



על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

יחזקאל מרגלית

כרך כז, תשפ"ג

על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

יחזקאל מרגלית*

המבנים של המשפחה, של הזוגיות ושל ההורות עוברים בעשורים האחרונים טלטלה של ממש הן בחו"ל והן בארץ, ואנו עדים לזניחת מבנים "מסורתיים" ומונוליתיים לטובת מנעד רחב ומגוון של "משפחות חדשות". אולם עושה רושם שהיבט מרכזי וחשוב של הדיון כולו טרם נדון לעומקו, לפחות בארץ, הן בספרות המחקר והן בפסיקתם של בתי המשפט. מדובר בהסדרת היבטים שונים של הצוואות והירושות של אותם ילודים שנולדו ב"משפחות החדשות", אשר לא אחת התאפשרה הבאתם לאוויר העולם אך ורק הודות לטיפול הפוריות השונים. המאמר שלפנינו מבקש למלא חוסר אקוטי זה. המאמר יסקור, ראשית דבר, את מבני ההורות ב"משפחות החדשות" ואת האתגרים והקשיים שהם מעלים בתחום הצוואות והירושות. לאחר מכן יציג המאמר את תפיסות העומק של המחוקק הישראלי בתחום האחרון, תוך עמידה על העדפת המסגרות הרשמיות והפורמליות הן של הזוגיות והן של ההורות על מערכות יחסים הקיימות דה פקטו, גם אם לא דה יורה. לאחר שידון באימוץ כמקרה בוחן המשקף נאמנה את הקשיים והאתגרים הכרוכים בערעור על מבנה ההורות ה"מסורתי", שבו שני הורים ביולוגיים מגדלים את ילדם, יסקור המאמר, אחד לאחד, את הקשיים והדילמות המורכבים והסבוכים בהקשר של מושא דיוננו העולים ב"משפחות החדשות", במיוחד כאשר טיפולי פוריות הם שאפשרו את לידתו של הילד. בין היתר מדובר בהקשרים הבאים: תרומת זרע מגבר זר,

* דוקטור למשפטים; מרצה בכיר באקדמית נתניה ומרצה מן החוץ באוניברסיטת בר-אילן; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U.) (2011–2012); מחבר הספרים THE JEWISH FAMILY: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW (2017); DETERMINING LEGAL PARENTAGE: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW (2019); יחזקאל מרגלית יחסי הורים וילדים – בין דיני משפחה לדיני חוזים (צפוי להתפרסם ב-2022). אני מבקש להודות מקרב לב למערכת כתב העת משפט ועסקים ולסוקרים/ות האנונימיים/ות על עבודת מערכת מצוינת ועל הערות מחכימות ובונות.

הולדה לאחר המוות, צו הורות פסיקתי, צו ההורות בהליך "פונדקאות" והאפשרות של הכרה ביותר משני הורים משפטיים לילד. לבסוף, המאמר יציע את המודל של קביעת הורות משפטית בהסכמה כמודל הצודק, הגמיש, היעיל והנוח ביותר להשלמת ההכרה המשפטית בזכותם של הילדים שנולדו במשפחות אלו לרשת את מי שהתכוונו ורצו להיות הוריהם-מורשיהם.

פרק א: הצגת הדיון

1. "המשפחות החדשות"

2. צוואות וירושות

פרק ב: על תפיסות העומק של המחוקק הישראלי בנוגע לצוואות וירושות

1. יחסי הורים וילדים כקשרים ביולוגיים-גנטיים

2. העדפת פורמליות על מהות

(א) העדפת בני זוג נשואים על ידועים בציבור

(ב) העדפת אימוץ כדין על אימוץ בפועל

פרק ג: האימוץ כמקרה בוחן

פרק ד: קשיים ודילמות בסוגיית הירושה בסוגים שונים של "משפחות חדשות"

1. תרומת זרע מגבר זר

2. הולדה לאחר המוות

3. צו הורות פסיקתי

4. צו ההורות בהליך "פונדקאות"

5. על יותר משני הורים משפטיים לילד

פרק ה: הצעת המודל הנורמטיבי להשלמת ההכרה ב"משפחות החדשות" בתחום

הצוואות והירושות

1. הרקע התיאורטי – חופש ה"חוזים" וקביעת הורות משפטית בהסכמה

2. עיגון קביעת הורות משפטית בהסכמה בחקיקה או למצער בחקיקה

שיפוטית כדרך המלך

סיכום וקריאה למחוקק

פרק א: הצגת הדיון

1. "המשפחות החדשות"

מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה היא העובדה שמדינת ישראל היא המדינה המערבית המובילה בעשיית שימוש בטיפולי פוריות, בהנשאתם, במימנם ובסבסודם, כמעט בלא

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

הצבת חסמים משפטיים, אתיים וכלכליים כלשהם.¹ וכך, מטעמים בטחוניים, סוציולוגיים, דמוגרפיים ודתיים, מדינת ישראל מובילה בקרב מדינות ה-OECD במספר היילודים, ובאופן כלל-עולמי במספר הקליניקות לפיריון ובמספר מחזורי ההפריה החוץ-גופית (IVF) הנעשים בה. בשל הפתיחות החברתית,² השמרנות החקיקתית ה"דוחפת" את בתי המשפט לנקיטת קו ליברלי ומתירני יותר,³ והקדמה הרפואית האדירה בתחום הפיריון והילודה בישראל, הנחשבת מובילה בתחומה בעולם כולו,⁴ ניתן לראות בשנים האחרונות בארץ מקרים רבים מאוד של לידת ילדים באמצעות טיפולי פוריות ל"משפחות חדשות",⁵ בראש ובראשונה למשפחות חד-הוריות ולמשפחות

1 לקביעות אלו ראו, בין היתר, גיל סיגל "ביר-אתיקה כחול לבן – ביר-אתיקה ומשפט רפואי בישראל" **ביר-אתיקה כחול לבן** 15, 36–38 (גיל סיגל עורך התשע"ה); כרמל שלו "טכנולוגיות פיריון וגנטיקה בישראל" **ביר-אתיקה כחול לבן** 140, 141–145 (גיל סיגל עורך התשע"ה). לביקורת על אי-הצבת גבולות ביר-אתיים בקביעת הגיל המרבי לעשיית שימוש בטיפולי הפוריות, ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" **מאזני משפט** ט 267 (2014); קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" **משפטים** מח 521 (2019).

2 על הפתיחות ניתן ללמוד, בין היתר, מפסק הדין שניתן בשלהי שנת 2018 ואשר כונה – בצדק או לא בצדק – "בג"ץ הבגידה". עניין זה מהווה גרסיה בפתיחות המשפטית שאפיינה את בית המשפט העליון בעשרות השנים האחרונות, בוודאי מתקופת "הזוהר" שלו בשנות נשיאותו של אהרן ברק. לכן בדיקת התהפכה ההלכה בדיון הנוסף. ראו על כך, בהתאמה, בג"ץ 4602/13 **פלונת נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה** (אר"ש 18.11.2018); דנג"ץ 8537/18 **פלונת נ' בית הדין הרבני בגדול בירושלים** (אר"ש 24.6.2021). לדיון בעניין ובהשלכות הרוחב הלא-פשוטות שלו, ראו שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13" **עיוני משפט** מג 5 (2020); חנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13" **מחקרי משפט** לב 519 (2019). פתיחות זו באה היטב לידי ביטוי גם בפסיקת בית המשפט העליון שלפיה גבר שנישא לאישה והסתיר ממנה את נטייתו ההומוסקסואלית אינו חב בחובת גילוי כלפיה. ראו על כך בע"מ 5827/19 **פלונת נ' פלונת** (אר"ש 16.8.2021).

3 על הקשר הבלתי-נמנע בין שמרנותו של המחוקק לבין הליברליות של בתי המשפט בארץ, לכל הפחות בהקשר של הכרה בזוגיות חד-מינית, ראו Shahr Lifshitz, *A Potential Lesson from the Israeli Experience for the American Same-Sex Marriage Debate*, 22 B.Y.U. J. PUB. L. 359 (2008).

4 על האופן שבו פותחו טכנולוגיות הפיריון בישראל ונקלטו בה במהירות רבה יחסית למדינות אחרות, בשל אתוס הפיריון, ראו צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפיריון בישראל" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 269, 270–269 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2016).

5 חרף הטרוויאליות לכאורה של המונח "משפחות חדשות", מעניין שהוא אינו שכיח מאוד בספרות המחקר, כל שכן בפסיקה, מה שעשוי ללמד על תפיסת אותן משפחות כמשפחות "ותיקות" שאינן פרי התקופה המודרנית בלבד. חיזוק לכך ראו, למשל, אצל צבי טריגר **פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרכות** (2014). למיטב בדיקתי במאגרים המשפטיים, מונח זה נזכר בהקשר של משפחות חד-מיניות רק בשני פסקי דין: תמ"ש (משפחה ת"א) 6960/03 **בעניין ק"צ וי"מ**, פס' 46 (נבו 21.11.2004); בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים** (אישור הסכם ומעמד היילוד), **התשנ"ו-1996**,

חד-מיניות.⁶ בקיץ 2018 אף תוקן "חוק הפונדקאות" הישראלי כך שיאפשר את הנגשתו של הליך נשיאת העוברים גם לבנות זוג לסביות. מאוחר יותר, בעקבות פסיקה נוספת של בג"ץ, הוצא ביום 27.12.2021 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות שלפיו החל באמצע ינואר 2022 גם גברים יחידנים או כאלה החיים בזוגיות עם גבר אחר זכאים לעשות זאת.⁷ נוסף על כך, בספרות המחקר בארץ ניתן למצוא עיסוק רב בנושא, תוך קריאה חוזרת ונשנית לפרוץ עוד ועוד את גבולות המשפחה ה"מסורתית" עד לכדי הכרה בריבוי הורים לילד,⁸

- פס' 2 לפסק הדין של השופטת (בדימ') ארבל (אר"ש 18.9.2014). לעומת זאת, בספרות המחקר ניתן למצוא שימוש נרחב יותר, גם אם לא שכיח מאוד, כאמור. ראו, לדוגמה, פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח 643 (2005) (להלן: שיפמן "על המשפחה החדשה"), וכן יתר המאמרים שהתפרסמו בחוברת כח(3) של כתב העת **עיוני משפט**, המוקדשת כולה לנושא זה; פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" **ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 575, 577 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים) (2009) (להלן: שיפמן "דיני משפחה אזרחיים"); מיכל טמיר "השפה העברית לא המציאה לי תואר": על כבודן של משפחות אלטרנטיביות בישראל" **קריית המשפט** ח 251 (2009). לתיעוד של מנעד המשפחות החדשות בישראל נכון לשנת 2019 ראו סלביה פוגל-ביזאוי "האשי, הלאומי, הגלובלי – מבט עכשווי על משפחות בישראל" **מאזני משפט** יג 15 (2020).
- 6 ראו, לדוגמה בלבד, 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 (עניב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים) (2016) (להלן: בלכר-פריגת וזפרן "הורות על ידי בני זוג בני אותו מין"; הספר להלן: **זכויות הקהילה הגאה בישראל**). ראו לאחרונה גם נוי נעמן "תזמון ההורות במשפט – צו ההורות הפסיקתי כמקרה-מבחן" **משפט וממשל** כה (צפוי להתפרסם ב-2022); נוי נעמן, איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" **עיוני משפט** מו (צפוי להתפרסם ב-2022).
- 7 ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק ההסכמים); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (אר"ש 27.2.2020); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 10.3.2021); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (אר"ש 11.7.2021). אכן, במסגרת תיקון מס' 2 משנת 2018 תוקן ס' 1 לחוק, העוסק בהגדרות, ובעקבותיו הזכאים לעשות בארץ הליך נשיאת עוברים הם "הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה". לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות העוסק בהנחיות ליישום התיקון הנוסף בחוק ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 7.2021 "חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", תשנ"ו-1996 – הנחיות ליישום" (27.12.2021) https://www.health.gov.il/hozer/mk07_ 2021.pdf.
- 8 ראו על כך בהרחבה להלן בתת-פרק 5. לדיון אקדמי בתוצאות מרחיקות הלכת של ההנדרס הגנטי של ילד משלושה תורמים גנטיים שונים, ראו, למשל, Yehezkel Margalit, Orrie Levy & John Loike, *The New Frontier of Advanced Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood*, 37 HARV. J.L. & GENDER 107 (2014); Daniel Green, *Assessing Parental Rights for Children with Genetic Material from Three Parents*, 19 MINN. J.L. SCI.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

בין היתר תוך הכרה בהורות החברתית של ההורה הלא-ביולוגי, ואף הבניית המשפחה כולה בעיקר על יחסי הורים וילדים, ולא על הזוגיות המסורתית של שני בני זוג הנשואים זה לזה.⁹

אולם עושה רושם שהיבט מרכזי וחשוב של נושא "המשפחות החדשות" – הסדרת היבטים שונים של הצוואות והירושות ביחס ליילודים שנולדו למשפחות אלו, אשר לא אחת התאפשרה הבאתם לאוויר העולם אך ורק הודות לטיפול הפוריות השונים¹⁰ – טרם נדון לעומקו, לפחות בארץ.¹¹ הדברים אמורים הן בספרות המחקר והן בפסיקת בתי

& TECH. 251 (2018); YEHEZKEL MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE: MARGALIT, BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW 183–257 (2019) (להלן: (DETERMINING LEGAL PARENTAGE).

9 ראו איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" **משפט ועסקים** יט 821 (2016). לדעה חולקת, הקוראת לדבוק בערכי המשפחה המסורתית גם במסגרת עשיית שימוש בטיפולי פוריות, ראו יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי: בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת-ישראל" **מאזני משפט** 85 (2014) (להלן: גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי").

10 במאמר זה אתייחס אך ורק לסוגיית הצוואות והירושות ב"משפחות החדשות" בהקשר של מערכת היחסים האנכית בין הורים לילדים, ולא אעסוק גם במערכת היחסים האופקית בין בני הזוג. כך, לדוגמה, לא אעסוק כאן בשאלה אם בני זוג חד-מיניים יורשים זה את זה, שהיא סוגיה מתפתחת ומרתקת הזקוקה למאמר עצמאי. ראו על כך, לעת עתה, את פסק הדין המנחה שניתן בבית המשפט המחוזי בנצרת: ע"א (מחוזי נצ) 3245/03 **ע"מ נ' האפוטרופוס הכללי**, פ"מ התשס"ג(2) 721 (2004). השוו לת"ע (משפחה ב"ש) 1320/08 **פלוני נ' פלונית** (נבו 23.8.2010) וכן ת' (אזורי חי') 835722/2 **פלונית נ' אלמוני** (נבו 16.3.2011), שם נשללו זכויות ירושה מבני זוג חד-מיניים. כן ראו מתן צורי "תקדים: חוק הירושה לניצולות שואה לסביות" *ynet* (1.4.2014) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4505384,00.html>. לסקירה אקדמית ראו עירא הדר "זכויות כלכליות לזוגות מאותו המין" **זכויות הקהילה הגאה בישראל**, לעיל ה"ש 6, 345–358; 358–355; ישראל (איסי) דורון "זכויותיהם של חברי הקהילה הגאה בקנה בישראל" **זכויות הקהילה הגאה בישראל**, לעיל ה"ש 6, 369–375, 379. מובן שסוגיה זו מעסיקה רבות גם את האקדמיה בחו"ל. ראו, למשל, Carissa R. Trast, *You Can't Choose Your Parents: Why Children Raised by Same-Sex Couples Are Entitled to Inheritance Rights from Both Their Parents*, 35 HOFSTRA L. REV. 857 (2006); Rosalind F. Croucher ed., 2005; Aimee Bouchard & Kim Zadworny, *Growing Old Together: Estate Planning Concerns for the Aging Same-Sex Couple*, 30 W. NEW ENG. L. REV. 713 (2008); Daniel Monk, *Sexuality and Succession Law: Beyond Formal Equality*, 19 FEMINIST LEGAL STUD. 231 (2011); JOAN M. BURDA, *ESTATE PLANNING FOR SAME-SEX COUPLES* (2d ed. 2012).

11 לדיון ראשוני בארץ, אם כי במבנה משפחתי שניתן עדיין להגדירו "מסורתי" – המשפחה המשולבת (ה"חורגת"), ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** מ 5, 42–44 (2010). בחו"ל, לעומת זאת, יש כתיבה ענפה ביותר בנושא. ראו, למשל, Ralph C. Brashier, *Children and Inheritance in the Nontraditional Family*, 1996 UTAH L. REV. 93; Irene D. Johnson, *A Suggested Solution to the Problem of*

המשפט. בעיה זו שני פנים לה: האחד נורמטיבי-ערכי, ולפיו אי-ההכרה באדם כהורה של ילד לצורך מתן ירושה פוגעת במעמדן של "המשפחות החדשות" במשפט הישראלי; והאחר יישומי, ולפיו אם אדם אינו מוכר רשמית כהורה המשפטי של הילד, וממילא אינו רשום ככזה, עולה חשש שהילד יישאר ללא ירושת הוריו. במאמר שלפנינו אסקור את הבעייתיות הקיימת במשפט הישראלי הפוזיטיבי בשני היבטים אלו. אצביע חליפות לאורכו של המאמר על הקושי הנורמטיבי-הערכי, כפי שסוגיית האימוץ לדוגמה מייצגת, ועל הבעייתיות היישומית, כפי שמתעוררת לדוגמה במקרה של תרומת זרע מתורם אנונימי, שבו בלא רישום רשמי של היילוד כבנו המשפטי של בעלה של האישה הנזרעת, הוא לא יוכל ליורשו.

מאמר זה מבקש למלא את הלקונה המורכבת והמאתגרת הזו. ייאמר כבר כעת כי מטרתו של המאמר היא לחזק את מעמדן של "המשפחות החדשות" ולהכיר בהן רשמית, תוך ביצור ההכרה המשפטית בילדיהן כילדים המשפטיים של הוריהם לכל דבר ועניין. בכך יתאפשר לעשות עימם צדק, ובתוך כך להעניק להם את מלוא זכויותיהם הכלכליות, ולענייננו – את זכאותם לקבל ירושה. לשם כך אני יוצא בקריאה כפולה – למחוקק ולבתי המשפט: מן הנכון והראוי שהמחוקק יאמר את דברו בהקדם האפשרי, ויעגן בספר החוקים הישראלי את ההכרה השיפוטית שכבר התגבשה ביחס לילדיהן של "המשפחות החדשות", ואולי אף גרסה מלאה יותר של הכרה שיפוטית זו; למצער, עד אשר יעשה כן המחוקק, שומה על בתי המשפט להשלים את ההכרה בילדים הללו כך שתהא לכל דבר ועניין, וזאת באמצעות צו ההורות הפסיקתי או הכרה בהורה האחר כאפוטרופוס משפטי נוסף של הילד.¹²

כהקדמה לדיון, ולשם פישוטו, אבקש להגדיר ולבאר תחילה את מושגי היסוד שיופיעו לאורכו של המאמר: הורות משפטית היא סטטוס, מעמד אישי, הניתן לאדם, ומכוחו מוענקים 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", ומאידך גיסא, הקטין "חייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל ענין הנתון לאפוטרופסותם".¹³ מבין מנעד הדרכים לקניית הורות משפטית

Intestate Succession in Nontraditional Family Arrangements: Taking the "Adoption" (and the Inequity) Out of the Doctrine of "Equitable Adoption", 54 ST. LOUIS U. L.J. 271 (2009); Danaya C. Wright, *Inheritance Equity: Reforming the Inheritance Penalties Facing Children in Non-Traditional Families*, 25 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 1 (2015); Frances H. Foster, *The Family Paradigm of Inheritance Law*, 80 N.C. L. REV. 199 (2001) נאנסי לביט & אלן רוסטון, *Assisted Reproductive Technologies: An Annotated Bibliography, 2013–2018*, 31 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL LAW. 241, 253–254 (2018).

¹² ליישום מעשי של האפשרות האחרונה ראו את פסקי הדין השונים המובאים להלן בה"ש 148.

¹³ ראו, בהתאמה, ס' 15 ו-16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962. למניית אגד החובות והזכויות של הורה משפטי במשפט האמריקני ראו, למשל, MARGALIT, DETERMINING

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

הנקובות כיום בספרות המחקר ובפסיקה, בעולם ובארץ, ניתן למצוא שתי דרכים מודרניות באופן יחסי – הורות הסכמית והורות חברתית.¹⁴ הורות הסכמית – או הורות משפטית בהסכמה, כפי שאני מעדיף לכנותה – היא הכרה משפטית, לעת הזו שיפוטית בלבד, בהורותו של פרט מסוים כהורה משפטי לילד מכוח כוונתו, רצונו והסכמתו בלבד. הכרה זו בסטטוס ההורות המשפטית עשויה להתגבש כבר עובר ללידת הילד.¹⁵ לעומת זאת, הורות חברתית היא הכרה משפטית – לרוב בפסיקה אך לעיתים גם באמצעות חקיקה – בהורות מכוח מילוי החובות ההוריות כלפי הילד בפועל במשך תקופת זמן קצובה של כשנתיים ימים לאחר לידת הילד.¹⁶

Yehezkel Margalit, *To Be or Not to Be (a Parent)? Not Precisely the Question: The Frozen Embryo Dispute*, 18 CARDOZO J.L. & GENDER 355, 361–363 (2012).

14 לסקירה מלאה יותר של מנעד הדרכים הללו ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** 553 (2012) (להלן: מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה"). להבחנה קרובה בין ארבעה סוגי הגדרות של הורות ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב' 223, 225, ה"ש 2 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי").

15 על ההורות ההסכמית ראו בשפע המחקרים שיאזכרו לאורך המאמר. עליהם ניתן להוסיף את יחזקאל מרגלית "ככה לא בונים הורות הסכמית" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי האורות פסיקה** 46, 5 (2015) (להלן: מרגלית "הורות הסכמית"). להכרה השיפוטית הנרחבת ביותר של הורות הסכמית ראו, לעת עתה, תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-08-17 **ט"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 9.6.2018). על חוסר ההכרה השיפוטית בדפוס הורות ייחודי זה עד להכרת המחוקק בו ניתן לעמוד בטרילוגיה הפסיקתית הבאה: תמ"ש (משפחה ב"ש) 50399-12-12 **אמ"י נ' פלונית** (נבו 20.6.2013); עמ"ש (מחוזי ב"ש) 59993-07-13 **פלונית נ' פלונית** (נבו 22.1.2014); בע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (אר"ש 1.4.2015). לתביעה מחודשת מבג"ץ להכיר בהורות הסכמית, חרף היות האשה המבקשת רווקה שקיבלה תרומת ביצית ושירותי "פונדקאות", ראו בע"מ 8236/21 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (אר"ש 11.1.2022). אני מבקש להודות לעו"ד שמוליק מורן על המידע בדבר קיומו של תיק ייחודי זה.

16 על ההורות החברתית ראו, למשל, בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 11; מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 576–582; טלי מרקוס "על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי" **מאזני משפט** יא 435 (2016) (להלן: מרקוס "האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי"). לפסקי הדין המנחים המכירים בדפוס הורות זה ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 **פלוני (קטין) נ' פלוני** (נבו 8.1.2004); בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274, פס' מג לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 44281-08-14 **ס"ק נ' י"י**, פס' 12 (נבו 14.3.2017). כן ראו Kate Redburn, *Zoned Out: How Zoning Law Undermines Family Law's Functional Turn*, 128 YALE L.J. 2412 (2019).

2. צוואות וירושות

תחום הצוואות והירושות מסדיר שני כלים חשובים ומרכזיים ביותר – הצוואה והירושה¹⁷ – בכל הנוגע במתן אפשרות משפטית מוכרת ופשוטה להעביר את הנכסים שצבר אדם בימי חייו לצאצאיו ולירשיו האחרים, ובכך למנוע או למצער להגביל את שלטון היד המתה של הנפטר ב"הקפאת" נכסים אלו ובמניעת המשך השימוש השוטף בהם לאחר פטירתו.¹⁸ יש להצר על כך שבאופן כללי אנו עדים לעיסוק אקדמי מועט בלבד בתחום חשוב ומרכזי זה בשנים האחרונות, וזאת להבדיל מהכתיבה הרבה יחסית שבה זכינו עד לא מכבר בתחום זה.¹⁹ הדברים אמורים במיוחד בהקשר של התחום הדיני והמרתק של "המשפחות החדשות" והשימוש הנרחב במדע המתקדם, הניצב פעמים רבות לפתחן. יפה לעניין זה קביעתו הבאה של השופט ניל הנדל:

"הקושי הנעוץ בשינוי הטכנולוגי הוא בכך שפעמים רבות מתבקשת הכרעה בלא שיש תקדים להיאחז בו... כמו טכנולוגיות אחרות שהתחדשו בשנים האחרונות, אפשרות שכזו לא הייתה קיימת בעבר מחוץ לדמיון האנושי... יצוין שככל שתחום זה מתפתח מבחינה טכנולוגית, כך מתגברים הקשיים מבחינה משפטית."²⁰

כן קבע השופט הנדל כי "משפט הירושה איננו מהפכני מטבעו... הנה, אף ניתן להגדיר את דיני הירושה כשמרניים".²¹ ובכל זאת, לנוכח הקדמה הרפואית האדירה יש

- 17 בתחום זה ניתן למצוא בארץ כמה חיבורים מרכזיים, דוגמת שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965** כרכים ראשון-שלישי (1992-2002) (להלן: שילה **פירוש לחוק הירושה**); קטי אלמליח ואח' **משפט הירושה בארץ ובעולם** (תוספת ראשונה 2007); שלומי נרקיס **הפרשנות לחוק הירושה (על כל סעיפיו השונים) ודיני עזובנות** (תוספת שביעית 2011); מיכאל קוריןאלדי **דיני ירושה: צוואות, ירושות ועזובנות** (מהדורה שנייה מורחבת 2012) (להלן: קוריןאלדי **דיני ירושה**); שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין **דיני ירושה ועיזבון** (מהדורה שביעית מורחבת ומעודכנת 2014); בעז קראוס **דיני ירושה ועיזבון** (תוספת עשרים ושמונה 2017).
- 18 על עקרון יסוד זה בתחום ראו, למשל, בע"מ 7141/15 **פלוגית נ' פלוגית**, פס' 4 לפסק הדין של השופט מלצר, פס' 8 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 22.12.2016); ת"ע (משפחה חי') 44497-15-01 **האוניברסיטה העברית נ' א"כ (מנהל עיזבון)**, פס' 14 (נבו 1.12.2016). כן ראו על כך בספרות המחקר מיכאל קוריןאלדי "מגמות חדשות בדיני צוואות" **קריית המשפט** ג' 247, 265 (2003); קוריןאלדי **דיני ירושה**, שם ה"ש 17, על פי המפתח בערך "הגבלת שלטון היד המתה"; יהושע ויסמן **דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון** 89 (2014).
- 19 לסקירת העניין ראו איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ארבעים (ומשהו) שנה של עיוני משפחה" **עיוני משפט** מ' 547, ה"ש 11, 155-156, 158 (2017).
- 20 ניל הנדל "דיני הירושה במרדף אחר המציאות המשתנה" **הון משפחתי** א(1) 3, 17-18 (2014).
- 21 שם, בעמ' 3-4. הקדמה הרפואית האדירה באה כיום לידי ביטוי, בין היתר, ביכולת להוליד ילד מרחם מושלל שנלקח מאישה שנפטרה – ראו "אשה ילדה תינוקת בריאה לאחר שעברה השתלת רחם מתורמת מתה" **הארץ** (5.12.2018) <https://www.haaretz.co.il/news/world/america/>.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

משנה חשיבות לדיון בשאלות כגון: האם ילד שנולד בצורה מלאכותית, לא כדרך כל הארץ, יכול זכאי להיחשב יורש לגיטימי של ההורה המיועד? האם הוא יוגדר כילד המשפטי בשל היותו בנו החברתי? וממילא, מן הצד האחר של המטבע: האם פרט שאינו הורה הביולוגי – הגנטי או הפיזיולוגי – של ילד, אלא הורהו ההסכמי או החברתי "בלבד", נחשב מורישו? שאלה זו מתחדדת למקרא סעיפיו השונים של חוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה או החוק), אשר לא אחת נוקט את המונח "צאצא", להבדיל מ"ילד",²² מה שעשוי ללמד על הבחנה בין צאצא ביולוגי, הן מבחינה גנטית והן מבחינה פיזיולוגית, אשר הוא ורק הוא זכאי לרשת את הוריו בלא כל תנאי, לבין ילד, אשר זכאותו לירושה כפופה לסייגים שונים ואשר בגדרו ניתן לכלול גם ילד משפטי שאינו ביולוגי בהכרח. כך, כבר מזמן עושה רושם, בתחום תזזיתי ומתפתח זה, שמה שבעבר הלא-רחוק היה בבחינת מדע בדיוני כבר נהפך לאתגר משפטי-אתי.²³

F. Ann Ran et al., *Genome Engineering Using the CRISPR-Cas9 System*, 8 NATURE PROTOCOLS 2281 (2013); Le Cong et al., *Multiplex Genome Engineering Using CRISPR/Cas Systems*, 339 SCIENCE 819 (2013); Patrick D. Hsu, Eric S. Lander & Feng Zhang, *Development and Applications of CRISPR-Cas9 for Genome Engineering*, 157 CELL 1262 (2014) וביכולת לעשות שימוש ברחם מלאכותי – ראו, למשל, Jessica H. Schultz, *Development of Ectogenesis: How Will Artificial Wombs Affect the Legal Status of a Fetus or Embryo?*, 84 CHI.-KENT L. REV. 877 (2010); ECTOGENESIS: ARTIFICIAL WOMB TECHNOLOGY AND THE FUTURE OF HUMAN REPRODUCTION (Scott Gelfand & John R. Shook eds., 2006); Hyun Jee Son, *Artificial Wombs, Frozen Embryos, and Abortion: Reconciling Viability's Doctrinal Ambiguity*, 14 U.C.L.A. WOMEN'S L.J. 213 (2005).

22 בעוד המונח "צאצא" על הטייתו השונות נמצא בחוק 10 פעמים בלבד, המונח "ילד" על הטייתו השונות נמצא 30 פעמים. המונח "צאצא" נזכר שלוש פעמים בס' 10 (המסדיר את עניין היורשים מבני המשפחה), פעמיים בס' 11 (המסדיר את זכות הירושה של בן הזוג), ארבע פעמים בס' 16 (המסדיר את הירושה מכוח אימוץ) ופעם אחת בס' 49 (המסדיר את עניין היורש שמת לפני המוריש). המונח "ילד" נזכר פעם אחת בס' 3 (העוסק בכשרות של בני אדם לרשת), פעם אחת בס' 6 (בהקשר של הסתלקות היורש מזכותו בעיזבון), פעם אחת בס' 8א (אשר הוסף בשנת 2012 במסגרת תיקון מס' 32 ומסדיר את עניין הצוואות ההדדיות), פעם אחת בס' 10 (המסדיר כאמור את עניין היורשים מבני המשפחה), פעם אחת בס' 11 (המסדיר כאמור את זכות הירושה של בן הזוג), פעם אחת בס' 12 (בעניין סדר העדיפות בין קרובי המוריש), פעם אחת בס' 13 (בהקשר של החלקים בעיזבון), חמש פעמים בס' 14 (העוסק בחליפיו של יורש), פעם אחת בס' 15 (בהקשר של יורש שהסתלק מחלקו בעיזבון), פעם אחת בס' 16 (המסדיר כאמור את הירושה מכוח אימוץ), פעם אחת בס' 41 (המסדיר את עניין היורש במקום יורש), פעם אחת בס' 50 (בהקשר של יורש שהסתלק), פעם אחת בס' 56 (בהקשר של הזכות למזונות), עשר פעמים בס' 57 (הקובע את גדרי הזכות למזונות), פעמיים בס' 115 (המסדיר את עניין דירת המגורים) ופעם אחת בס' 125ד (בהקשר של פרסום ומשלוח הודעה על כוונה לבצע פנייה לגביית חוב).

23 יפות לעניין זה הקביעות הבאות: "עסקינן בסוגיה מן הסוג שלא שיערוה אבותינו, שלא הייתה אפשרות לפני עשורים אחדים, ושההתפתחויות ברפואה ובטכנולוגיה יצרוה... מדובר באחת ההתפתחויות הדרמטיות היוצרות מציאות משפטית ומציאות חברתית חדשות, ואלה מעוררות שאלות

יודגש: כאשר אני מתייחס במסגרת מאמר זה לתחום הצוואות והירושות, כוונתי בראש ובראשונה לירושה על פי דין, ולא לצוואה, שכן במסגרת האחרונה יש חופש ציווי והורשה רחב ביותר, שבמסגרתו אדם יכול לצוות את רכושו גם למי שאינו יורשו הביולוגי, וממילא הדיון אם ילד שאינו ביולוגי יקבל את עזבון המנוח אינו רלוונטי כלל ועיקר. לעומת זאת, ההגדרה של פרט כיורש חוקי של אדם וההכרה בו ככזה הינן קריטיות ליכולתו לרשת את מורישו, שכן בררת המחדל בחוק היא הירושה על פי דין, והצוואה היא החרג לה. את זאת ניתן להסיק מסעיפים שונים בחוק וכן מסדר פרקיו, שכן החוק קובע קודם, בפרק השני, את הירושה על פי דין, ורק אחר כך, בפרק השלישי, מסדיר את עניין הירושה על פי צוואה.

עיקרון מרכזי זה עולה באופן ברור מקביעת המחוקק מיהם היורשים – "היורשים הם יורשים על פי דין או זוכים על פי צוואה; הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה" – וכן מקביעתו כי על כל חלק בעיזבון שלא נערכה לגביו צוואה כדת וכדין יחול ההסדר הקבוע בחוק לגבי הירושה על פי דין: "ציווה המוריש חלק מנכסיו, יינתן על אותו חלק צו קיום, ועל הנותר – צו ירושה."²⁴ אולם הצוואה אינה בבחינת מרפא לכל מכאוב, שכן כדי שהצוואה תשמש ככזו, המוריש צריך לדעת שעליו לכותבה, שאם לא כן, כאמור, ניכנס שוב לבררת המחדל של ירושה על פי דין, והשאלה מושא דיונו תשוב ותעלה. יתר על כן, אם הצוואה נפסלה או נפלו בה פגמים שונים, דינה כאילו לא נערכה מעולם.²⁵ אשר על כן, יש משנה חשיבות למציאת הדרך הנורמטיבית להשלמת ההכרה המשפטית בילדים שנולדו ב"משפחות החדשות" כיורשים על פי דין על ידי עיגונה בחוק באופן גורף, פורמלי וקוהרנטי.

"מפת הדרכים" של המאמר היא כדלקמן. בפרק הנוכחי סקרתי באופן תמציתי את הדילמה המרכזית שמנעד מבני המשפחה וההורות ב"משפחות החדשות" מעלה בהקשר של מושא דיונו – צוואות וירושות. בפרק השני אסקור את תפיסות העומק של המחוקק הישראלי בתחום האחרון, תוך עמידה על העדפת המסגרות הרשמיות והפורמליות – הן של הזוגיות, בדמות העדפת נישואים רשמיים על ידועים בציבור, והן של ההורות, בראש ובראשונה בדמות העדפה של קשרי דם ביולוגיים (גנטיים או פיזיולוגיים) – ועל דחיית

אנושיות רגישות ומורכבות. לסוגיות אלה טרם הספיק עולם המשפט להידרש כדבעי, והוא מדדה אחריהן, כמו בעקבות הדרמות האחרות בעידן הטכנולוגיה העילית" (בג"ץ **פלונית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 16, בפס' א–ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין); "פיתוחם המואץ של הרפואה והמדע, והליברליות הקיימת במקומות שונים בכפר הגלובלי, מחייבים את המחוקק לפעול להסדרה חקיקתית, ובהקדם" (עניין **אמ"י**, לעיל ה"ש 15, בפס' 50).

24 ראו על כך, בהתאמה, ס' 2 ו-66(ב) לחוק הירושה.

25 לפגמים השונים העלולים לפסול צוואה ראו שאול שוחט **פגמים בצוואות** (מהדורה שלישית 2016). לפיכך יש לדחות את הצעות השופטים להסתפק בעריכת צוואה במקום הכרה בבני הזוג החד-מיניים שאינם הורים ביולוגיים של הילד באמצעות צו הורות פסיקתי. ראו על כך, למשל, עמ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה ח'פה נ' פלונית**, פס' 32 לפסק הדין של השופטת ורבנר (נבו 24.5.2018); תמ"ש (משפחה פ"ת) 8184-07-16 **דס"ג נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 14 (נבו 18.12.2016).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

מערכות יחסים שקיימות דה פקטו אך לא דה יורה, דוגמת אימוץ בפועל בלא קבלת צו אימוץ רשמי. בפרק השלישי, כפתיח לדיון המרכזי שאערוך בפרק שלאחריו, אסקור את האימוץ כמקרה בוחן המשקף נאמנה את הקשיים והאתגרים הכרוכים בערעור על מבנה ההורות ה"מסורתית" שבו שני הורים ביולוגיים מגדלים את ילדם. זאת, מכיוון שכל עניינו של האימוץ הוא כידוע הפסקת קשרי ההורות הקיימים בין הילד לבין הוריו הטבעיים-הגנטיים והעברתם, ברמה כזו או אחרת, לידי ההורים החברתיים, המבקשים לגדל את הילד כילדם לכל דבר ועניין, חרף העובדה שהם אינם הוריו הביולוגיים – לא הגנטיים ולא הפיזיולוגיים.

בפרק הרביעי, שהינו הפרק הדסקריפטיבי המרכזי של המאמר, אסקור אחד לאחד את מקרי הבוחן המרכזיים הבאים: תרומת זרע מגבר זר, הולדה לאחר המוות, צו הורות פסיקתי, קבלת צו ההורות בהליך "פונדקאות", ולבסוף האפשרות של הכרה ביותר משני הורים משפטיים לילד. על בסיס המקובץ נוכל לדון בצורה כללית יותר בקשיים ובדילמות המורכבים והסבוכים העולים במושא דיוננו – "המשפחות החדשות" – במיוחד כאשר טיפולי פוריות הם שאפשרו את לידתו של הילד. בפרק החמישי, שהינו הפרק הנורמטיבי והמרכזי של המאמר, אניח בקצירת האומר את התשתית התיאורטית של המודל שאני מציע – קביעת הורות משפטית בהסכמה – ואמנה את יתרונותיו, את מעלותיו וכן את התשובות שהוא מספק לאתגרים, לשאלות ולקשיים שמניתי בפרק הרביעי. בין היתר אעמוד על ההיבטים המעשיים של יישום המודל הנורמטיבי המוצע על ידיי, תוך היזקקות לחופש ה"חוזים" בקביעת ההורות המשפטית ככלי המרכזי להשלמתה ולעגיגונה של ההכרה בילדים שנולדו ב"משפחות החדשות" כילדים משפטיים של הוריהם לכל דבר ועניין. לבסוף, בפרק הסיכום, אקרא למחוקק לאמץ את המודל המוצע כמודל הצודק, הגמיש, היעיל והנוח ביותר גם מבחינת ההכרה בזכותם של הילדים ב"משפחות החדשות" לרשת את הוריהם.

פרק ב: על תפיסות העומק של המחוקק הישראלי בנוגע לצוואות וירושות

1. יחסי הורים וילדים כקשרים ביולוגיים-גנטיים

מלומדים שונים כבר עמדו על כך שתפיסתה הבסיסית של ההורות במשפט הישראלי עוצבה אפריורית, בהשראת הדין הדתי, כהורות טבעית המיוסדת על המציאות הביולוגית – הפיזיולוגית ובעיקר הגנטית – הן בחקיקה והן בפסיקה.²⁶ יפה לעניין זה הקביעה השיפוטית העדכנית הבאה:

²⁶ לקביעה זו ראו, בין היתר, רות זפרן זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים 138–139 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה

"התפיסה בה מחזיק המשפט הישראלי באשר להורות היא בעיקרה תפיסה ביולוגית-גנטית. כמו כן, נדרש להוכיח זיקה גנטית לעניין רישומם של אישה או בני זוג במרשם האוכלוסין כהורי הילוד... לשם שלמות התמונה יצוין, כי הדרישה לזיקה גנטית באה לידי ביטוי גם בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996... כך, קובע סעיף 2(4) לחוק זה, כי 'הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד'..."²⁷

שני הוריו הטבעיים-הגנטיים של הילד נקבעו כהוריו המשפטיים בשני חוקים אזוריים חשובים – חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, וחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.²⁸ בחוק הירושה נקבע מפורשות כי ילד ביולוגי הינו יורש חוקי גם אם הוריו לא היו נשואים במועד התעברותו, שכן קשר הדם הוא הקובע את זכות הירושה, ולא מעמדם האישי של הוריו-מולידיו. וזו לשון סעיף 3(ג) לחוק: "לענין זכויות הירושה של ילד אין נפקא מינה אם בשעת לידתו היו הוריו נשואים זה לזה, ואם לא."²⁹ גם בפסיקות בתי המשפט נקבע כי ההורות היא טבעית ואינה תלויה בקשר נישואים פורמלי בין הוריו-מולידיו של הילד, ולכן אם ילד יוכיח את אבהות אביו, הוא ייחנה מזכותו למזונות, לירושה ולנשיאת שם המשפחה של אביו (ואין דינו כדין ילד לא לגיטימי בנצרות ובאסלאם, שהיה משולל כל זכות כזאת).³⁰ זאת, אף אם נחתם הסכם מפורש בין

למשפטים 2004). לסקירת השפעתה של ההלכה היהודית על עיצוב המשפט הישראלי ראו מיכאל קוריןאלדי דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה: מגמות חדשות 46–61 (2004) (להלן: קוריןאלדי דיני אישים). לביקורת אזורית-ליברלית על הסתמכותם של המחוקק ובתי המשפט על ההלכה היהודית ראו רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט 311 (2002).

27 עניין ט"ב, לעיל ה"ש 15, בפס' 43 (ההדגשה במקור). לתובנה דומה ראו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 9.

28 ראו ס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה; ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. כן ראו לעניין זה ס' 1(ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, וס' 3(ג) לחוק הירושה. בשנת 1999 מונתה ועדה בראשות השופט יעקב טירקל על מנת לבחון את ההסדרים של חוק הירושה הקיים ולהציע שינויים בהתאם למסגרת החקיקה האזרחית הכללית (להלן: ועדת חוק הירושה). ראו משרד המשפטים הקוד האזרחי – חוק דיני ממונות: על המלצות הוועדה לתיקון חוק הירושה (2006) https://www.psakdin.co.il/kAnnex/art_ccwd_1.pdf (להלן: המלצות הוועדה לתיקון חוק הירושה). על החלטתה של ועדת חוק הירושה לדחות את ההצעה להשמיט את ההוראה לעניין הילד שנולד מחוץ לנישואים, הואיל ואין בהשמטה כדי לשנות מהדין הקיים, ראו קוריןאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33–34.

29 לדיון בסעיף זה ראו, למשל, מנשה שאוה "לפירוש סעיף 11(א) לחוק הירושה תשכ"ה" הפרקליט 284, 292 (1968); יצחק שילה "חוק הירושה, תשכ"ה-1965 בראי הפסיקה" עיוני משפט ג 34, 40 (1973); אליעזר וולף "היסור המחוקק מכשלה מסעיף 11 לחוק הירושה תשכ"ה-1965?" הפרקליט 605, 599 (1975).

30 ראו בפסיקה המנחה ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד (1) 229 (1979); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד (3) 201, 217 (2005); ובמיוחד בהקשר של ירושה – ע"א

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

ההורים בדבר שחרור הגבר מהתחייבויותיו ההוריות כלפי הילד או לחלופין כאשר גבר טוען להורות שנכפתה עליו בתואנות שונות.³¹

בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יצוין כי תפיסתו זו של המחוקק הישראלי עולה בקנה אחד עם תפיסת ההלכה היהודית בדבר ההורות המשפטית, ושונה מתפיסתו הרווחת של המשפט האזרחי. זאת, מכיוון שבהלכה היהודית, להבדיל משתי הדתות המונותאיסטיות האחרות ומרובן המכריע של שיטות המשפט האזרחיות, ההורות נקבעת על יסוד עקרון "הפשטות הטבעית".³² כלומר, "משפט הטבע" הוא הקובע את האבהות והאימהות ההלכתית על יסוד הגנטיקה והביולוגיה. לפיכך גבר אשר הפרה בזרעו אישה הוא האב ההלכתי של היילוד, ולא יעזור הסכם בעל פה או מפורש ביניהם שלפיו הוא יעזור לאישה ליהפך לאם אך לא ייהפך לאביו המשפטי של היילוד.³³ גם צו של בית המשפט שלפיו יש להעביר את הילד לאומנה או לאימוץ אינו אמור לשנות את ההורות ההלכתית.³⁴

מכאן קצרה הדרך להכרה דווקא ב"משפחות המסורתיות", אך לא ב"משפחות החדשות". הדברים אמורים, בראש ובראשונה, בקושי הגדול של ההלכה להכיר במוסד

3077/90 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד מט(2) 578–597 (1995).

31 לפסיקה המנחה בהקשר הראשון ראו ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701 (1972); ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); ע"א 5464/93 פלוגי נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 857 (1994). לסקירת העניין השני ראו יפת, לעיל ה"ש 1, וביתר הרחבה יחזקאל מרגלית "מ'גנבת' זרע ועד ל'יזהר התורם' – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" דין ודברים טז 15 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: מרגלית "נקודת איזון חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר").

32 ראו, למשל, מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית 161, 175–176 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002) (להלן: הלפרין "הגדרת הורות"); אשר גולאק יסודי המשפט העברי: סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים כרך ג 11 (1922); מנשה קליין שו"ת משנה הלכות כרך טז, סימן נח (התשכ"ז); משה פינדלינג "אימוץ ילדים" נועם ד, סה, סט (1960).

33 ממילא טענת "גנבת" זרע ואף חוזה מפורש עם אם הילד בדבר שלילת האבהות ההלכתית לא יועילו. בהקשר של המשפט הישראלי ראו יפת, לעיל ה"ש 1, וביתר הרחבה מרגלית "נקודת איזון חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר", לעיל ה"ש 31. לקבלה עקרונית של מסקנות מחקרי זה, העוסק ב"גנבת" זרע, תוך קביעת פיצוי כספי לגבר שזרעו "נגנב" ממנו ואשר כתוצאה מכך נולדו תאומים, ראו תלה"ם (משפחה ת"א) 17-08-33934 א"ב נ' ע"כ (נבו 4.9.2018).

34 כפי שהדבר אכן בא לידי ביטוי בס' 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, המושפע רבות מההלכה היהודית, ולכן אינו מקבל באופן מלא את מוסד האימוץ שהיה קיים במשפט הרומי. להשפעת ההלכה היהודית על עיצובו של סעיף זה, הקובע את תוצאותיו של צו האימוץ, ראו, למשל, הלפרין "הגדרת הורות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 161–165; יעל ויילר "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות: פיצול – הפשטה – איזון" אסיא טו 141, 164 (התשנ"ז); וביתר הרחבה יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי בקביעת הורות משפטית" משפט רפואי וביור אתיקה 3, 125, 166–172 (2010) (להלן: מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי").

האימוץ, שכן בסופו של דבר מדובר בנייתו הקשרים הטבעיים-הביולוגיים בין הילד למשפחתו המקורית ובהחלת יחסי הורים וילדים עם הורים שאין להם דבר וחצי דבר עם הילד מבחינת "הפשטות הטבעית".³⁵ באופן דומה תתקשה ההלכה להכיר גם בהורות של פרטים החיים במשפחות משולבות ("חורגות"), שבהן פרט מסוים נהפך מכוח נישואים להורה של הילדים של בן הזוג או בת הזוג.³⁶ קושי זה אך מתעצם כאשר מדובר בניסיון להכיר באימהות הכפולה של זוג לסביות שעשו הליך של שיתוף ביציות (egg sharing).³⁷ אולם עיקר הקושי נעוץ ללא כל ספק ביכולת להכיר בהורות של בן זוג או בת זוג בזוגיות להט"בית אשר לא תרמו כל תרומה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית ולכן אי-אפשר להכיר בהם כהורה משפטי של הילד מטעמים של "הפשטות הטבעית".

נמצאנו למדים שאם המחוקק, בעקבות ההלכה היהודית, מקדש את "קול הדם" ואת הקשרים הטבעיים-הביולוגיים,³⁸ ממילא הוא מכיר בילד כיורש חוקי של הוריו רק אם הלה נולד כבנם הביולוגי של הוריו-מולידיו. הצד האחר של המטבע הוא אי-ההכרה האפריורית בכל אותם ילדים שנולדים מבלי שיש להם קשר ביולוגי, פיזיולוגי או גנטי לאחד מהפרטים החפצים להיות מוכרים כהוריהם המשפטיים, בין היתר לעניין זכאות ילדיהם לרשת אותם. הדברים אמורים בוודאי מקום שאין כל קשר ביולוגי בין הילד לבין שני הפרטים אשר מגדלים אותו ומתייחסים אליו כאל ילדם לכל

35 על תפיסתה הייחודית של ההלכה היהודית בדבר מוסד האימוץ ראו, למשל, מרדכי הכהן "אימוץ ילדים לפי ההלכה" סיני מח, רד (התשכ"א); טובה ליכטנשטיין "האימוץ מנקודת מבט יהודית" **חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית** י 29 (1989). על היבטים שונים של האימוץ במשפט העברי ראו בהרחבה גילי מימון **דיני אימוץ ילדים** 510–589 (1994); אליקים דבורקס **על בן אמצת לך: אימוץ ילדים בראי ההלכה** (2005). כן ראו את הדיון להלן ליד ה"ש 73 ואילך.

36 על קושי זה, אם כי מנקודת מבט אזרחית, ראו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 11; טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" **משפטים** מד 415 (2014) (להלן: מרקוס "צריך" שניים לטנגו?); מרקוס "האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי", לעיל ה"ש 16.

37 ראו Elizabeth F.S. Roberts, *The Traffic Between Women: Female Alliance and Familial Egg Donation in Ecuador*, in ASSISTING REPRODUCTION, TESTING GENES: GLOBAL ENCOUNTERS WITH NEW BIOTECHNOLOGIES 113 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Marcia C. Inhorn eds., 2009); RENE ALMELING, *SEX CELLS: THE MEDICAL MARKET FOR EGGS AND SPERM* (2011); Joseph Gregorio, *Hatching a Plan Towards Comprehensive Regulations in Egg Donation*, 65 DEPAUL L. REV. 1283 (2017).

38 להעדרה כללית זו ראו בספרות המחקר, למשל, גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 122; אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" **משפט ועסקים** טז 13, 43 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה"); יאיר רונן וישראל צבי גילת "האומנם הגנת הילד רווחת במשפט הישראלי?" **משפט ועסקים** יט 1143, 1161–1159 (2016). באופן פרטני יותר ראו בפסיקה המנחה ע"א 3798/94 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד נ(3) 133 (1996); בע"ם 778/09 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד סג(3) 111 (2009); בע"ם **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 18.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

דבר ועניין אך אינם מוכרים בצורה רשמית כהוריו. בכך ניתן לראות העדפה של "קול הדם" על "קול האדם" אשר בחר, התכוון ורצה להיות הורה משפטי, למצער בתחום הירושות.³⁹

2. העדפת פורמליות על מהות

(א) העדפת בני זוג נשואים על ידועים בציבור

נטיית המחוקק להעדיף את "המשפחות המסורתיות" על "המשפחות החדשות" באה היטב לידי ביטוי בחוק בהעדפת הפורמליות על המהות הן בהקשר של דיני זוגיות והן בדיני הורים וילדים. בשני ההקשרים המחוקק מבכר את מערכות היחסים המסורתיות שהוא מכיר אותן ומכיר בהן מקדמת דנא על מערכות יחסים שהן בגדר "חדשים מקרוב באו" ואשר אין הוא מכיר בהן בצורה ישירה ומקיפה כדרך שהוא מכיר במערכות היחסים הראשונות. ומן הכלל אל הפרט, המחוקק מעדיף את בן הזוג הנשוי של אדם על בן הזוג החי עימו כידוע בציבור שלו, וכן את הילד הביולוגי של אדם על ילדו המאומץ. בתת-פרק שלפנינו אבקש להוכיח טיעון כפול זה בשני הקשריו.

אכן, במישור היחסים האנכי – יחסי הורים וילדים – המחוקק מבכר להגדיר את מערכת היחסים הטבעית-הביולוגית בהגדרת צאצאיו של אדם הזכאים לרשת אותו. באופן דומה הוא מבכר את בן הזוג הנשוי באופן רשמי על כל יתר הקרובים מדרגה ראשונה הזכאים לרשת על פי חוק את המנוח. תובנה זו עוברת כחוט השני לאורכו ולרוחבו של החוק. הגדרה פורמלית כזו הינה הגיונית מאוד בחוק שהינו שמרני באופיו, וזאת בשל היציבות והכבוד המוענקים להחלטות של אדם שבחר לעגן בצורה רשמית את מערכת יחסיו הזוגית. לדוגמה בלבד, סטייתו של המחוקק מהעיקרון המקודש של חופש הציווי וההורשה הינה אך ורק בהקשר של צוואות הדדיות בין בני זוג, וזאת בשל הרצון להגמיש את הדרישות המהותיות הנוקשות של החוק לטובת הקניית כלי מרכזי וחשוב המעלה על נס את הקשר הזוגי דווקא.⁴⁰

נוסף על כך, סעיף 10, המסדיר את עניין ה"יורשים מבני המשפחה", קובע בתת-

39 כפרפרזה על כותרת מאמרה של יהודית מייזלס "קול הדם במקום קול אדם: דיון בבג"ץ 566/11, 6569/11 ממש"מגד נ' משרד הפנים" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 28, 46 (2014).

40 על הצוואות ההדדיות ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי: פרשנות הצוואה 73 (2001); איילת בלכר-פריגת "עד שהמוות יפריד בינינו?" על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו 497 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים) (2006); אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת ירושה: עסקאות בירושה עתידה וצוואות הדדיות (2006); רונן קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות: בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט – עיון דוקטרינרי על רקע תיקון 12 לחוק הירושה" הפרקליט נד 317 (2016); יוסף מגדלסון ועירית רייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות – כלים שלובים בשירות הפרקטיקה" הון משפחתי א (3) 37 (2015); עירית רייך-זיו "משנים מפני השלום: חופש הציווי או חופש החוזים? חופש החוזים עדיף – היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית" משפט ועסקים כד 401 (2021).

סעיף (1) כי ראש וראשון הוא בן הזוג – "מי שהיה במות המוריש בן-זוגו" – לפני כל יתר קרובי המוריש, הקבועים בתת-סעיף (2). הסעיף העוקב, סעיף 11, מחזק את ירושת בן הזוג לעומת כל יתר הקרובים היורשים בהעניקו לו את הזכות ליטול "את המיטלטלין, כולל מכונית נוסעים". נוסף על כך, אם הותיר המנוח ילדים או הורים, ייטול בן הזוג חצי משאר העיזבון, ואם נותרו רק יורשים רחוקים יותר, הוא ייטול שני שלישים. יתר על כן, אם לא נותרו כל קרובים נוספים למנוח, "יורש בן הזוג את העזבון כולו", כמצוות תת-סעיף (ב).⁴¹ הגדרת בן זוג כפרט הנשוי באופן פורמלי למנוח מקובלת ומצויה ברוב רובן של שיטות המשפט המודרניות. יפה לעניין זה הקביעה הבאה:

"Intestacy statutes also serve what has been labeled, in other contexts, a channelling function: they sustain and promote certain social institutions that 'serve desirable ends.' For example, present inheritance law favors marriage."⁴²

גם בארץ, כאמור, עוגנה תוכנה זו במפורש בסעיף 11 לחוק. העדפת מערכת היחסים הפורמלית על ידי המחוקק קיבלה חיזוק משמעותי ביותר בשנת 2006, כאשר הנשיא אהרן ברק הרחיב את ההגדרה של בן הזוג הנשוי אל מעבר לגבולות הארץ וההלכה היהודית. לדיו, בן הזוג הזכאי לרשת את מורישו אינו רק זה שנישא למנוח כדת משה וישראל, אלא גם בת זוג לא יהודייה שנישאה למנוח בנישואים אזרחיים, אשר אינם מוכרים, נכון לעת הזו, בישראל.⁴³ כלומר, אף שהמוריש היה נשוי לנוצרייה במסגרת נישואים שאינם מוכרים בארץ כשלעצמם, שהרי אלה נישואי תערוכת, די בפורמליות של היותם נישואים אזרחיים להקנות לה את זכותה לרשת אותו. וכך קבע הנשיא ברק נחרצות:

"חוק הירושה רואה, אפוא, לנגד עיניו שני סוגים של יחסים בין בני זוג, המקנים זכות ירושה על פי דין. הסוג **האחד** הוא 'בני זוג' הזכאים לרשת מכוח קשר נישואין פורמלי (סעיף 11 לחוק הירושה)... סעיף 11 לחוק נועד להגשים **ארבע**

41 עדיפות בן הזוג עולה גם בהקשר של ירושת משק חקלאי, המוסדרת בס' 114 לחוק. בתת-סעיף (ג) נקבע כי "היו שני יורשים או יותר, ובהם בן-זוגו של המוריש, מוכנים ומסוגלים לקיים את המשק החקלאי – בן-זוגו של המוריש עדיף על יורשים אחרים".

42 Helene S. Shapo, *Matters of Life and Death: Inheritance Consequences of Reproductive Technologies*, 25 HOFSTRA L. REV. 1091, 1096 (1997). ראו גם Carl E. Schneider, *The Channeling Function in Family Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 495, 498 (1992).

43 בע"מ 9607/03 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"ד סא (3) 726 (2006). ראו גם בג"ץ 7339/15 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים** (אר"ש 31.8.2017). לדיון כללי יותר בממשק שבין המשפט הבין-לאומי לירושה ראו סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** כרך א 805–861 (2013). למצב המשפטי ששרר קודם לכן ראו שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כרך ראשון, בעמ' 479.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

מטרות עיקריות: ראשית, סעיף 11 לחוק הירושה מעניק זכות לרשת לבן זוג שעזמו מיסד המוריש את הקשר באופן פורמלי.⁴⁴

את תפיסתו הפורמלית של המחוקק ביחס לבני זוג כנשואים דווקא בכל הקשור לירושה ניתן לראות מכך שכלל הלכה למעשה את הידועים בציבור שאינם נשואים אך ורק בשני סעיפים בחוק הירושה – סעיף 55 ו-57(ג) – העוסקים ב"מעין צוואה" וב"גדרי הזכות למזונות" מן העיזבון. כלומר, כאשר מדובר בבני זוג ידועים בציבור שאינם נשואים זה לזה ואינם נשואים לאחרים בשעת מותם, בן הזוג זכאי לרשת את בן זוגו המנוח כאילו היו נשואים, אך זאת רק מכוח "מעין צוואה", ואין מדובר בירושה מכוח הדין. זוהי הפשרה שאלה הגיעו בשעתו מצדדי ההכרה בידועים בציבור כנשואים לכל דבר ועניין עם המתנגדים לכך.⁴⁵ מובן שאם נערכה צוואה כדת וכדין המורה אחרת, היא גוברת, מכוח חופש ההורשה, על ברירת המחלף החקיקתית. באופן דומה, אם מתמלאים הרכיבים המצטברים השונים המנויים בסעיף 57 לחוק לעניין גברי הזכות לקבלת מזונות מן העיזבון, זכאי בן הזוג (לרוב בת הזוג) למזונות מן העיזבון גם מקום שהוא והמנוח ערכו חוזה שבמסגרתו ביקשו לא להיות מוכרים כידועים בציבור.⁴⁶ המשותף לשני חריגי החוק האלה הוא טיפולם בידועים בציבור שאינם נשואים לאחרים, דבר המלמד שוב על עדיפותה של מערכת היחסים הזוגית הפורמלית על זו

44 בע"מ פלוני נ' פלונית, לעיל ה"ש 43, בפס' 13–16 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') ברק (ההדגשות במקור). לדיון במשמעות ובהשלכות של פסק הדין ראו, למשל, שיפמן "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 588 ו-591; שחר ליפשיץ "דיני המשפחה בעידן האזרחי: מדיני הנישואים של מי שנישאו מחוץ לגבולות המדינה אל היום שאחרי כינונם של נישואים אזרחיים בישראל" **משפט ועסקים** י' 447, 449 (2009); פנחס שיפמן "מפיצול הסטטוס לפיצול תוצאותיו" **ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין** 317, 322–323 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים 2013).

45 על "מלחמת בני האור ובני החושך" בכל הקשור למוסד הידועים בציבור ראו, למשל, שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" **עיוני משפט** כה 741, 746–748 (2002); רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז 105, 108 (2001); ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 40–41.

46 זוהי מסקנת ע"א 7021/93 **ברנהור נ' עזובן אוסטרליץ** (נבו 25.10.1994), אשר העדיפה את מערכת היחסים הקיימת על החוזה המפורש שעליו הסכימו בני הזוג עובר לפטירת הגבר. על פסק הדין ועל הקשיים האקוטיים שהוא יוצר ראו בכתבתו הענפה של שחר ליפשיץ, דוגמת שחר ליפשיץ "דיני זוגיות חילוניים ביוכל הבא: בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק' " **מחקרי משפט** יז 159, 178–183 (2001) (להלן: ליפשיץ "דיני זוגיות"); שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** 27–30 (2005) (להלן: ליפשיץ **הידועים-בציבור**); שחר ליפשיץ "הסדרה אזרחית של הזוגיות: בין תחליף ותגובת נגד לחלופה עצמאית" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 549, 563, ה"ש 65 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים 2008).

המהותית בחוק בכללותו.⁴⁷ לדעת רוב רובם של המלומדים,⁴⁸ בכל יתר המופעים של המונח "בני זוג" בחוק⁴⁹ הכוונה אך ורק לבני זוג שנשואים בנישואים פורמליים. למסקנה זו ניתן להגיע לנוכח החרגתם של הידועים בציבור רק בשני העניינים האמורים. מכלל ההן ניתן ללמוד על הלאו, קרי, שלכל דבר ועניין אחר אין דינם לעניין צוואות וירושות כדין בני זוג נשואים. עם זאת, שמואל שילה מבקש להותיר כל מקרה ומקרה להכרעה על פי נסיבותיו המיוחדות, שכן השוואת מעמדם של הידועים בציבור לבני זוג נשואים בשני ההקשרים המרכזיים האמורים – ירושה ומזונות מהעזובון – והפלייתם לרעה בכל יתר ההקשרים שהחוק מעלה הן בבחינת אי־צדק משווע.⁵⁰ באופן דומה, לדידו של המחוקק, אדם שנישא כדת משה וישראל הינו נשוי כל עוד לא הותרו נישואיו במתן גט או בפטירת בן זוגו. בכך שוב ניתנת עדיפות למעטפת הפורמלית והחיצונית של הנישואים על בחינה מהותית אם אין מדובר בנישואים ריקים מתוכן. יפה לעניין זה קביעתו הבאה של פנחס שיפמן:

"נישואין אוצרים כוח להקנות זכויות מסוימות הניתנות לבן־הזוג בתוקף הערך הדוגמטי המיוחס להם אפילו התרוקנו ממשמעותם המעשית. אנו שוב מוותרים על הפרספקטיבה הריאלית לטובת הפרספקטיבה הסמלית כדי למנוע מאדם הפסד זכויות המוקנות לו בתוקף מעמדו הנורמטיבי."⁵¹

- 47 על תפיסתו הפורמלית של המחוקק המעדיפה בני זוג נשואים על ידועים בציבור בכל הקשור לירושה עמד שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 653: "לעצם העניין, ניתן אפוא להבחין בחוסנם היחסי של בני־זוג נשואים במסגרת חוק הירושה על פני הידועים בציבור."
- 48 ראו מנשה שאוה "הידועה בציבור כאשת" – הגדרתה, מעמדה וחיותה "עיוני משפט" 484 (1973); אריאל רוזן־צבי ואשר מעוז "הירושה על־פי דין לאור התיקון לחוק הירושה" **עיוני משפט** ג 457 (1986). לדעה חולקת ראו דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" **עיוני משפט** ג 459 (1973).
- 49 ס' 6(ב) לחוק (לעניין הסתלקות הירוש מזכותו בעיזבון), ס' 8 לחוק (אשר הוסף בשנת 2012 במסגרת תיקון מס' 32 ומסדיר את עניין הצוואות ההדדיות), ס' 9(א)(2) לחוק (בהקשר של שניים שמתו כאחד), ס' 14(א) לחוק (העוסק בחליפיו של יורש), ס' 15 לחוק (בהקשר של יורש שהסתלק), ס' 17(ב)(3) לחוק (העוסק בזכות הירושה של המדינה), ס' 35 לחוק (הדן בצוואה לטובת עדים), ס' 41(א) לחוק (לעניין הירוש במקום יורש), ס' 50 לחוק (בהקשר של יורש שהסתלק), ס' 104(א)(4) לחוק (בהקשר של סדר עדיפות בין חובות העיזבון), ס' 114–115 לחוק (הדנים, בהתאמה, במשק חקלאי ובדירת המגורים) ולבסוף ס' 146 לחוק (העוסק בירושה במקרים מסוימים).
- 50 ראו שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כרך ראשון, בעמ' 480 ("אי הצדק המשוער שעלול להיגרם אם מאמצים פרשנות זו לגבי חוק הירושה"). לדידי, לנוכח המגמה הברורה המסתמנת הן בחקיקה והן בפסיקה להשוות את דין הידועים בציבור לדינם של בני זוג נשואים, פשוט וברור הוא שיש לפרש בכל מקום אחר בחוק את הטרמין "בן זוג" ככולל את הידועים בציבור, אלא אם כן פירוש זה אינו הולם את הפשט של כוונת המחוקק. לעמידה נכונה על מגמה פסיקתית זו ראו, למשל, ע"א 2000/97 **לינדרון נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים**, פ"ד נה(1) 12 (1999), וכן פסקי דין רבים נוספים.
- 51 שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 653. על פורמליות ומהות בחוק ראו בלכר-

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

יתר על כן, הדברים אמורים גם מקום שבית הדין הרבני – שהינו היחיד, על פי גזרת המחוקק, שמוסמך להורות על גירושי בני זוג – הורה על פירוק הנישואים בחיוב, וכל שכן בכפיית מתן הגט. אכן, תחילתה של נסיגה פסיקתית מתובנה חקיקתית זו הינה מושא מאמרים של רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי,⁵² שהצביעו על שני פסקי דין שבהם הכירו הן בית הדין האזורי לעבודה והן בית הדין הרבני⁵³ בכך שיש לתעדף דווקא את התרוקנותם מתוכן של הנישואים על המעטפת הפורמלית הריקה.⁵⁴ וכך הם קובעים בהקשר של מושא דיוננו:

"גם ההסדר החקיקתי של הזכות לירושה נחזה כתלוי-סטטוס באופן מוחלט: זכות הירושה מכוח נישואים המעוגנת, בסעיפים 10–11 לחוק הירושה, קמה מייד עם הנישואים, ונותרת בעינה גם אם הנישואים פורמליים בלבד ואין כלל קשר זוגי בפועל... ומרבית הפסיקה עודנה משקפת את הפרשנות הפורמלית הרואה את המונח 'בן-זוג' בחוק הירושה כמתייחס למי שנשוי בקשר נישואים פורמלי, להבדיל מזוגיות מהותית, דוגמת ידועים בציבור, אשר עניינם מוסדר בסעיף 55 לחוק הירושה."⁵⁵

פריגת והקר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 43. בשנים האחרונות ניתן לראות בפסיקה כרסום במגמה זו, המתבטא בזניחת המעטפת הפורמלית של נישואים לטובת בחינה מהותית של מערכת היחסים הזוגית. ראו שרון שקרגי **כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי** 180, ה"ש 357 (2015).

52 רות הלפרין-קדרי ובנימין שמואלי "המגמה המתפתחת של גרושים ללא גירושים" **עינוי משפט** מב 597 (2020). עוד ראו על כך, לאחרונה, שחר ליפשיץ "גירושים ללא מדיניות גירושים: על ההסדרה האזרחית הראויה של 'גירושים למעשה' " **עינוי משפט** מה (צפוי להתפרסם ב-2022).

53 ראו על כך ב"ל (אזורי ת"א) 29727-09-15 **בסה קרעון – המוסד לביטוח לאומי** (נבו) 14.12.2017. לא למותר לציין כי תובנה פסיקתית זו, שלפיה אישה שחויבה להתגרש מבעלה בבית הדין הרבני לא תיחשב עוד אשתו החוקית ובכך תאבד הלכה למעשה את זכאותה לרשת אותו, ניתן למצוא גם קודם לכן. ראו, לדוגמה, ע"א 247/97 **סבג נ' סבג**, פ"ד נג(4) 49 (1999). לדיון בפסק הדין ראו שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כרך שלישי, בעמ' 392; אלימלך וסטרייך "מבט מערבי על נישואין מזרחיים: הערות לפסק-הדין ע"א 5016/91 נוסרת שאוליאן נ' סולטנה שאוליאן" **קרית המשפט** ג 341, 315, ה"ש 80 (2003).

54 למסקנה פסיקתית דומה ראו, למשל, ת"ע (משפחה חי) 12601-03-09 **פלוגית נ' פלוגי** (נבו) 2.11.2009; ת"ע (משפחה נצ) 541/08 **כ"ש נ' כ"א** (נבו) 19.7.2010; עמ"ש (מחוזי ת"א) 38845-10-12 **פלוגית נ' ל"א** (נבו) 7.1.2015; תמ"ש (משפחה י-ם) 57918-06-15 **עז"פ נ' ר"פ** (נבו) 18.2.2016; ת"ע (משפחה חי) 27239-07-13 **מ"ק נ' נ"ס** (נבו) 19.2.2017; תמ"ש (משפחה נצ) 34273-05-15 **מ"ג נ' ר"א** (נבו) 3.5.2017.

55 הלפרין-קדרי ושמואלי, לעיל ה"ש 52, בעמ' 620. בשולי הדברים יוער כי העדפת המחוקק להסתמך על מערכת היחסים דה יורה במקום לבחון את מערכת היחסים דה פקטו עולה באופן ברור גם בהקשר של עברת הביגמיה. המחוקק יצר למעשה "נישואים לצורך ביגמיה", כדי להפיל את מי שנישא בנישואים פורמליים לשתי נשים בר-זמנית. זאת, הגם שהנישואים יבוטלו, יופקעו או יאוינו

(ב) העדפת אימוץ כדין על אימוץ בפועל

על העדפתו הברורה של המחוקק להעניק סטטוס משפטי של הורים וילדים – לרבות לעניין הצוואות והירושות – אך ורק למערכת יחסים פורמלית המוכרת בצורה רשמית בחוק ניתן לעמוד נאמנה גם מדחיית ההכרה המשפטית באימוץ בפועל מקום שלא ניתן צו אימוץ כדת וכדין. כך, גם אם לאורך ימים ושנים התייחס אדם לילד שאינו ילדו הטבעי-הביולוגי כאל ילדו לכל דבר ועניין, לרבות לעניין זכותו לרשת אותו לאחר מותו, בלא קבלת צו אימוץ רשמי ייחשב הילד זר, אלא אם כן יעוגן העניין בצוואה.⁵⁶ תובנה זו עלתה במלוא עוזה בפסק דין שניתן לפני שני עשורים ודן במקרה שבו אדם שעלה מתימן הבטיח לאחר, שהיה על ערש דווי, כי לאחר מותו יאסוף את שני ילדיו לביתו ויגדלם. אכן, הוא ואשתו גידלו ילדים אלו הן בתימן והן בארץ, וכאשר עלתה המשפחה לארץ הם אף רשמו אותם כילדיהם במרשם האוכלוסין. בית המשפט העליון מסרב להכיר בזכותם של ילדים אלו לרשת את הנפטרים כילדיהם, וזאת בשל העובדה שהם מעולם לא אומצו על ידיהם באופן רשמי. עם כל הצער שבדבר, העליון קובע נחרצות:

"לפי המשפט הישראלי נוצר קשר של אימוץ רק עם מתן צו של בית-משפט... האישור הרשמי שניתן לאימוץ בצו בית-משפט הוא מאפיין מהותי של מוסד האימוץ המוכר אצלנו... תוצאתו של צו האימוץ היא שינוי מעמדם האישי של המאמץ ושל המאומץ... פשיטא שבהיעדר צו אימוץ של בית-משפט בישראל, או של בית-משפט במדינה אחרת, או בהיעדר צו רשמי של רשות אחרת שהייתה מוסמכת להצהיר על אימוצם של המשיבים על-ידי המורישים, לא נוצר במקרה שלפנינו – אף לא לכאורה – קשר של אימוץ."⁵⁷

לאחר מכן. על החוק, על נישואים ייחודיים אלו ולביקורתם ראו, בהתאמה, ס' 176 ו-178 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח 598, 623 (1964); ע"פ 291/64 וינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(1) 150, 164–165 (1965); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 256 (מהדורה שנייה 1995).

56 על כך שההלכה היהודית ובעקבותיה המשפט האזרחי שללו את אימוצו בפועל של ילד עוד לפני חקיקת החוק, ראו, למשל, ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791 (1955); ע"א 179/53 כהן נ' כהן, פ"ד ט 1166 (1955); ע"א 419/59 קורן נ' קורן, פ"ד יד 997 (1960) (אפשרות ההכרה בבת המאומצת כיורשת התאפשרה אך ורק הודות לכך שבצו האימוץ נאמר מפורשות שתהיה לה זכות לירושה). על המשך אי-ההכרה הכללית של המשפט הישראלי, כמו גם של ההלכה היהודית, באימוץ בפועל גם לאחר שנת 1965 – שנת חקיקת החוק – ראו, למשל, ע"א 8030/96 יהוד נ' יהוד, פ"ד נב(5) 865 (1999); ת"ע (משפחה ראש"צ) 6140-08 י"ח נ' ע"ה (נבו 2010.1.8); בג"ץ 5020/08 פולטורצקי נ' מדינת ישראל (אר"ש 12.9.2013).

57 עניין יהוד, שם, בעמ' 871–872. לדיון בפסק הדין ראו, למשל, בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 29, ה"ש 81; וסרשטיין פסברג, לעיל ה"ש 43, בעמ' 357 (ה"ש 71), 809 (ה"ש 21), 811 (ה"ש 34), 837 (ה"ש 112), 843 (ה"ש 136) ו-851 (ה"ש 170).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

הכרה באימוץ בפועל ניתנה אך ורק בצורה ספורדית ולעניינים אגביים, דוגמת זכאותו של הילד להמשיך להתגורר בדירה שהיה מוגן מכוח חוק הגנת הדייר,⁵⁸ אך בוודאי אין בכך כדי להעניק לילד שאומץ רק בפועל סטטוס משפטי מלא לכל דבר ועניין, לרבות למושא דיונו.⁵⁹ כך מסכם שילה את עניין האימוץ בפועל:

"המחוקק לא נתן במפורש מעמד משפטי לאימוצים בפועל... ברור שהזכות לירושה היא זכות שהמחוקק נתן, בלשונו, ל'מי שאומץ כדין'. קביעה זו סבירה גם כיוון שהזכות לירושה הינה זכות פורמלית, הניתנת לאנשים מסויימים, ללא קשר למצבם הסוציאלי וצרכיהם החומריים. כדי להכניס אדם לתוך מעגל היורשים – דבר הגורע מזכויותיהם הקנייניות של יורשים אחרים – יש להקפיד על קיום הוראות המחוקק לעניין דרך העברת ילד לתוך מסגרת משפטית חדשה: שינוי הסטטוס של אדם מילדו של פלוני לילדו של אלמוני.⁶⁰"

לסיכומו של פרק זה, נמצאנו למדים על אודות קידושן של מערכות יחסים פורמליות לעניין ההכרה החוקית בזכותו של אדם לרשת את בן זוגו או את הורהו, תוך דחיית מערכות יחסים אשר קיימות בפועל אך אינן מוכרות על ידי המחוקק – ידועים בציבור ואימוץ בפועל. ניתן אומנם למצוא הבדלים דקים בין שתי מערכות היחסים הללו ברמת דחייתן על ידי המחוקק,⁶¹ אולם בשני המקרים אין כל ספק שדרך המלך להשלמת ההכרה המשפטית בזכותו של פרט לרשת את מי שמבקש להיות מורישו היא באמצעות הכרה גורפת ורשמית במערכת היחסים הקיימת בפועל. הואיל ועיקר עניינו של מאמר זה הוא במערכת היחסים האנכית בין הורה לילדו, אבקש להרחיב בעניין זה לקמן, בפרק ה של המאמר, במסגרת המודל הנורמטיבי המוצע על ידי לשם כך – קביעת הורות משפטית בהסכמה. אך קודם לכן שומה עליי להדגים עד כמה קשים הם חבלי הקליטה של "המשפחות החדשות" בהקשר של צוואות וירושות, ולכן נעבור כעת לדיון בנושא ותיק וידוע – אימוץ ילדים.

58 ע"א 457/63 רבינוביץ נ' יורשי גרשטיין, פ"ד יח 659 (1964). לדיון אקדמי בפסק הדין ראו, בין היתר, פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" **משפטים** י 63, 69–70 (1980) (להלן: שיפמן "קביעת אבהות"); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני: פרשנות החקיקה 86, ה"ש 48 (1993). ביתר הרחבה ראו שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כרך ראשון, בעמ' 164–165, וכרך שני, בעמ' 51, ה"ש 98.

59 זאת, להבדיל מאפוטרופוס בפועל, אשר לו ניתן מעמד משפטי חוקי. ראו ס' 67 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

60 שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כרך ראשון, בעמ' 164–165. עוד על צמצום ההכרה באימוץ, למעט אימוץ בפועל, ראו מימון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 90; פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 93 (1989) (להלן: שיפמן **דיני המשפחה בישראל**).

61 לדיון בהבדלים אלו ראו שם, בעמ' 94–95.

פרק ג: האימוץ כמקרה בוחן

דוגמה מייצגת לקושי הנורמטיבי-הערכי של הכרה ביחסי הורים וילדים במשפחות לא "מסורתיות" ניתן למצוא בסוגיית האימוץ. קושי זה עולה, בראש ובראשונה, במשפחות "מסורתיות" שבהן בני הזוג נשואים זה לזה – או למצער חיים כידועים בציבור – ומבקשים לאמץ ילד שאינו ילדם הביולוגי-הגנטי. על פני הדברים מדובר בסטייה מהעיקרון שלפיו ההורות המשפטית בישראל נקבעת על יסודות הגנטיקה והביולוגיה. אולם, כפי שיבואר בהרחבה בפסקאות הבאות, המחוקק הישראלי הכיר במוסד האימוץ כדרך שהוא מוכר בשיטות משפט רבות אחרות בעולם. אלא שהקושי אך מתעצם כאשר מדובר ב"משפחות החדשות", שם יש צורך באימוץ חד-צדדי, פעמים צולב, של ילדי בן הזוג או בת הזוג שאינם ביולוגיים. מטבע הדברים, כאשר מדובר במשפחות להט"ביות, עלתה הדרישה בעבר (לפני שההליך הומר לקבלת צו הורות פסיקתי)⁶² לאימוץ ילדי בן הזוג או בת הזוג כדי להשלים את הליך ההכרה בהורות של שני ההורים על ידיהם. זאת, מכיוון שאחד מבני הזוג הללו לא תרם לרוב, מדרך הטבע, כל תרומה גנטית או פיזיולוגית להבאת הילד לאוויר העולם.

לפי התפיסה המודרנית של מוסד האימוץ, מטרתו העליונה היא מציאת משפחה מאמצת ומיטיבה לילד שאיבד את הוריו הטבעיים או שהיה אילוף חברתי-משפטי להוציאו מחזקתם בשל החשש לפגיעה בטובתו עקב חוסר מסוגלותם ההורית.⁶³ בעולם העתיק, לעומת זאת, המטרה העיקרית הייתה דווקא העמדת יורש שיוכל לרשת את משפחתו המאמצת כאילו היה ילדם לכל דבר ועניין. שרידים לתפיסה זו ניתן למצוא גם כיום, לדעת שיפמן, בשיטות משפטיות לא מעטות המאפשרות לאמץ בגיר ובכך למעשה לאפשר לו לרשת את מאמצו.⁶⁴ בארץ אפשרות זו אינה חשוכה ומרכזית כשיטות משפט זרות אלו, שכן אדם רשאי לצוות את רכושו ככל העולה על רוחו, וחירות

62 לצו ההורות הפסיקתי הצולב הראשון שניתן בארץ ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 57149-10-17 פב"ג נ' **היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 24.5.2020). לסוגיה זו בחו"ל ראו, למשל, Yehezkel Margalit, *Intentional Parenthood: A Solution to the Plight of Same-Sex Partners Striving for Legal Recognition as Parents*, 12 WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. 39 (2013).

63 ראו מירה ברקאי ומילי מאסס **משמעות המושגים "מסוגלות הורית" ו"טובת הילד" בפסקי דין של בית המשפט העליון הדנים באימוץ קטינים** (1998); וביתר הרחבה מילי מאסס **בשם טובת הילד: אובדן וסבל בהליכי האימוץ** (2010).

64 על אימוץ בגירים כדרך מלאכותית ליצירת קרבה משפחתית לצורכי ירושה ראו, למשל, John Francis Brosnan, *The Law of Adoption*, 22 COLUM. L. REV. 332 (1922); Walter Wadlington, *Adoption of Adults a Family Law Anomaly*, 54 CORNELL L. REV. 566 (1969); Jan Ellen Rein, *Relatives by Blood, Adoption, and Association: Who Should Get What and Why* (The Impact of Adoptions, Adult Adoptions, and Equitable Adoptions on Intestate Succession and Class Gifts), 37 VAND. L. REV. 711 (1984).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

ההורשה שלו אינה מוגבלת כל עיקר, וממילא אין הוא צריך לפעול על דרך "בתחבולות תעשה לך מלחמה" ולעקוף את הגבלת יכולתו להוריש לאדם על ידי אימוצו כירושו.⁶⁵ נושא האימוץ הינו דוגמה מרתקת לתהליך האיטי, הפתלתל והסבוך המתרחש במשפט הישראלי במעבר מתפיסת המשפחה ה"מסורתית", לרבות יחסי הזוגיות ויחסי הורים וילדים, לתפיסת "המשפחה החדשה". כך, תפיסת העומק של המחוקק הישראלי בתחום מעוגנת בקביעה הנחרצת והבלתי-משתמעת לשני פנים של סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים כי "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". כלומר, המבנה המשפחתי הרצוי בעיני המחוקק הוא אך ורק בני זוג הטרוסקסואלים הנשואים זה לזה. האם מדובר בהסדר שלילי שלפיו רק בני זוג הטרוסקסואלים נשואים יכולים לאמץ? דילמה זו נותרה פתוחה במשך שנים בפסיקת בתי המשפט.⁶⁶ ועדת מומחים, בראשות השופטים (בדימוס) שלום ברנר ולאחר מכן יהושע גרוס, ישבה שנים על המדוכה ודנה בדילמה אם גם בני זוג שאינם נשואים אלא ידועים בציבור נכללים בגדר זה.⁶⁷ לעומת זאת, עד לתחילת המילניום הנוכחי היה פשוט וברור שמי שאינם נכללים בגדר זה ואשר אין להם לפיכך כל אפשרות לאמץ ילד הם אלה המשתייכים ל"משפחות החדשות", ובראשם בני זוג חד-מיניים.

המעבר מ"דיני משפחה" ל"דיני משפחות"⁶⁸ עלה בהקשר זה בצורה חדה וברורה החל בתחילת העשור הקודם, והגיע לשיאו, לעת עתה, באמצע חודש דצמבר 2018. וכך, לאט אבל בטוח, צעד אחר צעד, בית המשפט העליון צועד בדרך שתכשיר בסופו של דבר את האפשרות של אימוץ על ידי בני זוג חד-מיניים, חרף האמירה הברורה והפשוטה של המחוקק בעניין, השוללת זאת על הסף, על פני הדברים. התקדים הראשון בתחום ניתן כבר בשנת 2000 בעניין בנות הזוג ברנר-קדיש, שם נקבע כי בנות זוג לסביות שקיבלו במקום מגוריהן בחו"ל הכרה באימהות הכפולה שלהן על הילד יוכלו להירשם כשתי אימהות גם במרשם האוכלוסין במדינת ישראל.⁶⁹ חמש שנים לאחר מכן, בשנת

65 ראו שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 52; Pinhas Shifman, *Kinship by Adoption: Where Adoption Differs from Natural Affinity*, 23 ISR. L. REV. 34 (1989).

66 לדילמה זו ראו, למשל, ע"א 1165/01 **פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נז(1) 69 (2002); ליפשיץ **הידועים-בציבור**, לעיל ה"ש 46, בעמ' 231, ה"ש 115; וביתר הרחבה חנן גולדשמידט "אימוץ, ידועים בציבור והומוסקסואליות: השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" **המשפט** 12, 34 (2001).

67 ראו דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים התשמ"א-1981 **והליכי אימוץ ילדים בישראל: בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס** (2016), שהוגש בנובמבר 2016 לשרת המשפטים איילת שקד ולשר העבודה והרווחה חיים כץ. דוח סופי זה משלים למעשה את דוח הביניים שפרסמה הוועדה ביום 30.4.2006, כאשר בראשה עמד השופט (בדימוס) ברנר.

68 כפרפרזה על כותרת מאמרה של דפנה הקר "מה נשתנה השנה? דיני משפחות – בין הכאוטי להרמוני" **דין ודברים** ט 295 (2015).

69 בג"ץ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368 (2000). לדין אקדמי במשמעות ובהשלכות של פסק הדין ראו, בין היתר, מנשה שאוה "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שליזינגר ובתיחום גבולותיה" **קריית המשפט** א 103 (2001); יפעת

2005, ניתן פסק הדין בעניין בנות הזוג ירוס-חקק, שם נפרץ הסכר בהכרה באפשרות של בנות זוג ובני זוג לעשות אימוץ צולב ולאמץ חד-צדדית את ילדי בנות הזוג שלהם.⁷⁰

הואיל והשלב הבא, שהינו מתן צו הורות פסיקתי, יידון על ידי בהרחבה לקמן בתת-פרק 3ד, בשלב זה לא אתייחס לכך. לבסוף, גולת הכותרת של השלמת ההכרה השיפוטית באימוץ על ידי בני זוג חד-מיניים בישראל ניתנה לאחר מספר לא מבוטל של הצעות חוק שהוצעו רק במהלך שנת 2018 ולאחר קריאות חוזרות ונשנות מצד מלומדות ומלומדים שצידדו בשינוי דרמטי זה.⁷¹ וכך, בהחלטה קצרה וטכנית של בית המשפט העליון נקבע כי בעקבות צו האימוץ שניתן במסגרת אימוצו של ילד על ידי שני הוריו ההומואים בבית המשפט לענייני משפחה, יש להורות לשר הפנים להנפיק תעודת לידה חדשה ולרשום בה את שני ההורים המאמצים בתעודת הלידה החדשה של המאומץ, כהוראת סעיף 20 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, וזאת ללא קשר לזהותם המגדרית או לנטייתיהם המיניות.⁷²

בעוד בהקשר הכללי של דיני המשפחה ניתן לראות באימוץ בארץ את המעבר מהמשפחה ה"מסורתית" ל"משפחה החדשה", בתחום הצוואות והירושות עושה רושם שאנו עוסקים ועוסקים עדיין בבעיות של הראשונה דווקא.⁷³ כאמור, קיים הבדל גדול

ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קריית המשפט ב 401, 406 (2002); אייל גרוס "הפוליטיקה של זכויות להט"ב: בין (הומו) נורמטיביות ו(הומו) לאומיות לפוליטיקה קווירית" מעשי משפט ה 101, 105, ה"ש 33 (2013).

70 ראו ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). לביקורת על פסק הדין ראו, למשל, צבי טריגר "משפחות חורגות ורישיון הורות": מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ" המשפט 22, 44 (2006); רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 370, ה"ש 80 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים"); שיפמן "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 577, ה"ש 8.

71 ראו הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – אימוץ על ידי הורה יחיד), התשע"ח-2017, פ/4647/20; הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – כשירות המאמץ), התשע"ח-2018, פ/4983/20; הצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון – אימוץ על ידי בני זוג), התשע"ט-2018, פ/5707/20; צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" זכויות הקהילה הגאה בישראל, לעיל ה"ש 6, 437.

72 ראו אמ"ץ 10692-07-15 (6.12.2015), המוזכר בבג"ץ 7344/17 פלוני נ' שר הפנים (אר"ש 12.12.2018). יפה לעניין זה קביעתו של ליפשיץ "דיני זוגיות", לעיל ה"ש 46, בעמ' 224, ה"ש 229, הגם שנאמרה בהקשר אחר: "אף על פי שהנימוקים של בית המשפט במקרה זה הוצגו כנימוקים מינהליים פרוצדורליים (דיני המרשם), קשה להפריז בחשיבות הסמלית של פסק הדין בעבור הקהילה החד-מינית." אך ראו גם את קריאת הכיוון החקיקתית בנושא זה בתזכיר חוק אימוץ ילדים (תיקון מס'..) (כשירות לאמץ והתאמת מאמצים לילד), התשע"ט-2019, אשר זמין באתר החקיקה הממשלתי.

73 יפה לעניין זה קביעתו של שיפמן "על המשפחה החדשה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 644: "התבקשתי על-ידי מערכת עיוני משפט לתרום את חלקי בסוגיית 'המשפחה החדשה': חוששני שטרם זכינו

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

בין תפיסת ההורות המשפטית במשפט הרומי ובשיטות הקונטיננטליות השונות שצמחו בעקבותיו לבין תפיסתה במשפט העברי. בעוד הראשונות תופסות אותה כהורות חוקית המוגדרת ומוכתבת על ידי החוק,⁷⁴ האחרונה, כזכור, רואה בה עניין טבעי-ביוולוגי.⁷⁵ חוק אימוץ ילדים בנוסחו משנת 1960 טרם התייחס לסוגייתו,⁷⁶ ורק בשנת 1981, כאשר ביקש המחוקק לבור לו את הדרך הישרה בהסדרת ההורות המשפטית של הורי ילד שנמסר לאימוץ, הוא בחר את שביל הזהב תוך שהוא מבקש למצע בין השיטות הקוטביות הקיימות בעניין. לצורך המשך דיונו נתמקד אך ורק בסעיף 16 לחוק אימוץ ילדים, הקובע כך:

"האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם, ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם; הוא מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו; ואולם... (3) הוראות סעיף זה אינן באות לגרוע מהוראות סעיף 16 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965."⁷⁷

יתר על כן, בשנת 1996, במסגרת תיקון מס' 2 לחוק אימוץ ילדים, הוסף לו סעיף 35, העוסק בפרשנות, ובו הוראה כללית שלפיה "חיקוק ומסמך שמדובר בהם בילדו של אדם – גם ילד שאומץ במשמע; חיקוק ומסמך שמדובר בו בהורה של אדם – מאמצו במשמע; והוא כשאין כוונה אחרת מפורשת או משתמעת".⁷⁸ כלומר, המחוקק הישראלי

בהארה מספקת של 'המשפחה הישנה', ולכן מסופקני אם אנו ערוכים לניתוח מקיף של התופעות החדשות."

74 זוהי התמצית של תפיסת הסמכות ההורית כ-Patria Potestas. ראו, בין היתר, John Crook, *Patria Potestas*, 17 CLASSICAL Q. 113 (1967); H.F. JOLOWICZ & BARRY NICHOLAS, *HISTORICAL INTRODUCTION TO THE STUDY OF ROMAN LAW* 118 (3d ed. 1972); W.K. Lacey, "Patria Potestas", in *THE FAMILY IN ANCIENT ROME: NEW PERSPECTIVES* 121 (Beryl Rawson ed., 1987).

75 על תפיסת ההורות בהלכה היהודית כמיוסדת על "הפשטות הטבעית" ראו את המקורות לעיל בה"ש 32. לסקירת הבדל מהותי זה ראו, למשל, YEHEZKEL MARGALIT, *THE JEWISH FAMILY: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW* 139 (2017) (להלן: MARGALIT, *THE JEWISH FAMILY*); Yehezkel Margalit, *Towards Establishing Parenthood by Agreement in Jewish Law*, 26 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 647, 652–653 (2018).

76 חוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960. חוק זה לא התייחס כלל במפורש לירושתו של מאומץ. כל שנקבע בו היה שעל המאמץ והמאומץ יוטלו החובות והסמכויות הקיימות בין הורים לבין ילדיהם (ס' 13), וכי מי שאומץ לפי צו של בית משפט לפני כניסתו לתוקף של החוק יראוהו כאילו אומץ לפי החוק (ס' 28). ראו גם מימון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 386.

77 ראו שם, בעמ' 361–368.

78 השוו לקביעה קודמת ודומה בס' 1 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות): "(א) ... 'ילד' – בין שנולד מנישואין ובין שלא מנישואין לרבות מאומץ. (ב) אומץ ילד, יבואו לענין חוק זה המאמץ ובני משפחתו במקום הורי המאומץ ובני משפחתם." לדיון בקביעה זו ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1452/92

זנח לכאורה לגמרי את תפיסת ההלכה היהודית שלפיה ההורות המשפטית לעולם תהיה צמודה להורות הטבעית-הביולוגית, ואימץ בשתי ידיים את הגדרת ההורות החברתית, באופן שתואם היטב את תפיסת ההורות של שאר אומות העולם. בכך ניתן לראות חלק מתהליך התאזרחות של יחסי הורים וילדים בארץ,⁷⁹ תוך שהמחוקק מתנתק ברמה כזו או אחרת מההלכה היהודית לטובת אימוצו של הסדר אזרחי עצמאי במידת מה, היונק את שורשיו משיטת המשפט הרומית.⁸⁰ אולם גם כאשר המחוקק מסדיר את האפשרות לסטות במסגרת מוסד האימוץ מהמודל הטבעי-הגנטי לטובת ההורות החברתית, אין הוא מתנתק לחלוטין מתפיסת העולם ההלכתית. לפיכך הוא מכיר בשפה רפה בלבד באפשרות לנתק ילד מזיקתו הטבעית-הגנטית.⁸¹ יפה לעניין זה קביעתו הבאה של שיפמן:

"נראה כי בצד הרצון לקבוע עובדות פסיכולוגיות וחברתיות חדשות באמצעות האימוץ, ממשיכות העובדות הביולוגיות, אליהן ביקשו כביכול לפנות עורף, להטביע את חותמן על הדפוס הסופי של מוסד האימוץ. הניתוק מן המשפחה הטבעית איננו מוחלט, ואף השילוב של הילד במשפחה החדשה איננו כזה שמעמיד אותו לכל דבר במעמדו של ילד טבעי."⁸²

- קנר נ' בלדינגר, פס' 5 (נבו 25.5.1993); תמ"ש (משפחה חי') 3970/00 מ"א נ' ד"א, פס' 8 (נבו 22.9.2001); וביתר הרחבה מימון, לעיל ה"ש 35, בעמ' 476–483. אין פלא שהמחוקק נזקק גם מאוחר יותר, בכמה חקיקות נוספות, לציין במפורש כי דין ילד/קטין מאומץ כדין ילד/קטין ביולוגי של הוריו. ראו, למשל, ס' 1(ד) לחוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי, התשס"ב-2002, הקובע כי "משפחה" – בן זוגו של הנפגע, ילדו של הנפגע לרבות ילד מאומץ או חורג.
- 79 לדיון נרחב בכך ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "אמת ויציב – אמת עדיף? ושוב לדילמת עריכת בדיקת רקמות לקטינים בישראל" חוקים טז, פרק 11 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: מרגלית "אמת ויציב"); וביתר הרחבה יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 841–847 (2012) (להלן: מרגלית "הורות משפטית בהסכמה").
- 80 על האימוץ כתחליף לקרבה הטבעית-הגנטית ועל החריגים להשוואה זו כתוצאה מהשפעתה של ההלכה היהודית על המשפט האזרחי, ראו שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 52–82; בניציון שרשבסקי **דיני משפחה** 414–424 (מהדורה רביעית מורחבת 1993); מיכאל קורינאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל (ילדים שנולדו בטכניקה של הולדה מלאכותית)" **הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית** 137, 139–140 (שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב עורכים 1996) (להלן: קורינאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל").
- 81 לקביעות מחקריות העומדות על השפעה זו ראו, למשל, הלפרין "הגדרת הורות", לעיל ה"ש 32, בעמ' 161–165; ראו ויילר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 164; וביתר הרחבה מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של המודל הגנטי", לעיל ה"ש 34, בעמ' 166–172.
- 82 שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 54. על שניות זו של המחוקק הישראלי ראו גם זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 70, בעמ' 368–369; Pamela Laufer-Ukeles, *Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis*, 9 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 91, 122–124 (2002); ושפע המקורות המובאים אצל יחזקאל מרגלית

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

חיזוק מרכזי לתובנה זו ניתן למצוא בחריג הקשור לנידון דין שלפיו חרף האמור ברישת הסעיף והפסקת החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ויתר קרוביו הביולוגיים, הוראות החוק הרלוונטיות לדיונו עומדות עדיין בעינן. וזו לשון הסעיף הנוגע בענייננו, סעיף 16 לחוק, בנוסחו העדכני לאחר שתוקן בשנת 2012 במסגרת תיקון מס' 13:

"(א) מי שאומץ כדין יורש את מאמצו כאילו היה ילדו, וכן יורשים את המאמץ צאצאי המאומץ; המאמץ יורש את המאומץ כאילו היה הורה. (ב) המאומץ וצאצאיו זוכים על פי דין בעזבונו של קרובי המאמץ כאילו היו יורשים, וקרובי המאמץ זוכים על פי דין בעזבונו של המאומץ כאילו היו יורשים. (ג) המאומץ וצאצאיו יורשים את קרובי המאומץ, אולם הורי המאומץ והורי הוריו וצאצאיהם אינם יורשים את המאומץ."⁸³

כלומר, למאומץ יש מעין "כפל מבצעים", שכן אף שהוא יורש את הוריו מאמציו מכוח ההורות החברתית, עדיין, בשל נאמנות המחוקק להלכה היהודית, כקבוע בתת-סעיף (ג), הוא וצאצאיו ממשיכים לרשת גם את הוריו הטבעיים. היטיב לבטא עניין זה השופט מנחם אלון בקובעו:

"אמנם, כתוצאה מכך זוכה המאומץ משני שולחנות – שיורש הוא הן את קרוביו הטבעיים והן את הוריו המאמצים – אך המחוקק ראה הסדר זה לטוב ולסביר, משום 'שלאור העקרון שביסוד דיני אימוץ – 'שהאימוץ יהיה לטובת המאומץ' (סעיף 1 לחוק אימוץ ילדים) – מצא (המחוקק – מ' א') לנכון שלא ליטול ממנו זכות ירושת אבותיו הטבעיים, גם אם העניק לו את הזכות לרשת את הוריו המאמצים'..."⁸⁴

על תובנה זו, לרבות הטרימין של זכייה ב"שני שולחנות", השאוב באופן מובהק מההלכה היהודית, נמתחה ביקורת חריפה על ידי שיפמן, שכתב כך:

"קביעת הורות הלכתית – בין דיני משפחה ובין דיני חוזים" ספר הזיכרון ליעקב נאמן ה"ש 58 (אהרן ברק ואח' עורכים, צפוי להתפרסם ב-2022), נגיש בכתובת https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3386175.

83 לסקירה מקיפה של תוצאות הירושה מכוח האימוץ ראו קורין אלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 41–48; שילה פירוש לחוק הירושה, לעיל ה"ש 17, כרך ראשון, בעמ' 161–173; גלי רון בית המשפט לענייני משפחה בראי הפסיקה 268–245 (2009). ליישומה המעשי של הוראה זו ראו ע"א 410/76 ציפר נ' טורקניץ, פ"ד לב(2) 589, 594 (1978); ע"א 227/79 פרופר נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד לה(2) 561, 564–565 (1981); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, פס' 16 (1993).

84 עניין פרופר, שם, בעמ' 564.

"גישת חוק הירושה לפיה זוכה המאומץ ל'שני שולחנות', ונהנה הן מירושת המאמצים והן מירושת קרוביו הטבעיים, נראית לי חסרת צידוק... משנקבע כי טובתו של המאומץ היא לא רק לגדול בבית אחר אלא להיחשב כבנה של משפחה חדשה, שוב אין זיקתו של הילד למשפחה החדשה ניתנת לשיעורין, ואין להחליש זיקה זו בייחוס חשיבות מעין מיסטית ל'קשר הדם'... למען טובת הילד, עדיף שייחשב כבנה לכל דבר ועניין של המשפחה המאמצת ולא רק כילד למחצה, לשליש ולרביע."85

הגדיל המחוקק לעשות במסגרת תיקון מס' 13 בכך שהשווה לגמרי את מעמדם של המאומץ, המאומץ ובני משפחתם למעמדם של בני משפחה טבעיים-ביולוגיים, ובכך יצר הלכה למעשה סטטוס משפחתי של הורים וילדים לכל דבר ועניין. זאת, להבדיל מהמצב המשפטי ששרר עובר לתיקון, שבו מערכת היחסים בין המאומץ לבין הוריו מאמציו הייתה רק בבחינת מערכת יחסים פנימית, מעין "חוזית". במצב המשפטי הקודם רק הצדדים הישירים להסכם האימוץ היוו בני משפחה הירשיים זה את זה. וזו הייתה לשון סעיף 16(ב) (לחוק: "המאומץ וצאצאיו אינם יורשים על פי דין את קרובי המאומץ; המאומץ יורש את המאומץ כאילו היה הורה, אולם קרובי המאומץ אינם יורשים על פי דין את המאומץ."86 לעומת זאת, לאחר התיקון הושלם הליך ההכרה החוקי באימוץ כיוצר קשרי ירושה בין המאומץ לבין המאמצים וקרוביהם כמו בין בני משפחה לכל דבר ועניין. עם זאת, מוסד האימוץ משקף עדיין נאמנה את השניות הקיימת בדיני המשפחה בישראל בכללותם,87 המתבטאת בכך שהלכה למעשה קיימות שתי שיטות משפט מקבילות צרות זו לזו (בבחינת "אישה וצרתה"), האזרחית והדתית, מה שגורם לתוצאה בלתי מתקבלת על הדעת בעליל – מצב שבו אדם יורש הן את הוריו הטבעיים והן את הוריו המאמצים. יפה לעניין זה ביקורתו הנוקבת של השופט משה בייסקי על התקלות החברתיות והמשפטיות שיש במצב דברים זה:

"כבר ציין חברי המכובד, מ"מ הנשיא ח' כהן, כי לבו אינו שלם עם התוצאה; וכמוהו כמוני. המציאות מלמדת, כי במקרים רבים האימוץ נעשה על רקע סוציאלי, כשהמצב הכלכלי של ההורה או ההורים הטבעיים הוא נחות לאין ערוך לעומת המאמצים... לעתים נמצא, שזכיותו הכפולה של המאומץ, היורש גם את

85 שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 65–66. לאזכור ביקורת זו ולדיון בה ראו, למשל, אמנון בן-דרור **אימוץ ופונדקאות** 118, ה"ש 53 (1994); בלהה כהנא **חבות של הורים בנוזקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנוזקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים** 220, ה"ש 173 (2008).

86 לדיון בנוסח הקודם של הסעיף ראו, למשל, עניין **ציפר**, לעיל ה"ש 83, בעמ' 594; ע"א (מחוזי ת"א) 2162/02 **פלוגית נ' משרד העבודה והרווחה (השירות למען הילד)**, פס' 21 (נבו 1.6.2008) וביתר הרחבה ת"ע (משפחה י-ם) 13482-03-11 **א"א נ' י"א** (נבו 29.5.2013).

87 ראו על כך את תלונתו של שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 248. לדימוי של שתי מערכות הדין כחֲמֻר־גִּמְלָה ראו פנחס שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" **משפטים** יט 847, 847 (1990).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

הוריו הטבעיים, מהווה פגיעה לא מוצדקת מבחינה כלכלית-סוציאלית בירושיהם של האחרונים – בייחוד אם אלה מעוטי נכסים הם.⁸⁸

הבעייתיות במצב הקיים כיום בחוק אימוץ ילדים, שבו המחוקק מבקש להתנתק מהתובנה הדתית ולאמץ תובנה אזרחית בכל הקשור למוסד האימוץ אך כושל מלעשות כן בפועל, ברורה וסבוכה היא. אין כל היגיון אזרחי בהחלטה להשלים את ההכרה במערכת היחסים החדשה עם המשפחה המאמצת אך בו בזמן להותיר על כנו את "קול הדם", המקודש בהלכה היהודית. יתר על כן, ניתן להטיל ספק רב בכדאיות הכלכלית של המשך ההיצמדות ה"מסורתית" לזכות המאומץ לרשת את הוריו הטבעיים: לא אחת אין המאומץ יודע כלל שהוא מאומץ; גם אם כן, לא בטוח שהוא יוכל להתחקות אחר מוצאו הגנאלוגי;⁸⁹ וגם אם יעלה הדבר בידו, הוא עלול לגלות שהוריו היו חסרי אמצעים, וזכיתו ב"כפל המבצעים" עלולה לפגוע מאוד באחיו הביולוגיים, שחלקם בירושת הוריהם ילקה בעטיו בחסר.⁹⁰ אולם חרף הצורך האקוטי בביטולו של "כפל המבצעים" בעייתי ומורכב זה בדמות ירושה כפולה, כל ניסיון שנעשה עד כה לבטל את זכותו של הילד לרשת גם את הוריו הטבעיים-הביולוגיים סוכל,⁹¹ בין היתר בשל הפגיעה בזכות ההלכתית של הילד להמשיך לרשת אותם. היטיב לבטא בעייתיות דתית זו דב פרימר בחוות דעת שכתב לחבר הכנסת דוד רותם, אשר שימש בשעתו יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט. וכך הוא קובע:

"כמו כן, יש לציין כי הדין בעניין זה מצטמצם לירושת המאומץ את המאמץ וקרוביו ולא בביטול ירושת המאומץ את הוריו וקרוביו הביולוגיים. זאת, משום שביטול ירושתו של אדם נוגעת לדיני איסור והיתר, ובשל הקוגנטיות של דיני הירושה בתורה, לא ניתן לבטל הוראה זו. בהקשר זה יש לציין כי סעיף (ג) לחוק הירושה כפי שהוא מנוסח כיום סותר עיקרון זה ועל כן אינו עולה בקנה אחד עם

88 עניין פרופר, לעיל ה"ש 83, בעמ' 563.

89 ראו על כך את הוראת ס' 30(ב) לחוק אימוץ ילדים. בפועל הוראה זו סויגה עוד יותר בפסיקה, שקבעה כי הזכות לחדש את הקשר בין המאומץ לבין משפחתו הטבעית אינה קנויה לילד, אלא הוא צריך לקבל, ראשית דבר, את אישור הוריו הטבעיים למהלך סבוך ומורכב זה. לדיון בסעיף זה ראו, למשל, מילי מאסס "כשיחסי משפחה נתקלים בסופיות המשפט" **משפט ועסקים** יח 323, 350, ה"ש 121 (2014). ראו גם, בהקשר של מושא דיונו, שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כך ראשון, בעמ' 54 (ה"ש 32) ו-120 (ה"ש 28).

90 לביקורת מוקדמת יותר של המלומדים ראו, למשל, שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 64–69; שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 17, כך ראשון, בעמ' 170–173.

91 בשולי הדברים יצוין כי בכנס "מגמות חדשות בדיני ירושה", שנערך באוניברסיטת חיפה בתאריך 10.6.2019, הביע עו"ד ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), את התקווה שבכנס הבאה, מס' 22, יתוקן חוק הירושה, בין היתר, לעניין ביטול סופי של זיקת הילד המאומץ למשפחתו הביולוגית ושלילת זכותו לרשת אותם, ברוח **המלצות הוועדה לתיקון חוק הירושה**, לעיל ה"ש 28. לא למותר לציין שתקוותו זו לא התממשה.

דיני הירושה בהתאם לדין תורה. ברם, הוספת יורש הינה במסגרת דיני המתנה, שהיא מסגרת דיני הממונות ועל כן ניתן להחילו – אם כי בהסתייגות – אף ע"פ המשפט העברי.⁹²

לסיכום פרק זה, נמצאנו למדים כי חרף העובדה שהתפיסה המודרנית של מוסד האימוץ קנתה לה שביטה ברוב רובן של שיטות המשפט המערביות בעולם, ובכלל זה בישראל, המחוקק בארץ מתקשה עדיין להשלים את המהלך. וכך, הלכה למעשה, הוא פוסח על שתי הסעיפים: נכון להיום, לאחר תיקון מס' 13 משנת 2012, הוא מכיר אומנם ב"משפחה החדשה" ובסטטוס של המאומץ כילד-יורש של הוריו המאמצים ובני משפחתם לכל דבר ועניין, אולם באותה נשימה הוא מתקשה להשלים את ניתוקו של המאומץ ממשפחתו ה"ישנה". הנה כי כן, על הקושי הרב בהשלמת ההכרה המשפטית בארץ בילדי "המשפחות החדשות", תוך זניחת התובנות המסורתיות של המשפחה ה"ישנה", ניתן לעמוד נכונה כבר במוסד האימוץ. זאת, הגם שלדעת רבים וטובים אין הוא שייך כלל ועיקר ל"משפחות החדשות". לסקירת הדילמות המודרניות העולות ממשפחות אלו אפנה כעת.

פרק ד: קשיים ודילמות בסוגיית הירושה בסוגים שונים של "משפחות חדשות"

1. תרומת זרע מגבר זר

טיפול הפוריות הפשוט ביותר, הנוח ביותר לשימוש ולכן גם הנפוץ ביותר הוא הזרעה מלאכותית של האישה בזרעו של תורם זרע אנונימי.⁹³ חרף העובדה שפרוצדורה רפואית זו מוכרת בעולם כולו זה עשרות שנים, בארץ ניתנו מספר מועט ביותר של פסקי דין

92 דב פרימר "תיקון לחוק הירושה" (2011) (עותק בידי המחבר). אני מודה מקרב לב לפרופ' פרימר, אשר ניאות להמציא לידיי חוות דעת זו. על ההיבטים הקונגטיים של דיני הירושה בהלכה היהודית, וההגבלה הדרמטית שהם מטילים על חופש החוזים – או ליתר דיוק חופש ההתנאה – בתחום זה, ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "ועונתה לא יגרע" – על הסדרה ציבורית ופרטית של יחסי אישות בין בני זוג במשפט העברי 82–108 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים התשס"ו); יחזקאל מרגלית "חופש חוזים" בדיני המשפחה – בין תלמוד בבלי ובין תלמוד ירושלמי" מחקרי משפט כה 803, 827–833 (2009); MARGALIT, THE JEWISH FAMILY, לעיל ה"ש 75, בעמ' 54–58.

93 לסקירת ההיסטוריה של הליך רפואי זה ראו, למשל, MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 30–37; Noa Ben-Asher, *The Curing Law: On the Evolution of Baby-Making Markets*, 30 CARDOZO L. REV. 1885 (2009); וביתר הרחבה Yehezkel Margalit, *Artificial Insemination from Donor (AID)—From Status to Contract and Back Again?*, 21 B.U. J. SCI. & TECH. L. 69 (2015).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

בנושא.⁹⁴ אך כל נטעה – מיעוט הפסיקה שניתנה בעניין אינו מלמד בהכרח שפרוצדורה זו נקייה מספקות ומבעיות אתיות ומשפטיות. יפה לענייננו מסקנתו הבאה של הנשיא מאיר שמגר:

"סיכומם של דברים, עניין מעמדו וזכויותיו של הבעל שאשתו מופרית מלאכותית איננו חופשי מבעיות משפטיות הטעונות פתרון, בחקיקה או בפסיקה (או בשניהם). לא נדון ולא נפסק אצלנו אם ההסכמה להפריה יוצרת סטטוס משפטי של אבהות לצורך כל מטרה; אף החובה לשאת במזונות, בין עקב חובתו של הבעל לגבי ילדה של אשתו, או כתוצאה מהסכמה להפריה (פסק דין סלמה הנ"ל), עדיין אינה מבהירה אם קיים בסיס להטלת חיובים והקניית זכויות לבעל או לילד בתחומים אחרים."⁹⁵

אכן, ללא כל ספק, הקושי המרכזי של פרוצדורה זו הוא היכולת המשפטית-האתית לנתק את תורם הזרע מהורות המשפטית ולהעבירה לבעלה של האישה הנזרעת לכל דבר ועניין. לצורך המשך דיוננו אמקד את הדיון בצד האחר של המטבע, והוא היכולת להפוך את היילוד לבנו המשפטי של בעלה של האישה הנזרעת לצורכי ירושתו. על הקשר ההדוק הקיים בין ההכרה המשפטית ביחסי הורים וילדים לבין האפשרות שהאחרונים יירשו את הראשונים עמדה Dara E. Purvis בכותבה:

"Inheritance law is a natural fit for some doctrinal crossover from family law. The most familiar form of inheritance is from parent to child, so establishing the link between parent and child is a central question in many inheritance

94 ראו בג"ץ פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 16 (חזרת תורם זרע מרצונו שייעשה שימוש בזרעו, הגם שהאישה רכשה את מנת זרעו, השתמשה זה כבר בחלקה, התעברה והולידה בת, ומעוניינת לעשות בזרע שימוש נוסף). לדיון בפסק הדין ראו, למשל, אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 676 וכן לפי המפתח בערך פסק הדין בג"ץ פלונית נ' משרד הבריאות (2014); יחזקאל מרגלית "רוצה להיות או לא להיות (הורה)? – זו השאלה האמתית" "המשפט" ברשת: מבזקי האורות פסיקה 2, 10 (2013); ניר לוין, הילה שפירא ועמית פלדמן "חזרת תורם זרע מתרומתו: מתווה לניתוח משפטי חלופי בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות" הארת דין ח 77 (2013). בשנת 2019 דחה בית המשפט העליון עתירה של אישה שרצתה לקבל זרע מתורם זרע ידוע מחו"ל (פרופ' ארי נגל) אך נתקלה בהתנגדותו של משרד הבריאות. 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).

95 מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט, ספר היובל 353, 373 (1993). לסקירה נרחבת יותר של המצב הקיים במשפט הישראלי בסוגיה זו, נכון לשנת 2005, ראו, למשל, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 14, בעמ' 244–260; רות זפרן "סודות ושקרים: על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519, 529–532 (2005).

issues, and the influence from family law in assessing who is a parent (and how parentage is proven) is significant."⁹⁶

אולם, לצערנו הרב, כל שניתן למצוא בפסיקה בהקשר זה הוא הכרה חלקית בלבד בקשרי הורה-ילד, רק לצורכי סיפוק מזונות הילד. כך נקבע בפסיקה התקדימית של בית המשפט העליון כבר לפני שנות דור:

"במקרה דנא, מההסכם בין הבעל והאשה בדבר קיום הזרעה מלאכותית משתמעת התחייבות הבעל לזון את הילד שיולד כדרך שחייב אב לזון את ילדו, וזה תוך הנימוקים שאין צורך להרחיב עליהם את הדיבור ושהובאו בפסק-דין שצוטטו לעיל. על כן צדק בית-המשפט המחוזי כשחייב את המערער בתשלום מזונות למשיבה השנייה [בתו הקטינה] גם אחרי תקופת פקיעת הנישואין."⁹⁷

אולם, גם אם נמצאנו למדים על אודות חיוב בעלה של האישה הנזרעת בתשלום מזונות היילוד, עדיין אין מדובר בהקניית סטטוס של אבהות משפטית, בוודאי לעניין הפיכתו של היילוד ליורשו החוקי של בעל אמו. אומנם, במסגרת טופס ההסכמה שהאישה הנזרעת ובן זוגה צריכים לחתום עליו עובר לתחילת ההליך, כל אחד מהם מתחייב, בין היתר, כי הילד שייוולד כתוצאה מההזרעה המלאכותית יישא את שמו ויחשב בנו לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות וירושא.⁹⁸ אולם בכל הכבוד, כל עוד

⁹⁶ Dara E. Purvis, *The Constitutionalization of Fatherhood*, 69 CAS. W. RES. L. REV. 541, 576–577 (2019). ראו לעניין זה גם Emily McAllister, *Defining the Parent–Child Relationship in an Age of Reproductive Technology: Implications for Inheritance*, 29 REAL PROP. PROB. & TR. J. 55 (1994).

⁹⁷ ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779, 784 (1980). לדיון בהיבטים החוזיים של פסק הדין ראו, בין היתר, שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 58; MARGALIT, THE JEWISH FAMILY, לעיל ה"ש 75, בעמ' 152, ה"ש 82; Pinhas Shifman, *First Encounter of Israeli Law with Artificial Insemination*, 16 ISR. L. REV. 250 (1981). בסדרה נוספת של פסקי דין של בית המשפט לענייני משפחה הורחב ואומץ הסדר חוזי זה גם בין בני זוג ידועים בציבור, הגם שלא באו בברית נישואים כדת וכדין: ה"מ (מחוזי חי') 190/93 פלונים נ' אלמונים, פ"מ התשנ"ד(3) 190 (1994); תמ"ש (משפחה י-ם) 10681/98 פלונים נ' אלמוני (נבו 19.9.2000); תמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98 פלוני (קטין) נ' אלמוני, פ"מ משפחה התשס"א 97 (2001). לביקורת והערכה של פסקי הדין האלה, במיוחד בכל הקשור להשתתפות חיוב המזונות על אדנים חוזיים, ראו, בעיקר, זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 14, בעמ' 244–260; איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" האם המשפט חשוב? 275, 302 (משפט, חברה ותרבות, דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010); מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 886–887.

⁹⁸ ראו על כך במסמך שבכתובת https://www.health.gov.il/hozer/mk20_2007.pdf ("אנו מסכימים ומצהירים כי הילד/ים שיולד/ו כתוצאה מההזרעה ישא/את שמו ויחשב/ו כבנו/בתנו לכל דבר ועניין, לרבות עניין מזונות וירושא"). לדיון בהסכמה זו ראו, בין היתר, שילה פירוש לחוק הירושא, לעיל ה"ש 17, כרך ראשון, בעמ' 119–121; מיכאל קורניאלדי "מעמדו המשפטי של ילד הנולד

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

הדבר אינו מעוגן בספר החוקים הישראלי, כיצד ניתן בחתימת יד בלבד לבטל את סטטוס ההורות של תורם הזרע ולהעבירו כבמטה קסם לבעלה של האישה הנזרעת?⁹⁹ כידוע, קביעת סטטוס ההורות המשפטית היא עניין למחוקק לענות בו.¹⁰⁰ כיצד ניתן לרפא לקונה אקוטית זו באמצעות חתימה על טופס ההסכמה מדעת, שעניינו רפואי גרידא ואין הוא עוסק באופן מהותי, על פני הדברים, בדילמה של קביעת האבהות המשפטית? במילים אחרות, כיצד הסכמת הגבר לביצוע פעולה זו יכולה לקבוע את הורותו המשפטית ולשלול את ההורות המשפטית מתורם הזרע כל זמן שהדבר לא עוגן בחקיקה ראשית, לאחר שפרקטיקה זו עברה את כור ההיתוך הציבורי בדיון בבית המחוקקים כראוי בעניינים מהותיים, רגישים ומורכבים מעין אלה? יפה לעניין זה קושיית-לונתו הבאה של שיפמן:

"ממה נפשך: אם הילד אינו נחשב, בעיני החוק, כאילו היה ילדו הטבעי של הבעל, איך תועיל הצהרה זו להקנות לו מעמד כזה, למשל לגבי ירושה על-פי דין? אך אם נחשב הילד בעיני החוק כאילו היה ילדו הטבעי של הבעל, מה בצע בהצהרתו של זה."¹⁰¹

יוסי גרין החרה החזיק אחריו בהקשותיו:

"עוד נדרשים בני הזוג מקבלי תרומת הזרע ליתן הסכמתם בכתב לביצוע ההזרעה. עיון בטופס ההסכמה אשר נוסחו כנספח ב' לכללים... מעלה שתי בעיות משפטיות אשר יש בהן כדי לעורר ספק בדבר תקפותה של ההסכמה: הבעיה האחת נעוצה בדרישה מהבעל (או מבן הזוג) להצהיר על נכונותו להתייחס ליילוד שיוולד כאל ילדו הטבעי, לרבות לענין מזונות וירושה וכן להצהיר כי הילד שיוולד יחשב לכל דבר וענין כילדו וישא את שם משפחתו."¹⁰²

מהפרייה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית "שנתון המשפט העברי יח-יט 295, 325 (1995); זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 70, בעמ' 359.

99 על הקושי הגדול שכרוך בשלילת אבהות משפטית בהסכמה ראו שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" משפטים נא 231 (2021).

100 לקביעה עקרונית זו ראו, בין היתר, ע"א פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 76; בע"ם פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 18, בפס' 18 לפסק הדין של השופט מזוז.

101 שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 60, בעמ' 129. ראו גם Shifman, לעיל ה"ש 97, בעמ' 85-86.

102 יוסי גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה 127 (2008) (להלן: גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני) (ההדגשה במקור). להרחבה על קשיים נוספים בסוגיה שאינם נדונים במאמר זה ראו שמגר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 369; זפרן זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 99.

הנה כי כן, בלא עיגון חקיקתי של פרקטיקת תרומת הזרע מתורם אנונימי, בפועל מי שאמור להיות האב המשפטי של הילד הוא תורם הזרע, קרי, האב הגנטי. כלומר, היילוד אמור לרשת אותו, ולא את בעלה של האישה הנזרעת. גם חקיקת המשנה אשר מסדירה את התחום וקובעת כי הילד הינו הבן של האחרון, ולא של הראשון, עומדת בעיקרה על כרעי תרנגולת והינה בעייתית ביותר, גם בעיניו של בית המשפט העליון.¹⁰³ אשר על כן, לדידי, כפי שאדון בהרחבה בסופו של המאמר, כדי להימלט מקושיות-תלונות אלו, יש לעגן הכרה זו באופן רשמי בספר החוקים הישראלי בהקדם האפשרי. וכך, אדם שיחפון לשמש הורה משפטי של ילד יצטרך לקבל זאת על עצמו בצורה מפורשת וברורה, רצוי באמצעות חוזה ערוך. לשם כך על המחוקק להכיר בו כהורה משפטי של הילד לכל דבר ועניין, ולצורך המשך דיונו – גם לעניין צוואות וירושות.

2. הולדה לאחר המוות

הדילמה בדבר הלגיטימיות של הולדה לאחר המוות החלה באמצע שנות התשעים, וכבר באה עד היום לידי ביטוי ביותר מחמש-עשרה פסיקות של בתי המשפט לענייני משפחה וכן במספר לא מבוטל של פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים¹⁰⁴ ושל בית המשפט העליון.¹⁰⁵ למיטב ידיעתי, בימים אלו תלויים ועומדים עדיין כמה תיקים בנושא זה, חלקם תקדימיים ביותר, כעתירה בדרישה להכיר ביילוד שנולד לאחר מות אביו כילד, לכל הפחות לעניין זכותו מכוח חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959.¹⁰⁶ ניתן להעריך בזהירות כי החלטות נוספות ניתנו אך לא פורסמו והן בבחינת "הפסיקה הסמויה מן העין".¹⁰⁷ עניין זה נדון רבות בספרות המחקר בארץ ובעולם,¹⁰⁸ אך עושה רושם,

103 ראו בעיקר עניין **סלמה**, לעיל ה"ש 97; בג"ץ **פלונת נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 16; עניין **פלונת נ' שר הבריאות**, לעיל ה"ש 94; ובהרחבה רבה אצל ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 99.

104 ראו עמ"ש (מחוזי מר') 60269-01-17 **היועץ המשפטי לממשלה נ' סול** (נבו 26.6.2017); עמ"ש (מחוזי מר') 45930-11-16 **מדינת ישראל נ' שחר** (נבו 29.1.2017); עמ"ש (מחוזי חי') 4379-11-19 **משרד הבריאות נ' פלונת** (נבו 7.4.2020).

105 פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון בעניין זה הוא בע"מ **פלונת נ' פלונת**, לעיל ה"ש 18. עליו יש להוסיף את בע"מ 1943/17 **שחר נ' מדינת ישראל** (אר"ש 15.8.2017); בע"מ 6046/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונת** (אר"ש 2.9.2019); דנ"א 6039/19 **פלונת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (אר"ש 12.11.2019); בע"מ 378/20 **פלונת נ' בית החולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק הזרע** (אר"ש 3.6.2020); דנ"א 3949/20 **פלונת נ' בית החולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק הזרע** (אר"ש 6.7.2020).

106 אני מבקש להודות לעו"ד שני כץ מפרקליטות דרום אורחי על המידע בדבר קיומו של תיק זה.

107 כפרפרזה על כותרת מאמרו של מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" **אלפיים** 16, 45 (1998).

108 ראו את שפע המקורות המובאים אצל יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו" **מאזני משפט** יג 103 (2020) (להלן: מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר"); יחזקאל מרגלית "מת (ה)חיות – על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של השימוש ברצון הנפטר להוליד ילדים לאחר

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

שוב, שההיבט של צוואות וירושות לא קיבל את מקומו הראוי גם בהקשר זה. נקודת המוצא לדיון כולו היא סעיף 3 לחוק הירושה, הקובע כך:

"(א) כל מי שהיה בחיים במות המוריש כשר לרשת אותו.
(ב) מי שנולד תוך 300 יום לאחר מות המוריש, דינו כדין מי שהיה בחיים במות המוריש, זולת אם הוכח שהורתו היתה אחרי כן."

תת-סעיף (א) קובע כלל אצבע חשוב ומרכזי ביותר – לנוכח עקרון הנפילה המיידית המעוגן בסעיף 1 לחוק¹⁰⁹ – שלפיו יורש יכול להיות רק מי שבמועד פטירתו של המוריש היה בין החיים. הגם שיש לעיקרון זה חריגים אחדים השזורים לאורך סעיפי החוק השונים,¹¹⁰ נזקק המחוקק לעגן בתת-סעיף (ב) את עניין הולדת היורש לאחר מות מורישו כחריג הקבוע בספר החוקים. אכן, מן הפשט של לשון הסעיף עולה ברורות כי אין כל אפשרות למי שנולד לאחר 300 יום לאחר מות מורישו להוכיח את היותו בנו הגנטי – ובכך למעשה גם המשפטי – של מורישו. בהקשר זה לא תועיל אפילו הוכחת העניין באמצעות בדיקה גנטית.¹¹¹ הצעות חוק שונות הוצעו במהלך השנים כדי לפתור

מותו "משפט ועסקים כד 223 (2021) (להלן: מרגלית "מת (ה)חיות"). לסקירה מקיפה של ההיבט ההלכתי של זכויות הירושה של מי שהורתו החלה לאחר מות מורישו ראו מיכאל ויגודה "ירושה טכנולוגית – זכות הירושה של מי שהורתו החלה אחרי מות המוריש" פרשת השבוע ברוח המשפט 386 (התשע"א).

109 לדין בעקרון יסוד זה ראו, למשל, ע"א 165/88 מנהל מס שבח מקרקעין ירושלים נ' מקוב, פ"ד מה(2) 216 (1991); ע"א 5685/94 עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבסי, פ"ד נג(4) 730 (1999); ע"א 355/01 בוכהלטר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, אזור תל-אביב-יפו, פ"ד נז(3) 457 (2003). בספרות המחקר ראו שילה פירוש לחוק הירושה, לעיל ה"ש 17, כך ראשון, בעמ' 35–37; וביתר הרחבה קורנאלדי דיני ירושה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 15–18.

110 דוגמת היכולת להקים תאגיד שיירש גם לאחר מות המוריש, ובלבד שהוא "נעשה כשר לזכות בנכסים תוך שנה ממתן צו קיום הצוואה" (ס' 4 לחוק). חריגים נוספים הינם יורש אחר יורש (הקבוע בס' 42 לחוק), אשר אינו צריך להיות בחיים במות המוריש כדי שיהיה כשר ליורשו; וכן יורש על תנאי דוחה (הקבוע בס' 43 לחוק), שלפיו המוריש יכול להתנות את ירושתו או לדחותה לזמן מאוחר יותר מאשר רגע מותו. חריג אחרון זה נדון מעט מאוד בפסיקה. ראו על כך ת"ע (משפחה ר"ג) 10300/01 עזבון א"ר נ' ב"ו (נבו 12.2.2006). בספרות המחקר ראו בעיקר את המחלוקת שהתגלעה בין המלומדים הבאים: פנחס שיפמן "הסתלקות מצוואה-על-תנאי לשם עקיפת התנאי" משפטים כג 527, 528–533 (1994); שמואל שילה "תום לב בירושה" ספר אליהו מצא: קובץ מאמרים לכבודו של השופט אליהו מצא, המשנה לנשיא בית המשפט העליון בדימוס 911, 933–934 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים 2015).

111 לקביעה שיפוטית כזו ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 40755-05-10 מדינת ישראל – ג'מ"מ (קטינה), על ידי אמה מ"מ, פס' 49, 53, 70.7, 97 (נבו 19.4.2016). אולם בפועל תוקן במקרה זה צו קיום הצוואה לאחר הולדת הקטינה, והיא הוספה כיורשת על פי צוואתו של המנוח אף שחלפו יותר מ-300 יום בין פטירתו של המנוח לבין מועד הולדתה. הנה כי כן, בדיוק כפי שצפה שילה, ובעקבותיו מלומדים נוספים, משניצב בית המשפט בפני נסיבות של הולדה לאחר המוות, הוא פסק בניגוד ללשונו

קושי אקוטי זה ולהאריך את תקופת ההגבלה לאלף ימים לפחות,¹¹² ומלומדים שונים אף צידדו בהסרת ההגבלה כליל ובמתן אפשרות לילוד להוכיח גנטית את היותו בנו הביולוגי של מולידו.¹¹³

גם השאלות העולות מעניין זה הינן סבוכות ביותר מבחינה משפטית ומבחינה אתית. ראשית, יש לדון אם ניתן בכלל לעשות שימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו מקום שהלה לא הותיר הנחיות ברורות בעניין. לצורך דיונו, האם במצב כזה ייהפך הילד ליורשו החוקי של אביו המנוח?¹¹⁴ האם יש לחייב קבלת הנחיות ברורות בכתב בעניין? אם לא, מי מקרוביו של המנוח יכול ללמדנו נאמנה על רצונו להוליד את מורישו לאחר מותו – אשתו? הוריו?¹¹⁵ שנית, האם לא בשלו התנאים ולא הגיעה העת להסיר – או למצער לצמצם בצורה דרמטית – את ההגבלה האמורה הקבועה בחוק, בהיותה הוראה ארכאית ומיושנת, המשקפת אומנם נאמנה את מצב הרפואה לפני שנות דור, כאשר חוקק החוק בשנת 1965, אולם כיום, עם התקדמות הרפואה והמדע, אין לה כל מקום? ואם כנים הדברים, כמה זמן לאחר מות הגבר ניתן עדיין לעשות שימוש בזרעו באופן שילדו יוכל

המפורשת של המחוקק. ראו על כך גם אצל קראוס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 72(א)–72(ג); אלמליח ואח', לעיל ה"ש 17, בעמ' 95–96.

112 ראו, למשל, ס' 4 להצעת חוק שימוש בזרע או ביצית של אדם מת, התשס"ו-2006, פ' 80/17. הצעת חוק זוהי הונחה עוד קודם לכן, על שולחן הכנסת השש-עשרה, על ידי חברת הכנסת זהבה גלאון (3313/16/פ).

113 לקריאת תיגר על נוקשותו של הסעיף לנוכח המציאות המתפתחת והמשתנה של טיפולי הפוריות, הזקוקים להגמשה והרחבה משמעותיות הרבה יותר של תקופת זמן קצובה זו, ראו יוסי גרין "ולא תהא הביצית המופרית כעופר לדיני הירושה?" מאזני משפט א' 393, 401–404 (2000); הנדל, לעיל ה"ש 20, בעמ' 17–23; שוחט, פינברג ופולמיין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 40–41.

114 ראו את פסק הדין המנחה שניתן בארצות הברית: (2012) 132 S. Ct. 2021 *Astrue v. Capato*. לדין אקדמי במשמעותו ובהשלכותיו של פסק הדין ראו, למשל, Jennifer Matystik, *Recent Development: Posthumously Conceived Children: Why States Should Update Their Intestacy Laws After Astrue v. Capato*, 28 BERKELEY J. GENDER L. & JUST. 269 (2013); Arianne Renan Barzilay, *You're on Your Own, Baby: Reflections on Capato's Legacy*, 46 IND. L. REV. 557 (2013); Alycia Kennedy, *Social Security Survivor Benefits: Why Congress Must Create a Uniform Standard of Eligibility for Posthumously Conceived Children*, 54 B.C. L. REV. 821 (2013).

115 ראו על כך במחקרים העדכניים ביותר הידועים לי על אודות העניין בארץ, ביניהם: AVISHALOM WESTREICH, ASSISTED REPRODUCTION IN ISRAEL: LAW, RELIGION AND CULTURE 22–36 (2018); Vardit Ravitsky & Ya'arit Bokek-Cohen, "Life After Death": The Israeli Approach to Posthumous Reproduction, in BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, POLITICAL, AND EMPIRICAL ANALYSIS 202 (Hagai Boas et al. eds., 2018); Shelly Simana, *Creating Life After Death: Should Posthumous Reproduction be Legally Permissible Without the Deceased's Prior Consent?*, 5 J.L. & BIOSCI. 329 (2018); מרגלית "מת ל(ה)חיות", לעיל ה"ש 108; מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר", לעיל ה"ש 108.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

עדיין לרשת אותו? מחד גיסא, אנו מעוניינים למלא אחר רצונו המשווער של הנפטר, שהרי מצווה לקיים את דברי המת, וזאת גם לאורך ימים ושנים; אך מאידך גיסא, יש חשש כבד לפגיעה בעקרון הנפילה המיידית, על הצפיות, הוודאות ויכולת ההסתמכות של יורשי הנפטר הכרוכות על עקבו.¹¹⁶

3. צו הורות פסיקתי

הזכרתי לעיל בפרק ג, העוסק בנושא האימוץ והירושה, כי השלב האחרון בארץ בהליך ההכרה בשני בני זוג להט"בים כהורים משפטיים של הילד הוא ההכרה בהם באמצעות צו הורות פסיקתי. ראשיתו של הליך שיפוטי זה בפסק דין שנתנה השופטת עליסה מילר בשנת 2012, אשר אפשר להכיר בזוג לסביות – שאחת מהן תרמה את ביציתה והאחרת את רחמה לצורך הבאת הילד לאוויר העולם – כשתי אימהות משפטיות. פסק הדין היה חדשני מאוד בשעתו, שכן לראשונה בארץ נעתר בית המשפט לבקשה כזו, מה גם שפסק הדין ניתן מספר שנים לא מבוטל לאחר לידת הילד. לפיכך אין פלא שהשופטת מזהירה בחתימת פסק דינה את הערת האזהרה הבאה:

"למעלה מהצורך, אך לא למעלה מהנצרך – אני ערה לכך שלפסיקתי יש השלכות מהותיות ומשמעותיות לא רק על בהיבט של הגורמים להליך אלא גם בהיבט הציבורי הכללי... יחד עם זאת, פסק הדין אינו מתיימר להכיר בתא משפחתי חדש והוא מוגבל לנסיבותיו המיוחדות."¹¹⁷

אולם חרף "מס השפתיים" שביקשה ככל הנראה השופטת לשלם, קפצו בתי המשפט על המציאה והשתמשו בה במנעד רחב של מקרים – הכרה באם מזמינה שעשתה הליך פונדקאות בחו"ל כאם משפטית של הילד, פעמים גם כאשר הביצית לא הייתה שלה;¹¹⁸

116 לדין אקדמי במנעד הקשיים והדילמות הניצבים לפתחה של סוגיה זו בהקשר של דיונו ראו, בין היתר, Bruce L. Wilder, *Assisted Reproduction Technology: Trends and Suggestions for the Developing Law*, 18 J. AM. ACAD. MATRIMONIAL LAW. 177, 199 (2002); Melissa B. Vegter, *The "ART" of Inheritance: A Proposal for Legislation Requiring Proof of Parental Intent Before Posthumously Conceived Children Can Inherit from a Deceased Parent's Estate*, 38 VAL. U. L. REV. 267 (2003); Morgan Kirkland Wood, *It Takes a Village: Considering the Other Interests at Stake When Extending Inheritance Rights to Posthumously Conceived Children*, 44 GA. L. REV. 873 (2010).

117 תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת"צ נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פס' 33 (נבו 4.3.2012). לדין בפסק הדין ראו, למשל, זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 70; יהודית מייזלס "זרקור: בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' משרד הפנים, עתירה לרישום שני אבות כהוריו של קטין ללא הליך של אימוץ", *זכויות הקהילה הגאה בישראל*, לעיל ה"ש 6, 469, 480, ה"ש 49; חיים אברהם "הורות, פונדקאות, והמדינה שביניהן" *חוקים* ט 171, 196–197 (2017).

118 לסגה משפטית אחת בהקשר זה, שהגיעה אף לבית המשפט העליון, ראו את פסקי הדין בשלוש

הכרה בזוג לסביות כשתי אימהות משפטיות לילד, בין שמדובר בתרומת ביצית של אחת מבנות הזוג¹¹⁹ ובין שמדובר בתרומת ביצית של תורמת אנונימית;¹²⁰ והכרה בזוג הומואים כזוג אבות משפטיים לילד, חרף העובדה שאחד מבני הזוג לא תרם את זרעו להבאת הילד לאוויר העולם.¹²¹ במקרה האחרון אף הגדיל בית המשפט העליון לעשות כאשר המשנה לנשיא מרים נאור נתנה גושפנקה חוקית לחקיקה שיפוטית זו בפוסקה:

“עם זאת, אף שאין זה מתחייב כחייב שבדין לפנות לבית המשפט לענייני משפחה כדי לזכות ברישום של ההורה השני, דומה כי יכולה להיות בכך תועלת ממשית. עדיף לילד כי תושג הכרעה משפטית מחייבת בעניין מעמדו כלפי ההורה שאינו הורה ביולוגי.”¹²²

אכן, בתחילת 2022, שמונה שנים לאחר מתן פסק דין מנחה זה בעניין, עושה רושם שצו ההורות הפסיקתי השתרש בפסיקה הישראלית, לאחר שכבר נדון ביותר מ-130 מהתיקים שפורסמו במאגרים המשפטיים, וניתן להעריך בזהירות שהחלטות נוספות ניתנו אך לא פורסמו. כמה סוגיות יסוד בתחום נמצאות עדיין בעין הסערה המשפטית,

הערכאות השונות: תמ"ש (משפחה ת"א) 38-12 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 9.11.2012); עמ"ש (מחוזי ת"א) 43811-11-12 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית (נבו 9.5.2013); בע"מ 4408/13 פלוגית נ' משרד הפנים (אר"ש 29.12.2013). סגה משפטית זו אף זכתה בתיעוד ובסקירה נרחבת בסרט הדוקומנטרי הקצר **אמא בהמתנה** (ינון מילס יוצר, ערוץ 10, 25.6.2012).
119 מה שמכונה בשפה המקצועית egg sharing. ראו האסמכתאות לעיל בה"ש 37. בקשה רשמית לנקיטת הליך דומה בארץ נדחתה על ידי בית המשפט העליון, בשל היותו נוגד את האסדרה הקיימת בארץ בעניין. ראו עניין **משה**, לעיל ה"ש 5.
120 ראו, למשל, בע"מ 4890/14 פלוגית נ' פלוגית (אר"ש 2.9.2014). בתיק אמ"ץ (משפחה ת"א) 57740-12-13 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (1.3.2015) <http://www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/%D7%90%D7%9E%D7%A6%2057740-12-13.pdf> הגיש היועץ המשפטי לממשלה עמדה תקדימית שלפיה לראשונה אין הוא מתנגד כעניין שבשגרה להכרה באימהות כפולה כזו. עמדה זו נדונה, בין היתר, באמ"ץ (משפחה ת"א) 27380-02-14 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה, פס' 24 (נבו 31.7.2016), ובעניין היועץ המשפטי לממשלה **חיפה נ' פלוגית**, לעיל ה"ש 25, בפס' 42 לפסק הדין של השופטת ורבנר. בשנת 2018 אף ניתן צו אימוץ – במקום צו הורות פסיקתי, כפי שהתבקש בתחילה – אף לאחר מות האם הלא-ביולוגית. ראו על כך בתיק אימוץ (משפחה ב"ש) 12-18 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 19.7.2018). על האימהות הכפולה במשפט המשווה ראו, למשל, Rylah Lilith, *The G.I.F.T. of Two Biological and Legal Mothers*, 9 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 207 (2001); Catherine Villereale, *The Case of Two Biological Intended Mothers: Illustrating the Need to Statutorily Define Maternity in Maryland*, 42 U. BALT. L. REV. 365 (2013); Douglas NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, 129 HARV. L. REV. 1185 (2016).
121 בג"ץ 566/11 **ממט-מגר נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (2014).
122 שם, בפס' 43 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור. לפסיקה תקדימית שלפיה ניתן ליתן לזוג הומואים את הצו גם לאחר פרידתם ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 50078-04-15 **י"י נ' י"ג** (נבו 5.9.2018).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

אך עושה רושם שרוב רובם של פסקי הדין הולכים ומתכנסים לכיוון ברור ומוגדר, לכל הפחות ברמה של בית המשפט לענייני משפחה וברמת המחוזי. כך, הדעה שהולכת וצוברת תנופה גורסת כי צו ההורות הפסיקתי הינו קונסטיטוטיבי בעיקרון, אך במקרים מסוימים בית המשפט יכול להקדים את תחולתו גם רטרואקטיבית אל מועד לידת הילד.¹²³ לעומת זאת, בדילמה אם ניתן לתת את צו האימוץ עובר ללידת הילד הכריע בית המשפט העליון כי ניתן לעשות זאת כל עוד הבקשה לצו הורות מוגשת פחות משישים יום קודם ללידת הילד.¹²⁴

בשולי הדברים יצוין כי למעט שלושה מאמרים מקיפים שהוקדשו לנושא, טרם זכה העניין בדיון מקיף בספרות המחקר.¹²⁵ יתר על כן, בהקשר המרכזי והחשוב של זכות היילוד לרשת את הוריו המשפטיים, וייתכן שגם בהקשר של חוקים סוציאליים שונים המגדירים ילד כילד ביולוגי או כילד מאומץ בלבד, יש מקום לבצע דין לחלוק ולומר שצו ההורות הפסיקתי אינו הופך את הילד לילד משפטי לכל דבר ועניין, שכן יש לפרש את המונחים "הורה" ו"ילד" בהקשרים אלו באופן צר יותר של קשר גנטי דווקא. לבסוף, רק לאחרונה עלתה לדיון השאלה אם צו הורות פסיקתי דינו אכן כדין כל צו הורות חוקי אחר, אשר אי-אפשר לערער עליו ולבטלו בשלב מאוחר יותר, כשם שאי-אפשר לבטל את ההורות המשפטית הקנויה לילד ביולוגי או שהורותו נקבעה בצו הורות מכוח חוק אימוץ ילדים או חוק ההסכמים.¹²⁶

123 לסקירת הפסיקה בעניין עד לאפריל 2018 ראו יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי" **משפטים** מז 113, 113, הערת הפתיחה (2018) (להלן: מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק"). אכן, בתחילת 2019 נתן השופט מני מזוז החלטה שלפיה מדובר בצו הורות קונסטיטוטיבי במהותו. ראו בע"מ 4880/18 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (אר"ש 24.1.2019), קביעה שאושרה בבע"מ 5544/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' איילון** (אר"ש 14.2.2021). לא למותר לציין כי קביעה ייחודית ותקדימית זו עולה בקנה אחד עם מסקנת ספרות המחקר. ראו מרגלית, שם. עם זאת, בימים אלו עדיין תלוי ועומד לפני בג"ץ דיון נוסף ומאוחד בסוגיית התחולה הרטרואקטיבית. ראו דנ"א 1297/20 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (אר"ש 11.1.2022), אשר יידון במאוחד, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, עם דנג"ץ 5591/20 **צור-ויסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים**. ראו לעניין זה נעמן, בלכר-פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 6.

124 בע"מ 9182/18 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (אר"ש 4.6.2020).

125 למאמרים המנחים בעניין ראו מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק", לעיל ה"ש 123; נעמן, לעיל ה"ש 6; נעמן, בלכר-פריגת וזפרן, לעיל ה"ש 6. לאזכורים ספורדיים של העניין ראו, למשל, הקר, לעיל ה"ש 68, בעמ' 316–317; טריגר ומאסס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 460–462; איילת בלכר-פריגת וצבי טריגר "גירושים לכולם – המקרה של גירושים חד-מיניים כמקרה מבחן" **משפט ועסקים** כא 81, 86 (ה"ש 11), 90 (ה"ש 30) (2018).

126 ראו על כך תמ"ש (משפחה ת"א) 46939-07-18 **לב"א נ' אב"א** (נבו 18.9.2020); אמ"ץ (משפחה ת"א) 25973-10-17 **פלוגי נ' אלמוני** (נבו 27.10.2020). לדחייה, לאחרונה בלבד, של בקשת אבות לביטול אימוץ הדדי בנוגע לשלושת ילדיהם, ראו אמ"ץ (משפחה ת"א) 35945-10-20 **פלוגי נ' אלמוני** (נבו 29.4.2021). לאחר קבלת המאמר לפרסום התבשרנו על החלטה נוספת שניתנה בעניין: תלה"ם (משפחה י-ם) 10409-04-19 **אם א' נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (נבו

בהחלטה שהתקבלה במחוזי בשנת 2019 נקבע קצרות כך: "רבות נכתב בפסיקה על הדמיון בין צו אימוץ לצו הורות פסיקתי (שאף כונה לא פעם כ'אימוץ מרוכך'), שניהם צווים שתוצאתם זהה – הכרה בהורות וכינון יחסי הורה-ילד.¹²⁷ השופט שאול שוחט כותב בהערת אגב כי צו ההורות הפסיקתי מכונה לא אחת "אימוץ מרוכך", אולם חיפוש במאגרים המשפטיים השונים מעלה שכיניו זה אינו מופיע בשום פסק דין שפורסם במאגרים המשפטיים, למעט בפסק דין אחד שבו הכינוי רק נטען על ידי המבקשת – פרקליטות מחוז תל אביב.¹²⁸ אך גם לגופם של דברים, דווקא הביטוי הדו-ערכי "אימוץ מרוכך" מחדד עוד יותר את הקושי דנן: אם מדובר באימוץ שאינו חזק כאימוץ קונסטיטוטיובי, שהרי הוא "מרוכך" בלבד, היש עדיין בכוחו להפוך ילד לילד משפטי לכל דבר ועניין, לרבות לעניין צוואות וירושות, או שמא בשל היותו "מרוכך" טרם הגענו לסטטוס של הורה וילד משפטיים, והחלטתו של השופט שוחט, שעסקה בבקשה לביטול צו ההורות הפסיקתי, תוכיח כי מדובר במעמד אמורפי שניתן לבטלו – דבר שאינו עולה על הדעת בכל הקשור לצו אימוץ?

4. צו ההורות בהליך "פונדקאות"

בעקבות פסיקות תקדימיות שונות של בית המשפט העליון, דוגמת הדיון בעתירתם הראשונה של בני הזוג נחמני,¹²⁹ שבעקבותיה הוסכם למנות ועדה מקצועית שתדון בהיבטיה השונים של ההפריה החוץ-גופית,¹³⁰ ולאחר שבג"ץ ביטל בפסיקות נוספות כמה תקנות נוספות שהסדירו את תחום ההפריה החוץ-גופית, הגיעה הסדרת נושא ה"פונדקאות" לפתחו של המחוקק.¹³¹ כפי שנסקר כבר במסגרת מחקר קודם

20.12.2021). על פסק דין זה תלוי ועומד הערעור הבא: עמ"ש 7521-02-22, שהוגש ב-3.2.2022, ואשר טרם נקבע דיון בו (בהרכב בראשות השופט סובל). אני מודה לשופטת מיכל ברדנשטיין על שהביאה לידיעתי את דבר קיומו של הערעור.

127 רמ"ש (מחוזי ת"א) 44318-05-19 ל"ב נ' א"א (נבו 8.9.2019). למסקנה דומה ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 53065-11-20 ל"ב נ' אב"א (נבו 6.6.2021); עמ"ץ (מחוזי ת"א) 63156-11-20 היעץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (8.3.2021).

128 תמ"ש (משפחה ת"א) 19776-02-16 פרקליטות מחוז תל אביב נ' ר"ס, פס' 16 (נבו 18.12.2016).
129 בג"ץ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות (6.5.1991), אשר אוזכר בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 524, 496, 485 (1995).

130 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (1994) (להלן: דוח ועדת אלוני).

131 ראו בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (נבו 17.7.1995), שקבע את התאריך 1.1.1996 כמועד ביטולן של תק' 11 ו-13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987. לעניין ביטולה בהסכמה של תק' 8(ב), שקבעה בס"ק (1) הליך לא שוויוני המפלה נשים רווקות ביחס לנשואות – "היתה האשה שבה מתכוונים להשתיל את הביצית המופרית רווקה, לא תושתל בה ביצית מופרית אלא אם כן הביצית היא שלה, ואלא אם כן התקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי של המחלקה המוכרת התומך בבקשת האשה" – ראו בג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות (11.2.1997), אשר אוזכר בבג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

ומקיף,¹³² הוועדה המקצועית שהוקמה – ועדת אלוני – ישיבה על המדוכה בשנת 1994 ודנה בהיבטים שונים של ההפריה החוץ-גופית, ועל סמך מסקנותיה נחקק חוק ההסכמים. ועדה זו גרסה בדעת רוב כי ההורות המשפטית של ההורים המיועדים יכולה וצריכה להיקבע כבר במועד לידת הילד ומסירתו לידיהם, בלא כל צורך לקבל אישור נוסף להליך זה בבית המשפט. אכן, לדידי, דינו של הילד שנולד מהיריון פונדקאי כדין ילד שנולד מקיום יחסי אישות, והוא ייחשב כבר ברגע הלידה בנם המשפטי לכל דבר ועניין, כאילו היה ילדם הטבעי-הגנטי.¹³³ לצערי הרב, הצעת הוועדה לא התקבלה בשעתה במלואה לעניין ייתור הפנייה להליכים משפטיים עם לידת הילד לשם קבלת צו ההורות.

אכן, לתפיסת המשפט הישראלי, אף שהסכם נשיאת העובר מאושר עובר לתחילתם של הליכי ה"פונדקאות" (ex ante) על ידי ועדת האישורים,¹³⁴ ההורים המיועדים צריכים עדיין, גם אם הם ההורים הגנטיים של היילוד, לפנות בתוך שבועה ימים מיום הלידה (ex post) לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה לקבל צו הורות. בכך התקבלה הדעה המצדדת בבקרה סטטוטורית על פי המודל האסדרתי חלף הדעה המעדיפה לאשר בדיעבד בלבד כל מקרה לגופו בלא נקיטת כל הליך מקדמי עובר ללידת הילד.¹³⁵ מטרתו של צו זה כפולה – לנתק את הזיקה של האם הנושאת ליילוד ולהסדיר

עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 49 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ג'ובראן (אר"ש 3.8.2017). לסקירת המצב המשפטי שקדם לחקיקת חוק ההסכמים ראו דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי" **רפואה ומשפט** 36, 19, 22–24 (2007).

¹³² ראו יחזקאל מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה** 237 (עבודת גמר לקראת התואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים 2011) (להלן: מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה**). השוו למרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 883; מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק", לעיל ה"ש 123, בעמ' 122.

¹³³ ואפשר להסתפק לשם כך בנוכחות של פקיד סעד או שופט. ראו על כך **דוח ועדת אלוני**, לעיל ה"ש 130, בעמ' 54–55. לסיכום היבטים אלו במסקנות הוועדה ראו כרמל שלו "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית" **המשפט** ג 53, 61–62 (1996); קורנאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל", לעיל ה"ש 80, בעמ' 139–140; קורנאלדי **דיני אישים**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 88–89. לדעת המיעוט המצדדת בצורך בהליך אימוץ כדי שההורים המיועדים ייחפכו להורים המשפטיים, ראו מרדכי הלפרין "אם פונדקאית" **רפואה ומשפט** 6, 5 (1992).

¹³⁴ ראו על כך בס' 2–6 לחוק ההסכמים. עוד על פעילות הוועדה ראו "הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות)" **משרד הבריאות** https://www.health.gov.il/Services/Committee/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/Surrogacy.aspx. לדין בכללי הוועדה ראו יובל שרלו "ההגנה האתית על הפונדקאית – אתיקה, חוק והלכה" **ביו-אתיקה כחול לבן** 193, 201–214 (גיל סיגל עורך התשע"ה).

¹³⁵ לדעות חולקות אלו ראו, בהתאמה, דנה געתון-גולד **האם החילופית והאם הפונדקאית במשפט: הדין המצוי והרצוי** 174–175 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים 1992); שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 60, בעמ' 165. על האפשרות לאשר באמצעות הוועדה והסדרי פיקוח ציבורי גם הסכמי תחלופה או פונדקאות חלקית, ולא רק

סופית את הורותם המשפטית של ההורים המיועדים. כל זאת כדי לצמצם עד כמה שניתן חילוקי דעות עתידיים והתדייניות בין ההורים המיועדים לבין האם הנושאת, תוך כדי העברתה הסופית של האימהות המשפטית מהאם היולדת לאם המיועדת, שהיא לעיתים קרובות גם האם הגנטית.¹³⁶ רק עם השלמת הליך זה, דהיינו קבלת צו ההורות, ייחפכו ההורים המיועדים גם למי שהילד בחזקתם וגם לאפוטרופוסים בלעדיים שלו. אולם גם לפי הדעה הליברלית של ועדת אלוני, היילוד יוכר כילדם של הוריו המשפטיים, בין היתר לעניין ירושתו, לכל המוקדם עם לידתו.¹³⁷ אך מה יעלה בגורלו של העובר אם לרוע המזל ייפטרו הוריו המיועדים מן העולם במהלך הליך ההיריון, כלומר, עוד קודם שהוכרו כהוריו המשפטיים (שהרי ביכולתם להוציא את צו ההורות רק עם לידתו של הילד)?¹³⁸ האין בכך משום פגיעה בטובת הילד ובזכותו הבסיסית לקבל תמיכה כלכלית כה חשובה ומרכזית באמצעות ירושת הוריו? אכן, מלומדים שונים ביקרו את המצב המשפטי – הקיים ברוב רובן של שיטות המשפט בעולם – שבו היכולת של בני הזוג המיועדים להוריש למי שעתיד להיות ילדם מעוכבת עד לסיום ההיריון הפונדקאי ומתאפשרת רק עם לידת הילד. קודם לכן אין הם מוכרים כהוריו המשפטיים, וממילא אין הוא יורשם החוקי.

עמדה על כך Helene S. Shapo בקובעה כי "[i]t follows that if one or both of the genetic parents died while the child was in utero, under that statute, the child would not inherit from the decedent".¹³⁹ אכן, כדי להימנע מבעייתיות אקוטית זו, הציע גרין

פונדקאות מלאה, ראו אלי וילצ'יק "האם התחליפית" **משפטים** יז 534, 570 (1987); **דוח ועדת אלוני**, לעיל ה"ש 130, בעמ' 39–44. על שיקול הדעת הנרחב המוקנה לוועדה, שהיא גוף מנהלי-מקצועי, לצורך יישום סמכויותיה, ולשלילת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לדון בעתירות נגד שיקול דעת זה, ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 26140/07 **פלוגי נ' פרקליטות מחוז תל אביב – אזרחי** (נבו) (19.11.2008).

136 ראו אפרת שיימן "לקט ידיעות" **משפט וממשל** ג 727, 739 (1996); תמ"ש (משפחה ת"א) 4570/98 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 14 (נבו 5.3.1998). על האפשרות לערב תרומת ביצית בהליך נשיאת העוברים, ועל המורכבויות הכרוכות בכך, ראו רחל צ'יטלביץ' "פונדקאות בשילוב עם תרומת ביציות: היבטים הלכתיים ומשפטיים" **רפואה ומשפט** 39, 82 (2008).

137 לדין ראשוני בתפר שבין הפונדקאות לירושה ראו בן-דרור, לעיל ה"ש 85, בעמ' 411–417.
138 טרגדיה כזו אכן התרחשה כבר לפני שנות דור, באחד המקרים הראשונים והידועים ביותר בעולם בתחום טיפולי הפוריות והפונדקאות, כאשר שני הורים מיועדים דרום-אמריקנים שחיו בארצות הברית נהרגו בהתרסקות מטוס בצ'ילה בטרם הספיקו אפילו להתקשר עם אם נושאת בחוזה "פונדקאות". על הסיפור הטרגי הזה ראו, למשל, Kate W. Lyon, *Babies on Ice: The Legal Status of Frozen Embryos Involved in Custody Disputes During Divorce*, 21 WHITTIER L. REV. 695, 702 (2000); George P. Smith, II, *Procreational Autonomy v. State Intervention: Opportunity or Crisis for a Brave New World*, 2 J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 635, 645–646 (1986); Jason H. Casell, *Lengthening the Stem: Allowing Federally Funded Researchers to Derive Human Pluripotent Stem Cells from Embryos*, 34 U. MICH. J.L. REFORM 547, 557 (2001).

139 Shapo, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1171.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

לדרוש שבכל הסכם "פונדקאות" יוכנסו גם צוואות הן של האם הנושאת והן של ההורים המיועדים, שבהן ייקבעו זכויות הירושה של היילוד.¹⁴⁰ אולם כבר הבהרתי לעיל בפרק א כי ההסתמכות על עריכת צוואה כמרפא לכל מכאוב הגלום באי-הכרה באדם כיורשו החוקי של מי שמבקש להוריש לו את עזבונו הינה בבחינת משענת קנה רצון, שהרי לא כל אדם יודע כי עליו לכתוב צוואה כדי לשמר את זכותו להוריש למי שהוא חפץ, במיוחד בהקשר הסבוך והמורכב של "פונדקאות". אשר על כן יש לחפש את דרך המלך בחקיקה או למצער בחקיקה שיפוטית, כפי שאפרט לקמן בפרק הסיכום של המאמר, כדי שיהיה אפשר להשלים בצורה מקיפה וקוהרנטית את ההכרה בילדים הנולדים מהיריון פונדקאי בכלל, ובפרט ל"משפחות החדשות", כיורשים חוקיים של הוריהם המיועדים.

5. על יותר משני הורים משפטיים לילד

עם התרבותם של מבני המשפחה השונים, הקדמה הרפואית האדירה¹⁴¹ וגיוון יחסי הורים וילדים, צפה ועלתה במלוא עוזה הדילמה – המתמצית למעשה בכותרת המאמר "צריך (רק) שניים לטנגו?"¹⁴² – בהקשר של קביעת הורים משפטיים לילד. אכן, הפסיקה בארץ חלוקה מאוד בנוגע לאפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד. קביעה שיפוטית תקדימית בארץ שהכירה בשלושה הורים משפטיים לילד התקבלה על ידי השופט יהורם שקד. מדובר במקרה שבו שתי לסביות עשו הסכם שלפיו 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 להורות משותפת. לרוע המזל גבה הר בין תורם הזרע ותורמת ההיריון לבין תורמת הביצית, והשניים הראשונים ביקשו לדחוק את האחרונה מתמונת ההורות המשפטית. בהחלטה תקדימית הכריע בית המשפט כך:

140 להצעה זו ראו גרין 'פרו וקבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 102, בעמ' 297.

141 ראו, למשל, דני מולכו "יוון: בהליך הפריה מיוחד – תינוק נולד משלושה הורים" **חדשות 13** (11.4.2019) <https://13news.co.il/item/news/abroad/europe/fertility-procedure-216912/>

142 מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו?", לעיל ה"ש 36. לדיון מלא יותר על אודות המצב המשפטי הקיים כיום בתחום צעיר אך מתפתח זה ראו Nancy E. Dowd, *Multiple Parents/Multiple Fathers*, 9 J.L. & FAM. STUD. 231 (2007); Melanie B. Jacobs, *Why Just Two? Disaggregating Traditional Parental Rights and Responsibilities to Recognize Multiple Parents*, 9 J.L. FAM. STUD. 309 (2007); 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. (2017) 405. וביתר המקורות המובאים אצל MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE לעיל ה"ש 8, בעמ' 24, ה"ש 70.

"בסופו של יום ארוך ולאחר ששקלתי את מלוא השיקולים שהיו בסיס לפסק דיני זה, אני מוצא לנכון להצהיר כי נילי היא אמם של הילדים ואין בהצהרה זו משובם פגיעה במעמדם של אורית ואלון כלפי הילדים." ¹⁴³

מאידך גיסא, במקרה אחר דחה בית המשפט לענייני משפחה בקשה של בנות זוג להכיר בשלושה הורים לקטינים – שני ההורים הביולוגיים, שחתמו על הסכם הורות משותפת, ובת הזוג של האם הביולוגית. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שהכרה בתא משפחתי של יותר משני הורים הינה הכרעה חברתית-ערכית, ולא רק משפטית, המזיקה, בין היתר, חשיבה מחודשת ביחס למגוון הסדרים תחיקתיים. אשר על כן, תחילה על המחוקק לענות בנדון זה, ואין לבית המשפט סמכות לקבוע אד הוק כי לקטינים יש הורה נוסף על הוריו הביולוגיים, האפוטרופוסים הטבעיים שלו על פי חוק, בפרט בהינתן הסכם שנחתם בין ההורים הביולוגיים בלבד. וכך בית המשפט מסיים ומנמק את החלטתו:

"לא זו אף זו. ככל שביהמ"ש ייעתר לבקשת המבקשת 1 ויכיר בה כהורה נוסף לשני ההורים, הרי שיהא בכך משום 'מדרון חלקלק', אשר עשוי ויצור הוריות נוספות ומורחבות יותר, והכל מבלי להידרש להשלכות הרוחב והעומק של הוריות כאלו, עמדת המחוקק, ומבלי להידרש לפרמטר עיקרי וחשוב כגון 'טובת הילד'. מדוע להכיר אך ורק בשלושה הורים ולא בארבעה וכו'?" ¹⁴⁴

אכן, אפשרות זו של הכרה ביותר משני הורים משפטיים לילד מסעירה את הקהילה המשפטית גם בחו"ל זה עשורים מספר. ניתן למצוא בעולם כמה תקדימים של הכרה בהורות משותפת של זוג גברים ואישה ¹⁴⁵ או לחלופין – באופן שכיח הרבה יותר – של

143 תמ"ש (משפחה ת"א) 39771-07-14 **פלונית נ' אלמונית**, פס' 115 (נבו 19.3.2019). לדיון אקדמי בהכרה דה פקטו זו בשלושה הורים משפטיים של הילד ראו הקר, לעיל ה"ש 68, בעמ' 312; בלכר-פריגת וזפרן "הורות על ידי בני זוג בני אותו מין", לעיל ה"ש 6, בעמ' 434; מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק", לעיל ה"ש 123, בעמ' 115. להכרה ייחודית ותקדימית דומה ראו עמ"ח (שלום ראשל"צ) 41988-03-11 **ר"א נ' קצין התגמולים** (נבו 3.2.2013). לספרות המחקר שדנה בתקדים שיפוטי זה ראו, למשל, מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו?", לעיל ה"ש 36, בעמ' 458, ה"ש 226; הדרי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 355, ה"ש 43; וביתר הרחבה מיכל עדן "זרקור: פרשת 'אסון הכרמל' – הכרה בשלושה הורים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל**, לעיל ה"ש 6, 487.

144 תמ"ש (משפחה פ"ת) 7569-05-17 **ע"נ נ' ד"מ**, פס' 61 (נבו 29.8.2018).

145 ראו על כך, למשל, Smith v. Cole, 553 So.2d 847 (La. 1989); State on Behalf of J.R. v. Mendoza, 240 Neb. 149 (Neb. 1992); T.D. v. M.M.M., 730 So.2d 873 (La. 1999); In re Nicholas H., 28 Cal.4th 56 (Cal. 2002); In re Jesusa V., 32 Cal.4th 588 (Cal. 2004); J.R. v. L.R., 386 N.J. Super. 475, 902 A.2d 261 (N.J. 2006).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

זוג נשים שאליהן מצטרף גבר, תורם הזרע.¹⁴⁶ לא זו אף זו, בחו"ל ניתנו החלטות תקדימיות שלפיהן ניתן להכיר בשלושה פרטים, הגם שאינם נשואים, כהורים משפטיים לילד.¹⁴⁷ גם בארץ ניתנו כמה פסקי דין נוספים המצדדים בהכרה זו,¹⁴⁸ אך מאידך גיסא ניתנו כמה פסקי דין מנחים של המחוזי והעליון השוללים על הסף אפשרות זו.¹⁴⁹ הצעת חוק שהונחה על שולחן הכנסת במרץ 2018, על ידי כמה חברי כנסת מהמחנה הציוני, הציעה להוסיף לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות 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."¹⁵⁰ תוספת זו מוסברת בדברי ההסבר כך:

"מטרתה של הצעת החוק היא לאפשר הכרה משפטית בתאים משפחתיים שבהם יותר משני הורים. הכרה זאת מתבקשת לאור התמורות החברתיות שחלו בעשורים האחרונים, ובפרט צמיחתם של תאים משפחתיים בקהילת הלהט"ב..."

146 דוגמת A.A. v. B.B., 607 N.W.2d 151, 160 (Minn. Ct. App. 2000); LaChapelle v. Mitten, 220 O.A.C. 115, P 14 (Can.); Jacob v. Shultz-Jacob, 923 A.2d 473 (Pa.Super., 2007).

147 ראו Family Law, New Frontier in Family Law, FAMILY LAW PROF BLOG (Nov. 29, 2018), https://lawprofessors.typepad.com/family_law/2018/11/new-frontier-in-family-law.html;

Family Law, Parentage in Throuple, FAMILY LAW PROF BLOG (Apr. 28, 2021), https://lawprofessors.typepad.com/family_law/2021/04/parentage-in-throuple.html

148 רמ"ש (מחוזי ת"א) 49311-04-14 ל"כ נ' נב"ח (נבו 19.5.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 21170-07-12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 3.2.2013); תמ"ש (משפחה חי) 30567-06-18 יר"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה (נבו 14.8.2019) (בעלה של האם הוכר כאפוטרופוס נוסף על בתה הקטינה, שהינה ללא אב רשום); תמ"ש (משפחה ת"א) 1540-12-18 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 31.12.2019) (מינוי אפוטרופוס שלישי לקטינים שנולדו בעקבות הסכם להורות משותפת בין בני זוג גברים לבין האם הנושאת).

149 ראו, בהתאמה, עמ"ש (מחוזי מר) 52550-10-18 ע"נ נ' ד"מ (נבו 22.10.2019); בע"מ 3518/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (אר"ש 3.2.2020). לא למותר לציין שהמדינה מתנגדת באופן עקרוני להכרה כזו, כפי שעולה, בין היתר, מהמלצותיו של צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים 34, 38, 42 (2019). לאחר סיום כתיבתו של מאמר זה הותר לפרסום פסק דין נוסף של בית המשפט המחוזי, שלא הכיר אומנם בהורות משולשת, אך העניק מעמד משפטי מחייב להסכם בין שלושה שבו הם קבעו כי גם התורמת תישבב אם לכל דבר. ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 23848-05-19 פלוני נ' פלונית (נבו 2.4.2020). אולם בהמשך שב העליון על תפיסתו העקרונית כי אין להכיר בהורות משולשת, גם אם מדובר בקביעת ההורה השלישי כאפוטרופוס בלבד. ראו בע"מ 821/21 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 10.5.2021). לדיון נוסף שנערך בתיק האחרון, אך בהקשר של קביעת הסדרי שהייה בלבד, ראו בע"מ 4434/21 פלונית נ' פלוני (אר"ש 11.10.2021).

150 הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – הכרה בתא משפחתי של יותר משני הורים), התשע"ח-2018, פ' 5203/20.

לפיכך, על מנת להתאים את החקיקה לתמורות שחלו במבנה התא המשפחתי, מוצע להוסיף סמכות לבית המשפט להכיר ביותר משני הורים לקטין, אם הכרה זו תשרת את טובת הקטין.¹⁵¹

אכן, ללא כל ספק, אפשרות זו מאתגרת היטב את מערכת המשפט, בין היתר בנידון דידן. יפה לעניין זה הקביעה הבאה: "This is an area ripe for additional exploration as it will involve a careful balancing between the rights of the child and the conservation of resources"¹⁵². לא נותר אלא להצר על כך שלעת עתה נדון נושא מאתגר ומרתק זה רק מעט מאוד בספרות המחקר, כפי שצוין בתלונה-משאלה הבאה:

"While succession plays a miniscule, if not nonexistent role in today's discussion about the advent and merit of three-parent families in law and genetics, knowing its possible impact can help light the path ahead."¹⁵³

כידוע, גם בעידן המודרני ילדים סובלים בעיקר מחוסר בהורים התומכים בהם כלכלית לאורך חייהם. נוסף על כך, הפרקטיקה המשפטית הקיימת מלמדת כי הצוואה הממוצעת בארצות הברית עומדת על כ-19,000 דולר בלבד.¹⁵⁴ האין היגיון, בשם טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות, להכיר ביותר משני הורים משפטיים לילד, לכל הפחות לנידון דידן? הרי אי-הכרה ביותר משני הורים משפטיים תפגע בסופו של דבר בילד, שכן הוא לא יהיה זכאי לרשת באופן אוטומטי אדם ששימש לו הורה במהלך כל חייו.

151 שם. ייתכן מאוד שעל הצעה זו יש להוסיף את הצעתו הבאה והעדכנית יותר של חבר הכנסת יואל חסון: הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון – הסכם הורות), התשע"ט-2018, 5848/20/פ.

152 Melanie B. Jacobs, *More Parents, More Money: Reflections on the Financial Implications of Multiple Parentage*, 16 CARDOZO J.L. & GENDER 217, 235 (2010).

153 Judith Daar, *Multi-Party Parenting in Genetics and Law: A View from Succession*, 49 FAM. L.Q. 71, 92 (2015). גם בארץ נמנע ליפשיץ מלקבוע מסמרות בעניין בכותבו: "נטייתי הראשונית היא לתמוך במיסוד אפשרות כזו בחקיקה מתוך ההבנה כי הגדרת ההורות היא דינמית. מקרה כזה לא יפגע באתוס ההורות, שכן אין מדובר בהורה מתנער, אלא להפך – על שלושה אנשים המבקשים לקבל עליהם אחריות הורית. עם זאת שאלה זו מעוררת שיקולים שונים לחלוטין מאלו שנדונו במאמר הנוכחי, ואני מבקש להותיר את העיסוק בה ואת ההכרעה הסופית בעניינה למאמרים עתידיים" (ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה", לעיל ה"ש 99, בעמ' 298).

154 LAWRENCE M. FRIEDMAN, *DEAD HANDS: A SOCIAL HISTORY OF WILLS, TRUSTS, AND INHERITANCE LAW* (2009). תודה רבה לדפנה הקר על ההפניה למקור זה.

פרק ה: הצעת המודל הנורמטיבי להשלמת ההכרה ב"משפחות החדשות" בתחום הצוואות והירושות

1. הרקע התיאורטי – חופש ה"חוזים" וקביעת הורות משפטית בהסכמה

במחקר קודם מקיף שפרסמתי ובסדרת מאמרים שנכתבו בעקבותיו ניתן למצוא עמידה נרחבת על אודות מרכזיותם של יסודות הכוונה, הרצון וההסכמה – שאותם כיניתי "קביעת הורות משפטית בהסכמה" – לביסוס יחסי הורים וילדים.¹⁵⁵ יסודות מרכזיים אלו אמורים לכונן את ההורות המשפטית במופעה השונים, בראש ובראשונה במקרים של הולדת ילדים באמצעות טיפולי הפוריות השונים. מחקרים אלו ביקשו לצאת – הן במישור הנורמטיבי הן במישור הפוזיטיבי – נגד הקונוונציה המשפטית-החברתית הנהוגה וההבנות המושמעות בדין הקיים המתנגדות לקביעת ההורות המשפטית בהסכמה. במישור הנורמטיבי נטען כי יש להכיר באפשרות נוספת, לגיטימית וחשובה, לרכישת ההורות המשפטית: קביעתה בהסכמה. הטענה הייתה שהמודל הנורמטיבי המוצע הוא המודל הגמיש, הצודק והנוח ביותר ליישום במגוון של דילמות בנוגע לקביעת ההורות המשפטית במופעה השונים, ואולי אף בלידת ילד כדרך כל הארץ. אכן, את ניצניו הראשונים של יישום מודל זה ניתן למצוא כבר כיום בחקיקה,¹⁵⁶ בפסיקה ובמחקר. מלומדים שונים בארץ¹⁵⁷ ובעולם¹⁵⁸ עמדו על מקומן של הכוונה וההסכמה

155 ראו מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה**, לעיל ה"ש 132; MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE, לעיל ה"ש 8, ויתר מאמרי הנזכרים לאורכו של מאמר זה.

156 להוראות חקיקתיות אשר מכירות בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה ומאפשרות להעביר את ההורות המשפטית לידי הורים לא ביולוגיים המבקשים להיות מוכרים כהורים משפטיים של הילד במקרים של אימוץ, תרומת זרע, תרומת ביצית ופונדקאות, ראו, בהתאמה, ס' 16 לחוק אימוץ ילדים (שנדון בהרחבה בפרק ג לעיל); ס' 32 לתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016; ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010; ס' 11–13 לחוק ההסכמים.

157 לחוקרים ישראלים ראו, בין היתר, בן-דרור, לעיל ה"ש 85, בעמ' 294; כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 503, 515–523 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות 1995); ויילר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 155–163, 165 ו-168; גרין **קרו וקבו' בעידן המודרני**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 217–218.

158 הספרות בעולם עצומה בהיקפה, ולכן אצמצם את ההפניות לאלה העוסקות במושג דיונו בלבד. ראו Anne Reichman Schiff, *Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation*, 75 N.C. L. REV. 901 (1997); Gloria J. Banks, *Traditional Concepts and Nontraditional Conceptions: Social Security Survivor's Benefits for Posthumously Conceived Children*, 32 LOY. L.A. L. REV. 251 (1999); Amanda Horner, *I Consented to Do What?: Posthumous Children and the Consent to Parent After-Death*, 33 S. ILL. U. L.J. 157 (2008); Raymond C. O'Brien, *The Momentum of Posthumous Conception: A Model Act*, 25 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 332, 371–375 (2009); Benjamin C. Carpenter, *A Chip Off the Old Iceblock: How Cryopreservation Has Changed Estate Law, Why Attempts to Address the*

לשמש הורה משפטי כמכוננות את ההורות המשפטית בהסכמה, בדומה למודל נורמטיבי זה. באופן דומה, הדוקטרינה של קביעת הורות משפטית בהסכמה מחלחלת את אט, זעיר פה זעיר שם, לפסיקותיהם של בתי המשפט השונים, לרבות בית המשפט העליון.¹⁵⁹

יתר על כן, בהקשר של דיונונו ניתן להעלות כמה נימוקים נורמטיביים נוספים התומכים בהכרה בהורות המשפטית של פרט, בראש ובראשונה לעניין היותו הורה-מורישו של היילוד, לאור העיקרון של קביעת הורות משפטית בהסכמה: הכרה כזו תאפשר, בראש ובראשונה, לשמר את טובת הילד ואת זכותו הכלכלית המרכזית, תוך הקדמת ההכרה הזו למועד שלפני לידת הילד; הכרה כזו תעשיר ותגוון את ההכרה במערכות היחסים הורה-ילד גם ב"משפחות החדשות"; טיפולי הפוריות העצימו עד מאוד את משמעותה ומקומה של הכוונה בקביעה הנורמטיבית של ההורות המשפטית, ולפיכך יש משנה חשיבות להגנה על אינטרס ההסתמכות והציפייה של הפרטים המעורבים בטיפולי הפוריות, בוודאי של אלה שביקשו להיות מורשים חוקיים לילד; כאשר כוונותיו של אדם היו ברורות ומפורשות, והן שיצרו את אינטרס ההסתמכות בדבר רצונו להוריש ליילוד את עצונו, יש לכבד כוונות אלו; יסוד הכוונה מספק ודאות, ישירות וספציפיות, ומונע דו-ערפיות, שהרי המדיניות החברתית דורשת שלפחות הורה אחד יהיה הורה המשפטי של היילוד ולפיכך גם מורישו; הכרה אפריורית בהסכמה לקביעת מורישו של הילד עשויה להיות נוחה, גמישה וראויה כאשר בני הזוג החליטו על כך באופן וולונטרי, ולא בית המשפט כפה זאת עליהם; הכרה כזו מספקת לצדדים עצמם ולבתי המשפט בהירות, ודאות, יעילות וגמישות לגבי רצונם המפורש של הצדדים בכל הנוגע בהיבט של הירושות; לבסוף, הכרה משפטית בהסכמות חוזיות אלו עשויה

Issue Have Fallen Short, and How to Fix It, 21 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 347, 429 (2011); Jane Marie Lewis, *New-Age Babies and Age-Old Laws: The Need for an Intent-Based Approach in Tennessee to Preserve Parent-Child Succession for Children of Assisted Reproductive Technology*, 43 U. MEM. L. REV. 479 (2012); Brooke Shemer, *Estate Planning for the Posthumously Conceived Child: A Blueprint for the Sperm Donor*, 42 U. BALT. L. REV. 181 (2012).

159 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 28398-10-12 נ"ש נ' ק"ש (נבו 19.5.2016); אמ"ץ (מחוזי ת"א) 245-01-14 סא"א נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 9 (נבו 4.9.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 א"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 11.3.2014); עניין ממט"מגד, לעיל ה"ש 121; תמ"ש (משפחה ת"א) 35043-06-12 אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 14.3.2013); תה"ס (משפחה ת"א) 855-10-13 פלוגית ואלמוני (נבו 29.10.2013); עניין פולטורצקי, לעיל ה"ש 56; תמ"ש (משפחה ת"א) 21910-02-10 ש' נ' מ' (נבו 27.8.2013). השוו לעמ"ש פלוגית נ' פלוגית, לעיל ה"ש 15, ולעניין אמ"י, לעיל ה"ש 15. לקבלה השיפוטית הנרחבת ביותר ראו עניין ט"ב, לעיל ה"ש 15 (בית המשפט לענייני משפחה קובע כי מעבר לארבעת האדנים שקבע השופט הנדל בעניין פלוגית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, לעיל ה"ש 15, ניתן להוסיף גם אדן של הורות הסכמית כיוצר הורות וכמאפשר קבלת צו הורות פסיקתי).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

גם למזער את הסכסוכים שיתגלעו בעתיד בתחום רגיש ומורכב זה, אשר לא אחת מפלג, מסכסך ומפרק משפחות לא פחות מאשר גירושים.¹⁶⁰ גם בחו"ל ניתן למצוא מספר לא מבוטל של מאמרים הקוראים לאמץ נורמטיבית תובנה זו שלפיה יש לתת מקום מרכזי יותר ליסוד הכוונה בכל הקשור לזכאותם של יילודים שנולדו ב"משפחות חדשות", בעיקר באמצעות טיפולי פוריות, לרשת את הפרטים המבקשים להיות הוריהם המשפטיים.¹⁶¹ יפה לענייננו הקביעה המחקרית הבאה, שנאמרה בהקשר הכללי של ירושה כאשר ההורה נפטר לפני לידת יורשו:

"The Uniform Probate Code as amended in 2008 similarly provides a means by which a parent-child relationship may be established even if the intended parent, with no genetic connection to the child, dies prior to the conception of the child... it is quite possible to envision a system that allows children to benefit from and through more than two adults if the adults have specified their intent to parent."¹⁶²

160 לסקירת טיעונים כללית ורחבה יותר ראו, למשל, מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה, לעיל ה"ש 132, בעמ' 111–110; מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 79, בעמ' 860–862. לתמיכה מחקרית נוספת בחלק מטיעונים אלו ראו, למשל, Shapo, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1188. 161 לקריאה להכיר ביסוד הכוונה כמכונן את ההורות המשפטית בכל הקשור לירושות ראו שם; Wright, לעיל ה"ש 11; Jillian Casey, Courtney Lee & Sartaz Singh, *Assisted Reproductive Technologies*, 17 GEO. J. GENDER & L. 83 (2016); וביתר המאמרים המצוינים אצל & Levit & Rostron, לעיל ה"ש 11, בעמ' 279–249 על פי הערך intent. על חשיבות הכוונה בהקשר של האפשרות של יילוד לרשת את מולידו גם אם ייוולד לאחר מותו, ראו, למשל, Jacqueline Clarke, *Dying to Be Mommy: Using Intentional Parenthood as a Proxy for Consent in Posthumous Egg Retrieval Cases*, 2012 MICH. ST. L. REV. 1331; Ronald Chester, *Freezing the Heir Apparent: A Dialogue on Postmortem Conception, Parental Responsibility, and Inheritance*, 33 HOUS. L. REV. 967 (1996). למאמר הקורא לתת משקל רב יותר לכוונה בהקשר של הכרה במבני משפחות מגוונים יותר, אם כי בהקשר של אימוץ, ראו Peter T. Wendel, *The Succession Rights of Adopted Adults: Trying to Fit a Square Peg into a Round Hole*, 43 CREIGHTON L. REV. 815 (2010). 162 Jacobs, לעיל ה"ש 152, בעמ' 235, המתייחסת בדבריה ל- Unif. Probate Code § 2-121(e), (h) (amended 2008). הדברים נכונים גם בהקשר הצר יותר של הקמת נאמנות לטובת היורש, שהיא פרקטיקה שכיחה מאוד בארצות הברית. ראו Kristine S. Knaplund, *"Adoptions Shall Not Be Recognized": The Unintended Consequences for Dynasty Trusts*, 7 U.C. IRVINE L. REV. 545, 546 (2017): "The main thesis of this Article is that ART children must be viewed through a different lens than those conceived coitally in order to carry out the trust settlor's intent".

2. עיגון קביעת הורות משפטית בהסכמה בחקיקה או למצער בחקיקה שיפוטית כדרך המלך

לדידי, לנוכח האמור בתת-פרק הקודם, רבים וטובים הם היתרונות הנורמטיביים של ההכרה בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה, בין היתר לצורך קביעת ההורה המבקש להיות הורה משפטי כמורישו החוקי של היילוד.¹⁶³ על החשיבות של יצירת ודאות משפטית לגבי קביעת ההורות המשפטית באמצעות הכרה שיפוטית בפרט מסוים כהורה המשפטי של הילד עמדה המשנה לנשיא נאור בקובעה:

"דיוק המרשם נדרש לצורך טובת הילד (או הילדה), בשל נושאים שעלולים להתעורר בעתיד, כגון ירושה, אפטרופסות ומזונות... אני סבורה כי אכן מדובר בנושאים חשובים, שטוב יעשו ההורים המעוניינים בכך אם יסירו כל ספק בנוגע אליהם מבעוד מועד באמצעות הליך פורמלי של קביעת הורות משפטית בבית המשפט לענייני משפחה (דוגמת צו אימוץ או צו הורות)."¹⁶⁴

אכן, חוקרים ושופטים שונים החרו החזיקו אחר תובנה זו.¹⁶⁵ אחדים מהם אף עמדו על החשיבות של הסדרת ההורות המשפטית של ההורים על היילוד בהקדם האפשרי,

163 יש כמובן גם התנגדויות נורמטיביות ופרקטיות להכרה כללית כזו. ראו Joan Heifetz Hollinger, *From Coitus to Commerce: Legal and Social Consequences of Noncoital Reproduction*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 865 (1985); A.M. Capron & M.J. Radin, *Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood*, 16 J.L. MED. & HEALTH CARE 34 (1988); William Joseph Wagner, *The Contractual Reallocation of Procreative Resources and Parental Rights: The Natural Endowment Critique*, 41 CAS. W. RES. L. REV. 1 (1990); Marsha Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 HARV. L. REV. 835, 859–866 (2000). להתנגדויות אלו, להתמודדות עימן ולהפרכתן אחת לאחת, ראו מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה**, לעיל ה"ש 132, בעמ' 60–97 ו-122–166; MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 71–97 ו-127–142.

164 עניין **ממט"מגד**, לעיל ה"ש 121, בפס' 35 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור (ההדגשה במקור). לדעה החולקת על הצורך בפנייה כזו לבית המשפט בבקשה לקבלת צו הורות פסיקתי, שהרי עצם הרישום במרשם האוכלוסין של בן הזוג השני מסיר כל ספק בדבר הורותו המשפטית על הילד, לרבות זכותו של הילד לרשת אותו, ראו שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט דנציגר. על החשיבות של הסדרת ההורות המשפטית לצורך הכרה בזכות היילוד לרשת את הוריו, ראו, למשל, עניין **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית**, לעיל ה"ש 25, בפס' 39 לפסק הדין של השופט ורבנר ובפס' 3 לפסק הדין של השופט שרעבי.

165 לקביעה מחקרית דומה ראו, למשל, Melanie B. Jacobs, *Micah Has One Mommy and One Legal Stranger: Adjudicating Maternity for Nonbiological Lesbian Coparents*, 50 BUFF. L. REV. 341, 346, n. 24, 372, 391 (2002). ראו גם MARGALIT, DETERMINING LEGAL

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

כדי למנוע לימבו משפטי שבמהלכו מערכת היחסים הקיימת וממילא זכות הילד (בין היתר) לירושה לא יהיו ברורות כל צורכן.¹⁶⁶ שופטים נוספים תמכו במתן ההכרה המשפטית כבר במועד לידת הילד כדי להקנות להוריו ולו יתרונו כלכליים שונים, ובפרט, לענייננו, לצורך השלמת ההכרה המשפטית במערכת היחסים ביניהם כמורשיים וירש, בהתאמה. כשלעצמי, סבורני כי על כגון זה אמרו חכמינו "ויפה שעה אחת קודם", ולפיכך יש להקדים ולהכיר במערכת ההולכת ונרקמת מול עינינו של יחסי הורים וילדים אף קודם לכן. תימוכין לתובנה זו ניתן למצוא בהחלטה שניתנה לפני קרוב לעשור שנים ואשר במסגרתה קבעה השופטת תמר סנונית פורר קביעה תקדימית וחשובה, במיוחד לענייננו. לדידה, לבית המשפט לענייני משפחה יש סמכות עניינית לאשר וליתן תוקף של פסק דין להסכם שערכו הצדדים הכולל גם הוראות המסדירות את הורותם העתידית ואת ההסדרים הנובעים מכך בקשר לקטין שעתידי להיוולד להם, הגם שהבקשה הוגשה עובר ללידת הילד. וכך השופטת מנמקת את מסקנתה התקדימית:

"נהפוך הוא – האינטרס הציבורי והאינטרס של הקטינים ושל הצדדים לתיק הינו הקדמת המאוחר ותחילת ההליך ועוד טרם הלידה... אני סבורה כי הכרה בזכויותיו ובחובותיו של המבקש כבר בעת ההריון עולה בקנה אחד עם ח"י: כבוד האדם וחירותו... אני סבורה כי טובת הקטין שעתידי להיוולד לצדדים גם היא דורשת אישור ההסכם כבר עתה בעת ההריון... אשר על כן ולאור כל האמור לעיל אישור ההסכם וטרם לידת הקטין ייאפשר לקטין הסדרה מהירה, וודאית ובטוחה יותר של זכויותיו מעת לידתו ואף טרם לכן. טובתו של הקטין הינה בהסדר[ה] מראש של כל העניינים הקשורים בו."¹⁶⁷

אכן, יש יתרונו ברורים בהכרה בקביעת ההורות המשפטית עובר ללידת הילד או לכל המאוחר מייד עם לידתו, בין היתר בהקשר של צוואות וירושות, כלומר, לשם שמירה על טובת הילד וזכותו לרשת את הפרט שהתכוון ורצה להיות הורו

PARENTAGE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 18 ובמקורות השונים הנוספים המובאים שם בה"ש 44. לקביעה שיפוטית כזו ראו, למשל, עניין סא"א, לעיל ה"ש 159, בפס' 22.

166 בהקשר זה בתי המשפט נוהגים לצטט את קביעתו הבאה של השופט אסף זגורי: "אין כל ספק, כי טובתו של הקטין הוא שצו הורות יינתן תוך פרק זמן קצר יחסית על מנת להסיר מעל הפרק כל אפשרות של אי וודאות לעניין מעמדו של ההורה שאינו הורה ביולוגי או הורה שטרם נרשם. כך גם ישרת הדבר את הקטין מבחינה כלכלית (זכות למזונות, ירושה וכיו"ב) אך בעיקר ימנע החשש להכתמה חברתית ומוסדית ו/או פגיעה פסיכולוגית ורגשית." ראו תמ"ש (משפחה נצ') 13637-06-15 י"כ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 18 (נבו 15.5.2016). קביעה זו צוטטה בהסכמה בעניין ר"ס, לעיל ה"ש 128, בפס' 23; ובעניין סול, לעיל ה"ש 104, בפס' 16. קביעה דומה מופיעה בפסק דינו של השופט ישעיהו שנלר בעניין היועץ המשפטי לממשלה נ' א', לעיל ה"ש 123, בפס' 21.

167 עניין פלונית ואלמוני, לעיל ה"ש 159, בפס' 20, 27, 45 ו-55. לדיון בהחלטה ראו מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 15, בעמ' 17, ה"ש 37.

המשפטי.¹⁶⁸ ומן הכלל אל הפרט, יש להכיר בחקיקה – או למצער באמצעות מתן צו הורות פסיקתי – באבהות המשפטית של אדם שבת זוגו קיבלה תרומת זרע מגבר זר ואשר מבקש לשמש אביו המשפטי של היילוד לכל דבר ועניין, וזאת עוד עובר ללידת הילד. הצד האחר של המטבע הוא זכותו של הילד לרשת אותו גם אם חלילה ייפטר אותו אדם מהעולם עוד לפני לידת בנו.¹⁶⁹

באופן דומה, יש להכיר באישה שקיבלה תרומת ביצית ואשר נושאת את העובר ברחמה כאמו המשפטית לכל דבר ועניין, וממילא הוא עשוי לרשת אותה אם תיפטר מהעולם בטרם עת והרופאים יצליחו ליילדו בזמן.¹⁷⁰ דבריי אמורים גם במקרה שמי שניצב לצד אותה אישה אינו גבר, אלא בת זוג המבקשת להיות מוכרת כאם משפטית שנייה לילד. זאת, הן בהקשר של תרומת זרע והן בהקשר של תרומת ביצית, ואף שלא אחת כתוצאה מהכרה משפטית זו יהיו למעשה יותר משני הורים משפטיים לילד.¹⁷¹ כמו כן, בהליך "פונדקאות" אין לדידי כל צורך לדרוש את קבלת צו ההורות הקבוע בחוק כדי להשלים את ההכרה בהורות המשפטית של ההורים המיועדים. תחת זאת יש

168 ראו, לדוגמה, את קביעתו של בית המשפט לענייני משפחה בעניין ט"ב, לעיל ה"ש 15, בפס' 98: "בנוגע לטענת המדינה, לפיה לא תצמח כל טובה לתובעת 2, אם ימנו אותה כאפוטרופ[וסית] על העובר או שמא יעניקו לה מעמד כשם שיש להשוות להורה הביולוגי, אזי איני יכולה לקבל טענה זו ואבהיר – נניח שהמדובר בזוג הורים של גבר ואשה, והאישה בהריון והמשפחה נקלעה לתאונה דרכים, במהלך התאונה האב נפטר אזי העובר יהיה זכאי לרשת אותו. זכות זו לא קיימת לעובר במקרה של שתי נשים, כמו במקרה של תיק זה, לו הטוענת להורות תלך חס וחלילה לעולמה במהלך ההריון, לא יהיה זכאי העובר לרשת אותה על פי הדין במידה ולא נערכה צוואה." לקביעה שיפוטית קודמת ברוח דברים אלו ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 11587-07-17 **אק"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 29 (נבו 26.10.2017). לא למותר לציין כי מסקנות אלו אושרו מאוחר יותר גם בתמ"ש (משפחה ת"א) 20823-09-17 **א"ח נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 5.1.2019); ובתמ"ש (משפחה ת"א) 26379-06-18 **מב"א נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 7.1.2019).

169 לקריאה מחקרית קרובה וקודמת ראו, למשל, Shapo, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1189–1191. יפה לעניין זה הקביעה המחקרית העדכנית הבאה: "Furthermore, it may recognize the legal parent even before the resulting child is born, which may accord well with the BIC and protection of his or her rights, as the child will inherit his or her parents even if they pass away before his or her delivery" (MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE, לעיל ה"ש 8, בעמ' 181). לקריאה מחקרית דומה בהקשר של תרומת זרע מגבר זר ראו Vickie L. Henry, *A Tale of Three Women: A Survey of the Rights and Responsibilities of Unmarried Women Who Conceive by Alternative Insemination and a Model for Legislative Reform*, 19 AM. J.L. & MED. 285, 302 (1993).

170 למסקנה מחקרית דומה ראו Shapo, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1189–1192. לדין בטררגדיה אנושית-רפואית-משפטית כזו, אם כי לא מההיבט של צוואות וירושות, ראו "הָאֵם לְיֶלֶד עֶבֶר שְׁאֵמוּ נִפְטָרָה?" **רפואה ומשפט** 21, 9 (1999); אליעזר בן-שלמה "דילמה של חיי עובר מול מות האם" **רפואה ומשפט** 21, 45 (1999); רות הלפרין-קדרי "להשאיר חיים אחרין": יילוד העובר מגוף הנפטרת – האומנם בכל מקרה?" **דילמות באתיקה רפואית** 107 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002).

171 לדין ראשוני בסוגיה זו ראו, למשל, Shapo, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1194–1207 ו-1218–1220.

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

להכיר חוקית בהורות המשפטית של האחרונים על ילדם אף קודם ללידת הילד, כפי שהציעה זאת בשעתו ועדת אלוני.¹⁷² הסדר זה ראוי יותר בעיניי, והוא מסתפק בקבלת אישור להסכם לנשיאת עוברים מהוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים עוד קודם ללידת הילד, וכבר אז ייקבעו ההורים המיועדים כהוריו המשפטיים. בקביעה זו יימנעו רבים מן הקשיים שנמנו לעיל בתת-פרק ד4.

כל זאת בשל הרצון האקוטי לשמר את טובתם וזכותם של ילודים אלו לרשת את הוריהם אם יארע לאחרונים דבר מה במהלך ההיריון ה"פונדקאי". כל עוד המחוקק לא יאמץ את הצעתי בטהרתה, יש לקבוע בצורה חד-משמעית כי דין קבלת צו הורות פסיקתי גם בהקשר זה דינו כדין כל צו קונסטיטוטיבי אחר, דוגמת צו האימוץ וצו ההורות הקבוע בחוק ההסכמים, המעגנים את ההורות המשפטית של ההורה על ילדו לכל דבר ועניין, ובאופן שאינו מאפשר נסיגה מהכרה זו מאוחר יותר. אכן, גם בארצות הברית ניתן למצוא מדינות אחדות שבהן תוקן החוק כך שהוא מכיר כיום באפשרות של הורה מזמין שאינו ביולוגי להיות מוכר כהורה משפטי של ילדו שנולד לו בהליך "פונדקאות", וזאת גם מבלי שהוא יאמץ אותו בפועל. לדוגמה בעלמא, סעיף 201.052 ל-Texas Estates Code, העוסק בירושת האב, מכיר כיום באפשרות כזו בהקשר של ירושת האב המזמין.¹⁷³

בהקשר של עשיית שימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו יש לאמץ לטעמי בשתי ידיים את הנוסח של הצעת חוק דיני ממונות (חלק הירושה), הקובע כך:

"כל אחד מאלה כשר לרשת את המוריש... (3) מי שהורתו היתה אחרי פטירתו של המוריש, מתאי הרבייה שלו, ובלבד שמתקיימים לגביו שניים אלה: (א) הוא נולד בתוך שלוש שנים מיום פטירתו של המוריש; (ב) המוריש הביע את הסכמתו המפורשת, בכתב, כי אחרי פטירתו ייוולד מתאי הרבייה שלו ילד לבן

172 ראו לעיל ליד ה"ש 132–133 ו-137–138.

173 וזו לשון הסעיף, לאחר שתוקן בשנת 2013: "(a-1) Notwithstanding Subsection (a), if a child has intended parents, as defined by Section 160.102, Family Code, under a gestational agreement validated under Subchapter I, Chapter 160, Family Code, the child is the child of the intended father and not the biological father unless the biological father is also the intended father". הסעיף הקודם לו, 201.051, קובע עיקרון דומה בהקשר של ירושת האם. לסקירת העניין כולו ראו Lorena Solis, *The Voiceless Citizens: Surrogacy Contracts and the Rights of the Child*, 3 TEX. A&M L. REV. 417, 430–432 (2015). לביקורת על כך שגם חקיקה זו מוגבלת אך ורק למקרים שבהם הסכם הפונדקאות אושר על ידי בית המשפט, כך שבכל מצב אחר ההורים המיועדים לא יוכרו כהורים משפטיים וממילא היילוד לא יהיה זכאי ליורשם, ראו שם, בעמ' 432. ראו גם את הדיון אצל Shapo, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1160–1181 ו-1192–1194. אולם איני מסכים עם דעה זו, המאפשרת שהיילוד יירש גם את הפונדקאית, שהרי כוונתה ורצונה היו ברורים לא לשמש אם משפטית של הילד וממילא שהוא לא יהיה יורשה החוקי.

זוג, או שציווה את עיזבוננו לילד שייוולד מתאי הרבייה שלו, אחרי פטירתו, לבן זוגו.¹⁷⁴

באשר לתנאי הראשון, אין כל ספק שריבוי מקרי ההולדה לאחר המוות בשנים האחרונות בישראל בפרט ובעולם בכלל מחייב אותנו לזנוח את תפיסת העולם של המחוקק האיטלקי – שאותו אימץ המחוקק הישראלי בהקשר של סעיף 3(ב) לחוק הירושה – המבקשת לקבוע מסגרת זמן קבועה ומתחמת. תחת זאת יש לנקוט אפריורית את תפיסת העולם האמריקנית בסוגיה זו, המבקשת לקבוע את זכאות הירושה בצורה מהותית יותר וטכנית פחות, ולכן תופסת כעיקר את קשרי המשפחה הגנטיים.¹⁷⁵ עם זאת, הלכה למעשה, אחד מעקרונות היסוד של החוק הוא קביעת ודאות וצפייות בכל הקשור להליך חלוקת עיזבוננו של אדם, ולכן אין כל ספק שיש צורך אקוטי בקביעת מגבלת זמן סבירה, של שנתיים¹⁷⁶ עד שלוש שנים, שבמסגרתה יילוד שייוולד לאדם לאחר מותו ייחשב עדיין יורשו, אך יילוד שייוולד לו לאחריה כבר לא ייחשב יורשו.¹⁷⁷ פרק זמן זה ראוי בנסיבות העניין, שכן מחד גיסא יש לאפשר לאלמנה תקופת זמן

174 ס' 697 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712. הצעה זו עלתה במסגרת **המלצות הוועדה לתיקון חוק הירושה**, לעיל ה"ש 28, ונדונה, בין היתר, אצל קוריאלידי **דיני ירושה**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 301–302. בשולי הדברים יצוין כי בכנס "מגמות חדשות בדיני ירושה", לעיל ה"ש 91, העלה עו"ד ארז קמיניץ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי), את התקווה שבכנסת הבאה, מס' 22, יצליחו להפריד את מסקנותיה של הוועדה לתיקון חוק הירושה מקודקס דיני הממונות ולענגן במסגרת תיקון לחוק הירושה או לדיני החיובים השונים. במפגש של עו"ד קמיניץ עם מרצים וחוקרים בתחום דיני המשפחה, שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן בתאריך 14.7.2021, דווח על היתכנות פוליטית לתיקון חוק הירושה בפני עצמו במסגרת תזכיר חוק הירושה (תיקון מס'...), התשפ"א-2021.

175 על העובדה שהמחוקק הישראלי מעדיף את ההסדר הראשון על האחרון עמדו כמה מלומדים נוספים, דוגמת נרקיס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 15; קראוס, לעיל ה"ש 17; אלמליח ואח', לעיל ה"ש 17, בעמ' 94.

176 לתמיכה במגבלה של שנתיים בלבד, בין היתר לאור ההלכה היהודית, ראו גרין **פרו ורב' בעידן המודרני**, לעיל ה"ש 102, בעמ' 218. בשולי הדברים יצוין כי בכנס "מגמות חדשות בדיני ירושה", לעיל ה"ש 91, אמר השופט (בדימוס) טירקל כי אין הוא בטוח כלל שהפתרון המוצע בקודקס הוא הפתרון המועדף בעיניו אך זו הייתה מסקנת הרוב בוועדה שבראשותו. מכאן אנו למדים שיש אולי מקום להוסיף ולתקן גם את מסקנות הוועדה, במיוחד לנוכח העובדה שהן ניתנו לפני יותר מעשר שנים.

177 אכן, מדינות אחדות בארצות הברית, דוגמת קליפורניה ולואיזיאנה, תוחמות אף הן לפרק זמן זה של שנתיים–שלוש את האפשרות שהיילוד יירש את מולידו. ראו Casey, Lee & Singh, לעיל ה"ש 161, בעמ' 97, ה"ש 120 ו-122. לתמיכה מחקרית בהגבלת הזמן באופן כללי, ובפרט לא מעבר לשלוש שנים, ראו Susan B. Apel, *Cryopreserved Embryos: A Response to "Forced Parenthood" and the Role of Intent*, 39 FAM. L.Q. 663, 679 (2005); Naomi R. Cahn, *Parenthood, Genes, and Gametes: The Family Law and Trusts and Estates Perspectives*, 32 U. MEM. L. REV. 563, 595, 598 (2002).

משפט ועסקים כז, תשפ"ג על "המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ועל מה שביניהן

מספקת להתאבל על מותו של בעלה ולעכל את אובדנו, כך שתוכל להחליט באופן סוברני ושקול אם היא חפצה עדיין להביא ממנו חיים לעולם אם לא, ומאידך גיסא יש משנה חשיבות ליכולת לתכנן את אופן חלוקת העיזבון תוך התחשבות באפשרות שיהיו גם יורשים עתידיים שייוולדו לאחר מות המוריש – יכולת שתקופת זמן ארוכה מדי עלולה לסכל.

באשר לתנאי השני, בתת-פרק הקודם עמדתי בהרחבה על החשיבות הרבה שיש לקבלת הסכמתו המפורשת של המנוח לעשיית שימוש בזרעו לאחר מותו, ובכלל על מרכזיותם של הכוונה, ההסכמה והרצון ליהפך להורה משפטי כמכוננים את ההורות המשפטית. לכן הדרישה האפרוירית לקבל את הסכמתו המפורשת של המנוח ליהפך לאב מהקבר מוצדקת בעיניי עד מאוד.¹⁷⁸ אולם, לנוכח הנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003, תקדימו של בית המשפט העליון בסוגיה זו משלהי שנת 2016 והאסדרה המסתמנת בארץ בעניין,¹⁷⁹ יש להוסיף את האפשרות שגם אם המנוח לא הותיר אחריו הנחיות מפורשות בעניין ובת זוגו מעוניינת בכך, יהיה אפשר לעשות שימוש בזרעו, אולם אך ורק לשם הזרעתה. הצד האחר של המטבע הוא שרצון מפורש של הורי הנפטר – גם מקום שהאלמנה אינה מתנגדת או לחלופין אם אין בת זוג – לא יועיל לרפא חסר זה, והשימוש בזרע בנם ייאסר.¹⁸⁰ הדברים אמורים כאמור, לדידי, גם מקום שהאלמנה (או מי שעמדה להינשא למנוח) מסכימה לעשיית השימוש בזרע המנוח על ידי אישה אחרת.¹⁸¹

178 מסקנה זו גם עולה בקנה אחד עם פסק דין מנחה שניתן בהקשר של הסעיף מושא דיונו, ולפיו כאשר המוריש הביע את כוונתו באופן ברור שיוורש מסוים יירש אותו, אין תכולה להגבלה הקבועה בסעיף זה. ראו ע"א 172/78 **ניצני נ' קורץ**, פ"ד לג(2) 22, פס' 3 לפסק הדין של השופט "כהן (1979), שקבע כי "אין נזקקים לחוקה שבסעיף 3(ב) לחוק, מקום בו הביע המוריש את כוונתו באופן ברור".

179 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" (27.10.2003), [https://www.nfc.co.il/explorer/%D7%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%A5%20%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%20%D7%9C%D7%9E%D7%9E%D7%A9%D7%9C%D7%94%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%A5%20%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%20%D7%9C%D7%9E%D7%9E%D7%A9%D7%9C%D7%94%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%A5%20%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%20%D7%9C%D7%9E%D7%9E%D7%A9%D7%9C%D7%94%20-%20%D7%97%D7%9C%D7%A7%20%D7%91/%D7%A0%D7%98%D7%99%D7%9C%D7%AA%20%D7%96%D7%A8%D7%A2%20%D7%9C%D7%90%D7%97%D7%A8%20%D7%94%D7%9E%D7%95%D7%95%D7%AA%20%D7%95%D7%A9%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A9%20%D7%91%D7%95.pdf](https://www.nfc.co.il/explorer/%D7%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%A5%20%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%20%D7%9C%D7%9E%D7%9E%D7%A9%D7%9C%D7%94%D7%95%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%A5%20%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%20%D7%9C%D7%9E%D7%9E%D7%A9%D7%9C%D7%94%20-%20%D7%97%D7%9C%D7%A7%20%D7%91/%D7%A0%D7%98%D7%99%D7%9C%D7%AA%20%D7%96%D7%A8%D7%A2%20%D7%9C%D7%90%D7%97%D7%A8%20%D7%94%D7%9E%D7%95%D7%95%D7%AA%20%D7%95%D7%A9%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A9%20%D7%91%D7%95.pdf); מעשר הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל** 13–14, 50–43 (2012) <http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf>; ס' 68 ו-70 לתזכיר חוק בנקי הזרע, לעיל ה"ש 156; הצעת חוק תרומת זרע, התשע"ח-2017, פ/4637/20.

180 זו המסקנה בבע"ם **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 18, כפי ששכ נפסק הן במחוזי והן בעליון. ראו על כך, בהתאמה, בהפניות השונות בה"ש 104–105 לעיל.

181 ולא כפי שנפסק בעמ"ש (מחוזי מר') 50500-09-17 **ע"ש נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו)

סיכום וקריאה למחוקק

עם תחילתו של העשור השלישי במילניום השלישי אי־אפשר להתעלם עוד ממנעד המבנים של "משפחות חדשות", אשר הולכים ומתרבים ומתגוונים הן בעולם והן בארץ. אי־הכרה בהם פוגעת קשות בזכות הבסיסית ביותר של פרטים להקים משפחה ולהוליד ילדים. אי־הכרה זו פוגעת, בין היתר, גם בזכותו היסודית ביותר של הילד לביטחון כלכלי וסוציאלי, בשוללה ממנו את האפשרות לרשת בזכות, ולא בחדס, את מי שביקשו יותר מכל להיות מוכרים כהוריו לכל דבר ועניין.¹⁸² אשר על כן, שלוחה בזאת קריאתי למחוקק לעגן הכרה שיפוטית זו בספר החוקים הישראלי בהקדם האפשרי – הכרה שממילא הולכת וצוברת תנופה בחקיקה, במחקר ובפסיקותיהם של בתי המשפט.¹⁸³

אולם בתוך עמי אני יושב, ולנוכח המצב הפוליטי השורר בארץ, אשר לא יאפשר בעתיד הנראה לעין הכרה חוקית גורפת ומקיפה כזו (למעט התיקון שנעשה לאחרונה ל"חוק הפונדקאות"), יש לחפש דרכים נוספות ומשלימות. לפיכך, לעת עתה ולמצער בלבד, אני קורא לבתי המשפט להשלים את ההכרה בילדי "המשפחות החדשות" באמצעות צו ההורות הפסיקטי, אשר קנה לו שכיחה זה כבר במשפט הישראלי. הדברים אמורים, בראש ובראשונה, במופעים השונים שבהם דנתי לאורכו של מאמר זה. מחד גיסא, יש להכיר כבר עובר ללידת הילד בהורות המשפטית של ההורים הלא־ביולוגיים, הן במקרים של תרומת זרע מגבר זר והן במקרים של תרומת ביצית. כמו כן יש לאפשר הכרה זו גם בהליך "פונדקאות", הגם שלא אחת מדובר הלכה למעשה בהכרה ביותר משני הורים משפטיים־מורשיים חוקיים לילד. מאידך גיסא, יש להפסיק את המשך זכותו של ילד מאומץ לרשת את הוריו הטבעיים־הביולוגיים, ולצמצם את חלון ההזדמנויות להוליד יורש לאדם שהלך לבית עולמו לשנתיים–שלוש בלבד, ולהתנות בכך שהנפטר הותיר אחריו הנחיות ברורות או שבת הזוג היא המבקשת לעשות כן. ויפה שעה אחת קודם.

24.7.2018). לביקורת על פסק הדין ועל הנסיגה שהוא עשוי לבשר מהקו המצמצם שהתוותה הפסיקה בשנתיים האחרונות הן בעליון הן במחוזי, ראו בע"מ פלוגית נ' פלוגית, לעיל ה"ש 18. כן ראו מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר", לעיל ה"ש 108. לפסיקה דומה, בעייתית מאוד בעיניי, ראו תמ"ש (משפחה קר') 25971-02-17 ח"ח נ' מרכז רפואי ע"ש בני ציון (נבו 8.9.2019). לפסק הדין המשלים שניתן בהליך זה ראו תמ"ש (משפחה קר') 25971-02-17 ח"ח נ' מרכז רפואי (נבו 8.6.2021).

182 לזכויות אלו ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 37–38; פס' 27 לכתב הטענות שהוגש בבג"ץ 4953/02 פלוגית נ' ממשלת ישראל (נבו 10.6.2002). לסקירה מלאה יותר של זכויות הילד במשפט הישראלי ראו זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת 2010) וביתר המקורות המובאים אצל מרגלית "אמת ויציב", לעיל ה"ש 79, בפרק 21.

183 ראו על כך בשלל החוקים, פסקי הדין והמלומדים המובאים לעיל בה"ש 15 וליד ה"ש 156–159.

The "New" Families, the Freedom of Inheritance and Between Them

Yehezkel Margalit

The structures of family, spousal relationships and parenthood have undergone dramatic transformation during the last decades. Both in Israel, as well as worldwide, the monolithic "one size fits all" traditional patterns have been abandoned in favor of a variety of "new families." It seems to me that at least one central and important aspect of this issue in the Israeli jurisdiction has been forgotten. The aspect of the testament and the inheritance of the children of these "new families," whom are often conceived via assisted reproductive technology, has not received the attention it deserves in the scholarly literature. The article aims to go some way towards filling this substantial lacuna. It will enumerate, first and foremost, the structures of the "new families" and the challenges brought to the fore in the field of testament and inheritance. It will explore the main themes of the Israeli legislature in strongly preferring official family structures, both the spousal and the parental, in lieu of nonofficial ones. After elaborating on adoption as a test case for the obstacles and challenges the "new families" suffer from, the article goes on to discuss these difficulties in a variety of other scenarios. *Inter alia*, it will discuss mainly the following assisted reproductive technologies: artificial insemination by donor, posthumous reproduction, surrogacy and the possibility of having more than two legal parents. Finally, the article will offer the normative model of determining legal parentage by agreement as the most flexible, just and efficient model for accomplishing the legal recognition of the children of the "new families" as the legal children of their parents for all intents and purposes, including the aspect of testament and the inheritance.



The "New" Families, the Freedom of Inheritance and Between Them

Yehezkel Margalit

Volume 27, 2023