

בג"ץ 2458 / 01

1. משפחה חדשה

2. פלונית

נגד

1. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות

2. שר הבריאות

3. שר העבודה והרווחה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[23.12.2002]

לפני המשנה לנשיא ש' לוין והשופטים מ' חשין, ט' שטרסברג-כהן,
ד' דורנר, ד' ביניש, י' אנגלרד, א' פרוקצ'יה

העותרת 2 היא אישה רווקה וללא בן-זוג בשנות הארבעים לחייה, שרחמה נכרת. היא לא ילדה עד כה, והיא מבקשת להביא ילד לעולם. בדרכה למימוש רצונה נשאבו מגופה של העותרת ביציות, ואלו הופרו בהפריה חוץ-גופית בזרעו של תורם אנונימי. העותרת ביקשה להשלים את התהליך על דרך השתלתן של הביציות המופרות ברחמה של אָם פונדקאית, ולעניין זה פנתה אל ועדת האישורים שכוננה על-פי [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1996 (להלן – חוק הפונדקאות או החוק) בבקשה כי יינתן לה אישור להסכם פונדקאות. ועדת האישורים החליטה לדחות את בקשתה של העותרת על הסף אך משום שאין לה בן-זוג. העתירה היא לביטול החלטתה של ועדת האישורים.

בית-המשפט העליון פסק:

- א. (1) חוק הפונדקאות מתיר אך ל"איש ואשה שהם בני זוג" להיות "הורים מיועדים" בתהליך של פונדקאות. בה בעת אוסר החוק על אישה שאין לה בן-זוג להיות אָם מיועדת (455 א – ב).
- (2) הצורך בקיומם של "הורים מיועדים" – בני-זוג, איש ואישה, המבקשים להיות הורים לילד בהליך של פונדקאות – מהווה תשתית לכל חוק הפונדקאות כולו והנחת יסוד לכל ההסדרים שבו (436 ב).
- (3) החוק הבהיר הבהר היטב שכוונתו היא לקבוע הסדר ממצה בנושא הפונדקאות, וכי לא יקום ולא יהיה הסדר פונדקאות אלא על-פיו, ועל-פי החוק לא תוכל אישה באין בן-זוג להיות "אם מיועדת". תכלית החוק הייתה – והינה – לפתור בעיותיהם של בני-זוג, איש ואישה, חשוכי ילדים, ובעיות אלו בלבד. החוק לא נתכוון לפתור בעיותיה

- של אישה חשוכת ילדים שאין לה בן-זוג, אף לא בעיותיהם של איש שאין לו בת-זוג או של כל בני-זוג אחרים. בדל"ת אמותיו של החוק לא תוכל העותרת אפוא למצוא מזור לכאבה (1439 – ד).
- (4) הסדר – חיובי או שלילי – שולל, על-פי עצם הגדרתו, קיומה של לאקונה. המחוקק שלל מפורשות תהליך פונדקאות שלא על-פי הוראות החוק. הסדר ספציפי ומיוחד שנקבע בחוק לפונדקאות – לפי הוראת המחוקק – הסדר ייחודי הוא, ואין תהליך פונדקאות אחר בלתו. לא נפלה לאקונה בחוק (1439 – ז).
- ב. (1) שאלה אחרת היא אם בהסדר שיצר חוק הפונדקאות יש הפליה לרעה של אישה בלא בן-זוג. להבדיל משאלת פירושו של החוק, זוהי שאלה ערכית. גם פירושו של חוק כורך שיקולים ערכיים, אלא שבפירושו של חוק כלוא בית-המשפט בלשונו של החוק, ורשאי הוא לנוע אך בדל"ת אמותיהן של מסגרות שיצר הכתוב (1440 – ה).
- (2) אף באחד מטעמי המשיבה להצדקת קביעת חוק הפונדקאות אין כדי להצדיק שלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג. שלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג שקולה לכאורה כנגד הפלייתה לרעה של אותה אישה, הפליה שאין לכאורה הצדק בצדה (1456 – ה).
- (3) על-פי דין, זכאית אישה שילדה בלא בן-זוג לעזרה כספית מן המדינה. הדין אף נכון להושיט עזרה לאישה גם לפני לידה. לעניין הפריה חוץ-גופית (שלא על דרך של פונדקאות) דין אחד הוא לכל אישה בישראל: בין שנשואה היא בין שאין היא נשואה, בין שיש לה בן-זוג בין שאין לה בן-זוג. כל אישה, באשר אישה היא, יכולה וזכאית היא להיות מטופלת בטיפול הפריה חוץ-גופית (1442 – ד, ה, 1443 – ז).
- (4) לעניין טענת המשיבה כי אישה אינה "זכאית" להיזקק לתהליך של פונדקאות, ולכן לא תישמע אישה בטענה של הפליה, הנטל על המדינה הוא להצדיק איסור שאסרה, והצדקת האיסור בטענת "היעדר זכות" היא בבחינת טיעון של מעגל קסם. בנוסף, היות שעל-פי דין זכאית כל אישה לטיפול הפריה חוץ-גופית, שומה על המדינה להסביר ולהצדיק מדוע זה וכיצד זה שנכונה היא להושיט כך עזרה לאישה אף אם אין לה בן-זוג, ובה בעת אין היא נכונה לצעוד צעד נוסף עדי פונדקאות (1444 – ו, 1445 – ה).
- (5) בימים אלה, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר באותה טכנולוגיה. הזכות להורות היא ביסוד כל היסודות, בתשתית כל התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה (1447 – ה).
- (6) קשה לקבל כי "תפיסה חברתית מקובלת" – באשר היא – אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת הפליה. מושג השוויון ובן-דמותו, איסור הפליה, שאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן. שלא כמות אלה היא "תפיסה חברתית מקובלת", שבעיקרה אין היא אלא תיאור מציאות קיימת בלא הבעת דעה על אותה תפיסה מבחינה ערכית. העמדתה של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור הפליה יש בה עירוב מין בשאינו מינו (1450 – ז).

(7) אמנם, ערכים כערך השוויון וככבוד האדם, תוכנם ותחומי התפרסותם ייקבעו, בין השאר, על-פי התפיסות המקובלות בחברה, ואולם אין לערב מציאות בערכים. המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיטור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". לשירוש "תפיסות חברתיות מקובלות" – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטראוטיפי שדבק בקבוצה שפלוגי נמנה עם חברה (451 א – ד).

(8) "התפיסה החברתית המקובלת" שלפיה אָם חד-הורית – אך באשר חד-הורית היא, ובלא לתת את הדעת על מצבה הכלכלי והחברתי, על סגולותיה האישיות ועל המערך הפסיכולוגי של אישיותה – אינה יכולה להבטיח טובתו של ילד כנדרש עד שראויה בקשתה לאישור תהליך של פונדקאות כי תידחה על הסף – תפיסה היא שהדעת לא תוכל לשאת. לא זו בלבד שתופעת האם החד-הורית הפכה תופעה מקובלת, אלא שהמחוקק אף בא לעזרתה בדרכים מדרכים שונות (452 ג – ד, ו – ז).

ג. (1) למרות המסקנה כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה אישה יחידה ביחס לאיש ואישה שהם בני-זוג, לא יתערב בו בית-המשפט, מכמה טעמים (1456 – ז, 1467).

(2) הפונדקאות היא תופעה חדשה, והשלכותיה על חיי האדם – במישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט – רב בהן הנסתר על הנגלה. בתהליך הפונדקאות נכרכות סוגיות אנושיות סבוכות וקשות. כך מבחינת הנוגעים בדבר – כל אחד מהם לעצמו – וכך מבחינת יחסיהם של הכול ביניהם לבין עצמם: כך הוא באשר להורים המיועדים, שניהם יחדיו וכל אחד מהם לעצמו; כך הוא באשר לאם הנושאת; כך באשר ליילוד לעת שיעמוד על דעתו; כך הוא באשר לילדים טבעיים שיש לבני-הזוג או לפונדקאית. כך הוא באשר לחברה ולמדינה (457 ד – ה).

(3) דרך העולם היא שהישגי המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנוגות בחברה והסדרי דין הנקבעים בידי המחוקק מעת לעת. לעתים נוצר פיגור רב בזמן, והחלל הנוצר בין מועד הישגי הטכנולוגיה והמדע לבין מועד הדין יוצר מבוכה בחיי החברה. גם באין פיגור בזמן לא תמיד ערוכים ומתוקנים הלבבות לספיגה ולעיכול של הישגי המדע והטכנולוגיה. כך על דרך הכלל, קל וחומר בנושא הפונדקאות, שנימיו הרגישים והאינטימיים ביותר של האדם מעורבים בו. מתוך שהמדע והטכנולוגיה צומחים ומתפתחים בדרכם ועל-פי כללים פנימיים משלהם, אין כל כורח אפריורי כי נורמות התנהגות הנקבעות בידי החברה והמחוקק תאמצנה את כל הישגי המדע והטכנולוגיה בלא כל הבחנה ובלא כל מגבלות (459 ה – ז).

(4) מעיקרו יועד החוק בידי היוזמים למצוא תקנה לזוגות שלא עלה בידיהם להביא צאצא לעולם. אותם זוגות הם שהתדפקו על דלתות המחוקק, ולהם – דווקא להם – ביקש המחוקק, בראש ובראשונה, למצוא תקנה. בנסיבות אלו התפתחות בהדרגה, עקב בצד אגודל, התפתחות מידתית, יכולה שתהיה התפתחות ראויה; בוודאי עשויה היא להיות הכרח לא יגונה. בתתו דעתו על חידושה ועל סביכותה של סוגיית הפונדקאות; בהיותו מודע לכך שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת וביודעו כי עניינה

- של האישה היחידה לא נדון לעומקו עד כה, לא יהא זה ראוי כי בית-המשפט יכריע מיידית וסופית בעניינה של העותרת (ג460 – ה).
- (5) בית-המשפט לא יתערב לעת הזו בניסיונו של המחוקק – ניסיון ייחודי בעולם – להסדיר כפי שהסדיר באורח כולל את נושא הפונדקאות, עם זאת ראוי שהמחוקק ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת; כי ישקול בכובד ראש, אלה כנגד אלה, טעמים המחייבים וטעמים השוללים החלתו של החוק על נשים יחידות וכי יכריע בשאלה לגופה כך או אחרת. מצוקתן של נשים יחידות מצוקת אמת היא; מצוקתן אין היא פחותה ממצוקתם של בני-זוג, וראויות הן אותן נשים יחידות כי יוצר הדין ייתן דעתו מפורשות עליהן ועל האיסורים שהניח על דרכן לפונדקאות (ג461 – ה).
- (6) אשר לחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו**, גם אם הפלייתן של נשים יחידות פוגעת בזכות יסוד – בין בזכות יסוד לשוויון ובין בכבוד האדם – הפגיעה היא מידתית ועומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה (ג461 – ז).

ד. (אליבא דשופט י' אנגלרד):

- (1) לעניין ה"הפליה" בין אישה בלתי נשואה החפצה בהזרעה מלאכותית, לאישה בלתי נשואה המבקשת תהליך של פונדקאות, יש לזכור כי התקנות בעניין הפריה חוץ-גופית לא עברו את כור ההיתוך של דיון פרלמנטרי, אלא הן הותקנו על-ידי הרשות המבצעת. בכך יש הבדל מהותי ביותר שיש להתחשב בו כאשר באים לבחון זה מול זה את שני ההסדרים הנורמטיביים. בהעמדה זו של מעשה חקיקה ראשית מול מעשה של חקיקת משנה יש לתת עדיפות לראשון, גם משום שהוא מבטא פשרה לאחר שיג ושיח בין נבחרי העם (ג479 – ג).
- (2) לא הרי הזרעה מלאכותית כהרי פונדקאות. מבחינתה של האישה המבקשת הזרעה מלאכותית תהליך זה הוא בעיקרו פעולה אוטונומית, כמו כן בשל העובדה כי האם המופרית היא האם היולדת, הרי שיחסה לילד העומד להיוולד נותר במסגרת הטבעית. לעומת זאת תהליך הפונדקאות דורש שימוש ברחם זר, ובמקרה של אישה בלתי נשואה נדרש גם שימוש בזרע של תורם זר. בכך נפרצת המסגרת הטבעית של הולדת ילדים, ומצב דברים זה מעורר בעיות מוסריות והילכתיות רבות וחמורות, לפיכך קשה לדבר על "הפליה" בין שתי הנשים שמצבן אינו זהה (ג479 – ד).
- (3) שיקולי הלכה ומוסר אוניברסלי וכן שיקולים בעלי משקל של מדיניות כללית מונחים ביסוד ההסתייגות מתהליך פונדקאות המבוצע עבור אישה בלתי נשואה. לכן ראיית ההסדר החוקי כ"אפליה בלתי מוצדקת ובלתי ראויה באשר היא פוגעת בשוויון" היא ביסודה הכרעה ערכית אישית שאינה מקבלת את השיקולים הנזכרים. אין כאן אי-שוויון בין שווים, אלא שונות בין שונים. השאלה אם שונות זו מוצדקת אם לאו בנסיבות העניין היא הכרעה ערכית לגיטימית, אך במקרה של הסדר חוקי מן הראוי כי המחוקק הוא אשר יכריע בה. הוא עשה זאת כאן מתוך גישה של פשרה, לכן אין בית-המשפט הגבוה לצדק צריך לנקוט עמדה ערכית נוגדת ולהמליץ על הנחיצות של "תיקון מעוות" (ג479 – ז).

חוקי יסוד שאוזכרו:

– [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1996, [סעיפים 1](#) (המונחים "אם נושאת", "הורים מיועדים", "הסכם לנשיאת עוברים"), [1](#)2, [2](#)(3)(א), [2](#)(3)(ב), [2](#)(4), [2](#)(5), [4](#)(א)2, [4](#)(א)3, [4](#)(א)4, [4](#)(א)5, [3](#)-6, [7](#), [9](#)-13, [19](#)(א).
- [חוק הפרשנות](#), תשמ"א-1981, [סעיפים 1, 5](#).
- [חוק משפחות חד-הוריות](#), תשנ"ב-1992.
- [חוק הבטחת הכנסה](#), תשמ"א-1980, [סעיף 2](#)(א)5.
- [חוק הביטוח הלאומי](#) [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, [סעיף 74](#)(ב)1(א).
- [חוק אימוץ ילדים](#), תשמ"א-1981, [סעיף 3](#).
- [חוק אימוץ ילדים](#), תש"ך-1960.

חקיקת משנה שאוזכרה:

- [תקנות בריאות העם \(הפריה חוץ-גופית\)](#), תשמ"ז-1987, [תקנות 8](#), [8](#)(א), [8](#)(ב), [11](#), [13](#).

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור ההסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1995, [סעיף 2](#)(4).

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [בג"ץ 1237/91](#) נחמני נ' שר הבריאות (לא פורסם).
- [2] [בג"ץ 5087/94](#) זברו נ' שר הבריאות (לא פורסם).
- [3] [בג"ץ 678/88](#) כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג (2) 501.
- [4] [בג"ץ 7111/95](#) מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ (3) 485.
- [5] [בג"ץ 6845/00](#) ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו (6) 663.
- [6] [בג"ץ 998/96](#) ויץ נ' שר הבריאות (לא פורסם).
- [7] [דנ"א 2401/95](#) נחמני נ' נחמני, פ"ד נ (4) 661.
- [8] [ע"א 1212/91](#) קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח (3) 705.
- [9] [ע"א 2061/90](#) מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז (1) 802.

- פ"ד נז (1) 419
- [10] [דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ \(1\) 48.](#)
- [11] [ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791.](#)
- [12] [בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח \(5\) 749.](#)
- [13] [בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב \(3\) 630.](#)
- [14] [בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט \(4\) 94.](#)
- [15] [בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב \(2\) 221.](#)
- [16] [בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב \(2\) 309.](#)
- [17] [בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד \(4\) 749.](#)
- [18] [ע"א 84/64 בית חנניה בע"מ נ' פרידמן, פ"ד יח \(3\) 20.](#)
- [19] [ע"א 89/85 בית חירות – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' גלזמן, פ"ד מא \(3\) 526.](#)
- [20] [בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב \(4\) 193.](#)
- [21] [בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ \(3\) 57.](#)
- [22] [בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה \(4\) 800.](#)

פסקי-דין של בתי-הדין לעבודה שאוזכרו:

- [23] [דב"ע נו/3-129](#) פלוטקין – אחים איזנברג בע"מ, פד"ע לג 481.
- [24] [דב"ע לג/3-25](#) ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין, פד"ע ד 365.

פסקי-דין איטלקיים שאוזכרו:

- [25] Tribunale di Roma, Sezione XI, 14.2.00.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [26] *In re Marriage of Buzzanca* 61 Cal. App. 4th 1410 (1998).
- [27] *In the Matter of Baby M* 109 N.J. 396 (1988).
- [28] *Johnson v. Calvert* 5 Cal. 4th 84 (1993).
- [29] *Culliton v. Beth Israel Deaconess Medical Center* 435 Mass. 285 (2001).

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [30] ר' פסטרנק המשפחה החד הורית בישראל – השפעתה על חינוך הילדים (תשמ"ט).
- [31] פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך ב, תשמ"ט).
- [32] א' בן-דרור אימוץ ופונדקאות (תשנ"ד).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [33] כ' שלו "הארות על דין וחשבון" הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית" המשפט ג (תשנ"ו) 53.
- [34] מ' קורניאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני" המשפט ג (תשנ"ו) 63.
- [35] י' זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165.
- [36] ד' ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות" פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 197.
- [37] כ' שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט (בעריכת פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי, תשנ"ה) 503.
- [38] מ' שמגר "סוגיות בנושאי הפריה" ולידה" הפרקליט לט (תש"ן-תשנ"א) 21.
- [39] א' וילצ'יק "האם התחליפית" משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 534.
- [40] C. Shalev "Halakha and Patriarchal Motherhood – an Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law" 32 *Isr. L. Rev.* (1998) 51
- [41] ר' בר "סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית" דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, תשס"ב) 189.

ספרים זרים שאוזכרו:

- [42] N. Miller *Single Parents by Choice – A Growing Trend in Family Life* (New York, 1992).
- [43] D. Pretorius *Surrogate Motherhood – A World Wide View of the Issues* (Springfield, 1994).
- [44] E. Jackson *Regulating Reproduction – Law, Technology and Autonomy* (Oxford, 2001).
- [45] J.L. Dolgin *Defining the Family – Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age* (New York, 1997).
- [46] M. Warnock *A Question of Life – The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* (Oxford, 1985).
- [47] J.G. Raymond *Women as Wombs – Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom* (San Francisco, 1993).
- [48] K. Pollitt *Reasonable Creatures: Essays on Women and Feminism* (New York, 1994).

- [49] S.M. Kahn *Reproducing Jews – a Cultural Account of Assisted Conception in Israel* (Durham, London, 2000).

מאמרים זרים שאוזכרו:

- [50] A. Stuhmcke "For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood" *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 2, no. 3 (December 1995).
- [51] H.T. Krimmel "Surrogate Mother Arrangements from the Perspective of the Child" *The Ethics of Reproductive Technology* (New York, K.D. Alpern ed., 1992) 57.
- [52] R.F. Storrow "Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage" *53 Hastings L.J.* (2001-2002) 597.

שונות:

- [53] דין וחשבון הוועדה הציבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית (תשנ"ד).
- [54] ההכרזה על הקמת מדינת ישראל.

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- [א] בראשית, א, כח; ט, א; טז, א-ד; ל, א, ב, ג-ח, ט-יג.
- [ב] רמב"ם, ספר המצות, עשה, ריב.
- [ג] משנה, יבמות, ו, ו.
- [ד] רמב"ם, הלכות אישות, טו, הלכות ב, י.
- [ה] שו"ע, אה"ע, א, יג; קנד, ו.
- [ו] תוספתא, יבמות (מהדורת ליברמן), ח, ז.
- [ז] דברים רבה (מהדורת ליברמן), דברים, יב, ד"ה ה' אלהיכם.
- [ח] רא"ש, כתובות, א, יב.
- [ט] ספר אבודרהם (תשי"ט), ברכת אירוסין ונישואין.
- [י] בית יוסף, אה"ע, לד.
- [יא] שו"ת התשב"ץ (תש"כ), ח"ב, עד.
- [יב] שו"ת הרמ"א (תשל"א), קכה.
- [יג] שו"ת באר שבע (תשכ"ט), מט.
- [יד] שו"ת פסקי עזיאל בשאלות הזמן (תשל"ו), עה.

- [טו] שו"ת יביע אומר (תשנ"ה), ח"ח, יו"ד, כד.
- [טז] נדרים, סד, ב.
- [יז] מועד קטן, כז, ב.
- [יח] יבמות, סה, ב.
- [יט] שו"ת ישכיל עבדי (תשמ"א), ח"ה, אה"ע, י.
- [כ] שו"ת ציץ אליעזר, ח"ג, כז; ח"ט, נא; ח"ט"ו, מה; ח"ט, מ.
- [כא] שו"ת חלקת יעקב (תשנ"ב), אה"ע, סימנים יב, יד; הערות לאה"ע, כ, הערה יא.
- [כב] שו"ת שרידי אש (תשנ"ט), ח"א, עט; ח"ג, ה.
- [כג] הרב ש' ז' אויערבאך "הזרעה מלאכותית" נועם א (תשי"ח) קמה.
- [כד] שו"ת אגרות משה (תשכ"א), אה"ע, ח"א, עא.
- [כה] הרב ד' מ' קרויזר "הזרעה מלאכותית" נועם א (תשי"ח) קיא.
- [כו] שו"ת מנחת יצחק (תשל"ט), ח"ד, ה.
- [כז] א' שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך א, תשמ"ח; כרך ב, תשנ"א).
- [כח] א' ורהפטיג, הרב ז' נ' גולדברג "קביעת אימהות – בשולי הדברים" תחומין ה (תשמ"ד) 268.
- [כט] הרב ז' נ' גולדברג "יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת" תחומין ה (תשמ"ד) 248.
- [ל] ז' לב "תינוק מבחנה – מעמד האם הפונדקאית" עמק הלכה (כרך ב, א' שטינברג עורך, תשמ"ט) 163.
- [לא] הרב י' ד' ה' סולובייצ'יק איש ההלכה – גלוי ונסתר (תשל"ט).
- [לב] חלקת מחוקק, אה"ע, א, ח.
- [לג] משנה למלך, הלכות אישות, טו, ד.
- [לד] ברכי יוסף (כרך ב, תשמ"ט), אה"ע, א, יד.
- [לה] שו"ת משפטים ישרים (תרנ"א), ח"א, שצו.
- [לו] ברכות, ס, א.
- [לז] מדרש שכל טוב (באבער), בראשית, ל, ד"ה ואחר ילדה.
- [לח] תרגום יונתן, בראשית, ל, כא.
- [לט] פירוש דעת זקנים מבעלי התוספות, בראשית, ל, כא.
- [מ] מחזור לימים נוראים (מהדורת ד' גולדשמידט, תשל"ל).
- [מא] פירוש הטור הארוך (תשכ"א), צט.
- [מב] הרב י' ז' מינצברג "הזרעה מלאכותית" נועם א (תשי"ח) קכט.
- [מג] שו"ת הרב"ז (מהדורה חדשה, תשנ"ב), חלק התשובות של בנו, ה.

- פ"ד נז(1) 419 השופט מ' חשין
- [מד] הרב מ' ה' סולובייצ'יק "בדין תינוק המבחנה" אור המזרח כט (תשמ"א) 122.
- [מה] הרב י' מ' בן מאיר "הפריית מבחנה – יחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית" אסיא יא (תשמ"ו-תשמ"ח) 25.
- [מו] שו"ת שאילת יעבץ (תשל"א), ח"א, מא.
- [מז] שו"ת חתם סופר (תשל"ב), ח"ב, יו"ד, שלו.
- [מח] רש"י, יבמות, מב, א, ד"ה ולזרעך אחרך.
- [מט] הרב ע' יעקובוביץ הרפואה והיהדות (תשכ"ו).

התנגדות לצו-על-תנאי מיום 20.9.2001. העתירה נדחתה. הצו-על-תנאי בוטל.

דינה הר אבן, גלעד שר, דעואל פלאי, אפרים שמידלר, רחל רדיאן, אירית רוזנבלום – בשם העותרים;
דינה זילבר, סגנית לפרקליטת המדינה – בשם המשיבים.

פסק-דין

השופט מ' חשין

ביום כ"ו באדר תשנ"ו, 17 במארס 1996, נתפרסם ברשומות חוק ושמו [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1996 (חוק הפונדקאות או החוק). תחילתו של החוק הייתה ביום פרסומו. ענייננו עתה הוא בתחומי פרישתו של החוק, וביתר דיוק: בשאלה אם הסדרים שהחוק קובע חלים על אישה שאין לה בן-זוג. שאלה זו נכרכת בשאלות נוספות, ועל כל אלו נדבר בחוות-דעתנו שלהלן.

עיקרי העובדות שלעניין

2. ובראשית – להגדרת הפונדקאות (Surrogacy או Surrogate Motherhood). פונדק פירושו אכסניה, בית מלון, בית אורחים; פונדקאית היא בעלת פונדק, בעלת אכסניה, ומושג הפונדקאות נגזר מאלה. המושג פונדקאות – וכמותו פונדקאית – אינו נזכר בחוק הפונדקאות, אך מקובל לעשות בו שימוש ולו לתכלית הקיצור. כך נעשה אף אנו.

פונדקאות כמקובל בישראל היא תהליך שבו נושאת אישה (פונדקאית) ברחמה עובר שמקורו בביצית של אישה אחרת, ובבוא העת יולדת היא את העובר כילד חי. תחילת

השופט מ' חשין

פ"ד נז(1) 419

התהליך בשאיבת ביציות מגופה של אישה פורייה (האם הגנטית) ובהפריית הביציות בזרע של גבר בהפריה חוץ-גופית (in vitro fertilization). בהפריה מוצלחת מושגות הביציות המופרות בגופה של אישה האמורה לשמש פונדקאית. הפונדקאית מתעברת, נושאת בהיריון, ועם הלידה אמורה היא למסור את היילוד להוריו או למי מהוריו הגנטיים. אין לה לאישה הנושאת את הביציות המופרות ברחמה קשר גנטי לעובר המתפתח מאותן ביציות; משמשת היא מעין-פונדק – מעין-אכסניה – לביציות המופרות ולעובר, ומכאן כינויה "פונדקאית".

3. ולענייננו. העותרת הראשה שלפנינו (העותרת 2) היא אישה פנויה – רווקה וללא בן-זוג – בשנות הארבעים לחייה. בהיותה כבת 44 נותחה העותרת ורחמה נכרת. העותרת נותרה פורייה אך אין היא יכולה להרות וללדת. העותרת לא ילדה עד-כה, ומבקשת היא עתה להביא לעולם ילד או ילדה שיהיו "שלה": ילד או ילדה שיהיו צאצאיה הגנטיים. הואיל ואין היא יכולה להרות, חייבת העותרת להסתייע בטכנולוגיות שהומצאו אך לאחרונה, ובראשן תהליך הפונדקאות.

4. בדרכה למימוש רצונה נשאבו מגופה של העותרת ביציות, ואלו הופרו בהפריה חוץ-גופית ("הפריית מבחנה") בזרעו של תורם אנונימי. טיפול זה עלה יפה ונוצרו שבע ביציות מופרות. העותרת ביקשה להשלים את התהליך על דרך השתלתן של הביציות המופרות ברחמה של אם פונדקאית, ולעניין זה פנתה אל ועדת האישורים שכוונה על-פי חוק הפונדקאות. אישורה של ועדת האישורים הוא תנאי מוקדם לתהליך של פונדקאות, ומכאן פנייתה של העותרת לוועדה בבקשה כי יינתן לה אישור להסכם פונדקאות.

5. ועדת האישורים – ועדה מקצועית בת שבעה חברים ובהם רופאים, פסיכולוג, עובד סוציאלי, נציג ציבור משפטאי ואיש דת – אמורה לדון בבקשות המוגשות לה ולהחליט בהן לחיוב או לשלילה על-פי אמות-מידה מסוימות הקבועות בחוק הפונדקאות (ראו סעיפים 3 עד 6 לחוק). ועדת האישורים החליטה לדחות את בקשתה של העותרת על הסף – בלא לדון בה לגופה – אך בשל כך שאין לה לעותרת בן-זוג. ובלשונה של הפרופ' נ' קפלינסקי, יושבת-ראש ועדת האישורים:

...על פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, על פיו פועלת הוועדה, רשאית הוועדה לדון רק במקרים בהם פונים לוועדה הורים מיועדים שהם בני זוג ואשר הזרע המשמש להפריה החוץ גופית הוא של האב המיועד.

לפיכך לא תוכל הוועדה לדון במקרה שלך.

פירוש: אישה המבקשת להיות אִם בתהליך של פונדקאות חייבת – בראש ובראשונה וכתנאי מוקדם – כי יהיה לה בן-זוג, גבר שיהיה אבי היילוד (לא עוד, אלא שכהוראת סעיף 2(4) לחוק, אחד התנאים לקיום פונדקאות הוא כי "הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד..."). בהיעדר בן-זוג אין אישה כשירה להיותה אם בתהליך של פונדקאות, תהא היא עצמה ראויה ככל שתהא, ותהיינה סגולותיה האישיות טובות ככל שתהיינה. בקשתה של אותה אישה באין בן-זוג תידחה על הסף ובלא שתידון לגופה. מן הפרוזודור תשולח האישה לביתה. אל הטרקלין – המקום שבו יישקלו ויימדוד האמת והטוב, הראוי ומה שאיננו-ראוי, האינטרסים והזכויות, היתרונות והחסרונות – לא תבוא כלל.

6. העותרת לא השלימה עם תשובתה של ועדת האישורים, אך כל ניסיונותיה לשנות את רוע הגזרה עלו בתוהו. פניותיה ותחינותיה כולן נדחו בתשובה כי בלא בן-זוג – כמצוות החוק – לא תידון בקשתה לגופה. משראתה כי רע, ובחברת ארגון "משפחה חדשה", העותר 1, עתרה העותרת לפנינו לביטול החלטתה של ועדת האישורים. טענתה של העותרת היא כי על-פי חוק הפונדקאות – כלשונו וכווחו; כך גם על-פי הדין הכללי – בצדו של החוק; זכאית היא, וזכאיות הן נשים כמותה, לכרות הסכמי פונדקאות. ומשזכאית היא בזכותה, חייבת היא ועדת האישורים ממילא, גם בהיעדר בן-זוג, לבחון את בקשתה לגופה.

השאלות שבמחלוקת

7. בעלי-הדין נחלקו ביניהם בשאלות רבות ושונות, אך ניתן לקבוע את כל חילוקי-הדעות כולם סביב ארבע שאלות. ואלו הן השאלות: אחת, האם הסדרים שקבע חוק הפונדקאות ניתן להחילם על נשים שאין להן בן-זוג? שתיים, בהנחה שחוק הפונדקאות אינו מאפשר להחילו על נשים שאין להן בן-זוג, האם תמצא לנו הצדקה עניינית להבחין – לעניין הסכם פונדקאות – בין אישה שאין לה בן-זוג לבין אישה ואיש-בני-זוג? שלוש, בהנחה שלעניין הסכם פונדקאות אין הצדקה ראויה להבחנה בין אישה ללא בן-זוג לבין אישה-ואיש-בני-זוג, האם הפלייתה לרעה של אישה ללא בן-זוג פוגעת באחת מזכויות היסוד הקבועות **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**? ארבע, על יסוד הנחה שהפלייתה לרעה של אישה ללא בן-זוג פוגעת באחת מזכויות היסוד הקנויות לאדם **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, מה סעד יכול ורשאי בית-משפט להעניק לעותרת? ארבע שאלות אלו שאלות כבודת-משקל הן, אך כפי שנראה להלן אין אנו נדרשים להכריע בכלן. נדון אפוא בראשון ראשון, אך קודם לראשון נאמר דברים אחדים על הרקע לחוק הפונדקאות.

8. עד שנדבר בפונדקאות של ימינו ראוי שנזכיר כי תולדות עמנו קשורות קשר אמיץ בפונדקאות, פונדקאות של ימי-קדם. ובאבותינו-שלנו מדברים אנו. כך היה מעשה באברהם ובשרי – קודם שהיו לאברהם ולשרה – ששרי לא ילדה, ובמצוקתה כי-רבה ביקשה להיעזר בפונדקאית נוסח אותם ימים:

וְשָׂרִי אֵשֶׁת אַבְרָם לֹא יָלְדָה לוֹ וְלֵאמֹר שְׂפָחָה מִצְרַיִם וְשָׂמָהּ הָגָר. וְתֹאמֶר שְׂרִי אֶל-אַבְרָם הִנֵּה-נָא עֲצָרְנִי ה' מִלְּדַת בְּאֵ-נָא אֶל שְׂפָחָתִי אוּלַי אֲבִנָּה מִמֶּנָּה וְיִשְׁמַע אַבְרָם לְקוֹל שְׂרִי. וְתִקַּח שְׂרִי אֵשֶׁת-אַבְרָם אֶת-הָגָר הַמִּצְרַיִת שְׂפָחָתָהּ מִקֶּץ עֶשֶׂר שָׁנִים לְשִׁבְתָּ אַבְרָם בְּאֶרֶץ כְּנָעַן וְתִתֵּן אֹתָהּ לְאַבְרָם אִישָׁה לֹא לְאִשָּׁה. וַיָּבֵא אֶל-הָגָר וַתְּהַר וַתֵּרָא כִּי הָרְתָה וַתִּקַּל גְּבֻרָתָהּ בְּעֵינֶיהָ (בראשית, טז, א-ד [א]).

ואידך היא ההיסטוריה עד לימינו. כך היה מעשה אף ברחל. לאה ילדה את ראובן ואת שמעון, את לוי ואת יהודה. ורחל לא ילדה:

וַתִּקְנֶה רָחֵל בְּאֶחָתָהּ וַתֹּאמֶר אֶל-יַעֲקֹב הֲבֵה-לִי בָנִים וְאִם-אֵין מִתָּה אֲנֹכִי... וַתֹּאמֶר הִנֵּה אֲמַתִּי בְלֵקָה בָּא אֵלַיָּה וַתֵּלֶד עַל-בְּרַכִּי וְאֲבִנָּה גַם-אֲנֹכִי מִמֶּנָּה. וַתִּתֵּן-לוֹ אֵת בְּלֵקָה שְׂפָחָתָהּ לְאִשָּׁה וַיָּבֵא אֵלַיָּה יַעֲקֹב. וַתְּהַר בְּלֵקָה וַתֵּלֶד לְיַעֲקֹב בֶּן. וַתֹּאמֶר רָחֵל דְּנִנִּי אֱלֹהִים וְגַם שָׁמַע בְּקוֹלִי וַיִּתֵּן-לִי בֶן עַל-כֵּן קָרָאתָ שְׁמוֹ דָּן. וַתְּהַר עוֹד וַתֵּלֶד בְּלֵקָה שְׂפָחַת רָחֵל בֶּן שְׁנֵי לְיַעֲקֹב. וַתֹּאמֶר רָחֵל נִפְתְּלוּ אֱלֹהִים נִפְתְּלוּ עִם-אֶחָתִי גַם-יִכְלְתִי וַתִּקְרָא שְׁמוֹ נִפְתָּלִי (בראשית, ל, א, ג-ח [א]).

ולאה הלכה בעקבות רחל:

וַתֵּרָא לְאֵהָ כִּי עֹמְדָה מִלְּדַת וַתִּקַּח אֶת-זֶלְפָּה שְׂפָחָתָהּ וַתִּתֵּן אֹתָהּ לְיַעֲקֹב לְאִשָּׁה. וַתֵּלֶד זֶלְפָּה שְׂפָחַת לְאֵהָ לְיַעֲקֹב בֶּן. וַתֹּאמֶר לְאֵהָ בְּגֵד וַתִּקְרָא אֶת-שְׁמוֹ גָּד. וַתֵּלֶד זֶלְפָּה שְׂפָחַת לְאֵהָ בֶּן שְׁנֵי לְיַעֲקֹב. וַתֹּאמֶר לְאֵהָ בְּאִשְׁרֵי כִּי אֲשִׁרוּנִי בְּנוֹת וַתִּקְרָא אֶת שְׁמוֹ אֲשֵׁר (בראשית, ל, ט-יג [א]).

ימים רבים עברו מאז, ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגה. אכן, בימינו ובמקומו – שלא כבימי-קדם או כבמקומות אחרים בימינו – אין עוד מדובר במעמדה של אישה-אם במשפחה ובחברה – למצער לא במגזרים רחבים של החברה – אך

השופט מ' חשין

פ"ד נז(1) 419

שאיפת החי לקיום ולהישרדות ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגו. שרי, רחל ולאה נדרשו – כל אחת מהן – לפונדקאות של ימי-קדם. בימינו לבשה הפונדקאות מחלצות אחרות, אך מעיינות תהום-רבה המזינים את הפונדקאות נותרו, בעיקרם, כשהיו.

9. חקיקה ראשונה בישראל בנושא הפונדקאות תימצא לנו בהוראות [תקנות בריאות העם \(הפריה חוץ-גופית\)](#), תשמ"ז-1987 (תקנות ההפריה). תקנה 11 לתקנות ההפריה אסרה השתלת ביצית מופרית באישה שלא תהא אם היילוד, קרא אסרה על פונדקאות. ובלשונה:

איסור השתלה באשה
שלא תהיה אם היילוד

11. לא תושלל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם היילוד.

תקנה 13 לאותן תקנות הוסיפה ואסרה על השתלת ביצית של תורמת בגופה של אישה אלא אם הופרתה אותה ביצית בזרע בעלה של האישה:

הגבלת השתלות
מתורמת

13. לא תושלל באשה ביצית שניטלה מתורמת אלא אם כן הופרתה בזרע בעלה של האשה.

הסדרי תקנות אלה בנו עצמם על הישגי המדע והטכנולוגיה המודרניים, אך רק על מקצתם של אותם הישגים. הנה-כ"כ, הסכמי פונדקאות נאסרו לחלוטין, וכהוראת תקנה 11 לתקנות, אישה שילד או ילדה הגיחו מרחמה, היא שראו בה אֵם היילוד גם אֵם האֵם הגנטית הייתה אישה אחרת. יתר-על-כך, גם אֵם ניטלה ביצית מאישה תורמת, היה אסור להפרות אותה ביצית אלא בזרע בעלה של האישה שהביצית המופרית הייתה אמורה להיות מושלת בגופה. אשר להוראת תקנה 13, זו שללה יכולת לפונדקאות. ולעניינה של אישה רווקה: הואיל ולזו אין "בעל", שללה ממנה תקנה 13 אפשרות להרות על דרך קבלתה של ביצית שניטלה מתורמת. תקנה 8 לתקנות קבעה אף-היא, באותה רוח, כי אישה רווקה אינה רשאית להידרש להשתלת ביצית מופרית בגופה, אלא אם הביצית היא שלה, ונתקבלה חוות-דעת סוציאלית התומכת בבקשתה. חוות-דעת מעין-זו לא נדרשה מנשים נשואות.

10. בשנת 1991 נתחולל שינוי זוטא במערכת, שעה שהזוג נחמני – כאחד – ביקשו כי יותר להם לבצע הליך של הפריה חוץ-גופית בישראל להשתלה בגופה של פונדקאית בחו"ל ([בג"ץ 1237/91](#) נחמני נ' שר הבריאות [1]). משרד הבריאות נעתר

לבקשה וכך נסתיים הדיון בעתירה. ביני לביני, ביום 18.6.1991, החליטו שר הבריאות ושר המשפטים על הקמתה של "ועדה ציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית, על כל היבטיו". בראשה של הוועדה עמד השופט (בדימוס) שאול אלוני, ועם חבריה נמנו רופא, סוציולוג, פילוסוף, פסיכולוג, איש-דת, איש-משפט ועוד (ועדת אלוני). תפקיד הוועדה היה "לבחון את ההיבטים החברתיים, האתיים, ההלכתיים והמשפטיים של השיטות הטיפוליות הקשורות לנושא ההפרייה החוץ-גופית, מתוך התייחסות, בין היתר, להסכמים לנשיאת עוברים". הוועדה הייתה אמורה להוסיף ולבדוק "את הצורך בחקיקה אשר תסדיר את הזכויות והחובות של המעורבים בדבר, לרבות של הילדים שיוולדו, ולהמליץ את המלצותיה ביחס לכל ענין קשור שתמצא לנכון". הוועדה ישבה על המדוכה כשלוש שנים, ובחודש יולי 1994 פרסמה דין-וחשבון מקיף (דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית [53]). כאמור בכתב המינוי נדרשה הוועדה גם לנושא הפונדקאות והמליצה המלצותיה (לרבות שתי חוות-דעת נפרדות של מיעוט). לא נעמוד כמובן על כל המלצותיה של הוועדה בנושא הפונדקאות, אך נביא עקרונות כלליים שהוועדה מדברת בהם לעניין הסדרי פונדקאות (בסעיפים 7.1 עד 7.3, בעמ' 39-40 לדוח [53]):

7.1 בהסכם טיפוס לנשיאת עובר מתחייבת האם הנושאת להתעבר ולשאת הריון עבור זוג מזמין, ולמסור את הילד לידיהם עם היוולדו, על מנת שהם יגדלו אותו כילדם לכל דבר וענין. ההתעברות יכולה להיות באחת משתי דרכים: בהזרעה מלאכותית עם הזרע של האב המזמין, או בהשתלה של ביצית מופרית של הזוג המזמין. הסדר מעין זה הוא פתרון לאי-פוריות של נשים שאינן מסוגלות לשאת הריון, או שההריון מסכן את בריאותן. ההערכה היא שברחבי העולם המערבי נולדו בדרך זו כמה מאות ילדים ב-15 השנים האחרונות, ושרוב ההסכמים היו כרוכים בהזרעה מלאכותית ולא בהפרייה חוץ-גופית.

7.2 הסוגיה של הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות) מעוררת שאלות קשות במיוחד. למורכבות של היחסים בין הבוגרים המעורבים בהסכם ההולדה יש בודאי השלכות רגשיות הן על הילד שיוולד, הן על ילדים קיימים של האם הנושאת, הן על האם הנושאת עצמה, והן על היחסים בין בני הזוג השוכני-הילדים. שאלות של תקנת הציבור (PUBLIC POLICY) מתעוררות בשני מישורים עיקריים: שאלת התשלום לאם הנושאת, והשאלה ביחס לזכותה לחזור בה מן ההסכם לאחר הלידה. בארצות רבות חל איסור על הסדרים לנשיאת עוברים. ברוב הארצות שבהן קיימת חקיקה בנושא זה,

ההסדרים נאסרו במידה זו או אחרת. למשל, באנגליה ואוסטרליה נחקקו חוקים האוסרים על פעילות מסחרית (דהיינו, תמורת תשלום) הקשורה להסכמים לנשיאת עוברים, וההסכמים בכל מקרה אינם ניתנים לאכיפה מבחינה משפטית.

7.3 לאחר שהועדה דנה במכלול ההיבטים של הסוגיה, היא הגיעה למסקנה שאין לנקוט לגביה גישה קיצונית. אין לאסור את הנושא באופן מוחלט, וגם אין להתיר אותו ללא שום הגבלות. הועדה מדגישה שהיא עוסקת רק בהסכמים לנשיאת עוברים שיש בהם מעורבות רפואית. אין זה מעניינה לעסוק במצבים שההתעברות נעשית ללא מעורבות רפואית. הועדה אינה נוקטת עמדה לגבי ההשלכות המשפטיות על הסכמים אחרים, מבחינת תקפותם.

ועדת אלוני המליצה אפוא שלא לאסור באורח גורף על כריתת הסכמי פונדקאות, אך הוסיפה בה-בעת כי יש ונכון להסדיר את נושא הפונדקאות בחוק באורח מבוקר ולהטיל על פונדקאות מגבלות שתבטחנה ככל הניתן את הצלחת התהליך תוך שמירת זכויות האם הנושאת וטובת היילוד. אשר לשתי חוות-דעת המיעוט נוסף, כי גם אלו לא חלקו על העיקרון כי יש להתיר פונדקאות בתנאים מגבילים, וחילוקי-הדעות בין הרוב לבין כל אחד מאנשי המיעוט נסבו על מהותם של אותם תנאים מגבילים. ראו עוד: ד"ר כ' שלו "הארות על דין וחשבון" הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חרוץ-גופית" [33]; פרופ' מ' קורינאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני" [34].

11. להשלמת התמונה נוסף כי סמוך לאחר פרסום דוח ועדת אלוני [53] הוגשה לבג"ץ עתירה של כמה זוגות חשוכי-ילדים, ותכליתה: להצהיר על בטלותן מעיקרן של תקנות 11 ו-13 לתקנות ההפריה באשר נאסרה בהן פונדקאות בישראל (תקנות 11 ו-13), והוטלו הגבלות על השתלות מתורמת (תקנה 13): [בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות](#) [2]. בתגובה לעתירה הודיעה המדינה לבית-המשפט כי סוגיית הפונדקאות מקומה בחקיקה ראשית, וכי דין התקנות בטלות. בה-בעת, וכדי למנוע היווצרותו של חלל ריק, ביקשה המדינה כי לא יוכרז לאלתר על בטלותן של התקנות. לסופו של דיון קבע בית-המשפט, ביום 17.7.1995, כי התקנות 11 ו-13 לתקנות ההפריה "...תחשבנה בטלות, אולם זאת החל מיום 1.1.96". לימים הורחבה תקופת בין-השמשות בכחודשיים נוספים.

12. הליכי החקיקה הוּאָצוּ, וביום 17 במאָרס 1996 נתקבל בכנסת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996. עניינו של חוק זה הוא בנושא הפונדקאות – שמו מעיד עליו – ובגופו מתיר הוא כי ייערכו בישראל, בתנאים מגבילים ובפיקוח המדינה, הליכי פונדקאות: אישור הסכם לנשיאת עוברים, פיקוח על הליך הפונדקאות והסדרת מעמדו המשפחתי והמשפטי של היילוד. ניתן דעתנו כי חוק הפונדקאות אינו מעסיק עצמו במעשה ההפריה החוץ-גופית. שלבים אלה שבתהליך מוסדרים אך בתקנות ההפריה. החוק נועד להסדיר את שלבי התהליך לאחר יצירתן וקיומן של ביציות מופרות לעת שההורים המיועדים מבקשים לאשר הסכם שעשו עם אָם פונדקאית.

13. על רקע דברים שאמרנו הבה ניפנה עתה לחוק הפונדקאות גופו לבחינה אם אישה באין בן-זוג יכולה וזכאית להידרש על-פיו לתהליך של פונדקאות.

לפירושו של חוק הפונדקאות

14. על שלושה אלה ניצב חוק הפונדקאות: על "הורים מיועדים" והם בני-זוג המבקשים לעצמם ילד בהליך של פונדקאות; על "אם נושאת" והיא הפונדקאית ועל "הסכם לנשיאת עוברים" והוא הסכם שבין בני-הזוג לבין האם הפונדקאית. וכהגדרות החוק (בסעיף 1 בו):

"אם נושאת" – אשה הנושאת הריון עבור הורים מיועדים;

"הורים מיועדים" – איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד;

"הסכם לנשיאת עוברים" – הסכם בין הורים מיועדים לבין אם נושאת לפיו מסכימה האם הנושאת להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית ולשאת את ההריון עבור ההורים המיועדים;

ההסכם הנערך בין ההורים המיועדים לבין האם הנושאת חייב לזכות באישורה של ועדת האישורים, וכלשון סעיף 2(1) לחוק:

הסכם לנשיאת עוברים
2. השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על-מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים לא תבוצע אלא בהתקיים כל אלה:

(1) נערך הסכם בכתב, בין אם נושאת להורים מיועדים, אשר אושר על-ידי ועדת אישורים בהתאם להוראות חוק זה;

...

הצורך בקיומם של "הורים מיועדים" – קרא, בני-זוג, איש ואישה, המבקשים להיות הורים לילד בהליך של פונדקאות – מהווה תשתית לכל חוק הפונדקאות כולו והנחת-יסוד לכל ההסדרים שבו. אכן, המושג "הורים מיועדים" חוזר ונשנה עוד ועוד – במפורש או במשתמע – בהוראות החוק, עד שלא נותר ספק בלב הקורא כי עניינו של חוק הפונדקאות הוא רק – ואך-ורק – באישה ואיש בני-זוג. ראו, למשל, הוראות הסעיפים 4(א), 5), 9 עד 13 ו-19(א) לחוק. לאזכור מיוחד ראויה הוראת סעיף 2(4) לחוק, ולפיה הסכם לנשיאת עוברים חייב שיהיה צד לו "אב מיועד":

2. הסכם לנשיאת עוברים
השתלת ביצית מופרית שמטרתה התעברות אם נושאת על-מנת למסור את הילד שיוולד להורים מיועדים לא תבוצע אלא בהתקיים כל אלה:

...

(4) הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד, והביצית אינה של האם הנושאת;

...

פירוש: לעולם חייב שיהיה "אב מיועד" – בן-זוג של אם מיועדת – והשניים יחדיו יהיו "הורים מיועדים". לא נמצא לנו בחוק ולו קצה-קצהו של רמז לאפשרות קיומו של הורה מיועד יחיד – בין איש בין אישה – שלא כחלק בלתי נפרד מ"הורים מיועדים" שהם איש ואישה שהם בני-זוג כהגדרת "הורים מיועדים". בשים-לב להקשר הדברים גם לא יחול על עניינו הכלל הקבוע בסעיף 5 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ולפיו "האמור בלשון יחיד – אף לשון רבים במשמע, וכן להיפך". אכן, כהוראת סעיף 1 לחוק הפרשנות הוראותיו תחולנה "[...]אם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה...", ובעניינו יש-ויש גם בעניין הנדון גם בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם הוראת סעיף 5 לחוק הפרשנות.

15. לשון החוק תלמדנו אפוא – ובאורח חד-משמעי – כי תהליך של פונדקאות יכול שיתקיים רק אם ההורים המיועדים הינם איש ואישה שהם בני-זוג. אישה לבדה וכמותה איש לבדו; אישה ואישה וכמותן איש ואיש – כל אלה אינם בני-כושר על-פי חוק הפונדקאות לקיים תהליך של פונדקאות, וממילא אין הם זכאים לקבל את אישורה של ועדת האישרים לתהליך של פונדקאות. זו לשונו החד-משמעית של החוק, ותכליתו של החוק תילמד מלשונו. אכן, גם העותרת מסכימה כי זו לשון החוק כפשוטה, וכדברי באי-כוחה (בסעיף 59 לסיכומיהם בכתב):

על-פניו, קריאת החוק אינה סובלת את האפשרות של העותרת כמועמדת ליהנות מפונדקאות במטרה להוליד ילד טבעי.

16. חרף דברו המפורש והברור של החוק מציגה העותרת לפנינו דרכי פרשנות שונות ומשונות, ולפיהן אין בה בלשון החוק כדי לשלול יכולת מאישה ללא בן-זוג להפוך אם מיועדת. בחנתי טענות אלו, ואולם לא נמצא לי כי ניתן ללכת בדרכי העותרת בלא לְעָקֵם את הכתוב. אכן, לשון החוק ברורה. בבני-זוג, איש ואישה, מדבר הכתוב, ולא עוד אלא שתנאי הוא – כפי שראינו – כי "הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד" (סעיף 2(4) לחוק). לרקע הוראת-חוק זו, כיצד ניתן לטעון ברצינות כי נשים ללא "אב מיועד" כשירות לעשות הסכם פונדקאות כ"הורים מיועדים"? אמנם כן: לכאורה, אין זה תנאי מוקדם ש"הורים מיועדים" יהיו בני-זוג נשואים; החוק אינו מחייב מפורשות כי בני-הזוג יהיו נשואים, והטוען יכול שיטען כי "הורים מיועדים" יכולים שיהיו בני-זוג שאינם נשואים, ואולם לעולם חייבים שיהיו איש ואישה שהם בני-זוג.

17. קריאה בהליכי היווצרותו תלמדנו כי מעיקרו נועד החוק לפתור בעייתם של בני-זוג חשוכי-ילדים שאינם יכולים להפוך הורים בדרכי הטבע הרגילות. אמר על כך שר הבריאות, חבר-הכנסת אפרים סנה, בעת שהציג את החוק לקריאה ראשונה בכנסת (ד"כ 151 (תשנ"ו) 1196, ישיבה מיום י"ח בכסלו תשנ"ו, 11.12.1995, עמ' 1197):

...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 כל יעבור אצל הציבור הדתי.

...

אני חושב שתפקידה של ממשלה הוא לפתור בעיות לאזרחיה, וכך נהגנו. עשינו מאמץ גדול, מאמץ תחיקתי, מחשבתי, הגם שמספר המשפחות שסובלות מהעניין הזה איננו גדול. אבל גם אם הוא מספר קטן, גם אם מדובר ב-30 או קצת יותר משפחות, חובתנו, כל עוד הטכנולוגיה הרפואית מאפשרת זאת, לפתור להם את הבעיה.

ראו עוד דברי יושב-ראש ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, חבר-הכנסת יוסי כץ, בעת שהציג את החוק לקריאות השנייה והשלישית (ד"כ 154 (תשנ"ו) 4974, ישיבה מיום ט"ז באדר תשנ"ו, 7.3.1996, בעמ' 4974-4975). כן היו דבריהם של חברי-הכנסת האחרים. חברי-הכנסת לא שללו בדבריהם מפורשות – כלא ראויה – אפשרות שאם מיועדת ללא בן-זוג תהא כשירה לעשות הסכם פונדקאות עם פונדקאית. ואולם גם זו אמת, שהן בהצעת [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור ההסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1995 הן בדברים שנאמרו במליאת הכנסת נדרשו הכותבים והדוברים אך להורים מיועדים שהם בני-זוג חשוכי-ילדים. אשר לדיוניה של ועדת העבודה והרווחה ראו פסקה 46, להלן.

18. ואולם בכך לא סגי. יכול שיימצא מי שיקום ויטען כך: אכן, על-פי הוראות החוק כפשוטן, לא תקום ולא תהיה פונדקאות אלא בהתקיים הוראות החוק כולן, ובהן ההוראה כי חייב שיהיה הסכם פונדקאות, וכי צד להסכם זה יהיו "הורים מיועדים". כך על-פי הוראות חוק הפונדקאות. ואולם מה טעם לא נכיר בהסכם פונדקאות שלא על-פי החוק? מדוע לא נכיר בהסכם שצד לו יהיה אך הורה מיועד, אישה המבקשת לעצמה ילד מגופה-שלה? אלא שגם פתח מילוט צר ותאורטי זה סגר המחוקק על מסגר ובריח. וכך, בצד הוראות החוק שהזכרנו בדברינו לעיל – הוראות-חוק המדברות רק, ואך-ורק, בתהליך פונדקאות המכיל הסכם שצד לו הם איש ואישה בני-זוג – מוסיף החוק וקובע כי לא יקום ולא יהיה תהליך של פונדקאות אלא על-פי החוק, ועל-פי החוק בלבד. וכלשון החוק בסעיף 7 בו:

ביצוע הסכם לנשיאת עוברים
7. לא תבוצע הפריה חוץ-גופית והשתלת ביצית מופרית אלא במחלקה מוכרת ועל יסוד הסכם לנשיאת עוברים שאושר כאמור.

הנה-כי-כן, רק "הורים מיועדים" – איש ואישה שהם בני-זוג – יכולים שיהיו צד להסכם פונדקאות עם אדם פונדקאית, ומוסיפה הוראת סעיף 7 לחוק ומודיעה אותנו מפורשות כי לא יקום תהליך פונדקאות אלא על-פי האמור בחוק. משלימה את ההסדר

הוראת סעיף 19(א) לחוק, ולפיה תהליך פונדקאות שלא על-פי החוק הוא עבירה פלילית שעונשה בצדה:

עונשין 19. (א) המבצע השתלה של ביצית מופרית במטרה להביא להתעברות אם נושאת על-מנת למסור את הילד שלא בהתאם להוראות חוק זה, או בקשר עם ביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא אושר בידי ועדת האישורים או בניגוד לתנאים שקבעה, דינו – מאסר שנה אחת.

אם נתכוון החוק לקבוע הסדר ממצה בנושא הפונדקאות, קרא לענייננו: כי רק בני-זוג אישה ואיש יכולים שיהיו הורים מיועדים, מה היה יכול עוד לומר ולא אמר? אכן כן: החוק הבהיר הבהר-היטב שכוונתו היא לקבוע הסדר ממצה בנושא הפונדקאות, וכי לא יקום ולא יהיה הסדר פונדקאות אלא על-פיו. ועל-פי החוק לא תוכל אישה באין בן-זוג להיות "אם מיועדת". תכלית החוק הייתה – והינה – לפתור בעיותיהם של בני-זוג, איש ואישה, חשוכי-ילדים, ובעיות אלו בלבד. החוק לא נתכוון לפתור בעיותיה של אישה חשוכת-ילדים שאין לה בן-זוג, אף לא בעיותיהם של איש שאין לו בת-זוג או של כל בני-זוג אחרים. בדל"ת אמותיו של החוק לא תוכל העותרת אפוא למצוא מזור לכאבה.

19. בדברים שאמרנו זה עתה תימצא תשובה לטענה נוספת המועלית בידי העותרת. הטענה היא כי היעדר הסדר בעניינה של אישה ללא בן-זוג אינה אלא לאקונה, וכי שומה עליו על בית-המשפט למלא חסר זה שנתגלה בחוק. טענת הלאקונה אין בה ממש. לאקונה פירושה היעדר הסדר, והיפוכה של לאקונה הוא הסדר – הסדר חיובי או הסדר שלילי – במפורש או מכללא. לשון אחר, הסדר – חיובי או שלילי – שולל, על-פי עצם הגדרתו, קיומה של לאקונה. והנה, בענייננו-שלנו ראינו שהמחוקק שלל מפורשות תהליך פונדקאות שלא על-פי הוראות החוק. הסדר ספציפי ומיוחד שנקבע בחוק לפונדקאות – כך מורה אותנו המחוקק – הסדר ייחודי הוא, ואין תהליך פונדקאות אחר בלתו. באומרו את שאמר, ובדרך שאמר דברים שאמר, לימדנו המחוקק כי לא נפלה לאקונה בחוק. ודוק, באומרנו כי אין בו בחוק לאקונה, לא אמרנו אלא כי לא נפלה בחוק לאקונה משפטית. לא אמרנו כי לא נפלה בחוק לאקונה מוסרית; כי לא נעשה לעותרת ולכשכמותה עוול מוסרי. פירוש החוק הוא המוליך אותנו אל מסקנה שהסקנו, ומסקנה זו מחייבת אותנו.

20. לסיכום, השאלה הראשונה שעליה נחלקו בעלי-הדין הייתה אם הסדרים שקבע חוק הפונדקאות ניתן להחילם על נשים שאין להן בן-זוג. ראו פסקה 7 לעיל. דנו בסוגיה ותשובתנו לשאלה היא בשלילה. אישה, כעותרת, שאין לה בן-זוג לא ימצא סעד לכאבה בגדרי חוק הפונדקאות.

השאלה השנייה: לעניינה של פונדקאות – היש הצדקה עניינית להבחין בין אישה שיש לה בן-זוג לבין אישה שאין לה בן-זוג?

21. משנמצא לנו כי חוק הפונדקאות אינו מאפשר להחילו על אישה שאין לה בן-זוג, באים אנו אל השאלה השנייה, והיא: האם יש בנמצא הצדקה עניינית להבחין – לעניין הסכם פונדקאות – בין אישה המבקשת להיות "אם מיועדת" ואין לה בן-זוג – והיא העותרת – לבין אישה שיש לה בן-זוג, ובני-הזוג יחדיו מבקשים להיות "הורים מיועדים"? האם הסדר, ולפיו חל חוק הפונדקאות אך על אישה שיש לה בן-זוג, ואין הוא חל על אישה שאין לה בן-זוג, האם הסדר זה אינו גורם עוול לאישה שאין לה בן-זוג? האם הסדר שיצר חוק הפונדקאות, ולפיו נמצאה תקנה אך לבני-זוג אך לא לאישה בלא בן-זוג – אישה יחידה – האם הסדר זה אין בו הפליה לרעה – הפליה פסולה – של אישה בלא בן-זוג? שאלה זו, להבדילה משאלת פירושו של החוק, שאלה ערכית היא. אכן, גם פירושו של חוק כורך שיקולים ערכיים וידענו זאת מכבר. אלא שבפירושו של חוק כלואים אנו בלשונו של החוק, ורשאים אנו לנוע אך בדל"ת אמותיהן של מסגרות שיצר עבורנו הכתוב. לא כן הוא בנושא הפליה בטהרתו, שטובלים אנו אך בשיקולים ערכיים בלבד (ערכיות יחסית, כמובן). השאלה הנשאלת היא אפוא אם בהיות העותרת אישה בלא בן-זוג מפלה אותה החוק לרעה ביחס לאישה שיש לה בן-זוג.

22. מעשה של הפליה הוא, כך למדנו, יחס בלתי שווה כלפי שווים במקום שהשוויון הוא מגופו של עניין. יחס בלתי שווה כלפי שווים לוקה בהיעדר הגינות, ואנו, שמבקשים אנו להיות הגונים והוגנים ביחסנו לזולתנו, נעשה ממילא כמיטבנו שלא להפלות בין שווים. כך ביחסנו לזולת בחיי היומיום וכך בקביעתן של נורמות להסדר נורמטיבי של יחסי-אנוש בחברה. ראו, למשל: [בג"ץ 678/88](#) כפר ורדים נ' שר האוצר [3], בעמ' 508-507; [בג"ץ 7111/95](#) מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת [4], בעמ' 503-502; [בג"ץ 6845/00](#) ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה [5]; ["זמיר, מ' סובל "השוויון בפני החוק" \[35\]](#). והשאלה שלענייננו שאלה היא: האם הופלתה העותרת לרעה ביחס לאישה שיש לה בן-זוג שעה שבני-הזוג יחדיו מבקשים להיות "הורים מיועדים"?

23. ההבחנה הנדרשת מן החוק הבחנה היא בין איש ואישה שהם בני-זוג לבין אישה יחידה. אלה מבקשים להיות אָם ואב לילד וזו מבקשת להיות אָם לילד. משאלתם של בני-הזוג נענית, ומשאלתה של האישה היחידה נדחית. הנה היא העותרת, הנה היא שכנתה: השתיים פוריות אך אין הן יכולות להרות. כשהן לעצמן, זהות הן בכול: מבחינת הבריאות, מבחינה כלכלית, מבחינה רגשית. השתיים זקוקות וכמהות עד-יאות לילד. בכך נבדלות הן השתיים: שלשכנה יש בן-זוג ולעותרת אין בן-זוג. מטעם זה – ומטעם זה בלבד – נענית השכנה לטובה, ואילו העותרת נדחית ושלאל-לטובה. הגורם המכריע הוא הימצאותו של בן-זוג. והשאלה הנשאלת ממילא היא מדוע יכריע גורם זה את הכף ואם ראוי הוא כי יכריע את הכף. שאלה זו אינה שאלה תאורטית, והתשובה לה אינה תשובה החיה לעצמה, תלושה מן המציאות שבה אנו חיים. אכן, לא נוכל להכריע כראוי בנושא ההפליה אלא אם נאמר דברים אחדים על הרקע החברתי והמשפטי שלעניין. זאת נעשה עתה.

24. נעמוד תחילה על הרקע החברתי. תחנת המוצא למסענו תימצא לנו בתופעת הטבע, ולפיה יכולה אישה ללדת בלא שיש לה בן-זוג (קבוע). בימים שמכבר הייתה תופעת האָם החד-הורית תופעה חריגה ושולית בחברה. אישה שכיבדה עצמה לא הֵעִזָה ללדת אלא בהיותה נשואה. גם בימינו יש חֲכָרוֹת שתופעת האָם החד-הורית תופעה נדירה היא, ויש אף חברות שאישה יחידה היולדת ילד דינה מוות. לא כן בימינו, במגזרים רחבים מן החברה שאנו חיים בה. בעולמנו דהאידיא יותר ויותר נשים בוחרות מרצונן להיות אימהות חד-הוריות, והתופעה של אימהות חד-הורית גוברת והולכת. אכן, תופעת האָם היולדת ללא בן-זוג תופעה היא שאינה נדירה כלל, ואדם לא יסב ראשו אחור בהשתאות בפוגשו אָם חד-הורית המטיילת עם בנה הקטן. השנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2002 (מס' 53) מלמדנו (בעמ' 3-36) כי בשנת 2000 נרשמו 2,600 לידות לנשים רווקות יהודיות, בעוד אשר בשנים 1978 ו-1979 יחדיו (כדבר השנתון הסטטיסטי לישראל, מס' 52 לשנת 2001) נרשמו 1,356 לידות כאמור (בממוצע 678 לידות לשנה). בשנת 2001 היו רשומות בישראל 11,400 משפחות חד-הוריות שבהן ההורה רווק או רווקה (להבדילם מגרושים, מאלמנים או ממי שחיים בנפרד מבן-זוגם): שם, בעמ' 5-21. ראו עוד: ר' פסטרנק המשפחה החד הורית בישראל – השפעתה על חינוך הילדים [30], בעמ' 12-13 ועוד; – N. Miller *Single Parents by Choice* – *A Growing Trend in Family Life* [42], at pp. 2-3; אכן, אישה כי תלד ובן-זוג קבוע אין לה, יקבלוה מגזרים רחבים בחברה בלא להניד עפעף. מבחינה חברתית אפוא קיבלה החברה שאנו חיים בקרבה את תופעת האָם החד-הורית שאין לה בן-זוג קבוע.

25. אשר לבחינה המשפטית של אישה היולדת באין בן-זוג קבוע. בראשית ייאמר כי לא זו בלבד שאין כל איסור בדין על אישה ללדת אך לרצונה, אלא שהמדינה ראתה לנכון לחוקק חוקים המעניקים למשפחות חד-הוריות הטבות כספיות שונות במטרה לסייע להן בגידול הילדים. ראו, למשל: [חוק משפחות חד-הוריות](#), תשנ"ב-1992; [חוק הבטחת הכנסה](#), תשמ"א-1980, סעיף 2(א)(5); [חוק הביטוח הלאומי](#) [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, סעיף 74(ב)(1)(א). כבר במקום זה נוכל להקשות על עמדתו של חוק הפונדקאות: אם אישה בריאה, כל אישה בריאה, יכולה וזכאית ללדת ילדים אך לרצונה אף שאין לה בן-זוג קבוע; לא עוד אלא שהחוק יעניק לה לכשתלד הטבות מיוחדות בהיותה משפחה חד-הורית, מה טעם מונע החוק מאישה שגורלה הכה בה ואין היא יכולה להרות וללדת – הגם שכשירה וראויה היא מכל בחינה אחרת להיותה אם – לקבל עזרה ממי שמוכנים לעזור לה, קרא רופאים ופונדקאית, כדי שתוכל לתת חיים לילד משלה? אכן, אפשר יימצאו טעמים למנוע עזרה מאישה כזו – על נושא זה נוסף ונעמוד להלן – אך דומה כי אותם טעמים חייבים שיהיו טעמים חזקים ביותר, עד שיהיה בכוחם להכריע את רצונה האוטונומי של האישה לקבל עזרה ממי שמוכנים לעזור לה ללדת על דרך של פונדקאות.

26. על-פי דין אפוא זכאית היא אישה שילדה בלא בן-זוג לעזרה כספית מן המדינה. הדין אף מרחיק לכת, ונכון הוא להושיט עזרה לאישה לא אך לאחר לידה אלא גם לפני לידה: נכון הוא לעזור לאישה להרות וללדת גם אם אין לה בן-זוג. וכך הוא דין על-פי תקנות ההפרייה. תקנות ההפרייה עניינן הפרייה חוץ-גופית שלא על דרך של פונדקאות, ותקנה 8 לאותן תקנות נסבה על הסוגיה של השתלת ביצית באישה. תקנה 8, כלשונה במקורה, בכוונה להקל עם אישה נשואה הבדילה בין השתלת ביצית באישה נשואה לבין השתלת ביצית באישה רווקה. וכך, לעניינה של אישה נשואה קבעה תקנה 8(א) כי ניתן להשתיל בגופה ביצית מופרית אם הביצית היא "שלה או של תורמת", בעוד אשר לעניינה של אישה רווקה קבעה תקנה 8(ב) במקורה כי לא תושתל בה ביצית מופרית "אלא אם כן הביצית היא שלה". יתר-על-כן, לעניינה של אישה רווקה – אך לא לעניינה של אישה נשואה – הוסיפה תקנה 8(ב) וקבעה כי לא תושתל בה ביצית מופרית "...אלא אם כן התקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי של המחלקה המוכרת התומך בבקשת האשה...", וכי "הדין וחשבון ייערך לפי הנחיות המנהל" (המנהל הכללי של משרד הבריאות או מי שהוא הסמיכו לעניין אותן תקנות). הנה-כי-כן, מחוקק-המשנה ביקש להקל אך על אישה נשואה אך לא על אישה רווקה.

תקפותה של הבחנה זו בין אישה נשואה לבין אישה רווקה עמדה לדיון בבג"ץ [998/96](#) וי"ן נ' שר הבריאות [6], ובהסכמת המדינה הצהיר בית-המשפט כי הוראת

תקנה 8(ב) לתקנות ההפריה בטלה. בית-המשפט הוסיף וקבע כי תוקף הבטלות יהיה שישה חודשים מיום פסק-הדין (יום 11.2.1997), וכי "בתוך חודש יפרסם שר הבריאות הוראת נוהל לפיה ההפריה חוץ-גופנית וההזרעה המלאכותית תופעל באורח שוויוני". "באורח שוויוני", קרא בשוויון בין נשים נשואות לבין נשים רווקות. בה-בעת, כך הוסיף בית-המשפט וקבע: "הרופא המטפל יוכל, לפי שיקול דעתו, במקרים מיוחדים, לדרוש חוות דעת סוציאלית, וזאת על פי הערכתו המקצועית". מכל אלה נדע כי לעניין טיפולי פוריות והפריה חוץ-גופנית אין מבדילים בין אישה פנויה לבין אישה נשואה. אין מניעה כי כל אישה – באשר אישה היא – תזכה לטיפול הפריה ותהפוך אִם ללא קשר לשאלת היותה נשואה או לא-נשואה וללא קשר לשאלה אם יש לה בן-זוג או אם אין לה בן-זוג. ראו עוד פ' [שיפמן דיני המשפחה בישראל](#) (כרך ב) [31], בעמ' 156-157.

נוסיף כי ועדת אלוני נדרשה אף-היא לנושא המעמד האישי בטיפולי פוריות (שלא בפונדקאות) והמליצה שלא לשלול מאישה טיפולי פוריות אך בשל מעמדה המשפחתי בלבד. וכלשון פסקה 1.5 ו-1.6 (בעמ' 14) לדוח ועדת אלוני [53]:

1.5. נשאלה השאלה האם יש להבחין בין יצירה "טבעית" ליצירה "מלאכותית" של ילד. כלומר, האם יהיו שיקולים הנוגעים לטובת הילד שיצדיקו את הגבלת זכות הגישה לטיפולי פוריות, למרות שלא היו מצדיקים התערבות ביחסי הולדה אינטימיים בין בני זוג? בסופו של דבר היתה הוועדה בדעה כי העקרון הוא ששיקולים חברתיים לא צריכים להילקח בחשבון לענין זכות הגישה לטיפולי פוריות, אלא במקרים קיצוניים של חשש ממשי לפגיעה בשלום הילד העתיד להיוולד.

1.6. בהקשר החברתי נתנה הוועדה את דעתה גם לשאלה בדבר הרלבנטיות של המעמד האישי של המטופלים. הוועדה סבורה שאדם זכאי לקבל טיפולי פוריות ללא קשר למעמדו האישי, וכי למטופלים קיימת זכות לשמירה על פרטיות וצנעת אורח חייהם.

27. הנה-כ"כ, לעניין הפריה חוץ-גופנית (שלא על דרך של פונדקאות) דין אחד הוא לכל אישה בישראל: בין שנשואה היא בין שאין היא נשואה, בין שיש לה בן-זוג בין שאין לה בן-זוג. כל אישה, באשר אישה היא, יכולה וזכאית היא להיות מטופלת בטיפול הפריה חוץ-גופנית, ואין אישה נעלה על חברתה.

28. הנה זה התקדמנו צעד נוסף מבחינת הדין החל. לא עוד מדברים אנו בהיריון ובלידה כדרך הטבע, אלא בהיריון שאישה זוכה לו תוך שהיא נעזרת ברופאים

ובטכניקות מודרניות שהמציא האדם. מסתבר שהמדינה מבקשת לעזור לאישה יחידה – מבקשת להקל עליה – על דרך זה שמאפשרת היא לה להרות ולהעמיד צאצאים באמצעים טכנולוגיים ובסיוע בעל-מקצוע, אף שהכול יודעים כי אין לה בן-זוג, וכי מתעתדת היא לגדל את ילדה במשפחה חד-הורית. לו יכלה העותרת להרות, לא הייתה כל מניעה כי תהרה על דרך של הפריה חוץ-גופית ותהפוך להיות אִם חד-הורית. דא עקא, גורלה של העותרת הרע עמה ואין היא יכולה להרות. בנסיבות אלו, האומנם יש הצדק – הצדק ראוי – כי נמנע ממנה להרות ולהיות אִם באמצעות פונדקאות?

29. על רקע מורכב זה שהצגנו – רקע חברתי ורקע משפטי – נשאלת מעצמה שאלה: מה טעם ראה המחוקק להבדיל – לעניין פונדקאות – בין אישה שיש לה בן-זוג לבין אישה שאין לה בן-זוג, ובעוד שלראשונה מאפשר ומתיר הוא להיות אִם על דרך של פונדקאות, על האחרונה אוסר הוא זאת? אִם יכולה אישה להרות כדרך הטבע לרצונה בין שיש לה בן-זוג (קבוע) ובין שאין לה בן-זוג (קבוע); אם לאחר לידה, ועל-פי דין, נכונה המדינה לעזור בממון לאִם חד-הורית כאשר אִם חד-הורית היא ואם זכאית היא אישה, כל אישה, לקבל עזרה להפריה חוץ-גופית – מה טעם ראה המחוקק לטוב לפניו לשלול זכותה של אישה יחידה להרות באמצעות פונדקאות? הבה ניפנה עתה לטעמים שהמדינה העלתה לפנינו, טעמים האמורים להצדיק הפליטה לרעה של אישה יחידה ביחס לאישה שיש לה בן-זוג.

אין לאישה "זכות" לפונדקאות – הזכות להורות

30. טוענת המדינה וכך היא אומרת: אין לה לאישה "זכות" לפונדקאות; נושא הפונדקאות כמו מצוי הוא "מחוץ לתחום", ומכאן שטענה של הפליה טענה היא שאינה במקומה. על-פי טענה זו, מתוך שאישה אינה זכאית, *ex hypothesi*, להיזקק לתהליך של פונדקאות, ממילא לא תישמע אישה בטענה של הפליה. וכלשון המדינה בסיכומיה (בפיסקה 45):

לא ניתן לטעון לקיומה של "זכות לפונדקאות", שהרי אנו נמצאים בקצה הקיצוני ביותר של מדרג "הזכות להורות", הרחוק מרחק ניכר מהזכות שלא תופרע הזכות ללידת ילדים על דרך הטבע, וזאת בגין המעורבות החיצונית המוגברת הנדרשת על מנת להגשימו.

טענה זו נתקשיתי לרדת לעומקה. ראשית לכול, הדין החרות – כיום חוק הפונדקאות – הוא הקובע כי רק בהתקיים תנאים אלה-ואלה יהיה ניתן להיזקק לתהליך

של פונדקאות. לולא קביעתו של הדין החרות אפשר הייתה כל אישה יכולה – כך ניתן להניח – לרצונה, ולרצונה של פונדקאית, להיזקק לתהליך של פונדקאות. האיסור על קיומו של תהליך פונדקאות אלא בתנאים אלה-ואלה מן החוק המפורש הוא בא, ועל-כן נצפה – מבחינת המהות – כי תכלית החוק תשמיענו מה טעם אוסר החוק על תהליך פונדקאות בנסיבות שהוא אוסר עליו. האיסור מן החוק הוא הנדרש להסבר ולהצדק; האיסור הוא הנדרש להצדק ולא "זכותה" של אישה. שנית, אין ספק כי טיעון של "זכות" מן הדין טיעון הוא שלא במקומו, בוודאי לאחר חוק הפונדקאות המסדיר כפי שהוא מסדיר את נושא הפונדקאות. ואילו לפני היות החוק (והתקנות שקדמו לו), ומשלא חל איסור על פונדקאות, יכול הטוען לטעון כי הייתה לה לאישה, לכל אישה, "זכות" לפונדקאות. בין כך ובין כך, טיעון הזכות לפונדקאות טיעון הוא שלא לעניין, ואולם עיקר הוא כי ה"זכות" שאנו מדברים בה – הזכות להורות – זכות היא שבאה אלינו מן הטבע; בזכות זו מדברים אנו ולא בזכות לפונדקאות מן החוק.

אשר לאותה "מעורבות חיצונית מוגברת" בתהליך של פונדקאות – מעורבות שאינה נדרשת בהיריון כדרך הטבע – גם טענה זו לא הבנתי פשרה. התשובה הפשוטה לטענה היא שהנטל על המדינה הוא להצדיק איסור שאסרה, והצדקת האיסור בטענת "היעדר זכות" היא בבחינת טיעון של מעגל קסם. יתר-על-כן, משידענו כי על-פי דין זכאית היא אישה – כל אישה – לטיפול הפרייה חוץ-גופית, קרא ל"מעורבות חיצונית מוגברת" של המדינה, שומה עליה על המדינה להסביר ולהצדיק מדוע זה וכיצד זה שנכונה היא להושיט כך עזרה לאישה אף אם אין לה בן-זוג, ובה-בעת אין היא נכונה לצעוד צעד נוסף עדי פונדקאות. ראו פסקה 26, לעיל. לו אסר החוק מכול-וכול על פונדקאות, יכולים היינו להבין – הגם שלא להצדיק – הסדר שקבע, ואולם משהחליט לשחרר רסן ולאפשר פונדקאות לאישה שיש לה בן-זוג – ודוק, בן-זוג ולא בהכרח בן-זוג לנישואין – מה טעם ראה המחוקק להבחין בין חנה לבין פנינה? בין אישה ולה בן-זוג לבין אישה באין בן-זוג?

31. ואולם לא בכל אלה עיקר. עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבוער בנפשה של אישה ואיננו אָל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם. אמרה על כך השופטת שטרטברג-כהן ב"א 2401/95 נחמני נ' נחמני [7], בעמ' 680:

דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשונים בתרבות האנושית לדורותיה.

החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה... זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט.

ובדבריו של שיפמן, שם [31], בעמ' 151:

הרצון של אדם להיבנות, ובדרך זו להבטיח המשכיות לעצמו לאחר מותו, לא פחות מאשר הסיפוק המקווה מגידול ילדים בחייו, הוא ללא ספק עובדה פסיכולוגית יסודית.

וכן היו דבריה של ד' ברק-ארוז במאמרה "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת

נחמני" [36], בעמ' 200:

מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי.

בע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק (פרשת בינשטוק [8]), בעמ' 723 דיברנו בהקשר זה על "...קיומו של אינסטינקט שבאדם, אותו אינסטינקט של הישרדות ושל המשכיות, אינסטינקט שראשיתו בצורך הדוחק להורות, המשכו בשמירת הורים על ילדיהם בעודם חסרי הגנה (והוא האינסטינקט שבחיה), המשך-המשכו בדאגת הורים לילדיהם משבגרו, וסופו ברצונם של הורים להיטיב עם ילדיהם לאחר-מות...". ראו עוד ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות [9], בעמ' 811 מול אות השוליים ג. הוספנו ואמרנו על אותו נושא בבדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית [10], בעמ' 102:

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו – "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה – ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם-תנין [תנים – מ' ח'] חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג)... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו.

משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם.

אכן, פונדקאות כבקשתה של העותרת מבטאת באורח מוחשי אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות. מי לא יזכור את קריאתה הנואשת של רחל העקרה בקוראה אל יעקב אישה: "הִבֵּה לִי בָּנִים וְאִם אֵין מִתָּה אֲנֹכִי" (בראשית, ל, א [א]). (וגם לא נשכח את תשובתו הנרגזת והקשה של יעקב (בראשית, ל, ב [א]): "וַיִּחַר-אַף יַעֲקֹב בְּרַחֵל וַיֹּאמֶר הֲתַחַת אֱלֹהִים אֲנֹכִי אֲשֶׁר-מָנַע מִמֶּךָ פְּרִי-בֶטֶן"). קריאה זו, קריאת יצר-הקיום שִׁבְחִי היא, יצר אשר עם בוא היילוד יקיים את "קול הדם" שבין הורים לבין ילדיהם (כדברי מ"מ הנשיא השופט ש' ז' חשין בע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר [11], בעמ' 799).

32. עיקר הוא ביצר זה שבאדם – יצר הקיום וההישרדות – בשאיפתה של אישה, שאיפה עד-כלות, לילד פרי בטנה, ילד בשר מבשרה. בימים שמכבר ידע האדם אך דרך אחת בלבד לקיים את משאת-נפשו, וכך כמסתבר אף נוצר התא המשפחתי. בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר באותה טכנולוגיה. ביודענו כל זאת נתקשה להסכים לטיעונה של המדינה כי תהליך הפונדקאות נמצא "בקצה הקיצוני ביותר של מידרג 'הזכות להורות'". הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה.

33. מוסיפה המדינה ומבקשת היא ללמוד היקש מהליך של אימוץ לתהליך של פונדקאות. לטענתה, כשם שעל דרך הכלל "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד" (סעיף 3 רישה לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981 (חוק האימוץ)), כן יהא בענייננו אף-הוא, שלא תהא פונדקאות – כהוראת חוק הפונדקאות – אלא על-ידי בני-זוג בלבד. היקש זה אינו מקובל עלינו (גם אם נתעלם מן החריגים לכלל הקבוע בסעיף 3 רישה לחוק האימוץ). ראשית לכול, הוראה זו שבחוק האימוץ – הוראה המלווה אותנו מאז [חוק אימוץ ילדים](#), תש"ך-1960 – ספק רב בעיניי אם הוראה ראויה היא עד שנעלה אותה בדרגה ונעשה אותה נורמה להיקש. אכן, זה הדין באימוץ – שאין אימוץ אלא על-

ידי איש ואשתו יחד – ואולם עד שנבקש ללמוד היקש מדין האימוץ – במילים אחרות: עד שנעשה להרחבת תחום פרישתה של הנורמה שבחוק האימוץ באמצעות הליך של היקש – ראוי לנו שנשוכנע כי הוראת חוק האימוץ הוראה ראויה היא (מבחינה חברתית, מוסרית, וכו'). כשאני לעצמי, אין אני משוכנע כלל ועיקר בהיותה של הוראת חוק האימוץ הוראה ראויה לימינו ולמקומנו, וממילא ספק בלבי אם ראויה היא לשמש דגם להיקש. זאת ועוד, אכן כן: הליך של אימוץ כמוהו כהליך של פונדקאות: כזה כן זה השניים נועדו לקיים ולספק את צורך ההורות, ובשני התהליכים מעורבות הרשויות בדרך זו או אחרת, ואולם תהליך הפונדקאות – שלא כאימוץ – קרוב במאוד להורות טבעית, ומשתלשל הוא במישרין מן ההורות הטבעית המבטאת את האוטונומיה של היחיד. לענייננו שלנו נסתפק באומרונו כי אישה יכולה להרות וללדת אך לרצונה ובלא בן-זוג – כך, למשל, בהפריה חוץ-גופית – ונדע את ההבדל בין אימוץ לבין פונדקאות. אמר על כך שיפמן (שם [31], בעמ' 151):

דומה שרוב שיקולי ההתערבות בחלוקת ילדים באימוץ אינם תופסים לגבי הטכניקות החדישות של ההולדה. לא מדובר כאן במחסור בילדים, ואף לא מדובר ברצון להבטיח טובתו האופטימלית של ילד שכבר נולד. מדובר בתכנון הבאתו של ילד לעולם, דבר הקרוב להולדה הטבעית. אכן, הפעם יש לחברה, אולי, יותר יכולת אפקטיבית להתערב מאשר בהולדה הטבעית, נוכח הצורך במעורבותם של אנשים אחרים, במיוחד רופאים. אבל האם יש הצדקה להתערבות על ידי הטלת הגבלות על ההיזקקות לטכנולוגיות החדישות של ההולדה? שיקול כבד-משקל לשלילת התערבות החברה הוא הרצון שלא לפגוע בציפיותיהם של אנשים המבקשים להביא ילדים לעולם, בבחינת "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי".

ההבדל שבין הליך האימוץ לבין תהליך הפונדקאות שולל היקש מראשון לאחרון, וגם אם אמרנו כי לא יהיה אימוץ אלא על-ידי זוג, לא כן בפונדקאות.

34. ועוד טוענת המדינה כך: זכות להורות אכן זכות היא, אך אין לגזור מזכות להורות זכות לפונדקאות. טעם הדבר הוא שזכות להורות כדרך הטבע פירושה אך איסור על המדינה להתערב בחיי היחיד וברצונו האוטונומי, ואילו זכות לפונדקאות משמיעה כמו-מעצמה חובה המוטלת על החברה לסייע ליחיד לממש את הצורך המפעם בו להורות. גם טענה זו לא נקבל. אכן, הזכות להורות זכות היא מסוג של חירות – זכות היא שאין חובה בצדה המוטלת על הזולת – בעוד שפונדקאות מחייבת מעורבותם של צדדים שלישיים. וכאמור בדוח ועדת אלוני [53] (בפיסקה 5 של המבוא,

בעמ' 11 לרוח): "...מקובל, בארה"ב, שהרחבת הזכות [ללדת – מ' ח' ח'] לטכנולוגיות פוריות איננה מחייבת את החברה בכיסוי עלויות והוצאות, כשם שאיננה מחייבת רופא או טכנאי לבצע את הפרוצדורה. ההסבר המקובל הוא שהזכות [ללדת – מ' ח' ח'] הינה בעלת אופי נגטיבי – בכוחה למנוע הפרעה להעמדת צאצאים, ולא פוזיטיבי – להטיל התחייבות על גורם אחר כדי לסייע בהעמדת צאצאים". ואולם נפלא ממני כיצד אוצל הבהדר זה על ענייננו. ענייננו עתה אין הוא בהטלת חובות כלשהן על המדינה (או על צד שלישי כלשהו) אלא בבקשת העותרת כי לא ייאסר עליה להחל בתהליך של פונדקאות. איסור שהמדינה מטילה עליה להידרש לתהליך של פונדקאות, כך טוענת העותרת, הוא הפוגע בזכותה להורות, ותשובתה של המדינה הנסמכת על ההבחנה שבין זכות חופש לבין זכות שבצדה חובה ממילא לאו תשובה היא.

35. טוענת המדינה: לא בכדי מבחין החוק בין איש ואישה בני-זוג לבין אישה יחידה, שלא הרי אלה כהרי זו. מוסכמה חברתית היא, כך טוענת המדינה, כי ילד זקוק לאם ולאב – לזוג להורים ולא אך להורה בודד – ואישה פנויה לא יהא בכוחה לדאוג לבדה לטובתו של היילוד. בשם טובתו של היילוד אפוא מבקשת המדינה לקפח את זכותה של העותרת. אמנם, המדינה אינה טוענת כי "תפיסה חברתית" זו תפיסה ראויה ונכונה היא, אך מתוך שאין לשלול תפיסה זו, כך מוסיפה היא וטוענת, ממילא גם אין יסוד לטענת ההפליה. כך, למשל, טוענת המדינה (בסעיף 7 לסיכומיה בכתב), כי:

ההסדר המפורט בחוק משקף תפיסות חברתיות מקובלות שניתן לעגנן גם בהצדקות שונות... [ו]משנקבע הסדר חקיקתי מפורש ומפורט הכולל בתוכו את האיזונים העדינים בין כלל האינטרסים הצריכים לענין, ושנחקק מתוך הסכמה רחבה ולאחר עבודה מקיפה ויסודית של ועדת מומחים שישבה על המדוכה, לא בית המשפט הנכבד, בכל הכבוד, הוא שצריך להיות זה המביא לשינויה של תפיסה חברתית שעוגנה מפורשות בחקיקה באופן בו עוגנה.

עוד יטענו המשיבים כי התפיסה החברתית המשתקפת בחוק, באה לידי ביטוי גם בדברי חקיקה אחרים הנוגעים להורות.

ובסעיף 53 לאותם סיכומים:

...[כחלק מן הניסיון להבטיח את טובת הילד שיוולד כתוצאה מהליך הפונדקאות, קבע החוק כי ההליך צריך להתבצע על ידי "הורים מיועדים" – איש ואישה שהם בני זוג. ההגדרה שנקבעה בחוק לגבי "הורים מיועדים"

לא נקבעה "יש מאין". היא מבוססת על הסכמות חברתיות רחבות בדומה להסדר שנקבע בנוגע לאימוץ. בהתאם להן נקבעה הגדרת התא המשפחתי שיבטיח, במידת האפשר, את הצלחת הליך הפונדקאות ואת טובת הילד שיוולד במסגרתו.

ושוב (בסעיף 75 לסיכומים):

התפיסה החברתית המקובלת, וזאת אך כציון עובדה ומבלי להביע דעה באשר לתוכנה, גורסת על דרך ההכללה כי מוטב לילד לגדול בתא משפחתי הכולל שני הורים, אב ואם, אוהבים ומשקיעים מאשר בתא משפחתי הכולל הורה אחד, יהיה אוהב ומשקיע ככל שיהיה, וכי יהיה בכך כדי להגדיל את הסיכוי ליתר יציבות וסיפוק מיטבי יותר של צורכי הילד. ההסדר שנקבע בחוק משקף את התפיסה האמורה.

ובסעיף 76:

טענת העותרת בדבר פגיעה בשוויון הגלומה בחוק, צריכה להיבחן על רקע התפיסות החברתיות המקובלות.

המדינה אינה מציגה מחקרים התומכים בטענתה, אף אין היא מביאה ראיה אחרת כלשהי לדבריה. מדוברת היא אך על "התפיסה החברתית המקובלת", וזאת "כציון עובדה ומבלי להביע דעה באשר לתוכנה". לגירסת המדינה, די באותה תפיסה חברתית מקובלת כדי להצדיק דחיית בקשתה של העותרת על הסף – אך באשר אין בן-זוג לצדה – בלא להידרש כלל לבדיקת כשירותה ויכולתה להיות אם ראויה. האומנם כך?

36. כשאני לעצמי, אתקשה לקבל כי "תפיסה חברתית מקובלת" – באשר היא – אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת הפליה. מושג השוויון ובן-דמותו, איסור ההפליה, מושגים הם השאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן. שלא כמות אלה היא "תפיסה חברתית מקובלת", שבעיקרה אין היא אלא תיאור מציאות קיימת בלא הבעת דעה על אותה תפיסה מבחינה ערכית. העמדתה של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור הפליה, כמו המדובר – תמיד ולא-סייג – במושגים שיש להם מנח משותף, יש בה לדעתי ערוב מין בשאינו-מינו.

לא נכחד, כמובן, כי ערכים כערך השוויון וכבוד האדם תוכנם ותחומי התפרשותם ייקבעו, בין השאר, על-פי התפיסות המקובלות בחברה. ראו והשוו [בג"ץ 721/94](#) אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ (פרשת דנילוביץ [12]), בעמ' 777-778, 779 ועוד (מפי השופט דורנר). בתחילת-כל-התחילות ובסוף-כל-הסופות, כולנו חיים אנו באטמוספירה חברתית מסוימת, והשקפות המקובלות בחברה תחדורנה על דרך האוסמוזה החברתית אל גופנו ואל תודעתנו ותיקלטנה בנו. ואולם חלילה לנו מערב מציאות בערכים, ואמנם, המבחן הקובע חובת שוויון – וכמותו האיסור על הפליה – מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". כן היא הפליה מחמת גזע, כן היא הפליה מחמת מין, כן היא הפליה מחמת נטייה מינית, כן היא הפליה מטעמים אחרים אף-הם. כל מעשי הפליה מאלה שהזכרנו מקורם ב"תפיסות חברתיות מקובלות": תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסוים אינם כשירים למקצועות מסוימים וכו'. אכן, לשירות "תפיסות חברתיות מקובלות" – מקובלות אך פסולות – נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המשמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטֶרֶאוטיפי שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה. על המאבק ב"תפיסות חברתיות מקובלות" עמדנו ב**בג"ץ 2671/98** שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה [13], ואלה דברים אמרנו, בין השאר, על תפיסות חברתיות מקובלות (שם, בעמ' 659-660):

הפלייתה של האישה לרעה הינה רעה חולה המלווה את החברה מימֶי־קדם, מאות ואלפים בשנים. הפליה מתמשכת זו יצרה אורחות-חיים ואורחות-מחשבה מסוימות, ואלו העמיקו שורש עד שלעתים דומה – על דרך ההפלגה – כי יצרו מעין-מוטציה במערכת הגנטית שלנו. מכל מקום, כולנו ידענו כי אורחות אלו לא ניתן לשרשן מבוקר עד ערב. יתר-על-כן: התמשכותה של ההפליה שנים כה רבות יצרה שכבות של הפליה – זו על-גבי זו – וכך נתגבשה והלכה הפליה מצטברת, הפליה שלבשה מחלצות של מעין-סטטוס. למשל: פשיטא שאישה אינה יכולה למלא תפקיד בצוות-אוויר בחיל האוויר **בג"ץ 4541/94** מילר נ' שר הביטחון (פרשת מילר [14]); פשיטא שאישה אינה מתאימה לשמש כחברה במועצה דתית **בג"ץ 153/87** שקדיאל נ' השר לענייני דתות [15]; פשיטא שאישה אינה מתאימה להימנות עם האספה הבוחרת ברב עיר **בג"ץ 953/87** פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו [16]; פשיטא שאישה אמורה לצאת לגימלאות בגיל 60 בעוד אשר גבר יכול שיצא לגימלאות בגיל 65 **בג"ץ 104/87** נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה

[17]; פשיטא שאישה אינה מתאימה "לעבוד אחרי השעה 16:00" [דב"ע 3-129/11 פלוטקין – אחים אייזנברג בע"מ [23]]; פשיטא שמסלול ההתקדמות של דיילת-אוויר אינו מגיע – כמסלול ההתקדמות של דיילת-אוויר – עד לדרגת כלכל אלא פחות מכך [דב"ע לג/25-3 ועד אנשי צוות דיילי אוויר – חזין [24]]; פשיטא שזכותה של אישה להצביע באספות של אגודה-שיתופית-מושב נחותה מזכותו של אישה [ע"א 84/64 בית חנניה בע"מ נ' פרידמן [18]]; פשיטא שאישה אינה יכולה להיות "ראש משפחה" במושב; לקבל "זכות עבודה" הכרוכה בכך; וכי זכות זו "שמורה אך-זרקה לגברים" [ע"א 89/85 בית חירות – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' גלזמן [19]] ועוד ועוד.

ראו עוד פרשת דנילוביץ [12], בעמ' 762 (מפי הנשיא ברק).

37. כך באותם עניינים, כך בענייננו-שלנו אף-הוא. "התפיסה החברתית המקובלת", ולפיה אִם חד-הורית – אך כאשר חד-הורית היא, ובלא לתת את הדעת על מצבה הכלכלי והחברתי, על סגולותיה האישיות ועל המערך הפסיכולוגי של אישיותה – אינה יכולה להבטיח טובתו של ילד כנדרש, עד שראויה היא בקשתה לאישור תהליך של פונדקאות כי תידחה על הסף – תפיסה היא שהדעת לא תוכל לשאת. בימים שמכבר אפשר היו הדברים אחרת. באותם ימים, ועל רקע מקומה ומעמדה של אישה יחידה בחברה – לרבות קשייה של אישה יחידה לקיים בכוחותיה את עצמה ולא-כל-שכן לקיים ילד שתלד או שתבקש לאמץ לה – תפיסה חברתית שהמדינה טוענת לה אפשר הייתה תפיסה נסבלת. על רקע חברתי של אותם ימים רק נשים חריגות או נשים משוליי החברה העזו להרות וללדת ילדים בלא בן-זוג ללוותן, ואולם כולנו ידענו אילו שינויים כבירים עברו על החברה, ומה מעמדה של האישה בחברה בת-ימינו, למצער במגזרים מסוימים של החברה. אכן, השתנו המנהגות, נשתנה מעמדה של האישה בחברה, נשתנו התפיסות החברתיות, השתנה גם הדין. כיום יכולה אישה לפרנס עצמה, אף לתמוך במשפחה בכבוד, גם באין בן-זוג לצדה. גם הסטיגמה החברתית שדבקה בעבר באישה המגדלת ילד באין בן-זוג לצדה, גם סטיגמה זו חלפה אם לא מכל מגזרי החברה למצער ממגזרי חברה מסוימים. וכפי שראינו, לא זו בלבד שתופעת האִם החד-הורית הפכה תופעה מקובלת במקומותינו, אלא שהמחוקק אף בא לעזרתה בדרכים מדרכים שונות. נזכיר ונזכור כי אישה בלא בן-זוג יכולה לעבור תהליך של הפריה חוץ-גופית כמוה כאישה נשואה. על רקע כל אלה, ובהיווכחנו לדעת כי אין הוא נשען על יסודות מוצקים וראויים, נדחה את טיעונה של המדינה ככל שנסמך הוא על "תפיסה חברתית מקובלת".

38. בהמשך לטיעונים שעמדנו עליהם מוסיפה עוד המדינה ומעלה טענה שניתן לכנותה טענה הנסבה על "טובת התהליך". טוענת המדינה כי טובת התהליך הפונדקאות מחייבת שההורים המיועדים יהיו דווקא בני-זוג וכי אין די באישה יחידה, שכן "[במידה והאם הנושאת מתחרטת ומבקשת להותיר את הילד אצלה... נדמה כי יקשה עליה לעשות כן, ולמצער לזכות בתמיכת בית המשפט בצעדה זה מקום בו אל מול האם הנושאת ניצב זוג הורים...]" (סעיף 102 לסיכומים בכתב). הנה-כ"כ, כך טוענת המדינה, "עד עתה, במשך 5 השנים שחלפו מאז נכנס החוק לתוקפו, כמעט ולא אירעו מקרים כגון אלה [מקרים שבהם האם הנושאת התחרטה וביקשה לשמור על היילוד – מ' ח']. נראה כי יש לייחס זאת להסדר הקפדני ולמנגנוני הסינון והפיקוח שנקבעו בחוק והמיושמים על ידי ועדת האישורים" (סעיף 104 לסיכומים בכתב). האומנם יש בו בנימוק זה כדי לשכנע כי אישה באין בני-זוג אינה ראויה, מעיקרו של דין ובכלל נסיבות שהן, להיותה אִם מיועדת? תשובתי לשאלה היא בשלילה.

לא זו בלבד שלא שמענו מפי המדינה חיזוק של-ממש לטענה כי התמודדות של אִם מיועדת יחידה עם פונדקאית קשה מהתמודדות של בני-זוג הורים מיועדים עם פונדקאית, אלא שרואים אנו את הטענה, מעיקרה, כטענה תאורטית גרדא ועל-כן לא נאריך בה. מכל מקום, גם לו היה ממש במקצתה, לדעתנו אין הטענה אוצרת כוח כדי להצדיק דחייה על-הסף של בקשת אישה בלא בני-זוג להיותה אִם מיועדת.

39. דבר אחרון, אחרון במניין אך לא בחשיבות. באומרנו כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה אישה שאין בני-זוג לצדה, לא אמרנו כי היעדר בני-זוג אינו שיקול ראוי בשיקוליה של ועדת האישורים. הכול יסכימו – אין צורך בהעמקת-יתר כדי להבחין – כי לא הרי הורות חד-הורית כהרי הורות דו-הורית; כי שונה אדם המגדל ילד בגפו מהורים המגדלים ילד יחדיו; כי ילד הגדל במשפחה חד-הורית אינו כילד הגדל במשפחה דו-הורית. אכן, על דרך הכלל, תהליך הפונדקאות תהליך יוצא-דופן וחריג הוא. לא עוד, אלא שתהליך הוא המעורר שאלות קשות מתחום תקנת הציבור. בהקשר זה מכוונים אנו בראש ובראשונה להסכם הפונדקאות ולמעמדה של האם הפונדקאית. הנה היא אישה שכה נזקקת היא, עד שתמורת תשלום מסכימה היא לשאת עובר ברחמה תשעה חודשים, ובבוא היום למסור את היילוד החי לאנשים זרים לה ולהיפרד ממנו לעולמים. גם גורם התשלום גם הפרדה – ומה שיבוא אחריה – שורטים בתקנת הציבור ומקשים עליה.

לא נוכל אלא להסכים כי מבחינה פסיכולוגית קשה לו לאדם בני-ימינו להסתגל למחשבה כי ילד יגיח מרחמה של פנינה, אך כבר מלידה חנה היא שתהא אמו, ובכלל

זאת הנה הוא חוק הפונדקאות המונח נגד עינינו, והשאלה היא אם בגופו צודק הוא החוק במונעו עזרת פונדקאות מאישה בלא בן-זוג. על שאלה זו, בנוסחה זה המצומצם, אומרים אנו שלכאורה לא יהיה זה לא נכון ולא ראוי לקבוע – ומראש – כי אישה באין בן-זוג לא תזכה לעולם, ובכל נסיבות שהן, להיותה אם מיועדת בהסכם פונדקאות.

ודוק, לא אמרנו כי בקשתה של אישה באין בן-זוג תזכה לאישורו של הסכם פונדקאות כמו המדובר הוא בבקשה של בני-זוג. כלל-וכלל לא כך. העובדה כי הבקשה בקשתה היא של אישה יחידה תהיה יסוד לגיטימי בשיקול-דעתה של ועדת האישורים, והכול כהוראות החוק. כך, למשל, לא תידון בקשתה של אישה בלא בן-זוג – כמוה כבקשתה של אישה שיש לה בן-זוג – אלא אם תונחנה לפני ועדת האישורים חוות-דעת רפואיות אלו: חוות-דעת בדבר אי-היכולת של האם המיועדת להתעבר ולשאת היריון, או כי היריון עלול לסכן משמעותית את בריאותה (סעיף 4(א)(2) לחוק); חוות-דעת רפואית בדבר התאמתה של האם המיועדת לתהליך של פונדקאות (סעיף 4(א)(3) לחוק); הערכה פסיכולוגית בדבר התאמתה של האם המיועדת לתהליך (סעיף 4(א)(4) לחוק); אישור של פסיכולוג או של עובד סוציאלי כי האם המיועדת קיבלה ייעוץ מקצועי מתאים, לרבות בדבר אפשרויות הורות אחרות (סעיף 4(א)(5) לחוק) ועוד. יתר-על-כן, ועדת האישורים אמורה לא אך לבדוק כל אותם מסמכים שהאם המיועדת חייבת להניח לפניה, אלא שחובה היא המוטלת עליה לשמוע את המבקשת, ורשאית היא – כפי שתראה לנכון – להוסיף ולדרוש ממנה כל חומר נוסף ולשמוע כל אדם אחר (סעיף 4(ב) לחוק). ואולם ראוייה היא אם מיועדת כי עניינה ייבחן לגופו; כי הכרעה בעניינה לא תיעשה אלא לגופם של דברים; כי בקשתה לא תידחה על הסף אך באשר אין לה בן-זוג.

נניח, למשל, שחוק הפונדקאות היה קובע כי לא תעמוד זכות של "הורים מיועדים" אלא לאיש ואישה הנמנים על אותה עדה (אשכנזים, ספרדים, תימנים וכו'). לו כך קבע החוק לא היה ספק בלב מי מאתנו מה היינו פוסקים. דוגמה זו – דוגמה קיצונית ובלתי ריאליית כמוה כדוגמת "אדומי השער" – לא הייתה עוברת כל מבחן שהוא: לא מבחן של דין, לא מבחן של צדק ולא מבחן של חוכמה. ואולם בהעמיקנו מעט הבה נשאל: ובכל זאת, האם המרחק בין דוגמה אבסורדית זו לבין ענייננו כה רחוק הוא? אכן, יכול הטוען לטעון כי שלילת בקשתה של אישה אך באשר אין לה בן-זוג עולה כדי הפלייתה לרעה, ובלא הצדק ראוי, ביחס לאישה שיש לה בן-זוג. חוק הפונדקאות כניסוחו כיום מפלה לרעה לכאורה נשים שאין להן בן-זוג.

40. חוק הפונדקאות מתיר אך ל"איש ואשה שהם בני זוג" להיות "הורים מיועדים" בתהליך של פונדקאות. בה בעת אוסר החוק על אישה שאין לה בן-זוג להיות אִם מיועדת. בחנו הבחנה זו שיצר החוק בין בני-זוג לבין אישה יחידה, ומסקנתנו הייתה – למצער, לכאורה – כי הבחנה זו עולה כדי הפליה שאין צידוק בצדה. אמת נכון הדבר: לעניין בחירתם של "הורים מיועדים" לא הרי איש ואישה שהם בני-זוג כהרי אישה יחידה, ואולם גם זו אמת, שלא הרי בני-זוג פלונים כהרי בני-זוג אלמונים, שאִלה אפשר שיזכו ואלה אפשר שלא יזכו. השאלה ששאלנו עצמנו הייתה אם נכון וראוי הוא, מבחינה ערכית, שלא להכיר מכול-וכול בזכותה של אישה יחידה להיות אִם מיועדת, ועל שאלה זו השבנו בשלילה (לכאורה) תוך שהצבענו על הצורך לבחון כל מקרה ומקרה לגופו. יתר-על-כן, הגם שתופעת האִם החד-הורית תופעה מקובלת היא במקומותינו, כולנו נסכים כי במהלך הדברים הרגיל בחברתנו יהיו אלה בני-זוג שיבקשו להידרש לתהליך של פונדקאות. עוד ניתן להסכים כי בחינת בקשתה של אישה יחידה תהא בחינה קפדנית ומדוקדקת במיוחד. אכן, מקום שאחד מבני-זוג מתכחש לילד, יכול הילד למצוא מפלט בחיקו של ההורה האחר. לא כן הוא במקום שלילד יש הורה אחד בלבד. מאפיין זה במשפחה חד-הורית יכול שיתבע בחינה מדוקדקת עד שהמדינה תסכים להחל בתהליך של פונדקאות להקמתה של משפחה חד-הורית, ואולם עם כל הקשיים העלולים להיערם על-דרך לא נמצא לנו כי יש הצדק אפרוורי לשלול מכול-וכול זכותה של אישה יחידה להיותה הורה מיועד בתהליך של פונדקאות.

41. זאת ועוד, ענייננו נסב על אישה פגועה, אישה שאינה יכולה להרות מטעמים אנטומיים או פיזיולוגיים. והנה, לפנינה – אישה פגועה שיש לה בן-זוג – נוטה חוק הפונדקאות חסד ומאפשר הוא לה להיות אִם מיועדת, ואילו לחנה – אף היא אישה פגועה – אין חוק הפונדקאות מאפשר להיות אִם מיועדת אך באשר אין לה בן-זוג. אם תמצא לה בן-זוג תוכל חנה להיות אִם מיועדת, אך עתה, שאין לה בן-זוג, יימנע ממנה תהליך הפונדקאות. אלא שהשוואה זו – השוואה בין איש ואישה שהם בני-זוג לבין אישה שאין לה בן-זוג – אינה ההשוואה היחידה שלעניין. ניתן – אף ראוי – להשוות בין חנה הפגועה לבין לאה, שאף היא אישה יחידה אך אין היא אישה פגועה. לאה תוכל להרות לרצונה ולהקים משפחה חד-הורית, ואיש אינו רשאי למנוע אותה מעשות כן. זאת ועוד, רחל אף-היא יכולה שתהיה אישה פגועה (פגיעה מסוגים מסוימים), והמדינה תעזור לה בכל-זאת להרות ולהקים משפחה חד-הורית כהוראות תקנות ההפריה. על רקע כל אלה קיפוחה של חנה – ביחס לפנינה, ללאה ולרחל – נראה בעינינו – שוב, לכאורה – קיפוח בלתי נסבל ונעדר הצדק.

נוסיף ונסכים: לא הרי אי-מעורבות המדינה בהריונה של לאה (אישה בריאה) כהרי המעורבות הנדרשת בעניינה של חנה בתהליך של פונדקאות. ניתן להסכים, על דרך העיקרון, כי אי-מעורבות המדינה בהריונה של לאה – אישה יחידה המבקשת להקים משפחה חד-הורית – אינה משמיעה מעצמה חובה המוטלת על המדינה לאפשר לחנה תהליך של פונדקאות, תהליך התובע מעורבות של המדינה ושל אם נושאת. יתר-על-כן, ניתן אף להסכים, על דרך העיקרון, כי מעורבותה של המדינה בהריונה של רחל – בדרך ההפריה חוץ-גופית על-פי תקנות ההפריה – מעורבות מעטה היא יחסית למעורבות הנדרשת מצדה של המדינה ומצדה של אם נושאת בהריונה של חנה. לשון אחר: אי-מעורבותה של המדינה בהריונה של לאה (אישה בריאה) ומעורבותה הקלה (יחסית) בהריונה של רחל (הנדרשת להפריה חוץ-גופית) אינן מחייבות – כמו מעצמן – כי ייאסר על המדינה לאסור על חנה להיות אם מיועדת בתהליך של פונדקאות. ואולם בבוחננו את היסודות הראשוניים היוצרים את מערכי-העובדה השונים שלפנינו – אישה יחידה שאינה פגועה; אישה יחידה פגועה; בן-זוג; הפריה חוץ-גופית; אם נושאת; חברה ומדינה – דומני שהמחיר הנדרש מאישה פגועה – לחבור לבן-זוג, שאחרת לא תוכל להפוך משפחה חד-הורית – מחיר הוא שאינו מידתי. ארחיק לכת: מחיר בלתי נסבל הוא. והכול, כאמור: לכאורה.

42. סוף דבר: חוק הפונדקאות קובע כי רק "איש ואשה שהם בני זוג..." יכולים שיהיו "הורים מיועדים", ועל דרך השלילה: אישה שאין לה בן-זוג אינה כשירה ואינה זכאית על-פי החוק להיות אם מיועדת, דהיינו לזכות כאם מיועדת הסכם פונדקאות עם פונדקאית. מנינו אחד לאחד את טעמי המדינה להצדקת קביעתו זו של חוק הפונדקאות, ונמצא לנו כי אין אף באחד מאותם טעמים כדי להצדיק שלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג. מסקנתנו היא אפוא זו, ששלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג שקולה לכאורה כנגד הפלייתה לרעה של אותה אישה, הפליה שאין לכאורה הצדק בצדה.

הגורם הבין-זמני בחוק הפונדקאות

43. מניחים אנו עתה כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה אישה יחידה ביחס לאישה ואישה שהם בני-זוג. על רקע זה מוסיפה המדינה וכך היא טוענת: גם אם אמרנו כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה לכאורה אישה יחידה, גם-אז אין הצדק כי בית-המשפט יאמר את דברו לעת הזו באורח נחרץ, וכי ימשיך בדרכו לבחון סעד שיעניק לעותרת. עקרון השוויון ואיסור ההפליה, עיקרון רם ונישא ככל שהוא, אינו חזות פני-כול. אין הוא עקרון-קסם שדבר לא יעמוד בפניו. יש, לעתים, שיתייצב צורך למתנו ולרככו לעת מפגש עם ערכים ואינטרסים בני-מעלה אחרים. ראו והשוו: פרשת דנילוביץ [12],

השופט מ' חשין

פ"ד נז(1) 419

בעמ' 760; פרשת מילר [14], בעמ' 135; [בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי איר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה](#) [20], בעמ' 213. השאלה היא אפוא אם יימצא לנו ערך או אינטרס נוגדים שיש בכוחם לגבור על אותה הפליה לכאורה שחוק הפונדקאות מורה אותנו עליה.

44. לעניין זה מעלה המדינה כמה וכמה שיקולים הנארגים יחדיו למסכת אחת: ראשית לכול, כך טוענת המדינה, חוק הפונדקאות חוק ייחודי הוא בעולם בבקשו להסדיר באורח כולל תופעה חדשנית ומורכבת. החוק נסב על נושאים רגישים עד-למאוד ומעלה הוא סוגיות וחששות לא-מעטים. נושא הפונדקאות טרם נצבר בו ניסיון, ואף לא נתקשה לחזות בעיות קשות העלולות להתייצב על דרכנו במהלך השנים, בעיות אשר לא בנקל יימצאו להן פתרונות. טובת הציבור היא אפוא זו שנותיר את הסדר החוק על כנו – למצער עד אשר ייצבר ניסיון בנושא הפונדקאות – שכן כך, ורק כך, תתאפשר בחינה נכונה של הנושא בכללו. אם אלה דברים ייאמרו על דרך הכלל, קל-והומר שעה שמתבקשים אנו להתערב בחוק של הכנסת, לא עוד אלא בחוק שנחקק בהסתמך על דוח של ועדה ציבורית מקצועית. המסקנה הנדרשת מכל אלה היא, כך טוענת המדינה, שאל לו לבית-המשפט להתערב במעשה המחוקק ולו משום שהנסתר מעינינו רב הוא.

45. טענה זו של המדינה הדריכה את מנוחתי לא-מעט. אכן, הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו, והשלכותיה על חיי האדם – במישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט – רב בהן הנסתר על הנגלה. תהליך הפונדקאות נכרכות בו סוגיות אנושיות סבוכות וקשות. כך מבחינת הנוגעים בדבר – כל אחד מהם לעצמו – וכך מבחינת יחסיהם של הכול ביניהם-לבין-עצמם: כך הוא באשר להורים המיועדים, שניהם יחדיו וכל אחד מהם לעצמו; כך הוא באשר לאם הנושאת; כך באשר ליילוד לעת שיעמוד על דעתו; כך הוא באשר לילדים טבעיים שיש לבני-הזוג או לפונדקאית. כך הוא, כמובן, באשר לחברה ולמדינה. ועדת אלוני – על דעת הרוב ודעות המיעוט הנפרדות שבה – עמדה על סוגיות אלו, ולא לנו להעמיק עתה בהן. ראו עוד, למשל: A. Stuhmcke "For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood" [50]; כ' שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" [37], בעמ' 526-532; שיפמן בספרו הנ"ל [31], בעמ' 131 ואילך; א' בן-דרור אימוץ ופונדקאות [32], בעמ' 265-268; מ' [שמגר "סוגיות בנושאי הפריה"](#) ולידה" [38], בעמ' 41-42; א' וילצ'יק "האם התחליפית" [39].

אכן, בשל כל אותן שאלות קשות וסבוכות הפך נושא הפונדקאות להיות נושא שנוי במחלוקת במדינות רבות בעולם, וכל אחת מן המדינות בחרה בפתרון משל עצמה. כך, למשל, היו מדינות שאסרו כליל על פונדקאות, ובהן צרפת, גרמניה, אוסטרליה, שווייץ,

איטליה, נורווגיה, שוודיה, קנדה וחלק ממדינות ארצות-הברית. בריטניה לא אסרה על פונדקאות אך אסרה על תיווך, ישיר או עקיף, בין הורים מיועדים לבין פונדקאית והוסיפה וקבעה כי הסכמי פונדקאות אינם אכיפים. גם בדנמרק לא נאסרה פונדקאות, אך נקבע בה כי הסכם פונדקאות אינו הסכם תקף או אכיף. מדינות רבות בעולם – ובהן הדין הפדרלי בארצות-הברית – אינם מסדירים כלל את נושא הפונדקאות. בקפריסין אין איסור על פונדקאות. מדינות אחרות, ובהן אוסטרליה, הונגריה וחלק ממדינות ארצות-הברית (אחת מהן היא קליפורניה), התירו פונדקאות בתנאים מגבילים. לכל אלה ועוד ראו: בן-דרור בספרו הנ"ל [32], בעמ' 429 ואילך; *D. Pretorius Surrogate Motherhood*; Council of Europe, *A World Wide View of the Issues* [43], at p. 14 ff.; Council of Europe, *Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo – Comparative Study on The Situation In 39 States* (Strasbourg, 1998).

46. ועוד זאת: עיון ברקע שלחוק הפונדקאות – החל בוועדת אלוני, המשך בהצעת החוק ובדברי ההסבר ועד לדיונים שהיו בכנסת ובוועדת העבודה והרווחה – ילמדנו כי עניינה של האישה היחידה המבקשת להפוך אם תוך היעזרות בתהליך של פונדקאות אמנם נזכר – זעיר-שם זעיר-שם, כמעט בהיחבא – כנושא שהחוק המיועד לא נועד להסדירו, ואולם לא נמצא לנו כי שאלה טורדת זו של אישה יחידה נבחנה באורח ממשי, במפורש ובמפורט. ראו, למשל: מסמך עמדה שהוגש בידי האגודה לזכויות האזרח בישראל לוועדת העבודה והרווחה של הכנסת לקראת ישיבתה ביום 26.12.1995; דבריו של עורך-דין מני מזוז, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), בישיבתה של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום 26.12.1995; דבריה של עורכת-דין הדס תגרי, נציגת האגודה לזכויות האזרח בישראל, בישיבתה הנ"ל של ועדת העבודה והרווחה; דבריה של חברת-הכנסת יעל דיין לעת הדיון בקריאות השנייה והשלישית של החוק: ד"כ 154 (תשנ"ו) 4974, ישיבה מיום ט"ז באדר תשנ"ו, 7.3.1996, בעמ' 4979. דובר – ובאריכות דובר – אך בבני-זוג המצויים במצוקה בשל היותם חשוכי-ילדים (ראו מקצת דברים שהבאנו בפסקה 17 לעיל), ולבני-זוג אלה ביקשו הדוברים למצוא מזור. ואמנם, כפי שאמרנו במקום אחר (ראו בפסקה 19), אין בחוק הפונדקאות לאקונה משפטית, ולו משום שהחוק קובע בגופו מפורשות כי פונדקאות בישראל לא תהיה אלא לפי הוראות החוק בלבד. ואולם גם זו אמת, שזכותה של אישה יחידה להיזקק להליכי פונדקאות לא נדונה ממש לגופה לקראת חקיקת החוק.

47. יתר-על-כן, הגם שעניינה של האישה היחידה מעלה את הקשה שבמקרים, לא נוכל להתעלם גם ממעמדו של הגבר הבודד. ואמנם, לטענת העותרת, זכאי גם גבר בודד להיות "אב מיועד". להצעתה, שומה על בית-המשפט להתערב בהגדרת "הורים

מיועדים" שבחוק הפונדקאות, ותחת ההגדרה כיום – ולפיה "הורים מיועדים" הם "איש ואשה שהם בני זוג" – להגדיר "הורים מיועדים" כ"איש ואישה שהם בני זוג, או כל אחד מהם אף כשהוא לבדו...". הגדרה זו, על פניה, מרחיבה את מעגל ההורים המיועדים מקבוצה מצומצמת של נשים שאינן יכולות להרות – כעותרת שלפנינו – לקבוצה רבה ועצומה של גברים המבקשים להיות הורים ללא בת-זוג. לא אמרנו – אף לא נאמר – כי פסול ההפליה הדיקטנדו, לכאורה, באישה יחידה שאינה יכולה להרות דבק אף בגבר שאין לו בת-זוג, ולא הבאנו את הדברים אלא כדי להצביע על קשיים נוספים שהעותרת מצביעה עליהם. הוא הדין בזוג גברים המבקשים לעצמם ילד על דרך של פונדקאות.

48. עד כאן – מקצת קשיים הכרוכים בפונדקאות. המסקנה הנדרשת מכל אלה היא, כך טוענת המדינה, שצ"ל לנו להיחפז ולהתערב בקביעותיו של חוק הפונדקאות תוך הפרת "שיווי-המשקל" שקבע המחוקק בחוק. יתר-על-כן, עד שנאמר להתערב בחוק הפונדקאות, שומה עלינו להידרש לסוגיות משפט נוספות, סוגיות לא קלות לעצמן, ובהן השאלה אם הפליה-לכאורה החבויה בחוק הפונדקאות סותרת אחת מזכויות היסוד הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – בראשן, כמובן, כבוד האדם – או אם הפליה לרעה של אישה יחידה, כהוראת חוק הפונדקאות, היא עצמה עומדת בניגוד להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בסותרת את עקרון השוויון. ועל כל אלה נזכור, שמא יישכח מאתנו, כי ענייננו בחוק הכנסת ובצמצום שגורנו על עצמנו לעת ביקורת על חוקי הכנסת.

49. דבר אחרון בהקשר ענייננו עתה: דרך העולם היא השיגה המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנהגות בחברה והסדרי-דין הנקבעים בידי המחוקק מעת לעת. לעתים נוצר פיגור רב בזמן, והחלל הנוצר בין מועד השיגה הטכנולוגיה והמדע לבין מועד הדין יוצר מבוכה בחיי החברה. גם באין פיגור בזמן לא תמיד ערוכים ומתוקנים הלבבות לספיגה ולעיכול של השיגה המדע והטכנולוגיה. כך על דרך הכלל. קל-וחומר בנושא הפונדקאות, שנימיו הרגישים והאינטימיים ביותר של האדם מעורבים בו. ועוד זאת: מתוך שהמדע והטכנולוגיה צומחים ומתפתחים בדרכם ועל-פי כללים פנימיים משלהם, אין כל כורח אפרוירי כי נורמות התנהגות הנקבעות בידי החברה והמחוקק תאמצנה את כל השיגה המדע והטכנולוגיה בלא כל הבחנה ובלא כל מגבלות. בבקשנו לרתום את השיגה המדע והטכנולוגיה לטובת האדם ולהוסיף ולקבוע על-פיהם נורמות התנהגות בחברה, מחויבים אנו לבחון עצמנו כל העת היטב-היטב אם נכון וראוי להריק אל תוכן של נורמות-שבדין כל תגליות שגילה האדם וכל המצאות שהמציא, או מקצתן של אלו או של אלו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן במקום שהמדובר הוא

בהישגי המדע והטכנולוגיה בתחום מדעי-החיים. נכונותם של דברים אלה מוכחת בעליל בתתנו דעתנו על הפתרונות השונים והמגוונים שאימצו לעצמן מדינות שונות בנושא הפונדקאות: החל באיסור על הפונדקאות, המשך בהסדרים ובהגבלות וכלה בהיעדר כל הסדר. נוסף, כי היעדר כל הסדר עשוי להיות שקול כנגד היתר כמעט ללא הגבלה או כנגד היפוכו: איסור כמעט ללא הגבלה.

50. על רקע כל אלה, כך יכול הטוען לטעון, דומה כי הכרעה מיידית בעניינה של העותרת תהא הכרעה שלא במקומה. אכן, לכאורה מופלית היא העותרת לרעה – בהשוואה בינה לבין איש ואישה שהם בני-זוג ובהשוואה בינה לבין אישה בריאה היכולה והרשאית להרות וללדת באין הגבלה. ואולם גם בהכירנו בקיומה של הפליה אין להסיק מכאן כמסקנה נדרשת מאליה, כביכול, כי שומה עלינו להתערב לאלתר בחוק הפונדקאות. לא נשכח כי מעיקרו יועד החוק בידי היוזמים למצוא תקנה לשלושים זוגות שלא עלה בידיהם להביא צאצא לעולם. אותם שלושים זוגות הם שהתדפקו על דלתות המחוקק, ולהם – דווקא להם – ביקש המחוקק, בראש ובראשונה, למצוא תקנה. ביקש למצוא תקנה – ועלתה בידו. עוד נזכור, כי מדברים אנו בסוגיה חדשה וסבוכה, סוגיה שרב בה הנסתר, וטרם נתנסינו בה לעומקה, והרי ידענו כי גם מסע ארוך – ביחוד אל הלא-נודע – תחילתו מצער. בנסיבות אלו כולן התפתחות בהדרגה, עקב-בצד-אגודל, התפתחות מידתית, יכולה שתהיה התפתחות ראויה; בוודאי עשויה היא להוות הכרח-לא-יגונה. בתתנו דעתנו על חידושה ועל סביכותה של סוגיית הפונדקאות; בהיותנו מודעים לכך שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת וביודענו כי עניינה של האישה היחידה לא נדון לעומקו עד-כה, דומה שלא יהא זה ראוי כי נכריע מיידית וסופית בעניינה של העותרת.

51. באת-כוח המדינה דיווחה לנו כי בחמש שנותיו הראשונות של החוק הוגשו לוועדת האישורים מאה בקשות לאישור הסכמי פונדקאות; כי שמונים מן הבקשות אושרו וכי בעקבות אישורים אלה נולדו עד כה שלושים ילדים. לא נמסר לנו על כל מחקר שנערך בנושא ביצועו של החוק. באת-כוח המדינה הוסיפה וטענה לפנינו כי עד שיוחלט אם ראוי הוא חוק הפונדקאות כניסוחו כיום, או אם נכון כי ייעשו בו שינויים – כגון שינוי לטובת נשים כעותרת – ראוי שייצבר ניסיון בביצועו של החוק. טענה זו תמוהה משהו, ולו משום שכל עוד אוסר החוק על היזקקותן של נשים בודדות לתהליך של פונדקאות, לא ידענו מה ניסיון יכול שיצטבר בעניינן. ואילו אם המדובר בניסיון ביצועה של פונדקאות על דרך הכלל, מדוע לא יבוצע החוק בה-בעת גם לטובתן של נשים בודדות? בין כך ובין אחרת, נתקשינו להבין את התוחלת שבהצעת המדינה, לא-כל-שכן שלא שמענו מפי נציגת הפרקליטות כי הוחל במחקר כלשהו. אם אין די בכל

אלה, הנה במהלך הדיון לפנינו הצענו למדינה כי בעלי-סמכות ישקלו הצעה להקים ועדה אשר תבדוק את הפעלתו של חוק הפונדקאות הלכה-למעשה במטרה להפיק לקחים המתבקשים לענייננו. המדינה דחתה הצעתנו זו מטעמים אלה ואחרים שאיננו מוצאים צורך לפרטם.

אחרית דבר

52. שני כוחות סותרים הם המושכים לצדדים, כל אחד מן השניים לצדו-שלו. פונדקאות היא התערבות במעשה הבריאה, ומיוחדות זו שבתהליך מורה אותנו למשוך ידינו מעתירתה של העותרת המבקשת כי נורה על הרחבת תחום פרישתו של חוק הפונדקאות. מן הצד האחר, לא נוכל להתעלם מכאבה וממדרויה של העותרת. העותרת ספגה מכה מידי שמים, והנה עתה סופגת היא מכה מידי אדם. ואנו, כיצד ננווט דרכנו בין סְקִילָה לבין כְּרִיבְדִים? שקלתי בדעתי לא-מעט, ולסוף אמרתי להציע לחברותיי ולחבריי כי לא נתערב לעת הזו בניסיונו של המחוקק – ניסיון ייחודי בעולם – להסדיר כפי שהסדיר באורח כולל את נושא הפונדקאות. בה בעת כך אוסיף ואציע לחברותיי ולחבריי: נִפְנֶה קריאה למחוקק כי ייתן דעתו על מצוקתן של נשים יחידות כעותרת; כי ישקול בכובד-ראש, אלה-כנגד-אלה, טעמים המחייבים וטעמים השוללים החלתו של החוק על נשים יחידות וכי יכריע בשאלה לגופה כך או אחרת. אכן, מצוקתן של נשים יחידות מצוקת-אמת היא; מצוקתן אין היא פחותה ממצוקתם של בני-זוג, וראויות הן אותן נשים יחידות כי יוצר-הדין ייתן דעתו מפורשות עליהן ועל האיסורים שהניח על דרכן לפונדקאות.

53. וכאן יעמוד השואל וישאל: משהגענו לכלל מסקנה כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה – ולו לכאורה – נשים יחידות, כיצד זה שאין אנו צועדים צעד נוסף לקראת ביטולה של ההפליה על דרך של הכרעה שיפוטית? שאלה זו שאלה שלעניין היא, אלא שזימנו לה תשובה בדברינו לעיל.

אשר ל**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** נאמר כך: גם אם קבענו כי הפלייתן של נשים יחידות פוגעת בזכות יסוד – בין שאמרנו כי ההפליה עצמה פוגעת בזכות יסוד לשוויון ובין שאמרנו כי ההפליה בענייננו פוגעת בכבוד האדם – הפגיעה פגיעה מידתית היא, פגיעה היא העומדת בתנאיה של פיסקת ההגבלה. תופעת הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו וכורכת היא בעקביה שאלות קשות מתחום המוסר, החברה, הדת ועוד. אכן, כך הוא במקום שהאדם שולח ידו ומנסה לשנות מסדרי בראשית בחיי האדם, ואין פלא בדבר שנמצאו מדינות אשר אסרו על פונדקאות מכול-וכול. יתר-על-כן, דרך הטבע היא

פ"ד נז(1) 419 השופט מ' חשין, השופטת ט' שטרסברג-כהן
 שבהיכנסנו למים שאין אנו יודעים מה עומקם ואילו חיות-מים שורצות בהם, נטבול
 גופנו במים זהיר-זהיר. וכך, פתחנו בזוגות חשוכי-הילדים – אלה ראשונים שמצוקתם
 עלתה לפני המחוקק – ואמרנו ננסה, נבחן ונלמד. אין רע בניסיון, אלא שניסיון על-פי
 עצם טיבו אינו מסתיים מבוקר עד ערב. בחלוף זמן ולאחר צבירת ידע וניסיון יהיה
 מקום לבחון מחדש את הנושא, ואולם כהיום הזה דומה בעינינו שהפגיעה – ככל שיש
 פגיעה – פגיעה היא העומדת בתנאיה של פיסקת ההגבלה.

54. בתחילתה של חוות-הדעת (בפיסקה 7) הציגו עצמן לפנינו ארבע שאלות.
 נדרשנו בחוות-הדעתנו זו לשתי השאלות הראשונות, ותשובותינו עליהן היו אלו: אחת,
 כי חוק הפונדקאות אינו מחיל עצמו על אישה שאין לה בן-זוג, ושתיים, כי לא נמצאה
 לנו לכאורה הצדקה עניינית להבחין – לעניין פונדקאות – בין אישה שיש לה בן-זוג
 לבין אישה שאין לה בן-זוג. עתה, משהגענו לכלל מסקנה כי לא בַּשְׁלָה העת להכריע
 סופית בנושא זכותה של אישה שאין לה בן-זוג, מתייתר ממילא הדיון בשתי השאלות
 הנותרות והן אלה: אחת, אם הסדרי חוק הפונדקאות פוגעים באחת מזכויות היסוד
 הקבועות בחוק-יסוד: **כבוד האדם וחירותו**, ושתיים, מה סעד יכול ורשאי בית-משפט
 להעניק לעותרת. גם שאלות אלו תעלינה בבוא היום להכרעה, אלא שלכול זמן ועת לכל
 חפץ.

55. בכפוף לאמור בפיסקה 52 לעיל אציע לחברותי ולחבריי כי נבטל את הצו-
 על-תנאי באין צו להוצאות.

השופטת ד' דורנר

אני מסכימה.

השופטת ט' שטרסברג-כהן

1. קראתי את פסק-דינו המאלף של חברי השופט מ' חשין, ואף אני כמוהו בדעה
 כי דין העתירה להידחות, וכי על המחוקק לבחון מחדש את הסוגיה הסבוכה שלפנינו
 ואת ההסדר הקיים, ככל שהוא מוציא מגדרו של החוק אישה שאין לה בן-זוג. עם זאת
 ברצוני להוסיף דברים על-מנת להבהיר עמדתי.

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נז(1) 419

2. על-מנת להבין את הימנעותנו מלהיענות לעתירה יש לתת את הדעת על מורכבותו של נושא הפונדקאות, על הקונטרוברסליות בהתייחסות אליו בארץ ובעולם ועל הפתרונות השונים שניתנו בארצות שונות לבעייתיות שהוא מעורר. בהקשר זה ראוי לציין כי מדינת ישראל היא אחת הבודדות שנתנה גושפנקה בחקיקה למוסד הפונדקאות, והוא הוסדר [בחוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#) (להלן – החוק או חוק הפונדקאות).

השלכותיו של מוסד הפונדקאות מרחיקות לכת הן על כל הנוטלים חלק בו, על אופי התא המשפחתי ועל טובת הילד. ללא הסדרה כלשהי של המוסד עלולים להתרחש תרחישים בעייתיים המצדיקים הצבת גבולות ראויים לאפשרויות הנפתחות בפנינו על-ידי התפתחותה המהירה של הביוטכנולוגיה.

3. בנושא הפונדקאות פורסמו מחקרים רבים, העומדים על השאלות המשפטיות, החברתיות, הערכיות והפילוסופיות הכרוכות בה. היחס למוסד זה שנוי במחלוקת בקרב מלומדים, מחוקקים ובתי-משפט בארץ ובעולם. המצדדים בפונדקאות רואים בה אמצעי לגיטימי חשוב להגשמת הכמיהה והזכות להורות (ראו *E. Jackson Regulating Reproduction – Law, Technology and Autonomy* [44], at p. 293 (להלן – Jackson)). היא נתפסת כהושטת יד של החברה לחשוכי ילדים על-ידי העמדה לרשותם את הישגי הביוטכנולוגיה (Jackson [44], at p. 8). היא נתפסת כהגשמת האוטונומיה של הפרט בקבלת החלטות בנושאי משפחה, התעברות, היריון ולידה (ראו שלו, במאמרה הנ"ל "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית" [33], בעמ' 54). המצדדים במוסד הפונדקאות מדגישים כי הפונדקאות עולה בקנה אחד עם זכות היסוד של אדם לחירות, עם ההכרה בזכותו לפרטיות, עם ההכרה בחירות בחירתו ובזכות היסוד של האדם לכבוד. מיסוד הבאת ילדים לעולם בדרך זו מבטא את הסובלנות של החברה כלפי גיוון מבנה התא המשפחתי, והוא זוכה בלגיטימציה רק בחברות המוכנות להכיר בגיוון ובחופש בחירה אישי ביצירתן של משפחות (ראו *J.L. Dolgin Defining the Family – Law, Technology, and Reproduction in an Uneasy Age* [45], at p. 66).

4. המתנגדים לפונדקאות חוששים מפני ערעור המודל המשפחתי המסורתי. הם מדגישים את האנומליה שבפיצול תפקידה המסורתי של האם בין "אימהות" אחדות: אם מיועדת, אם גנטית ואם ביולוגית. דוגמה לאפשרות לערעור המוחלט של המודל המשפחתי המסורתי הטמונה בפונדקאות היא מקרה שנדון בקליפורניה, שם לא הוסדר מוסד הפונדקאות בחוק, ובית-המשפט נדרש למקרים פרטניים הבאים בפניו. באותו

פ"ד נז(1) 419 השופט ט' שטרסברג-כהן
 מקרה עמדו על הפרק חמישה "הורים פוטנציאליים" לילד שנולד בתהליך פונדקאות:
 האב והאם המיועדים, תורם זרע ותורמת ביצית אנונימיים והאם הפונדקאית. בית-
 המשפט, שנדרש להכריע מי הם הורי הילד, קבע כי ההורים המיועדים הם הוריו (*In re*
 [26] (1998) *Marriage of Buzzanca*). המתנגדים לפונדקאות חוששים כי הילד ייפגע
 פסיכולוגית מהמצב שיוצרת הפונדקאות (ראו *M. Warnock A Question of Life – The*
 [46], at p. xii *Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*). הם
 שוללים את הפיכת האישה ל"רחם להשכיר" ורואים בחשש את ניצולן של נשים
 הנתונות בקשיים כלכליים כפונדקאיות בתשלום (ראו *J.G. Raymond Women as*
Wombs – Reproductive Technologies and the Battle over Women's Freedom
 [47], at p. 81). כמו כן מציינים הם כי בהסכמת האם הנושאת ללדת ילד על-מנת
 למוסרו לאחרים אין לראות הסכמה הניתנת מתוך "רצון חופשי", בייחוד כאשר קיים
 תמריץ כספי לכך (ראו בפסק-הדין האמריקני [27] (1988) *In the Matter of Baby M*
 [48], at pp. 73-74). עוד טוענים הם כי שימוש בשירותיה של פונדקאית פוגע בעיקרון
 שלפיו על האדם להיות מטרה בפני עצמה ולא אמצעי להשגת מטרה של אחר (לעמדה
 זו ראו H.T. Krimmel "Surrogate Mother Arrangements from the Perspective of
 [51], at p. 58 *the Child*). לדידם, קיים חשש כי תפיסת היילוד כאמצעי להגשמת
 מטרותיהם של אחרים עלולה להוליך למצב שההורים המיועדים יסרבו לקבל בו ילד
 הסובל מנכות או פיגור (ראו למשל, [50], para. 4.4.1 *Stuhmcke supra*).

5. על כל ההסתייגויות הנ"ל ניתנות תשובות על-ידי המצדדים במוסד
 הפונדקאות. אלה סבורים כי אין מקום לראות בפונדקאית "רחם להשכיר". הם רואים
 ביחסם של המתנגדים לפונדקאות כלפי הפונדקאית וכלפי זכותה לתגמול יחס
 פטרנליסטי בלתי ראוי (ראו בפסק-דינו של בית-המשפט העליון של קליפורניה בפרשת
 [28], at p. 97 *Johnson v. Calvert* (1993); וכן [44], at pp. 297-304 *Jackson*;
 C. Shalev "Halakha and Patriarchal Motherhood – an Anatomy of the New
 [40] – (להלן – Shalev [40]); שלו, במאמרה הנ"ל
 "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" [37], בעמ' 531). לטענתם, ההפרדה בין הורה
 ביולוגי להורה סוציאלי נעשתה נפוצה יותר ויותר במקומותינו. לשיטתם, על רקע
 תופעה זו ועל רקע הלגיטימציה הגוברת לתאים משפחתיים אלטרנטיביים לתא
 המשפחתי המסורתי קשה להסתייג מהפונדקאות, הבאה להושיע חשוכי ילדים, בטענה
 שזו מאיימת על מוסד המשפחה (ראו [44], at p. 294 *Jackson*). על היבטיה של הפונדקאות
 קודם לחקיקת החוק ראו גם וילצ'יק, במאמרו הנ"ל [39]; על סוגיות אתיות הכרוכות
 בפונדקאות, ראו ר' בר "סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית" [41].

פ"ד נז(1) 419 השופט ט' שטרסברג-כהן

6. חילוקי הדעות סביב מוסד הפונדקאות, שמקצתם הובאו לעיל, ממחישים את הקושי שהמשפט עמד בפניו בארצות שונות בהתייחסותו למוסד הפונדקאות ומסבירים את השוני הרב בין ההסדרים שנקבעו בהן. בדיקת המשפט המשווה מלמדת כי הגישות נעות בין איסור מוחלט על הפונדקאות לבין אי-התערבות, שמשמעותה התרת הפונדקאות ללא סייג. ברוב מדינות ארצות-הברית לא הוסדר נושא הפונדקאות בחוק. בכמה מדינות נאסרה הפונדקאות בחוק. שש-עשרה מבין המדינות אינן אוסרות על הפונדקאות, אולם הן נמנעות מלאכוף הסכמי פונדקאות. בכמה ממדינות ארצות-הברית ההתערבות בהסכם הפונדקאות היא רק בשלב שלאחר הלידה. בחמש ממדינותיה של ארצות-הברית קיימים הסדרים חקיקתיים מקיפים של נושא הפונדקאות המכפיפים את תוקפו של הסכם פונדקאות לאישור מראש על-ידי בית-המשפט. חלק מאותן מדינות קובעות תניות חובה החייבות להיכלל בהסכמי פונדקאות. רק באחת מהן מאפשר ההסדר החקיקתי, ככל הנראה, לאישה ללא בן-זוג להיעזר בפונדקאות (ראו R.F. Storow "Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage" [52], at p. 643, n. 300-303; at p. 646, n. 316 מבין שתי המדינות שקבעו את ההסדרים החקיקתיים המקיפים ביותר בנושא דורשת אחת (וירג'יניה) כי ההורים המיועדים יהיו נשואים, ואילו השנייה (ניו-המפשייר) אינה דורשת זאת. יש מדינות בארצות-הברית הקובעות כי ההורים המיועדים הם הוריו של הילד מכוח הקשר הגנטי בינם לבינו (ראו, למשל, *Culliton v. Beth Israel Deaconess Medical Center* (2001) [29]). אחרות קובעות כי האם הפונדקאית ובעלה נחשבים להורי הילד, ורק עם מתן צו הורות או צו אימוץ מוחלפים הם על-ידי ההורים המיועדים. ככולן קיים איסור על פונדקאות מסחרית. איסור זה קיים גם באנגליה, שם הוסדר נושא הפונדקאות בחוק: Surrogacy Arrangements Act, 1985. חוק זה קובע כי הפונדקאית שילדה את הילד היא אמו, ועל ההורים המיועדים לעבור הליך משפטי לקבלת צו הורות או הליכי אימוץ. קבלת צו הורות מותנה בתנאים, ובהם הדרישה כי ההורים המיועדים יהיו נשואים, וכי לפחות אחד מבני-הזוג יהיה קשור גנטית לילד. נדרש כי האם הפונדקאית ואביו המשפטי של הילד – בעלה – ייתנו את הסכמתם לצו כזה (על הסדרת הפונדקאות במשפט האנגלי ראו Jackson [44], at pp. 264-283).

אלה הן רק מעט מן הדוגמאות שניתן להמחיש באמצעותן את השוני הרב בהתייחסות למוסד הפונדקאות במדינות שונות אף שתרבותן, עקרונות היסוד של שיטות המשפט בהן ותשתיתן הערכית דומים.

7. בישראל נתפסת הפונדקאות כדרך לגיטימית להגשמת הזכות להורות. בחוקקו את חוק הפונדקאות שם לו המחוקק כמטרה להדביק את ההתפתחויות הטכנולוגיות

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נז(1) 419

בתחום זה, להעמידן לרשות הנזקקים להן ולאפשר על-ידי כך לבני-אדם החפצים להיות הורים, אך אינם מסוגלים להוליד ילדים בדרך הטבע, להגשים את שאיפתם. יש הסבורים כי המחוקק עשה כן, באשר התרבות הישראלית מעניקה משקל גדול לערך הולדת הילדים ומעדיפה אותו על חיים ללא ילדים (ראו Shalev [40], at pp. 52-53,76; ראו גם S.M. Kahn *Reproducing Jews – a Cultural Account of Assisted Conception in Israel* [49], at pp. 140-158). אף שהפונדקאות הוסדרה בחוק נראה כי במפגיע ובמכוון הציב לה המחוקק גבולות ומגבלות. במבוא לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת **חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד)**, בעמ' 259) מתייחס המחוקק להתפתחות הטכנולוגית והמשפטית שהולידה את הצורך להסדיר את נושא הפונדקאות בחוק, עם זאת מבהיר הוא כי "החוק המוצע בזה בא להתיר הסכמים לנשיאת עוברים בסייגים שונים ובצורה מבוקרת" (שם). אחד מסייגים אלה עומד במרכז דיונונו, ומגולמת בו דרישה שההורים המיועדים יהיו "איש ואשה שהם בני זוג". כן נכללת בחוק דרישה ש"הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית הוא של האב המיועד...". דרישות אלה מוציאות את האישה שאין לה בן-זוג מתחולת החוק ושוללות ממנה את האפשרות להיעזר בתהליכי הפונדקאות. נראה כי מחד, ההסדר הקבוע בחוק מבטא את הלגיטימציה שנותן המחוקק לפונדקאות ואת הכרתו במשקל הרב שמייחסת התרבות הישראלית לשאיפה להורות; מאידך, באות ההשלכות הבעייתיות של תהליך הפונדקאות לידי ביטוי במגבלות ששם החוק על יישומו, בין היתר המגבלה נושא דיונונו.

8. מסכימה אני עם חברי השופט מ' חשין כי החוק יוצר הפליה בין אישה שיש לה בן-זוג לבין אישה שאין לה כזה. הפליה זו אינה מתבטאת רק בהבחנה הנעשית בחוק הפונדקאות, אלא גם בהפליית לרעה של האישה שאין לה בן-זוג הנזקקת לשירותי פונדקאות, לעומת זו הנזקקת לשירותי הפריה חוץ-גופית, הניתנים לה ללא דרישת קיומו של בן-זוג. ההסדר בחוק הוא הסדר מפלה גם אל מול ההסדר **בחוק אימוץ ילדים**, המאפשר חריגים להוראה שלפיה "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד...". הפליה זו תמוהה היא לא רק על רקע של אי-שוויון שהיא יוצרת, אלא גם על רקע סובלנותו ופתיחותו של המשפט הישראלי כלפי תאי משפחה בלתי מסורתיים, ובהם משפחות חד-הוריות. אלא שלא ניתן להתעלם מכך שבתשתיתה של הפליה זו קיים שוני שיש לתת עליו את הדעת. מצבה של אישה שאין לה בן-זוג, ושלרשותה עומדת ההפריה חוץ-גופית, שונה מזה של אישה כזו הנזקקת לשירותי פונדקאות. בהפריה חוץ-גופית האם המיועדת היא גם אמו הביולוגית של בנה לעתיד, מה שאין כן בפונדקאות. בזו האחרונה כרוכה חריגה מן האימהות הקונבנציונלית שהיא דרמטית יותר מבהפריה חוץ-גופית. הפונדקאות יכול שתיצור תרחיש שיוולד ילד לתוך מציאות שבה הביציות

השופט ט' שטרסברג-כהן

פ"ד נז(1) 419

אינן של האם המגדלת אותו, הזרע הוא של אב אנונימי, האישה שהרתה וילדה אותו אינה אמו הגנטית ואינה מגדלת אותו, והוא גדל אצל האם המיועדת, שהיא חסרת קשר גנטי או ביולוגי אליו. תרחיש כזה ממחיש את הבעייתיות שבפונדקאות. תהליך הפונדקאות הוא תהליך מורכב, קשה ובעייתי. ההתמודדות עמו אינה קלה להורים המיועדים. עמידה בתהליך זה בשניים שונה מעמידה בו ביחידות.

9. אף שניתן להסביר את ההגבלה שהציב החוק, לא נראה לי כי ניתן להצדיקה. היא גורמת להפליה בלתי מוצדקת ובלתי ראויה, באשר היא פוגעת בשוויון, שהוא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית, לפיכך נדרשת בחינתה מחדש ותיקונה. על מי המלאכה לעשותה?

מסכימה אני עם מסקנתו של חברי השופט מ' חשין כי לא ניתן לבית-המשפט לפרש את החוק בנוסחו כיום באופן שנקרא לתוכו הוראה המחילה אותו גם על אישה שאין לה בן-זוג. אמירתו של המחוקק בעניין זה היא כה ברורה וחד-משמעית, עד שלא ניתן לפרשה בדרך שונה מהאמור בחוק, אלא אם נעוות את הכתוב ונגיע בדרך של חקיקה שיפוטית להוראות שונות מאלה שניסח המחוקק. דרך זו אינה ראויה, ומתוך כבוד לחוק ולמחוקק נראה כי אין לנקוט אותה.

העותרים גורסים כי אם לא ניתן לפרש את החוק כך שיחול גם על אישה ללא בן-זוג, על בית-המשפט להתערב על-ידי פסילתו וביטולו של הוראות החוק המפלגות. על התערבות כזו בחקיקת הכנסת אמר בית-משפט זה מפי השופט זמיר, שדבריו מקובלים עליי: "...אין פירוש הדבר שכל פגיעה של חוק רגיל בשוויון המהותי, קלה כחמורה, תוביל בהכרח לפסילת החוק על-ידי בית המשפט. בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים, לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה... נקודת המוצא בדרכו של בית המשפט לבדוק את חוקיות החוק היא חזקת החוקיות..." (בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת [21], בעמ' 67). ובמקום אחר אומר הנשיא ברק: "אכן, מעמדה המיוחד של הכנסת, כפי שהוא מעוגן בחוקי היסוד ובמבנה הדמוקרטיה שלנו, מחייב כי בית-המשפט יפעיל את שיקול-דעתו לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיה, בזהירות ובריסון" (בג"ץ 9070/00 ח"כ לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט [22], בעמ' 809). ראו גם בג"ץ 7111/95 הנ"ל [4].

אני סבורה כי מורכבותו של הנושא, החידוש שבו, הבעייתיות שהוא מביא בכנפיו והיעדר ניסיון מספיק על-מנת לבחון את תוצאות יישומו מחייבים שבחינתו מחדש ותיקונו ייעשו על-ידי הכנסת ולא על-ידי בית-משפט זה. בבואו לבחון מחדש את

פ"ד נז(1) 419 השופטת ט' שטרסברג-כהן, השופטת ד' ביניש, המשנה לנשיא ש' לוין הוראות החוק הרלוונטיות לענייננו על המחוקק לתת את הדעת על חשיבותו של מוסד הפונדקאות, שנועד לאפשר לחשוכי ילדים שאינם מסוגלים להוליד ילדים בדרך הטבע, להגשים שאיפתם להורות וכן על ההפליה הבלתי ראויה שנוצרה בין אישה שיש לה בן זוג לבין אישה שאין לה כזה, לעניין העמדת מוסד הפונדקאות לרשותה. בכך מצטרפת אני לקריאתו של חברי השופט מ' חשין למחוקק לעשות לתיקון המעוות.

השופטת ד' ביניש

מסכימה אני לפסק-דינו של חברי השופט מ' חשין, ושותפה אני לדעתו ולדעת חברי כ' שאלת היקף התרת הפונדקאות ראויה לבחינה מחודשת על-ידי המחוקק.

המשנה לנשיא ש' לוין

1. אני מסכים למסקנתו של חברי הנכבד השופט מ' חשין, ומטעמיו, שלא ניתן להחיל את ההסדרים שקבע חוק הפונדקאות על נשים שאין להן בן-זוג. השאלה אם קיימת הצדקה עניינית להבחין לעניין הסכם פונדקאות בין אישה שאין לה בן-זוג לבין איש ואישה בני-זוג היא לדידי שאלה מורכבת, שיש לה פנים לכאן ולכאן. אני נמנע מלחוות דעה בעניין זה, משום שגם לו השבתי על שאלה זו בשלילה, איני סבור שהעותרת השנייה תוכל לקבל את הסעד שהיא עותרת לו. בעתירה שלפנינו מבקשים העותרים להרחיב את הפתח הצר שנפתח על-ידי החוק כדי לפתור את בעייתם של כמה עשורת זוגות ולהרחיבו כפתחו של אולם מכוח עקרון השוויון; טכניקה זו מותרת היא בעזרת עקרונות פרשנות חוקתיים של תוספת לחוק (reading in), אך אין נוקטים אותה מקום שמדובר בנושא מורכב שהשלכותיו אינן ברורות, ושמטיבו הוא טעון הסדרה על-ידי המחוקק (על דוגמה אחת של זוג גברים המבקשים לעצמם ילד על דרך של פונדקאות הצביע חברי השופט מ' חשין).

2. לא הייתי מתערב בחקיקה האוסרת כליל פונדקאות, אך כשנפתח הפתח בחוק הפונדקאות, ראוי הוא לחייב דיון ציבורי בשאלה אם וכיצד יש להרחיב את ההסדר הכלול בו ולהחילו גם על מגזרים נוספים, כמו המגזר שהעותרת השנייה שייכת אליו. הנושא הוא חשוב וכאוב, ואני מצטרף לקריאתו של השופט מ' חשין למחוקק לקיים דיון בנושא האמור על-מנת לבדוק אם ניתן לפתור את מצוקת האמת של נשים יחידות כמו העותרת השנייה.

מטעמים אלה גם דעתי היא שדין העתירה להידחות.

השופט י' אנגלרד

1. ממהותה של דמוקרטיה פרלמנטרית כי לפני שמתקבלות החלטות המעוררות מחלוקת של השקפת עולם, מתנהל שיג ושיח בין הנבחרים, וכי ההחלטות עצמן מבטאות לעתים קרובות פשרות בין העמדות הערכיות המנוגדות. פשרות דמוקרטיות אלה על בית-המשפט לכבד, כל עוד אין בהן פגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכויות יסוד שהן בעלות מעמד חוקתי. הסוגיה העומדת לפנינו היא דוגמה מובהקת לקיום מחלוקות ערכיות עמוקות ולעריכת הסדר חוקי המבוסס על פשרה. ואמנם, קיימת התנגדות מוסרית-ערכית חריפה כלפי עצם השימוש בפונדקאות. התנגדות זו באה מצד זרמים אידאולוגיים היוצאים מהשקפות ערכיות שונות, ואף מנוגדות. כך, יש הרואים בפונדקאות פגיעה קשה בכבוד האישה ה"משכירה" את רחמה בדרך של מסחור; יש הרואים בה פגיעה קשה בכבוד הילד משום הפיכתו ל"סחורה" מוזמנת המועברת מאם לאם; יש הרואים בה עקיפה בלתי נאותה של מוסד האימוץ. בין המתנגדים לפונדקאות מצויה גם הכנסייה הקתולית, הרואה בה הליך בלתי מוסרי המנוגד למשפט הטבעי הנצחי. ראה את הוראת הוועדה לעיקרי האמונה (*Donum Vitae* 1987). מנגד, יש התומכים בפונדקאות בתור ביטוי של אוטונומיה הן מצד ההורים המיועדים הן מצד האם הנושאת. יש שראו את הפונדקאות – בנסיבות מיוחדות – כפעולה של אהבה ושל רעות מצד האם הנושאת כלפי ההורים המיועדים שהיו חשוכי ילדים (ברוח זו השווה את פסק-דינו של בית-המשפט באיטליה [25] *Tribunale di Roma, Sezione XI, 14.2.00*).

2. אין בכוונתי למנות את כל הזרמים הרעיוניים שנקטו עמדה ערכית חיובית או שלילית כלפי הפונדקאות וכלפי טכניקות הולדה חדישות. בסוגיה זו קיימת ספרות ענפה ביותר בארצות רבות, אשר בחלקה הוזכרה בחוות-דעתה של חברתי השופטת שטרסברג-כהן. ברצוני למקד את תשומת הלב לגישת היהדות ההילכתית לסוגיה, אשר לא זכתה להתייחסות בחוות-דעתם של חבריי. והנה, גישתה של היהדות ההילכתית עמדה לנגד עיניו של המחוקק והייתה גורם מעצב בהסדר שהתקבל על דעת הכנסת. ההיזקקות למקורות היהדות תואמת את התפיסה היסודית – שבאה לידי ביטוי הן בהכרזת העצמאות [54] הן בחוקי היסוד – כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. יצוין כי בסוגיה שלפנינו גישתה של היהדות ההילכתית דומה במהותה לאלה של כמה דתות מונותאיסטיות גדולות אחרות, ובהן גם האסלאם.

3. באשר להתייחסות להשקפותיו של הציבור הדתי בסוגיה הנידונה יש להזכיר את דבריו המפורשים של שר הבריאות א' סנה, האומר:

"עמדתי על כך שהחקיקה הזאת תעבור בהסכמה ובעצה אחת עם הציבור הדתי, ראשיו וסמכויותיו התורניים. ניתן להעביר כל דבר ברוב ובמיעות, אבל פה היה לי מאוד חשוב שזה יעבור בהסכמה, שתהיה פה אחדות דעים ולא ניקלע – משום הצורך להקל מצוקה של כמה עשרות משפחות מאד אומללות ומצוקה אנושית מהקשות ביותר – לריב מיותר. אני מאוד שמח שבהרבה סבלנות, לאחר הרבה פגישות עם רבנים וגדולי תורה, הצלחנו להביא לכך שיש בחוק הזה נוסחאות מוסכמות גם בתחומים הרגישים: הורות, חשש ממזרות וכיוצא באלה דברים" (ד"כ 154 (תשנ"ו) 4974, ישיבה מיום ט"ז באדר תשנ"ו, 7.3.1996, עמ' 4976).

ברוח זו נאמרו גם דבריו של יושב-ראש ועדת העבודה והרווחה של הכנסת חבר-הכנסת י' כץ, המזכיר כי גירסתו של הרב עמיטל אומצה על-ידי הממשלה (שם, בעמ' 4975), וכן דבריה של חברת-הכנסת י' דיין המדברת על אפשרה שנערכה בעניין (שם, בעמ' 4979). לעניין זה יפים גם דבריו של שר הבריאות בישיבה קודמת שקיימה הכנסת בעניין הפונדקאות (ד"כ 151 (תשנ"ו) 1196, ישיבה מיום י"ח בכסלו תשנ"ו, 11.12.1995, בעמ' 1205):

"...היתה בפני הברירה אם לפנות לפתרון שהוא באמת קל יותר או ליצור מחלוקת עם הציבור הדתי. אני הלכתי בכיוון של מציאת הנתים המשותף עם הציבור הדתי, אף שידעתי שדבר זה מקשה. אבל לפי תפיסת עולמי, במקום שבו אפשר להימנע ממחלוקת בענייני דת, צריך להימנע ממנה. ואני רוצה שהחוק הזה יהיה קביל גם על הציבור הדתי וגם על נציגיו".

יש להזכיר בהקשר זה גם את עדותו של שר הבריאות על כך שלקראת הסדרת החוק הוא בחן את הנקודות הבעייתיות והרגישות ביותר מצד הציבור הדתי (שם, בעמ' 1197), וכן את דברי חבר-הכנסת י' לס, המציין כי בסוגיה של הפונדקאות נוצרו הבנה והסכמה בין המגזרים השונים, החילוני והדתי (שם, בעמ' 1198), ואת דברי חברי-הכנסת הדתיים המדגישים את הדרך הרגישה שבה חוקק החוק והרואים בכך דגם לשיח של שיתוף פעולה בנושאים נוספים השנויים במחלוקת (חבר-הכנסת א' רביץ, שם, בעמ' 1201; ח"כ י' ביבי, שם, בעמ' 1203). לבסוף, יש לציין את דבריו של יושב-ראש ועדת העבודה והרווחה של הכנסת חבר-הכנסת י' כץ, אשר בדיון שנערך בוועדה הצהיר על כוונתו לשוחח עם רבנים ועם גורמים דתיים כדי למצוא פתרונות שיענו גם על חששותיהם (פרוטוקול 422 של ישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום ג' בטבת תשנ"ו, 26.12.1995, בעמ' 25).

4. ואמנם, הגישה הדתית לסוגיה שונה במהותה מן הגישות האחרות. זו יוצאת מן הרעיון כי במרכזם של חיי האדם, על כל גילוייהם האישיים והחברתיים, מצויה עבודת הבורא, ואלה יוצאות מן התפיסה כי המרכז הוא האדם עצמו, על שאיפותיו ועל מאווייו. מכאן השוני העקרוני בהסתכלות על מעמדו של היחיד: הדת רואה בראש ובראשונה את חובותיו, והזרמים האחרים את זכויותיו. בסוגיה שלנו ההבדל נוגע לעצם ההורות: חובה דתית מכאן, זכות יסוד מכאן. לפי התורה, עם המצוות שהאדם הראשון נצטווה בהן נמנית מצוות "פָּרוּ וּרְבוּ וּמְלָאוּ אֶת־הָאָרֶץ וְכִבְשֶׁתָּהּ" (בראשית, א, כח [א]), וכן נצטוו בה בני נח: "פָּרוּ וּרְבוּ וּמְלָאוּ אֶת־הָאָרֶץ" (בראשית, ט, א [א]). מצווה זו נמנית עם תרי"ג המצוות שבני ישראל נצטוו בהן. בלשון הרמב"ם בספר המצוות, עשה, ריב [ב]:

"היא שצונו לפרות ולרבות לכוין לקיום המין וזאת היא מצות פריה ורביה והוא אמרו ית' פרו ורבו".

עם זאת לפי ההלכה, רק האיש מצווה על פרייה ורבייה ולא האישה. ראה: משנה, יבמות, ו, ו [ג]; רמב"ם, הלכות אישות, טו, ב [ד]; שו"ע, אה"ע, א, יג [ה].

5. לגבי חשיבותה של מצוות פרייה ורבייה ראה לדוגמה תוספתא, יבמות (מהדורת ליברמן), ח, ז [ו]:

"ר' לעזר בן עזריה או' כל שאינו עוסק בפריה ורביה הרי זה שופך דמים ומבטל את הדמות, שנ' כי בצלם אלהים עשה את האדם וכת' ואתם פרו ורבו וגו'. [בן עזאי אומר כל מי שאינו עוסק בפריה ורביה הרי זה שופך דמים ומבטל את הדמות, שנ' כי בצלם אלהים עשה את האדם, וכתוב ואתם פרו ורבו וגו']..."

ובמדרש דברים רבה הדברים אמורים באופן חד יותר (מהדורת ליברמן), דברים, יב, ד"ה ה' אלהיכם [ז]:

"אמ' הקב"ה כל עיקר לא בראתי עולמי אלא לפריה ורביה, שנא' לא תוהו בראה, וכה"א ויאמר להם אלהים פרו ורבו, כך ברא הקב"ה לאדם ולחוה מתחלה על מנת לפרות ולרבות, שהיו מולידין ופרין ורבין, למה, שכן הוא כבודו של הקב"ה..."

יצוין כי בניגוד בולט לתפיסת הכנסייה הקתולית, אפשר, עקרונית, לקיים מצוות פרייה ורבייה מחוץ למסגרת הנישואין, אם כי ייתכן שיש בכך מצווה הבאה בעבירה. ראה: רא"ש, כתובות, א, יב [ח]; הרב ד' אבודרהם, ספר אבודרהם (תשי"ט), ברכת אירוסין ונישואין [ט]; בית יוסף, אה"ע, לד [י]; הרב ש' בר צמח דוראן, שו"ת התשב"ץ (תש"כ), ח"ב, עד [יא]; רבי מ' איסרלש, שו"ת הרמ"א (תשל"א), קכה [יב]; הרב י' ב' איילנבורג, שו"ת באר שבע (תשכ"ט), מט [יג]; הרב ב"צ מ' ח' עזיאל, שו"ת פסקי עזיאל בשאלות הזמן (תשל"ו), עה [יד]; הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר (תשנ"ה), ח"ח, יו"ד, כד [טו].

6. גם אם מגמת ההלכה היא לתעל את מאווייו ושאיפותיו של אדם לתוך הצינור של קיום מצווה דתית, אין קיומם הלגיטימי נעלם מעיני היהדות. ברוח זו קבעו חז"ל כי "כל אדם שאין לו בנים – חשוב כמת" (נדריים, סד, ב [טז]). זו גם הרוח העולה מדרשתו של רב יהודה "בכו בכו להלך", אמר רב יהודה: להולך בלא בנים" (מועד קטן, כז, ב [יז]). יתרה מזו, לשאיפה האנושית-הרגשית הבסיסית של אדם לצאצאים יש אף השלכות הילכתיות. כך, יש מצבים שהיעדר ילדים בהם עשוי לתת זכות לאישה לתבוע גירושין מבעלה אף שאינה מצווה על פרייה ורבייה. ראה: יבמות, סה, ב [יח]; רמב"ם, הלכות אישות, טו, י [יט]; שו"ע, אה"ע, קנד, ו [כ].

7. למרות החשיבות הרבה שמייחסת היהדות להבאת ילדים לעולם, הן כמילוי מצווה דתית הן כמענה לכמיהה אנושית, הרי קיימות מגבלות הילכתיות בשימוש הטכניקות הרפואיות החדשות. אגע בקיצור רב ובתמציתיות בבעיות ההילכתיות החמורות הסובבות סביב טכניקות אלה של הולדת ילדים. זאת ועוד, מבין הבעיות ההילכתיות הרבות אתרכזו באלה המתייחסות למישור האיסור וההיתר הנוגע לטכניקה עצמה – להבדיל מהשלכות הילכתיות על עניינים נוספים, כגון ייבום ומילה. תחילה לעניין ההזרעה המלאכותית באופן כללי. ההלכה מבדילה הבדלה ברורה וחדה בין הזרעה מלאכותית כשתורם הזרע הוא בעל האישה לבין הזרעה מלאכותית מתורם זר. אפילו במקרה הראשון יש בין הפוסקים האוסרים את ההליך בשל איסור השחתת הזרע. חשש זה קיים, משום שהסיכויים להצלחת ההפריה אינם גבוהים. נימוק אחר לאיסור ההזרעה המלאכותית מצוי בעובדה שההפריה אינה נעשית באופן ישיר. ראה הרב ע' הדאיה, שו"ת ישכיל עבדי (תשמ"א), ח"ה, אה"ע, י [יט].

8. במסגרת המקרה של תורם זר לאישה נשואה יש חשיבות לזהות התורם; ההבחנה היא בין תורם זר יהודי לבין תורם זר נכרי. לכל הדעות, יש איסור הילכתי להשתמש, מלכתחילה, בזרעו של תורם זר יהודי. מבחינה עקרונית, יש הרואים בהזרעת

השופט י' אנגלרד

פ"ד נז(1) 419

זרע של תורם יהודי שאינו הבעל לאישה נשואה מעשה תועבה ומעשה מכוער. ראה: הרב א' י' וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, ח"ג, כז [כ]; הרב מ' י' ברייש, שו"ת חלקת יעקב (תשנ"ב), אה"ע, יב [כא]; הרב י' י' ווינברג, שו"ת שרידי אש (תשנ"ט), ח"א, עט [כב]. מבחינה הלכתית, יש מן הפוסקים הסבורים כי דין הוולד מתורם זר הוא כממזר גמור; יש הגורסים כי דינו ספק ממזר ויש החושבים כי בהיעדר מגע אינטימי, דהיינו ללא ביאה אסורה, הוולד אינו ממזר כלל. לדיון בדעה הראשונה ראה, למשל: הרב א' י' וולדינברג, שו"ת ציץ אליעזר, ח"ט, נא [כ]; שו"ת ישכיל עבדי, ח"ה, אה"ע, י [יט]. לדעה השנייה ראה הרב ש' ז' אויערבאך "הזרעה מלאכותית" [כג], בעמ' קסה. לדעה השלישית ראה: הרב מ' פיינשטיין, שו"ת אגרות משה (תשכ"א), אה"ע, ח"א, עא [כד]; שו"ת חלקת יעקב, אה"ע, יב [כא]. מקורות נוספים בעניין ראה אצל הרב ד' מ' קרויזר "הזרעה מלאכותית" [כה], בעמ' קיט ואילך.

יש הגורסים כי כאשר התורם הזר אינו ידוע, דין הוולד הוא של "שתוקי", אשר גם לגביו ישנם חששות של ממזרות. ראה: שו"ת שרידי אש, ח"א, עט [כב]; שו"ת חלקת יעקב, הערות לאה"ע, כ, יא [כא].

חשש חמור נוסף במקרה של תורם זר נוגע לאפשרות עתידית של נישואי אח ואחות. ראה: שו"ת אגרות משה, אה"ע, ח"א, עא [כד]; שו"ת שרידי אש, ח"א, עט [כב]; שו"ת ציץ אליעזר, ח"ג, כז [כ].

9. לגבי תורם זר נכרי – כלומר, אדם שאינו יהודי – כל הפוסקים גורסים כי מלכתחילה אין להשתמש בזרעו בהיות גם מעשה זה מכוער, עם זאת במקרה זה אין חשש הלכתי לממזרות ולנישואי אח ואחות, לכן יש המתירים את ההליך של הזרעה מלאכותית שעה שההורים מצטערים צער גדול בשל השתוקקותם לילד. לדעה זו ראה: שו"ת אגרות משה, אה"ע, ח"א, עא [כד], וכן את הרב ש' ז' אויערבאך, במאמרו הנ"ל [כג]. לדעה האוסרת הליך זה בכל מקרה ראה: שו"ת חלקת יעקב, אה"ע, יד [כא]; הרב י' י' ווייס, שו"ת מנחת יצחק (תשל"ט), ח"ד, ה [כו]. השווה גם שו"ת שרידי אש, ח"ג, ה [כב]. במקרה של אישה פנויה אמנם אין חשש של ממזרות, אך עדיין יש חשש של נישואי אח ואחות ושל היות הוולד שתוקי. לגבי ריכוז של הבעיות השונות העולות מכתבי הפוסקים ראה א' שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך א) [כז], בעמ' 151 ואילך, תחת הערך "הזרעה מלאכותית".

10. על רקע דברים אלה אבחן כעת את הסוגיה של הפריה חוץ-גופית והשתלת הביצית המופרית באם פונדקאית. מלבד הבעיות ההלכתיות הנזכרות הכרוכות בהזרעה

מלאכותית שהיא חלק מתהליך הפונדקאות, מעורר תהליך זה בעיות מורכבות נוספות, בעיקר בדבר מעמדן של שתי האימהות – הגנטית והיולדת – כלפי הוולד. יש בין הפוסקים הסבורים כי האם הגנטית היא בעלת המעמד של אם היילוד מבחינה הילכתית. ראה א' ורהפטיג, הרב ז' נ' גולדברג "קביעת אימהות – בשולי הדברים" [כח], עם זאת רוב הפוסקים סבורים כי דווקא האם הפונדקאית היא האם מן הבחינה ההילכתית. ראה: הרב ז' נ' גולדברג "יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת" [כט]; שו"ת ציץ אליעזר, חי"ט, מ [כ]. לבסוף, יש הגורסים כי לשתי הנשים יחס של אימהות כלפי הוולד, בעיקר מבחינת חששות של איסורי קירבה. ראה ז' לב "תינוק מבחנה – מעמד האם הפונדקאית" [ל], בעמ' 169.

11. בהקשר זה ברצוני להבליט קו אופי מיוחד של ההלכה היהודית. לפנינו טכניקות הולדה חדישות ביותר שהתאפשרו בעקבות ההתפתחויות המדעיות של העת האחרונה. והנה, בעולם ההלכה נידונו בעיות של הזרעה מלאכותית ושל פונדקאות זה מכבר. הכיצד?! התשובה מצויה בדיונים הילכתיים שהתייחסו למציאות טבעית ולמציאות על-טבעית נסית כפי שהיא עולה מתוך ספרות האגדה. הדבר המופלא בעולם ההלכה הוא כי מציאויות בלתי שכיחות ואף חד-פעמיות אלה שימשו בסיס לדיונים הילכתיים, והכול במסגרת הרעיון של "להגדיל תורה ולהאדירה". פעילות אינטלקטואלית זו היא מסימני ההיכר של איש ההלכה (ראה הרב י' ד' ה' סולובייצ'יק איש ההלכה – גלוי ונסתר [לא]).

12. באשר להזרעה מלאכותית הדיונים ההילכתיים מזכירים את התקדים האגדי של לידת בן סירא מבתו של ירמיהו, שהתעברה מזרעו של אביה שנותר במי האמבטיה שרחצה בה. ראה: חלקת מחוקק, אה"ע, א, ח [לב]; משנה למלך, הלכות אישות, טו, ד [לג]; החיד"א, ברכי יוסף (כרך ב, תשמ"ט), אה"ע, א, יד [לד]; הרב ר' ברדוגו, שו"ת משפטים ישרים (תרנ"א), ח"א, שצו [לה].

13. באשר לאם פונדקאית, מסורת אגדית קדומה מספרת כי קרה כדבר הזה בין רחל ללאה בהריון עם דינה ויוסף. על-פי המסופר, בהריונה האחרון של לאה אשת יעקב היא נשאה ברחמה בן. יעקב כבר היה באותה עת אב לעשרה בנים: שישה מהם של לאה, שניים של בלהה ושניים של זלפה. לאה ראתה בנבואה כי ליעקב עתידים להיות שנים-עשר בנים בלבד, כך שאם תלד את הבן שברחמה – אשר יהיה הבן האחד-עשר של יעקב – הרי תישאר לרחל הולדת בן אחד בלבד. כיוון שלא לא רצתה שרחל תהיה אם לבן אחד בלבד, שעה שאפילו לשפחות כבר היו שני בנים, היא התפללה למען

אשר לא תלד היא את הבן כך שרחל תוכל ללדת את שני הבנים שנותרו על-פי הנבואה. לפי גירסה אחת, העובר שהיה ברחמה של לאה הפך לבת (מבין המקורות, ראה ברכות, ס, א [17]). לפי גירסה אחרת של אגדה זו, הדבר התבצע בדרך שונה: לאחר שלא התפללה שלא תלד את הבן שברחמה, התחלפו העוברים בין האחיות: הבן שהיה ברחמה של לאה עבר לרחמה של רחל, והבת שרחל נשאה ברחמה עברה ללאה. ראה מדרש שכל טוב (באבער), בראשית, ל, ד"ה ואחר ילדה [17]:

"ואמר רב חנינא בן פזי נתכנסו כל האמהות ואמרו דיינו תפקד גם זה, לכך נאמר ואחר ילדה בת, כלומר לאחר שנתפללה לאה ואמרה יהי רצון שיהא עובר בבטני נקבה, כדי שתלד רחל אחותי זכר שלא תהא פחותה מן השפחות שילדה כל אחת ב' שבטים, מכאן שנתחלפה דינה בבנימין, והיתה תפלה זו אחר שנולד יוסף, אבל מקצת רבותינו דרשו שנחלפה ביוסף".

ראה גם: תרגום יונתן, בראשית, ל, כא [לח] וכן פירוש דעת זקנים מבעלי התוספות [לט] על אותו הפסוק. מעניין לציין שמסורת זו מובאת גם בפיוט "אבן חוג מצוק נשיה", המיוחס לקליר, והנאמר בתפילת שחרית של היום הראשון של ראש השנה (מחזור לימים נוראים (מהדורת ד' גולדשמידט, תש"ל) [מ], בעמ' 70):

"זכר לה [לרחל] יושר אורחות

עובר להמיר בבטן אחות

חשבה היום זכרה להאחות

סילוף דינה ביהוסף להנחות".

על-פי גירסה זו של האגדה, נס גרם לכך שרחל ילדה את יוסף שהיה בנה הגנטי של לאה, ואילו לאה ילדה את דינה – בתה הגנטית של רחל.

14. נמצא כי מה שהיה מציאות נסית גרדא הפך בתקופתנו למציאות רפואית שכוחה למדי. אך כאמור, כבר בימי הביניים שאלו בעלי ההלכה את עצמם מה הן ההשלכות ההילכתיות של מציאות זו. כך, ר' יעקב בן אשר, בעל הטורים, גרס כי בשל כך "שעיקר הריון של דינה היה בבטן רחל", היא נחשבת אמה מן הבחינה ההילכתית. ראה: פירוש הטור הארוך (תשכ"א), צט [מא]; הרב י' ז' מינצברג "הזרעה מלאכותית" [מב]. כפי שצינתי לעיל, פוסקים שהתייחסו לשאלה העכשווית הסיקו מן האגדה

השופט י' אנגלרד

פ"ד נז(1) 419

מסקנה הילכתית השונה מזו של בעל הטורים. לדעתם, האם הנושאת היא האם מבחינה הילכתית, כי הרי יוסף נחשב לבנה של רחל. ראה: הרב ב' ז' שפרן, שו"ת הרב"ז (מהדורה חדשה, תשנ"ב), בחלק התשובות של בנו, ה [מג]; הרב מ' ה' סולובייצ'יק "בדין תינוק המבחנה" [מד], בעמ' 124; שו"ת ציץ אליעזר, חי"ט, מ [כ]. עם זאת יש הדוחים כל ראייה מן האגדה הנזכרת בשל העיקרון כי "אין למדין הלכה מאגדה". ראה הרב י' מ' בן מאיר "הפריית מבחנה – יחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית" [מה], בעמ' 26 ה"ש 8. לגבי העיקרון עצמו ראה: הרב י' עמדין, שו"ת שאילת יעבץ (תשל"א), ח"א, מא [מו]; הרב מ' סופר, שו"ת חתם סופר (תשל"ב), ח"ב, יו"ד, שלז [מז]. ובאופן כללי בסוגייתנו ראה א' שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך ב) [כז], בעמ' 135 ה"ש 63.

15. יצוין כי פוסקי ההלכה אינם מצטמצמים בסוגיה של הזרעה מלאכותית להיבטים המושגיים, אלא בין שיקוליהם יש גם כאלה המושפעים מהיבטים של מדיניות כללית. אחד מן השיקולים האלה נוגע לבעייתיות העקרונית הנובעת מעמימות הייחוס ומטשטשו שבאים כתוצאה משימוש בזרע מתורם זר. עמימות זו נוגדת את שאיפתה היסודית של ההלכה לוודאות בייחוסם של בני-אדם, דהיינו ודאות בשייכותם המשפחתית. ראה ברוח זו את פירושו של רש"י על יבמות, מב, א, ד"ה ולזרעך אחרך [מח]:

"שאין השכינה שורה אלא על הוודאים, שזרעו מיוחס אחריו. והכי נמי קיימא לן בנדרים [כ, ב] 'וברותי מכם המורדים והפושעים ב' [יחזקאל, כ, לח] – אלו בני ערבוביא".

16. קיימים שיקולי מדיניות כלליים נוספים החורגים מהבעייתיות שבעמימות הייחוס. בדומה לחששות מוסריים שהושמעו בעולם כולו, גם אנשי ההלכה רואים בדאגה רבה את חציית הגבולות המסורתיים הכרוכה בהתקדמות המדעית (ראה שיפמן בספרו הנ"ל [31], בעמ' 105). כך מציין הרב ע' יעקובוביץ הרפואה והיהדות [מט] (בעמ' 235) כי הבאת ילדים לעולם היא פעולה שראוי שתהא מתוך מערכת זוגית שיש בה קירבה ואינטימיות, ולא מתוך טכניקות מעבדתיות. בהקשר זה מן הראוי להביא גם את דבריו של הרב א' י' וולדינברג (שו"ת ציץ אליעזר, חט"ו, מה [כ]):

"ובפרט דכאשר אנו קוראים כבר, דסופו של תהליך זה של הפרייה מלאכותית במבחנה להביא בכנפיו, במוקדם או במאוחר, גם לידי יצירת 'ילד במבחנה' זאת אומרת: שכל ההריון יעשה ויגמר גם כן מחוץ לגוף

האשה אלא במבחנה עצמה תוך יצירת תנאי־רחם בו, ולאחר מיכן במחשבה להביא גם לידי מבצע מדהים הנקרא בשם 'תכפול־האדם' ללא זיווגם של שני תאי־מין אלא על ידי נטילת גרעין של תא בגוף האדם והחדרתו לתוך תא של ביצית אשר גרעינה סולק, ואז מנגנון התכפול של התא הרגיל יפעל והתא יתחלק עוד ועוד ויתפתח עובר, וזה שמו שיקרא לו 'יצירה ביולוגית מלאה של יצור אנושי לפי תכנית מוכנה מראש, המוציאה לפועל תכונות נדרשות ורצויות על ידי היוצרים', ואם כן הלזה יקרא ילודים שהתייחסות מלאה להם אחרי מולידיהם ושרוצים לייחסם אחריהם? וזאת מלבד מה שסילוף יצירתם והבאתם לעולם בצורה כזאת הוא דבר אשר יגרום הרס ואבדון לדמות היצירה האנושית ואנדרלמוסיה תשרור בכל בעיית הילודה שתתהפך למעבדה חסר גוון אנושי, כאשר כבר התעוררו להתריע על כך גם מקרב אנשי המדע והביעו חרדתם העמוקה לקראת הצפוי בבאות, הרי יקום דור אשר כל רואיו יפטיר עליו ויאמר: 'חדשים מקרוב באו לא שערום אבותינו' לראות מין יצורים כאלה כמעט חסרי בחירה וגולמי־אדם...".

17. לאחר מבט זה על עולם ההלכה, ולאורו, אפנה כעת לסוגיה כפי שהוסדרה במשפטנו. [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#) מתנה את הפונדקאות, בין היתר, בתנאים האלה:

- (א) ההורים המיועדים הם איש ואישה שהם בני־זוג (סעיף 1 לחוק).
- (ב) ככלל, האם הנושאת אינה נשואה (סעיף 2(3)(א) לחוק).
- (ג) האם הנושאת אינה קרובת משפחה של אחד מן ההורים המיועדים (סעיף 2(3)(ב) לחוק).
- (ד) הזרע המשמש להפריה החוץ־גופית הוא של האב המיועד, והביצית אינה של האם הנושאת (סעיף 2(4) לחוק).
- (ה) האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת (סעיף 2(5) לחוק).

נראה בעליל כי יש בתנאים אלה משום היענות לבעיות הילכתיות הקשורות להזרעה מלאכותית ולפונדקאות, היענות הבאה לידי ביטוי בדבריהם המפורשים של שר הבריאות ושל חברי־הכנסת במהלך החקיקה, ועמדנו עליהם לעיל. כך, הדרישה כי

הזרע יהיה של האב המיועד, שהוא בן-זוגה של האם המיועדת, נועדה למנוע את החששות ההילכתיים של עמימות הייחוס, כגון החשש לנישואי אח ואחות כתוצאה מן השימוש בזרע של תורם זר אנונימי. השווה בהקשר זה את החלופות שהוצעו בהצעת החוק (סעיף 2(4) להצעה). כמו כן מאחר שבעיקרון הביצית שייכת לאם המיועדת, נשמרת המסגרת הזוגית. באשר לדרישה כי האם הנשואת לא תהיה נשואה, למעט במקרים מיוחדים, הרי בעניין זה הובעו הסתייגויות מצד חברי-כנסת מזרמים שונים כך שהפתרון הוא בבחינת פשרה ביניהם. מבחינה הלכתית, כפי שהזכרנו, תרומת זרע לאישה נשואה מתורם זר, שאינו בעלה, מעוררת בעיות חמורות. הדרישה כי האם הנשואת לא תהיה קרובת משפחה של אחד ההורים המיועדים, באה בחלקה למנוע חששות של עריות.

18. באשר למקרה המיוחד שלפנינו, הרי בשל היות האם המיועדת בלתי נשואה, אין מתמלאות שתי דרישות של החוק והן כי ההורים המיועדים יהיו שני בני-זוג, וכי הזרע יהיה של האב המיועד. מבחינה הלכתית, מצב דברים זה הוא בעייתי בשל עמימות הייחוס, כמו כן הוא פוגע בשיקולי המדיניות הכלליים שהזכרנו. ברי כי המחוקק היה מודע להבחנה בין אישה נשואה לאישה בלתי נשואה בסוגיית הפונדקאות. בהעדיפו את הנשואה הוא סטה בודעין מהמלצת הוועדה שהוקמה לבחינת הנשוא של הפרייה חוץ-גופית, ואשר המליצה כי "[...]אדם זכאי לקבל טיפולי פוריות ללא קשר למעמדו האישי..." (דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנשוא של הפרייה חוץ-גופית [53], סעיף 1.6 לדעת הרוב, בעמ' 14). המודעות להבחנה בין אישה נשואה לאישה בלתי נשואה עולה גם מדבריו של חבר-הכנסת י' כץ, יושב-ראש ועדת העבודה והרווחה של הכנסת:

"בנושא הזרע הלכנו לקראת הציבור הדתי. היו שתי גרסאות – הגרסה הממשלתית, של משרד הבריאות, שאמרה שאין הגבלה לגבי הזרע, זאת אומרת שכפי שהיום יכולה להתבצע הזרעה מלאכותית – אין להגביל כשמדובר בפונדקאות. אם קובעים שהזרע חייב להיות רק של בן הזוג המזמין יש בכך משום נסיגה מסוימת. הגרסה השנייה, נקרא לה גרסתו של הרב עמיטל, כפי שהוצגה בממשלה ואותה אימצנו – אמרנו הזרע והביצית יהיו של בני הזוג המזמין. הזרע – בוודאי קבוע במפורש בחוק, כפי שאנחנו מביאים אותו – יהיה של בן הזוג המזמין, המיועד."

הכנסת הייתה אפוא מודעת לכך כי החוק מגביל את אפשרויות הפונדקאות בהשוואה להזרעה מלאכותית על-פי **תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית)** (להלן – התקנות), לכן מדבר חבר-הכנסת י' כץ על "נסיגה מסוימת".

19. בכך מגיע אני לשאלת ה"הפליה" בין אישה בלתי נשואה החפצה בהזרעה מלאכותית, לאישה בלתי נשואה המבקשת תהליך של פונדקאות. "הפליה" זו הטרידה מאוד את חבריי למושב. לטעמי, יש להתחשב בכמה היבטים נוספים העשויים לזרוק אור על עניין זה: ראשית, יש לזכור כי התקנות לא עברו את כור ההיתוך של דיון פרלמנטרי, אלא הן הותקנו על-ידי הרשות המבצעת. בכך אני רואה הבדל מהותי ביותר שיש להתחשב בו כאשר באים לבחון זה מול זה את שני ההסדרים הנורמטיביים. בהעמדה זו של מעשה חקיקה ראשית מול מעשה של חקיקת משנה יש לתת עדיפות לראשון גם משום שהוא מבטא פשרה לאחר שיג ושיח בין נבחרים העם. שנית, לא הרי הזרעה מלאכותית כהרי פונדקאות. מבחינתה של האישה המבקשת הזרעה מלאכותית תהליך זה הוא בעיקרו פעולה אוטונומית, כמו כן בשל העובדה כי האם המופרית היא האם היולדת, הרי שיחסה לילד העומד להיוולד נותר במסגרת הטבעית. לעומת זאת תהליך הפונדקאות דורש שימוש ברחם זר, ובמקרה של אישה בלתי נשואה נדרש גם שימוש בזרע של תורם זר. בכך נפרצת המסגרת הטבעית של הולדת ילדים, וראינו כי מצב דברים זה מעורר בעיות מוסריות והילכתיות רבות וחמורות, לפיכך קשה, לטעמי, לדבר על "הפליה" בין שתי הנשים שמצבן כאמור אינו זהה.

20. במילים אחרות, שיקולי הלכה ומוסר אוניברסלי וכן שיקולים בעלי משקל של מדיניות כללית מונחים ביסוד ההסתייגות מתהליך פונדקאות המבוצע עבור אישה בלתי נשואה. לכן ראיית ההסדר החוקי כ"הפליה בלתי מוצדקת ובלתי ראויה באשר היא פוגעת בשוויון" היא ביסודה הכרעה ערכית אישית שאינה מקבלת את השיקולים הנזכרים. לטעמי, אין כאן אי-שוויון בין שווים, אלא שונות בין שונים. השאלה אם שונות זו מוצדקת אם לאו בנסיבות העניין היא כאמור הכרעה ערכית לגיטימית, אך במקרה של הסדר חוקי מן הראוי כי המחוקק הוא אשר יכריע בה. הוא עשה זאת כאן מתוך גישה של פשרה, לכן לדעתי אין בית-משפט זה צריך לנקוט עמדה ערכית נוגדת ולהמליץ על הנחיצות של "תיקון מעוות".

אי לכך מצטרף אני לתוצאה כי יש לבטל את הצו-על-תנאי באין צו להוצאות.

השופטת א' פרוקצ'יה

אני מצטרפת למסקנת חבריי השופטים הנכבדים כי חרף ההבנה וההזדהות עם כאבה של העותרת אין מנוס מדחיית העתירה תוך פנייה אל המחוקק כי יבחן ויעריך מחדש את טיבה של המסגרת הנורמטיבית הראויה להכרה בהליך הפונדקאות, וזאת תוך מבט, בין היתר, אל עבר צורכיהן האמיתיים של נשים יחידות.

מוסד הפונדקאות הוא אכן רב פנים וכורך עמו היבטים מוסריים-ערכיים ואנושיים מגוונים, המצריכים מציאת נקודת איזון ראויה שתשלב בין מכלול ערכים תוך מתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהם. כן מתבקש כי התפיסה הבסיסית המונחת ביסוד הסדר הפונדקאות והתנאים להחלתו יתיישבו באורח הרמוני עם מוסדות אחרים המוכרים במשפט, המבקשים ליתן פתרון לצורך הטבעי של האדם בהגשמת זכותו להורות, כגון אימוץ ילדים והפריה חוץ-גופית. מאז פרסומו של חוק הפונדקאות ב-1996 חלף זמן, וצרכים אנושיים עמוקים שהחוק אינו עונה להם מבקשים תשובה. צרכים אלה מצדיקים הערכה מחדשת של נקודת האיזון הראויה לצורך בחינת מידת ההצדקה להרחבת נתיב הפונדקאות כמענה להגשמת הזכות להורות. הדבר אינו מחייב לטעמי נקיטת עמדה נחרצת בשאלה אם המצב החקיקתי הנוהג כיום מקים עילת הפליה ופגיעה בשוויון, או שמא הוא יוצר הבחנות בין מצבים שונים שהסברן בצדן. עניינו של המחוקק הוא להכריע בסוגיה ערכית מורכבת זו.

הוחלט לבטל את הצו-על-תנאי ולדחות את העתירה.

היום, י"ח בטבת תשס"ג (23.12.2002).

בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים
פ"ד נז(1) 419 השופט י' אנגלרד

מיני-רציו:

* משפחה – הורות – כזכות

זכותה של אישה להיות אם במסגרת של משפחה חד-הורית – הסיוע שנותנת המדינה למשפחות חד-הוריות – עשיית הסכם פונדקאות על-ידי אישה שאין לה בן-זוג – האם אפשרית לפי [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1996 – האם מפלה החוק לרעה אישה שאין לה בן-זוג.

* משפחה – הורות – פונדקאות

התנייתו של אישור להסכם פונדקאות בהיות ההורים המיועדים בני-זוג – האם מפלה לרעה אישה שאין לה בן-זוג המבקשת לעשות הסכם פונדקאות – תכליתו של [חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1996 – האם יתערב בית-המשפט בהפליה שיוצר החוק.

* משפט חוקתי – חוקי יסוד – [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)

ביקורת שיפוטית על חוק מפלה – הימנעות מהתערבות בחוק למרות ההפליה – הימנעות מהתערבות ב[חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד היילוד\)](#), תשנ"ו-1996 – המפלה לרעה נשים ללא בן-זוג החפצות בתהליך הפונדקאות.

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)