV. J.L. & GENDER 67 (2007); Elizabeth S. Scott, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, 72(3) LAW & CONTEMP. PROBS. 109 (2009).

הילד. בבית משפט קמא נפסק כי האם המיועדת תקבל את המשמורת ואילו האם הגנטית והפיזיולוגית תקבל במקביל זמני שהייה.⁸² באפשרות לנתק בין קביעת המשמורת הפיזית לבין זכויות הביקור, כפתרון אפשרי הממצע בין תביעות האימהות של האם הפיזיולוגית ושל האם הגנטית, אשוב לעסוק בהרחבה לקמן בתת-פרק 3. כך או כך, הואיל ובמקרה זה האם הנושאת הייתה גם האם הגנטית, אי-אפשר להקיש מדיון מרכזי זה לגבי מושא דיוננו – כיצד יש להכריע בין השתיים.

הפרשה השנייה, *Johnson v. Calvert*,⁸³ עסקה אף היא בסכסוך שהתגלע בין ההורים המזמינים לבין האם הנושאת, לאחר שנחתם ביניהם חוזה פונדקאות שלפיו בני הזוג ייתנו ביצית מופרית שלהם שתושל ברחמה של האחרונה, והם יהיו ההורים המשפטיים של היילוד. לאחר שהאם הנושאת נכנסה להיריון, הלכה מערכת היחסים בין הצדדים והידרדרה, עד שהאם הנושאת תבעה להותיר את היילוד בחזקתה, בעוד שההורים המזמינים תבעו להכיר בהם כהורים המשפטיים. לבסוף נפסק כי אומנם, על פני הדברים, החוק המדינתי בקליפורניה (The Uniform Parentage Act, Cal. Civ. Code §§ 7000–721) ((repealed 1994) קובע כי שתי הנשים יכולות להיות אם משפטית של הילד – המזמינה בשל היותה אם גנטית והנושאת בשל היותה האם הפיזיולוגית – אולם במקרה זה האם המזמינה/הגנטית תהיה האם המשפטית, לנוכח כוונתה, רצונה והסכמתה הראשונה להיות כן. צידו האחר של המטבע היה הפסקה לאלתר של זכויות הביקור שניתנו לאם הנושאת בערכאה הראשונה. וכך קובע בית המשפט העליון של קליפורניה:

"We conclude that although the Act recognizes both genetic consanguinity and giving birth as means of establishing a mother and child relationship, when the two means do not coincide in one woman, she who intended to procreate the child—that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own—is the natural mother under California law".⁸⁴

82 עניין *In re Baby M*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 453, 457 ו-466.

83 Eric A. Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (Cal. 1993). לדיון אקדמי בפסק דין זה ראו, בין היתר, Gordon, *The Aftermath of Johnson v. Calvert: Surrogacy Law Reflects a More Liberal View of Reproductive Technology*, 6 ST. THOMAS L. REV. 191 (1993); Jeffrey M. Place, *Gestational Surrogacy and the Meaning of "Mother": Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), 17 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 907 (1994); Mark Rose, *Mothers and Authors: Johnson v. Calvert and the New Children of Our Imaginations*, 22 CRITICAL INQUIRY 613 (1996).

84 פסק דין *Johnson v. Calvert*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 93. לעיקרון זה אף לתוצאה הפוכה, שלפיה יש להכיר ביסוד הכוונה וההסכמה כגובר על היסוד הגנטי, ולכן האם הפיזיולוגית תהא האם המשפטית, לאור כוונתה לגדל את הילד, תוך דחיית ההורות הגנטית של בעלת הביצית, ראו, למשל, McDonald v. McDonald, 608 N.Y.S.2d 477 (App. Div. 1994); *In re C.K.G.*, 173 S.W.3d 714 (Tenn. 2005). הלשון המלאה של פסק דין *Johnson v. Calvert*, לעיל ה"ש 83, לרבות הציטוט, נמצאת

שוב נמצאנו למדים אם כן על שוויון אפריורי מהותי בין האם הגנטית לאם הפיזיולוגית, שאותו הצליח בית המשפט להכריע רק על יסוד מערכת הכוונות, ההסכמות והרצונות הראשוניים של הנשים המעורבות בהליך. אכן, באפשרות לעשות שימוש בקביעת הורות משפטית בהסכמה ככלי להכרעה בין תביעת אימהות של האם הפיזיולוגית לבין זו של האם הגנטית אעסוק בהרחבה לקמן בתת-פרק 2.

סכסוכים דומים לזה שהתרחש בארץ בפרשת המחדל של החלפת העוברים באסותא ניתן למצוא מעט במדינות שונות בעולם, ובשכיחות רבה יותר בארצות הברית. אולם רובם המכריע של פסקי הדין באותן פרשות עסקו יותר בהיבטים נזיקיים, ופחות בשאלה המהותית של הכרעה בין שני דפוסי האימהות. לחלופין, הצדדים הגיעו להסכמה שלא הצריכה הכרעה שיפוטית, ולכן גם מהם אי-אפשר להיבנות לנידון דין. בארצות הברית ניתן להצביע על שני פסקי דין שניתנו בנושא כבר בשנות השמונים והתשעים,⁸⁵ אך אין ספק שפסק הדין המשמעותי ביותר הוא *Perry-Rogers v. Fasano*, שניתן בשנת 2001.⁸⁶

התובעים, *Perry-Rogers*, התחילו באפריל 1998 טיפולי פוריות במרכז רפואי בניו יורק. בטעות הוחזרה ביצית מופרית שלהם לרחמה של *Fasano*. בסוף מאי אותה שנה יודעו שני הזוגות על אודות הטעות, ובסוף דצמבר נולדו שני תאומים השייכים לשני גזעים שונים – האחד לבן, בדומה לבני הזוג הנתבעים, והשני שחור, שאכן הוכח כי היה בנם הגנטי של התובעים. כאשר גילו התובעים את דבר הלידה של מי שעשוי להיות בנם הגנטי, הם הגישו תביעה נגד הנתבעים. חרף הסכמת הנתבעים עם התובעים שהאחרונים יקבלו את משמורת הילד ואילו הם יקבלו זמני שהייה נרחבים עימו, כאשר הגיע הילד לידי התובעים, הם בחרו להפר את החוזה. זאת, בשל טענתם כי הסכמתם לזכויות המפגש של הנתבעים עם הקטין לא הייתה רצונית. בהתדיינות בבית המשפט של ערעור דווקא גיבה אותם בית המשפט, בטוענו:

כאן: *SURROGACY: California Supreme Court Decision in Johnson v. Calvert*, 31 FAM. & CONCIL. CTS. REV. 482, 487 (1993). ציטוט זה מאוזכר ונדון במאות מאמרים אקדמיים שונים, שהמרכזיים מביניהם הם: David D. Meyer, *Parenthood in a Time of Transition: Tensions Between Legal, Biological, and Social Conceptions of Parenthood*, 54 AM. J. COMPAR. L. 125, 135 (2006); Carla Spivack, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, 58 AM. J. COMPAR. L. 97, 103 (2010).

85 הראשון מביניהם, והכמעט-לא-ידוע, ניתן בשנת 1987 ועסק בבני הזוג *Skolnick*, ואילו השני, שניתן בשנת 1998, היה *Harnicher v. Univ. of Utah Med. Ctr.*, 962 P.2d 67 (Utah 1998).

86 ראו את פסקי הדין בשתי הערכאות: *Perry-Rogers v. Fasano*, 715 N.Y.S.2d 19 (App. Div. 2000) (להלן: עניין *Perry-Rogers v. Fasano*); 754 N.E.2d 199 (N.Y. 2001). כן ראו את הדיונים הבאים על אודותיהם: Spivack, לעיל ה"ש 84, בעמ' 105–106; Leslie Bender, *Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, & Law*, 12 COLUM. J. GENDER & L. 1 (2003); Hillary L. Berk, *The Legalization of Emotion: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor*, 49 LAW & SOC'Y REV. 143, 146 (2015).

"In the present case, any bonding on the part of Akeil to his gestational mother and her family was the direct result of the Fasanos' failure to take timely action upon being informed of the clinic's admitted error. Defendants cannot be permitted to purposefully act in such a way as to create a bond, and then rely upon it for their assertion of rights to which they would not otherwise be entitled. Nor may the parties' visitation agreement form the basis for a court order of visitation".⁸⁷

יושם אל לב כי במקרה זה כבר מימשו שני זוגות ההורים את זכותם להורות, בניגוד למקרה שבמרכז דיוננו, שבו שלילת ההכרה באימהות המשפטית של אחד הזוגות משמעה פגיעה בזכותם להורות. כמו כן, פסק הדין ניתן לפני קרוב לשנות דור, כאשר האימהות הגנטית הייתה דומיננטית מאוד; כיום, עם התחזקות האימהות הפיזיולוגית, ייתכן שההחלטה הייתה מוכרעת לטובת האחרונה.

בשנות האלפיים התפרסמו רק שני פסקי דין נוספים בנושא זה,⁸⁸ אך בעשור האחרון התפרסמו עוד כמה מקרים דומים. אחד מהם הוא *Manukyan v. CHA Health Sys.*⁸⁹, שבו נדונה תביעה של בני זוג שאחד מהעופרים שלהם הושלל ברחמה של אישה אחרת. השניים תבעו לקבל את התינוק לידיהם בתביעת הביאס קורפוס, ומבוקשם ניתן להם. זאת, בצד גילויים שגם התינוק הנוסף שנולד להם לא היה "שייך" להם גנטית, אלא לזוג שלישי אחר. מחוץ לארצות הברית ניתן להצביע על שני מקרים נוספים שהתרחשו באנגליה, שם הופרטה בטעות ביצית של אישה בזרע של גבר זר, ולא של בן זוגה. מסקנתו המפתיעה-משהו של בית המשפט באנגליה להכיר בהורות של ההורה הגנטי כהורה שלישי, נוסף על שני בני הזוג שלהם נולדו התאומים, תידון לקמן בתת-פרק 5.9.⁹⁰

87 עניין *Perry-Rogers v. Fasano*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 18.

88 הראשון הוא *Ascher v. Andrews v. Keltz*, 838 N.Y.S.2d 363 (Sup. Ct. 2007), והשני הוא *Kao*, No. CGC-09-492527, 2009 WL 2980676 (Cal. Super. Ct. Dec. 15, 2009). גם העיסוק האקדמי בו דל עד לא קיים בכלל.

89 *Manukyan v. CHA Health Sys.*, 19STCV23892, 2019 LA Super. Ct. לדיון בפרשה זו ראו, למשל, *Melody A. Rasouli, Christopher P. Moutos & John Y. Phelps, Liability for Embryo Mix-Ups in Fertility Practices in the USA*, 38 J. ASSISTED REPROD. & GENETICS 1101 (2021).

90 מדובר בפסק דין 1 [2003] EWHC 259 (QB), *Leeds Teaching Hosps. NHS Tr. v. A* [2003] FLR 1091 (Eng.) (להלן: עניין *Leeds*). נוסף על כך, במקרה שהתרחש בסינגפור (*ACB v. Thomson Med. Pte Ltd.* [2017] SGCA 20 (Sing.)) נדון ההיבט הנזיקי, שאינו מענייננו, ולכן לא נאריך בדיון אם ההורים שעובריהם הוחלפו זכאים לשיפוי בגין הנזקים שנגרמו להם עקב גידול ילד שהם לא התכוונו כלל להביאו לאוויר העולם. במקרה השלישי, המוכר פחות, שקרה באירלנד (*A & B v. A Health & Soc. Servs. Tr.* [2010] NIQB 108 (N. Ir.); *A & B v. A Health & Soc. Servs. Tr.* [2011] NICA 28 (N. Ir.)), נסב הדין על אודות תביעת ההורים הלבנים שהביצית

2. המשפט העברי

לקביעה כי אישה מסוימת היא אמו ההלכתית של ילד יש השלכות רבות הן ברובד האיסורי – אם הוא יהודי בכלל, אם מותר לו להתחתן עם בתה של אותה אישה וכדומה – והן ברובד הממוני, קרי, אם הוא יורש את האישה כבנה החוקי, אם היא חייבת במזונותיו (ככל שאישה חייבת מבחינה הלכתית בחיוב כזה) ועוד. למיטב ידיעתי ובדיקתי, הדיונים ההלכתיים בתחום זה נערכו רובם ככולם כאשר הנושא שעמד לדיון הוא המעמד האישי – אם היילוד הוא יהודי, וממילא אם הוא יכול להתחתן כדת משה וישראל. לפיכך אמקד את דיוני במצב שבו האם הגנטית, תורמת הביצית, או לחלופין האם הנושאת, האם הפיזיולוגית, אינה יהודית, ובדילמה המתעוררת אז אחר מי מהן יתייחס הילד וממילא אם הוא יצטרך גיור. יודגש: הדיון במשפט העברי ילמדנו כי אין קביעה הלכתית ברורה בעניין, כפי שאין הכרעה כזו במשפט הישראלי. ובכל זאת, את הספק השקול ההלכתי והמשפטי הזה, שבו כפות המאזניים מעוינות ואי-אפשר להכריע לכאן או לאן, ניתן לפתור לטעמי, בין היתר, באמצעות הדוקטרינה של קביעת הורות משפטית בהסכמה, כפי שיובא בקצירת האומר ברובד ההלכתי בסוף התת-פרק הזה, וכפי שיורחב בפרק הבא בהקשר של המשפט האזרחי.

ראשית, לטובת הקורא שאינו בקיא ברזי המשפט העברי, אקדים ואסכם בקצרה כיצד נקבעת אימהות הלכתית. שאלה זו לא עלתה כמעט בספרי הפוסקים, הואיל ועד לעת הנוכחית הן היסוד הגנטי והן היסוד הפיזיולוגי התקיימו תמיד באישה אחת. אך כיום, בעקבות האפשרות להפריה חוץ-גופית, לתרומת ביצית ולהסכמים לנשיאת עוברים, יש לדון בשאלה מהו היסוד ההלכתי המכריע – שמא יהא זה היסוד הגנטי, שאז תורמת הביצית תיקבע כאם ההלכתית של הילד, או דווקא היסוד הפיזיולוגי, שאז האם הנושאת היא שתיקבע כאם ההלכתית. כדרכה של הלכה, בשל העדר מסורת הלכתית קדומה בעניין והרגישות ההלכתית והחברתית הרבה של דילמה זו, ניתן למצוא את כל קשת הדעות האפשריות: חלק מפוסקי ההלכה מצדדים בקביעת האימהות על פי היסוד הפיזיולוגי, תוך דחיית היסוד הגנטי;⁹¹ אחרים סוברים כי יש הקבלה מלאה בין קביעת אימהות לקביעת אבהות, ולכן היסוד הגנטי הוא הראוי לקביעת אימהות הלכתית, והיא

המופרית שלהם הוחלפה בטעות ונולד להם ילד כהה עור. בית המשפט דחה את התביעה, שהוגשה בראשי הנזק של נזק אישי, אוברדן ונזק (personal injuries, loss and damage). לסקירה משלימה של המשפט המשווה ראו בע"ם אלמונית – פסק דין, לעיל ה"ש 63, בפס' 54–60 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

91 עם אלה ניתן למנות, בין היתר, את הפוסקים הבאים: זלמן נחמיה גולדברג "יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת" תחומין ה' 248 (התשמ"ד); אברהם יצחק הלוי כלאב "מיהי אמו של ילוד, ההורה או היולדת" תחומין ה' 260 (התשמ"ד); מרדכי רלב"ג "יחוס ולד הנולד על ידי הזרעה מלאכותית" תחומין כד' 139 (התשס"ד); משה הרשלר "תינוק מבחנה בהלכה" תורה שבעל פה כה, קכד, קכח (התשמ"ד) (=משה הרשלר "בעיות הלכה בתינוק מבחנה" הלכה ורפואה א, שז, שטז (משה הרשלר עורך 1980)); אליעזר יהודה וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק שמיני, סי' מ.

נקבעת כבר במועד ההפריה;⁹² וניתן למצוא דעות שלפיהן, מחד גיסא, אין העובר שנולד בדרך מלאכותית זו מיוחס אחר מי משתי אימהות אלו, ומאידך גיסא, מחמת הספק ולנוכח הקשר הייחודי שנוצר בין היילוד לאמו הגנטית וגם לאמו הפיזיולוגית, ראוי לקבוע כי ליילוד זה יהיו שתי אימהות – הגנטית והפיזיולוגית, וזאת בין שנגרוס כי זהו ספק שקול ולכן יש לחוש לחומרה בלבד⁹³ ובין שנגרוס כי הילד מתייחס אחר שתייהן גם יחד לכל דבר ועניין.⁹⁴ ספק שקול זה מצוי גם כיום הן בפסיקת ההלכה, הן בפסיקת בתי הדין הרבניים והן בספרות המחקר.⁹⁵

92 אבי עזרי, הלכות איסורי ביאה יח, ג, ד"ה "אולם" (הוצאה שלישית עם הוספות ותיקונים, התש"ל); שלמה גורן **תורת הרפואה: מחקרים הלכתיים בנושאי רפואה** 176–177 (התשס"א) – דעת הלכתית שפרסם לראשונה בשם "השתלת עוברים לאור ההלכה" בעיתון **הצופה** בתאריך י"ד באדר א', התשמ"ד (17.2.1984); משה סולובייצ'יק "בדין תינוק המבחנה" **אור המזרח** כט 122, 126 (1981); יעקב אריאל **שו"ת באהלה של תורה** 348, 352–355 (התשנ"ח) (=יעקב אריאל "הפרייה מלאכותית ופונדקאות" **תחומין** טז 171 (התשנ"ו)); יהושע בן-מאיר "הפרייה מבחנה – ייחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית" **אסיא** מא 25 (התשמ"ו) (להלן: בן-מאיר "הפרייה מבחנה"); לוי "הלפרין **ספר זכרון חזון ישעיהו** קכה, קלו (התשנ"ג); זלמן נחמיה גולדברג "קביעת אמהות: בשולי הדברים" **תחומין** ה 268 (התשמ"ד); דבריו של יוסף ש' אלישיב, כפי שהובאו אצל אברהם-סופר אברהם **נשמת אברהם: הלכות חולים רופאים ורפואה על ארבעת חלקי השולחן ערוך** כרך ד: חלק חושן משפט, יט–כ (מהדורה שנייה מורחבת 2007) (להלן: אברהם **נשמת אברהם**); עזרא ביק "ייחוס אמהות בהשתלת עוברים" **תחומין** ז 266 (התשמ"ו); Ezra Bick, *Ovum Donations: A Rabbinic Conceptual Model of Maternity*, 28(1) TRADITION 28 (1993) (=JEWISH LAW AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 83 (Emanuel Feldman & Joel B. Wolowelsky eds., 1997); ישראל זאב מינצברג "ייחוס הילוד" **נעם: במה לבירור בעיות בהלכה** ספר ראשון קכט (התשי"ח).

93 כדעת זאב לב "בעניין ילוד מאם פונדקאית" **אור המזרח** לו 133, 150 ו-167 (התשמ"ט); ישראל לאו **שו"ת יחל ישראל** חלק א, סימן כט (התשנ"ב). הסתפק בעניין זה גם שלמה אוירבך, שדבריו הובאו אצל אברהם **נשמת אברהם**, לעיל ה"ש 92.

94 כדעת החזון איש **עורלה** ב, טו; יב, ד; יורה דעה קטז, א; יהושע בן-מאיר "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה" **אסיא** מז–מח 80, 86–87 (התש"ן); וכן Bleich בכתובה הלכתית ענפה ביותר: J. David Bleich, *Survey of Recent Halakhic Periodical Literature: In Vitro Fertilization: Questions of Maternal Identity and Conversion*, 25(4) TRADITION 82 (1991); 4 J. David Bleich, *CONTEMPORARY HALAKHIC PROBLEMS* 237, 237–272 (1995). לסיכום הדעות במחלוקת זו ראו בן-מאיר "הפרייה מבחנה", לעיל ה"ש 92, בעמ' 39–40, וכן שפע המקורות המובאים אצל אברהם שטיינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית: הרופא, החולה והרפואה – באספקלרית ההלכה ומחשבת ישראל** כרך ב 856–869 (מהדורה חדשה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, אברהם שטיינברג עורך התשס"ו); תהילה בארי **טהור ממזרים נוכח הקידמה הרפואית בחינה מחודשת לאור עקרונות היסוד בסוגיית הממזר** 98–107 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן התשס"ו).

95 ראו, בהתאמה, אריה כ"ץ "עוד על ייחוס הוולד בתרומת ביצית ובפונדקאות" **אסיא** קיג–קיז 73, 73 (התשע"ט) (=אריה כ"ץ **שו"ת שאגת כהן: דרכי פסיקה, אבן העזר** כרך א 96 (התש"ף) (להלן: כ"ץ **שאגת כהן**)); ת' (גדול) 1174963/1 **פלונית** (נבו 28.3.2022) (להלן: ת' **פלונית**); מרדכי הלפרין

יודגש: אין זה חוסר יכולת להכריע בעוד מחלוקת הלכתית תאורטית גרידא. מדובר בספק הלכתי שקול במחלוקת יישומית, שתוצאותיו קשות ביותר הלכה למעשה, כך שבכל מקרה שבו האם הגנטית, תורמת הביצית, או האם הפיזיולוגית, האם הנושאת, אינה יהודייה, יצטרך הילד לעבור גיור (גם אם לחומרה בלבד). הדבר גורם, בין היתר, לכך שבתי דין רבניים שונים אינם מסתמכים על הצהרת תורמת הביצית שהיא יהודייה כפי הרשום במרשם האוכלוסין, אלא דורשים ממנה לעבור הליך בירור יהדות, גם אם מקל.⁹⁶

אולם, גם אם הלכה למעשה הפוסקים ובתי הדין הרבניים חוששים לפסוק בצורה דיכוטומית בשאלה אם האם ההלכתית היא האם הפיזיולוגית או האם הגנטית, סבורני שדעת רוב פוסקי ההלכה נטתה ונוטה לראות באם הפיזיולוגית את האם ההלכתית. אבישלוס וסטרייך טען כי ניתן לראות תנועת מטוטלת בעניין – צידוד באם הפיזיולוגית בעבר, וכיום תחילת חזרה לתובנה זו לאחר שבשנים האחרונות נטען כי יש לצדד דווקא באם הגנטית.⁹⁷ אני, כשלעצמי, סבור כי זו הייתה נטייתם של רוב פוסקי ההלכה מאז ומעולם; בשנים האחרונות, בשל נימוקים טכניים ולא מהותיים, נשמע יותר ברמה קולם של המצדדים באם הגנטית, אך הלכה למעשה "משנה ראשונה לא זוהי ממקומה".⁹⁸ ניתן לתמוך את דבריי הן בפסק המפורש שנתן הרב הראשי לשעבר דוד לאו בפרשת המחדל של החלפת העופרים בבית חולים אסותא והן בניתוח מעמיק יותר של פסק הדין המנחה העדכני של בית הדין הרבני הגדול לערעורים, שם שני הדיינים שישבו על מדין ופירטו את דעתם, איגרא ולוז-אילוז, ציינו מפורשות את נטיית ליבם לצדד באם הפיזיולוגית כאם ההלכתית, גם אם נמנעו מלקבוע מסמרות בעניין הלכה למעשה.⁹⁹

כך או כך, עושה רושם שספק הלכתי שקול זה עתיד להמשיך ללוותנו לאורך ימים ושנים. האם ניתן להציע הצעת פשרה או גורם מכריע שלא יותיר את כפות המאזניים מעוינות? וסטרייך הציע בכתיבתו הענפה בתחום כי ניתן לפצל את קביעת האימהות

רפואה, מציאות והלכה – ולשון תקמים מרפא 295 (2011). על חוסר היכולת להכריע בסוגיה זו עמד גם אברהם וינרוט "הורות פיזיולוגית מול הורות גנטית – האם יש תשובה לכל שאלה?" פרשת השבוע 528 (פרשת שמות התשפ"ג).

96 ראו על כך מיכאל ויגודה וירדנה (קופ"יוסף) בודנהימר "בירור יהדותה של תורמת ביצית – חוות דעת הלכתית" אסיא קטו–קטז 23 (התש"ף); אריה כץ "יהדותו של הנולד מתורמת ביצית שרשומה כיהודיה במרשם האוכלוסין" תחומין מ 263 (התש"ף); אבישלוס וסטרייך ואברהם סתיו "גיור ילדים שנולדו מתורמת ביצית או פונדקאות של גויה" תחומין מא 167, 168–169 ו-177 (התשפ"א).

97 אבישלוס וסטרייך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים: היבטים הלכתיים ומשפטיים" אסיא קכה–קכו 7 (התשפ"ג) (להלן: וסטרייך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים").

98 לתיאור תנודתה של פסיקת ההלכה בעניין ראו, בעיקר, צבי רייזמן ספר רץ כצבי: אסופת מאמרים פרקי מחקר ועיון: פוריות, יוחסין, אישות חלק א, לט–נד (התשע"ו); אריה כץ "ייחוס הוולד בתרומת ביצית" אסיא צט–ק 101 (התשע"ו); אריה כץ "ייחוס הוולד בתרומת ביצית – השלמה לדיון על שיטת הגר"ע יוסף" אסיא קא–קב 85 (התשע"ו).

99 ראו על כך את קביעותיהם בגוף פסקי דינם. כן ראו את הניסיון של אריה כץ להוכיח כי האם הפיזיולוגית היא האם ההלכתית בספרו כץ שאגת כהן, לעיל ה"ש 95, בעמ' 74 ו-97.

ההלכתית לעניינים שונים, ואין צורך לקבוע מסמרות בקביעה הלכתית דיכוטומית וקוהרנטית לכלל ההיבטים והעניינים.¹⁰⁰ תימוכין לאפשרות מחודשת זו הוא מוצא בדבריו של ד"ר בית הדין הרבני הגדול לערעורים לוז-אילוז, אשר כתב על אפשרות זו כבר בשנת 2015, והוסיף והחזיק בשיטה זו גם בפסק הדין המנחה האמור.¹⁰¹ אולם על הצעה זו נמתחה ביקורת נוקבת על ידי יהושע בן-מאיר, אשר דחה מכל וכל אפשרות בתוך ההלכה היהודית לקבוע הורות שאינה מהותית, אלא פונקציונלית המשתנה מעניין לעניין.¹⁰²

אכן, כל מי שמצוי ברזי המשפט העברי יודע עד כמה מדובר בשיטת משפט פורמליסטית, אשר נוטה לקביעות מהותיות רוחביות ואינה ממחרת לאמץ אל חיקה קביעה תלוית נסיבות.¹⁰³ כדי לחמוק מביקורת נוקבת זו, ברצוני לשוב ולהעלות את ההצעה שעלתה בשנים האחרונות בספרות המחקר בארץ ובעולם, ואשר אעמוד עליה בהרחבה לקמן בתת-פרק 2, לעשות שימוש בקביעת הורות משפטית בהסכמה כדי להכריע את הספק ההלכתי בדילמת קביעת האימהות ההלכתית. לפי הצעה זו, לנוכח

100 וסטרייך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים", לעיל ה"ש 97. כן ראו את כתיבתו הענפה בעניין: Avishalom Westreich, *Changing Motherhood Paradigms: Jewish Law, Civil Law, and Society*, 28 HASTINGS WOMEN'S L.J. 97 (2017); AVISHALOM WESTREICH, ASSISTED REPRODUCTION IN ISRAEL: LAW, RELIGION AND CULTURE 37–56 (2018); Avishalom Westreich, *Surrogacy and Egg Donation in Israel: Legal Arrangements, Difficulties, and Challenges*, in FUNDAMENTAL LEGAL PROBLEMS OF SURROGATE MOTHERHOOD: GLOBAL PERSPECTIVE 269 (Piotr Mostowik ed., 2019). עליה ניתן להוסיף גם את המקור הבא: אבישלום וסטרייך "אמא יש רק שתיים: משפט שלמה יכול לסייע בפרשת החלפת העוברים?" **מכון שלום הרטמן** (<https://did.li/i9STY>) (23.10.2022) (להלן: "אמא יש רק שתיים").
101 ראו על כך, בהתאמה, ת' (אזורי ב"ש) 1014227/2 **פלוני נ' פלונית** (נבו 25.5.2015); ת' **פלונית**, לעיל ה"ש 95.

102 יהושע בן-מאיר 'תגובה למאמרו של פרופ' אבישלום וסטרייך 'הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים: היבטים הלכתיים ומשפטיים' **אסיא** קכב–קכו 18 (התשפ"ב). לתשובתו של וסטרייך לתגובה זו ראו אבישלום וסטרייך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים: תשובה לרב יהושע בן-מאיר" **אסיא** קכב–קכו 22 (התשפ"ב) (להלן: "תשובה לרב יהושע בן-מאיר"). בשולי הדברים מעניין שבן-מאיר טוען כי גישתו של לוז-אילוז אינה "חדשנית", שכן הוא עצמו (בן-מאיר) עמד על עניין זה בכתיבתו. ראו על כך Yehoshua Ben-Meir, *Legal Parenthood and Genetic* (1993) 12 JEWISH L. ANN. 153; יהושע בן-מאיר "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה" **ספר אסיא: מאמרים, תמציות וסקירות בענייני רפואה והלכה** כרך שמיני 73 (מרדכי הלפרין וירוחם פרינר (פיירברגר) עורכים התשנ"ה); יהושע בן-מאיר **מפקודין אתבונן: מאמרים** 336–337 (בועז אופן עורך התשע"ח).

103 ראו, לדוגמה, את השימוש המרובה הנעשה בטרמין "פורמלי", על הטייתו השונות, בחיבור אבישלום וסטרייך **הזכות לגירושין: גירושין ללא אשם במסורת היהודית** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2014). לדיון בהקשר של טיפולי פוריות בהלכה היהודית, ולעמידה על כך שדווקא פורמליזם מאפשר גמישות הלכתית ואילו מהותנות מוליכה דווקא לשמרנות ולהסתגרות, ראו אבישלום וסטרייך "על פורמליזם גמיש ומהותיות ריאליסטית – עיון בפולמוס ההפריה המלאכותית" **דיני ישראל** לא 157 (התשע"ז).

הספק ההלכתי השקול, ניתן ואפשר להכניס את הגורם של רצונם, הסכמתם וכוונתם של הצדדים הראשוניים ככלי להכרעה דיכוטומית וקהרנסית בשאלה מי תיקבע כאם ההלכתית – האם הפיזיולוגית או האם הגנטית. כדי לעמוד נכונה על המשמעות וההשלכות של אפשרות מחודשת זו, יש צורך להמתין לתיאורה של אפשרות זו בתת-פרק ה-2.104

פרק ד: אימהות פיזיולוגית מול אימהות גנטית

לטעמי, בעימות בין האימהות הפיזיולוגית לאימהות הגנטית, דוגמת זה שפרץ בעקבות מחדל החלפת העוברים, יש לבכר באופן עקרוני את הראשונה, וזאת ממנעד טעמים, שאסוקור אותם כעת בקצירת האומר. חשיבות הפיזיולוגיה לקביעת האימהות המשפטית היא מסורתית ועתיקת יומין, ויש לא מעט טיעונים המצדדים בה בספרות המחקר הן בארץ והן בעולם.¹⁰⁵ כדי שלא לכפול את הדברים וכדי שלא יהיה הנייר חסר, אסתפק במניית הנימוקים הבאים בקליפת אגוז בלבד. ראש לכול, אין כל ספק שתרומתה של האישה שנשאה את העובר ברחמה במהלך ההיריון כולו, ואף ילדה אותו בסופו של יום, היא עצומה, שהרי היא הסיבה בלתי איוו להבאת הילד לאוויר העולם. הדברים הם בבחינת קל וחומר מקום שהאם הנושאת מתעתדת להיות האם החברתית של הילד. לכן היסוד הפיזיולוגי, ולא הגנטי, הוא האמור לקבוע את האימהות המשפטית. בעניין זה

104 מרגלית "הורות הלכתית", לעיל ה"ש 43, ליד ה"ש 126. על קביעת ההורות ההלכתית ועל האפשרות שהיא תכיר, ברמה כזו או אחרת, בקביעת הורות משפטית בהסכמה ראו YEHEZKEL MARGALIT, THE JEWISH FAMILY: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW 140–142, 150–151 (2017); Yehezkel Margalit, *Towards Establishing Parenthood by Agreement in Jewish Law*, 26 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 647 (2018). לדעה המתנגדת לאפשרות זו באופן עקרוני ראו רונית עיר-שי פרוין, **מגדר והלכה – היבטים מגדריים בפסיקת ההלכה בת ימינו בשאלות של פרוין (אמצעי מניעה, הפלות, הזרעה והפריה מלאכותית ופונדקאות)** (עבודת גמר לקראת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן 2006).

105 כמה ועדות מקצועיות סברו כי יש לקדש את הפיזיולוגיה גם ביחס לגנטיקה. ראו, למשל, THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNCOLOGISTS, STATEMENT OF POLICY: ETHICAL ISSUES IN SURROGATE MOTHERHOOD 56 (1983) (=SURROGATE MOTHERHOOD: ETHICAL ISSUES IN SURROGATE MOTHERHOOD 300–303 (Larry Gostin ed., 1990)). גם ההסתדרות הרפואית העולמית, בהחלטה משנת 1991, וכן החברה הישראלית לאתיקה רפואית הסיקו כי הולדת היא האם הטבעית והמשפטית כאחד. ראו רם ישי "טכנולוגיות הפריה חדישות ופונדקאות" **מכתב לחבר נד (1992)**. מתובנה זו אך מתבקש הוא שבכל סכסוך שמתגלע בין אם נושאת לאם המזמינה, ידה של הראשונה תהיה על העליונה. היבט נוסף של מרכזיות קביעת ייחוסו של אדם אחר אמו הפיזיולוגית ניתן לראות בסקירת התרבויות ההיסטוריות והמודרניות, כגון היהדות והעבדות שנהגה בקולוניות בצפון אמריקה, שבהן נקבע ייחוסו ומעמדו של אדם לאמו, ולא לאביו. ראו Stumpf, לעיל, ה"ש 7, בעמ' 187, ה"ש 2.

ניתן למצוא טענות שונות בדבר ההשקעה הפיזיולוגית¹⁰⁶ הרבה שהאם הנושאת משקיעה בסביבת הגידול שהיא מעניקה לעובר במהלך תשעת חודשי ההיריון ובייחוד לקראת סופו, המשפיעה רבות על עיצובו הסופי של הילד,¹⁰⁷ וכן בעצם הבאתו לאוויר העולם.¹⁰⁸ לאם הנושאת יש מעין זכות "קניינית" בילד או למצער "קניין רוחני", בשל ההשפעה מרחיקת הלכת שיש לה על הילד ובשל עצם גידולו במהלך ההיריון. לפיכך נוצר טיעון מוסרי בעל משמעות, העשוי להקנות לה מעין זכות כזאת.¹⁰⁹ נימוק נוסף המצדד באימהותה המשפטית של האם הפיזיולוגית ניתן למצוא בספרות המחקר הביורפואית בשנים האחרונות, ולפיו ממחקר האפיגנטיקה (epigenetics)¹¹⁰ עולה כי יש השפעה לא מבוטלת של האם הפיזיולוגית על התפתחות העובר.¹¹¹ אומנם

George J. Annas & Sherman Elias, *In Vitro Fertilization and Embryo Transfer: Medicolegal Aspects of a New Technique to Create a Family*, 17 FAM. L.Q. 199, 216–217 (1983); Jennifer S. Hendricks, *Essentially a Mother*, 13 WM. & MARY J. WOMEN & L. 429 (2007).

107 לסיכום ההיבטים של ההשפעה שיש לאם הנושאת על עובריה ראו, למשל, 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. 353, 394–400 (1991); Scott B. Rae, *Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood*, 3 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 219 (1994) ובספרות המחקרית, הפסיכולוגית והסוציולוגית הענפה המובאת שם.

108 Katharine T. Bartlett, *Re-expressing Parenthood*, 98 YALE L.J. 293, 329–330 (1988); Charo, לעיל ה"ש 12, בעמ' 239 (היריון הוא ללא כל ספק מיזוג ביולוגי של גוף העובר והאם לאחר – הן בבריאות והן ברווחה). לטיעון שהיולדת רכשה את מעמד ההורות בשל הריונה והלידה ראו Annette Ruth Appell, *Virtual Mothers and the Meaning of Parenthood*, 34 U. MICH. J.L. REFORM 683, 691 (2001), ובפרט את סקירת פסקי הדין התומכים בתובנה זו (לפחות מבחינה רעיונית) שם, בה"ש 18.

109 מובן שקשה מאוד לדבר כיום על זכות קניינית לכל דבר ועניין שיש להורים בילדם, והכוונה היא רק למעין זכות כזו שיש להם. יפה לעניין זה קביעתו של השופט קיסטר, כבר בשנת 1955, כי אין לדבר על החזקה בילדים, שכן אין להוריהם כל זכות קניינית בהם. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2118/53 לבנשטיין נ' שטיינר, פ"מ יא 391, 400 (1955) ("במקום זה עלי לציין כי לא אתן צו בנוסח המבוקש על החזקה. כי במשפט עברי אין החזקה על ילדים"). לתיאור לועזי של המודלים השונים הקיימים כיום לקביעת האימהות המשפטית ראו Yehezkel Margalit, *The Brave New World of Intentional Parenthood*, 63 FAM. CT. REV. (forthcoming 2025).

110 NESSA CAREY, *THE EPIGENETICS REVOLUTION: HOW MODERN BIOLOGY IS REWRITING OUR UNDERSTANDING OF GENETICS, DISEASE, AND INHERITANCE* (2012); Sonja van Wichelen, *Identity in Postgenomic Times: Epigenetic Knowledge and the Pursuit of Biological Origins*, 47 SCL., TECH. & HUM. VALUES 1131 (2022).

111 Ruth L. Fischbach & John D. Loike, *Maternal–Fetal Cell Transfer in Surrogacy: Ties That Bind*, 14(5) AM. J. BIOETHICS 35 (2014); Jenny Gunnarsson Payne, *Grammars of Kinship: Biological Motherhood and Assisted Reproduction in the Age of Epigenetics*, 41 SIGNS: J. WOMEN CULTURE & SOC'Y 483 (2016); Ludmila A. Gerlinskaya

לא חל שינוי ב-DNA של העובר הגדל ברחמה של האם, אך להתנהגות האם הנושאת במהלך הריונה עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת על העובר. מדובר בלא פחות מאשר השלכות דרמטיות על הפיזיולוגיה של הילד ובריאותו לאורך כל המשך חייו, ואף על אלה של ילדיו, וכל זאת, בין היתר, כתוצאה מתנאים של לחץ, תזונה לקויה והיחסות לחומרים מזהמים של האם הפיזיולוגית במהלך נשיאת ההיריון. עניין זה נדון רבות בספרות המחקר בחו"ל, אך רק מעט מאוד בזו הישראלית.¹¹² לבסוף, יש לציין כי גם ההורות החברתית תומכת באימהות הפיזיולוגית, שכן לא אחת – וכפי שאכן התרחש במחדל החלפת העוברים – האם הפיזיולוגית תשמש גם האם החברתית של הילד ותדאג לגידולו ולמילוי כל צרכיו החומריים והנפשיים. בכך היא זוכה ביתרון פסיכולוגי משמעותי ב"תקופה הראשונית הקריטית" של גידול הילד. הדבר מעוגן היטב במחקר הפסיכולוגי ה"מסורתי" – למשל, בתאוריית ההתקשרות של בולבי, הגורסת כי הקשר הרגשי שנוצר בין הילד לבין "הדמות המטפלת" בשנות חייו הראשונות הוא קריטי להתפתחותו הרגשית, החברתית והקוגניטיבית. קשר זה מהווה בסיס לתחושת הביטחון שלו, ומשפיע על יכולתו ליצור קשרים אינטימיים ויציבים בעתיד. תאוריה זו מבליטה את חשיבות הקשר שנוצר בין הילד לבין "הדמות המטפלת" – בענייננו, האם הפיזיולוגית – ואת מידת השפעתו על המשך חייו.¹¹³ גם במחקר עדכני יותר, של אור ליפשיץ ורוני גבע, ניתן למצוא תובנה דומה שלפיה המערכות האוטונומיות של בני האדם מסוגלות להסתכנן עם מערכות אוטונומיות של אחרים. סנכרון זה מתרחש בין תינוקות שזה עתה נולדו לבין המבוגרים המטפלים בהם, וטומן בחובו השפעה עמוקה על הקשר ביניהם. מחקר זה ממחיש את עומק הקשר והסנכרון הפיזי בין האם הפיזיולוגית לבין ילדה, אשר אינו מותנה כלל ועיקר בקשר גנטי.¹¹⁴

et al., *Phenotypic Variations in Transferred Progeny Due to Genotype of Surrogate Mother*, 25 MOLECULAR HUM. REPROD. 88 (2019).

112 למיטב בדיקתי, נושא זה עלה בארץ רק במחקרים הבאים: פיליפ מרכוס "מחויבויות הוריות: ניסוח הפרדיגמה החדשה ליחסי הורים-ילדים" **רפואה ומשפט** 48, 121 ו-130, ה"ש 18 (2015); וסטרייך וסתי, לעיל ה"ש 96, בעמ' 168–169 ו-177; וסטרייך "תשובה לרב יהושע בן-מאיר", לעיל ה"ש 102.

113 ראו על כך בכתיבה הענפה הבאה: JOHN BOWLBY, ATTACHMENT AND LOSS: ATTACHMENT (2d ed. 1982); ATTACHMENT THEORY: SOCIAL, DEVELOPMENTAL, AND CLINICAL PERSPECTIVES (Susan Goldberg, Roy Muir & John Kerr eds., 2000); JEREMY HOLMES, JOHN BOWLBY AND ATTACHMENT THEORY (2d ed. 2014).

114 ראו על כך Or Lipschits & Ronny Geva, *An Integrative Model of Parent-Infant Communication Development*, 18 CHILD DEV. PERSPS. 137 (2024) Edna Orr & Gabriela Kashy Rosenbaum, "My Baby Is Ready to Learn"—The Role of Infant Pointing in Redirecting Maternal Responses to Be More Informative, 29 INFANCY 908 (2024); Teresa Bejarano, *The Origin of Human Theory-of-Mind*, 5 HUMANS 5 (2025).

פרק ה: מנגנוני פשרה וכלי הכרעה במלאכת האיזון בין האימהות הפיזיולוגית לאימהות הגנטית

חרף הכרעתי האפרורית בראש הפרק הקודם כי יש להעדיף את האימהות הפיזיולוגית על זו הגנטית, אבקש להציע בפרק שלפנינו פתרונות ביניים העשויים למתן את הצורך להעדיף את אחת משתי האפשרויות האמורות בצורה בינרית, בבחינת הכל או כלום. חשוב לטעמי עד מאוד למצע בין השתיים – הן מכיוון שקשה עד מאוד לקבוע מסמרות נורמטיביים דיכוטומיים בסוגיה זו בצורה גורפת ועקרונית לכלל התרחיש והאפשרויות, והן משום שהמחוקק טרם הסדיר את הנושא.

1. עקרון טובת הילד

עד עתה עסקתי במאמר זה בהארת מקומה המרכזי של האימהות הפיזיולוגית במשפט הישראלי בהקשרים שונים ומגוונים, כמצדיקה את קביעת האם הפיזיולוגית שנשאה את העובר ברחמה כאם המשפטית שלו, אף אם אין הוא ילדה הגנטי וגם לא של בן זוגה. אולם עיקר עניינו של המאמר הוא בניסיון להכריע בעימות בין האם הפיזיולוגית לאם הגנטית במקרה של החלפת עוברים בשוגג ובמקרים דומים. ללא כל ספק, אחד העקרונות שיכולים לסייע לנו רבות בהכרעה בדילמה קשה מנשוא זו הוא עקרון טובת הילד.

עיקרון זה זכה בשבחים רבים, אך בצד זאת, לנוכח הביקורות השונות שהוטחו בו כמודל עצמאי העומד על רגליו שלו לקביעת ההורות המשפטית, אבקש להציע פתרון פרק שלפנינו, לצורך המשך דיוננו, את האפשרות לעשות שימוש בעיקרון זה אך ורק כגורם מכריע, tie-breaker¹¹⁵ בין שתי הנשים הטוענות לכתר האימהות המשפטית – זו הפיזיולוגית וזו הגנטית. ברם, עיון מעמיק בספרות המחקר בארץ, לרבות בדברי המלומדים שנאמרו בעקבות מחדל החלפת העוברים בבית חולים אסותא, מעלה שגם עקרון טובת הילד בנידון דידן הוא אמורפי וקשה עד מאוד ליישום הלכה למעשה. ראוי, כדוגמה בלבד, את דבריה הבאים של פרופ' זפרן:

"ההנחה המקובלת גורסת כי טובת הילד, לפחות ממבט כולל הנוגע לכלל הילדים ובהתעלם מנסיבות קונקרטיות העשויות לגבש מסקנה שונה, אף היא מנתיבה הכרה בהורות ההורה הביולוגי. על פי גישה זו טוב לו לילד שיזכה לטיפול של הוריו הביולוגיים, הן על שום האלמנטים שצוינו, ובהם רקימת אותו קשר ייחודי בין שני קרובים ביולוגיים, הן על יסוד העובדה כי הקשר האמור מבסס את ראשית זהותו של הצאצא ואת השתייכותו הראויות להגנה, והן על בסיס ההנחה שההורה הביולוגי יחתור ככל האפשר להיטיב עם צאצאו. ההנחה

115 על מונח ייחודי זה ראו בתת-פרק הבא בה"ש 131.

היא כי מי שפעל, יזם ו/או השקיע ממשאביו הביולוגיים, חפץ בהגשמת טובת צאצאו, בן האנוש הנוצר מפעילותו".¹¹⁶

לאיזה הורה ביולוגי כוונתה? בעוד האב הביולוגי הוא אחד – זה הגנטי – האם הביולוגית יכולה להתפרש הן כזו הגנטית והן כזו הפיזיולוגית. לכן אחת המסקנות המרכזיות של מאמרי היא הצורך האקוטי לדייק מכאן ולהלן ולהפריד בין הדברים, קרי בין האם הגנטית לאם הפיזיולוגית, שכן שתיהן נכללות במושג "אם ביולוגית". מורכבות המציאות בעידן המודרני של דיני המשפחה, הן של דיני הזוגיות והן של דיני הורים וילדים, מצריכה אותנו לקרוא לאם ה(ילד בשמונה), כלומר, להבהיר אם כוונתנו לאם הגנטית בעלת הביצית או לאם הפיזיולוגית שנשאה את העובר ברחמה.¹¹⁷ אולם גם כאשר אנו מקפידים להבחין בין האם הגנטית לאם הפיזיולוגית ניתן לעשות שימוש בעקרון טובת הילד הן לצידוד באם הראשונה והן לצידוד באחרונה. ראו, לדוגמה בלבד, את המחלוקת הבאה שהתגלעה בעניין בין מלומדים בעקבות מחדל החלפת העופרים:

"יש סבה טובה להניח כי אין זה לטובתו של תינוק להיות נעקר בכח מזרעו של יולדתו. אין להשוות עקירתו של תינוק מאי-השבחו של מי שהיה צבר תאים קפוא במעבדה... חלילה וחלילה מלהעמיד אשה במצב בו אחרים דנים בשאלה האם טובת עובריה הוא ייצוג על ידה או בידי אחרים... הייתכן ועקירתו של תינוק מאמו יולדתו יכולה להיות לטובתו?"¹¹⁸

"בר-אילן מתעלם משיקול חשוב, אשר מבחינה משפטית לפחות, הינו זה שמכריע בסכסוכים מסוג זה: טובת הילד... מעבר לטובת הילד, קיים בפרשת אסותא אינטרס ציבורי לאיתור ההורים הביולוגיים... יש לתת עדיפות לבעלי הזיקה הגנטית, קרי להורים הביולוגיים, אם וכאשר זהותם תתברר. עד אז, יש לעשות הכל – לטובת התינוק – כדי לאתרם".¹¹⁹

116 זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 234–235.

117 לקריאה לאחרונה להאחיד את המשפחה המשפטית של מונחי האחריות ההורית, שכן במצב הקיים כיום יש ערוב של מושגים דומים ומטעים, ראו דפנה הקר ורות זפרן "אחריות הורית" (המאמר בתהליך). לקריאה קודמת ומשותפת של פרופ' הקר ופרופ' הלפרין-קדרי להפריד מבחינה מהותית ומושגית בין שתי שיטות משפט בכל הקשור למשמורת משפטית ולמשמורת פיזית – שהרי בחו"ל שתיהן יכולות להיות מופצלות בין ההורים הגרושים, בעוד בארץ המשמורת המשפטית היא משותפת בכל מקרה, ורק המשמורת הפיזית עשויה להיות מופצלת – ראו דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו: משפט ופמיניזם בישראל: עבר, הווה, עתיד 91 (2013).

118 בר אילן, לעיל ה"ש 67. הציטוט הוא מתוך מסמך המצוי בידי המחבר, המרחיב את הנאמר על ידי בר אילן בעיתון **הארץ**.

119 גילבר, לעיל ה"ש 66. בשולי הדברים חשוב לציין שהוריה הגנטיים של הפעוטה אכן אותרו, וכיום מתקיים דיון מחודש בעניינם בבית המשפט העליון, כפי שצינתי בהערת הפתיחה.

כלומר, הכרעה אפריורית לאור עקרון טובת הילד בין האם הפיזיולוגית לאם הגנטית היא קשה מנשוא, ונראית אף היא כדרך ללא מוצא. גם בשתי פרשות "תינוקות המריבה", שטלטלו את החברה הישראלית ומערכת המשפט בדילמה אם לאחר שילד נמסר לאימוץ ניתן להשיבו להוריו הביולוגיים, הגיע בית המשפט העליון בשם עיקרון זה לשתי החלטות הפוכות באשר לעדיפותם של ההורים המאמצים או ההורים הביולוגיים.¹²⁰ גם פרשות כאובות אלו מלמדות כי איננו עוסקים במדע מדויק, ולא תמיד ניתן להכריע בצורה גורפת לכאן או לכאן, שהרי בסופו של דבר יש מנעד רחב ביותר של שיקולים המטים לשני הכיוונים. אשר על כן, אין מנוס אלא לנסות להתחקות אחר טובת הילד – שהיא ללא כל ספק הדוקטרינה המרכזית ביחסי הורים וילדים – בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו הייחודיות. לא דומה דילמה אחת בסוגיה זו לחברתה, ולכן על בית המשפט העוסק בנסיבות המיוחדות של דילמה נתונה לנסות להתחקות אחר טובת הילד במקרה הניצב לפתחו.¹²¹ כלומר, אם נכון למועד כתיבתן של שורות אלו, באביב 2025, הפעוטה שבמוקד פרשת אסותא עדיין גְּדֵלָה אצל אמה הפיזיולוגית ובן זוגה, קרוב לשנתיים וחצי לאחר לידתה, השהייה שלה אצלם נהפכת – לאט אבל בטוח – לגורם קבוע יותר ויותר בחייה, וכך מטה אט-אט את טובתה לכיוון השארתה בחזקתם.¹²² כך טענו האפוסטרופסיות לדין שלה לכל אורך הדרך, ולא אתפלא אם כך יטענו גם רוב רובם של אנשי המקצוע מתחומי הפסיכולוגיה והרווחה. אכן, בפרשות "תינוקות המריבה" עמד בית המשפט העליון לא אחת על ממד הזמן בחייו של הקטין ככזה שעשוי להשפיע בצורה דרמטית על טובתו לכיוון של הותרתו בידי ההורים המגדלים אותו, הגם שהם אינם הוריו הביולוגיים. ראו על כך את קביעתו הבאה של הנשיא ברק:

"עקרון 'טובת המאומץ' מחייב התחשבות בממד הזמן מבחינתו של הקטין. 'לוח הזמנים' שבו יש להתחשב הוא לוח הזמנים מנקודת מבטו של הקטין ולא מנקודת מבטו של מבוגר. עמדתי על כך באחת הפרשות בציני כי '...תחושת

120 מדובר בפרשות הכאובות הבאות: עניין **פלונית ופלוני**, לעיל ה"ש 18, שם עקרון טובת הילד נזכר יותר ממאתיים פעמים; בע"מ 9447/16 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה** (אר"ש 28.2.2017), שם עקרון טובת הילד נזכר יותר ממאה פעמים. לפרשות נוספות מעין אלה ראו ע"א 29/74 **פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כח(2) 169 (1974); בע"מ 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד ס(3) 201 (2005) (להלן: עניין **היועץ נ' פלוני**); רות זפרן ונעם פלג "שם האב – בעקבות בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני" **הארץ** דין ג 196 (2006); אמ"ץ (משפחה אשד) 14/16 **המבקשים נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 9.10.2016); עמ"ץ (מחוזי ב"ש) 27116-10-16 **קטין נ' פלונית** (נבו 21.11.2016).

121 לקריאות דומות באופן כללי ובהקשר של מחדל החלפת העוברים בפרט ראו, בהתאמה, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 270; וסטרייך "הזכות להורות במקרה של החלפת עוברים", לעיל ה"ש 97.

122 על השיקול שלפיו הזמני נהפך לקבוע בכל הקשור ליחסי הורים וילדים ולקביעת דפוס ההורות שלהם ראו רע"א 4188/22 **פלוני נ' מחלקה לשירותים חברתיים מסיל"ה**, פס' 27 (אר"ש 4.8.2022).

הזמן אצל קטין שונה מתחושת הזמן אצל מבוגר, ומה שנראה תקופה קצרה אצל מבוגר עשוי להתקבל כנצח אצל הקטין... יש לזכור כי תקופת הזמן הראשונה בחייו של הקטין חשובה ביותר ליצירת קשר עם דמות מטפלת ראשונית. להתקשרות הראשונית, כבר בינקות, בין הילד לבין הדמויות המטפלות בו (ה־attachment) חשיבות רבה בהתפתחות הרגשית של הקטין בהמשך חייו...¹²³

קביעה זו מעלה כי כאשר מדובר בהכרעה בדילמה בין הורים חברתיים להורים ביולוגיים – גנטיים ופיזיולוגיים – יש לפסוק לטובת ההורים החברתיים, ואילו את ההורים הביולוגיים לכל דבר ועניין אנו דוחקים מתמונת ההורות המשפטית. אם הדברים כנים, אזי על אחת כמה וכמה שיש לצדד אפרוירית בהותרת הפעוטה מפרשת אסותא בידי אמה הפיזיולוגית, הגם שהיא אינה אמה הגנטית. זאת, שכן יש להעדיף את האימהות הפיזיולוגית המחזקת בהורות החברתית שנרקמה במהלך השנה וחצי החולפות בינה לבין שני ההורים המגדלים אותה כהורים לכל דבר ועניין.¹²⁴ קביעה זו עשויה להתחזק לנוכח העובדה שהם – ולא ההורים הגנטיים – רשומים זה כבר באופן רשמי כהוריה המשפטיים מכוח משלוח הודעה על לידת חי, שעליה עמדתי לעיל בתת־פרק 1א. לעניות דעתי, לאור העיקרון של "המוציא מחברו עליו הראיה", יקשה מאוד על ההורים הגנטיים, שכבר נמצאו כאמור, לטעון שטובתה של הפעוטה היא דווקא בהוצאתה מחזקת ההורים המגדלים אותה ובהעברתה לידיהם.¹²⁵ מעבר לכך, לצערי

123 עניין **פלונית ופלונת**, לעיל ה"ש 18, בפס' 51 לפסק הדין של הנשיא ברק, אשר צוטט בהסכמה בדנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד (סד) 356, פס' 7 לפסק הדין של השופט ג'ובראן (2011).

124 על ההורות החברתית ככזו שעשויה כשלעצמה להקנות את ההורות המשפטית ראו במקורות המובאים לעיל בה"ש 8. עליהם ניתן להוסיף את המחקרים הבאים: מרגלית **יחסי הורים וילדים**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 39–40; מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 576–582.

125 ראו על כך בע"מ **אלמונית** – **פסק דין**, לעיל ה"ש 63, בפס' 16 ו־29 לפסק הדין של השופט גרוסקופף. מסקנת בית המשפט העליון אושרה על ידי הנשיאה חיות בדחותה את בקשת הדיון הנוסף בדנ"א **פלונית נ' אלמונית**, לעיל ה"ש 75, בין היתר בשל הנימוק שטובת הקטינה היא לא להמשיך להתחקות אחר הוריה הגנטיים. לטעון ההופכי, שלפיו טובת הקטינה מחייבת את ביצוע הבדיקה הגנטית לאיתור קשרי משפחה, ראו בפסיקת המחוזי ובדעת המיעוט של השופטת ברק־ארז בבית המשפט העליון, כפי שסוכמה על ידי הנשיאה חיות שם, בפס' 5 ("נקבע כי שיקולי טובת הקטינה והאינטרס הציבורי תומכים אף הם במסקנה זו, שכן מוטב לקטינה לדעת את שורשיה הגנטיים על פני האפשרות שתיחסם דרכה לגלותם"). לטעון אקדמי נחרץ כזה ראו רועי גילבר ועדי ניב־יגודה "פרשת אסותא – תם ולא נשלם? על בע"מ 856/23 פלונית ואח' נ' אלמונית ואח'" **פורום עיוני משפט: תגובות מוקדמות** מזו (2023) <https://did.li/UACIw> ("אכן, נסיבות המקרה מיוחדות וחריגות, אך אין בהן כדי להצדיק סטייה מהעיקרון הברור והמובן מאליו של בחינת טובת הילדה. בהקשר של פרשת אסותא, טובתה היא לכבד את זכות ההתחקות שלה ולברר את זהות הוריה הגנטיים").

הרב, בשל טיבו וטבעו של עיקרון זה, שהוא אמורפי וקשה עד מאוד להגדרה, איני יכול לספק ארגו כלים מובנה ומקיף, אלא עלינו לסמוך על נסיון החיים ושיקול דעתו של בית המשפט היושב על מדין בסוגיה משפטית-אתית מורכבת וסבוכה זו.¹²⁶ סיכומם של דברים: מחד גיסא, עקרון טובת הילד הוא חשוב ומרכזי בכלל הדילמות השונות העולות ביחסי הורים וילדים, לרבות במושג דיונונו, ולכן הוא עשוי להשפיע בצורה חיובית עד מאוד על הילד; מאידך גיסא, הואיל ומדובר במושג אמורפי מעצם טיבו וטבעו – בייחוד במקרה שלפנינו, שבו הוא עשוי למשוך לכיוונים שונים ואף מנוגדים – יקשה עד מאוד ליישמו הלכה למעשה בצורה קלה וברורה. על רקע זה אעבור כעת לגורם רלוונטי נוסף העשוי להכריע את הכף בין שתי האימהות המתגוששות על האימהות המשפטית.

2. קביעת הורות משפטית בהסכמה

מחקר קודם ומקיף וכן סדרת מאמרים שנכתבו בשנים האחרונות בארץ עמדו על מרכזיותו של יסוד הכוונה, הרצון וההסכמה ליהפך להורה משפטי.¹²⁷ יסוד זה, אשר יש המכנים אותו בעברית "קביעת הורות משפטית בהסכמה", הוא גורם מרכזי ומשמעותי ביותר, האמור לכוון את ההורות במופעה השונים, בראש ובראשונה במקרים של הולדת ילדים באמצעות טיפולי הפוריות השונים. ניתן להתווכח על גבולות הגזרה הרצויים של קביעת הורות משפטית בהסכמה בארץ כבעולם.¹²⁸ מכל מקום, מקורה של דוקטרינה זו,

¹²⁶ יפה לעניין זה הקביעה העדכנית הבאה: "מכאן, ובהתאם לעקרון טובת הילד ראוי שהכרעה שיפוטית שכזו תתקבל סמוך ככל שניתן לאחר הלידה. אנו מקווים כי הניסיון הרב שצברו השופטים בבתי המשפט לענייני משפחה, יחד עם אנשי המקצוע שמלווים אותם, יסייעו במציאת פשרה אשר ממנה התינוקת שתיוולד תוכל לממש את מלוא הפוטנציאל ההורי שיכול להינתן לה ומשגרת חיים יציבה וטובה". ניב-יגודה וגילבר, לעיל ה"ש 1. את התובנה כי יש לעשות כל מאמץ לסיים פרשה זו מהר ככל האפשר, בשל טובת הילדה, חידד בית המשפט העליון בבע"מ אלמונית – החלטת, לעיל ה"ש 75, בפס' 18 ("לא נוכל לסיים מבלי להדגיש את הצורך בהכרעה מהירה ככל הניתן בבקשה שתוגש, מתוך ראיית טובתה של הקטינה, בשים לב להכרה בחשיבותו של ממד הזמן בחייה, וכן לטובת המעורבים כולם").

¹²⁷ ראו על כך, בהתאמה, מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה**, לעיל ה"ש 41, וכן יתר מחקריי הנזכרים לאורכו של מאמר זה, שעליהם ניתן להוסיף את יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113 (2018); Yehezkel Margalit, Orrie Levy & John Loike, *The New Frontier of Advanced Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood*, 37 HARV. J.L. & GENDER 107 (2014); Yehezkel Margalit, *From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements*, 24 J.L. & POL'Y 41 (2016).

¹²⁸ לתפיסה ערכנית ומצמצמת של קביעת הורות משפטית בהסכמה בחו"ל ובארץ ראו, בהתאמה, Ayelet Blecher-Prigat, *Conceiving Parents*, 41 HARV. J.L. & GENDER 119, 150 (2018); נעמן, בלכר-פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 28.

המכונה לרוב intentional parenthood,¹²⁹ בפסק הדין בעניין *Johnson v. Calvert*, שנדון בהרחבה לעיל בתת-פרק ג.¹³⁰ כאמור, הדילמה במקרה זה הייתה מאבק על האימהות המשפטית בין האם הגנטית, המזמינה, לבין האם הפיזיולוגית במסגרת הסכם לנשיאת עוברים. לראשונה בארצות הברית, ואולי אף בעולם כולו, עלתה האפשרות להכריע בדילמה זו תוך מתן משקל לכוונות הצדדים, להסכמותיהם ולרצונם, כפי שהללו משתקפים במסגרת החוזה שנערך ביניהם. כך הוכרה האפשרות לעשות שימוש בקביעת הורות משפטית בהסכמה כגורם מכריע – tie-breaker¹³¹ – בראש ובראשונה בדילמה של קביעת האימהות המשפטית.¹³²

תובנה דומה ניתן למצוא גם בפסק דין *Elisa B. v. Superior Ct.*, שבו קבע בית המשפט כי יסוד הכוונה המגולם בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה אין בכוחו, כשלעצמו, לכוון הורות משפטית, אך ניתן בהחלט להכריע באמצעותו בין שני הורים משפטיים אפשריים.¹³³ נוסף על כך, מחקרים רבים בעולם ובארץ עמדו על האפשרות להכריע בדרך זו לגבי האימהות המשפטית לא רק בסכסוכים המתגלעים סביב הסכמים לנשיאת עוברים, אלא גם בהקשר של תרומת ביציות ובסכסוכים בעקבות החלפת עוברים מוקפאים.¹³⁴

¹²⁹ לצידוד מלא באפשרות של קביעת הורות משפטית בהסכמה, כפי שעלה, לדוגמה, בפסק הדין *In re* Melanie B. Marriage of Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410 (Cal. App. 4 Dist. 1998) ראו *Jacobs, Procreation Through Art: Why the Adoption Process Should Not Apply*, 35 CAP. U. L. REV. 399 (2006); *Melanie B. Jacobs, My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity*, 38 ARIZ. ST. L.J. 809 (2006).

¹³⁰ ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט שלידה.

¹³¹ מעניין שהביטוי tie-breaker אינו מופיע כלל בדעת הרוב בעניין *Johnson v. Calvert*, לעיל ה"ש 83, אלא דווקא בדעת המיעוט של השופט Kennard באותה פרשה, ולא פחות מארבע פעמים. אולם מאז הוא נהפך לביטוי שגור ביותר בפסיקה ובספרות המחקר.

¹³² על הקשרים האפשריים השונים בין הפרט לבין הילד שיש להכריע ביניהם בעת קביעת הורות משפטית ראו, בעיקר, *Dorothy E. Roberts, The Genetic Tie*, 62 U. CHI. L. REV. 209 (1995); *Laurence C. Nolan, Legal Strangers and the Duty of Support: Beyond the Biological Tie—But How Far Beyond the Marital Tie?*, 41 SANTA CLARA L. REV. 1 (2000); *June Carbone & Naomi Cahn, Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 1011 (2003).

¹³³ *Elisa B. v. Superior Ct.*, 13 Cal. Rptr. 3d 494 (Cal. App. 3 Dist. 2004). לסיכום היקף השימוש שעשו בתי המשפט בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה לצורך קביעת האימהות המשפטית ראו, בין היתר, *Janet L. Dolgin, An Emerging Consensus: Reproductive Technology and the Law*, 23 VT. L. REV. 225, 235–253 (1998); *But How Far Beyond the Marital Tie?*, 41 SANTA CLARA L. REV. 1 (2000); *June Carbone & Naomi Cahn, Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 1011 (2003).

¹³⁴ ראו *Melanie B. Jacobs, Applying Intent-Based Parentage Principles to Nonlegal Lesbian Coparents*, 25 N. ILL. U. L. REV. 433, 444–446 (2005).

¹³⁵ ראו *Bender*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 4; *Anne Reichman Schiff, Solomonic Decisions in Egg*;

אולם יישומה של דוקטרינה זו בהקשר של מושא דיונו אפשרי רק כל עוד ניתן להתחקות אחר כוונתם, הסכמתם ורצונם של הצדדים, כפי שבאו לידי ביטוי במערך ההסכמים הראשוני שעליהם חתמו הזוגות שבאו לבצע טיפולי פוריות. אולם במקרה שבו נכפתה עליהם במפתיע מציאות שבה האם הפיזיולוגית אינה האם הגנטית וכן להפך, גם מודל נורמטיבי מודרני זה, על פני הדברים, אינו יכול לסייע. אומנם לאחר שהתבררה עובדת החלפתם של העוברים המוקפאים ניתן לשאול ישירות ובאופן בלתי אמצעי מהו רצונן של שתי הנשים הנאבקות על כתר האימהות המשפטית, אך אם שתייהן חפצות ליהפך לאימהות המשפטיות של הילד, חזרנו לנקודת המוצא של חוסר יכולת להכריע ביניהן. באופן דומה, התחקות אחר אומד דעתן לאור התנהגותן במהלך טיפולי הפוריות וההיריון יכולה להתברר בקלות כספקולטיבית וכבעייתית ביותר. אשר על כן, כדי למנוע מראש הגעה למצב שבו אי־אפשר להכריע גם על פי המודל הנורמטיבי הזה מיהי האם המשפטית של הילד, מוצע בזאת לתקן את טופסי ההסכמה מדעת וההסכמים הנחתמים בין הנשים והזוגות הבאים בשערי בית החולים לקבל טיפולי פוריות, כך שיוסף שם סעיף שבו יפרטו ברחל בתך הקטנה מה בדעתן לעשות אם וכאשר הן יגיעו למצב דברים כזה.

זו בדיוק הייתה קריאתו של בית המשפט העליון לפני יותר מעשור, בשנת 2013, בעניין **פלוגית נ' משרד הבריאות**, שעסק בסוגיה שנדונה ככל הנראה לראשונה בעולם.¹³⁵ דובר ברווקה שהשתמשה במנות זרע שנתרמו על ידי תורם אנונימי לבנק הזרע ונולדה לה בת. כעת היא ביקשה להמשיך להשתמש במנות זרע נוספות מאותו תורם דווקא, במטרה להוליד ילד נוסף, שמטענו הגנטי יהיה זהה לזה של בתה. התברר לה שהתורם חזר בינתיים בתשובה ופנה לבנק הזרע בדרישה להשמדת יתר מנות הזרע, חרף העובדה שהוא מכר אותן לבנק על פי הסכם ובתשלום. ללא כל ספק צדק בג"ץ בקובעו כי השאלות המרכזיות העומדות לדיון הן אם הסכמת תורם הזרע לתורם את זרעו מבטלת את זיקתו למטענו הגנטי, וממילא לילד שייוולד ממנו, ושאלת יכולתו לחזור בו מהסכמתו. כעת התמקד אפוא הדיון בשאלה איזו זכות גוברת – זכות התורם האנונימי להתחרט או זכות הנתרמת להורות.¹³⁶ הגם שעל פני הדברים נראה שבית המשפט

Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity, 80 IOWA L. REV. 265 (1995); וכפי שסוכם הדברים אצל YEHEZKEL MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW 201–202 (2019) (להלן: (MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE).

¹³⁵ עניין **פלוגית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 42. כן ראו בע"מ 7141/15 **פלוגית נ' פלוגית**, פס" 1 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 22.12.2016), שם עמד השופט על ראשוניות ההליך.

¹³⁶ לדיון ראו יחזקאל מרגלית "רצוה) להיות או לא להיות (הורה) ? – זו השאלה האמתית" **"המשפט ברשת: זכויות אדם: מבוקי האורות פסיקה** 2, 10, 11, ה"ש 7 (2013); ניר לוין, הילה שפירא ועמית פלדמן "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות" **הארת דין** ח 77 (2013); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך א (2014), בעמודים (על פי המפתח) העוסקים בפסק הדין הנדון כאן. אך השוו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 444 (מהדורה שנייה 2018).

העליון מקדש בהחלטתו את הזיקה הגנטית, יש לבאר שמדובר בהעדפת נסיבה "אקטיבית" (שימוש בזרעו של התורם) על נסיבה "פסיבית" (מניעת האשה מלעשות שימוש בזרע), כהסברו של השופט רובינשטיין.¹³⁷ בשונה מכך, בנידון דידן אין מדובר בנסיבה "פסיבית", שהרי העובר הושתל זה כבר ברחמה של האם הפיזיולוגית ולכן גם היא אינה "פסיבית". כך או כך, לפני שהוא מוסיף כמה "הערות בטרם חתימה", מסיים השופט רובינשטיין את דיונו המפורט בבקשה/דרישה למחוקק – אשר רלוונטית עד מאוד למושא דיונו – לתקן את טופסי ההסכמה מדעת כך שיכללו גם התייחסות למציאות מאתגרת כזו.¹³⁸

אכן, גם אם לא יהיה בדבריי הבאים מזור לדילמה של קביעת האימהות המשפטית בפרשת המחדל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא, לפחות יהא בהם אולי כדי "למזער נזקים" על ידי מניעת הפעמים הבאות, אשר נסיון החיים והמשפט המשווה מלמדים אותנו שאכן בוא תבואנה. יפה לעניין זה מסקנתו של מאמר העתיד לראות אור בימים אלו:

"על רקע זה אנו סבורים כי על המחוקק לחייב כל פרט – ובוודאי זוג – המבקש לעשות שימוש בטיפולי פוריות (בין שמדובר בהפקדה/הקפאה של זרע, ביציות או ביציות מופרות, ובין שמדובר בחוזי פונדקאות) בחובה מנדטורית לעגן בחוזה ערוך מה רצונו שייעשה במטענו הגנטי האישי/המשותף, כדי למנוע בעיות חוזיות כאלה ואחרות בתקופת הטיפולים. כנספח לחקיקה שתחייב זאת אפשר וכדאי לקבוע הסכם שיהווה בררת-מחדל, בכפוף לחתימה של הפרט או בני-הזוג עליו, במקרה שהם לא ירצו לשנות בו הוראות".¹³⁹

לכאורה אפשר לתהות אם יש בכלל תועלת בהוספת סעיף כזה, אשר עוסק, בסופו של יום, במקרה נדיר שאינו אמור להתרחש כלל. ניתן לטעון כי מדובר בהוספה שנזקה רב מתועלתה, שהרי עצם כתיבתו עלולה לעורר חרדות מיותרות אצל מטופלות שגם כך נמצאות במצב נפשי לא פשוט. יתר על כן, לא אתפלא אם רובן ככולן ממילא יכתבו שהן רוצות שתוכר האימהות המשפטית שלהן הן במקרה שבו ביצית מופרית שלהן תוחדר בטעות לרחמה של אישה אחרת והן במקרה שבו ביצית מופרית של אחרת תושתל בטעות ברחמן. מאידך גיסא, אנשי ניהול סיכונים ובקרת איכות העוסקים בתחום

137 עניין פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 42, בפס' נג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

138 שם, בפס' סט לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

139 שמואלי ומרגלית, לעיל ה"ש 36, בתת-פרק 3, ליד ה"ש 153. וראו שם את הקריאה למחוקק לחייב בחובה מנדטורית חתימה על חוזה כזה לא רק בין הזוגות לבין הקליניקה לפרייון, אלא גם בין בני הזוג. לקריאה קודמת כזו ראו, בין היתר, —(a Parent)? To Be or Not to Be (a Parent)? Yehezkel Margalit, 18 CARDOSO J.L. & GENDER Not Precisely the Question: The Frozen Embryo Dispute, 355, 386–388 (2012) (להלן: (Margalit, To Be or Not to Be (a Parent)?); In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective, 20 WM. & MARY J. WOMEN & L. 423, 466 (2014).

מעריכים כי מחדל החלפת העוברים הוא רק קצה הקרחון – החמור במיוחד – של אירועים חריגים, וכי על כל מקרה כזה יש מספר רב של אירועים מינוריים, שחלקם מסתיימים בגרימת נזק קל. הואיל וכלל המערכות – המעבדות, היחידות, הנהלות בתי החולים, הנהלות קופות החולים ומשרד הבריאות – עברו תהליך של למידה והפקת לקחים מאירוע קשה ומטלטל זה, יש לעשות כל שלל ידנו כדי להתמודד טוב יותר, בתקווה שאפילו נצליח להימנע מאירוע קשה נוסף כזה בעתיד. הדברים אמורים בייחוד לנוכח העובדה שבחלק מטופסי ההסכמה מדעת הקיימים כבר יש כיום סעיף העוסק בחוסר הצלחה, וניתן להוסיף שם שהדבר עשוי לנבוע מטעות אנוש.

אשר על כן, שלוחה בזאת קריאתי למחוקק, לשר הבריאות ולמנכ"ל משרדו לתקן אלתר את טופסי ההסכמה מדעת שעליהם יחתמו הנשים החפצות לעבור טיפולי פוריות ובני זוגן, ובתוך כך לחייב את יידועם על אודות האפשרות שייתכנו טעויות במהלך הליך ההפריה וההחזרה, כשם שקיימת חובה ליידע בהיריון על היתרונות והסיכונים הכרוכים בביצוע הבדיקות השונות במהלכו.¹⁴⁰ ניתן לחשוב על הוספת ההנחיה הבאה לאסדרה של טופסי ההסכמה מדעת לטיפול ההפריה החוץ-גופית:

המטופלים יכולים להביע בכתב את רצונם בכל הנוגע בהורות כלפי הילד שייוולד במקרה שבו תתבצע חלילה החלפה בשוגג או במזיד שלהן והן יושטלו ברחמה של אישה אחרת או לחלופין אם ברחמה של המטופלת תושטל בשוגג או במזיד ביצית מופרית של זוג אחר; בית החולים יפעל בהתאם לרצון שהביעו המטופלים בכתב אם ייודע לו כי אכן בוצעה החלפה כאמור, ובכפוף לכל דין.¹⁴¹

אם ההנחיה האמורה תוסף לאסדרה של טופסי ההסכמה מדעת של מי שבאותו בשערי ההפריה החוץ-גופית, אזי לכל הפחות מכאן ולהלן, כאשר נשים ובני זוגן יקבלו מידע בסיסי על אפשרות מורכבת וסבוכה זו, הם יוכלו לכלכל את מעשיהם בשום שכל ולהחליט בצורה מושכלת מה הם מבקשים לעשות אם וכאשר הם ייקלעו בעל כורחם

140 סעיף דומה המיידע מטופלות על אודות האפשרות לכשל טכני שבגינו תיכשל ההפריה ניתן למצוא ב"טופס הסכמה לטיפול הפרייה חוץ גופית (IVF)" של קופת חולים כללית, בסעיף 13, שכותרתו "כשל טכני" – ראו <https://did.li/dHlx5>. הדבר נזכר גם בבע"ס אלמונית – פסק דין, לעיל ה"ש 63, בפס' 76 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז. לאחרונה נענתה קריאה דומה לתקן את "טופס הסכמה להקפאת ביציות" כך שתהא בו התייחסות לעניין השימוש בביציות לאחר המוות. רק כך נוכל לדעת את רצונה של הנפטרת לאשורו, ולא נצטרך לשער בדעבר השערות מה היה רצונה בחיים חיותה. ראו יחזקאל מרגלית "עשיית שימוש בביציות של נפטרת במשפט הישראלי" (בהליכי שיפוט).

141 לנוסח קרוב בכל הקשור לעשיית שימוש בביציות של נפטרת לאחר מותה ראו ס' 9.4 לחזור חטיבת הרפואה 13/2024 "הקפאת ביציות ושימורן" (2.12.2024): "המטופלת יכולה להביע בכתב את רצונה באשר למה שיעשה בביציות לאחר פטירתה; בית החולים יפעל כאמור אם יודע לו כי היא נפטרה, בהתאם למצב המשפטי שיחול באותה העת ובכפוף לכל דין".

לדילמה מורכבת וקשה זו. יש לקוות שלאחר עיגון רצונם של בני הזוג במועד הראשוני של חתימתם על הטפסים יתברר במועד שבו תתגלע ההחלפה המצערת כי רק אחד הצדדים ביקש לגדל את הילד במצב כזה. אם יתברר בכל זאת כי שני הצדדים עומדים בתוקף על רצונם לגדל את הילד, וגם יתר החלופות שאני מציע בפרק זה ליישוב הסכסוך לא יועילו, או אז לא יהיה מנוס מלפנות לערכאות ולקבל הכרעה שיפוטית. בדומה לעקרון טובת הילד, גם קביעת ההורות המשפטית בהסכמה עשויה, על פני הדברים, להשפיע באופן חיובי על הילד, באשר מטבע הדברים ייקבע לו ההורה המיטיב ביותר עימו – מי שרצה מלכתחילה ויזם את הבאתו לאוויר העולם.¹⁴² אולם בנידון דידן, כאשר הדיון בקביעת ההורות המשפטית עולה רק בדיעבד, מבלי שהיה תכנון מקדים ויזום, יהיה קשה עד מאוד ליישמה הלכה למעשה. לכן יש לדאוג שמכאן ולהלן יעוגן רצון הצדדים הראשוני במפורש עלי כתב, כדי שיקל עלינו לקבוע מיהו ההורה המשפטי הראוי ביותר לילד.

3. הבחנה בין הסדרי הורות לבין זמני שהיה

אחד הפתרונות המרכזיים שעלו בארצות הברית ליישוב עימות בין אם פיזיולוגית לאם גנטית שהתגלע בעקבות החלפה בשוגג של עוברים מוקפאים הוא פיצול בין המשמורת הפיזית לבין זמני שהיה. דוגמה טובה לכך היא פסק דין *Perry-Rogers v. Fasano*, שעסק בתביעה של האם הפיזיולוגית ובן זוגה שהסכימו להעביר את הילד לחזקת ההורים הגנטיים שלו תמורת הסדרת זכויות הביקור שלהם עימו.¹⁴³ פיצול דומה, אם כי בין המשמורת הפיזית לבין האפוטרופסות המשפטית, מצוי גם במשפט הישראלי – בס' 10 לחוק ההסכמים, שכותרתו "משמורת, אפוטרופסות ומסירה".¹⁴⁴ סעיף זה, המסדיר את המשמורת והאפוטרופסות המשפטית על ילוד שנולד כתוצאה מהסכם לנשיאת

142 ראו על כך, בעיקר, Joan Heifetz Hollinger, *From Coitus to Commerce: Legal and Social Consequences of Noncoital Reproduction*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 865, 905–918 (1985); Vicki C. Jackson, *Baby M and the Question of Parenthood*, 76 GEO. L.J. 1811, 1828 (1988); Alexa E. King, *Solomon Revisited: Assigning Parenthood in the Context of Collaborative Reproduction*, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 329, 333 (1995).

143 עניין *Perry-Rogers v. Fasano*, לעיל ה"ש 86. לדיון אקדמי בהסכם זה ובלגיטימיות של הפרתו על ידי ההורים הגנטיים ראו, בעיקר, Liebler, לעיל ה"ש 10, בעמ' 45–46; Bonnie Steinbock, *Defining Parenthood*, 13 INT'L J. CHILD. RTS. 287, 291–294 (2005) (=Bonnie Steinbock, *Defining Parenthood*, in CHILDREN'S HEALTH AND CHILDREN'S RIGHTS 311 (Michael Freeman ed., 2006)).

144 לדיונים פסיקטיים על אודות סעיף זה ראו, בעיקר, דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 29, בפס' 39 לפסק הדין של הנשיאה חיות; שם, בפס' 13 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. כן ראו עניין **פלוני נ' היועמ"ש**, לעיל ה"ש 32, בפס' 4; תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 **א"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 54 (נבו 11.3.2014); תמ"ש (משפחה טב') 5782-08-09 **א"ק נ' נ"ק**, פס' 79 (נבו 23.10.2011).

עוברים, מפצל בין המשמורת הפיזית על הילד, המסורה כבר ברגע הלידה להוריו הגנטיים, לבין האפוטרופסות, אשר מסורה ברגע הלידה לעובד סוציאלי ראשי ותימסר להוריו הגנטיים רק עם הוצאת צו ההורות. את ההיגיון שמאחורי פיצול זה, שבו הילד נמצא למעשה בחזקת ההורים אך להלכה מצוי עדיין באפוטרופסות של המדינה באמצעות זרועות הרווחה שלה, ניתן למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק ההסכמים, אשר זו לשונם:

"על מנת להבטיח קיום ההסכם לנשיאת עוברים ולמנוע חיכוכים בין הצדדים, אם ייווצרו כאלו, מטיל החוק על פקיד הסעד שני תפקידים, האחד – מסירת הילד לידי ההורים המזמינים תיעשה בנוכחותו, השני – מינויו בחוק של פקיד הסעד כאפוטרופוס זמני לילד לתקופה שמיום הלידה ועד למתן צו הורות או צו אחר של בית המשפט בדבר מעמד הילד. המטרה היא שפקיד הסעד, בהיותו גורם מקצועי מוסמך ונייטרלי, יקבע בכל ענין הדרוש לטיפול בילד מקום שמתעוררים חילוקי דעות או בעיות אחרות בתקופה זו".¹⁴⁵

הסדר זה בוקר אומנם על ידי מלומדים,¹⁴⁶ אך עושה רושם שיתרונותיו עולים על חסרונותיו. זאת, בשל הרצון האקוטי לצמצם את משפטי שלמה הרובצים לפתחם של הסכמים מורכבים ורגישים אלו. הליך נשיאת עוברים אינו הליך פשוט כלל ועיקר, והוא מעלה – בארץ כבעולם – דילמות פילוסופיות-אתיות-משפטיות כבדות משקל בנוגע לעצם הלגיטימיות שלו.¹⁴⁷ אולם עושה רושם שבסופו של יום, לאחר יותר מחצי יובל שנות קיומו בארץ, החוק הישראלי זוכה בשבחים מפי מלומדים שונים, בארץ ובחו"ל, כאסדרה מקיפה ויעילה הראויה לחיקוי במדינות אחרות בעולם.¹⁴⁸ יש מי שימצא חיזוק

145 דברי ההסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 260, 263. דברים אלו נזכרו ונדונו בעניין א"ל, לעיל ה"ש 144, בפס' 56; וכן בדנג"ץ צור-וייסלברג, לעיל ה"ש 29, בפס' 39 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

146 ראו, בעיקר, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 266–268; דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי "רפואה ומשפט" 36, 19 (2007); קוריאלי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 68–69.

147 ראו, לדוגמה, את הספרות הלועזית המנחה הבאה: CARMEL SHALEV, BIRTH POWER: THE CASE FOR SURROGACY (1989); SURROGATE MOTHERHOOD: INTERNATIONAL PERSPECTIVES (Rachel Cook, Shelley Day Sclater & Felicity Kaganas eds., 2003); SURROGACY, LAW AND HUMAN RIGHTS (Paula Gerber & Katie O'Byrne eds., 2015). כן ראו בעניין זה, בהקשר הישראלי, נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה זוחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו: משפט ופמיניזם בישראל: עבר, הווה, עתיד 435 (2013).

148 ראו, למשל, את הקביעות במחקרים האלה: Ruby L. Lee, *New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation*, 20 HASTINGS WOMEN'S L.J. 275, 293–298 (2009) ("Israel: A Successful Model for Regulating Surrogacy"); Emily Gelmann, *"I'm Just*

לכך בעובדה שמעולם לא התגלע בארץ, ובוודאי לא הובא לבית המשפט, כל סכסוך בין הורים מזמינים, שהם לרוב ההורים הגנטיים, לבין אם פיזיולוגית, בדומה לסכסוכים מפורסמים אחרים בתחום שהתגלעו בחו"ל בראשית ימיו המודרניים של הליך נשיאת העובר, דוגמת *Baby M* בארצות הברית, שנדון בהרחבה לעיל בתת-פרק 11, ו-*Baby Cotton* באנגליה.¹⁴⁹ אסדרה קפדנית זו מונעת על הסף גם את כל יתר התרחישים השערוייתיים המודרניים יותר שאליהם נחשפנו במהלך השנים האחרונות.¹⁵⁰ אשר על כן, אין מנוס מלנקוט את כל אמצעי הזהירות האפשריים כדי למנוע חיכוכים פוטנציאליים ונקודות מחלוקת אפשריות בין שתי הטוענות האפשריות לכתר האימהות המשפטית בהליך זה – האם הגנטית והאם הפיזיולוגית.

ומן הכלל אל הפרט, גם בנידון דידן יש היגיון רב במאמץ האתי-המשפטי לחמוק מן הצורך – שנראה על פני הדברים בלתי נמנע – בקביעה דיכוטומית וקוהרנטית בדבר עדיפות של האם הגנטית או האם הפיזיולוגית. איילת בלכר-פריגת כתבה כבר לפני כשני עשורים על העוללות העלולות להיגרם לפרטים שונים מהבחנה חדה וחותרת בין מי שהוא בן משפחה לבין מי שאינו כזה.¹⁵¹ לדידי, קביעה נחרצת כי האם הגנטית או האם הפיזיולוגית היא לבדה האם המשפטית, עם מלוא אגד החובות והזכויות הנובעות מקביעה זו, ואילו האישה האחרת הטוענת לכתר האימהות המשפטית היא זרה לילד ולכן אין לה כל חובות וזכויות ביחס אליו, עלולה להיות קביעה קשה וכוואבת ברובם המוחלט של התרחישים. הותרת האישה האחרת מחוץ ל"משפחה" של היילוד – בשל תפיסתה הבינרית של שיטת המשפט בארץ, המכירה אך ורק באחד משני מצבים: הורות מלאה או העדר מוחלט של הורות – היא בעייתית מאוד בעיניי. מחקרים אחדים

the Oven, It's Totally Their Bun: The Power and Necessity of the Federal Government to Regulate Commercial Gestational Surrogacy Arrangements and Protect the Legal Rights of Intended Parents, 32 WOMEN'S RTS. L. REP. 159, 188–192 (2011); Cara Luckey, *Commercial Surrogacy: Is Regulation Necessary to Manage the Industry?*, 26 WIS. J.L. GENDER & SOC'Y 213, 221–222, 227–228 (2011); Trisha A. Wolf, *Why Japan Should Legalize Surrogacy*, 23 PAC. RIM L. & POL'Y J. 461, 488 (2014) ("Israel regulates surrogacy in a particularly logical way that serves as a good model")

Re C (A minor), [1985] Fam. 846 (Eng.); KIM COTTON & DENISE WINN, *BABY COTTON: FOR LOVE AND MONEY* (1985).

150 דוגמת פרשת *Baby Gammy* האוסטרלית-התאילנדית. על פרשה זו ראו Leslie R. Schover, *Cross-Border Surrogacy: The Case of Baby Gammy Highlights The Need for Global Agreement on Protections for All Parties*, 102 FERTILITY & STERILITY 1258 (2014); David Bell, Ruth Holliday, Meghann Ormond & Tomas Mainil, *Transnational Healthcare, Cross-Border Perspectives*, 124 SOC. SCI. & MED. 284 (2015); Andrea Whittaker, *Merit and Money: The Situated Ethics of Transnational Commercial Surrogacy in Thailand*, 7(2) INT'L J. FEMINIST APPROACHES BIOETHICS 100 (2014).

151 איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" **עיוני משפט** כו 539, 541 (2003). לציטוט בהסכמה של הדברים ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 6960/03 ק"צ וי"מ, פס' 19 ו-28 (נבו) 21.11.2004; עניין **פלוגי והיועמ"ש**, לעיל ה"ש 44.

שהתפרסמו בשנים האחרונות בעולם¹⁵² ובארץ¹⁵³ קראו לגוון את ההורות המשפטית, ולא להותירה בינרית ודיכוטומית, בבחינת "הכל או לא כלום". דוגמה בולטת להכרה בצורך האקוטי בגיוון במעמד ההורות המשפטית ניתן למצוא באחת ההצעות החקיקתיות החשובות שהוצעו בעשורים האחרונים בארצות הברית – זו של ALI¹⁵⁴ – פרויקט שאפתני זה, שהוצע על ידי המכון למשפט אמריקני (American Law Institute – המוסד הרשמי המרכזי העוסק בהאחדה ופיתוח של הדין בארצות הברית), מציע מסגרת משפטית ההולמת גם ערכים משפחתיים מסורתיים וגם את התנאים המודרניים לפירוק המשפחה, תוך שהוא בוחן את התוצאות המשפטיות המרכזיות שלהם. הצעה זו מכירה בגיוון הן במספר הפרטים העשויים לזכות במעמד ההורות, בעיקר בשל ההורות הפונקציונלית-ההסכמית, והן בהיקפן של הזכויות והחובות – אם כי בעיקר של הזכויות – הנובעות ממעמד הורות ייחודי זה.¹⁵⁵

לטעמי, גם בארץ יש להבחין ולהפריד באופן עקרוני בין מעמד הורות מלא למעמד הורות חלקי ולהעדר מעמד הורות, ואין לדבר עוד על מעמד הורות מוגנוליטי ובינרי, אלא על רמות שונות של מעמד משפטי זה.¹⁵⁶ יתר על כן, חוקרים רבים המתבססים רבות על ההורות החברתית טוענים כי טובת הילד מצריכה את שימורם של הקשרים החברתיים שהוא יצר עם פרטים שונים בחייו, שאינם הוריו הגנטיים או הפיזיולוגיים, ולכן יש

152 Sarah H. Ramsey, *Constructing Parenthood for Stepparents: Parents by Estoppel and De Facto Parents Under the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, 8 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 285 (2001); Mary Coombs, *Insiders and Outsiders: What the American Law Institute Has Done for Gay and Lesbian Families*, 8 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 87 (2001); Helene S. Shapo, *Assisted Reproduction and the Law: Disharmony on a Divisive Social Issue*, 100 NW. U. L. REV. 465, 470–471 (2006).

153 ראו, למשל, מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 41, בעמ' 180–184; מרגלית "מביטול חוקת הגיל הרך", לעיל ה"ש 32, בעמ' 62–66; מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 9.

154 ראו על כך THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS* (2000); Linda C. McClain & Douglas NeJaime, *The ALI Principles of the Law of Family Dissolution: Addressing Inequality Through Functional Regulation*, in THE AMERICAN LAW INSTITUTE: A CENTENNIAL HISTORY 337 (Andrew S. Gold & Robert W. Gordon eds., 2023).

155 ראו THE AMERICAN LAW INSTITUTE, לעיל ה"ש 154, בס' 2.03–2.04, שנדונו אצל Meyer, לעיל ה"ש 84, בעמ' 126, ה"ש 5; Laura Nicole Althouse, *Three's Company? How American Law Can Recognize a Third Social Parent in Same-Sex Headed Families*, 19 HASTINGS WOMEN'S L.J. 171, 188–191 (2008).

156 לתמיכה מחקרית נוספת בקריאה למתן מעמד ביניים של הורה חלקי, אם כי בהקשר של תורם זרע, ראו, למשל, Fiona Kelly, *Equal Parents, Equal Children: Reforming Canada's Parentage Laws to Recognize the Completeness of Women-Led Families*, 64 U.N.B. L.J. 253 (2013); Deborah L. Forman, *Exploring the Boundaries of Families Created with Known Sperm Providers: Who's In and Who's Out?*, 19 U. PA. J.L. & SOC. CHANGE 41 (2016).

להכיר בהורות של ההורים החברתיים במידה כלשהי בצד שימור הורותם המשפטית של ההורים הביולוגיים.¹⁵⁷ לצורך המשך דיוננו, ההכרה האפשרית במעמד הורות חלקי מאפשרת לנו לקבל את הצעת הפשרה שעלתה במשפט המשווה ואשר קיימת זה כבר בחוק ההסכמים, והיא פיצול בין המשמורת הפיזית, שתינתן לאם הפיזיולוגית ולבן זוגה, לבין זמני השהייה, שיינתנו לאם הגנטית ולבן זוגה. פיצול כזה מוכר ושכיח מאוד בארץ כבעולם כאשר המשפחה מתפרקת ויש להחליט על ההורה שיקבל את המשמורת הפיזית ועל ההורה שיקבל זמני השהייה. סבורני שאין מנוס מקבלתו גם מקום שמציאות בלתי אפשרית נכפתה על שתי נשים, כבמחדל של החלפת עובדים, כאשר האם הפיזיולוגית נושאת ברחמה את ילדם הגנטי של אחרים.

מחד גיסא, ניתן לראות פתרון מוצע זה כמקדם את טובת הילד וזכויותיו, כאשר בחייו ימשיכו להיות מעורבים – מי באמצעות המשמורת ומי באמצעות זכויות הביקור – כלל הפרטים הקשורים באופן ביולוגי להבאתו לאוויר העולם. מאידך גיסא, לעיתים כל המוסיף גורע, ולכן בשם טובת הילד וזכויותיו אולי עדיפה דווקא הרחקתו של הזוג שתומכת לילד משמעותית פחות. כלומר, אולי עדיף לא להכיר בהם כלל ועיקר כהוריו המשפטיים, ובכלל זה למנוע מהם כל זכות הורית – הן משמורת פיזית והן זכויות ביקור.

4. אימוץ פתוח

האימוץ הפתוח מעוגן בחוק הישראלי בסעיף 16(1) לחוק האימוץ, הקובע כי "רשאי בית משפט לצמצם בצו האימוץ את התוצאות האמורות".¹⁵⁸ כדי לעמוד נכונה על משמעות העניין ועל השוני בין סוג אימוץ זה לאימוץ הרגיל, האימוץ הסגור, אפתח בכמה מילות הקדמה. לפי התפיסה המודרנית של מוסד האימוץ, הרווחת בארץ וברבות ממדינות העולם במאה השנים האחרונות, מטרתו העליונה היא מציאת משפחה מאמצת ומיטיבה לילד שאיבד את הוריו הטבעיים או שהיה אילוף חברתי-משפטי להוציאו מחזקתם בשל חשש לפגיעה בטובתו עקב חוסר מסוגלות הורית שלהם.¹⁵⁹ כלומר, בררת

157 ראו במחקרים המנחים האלה: Donald C. Hubin, *Daddy Dilemmas: Untangling the Puzzles of Paternity*, 13 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 29, 69–72 (2003); Theresa Glennon, *Somebody's Child: Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. VA. L. REV. 547, 602–603 (2000); Susan Frelich Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples*, 86 B.U. L. REV. 227, 245 n.94 (2006).

158 לדיון אקדמי בסעיף זה ראו שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965** כרך א 163 (1992); מרגלית "עלייתו של המודל הגנטי", לעיל ה"ש 21, בעמ' 169.

159 ראו מירה ברקאי ומילי מאסס **משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים** (1998). ביתר הרחבה ראו מילי מאסס **בשם טובת הילד: אובדן וסבל בהליכי האימוץ** (2010). להצעת חוק שנועדה להסדיר את הנושא ראו הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – אימוץ פתוח), התשע"א-2011, פ/3197/18.

המחדל היא אימוץ סגור, שמשמעותו היא הפסקה מוחלטת ומקיפה של קשרי ההורות הקיימים בין הילד לבין הוריו הביולוגיים. הדבר אפשרי כאשר קיים רצון משותף של הוריו הביולוגיים או לחלופין כאשר הילד מוכרז כ"בר אימוץ" כלפי הוריו הביולוגיים מכוח סעיף 13(א) לחוק האימוץ, הקובע כך: "באין הסכמת הורה, רשאי בית משפט, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה או נציגו, להכריז על ילד כבר-אימוץ, אם נוכח כי נתקיים אחד מאלה...". רק לאחר מכן מתחיל הליך איתור של הורים מאמצים עבור הילד. כלומר, מדובר בשני הליכים שונים ומשלימים, שהראשון קוטע את קשרי ההורות הביולוגיים והשני מחיל קשרי הורות חברתיים.¹⁶⁰

בשונה מכך, באימוץ פתוח אין הפסקה מוחלטת של קשרי ההורות הביולוגיים, וממילא ההורות החברתית אינה בלעדית ומוחלטת, שהרי היא תתקיים במקביל להמשך קשרי ההורות הביולוגיים, שיבואו לידי ביטוי ברמה כזו או אחרת. בכך נזנחה תפיסת העולם הקודמת, שהייתה מקובלת עד לשלהי המילניום הקודם, שלפיה ניתוק מוחלט של קשרי ההורות הביולוגיים הוא תנאי הכרחי להצלחת הליך האימוץ. כל נסיגה מבלעדיותה של ההורות החברתית נתפסה כפוטנציאל לפגיעה קשה בקשרי ההורות החדשים הנרקמים. אולם החל בסביבות שנת 2000 הלכה והתפתחה תובנה שלפיה ניתוק מוחלט זה מסב לילדים נזק יותר משהוא מניב להם תועלת, וכי זניחת השורשים הגניאלוגיים שלהם עלולה דווקא לפגוע בהתמודדותם עם האתגרים והמורכבות של הליך האימוץ.¹⁶¹ כיום יש מדינות, כגון ארצות הברית ואנגליה, שבהן האימוץ הפתוח הוא אפשרות לגיטימית בין דפוסים אפשריים שונים של אימוץ, ובניו זילנד ובמערב אוסטרליה זהו דפוס האימוץ האפשרי היחיד.

בשנות החמישים של המאה הקודמת החל בארצות הברית מאבק ליצירת אימוץ פתוח, בשל התובנה שבמקרים מסוימים הוא עולה בקנה אחד עם טובת הילד.¹⁶² בארץ, בצד הרוח הגבית שניתנה לאימוץ הפתוח בחו"ל, ניתן לראות בפסק דינו של בית המשפט העליון משנת 1999 בעניין פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה¹⁶³ זרז משמעותי

160 לספרות המחקר העוסקת בהליך האימוץ בארץ ראו נילי מימון **דיני אימוץ ילדים** (1994); זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 43, בעמ' 368–372; גלי (פולק) רון **בית המשפט לענייני משפחה בראי הפסיקה** 245–268 (2009).

161 ראו על כך בספרות המחקר הלועזית המנחה הבאה: Deborah H. Siegel, *Open Adoption of Infants: Adoptive Parents' Feelings Seven Years Later*, 48 SOC. WORK 409 (2003); Frederic G. Reamer & Deborah H. Siegel, *Ethical Issues in Open Adoption: Implications for Practice*, 88 FAMS. SOC'Y: J. CONTEMP. SOC. SERVS. 11 (2007); Harold D. Grotevant & Jennifer M. McDermott, *Adoption: Biological and Social Processes Linked to Adaptation*, 65 ANN. REV. PSYCH. 235, 249 (2014).

162 ראו, בעיקר, BETTY JEAN LIFTON, *JOURNEY OF THE ADOPTED SELF: A QUEST FOR WHOLENESS* (1994); דניאל גוטליב "אימוץ פתוח: גיבוש גישה ישראלית" **רפואה ומשפט** 19, 109 (1998); יואה שורק, פידא ניג'ם-אכטילאט ואביגיל סגל "אימוץ עם קשר: יתרונות, קשיים ותובנות על יישום מיטבי בראי המחקר" **עט השדה** 17: על שייכות ומעורבות חברתית 88 (2016).

163 ע"א 2169/98 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נגד (1) 241 (1999).

ביותר שהוביל למתן לגיטימציה הולכת וגוברת בארץ למעבר מאימוץ סגור לאימוץ פתוח. בעקבות פסיקה מנחה זו הותקנו בשנת 2000 תקנות להסדרת הדיון בשאלת האימוץ הפתוח בשלב הראשון של ההליך המשפטי, שהוא כאמור הכרזת הילד כ"בר אימוץ"¹⁶⁴, דבר שהאיץ אף הוא את מגמת יישומו של האימוץ הפתוח בישראל. אכן, בעשרים השנים האחרונות ניתן לראות בארץ כיצד דפוס אימוץ זה תופס יותר ויותר מקום של כבוד, בין היתר בשל ההבנה כי מודל זה מאפשר הרחבה של מענה האימוץ והשמה של ילדים רבים יותר שאינם יכולים להמשיך לגדול אצל הוריהם הביולוגיים במשפחה מיטיבה וקבועה. הנתונים העדכניים ביותר שפורסמו מלמדים כי בעוד בטווח השנים 2009–2015 עמד שיעור האימוצים הפתוחים מכלל מקרי האימוץ על כ-15% בלבד, באופן יציב פחות או יותר, משנת 2016 ואילך הוכפל שיעורם.¹⁶⁵

עיון מעמיק בפסיקות של בית המשפט העליון בעניין האימוץ הפתוח מלמד כי המשפט הישראלי מצדד בבררת המחדל שהכרזה על קטין כ"בר אימוץ" משמעה אימוץ סגור, תוך ניתוק הקשר בין הקטין לבין הוריו הביולוגיים. מטרת הניתוק היא לאפשר למאומץ השתלבות קלה ומהירה יותר בחיק המשפחה המאמצת, תוך פיתוח תחושות השתייכות והזדהות מלאות עם התא המשפחתי החדש ומתן אפשרות ליצירת אמון, יציבות וודאות עבור המאומץ. עם זאת, במקרים חריגים יורה בית המשפט על אימוץ פתוח, שבמסגרתו יתאפשר קשר, מסוג כזה או אחר, בין המאומץ לבין הוריו הביולוגיים.¹⁶⁶ טיב הקשר משתנה ממקרה למקרה.¹⁶⁷ בהחלטות מעין אלה העיקרון המנחה הוא טובת הקטין.¹⁶⁸ בבחינה זו יש לתת את הדעת לצורכי הקטין, למסוגלות ההורית של הוריו הביולוגיים, לקשר של הקטין עימם וליכולתו של קשר זה להיטיב עימו, וכן להתנהגות ולהתנהלות בפועל של ההורים הביולוגיים כלפי הקטין. מטבע הדברים, אין מדובר ברשימה סגורה או ממצה, וכל מקרה ייבחן על פי נסיבותיו, כאשר

164 ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשס"א-2000, ק"ת 189, ובפרט ס' 8 לתיקון, שהוסיף את תק' 280 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

165 ראו משרד הרווחה והביטחון החברתי **סקירת השירותים החברתיים: סקירת העשור 2009–2018** חלק ב' 8–10 (2019). לביקורת על המצב האמורפי הקיים כיום בנושא זה בארץ ראו חגית מזרחי **מעורבות ואחריות המדינה כלפי ילדים מאומצים ומשפחות מאמצות לאחר השלמת הליך האימוץ** 15–16 (עבודת גמר מחקרית (תזה) המוגשת לאחר קבלת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת חיפה (2020).

166 על היות האימוץ הפתוח בגדר חריג בארץ ראו, בין היתר, בע"מ 4224/15 **פלוגי נ' המחלקה לשירותים חברתיים**, פס' 5 (אר"ש 2.12.2015); בע"מ 8743/20 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה**, פס' 4 (אר"ש 24.12.2020); בע"מ 7/20 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 2 (אר"ש 5.1.2020).

167 על כך ראו דנג"ץ **צור-וייסלברג**, לעיל ה"ש 29, בפס' 11 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן, המסתמך על זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 43, בעמ' 369–370; יואה שורק ופידא נגי'ם-אכתילא **אימוץ פתוח: סקירת ספרות** 7 (2019) <https://did.li/vJlx5>.

168 על טובת הילד כעקרון-העל השזור כחוט השני בהליכי האימוץ בארץ ראו בע"מ 2709/17 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה**, פס' 12 (אר"ש 7.5.2017).

עקרון־העל הוא כאמור אחד: טובת המאומץ. בצד יתרונותיו של האימוץ הפתוח יש לו גם לא מעט חסרונות, ולכן בית המשפט העליון התווה שלוש מסגרות עיקריות של שיקולים שיש לשקול בבחינת האפשרות לצמצום תוצאות האימוץ:¹⁶⁹ אלה הקשורים לקטין, שבמסגרתם יש לבחון את התועלת הצומחת לו מהקשר עם הוריו הביולוגיים; אלה הנוגעים בהורים הביולוגיים, לרבות מסוגלותם לכבד את הליך האימוץ ולהשלים עם גבולות הקשר עם ילדיהם; ואלה הנוגעים בהורים המאמצים, ביניהם יחסם לקשר עם ההורים הביולוגיים.¹⁷⁰

על פני הדברים, לסוגיית האימוץ הפתוח אין דבר וחצי דבר עם מושא דיונונו – הצורך להכריע בין שתי האימהות הניצות, הפיזיולוגית והגנטית. שהרי אפריורי עיקר מטרתו של הליך האימוץ הוא מציאת הורים חברתיים שיגדלו את הילד כילדם לכל דבר ועניין, כאשר הילד ניצב לפנינו. כלומר, עניינו בשמירת הקשר הביולוגי הקיים זה כבר בין ההורים הטבעיים או בני משפחתם לבין הילד. בשונה מכך, טיפולי הפוריות השונים, שבעיקר על עקבם כרוך הצורך להכריע מיהי האם המשפטית, מטרתם היא הבאת ילד לאוויר העולם, מעין "מציאת" ילד להורים החפצים לגדלו, כאשר רק הם ניצבים לפנינו. אולם, כאשר אנו עוסקים בעימות שנכפה על שתי אימהות הטוענות לכתר האימהות המשפטית, בייחוד כאשר הילד כבר נולד ואף הוא ניצב לפנינו, הרציונל של אימוץ פתוח עשוי להיות רלוונטי עד מאוד. שהרי בשני המקרים המטרה המרכזית היא לא לנתק את הילד לגמרי משורשיו הביולוגיים: במקרה של אימוץ פתוח – הגנטיים והפיזיולוגיים גם יחד; ובמושא דיונונו – הפיזיולוגיים או הגנטיים. בל נשכח כי במקרה של החלפת עופרים, אם הילד יגדל אצל אמו הפיזיולוגית וכן זוגה, הוא ינתק בכך לגמרי לא רק מאמו הגנטית, אלא גם מאביו הביולוגי־הגנטי.

על פני הדברים ניתן לטעון כי יש לחתוך את ההכרעה לכאן או לכאן, קרוב ככל האפשר ללידת הילד, ולאפשר לילד לגדול אצל אמו הפיזיולוגית וכן זוגה או אצל אמו הגנטית וכן זוגה כהוריו המשפטיים לכל דבר ועניין. כואב ככל שזה יהיה, כך על פי הטענה, טובת הילד מחייבת אותנו לא להכביד עליו רגשית עם תחושות של נאמנות חצויה לשני זוגות של הורים משפטיים. אולם קריאה מעמיקה בספרות המחקר העיוני והמעשי שנכתבה בארץ בתחום הרווחה עשויה לאתגר אותנו באפשרות של אימוץ הסדר הקרוב לאימוץ פתוח בנושא דיונונו.¹⁷¹ המציאות המשפחתית שהילדים חיים בה כיום – זו האופקית שבינו לבינה וזו האנכית שבין ההורים לילדים – היא מורכבת ומאתגרת עד מאוד. בעידן המודרני ההגדרה, ולו הטבעית, של גבר ושל אישה אינה פשוטה כפי שהייתה בעבר, וכן ניתן למצוא מנעד רחב ביותר של משפחות "חדשות" עם מבני זוגיות

169 על שלוש מסגרות אלו ראו רע"א 2283/20 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (אר"ש 30.3.2020).

170 ראו על כך, בהרחבה, בע"מ 2795/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (אר"ש 10.5.2018). להבדל נוסף בין דפוסי האימוץ – העובדה שבאימוץ סגור יש להנפיק תעודת לידה חדשה לילד, עם שמות הוריו המאמצים, בעוד באימוץ הפתוח אין צורך כזה – ראו בג"ץ 7344/17 פלוני נ' שר הפנים (אר"ש 12.12.2018).

171 שורק וניג'ס־אכטילאת, לעיל ה"ש 167, בעמ' 7.

שונים ומגוונים.¹⁷² עושה רושם שגם בתחום של קביעת ההורות המשפטית אתגור תפיסת היסוד של המשפט העברי, שנדונה בהרחבה לעיל בתת-פרק 2, אינו מרתיע איש. מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה היא העובדה שהנחת העבודה ה"מסורתית" שלפיה לכל ילד יש רק אב משפטי אחד ורק אם משפטית אחת אותגרה זה כבר,¹⁷³ וכפי שיידון בהרחבה בתת-פרק הבא, גם הנחת העבודה של שני הורים משפטיים עורערה זה כבר. בתת-פרק הקודם סקרתי, אם כי בקצירת האומר, את האפשרות לאתגר גם את תפיסת ההורות המשפטית כמעמד בינרי, בבחינת הכל או לא כלום – הורות מלאה או העדר הורות לכל דבר ועניין.¹⁷⁴ מציאות חיייהם המורכבת של ילדים בתקופה המודרנית עולה גם בהקשר של אחוזי הגירושים המאמירים, המאלצים את הילדים לגור לא אחת בשני בתים ולחיות בצל סכסוך עצים בין הוריהם במהלך חיי הנישואים ולעת פירוקם.

סקירה של ספרות המחקר בחו"ל¹⁷⁵ ושל זו הראשונית הקיימת בארץ¹⁷⁶ מעלה כי האימוץ הפתוח הוא שם קיבוצי למנעד רחב ביותר של שימור קשרים ברמה כזו או אחרת בין הילד להוריו הביולוגיים – החל באימוץ הסגור, אשר שולל מכל וכל קיומו של קשר כזה ומצדד בניתוק מוחלט של הילד מהוריו הביולוגיים, ועד לאימוץ פתוח מלא, שבו הקשר נשמר לכל דבר ועניין במסגרת של "הורות משותפת" (co-parenting). באפשרות האחרונה הילד, ההורים הביולוגיים וההורים המאמצים נפגשים ללא השגחה וללא הגבלה של מספר הביקורים לאורך השנה. בתווך ניתן למצוא קשת רחבה ביותר של מינונים שבמסגרתם ההורים המאמצים והילד המאומץ חולקים עם ההורים הביולוגיים מידה מסוימת של מידע על מצבו של הילד, ועשויים להיות איתם בקשר. במסגרת זו ניתן למצוא את האימוץ הפתוח המתווך (mediated adoption),¹⁷⁷ הכולל, בין

172 על האתגר בתקופתנו של הגדרות טבעיות לגבר, לאישה, לזוגיות ולמשפחה ראו, בעיקר, סילביה פוגל-ביז'אוי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" דפנה יורעאלי ואח' מין מיגדר פוליטיקה 107 (1999); לימור מעודד דנון איזה מין גוף? ההשפעות של תהליך המינגוף על חייהם של אינטרסקסואלים (2014); פנחס שיפמן "זוגיות יחד ולחוד – אוטונומיה בתוך אינטימיות" משפט ועסקים כד 341, 341 (2021) ("התופעה של בני זוג המנהלים מערכת יחסים מבלי שהם חיים יחד במשק בית משותף מאתגרת את ההגדרה המקובלת של הידועים בציבור").

173 להצגה חדה של שתי עמדות קצה בעניין ולדין בהן ראו, בהתאמה, עקרונית מפלגת נעם ("אבא ואמא=משפחה. מבלי ששמנו לב, קמנו בוקר אחד וגילינו שבמדינת ישראל אסור לומר שמשפחה = אבא ואמא"); עניין ארד-פנקס 2, לעיל ה"ש 16, בפס' 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן ("זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו"); ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין", לעיל ה"ש 28.

174 ראו על כך לעיל ליד ה"ש 152–156.

175 ראו האסמכתאות המובאות לעיל בה"ש 161.

176 ראו שורק, ניג'ם-אכתילאת וסגל, לעיל ה"ש 162; שורק וניג'ם-אכתילאת, לעיל ה"ש 167. נעזרתי רבות בשני המקורות הללו בכתיבת שתי הפסקאות הבאות.

177 לדפוס אימוץ ייחודי זה ראו, בעיקר, HAROLD D. GROTEVANT & RUTH G. MCROY, OPENNESS IN ADOPTION: EXPLORING FAMILY CONNECTIONS (1998); Deborah Lewis Fravel, Ruth G. McRoy & Harold D. Grotevant, *Birthmother Perceptions of the Psychologically Present*

היתר, העברת מידע מוגבל מההורים המאמצים להורים הביולוגיים, וזאת מבלי שהאחרונים ידעו את זהות המשפחה המאמצת. בהמשך הרצף מדובר בהעברת מכתבים, תמונות, דואר אלקטרוני ושיחות טלפון באופן חד-צדדי מההורים המאמצים אל ההורים הביולוגיים או באופן הדדי. לבסוף, קרוב יותר לאימוץ הפתוח המלא, ניתן למצוא אפשרות של עריכת ביקורים עם השגחה מטעם שירותי האימוץ במקום ניטרלי פעמים מספר בשנה.

הרצון לא להותיר את אחת האימהות הפוטנציאליות לגמרי מחוץ לתמונת האימהות, נטולת כל חובות וזכויות כלפי הילד ובלא כל קשר עימו, הוא ברור ומוכן. סבורני שטוב יעשו הצדדים אם ישכילו להגיע להסכם ביניהם בדבר (המשך) גידול הילד באופן ששתי האימהות יהיו נוכחות בחייו ברמה כזו או אחרת, בדומה מאוד לאופן שבו הדבר מתרחש כיום בפועל במסגרת האימוץ הפתוח, לנוכח המנעד הרחב של דפוסי מערכות היחסים שאימוץ ייחודי זה מאפשר ואשר בית משפט צריך לאשר. אם הצדדים לא יגיעו להסכמה ביניהם, שומה יהיה על בית המשפט להכריע בעניין תוך קביעת הזוג שיזכה לגדל את הילד והזוג שייאלץ להסתפק בזמני שהייה עימו. כידוע, בסכסוכים שונים בדיני משפחה, כמו בכל סכסוך אחר, הגעה להסכמה בין הצדדים הניצים לעולם עדיפה על קביעה שיפוטית כפויה.¹⁷⁸ אכן, מלומדים שונים עמדו באריכות על חשיבותו הרבה של החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014 (להלן: החוק להסדר התדיינות), שעיקרו הניסיון לצמצם את הצורך בהתדיינות בערכאות המשפטיות – הן בבית הדין הרבני והן בבית המשפט לענייני משפחה. זאת, שכן אש המחלוקת כרוכה על עקבן מעצם טיבן וטבען, ועלולה לשרוף כליל את מערכת היחסים ולהותיר אדמה חרוכה בעקבותיה. תחת זאת יש לנסות ליישב את הסכסוך בדרכי שלום, במתינות וברוגע, כדי שהמחיר האישי והמשפחתי יהיה נמוך ככל האפשר.¹⁷⁹ כך מסכמים יחיאל

Adopted Child: Adoption Openness and Boundary Ambiguity, 49 FAM. RELS. 425 (2000); Cinda L. Christian, Ruth G. McRoy, Harold D. Grotevant & Chalandra M. Bryant, *Grief Resolution of Birthmothers in Confidential, Time-Limited Mediated, Ongoing Mediated, and Fully Disclosed Adoptions*, 1(2) ADOPTION Q. 35 (1997).

178 ראו על כך בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, פס' 93 לפסק הדין של הנשיא ברק (1997) ("עדיפה הסכמה חברתית, המבוססת על פשרה, על פני הכרעה שיפוטית, המבוססת על כפייה"); בג"ץ 5094/09 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (אר"ש 21.9.2010) ("כמובן תמיד עדיפה הסכמה ואנו מייחלים כי תבוא גם כאן, אך ככל שאין הסכמה כמובן אין מנוס מהכרעה, על פי העילות שבית הדין דן לפיהן בכגון דא, בהתאם להלכה").

179 ראו על כך יחיאל קפלן "הסדר התדיינות בסכסוכי משפחה – דיני משפחה מנקודת מבט המייחסת חשיבות לשיתוף פעולה והסכמה" **דין ודברים** טו 231, 290 (2021) ("...קבלת הגישה המפשרת, הממתנת והטיפולית, שהיא התשתית להצלחה בהליך השכנת שלום בית או בהליך יישוב הסכסוך במשפחה בהסכמה..."); שם, בעמ' 339 ("עם זאת, הם יכולים להפיק תועלת כשמיושם ההליך המאחה וממתן המחלוקת של יישוב סכסוך בהסכמה, ולא ההליך הלוחמני הקיים בהתדיינות"); שם, בעמ' 324 ("...יישוב המחלוקת בדרך שאין בה מיצוי של חומרת הדין לטובת צד אחד, במתינות ואיזון").

קפלן ואבישלוס וסטרייך את חידושו המהותי של החוק להסדר התדיינויות בכל הקשור להעדפת ההגעה להסכמה ויישוב הסכסוך המשפחתי בדרכים חלופיות על הכרעה שיפוטית כפויה:

"התחולל שינוי משמעותי בחקיקה בנוגע למתכונת יישוב הסכסוך במשפחה בישראל. ההסדר שבה מקדם את טובת בני המשפחה ובמיוחד זו של הילדים במשפחה. הם יכולים להפיק תועלת מהיתרונות הקיימים כתוצאה של סיום הסכסוך באמצעות השכנת שלום בית, או בעקבות פירוק ברית הנישואין, בדרך מכובדת, בהסכם הוגן, שיישום עקרונותיו יקדם את טובתם... מודלים של יישוב הסכסוך במשפחה בהסכמה, שאפשרי שימוש בהם בישראל... כוללים גישור, גירושין בשיתוף פעולה ודרכי יישוב סכסוכים בהסכמה מסורתיות, שנוהגים ליישם אותן בבתי הדין הדתיים, אשר מטרתן השכנת שלום בין בני הזוג ומניעת גירושין".

"העקרונות התורתי-משפטיים שבבסיס החוק מהפכניים: הם מאמצים במודע בעדיפות ראשונה הסדרים בענייני משפחה המבוססים על גישות חלופיות ליישוב סכסוכים. רק כשאלו לא השיגו את המבוקש – ניתן לפנות לערוצים המשפטיים הקלאסיים בדרך של הגשת תובענה לבית המשפט או לבית הדין. בחירה זו, כך מצהיר החוק עצמו, יוצאת מנקודת הנחה של יישוב סכסוך עדיפות מהותית, ערכית, על פני ערוצים משפטיים רגילים, בכך שהוא מפחית את המתח שבין הצדדים, הקיים ממילא בסכסוך המשפחתי ומועצם בעת הפנייה לאפיק המשפטי".¹⁸⁰

בספרות המחקר של דיני המשפחה ניתן למצוא עמידה רחבה על ההבדל המהותי שבין הקשר המשפחתי הזוגי לבין קשרים שבהם מתגלעים סכסוכים עסקיים, המעורר את החשש שהכפפת הסכסוך הזוגי לאידאולוגיה השוקית הניצבת בבסיס סכסוכים עסקיים לא תוליך לתוצאות ראויות. שחר ליפשיץ כבר עמד על המאפיינים הייחודיים של הסכסוך הזוגי, הגורמים לרצון ליישב את הסכסוך המשפחתי דווקא לא בצורה בינרית ושיפוטית החותרת לגילוי האמת.¹⁸¹ כמו כן, ממש לאחרונה הראו יחזקאל מרגלית ויובל סיני עד כמה הסכסוך המשפטי הקלסי בבתי המשפט האזרחיים, שעיקרו החתירה לחקר האמת או להכרעת הדין על פי זכויות בסדר דין אזרחי, שונה

180 ראו, בהתאמה, שם, בעמ' 231–232; אבישלוס וסטרייך "שלושה צמתים ביחסי בית הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזונות ילדים, שיתוף רכוש והחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה" **משפטים** נב 217, 267–268 (2022). השוו לביקורתה של שרון שקרג' "משפחה במשפט תפדה? משפחה, משפט ודיני המשפחה" **מוחקרי משפט** לד, ליד ה"ש 137–143 (צפוי להתפרסם), על אודות מבני הכוח שביסוד המנגנון ליישוב סכסוכים בדיני המשפחה.

181 ראו ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 34, בעמ' 291–295.

מהסכסוך המשפחתי הניצב בבסיס הדיונים המתקיימים בבתי המשפט לענייני משפחה.¹⁸²

קריאתי זו עולה היטב בקנה אחד עם המגמה הרווחת כיום בשירות למען הילד, המשקיע כיום מאמצים רבים להרחבת האימוץ בישראל, בין היתר באמצעות עשיית שימוש מוגבר במודל האימוץ הפתוח, המאפשר קשר בין הילד להוריו הביולוגיים במקביל להמשך גידולו על ידי ההורים המאמצים-החברתיים. אשר על כן, יש לעשות כל שניתן מבחינה משפטית ומבחינת הרווחה על מנת להציע למשפחות של שתי האימהות מגוון דרכים אפשריות לשמירה על קשר, ולסייע להן לזהות את דרגת הפתיחות ואת מאפייני הקשר המתאימים לכל אחת מהן, תוך התמקדות בטובת הילד. ההמלצה לדפוס קשר ייחודי זה צריכה להיות רגישה למאפייניו המסוימים של כל מקרה, ולהתאים לצרכים, למשאלות, לחוזקות ולמאפיינים הייחודיים של שתי המשפחות והילד. כדי להבטיח את יעילותו של קשר ייחודי זה ולהתמודד עם המורכבות והקשיים הכרוכים במפגשים, יש צורך מרכזי במתן ליווי ותמיכה לשתי המשפחות של האימהות ולילד לאורך השנים. חשוב מאוד שלעובדים הסוציאליים תהיה הכשרה לליווי מערכת יחסים זו. הליווי צריך לכלול הכנה של שתי המשפחות ושל הילד למפגשי הקשר, עיבוד רגשי לאחריהם וכדומה.¹⁸³

5. שלושה הורים משפטיים

כאמור לעיל בתת-פרק ג1, אחד מפסקי הדין המנחים החשובים ביותר שניתנו בארצות הברית – ולמעשה בעולם כולו – בדילמת ההכרעה בין האימהות הפיזיולוגית והגנטית הוא *Johnson v. Calvert*.¹⁸⁴ די בקריאה ולו שטחית של פסק הדין לעמידה על כך שבית המשפט חייב את עצמו לקבל הכרעה בין שתי האימהות הניצות הואיל והמצב המשפטי שהיה קיים במועד מתן פסק הדין לא הכיר באפשרות קיומן של שתי אימהות משפטיות לילד. אולם, מני כתיבתו, לפני שלושים שנה, השתנתה תפיסת העולם המשפטית בנושא זה בארץ ובעולם מן הקצה אל הקצה, וכיום ניתן למנות בארץ¹⁸⁵

182 ראו יחזקאל מרגלית ויובל סיני "רפורמת סדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה – האם לא הגיעה העת להכרזת עצמאות?" (בהליכי שיפוט).

183 ראו על כך, בעיקר, Elsbeth Neil, *The "Contact After Adoption" Study: Face-to-Face Contact*, in CONTACT IN ADOPTION AND PERMANENT FOSTER CARE: RESEARCH, THEORY AND PRACTICE 65 (Elsbeth Neil & David Howe eds., 2004); Harold D. Grotevant et al, *Many Faces of Openness in Adoption: Perspectives of Adopted Adolescents and Their Parents*, 10(3-4) ADOPTION Q. 79 (2007).

184 עניין *Johnson v. Calvert*, לעיל ה"ש 83.

185 דוגמת המאמרים המנחים הבאים, אשר די במקרא כותרתן להבין את הצידוד החד-משמעי באפשרות זו: זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 43; מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו?", לעיל ה"ש 8; וסטרייך "אמא יש רק שתיים", לעיל ה"ש 100.

ובחור¹⁸⁶ מאמרים אקדמיים ופסיקות בית משפט המצדדים בהכרה בשתי אימהות משפטיות לילד (dual maternity/motherhood).¹⁸⁷ כפי שסקרתי באריכות לעיל בתת-פרק 2, בפסיקה בארץ ניתן למצוא כמה פסקי דין שהכירו בזוג לסביות כשתי אימהות משפטיות לילד, בין כאשר דובר בהעברת ביצית בין בנות זוג ובין כאשר דובר בתרומת ביצית של תורמת אנונימית.¹⁸⁸ כעת שאלת השאלות היא אם בשלו התנאים והגזעה העת להכיר במשפט הישראלי גם בשלושה הורים משפטיים לילד. לא למותר לציין כי הכרה כזו תאפשר להכיר באם הגנטית או הפיזיולוגית ובבן זוגה וכן באם הנוספת הטוענת לכתר האימהות המשפטית. בהמשך אעמוד בהרחבה על היתרונות והחסרונות של אפשרות זו, אך לא לפני שאסקור את הדיונים הפסיקתיים העדכניים בנושא כרקע להצעתי להכיר באפשרות ייחודית ומאתגרת זו של שלושה הורים משפטיים לילד.

במהלך השנים 2020–2021 זכינו לדיון מחודש וכפול בנושא זה בבית המשפט העליון. השופט הנדל, אשר כתב את דעת הרוב ברוב רובם של פסקי הדין שעסקו במושא דיונו, גרס לא אחת כי החשש מפני הורות משולשת מצדיק קביעת תחולה רטרואקטיבית של צווי ההורות הפסיקתיים רק החל במועד שבו ניתן פסק דין וזאת זיקת הפונדקאית לילדים, ולא מרגע לידתם. לדידו, לנוכח העובדה שהמשפט הישראלי שולל את ההכרה בהורות היברידיית כזו, בהכירו לכל היותר בשני הורים משפטיים לילד, וכדי להימנע מיצירת הורות בלתי מוכרת כזו, יש לשלול את קיומן של זיקות הורות מתחרות כלפי הילד, בראש ובראשונה מצד האם הנושאת.¹⁸⁹ בעקבות דעה זו קבעה

186 על האימהות הכפולה במשפט המשווה ראו, למשל, 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. 459 (1990); Ryiah Lilith, *The G.I.F.T. of Two Biological and Legal Mothers*, 9 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 207 (2001); Douglas NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, 129 HARV. L. REV. 1185, 1223–1225 (2016).

187 לחקיקה תקדימית המאפשרת הכרה בשלושה הורים, הן בקולומביה הבריטית והן בקליפורניה, ראו, בהתאמה, Family Law Act, S.B.C. 2011, c 25, s 30; CAL. FAM. CODE § 7612(c). לדיון בדבר החקיקה האחרון, ובאפשרות ההכרה המשפטית בשלושה הורים משפטיים לילד באופן כללי, ראו, בהתאמה, Jeffrey A. Parness, *Choosing Among Imprecise American State Parentage Laws*, 76 LA. L. REV. 481, 491 n.63 (2015); Jeffrey A. Parness, *Federal Constitutional Childcare Parents*, 90 ST. JOHN'S L. REV. 965 (2016).

188 החל בייבוא מחו"ל של ההכרה בשתי אימהות משפטיות, המשך באימוץ צולב וכלה בצו הורות פסיקתי. ראו על כך, בהתאמה, בג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000); ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (2005); בע"מ 4890/14 **פלונית נ' פלונית** (אר"ש 2.9.2014). לפני שנים מספר אף ניתן צו אימוץ – במקום צו הורות פסיקתי, כפי שבוקש בתחילה – אף לאחר מות האם הלא-ביולוגית. ראו על כך אמ"ץ (משפחה ב"ש) 12-18 **פלונית נ' ב"כ היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 19.7.2018).

189 השופט הנדל קבע שלושה פרמטרים לקביעת תחולה למפרע כזו. ראו על כך עניין **ב"כ היועץ המשפטי לממשלה**, לעיל ה"ש 45, בפס' 13 לפסק הדין של השופט הנדל. כן ראו שם, בפס' 5, 14 ו-16 לפסק הדין של השופט הנדל, והשוו שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופט מינץ. למסקנה דומה

הנשיאה חיות, בפסק דינה המנחה בנושא, כי בנסיבות של פונדקאות חו"ל ניתן לקבוע תחולה למפרע במקרים המתאימים, אך ורק ממועד ניתוק הזיקה ההורית של הפונדקאית לילד, שכן רק החל במועד זה ואילך אין כל חשש להיווצרות הורות משולשת.¹⁹⁰ אולם, בשונה מדעת הרוב בפסק הדין הנדון ומהקו הברור שמובילים בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון בשנים האחרונות, ניתן למצוא הן בפסיקת בית המשפט העליון, הן בספרות המחקר והן בחקיקה תובנות המצדדות באפשרות של הכרה בשלושה הורים משפטיים לילד. נתחיל, ראשית דבר, מהפסיקה בדעת המיעוט של המשנה לנשיאה פוגלמן, אשר לא הצטרף לחשש האמור משורה של טעמים. לדידו, צווי ההורות הפסיקטיים אינם יוצרים חשש ממשי להורות משולשת, ומעולם לא עלה ולו מקרה אחד שבו נוצר הלכה למעשה מצב מורכב כזה. יתר על כן, גם אם אכן תתרחש בפועל מציאות כזו, יבחן בית המשפט לעומק שאכן נותק הקשר ההורי עם האם הנושאת לשביעות רצון המדינה. אם במקרה מסוים ימשיך להתקיים החשש, יוכל בית המשפט לעמוד על מכלול הנסיבות המיוחדות של המקרה, ובמידת הצורך לדרוש הבהרות נוספות כדי לוודא את ניתוקה המלא של האם הפיזיולוגית מהאימהות המשפטית. יתר על כן, לדידו של המשנה לנשיאה פוגלמן, העמידה הבלתי־מתפשרת של המדינה על שלילת הורות משולשת אינה עולה בקנה אחד עם הפרקטיקה המשפטית שנהגה במשך שנים ביחס להורים הטרוסקסואליים שנעזרו בפונדקאות חו"ל.¹⁹¹ בשולי הדברים אבקש לתקף את טיעונו האחרון בכך שאכן זעיר פה זעיר שם ניתן למצוא בכל זאת כמה תקדימים שיפוטיים, כמעט לא ידועים, שמהם עולה כי בעבר הכירה המדינה, ברמה כזו או אחרת, בהורות משולשת.¹⁹² כך או כך, ההצעה להכיר בשלושה הורים משפטיים טרם התקבלה (לפחות ארוך טווח) במשפט הישראלי.

גם בספרות המחקר ניתן למצוא לאחרונה הצטרפות לקריאה להכיר באפשרות של הורות משולשת (ולו לזמן קצוב) בהקשר של פונדקאות חו"ל. כך, לדוגמה, שחר ליפשיץ ביקש אף הוא לבטל על הסף את החשש השיפוטי מפני הורות משולשת, אם כי לא מנימוקיו המהותיים הנוספים של פוגלמן, אלא אך ורק בשל ההיבט הטכני־מעשי של העניין.¹⁹³ גם לדידי, לנוכח הכוונה, הרצון וההסכמה של שלושת הגורמים שחברו

ראו בע"מ 5544/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון**, פס' 10–11 לפסק הדין של השופט הנדל (אר"ש 14.2.2021).

190 דנג"ץ **צורי־יסלברג**, לעיל ה"ש 29.

191 שם, בפס' 49–50 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

192 לדיון אקדמי בהכרה דה פקטו קודמת של המדינה בשלושה הורים משפטיים של הילד ראו זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 22, בעמ' 267–268; דפנה הקר "מה נשתנה השנה? דיני משפחות – בין הכאוטי להרמוני" **דין ודברים** ט 295, 312 (2015); בלכר־פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 434. להכרה ייחודית ותקדימית דומה ראו עמ"ח (שלום ראשל"צ) 41988-03-11 **ר"א נ' קצין התגמולים** (נבו 3.2.2013). לעתירה שהוגשה לאחרונה לבג"ץ בקריאה דומה, ואשר עליה היה ח"מ חתום, ראו בע"מ 2112/23 **פלונית נ' היועצת המשפטית לממשלה** (אר"ש 23.3.2023).

193 ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין", לעיל ה"ש 28, בעמ' 82–83; ליפשיץ "אתיקת ההורות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 668–669. להיבט אקדמי נוסף של פירוק הורות משולשת ראו צבי

להורות המשותפת, יש להכיר בהורות המשפטית המשולשת שלהם. לבסוף, לקריאה למחוקק לומר את דברו בעניין ולהכיר חוקית באפשרות ייחודית זו של הורות משולשת, ראו את הצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת ביום 5.3.2018 על ידי ארבעה חברי כנסת, המציעה להוסיף לחוק הכשרות את סעיף 14א, שיקבע כי "בית המשפט רשאי, אם ראה שהדבר הוא לטובת הקטין, להכיר ביותר משני הורים לקטין; הורה בית המשפט כאמור – בכל מקום שבו מדובר בשני הורים, יראו כאילו מדובר ביותר משני הורים".¹⁹⁴ נחזור כעת ליישום האפשרות של הכרה בשלושה הורים משפטיים לילד במקרה של עימות בין שתי האימהות – זו הגנטית וזו הפיזיולוגית – כפשרה שתאיין את הצורך לקבוע בצורה דיכוטומית וקוהרנטית מי מבין שתיהן היא האם המשפטית. ניתן למצוא בארץ קריאות קודמות ומקיפות להכיר בשלושה הורים משפטיים לילד במגוון של דילמות בקביעת ההורות המשפטית. ראו, לדוגמה, את הקביעות העוסקות בהסכמה מפורשת בין תורם זרע ידוע לבין נתרמת ובן זוגה, וכן בהורות משולשת של זוג להט"בים ושל תורם הזרע או תורמת הביצית.¹⁹⁵

לנוכח קריאות אלו יש להעמיק ולדון במידת ישימותו של פתרון זה במקרה מושא דיוננו. מחד גיסא, התקדימים הנזכרים לעיל עוסקים במצבים של הסכמה בין הצדדים השונים, ואילו בנידון דידן אין כידוע הסכמה. יתר על כן, ניתן לתהות אם זו אכן טובת הצדדים השונים הטוענים לכתר האימהות המשפטית באופן בלעדי, ואם זו אכן טובת הילד. הלא אפשרות זו, ככל שהיא מוכרת בכלל, עלתה כאשר הייתה הסכמה להורות המשולשת, ולא כאשר זו נכפתה עליהם, בין שנראה זאת כהליך נשיאת עוברים כפוי או כתרומת ביצית מופרית כפויה.¹⁹⁶ אולם מאידך גיסא, זו כידוע דרכה של פשרה – שום צד אינו מקבל את כל מה שהוא רוצה. המציאות הבלתי־אפשרית שנכפתה על הצדדים,

טריגר "הורות בסיכון כפול: איומים מחוץ ומבית על ההורות הלהט"בית" **מעשי משפט** יד 13, 18 – 19 (2023).

194 הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – הכרה בתא משפחתי של יותר משני הורים), התשע"ח-2018, פ/5203/20. ייתכן מאוד שעל הצעה זו יש להוסיף את הצעתו הבאה של חבר הכנסת חסון: הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – הסכם הורות), התשע"ט-2018, פ/5848/20.

195 מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 207. לאפשרות הכרה בתוקפם של חוזים הנערכים עם תורם זרע ידוע ראו בג"ץ 4645/18 **פלונית נ' שר הבריאות** (אר"ש 13.2.2019) (בקשה לעריכת דיון נוסף נדחתה – ראו דנג"ץ 3192/19 **פלונית נ' משרד הבריאות** (אר"ש 15.9.2019)); על מחלוקת שהתגלעה בין מלומדים אם ניתן לאפשר הכרה כזו ראו שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" **משפטים** נא 231 (2021); מרגלית "מ'גנבת' זרע", לעיל ה"ש 71; MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE, לעיל ה"ש 134, בעמ' 157.

196 לטיעון שמדובר בהליך נשיאת עוברים כפוי ראו VanGessel, לעיל ה"ש 10; ניב־יגודה וגילבר, לעיל ה"ש 1, המסתמכים על דברי יובל שרלו המובאים אצל שרון כידון וישי שנרב "משפט שלמה" המודרני: מהי עמדת היהדות בפרשת החלפת העובר? **ynet** (19.9.2022) <https://did.li/lprgT>. האפשרות שמדובר בהליך נשיאת עוברים כפוי, כדרך שזה עשוי להיות הליך תרומת ביצית כפוי, עלתה גם במסגרת הרצאתו של מיכאל ויגודה, ראש היחידה למשפט עברי במשרד המשפטים, הניתנת לצפייה בכתובת <https://did.li/UW01C>.

כאשר שתי נשים – שלא לרצונן ושלא בטובתן – אינן יכולות לגדל את הילד כילדן לכל דבר ועניין, היא עובדה מוגמרת. אם מבקשים אנו לא לחלוק את הילד בין שתי האימהות האפשריות או להוציא מתמונת האימהות המשפטית את אחת הנשים, שומה עלינו להפוך כל אבן בניסיון למצוא פתרון יצירתי "מחוץ לקופסה". פשוט וברור הוא לכל בר דעת כי הפתרון הטוב ביותר ימצא מחוץ לכותלי בית המשפט, כאשר הצדדים ימצאו את הפשרה הטובה ביותר עבורם, שהיא החלופה הרעה פחות. כאשר יִשבו הצדדים למשא ומתן כזה, כדאי וחשוב שתונח לפנייהם גם אפשרות מחודשת ויצירתית זו, חרף כל הקשיים והאתגרים הלא-פשוטים הניצבים לפתחה.¹⁹⁷

אכן, בשל הרצון להגן על היציבות בחיי הילד, יש לאפשר לו להמשיך לגדול אצל אמו הפיזיולוגית ובן זוגה, שנחזו גם כהוריו הגנטיים. זאת, הן בשל הנימוקים המצדדים באימהות הפיזיולוגית כעומדת על רגליה שלה, והן בשל הרצון לא לזעזע את עולמו של הילד בהוצאתו מהתא המשפטי שבו הוא גדל ואשר אותו הוא מכיר מיום לידתו. אכן, ככל שנקדים להכריע בעניין הוריו המשפטיים של הילד סמוך לאחר הלידה, ואולי אף עובר לה, הדבר עשוי לתרום במידה משמעותית ליציבות בחיי הילד. יפה לעניין זה קביעתם הבאה של נעמן, בלכר-פריגת וזפרן בנוגע לחשיבות של מיסוד ההורות סמוך לאחר לידת הילד:

"כאשר מדובר בלידה של ילד, תזמון המיסוד הוא קריטי. מבחינת המשפט, לידה של ילד צריכה להנביע גם לידה מיידית של הורה, האדם שאחראי כלפי הילד וחייב כלפיו בכל החובות ההוריות. מיסוד ההורות סמוך ללידה הוא הכרחי בראש ובראשונה לשם הגנה על האינטרסים של ילדים. אולם גם הגנה על האינטרסים של ההורים ועל מערכת היחסים המשפחתית באופן כולל מחייבת את מיסוד ההורות סמוך ללידה".¹⁹⁸

אכן, הצורך לקבוע את ההורות המשפטית ביחס לילד מוקדם ככל האפשר, בשל הרצון להגן על חיי הילד ויציבותם, הוא נר לרגלי בית המשפט העליון. זאת הסיבה שבעטייה הוא אפשר במקרים של זוגיות להט"בית הגשת בקשות להכרה בהורות המשפטית של בן הזוג שאינו ההורה הביולוגי, באמצעות צו הורות פסיקתי, כבר שישים יום עובר ללידת הילד, אף שבפועל היא תוכר רק עם לידת הילד.¹⁹⁹ זאת הייתה גם

197 להצעה קרובה לפשרה בין צדדים ניצים הנאבקים אם להיות או לא להיות הורה באמצעות ביציות מופרות שהוקפאו בקליניקה לפרייון, בשל חילוקי דעות וחוסר הסכמה בין הצדדים בעקבות פרידה וגירושם מאוחרים יותר, ראו Margalit, *To Be or Not to Be (a Parent)?*, לעיל ה"ש 139.

198 נעמן, בלכר-פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 727 (ההדגשות במקור).

199 ראו על כך, בעיקר, בע"מ 9182/18 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 3 (אר"ש 4.6.2020); תה"ס (משפחה ת"א) 855-10-13 פלונית ואלמוני (נבו 29.10.2013); מרגלית יחסי הורים וילדים, לעיל ה"ש 29, בעמ' 108-109 ו-268.

ההנ"ל המרכזית לקריאתי, בכמה מחקרים קודמים שלי, להכיר בהורות המשפטית כבר עובר ללידת הילד. וכך קבעתי באחד ממחקריי הקודמים:

"ואכן, ישנם יתרונות ברורים בהכרה בקביעת ההורות המשפטית עובר ללידת הילד, ולכל המאוחר מיד עם לידתו, בין היתר, בהקשר של הצוואות והירושות לשם שמירה על טובת הילד וזכותו לרשת את הפרט שהתכוון ורצה להיות הורה המשפטי".²⁰⁰

לידי, הכרה מוקדמת ככל האפשר בהורות המשפטית של הורי הילד, אפילו עובר ללידתו, תקנה לו יציבות בחייו, וכבר סמוך לאחר לידתו, כאשר הוא יוכר כילד לכל דבר ועניין של הוריו, הוא יוכל, בין היתר, לרשת אותם אם הם הלכו לעולמם במהלך ההיריון. דיונים קרובים בגורמים נוספים שבכוחם לקדם את היציבות בחיי הילד ניתן למצוא בפרקטיקה שהתפתחה בארץ לא לבצע בדיקות גנטיות לקטנים, בלא כל קשר לדתם, בשל החשש שהאמת שתתגלה תפגע קשות ב"יציב" שלהם בשל ממזורם ההלכתי, אם הם יהודים, או בשל הגדרתם כילדים לא לגיטימיים, אם הם מוסלמים או נוצרים.²⁰¹ אולם, בשל הרצון לא להתכחש לאמת, יש לקרוא לנער בשמו, או ליתר דיוק להורה הגנטי, ולהכיר אף בו כהורה משפטי נוסף ושלישי של הילד, בשל כל אותם נימוקים המצדדים באימהות הגנטית בפרט ובהורות הגנטית בכלל.

בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יש לציין כי פתרון כזה עלה זה כבר בחו"ל, כפי שמלמדנו המשפט המשווה שנערך לעיל בתת-פרק ג.1. בפרשת *Leeds Teaching Hosps. NHS Tr. v. A*²⁰² הבריטית פסק בית המשפט, בפברואר 2003, כי יש להכיר בהורות של האב הגנטי כהורה שלישי, נוסף על שני בני הזוג שלהם נולדו התאומים. הואיל והזרע של אדם שחור, שאף הוא היה מטופל באותה קליניקה לפרייון בניסיון להרות, הפרה בטעות ביצית של אישה לבנה, הוכרזו שניהם כהורים המשפטיים של

200 שם, בעמ' 278–279. כן ראו, בין היתר, מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 15; מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 9, בעמ' 560, 585 ו-597; מרגלית "עשור למהפכת צווי ההורות הפסיקתיים", לעיל ה"ש 29, בפרק ה.

201 לדילמה הרחבה יותר בין אמת ליציב בכל הקשור לעריכת בדיקות גנטיות לקטנים ראו יחזקאל מרגלית "אמת ויציב – אמת עדיף? ושוב לדילמת ביצוע בדיקת רקמות לקטנים בישראל" **חוקים טז** 9 (2022). עוד ראו עמיחי רדזינר "עד שכמעט לא נמצא ממזר מהתורה רק כשהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים" – על פתרונות חדשניים להתרת מקרי ממזרות בבתי הדין בישראל" *JSIJ* 20 (2021); עמיחי רדזינר ואבישלום וסטרייך "מה בין מסורבות גט לממזרים? על מהפכנות ויצירתיות בפסיקת בתי הדין הרבניים" **מחקרי משפט** לג 139 (2021); שלמה יעקובוביץ **גנטיקה, משפט והלכה** (2023).

202 עניין *Leeds*, לעיל ה"ש 90. לביקורת והערכה של פסק הדין ראו M. Ford & D. Morgan, *Misconceived Conceptions*, 30 J. MED. ETHICS 478 (2004); Sally Sheldon, *Reproductive Technologies and the Legal Determination of Fatherhood*, 13 FEMINIST LEGAL STUD. 349, 351 n.6, 354 n.17 (2005).

התאומים מכוח היותם הורים גנטיים. אולם השופטת Elizabeth Butler-Sloss, ששימשה נשיאת מחלקת המשפחה בבית המשפט העליון (Family Division of the High Court), פסקה כי לשני בני הזוג הלבנים תהיה משמורת ואחריות הורית על התאומים, ואילו לגבר השחור תהיה הורות משפטית והוא יקבל זמני שהייה.²⁰³ ובלשונה:

"In my judgment the twins' rights to respect for their family life with their mother and Mr A can be met by appropriate family or adoption orders and those orders would be proportionate to the infringements of their rights... This is not a sperm donor case and should not be treated as such when considering the position of the twins. To refuse to recognise Mr B as their biological father is to distort the truth about which some day the twins will have to learn through knowledge of their paternal identity".²⁰⁴

אם נרצה, אין זו אגדה!

בדומה לסיכום של תת-פרק 3 לעיל, גם כאן ניתן להתלבט אם התועלת הטמונה בקביעת כלל הפרטים הטוענים להורות על הילד כהוריו המשפטיים, מבחינת טובת הילד וזכויותיו, תגבר על הנזק שהיא עלולה לגרום בהיבטים אלו. מצד אחד, כל מי שמעורב מבחינה ביולוגית בהבאת הילד לאוויר העולם יזכה, ברמה כזו או אחרת, לשמש הורה משפטי שלו או למצער יקבל חלק מאגד החובות והזכויות הכרוכות על עקבו של מעמד משפטי זה. מצד אחר, ייתכן שהכרה ביותר משני הורים משפטיים לילד תסרבל את חייו ודווקא תפגע בו קשות. אם לא אחת שני הורים אינם מסתדרים בינם לבין עצמם בגידול הילד, כפי שנסיון החיים מלמדנו, קל וחומר ששלושה הורים יתקשו עד מאוד בתפקוד יומיומי מיטבי.

סיכום וקריאה לבתי המשפט ולמחוקק

ההינע המרכזי לכתיבת המאמר הוא ללא כל ספק פרשת המחדל של החלפת העוברים בבית חולים אסותא, שפרצה לתודעה הישראלית בסתיו 2022. אולם גם לאחר מחקר והוראה במשך קרוב לשני עשורים של נושא קביעת ההורות המשפטית בישראל, חשתי

203 לתיאור מלא יותר של פסק הדין ראו Leslie Bender, "To Err Is Human": ART Mix-Ups: A Labor-Based, Relational Proposal, 9 J. GENDER, RACE & JUST. 443, 448–449 (2006).

וביתר הרחבה ראו Cynthia R. Mabry, "Who Is My Real Father?"—The Delicate Task of Identifying a Father and Parenting Children Created From an in Vitro Mix-Up, 18 NAT'L BLACK L.J. 1, 60 (2004).

204 עניין Leeds, לעיל ה"ש 90, בפס' 56–57.

שכל הנושא של קביעת האימהות המשפטית עדיין לוט בערפל בארץ, בדומה למצב הקיים במדינות נוספות בעולם. בתחילת כתיבת המאמר יצאתי מנקודת ההנחה כי הן המשפט האזרחי והן המשפט העברי מבכרים באופן ברור וקוהרנטי את ההורות הגנטית על זו הפיזיולוגית בכל הקשור לקביעת אימהות משפטית. זאת, בין היתר, לאור אמירות מושרשות וידועות שלפיהן המשפט הישראלי, בעקבות המשפט העברי, מעניק עדיפות גבוהה יותר לביולוגיה מאשר לכל גורם אחר, ולפיכך יש להעדיף את "קול הדם", שהרי "דם סמיך ממים". לפיכך סברתי לתומי שכתובת המאמר תהווה "קרב מאסף" במציאות "מסורתית" זו במשפט הישראלי. אולם ככל שהתקדם המחקר התברר לי עוד ועוד כי כרגיל במחוזותינו, בייחוד בתחום דיני המשפחה, לעולם אי-אפשר לקבוע מסמרות באמיתה "מסורתית" כזו או אחרת, והמציאות האתית-המשפטית-החברתית בארץ היא מורכבת וסבוכה הרבה יותר. הדברים אמורים במשפט הישראלי ובמשפט העברי כאחד, אשר חרף ההפרדה שאמורה להתקיים ביניהם, בפועל הראשון מסתמך לא מעט על האחרון. בתי המשפט בארץ נוטים להשתמש בכללים השאובים מן ההלכה היהודית, לא אחת לצד שימוש בדין האזרחי ולעיתים בערבוביה, אף שמדובר לכאורה בכללים פרוצדורליים, ולא מהותיים, לפחות בכל הקשור לקביעת האבהות המשפטית. לכן בדרך כלל, כפי שהעיר נכונה פנחס שיפמן, הדין הדתי שב ונכנס דרך הדלת האחורית, והדברים אמורים גם במושא דיונו.²⁰⁵ אכן, גם בחלק מפסקי הדין שנסקרו לאורך המאמר עשו השופטים שימוש מעשי במשפט העברי במסגרת נסיונם להכריע בין האימהות הפיזיולוגית לאימהות הגנטית.²⁰⁶

אשר על כן, שלוחה מכאן קריאתי למחוקק לומר את דברו בהקדם האפשרי ולהבהיר מהו המעמד הראוי בעיניו של האימהות הפיזיולוגית באופן כללי, ובפרט בעימות אפשרי שלה מול האימהות הגנטית. העדפת הפיזיולוגיה על הגנטיקה פשוטה וברורה בחוק תרומת ביציות, אולם בכל הקשור להליך נשיאת עוברים לא ברור כלל מיהו האם המשפטית של הילד עם לידתו עובר למתן צו ההורות, והדברים אמורים גם במחדל של

205 לסיכום הלכטים של הפסיקה והחוקרים בעניין זה ראו האסמכתאות המובאות אצל רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" **הפרקליט** 311, 315 (2002); דליה צמירין-חלק **הוכחת אבהות** 49–68 (מהדורה חדשה ומורחבת 2007). על הפרדה בין הקשרים שונים של קביעת הורות, כך שרק במקצתם יחול הדין האישי, ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 25–26 (1989).

206 דוגמת עניין **ת"צ**, לעיל ה"ש 42, בפס' 14 ו-15. חשובה לעניין זה הקביעה הבאה: "ראשית, הכרה בת' האם הגנטית כאם משפטית נוספת מתיישבת לפחות עם חלק מדעות הפוסקים ההלכתיים. בדין היהודי חלוקות הדעות בנושא הגדרת אמהות. הפוסקים התחבטו בשאלה אחרי מי מתייחס ולד שנולד מביצית מופרית של תורמת שהושלתה ברחמה של אישה שניה שאינה מסוגלת להרות באופן טבעי. חיפשנו ומצינו ארבע דעות... כיום הדעה הרווחת היא שבעלת הביצית היא האם. ולכן הכרה בת' גם מתיישבת עם דעת רוב הפוסקים, וגם רישומה של ת' כאם יימנע מצב של נישואי קרובים". שם, בפס' 29. כן ראו לעניין זה עמ"ש (מחוזי ת"א) 43811-11-12 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית**, פס' 48 לפסק הדין של השופט שנלר (נבו 9.5.2013); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 35590-03-12 **א"ע נ' היועץ המשפטי לממשלה** 6 (נבו 7.7.2013); וכן פסקי דין רבים נוספים.

החלפת עוברים, שבו כפות המאזניים מעונינות בשאלה אם האימהות המשפטית תינתן לאם הפיזיולוגית או הגנטית. עד אשר יאמר המחוקק את דברו, אם בכלל, אני שולח את קריאתי לבתי המשפט לתת אפריורי – למעט בנסיבות מיוחדות בלבד – את המקום הראוי לאימהות הפיזיולוגית במנעד הדילמות והמקרים שבהם קונפליקטים אלו עולים, בהינתן חשיבותה הרבה ומרכזיותה בארץ ובעולם, כפי שעלה לאורכו ולרוחבו של מאמר זה.

כך או כך, בשל הקושי העצום הרובץ לפתחה של קביעה עקרונית זו, ובשל הרגישות וההשלכות הדרמטיות הכרוכות על עקבה של דילמה זו, ביקשתי להציע שני גורמים מתווכים העשויים לסייע רבות בהכרעה לכאן או לכאן, לכל הפחות במקרים של החלפת עוברים. האחד הוא עקרון טובת הילד, שהוא מעצם טיבו וטבעו תלוי מקרה ומשתנה בהתאם לנסיבות המסוימות של הדילמה. לדוגמה, בעוד עובר ללדת הילד קיים קושי מושגי רב בניסיון להסתייע בעיקרון זה, לאחר שהילד כבר גדל אצל אחת הנשים הטוענות לכתר האימהות המשפטית עשוי להיות לו משקל דרמטי. גורם מתווך מרכזי נוסף הוא קביעת הורות משפטית בהסכמה, העשויה לסייע לנו רבות בהסדרה מראש של קביעת האימהות המשפטית בהסכמי תרומת ביצית, בהסכמים לנשיאת עוברים ועוד. המאמר הציע לתקן את טופסי ההסכמה מדעת וההסכמים הנחתמים בין בתי החולים לבין הנשים והזוגות הבאים בשעריהם לקבל טיפולי פוריות, כך שיוסף בהם סעיף שבו יפרטו הזוגות ברחל בתך הקטנה מה בדעתם לעשות אם וכאשר הן יגיעו למצב דברים כזה.

לבסוף, בשל הרצון להימנע מלהפריד לגמרי את הילד מאחת הנשים הטוענות לכתר האימהות המשפטית, הצעתי כמה מנגנוני פשרה שניתן להשתמש בהם מחוץ לכותלי בית המשפט, שכן רבים וטובים טוענים כי מן הנכון והראוי להימנע מהכרעה משפטית בסוגיה כה מורכבת ורגישה. בין היתר הצעתי להפריד בין הסדרי הורות לבין זמני שהייה, כפי שהדבר מתרחש כאשר הילד עובר למשמורת של אחד מהוריו, לרוב אמו, לאחר גירושיהם. פתרון זה עלה באחד מפסקי המנחים שניתנו בארצות הברית בדילמה של החלפת עוברים מוקפאים, אך ניתן בהחלט ליישמו גם בארץ. למצער הצעתי יישום של הסדר הדומה מאוד לאימוץ הפתוח, אשר הולך ותופס לו מקום של כבוד במשפט הישראלי. לבסוף, הצעתי לבחון מחדש את האפשרות – אשר נדחתה עד כה דרך קבע בפסיקה – של קיום שלושה הורים משפטיים: שתי אימהות משפטיות נוסף על האב המשפטי. כל הכרעה בדילמה זו היא קשה מנשוא עד בלתי אפשרית, וגם הגורמים המתווכים או הצעות הפשרה שהוצעו שוברים בצידם ואין הם נקיים מספקות. אולם בצוק העיתים, כאשר אנו נדרשים להכרעה בעניין, סבורני שיתרונותיהם רבים מחסרונותיהם במציאת הפתרון הצודק והראוי תוך ניסיון לשמור על הזכויות והאינטרסים של הצדדים השונים – ובראשם הילד – בצורה הטובה ביותר.

