

שלום רב,

### הנדון: חוות דעת ביחס לגיבוש נוהל פונדקאות-חו"ל

בהמשך לפסיקת בית המשפט, משרד המשפטים פרסם לפני כחודשיים [קול קורא](#) לקבלת הערות מן הציבור לגבי גיבוש נוהל בין-משרדי בעניין פונדקאות חו"ל.

אני מתכבד להגיש הערות כנציג קשרי ממשל של ארגוני הקהילה הגאה (פירוט הארגונים המיוצגים מצ"ב).

יצוין שלפני מספר חודשים, לאחר החלטת בית המשפט בעניין זה, שיגרנו למספר מנכ"לים של משרדים ממשלתיים מכתב שבו פורטו הערותינו לנוהל זה. כמו כן, בתאריך 26.2.20 התקיימה פגישה עם מ"מ מנכ"ל משרד המשפטים, סיגל יעקובי, ועם משפטנים מתחום ייעוץ וחקיקה, שעסקה בין היתר בנושא זה.

יחד עם זאת, ברצוננו לרכז גם עבורכם – כמשרד שמוביל את תהליך גיבוש הנוהל - את הערותינו באופן נגיש ומסודר, כולל מספר עדכונים מהותיים שלא פורטו בפנייתנו הקודמת למנכ"לים המשרדים הממשלתיים.

לפני שנצלול לעומק הדברים, חשוב לנו להזכיר את הסיבות שבגינן עמדת ארגוני הקהילה רלבנטית לנושא שלפנינו. בשל האפליה הבוטה כנגד גברים יחידניים ובני זוג מאותו המין המעוגנת בחוק הסכמים לנשיאת עוברים ("חוק הפונדקאות"), לגברים מקהילת הלהט"ב חסומה הגישה להליכי פונדקאות בארץ. כתוצאה מכך, גברים רבים מקהילת הלהט"ב נאלצים לקיים הליכי פונדקאות בחו"ל. אמנם, לאחרונה בית המשפט העליון קבע בפסק דין מכונן שדינה של האפליה בחוק הפונדקאות להתבטל, אך בשלב זה מוקדם לדעת האם, מתי וכיצד יכובד פסק הדין על ידי הרשות המחוקקת.

ככל הידוע לנו, בשנים האחרונות בערך מחצית מן הזוגות אזרחי המדינה שמקיימים הליכי פונדקאות בחו"ל – הם למעשה גברים מהקהילה הגאה. לכן, הנתח של הציבור הלהט"בי (ובפרט – גברים להט"בים) בהליכים אלה גדול פי כמה מחלקה היחסי באוכלוסייה הכללית.

ההיקף הגדול של גברים מהקהילה הגאה הנאלצים לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל, הביא לצבירת ידע וניסיון רב על ידינו בנושא זה. בשנים האחרונות הצטברו בארגוני הקהילה הגאה ובקרב עורכות דין שעוסקות בנושא מאות רבות של תלונות ופניות מצד גברים שנקלעו לקשיים שונים ומשונים מול רשויות המדינה במסגרת הליכי הפונדקאות שבוצעו בחו"ל. מיותר לציין שתחושות התסכול במצבים כאלה קשות במיוחד, בין היתר בגלל הקונטקסט האישי והכלכלי, אך גם בגלל ההקשר "הפוליטי" – התחושה שהרשויות מתנכלות לנו במימוש זכויותינו לא רק במדינתנו – אלא גם מעבר לים. ניסיון זה מאפשר לנו לחשוף את הקשיים והכשלים הקשורים להתנהלות רשויות המדינה ביחס לפונדקאות חו"ל, ולהציע להם חלופות הגיוניות.

ברור לכל שנוהל בנושא פונדקאות חו"ל אינו פתרון לאפליה הקשה המופנית מצד המדינה נגד אזרחים ואזרחיות מקרב הקהילה הגאה בנושא מימוש הזכות להורות (ובנושאים אחרים ורבים). יחד עם זאת, לנוהל הוגן ושקוף יש פוטנציאל להביא לריכוך מסוים של המהלומה הכלכלית והנפשית שעמה נאלצים אזרחי המדינה להתמודד, בליט ברירה, בהליכי פונדקאות המתבצעים בחו"ל.

אנו קוראים לכם לא להסתפק בגיבוש נוהל "כדי לצאת לידי חובה", אלא לנצל הזדמנות זו על מנת לעצב נוהל טוב ומיטיב שייתן לאלפי בני ובנות זוג מענה ראוי, שנים קדימה.

להלן הערותינו:

**1. הכרה בהורות על בסיס הדין המקומי במדינת המוצא, ולחלופין הוכחת הזיקה הגנטית לאחר השיבה לארץ**  
מדובר בנושא החשוב ביותר שהסדרתו עשויה להביא הקלה דרמטית וחסכון כספי משמעותי לאזרחים ישראלים הנעזרים בפונדקאות בחו"ל. כיום המדינה דורשת מההורים המיועדים לטפל בהוכחת הקשר הגנטי לילד מיד לאחר הלידה בזמן שהותם בחו"ל, מכיוון שמצד אחד, ההורים לכאורה אינם רשאים להכניס לארץ קטין בטרם "הוכיחו" שהם הוריו, ומצד שני ע"פ החוק הוכחת הקשר הגנטי לילד אפשרית לכאורה רק באמצעות בדיקת רקמות שנערכת במעבדה יחידה בתל השומר הפועלת כמונופול.

כתוצאה מהתסבוכת החוקית הזו נאלצים ההורים המיועדים, לאחר שהות מורטת עצבים ולידה שמתרחשת בחו"ל, להמשיך לשהות עם התינוק בחו"ל כדי להסדיר מרחוק פרוצדורה סבוכה של הוכחת הקשר הגנטי בארץ. במסגרת הפרוצדורה ההורים המיועדים נדרשים להגיע פיזית לנציגות הישראלית הקרובה (לעיתים במרחק מאות ק"מ ממקום מושבם) עם תינוק בן יומו, למסור לנציג רשמי דגימת רקמות, להמתין שהדגימות תגענה במשלוח מיוחד למעבדה בארץ (על חשבונם), ולאחר מכן להמתין שתוצאות הבדיקה תימסרנה לבית משפט לענייני משפחה בארץ על מנת לעגן זאת בצו שיפוטי. מדובר בתהליך שבאופן טיפוסי אורך מספר שבועות ולעיתים אף למעלה מחודש. במילים אחרות, ההורים המיועדים נאלצים לעצור את חייהם לחלוטין, לשהות על חשבונם במדינה זרה עם תינוק שנולד לפני זמן קצר, הרחק מהמשפחה, מהקהילה ומהעבודה שלהם, וזאת למשך מספר שבועות עד לקבלת "אור ירוק" מבית משפט.

במקרה של פונדקאות בארה"ב, בשל הדין האמריקאי המקנה לילד אזרחות ודרכון אמריקאיים באופן אוטומטי, להורים קיימת בפועל אפשרות לעלות על טיסה ארצה עם הילד ולהתניע את תהליך הוכחת הזיקה הגנטית לאחר שובם. לשמחתנו, בתי המשפט לענייני משפחה בארץ ערים לסיטואציה הבעייתית ונוטים להתעלם מדרישת המדינה להשלים את הוכחת הזיקה הגנטית במהלך השהות בחו"ל. יחד עם זאת, אין בכוונתנו להסתמך אך ורק על שכלם הישר של שופטי בתי המשפט לענייני משפחה, ואנו מצפים מהמדינה שתפעיל אף היא שיקול דעת ותבחן מחדש את עמדתה. להבנתנו, המדינה מעמידה דרישה זאת על מנת לשלול את האפשרות שההורים המיועדים חוטפים ילדים או סוחרים בהם. נשאלת השאלה האם במסגרת שיקול הדעת המנהלי נשקלו חלופות נוספות שמטרתן, מצד אחד, לשלול בוודאות גבוהה את האפשרות לסחר/חטיפת ילדים, ומצד שני, להקל על ההורים המיועדים והרך הנולד ולאפשר להם לחזור ארצה מיד לאחר הלידה?

אנו סבורים שקיימות חלופות מספקות כפי שיוצג להלן:

#### **1.1. הכרה בהורות ביחס לילד שנולד בפונדקאות בחו"ל על בסיס הדין המקומי במדינת המוצא**

לא ברור לנו מהו המקור החוקי שעל בסיסו המדינה דורשת שהקשר הגנטי של ההורים המיועדים אל הילד יוכח במעבדה מורשית בישראל. אמנם, בסעיף 3 בחוק מידע גנטי, תשס"א-2000, נדרש מפורשות שבדיקה גנטית להוכחת קשרי משפחה תתקיים במעבדה מורשית בארץ, אך לחוק זה אין תחולה בענייננו, משום שבפונדקאות חו"ל הלידה ורישומה התבצעו במדינה אחרת בהתאם לכלליה.

שאלת השאלה מדוע המדינה מבחינה, לעניין זה, בין הורות שמתגבשת בדרך של פונדקאות לבין הורות שמתגבשת בדרך אחרת (למשל, בדרך של יחסי מין או בדרך של אימוץ). הרי אם אזרחים ישראלים שהשתקעו בחו"ל לפרק זמן מסוים הביאו לעולם ילד או אימצו ילד כדין ונרשמו כהוריו, מדינת ישראל מחויבת לכבד זאת על פי כללי המשפט הבינלאומי – ולמיטב ידיעתנו כך אכן נעשה בפועל. גם נישואין שנערכו ונרשמו בחו"ל מוכרים באופן דומה. האם המדינה שוקלת בדעתה לא להכיר, קטגורית, בנישואים רשומים שנערכו כדין בחו"ל בין אזרחי ישראל לבין בת זוגו הזרה – רק משום שקיים סיכוי תיאורטי שמדובר בנישואים פיקטיביים שנועדו לכסות על סחר בנשים?

בארה"ב שוהים ככל הנראה רבבות ישראלים וישראליות שנישאו כדין לבן/בת זוג אמריקאית – האם מתקבל על הדעת למנוע מכל אחד ואחת מהם, קטגורית, לעלות על טיסה ארצה עד שיוכחו שלא נישאו באופן פיקטיבי? ללא חשד קונקרטי, ברור שאין מקום לפרקטיקה הרומסת באופן "עיוור" וחסר אבחנה את חופש התנועה של אזרח/ית ישראלית/יט השוהה בחו"ל ושל קרובי משפחתו, ומשבשת את כללי המשפט הבינלאומי.

**לכן, דרך המלך היא להכיר במעמד ההורי של האבות כלפי הילד מכוח הרישום בתעודת הלידה שניתנה במדינת המוצא כדין על פי החוק המקומי, ולבטל את הדרישה הקטגורית לביצוע בדיקה גנטית בארץ. במידה שבמקרה ספציפי יתעורר חשד שהרישום הושג בדרך מרמה או בניגוד לדין המקומי – לא תהיה מניעה מבירור העניין ומנקיטה בצעדים מתאימים.**

## 1.2. לחלופין - הנפקת תעודת מעבר לישראל על בסיס "ראשית ראיה" לזיקה גנטית

במידה שמדינת ישראל מתעקשת בניגוד להיגיון, ובאופן קטגורי, "לאמת" את ההורות באמצעות בדיקה גנטית במעבדה מורשית בארץ, הרי שלפי סעיף 3 לחוק הדרכונים, שר הפנים רשאי להנפיק לילד הנולד בחו"ל "תעודת מעבר" שתאפשר את כניסתו לארץ גם טרם הוכחת הזיקה הגנטית. בעבר נעשה בסמכות זאת שימוש במצבי קיצון (למשל כאשר הורים וילדיהם מהליך פונדקאות "נתקעו" בנפאל לאחר רעידת אדמה, וכן במשבר הקורונה הנוכחי). אנו משוכנעים שניתן להרחיב את הסמכות גם למצבי שגרה. **בהקשר זה חשוב להדגיש: בלשון החוק אין כל אינדיקציה לכך שהסמכות להנפיק תעודת מעבר קיימת רק בשעת חירום או בסיטואציות חריגות.** לצורך הפעלת הסמכות אנו סבורים שהמדינה רשאית להסתפק ב"ראשית ראיה" - מספר אינדיקציות חזקות שהצטברותן מעידה על הקשר הגנטי של ההורה המיועד לילד, אשר מסירות את החשש מפני חטיפה/סחר בילדים במידה הקרובה מאוד לוודאות מוחלטת, כפי שיצוין להלן:

### 1.2.1. הוכחת הסכם הפונדקאות ותקינותו החוקית - ההורים המיועדים נדרשים כיום לספק לרשויות הוכחות

בדבר ההסכם עם האם הנושאת ואישורו לפי הדין המקומי. אנו סבורים שהוכחת קיומו של הסכם פונדקאות המאושר כדין מול האם הנושאת מפיג במידה רבה את החשש מפני חטיפה או סחר בילדים.

### 1.2.2. הוכחת הוצאה הכלכלית הכרוכה בהליך הפונדקאות - גם אם קיים חשש קלוש שהסכם הפונדקאות

פיקטיבי, המדינה רשאית להפיג חשש זה בקלות באמצעות דרישה מההורים המיועדים לחשוף את הוצאותיהם הכלכליות בקשר לפונדקאות. אסמכתאות המוכיחות הוצאה כספית של מאות אלפי שקלים מכיסם של ההורים המיועדים לכיסן של סוכנויות פונדקאות מוכרות בחו"ל, יעידו מעבר לכל ספק סביר על כוונת ההורים להוציא מהמדינה הזרה את הילד שנולד להם, ולא אף ילד אחר.

### 1.2.3. הוכחת עצם לידתו של הילד - בנוסף, המדינה רשאית לדרוש מההורים אסמכתאות להוכחת לידתו של

הילד בחו"ל (העתק מאומת מתעודת הלידה למשל). כאשר בתעודת הלידה המונפקת בחו"ל מצוינים

שמות ההורה/ים המיועדים/ים וכן תאריך לידה התואם את פרטי הסכם הפונדקאות, יש בכך אינדיקציה איתנה נוספת לתקינות התהליך.

1.2.4. **קביעת לוחות זמנים קשיחים להוכחת הזיקה הגנטית לאחר החזרה לארץ** - המדינה רשאית לקבוע כי בדיקת הרקמות להוכחת הקשר הגנטי תבוצע באופן מיידי לאחר שההורים המיועדים וילדם נחתו בארץ. באופן פרדוקסלי, פרקטיקה כזאת תביא במקרים רבים להוכחת הקשר הגנטי תוך זמן קצר יותר ממועד הלידה, לעומת מצב שבו כאמור נדרשים ההורים לשלוח מחו"ל דגימות לארץ בהליך מסורבל וממושך. בנוסף, המדינה רשאית להשתמש בתמריצים מסוגים שונים על מנת לוודא שההורים המיועדים אכן מקפידים לעמוד בלוחות הזמנים.

## 2. ניתוק הזיקה מהאם הנושאת

נודע לנו שהורים מיועדים נדרשים להוכיח "ניתוק זיקה" מהאם הנושאת באמצעות הבאתה לנציגות ישראל בחו"ל על מנת שתצהיר על כך פנים אל פנים בפני נציג המדינה. במילים אחרות, האם הנושאת נדרשת, מיד לאחר הלידה ובעודה מתאוששת, להגיע פיזית לנציגות ישראלית (לעיתים במרחק מאות ק"מ!) ולהצהיר על "ויתור" שכבר אושר ממילא לפי הוראות הדין המקומי. מדובר בנטל כבד ובלתי סביר על ההורים המיועדים והאם הנושאת שהיה ניתן לקבל בהבנה אילו במדינת המוצא הליך הפונדקאות מוסדר באופן לקוי. אין לכך כל הצדקה כאשר לפי הדין המקומי הזיקה של האם הנושאת ניתקת לפני או אחרי הלידה, בין אם מכח החלטה מנהלית, פסק דין או חוק מקומי, כפי שקיים במדינות ארה"ב למשל. **על כן, אנו סבורים שבנסיבות בהן ניתקת הזיקה של האם הנושאת לילד מכוח הדין המקומי, על מדינת ישראל להסתפק בכך ולהימנע מטרטור מיותר של ההורים המיועדים והאם הנושאת.** פרקטיקה כזו אף עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבינלאומי, בהתאם להיגיון שתואר בהרחבה בסעיף הקודם.

ככל שמדינת ישראל בוחרת להתעקש, למעלה מן הצורך ובניגוד להיגיון, על ביצוע הליך נוסף לניתוק זיקה מול נציג רשמי של מדינת ישראל, עליה לבחור בדרך הפשוטה והנוחה ביותר לעשות זאת. כך למשל, ניתן לקיים פגישה עם האם הנושאת הכוללת אימות של הצהרה בדבר ניתוק זיקה, וזאת באמצעות אמצעי חזותי (" Video Conference"). לא מדובר בפרקטיקה פורצת דרך אלא בהמשך טבעי למדיניות שכבר קיימת בשטח: בחודש שעבר משרד המשפטים פרסם כללים חדשים המאפשרים אימות תצהירים "מרחוק", באופן מקוון, ללא צורך בפגישה פיזית. בענייננו קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים אימות באמצעי חזותי, ובראשם התאוששות האם הנושאת מיד לאחר הלידה, וכן הקושי הניכר, במקרים רבים, להביאה פיזית אל נציגות ישראל בחו"ל.

## 3. הסדרת אזרחות/תושבות לילד מיד עם הגעתו ארצה

כיום נאלצים הורים מיועדים לשלם מכיסם עבור ביטוח פרטי לילד מרגע לידתו בחו"ל ועד להסדרת אזרחותו בארץ. מכיוון שההליך עשוי להימשך שבועות ואף חודשים (כפי שהוסבר בסעיף 1 לעיל) – הרי שמדובר בפגיעה כלכלית ניכרת שעשויה, במקרה הטוב, להגיע לאלפי שקלים, ובמקרה הרע (למשל כאשר הילד סובל מאירוע בריאותי חמור שלא מכוסה בביטוח הפרטי) – לריסוק כלכלי של התא המשפחתי. מדובר בפגיעה חמורה בנגישות של הילד והוריו לשירותים רפואיים בסיסיים מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי. בהקשר זה נצביע על שני פתרונות חלופיים:

3.1. הפתרון ההגיוני ביותר הוא הקניית אזרחות ישראלית לילד שנולד בפונדקאות חו"ל להורים ישראלים מכוח לידה, באופן אוטומטי, כפי שנקבע בסעיף 4 בחוק האזרחות, תש"יב-1952:

(א) אלה יהיו, מיום לידתם, אזרחים ישראלים מכוח לידה:

(1) מי שנולד בישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראלים;

(2) מי שנולד מחוץ לישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראלים –

(א) מכוח שבות;

(ב) מכוח ישיבה בישראל;

(ג) מכוח התאזרחות;

כאשר ההורה המיועד הוא אזרח ישראלי שנרשם כאביו של הילד לפי הדין המקומי במדינת המוצא, הרי שמתקיימים בעניינו התנאים הקבועים בחוק, ואין כל טעם בהתניית האזרחות של ילדו בהליך בדיקה גנטי. כפי שהוסבר בהרחבה בסעיף 1.1. לעיל, חוק מידע גנטי מלכתחילה אינו חל על יחסי הורות שהתגבשו כדין בחו"ל, ועל כן אין היגיון בהצבת דרישה לבדיקה גנטית כתנאי לאזרחות הילד.

3.2. לחלופין, אם מדינת ישראל תמשיך לדרוש, בניגוד להיגיון, בדיקה גנטית בארץ כתנאי לאזרחות הילד, עליה לכל הפחות להכיר בזכויות התושב של הילד עד להסדרת אזרחותו. למיטב ידיעתנו, לרשויות יש כלים משפטיים המאפשרים הכרה במעמד תושבות עבור ילד להורים ישראלים, גם אם טרם התאזרח. כך, הילד והוריו ייהנו מגישה מלאה לשירותי הבריאות הממלכתיים בתקופת הביניים עד לאזרחותו.

#### 4. האחדת הליכים המשפטיים לקבלת צו אבהות וצו הורות פסיקתי

כאמור, עמדתנו הבסיסית היא שעל המדינה להכיר בהורות המתגבשת בחו"ל ונרשמת כדין, וזאת מבלי להעמיד דרישות נוספות. יחד עם זאת, לא נוכל שלא להתייחס למצב הקיים, שבו שני האבות (האם הביולוגי ובן זוגו) נדרשים לקיים בארץ שני הליכים משפטיים נפרדים על מנת "להוכיח" שהם הורי הילד. ההורה הביולוגי נדרש להליך להוצאת "צו אבהות" על בסיס בדיקה גנטית, כפי שתואר בהרחבה. על מנת שגם האב השני יוכר כהורה, ההורים המיועדים נדרשים לפנות לבית המשפט לענייני משפחה כדי לקבל עבורו צו הורות פסיקתי. למרבה האבסורד, למיטב ידיעתנו המדינה מתנגדת לאיחוד ההליך בעניין צו האבהות (הוכחת הזיקה הגנטית של הילד להורה הביולוגי) יחד עם ההליך לצו הורות פסיקתי עבור ההורה השני. כך למעשה נגזר על ההורים לפתוח בשני הליכים משפטיים שונים ולשלם אגרת בית משפט עבור כל אחד מהם בנפרד, למרות שמדובר בשני הליכים שהזיקה המהותית ביניהם ברורה ושכל הפרדה ביניהם חוטאת למציאות. התעקשות זו מסכלת את האפשרות ההגיונית והאינטואיטיבית לפתוח הליך משפטי אחד במטרה לברר את שתי הסוגיות במשותף - צו האבהות וצו ההורות הפסיקתי.

לסיום, נביע את הערכתנו על כך שמשרד המשפטים פרסם קול קורא לקבלת הערות מהציבור בנושא זה. אנו מקווים ומקוות שהערותינו ייבחנו בכובד ראש. ככל שיהיו שאלות או צורך בהבהרת נקודות שהעלינו בפניכם - אני כמובן עומד לרשותכם. **במידה שתבחרו לדחות את כל הערותינו או את חלקן, נבקש לכל הפחות לקבל הנמקה כתובה לכך.** יודגש שמכתב זה אינו ממצה בהכרח את כל טענותינו בעניין פונדקאות חו"ל. כמו כן אין בפנייה זו משום ויתור על האפשרות למצות את טענותינו בקשר לגיבוש ופרסום הנוהל המדובר באפיקים אחרים.

בברכה,

אור קשת, עו"ד

מנהל קשרי ממשל של ארגוני הקהילה הגאה

העתקים:

- לשכת שר המשפטים
- עו"ד סיגל יעקובי, מ"מ מנכ"לית משרד המשפטים
- עו"ד יעקב פרידברג, מחלקת ייעוץ וחקיקה – משרד המשפטים