

## הורות, פונדקאות, והמדינה שביניהן

### חיים אברהם\*

הליך פונדקאות מאפשר ליחידים ולזוגות להקים משפחה. בישראל הליך זה מוסדר זה עשרים שנה בחוק, ולפיו גבר ואישה שהם בני זוג המעוניינים להתקשר בהסכם פונדקאות נדרשים לעמוד בפני ועדה סטטוטורית לשם אישור ההליך. חוק זה אמנם הביא לקצה את מצוקתם של זוגות רבים, אך בשל לשונו, פנייה לוועדה אפשרית אך ורק לזוגות הטרנסקסואלים. בכך נמנעת האפשרות להקמת משפחה מיחידים וזוגות להט"בים, תוך כדי פגיעה בזכותם להורות העולה כדי אפליה בלתי מידתית מחמת מין, נטייה מינית ומעמד אישי. בחיבור זה יסקרו וינתחו ההתפתחויות המשפטיות והחברתיות הנוגעות להורות ופונדקאות בישראל במטרה להראות כי החוק הקיים מפלה יחידים ובני זוג בני אותו המין, תוך פגיעה שאינה מידתית בזכותם להורות ולשוויון והפרת חובותיה הנגטיביות והפוזיטיביות של המדינה.

א. מבוא. ב. הזכות להורות. ג. חוק הפונדקאות – מאז ועד היום; 1. עניין משפחה חדשה; 2. ועדת אינסלר; 3. עניין ארד-פנקס ועניין הוועדה לאישור הסכמים; 4. ועדת מור-יוסף; 5. פונדקאות חו"ל ועניין מוט-מגד; 6. הצעות החוק; 7. עניין משה. ד. מידתיות הפגיעה בזכות להורות. ה. שינויים חברתיים ומשפטיים בתפיסת התא המשפחתי. ו. חובתה הפוזיטיבית של המדינה לסייע למימוש הזכות להורות באמצעות פונדקאות. ז. ההסדר המוצע. ח. סיכום.

### א. מבוא

מאמצע שנות השמונים החלו לטפל בישראל בבעיות פוריות באמצעות טכנולוגיות מתקדמות של הפריה חוץ-גופית בכלל ופונדקאות בפרט. טכנולוגיות אלו מאפשרות לזוגות שאינם יכולים להביא ילדים לעולם בעצמם לממש שאיפה זו, בין היתר באמצעות אם פונדקאית, אשר מתעברת ומביאה לעולם ילד הנושא מטען גנטי של אחד מההורים לפחות. בדרך זו מאות זוגות בישראל הקימו משפחה, דבר שנבצר מהם עד אז.

\* תלמיד לתואר שלישי במשפטים באוניברסיטת טורונטו, ושותף-מייסד של הקבוצה הירושלמית לקידום זכויות להט"ב. ברצוני להודות למיכאל בירנהק, לאלידור בליטנר, לעמרי בן-צבי, לתמר גדרון, לאלון הראל, להדי ויטרבו, לאסף וייס, לחגי קלעי, לעדן שריד ולחברי מערכת כתב העת חוקים על הערותיהם המועילות.

אולם לא כל הזוגות זכו להיעזר בטיפולים החדשניים הללו בשל ההגבלות שהוגדרו בתקנות בריאות העם (הפרייה חוץ-גופית) שבהן נקבע כי ביצית מופרית תושלל רק באם היילוד, וכי הפרייה הביצית תיעשה רק מזרעו של אב היילוד.<sup>1</sup> התקנות הובילו למצב שבו אנשים רבים לא יכלו לעבור את טיפולי הפוריות בארץ, והם נדרשו לשאת בעלויות הגבוהות של קיומם בחו"ל. רבים התקשו לעמוד בעלויות אלה ולחלקם זה אף היה בלתי אפשרי. בעקבות מספר עתירות לבית המשפט העליון<sup>2</sup> בוטלו תקנות בריאות העם, ומונתה ועדת אלוני, שמטרתה הייתה בחינת ההיבטים המשפטיים, החברתיים, האתיים וההלכתיים בכל הקשור לטיפולי הפרייה.<sup>3</sup> הוועדה הגיעה למסקנה כי יש להסדיר את הסכמי הפונדקאות בחוק, ובעקבות כך התקבלה ב־7 במרץ 1996 הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים.<sup>4</sup> החוק דורש מבני זוג המבקשים לעבור טיפולי הפרייה לקבל את אישורה של ועדה סטטוטורית ובעלת סמכויות מעין-שיפוטיות,<sup>5</sup> המורכבת מפסיכולוגים, סוציולוגים, רופאים ואיש דת (להלן: ועדת האישורים או הוועדה). הוועדה בוחנת את מידת כשירות המועמדים לשמש כהורים ומאשרת או פוסלת אותם להתקשרות בהסכם פונדקאות.

עם זאת החוק לא פתר את הבעיה המשפטית שהובילה לעתירות נגד תקנות בריאות העם – הגדרה מצומצמת של הזכאים לטיפול פוריות. בשל ההגדרה המצומצמת הקיימת בחוק דנן פניותיהם של רבים נפסלות על הסף ואינן מובאות לפני הוועדה לבחינה פרטנית. הם אינם זכאים לעבור טיפולי פוריות בארץ, ונדרשים לשאת בעלויות הגבוהות של קיומם בחו"ל או לוותר על הקמת משפחה בעלת קרבת דם. משכך, ההגדרה המצומצמת של הורים מיועדים פוגעת בזכות להורות ובעקרון השוויון.

חיבור זה יראה כי הפגיעה בזכויות דנן עולה כדי אפליה בלתי מידתית, המפרה את חובותיה הפוזיטיביות והנגטיביות של המדינה. מהלך החיבור יהיה כדלקמן: פרק ב יבחן האם קיימת זכות להורות, והאם היא חלה גם על הורות הזקוקה להליך פונדקאות. פרק ג יסקור את ההתפתחויות המשפטיות לאחר קבלת חוק הפונדקאות כדי לעמוד על המצב המשפטי הנתון כיום. פרק ד יבחן אם פגיעה בזכות להורות ובעקרון השוויון נעשית בגדרי מתחם הסכירות והמידתיות, ונראה כי יש להשיב על כך בשלילה. פרק ה יעמוד על השינויים החברתיים

- 1 ס' 11, 13 לתקנות בריאות העם (הפרייה חוץ-גופית), התשמ"ז–1987, ק"ת 5035 (להלן: תקנות בריאות העם או התקנות).
- 2 בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 22.2.1995); בג"ץ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות (לא פורסם).
- 3 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה הציבורית – מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית (1994) (להלן: ועדת אלוני).
- 4 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם מעמד היילוד), התשנ"ו–1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות או החוק).
- 5 בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים, פס" 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 26.7.2011) (להלן: עניין הוועדה לאישור הסכמים); ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 377–378 (1965).

והמשפטיים המצביעים על שינוי בתפיסת התא המשפחתי בישראל, הכולל היום גם תאים משפחתיים שאינם "מסורתיים", זאת כדי להפריך טענות השוללות הכרה בזכאותם של תאים אלו להיזקק להליך הפונדקאות בשל החשש לערעור מוסד המשפחה. פרק ו יראה כי המדינה התחייבה לפעול פוזיטיבית לסייע לפרטים לממש את זכותם להורות, ומשכך עליה לסייע באופן התואם את עקרון השוויון. פרק ז יציע תיקון לחוק. פרק ח יסכם חיבור זה.

## ב. הזכות להורות

הזכות להורות מוכרת במשפט הישראלי כזכות יסוד חוקתית. "היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם".<sup>6</sup> אכן, אין מחלוקת, כי הזכות להיות הורה היא זכות יסוד חוקתית, העומדת לכל איש ואישה מעצם היותם בני אדם.<sup>7</sup> לא בכדי הורות נתפסת כזכות אדם בסיסית, והכמיהה אליה מוכרת כבר במקורותינו הקדומים.<sup>8</sup> כך למשל מתואר הכאב הרב והעוגמה המלווים את אי-היכולת להעמיד צאצאים בדברי רחל ליעקב: "ותרא רחל כי לא ילדה [...] ותאמר אל יעקב הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי".<sup>9</sup> בדומה, רבי יהושע בן לוי אמר כי "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת".<sup>10</sup> בשל חשיבותה זכתה הזכות להורות להגנה ולעיגון במישור המשפטי הבינלאומי בהצהרת זכויות האדם של האו"ם,<sup>11</sup> באמנה בדבר הזכויות הכלכליות, החברתיות והתרבותיות<sup>12</sup> ובאמנה

- 6 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419, 447 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה).
- 7 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 775 (1996); עניין הועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, פס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 16-21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.3.2009); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 5.2.2013); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פס' 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.4.2011); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006); ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פס' 12-15 לפסק דינה של השופטת ארד (פורסם בנבו, 4.11.2008).
- 8 בראשית א 28.
- 9 בראשית ל 1.
- 10 בבלי, נדרים סד, ב.
- 11 "Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution [...] The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State" (Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 (III) A, art. 12, 16, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948), [available at www.un.org/en/documents/udhr](http://www.un.org/en/documents/udhr)).
- 12 "The States Parties to the present Covenant recognize that [...] [t]he widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and

האירופית להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד.<sup>13</sup> ממקורות אלו עולה כי הזכות להורות היא זכות אדם בסיסית ומשמעותית העומדת לכל איש ואישה. אולם לעומת ביסוסה של הזכות להורות כזכות חוקתית, בעלת שורשים עמוקים בכלל התרבות האנושית, נראה כי יש מחלוקת באשר להיקפה: אם היא כוללת הורות הנזקקת להליכי הפריה מלאכותיים, וכן אם חלה על המדינה חובה פוזיטיבית לסייע להגשמתה. ועדת אלוני חיוותה דעתה בנושא זה וציינה כי יש לאמץ בישראל את התפיסה המקובלת בארצות הברית והיא שהזכות להורות היא זכות נגטיבית, ולכן אין להפריע להעמדת צאצאים, אך אין מוטלת על המדינה חובה לסייע להליך.<sup>14</sup> מנגד בפסיקת בית המשפט העליון נקבע לאחרונה כי לזכות

fundamental group unit of society, particularly for its establishment” (International Covenant on Civil and Political Rights, art. 10(1), Dec. 16, 1966, 99 U.N.T.S. 171, available at [www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx](http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx))

13 “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others” (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art.8, Nov. 28, 1950, 213 U.N.T.S 221, available at [www.conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm](http://www.conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm)) והשוו *Dickson v. The United Kingdom*, 2007-V, Eur. Ct. H.R. 1

14 ועדת אלוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11. התיקון ה-14 לחוקת ארצות הברית מכיר בזכותם של כל אזרחיה לחיים, חופש וקניין, ואל למדינה לשלול זכויות אלו ללא קיום הליך הוגן ( U.S. CONST. §14, amend. XIV). תיקון זה פורש על ידי בית המשפט כמעניק זכות בסיסית לכל אדם להינשא ולהעמיד צאצאים, וכן פורש כי המדינה מחויבת להליך הוגן באם היא מעוניינת לשלול זכויות אלו. ראו *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1972); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942). הווה אומר שאין המדינה יכולה לשלול זכויות הוריות על הסף, או ללא שימוע (עניין *Stanley*, שם, בעמ' 651). יתרה מכך, בעניין *Baby M* קבע בית המשפט העליון של ניו-ג'רזי כי הזכות להורות היא הזכות להביא לעולם ילדים בעלי מטען גנטי של הוריהם, אם באמצעות יחסי מין ואם באמצעות הפריה מלאכותית (*In re Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988)). נראה כי בארצות הברית הזכות להורות היא זכות נגטיבית, העומדת לכל גבר ואישה גם כאשר מימושה נעשה באמצעות הליכי הפריה מלאכותית, ואין למדינה סמכות לשלול אותה ללא הליך הוגן. ראו *Pinhas Shifman, The Right to Parenthood and the Best Interests of the Child: A Perspective on Surrogate Motherhood in Jewish and Israeli Law*, 4 N.Y.L. SCH. HUM. RTS. ANN. 555, 562 (1986). עם זאת, ישנה מחלוקת לגבי היקף זכות זו במצבים בהם נדרש סיוע טכנולוגי-רפואי למימושה. ראו למשל *MARY WARNOCK, MAKING BABIES: IS THERE A RIGHT TO HAVE CHILDREN?* 85 (2002); *Ann Massie, Regulating Choice: A Constitutional Law Response to Professor John A. Robertson's Children of Choice*, 52 WASH & LEE L. REV. 135 (1995); *William C. Duncan, Speaking Up For Marriage*, 32 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 915, 930 (2009).

בתוך כך ניתן לטעון כי בעוד לא מוטלת חובה לסייע לפרטים לממש את זכותם להורות מלכתחילה, המדינה קיבלה על עצמה התחייבויות אלו. כך למשל, בחוק ביטוח בריאות ממלכתי נקבעו מספר

להורות היבטים נגטיביים ופוזיטיביים כאחד.<sup>15</sup> בתוך כך איננו נדרשים להכריע אם הזכות להורות כוללת את הזכות לפונדקאות, משום שחוק הסכמים לנשיאת עוברים מכיר בזכות לקיום ההליך.<sup>16</sup> לכן יש לשאול שתי שאלות: הראשונה, אם ההסדר הקיים היום בחוק הפונדקאות גורם להפרת חובתה הנגטיבית של המדינה להימנע מפגיעה בזכותו החוקתית של כל אדם להעמיד צאצאים במניעתו מכל מי שאינם איש ואישה שהם בני זוג להיזקק להליך פונדקאות בישראל; השנייה, ככל שהמדינה מפרה את חובתה הנגטיבית, האם הפגיעה בזכות להורות נעשית לפי הדרישות הקיימות בדין. להלן נראה כי יש לענות על השאלה הראשונה בחיוב ועל השאלה השנייה בשלילה.

### ג. חוק הפונדקאות – מאז ועד היום

המשפט אינו קופא על שמריו. שינויים תרבותיים וטכנולוגיים משפיעים על הדין, כשם שלדין היכולת לחולל שינויים תרבותיים ולאפשר התפתחויות טכנולוגיות או לעכבן. האפשרות להיזקק לטיפולי פריון בכלל ולפונדקאות בפרט אינה חריג לכלל זה. ללא החוקים המסדירים את טיפולי הפריון, לכאורה לכל אדם הייתה עומדת האפשרות להיזקק לטיפולים אלו.<sup>17</sup> אולם לאחר שכונו החוקים ונקבעו ההסדרים, ננעלו שערי בתי החולים, ומעתה רק העומדים בתנאי הדין יכולים לפתוח אותם. הנותרים ללא מענה אינם עומדים מנגד, והם פועלים לשינוי הדין הקיים הן

- 
- עקרונות והסדרים נורמטיביים שרלוונטיים לענייננו (חוק ביטוח הבריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994).  
 ס' 1 לחוק קובע כי "ביטוח הבריאות הממלכתי לפי חוק זה, יהא מושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית"; בנוסף, ס' 6(ד) לתוספת השנייה לחוק זה קובע כי המדינה תממן טיפולי הפרייה חוץ-גופית "לצורך הולדת ילד ראשון ושני, לבני זוג שלהם אין ילדים בנישואיהם הנוכחיים וכן, לאישה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד הורית". אם כן, בחוק זה המדינה התחייבה לסייע לתושביה לממן את טיפולי הפרייה החוץ-גופית בהינתן שהם עונים לתנאי החוק. דהיינו, המדינה התחייבה לסייע לפרטים לממש את זכותם להורות, ולכן מוטלת עליה חובה פוזיטיבית לסייע לפרטים לממש את זכותם להורות בהתאם לתנאי החוק. ראו להלן פרק ו.
- 15 בג"ץ 5771/12 משה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פס' ל"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 30 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 18.9.2014); עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש ופס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; בג"ץ 4293/01, לעיל ה"ש 7, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' כ"ז, כ"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.2.2013).
- 16 לדיון מעמיק בשאלה האם הזכות להורות כוללת גם הורות בסיוע ראו זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" משפטים על אתר ח 1 (2015), והשוו ביקורתו של חגי קלעי על התיוג המוטעה של פונדקאות כחוסה תחת הפן הפוזיטיבי של הזכות להורות ולא תחת הפן הנגטיבי, בהיותה זכות חוקתית נגטיבית: חגי קלעי "הורים חשודים: פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונורמטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממט-מגד נ' שר הפנים" מבזקי הארות פסיקה 5, 28, 19–20 (2014).
- 17 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 445.

באמצעים משפטיים והן באמצעים חברתיים. להלן אעמוד על ההתפתחויות המשפטיות המשפיעות על זהותם של הזכאים להיזקק להליך הפונדקאות.

## 1. עניין משפחה חדשה

שש שנים לאחר קבלת חוק הפונדקאות הוגשה העתירה הראשונה נגד הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים. במקרה דנן אישה רווקה וללא בן זוג שרחמה נכרת עתרה לבית המשפט העליון בבקשה לממש את זכותה להורות באמצעות הליך הפונדקאות, לאחר שנשאבו ביציות מגופה והופרו מתורם אנונימי.<sup>18</sup> ועדת האישיורים החליטה לדחות את בקשת העותרת על הסף – בלי לדון בה לגופה – משום שאין לעותרת בן זוג.<sup>19</sup> בית המשפט פסק כי החוק מפלה ופוגע בזכותה החוקתית של העותרת להורות.<sup>20</sup> עוד נקבע כי זכות זו היא זכות נגיבית, ולכן מוטלת על המדינה חובה להימנע מהפרעה למימוש זכות זו.<sup>21</sup> ברם חרף הפגיעה בזכות להורות לא פסק בית המשפט לטובת העותרת, מאחר שראה בפגיעה מידתית בשל היות הפונדקאות "תופעה חדשה... [ה]כורכת היא בעקביה שאלות קשות מתחום המוסר, החברה, הדת ועוד", וכן בשל חוסר הניסיון באשר להליך והשפעותיו.<sup>22</sup> מסיבות אלו דחה את האפשרות להעניק סעד לעותרת, אך המליץ לבחון את ההסדר הקיים בעתיד.<sup>23</sup>

## 2. ועדת אינסלר

הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים מונתה בידי שר הבריאות דאז דני נוה, בעקבות המלצת בית המשפט. מטרת הוועדה הייתה לבחון את "סוגיית הרחבת מעגל הזכאות שלפי החוק, וזאת לעניין נשים המעוניינות להביא ילד לעולם באמצעות אם נושאת שלא מזרע בן זוגם, בין אם המדובר בזרע של גבר המוכר להן, ובין אם מדובר בתרומת זרע אנונימית מבנק הזרע".<sup>24</sup>

דעת הרוב של הוועדה קבעה כי יש להמתין טרם הרחבת מעגל הזכאים להליך לפי החוק עד שיירכש ניסיון נוסף הנוגע להליך ולהשפעותיו.<sup>25</sup> בתוך כך העדיפה הוועדה שלא להכריע בשאלת קיומה של אפליה בחוק של כל מי שאינם זכאים להליך לפי החוק, אולם דעת הרוב קבעה כי אין מדובר כלל באפליה אלא ביחס שונה לפרטים שונים.<sup>26</sup> יתר על כן, דעת הרוב קבעה

18 שם, בעמ' 429.

19 שם.

20 שם, בעמ' 438–440, 446, 453–454.

21 שם, בעמ' 448–449, 456.

22 שם, בעמ' 461.

23 שם, בעמ' 447–448, 456.

24 משרד הבריאות דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים (2004) (להלן: ועדת אינסלר).

25 שם, בעמ' 11.

26 שם, בעמ' 6–7.

כי "חוק הפונדקאות נועד כדי לאפשר גישה ל'טכנולוגיית קצה' לנשים הסובלות ממצב פתולוגי המונע בעדן מללדת, למרות ניצול לא־פשוט של גוף האם הפונדקאית".<sup>27</sup> עוד קבעה דעת הרוב כי בעיות רפואיות, חברתיות, פסיכולוגיות ודתיות הנובעות מתרומה אנונימית של זרע או ביצית לא יהיו מכשול לאחר הסדרת רישום תרומות אנונימיות, ולכן יהיה ניתן לשנות את חוק הפונדקאות באופן שיתאפשר להיזקק לו גם באמצעות תורמים אנונימיים וגם במקרים שבהם רחם האם נכרת והאב אינו פורה.<sup>28</sup> בנוסף קבעה הוועדה כי אכן יש להתחשב בטובת הילד, אולם לא ברור כלל כיצד לבחון אם טובתם של ילדים לאימהות חד־הוריות נפגעת ביחס למקביליהם בעלי המשפחה המסורתית, ואין עדות חד־משמעית שאכן טובתם של ילדים לאימהות חד־הוריות נפגעת כלל.<sup>29</sup> מסיבות אלו וכן בשל מספרן הקטן של הנשים הנפגעות מן ההסדר הקיים ומהשלכותיו האפשריות, דחתה דעת הרוב את שינוי החוק.<sup>30</sup>

דעת המיעוט של הוועדה קבעה כי יש לשנות את החוק באופן שיתאפשר לנשים ללא בני זוג להיזקק להליך הפונדקאות, מכמה סיבות:<sup>31</sup> ראשית, בשל מספרן הקטן של נשים המבקשות (ונדרשות) להיזקק להליך הפונדקאות ללא בן זוג, "הסכנות הרפואיות, החברתיות, הפסיכולוגיות והדתיות הקשורות בהסדר פונדקאות בכלל ובהסדר הכולל נשים שאין להן בן־זוג בפרט הן שוליות שבשוליות".<sup>32</sup> שנית, לא רק שאין הוכחות שטובת הילדים הנולדים מהליך זה תיפגע, ושהחלופה העומדת בפני הילדים היא להיוולד למשפחה חד־הורית או לא להיוולד כלל, החברה הישראלית אימצה את תופעת ההורות היחידנית, ולכן הגבלת רווקות הנזקקות להסכם פונדקאות כדי ללדת נראית לא צודקת.<sup>33</sup> שלישית, ההסדר הקיים בחוק מפלה, מאחר שהחוק נועד לאפשר לנשים הסובלות ממצב פתולוגי לממש את זכותן להורות; קיומו או אי־קיומו של בן זוג אינו רלוונטי כקריטריון לזכאות לפונדקאות, ולצורך זה אין הבדל בין שתי נשים חסרות רחם, שלאחת מהן יש בן זוג ואילו השנייה בודדה, ואין חשש שהרחבתו של החוק הקיים תוביל לתביעה של גברים (זוגות הומוסקסואלים או יחידים) לקבל שירות פונדקאות, "שכן אי־יכולתם של גברים לשאת היריון אינו בשום פנים ואופן יכול להיחשב בגדר פתולוגיה".<sup>34</sup> לבסוף, דעת המיעוט קובעת כי מניעת פונדקאות משתי נשים בשנה (בממוצע) היא עוול, במיוחד כשמאות או אלפי נשים בכל שנה זכאיות לתרומת זרע אנונימית בלי לעורר בעיות רפואיות, חברתיות ודתיות.<sup>35</sup>

שם, בעמ' 7.	27
שם, בעמ' 7-8.	28
שם, בעמ' 8-10.	29
שם, בעמ' 10.	30
שם, בעמ' 15.	31
שם, בעמ' 13.	32
שם, בעמ' 13-14.	33
שם, בעמ' 14.	34
שם, בעמ' 15.	35

חשוב לציין כי דעת הרוב של הוועדה אינה מתיישבת עם קביעת בית המשפט בעניין משפחה חדשה בשני מובנים: במובן האחד, קביעת הוועדה שהחוק הקיים אינו מפלה<sup>36</sup> אינה מתיישבת עם קביעתו ההפוכה של בית המשפט. השופט חשין, למשל, קובע כי "חוק הפונדקאות מפלה לרעה – ולו לכאורה – נשים יחידות".<sup>37</sup> בדומה לזה, השופטת שטרסברג-כהן קובעת כי "אף שניתן להסביר את ההגבלה שהציב החוק, לא נראה לי כי ניתן להצדיקה. היא גורמת לאפליה בלתי מוצדקת ובלתי ראויה, באשר היא פוגעת בשוויון, שהוא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית, לפיכך נדרשת בחינתה מחדש ותיקונה".<sup>38</sup> למעשה, כל שופטי המותב, להוציא את השופט אנגלרד, רואים בהסדר הקיים בחוק הפונדקאות הסדר מפלה, ורק השופט אנגלרד טוען כי אין מדובר כלל באפליה מאחר ש"אין כאן אי-שוויון בין שווים, אלא שונות בין שונים".<sup>39</sup> לכן דעת הרוב של ועדת אינסלר אימצה למעשה את דעת המיעוט בעניין משפחה חדשה. במובן השני, הוועדה קבעה כי "חוק הפונדקאות נועד כדי לאפשר גישה ל'טכנולוגיית קצה' לנשים הסובלות ממצב פתולוגי המונע בעדן מללדת, למרות ניצול לא-פשוט של גוף האם הפונדקאית".<sup>40</sup> קביעה זו הועלתה בעניין משפחה חדשה ונדחתה בידי השופט חשין משני טעמים – ראשית, אלמלא חוק הפונדקאות היה ההליך פתוח לכול, ולכן מניעת השימוש בו היא הדורשת הסבר והצדקה; שנית, "בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר באותה טכנולוגיה. בידענו כל זאת נתקשה להסכים לטיעונה של המדינה כי תהליך הפונדקאות נמצא 'בקצה הקיצוני ביותר של מידרג הזכות להורות'".<sup>41</sup>

לצד עבודת ועדת אינסלר, ואף לאחר פרסום המלצותיה, הוגשו חמש הצעות חוק פרטיות אשר ביקשו לתקן את הגדרת ההורים המיועדים בחוק הפונדקאות, וזאת בתגובה לפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין משפחה חדשה.<sup>42</sup> אולם היקף התיקון משתנה מהצעה להצעה: בשתיים מהצעות החוק<sup>43</sup> הוצע לתקנו באופן שנוסף על איש ואישה שהם בני זוג יתאפשר גם

36 שם, בעמ' 6–7.

37 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 461.

38 שם, בעמ' 467.

39 שם, בעמ' 479.

40 ועדת אינסלר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 7.

41 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 444–445, 447.

42 הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים), התשס"ג–2003, פ/117 (להלן: פ/117); הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים), התשס"ג–2003, פ/129 (להלן: פ/129); הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (תיקון – הורים מיועדים), התשס"ג–2003, פ/1485 (להלן: פ/1485); הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים), התשס"ג–2003, פ/1595 (להלן: פ/1595); הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים), התשס"ו–2006, פ/511 (להלן: פ/511).

43 פ/117, לעיל ה"ש 42; פ/129, לעיל ה"ש 42.



לנשים יחידות להתקשר בהסכם פונדקאות; בשתי הצעות חוק אחרות<sup>44</sup> הוצע כי פונדקאות תתאפשר ליחידים מבלי הצורך בבני זוג כלל; בהצעת חוק נוספת<sup>45</sup> הוצע להרחיב את הגדרת ההורים המיועדים באופן שהיא תכלול איש ואישה שהם בני זוג, ידועים בציבור ויחידים. המכנה המשותף של כלל הצעות חוק אלו, מלבד העובדה שהן לא צלחו קריאה טרומית, טמון בדברי ההסבר להן. הסיבה לכל אחת ואחת מהן היא הכרה בקיומה של אפליה בחקיקה הקיימת והרצון לתקן את המעוות.<sup>46</sup>

### 3. עניין ארד-פנקס ועניין הוועדה לאישור הסכמים

חרף המלצות ועדת אינסלר והצעות החקיקה השונות לא תוקן חוק הפונדקאות, ובשנת 2010 עתרו לבית המשפט העליון שני זוגות נגד הוועדה לאישור הסכמים. במקרה הראשון, בני הזוג ארד-פנקס עתרו לבית המשפט בבקשה כי יורה לוועדה לאישור הסכמים להכיר בהם כבני זוג כנדרש בחוק על אף היותם זוג גברים, לשם קיום הליך הפונדקאות בארץ.<sup>47</sup> אמנם המדינה התנגדה שבית המשפט ייתן סעד לעותרים בטענה כי הנושא מורכב וראוי להכרעה בבית המחוקקים, אך היא גילתה נכונות להכיר בהתרחבות מושג המשפחה באופן התואם את תקופתנו, מאחר ש"השינויים החברתיים והתרבותיים, ההתפתחות הטכנולוגית, ההפרדה בין הורות ביולוגית להורות חברתית – כל אלו מערערים את הנחות היסוד שמלכו בכיפה בנוגע למהותה של משפחה".<sup>48</sup> עמדה זו מתרחקת מדעת הרוב של ועדת אינסלר ואף פותחת פתח להכרה באפשרות שגברים יזקקו להליך הפונדקאות – אפשרות אשר אפילו דעת המיעוט של ועדת אינסלר פוסלת. ברם בית המשפט לא נדרש להכריע במקרה זה בשל הקמת הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל (שאדון במסקנותיה להלן), שהובילה למשיכת העתירה.<sup>49</sup>

במקרה השני ביקשו בני זוג הטרוסקסואלים ונשואים להביא ילד רביעי באמצעות הפונדקאות לאחר שרחמה של האישה נכרת.<sup>50</sup> פנייתם של בני הזוג לוועדה נפסלה על הסף, מאחר שטרם כריתת רחמה של האישה הם הביאו צאצאים לעולם. לטענת הוועדה, הליך הפונדקאות הוא הליך חריג ונדיר המצוי בקצה הקיצוני ביותר של מדרג "הזכות להורות", שאינו אמור להפוך לפתרון שגרתית בכל מקרה של בעיות פוריות, בייחוד כשמדובר בזוגות אשר שכבר

44 פ/1485, לעיל ה"ש 42; פ/511, לעיל ה"ש 42.

45 פ/1595, לעיל ה"ש 42.

46 אם כי הצעות חוק המיישמות את הערות בית המשפט העליון יישום צר, קרי תיקון החוק באופן שתתאפשר פונדקאות גם לנשים יחידות בלבד, דווקא מעצימות את האפליה, ועל כך יורחב בהמשך.

47 בג"ץ 1078/10 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010).

48 אביעד גליקמן "המדינה: על הכנסת לדון בפונדקאות לחד מיניים" [www.ynet.co. 25.3.2010 ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3868194,00.html)

49 עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 47.

50 עניין הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

יש להם ילדים משלהם. מנגד, העותרים טענו כי נדרש נימוק מכריע למניעת מימוש זכותם להורות באמצעות טכנולוגיות פריון מתקדמות, וכי מספר הילדים שהעמידו אינו חלק מתנאי הסף הקבועים בחוק המאפשרים פסילתם.<sup>51</sup>

השופט ריבלין קבע כי הליך הפונדקאות זוכה לעיגון חוקי זה שנים רבות, כשהשיקולים השונים הדורשים איזון בין הזכויות והאינטרסים השונים העולים בהליך זה נשקלו והגיעו לכדי פתרון בדמות חוק הסכמים לנשיאת עוברים.<sup>52</sup> לכן נקודת המוצא לדיון בנושא הפונדקאות אינה בחינה מחודשת בוועדה לאישור הסכמים של האינטרסים השונים שעשויים להתנגש, אלא ההסדר הקבוע בחוק, ומשכך עליה לפעול על פי ההליכים שנקבעו בו "תוך הקפדה יתרה".<sup>53</sup> בכך דוחה השופט ריבלין את עמדת הוועדה, המבקשת להדגיש את הבעייתיות שבהליך הפונדקאות ומקבלת את עמדת העותרים כי דחייתם על הסף אינה מתיישבת עם תנאי הסף הקבועים בחוק. כשם שבית המשפט מיאן לפרש את החוק באופן המאפשר לפונים שאינם עומדים בתנאי הסף להיזקק להליך הפונדקאות, כך דורש בית המשפט מן הוועדה לאישור הסכמים להימנע מפירוש החוק באופן המוסיף תנאי סף על הקבוע בחוק.

לכאורה, ניתן לטעון כי קביעתו מחזקת את עמדת הטוענים כי אין לאפשר למי שאינם גבר ואישה שהם בני זוג להיזקק להליך הפונדקאות. אולם פסק דין זה אינו נדרש כלל לבחון סוגיה זו, ועל אחת כמה וכמה להכריע בה. העותרים הם זוג הטרנסקסואלי נשוי, וכל שפסק דינו של השופט ריבלין בא להבהיר הוא שחוק הפונדקאות מאפשר להם להיזקק להליך הפונדקאות. אין בו קביעה נורמטיבית באשר לקבוע בחוק על מי שאינם "הורים מיועדים" כהגדרת החוק.

עם זאת יש לעמוד על נקודה חשובה העולה מעניין זה. בית המשפט שב והדגיש כי נטל הוכחה כבד מוטל על המדינה כאשר היא מבקשת להצדיק את הגבלת זכותם של פרטים להורות באמצעות הטכנולוגיה הקיימת.<sup>54</sup> היות שהחוק משקף את השלכותיו האפשריות של ההליך, ומשמאות הליכים כאלו הסתיימו בהצלחה בישראל בעשרות השנים שבהן ההליך מתקיים,<sup>55</sup> טענות מסוימות יהיו בלתי מתקבלות על הדעת. כך למשל הטענה כי פתיחת ההליך ליחידים או לזוגות להט"בים<sup>56</sup> יביא לניצולן של אימהות פונדקאיות אינה יכולה להיות שיקול רלוונטי, הואיל ואי אפשר לטעון כי דווקא הפונים היחידים או הזוגות הלהט"בים הם שיביאו לניצול

51 שם, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

52 שם, פס' 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

53 שם.

54 שם, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

55 פרוטוקול ישיבה מס' 221 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16 (30.11.2005) [www.knesset.gov.il/protocols/data/html/maamad/2005-11-30.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/maamad/2005-11-30.html) (להלן: עשור לפונדקאות).

56 לסביות, הומואים, טרנסקסואלים וביסקסואלים. בחיבור זה אתייחס לקשיים הטמונים בהסדר הפונדקאות הקיים, וכן בהסדרים המוצעים, כפי שאלו עשויים להשפיע על כלל הזוגות הלהט"בים. ברם, עיקר הקשיים מתעוררים כאשר מדובר בזוגות הומוסקסואלים וטרנסקסואלים, שכן לסביות זכאיות לתרומות ביצית וזרע ויכולות לממש את זכותן להורות באופן זה מבלי להיזקק להליך הפונדקאות; וביסקסואלים אינם בהכרח במערכת יחסים הומוסקסואלית, ומשכך אף אם הם נזקקים להליך הפונדקאות הם נכללים בהגדרת "הורים מיועדים" שבלשון החוק.

הנשים, וזוגות הטרוסקסואלים לא ינצלו אותן כלל. המחוקק מבקש להבטיח בחוק הפונדקאות, בין היתר גם את מניעת ניצולן של הפונדקאיות, והיות שהליך זה קיים שנים רבות, אי אפשר עוד לטעון כי קיימת סכנה לניצולן של הפונדקאיות, שרק מניעת הזכאות לו מכל מי שאינם "גבר ואישה שהם בני זוג" תבטיח הגנה מפניה. אם החוק מאפשר ניצולן של נשים – טענה קשה, פטרנליסטית ופטריארכלית<sup>57</sup> – יש לתקוף את עצם קיומו או את החלקים שבו המאפשרים ניצול. ברי כי גידול במספר הזכאים להליך הפונדקאות יקיים יחס ישר לגידול במספר הפונים להליך. כפועל יוצא הסיכון ההסתברותי לניצול נשים לכאורה גדל אף הוא. לכן על הוועדה לאישור הסכמים להפעיל את הכלים שהמחוקק העמיד לרשותה כדי לוודא שהבחירה בהליך נעשית מרצונן החופשי של הפונדקאיות.<sup>58</sup> הבטחת רצונן החופשי לצד ליווי פסיכולוגי ורפואי הם שיבטיחו כי הפונדקאיות לא תנוצלנה, ולא אך חסימת ההליך ליחידים ולזוגות להט"בים.

#### 4. ועדת מור-יוסף<sup>59</sup>

ועדה זו מונתה בשנת 2010 בעקבות עתירתם של בני הזוג ארד-פנקס לבית המשפט העליון נגד חוק הפונדקאות ובחנה את כלל נושאי הפירון וההולדה בישראל, ובהם תרומת זרע, תרומת ביצית ופונדקאות. חיבור זה יתמקד בדעת הרוב ובדעת המיעוט בנושא הפונדקאות בלבד, והדיון יפתח בסקירת ההסדר המוצע להליך הפונדקאות בישראל, בביקורתו ובהצעות החוק שבאו בעקבותיו, ובהמשך יבחן ההסדר המוצע להליך פונדקאות של ישראלים המתקיים, כולו או חלקו, בחו"ל (להלן: פונדקאות חו"ל).

מסקנות הוועדה פותחות בהכרה בכך שפונדקאות אינה הליך חדש, והחוקים הקיימים המסדירים הליך זה "נכתבו לפני שנים רבות".<sup>60</sup> ועדה זו, בדומה לקודמותיה, מכירה בזכות הנגטיבית להורות המחייבת את המדינה להימנע מהתערבות בה, למעט במקרים שבהם עלולים להיפגע כבודו של אדם אחר או טובתו.<sup>61</sup> אך בשונה מקודמותיה, ועדת מור-יוסף ממליצה לפתוח את הליך הפונדקאות בישראל לא רק לזוגות הטרוסקסואלים – אם נשואים ואם ידועים בציבור וללא התחשבות בדתם – אלא גם לזוגות בהורות משותפת,<sup>62</sup> גבר נשוי עם אישה שאינה

57 Carmel Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood – an Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law*, 32 *ISR. L. REV.* 51, 72–73 (1998).

58 בדיון בוועדה לקידום מעמד האישה נדונה אחת הבעיות הקיימות כבר היום בנוגע לפונדקאיות – היעדר ביטוח רפואי בעבורן (פרוטוקול ישיבה מס' 142 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-18 (30.5.2012) (להלן: פרוטוקול הישיבה)). בישיבה זו לא הגיעו למסקנות, אך נראה כי יש לקדם הסדרים ביטוחיים לפונדקאיות ללא קשר לאפשרות לפתיחת ההליך ליחידים ולזוגות להט"בים.

59 משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפירון וההולדה בישראל (2012) (להלן: ועדת מור-יוסף).

60 שם, בעמ' 4.

61 שם, בעמ' 9.

62 גבר ואישה שאינם בני זוג המבקשים להעמיד צאצאים משותפים.

אשתו, אישה נשואה עם רווק, ויחידים; ואילו גברים יחידים יוכלו להיזקק להליך רק במסלול אלטרואיסטי שבו הפונדקאית מקבלת תשלום רק בעבור הוצאות רפואיות ואישיות.<sup>63</sup> זאת בשל החשש כי אישור פונדקאות שאינה אלטרואיסטית יוביל לניצול נשים פונדקאיות, וכי מחסור בפונדקאיות יגרום שגברים אמידים "יזכו" בפונדקאות במקום הנשים שהחוק ביקש לסייע להן.<sup>64</sup> עוד הוסיפה הוועדה וקבעה כי גבר יחיד יהיה זכאי להליך בתנאי שאין לו ילדים כלל, וזוג גברים יהיה זכאי בתנאי שאין להם יותר מילד אחד, כאשר בשני המקרים האב המיועד ייקבע בצו הורות על בסיס הורות גנטית בלי שיהיו ליילוד אם או אב נוספים.<sup>65</sup> דעת המיעוט מקבלת את רוב מסקנות הוועדה אך קובעת כי יש לאפשר פונדקאות אלטרואיסטית בלבד לכל הפונים להליך זה.<sup>66</sup>

כנגד מסקנות אלו ניתן להעלות מספר ביקורות. הוועדה מציינת כי בנושא הפונדקאות עיקר הפונים לוועדה היו זוגות הומוסקסואלים.<sup>67</sup> עם זאת המליצה הוועדה לאפשר רק לגברים יחידים לפנות להליך פונדקאות אלטרואיסטי. לעומת דעת המיעוט, הגורסת כי פונדקאות אלטרואיסטית צריכה להיות הפונדקאות היחידה בישראל, דעת הרוב מחילה פונדקאות זו רק על גברים יחידים, ובכך מבדילה אותם מנשים יחידות, מזוגות הטרנסקסואלים ומהורים משותפים שאינם בני זוג. המליצה זו של דעת הרוב מפלה על בסיס מין ונטייה מינית, ואפליה זו מתעצמת כאשר הוועדה קובעת הגבלות על הזכאות להליך בשל מספר הילדים שיש לגבר יחיד, אשר זכאי לפונדקאות רק אם הוא חשוך ילדים, ובה בעת קובעת שאם יש לגבר זה בן זוג, התנאי הוא שאין לשניהם יותר מילד אחד. לא רק שהגבלה זו אינה חלה על זוגות הטרנסקסואלים, היא מתעלמת מקיומה של זוגיות הומוסקסואלית בפן של זהות הזכאים להליך וזהות ההורים המיועדים, ובה בעת מכירה בזוגיות זו כמגבלה נוספת על הזכאות.

יתרה מכך, הנימוקים שעליהם מושתתת המליצה זו אינם ברורים כלל ועיקר. הנימוק הראשון, שלפיו פתיחת הליך פונדקאות לא אלטרואיסטי לזוגות גברים יוביל לניצול של פונדקאיות, בעייתי, שכן ניצול של פונדקאיות, אם קיים, מתרחש גם כשזוגות הטרנסקסואלים מתקשרים בהסכם פונדקאות. מסיבה זו המלצות דעת המיעוט עדיפות על זו של דעת הרוב, שכן באמצעותה נמנעת האפשרות לניצול כליל. אולם, הטענה כי כל התקשרות בהסכם פונדקאות, או כי כל פונדקאות בתמורה, מובילה בהכרח לניצול, היא טענה קיצונית. פונדקאיות הן נשים בגירות, עצמאיות ומודעות. בהיעדר ליקוי שכלי או לחצים חיצוניים השוללים את רצונן החופשי אל לנו למנוע מנשים להגשים רצונן להיות פונדקאיות,<sup>68</sup> שכן נראה שיש בעמדה השוללת

63 שם, בעמ' 14, 16.

64 שם, בעמ' 57.

65 שם, בעמ' 64–65.

66 שם, בעמ' 70.

67 שם, בעמ' 51.

68 הדיון על קיומו או היעדרו של רצון חופשי, וכן עצם הגדרתו, חורגים מגבולות חיבור זה (לשם כך ראו Timothy O'Connor, *Free Will*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (2013), *available at* <http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/freewill>, והמקורות שם).

מנשים את האוטונומיה ואת היכולת להיות פונדקאיות שיקוף של תפיסות פטרנליסטיות ופטריוארכיות.<sup>69</sup>

חשוב להדגיש שעצם העלייה במספר הפונים להליך לא תוביל בהכרח לניצול הפונדקאיות, משום שהרחבת מעגל הזכאים להליך אינה מחייבת ביטול רגולציה מצד הוועדה לאישור הסכמים, שכל תפקידה להבטיח את טובת כל הצדדים להליך. על הוועדה מוטל הנטל לוודא כי הפונדקאית מודעת להשלכות בחירתה, הנובעת מרצונה החופשי. כל עוד תמלא הוועדה את ייעודה איננו צריכים לחשוש מניצול, ועלינו להכיר באוטונומיית הנשים על גופן. אוטונומיה זו מחייבת למשל גם הכרה בכך שמניעים כלכליים הינם לגיטימיים כל עוד אינם שוללים את רצונן החופשי של האימהות הנושאות. למעשה ניתן לטעון כי הסדר ראוי יותר להכרה באפשרות למימוש רצונן של הפונדקאיות הוא המאפשר שיקול דעת ואינו נסמך על קריטריונים נוקשים, שבחלקם נובעים משיקולים דתיים שאינם מבטיחים הגנה מפני ניצול הנשים, כגון היותן פנויות. כך למשל במקרה שאישה רוצה להיות פונדקאית לאחר שהייתה אם נושאת במספר רב של הליכים, תידרש בחינה קפדנית יותר מצד הוועדה שתבטיח כי תישמר טובתה, וזאת כמובן מבלי לצמצם את האוטונומיה שלה.

בנוסף, הנימוק השני, שלפיו פתיחת פונדקאות לא-אלטרואיסטית בפני גברים – כיחידים וכזוגות – תגרום להאמרת מחירים ולדחיקת הנשים שחוק הפונדקאות כיוון לסייע להן ל"סוף התור", קשה, לא רק משום שחוק הפונדקאות, כפי שעולה מדברי ההסבר, לא יועד להקל את מצוקתן של נשים יחידות אלא של כ-30 זוגות הטרוסקסואלים, אלא גם משום שההנחה כי לקבוצה כזו או אחרת יש עדיפות בהיזקקות להליך הפונדקאות אינה אלא שכלול והעצמה של האפליה המעוגנת בחוק הקיים.<sup>70</sup> מלבד זאת, האמרת המחירים היא נושא שניתן לפתור מבלי לגרום לאפליה בין פרטים המבקשים להיזקק לפונדקאות, וזאת באמצעות קביעת סכום מרבי וראלי, המגלם את כלל העלויות השונות עבור הפונדקאית, שמעבר לו לא ניתן לשלם

לעניינינו די שנגדיר רצון חופשי כיכולת לבחור לפעול או להימנע מפעולה, היא המניע לפעולה או ההימנעות אשר יהא. לכן, למשל, אין לקבל את הטענה כי צורך כלכלי שולל רצון חופשי, שכן אין בצורך הכלכלי כדי לשלול את יכולת הבחירה. לו היינו טוענים כי אכן צורך זה שולל רצון חופשי נמצא, לדוגמה, כי אין הצדקה מוסרית להעניש גנבים, שכן מעשיהם מונעים מכורח שאינו מותר בררה בידיהם. מכאן עולה כי רצון חופשי נשלל מקום שיש בו כפייה ולא רק צורך או התאוות. 69 Shalev, לעיל ה"ש 57. השוו לדברי שרה לב בפרוטוקול הישיבה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 9–11. כן ראו שם את דברי רות אלבו בעמ' 17, ודיונה עם אתי סממה בעמ' 21. ראו גם Sharyn Roach Anleu, *Reinforcing Gender Norms: Commercial and Altruistic Surrogacy*, 33 ACTA SOCIOLOGICA 63 (1990). ראו דברי הפונדקאית רות קוליאן בכנס "פונדקאות בישראל: תמונת מצב ומחשבות לעתיד", מושב 3 (האוניברסיטה העברית בירושלים, 2013) (www.youtube.com/playlist?list=PLT-roSWIpp1GWfAJ5dW7K6lgFhyxBdzcD (להלן: כנס פונדקאות בישראל).

70 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 429; ד"כ 151, 1196–1197, 1202, 1205 (התשנ"ו); פרוטוקול ישיבה מס' 5 של הוועדה לפניית הציבור, הכנסת ה-19, בעמ' 18–19 (20.5.2013).

לפונדקאית.<sup>71</sup> אולם אף אם מספר הנשים המוכנות להיות פונדקאיות יקטן בשל סכום מרבי להליך, ייתכן שמדובר בתופעה חיובית, שכן ככל שהמחיר המרבי הוא גם מחיר ראלי, ייתכן שנשים המסרבות לעבור את ההליך רק בשל מחיר זה אינן מתאימות להליך כלל, שכן חוסר הרצון עשוי לשקף חוסר מודעות או הבנה חלקית של כלל משמעויות הליך הפונדקאות תוך התמקדות אך ורק בהשלכות הכלכליות.<sup>72</sup> לאור כל האמור לעיל ספק אם הצעות ועדת מור יוסף, אם יתקבלו, יעמדו במבחן המידתיות.<sup>73</sup>

### 5. פונדקאות חו"ל ועניין ממשל-מגד

הליכי פונדקאות חו"ל אינם מוסדרים בחקיקה או באמנה בין-לאומית, בשונה מהליכי פונדקאות המתבצעים בישראל לפי חוק הפונדקאות. לפי נתונים שהתקבלו מרשות האוכלוסין וההגירה עולה כי מדינת ישראל התוודעה לראשונה לפונדקאות חו"ל בשנת 2005, כאשר התקבלה בקשה בודדה לבדיקת רקמות בעקבות הליך זה. מאז גדל מאוד מספר הבקשות שהתקבלו בכל שנה והגיע לכמאה בקשות בשנה.<sup>74</sup> בהקשר זה חשוב לציין כי לפי נתונים אלו, למן שנת 2009 היה מספר הליכי הפונדקאות בישראל ובחו"ל דומה, כאשר בשנת 2011 בוצעו הליכי פונדקאות חו"ל רבים מאלה שבוצעו בישראל.<sup>75</sup> עוד חשוב לציין כי מרבית הפונים להליך הם זוגות גברים והורים יחידנים אשר אינם יכולים לבצע הליך פונדקאות בישראל, אך יש גם זוגות הטרוסקסואלים הפונים מטעמים שונים לביצוע הליך פונדקאות חו"ל.<sup>76</sup>

אופי ההליך של פונדקאות חו"ל דומה במהותו להליך הפונדקאות שנערך בישראל: ההורה או ההורים המיועדים מחפשים אם נושאת (וכן תורמת ביצית או תורם זרע במקרים הרלוונטיים); מתקשרים עמה בהסכם פונדקאות; מתקשרים בהסכם עם המרפאה המבצעת את ההליך; מנהלים

71 ס' 6 לתזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014 (להלן: תזכיר החוק או תזכיר גרמן); ס' 10 להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (תיקון מס' 2), התשע"ד–2014, פ/886 (להלן: הצעת החוק הממשלתית או הצעת החוק).

72 וחשוב להדגיש כי אין בכך כדי לשלול את רצונן החופשי אלא כדי להציב תמרורי אזהרה שמא אינן מתאימות מבחינה רפואית או נפשית להליך.

73 בהמשך אעמוד על תזכיר והצעת החוק אשר יישמו חלק ממסקנות ועדת מור-יוסף.

74 בג"ץ 566/11 ממשל-מגד נ' משרד הפנים, פס' 38 לפסק-דינה של המשנה לנשיאה נאור (פורסם בנבו, 28.1.2014); אורלי אלמגור-לוטן פונדקאות בישראל ופונדקאות של ישראלים בחו"ל: המצב הקיים והצגת המלצות ועדה ציבורית לשינוי 11 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2012) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03065.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03065.pdf). אלמגור-לוטן מציינת כי "ברשות האוכלוסין וההגירה אין מעקב ורישום של ילדים שנולדו מהליך פונדקאות של ישראלים בחו"ל. עם זאת, יש רישום של מספר תיקי בקשות לבדיקה גנטית שנדונו בבית-הדין לענייני משפחה ובקשות למעמד לקטינים בנסיבות של פונדקאות בחו"ל".

75 שם, בעמ' 5, 11.

76 שם, בעמ' 10; ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 66; עניין ממשל-מגד, לעיל ה"ש 74, פס' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיאה נאור.

קשר במהלך ההיריון לפי רצון ההורים המיועדים והאם הנושאת, שעליו הוסכם מראש; בסיום תקופת היריון מוצלחת ולאחר הלידה מנהלים הצדדים להליך הפונדקאות הליך משפטי על פי הדין הזר לשם קביעת זהות ההורים המיועדים כהורי היילוד; לעתים ההורים המיועדים נותרים בקשר עם האם הנושאת, לפי רצונותיהם של הצדדים להליך.

עם זאת הליך פונדקאות חו"ל שונה בכמה מובנים מהותיים מההליך בישראל: ההליך נערך לרוב באמצעות חברות מסחריות, המתווכות בין ההורה או ההורים המיועדים לבין האימהות הנושאות, לתורמי הזרע או הביצית למרפאות המבצעות, וההליך מתבצע – כולו או חלקו – בחו"ל ובשפה זרה; <sup>77</sup> העלויות משתנות (אם כי לרוב הן גבוהות מאלה של ניהול הליך פונדקאות בארץ) ונטולות סבסוד ממלכתי או ביטוחי-פרטי; <sup>78</sup> תנאי הסף לניהול ההליך והתקשרות בהסכם פונדקאות, הפיקוח על תקינותו של ההליך וכן התנאים להכרה בהורים המיועדים כהורי היילוד לאחר הלידה משתנים ממדינה למדינה לפי הדין הפנימי שלה; <sup>79</sup> פיקוח מדינת ישראל על תקינות ההליך נעשה בדיעבד, אגב בקשות למתן אזרחות ליילודים ורישום ההורה או ההורים המיועדים במרשם האוכלוסין, באמצעות "נוהל חו"ל".

בהקשר זה חשוב להבהיר מהו ניהול חו"ל. מדובר בנוהל של משרד הפנים שאינו כתוב או מפורסם ברבים אלא מועבר בעל פה לעורכי הדין של הפונים לפונדקאות חו"ל ומיושם כאשר הורים מיועדים ישראלים מבקשים כי תוענק אזרחות ישראלית לילדיהם שנולדו בעקבות ההליך, וכי הורותם תירשם במרשם האוכלוסין. <sup>80</sup> הנוהל דורש <sup>81</sup> מההורים המיועדים לספק הסכם פונדקאות מתורגם וחתום בידי נטריון; חוות דעת משפטית החתומה בחותמת אפוסטיל המעידה על תקינות הליך הפונדקאות; האב הביולוגי והיילוד יבצעו בדיקת רקמות במעבדה בבית החולים "שיבא" תל-השומר המוכיחה זיקה גנטית; הצהרה של האם הנושאת בפני קונסול ישראל במדינה שבה התקיים ההליך כי היא מסכימה למתן אזרחות ישראלית ליילוד ולהוצאתו מחזקתה ומהמדינה שבה הוא שוהה כעת. לאחר מתן האזרחות על סמך זיקה לאב הביולוגי נדרש ההורה השני – אפילו מדובר באם בעלת קשר גנטי ליילוד – לעבור הליך של אימוץ היילוד, כאשר לרוב מדובר בהליך שמשכו כמה שנים.

77 כנס פונדקאות בישראל, לעיל ה"ש 69, מושבים 6–7.  
 78 דנה ויילר-פולק "בדיקה: קופות החולים מפלות הליך פונדקאות חו"ל" וואלה! 2.1.2013 news.walla.co.il/item/2600927 ; ג'ורג' אבני "שירותי פונדקאות: מדוע גברים לא נהנים מהשתתפות קופות החולים?" Mako 12.11.2013 www.mako.co.il/pride-news/local/Article-f8a0c5d90c23241006.htm  
 79 אלמגור-לוטן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 9.  
 80 לביקורת על התנהלות זו של המדינה, המונעת מן ההורים המיועדים להיערך מראש לתנאים הנדרשים להליך ולקשיים שאי-חשיפתו לציבור מעלים, ראו עניין ממט-מגד, לעיל ה"ש 74, פס' 39 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 1 לפסק דינו של השופט דנציגר.  
 81 דרישות הנוהל המוצגות בחיבור זה נעשו על סמך הפרסומים בעניין ממט-מגד, שם, פס' 8 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 40–41 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 67; כנס פונדקאות בישראל, לעיל ה"ש 69, מושבים 6–7.

מדרישות הנוהל ניתן ללמוד כי הוא מבקש לשרת לכאורה שלוש תכליות: ראשית, הוא מבקש לוודא שאזרחות ישראלית תוענק אך ורק למי שזכאים לה לפי הוראות חוק האזרחות;<sup>82</sup> שנית, הוא מבקש למנוע סחר בילדים ועקיפה של דיני האימוץ הבין-ארצי, באמצעות דרישת הבדיקה הגנטית וכתב הוויתור שנחתם בפני הקונסול; שלישית, הוא מבקש למנוע את ניצול האימהות הנושאות באמצעות בחינת תוכן הסכם הפונדקאות ושההתקשרות נעשתה על פי הדין המקומי, מדעת ומרצון חופשי של אם נושאת בעלת כשרות משפטית.

לאחרונה נתקפה חוקיותם של שני אספקטים של נוהל זה בבית המשפט העליון בעניין ממש-מגד. מדובר בשתי עתירות שונות שאוחדו ונדונו בהרכב מורחב: בעתירה האחת, זוג גברים ביצעו הליכי פונדקאות בארצות הברית ועתרו למתן אזרחות לבנם שנולד מהליך הפונדקאות על סמך תעודת הלידה הזרה בלבד, ללא ביצוע בדיקת רקמות;<sup>83</sup> בעתירה השנייה, זוג גברים ביצעו הליכי פונדקאות בארצות-הברית ועתרו לרישום שניהם כהורי בתם שנולדה בהליך הפונדקאות על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר ולאחר שהוכחה זיקה גנטית לאחד מהם – כל זאת מבלי שההורה הביולוגי ייאלץ לעבור הליכי אימוץ.<sup>84</sup> בית המשפט דן בשתי הסוגיות השונות, המתעוררות לשיטתו בנפרד, וכך בעתירה הראשונה נדונה סוגיית מתן המעמד, ובעתירה השנייה נדונה סוגיית רישום ההורות.

דעת הרוב קבעה כי עילת העותרים למתן אזרחות לבנם היא מכוח לידה, ומכאן כי נקודת המוצא לבחינת מתן המעמד מצויה בסעיף 4 לחוק האזרחות, הקובע:

4. (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;
  - (ד) לפי פסקה (1);
  - (ה) מכוח אימוץ לפי סעיף 4ב(1)..."<sup>85</sup>.

82 חוק האזרחות, התשי"ב–1952.

83 עניין ממש-מגד, לעיל ה"ש 74, פס' 2, 11 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. העותרים טענו כי ביצוע בדיקת הרקמות הוא הליך יקר, החושף את זהות ההורה הביולוגי לתא המשפחתי ולחברה בניגוד לרצון ההורים, אשר אינו נדרש מקום שבו ההליך בוצע במרפאות מפקחות בארצות הברית ללא חשש כי היילוד אינו בנם הביולוגי של אחד מבני הזוג.

84 שם, פס' 3, 22 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור. לשיטת העותרים, צו בית המשפט בפנסילבניה ותעודת הלידה שניתנה מכוחו הם בגדר תעודה ציבורית לפי ס' 29 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א–1971, ולכן די בהצגתן כדי לחייב את פקיד המרשם לרשום את שני בני הזוג כהורי בתם מבלי שיהיה על ההורה המשפטי לעבור הליך נוסף של אימוץ בישראל.

85 שם, פס' 13 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.



עוד קובעת דעת הרוב כי הורות משפטית מכוח פונדקאות אינה מוסדרת בחוק האזרחות או בחוק הפונדקאות, ומכאן נלמד שקיים הסדר שלילי המורה שההורות הנדרשת לפי סעיף 4 לחוק האזרחות היא הורות ביולוגית-גנטית או הורות מכוח אימוץ בלבד.<sup>86</sup> עם זאת דעת הרוב קבעה כי ניתן להוכיח הורות ביולוגית-גנטית לא רק בבדיקת רקמות אלא גם באמצעות ראיות אחרות, ובכלל אלה פסק דין זר המעיד על הורות ביולוגית-גנטית, וכן קבעו כי ניתן לבצע בדיקת גנטית אשר אינה חושפת את זהות ההורה הביולוגי בפני התא המשפחתי או בפני החברה אלא בפני שופט המכריע בעניין ההורות בלבד. בשל כך נדחתה בקשתם של העותרים למתן מעמד לבנם בטרם הוכחת זיקה ביולוגית-גנטית לאחד מהוריו.

לעניין הרישום קבעה דעת הרוב כי נקודת המוצא היא חוק מרשם האוכלוסין והכללים שפותרו בפסיקה.<sup>87</sup> דהיינו, לפי סעיף 19 ב לחוק מרשם האוכלוסין, רישום ראשון ייעשה על סמך תעודה ציבורית, אשר עשויה להיות פסק דין זר או תעודת לידה זרה, כאשר לפקיד המרשם אין סמכות לסרב לרישום בשל שיקולים משפטיים או חברתיים.<sup>88</sup> עוד נקבע כי פקיד המרשם אינו רשאי לסרב לרישום את שני בני הזוג כהורים על סמך תעודות ציבוריות אלו בטענה כי יש בהן אי-נכונות גלויה לעין, וזאת בשל היותה של הורות משפטית מכוח פונדקאות – בישראל ובחור"ל, בקרב זוגות להט"בים והטרנסקסואלים כאחד – שכיחה ומוכרת, כאשר הורות של זוגות להט"בים שנתכוננה מבלי הסכמי פונדקאות אף היא רשומה, מוכרת ומצויה במרשם האוכלוסין.<sup>89</sup> לבסוף קבעה דעת הרוב כי אמינות המרשם וטובת הילדה מצדיקות רישום שני ההורים לפי התעודות הציבוריות, משום שהוכחה זיקה ביולוגית-גנטית בהליך מתן המעמד, ומשום שהמסגרת המשפחתית שבה תגדל הילדה היא כזו שבה יש לה שני אבות. מכאן שאי-רישום שניהם כהוריה במרשם ודרישה כי אחד ההורים יעבור הליך אימוץ יפגעו באמינות המרשם, בדיוקו ובטובת הילדה, תוך התעלמות מהתא המשפחתי הקיים ואפלייתו ביחס לתא משפחתי הטרונורמטיבי.<sup>90</sup> בשל כך התקבלה העתירה, ובית המשפט הורה על רישום שני בני הזוג במרשם כהורי הילדה.

דעות המיעוט בעניין זה נחלקו לשתיים. האחת של השופטים רובינשטיין ומלצר, שלשיטתם המרשם אינו כלי סטטיסטי גרידא אלא בעל תוכן מהותי. לכן על המחוקק להסדיר את סוגיית הרישום, ולמצער יש לפנות לבית המשפט לענייני משפחה כדי שזה יאמץ את פסק הדין הזר.<sup>91</sup> ההסתייגות השנייה מקביעות דעת הרוב מצויה בדעתו של השופט ג'ובראן, אשר חולק על הקביעה כי ההורות הנדרשת לפי חוק האזרחות היא הורות ביולוגית-גנטית בלבד. לשיטתו,

86 שם, פס' 14 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.  
 87 חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965; עניין ממש-מגד, לעיל ה"ש 74, פס' 29 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.  
 88 שם, פס' 29 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.  
 89 שם, פס' 34 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.  
 90 שם, פס' 35-36 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 15, 24, 41 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.  
 91 שם, פס' ח-ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופס' 4, 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

פרשנות דעת הרוב אינה נדרשת לפי לשון החוק או תכליתו, אשר יש לפרשה על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואינה תואמת את המגמות הקיימות בדין הישראלי.<sup>92</sup> יתרה מכך, השופט ג'ובראן מצביע על קשיים ניכרים בפרשנות זו בכל הנוגע להליכי פונדקאות של זוגות להט"בים והורים יחידנים, העולה עד כדי אפליה ופגיעה אפשרית בטובת הילד.<sup>93</sup> לכן, קובע השופט ג'ובראן, על בתי המשפט לבצע "בחינה פרטנית, בכל מקרה לגופו, של השאלה האם מדובר בהורות כנה ואמיתית, או שמא מדובר בניסיון להקנות מעמד למי שאינו ילדו האמיתי של המבקש לעשות זאת",<sup>94</sup> ואף מונה רשימה של מבחנים אפשריים לביצוע בחינה זו.

ואכן יש מקום לביקורתו של השופט ג'ובראן על פרשנות חוק האזרחות. חוק זה נחקק בשנת 1952, עת איש לא העלה כלל על דעתו קיומו של הליך פונדקאות, שלא כהליכי אימוץ, אשר קיומם היה ידוע ונפוץ באותה העת זה עידן ועידנים ברחבי העולם. יתרה מכך, תפיסת ההורות השתנתה לאורך השנים, וכיום קיימות כמה גישות שונות להכרה ביחסים אלו שאינם מבוססים בהכרח על זיקה ביולוגית-גנטית, כאשר המדינה עצמה טענה בעניין ארד-פנקס כי אין עוד מקום לדבוק בהורות הביולוגית כהורות הבלעדית והכירה בהורות החברתית.<sup>95</sup> ברי כי בנסיבות כגון

92 שם, פס' 31, 38 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

93 שם, פס' 32-35 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

94 שם, פס' 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

95 גליקמן, לעיל ה"ש 48; גישה אחת להגדרה זו מבוססת על הורות גנטית. היינו, בעל הזרע ובעלת הביצית הם ההורים של הילד שנולד. גישה זו בעייתית משום שהיא ממעיטה בחשיבות הטיפוח ויחסי ההורות ועשויה לשקף תפיסה קניינית שחלפה זמנה. ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 235-236 (2006). גישה אחרת מגדירה הורות לפי התפיסה הפסיכולוגית-חברתית של המשפחה לפי קבוצת האנשים המתפקדת כמשפחה וחולקת מאפיינים מרכזיים של משפחה. ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפט חברת ותורות – משפטים על אהבה, 605, 646 (2005); *Notes, Looking for Family Resemblance: The Limitations of the Functional Approach to the Legal Definition of Family*, 104 HARV. L. REV. 1640, 1645 (1991); Arlene Skolnick, *Solomon's Children: The New Biologism, Psychological Parenthood, Attachment Theory, and the Best Interests Standard*, in ALL OUR FAMILIES: NEW POLICIES FOR A NEW CENTURY 236 (Mary Mason, Arlene Skolnick & Stephen Sugarman – eds., 1998); Martha Minow, *Redefining Families: Who's In and Who's Out?*, 62 U. COL. L. REV. 269, 270-276 (1991). ברם גישה זו בעייתית הן משום שאפשר שהיא לא תעלה בקנה אחד עם ההורות הביולוגית, והן משום שהתפקוד כמשפחה הוא הגדרה עמומה כשלעצמה, הנותנת שיקול דעת רחב מדי לבתי המשפט ולמדינה – דבר העשוי להוביל להכרעות שרירותיות ולשימור המבנה המשפחתי הגרעיני ההטרנסקסואלי ללא ביסוס חברתי אלא בשל נטיות לבם של בעלי השררה. ראו איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 20-23 (2011). גישות נוספות שאפשר להעלות הן: טובת הילד כמכוננת יחסי הורות (Janet Dolgin, *Suffer the Children: Nostalgia Contradiction and New*); הורות פיזיולוגית, המכוננת יחסי הורות בין ילד והאם שנשאה אותו ברחמה (Marie Ashe, *Law – Language of*); הורות פיזיולוגית, *Maternity: Discourse Holding Nature in Contempt*, 22 NEW ENG. L. REV. 521, 527-537 (1988); יחסי תלות כמשכללים יחסי הורות (MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *THE NEUTERED*);

דא אין מקום לקביעה כי היעדר התייחסות להליך הפונדקאות במפורש בחוק האזרחות מצביעה על הסדר שלילי, וטענות המדינה על קיומו עולות כדי חוסר תום לב. יטען הטוען כי במהלך השנים האחרונות תיקנה הכנסת את חוק האזרחות בכל הקשור לאימוץ בין-ארצי, ומכאן שבשל אי-התייחסותה לפונדקאות חו"ל ביקשה להחיל הסדר שלילי. ברם נראה כי אין על טענה שכזו על מה להיסמך, מכיוון שתיקוני החקיקה נעשו הן בשל הצורך לקלוט אמנות בין-לאומית שישראל חתמה עליהן ואשררה אותן והן בשל הערות בית המשפט העליון במקרים שונים שבאו לפניו.<sup>96</sup> הואיל ואמנה בין-לאומית בנושא פונדקאות אינה קיימת, שנושא פונדקאות חו"ל הובא לראשונה לפני בית המשפט העליון בעניין ממש-מגד, ושהבעייתיות הטמונה בהליך זה הובהרה למחוקק רק בעת האחרונה, ברי כי הטענה כי הוא ביקש להחיל הסדר שלילי על דרך ההיקש מההסדרה שננקטה עד כה בחוק אינה סבירה.

מדברים אלו עולה כי ההכרעה בנוגע לזיקה ההורית הנדרשת לפי חוק האזרחות אינה פורמליסטית אלא ערכית. כפי שטען חגי קלעי בכיקורתו המקיפה, החלטת בית המשפט בעניין ממש-מגד מתווה את גבולות המשפחה הנורמטיבית (היא המשפחה ההטרסקסואלית הזוגית), שלמדינה ולבית המשפט אין מקום להתערב בהם בשל חסותם בספרה הפרטית. אולם ככל שמתרחקים מהמודל המשפחתי ההטרסקסואלי הזוגי, כך הופכת ההורות "חשודה" יותר ופרטית פחות ולחלק מהדיון הפוליטי והציבורי, והדבר מאפשר משטור של תאים משפחתיים אלו באצטלה של שמירה על טובת הילד או של קבוצות אוכלוסייה חלשות מבלי שהסדרים המיושמים בפועל מגלים זיקה כלשהי לתכליות דנן אלא לשמירה על התא ההטרסקסואלי הזוגי בלבד.<sup>97</sup> דוגמה הממחישה את קיומו של סטנדרט כפול זה מטעם המדינה עולה כאשר משווים בין שני מקרים של תרומת מטען גנטי לשם הולדת ילד משותף. במקרה האחד, אדם הורה בצוואתו כי לאחר מותו יתרמו הוריו את זרעו לשם העמדת צאצאים עם אישה זרה, וזאת אם לא תהיה לו בת זוג בעת מותו. בתחילה התנגדה המדינה למימוש התרומה, אך לאחרונה שינתה עמדתה בטענה כי אין כל מניעה חוקית לכבד את אוטונומיית הנפטר אשר הורה שימוש זה בזרעו

MOTHER, THE SEXUAL FAMILY, AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES 230–236 (1995); הסטטוס הזוגי כמכונן יחסי הורות (ביהדות חזקת רוב הביאות אחר הבעל מכוננת יחסי הורות גם במקרים שבהם ספק אם לילד זיקה ביולוגית לבעל (Janet Dolgin, *Choice Tradition*), *and the New Genetics: The Fragmentation of the Ideology of Family*, 32 CONN. L. REV. 523, (2000) 534).

96 דברי הסבר להצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון) (אימוץ בין-ארצי), התשנ"ד–1994, ה"ח 2271; דברי הסבר להצעת חוק אימוץ ילדים (תיקון מס' 7), התשס"ט–2008, ה"ח 268.

97 קלעי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 8, 11–12, 15, 22–23. ניתן להשוות לקבוע ב"נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202, בעמ' 2–3, 6 (התשס"ג): "ילד בא לעולם, בדרך הטבע, בהסכמה משותפת של איש ואישה. כאשר זוג – איש ואישה, חיים ביחד ומקימים תא משפחתי, אזי ההליך הטבעי והמקובל, וכך בחברה הישראלית, הוא שבשלב מסוים הם מביאים ילד לעולם... עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים: האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו; והשני, רצונה של בת-זוגו של הנפטר בהמשכיות שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם [...]".

לאחר מותו על ידי הוריו.<sup>98</sup> לעומת זאת במקרה שבו אישה בעלת בעיות פריון רצתה לתרום את ביציתה לבת זוגה כדי שזו תישא את ההיריון עמדה המדינה על התנגדותה להליך.<sup>99</sup> מכך ניתן להסיק כי חיי המשפחה ההטרסקסואליים זוכים להגנה בשל היותו של תא משפחתי זה אוטונומי גם כאשר דמות האב חסרה, ולעומת זאת חיי המשפחה הלהט"בים אינם זוכים להגנה שווה בחוק.

ואין אנו יוצאים ידי חובה אם לא נתייחס לדעות המיעוט של השופטים רובינשטיין ומלצר, אשר נראה כי בצדק נדחו בעניין ממש-מגד, כשם שנדחו פעמים רבות בעבר.<sup>100</sup> המרשם אינו קובע סטטוס אלא משקף סטטיסטיקה של חיי היום-יום. בבוא זוג נשוי למשרד הפנים לרשום את עובדת היותם נשואים הם עושים בדיוק זאת – מצהירים על העובדה הקיימת והמוגמרת ומאפשרים למדינה לקיים מעקב מדויק אחרי אזרחיה ותושביה. הרישום אינו משכלל את הנישואים או מקנה להם תוקף, כשם שאי-רישום אינו מפקיע אותם. כך בנישואים וכך גם בהורות; המרשם אינו יוצר או קובע את הדין המהותי לקיומם של יחסי הורות אלא משקף את המציאות הקיימת ומתעד אותה לפי הדין הקיים. אם לא נקבע כך, נמצא כי פקיד המרשם הוא גם דיין בבית הדין הדתי, שופט בבית משפט לענייני משפחה, רופא המכריז על הנולדים והנפטרים ועוד שלל עיסוקים נוספים אשר אינם בסמכותו, ולא ראוי שיהיו בה. יתרה מזו, קיומה של משפחה שנתכוננה באמצעות הליך פונדקאות חו"ל היא עובדה מוגמרת – חברתית ומשפטית – המוצגת לפקיד המרשם באמצעות תעודות ציבוריות זרות. קבלת הטענה כי המרשם מייצר תוכן מהותי ובשל כך יש להימנע מלרשום משפחות אלו עד להכרעת המחוקק, אינה רק התעלמות מהמציאות הקיימת אלא גם פגיעה ממשית, מהותית ומפלה בהן ובזכותן החוקתית להורות.

## 6. הצעות החוק

בדומה להתנהלות הכנסת בזמן עבודתה של ועדת אינסלר, גם בזמן עבודת ועדת מור-יוסף ולאחריה הונחו הצעות חוק על שולחן הכנסת. ההצעה הראשונה<sup>101</sup> הונחה כחודש ימים טרם פרסום מסקנות ועדת מור-יוסף. הצעה זו ביקשה לשנות את הגדרת ההורים המיועדים באופן שהליך הפונדקאות יתאפשר גם לבני זוג בני אותו המין. בכך הוכרה לראשונה מצוקת בני הזוג הלהט"בים במסגרת הליך הפונדקאות, ונעשה ניסיון לתת לה מענה באופן שאינו תלוי במצוקתם של ההורים היחידנים. ברם הצעה זו לא עברה קריאה טרומית. כשנתיים לאחר מכן הונחה הצעה

98 עידו אפרתי "המדינה שינתה את עמדתה הורים שבנם מת יוכלו להוליד ילד מזרעו עם אשה זרה" הארץ online 16.6.2014 premium-1.2349906 [www.haaretz.co.il/news/health/](http://www.haaretz.co.il/news/health/)

99 עניין משה, לעיל ה"ש 15.

100 ראו באופן כללי בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד נו 225 (1963); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד יט(4) 705, 661 (1993); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537, 564–565 (2006); בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פס' 9–10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנוב, 28.6.2011).

101 הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (תיקון – הורים מיועדים), התשע"ב–2012, פ/4266.

נוספת,<sup>102</sup> אשר ביקשה לאפשר פתיחה בהליך פונדקאות לא רק לגבר ואישה שהם בני זוג אלא גם ליחידים, והסיבה לתיקון נעוצה, כמוטעם בדברי ההסבר, באפליית ההורים היחידנים. אולם אף הצעה זו לא עברה קריאה טרומית, ככל הנראה משום שוועדה בין-משרדית עבדה באותה שעה על הצעת חוק ממשלתית ליישום מסקנות ועדת מור-יוסף, אשר לעת עתה פורסם תזכיר החוק מטעמה.<sup>103</sup> בדברי ההסבר לתזכיר החוק נטען כי השינוי נועד "להרחיב את מעגל הזכאים לביצוע פונדקאות בישראל באופן שוויוני כך שגם נשים ללא בן זוג וגברים ללא בת זוג יוכלו לבצע את ההליך בישראל בתשלום כפי שאפשרות זו נתונה להורים מיועדים שהם איש ואשה שהם בני זוג". בנוסף, תזכיר החוק מבקש להסדיר לראשונה את הליך פונדקאות חו"ל.<sup>104</sup> ברם חרף התכליות הראויות המוצהרות בתזכיר החוק, ובהצעת החוק שבאה בעקבותיו, נראה כי ישנם קשיים ניכרים. בכל הנוגע להליכי פונדקאות בישראל אמנם נטען בדברי ההסבר לתיקון החוק כי הוא בא לאפשר גישה שוויונית להליך, אך הגדרת ההורים המיועדים בסעיף 3(1) להצעת החוק אינה כוללת זוגיות להט"בים; זאת כאשר האוכלוסייה הנפגעת ביותר מאי-מתן גישה שוויונית להליך היא בני זוג להט"בים.<sup>105</sup> כפי שיובהר להלן בהרחבה, אי אפשר לדבר על שוויון כאשר קבוצה זו מודרת, ולמעשה קיומה אינו זוכה להכרה מפורשת בחוק. אמנם התיקון לסעיף 11 המוצע בהצעת החוק מסמיך את בית המשפט לתת צו הורות "גם לצד להסכם נשיאת עוברים ובלבד שפנה יחד עם הורה מיועד שהוא איש או אישה לבית המשפט... וקיבל את אישור ועדת האישורים...בטרם נחתם ההסכם לנשיאת עוברים". בכך החוק מאפשר הכרה עקיפה בהורות זוגית להט"בית מבלי להידרש להכיר בה במפורש תוך התעמתות עם פלגים דתיים בממשלה.<sup>106</sup> ואכן מנוסח החוק נראה כי אינו אלא מס שפתיים פוליטי: מחד, ההורה המיועד לא יהיה אלא ההורה הגנטי; מאידך, בני זוג להט"בים יידרשו לפנות לוועדה במשותף, לקבל את אישורה, ולבסוף אף יוכלו שניהם לקבל צו הורות מבית המשפט. נוסח זה אינו רק מסובך אלא אף מדגיש את מידת האפליה הננקטת נגד בני זוג להט"בים אשר יידרשו לעבור הליך שיינתן להם בחסד – ולא בזכות, וזאת בניגוד לבני זוג הטרוסקסואלים הזוכים לחסות בצל החוק. לפי הצעת החוק אין לבני זוג להט"בים זכות לפונדקאות בישראל, בשונה מבני זוג הטרוסקסואלים

102 הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הורים מיועדים), התשע"ד–2014, פ/19/2225.

103 יש לציין כי תזכיר חוק זה עבר את אישור ועדת השרים לענייני חקיקה, והצעת החוק עברה בקריאה ראשונה. ברם, בטרם הושלם תהליך החקיקה התפזרה הכנסת, והרכבה הנוכחי הופך את האפשרות להשלמת החקיקה כפי שהיא ללא סבירה.

104 פרק ג' לתזכיר החוק.

105 כפי שניתן לראות ממרבית הפונים לוועדת מור-יוסף ולבית המשפט העליון בעניינים השונים. וראו עניין ממש-מגד, לעיל ה"ש 74, פס' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיאה נאור; עניין ארד-פנקס, לעיל ה"ש 47; עניין משה, לעיל ה"ש 15; ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 66; אלמגור-לוטן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 10.

106 יהונתן ליס "פשרה בין יש עתיד והבית היהודי: החוקים התקועים יעלו להצבעה בממשלה" הארץ online 29.5.2014. [www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.2334949](http://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.2334949)



אישור על ההעמדה לדין מאת היועץ המשפטי לממשלה בשל עניין לציבור.<sup>112</sup> כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין,<sup>113</sup> הפללת עברות חוץ נובעת מריבוי עברות מחוץ לגבולות המדינה, כאשר מבצעי העברות אינם בני-גירוש, וכן מכיבוד אמנות בין-לאומיות שעליהן חתומה המדינה. בכך למעשה ניתן לראות כי הפללת הפונים להליך פונדקאות חו"ל אינה עומדת ברציונלים של תחולה חוץ-טריטוריאלית של דיני העונשין של ישראל.<sup>114</sup> ביצוע ההליך אינו עברה במדינות הזרות, אין אמנות בין-לאומית שישראל התחייבה לפעול בשמן בהקשר זה, ואף ספק אם יש לדון בפרספקטיבה ציבורית-מנהלית באופנים שבהם מייסדים משפחות, שכן כבר ראינו כי למעשה מדובר במשטור של התא המשפחתי ובפגיעה בתאים המשפחתיים המתרחקים מהמודל ההטרסקסואלי הזוגי.

בנוסף, יש לציין כי עתידה של הצעת החוק מוטל בספק. אמנם, הצעת החוק אושרה על ידי ועדת השרים לענייני חקיקה, ואף עברה בקריאה ראשונה ביום 27 באוקטובר 2014. אולם, טרם הושלם הליך החקיקה התפורה הכנסת ה-19, ולא הוחל דין רציפות על הצעת החוק אשר היה מאפשר את המשך קידום החקיקה מבלי להיזקק בשנית לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה ובהגשת החוק לקריאה ראשונה. יתרה מכך, הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הרחבת הזכאות להליכי נשיאת עוברים והרחבת ההגנה והשמירה על האם הנושאת), התשע"ו–2016, פ/2470/20, לא עברה קריאה טרומית. הצעת חוק זו לא ביקשה להסדיר את נושא פונדקאות חו"ל, והורים מיועדים הוגדרו בה כ"איש או אישה או שני בני אדם", ולכן לו היתה מתקבלת לא היו מתעוררים רבים מן הקשיים שעלו מהצעות החוק שקדמו לה. כמו כן, באוקטובר 2016 פורסם תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון הגדרת הורים מיועדים ותנאים לאישור ההסכם), התשע"ז – 2016. תזכיר זה ביקש לתקן את הגדרת ההורים המיועדים, כך שיכלול גם נשים יחידניות תוכלנה להיזקק להליך הפונדקאות אף ללא בן זוג. בכך, תזכיר החוק מאמץ חלקית את מסקנות ועדת מור-יוסף, ומחדד את אפליית הגברים (כיחידים וכזוגות) בכל הנוגע לנגישות להליכי פונדקאות.

## 7. עניין משה<sup>115</sup>

במקרה זה עתרו בנות זוג (ליאת משה ובת זוגה דנה) לבית המשפט העליון נגד חוקיותם של חוק הפונדקאות וחוק תרומת ביציות. זאת לאחר שבמשך שנים ניסתה ליאת להיכנס להריון באמצעות טיפולי הפריה חוץ-גופית ללא הצלחה. השתיים ביקשו לשאוב את ביציתה של ליאת,

112 ס' 9, 15 לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

113 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 2098.

114 ראו למשל בש"פ 5383/13 דוידאר נ' מדינת ישראל, פס"ד יד–טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 19.8.2013); ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 384, 353 (2005); דנ"פ 2980/04 אויקו נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 46, 34, 47 (2005); ע"פ 135/70 מדינת ישראל נ' עזאזיה, פ"ד כד(1) 417, 419 (1970); אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 578–579 (1993); שניאור זלמן פלר "סמכות השיפוט הפלילית: גבולות והגבלות" עיוני משפט ב 582, 587 (1973).

115 עניין משה, לעיל ה"ש 15.

להפרותה בזרע של תורם ולהשתילה ברחמה של דנה למען "קשר גנטי ופיזי לשתייהן".<sup>116</sup> המדינה סירבה להליך זה משום שלטענתה חוק הפונדקאות מחייב ניתוק בין האם הנושאת להורים המיועדים, ואילו בנות הזוג ביקשו לשמור על קשר, וכן משום שחוק תרומת ביציות מאפשר תרומה אך ורק לנשים הנזקקות לתרומת ביצית, אולם דנה לא נזקקה לתרומה זו.<sup>117</sup> ברם המדינה הסכימה כי בנות הזוג יבצעו את שאיבת הביציות והפרייתן בישראל, להשתילן ברחמה של דנה בחו"ל ולהכיר בשתייהן כאימהות היילוד לאחר קבלת צו הורות מבית המשפט.<sup>118</sup> העותרות עמדו על ביצוע ההליך בשלמותו בישראל, ובהמשך לכך דחה בית המשפט את עתירתן.

בהקשר זה יש לציין כי כלל שופטי המותב המורחב סברו כי עתירתן אינה יכולה להיכנות מחוק הפונדקאות הן בשל הצורך בניתוק הקשר בין האם הנושאת להורים המיועדים והן בשל קיומם של הליכי חקיקה מתקדמים לתיקון החוק. לכן הדיון בחוק הפונדקאות, הרלוונטי לגדרי חיבור זה, כמעט שאינו קיים. ברם קיימות כמה נקודות שחשוב לעמוד עליהן: ראשית, בית המשפט הבהיר כי חוק הפונדקאות הקיים והגדרת ההורים המיועדים הקבועה בו פוגעים בזכות להורות ואותן למחוקק כי ללא תיקונו הוא עשוי להתערב בעתיד.<sup>119</sup> שלא כעניין משפחה חדשה, שבו נקבע כי הפגיעה בזכות להורות מידתית,<sup>120</sup> בעניין משה לא נקבע כך כלל ועיקר. אמנם שופטי בית המשפט נזהרו בניסוחם, אך המסר ברור – הפגיעה בזכות להורות קשה וחמורה, והתיקון לחוק ייעשה בצורה זו או אחרת.<sup>121</sup> שנית, דעת הרוב קבעה כי הואיל ופתחה בפני בנות הזוג האפשרות לעבור את ההליך שהן מבקשות בחו"ל, הפגיעה בזכותן מידתית.<sup>122</sup> זוהי קביעה קשה ובעייתית, שכן היא מכוננת שני מעמדות של אזרחים – אלו שזכאים לקבל את כלל הטיפולים במדינתם, ובכלל זאת את הסיוע הכלכלי למימוש הטיפולים, ואלו שמיומש זכויותיהם אפשרי, אך רק בחו"ל תוך נשיאה בעלויות גבוהות והתמודדות עם מכשולים ביורוקרטיים מחוץ ומבית לאחר הלידה.

לסיכום פרק זה, ניתן לראות כי ההסדר הקבוע כיום בחוק, שלפיו פונדקאות אפשרית רק לבני זוג הטרוסקסואלים, מפלה ודורש בחינה מחודשת, וכי ההסדרים שהוצעו עד כה להסדרה מחדש מספקים פתרונות חלקיים בלבד לאפליה זו. ראוי כי הסדרה עתידית של הנושא בידי המחוקק או

116 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות.

117 שם, פס' 2, 7 לפסק דינה של השופטת חיות.

118 שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת חיות.

119 שם, פס' מ"ב, מ"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.

120 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, פס' 53 לפסק דינו של השופט חשין.

121 ברם אפילו איתות מובהק זה אינו מבטיח כי בעתירה התלויה ועומדת בימים אלו (בג"ץ 781/15 ארד פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (טרם הוכרע)) יתערב בית המשפט בהגדרות חוק הפונדקאות (וראו בהקשר זה למשל את בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012), אשר ביטל את חוק טל לאחר מאבק בן עשור; וכן את הערותיהן של השופטות חיות וארבל בעניין משה, לעיל ה"ש 15, פס' 38, 3 בהתאמה).

122 שם, פס' נ"ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 5 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור.



בית המשפט תחל את פעולתה מנקודת מוצא המתחשבת בכך שהליך הפונדקאות המוסדר בחוק מזה עשרים שנה הוא אינו פתרון למקרי קיצון בלבד, וכי נקבע שהחוק דנן מפלה בין בני זוג הטרוסקסואלים לבין כל שאר האוכלוסייה הנזקקת להליך זה – ובראשם בני זוג להט"בים. להלן אעמוד על כך שלא רק שחוק הפונדקאות מפלה, אלא אף שאפליה זו אינה מידתית.

#### ד. מידתיות הפגיעה בזכות להורות

לשון החוק כיום מאפשרת פסילתם על הסף של יחידנים ושל זוגות להט"בים, מאחר שהזכאים להליך מוגדרים "אישי ואישה שהם בני זוג",<sup>123</sup> אשר קיבלו את אישור הוועדה.<sup>124</sup> תנאי זה, של תא משפחתי זוגי הטרוסקסואלי, אינו משקף את יכולת הפרט או הזוג הלהט"בי להקים משפחה, לגדל ילדים ולהבטיח את טובתם.<sup>125</sup> כפי שאראה בהמשך, הוא משקף חוסר סובלנות כלפי מצב חברתי קיים ומוכר, של משפחות שבהן הורות יחידנית ושל משפחות להט"ביות, אשר בקשותיהן תידחינה על הסף בלא שייבחנו לגופן.

123 ס' 1 לחוק הפונדקאות.

124 ס' 3 לחוק הפונדקאות.

125 Charlotte Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents*, 63 CHILD DEVELOPMENT 1025 (2008); Fiona MacCallum & Susan Golombok, *Children Raised in Fatherless Families from Infancy: A Follow-up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adolescence*, 45 J. CHILD PSYCH. & PSYCHIATRY 1407 (2004); Susan Golombok, *Children with Lesbian Parents: A Community Study*, 39 DEVELOPMENTAL PSYCH. 20 (2003); Jennifer Wainright & Charlotte Patterson, *Delinquency, Victimization, and Substance Use Among Adolescents with Female Same-sex Parents*, 20 J. FAM. PSYCH. 526 (2006); Jennifer Wainright & Charlotte Patterson, *Peer Relations Among Adolescents with Female Same-sex Parents*, 44 DEVELOPMENTAL PSYCH. 117 (2008); Jennifer Wainright, Stephen Russel & Charlotte Patterson, *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents*, 75 CHILD DEVELOPMENT 1886 (2004); Timothy Biblarz & Evren Savci, *Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Families*, 72 J. MAR. FAM. 480 (2010); גלית לוי "האם הורות חד-מינית פוגעת בילד?" ynet 12.2.2010 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3846124,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3846124,00.html); The Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Access to Fertility Treatment by Gays, Lesbians, and Unmarried Persons*, 86 FERTILITY AND STERILITY 1333–1335 (2006) (להלן: פריין ועקריות); Daniel Sperling & Yael Simon, *Attitudes and Policies Regarding Access to Fertility Care and Assisted Reproductive Technologies in Israel*, 21 REPRODUCTIVE BIOMEDICINE ONLINE, 854, 854–861 (2010). ממחקרם של שפרלינג וסימון עולה כי מרבית הרופאים המנהלים טיפולי פוריות לא היו מתחשבים בהיות המועמדים להורות מהליך הפונדקאות זוג להט"בי או הורים יחידנים.

ראוי להדגיש את זהותם של כל אלו שעשויים לפנות לוועדה, אך פנייתם תידחה על הסף.<sup>126</sup> ראשית, יידחו בני זוג הטרוסקואלים, כאשר לאישה בעיות ברחמה שאינן מאפשרות לה לשאת היריון ולבן-זוגה יש בעיות בזרעו שאינן מאפשרות לו להעמיד צאצאים, וזאת בשל דרישת סעיף 4)2 לחוק הפונדקאות, הקובע כי הפריית הביצית שתושלת ברחמה של האם הפונדקאית תיעשה על-ידי זרעו של האב המיועד. דעת הרוב של ועדת אינסלר קבעה, כי אם יוקם מרשם תרומות זרע לא תהיה מניעה לאפשר לבני זוג בעלי הבעיות הרפואיות דגן להיזקק להליך הפונדקאות, ואכן מרשם זה הוקם בהתאם להוראות חוק תרומת ביציות.<sup>127</sup> בנוסף, הצעת החוק מאפשרת ליחידים להיזקק להליך הפונדקאות ולהכיר באמצעות צו ההורות בדיעבד בשני בני הזוג כהורים,<sup>128</sup> כך שייתכן שההסדרה שנועדה מלכתחילה לבני זוג להט"בים תשרת אף בני זוג הטרוסקואלים.

שנית, יידחו גברים המבקשים להפוך להורים יחידנים וזוגות הומוסקואלים. החוק, כפי שניתן ללמוד מתנאי הסף שבסעיפים 1–2 ומדבריו של שר הבריאות דאז אפרים סנה, נועד בתחילה לפתור את מצוקתם של בני זוג הטרוסקואלים, במקרים שבהם לאישה יש בעיות ברחמה בלבד. כפי שנטען על בימת הכנסת, "יצרנו חוק שמאפשר לנו לפתור לעשרות זוגות – וכרגע מספרם נאמד ביותר מ-30 זוגות – לפתור לאותם זוגות חשוכי ילדים את הבעיה שלהם, בלי שיצרנו מציאות חברתית לא רצויה ובלי שעברנו על דברים שהם בבחינת בל יעבור אצל הציבור הדתי".<sup>129</sup> אמנם, מניעת פונדקאות מגברים נעשית מטעמים פוליטיים, אך רטוריקת ההצדקה הינה משפטית ורפואית. כפי שעולה מדעת המיעוט של ועדת אינסלר, אף אם החוק יאפשר לנשים להפוך לאמהות יחידניות, גברים עדיין יידחו על הסף מאחר ש"אי-יכולתם של גברים לשאת היריון אינו בשום פנים ואופן יכול להיחשב בגדר פתולוגיה".<sup>130</sup> קרי, אחד מתנאי הסף לזכאות להליך היא גילוי הפתולוגיה הרפואית הקבועה בחוק. בעבור נשים, פתולוגיה זו מתבטאת בבעיה ברחם כך שאינן יכולות לשאת היריון – בעיה הקיימת גם אצל נשים בעלות בני-זוג וגם אצל נשים ללא בני-זוג. לעומת זאת, חוק הפונדקאות דורש כי הביצית תופרה בזרעו של האב המיועד. הווה אומר, הבעיה הרפואית המשכללת זכאות להליך הפונדקאות טמונה אך ורק ברחמן של הפונות. הגדרה זו לצד הגדרות הזכאות לטיפול פריין אחרים, משקפות את תפיסת ההורות בישראל.<sup>131</sup> בניגוד לנשים, העשויות להיות אימהות "טבעיות" באחת משתי דרכים: האחת, באמצעות קשר ביולוגי הנובע מהיותו של מקור חצי מהמטען הגנטי של היילוד

126 יש לציין כי סקירה זו מתייחסת לנרחים לפי החוק הקיים כיום, שכן הצעת החוק המשנה את זהות ההורים המיועדים עשויה למנוע דחייה על הסף של חלק מן הפונים להליך, שעליהם אעמוד להלן (זאת בכפוף לקשיים ולביקורות אשר כבר ציינתי לעיל).

127 ס' 33–34 לחוק תרומת ביציות, התש"ע–2010.

128 ס' 14 להצעת החוק.

129 ד"כ 151, 1196–1197, 1202, 1205 (התשנ"ו).

130 ועדת אינסלר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 14.

131 הילה העליון "דיון ביו-אתי בטיפולי הפריה חוץ-גופית" רפואה ומשפט 32, 87–89 (2005); שמואל בניאל ומשה רונן אבות בעל כורחם 9, Shalev; (1992), לעיל ה"ש 57, בעמ' 77.

בביצית האם, והשנייה נשיאת האם את היילוד ברחמה,<sup>132</sup> גברים יכולים להיות הורים "טבעיים" רק אם הם חולקים מטען גנטי עם היילוד. לכן גברים המבקשים לממש את זכותם להורות ללא בנות זוג סובלים מבעיה כפולה, מאחר שיכולתם לשאת היריון אינה קיימת (מכיוון שאין להם רחם), ויכולתם הגנטית לאפשר היריון לוקה בחסר (משום שרבייה דורשת זרע וביצית). ברי כי אצל גברים לא קיימת פתולוגיה המונעת לשאת היריון אלא ביולוגיה המונעת לשאת היריון. לכן הגבלת מימוש זכותם להורות באמצעות הפונדקאות בשל תנאי זה – מתוך השוואה להיעדר הגבלות כגון דא בטיפולי פרויקט אחרים – עולה כדי אפליה על בסיס מין. בדומה לזה, אישור תרומת זרע וביצית לנשים הסובלות מחסך גנטי (היעדר בן זוג) או מפגם גנטי (בעיה רפואית בביציות) אינו מתיישב עם איסור על תרומת ביצית לגברים הסובלים מחסך גנטי (היעדר בת זוג). שוני זה מצייר תמונה שלפיה לנשים עומדת הזכות להורות כזכות טבעית, ואילו לגברים עומדת הזכות לסייע לנשים לממש את זכותן להורות. דהיינו, לגברים עצמם לא עומדת זכות טבעית להורות.

שלישית, יידחו נשים (יחידניות או בעלות בנות זוג) המבקשות להיזקק להליך הפונדקאות ואשר אינן לוקות בבעיה רפואית הקשורה לביציותיהן. ברי כי נשים ללא בעיות ברחמן יכולות להעמיד צאצאים ללא צורך בהליך הפונדקאות, אם בתרומת ביצית ואם בתרומת זרע, כאשר בשני המקרים דגן הנשים זכאיות להליך זה כשהחוק "עיוור" למעמדן האישי.<sup>133</sup> זאת ועוד, חוק תרומת ביציות קובע, כי אישה בעלת בעיה רפואית המצדיקה שימוש בביציותיה של אישה אחרת זכאית לקבל תרומת ביצית לשם הולדת ילד, "לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים".<sup>134</sup> דהיינו, נשים בעלות בעיה רפואית כפולה – ברחמן ובביציותיהן – זכאיות הן לתרומת ביצית והן להליך פונדקאות במסגרת תרומה זו מבלי צורך בבן זוג לקיום ההליך.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> ראו למשל תמ"ש (ת"א) 60320-07 ת.צ.נ' היועמ"ש לממשלה (פורסם בנבו, 4.3.2012).  
<sup>133</sup> ס' 13 (א) לחוק תרומת ביציות קובע כי "ביציות שנשאבו מגופה של תורמת לא יוקצו למטרת השתלה ולא יושטלו בנתרמת או באם נושאת שהתקשרה עם נתרמת בהסכם לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים, אלא לפי אישור שנתן לכך רופא אחראי לפי הוראות סעיף זה". מלשון הסעיף עולה כי אין צורך בהתקשרות עם בן זוגה של הנתרמת כלל. בהקשר זה יש לעמוד על פסיקת בית המשפט לענייני משפחה בתל-אביב בעניין ת.צ. ש.ם. במקרה דנן עברו זוג לסביות הליך פונדקאות, כאשר ביצית של האחת הופרחה בתרומת זרע והושתלה ברחמה של זוגתה. המדינה הסכימה כי יתקיים הליך פונדקאות לבנות הזוג, והמחלוקת התגלעה בינן לבין המדינה באשר לשאלת ההכרה בזהות הורי היילוד: המדינה טענה שיש להכיר באם הגנטית באמצעות אימוץ, ובנות הזוג טענו שיש להכיר בשתייהן כאימהות באמצעות צו אימוץ. בית המשפט קבע כי יש להכיר באם הגנטית (התורמת) ובאם הפיזיולוגית (הפונדקאית) כאימהות היילוד באמצעות צו הורות, הואיל ושתייהן בנות זוג. מקרה זה מחדד את הפער בין היחס שזוכות לו משפחות הטרונומטיביות לבין משפחות אחרות שקיומן מוטל בספק. ודוק: המדינה אישרה לבנות הזוג את התהליך אך דרשה כי האם הביולוגית תעבור תהליך של אימוץ והאם הפיזיולוגית תיחשב האם המשפטית, תוך התעלמות מהתא המשפחתי הקיים בין השתיים, מפנייתן המשותפת למדינה בבקשה לאישור ההליך ומאפשרות ההכרה בשתייהן כהורות המשפטיות על פי החוק.

<sup>134</sup> ס' 11 לחוק תרומת ביציות.  
<sup>135</sup> עניין משה, לעיל ה"ש 15, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל ופס' כ"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

אך נשים בעלות בעיה ברחמן בלבד לא יוכלו להיזקק להליך הפונדקאות, אלא אם הן בזוגיות הטרוסקסואלית.

משעמדנו על זהות הנדחים על הסף, עלינו לשאול אם המדינה מפרה את חובתה להימנע מהתערבות במימוש הזכות להורות. לכאורה ניתן לטעון כי אף אם אי אפשר לממש את הזכות להורות באמצעות פונדקאות, ניתן לממשה באמצעות אימוץ. אם טענה זו נכונה, הזכות להורות אינה הזכות להעמיד צאצא עם קשר גנטי אלא הזכות להיות הורה. אולם טענה זו נדחתה בעניין משפחה חדשה, שבו קבע השופט חשין כי מאחר שהמדינה מונעת מן העותרת להיזקק להליך הפונדקאות, היא פוגעת מניה וביה בזכותה להורות, ובכך מפרה את חובתה הנגטיבית כלפי העותרת תוך הפלייתה לרעה ללא צידוק.<sup>136</sup>

ברם חרף קביעת בית המשפט בדבר קיומה של אפליה נקבע כי מדובר באפליה מידתית. אולם נראה כי אין זה המצב במקרה דנן. כידוע, כדי לקבוע אם פגיעה היא מידתית, עליה לעמוד בשלושת מבחני המשנה של המידתיות: קשר בין מטרת המחוקק למימושה בחוק; קיומן של חלופות פוגעות פחות; התועלת המופקת מהחוק גדולה מעלויותיו.<sup>137</sup> לשיטתו של השופט חשין, הפגיעה הנובעת מן ההסדר הקיים עומדת במבחן המשנה הראשון, מאחר שהחוק נועד לפתור את מצוקתם של בני זוג הטרוסקסואלים בלבד.<sup>138</sup> בנוסף, בית המשפט בחן אם קיימות חלופות פוגעניות פחות מן ההסדר החקיקתי הנוכחי וקבע כי קביעה א-פריורי הדוחה רווקה בכל נסיבה שהיא מהיזקקות להליך הפונדקאות אינה ראויה, ולכן לעולם יש לבחון כל מקרה לגופו.<sup>139</sup> דהיינו, קיימת חלופה פוגענית פחות שלפיה כל מקרה ייבחן לגופו בוועדה אשר תכריע על סמך יכולותיהם של הפונים לשמש הורים, או לאחר וידוא כי ההסכם נערך מרצון חופשי ואין בו פגיעה ממשית במי מן הצדדים לו. לכן החוק הקיים הפוסל פונים על הסף אינו עומד בתנאי מבחן המשנה השני. ברם בית המשפט התעלם מקביעתו והסתפק בהמלצה לבחינת הסדרים פוגעניים פחות בעתיד.<sup>140</sup> בתוך כך, אף אם היינו סוברים כי החוק עומד בתנאי מבחן המשנה השני, היה עלינו להגיע למסקנה כי אינו עומד בתנאי מבחן המשנה השלישי הבוחן עלות מול תועלת. התועלת הצומחת מן ההסדר הקיים כפולה: מתן מענה לבעיות פוריות של בני זוג והבטחת טובת הצדדים להליך. העלות הטמונה בהסדר הקיים היא מניעת מימוש זכותם להורות של כל מי שאינם נמנים בגדרי התא המשפחתי הטרוסקסואלי – נשים יחידות, גברים יחידים וזוגות להט"בים. פתרון מצוקתם של כשלושים זוגות אינו שקול כנגד מצוקת ציבור, שסביר

136 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 447–448, 456. בית המשפט לא קבע כי קיימת זכות להורות ביולוגית, אך הוא בחן את הזכות הנפגעת בשל ההסדר הקונקרטי בלי לבחון את מידת ההשפעה של הסדרים אחרים על זכות-העל, היא הזכות להורות. לעומת זאת בעניין משה, לעיל ה"ש 15, נשמעו קולות חלוקים, כאשר השופטות חיות וארבל קבעו כי קיימת זכות להורות ביולוגית (שם, פס' 33, 6 בהתאמה), ואילו המשנה לנשיא נאור והשופט ג'ובראן הסתייגו מכך (פס' 2, 12 בהתאמה).

137 אהרון ברק פרשנות במשפט 536 (1992).

138 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 437–438.

139 שם, בעמ' 453–454.

140 שם, בעמ' 456.

שמונה יותר משלושים פרטים ואולי אף מגיע לאלפים.<sup>141</sup> ציבור זה אינו מוותר על מימוש זכותו אלא נאלץ לממשה בחו"ל בעלות של עד כחצי מיליון שקלים, ותוך התמודדות עם קשיים משפטיים וביורוקרטיים רבים – בחו"ל ולאחר חזרתם ארצה.<sup>142</sup> לכן נראה כי העלויות המתחייבות מקיומו של חוק זה גדולות מתועלתו, ובשל כך אינן מידתיות.<sup>143</sup> מסקנה זו בדבר חוסר מידתיות החוק מצויה כבר בפסיקותיו של בית המשפט העליון. כך למשל השופטת שטרסברג-כהן קובעת בעניין משפחה חדשה כי החוק הקיים מגביל את מימוש הזכות להורות באופן שאינו ניתן להצדקה.<sup>144</sup> בניגוד לקביעתו של השופט חשין, היא אינה קובעת כי החוק מידתי (ושמסיבה זו יש לדחות את העתירה), אלא שמלאכת תיקונו מורכבת ובעייתית מאוד, ולכן על הכנסת להיות אמונה על צעד זה.<sup>145</sup> בדומה לזה, בית המשפט הבהיר בעניין משה כי ללא שינוי החוק הוא לא יבחל בהתערבות ובמניעת הפגיעה בזכות מהותית ובסיסית זו.<sup>146</sup>

### ה. שינויים חברתיים ומשפטיים בתפיסת התא המשפחתי

הטענות בדבר מורכבותו של החוק והבעייתיות הטמונה בו המחייבות את הכרעת המחוקק בלבד הן רק חלק מן הטיעונים שאפשר להעלות – ואף הועלו – נגד פתיחת הליך הפונדקאות לכול. ניתן לעמוד על הטענה כי פונדקאות היא הליך חדש, ולכן יש חשש ששימוש רחב בפונדקאות יוביל ל"מדרון חלקלק" ולפגיעה בטובת הילד – הן מבחינת קיומם של תאים משפחתיים שאינם הולמים והן מבחינת הסכנה הטמונה בסחר בילדים – ומסיבה זו יש לאסור על קיום פונדקאות

141 ד"כ 151, 1197 (התשנ"ו); ראו נתונים מחברה אחת בלבד, המסייעת לישראלים להשלים הליך פונדקאות בחו"ל, שבאמצעותה נולדו למעלה מתשעים ילדים: Tammuz International Surrogacy, [www.tammuz.com/main.php?lang=&action=birthsandbabies](http://www.tammuz.com/main.php?lang=&action=birthsandbabies).

142 שם; עשור לפונדקאות, לעיל ה"ש 55; פרוטוקול הישיבה, לעיל ה"ש 58, דברי אופיר גנוט בעמ' 14; יש לציין כי הפנייה להליך הפונדקאות של יחידים וזוגות גברים היא המוצא האפשרי האחרון למימוש זכותם להורות (Rhona Schuz, *Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in* (Practice, in SURROGATE MOTHERHOOD: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 35, 43 (2003)), משום שאימוץ אינו אפשרות מציאותית, שכן יחידים ובני זוג להט"בים הזכאים לאמץ כיחידים בלבד יכולים לאמץ רק ילדים בעלי צרכים מיוחדים ששום זוג הטרוסקסואלי לא הביע רצון לאמצם. ראו "אימוץ ע"י בני הזוג מאותו המין" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (התשס"ח) [web.archive.org/web/20120616111132/http://justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm](http://web.archive.org/web/20120616111132/http://justice.gov.il/MOJHeb/News/2008/imuz.htm); "שירותי אימוץ – משפחות מאמצות" אתר משרד הרווחה [www.molsa.gov.il/Populations/Youth/Adoption/Families/Pages/MT01\\_02\\_03.aspx](http://www.molsa.gov.il/Populations/Youth/Adoption/Families/Pages/MT01_02_03.aspx). הדבר מונע מהם דה פקטו להקים משפחה שלא באמצעות אימוץ.

143 יוסף גרין טכניקות פריון והולדה: משפט והלכה 192 (2007).

144 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 467–468.

145 שם.

146 עניין משה, לעיל ה"ש 15, פס' מ"ב, מ"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 6 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 38 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ארבל.

החורגת מהגבולות הקבועים בחוק כיום.<sup>147</sup> בנוסף, קיימת טענה שלפיה אין להכיר בתאים משפחתיים שאינם זהים לתא המסורתי, המונה גבר ואישה כבני זוג, מאחר שהכרה בתאים משפחתיים אלו, ובזכותם לפונדקאות, תוביל לערעור מוסד המשפחה,<sup>148</sup> ולכן יש לאסור זאת מטעמי הלכה ומוסר.<sup>149</sup> לבסוף נטען שאין מקום לדבר על אפליה בין שווים, מאחר שאין שוויון ודמיון בין איש ואישה שהם בני זוג לבין תא משפחתי אחר.<sup>150</sup> כך למשל בעניין דנילוביץ טוען השופט קדמי (בדעת המיעוט) כי הקונצנזוס החברתי מחייב שבני זוג יהיו בני שני המינים,<sup>151</sup> ושהכרה בזוגות להט"בים תוביל להתפרקות התא המשפחתי.<sup>152</sup>

ברם דין טענות אלו להידחות. ראשית, הליך זה ושימושו בקרב פרטים המרכיבים תאים משפחתיים "חדשים" אינו חדש מאחר שהפונדקאות קיימת למעלה משלושים שנה ומשמשת אף תאים משפחתיים "חדשים".<sup>153</sup> בנוסף, המועמדים להליך עוברים בדיקות פיזיולוגיות ופסיכולוגיות המוודאות את כשירותם לשמש הורים, ולכן קביעה שמדובר בהליך חדש העלול לסכן את טובת הילד אינה מובהקת, מתבקשת או נתמכת במציאות הקיימת.<sup>154</sup> שנית, מבחינה חברתית ומשפטית ישראל מכירה בתאים משפחתיים "חדשים", אם בחקיקה,<sup>155</sup> אם בהכרה דה-פקטו של בית המחוקקים בתאים משפחתיים חדשים<sup>156</sup> ואם בפסיקה.<sup>157</sup> כתימוכין נוספים ניתן

- 147 עשור לפונדקאות, לעיל ה"ש 55.
- 148 פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח(3) 643, 662 (2005); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 152 (1989).
- 149 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 479.
- 150 שם.
- 151 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5), 749, 769–770 (1994).
- 152 שם, בעמ' 775–776, קדמי טוען שהבחנה בין "צמד" בני אותו מין ל"זוג" אינה פוגעת בעקרון השוויון, משום שהשניים אינם בעלי מעמד שווה. דברים דומים טענה היועצת המשפטית של משרד הבריאות בעשור לפונדקאות, לעיל ה"ש 55, ואף חבר ועדת אלוני ויועץ שר הבריאות הרב ד"ר מרדכי הלפרין טען כי מחקרים מוכיחים שאין זה מטובתו של ילד להיוולד למשפחה "לא שלמה", וכי יש להתחשב בשיקולים אלו כאשר המדינה מאשרת ומממנת את הליך הפונדקאות (שם). בתוך כך הלפרין מציין במפורש שהחוק נחקק מתוך פשרה דתית, וכי על החוק להתחשב בסטנדרטים הלכתיים ובמוסר הרווח בקרב הציבור הדתי. אם כן, ניתן להסיק מן הגישות לעיל כי התכלית הראויה אשר תצדיק פגיעה בזכות למשפחה והליך הוגן העולה היא טובת הילד מחד גיסא והתחשבות בהלכה מאידך גיסא (שם).
- 153 שלי לוי פונדקאות בישראל – סקירת היבטים הלכתיים 4 (הכנסת, מרכז מחקר מידע, 2006); ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 4; ראו גם Zvi Triger, *Introducing the Political Family*, 13 THEORETICAL INQUIRIES L. 361 (2012).
- 154 וראו בהקשר זה את עניין משה, לעיל ה"ש 15, פס' 23 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 155 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; חוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992.
- 156 ד"כ 385, 18750 (התשס"ה); גליקמן, לעיל ה"ש 48.
- 157 למשל ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 132–133 (2005), שם קבע השופט חשין שתבנית משפחתית הכוללת רק גבר ואישה אינה עומדת במבחן המציאות. בדומה לזה, בעניין דנילוביץ, לעיל ה"ש 151, בעמ' 777–778, קבעה השופטת דורנר שהמצב החברתי בישראל השתנה, וכי קיימת הכרה בבני זוג שאינם תואמים את המודל המסורתי. בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537, פס' 23, 44 לפסק דינו של הנשיא

לציין שבשנת 2011 חיו בישראל כ-187,000 ילדים במשפחות חד-הוריות. זאת ועוד, המוסד לביטוח לאומי אישר חופשת לידה לזוג הומוסקסואלים ללא התערבות בית המשפט, ושולמה קצבת לידה מוגדלת לזוג אבות שנולדה להם שלישייה בפונדקאות בחו"ל.<sup>158</sup> מכלול נתונים זה אינו מתיישב עם הטענה לאי-הכרה בתאים משפחתיים "חדשים" בישראל, ולכן היא חסרת נפקות משפטית. שלישיית, הטענה כי הכרה בתאים משפחתיים אלו תוביל להתפרקותו ולערעורו של מוסד המשפחה בעייתית, מאחר שהיא נאמרה ללא הוכחות אמפיריות המגבות אותה.<sup>159</sup> לכן נראה שבסיס טענה זו מצוי בנטיית לבם של בעליה ולא במציאות.<sup>160</sup>

ניתן לסכם ולטעון כי התאים המשפחתיים ה"חדשים" אינם פוגעים במרקם החברתי אלא הם חלק מהמציאות החברתית הקיימת, וכי עובדה זו היא לב לבה של המחלוקת בין המבקשים לאפשר פונדקאות לכל לבין אלו המבקשים להותירה כפי שהיא נהוגה היום. אך שני הצדדים אינם מתייחסים לבעיה שמונחת בבסיס עובדה זו – הפגיעה בזכות להורות של הנדחים על הסף רק בשל השתייכותם לתאים משפחתיים "שונים". פגיעה זו מפלה ואינה מידתית, הן כשלעצמה והן כי היחידים שאינם יכולים להיזקק להליך הפונדקאות הם גברים יחידים, זוגות להט"בים ונשים עם בעיות ברחם. בהתחשב בכך שתכלית החוק היא הסדרת הפונדקאות בישראל באופן שיבטיח את טובת הצדדים,<sup>161</sup> מטרת הוועדה אינה לקבוע אם הפונים אליה פוגעים במרקם החברתי הקיים או להגדיר מהו התא המשפחתי הרצוי והראוי להתקיים במדינת ישראל. מטרתם היחידה היא לבחון אם טובת הצדדים תישמר אם יאשרו לפונים אליה את הליך הפונדקאות. בשולי דברים ראוי להעיר על השלכות אתיות והלכתיות בדבר הכרה בתאים משפחתיים "חדשים" ופתיחת הפונדקאות בשבילם. הואיל וקיימים בישראל היום כמה הסדרים המאפשרים לנשים יחידות ולזוגות הטרוסקסואלים לממש את זכותם להורות באופן שיהפכו להורים ביולוגיים, לא ניתן עוד לטעון כי יש השלכות אתיות, חברתיות והלכתיות המצדיקות את ההסדר המפלה הנוכחי. השארת הסדר זה על כנו היא שעלולה לגרום לאותן בעיות חברתיות והלכתיות אשר המחוקק ביקש להימנע מהן, משום שהפונים לוועדה לאישור הסכמים הנדחים על הסף אינם בהכרח מוותרים על מימוש זכותם להורות באמצעות פונדקאות, אלא מממשים אותה בחו"ל מתוך הסתמכות על עזרת האוכלוסייה המקומית, על כל העשוי להשתמע מכך.

ברק (2006) בית המשפט קבע כי יש להכיר ברישום נישואין של בני זוג בני אותו המין שנערכו בחו"ל ומביע נכונות להכיר גם בתוקפם.

158 ב"ל (ת"א) 12398-05-11 ש.ש.ק. נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 7.9.2012); תומר זרחין "ביטוח לאומי העניק לראשונה חופשת לידה לזוג הומואים" הארץ online 16.3.2009 [www.haaretz.com/hasite/spages/1071395.html](http://www.haaretz.com/hasite/spages/1071395.html)

159 אדרבה, יש הטוענים כי ספק רב אם כיום התא הזוגי ההטרוסקסואלי בעל מעמד בכורה כאידאה שאליה יש לשאוף. ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 572-574 (2003); בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 20-23.

160 הוכחה לכך ניתן למצוא בחוות דעתה של ועדת האתיקה של ההתאחדות האמריקאית לטיפולי פריון, אשר קבעה כי אין בסיס אתי למניעת טיפולי פריון מהורים יחידנים וזוגות להט"בים. ראו פריון ועקריות, לעיל ה"ש 125, בעמ' 1335.

161 ועדת אלוני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10, 13.

## ו. חובתה הפוזיטיבית של המדינה לסייע למימוש הזכות להורות באמצעות פונדקאות

עד כאן ראינו כי המדינה מפרה את חובתה הנגטיבית להימנע מהתערבות בזכות להורות של אזרחיה. להלן נבקש להראות כי מוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית לאפשר את קיומו של הליך הפונדקאות לכל הפונים לוועדה, וכי תנאי הסף של הורים מיועדים בזוגיות הטרוסקסואלית מפר חובה זו. טענה זו ניתנת לביסוס הן בחוק זכויות החולה והן בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. עם זאת, יש להדגיש כי חובתה הפוזיטיבית של המדינה אינה להעמיד בפני הורים מיועדים פונדקאות ותורמי זרע וביצית, אלא מוטלת עליה חובה לאפשר את קיומו של הליך הפונדקאות ולהשתתף בעלותו.

חוק זכויות החולה קובע כי "מטפל או מוסד רפואי לא יפלו בין מטופל למטופל מטעמי דת, גזע, מין, לאום, ארץ מוצא, נטייה מינית או מטעם אחר כיוצא באלה"<sup>162</sup>. כפי שצוין לעיל, חוק הפונדקאות מפלה בין הפונים לוועדה על בסיס מין, נטייה מינית ומעמד אישי. בכך מונע ההסדר הקיים את זכות הגישה להליך הפונדקאות מאלו שאינם עומדים בתנאי הסף הקבועים בו. אולם כדי לקבוע שחוק זכויות החולה חל על הליך הפונדקאות, יש ראשית לבחון אם פונדקאות היא טיפול רפואי, אם הפונים לוועדה המבקשים להפוך להורים מיועדים הם המטופלים, ואם הוועדה היא בגדר מטפל או מוסד רפואי.

בהקשר זה יש הטוענים כי הפונדקאות אינה הליך רפואי כלל אלא הסדר חברתי.<sup>163</sup> ברם דין טענה זו להידחות, משני טעמים: האחד, הפונדקאות מצריכה התערבות רפואית, ולכן אף אם ניתן לראות בה הסדר חברתי, זהו תיאור פשטני מדי של ההליך; השני, הפונדקאות מוגדרת כהליך רפואי הן בחוק זכויות החולה והן בחוק ביטוח בריאות ממלכתי.<sup>164</sup> בנוסף, יש לשאול מיהו המטופל בכל הקשור להליך הפונדקאות – ההורים המיועדים, האם הנושאת או שניהם. בחוק זכויות החולה נקבע כי מטופל הוא "חולה וכל המבקש או המקבל טיפול רפואי".<sup>165</sup> ברי כי האם הנושאת מקבלת טיפול רפואי בטרם ההזרעה, במהלך ההיריון ולאחריו. בדומה לזה, ההורים המיועדים הם מושא טיפול רפואי אם הם תורמים ביצית או זרע אשר ישמשו בהליך הפונדקאות. אולם אין להסיק כי מכשנסתיימו הליכים אלו אי אפשר לראות בהם מושאי טיפול רפואי. "אדם הנזקק לטיפול רפואי הוא, איפוא, חולה אשר זקוק ומסכים

162 ס' 4(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

163 נופר ליפקין ואתי סממה פונדקאות בישראל: תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה 77 (2011). יש לציין כי חרף תרומתו של חיבור זה לשיח, הוא בוחן את נושא הפונדקאות בישראל באופן מוטעה ולעיתים אף מטעה באופן שבו טענות מסוימות מוצגות. כך למשל, פרקים ארבע וחמש מתמקדים אך ורק בבעיות אליהן עשויות להיחשף הפונדקאות, מבלי לבחון את המקרים הסיכונים להם חשופים ההורים המיועדים.

164 ס' 1 לחוק זכויות החולה; ס' 6(ד) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" רפואה ומשפט 33, 13, 28 (2005).

165 ס' 2 לחוק זכויות החולה.



לטיפולם אלו.<sup>166</sup> הפונים להליך הפונדקאות זקוקים להליך זה מטעמים ביולוגיים או פתולוגיים המונעים מהם לקיים היריון בלעדיו. הבעיה שהטיפול הרפואי מבקש לפתור היא חוסר יכולת להעמיד צאצאים ביולוגיים. לכן יש לראות בהם חולים המבקשים להיזקק לטיפול רפואי אשר יפתור בעיה זאת, וטיפול זה נמנע מהם מטעמים האסורים לפי חוק זכויות החולה. לבסוף, יש לבחון את לשון החוק המגדיר מטפל ומוסד רפואי לפי תכליתו כדי לקבוע אם יש להחילו על הוועדה. חוק זכויות החולה נועד להבטיח, בין היתר, כי טיפול רפואי יינתן ללא אפליה. ניתן לראות כי הוועדה אינה הגורם המטפל ואינה חלק מהמוסד הרפואי שבו יבוצע ההליך; היא ועדה ארצית מטעם משרד הבריאות, ותכליתה לפקח על הסכמי פונדקאות ולאשרם ככל שאלו עולים בקנה אחד עם דרישות החוק המבטיחות את טובת הצדדים להליך.<sup>167</sup> בהיעדר אישור הוועדה לא יוכל להתקיים הליך הפונדקאות,<sup>168</sup> ובהינתן האישור יתקיים ההליך. ברם הואיל והוועדה היא הגורם המכריע דה פקטו אם ההליך יתקיים ואם לאו, נראה כי תפקידה אינו שונה מתפקידו של מטפל או מוסד רפואי המחליטים אם להעניק טיפול. למעשה, היכולת להחליט על מתן הטיפול "הופקעה" מידי הגורם הטבעי – המטפלים והמוסדות הרפואיים – לטובת רגולציה בידי המדינה. בהקשר ספציפי זה הוועדה מתפקדת בשני כובעים: רגולטור ושלוח המטפל. לכן נראה כי יש לפרש את החוק באופן שיחול גם על הוועדה לאישור הסכמים, שכן ללא פרשנות זו נסכל הלכה למעשה את תכליתו. ככל שפרשנות רחבה זו תתקבל, נראה כי למדינה חובה פוזיטיבית לאפשר לתושביה להיזקק להליך הפונדקאות ללא אפליה. לחלופין, ניתן לבסס חובה זו באמצעות חוק ביטוח בריאות ממלכתי, שבו קיבלה עליה המדינה חובה לסייע כלכלית לבני זוג נשואים ולנשים המעוניינות להפוך לאימהות יחידניות באמצעות טיפולי הפריה חוץ-גופית.<sup>169</sup> קריטריונים אלו מפלים לרעה על בסיס מעמד אישי, מין ונטייה מינית, כאשר אי אפשר לטעון שקריטריונים אלו ענייניים.<sup>170</sup> אמנם משקבעה המדינה כי תסייע במימוש הזכות להורות באמצעות הפריה חוץ-גופית תוכל המדינה לפגוע בזכות לשוויון ככל שזו מידתית. ואולם, אף אם ניתן לטעון כי ההסדר הקיים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי עומד בתנאי מבחן המשנה הראשון, מאחר שהחוק נועד לסייע לפרטים לממש את זכותם להורות, ספק אם הוא יעמוד בתנאי המשנה הנוספים. כך למשל היה ניתן לקבוע סיוע על בסיס יכולת כלכלית, שלא כסיוע במצב שבו הפונים בני זוג נשואים או אישה המבקשת להפוך לאם יחידנית בלבד. בדומה לזה, אי אפשר לטעון כי מספר הפונים שאינם עומדים בקריטריונים הקיימים בחוק יהיה כה רב עד כי יש מקום למנוע מהם את עזרת המדינה בשל שיקולים תקציביים, שכן חלוקת התקציב נעשית מטעמים פסולים. ודוק: לפי ההסדר הקיים אישה המבקשת להפוך לאם יחידנית זכאית לסיוע כל עוד אינה מבקשת לממש זכותה באמצעות

166 אגמון-גונן ודבך-דויטש, לעיל ה"ש 164, שם.

167 ס' 5 לחוק הפונדקאות.

168 ס' 2(1) לחוק הפונדקאות.

169 ס' 6(ד) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

170 אגמון-גונן ודבך-דויטש, לעיל ה"ש 174, בעמ' 19–20.

פונדקאות, אולם אין הבדל בעלות הליך הפונדקאות שתעבור אישה זו לעומת ההליך שתעבור אישה המקבלת סיוע במימוש זכותה להורות באמצעות פונדקאות כאשר יש לה בן זוג. בדומה לזה, אין הבדל בין גבר או זוג גברים שנמנע מהם סיוע זה בכל טיפולי הפריה שהם, לבין אישה הזכאית לסיוע בתרומת ביצית או בהליך פונדקאות. לכן, מוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית לסייע כלכלית להורים מיועדים – בין שהם הורים יחידנים או בני אותו המין – לממש את הליך הפונדקאות.

## ז. ההסדר המוצע

מן האמור לעיל נראה כי ההגדרה המצמצמת להורים מיועדים בחוק הפונדקאות, המובילה לפסילתם על הסף של הורים יחידנים ובני זוג להט"בים, אינה עולה בקנה אחד עם הזכות להורות ונעשית תוך הפרת חובותיה הפוזיטיביות והנגטיביות של המדינה. מספר המבקשים הנדחים על הסף בשל הקריטריון הנדרש של גבר ואישה שהם בני זוג עולה כדי אפליה שאי אפשר להצדיקה בשל תכלית החוק ומידתיות הפגיעה הנובעת ממנו. בהקשר זה חשוב להבין את הצורך הגורם לאנשים לפנות להליך הפונדקאות: אישה המבקשת להיות אם יחידנית כשרחמה אינו מסוגל לשאת היריון היא בעלת צורך רפואי להליך. משהגענו לכלל מסקנה כי אישה יכולה להיזקק להליך הפונדקאות בגפה אם בעייתה הרפואית נובעת מביצייתיה, מניעת היזקקות לפונדקאות מאישה יחידה בעלת בעיות רפואיות ברחמה מפלה אפליה בלתי מידתית ולא מוצדקת. הרי מטרתו של החוק היא, בין היתר, היא לאפשר לזוגות לממש את זכותם להורות במקרים שבהם האישה בעלת בעיה רפואית ברחמה שאינה מאפשרת לה להרות. אולם במקרים שבהם הרווקה ומי שיש לה בן זוג הן בעלות אותה בעיה ברחם, מניעת האפשרות מן הראשונה להיזקק לפונדקאות היא אפליה על בסיס מעמד אישי, כפי שכבר נקבע במשפחה חדשה. מנגד, הצורך של גבר המבקש להיות הורה יחידני, או זוג גברים הומוסקסואלים, בביצית ובאם נושאת הוא ביולוגי. ברי כי ביכולתם לממש את זכותם להורות אם ימצאו אישה אשר תסכים להרות להם. אמנם הסדר שכזה לא יכפה קשרי זוגיות, אולם הוא יכפה קשרי משפחה וחובות הדדיות שהצדדים אינם מעוניינים בהם.

בהקשר זה ראוי לבחון את דבריו של השופט חשין בעניין משפחה חדשה, שבו הוא קובע כי משקיימת הטכנולוגיה הרפואית המאפשרת לממש את הזכות להורות, אך ורק סיבות חשובות ביותר תצדקנה את מניעת ההליך. לכן מימוש הזכות להורות באמצעות הפונדקאות לא תיעשה כפתרון למקרים קיצוניים, כפי שהמדינה טענה בעניין זה,<sup>171</sup> אלא בכל מקרה שמימוש הזכות להורות מחייב סיוע רפואי. שנית, השופט חשין מדגיש שהן האיש והן האישה זכאים להיזקק לטכנולוגיה זו לשם מימוש זכותם להורות, אולם נראה כי בדבריו שאיפתה של האישה למימוש

171 טענה שהמדינה העלתה בשנית ונדחתה אף בעניין הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

זכות זו גדולה משאיפתו של האיש. ייתכן שיש בכך ביטוי לתפיסת הנשים כאימהות כעניין של עובדה – לא רק שנשים תהיינה אימהות, הן צריכות להיות אימהות. זו זכותן וחובתן, אם מכוח הטבע ואם מכוח התרבות.<sup>172</sup> לכן אסור לנו לעמוד בדרכן של הנשים לממש את זכותן. ברם תפיסה זו אינה נכונה ואינה מבוססת. כדי להעמיד צאצאים אמנם נדרשים ביצית ורחם, אך נדרש גם זרע. זהו מיזם משותף שאת מרבית עולו הביולוגי והפיזיולוגי נושאת האישה, אולם הוא לא היה מבשיל ללא תרומת האיש. ומפתיע הדבר ככל שיהיה, אף גברים המבקשים להפוך להורים – אם כהורים יחידנים ואם כזוגות להט"בים – הם בעלי שאיפה לממש את זכותם להורות. עלינו להכיר בכך שמימוש זכותן של נשים להורות באמצעות הפונדקאות אינה "על אחת כמה וכמה" אלא בשווה לזה של גברים.

מן הטעמים הנקובים לעיל נראה כי יש לפעול בכמה מישורים כדי למנוע פגיעה שאינה מידתית בזכות להורות, בעקרון השוויון, ובחובה המנהלית להליך הוגן. המישור הראשון נוגע לחוק הפונדקאות ולפעולת הוועדה לאישור הסכמים, ונראה כי יש לבטל את הקריטריון הקובע כי הורים מיועדים הם "בני זוג שהם גבר ואשה" כדי שיתאפשר לכל תא משפחתי לעלות לדיון בפני הוועדה, בין שמדובר בזוג להט"בי או בפרטים המבקשים להפוך להורים יחידנים. בתוך כך, על מנת להבטיח את טוהר ההליך בפני ועדת האישורים – הן על פי חוק הפונדקאות והן על פי חוק תרומת ביציות (שעל חשיבותו ועל השינוי הנדרש בו אעמוד להלן) – יש לנקוט שלושה אמצעים: האחד, צמצום שיקול הדעת של הוועדה באמצעות קביעת קריטריונים ברורים שלפיהם יאושר ההליך והדגשת אי-היות ההליך פתרון למקרי קיצון בלבד. על קריטריונים אלו להתייחס למצב הרפואי והפסיכולוגי של הצדדים, אך חל איסור לקבוע כי טובת הילד תיפגע בשל היוולדותו לתא משפחתי "חדש". נימוק כגון הצורך בהורים בני שני המינים מצביע על שיקול זר ופסול. למעשה, על הוועדה לבחון בתחילה את יכולתו של הפונה לשמש הורה, ורק לאחר מכן לבחון את טובת היילוד.<sup>173</sup> האמצעי השני הנדרש הוא אפשרות פסילתו של אחד מחברי הוועדה והחלפתו בחבר אחר – אם מהוועדה (אשר אינה מחויבת לבחון כל מקרה בנוכחות כל שבעת חבריה) ואם מתחומי המקצועי – במקרים שבהם קיים חשד סביר כי יש בלבו דעה קדומה על המבקשים.<sup>174</sup> לשם כך על הוועדה להודיע לפונים אליה על זהותם ומקצועם של חברי הוועדה אשר יבחנו את פנייתם, תוך קביעת זמן סביר לערעור על הרכב הוועדה. לבסוף, יש לחייב את הוועדה לספק לפונים אליה את חוות דעתם המנומקת לדחיית ההליך או קבלתו. אמצעי זה יבטיח שקיפות והוגנות ויאפשר ליישב סכסוכים בפני בית המשפט.

המישור השני נוגע לחוק תרומת ביציות, ונראה כי יש להרחיב את מעגל הזכאים לתרומת ביציות לפי חוק זה. לשם כך יש לשנות את סעיפי מטרת החוק והגדרותיו באופן שיכללו גם גבר או זוג גברים. כמו כן יש להוסיף לסעיף הזכאות בחוק גבר או זוג גברים המבקשים להשתמש

Karen Czapansky, *Volunteers and Draftees: The Struggle for Parental Equality*, 38 UCLA L. Rev. 1415, 1415, 1432–1438 (1990)

173 ע"א 325/87 פלונית נ' היועמ"ש, פ"ד מב(1) 848, 855 (1988).

174 רע"א 5258/90 קצין התגמולים נ' אינגבר, פ"ד מה(3) 593, 596 (1991).

בביציותיה של תורמת לשם הולדת ילד לפי חוק הפונדקאות.<sup>175</sup> תוספות אלו לחוק תרומת ביציות נדרשות כדי לקיים את הליך הפונדקאות ולהימנע מכפיית תא משפחתי זוגי והטרסקסואלי על מי שאינם נמנים עם קבוצה זו.<sup>176</sup> למעשה, ניתן לראות כי כבר כיום ייתכן מקרה שבו גבר יקבל תרומת ביצית. לפי סעיף 11 לחוק תרומת ביציות, אישה זכאית לקבל תרומת ביצית גם במקרים שבהם היא זקוקה אף להליך הפונדקאות. אולם אישור הליך הפונדקאות כפוף להיותה בקשר זוגי.<sup>177</sup> לכן נראה כי אמנם האישה זכאית לתרומת ביצית ולהליך פונדקאות, אולם המטען הגנטי שהתינוק יחלוק לא יהיה שלה כלל אלא של בן זוגה. לכן לאישה קיימת הזכות לדרוש את ההליך, והנהנה ממימושה הוא בן הזוג אשר זוכה להעמיד צאצא בעל מטען גנטי. ומשהגענו למסקנה זו, נראה כי הרחבת מעגל הזכאים לתרומת ביציות אינה עניין חדש אלא תואמת את החוק הקיים ותורמת להרמוניזציה שלו.

המישור השלישי נוגע לקביעת הורי היילוד בעקבות הליך הפונדקאות, ונראה כי יש לקבוע שהרך הנולד יירשם כילדו של ההורה או ההורים המיועדים בלבד. דהיינו, אם ההליך אושר לגבר או לאישה יחידים, יירשם כי לילד אב או אם בלבד; אם ההליך אושר לזוג להט"בי, הורי הילד הרשומים יהיו שני בני הזוג.<sup>178</sup> רישום זה בעל חשיבות משום שהוא מבהיר את היחסים המשפחתיים והמשפטיים מרגע הלידה. כך למשל אם היילוד חולק מטען גנטי עם אחד מהפונים בלבד, בן הזוג לא יידרש להמתין תקופה שבה ייווצר קשר פסיכולוגי בינו לבין היילוד כדי שיכירו בו כהורה. הסדר זה קיים כיום בחוק הפונדקאות ובחוק תרומת ביציות, הקובעים כי ההורים המיועדים, ולא האם הנושאת או תורמת הביצית, הם ההורים החוקיים היחידים.

המישור הרביעי נוגע לסיוע כלכלי שוויוני מטעם המדינה לקיום הליך הפונדקאות, ונראה כי יש לשנות את לשון סעיף 6(ד) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי באופן שיחול על כל פרט העובר טיפולי הפריה חוץ-גופית. משהגענו לכלל מסקנה כי החוק הקיים מפלה במידה בלתי מידתית ושיש לאפשר לכל פרט לעמוד בפני הוועדה לאישור הסכמים כדי לממש את זכותו להורות באמצעות הליך הפונדקאות, אין לאפשר בשנית הפלייתם של פרטים מסוימים במימון הליך זה אך ורק משום שאינם בני זוג הטרסקסואלים. כפי שאישה זכאית למימון טיפולי הפריה

175 רחל צ'ישלביץ "פונדקאות בשילוב עם תרומת ביציות: היבטים הלכתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 39, 82-83 (2008).

176 לכאורה היה ניתן לכונן הסדר שלפיו גבר או זוג גברים זכאים לתרומת ביצית, ושהתורמת אף תהיה האם הפונדקאית. במקרה זה התורמת-נושאת תוותר על זכויותיה ההוריות כשם שתורמות ביצית ואימהות נושאות מוותרות על זכויותיהן כלפי הנולד. ברם הסדר שכזה אינו מקובל בעולם בשל הבעייתיות הטמונה בו, בין היתר מיכולתה של האם לחזור בה ובכך לכפות יחסי משפחה על האב.

177 ס' 4(ב) לחוק תרומת ביציות; ס' 1-2 לחוק הפונדקאות.

178 רות זפרן "אימהות יש גם שתיים" דין ודברים ג 372, 379 (2008); בעניין ת.צ., לעיל ה"ש 132, בית המשפט אכן הורה לרשום את בנות הזוג כאימהות היילוד. עמדה דומה נקט היועץ המשפטי לממשלה בעניין ממש-מגד שבו הודיעה המדינה כי היא תהיה מוכנה לקבוע את הורותו של הורה לא גנטי לילד שנולד בהליך פונדקאות בחו"ל באמצעות צו הורות ולא באמצעות הליך אימוץ כפי שנעשה עד כה. ראו הודעת עדכון משלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים, [index.justice.gov.il/Pubilcations/News/Documents/EmdatYoetzpundekaut.doc](http://index.justice.gov.il/Pubilcations/News/Documents/EmdatYoetzpundekaut.doc).

חוץ-גופית באמצעות תרומת ביצית או זרע אף אם בכך תהיה אם יחידנית, כן עליה להיות זכאית לקבל מימון להליך הפונדקאות שבסופו תהיה לאם יחידנית. בדומה לזה, כשם שיש לסייע לאישה יחידנית או לזוג הטרוסקסואלי לממש זכותם באמצעות פונדקאות, כך יש לסייע לגבר המבקש להיות הורה יחידני או לזוגות להט"בים המבקשים לממש זכותם להורות.

המישור החמישי שיש לנקוט נוגע להסדרה של פונדקאות חו"ל. ההגנה המרבית על הצדדים להליך זה תתקיים מקום שבו קיים תיאום בין-לאומי תוך שמירה על סטנדרטים מוסכמים ונקיטת צעדים משפטיים משותפים ברחבי העולם.<sup>179</sup> אולם אף לאחר שתיחתם אמנה זו, על המדינה להימנע מלהטיל מגבלות על האפשרות להיזקק להליך, והדבר נכון על אחת כמה וכמה כל עוד לא קיים חוק האוסר על קיומה של פונדקאות בחו"ל.<sup>180</sup> הימנעות זו מהטלת מגבלות נובעת מעצם היותה של הזכות להורות זכות חוקתית, אך גם מכבוד ריבונותה של המדינה הזרה.<sup>181</sup> לכן עיקר ההסדרה של פונדקאות חו"ל אינה צריכה להתמקד בהסדרת עצם קיומו של ההליך אלא בתהליכים הביורוקרטיים המתקיימים בתומו, קרי קביעת הנתינות ורישום ההורות. כפי שכבר צוין בהרחבה לעיל, יש להימנע מאימוץ גישה הדורשת הוכחת הורות ביולוגית-גנטית בלבד, כפי שנדרש כיום, הן משום שיש בה כדי להפלות תאים משפחתיים שאינם נמנים עם הדגם הזוגי ההטרוסקסואלי והן משום שאינם מתחייבות מלשון החוק הקיים. במקום זאת יש להכיר בהורים המיועדים לפי התעודות הציבוריות הזרות שיינתנו ולרשום, ובכך להימנע מאפליה, מפיצול סטטוס ומפגיעה באוטונומיית התא המשפחתי ובטובת חבריו.

אימוץ ההסדרים המוצעים יביא להרמוניזציה של הדין הקיים תוך שמירה על הזכות להורות ולשוויון של כל אלו הנזקקים לטיפול הפריה חוץ-גופית. מימוש הזכות להורות באמצעות טיפולים אלו לא תהיה עוד שמורה רק לאלו ששפר מזלם כי נכללו בתנאי הסף שקבע המחוקק, או שעומדים לרשותם המשאבים הנדרשים כדי לקיים את ההליך בחו"ל. הסדר זה אך מתאים את החוק למציאות בת-זמננו ומיישב את הפער שנוצר בין הדין לבין החברה הישראלית.

בתוך כך, מסקירת הדין הקיים בנושא הפונדקאות נראה שקיים ספקטרום של גישות כלפי ההליך. מצד אחד, יש מדינות האוסרות עליו לחלוטין; מצד אחר, יש מדינות שלא הסדירו את הנושא כלל והותירו אותו פתוח לכול; לבסוף, יש מדינות המצויות בנקודות שונות בסקאלה שבין איסור מוחלט לחופש מוחלט.<sup>182</sup> ישראל בחרה ברגולציה שכזו, אך נראה כי אימוץ הסדר

179 זאת כפי שנעשה למשל באמנת האימוץ הבין-ארצי Convention on Protection of Children and co-operation in respect of intercountry adoption, May 29, 1999, 32 I.L.M 1134.

180 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 444-445, 447.

181 דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנוב, 25.10.2011); רע"א 3810/06 י. דורי את צ'קובסקי בניה והשקעות בע"מ נ' גולדשטיין, פ"ד סב(3) 175, 190 (2007); איריס קנאור "המשפט הבינלאומי הפרטי וערעור הריבונות בעידן הגלובליזציה: החלת משפט ציבורי זר על חוזים עבר-לאומיים" עיוני משפט כז 489, 491 (2004).

182 להבדלים שבין ההסדרים הקיימים במדינות שונות בעולם ראו למשל שלי לוי פונדקאות בישראל ופונדקאות של ישראלים בחו"ל: במצב הקיים והצגת המלצות ועדה ציבורית לשינוי 9 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2012); ועדת אינסלר, לעיל ה"ש 24, בעמ' 4-5; לוי, לעיל ה"ש 153.

כזה או אחר המצוי בדין הזר אינו רלוונטי לדיוננו, ממספר סיבות: ראשית, אי אפשר להצביע על מגמה אחת מובהקת שניתן להשוות אליה את עמדת החוק הישראלי; שנית, גם לו ניתן לאתר מגמה שכזו, או כמה מגמות, משהתקבל החוק בישראל יש לבחון את מידת התאמתו שלו לחוקי היסוד. סקירת המשפט המשווה אינה תורמת לניתוח האנליטי והמשפטי של הפגיעות הגלומות בחוק הפונדקאות או לאיזונים הראויים. בהתחשב בקיומם של הסדרים שונים רבים כל כך לפונדקאות, נראה שהמשפט המשווה בהקשר זה רק יסרב לאתחיל את הניתוח האנליטי והמשפטי, יפגע באיכותם ויסטה מהנושא העיקרי של החיבור – בחינת מידתיות האפליה הקיימת בחוק. בחינה זו אינה מקודמת באמצעות סקירת המשפט הקיים בעולם, שכן הבחינה המידתית נעשית בתוך גבולות הדין הקיים בארץ. עם זאת המשפט המשווה הנוגע לבחינת מידתיותה של הגבלת הזכאות להליך לפי קבוצות (גיל, מין, נטייה מינית וכו') של הפונדקאות עשוי להיות בעל תרומה ניכרת לחיבור, שכן ניתן להשוותו לפסיקה הישראלית שעסקה בנושא זה. ברם נראה כי טרם התקיים דיון שכזה מחוץ לגבולות ישראל. לכן עלינו לבחון את המצב המשפטי הראוי בישראל מתוך ההכרה כי ישראל הכשירה והסדירה את ההיזקקות להליך הפונדקאות, הנמצא בשימוש מזה עשרים שנה,<sup>183</sup> תוך הסתפקות בבחינת היקף הזכאים להליך בארץ.

## ח. סיכום

חיבור זה בחן אם ההסדר הקיים בחוק הפונדקאות עולה בקנה אחד עם הזכות להורות. ההסדר הקיים בעייתי, שכן לפיו כל תא משפחתי שאינו "איש ואישה שהם בני זוג" נפסל על הסף ואינו מובא בפני ועדת האישורים. הדבר המונע את האפשרות להיזקק להליך הפונדקאות מפרטים בודדים המעוניינים להיות הורים ומזוגות להט"בים. בנוסף, חיבור זה הראה כי הפגיעה בזכות להורות הקיימת בחוק אינה מידתית, ודורשת שינוי מידי המכיר בזכותם של תאים משפחתיים "חדשים", שאינם חדשים כלל, להשתמש בטכנולוגיה הקיימת כבר למעלה משלושים שנה. כמו כן, החיבור עמד על השינויים המוצעים לחוק ועל ההתפתחויות שהיו בנושא זה בפסיקה, והראה כי קיימת אפליה של תאים משפחתיים "חדשים" ושהיחס החשדני כלפיהם מתעצם ככל שמתרחקים מן המודל הזוגי ההטרוסקסואלי. לבסוף הוצע הסדר השומר על הזכות להורות, עקרון השוויון וההליך הוגן, מתוך הכרה כי התאים המשפחתיים ה"חדשים" לא רק הפכו לחלק מן הנוף המוכר בארצנו ובעולם אלא אף הוכרו כשומרים על טובת הילד.

עוד חשוב לציין כי התמורות הרבות בהגדרת ההורות מצביעות על הצורך בשינוי תפיסת בתי המשפט בישראל את ההגדרה הזאת. כבר הכרנו בהורות משפטית שאינה הורות ביולוגית-גנטית באמצעות אימוץ, צו הורות ופסיקה זרה. כמו כן הכרנו בקיומה של הורות חברתית ובהשתכללותה של הורות מכוח יחסי תלות ועזרה הדדית – אפילו כאשר ההכרה היא בקיומם

<sup>183</sup> עניין הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, פס' 25 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

של יותר משני הורים.<sup>184</sup> נוסף על כך, אף ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות המובילות לקיומם של יותר משני הורים ביולוגים-גנטיים<sup>185</sup> תורמות לקיומו של הצורך בשינוי תפיסת ההורות במערכת המשפט הישראלית. אם כן, נראה כי ההורות הביולוגית-גנטית איבדה את מעמדה הבלעדי. מסיבה זו עלינו לוודא כי איננו פוגעים בקיומם התקין של כלל התאים המשפחתיים בשם ההגנה על מציאות שאינה קיימת עוד.

לפני עשרים שנה ביקש בית המחוקקים לפתור את מצוקתם של כשלושים זוגות שלא יכלו להעמיד צאצאים בכוחות עצמם תוך הבטחת טובת ההורים המיועדים, האם הנושאת והיילוד שטרם נולד. אולם ההסדר הקיים בחוק הפונדקאות אינו מבקש להבטיח את טובת הצדדים בלבד אלא לשמר את הרכב התא המשפחתי המסורתי. בה בעת בית המחוקקים ערער באמצעות שורה של חוקים ותקנות את קיומו של תא משפחתי זה באופן המאפשר לזוגות שאינם נשואים ולנשים ללא בני זוג – ואף עם בנות זוג – להעמיד צאצאים ולממש את זכותם להורות. ברי כי ההסדר הקיים בחוק הפונדקאות אינו רק מפלה ובלתי מידתי אלא גם אינו תואם את רוח הזמן של התרבות הישראלית, על ערכיה והדין הקיים בה. משכך, ראוי כי ההסדר יתוקן במהרה ויפתור את מצוקתם של רבים – זוגות ויחידים – אשר זכותם להורות נשללת מהם, ואיש אינו קשוב לתחינתם.

בהקשר זה ראוי להתייחס לדברי המשנה לנשיאה ריבלין, אשר קבע כי "אל לנו להניח כי הפליה קיימת, ויחסי הכוחות של ההווה, לנצח ישררו במחוזותינו. חלוקת המשאבים בין הקבוצות בחברה יכול שתשתנה. ההזדמנויות הפתוחות בפני הקבוצות השונות בחברה עשויות להיות שוויוניות יותר".<sup>186</sup> חובה עלינו, כמדינה דמוקרטית ופלורליסטית, להפוך מציאות בכוח למציאות בפועל.

184 תמ"ש 21910-02-10 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 27.8.2013); בר"ע 20209/99 פלונית נ' פלמונית (פורסם במשפט ולהט"ב – מאגר מידע, 27.9.1999); טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415 (2014); עזרי עמרם "תסבוכת: 3 הורים נאבקים על תאומים" חדשות 2 29.4.2014 [www.mako.co.il/news-law/legal/29.4.2014-Article-65f945e34aca541004.htm](http://www.mako.co.il/news-law/legal/29.4.2014-Article-65f945e34aca541004.htm).

185 לרפואה הקיימת יש היכולת להחדיר די-אן-איי מיטוכונדרי של אישה אחת לביציתה של אישה אחרת, עם זרע של גבר, ובכך אפשר ליילוד שיכיל מטען גנטי של שלושה אנשים שונים (ראו: Jacques Cohen et al., *Birth of Infant After Transfer of Anucleate Donor Oocyte Cytoplasm Into Recipient Eggs*, 350 THE LANCET 186 (1997); קים טינגלי "ילד אחד מחומר גנטי של שלושה הורים: צעד לעתיד טוב יותר או לאסון?" הארץ online 10.7.2014 [www.haaretz.co.il/misc/smartphone-article/premium-1.2372676](http://www.haaretz.co.il/misc/smartphone-article/premium-1.2372676). ניתן להוסיף על כך את האפשרות להיזקק לאם נושאת לשם קיום ההיריון, ונמצא כי ייתכן שליילוד יהיו ארבעה הורים גנטיים-ביולוגיים.

186 ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פס' 37 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 27.9.2005).