בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 52453-02-20 משרד הרווחה והשירותים החברתיים - תל אביב ואח' נ' ש' ואח'

לפני **כבוד השופט, סגן הנשיא שאול שוחט**

כבוד השופטת עינת רביד

כבוד השופט נפתלי שילה

המערער **היועץ המשפטי לממשלה**
ע"י עוה"ד ענת בר אילן, אורלי לוי מנצור ורונית וינגרטן

נגד

המשיבים **1. א'**
2. ג'
3. ג'
ע"י עוה"ד חגי קלעי ודניאלה יעקובי

פסק דין

השופט נפתלי שילה:

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה מיום 31.12.19 (תמ"ש 1540-12-18 מפי כב' השופט יהורם שקד), שנעתר לתביעת המשיבים וקבע שכל אחד מהמשיבים 1 ו – 2 יהיה אפוטרופוס לילדו של בן זוגו, בנוסף לשני הוריו הביולוגים.

א. רקע עובדתי

1. המשיבים 1-2 (להלן: **בני הזוג**) הם בני זוג מאותו מין שחיים יחדיו משנת 2007 והחליטו להביא ילדים לעולם באמצעות הורות משותפת עם המשיבה 3 (להלן: **האם**). זרעו של כל אחד מבני הזוג הופרה בביציות שהתקבלו מתורמת ביציות והביציות המופרות הושתלו ברחמה של האם בחו"ל. האם הרתה וביום 9.4.15 נולדו בשעה טובה שני קטינים, כאשר לאחר בדיקה גנטית לבירור אבהות התברר שהמשיב 1 הוא אביו של ילוד אחד (ז') והמשיב 2 הוא אביו של הילוד השני (א') ובהתאם ניתנו פסקי דין לאבהות. האבהות האמורה נרשמה במרשם האוכלוסין ולפיכך לכל אחד מהקטינים יש אב רשום ואם רשומה.

2. ביום 5.12.17 המשיבים הגישו תביעה שבמסגרתה עתרו שיינתן פסק דין שבו יוצהר על הורות משולשת, כך שכל אחד מבני הזוג יירשם כאב נוסף של כל אחד מהקטינים, בנוסף

להורים הביולוגיים הרשומים. זאת, בין היתר לאור הסכמי ההורות המשותפת שהם ערכו שבמסגרתם הם הסכימו על הורות משולשת.

3. ביום 18.10.18 דחה בית המשפט קמא את תביעת המשיבים וקבע שעל פי המצב המשפטי בישראל, אין אפשרות להכיר בשלושה הורים. בנוסף נקבע בפסק הדין, כי ככל שההורים מעוניינים להקנות זכויות אפוטרופסות לבן זוגו של ההורה, הרי ש"מדובר בסעד פחות מרחיק לכת ושיהווה פשרה בין עמדת התובעים לבין עמדת המדינה".

4. המשיבים הגישו ערעור על פסק דין זה, ואולם במסגרת הדיון שנערך לפנינו ביום 4.1.21 הודיעו המשיבים שהם חוזרים בהם מהערעור (עמ' 2 שורה 15) וזאת בין היתר לאור פסיקת בית המשפט העליון שקבע שהדין הישראלי לא מכיר בהורות משולשת (בע"מ 3518/18 **ב"כ היועמ"ש נ' פלוני** (3.2.21 – להלן: **בע"מ 3518/18**).

5. ביום 2.12.18 הגישו המשיבים תביעה למינוי כל אחד מבני הזוג לאפוטרופוס נוסף לקטין שאינו רשום כילדו. המשיבים טענו שהוספת האפוטרופוס משקפת את הסכמות הצדדים שכל אחד יהיה הורה לילדים ללא קשר למטען הגנטי של הקטין והיא משקפת את המציאות בפועל. בני הזוג מגדלים את הקטינים במשותף ודואגים יחדיו לכל צרכיהם. הקטינים רואים בבני הזוג הורים ומינויו של בן הזוג שאינו ההורה הביולוגי לאפוטרופוס, היא לטובת הקטינים. המשיבים טענו גם, שמינוי אפוטרופוס נוסף נחוץ למשל לצורך הענקת טיפול רפואי לקטינים ולכל פעולה אחרת המסורה בלעדית לאפוטרופוס של הקטין. לדבריהם, הדבר אף יקנה להם תחושת וודאות במסגרת המשפחתית שהם חיים בה.

6. המערער התנגד לעתירת המשיבים מאחר שלטענתו הדין לא מאפשר במקרה דנן מינוי אפוטרופוס נוסף והיעתרות לבקשה אינה עולה בקנה אחד עם טובת הקטינים. בנוסף טען המערער, שקיומו של הורה פסיכולוגי לקטין לא מצדיקה מינוי אפוטרופוס נוסף.

7. בית משפט קמא הורה על הגשת תסקיר ובתסקיר שהוגש ביום 5.12.19 נאמר שבנסיבות מקרה דנן אין צורך במינוי אפוטרופוס נוסף.

8. בית משפט קמא קיבל את תביעת המשיבים והורה על מינוי המשיבים 1 ו– 2 לאפוטרופוסים נוספים לקטינים (להלן: **פסק הדין**).

9. המערער לא השלים עם פסק הדין והגיש ערעור.

ב. תמצית פסק הדין

1. בהתאם לסעיף 68 (א) **לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות** תשכ"ב – 1962 (להלן: **חוק הכשרות**) מוסמך בית המשפט לנקוט אמצעים כגון מינוי אפוטרופוס, לצורך שמירה על ענייניו של קטין. מכאן, שניתן למנות לקטין אפוטרופוס נוסף, אף אם לקטין יש כבר שני הורים שהם אפוטרופסיו הטבעיים.

2. במקרה דנן, אין מקום לקבל את המלצת התסקיר שאין צורך במינוי אפוטרופוס נוסף. מדובר בשאלה משפטית שההכרעה בה מסורה לבית המשפט בלבד ויש לסטות מהמלצות התסקיר שבחן את השאלה האם המינוי ישפר את מצב הקטינים והאם קיימת עילת נזקקות, כאשר לא זו השאלה העומדת על הפרק.

3. יש לבחון את טובת הקטינים במאוחד עם טובת המשפחה כולה. מאחר שהמשיבים פועלים "**במשותף ותוך הצגת חזית אחידה ומגובשת שיש בה כדי להיטיב עם הילדים ולייצר להם מציאות שבה תא משפחתי שיש בו רבדים שונים, הרי שכל פסיקה הסותרת הלך הרוח והמחשבה של התובעים תביא בהכרח לפגיעה בעיקרון "השלם עולה על סך חלקיו"... הילדים נוצרו ונולדו לתוך הסיטואציה בה קיימים שלושה הורים... אין מדובר במקרה בו המשפט מתערב באוטונומיה של הרצון הפרטי בהיעתרות לתביעה כי אם הפוך מכך. אם וככל שלא נתערב הרי שדווקא בכך יהיה משום התערבות באוטונומיה של הרצון הפרטי, המהווה ביטוי של כבוד האדם**".

4. כל אחד מבני הזוג פועל כלפי כל אחד מהקטינים כאילו היה בנו, ללא קשר למטען הגנטי של כל אחד מהקטינים. אם תידחה התביעה המשמעות היא: "**המשך סרבול והתנהלות שאינה לטובת הקטינים או המשפחה כולה**". כמו כן, הקטינים הם אחים תאומים שגדלים כאחים לכל דבר ועניין ובן הזוג של ההורה הביולוגי משמש כאפוטרופוס למעשה. ע"י מתן צו האפוטרופסות יובטחו שוויון ויחסי אחאות בין הקטינים. "**יצירת השונות בין הילדים תוך קביעה דווקנית באשר למי מבני הזוג יכול לקחתם לקופת חולים או לאסיפת הורים, עשויה לפגום בתחושת האחאות שלהם ולסכל הקשר הרגשי התקין שבין הילדים**".

5. הסעד של מינוי אפוטרופסות הוא הפיך ואינו סופי כמו הורות. ככל שיהיה צורך בביטול האפוטרופסות, ניתן יהיה לנקוט בהליך המתאים לצורך כך. מדובר בהורים טובים ומיטיבים שפועלים בכנות לצורך גידול ילדיהם במשותף ומינוי אפוטרופוס נוסף לא ייפגע בקטינים אלא יועיל להם.

ג. תמצית טענות המערער

1. חוק הכשרות מגביל את האפשרות למינוי אפוטרופוס נוסף לקטין ומאפשר מינוי זה רק בהתקיימותם של שלושה תנאים מצטברים, שהראשון בהם הוא קיומה של עילה המנויה בחוק. שעה שלקטינים יש שני הורים ביולוגים שמסוגלים למלא את חובותיהם ההוריות כלפי הקטין, אין מקום למנות אפוטרופוס נוסף עליהם.

2. סעיפים 28 ו– 29 לחוק הכשרות קובעים את העילות הספציפיות שמהוות תנאי למינוי אפוטרופוס נוסף לקטין. מדובר ברשימה סגורה ועמדת המחוקק היא שרק כשיש סיבה מיוחדת לאור טובת הקטין, ניתן למנות אפוטרופוס נוסף בנסיבות הייחודיות הקבועות בסעיפים אלו. שלושת התנאים המצטברים הם: עילה הקבועה בחוק, נסיבות מיוחדות והוכחה שזו טובת הקטין. נסיבות מקרה דנן לא עומדות בתנאים אלו וכך אף נפסק בעמ"ש 52550-10-10 **ע.נ. ואח' נ' ד.מ. ואח'** (22.10.19 – להלן: **פס"ד מרכז**).

3. כשם שלא ניתן ליצור הורות באמצעות הסכם פרטי, כך לא ניתן ליצור אפוטרופסות על קטין וניתן לעשות כן רק בהתאם לדרכים הקבועות בחוק. כך אף נקבע ע"י הרכב זה בעמ"ש 23848-05-19 **פלוני נ' פלונית** (2.4.20 – להלן: **פס"ד פלוני**). טעה ביהמ"ש קמא, שעה שלמרות קביעתו שלא ניתן למנות אפוטרופוס נוסף מכוח סעיפים 28 ו – 29 לחוק הכשרות היות שתנאיהם לא מתקיימים במקרה דנן, הוא קבע שהדבר אפשרי מכוח סעיף 68(א) לחוק הכשרות.

4. טעה ביהמ"ש קמא שעה שלמרות שבתסקיר נקבע שלא זוהה "צורך קונקרטי או רגשי בזמן הזה" למינוי אפוטרופוס נוסף ולכל אחד מהקטינים יש שני הורים ביולוגיים המספקים את כל צרכיהם, הוא נעתר לתביעת המשיבים. במקרה דנן, המינוי אינו נצרך ואין בו בכדי להיטיב את מצב הקטינים. בתסקיר נאמר שהמשיבים מטפלים היטב בקטינים בשיתוף פעולה מלא ואין בעובדה שהמשיבים 2-1 לא משמשים כאפוטרופוסים על קטין שאינו בנם הביולוגי, בכדי לפגוע באופן הטיפול בהם. ביהמ"ש קמא קבע בעצמו כי "בין אם איעתר לתביעה ובין אם הייתי מוצא נכון לדחותה, הרי שבכך לא היה משום שינוי סדרי עולמם של הקטינים".

5. מינוי אפוטרופוס נוסף לקטין שלא במסגרת הנסיבות הספציפיות שקבע המחוקק תוך סטייה מכוונתו המפורשת, "מהווה מדרון חלקלק אשר עלול להוביל להשלכות רחבות היקף, אשר ברור כי המחוקק לא התכוון אליהם". בנוסף, מינוי אפוטרופוס נוסף עלול לפגוע בטובתם של הקטינים במקרה של התפרקות התא המשפחתי או אם יתעוררו חילוקי

דעות בין האפוטרופוסים. לא ברור כיצד תתקבל החלטה בין שלושה אפוטרופוסים. האם יספיק רוב או יהיה צורך בהסכמת כולם?

6. טעה ביהמ"ש קמא כאשר בחר להחיל הוראת חוק כללית, דהיינו את סעיף 68 (א) לחוק הכשרות, במקום הוראות חוק ספציפיות שמפורטות בסעיפים 30-28 לחוק זה, אשר מתייחסות נקודתית למינוי אפוטרופוס נוסף לקטין. זאת, בניגוד לכלל לפיו הוראות חוק ספציפיות גוברות על הוראת חוק כללית. קביעה זו מהווה עקיפה ברורה של הוראות סעיפים 30-28 לחוק הכשרות ולא ניתן לאפשר זאת.

7. פרשנות ביהמ"ש קמא לסעיף 68 (א) לחוק הכשרות היא מוטעית. המחוקק אפשר רק מינוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס לדין ולא ניתן למנות בהתאם לסעיף זה אפוטרופוס קבוע. חזקה כי אם הדבר היה אפשרי, המחוקק היה מזכיר גם אפשרות זו. לא ניתן לעשות שימוש בסעיף זה באופן הסותר הוראות מפורשות אחרות בחוק. פרשנות זו מהווה "ניתוק מלאכותי ובלתי סביר בעליל והוא נוגד את לשון החוק ואת כוונת המחוקק".

8. לפסק הדין עלולה להיות השלכה גם למקרים בהם הורים החיים בפירוד מקיימים זוגיות עם אדם אחר שאינו הורהו של הקטין, למרות שהוא משמש בפועל כהורה. אימוץ פסק הדין יעמיד את כלל הילדים שהוריהם גרושים לפוטנציאל של ארבעה אפוטרופוסים ואף יותר. מדובר בקביעה בעלת השלכות מרחיקות לכת שמסורה למחוקק ולא ניתן לקבוע זאת בהחלטה שיפוטית.

9. מינוי האפוטרופוס הנוסף מתבקש ע"י ההורים הטבעיים רק משום רצונם להעניק מעמד חוקי להסכמות שהם עיגנו בינם לבין עצמם. ברם, ניתן לעשות שימוש בסעיף 68 (א) לחוק הכשרות רק כשעולה צורך קונקרטי לטובת הקטין. במקרה דנן, כפי שקבע ביהמ"ש קמא בעצמו, אין בדחיית בקשת המשיבים בכדי לפגוע בטובה כלשהי מטובת הקטינים ואין בכך כל צורך ולכן יש לקבל את הערעור.

ד. תמצית טענות המשיבים

1. המערער התעלם מההלכה שנקבעה ברע"א 4896/15 **פלוני ופלונית ההורים האומנים נ' היועמ"ש** (6.10.15 – להלן: **פס"ד ההורים האומנים**) לפיה ניתן למנות אפוטרופוס שלישי לקטין מכוח הוראות סעיף 68 (א) לחוק הכשרות והמבחן למינוי הוא טובת הילד. בפס"ד ההורים האומנים מונו שני הורי האומנה לאפוטרופוסים על הקטינות בנוסף לאב הביולוגי

לאור טובת הקטינה ולכן אין מניעה למנות אפוטרופוס שלישי כשהדבר עולה בקנה אחד עם טובת הקטין.

2. במקרה דנן, ההורים מסכימים למינוי ומעוניינים בו עוד מלידת הקטינים. זאת, בניגוד לפס"ד מרכז ולפס"ד פלוני, שבהם האב הביולוגי התנגד למינוי בת הזוג של האם לאפוטרופסית נוספת. המשיבים עתרו למינוי מכוח סעיף 68 (א) לחוק ולא מכוח סעיפים 28,29 ו – 33 לחוק הכשרות העוסקים במצב בו קיימת בעיה בתפקוד או בכשירות ההורים הביולוגים.

3. בקשת המשיבים היא "הגשמה של הזכות החוקתית להורות ולחיי משפחה". התוצאה המעשית של המינוי היא מתן ביטוי משפטי למציאות חיי הקטינים שהם אחים תאומים הגדלים בתא משפחתי שבו שני בני הזוג מגדלים אותם כשני אבות לכל דבר ועניין ללא הבדל וללא קשר לקשר הגנטי של מי מהם לקטינים. הקטינים מזהים את שני בני הזוג כאבותיהם וזו טובתם.

4. החששות שמעלה המערער לא נוגעים לקטינים דנן שרק טובתם עומדת על הפרק. כל זמן שהתא המשפחתי מתנהל על מי מנוחות, צו האפוטרופסות הכרחי על מנת לאפשר למי שמגדל את הילדים בפועל לבצע פעולות בסיסיות עבור הילדים, כגון לקחת אותם לקופת חולים או לרשום אותם לגן. אם יתעורר סכסוך, ממילא בית המשפט ייקח בחשבון את העובדה שהקטינים גדלו עם מטפל עיקרי שאינו מוכר כהורה שלהם. מורכבות ההחלטה שיהיה צורך לקבל לא תנבע מקיומו של צו האפוטרופסות אלא מהעובדה שהקטינים גדלים עם שלושה מבוגרים המשמשים כמטפלים העיקריים שלהם, ללא כל הבדל.

5. המשיבים נענו להצעת בית המשפט קמא שיוסכם על מינוי אפוטרופוס זמני לחמש שנים שיתחדש אם לא תהיה התנגדות ואולם המערער דחה הצעה זו. צו האפוטרופסות הוא הפיך וככל שבעתיד יחול שינוי, כל אחד מהמשיבים יוכל לפנות לבית המשפט בבקשה לשנות את מעמד האפוטרופוס.

6. היקף שיקול הדעת לפי סעיף 68 (א) לחוק הכשרות הוא רחב. הדרישה לקיומה של עילה מיוחדת וכבדת משקל למינוי אפוטרופוס נוסף קיימת כשהמינוי מצר את זכויותיו וחובותיו של ההורה הטבעי ביחס לילדו ופוגע באוטונומיה שלו. במקרה דנן, זכויות וחובות ההורים הביולוגים נשמרים במלואם ואין כל התנגדות מצד ההורים הביולוגים למינוי אפוטרופוס נוסף. אדרבא, שלושתם רוצים להגשים את זכותם לחיי משפחה וטובת הקטינים היא שמצבם המשפטי יהיה תואם למציאות חייהם.

7. שני בני הזוג מטפלים בקטינים ללא כל אבחנה וגם נקבע בתסקיר ש"בפועל קיימים שלושה הורים לתאומים". המלצת העו"ס שאין מקום למינוי אפוטרופוס נוסף, מהווה חריגה מתחום התמחותה היות שמדובר בשאלה משפטית ובצדק דחה ביהמ"ש קמא המלצה זו. נסיבות חיי הקטינים מהווה "סיבה מיוחדת" המצדיקה את מינוי בני הזוג לאפוטרופוסים לקטין שאינו הבן הביולוגי. מינוי זה לא גורע דבר מזכויות וחובות המשיבים האחרים. המינוי שומר על הקשר ההורי עם ההורים הביולוגים ולא פוגע בו. המינוי יאפשר לכל אחד מבני הזוג לקבל החלטות עבור הקטינים ולפעול עבורם כגון כשיש צורך בטיפול רפואי וכך תוגשם טובת הקטינים.

8. טובת הקטינים מחייבת את מתן הצו גם על מנת להבטיח את השוויון בין הקטינים ואת יחסי האחאות ביניהם. טענת המערער לפיה ייתכן שבעתיד יהיה קושי בקבלת החלטות היא טענה בעלמא. מדובר בחשש שלא נתמך בשום ראייה.

9. יישום נכון של הוראות הדין, המתחשב במציאות חייהם המיוחדת של הקטינים ובטובתם, מחייבת את הותרת צווי האפוטרופסות על כנם ודחיית הערעור ולחילופין שיינתן צו זמני למשך חמש שנים בלבד שיתחדש אוטומטית אחת לחמש שנים, אלא אם כן מי מהצדדים ייפנה בבקשה לבית המשפט לשינוי המצב.

ה. דיון והכרעה

1. בבע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים ואח'** (1.4.15) קבע כב' השופט הנדל כי:

"**במעבר מדין הטבע לטבע הדין נדרשת זהירות, פיקוח ומעורבות הדין...**".

כב' השופט הנדל גם ציין בבע"מ 3518/18, ביחס לקביעת הורות מכוח "זיקה לזיקה" כי:

"**יש להפעיל פתרון פסיקתי זה בזהירות רבה, תוך היצמדות מרבית לקווים העקרוניים שהתווה המחוקק... הזהירות הנדרשת בהגדרת ההורות על בסיס זיקה לזיקה נובעת גם משיקולים מהותיים – שכן, "ככל שמתרחקים ממודל ההולדה הטבעית" ופונים לפרוצדורות מורכבות יותר, ראוי להגביר את הפיקוח על התהליך, להגן על טובת היילוד העתידי, ולשמש לו קול...**".

"השקפתי היא כי על בית המשפט לצעוד בזהירות בענף זה של דיני המשפחה. דווקא מפני שבית המשפט צועד קדימה, ונאלץ לקבוע מסגרות לילדים החיים בתוכנו, הקצב חייב להיות מדוד".

2. כב' השופט ויצמן ציין בפס"ד מרכז כי:

...כאשר הנושא הנדון הוא צורתו של התא המשפחתי... סוגיה אשר לה השלכות חברתיות, אתיות וכלכליות משמעותיות ביותר וכאשר אין מצוקה פרטית המחייבת פתרון חירום, מהיר וחפוז, שהרי יש לילדים את הוריהם הביולוגיים בצד הכרתם האישית בנוכחות המערערת כנוכחות קיימת ומשמעותית, ראוי להותיר המלאכה בידי המחוקק, על מנת שיוכל ליצור מתווה מושכל כולל אשר יעשה אחר בחינת כלל ההשלכות העשויות לנבוע ממנו, שכן בניית מתווה משפטי תוך התייחסות למקרים פרטניים, עלולה ליצור חקיקה פסיקתית שאינה מאוזנת ואינה משקללת את כל הנדרש לכללו של הציבור".

3. המקרה דנן לא עוסק בבקשה לקביעת הורות משולשת אלא בשאלה מינורית יותר - מינוי אפוטרופוס נוסף במקרה שלקטין יש כבר שני הורים המשמשים כאפוטרופוסים טבעיים. ברם, חובת הזהירות וחובת הצניעות מוטלת על בית המשפט גם ביחס לשאלה שבפנינו. בתי המשפט הלכו כברת דרך ולעיתים יצאו מגדרם, על מנת לפתור ולו חלקית בעיות שהתעוררו כתוצאה מטכניקות ההולדה החדשות, במיוחד כשמדובר בילדים שנולדו לבני זוג מאותו מין. ההכרה בצווי הורות פסיקתיים מכוח זיקה לזיקה לבן הזוג שאינו ההורה הביולוגי, היא דוגמא מובהקת לכך. הכרה בצורת הורות מסוג זה והמאמצים המשפטיים הכבירים שנעשו על ידי הערכאות השונות, נועדו בראש ובראשונה לטובת הקטינים, שהרי עיקרון זה הוא "עמוד האש ועמוד הענן" של דיני המשפחה. ברם, כפי שציין כב' השופט מזוז בבע"מ 4880/18 **פלונית נ' היועמ"ש** (24.1.19), צו ההורות הפסיקתי הוא "**פתרון זמני תוצר של כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה אשר תעגן בדין את הזכות להורות בנסיבות להן יועד צו ההורות הפסיקתי ואת תנאיה, כפי שהדבר נעשה בחוק הפונדקאות ובחוק האימוץ**".

4. בניגוד לצו ההורות הפסיקתי שהוא כולו יציר הפסיקה (למעט במקרים שבהם חל **חוק הסכמים לנשיאת עוברים** (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו – 1996), מושג האפוטרופסות מעוגן בחוק הכשרות והוא קובע את הקריטריונים שבהם ניתן להפעיל מנגנון משפטי זה. גם המשיבים מסכימים שהוראות סעיפים 28,29,30 ו – 33 לחוק הכשרות לא חלות על מקרה דנן. שהרי בענייננו, לא מדובר על מצב שבו מת אחד ההורים חלילה או שאחד מהם לא יכול למלא את חובותיו, כך שאין אנו עוסקים באחד המקרים המפורטים

בסעיפים הנ"ל. הבסיס המשפטי שעליו רוצים המשיבים להיבנות וביהמ"ש קמא אף הוא השעין עליו את פסק הדין, הוא סעיף 68 (א) לחוק הכשרות.

5. סעיף זה, שכותרתו היא "**סמכות כללית לאמצעי שמירה**" קובע כי:

"**בית המשפט רשאי בכל עת... לבקשת צד מעוניין ואף מיוזמתו הוא, לנקוט אמצעים זמניים או קבועים הנראים לו לשמירת ענייניו של קטין...אם על ידי מנוי אפוטרופוס זמני או אפוטרופוס לדין ואם בדרך אחרת**...".

האם ניתן בהתבסס על סעיף זה למנות את בן הזוג של ההורה הביולוגי לאפוטרופוס נוסף – שלישי - לאחר שכבר קיימים שני הורים שהם אפוטרופוסים טבעיים?

6. בניגוד לעמדת בית המשפט קמא, אני סבור שבנסיבות התיק דנן התשובה שלילית. מינוי של אפוטרופוס נוסף לקטין ניתן לבצע רק במקרים המפורטים בסעיפים 28 או 29 לחוק הכשרות. מדובר ברשימה סגורה של מקרים שבהם כאמור, אחד משני האפוטרופוסים הטבעיים לא נמצא או אינו יכול לתפקד כשורה וסעיף 30 לחוק הכשרות קובע, שמינוי כזה יבוצע רק בנסיבות מיוחדות כשהדבר לטובת הקטין. מדובר במינוי קבוע שבא במקומו של מי שחדל לשמש כאפוטרופוס בנסיבות שמפורטות בסעיפים אלו.

7. סעיף 68(א) לחוק הכשרות לא בא לאפשר הרחבה של אפשרויות למינוי אפוטרופוס קבוע נוסף לקטין, שעה שמדובר במצב שבו לקטין שני הורים כשירים ומתפקדים ללא דופי אשר דואגים לכל צרכיו. סעיף זה הוא סעיף שיורי שנועד "**לשמור על ענייניו של קטין**" שעה שמתעורר בכך צורך זמני להבדיל מקבוע. דהיינו, כאשר טובת הקטין מחייבת פעולה חריגה על מנת להגן עליו. אינני שולל כי במקרים מסוימים כגון אם למשל אחד משני ההורים של הקטינים יעזוב את הארץ, יהיה מקום למנות אפוטרופוס שלישי לפי סעיף זה. ברם, בנסיבות מקרה דנן, שעה שלכל קטין שני הורים נפלאים הדואגים לכל צרכיו, אין הצדקה לשימוש בסעיף זה. כפי שנקבע בפס"ד מרכז: "**כשם שלא ניתן ליצור הורות באמצעות הסכם פרטי, כך לא ניתן ליצור אפוטרופסות על קטין בדרך זו אלא אך ורק בדרכים הקבועות בחוק**".

8. בתסקיר שהוגש לבית המשפט קמא נאמר שבני הזוג גרים קומה אחת מעל דירתה של האם. שלושת המשיבים מטפלים יחדיו בקטינים וכל ערב הם אוכלים ארוחת ערב יחדיו, מקלחים את הקטינים ומרדימים אותם. שלושתם מבלים יחד ומתארחים אצל המשפחות של כל אחד מהם. לעיתים הקטינים נמצאים בהשגחה וטיפול של אחד מהם ואולם

שלושתם מעורבים בגדול הילדים ולעיתים הם ישנים אצל האם ולעיתים אצל בני הזוג. בתסקיר נאמר כי:

"**הילדים מטופלים בצורה טובה מאוד וכל צרכיהם מסופקים במלואם... מדובר בתאומים אשר גדלים בסביבה מטפחת, תומכת, חמה ואוהבת. לכל ילד שני הורים אשר מטפלים בו היטב ולכן לפי הפרמטרים אותם אנו בודקים, אין עילה למינוי אפוטרופוס נוסף... הבקשה למינוי האב הלא ביולוגי כאפוטרופוס נוסף לכל ילד, לא נובעת מהגדרת צרכי הילדים למינוי זה, כלומר ההכרות שלנו עם המערכת המשפחתית לא זיהתה צורך קונקרטי או רגשי בזמן הזה למינוי זה... ובנסיבות אלו אין מקום למינוי אפוטרופוס נוסף**".

9. המשיבים טוענים שטובת הקטינים דורשת מינוי בן הזוג לאפוטרופוס שלישי. לטענתם, העדר מעמד לבן הזוג שאינו ביולוגי גורם לקשיים בטיפול בקטינים כגון בפנייה לקופת החולים או לרישום במוסדות החינוך. ברם, אני לא סבור כי קשיים אלו, מצדיקים שימוש בסעיף 68 (א) לחוק הכשרות והענקת מעמד של אפוטרופוס נוסף. ניתן לפתור ולו חלקית בעיות מסוג זה באמצעות ייפוי כוח או עריכת הסכם שיקבל תוקף של פסק דין. בפס"ד פלוני קבענו כי הסכמים מסוג זה מחייבים וניתנים לאכיפה. בנוסף, רוב המשפחות "מסתדרות" עם שני אפוטרופוסים ואין סיבה שדינם של המשיבים יהיה שונה. בצדק קבע ביהמ"ש קמא כי: "**בין אם איעתר לתביעה ובין אם הייתי מוצא לנכון לדחותה, הרי שבכך לא היה משום שינוי בסדרי עולמם של הקטינים**" (סעיף 19).

10. פס"ד ההורים האומנים שעליו מסתמכים המשיבים, הוא דוגמא למצב קיצון שבו טובת הקטינות חייבה מינוי אפוטרופוס נוסף, היות שהאב הביולוגי לא תפקד, האם נפטרה ולא היתה עילת אימוץ כדין. במקרה ייחודי זה, שבו היה צורך להעניק מעמד משפטי להורי האומנה שטיפלו בקטינות, ראוי והכרחי היה לעשות שימוש בסעיף 68 (א) לחוק הכשרות ולהקנות מעמד של אפוטרופוסים להורי האומנה. שהרי ללא מעמד זה, לא היה אדם שמוסמך לדאוג לקטינות מול הרשויות, היות שהקשר של הקטינות עם האב היה מצומצם ביותר. דוגמא זו דווקא מבהירה היטב שאפשרות השימוש בסעיף זה נעשית רק כשאין אפוטרופוסים טבעיים שיכולים לתפקד באופן מלא ולא במצב כמו במקרה דנן, שלכל קטין שני אפוטרופוסים טבעיים המתפקדים היטב.

11. זאת ועוד: אני סבור שיש מקום לחשש המערער שהכרה באפוטרופוס נוסף במקרים שבהם יש כבר שני אפוטרופוסים טבעיים, עלולה להביא לפגיעה בטובת הקטין במקרה "שהחבילה תתפרק" או שיתגלעו חילוקי דעות בין שלושת האפוטרופוסים. אין זה סוד

שמקרי הגירושין והפרידה של הורים נעשים שכיחים יותר ויותר. כיצד יוכרעו המחלוקות אם יהיו חילוקי דעות בין המשיבים? האם יהיה צורך בהסכמת שלושתם כמו אצל אפוטרופוסים ביולוגיים? האם הכרעות יתקבלו ברוב קולות? האם עמדת האפוטרופוסים הטבעיים תגבר על עמדתו של בן הזוג שאינו ההורה הביולוגי? שאלות כבדות משקל אלו שאין להן כיום תשובה ברורה בדין, עלולות להביא לריבוי מחלוקות שייפגעו בטובת הקטינים. לכן, בבואנו לשקול את היתרון במינוי אפוטרופוס שלישי כיום מבחינת טובת הקטינים לעומת החיסרון שמינוי זה עלול אולי להביא בעתיד, אי המינוי גובר. את הבעיות הטכניות כגון ייצוג ברישום לגן או בקופת החולים ניתן לפתור בד"כ באמצעות הסדרים חוזיים שאף ניתן לעגנם בפסק דין. מאידך, התסבוכות שעלולות להיווצר מכך שיהיו "שלוש דעות" ביחס לקטינים ככל שבעתיד יהיו מחלוקות בין המשיבים, גדולות פי כמה ועלולות לגרום נזק משמעותי ביותר לקטינים. ודוק: איני מפקפק כהוא זה בכך שכיום המצב אידיאלי וקיימת הרמוניה בין כל המשיבים. ברם, יש לשקול שיקולים רוחביים ומערכתיים ולכן יש לבחון את טובת הקטינים בכלל במבט כולל ומפוכח.

12. יתר על כן: פתיחת פתח למינוי אפוטרופוס שלישי במקרה כמו מקרה דנן, עלול להביא גם לדרישות למינוי אפוטרופוס רביעי או יותר. לדוגמא: טול מקרה שבו האם חייה בזוגיות עוד לפני תחילת הליך העיבור ולאחר שנולדו קטינים, מי שנמצא עמה בזוגיות מתפקד/ת כהורה נוסף לקטינים ומגדל/ת יחד עם האם ובני הזוג הגברים את הילדים במשותף. האם גם למי שנמצא בזוגיות עם האם תהיה זכות להיות אפוטרופוס/ית רביעי/ת לקטינים? לכאורה, הטיפול בקטינים נעשה כמו על ידי האם וכמו על ידי האב הביולוגי ובן זוגו, מדוע לכאורה שבית המשפט לא ימנה אפוטרופוס/ית נוסף? מדוע תיגרע הזכות של מי שנמצא בזוגיות עם האם מזכותו של בן הזוג של האב?

13. בנוסף, עלולה לעלות דרישה אף מצד בני זוג שמגדלים כהורים לכל דבר את ילדו או ילדיהם של בן זוגם, לקבל מעמד של אפוטרופוס על הילדים. במקרים כגון אלו שבהם האב הביולוגי לא בקשר עם הקטין או שהוא מתגורר בחו"ל והקטין אף קורא לבן הזוג "אבא" או "אמא", האם גם אז טובת הקטין תהיה למנות אפוטרופוס נוסף על מנת שיהיה יותר קל בפעולות מול המוסדות השונים? שאלות אלו מלמדות כי קביעת הגבולות והמצבים שבהם ניתן למנות אפוטרופוס שלישי צריכה להיות בהתאם לקביעת המחוקק וכל עוד המחוקק הגביל בחוק הכשרות את המצבים שבהם ניתן למנות אפוטרופוס נוסף למקרים ספציפיים, אין מקום לעשות שימוש "בסעיף הסל" - סעיף 68 (א) לחוק הכשרות - אלא במקרים מיוחדים שטובת הקטין מחייבת הוספת אפוטרופוס שלישי.

14. אני סבור גם, שמאחר שממילא נקבע שבן הזוג של ההורה הביולוגי אינו מוגדר הורה והוא אינו רשום כהורה, אי מינויו לאפוטרופוס לא יפגע בקטינים. המינוי לא יגרום ל"הידוק" יחסי האחאות ולשוויון בין הקטינים כפי שטוענים המשיבים. שהרי, הקטינים יודעים או יידעו כשיגדלו, שלכל אחד מהם יש רק אבא אחד ואמא אחת מבחינה רישומית, מאחר שהמצב המשפטי בארץ כיום לא מכיר בהורות משולשת. לכן, התועלת שתצמח לקטינים אם גם בן זוגו של ההורה ימונה כאפוטרופוס לא יביא ממילא לשוויון בין האחים, שהרי לכל אחד אב ביולוגי אחר. השוויון בין הקטינים יבוא לידי ביטוי בהמשך התנהלותם השוויונית של בני הזוג כלפי הילדים ללא קשר למטען הגנטי. "תווית" של אפוטרופוס נוסף אולי תקל על ענייני פרוצדורה ומנהלות שעל בני הזוג לבצע ואולם היא לא תוסיף דבר מהותי לקטינים. הוודאות בטיב הקשר בין בן הזוג לבין הקטין שאינו ילדו הביולוגי, תבחן במעשיו והתנהלותו בפועל ולא בתווית של אפוטרופוס שעם כל חשיבותה, היא גם הפיכה.

15. **סיכומו של דבר**: אמליץ לחברי לקבל את הערעור ולבטל את צווי האפוטרופסות שהעניק בית המשפט קמא. כמו כן, מאחר שמדובר בשאלה משפטית חדשה והיות שאין לי ספק שתביעת המשיבים נעשתה בתום לב ולאור תחושה כנה ואמיתית שהגשתה עולה בקנה אחד עם טובת הקטינים, אציע שלא יהיה צו להוצאות.

נפתלי שילה, שופטת

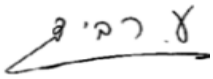
<u>השופט שאול שוחט, סגן הנשיא, אב"ד</u>:

אני מסכים.

שאול שוחט, שופט,
סג"נ, אב"ד

<u>השופטת עינת רביד</u>:

אני מסכימה.



עינת רביד, שופטת

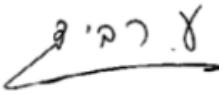
הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נפתלי שילה.

פסק הדין מותר לפרסום בכפוף להשמטת פרטים מזהים.

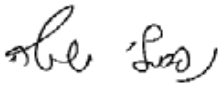
ניתן היום, כ"ג טבת תשפ"א, 07 ינואר 2021, בהעדר הצדדים.



שאול שוחט, שופט, סגן הנשיא אב"ד



עינת רביד, שופטת



נפתלי שילה, שופט