



אוניברסיטת תל אביב

הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

## שני אבות ורחם

פונדקאות לזוגות הומואים – מימוש הזכות להורות או פגיעה  
בנשים?

גוף, מגדר ומשפט

ד"ר יופי תירוש

מגיש : גיא ארד

תאריך הגשה : 15.9.2011

מספר מילים : 14,964

## תוכן עניינים

3	א. פתח דבר
5	ב. הורות ופונדקאות: סקירת הדין המצוי
5	1. הזכות להורות בראי המשפט הישראלי
8	2. הורות של שני גברים בישראל
10	3. פונדקאות
10	תופעת הפונדקאות
11	פונדקאות בישראל
11	הרחבת הנגישות לפונדקאות בישראל
14	פונדקאות עבור זוגות גברים בישראל
18	ג. בחינת הקונפליקט: הזכות להורות מול טענת הניצול
18	1. פונדקאות בראייה פמיניסטית
18	התנגדות פמיניסטית להתרת פונדקאות
19	הפונדקאות כזנות
22	התנגדות פמיניסטית להרחבת הפונדקאות גם לזוגות גברים
23	2. טענות זוגות הגברים בעד ההרחבה
28	3. בחינת ההתנגשות בין הצדדים
31	4. פתרונות
35	ד. סיכום ומסקנות
36	ה. רשימת מקורות- ביבליוגרפיה:

## א. פתח דבר

בימים אלו מתכנסת וועדה ציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל. בין היתר אמורה הוועדה לתת את דעתה לנושא נגישות של תאים משפחתיים שונים וביניהם תאים משפחתיים חד-מיניים, לטכנולוגיות פרייון כגון פונדקאות.<sup>1</sup>

במקור, טכניקת הפונדקאות נועדה לפתור את מצוקתו של זוג הטרוסקסואלי נשוי, אשר האישה אינה מסוגלת ללדת בשל בעיה רפואית ואשר זקוקה ל"חליפה" שתישא במקומה את העובר בשלב ההיריון.<sup>2</sup> מצוקה זו של אישה שאינה מסוגלת ללדת מוכרת עוד מימי המקרא כבעיה קשה אשר ניתן לפתורה באמצעות שפחה שתהרה במקום האישה העקרה. כך בספר בראשית מתואר כיצד שלחה שרי את אברהם לעבר את שפחתו המצרייה ואילו רחל אשר קינאה באחותה בלהה שהצליחה להרות ליעקב, הציעה לו כי בלהה תלד בנים גם עבורה.<sup>3</sup>

עם ההתפתחות הרפואית והשינויים הטכנולוגיים, התאפשרה תופעת הפונדקאות על ידי הפריה מלאכותית של זרע וביצית מבעל ואישה והשתלתם ברחמה של אישה אחרת- האם הפונדקאית עמה מתקשר הזוג בהסכם לשם הסיוע בהליך ההיריון (להלן: "האם הפונדקאית" או "האם הנושאת").<sup>4</sup>

טכניקה זו נדונה רבות במהלך השנים על שלל האספקטים השונים שלה- חברתיים, הלכתיים, אתיים, מוסריים ומשפטיים והיא נחשבת לטכניקה שנויה במחלוקת המעוררת דיונים באשר להתרתה ולהגבלות אשר יש להחיל עליה. בישראל, מותרת הפונדקאות מאז שנת 1996 בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים<sup>5</sup> אשר מתייחס לחלק מאספקטים אלו ומסדיר אותם.<sup>6</sup> כך, בחלקו הראשון מתייחס החוק להסכם אשר נחתם בין הזוג המזמין לבין האם הפונדקאית ולמיהות הצדדים ובחלקו השני למעמד היילוד ולקשר המשפטי של ההורים אליו.

מאז חקיקת החוק עברו 15 שנים אשר במהלכן התרחשו שינויים רבים בחברה ובמשפט ביחס למוסד ההורות והמשפחה. בשל שינויים חברתיים ובעקבות השינויים הטכנולוגיים ומדיניות הפרייון הנדיבה בישראל,<sup>7</sup> התרחבה ההכרה המשפטית בזכות להורות, בתי המשפט החילו אותה ביתר שאת והעניקו לה מעמד עילאי. שינוי נוסף שחל בשנים האחרונות הוא במודל המשפחה הישראלית. עם חקיקת חוק הפונדקאות, ראה המחוקק הישראלי לנגד עיניו את אותם זוג הורים, הטרוסקסואליים נשואים שאין ביכולתם להביא ילד לעולם מסיבות רפואיות. כיום, עולה המספר של תאים משפחתיים חדשים בנוף הישראלי וניתן למצוא יותר זוגות גברים או נשים רווקות המבקשים לממש את זכותם להורות ולהסתייע בהליך הפונדקאות.

בעבודה זו אתמקד בבקשתם של זוגות גברים לנגישות לשירותי הפונדקאות בישראל ובהשלכות הצפויות להרחבת נגישות זו.

<sup>1</sup> הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל, ראו אתר משרד הבריאות:

<http://www.health.gov.il/pages/default.asp?maincat=1&catid=6&pageid=5171>.

<sup>2</sup> דורית שפירא, יוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", התשנ"ו 1996: המצוי והרצוי", **רפואה ומשפט**, גיליון 36, 19, עמ' 20 (2007) (להלן: "דורית שפירא ויוסף שפירא").

<sup>3</sup> סיפור אברהם ושרי מופיע בספר בראשית, פרק י"א; סיפור רחל ובלהה מופיע בספר בראשית פרק ל'; שם, שם.

<sup>4</sup> שם, שם.

<sup>5</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו 1996 (להלן: "חוק הפונדקאות").

<sup>6</sup> דורית שפירא ויוסף שפירא, ראו ה"ש 2, עמ' 24.

<sup>7</sup> בהמשך העבודה אבחן את מדיניות זו.

דרך ארוכה עברה הקהילה ההומו-לסבית בעשורים האחרונים. מקהילה מחתרית הנעה מתחת לרדאר החברתי, הפכה לקהילה נראית ונוכחת בתחומים השונים בחיי החברה. צבא, פוליטיקה ושוק העבודה הם רק חלק מהתחומים בהם נאבקה הקהילה ההומו-לסבית לשוויון, השיגה את מבוקשתה וחוללה שינוי תודעתי עמוק. בשנים האחרונות, סימנה הקהילה ההומו-לסבית יעד נכסף נוסף בדרך לשוויון- ההורות.<sup>8</sup>

כאמור, בישראל קיימת מדיניות עידוד ילודה והמדינה נוקטת ביד רחבה כלפי זוגות המבקשים לממש את זכות זו. זוגות הגברים הטוענים לשוויון מבקשים להסתייע בשירותי הפונדקאות המוסדרים בחוק אשר במתכונתו הנוכחית מונע מהם נגישות זו.

טענה זו היא אחת הסיבות שנושא הפונדקאות עלה מחדש לדיון הציבורי ואשר דרש את הקמתה של הוועדה האמורה אשר תדון בהשלכות הצפויות להרחבת נגישות זו.

אחת מהטענות אשר צפויה להישמע כטענת נגד להרחבה זו היא טענה פמיניסטית הרואה בפונדקאות הליך "מחפיץ" נשים, מנצל את גופן ופוגע באוטונומיה שלהן. טענה זו משווה את הפונדקאות לזנות ורואה בה כעוד דרך בה מנוצל גוף האישה בכדי לממש צרכים ורצונות של אחרים. לכן, לפי גישה זו, יש לפעול לאיסור תופעת הפונדקאות בחוק ולמניעת כל הרחבה של הנגישות אליה מאחר והרחבה שכזו תחריף את הפגיעה בנשים הפונדקאות ותעניק גושפנקא חוקתית לתופעה שנויה במחלוקת.

בחיבור זה, ברצוני לבחון את נקודת המפגש של שתי הטענות – מחד, זוגות גברים הרואים בפונדקאות כפתרון היחידי להגשמת חלוםם לילד ומאידך, הטענה הרואה בפונדקאות מעשה פסול אשר הרחבתו בחוק לזוגות גברים תהפוך אותו להליך שגרתי ומקובל. קונפליקט זה חושף לטעמי התנגשות מרתקת בין ערכים משום שבשני צידיו קיימות קבוצות חלשות העשויות לחלוק תפיסות עולם מסוימות אך בד בבד ככל שמדובר בסוגיה הנדונה, האחת טוענת לשוויון ולהורות בעוד השנייה טוענת כי שוויון זה יחריף את הכפפתה ופוגע באופן עקיף בשוויונה.

בחלקו הראשון של החיבור אפרוס את טענותיהם של שני הצדדים הנ"ל ובחלקו השני אנסה ליישב ביניהם את המחלוקות ולהציע פתרונות אפשריים לקונפליקט.

בפרק ב' אסקור את המצב המשפטי הקיים בישראל. אחל בבחינת מעמדה של הזכות להורות, אעבור להכרה בתא המשפחתי החד-מיני ואסקור את האפשרויות העומדות בפני זוג גברים הרוצה להרחיב את משפחתו ולהביא ילד לעולם. לאחר מכן, אבחן את תופעת הפונדקאות. ברצוני להראות כיצד הפכה הפונדקאות מהליך קצה הנועד לפתור מספר מקרים בשנה להליך שגרתי ונפוץ להבאת ילדים לעולם. אבחן גם את אפשרות הרחבת הנגישות לזוגות הגברים ועל ההתנגדויות הצפויות להרחבה זו.

בפרק ג' אעבור לבחינת הקונפליקט וההתנגשות שבין הצדדים. ראשית, אערוך השוואה בין פונדקאות לזנות ואתמקד בהתנגדות הפמיניסטית להרחבת הנגישות לזוגות גברים. שנית, אבחן את טענותיהם של זוגות הגברים בעד ההרחבה ושלישית, אבחן את ההתנגשות בין הטענות תוך הקבלה למקרה נוסף של דרישה לשוויון הפוגעת במיעוט אחר.

לסיום, בפרק ד' אציע מספר פתרונות לאיזון בין הטענות ולמציאת מדיניות ראויה שתבטיח פגיעה מינימאלית בכל אחד מן הצדדים.

<sup>8</sup> לפי מחקר שנערך לאחרונה בקרב הומואים ולסביות, 60% מכלל הנשאלים העידו על כך שברצונם להיות הורים: "לקראת כנס משפחות הקשת: 60% מהקהילה הגאה בארץ רוצים להיות הורים", זמין באתר: <http://www.thepulse.co.il/index.php/201101236116/60.html>, (23.1.11).

## ב. הורות ופונדקאות: סקירת הדין המצוי

### 1. הזכות להורות בראי המשפט הישראלי

רבות נכתב ונאמר על הזכות להורות. עוד מימי המקרא כבר בסיפור משפט שלמה<sup>9</sup> ניתן למצוא התערבות של החברה במסגרת המשפחתית ובאוטונומיה ההורית<sup>10</sup>. לזכות להורות קיימים שני שלבים משמעותיים בחיי משפחה: הזכות להעמיד צאצאים והזכות לגדלם. זכויות אלו נחשבות לזכויות יסוד הנגזרות מהזכות להקים משפחה שנחשבת לתא היסוד של חיי החברה. בניגוד למשפט האמריקאי, אין בישראל חקיקה מפורשת המכירה בזכותו של אדם לתכנן את משפחתו וכן, אין הגדרה משפטית חוקית למושג "משפחה"<sup>11</sup>. לרוב ההתייחסות למושג "תא משפחתי" נסמכת על מסורת, חיברות ודת<sup>12</sup>. כיום, עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>13</sup> הזכות נחשבת יסודית, ניתנת לכל אדם והיא קיבלה מעמד חוקתי עילאי כנגזרת מן הזכויות לכבוד ולפרטיות:

*"בתחומיה של הזכות לכבוד האדם ניצבת זכותו של האדם למשפחה ולהורות (כג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים)... הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרונות האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה..."<sup>14</sup> (ההדגשות אינן במקור והוספו על ידי, ג.א).*

חוק היסוד מעלה על נס את זכותו של אדם לבחור את התא המשפחתי שהוא מעוניין להשתייך אליו ולבטא את האוטונומיה שלו ובא לידי ביטוי גם בפסיקה:

*"בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו."<sup>15</sup>*

יתרה מכך, הזכות הינה מקיפה ורחבה ומכירה בצורך האדם להביא ילדים לעולם אף שהדבר נבצר ממנו מסיבות ביולוגיות:

*" הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ. לפי גישה זו, ראוי לאפשר הגדרה רחבה יחסית להיקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות, תוך*

<sup>9</sup> אירוע המתואר בספר מלכים א', פרק ה' בו נדרש המלך שלמה להכריע למי מבין שתי נשים שייך תינוק.  
<sup>10</sup> מירי בומבך ורוני שקד "מהפכה במוסד 'הזכות להורות' - תמורות בחברה הישראלית- דיון בסוגיית ההורות ההומו־לסבית", *רפואה ומשפט* כו, 121 (תשס"ב-תשס"ג) (להלן: "בומבך ושקד").  
<sup>11</sup> כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", *מעמד האישה בחברה ובמשפט*, 503-512, תשנ"ה.  
<sup>12</sup> אירית רוזנבלום "משפחה תחת אזהרה", *פנים: כתב עת לתרבות, חברה וחינוך*, 19, 36-42, 2002.  
<sup>13</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.  
<sup>14</sup> סעיף 12 לפסק-דינה של *השופטת פרוקציה בבג"צ 2245/06 דוברין נ' שב"ס*, פד"י לה (1) 536, 546.  
<sup>15</sup> ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נא (1) 16 בפסקה 10.

התאמת היקף ועוצמת ההגנה החוקתית שתיתן לזכות האמורה בהקשרים שונים, בהתנגש עם זכויות ואינטרסים נוגדים<sup>16</sup>

מאז מתן מעמד רם זה לזכות להורות עסק בית המשפט רבות בשאלת מימוש הזכות וקיבע את הסטאטוס העילאי לה היא זוכה. כך, בפרשת **דוברין**<sup>17</sup> דחה בג"צ את העתירה שדרשה למנוע מיגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל ומרעייתו, להביא ילדים לעולם וקבע כי זכותו של אסיר להורות ולמשפחה הינה זכות אדם חוקתית. במקרה נוסף<sup>18</sup>, סטה בג"צ מכללי האימוץ וקבע כי במקרים מיוחדים המצדיקים זאת, ניתן לאמץ ילד מחו"ל אף אם הפרש הגילאים בינו לבין ההורים עולה על 48 שנה.

הזכות להורות הינה יחסית בדומה לכל זכות חוקתית. חוק היסוד מכיר באפשרות לפגוע בזכויות היסוד של אדם ובלבד שהפגיעה תעמוד במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק<sup>19</sup>. מבחנים אלו מתנים את הלגיטימיות החוקתית של הפגיעה בכך שתעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, וכי תתיישב עם ערכי המדינה, תהיה לתכלית ראויה ומידתית. ככל שמעמדה של הזכות החוקתית רם יותר, כך יידרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגרוע מן הזכות או לשוללה ולכן בכדי לפגוע בזכותו להורות של אדם נדרש אינטרס חזק במיוחד<sup>20</sup>.

הזכות להולדה טומנת בחובה שני אספקטים עיקריים: האספקט השלילי, דהיינו, הזכות שלא להוליד ילדים באמצעות הפסקת הריון ומניעתו, והאספקט החיובי המאפשר לבחור כיצד ובאיזו דרך להוליד ילדים (יחסי מין, אימוץ וכו')<sup>21</sup>.

העיסוק בזכות להורות ובפרט באספקט החיובי שלה גבר בשנים האחרונות והתפשט לכיוונים נוספים בשל ההתפתחות הרפואית והטכנולוגית אשר פתחה אפשרויות הולדה והבאת ילדים לעולם בדרכים שלא היו קיימות קודם לכן. טכניקות ההולדה החדשות כוללות בין היתר שימוש בתרומת זרע, תרומת ביציות והליך פונדקאות. טכניקות אלו נועדו במקור עבור זוגות הטרנסקסואליים נשואים אשר אינם מסוגלים מסיבות ביולוגיות וגנטיות להביא ילדים תוך שימוש בגופם ובאיבריהם בלבד. התפתחות הטכניקות החדשות העלתה לדיון הציבורי שאלות מוסריות ומשפטיות רבות<sup>22</sup>. בישראל, אחת הסוגיות נוגעת להיבט ההלכתי בשל חשיבות הדין הדתי בנושאי משפחה ודין אישי. שאר הסוגיות נוגעות בהתערבות המדינה במתן האישור לשימוש בטכניקות לאוכלוסיות השונות ובהקצאת המשאבים לחברה עבורן. עם השנים, התפשט השימוש בטכניקות גם לאוכלוסיות שאינן נמנות עם המשפחה המסורתית של גבר ואישה נשואים וכך למעשה נוצרו מודלים משפחתיים חדשים. לעיתים, הטכניקות החדשות מביאות להגדלת מספר המעורבים בתהליך ההולדה וההורות ולכן, נדרשת בחינה מחודשת של היקף הזכות להורות והגדרה מחודשת של מוסד ההורות אשר ביסודו הבחנה בין ההורות המשפטית להורות הביולוגית<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> ס' 3 לפסק דינה של השופטת בייניש בבגצ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (לא פורסם, 24.3.2009).

<sup>17</sup> בג"צ 2245/06 דוברין נ' שב"ס.

<sup>18</sup> בג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, (לא פורסם, 24.3.2009).

<sup>19</sup> ס' 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב.

<sup>20</sup> בומבך ושקד, ראו ה"ש 10, עמ' 124.

<sup>21</sup> שם, עמ' 121.

<sup>22</sup> שם, שם.

<sup>23</sup> לדוגמה בס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות נאמר כ"ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים", מצב לא תואם את המציאות המדעית המתקדמת.

פרשת נחמני<sup>24</sup> הינה דוגמה למקרה בו נבחנה מחדש היקפה של הזכות תוך דיון בהתנגשות אינטרסים בין בני זוג ובאיזון בין הזכות להיות הורה לזכות שלא להיות הורה בכפייה. במקרה זה, דובר בבני-זוג שערכו טיפולים רפואיים במהלכם שאבו לאישה ביציות שהופרו בזרעו של האב. בני הזוג התגרשו טרם השלמת ההליך, האישה דרשה להשתיל את הביציות בגופה של אם פונדקאית והבעל התנגד. בית המשפט, בהרכב נדיר של אחד עשרה שופטים, נעתר ברוב דעות לבקשתה של האישה בשל התחשבות בסבלה הרב ובסיכוייה הנמוך להרות שוב. השופט טל טען כי הזכות היסודית להורות גוברת על אי הנוחות שבהורות כפויה, במיוחד שמדובר במצב בו תגרם דה פקטו עקרות לאישה. הנה כי כן, בית המשפט משרטט מחדש את גבולות הזכות להורות ומרחיב אותן באמצעות השימוש בטכניקות ההולדה החדשות.

מקרים נוספים בהם הורחבו גבולות הזכות להורות ונעשה שימוש בטכניקות החדשות על מנת לממשה:

פלוני נ' שירותי בריאות כללית<sup>25</sup> - אזרח ישראלי הסובל מספירת זרע נמוכה שפוגעת ביכולתו לפרוץ. על מנת להביא ילדים לעולם, בני הזוג נדרשים לעשות שימוש בהפריה חוץ-גופית. המערער, הזכאי למימון הטיפולים בהיותו "חולה" מבוטח קופת החולים טען כי על הקופה לשאת במימון הטיפולים גם בגופה של אשתו שאינה תושבת ישראל ואינה מבוטחת הקופה. בית הדין הארצי לעבודה חזר על כך שהזכות להורות הינה זכות יסוד טבעית מולדת טבועה באדם וקבע כי הוא מכיר בחשיבות הגשמת הזכות שלא בדרך הטבע. בית הדין קבע כי משנמצא המבוטח זכאי למימון הטיפולים, מתייתרת דרישת התושבות של בת זוגו ויש לממן את הטיפולים גם בגופה. בכך קובע בית הדין כי מניעת המימון פוגעת אפוא בזכותו החוקית הגרעינית של המערער להורות.

"משפחה חדשה" נ' היועץ המשפטי לממשלה<sup>26</sup> - בית המשפט אישר את בקשתה של אישה רווקה בת 40 לעשות שימוש בזרע של גבר שאותו לא הכירה ושנפטר בגיל 22 ממחלת הסרטן. בית המשפט מציין בפסיקתו את השינויים שחלו במבנה התא המשפחתי ומרחיב את ההכרה בזכות להורות למשפחות חד-הוריות בישראל. נקבע כי נקודת המוצא לפיה רק קשר נישואין יכול להעיד על הרצון בהבאת ילדים לעולם אינה בהכרח נכונה היום, נוכח השינויים הגדולים שעבר מושג המשפחה בחברה הישראלית שאף מצאו ביטוי בין כתלי בית המשפט.

חשוב לציין כי למרות שבית המשפט מדגיש בפסיקותיו שזכותו הטבעית והראשונית של אדם להביא צאצאים הינה ה"גרעין הקשה" של הזכות החוקתית לחיי משפחה והורות, הוא מציין גם כי זכות זו אינה מקימה מולה חובה משפטית של המדינה לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה ולממשה. גם בכל הנוגע לטכניקות החדשות, לא קיימת "זכות לפונדקאות" ואין בדין הוראה בדבר קיומה של חובה פוזיטיבית של המדינה לסייע בהליכים אלה.

<sup>24</sup> דנ"א 2401/95 (ע"א 5587/93) רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4), 661 (1996) (להלן: "פרשת נחמני").

<sup>25</sup> עע (ארצי) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (ניתן ביום 4.11.08).

<sup>26</sup> תמ"ש 13530/08 "משפחה חדשה" ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', (נבו, ניתן ביום 6/12/09).

## 2. הורות של שני גברים בישראל

יחס החברה והמשפט בישראל לתופעת ההומוסקסואליות ולזוגיות החד-מינית עבר שינויים רבים בעשורים האחרונים. בעבר, בפקודת החוק הפלילי המנדטורי<sup>27</sup> ובממשיך דרכו - חוק העונשין הישראלי<sup>28</sup>, משכב זכר נחשב לעבירה פלילית עם סנקציית מאסר בצידה. עם השנים, החלה להתעצב גישה חיובית יותר כלפי הומוסקסואליות ובשנת 1988 בוטל סופית הסעיף הפלילי בנוגע לתופעה. כיום, תאים משפחתיים המורכבים משני פרטים בני אותו המין הפכו לעובדה נוכחת וקיימת בחברה הישראלית. ההסבר המסורתי להצלחה של מהפכה משפטית זו מבוסס על תהליך ליברליזציה שעברה החברה הישראלית<sup>29</sup> המתבטא בחקיקת חוקי היסוד החדשים במסגרתם נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בתי המשפט פירשו את חוק היסוד כמחיל את הזכות לשוויון כחלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד וכך במקרים רבים נפתח מאבק להשוואת זכויות המגיעות לבני זוג הטרנסקסואליים גם לזוגות חד מיניים תוך הישענות על חוק יסוד זה<sup>30</sup>. כך, העניקה הפסיקה זכויות רבות המשוות את מעמדם של זוגות חד מיניים למעמד של זוגות הטרנסקסואליים.

בעניין **דנילוביץ**<sup>31</sup> המפורסם, ניתנו לבן-זוג הומוסקסואל של דייל בחברת אל-על אותן זכויות שהיו ניתנות במקרה שבו לדייל היתה אישה ידועה בציבור. פסק דין זה מהווה את אחת מנקודות השיא של השינוי ביחס להומוסקסואליים ונחשב לרגע מכונן ביחס המשפטי לקהילה. בעניין **שטיינר**<sup>32</sup> הוכרה זכותו של בן-זוג הומוסקסואל לזכויות שאירים כלפי הצבא ובכך למעשה הוכרו זכויות הנצחה. בנוסף, הוענקו זכויות ירושה<sup>33</sup> ופנסיה<sup>34</sup>, החילו את המונח "בן זוג" כמשתמע בחוק<sup>35</sup> על בת זוג לסבית שנהגה באלימות כלפי בת זוגתה<sup>36</sup> והעניקו פטור ממס שבח ומס רכישה בעת העברת בעלות בדירה בין בני זוג<sup>37</sup>. כמו כן, בעניין **בן-ארי**<sup>38</sup> הורה בית המשפט, בהסתמכו על הלכת **פונק-שליזינגר**<sup>39</sup>, לפקיד הרישום במרשם האוכלוסין לרשום כזוג נשוי, זוג חד מיני שערך מחוץ לישראל טקס נישואין אזרחי המוכר באותה מדינה. בפסיקה חדשה יותר הכיר בית הדין לעבודה בבני זוג הומוסקסואליים כידועים בציבור לצורך קביעת זכאות לקצבת שאירים למרות שהיו בבעלותם דירות נפרדות<sup>40</sup>.

כיום, החלה הרוח הליברלית לחדור גם אל תחום דיני המשפחה וההורות אם כי בזעיר אנפין ובצורה הססנית יותר. בעשורים האחרונים, עם התפתחות מעמד האישה, הקלת אפשרות הגירושין ושינוי חלוקת התפקידים בספירות הפרטית והציבורית, יסודות המשפחה – הזוגיות וההולדה עברו שינויים רבים. שינויים אלו, לצד ההתפתחות הרפואית והטכנולוגית ערערו את יסודותיו של

<sup>27</sup> פקודת החוק הפלילי, 1936.

<sup>28</sup> סעיף 347 (ג) לחוק העונשין, תשל"ז 1977.

<sup>29</sup> אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", **המשפט: כתב עת לענייני משפט**, 12: 19-10, 90-92, 2001.

<sup>30</sup> ח' גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" - השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על-ידי זוג חד-מיני", **המשפט** ז' 217, 238, תשס"ב, (להלן: "גולדשמידט").

<sup>31</sup> בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765 (1994), (להלן: "עניין דנילוביץ").

<sup>32</sup> בג"צ 5398/96 שטיינר נ' שד הבטחון (תקדין-עליון 97 (1) 244 (1997)), (להלן: "עניין שטיינר").

<sup>33</sup> ע"א 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועמ"ש במשרד האפטרופס הכללי, (נבו, ניתן ביום 11/11/2004).

<sup>34</sup> ע"ב (תי"א) 3816/01 פטריק לוי נ' מבטחים, (טרם פורסם, ניתן ביום 25.6.2011).

<sup>35</sup> החוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א 1991.

<sup>36</sup> תמ"ש 32520/97 פלונית נ' אלמונית, (טרם פרסם, ניתן ביום 2.6.1997).

<sup>37</sup> ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבח, דינים עליון סה, 746 (2004).

<sup>38</sup> בג"צ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק-על 2006 (4) 1725 (2006) (להלן: "עניין בן-ארי").

<sup>39</sup> בג"צ 143/62 פונק שליזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (להלן "הלכת פונק שליזינגר") - בו ההכרה הניתנת הינה לצורכי "רישום" בלבד ולא הכרה מהותית.

<sup>40</sup> ק"ג (תי"א) 3438/09 דניאל אדרי נ' עיריית תל אביב, (טרם פורסם, ניתן ביום 16.8.2010).



ההסדר הנורמטיבי האחיד והמסורתי שקיבל רק סוג אחד של משפחה. כיום, ניתן לראות יותר מודלים שונים של משפחות חד הוריות ואמהות לא נשואות מתוך בחירה, לצד מודלים של זוגיות ללא הורות מתוך בחירה. במקביל, התפתח מוסד הידועים בציבור כך שזוגות רבים חיים ללא נישואין וזוכים לזכויות שוות ערך. מנקודה זו ומנקודת השינוי ביחס לתופעת ההומוסקסואליות נסללה הדרך להכרה בתאים משפחתיים חד מיניים ובהורות בתוך תא משפחתי שכזה<sup>41</sup>.

בעבודה זו, בשל ההתמקדות בנושא הפונדקאות, אסקור רק את האפשרויות להורות של שני גברים ולא אבחן את אופציות ההורות של זוג נשים, שברוב המוחלט של המקרים אינן זקוקות לאפשרות זו לצורך הבאת ילדים לעולם.

עבוד זוג גברים הרוצה להרחיב את משפחתו ולממש את זכותו להורות עומדות האפשרויות הבאות: **ראשית**, קיימת האפשרות של יצירת הורות משותפת ללא יחסי זוגיות עם אישה כהיקשרות במטרה להביא ילד לעולם. ישנם גברים הומואים הבוחרים להביא ילד לעולם עם חברה טובה או עם זוג לסביות. במקרים אלו למעשה, מודל המשפחה מורחב ומעוצב כך שלילד יש יותר משני הורים שמגדלים אותו ולזוג הגברים אין הורות בלעדית.

**שנית**, בן זוג שאינו אב ביולוגי יכול לאמץ את ילדו הביולוגי או המאומץ של בן הזוג השני וכך למעשה השניים רשומים כאבות לאותו הילד. הליך שכזה קרוי "אימוץ קרובים" המוסדר בסעיף 13(1) לחוק אימוץ ילדים<sup>42</sup>. בשנים האחרונות נרשמו שני תקדימים משפטיים בבג"צ הנוגעים לסוגיה זו ושהביאו לשינוי במדיניות אימוץ הקרובים כיום:

בעניין **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**<sup>43</sup> בג"צ קיבל את עתירתן של זוג לסביות והורה למשרד הפנים לרשום במרשם האוכלוסין כתקף את צו האימוץ שקיבלו בקליפורניה לילדה הביולוגי של אחת מהן. בג"צ עשה זאת שוב ברוח הלכת פונק-שלזינגר<sup>44</sup> ולא הכיר בצורה מפורשת במסגרת של תא משפחתי חד-מיני ובזכותן של בנו הזוג לאימוץ הילד.

כמה שנים מאוחר יותר, הגיע לפתח בית המשפט העליון עניין **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**<sup>45</sup>. בעניין זה בית המשפט קבע כי ניתן להעניק לבנות הזוג צו אימוץ הדדי כך שכל אחת תאמץ את הילדים הביולוגיים של האחרת. בפסק הדין נמנעו בנות-הזוג מבקשה לאימוץ קרובים לפי סעיף 13(1)<sup>46</sup> לחוק וביקשו מבית המשפט להעניק את צו האימוץ לפי סעיף 3(2) לחוק<sup>47</sup> המאפשר למאמץ יחיד שאינו נשוי לאמץ ילד שהוא קרוב אליו לאחר שהורי הילד נפטרו. בנות הזוג נעזרו בסעיף 25(2) לחוק המאפשר לבית המשפט לחרוג מהדרישה שההורה נפטר ולהעניק צו האימוץ כשההורה עדיין בחיים.

בשנת 2008, בעקבות פסק הדין הנחה היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, כי יש להכיר בבני זוג מאותו המין כ"בני זוג" לעניין אימוץ קרובים וכך למעשה אפשר לזוגות חד מיניים להגיש בקשה

<sup>41</sup> גולדשמידט, ראו ה"ש 22, 217.

<sup>42</sup> חוק אימוץ ילדים, התשמ"א 1981 (להלן: "חוק האימוץ").

<sup>43</sup> בג"צ 1779/99 **ברנר-קדיש נ' שר הפנים**, פ"ד נד(2) 368, (2000). (להלן: "עניין ברנר-קדיש").

<sup>44</sup> פונק-שלזינגר, ראו ה"ש 39.

<sup>45</sup> ע"א 10280/01 **ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(5) 64 (להלן: עניין ירוס חקק").

<sup>46</sup> סעיף 13(1) לחוק האימוץ, ראו ה"ש 42.

<sup>47</sup> סעיף 3(2), ש.ם.

לאימוץ זה דרך סעיף (1)3 לחוק<sup>48</sup>. עוד נקבע, כי בנסיבות מתאימות, כאשר זוהי טובת הילד המאומץ, ניתן גם להסכים לבקשות של בני זוג מאותו המין לאמץ ילד שאינו ילדם של אחד מבני הזוג, וכי השרות למען הילד רשאי גם למסור לאימוץ ילד לזוג בני אותו המין, בנסיבות בהן ניתן היה למסרו לאימוץ לאדם יחיד ובכפוף לשיקולי טובת המאומץ כמקובל.

**שלישית**, קיימת אפשרות הפונדקאות בה אתמקד בעבודה זו. עבור זוג גברים הרוצה להביא ילדים לעולם ביחד, בשל המגבלות הביולוגיות, טכניקת הפונדקאות הינה הדרך היחידה בה יוכלו לממש את שאיפתם להביא ילד לעולם, הקשור גנטית לאחד מהם והמגודל בלעדית על ידי שניהם. בפרק הבא אסקור את הסדר הפונדקאות בישראל כיום ואת יחסו כלפי זוגות חד-מיניים.

### **3. פונדקאות**

#### **תופעת הפונדקאות**

טכניקת הפונדקאות נחשבת למורכבת ביותר מבין טכניקות ההולדה המלאכותיות ובנוסף להליך המסובך מבחינת ביצועית, הנושא מעורר סוגיות חברתיות, אתיות, מוסריות, הלכתיות ומשפטיות רבות<sup>49</sup>. השאלה אם להתיר או לאסור הסדרי פונדקאות הינה שאלת מדיניות והיא מעוררת סוגיות רבות אשר נלקחות בחשבון<sup>50</sup>. בין היתר עולות שאלות גבולות המותר – באילו תנאים ונסיבות נאפשר פונדקאות? האם יש להתיר תשלום לאם הנושאת ואם כן, האם יש תקרת תשלום? בנוסף, נוצרים יחסים בין שני צדדים אותם יש להסדיר – מה מעמדם המשפטי של הצדדים בזמן ההיריון? כיצד משתנה המעמד לאחר הלידה? כיצד יוכרעו סכסוכים בין הצדדים? מי היא האם של העובר? מה משמעות הקשר הגנטי של האם הגנטית לעומת הקשר הפיזיולוגי של האם הנושאת?

עד סוף שנות השבעים של המאה העשרים, מושג הפונדקאות לא היה קיים והדרך היחידה בה נשים יכלו להתעבר היתה באמצעות קיום מגע מיני כדרך הטבע<sup>51</sup>. השינויים בטכנולוגיה וברפואה, הביאו כאמור לפריצות דרך בתחום ההולדה וטכניקות חדשות של הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית החלו להופיע יותר ויותר בחברה. שינויים אלו סללו את הדרך עבור הרעיון לפיו ניתן יהיה לבצע "שימוש" ברחם של אישה לצורך הריון ולידה של זוגות אחרים שיהיו הורי הילד שיוולד. כך, האם הפונדקאית נושאת ברחמה את העובר אשר נוצר מזרע ומביצית של ההורים המזמינים.

תחילה, נודע בעולם על הסכמי פונדקאות מסורתית בה הילד קשור גנטית לאם הנושאת ומאוחר יותר בעקבות התפתחות הטכנולוגיה של הפריה חוץ-גופית נפתחה האפשרות של פונדקאות מלאה בה לאם הנושאת אין כל קשר גנטי לילוד. התופעה הלכה והתפשטה בעולם המערבי וזוגות רבים בעולם המערבי כרתו הסכמים שכאלה עם פונדקאית כאשר ההסכמים מבטאים בעיקר את צרכיהם ודרישותיהם מהאם על מנת להבטיח את תקינות ההיריון ואת בריאותו של העובר<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> הוראת היועץ המשפטי לממשלה באתר משרד המשפטים - <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/imuz.htm> (9.12.10).

<sup>49</sup> דורית שפירא, יוסף שפירא, ראו ה"ש 2, עמ' 20.

<sup>50</sup> כרמל שלו "הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי, הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ גופית", הקיבוץ המאוחד, 191-215, 1996, (להלן: "שלו, הסדרים").

<sup>51</sup> נופר ליפקין ואתי סממה, "פונדקאות בישראל, תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה", דו"ח שנכתב כחלק מפרויקט "נשים וטכנולוגיות רפואיות" בארגון "אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה", זמין ב:

[http://www.isha.org.il/upload/file/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%93%D7%A7%D7%A1/surrogacy\\_web.pdf](http://www.isha.org.il/upload/file/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%93%D7%A7%D7%A1/surrogacy_web.pdf) (להלן: "ליפקין וסממה").

<sup>52</sup> שם, עמ' 14.

רוב המדינות במערב התמקדו באישור או ביטול ההסכמים הפרטיים אולם באף מדינה לא נעשה ניסיון ליצור הסדר חדש בחוק אשר יהפוך את מודל ההורות החדש למפוקח והוגן יותר לכל הצדדים. מתוך מחשבה כי הליך הפונדקאות מביא להחפצת גוף האדם ומביא לסחר בילדים מדינות רבות אסרו את ההליך וחלקן התירו אותו אך תחת הגבלות חמורות.

פרשה מפורסמת המבטאת את הדילמות הרבות שבהליך הינה פרשת בייבי M<sup>53</sup> בארה"ב בה האם הנושאת התחרטה לאחר הלידה וסירבה למסור את התינוק להורים המזמינים. בית המשפט הכריע כי הסכם פונדקאות נוגד את תקנת הציבור ולכן לא ניתן לאכוף על האם הנושאת למסור את התינוק.

### פונדקאות בישראל

במשך שנים החקיקה בישראל לא התייחסה לנושא הפונדקאות ובשנת 1987 העניין נאסר בחקיקת משנה<sup>54</sup> באופן מוחלט. במסגרת דיון בפרשת נחמני<sup>55</sup> הוסכם כי תמונה וועדה לבחינת הנושא. בשנת 1991 הוקמה וועדת אלוני<sup>56</sup> אשר הגישה את מסקנותיה והמלצותיה ב-1994. בשנת 1996 נחקק חוק הפונדקאות המסדיר את הנושא בחקיקה ראשית. בכך, הפכה ישראל לאחת המדינות הראשונות בעולם שהתירו פונדקאות בחקיקה. ניתן לשער כי הדבר נובע מהיותה של ישראל מדינה מעודדת הורות המקדשת פרוין והולדה ומסרבת להשלים עם עקרונות ועם בחירה באל-הורות<sup>57</sup>. מעת החלת החוק ועד סוף שנת 2009, התקבלו בוועדה כ-655 בקשות לקבלת אישור לביצוע הליך פונדקאות<sup>58</sup>. מתוכן, כ-82% אושרו על ידי הוועדה. כתוצאה מהליכים אלו, נערכו בישראל כ-208 לידות מאם פונדקאית בהם נולדו כ-265 ילדים.

כאמור, לחוק הפונדקאות אספקטים רבים והוא מתמקד ביצירת המנגנון הרשאי לאשר את תוקפם של הסכמים לנשיאת עוברים. בחלקו הראשון של החוק הוא עוסק בהסכם הפונדקאות ובחלקו השני במעמד היילוד וההורות לגביו. החוק מתנה את תוקף ההסכם שבין הצדדים בקבלת אישור וועדה אשר תפקידה לבחון את תקינותו. בנוסף, מובאים בחוק בחשבון השיקולים הבאים: מיהות הצדדים להסכם – האם הנושאת וההורים המזמינים, הקריטריונים בהם נדרשים לעמוד, מעמדם המשפטי של הצדדים להסכם, הסדרת תיווך ואיסור על סחר, ענייני תשלום ופיצוי לאם הנושאת, מעמדה המשפטי לאחר הלידה ועוד. בשל קוצר היריעה, לא ארחיב על כלל ההיבטים אותם מבקש החוק להסדיר ואתמקד בסוגיית הנגישות הקיימת ואפשרות הרחבתה לזוגות גברים.

### הרחבת הנגישות לפונדקאות בישראל

חוק הפונדקאות מוחל על כל הסכמי הפונדקאות בישראל ואוסר על ביצוע הליך פונדקאות שלא במסגרת החוק<sup>59</sup>. בסעיף 2 לחוק<sup>60</sup>, המעניק מעמד מחייב להסכם, נקבעת זהותם של הצדדים לו:

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

<sup>53</sup> Re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)

<sup>54</sup> תקנה 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) תשמ"ז, 1987 קבעה כי לא תושלת ביצית מופרית אלא באישה שתהיה אם היילוד.

<sup>55</sup> פרשת נחמני, ראו ה"ש 24.

<sup>56</sup> "הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת נושא של הפריה חוץ גופית"

<sup>57</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 18.

<sup>58</sup> שם, עמ' 29.

<sup>59</sup> סעיף 7 לחוק הפונדקאות, ראו ה"ש 5.

<sup>60</sup> סעיף 2, שם.

סעיף 1 לחוק<sup>61</sup> מגדיר את מיהות הצדדים וקובע כי "הורים מיועדים" הינם איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד. באשר לזהות האם הנושאת, סעיף 2(3)<sup>62</sup> לחוק קובע כי עליה להיות לא נשואה ואינה קרובת משפחה של אחד מן ההורים המיועדים. בנוסף, סעיף 2(5)<sup>63</sup> קובע כי על האם הנושאת להיות בת דתה של האם המיועדת.

אם כן, ההורים המזמינים צריכים להיות איש ואישה שהם בני זוג. החוק אינו דורש נישואין בין בני הזוג ועל כן נראה כי גם ידועים בציבור זכאים להיכנס תחת החוק. כפי שניתן להבין מהגדרה זו, זוגות חד מיניים אינם נמצאים במעגל הזכאים לשירותי פונדקאות בנוסף לגברים ונשים רווקים ורווקות המעוניינים להביא ילד לעולם והדבר נבצר מהם עקב בעיה רפואית או בשל העובדה שאינם נמצאים בזוגיות. נראה כי בעת חקיקת החוק, עמדה אל מול עיניו של המחוקק מצוקתם של זוגות הטרוסקסואליים, ללא ילדים, אשר מתקשים לממש את זכותם להורות.<sup>64</sup>

בדיון שנערך בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת במסגרת הכנת החוק לקריאות שנייה והשלישית<sup>65</sup>, ציין ח"כ יוסי כץ, יו"ר הוועדה, את זכויות האם הפונדקאית ואת החשש מפני מצב שבו היא תהפוך ל"רחם להשכיר" לכן, הזכיר כי מטרתו היא לפתור מקרי קצה ולסייע למשפחות מאוד מסוימות:

"החוק הזה נועד להסדיר בעיה כאובה של משפחות שבהן האשה, בת הזוג, איננה יכולה, מסיבה רפואית, לשאת היריון, או שיש סכנה משמעותית לבריאותה כתוצאה מהיריון".<sup>66</sup>

מעבר למסגרת הזכאות המצויה בחוק הפונדקאות, ועדת האישורים שהוקמה על פיו, קבעה לעצמה הנחיות עבודה לקביעת ההסכמים אותם היא תאשר. הוועדה שינתה את הנחיותיה מספר פעמים בעקבות ערעורים שהוגשו על מקרים שהגיעו לפתחה ונדחו. הרחבות אלו כללו העלאת הגיל המקסימאלי של בני הזוג המזמינים והתרת פונדקאות לזוג שכבר יש לו שני ילדים ביולוגיים<sup>67</sup>. כך למעשה, בוצעה הרחבה ראשונה של מעגל הזכאים להסתייע בהליך.

בשנת 2001 נדונה בבג"צ<sup>68</sup> עתירתה של אישה רווקה שרחמה נכרת בשל ניתוח שעברה. האישה הגישה בקשה לוועדת האישורים אך נדחתה בנימוק כי הוועדה רשאית לדון רק בהסכמים שנערכו על ידי בני זוג ושהזרע המשמש להפריה הוא של האב המיועד ולא מתרומת זרע כנדרש בחוק<sup>69</sup>. האישה טענה כי חוק הפונדקאות מהווה הסדר מפלה הפוגע בזכויותיה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המדינה השיבה כי פונדקאות מהווה טכניקת קצה של תחום ההולדה המלאכותית ועל כן, אין מדובר בגרעין של הזכות להורות ואין לאדם זכות לפונדקאות. בנוסף, השתמשה המדינה בטיעון "טובת הילד" וגרסה כי מוטב לילד

<sup>61</sup> סעיף 1, ש.ם.

<sup>62</sup> סעיף 2(3), ש.ם.

<sup>63</sup> סעיף 2(5), ש.ם.

<sup>64</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 16.

<sup>65</sup> ד"כ 162, 4975 התשנ"ו (שיבה מיום 7 במארס, 1996), ראו: [www.knesset.gov.il/tqil/mark01/h0019470.html](http://www.knesset.gov.il/tqil/mark01/h0019470.html)

<sup>66</sup> ש.ם, ש.ם.

<sup>67</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 24.

<sup>68</sup> בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (להלן: "עניין משפחה חדשה").

<sup>69</sup> ס' 2 לחוק הפונדקאות, ראו ה"ש 5.

לגדול בתא משפחתי הכולל שני הורים, אב ואם מאשר בתא משפחתי הכולל הורה אחד אוהב ומשקיע ככל שיהיה.

בג"צ דחה את העתירה בנימוק כי מטרת החוק הינה לסייע להורים חשוכי ילדים. כבוד השופט מ' חשין סקר את הנושא וקבע כי אכן מדובר בהפליה אך סייג את עצמו ואמר כי ההפליה נוגעת רק לאישה רווקה ולא לזוגות בני אותו המין או לגבר רווק. חרף ההפליה, נקבע כי לא יוענק הסעד לעותרת ונתקבלה בקשת המדינה שלא להתערב בחוק ולהשאירו על כנו, לפחות עד שייצבר ניסיון בנושא הפונדקאות.

בעקבות פסק הדין, הוקמה ועדת אינסלר<sup>70</sup> אשר נדרשה לבחון את אפשרות הרחבת הזכאות לנשים רווקות. דו"ח הועדה והמלצותיה הוגשו כאשר דעת הרוב היתה לדחות בשלב זה כל דיון על שינוי חוק הפונדקאות, שוב, בשל חוסר הניסיון בנושא.

בשנת 2005 התכנסה הועדה לקידום מעמד האישה לדיון בנושא: "עשור לפונדקאות בישראל – המצב הקיים ותכניות לעתיד". גם בדיונים אלו, הופיעה שוב טענת "חוסר הניסיון" והוחלט שלא לפעול למען שינוי החוק.

מנהל היחידה להפריה חוץ גופית בבית החולים "שערי צדק" התייחס גם לתופעת זוגות הגברים הפונים לוועדה וסיפר שמתקבלות פניות רבות בבקשה להיעזר בשירותי פונדקאות מקרבם, לדבריו:

"הפונדקאות היא אחת האפשרויות היחידות שיש לזוגות הומוסקסואלים. אני לא יכול להגיד לכם את המספר, אבל נדמה לי שמספרם מאוד גדול. זה הרושם שלי, אין לי סטטיסטיקה, אבל זה בוודאי יותר מ-317 הזוגות שפנו לוועדה... אני לא יודע אם זה ניתן, אבל אני חושב שהאנשים האלו ייהנו מאוד דווקא מהנושא הזה ואני חושב שזה צורך של זוגות רבים במדינה"<sup>71</sup>

חשוב לציין כי עם השנים עולה מספר הפונים לוועדה מכלל האוכלוסייה וכי בדיקת התפלגות הבקשות המתקבלות בוועדה מצביעה על עלייה משמעותית במספר התיקים שנפתחים כל שנה<sup>72</sup>.

טרם אגש לדיון על הרחבת הנגישות לזוגות חד מיניים, ברצוני לציין שני מקרים נוספים אשר פורסמו לאחרונה המצביעים על הרחבה של מעגל הנגישות לשירותי פונדקאות:

במקרה הראשון שפורסם לאחרונה<sup>73</sup> מדובר במהלך לידה של אישה בת 39, רחמה נקרע והתינוקת שילדה נפטרה כתוצאה מרשלנות בית החולים אשר הביאה גם לכך שהאישה לא תוכל להרות שוב. האישה, אם לתאומים (אינה חשוכת ילדים), הגישה תביעה לבית משפט השלום בתל אביב כנגד משרד הבריאות על סכום של למעלה מ-2.5 מיליון שקלים. במסגרת הליך גישור, הגיעו הצדדים לפשרה ומשרד הבריאות הסכים לפצותה בסכום של מאות אלפי שקלים לטובת הליך של פונדקאות.

אם כן, אנו רואים כי משרד הבריאות רואה בהליך הפונדקאות פתרון סביר למצוקתה של האישה ומעניק לה את הסכום למען הסתייעות בהליך למרות העובדה שהיא כבר אם לשני ילדים.

<sup>70</sup> הועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים.

<sup>71</sup> פרוטוקול ישיבה מסעיף 22 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת השש-עשרה (30.11.2005) עמ' 12.

<sup>72</sup> ליפקין וסממה, ראו הי"ש 51, עמ' 24.

<sup>73</sup> טובה דדון, "המדינה תממן פונדקאות בשל רשלנות בלידה", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4082456,00.html> (15.06.11).

במקרה השני<sup>74</sup> בג"צ התיר להורים לשלושה ילדים להתחיל בהליך פונדקאות בניגוד לעמדת הוועדה שאסרה זאת עד כה. בג"צ קיבל את העתירה ונתן צו המבטל את החלטת הוועדה בקובעו כי דחיית בקשתם של העותרים על הסף פגומה. לדבריו, הוועדה דחתה את בקשת ההורים רק מהטעם שכבר יש להם שלושה ילדים, שיקול רלוונטי לכשעצמו אך אסור שינתן לו משקל מכריע כמבחן סף.

אם נסתכל על רצף האירועים החל מקבלת חוק הפונדקאות ועד לבג"צ זה, הרי שניתן להבחין במסלול של הרחבת הנגישות לפונדקאות והנמכת המגבלות. ברי כי המצב כיום חורג ממטרתו המקורית של ההסדר, לסייע לזוגות חשוכי ילדים מאחר וניתן אישור כיום גם לזוגות עם שניים ושלושה ילדים. לטעמי נובע הדבר מהעובדה שישראל היא מדינה מעודדת פריון כאמור ומהרחבה שנתן בית המשפט בשנים האחרונות לזכות להורות. הליך הפונדקאות כבר לא נחשב לפתרון קצה עבור מקרים מיוחדים וחריגים ונתפס כיום בחברה כהליך שגרתי ונפוץ להבאת ילדים לעולם.

### פונדקאות עבור זוגות גברים בישראל

כאמור, בשנים האחרונות חלו תמורות רבות ביחס לתא משפחתי המורכב משני גברים. בכך, גברה הלגיטימיות של תא משפחתי זה וזוגות חד מיניים רבים החלו לחפש דרכים למימוש זכותם להורות.

כפי שהראיתי בפרקים הקודמים, זוגות חד מיניים אינם נמצאים במעגל הזכאים להסתייע בשירותי פונדקאות ועל כן, רבים מהם פונים לאפיקים זהים בחו"ל. ישנן מדינות דוגמת הודו בהן ההליך אינו מוסדר כלל ומתנהל שוק פונדקאות פרטי וחופשי ולכן מאפשרות גם לאזרחים זרים להסתייע בשירות. לעיתים, ההליך הופך להיות מורכב אף יותר מאחר וזוגות רבים משיגים ביצית מתורמת במדינה אחת ומסתייעים באם נושאת ממדינה אחרת. אעסוק בהמשך בהיבטים העולים מהתרחבות תופעה זו, אך ברצוני לציין כי ההליך תופס תאוצה כיום בשל האפשרות לנהל את ההליך דרך האינטרנט ובאמצעות חברות תיווך העוסקות בנושא<sup>75</sup>.

לאחר הלידה בחו"ל, זוג הגברים נדרש להסדיר את עניין אזרחותו של התינוק שנולד לפי חוק האזרחות<sup>76</sup>. מאחר והאם הנושאת אינה ישראלית, האב הביולוגי נדרש להוכיח כי הוא אכן אביו הביולוגי של התינוק באמצעות בדיקת רקמות. הליך זה אינו פשוט ולאחרונה פורסם מקרה המבטא בעייתיות זו. בעניין זה<sup>77</sup>, ביקשו שלושה גברים אשר הסתייעו בשירותי פונדקאות בהודו, צו מבית המשפט לענייני משפחה שיאפשר להם לערוך בדיקת רקמות לתינוקות שנולדו ושעתידים להיוולד כתוצאה מהליך הפונדקאות בחו"ל. בית המשפט דחה את בקשתו של אחד העותרים שכבר נולדו לו תאומים ושל שני גברים נוספים הנמצאים לפני לידה בטענה כי בית המשפט אינו מוסמך לפסוק לגבי אבהות של ילדים שאינם נמצאים בארץ וכי "לא הוכחה זיקתם של הילדים לישראל". טענה זו אבסורדית מאחר והבדיקה נדרשת לצורך הוכחת זיקתם לישראל. בעקבות פסיקה שמרנית זו של **השופט פיליפ מרכוס** והימנעותו של שר הפנים לעשות שימוש בסמכותו ולאפשר לתינוקות להיכנס לישראל עוכבו התינוקות בהודו במשך שלושה חודשים, חסרי מעמד ואזרחות כשהם אינם זכאים לטיפול רפואי כלשהו. לאחר לחץ ציבורי רב והתערבות של ראש הממשלה, הפך השופט את החלטתו ואישר את ביצוע הבדיקה<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> בג"צ 625/10 פלוגית ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים (2011) (להלן: בג"צ 625/10).

<sup>75</sup> ראו, למשל, הסרט "גוגל בייבי" של היוצרת ציפי ברנד, זמין באתר: <http://yes.walla.co.il/?w=2/8630>. (להלן: "גוגל בייבי").

<sup>76</sup> סעיף 4(א) ל חוק האזרחות, תשי"ב-1952, ס"ח 95.

<sup>77</sup> תמ"ש (י-ם) 28240/09 ד.ג. נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי (טרם פורסם, ניתן ביום 19.3.2010).

<sup>78</sup> אביעד גילקמן "השופט הסכים לבדיקה, האב יחזור עם ילדיו מהודו", זמין באתר:

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3891045,00.html>, (18.5.10).

לאחרונה חלה התקדמות נוספת ונרשם תקדים משפטי כאשר בית המשפט לענייני משפחה בירושלים קבע כי גבר יוכל לאמץ את הבן הביולוגי של בן זוגו שנולד בהליך פונדקאות בחו"ל.<sup>79</sup>

בשנת 2010, הוגשה עתירתם של בני הזוג יואב ארד-פנקס ואיתי פנקס נגד הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ונגד הכנסת<sup>80</sup>. בני הזוג פנו לוועדה במטרה לאשר הסכם נשיאת עוברים ונדחו מהטעם האמור שאינם עונים על הדרישה של "איש ואישה שהם בני זוג". בני הזוג טענו כי פרשנותו הנכונה של חוק הפונדקאות מחייבת את החלתו אף על בני זוג מאותו המין ולחלופין טענו כי מכוח הזכויות החוקתיות להורות ולשוויון יש להחיל את החוק גם על בני זוג מאותו המין. בעתירה התייחסו בני הזוג לעתירה משנת 2001 של משפחה חדשה<sup>81</sup>, הבחינו את המקרה מעניינם וטענו כי אין עוד מקום לטענת "חוסר הניסיון" מפסק דין זה. כמו כן, ציינו בני הזוג את המגמה הגוברת והולכת של זוגות גברים רבים המתקשרים בהסכמי פונדקאות בחו"ל במסלול רווי קשיים ובעיות המייקרים בצורה משמעותית את ההליך ולכן מתאפשרים רק לבעלי יכולת כלכלית.

בני הזוג משכו את עתירתם מאחר והמדינה הקימה ועדה בדיקה ציבורית בראשותו של פרופ' שלמה מור-יוסף היושבת בימים אלו ובוחנת מחדש את חוק הפונדקאות<sup>82</sup>. בין היתר תבחן הוועדה את אפשרות תחולת החוק על זוגות חד מיניים והיא צפויה לפרסם את מסקנותיה בקרוב.

לטעמי תתקשה הוועדה להגיש מסקנות התומכות בהרחבת הנגישות לזוגות חד מיניים מן הטעמים הבאים:

(1) התנגדות דתית לסיוע לזוגות חד מיניים להפוך להורים – כידוע מדינת ישראל הינה מדינה יהודית ודמוקרטית כשלדת ולמסורת היהודית מקום נרחב ובולט בחברה בפרט בכל הנוגע לתחום דיני המשפחה והמעמד האישי. על כן, סביר יהיה להניח כי תעלה התנגדות מכיוון גורמים דתיים הנובעת מההתנגדות הבסיסית להומוסקסואליות. אמנם הדת היהודית מקבלת יותר את קיומן של טכניקות הולדה מלאכותיות<sup>83</sup> בשל חשיבותה של מצוות "פרו ורבו" וקידוש הפריון, ההולדה והמשפחה ביהדות, אך היא מעניקה יחס מקבל זה רק לזוגות הטרוסקסואליים אשר נבצר מהם להביא ילדים מסיבות רפואיות. ההתנגדות הדתית ליחסים החד מיניים חזקה ומשמעותית ושוללת כל הכרה בקיומו של תא-משפחתי שאינו מורכב מגבר ואישה<sup>84</sup>. מנגד, על אף ההתנגדות הדתית ניתן לראות כי המשפט מכיר בתא המשפחתי החד מיני ובשם עיקרון השוויון פועל למען זכויותיהם של זוגות חד מיניים. לדוגמה, בכל הנוגע לתרומת ביציות, הוכרה האפשרות של אישה לתרום ביצית לבת זוגתה על מנת שהיא תישא את ההיריון<sup>85</sup> והדבר הותר חרף ההתנגדות הדתית.

<sup>79</sup> אביעד גליקמן "תקדים משפטי: ילד יאומץ על ידי בן הזוג של אביו", זמין באתר:

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4000371,00.html>, (16.12.10).

<sup>80</sup> בג"צ 1078/10 יואב ארד-פנקס ואיתי פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים - כתב עתירה.

<sup>81</sup> עניין משפחה חדשה, ראו ה"ש 68.

<sup>82</sup> ראו ידיעה על מינוי הוועדה: אביעד קליגמן "פונדקאות לחד-מיניים" אסא כשר ומור-יוסף בוועדה", זמין באתר:

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3902291,00.html> (8.6.10).

<sup>83</sup> Catherine DeLair, Ethical, moral, economic and legal barriers to assisted reproductive technologies

employed by gay men and lesbian women, 4 DePaul Journal of healthcare law 148 (200-2001)

<sup>84</sup> שם, שם.

<sup>85</sup> ראו- הוראת היועץ המשפטי לממשלה באתר משרד המשפטים -

<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/TrumatBeytiyot.htm> (29.11.09)

(2) דעות קדומות ביחס לכשירותו ההורית של זוג גברים – על אף התמורות במשפט ותהליך הליברליזציה שעברה החברה בישראל ביחס להומוסקסואליות, רבים עדיין מאמינים כי אין לראות בזוג גברים כתא משפחתי לכל דבר ועניין המסוגל וצריך לגדל ילד בעצמו ורואים בהורות חד מינית כאיום על מודל המשפחה המסורתית. ישנם המאמינים כי אין כל בעיה בהשוואת זכויותיהם הסוציאליות והממוניות של זוגות חד מיניים לאלו של זוגות הטרנסקסואליים אך סבורים כי תחום המשפחה וההורות הינו קו אדום אותו אין לחצות. התנגדויות אלו לעיתים יופיעו תחת טיעון "טובת הילד" המוכר לפיו עדיף לילד לגדול בתא משפחתי "נורמטיבי" עם אב ואם ואין להביאו לעולם מראש לתוך מצב בעייתי ומורכב יותר. אולם, כאמור בשנים האחרונות חל שינוי גם בתפיסה זו. שבירת המודל המסורתי על ידי הכרה במשפחות שונות כמו חד הוריות סללה את הדרך להכרה בלגיטימציה ההורית של זוגות חד מיניים. זוגות חד מיניים רבים מבקשים לממש את זכותם להורות ורבים אף עושים זאת בדרכים עוקפות כגון פונדקאות בחו"ל, אימוץ בחו"ל והורות משותפת של זוגות חד מיניים עם אדם נוסף. טענות כי ילד הגדל במשפחה חד מינית עלול להיזק ואף להפוך לחד מיני בעצמו הופרכו במחקרים מהעת האחרונה<sup>86</sup>. מחקרים אלו גילו כי אין כל הבדל בין ילד שגדל עם הורים מאותו המין לבין ילד שגדל בתא משפחתי "מסורתי".

(3) טענת "חוסר הניסיון" בתחום הפונדקאות – כאמור, בעניין "משפחה חדשה" ביקשה המדינה מבית המשפט שלא להתערב בהסדר ולהחילו גם על נשים רווקות מאחר וטרם נצברו מספיק נתונים בכל הנוגע לפונדקאות בישראל. אולם, נראה כי טענה זו אינה רלוונטית כיום, כ-15 שנה לאחר חקיקת חוק הפונדקאות. כפי שנטען בכתב התביעה בעניין ארד-פנקס<sup>87</sup>, סוגיית הפונדקאות כבר אינה חדשה וגם בעולם נצברו נתונים מהם ניתן ללמוד. בנוסף, חשוב לציין כי טענה זו מעלה את שאלת "הביצה והתרנגולת" – לא ניתן לצבור ניסיון על פונדקאות בקרב זוגות חד מיניים עד שלא יינתן להם היתר לעשות כן.

(4) מטרתו המקורית של חוק הפונדקאות – כפי שצוין, בעת חקיקתו, נועד החוק לפתור מספר מצומצם של מקרי קצה עבור זוגות הורים חשוכי ילדים. המתנגדים להרחבה יטענו כי בעת חקיקת החוק, לא ראה לנגד עיניו או לא התכוון המחוקק לאפשרות כי תורחב הנגישות גם עבור זוגות חד מיניים. עם זאת, כפי שצינתי בפרקים הקודמים, המדינה והמשפט הרחיבו את מעגל הנגישות גם עבור הורים שלא עומדים בתנאים המקוריים. עובדה זו, יחד עם עקרון השוויון תחזק את הטענה שצריך להרחיב את הנגישות גם לזוגות חד מיניים.

(5) התנגדויות מוסריות לשימוש בטכניקות הולדה מלאכותית – ישנם סוגים רבים ושונים של התנגדויות לשימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות<sup>88</sup>, המתנגדים לפונדקאות מטעמים אלו ודאי התנגדו להרחבת הפונדקאות לאוכלוסיות נוספות. קיימת טענה כי העולם סובל גם ככה מצפיפות אוכלוסין וכי אין צורך להגביר את שיעור ההולדה באמצעים שאינם טבעיים. טענה נוספת היא כי לשימוש בטכניקות יש סכנה של מדרון חלקלק בהשפעתו של החברה. השימוש בטכנולוגיות מאפשר להורים לבחור תורם זרע או תורמת ביצית והדבר עשוי להביא ליצירת "סופר-ילדים" ולמרדף אחר שלמות גנטית.

כמו כן, ישנם גורמים המקבלים את השימוש בטכניקות ההולדה אך מתנגדים לתופעת הפונדקאות ספציפית<sup>89</sup>. התנגדות זו נובעת ממספר כיוונים:

<sup>86</sup> סקירת מחקרים בנושא הורות גאה באתר האגודה האמריקנית לפסיכולוגיה, זמין באתר:

<http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>

<sup>87</sup> עניין ארד-פנקס, ראו ה"ש 80.

<sup>88</sup> DeLair, ראו ה"ש 83.

<sup>89</sup> שם, שם.



ראשית, יש החוששים מההשפעות הפסיכולוגיות שעלולות להיגרם לאם הפונדקאית, לילד שיוולד ולזוג ההורים המזמינים בשל מורכבותו של התהליך. שנית, ישנה טענה כי הדרך בה מבוצעת הפונדקאות, בצורה של חוזים והסכמים כלכליים מביאה להחפזה של ילדים ולהתייחסות אליהם כאל מוצר. שלישית, ההתנגדות המשמעותית ביותר לתופעת הפונדקאות הינה **התנגדות פמיניסטית**, לפיה פונדקאות מביאה לניצול נשים ומתייחסת לרחמן כאל "תנור להשכרה". יחס זה לטענתן מחפיץ את גופן של הנשים ובנוסף, מביא לפגיעה באוטונומיה של נשים המנוצלות בשל מצבן הכלכלי אשר נאלצות "לבחור" להשכיר את גופן<sup>90</sup>.

מבין כל ההתנגדויות שסקרתי, בחרתי להתמקד בטענה כי הפונדקאות מנצלת נשים. הפונדקאות הינה תופעה טעונה פוליטית אשר מרבית היבטיה נוגעים לסוגיה זו ולהשלכות שיש לתופעה על הנשים הפונדקאיות. הרחבת הנגישות לזוגות חד מיניים עשויה להרחיב השלכות אלו ולכן מתעורר הצורך לדון וליישב טענה זו אל מול זכותם של זוגות הגברים להורות.

בפרק הבא, אפתח את הדיון בהתנגדות זו, ואבחן כיצד ניתן ליישב את ההתנגשות שבין זכותן של הנשים הפונדקאיות על גופן אל מול זכותם של הזוגות החד מיניים להורות המבקשים לממשה באמצעות פונדקאות. תחילה, אבחן את הטענה הפמיניסטית ואסקור את טיעוניה נגד פונדקאות בכלל ונגד ההרחבה לזוגות גברים בפרט. לאחר מכן, אבחן את טענותיהם של זוגות הגברים להרחבת מעגל הזכאים ולהחלת ההסדר גם עבורם. לסיום, אבחן את ההתנגשות בין שתי הקבוצות ואציע פתרונות למדיניות שתאזן בין הצדדים.

---

<sup>90</sup> שם, שם.

## ג. בחינת הקונפליקט: הזכות להורות מול טענת הניצול

### 1. פונדקאות בראייה פמיניסטית

#### התנגדות פמיניסטית להתרת פונדקאות

גם בפמיניזם ניתן למצוא דעות שונות באשר לפונדקאות, ישנן דעות החיות בשלום ואולי אף תומכות בפונדקאות וישנן דעות האוסרות פונדקאות ומעוניינות להוציא אותה מחוץ לחוק.

הגישה הפמיניסטית, כתיאוריות ותפיסות עולם אחרות טומנת בחובה זרמים שונים. בחיבור זה אתמקד בזרם הרדיקאלי הרואה את מקור אי השוויון בעובדה כי אנו חיים בחברה פטריארכאלית המכפיפה נשים ומנציחה את ההירארכיה בין המינים<sup>91</sup>. כך, גישה זו רואה בפונדקאות תופעה המנציחה את המבנים הפטריארכאליים של יחסי ההולדה<sup>92</sup>. לפי טענה זו, פונדקאות מכפיפה את כושר ההולדה של האישה להמשכיות הגנטית של הגבר וגופה של האישה מנוצל ומשמש ככלי לסיפוק צרכים של אחרים. מרתה נוסבאום, הגדירה<sup>93</sup> את המונח "החפצה" כהתייחסות לאדם כאל חפץ. היא מתארת מאפיינים מחשבתיים של רעיון החפצה ובכללם השימוש באובייקט ככלי למימוש מטרות וצרכים של הסובייקט. החפצה מביאה לכך שהפרט הופך לסובייקט על ידי אובייקטיפיקציה של האחר. כך, ה"אחר" הופך לחסר אוטונומיה והגדרה עצמית וכתלוי בסובייקט לשם קיומו.

לפי טיעון פמיניסטי זה, בהליך הפונדקאות מבוצעת החפצה של גוף האישה, בדומה לזנות ולפורנוגרפיה בהם גוף האישה משמש ככלי להנאות ולמאווים של גברים. עמדה זו רואה בערך שלמות הגוף כערך עליון ומדגישה את הנזקים הפיזיים והנפשיים שעלולים להיגרם לאם הנושאת במהלך התהליך<sup>94</sup>.

במאמרה מ-1996<sup>95</sup>, מיד לאחר חקיקת חוק הפונדקאות, מתארת כרמל שלו מצב עתידי אפשרי, תרחיש דמיוני, שעלול להיווצר כתוצאה מהתרת פונדקאות. לפי תסריט זה, מנוצלות נשים מארצות העולם השלישי לשם "הדגרה" של עוברים שנוצרו מביצית ומזרע של תורמים בעלי נתונים גנטיים "איכותיים" יותר במטרה ליצור ילדים לבנים לעולם המערבי. הדבר לטענתה, עלול להביא למפעל של עשיית רווחים מניצול זה שהופך את הנשים למעין מכשיר או מכונה בדומה לכל מפעל אחר.

כיום, 15 שנה לאחר כתיבת המאמר, תסריט זה הפך למציאות. תעשיית הפונדקאות העולמית תפסה תאוצה בשנים האחרונות ואותן "חוות" לנשים פונדקאיות אינן עוד תסריט פרוע אלא עובדה במציאות. זוגות רבים ממדינות מערביות וגם מישראל מבצעים את ההליך בדרך זו שהפכה בשנים האחרונות לדרך שגרתית להבאת ילדים לעולם<sup>96</sup>.

כמו כן, הגישה השוללת פונדקאות מתנגדת להפיכת ההיריון לפרויקט חוזי-כלכלי הגורם לניצול האישה בשל מצבה הכלכלי. לפי גישה זו, פונדקאות שוללת מן האישה את עצמיותה הכלכלית ובחירתה בהליך אינה חופשייה שכן, היא נאלצת לבחור באפשרות זו על מנת שתוכל לכלכל את עצמה<sup>97</sup>. אין חולק על כך

<sup>91</sup> להרחבה על הפמיניזם הרדיקאלי ראו: קתרין מקינון "פמיניזם משפטי בתאוריה ובפרקטיקה", עריכה: דפנה ברק-ארוז, תרגום מאנגלית: עידית שורר. תל אביב: רסלינג, 2005.

<sup>92</sup> כרמל שלו "נשיאת עוברים (פונדקאות): המסחר בשירותי ההולדה", ביטחון סוציאלי 46, 87, 89, 1996. (להלן: "שלו, נשיאת עוברים").

<sup>93</sup> Martha Nussbaum, "Sex And Social Justice" (1999)

<sup>94</sup> עדי מורנו, שיחה על פונדקאות ומגדר בעידן טכנולוגיות הפריון, פרויקט נשים וטכנולוגיות רפואיות, אישה לאישה חיפה, סיכום מפגש מיום 1.12.10, זמין באתר: <http://www.ichle.com/87091/PHM>.

<sup>95</sup> שלו, הסדרים, ראו הי"ש 50, עמ' 207.

<sup>96</sup> כפי שמתואר בסרט גוגל בייבי, ראו הי"ש 75.

<sup>97</sup> ליפקין וסממה, ראו הי"ש 51, עמ' 53.

שלרוב, פונדקאיות פונות להליך מתוך מניע כלכלי<sup>98</sup>. יתרה מכך, לפי מחקר שנערך בקרב נשים פונדקאיות, נודע כי רובן הן נשים עניות<sup>99</sup>. לכן, קיים חשש שבנסיבות מסוימות, אישה תסכים להעמיד את גופה לשירות הזולת מתוך עמדה של חולשה והזדמנויות כלכליות מבלי שהיא לוקחת בחשבון את הסיכונים ואת ההשלכות הפיזיות והפסיכולוגיות שעלולות להיגרם לה כתוצאה מההליך.

בהליך הפונדקאות נוצר מצב שבו מצד אחד לרוב נמצא זוג, סביר להניח כי מגובה בעוצמה כלכלית ואילו מהצד השני נמצאת אישה המוכנה לספק את שירותי הפונדקאות אשר עמדת המיקוח שלה נחותה מזו של הזוג המזמין. במצב זה, הפערים הסוציו-אקונומיים בין נקודות המוצא של שני הצדדים פותחים פתח לניצול האם הפונדקאית<sup>100</sup>.

כמו כן, הפונדקאות מאדירה את הערך של האמהות בתוך יחסי הנישואין כמטרה המקדשת כל אמצעי<sup>101</sup>. בתקופה שלפני הטכניקות הרפואיות החדשות, עקרות נחשבה למצב מצער אשר יש להשלימו. כיום, המסר הרפואי לאותן נשים עקרות השתנה ולפיו ישנם פתרונות רבים למצב העקרות ואף חובה להשתמש בהם<sup>102</sup>. הדבר מביא לקיבוע מעמדה של האישה כאמא ומנציח את מעמדה המוכפף בחברה. כך, אותה אישה המשמשת כאם פונדקאית, מושפעת מאותם מסרים בדבר מרכזיות האמהות בחברה והיא מוכנה להשכיר את גופה לשם הצלחת התהליך.

### **הפונדקאות כזנות**

אם כן, לפי טענה פמיניסטית זו, הליך הפונדקאות גורם להכפפה של נשים ולהתייחסות אליהם כאל חפצים מיניים המיועדים לרבייה שתכליתם לספק את צרכי הגברים בחברה הפטריארכאלית. מנגד, ניתן לטעון כי קיימים תחומים נוספים בהם נמכרים שירותים אישיים שמהותם היא עבודה גופנית והם נחשבים ללגיטימיים. כך, גברים המבצעים עבודת סבלות קשה, עושים שימוש בכוחם הפיזי ו"משכירים" את גופם, מתוגמלים כספית על עבודתם ואינם נחשבים למנוצלים<sup>103</sup>.

לפי שלו<sup>104</sup>, יש להבחין את תחומים אלו מענייני מין ורבייה מאחר וסכנת ההחפצה בתחומים אלו הינה חמורה יותר. בעבודות סבלות, אמנם נעשה שימוש בגוף האדם למטרות כסף, אך בענייננו, אותו שימוש בגוף מבטא הבדלי מעמדות שורשיים ועמוקים יותר. בחברה הפטריארכאלית, יחסי המינים מבוססים על הירארכיה שבה האישה מוגדרת על פי מיניותה ופוריותה<sup>105</sup>. בחברה זו, הגברים שולטים ומסווגים אותן לנשים טובות ולנשים רעות. כך, האישה הטובה היא האם והרעייה, היא אינה מינית ובאקט הנישואין היא הפכה לקניינו של הגבר אשר שולט כעת גם על כושר הפיריון שלה. מנגד, האישה הרעה היא האישה המינית, זו שמגולמת בדמותה של הזונה ומצויה בשוליים של החברה וחשופה לניצול מאחר ואף גבר לא שומר עליה ופורש עליה את חסותו. על ידי הוצאת תפקיד ההולדה מן האם ומסירתו לאישה אחרת מחוץ לחיי הנישואין, נפתח פתח לניצולה של האישה למטרות הולדה בדומה לניצולה למטרות סיפוק מיני.

תופעת הזנות בימינו מתבטאת לרוב בהיותן של הנשים העוסקות בזנות כמגיעות ממעמד חברתי נמוך וכמנוצלות לסיפוקם המיני של הגברים הצורכים את שירותיהן. על אף הטענה כי נשים בוחרות במקצוע זה

<sup>98</sup> שם, שם.

<sup>99</sup> שם, עמ' 69.

<sup>100</sup> שלו, הסדרים, ראו ה"ש 50, עמ' 207.

<sup>101</sup> שם, שם.

<sup>102</sup> שם, עמ' 206.

<sup>103</sup> דינה בלכמן "האם תפתח הפונדקאות את הראש לפמיניזם הישראלי", נגה 30, 26-28, 1996. ("להלן: בלכמן").

<sup>104</sup> שלו, הסדרים, ראו ה"ש 50, עמ' 198.

<sup>105</sup> שם, שם.

מרצון ומבחירה חופשית, לרוב נשים נדחקות לעיסוק זה מתוך מצוקה כלכלית בהיעדר אפשרויות אחרות. במקצוע הזנות, הנשים כפופות למרות הסרסור המספק להן צרכים מינימאליים בלבד והן מתקשות לצאת ממעגל זה בשל כפיפותן אליו<sup>106</sup>. הטענה המשווה את הפונדקאות לזנות רואה הקבלה ישירה בין ניצול כושר הרבייה של נשים בתעשיית הפונדקאות לבין הניצול המיני של נשים בתעשיית הזנות. בשני המקרים, בני המעמד הגבוה – גברים, מסופקים על חשבונן של נשים וילדות ממעמד נמוך אשר מצבן הכלכלי מגביל אותן וגופן הוא האמצעי היחיד ממנו הן יכולות לכלכל את עצמן<sup>107</sup>. כמו כן, בשני המקרים, הנשים מוכפפות לאותו רצון המומשג על ידי החברה הפטריארכאלית כ"צורך" שחייב לבוא על סיפוקו- פורקנו המיני של הגבר בזנות וכמיהתם של בני הזוג מהמעמד הגבוה יותר לילדים בפונדקאות.

לטעמי, חרף ההשוואה בין שתי התופעות, החברה בישראל עוד רחוקה מהתייחסות אל הפונדקאות כזנות וכתופעה המנצלת נשים. להבדיל מזנות, החברה העניקה לפונדקאות לגיטימציה הנבנית מהאתוסים של קדושה ואלטרואיזם הקיימים לגבי עבודת האמהות<sup>108</sup>. כאמור, השימוש בטכניקות הרפואיות מעביר מסר חברתי כי אין להשלים עם מצב העקרות והנשים הפונדקאות קיבלו תואר של "קדושות" מאחר ומסייעות לחיזוק מוסד האמהות.

הראיה לשוני החברתי בין התופעות היא כי פונדקאות הינה הליך המוסדר בישראל כחוק. בעוד הזנות מוקעת מן החברה וזוכה לסטיגמה שלילית, פונדקאות נתפסת כ"מצווה". הסיבה לכך לדעתי, נעוצה בשוני שבין ה"צרכים" אותם התופעות מספקות – מין לעומת הורות. בכל הנוגע למין, התפיסה הכוללת היא כי יש לקיימו במסגרת המשפחה וכי כל יציאה מתא זה נחשבת לפסולה ולא ערכית. כך, החברה רואה בזונה אישה נחותה ש"התדרדרה" לעיסוק זה והיא נתפסת כאשמה במצב אליו הגיעה. מנגד, האם הנושאת בהליך הפונדקאות זוכה לכבוד ולהערכה חברתית על כך שסייעה להורים חשוכי ילדים לממש את כמיהתם לילד. בית המשפט והחברה מקדשים את הזכות להורות ורואים בכל אמצעי המביא למימושה כלגיטימי, גם אם אותו אמצעי הוא אדם אחר – בענייננו אישה.

דוגמא ליחס השונה אל התופעות, ניתן לראות בשני מקרים, האחד נוגע לתופעת הזנות והשני עוסק בפונדקאות:

בעניין תופעת הזנות, **פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**<sup>109</sup> - בשרשרת פסקי דין<sup>110</sup> עסקו בתי משפט מחוזיים בתאונות שונות שנגרמו לגברים אשר בעקבותיהם נפגעה להם האונות המינית. בפסקי דין אלו, פסקו בתי המשפט פיצויים הכוללים חישוב של ביקורים אצל "נערות ליווי". בעניין פלוני, צמצם בית המשפט העליון את הנוהג לפסוק פיצויים מסוג זה. השופט ריבלין סירב להעניק פיצויים שכאלה וציין כי הוא עושה כן לא ממניעים מוסרניים אלא מטעמים עקרוניים של מלחמה בסחר בנשים. בפסק הדין נקבע כי אין מקום לכך שבית המשפט יפסוק פיצוי שתכליתו מימון שירותי ליווי וכי תכליתה של שלילת הפיצוי היא למנוע עידוד ומימון של תופעות הכרוכות בחלק ניכר מן המקרים בניצול, בגרימת נזק וביחסי תלות.

באשר לפונדקאות, במקרה שצוין בפרקים הקודמים<sup>111</sup>, אישה, אם לתאומים (אינה חשוכת ילדים) שכתוצאה מרשלנות בית החולים איבדה את יכולתה ללדת, הגישה תביעה לבית משפט השלום בתל אביב

<sup>106</sup> שם, עמ' 208.

<sup>107</sup> ברברה סבירסקי "פונדקאות כזנות", עיתון אחר, 19-20 : 22-24, 1991.

<sup>108</sup> שלו, הסדרים, ראו ה"ש 50, עמ' 209.

<sup>109</sup> ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ.

<sup>110</sup> אחד מפסקי דין אלו: ת"א (ת"א) 1533/99 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ.

<sup>111</sup> "המדינה תממן פונדקאות בשל רשלנות בלידה", ראו ה"ש 73.

כנגד משרד הבריאות על סכום של למעלה מ- 2.5 מיליון שקלים. במסגרת הליך גישור, הגיעו הצדדים לפשרה ומשרד הבריאות הסכים לפצותה בסכום של מאות אלפי שקלים לטובת הליך של פונדקאות.

אם כן, ההבדל בין שני המקרים מדגיש את השתקפות השוני שבין יחס החברה לפונדקאות ולזנות גם במשפט. בעוד שסוגיית תשלום פיצויים לשירותי ליווי נתקלה בהתנגדות ונחשבה לשנויה במחלוקת<sup>112</sup>, מתן פיצוי לאישה לשם הסתייעות באם פונדקאית נחשב לגיטימי ועבר ללא כל התנגדות ציבורית. שוני זה מדגיש את הגישה האוהדת לה זוכה תופעת הפונדקאות בישראל ואת ההתעלמות מניצול הנשים הטמון בתופעה זו.

בנקודה זו, אציין כי קיימות גישות פמיניסטיות המתירות פונדקאות ואף תומכות בה. הטענה המתירנית מקדשת את זכותה של האישה על גופה ולפיה מוסד הפונדקאות מעצים את האישה ומחזק את האוטונומיה שלה בכך שמאפשר לה לבצע בחירה חופשית באשר לגופה ולהרוויח כסף על ידי שימוש בכוחה הבלעדי – הבאת ילדים לעולם<sup>113</sup>. גישה זו רואה בפונדקאות כזוה לאפשרותו של גבר לבחור האם לתרום זרע או לזכותה של אישה לתרום ביצית או לעבור הפלה ולכן תראה בחקיקה המסדירה את התופעה כליברלית מאחר והיא מביאה לשני הצדדים – ההורים המזמינים והאם הנושאת את כל הפרטים ומשאירה בידיהם את הבחירה כיצד לפעול<sup>114</sup>.

בנוסף, ניתן לטעון כי בחברה שבה כסף הינו סממן להערכה ולמעמד, תשלום לאישה עבור שירותי לידה עלול דווקא לשפר את מעמד הנשים ולהעניק להן כוח. הנושא של תמחור חיי אדם עולה בהקשרים נוספים- קביעת פיצויים על נזקי גוף, חישוב פרמיות ביטוח חיים, הקצאת משאבים למחקרים רפואיים וכו'. מנגד, נמתח קו בכל הנוגע לנקודה שבה משולם כסף לאישה עבור שירותי ההולדה והדבר נובע מן הקושי לייחס ערך כלכלי להשקעתה ולהכיר בהיריון ובמאמץ אשר השקיעה במהלכו<sup>115</sup>. ההכרה ב"עבודת האמהות" זרה לצורת החשיבה של החברה והליך ההיריון והלידה נתפסים כהליכים טבעיים אותם עוברות נשים. עבודה זו אינה זוכה לגמול כספי ולהוקרה חברתית והדבר משמר את מקומה של האישה כ"עבד", כמעין כלי קיבול טבעי עד ללידתו של התינוק אשר מבצע עבודת חנם. בכך, נשמרת כפיפותה הכלכלית של האישה והיא נותרת נחותה יחס לגבר. דווקא מתן הרשות לקבל כסף עבור שימוש בגופה יכול להביא לחיזוק מעמד האישה ולהכרה ביתרון המובנה של נשים אשר מסוגלות ללדת לעומת גברים.

הגישה הרדיקלית רואה בטענות אלו בדבר יכולת הבחירה של האישה כתודעה כוזבת במציאות הקיימת בה הנשים לא באמת מועצמות כתוצאה מההליך וכי כפיפותן לגברים נשמרת ומועתקת הלאה.

במאמרה, טוענת דינה בלכמן<sup>116</sup> כי גישה זו של הפמיניזם הרדיקלי השוללת מהפונדקאית את יכולת הבחירה וטוענת כי היא שרויה במצב של תודעה כוזבת, הינה גישה שוביניסטית ופטרנליסטית הקובעת מה טוב עבור נשים ורוצה להגן עליהן גם בניגוד לרצונן. היא יוצאת נגד ההשוואה בין פונדקאות לזנות וטוענת כי זו הקבלה שנועדה לשייך את הפונדקאות ל"סולם ערכים שלא ראוי לדבוק בו". לדעתה, השכרת רחם אינה שונה מ"השכרת ידיים" לעבודה פיזית או מ"השכרת מוח" לעבודה יצירתית.

<sup>112</sup> צבי טריגר "המשפט הישראלי הוא אחד: דיני משפחה וסחר בנשים בישראל כשני הקצוות של רצף אחד", ספר דליה דורנר, תשס"ט, 363.

<sup>113</sup> בלכמן, ראו ה"ש 103, עמ' 27.

<sup>114</sup> שלו, נשיאת עוברים, ראו ה"ש 92, עמ' 89.

<sup>115</sup> שלו, הסדרים, ראו ה"ש 50, עמ' 203.

<sup>116</sup> בלכמן, ראו ה"ש 103, עמ' 27.

### התנגדות פמיניסטית להרחבת הפונדקאות גם לזוגות גברים

כאמור, הגישה הפמיניסטית המתנגדת לפונדקאות רואה בתופעה עצמה כפסולה ותומכת בחקיקה שתאסור את ההליך לחלוטין. לכן, ברי כי כל הרחבה של מעגל הזכאים להסתייעות בהליך תלווה בהתנגדות מכיוון זה. הרחבת הנגישות תביא להפיכת הפונדקאות לדרך הולדה שגרתית, נפוצה ומקובלת ותרחיק את ההסדר עוד יותר ממטרתו המקורית – פתרון מקרי קצה חריגים.

פתיחת הנגישות עבור גברים עלולה ליצור ביקוש עצום לפונדקאות ולהביא לעלייה של מאות אחוזים במספר ההליכים המבוצעים<sup>117</sup>. ככל שההליך יהפוך לנפוץ יותר, כך יגבר מעגל הנשים הפונדקאיות שתיחשפנה לסכנות הפיסיות והנפשיות שפורטו לעיל. כמו כן, הפן של השימוש החפצי והלא-אישי בגוף הפונדקאית יתעצם גם הוא והדבר אף יחריף את ההשלכות על הנשים. הרחבת הנגישות תביא להגדלת "מפעל הפונדקאות" וכמו כל פרקטיקה שהופכת לרחבה ונגישה, הפן הרגשי-אישי נחלש ואילו הפן המסחרי מתעצם.

כמו כן, אף על פי שהפונדקאות מוסדרת בחוק, הרחבת הנגישות עשויה להעניק גושפנקא סופית לתופעה שהינה שנויה במחלוקת בחברה.

הדבר עלול לגרום להתפשטות התופעה גם למחוזות נוספים ולהרחבת מעגל הזכאים אף יותר. כך, לדוגמא, אמהות ממעמד כלכלי גבוה שלא ירצו להשמין במהלך תקופת ההיריון ו"להרוס את גזרתן" או כאלה שההיריון יקטע את מהלך הקריירה שלהן תסתייענה באמהות פונדקאיות. דוגמא נוספת שכבר מתקיימת כיום בשטח היא פרקטיקה של "הזמנת ילדים" דרך האינטרנט<sup>118</sup> והקמת חוות לאמהות פונדקאיות<sup>119</sup>. תופעות אלו, מגבירות את הניתוק שבין האם הנושאת להורים המזמינים ובכך מתעצם האלמנט המסחרי והלא-רצוי של התופעה.

טענה נוספת היא כי ההרחבה לזוגות גברים תביא לערעור ולפגיעה במוסד האמהות והדבר ישלול את היתרון שבקול הנשי השונה<sup>120</sup>. לפי טענה פמיניסטית זו<sup>121</sup>, סגולותיה האימהיות של האישה מהוות את כוחה ואת יתרונה אל מול הגבר. הרחבת תופעת הפונדקאות מנתקת את הקשר הרגשי של האישה מהעובר ומשדרת מסר חברתי לפיו אין לקשר זה משמעות משפטית של ממש.

טענה ספציפית נגד ההרחבה היא כי במקרה של פונדקאות עבור זוג גברים, האם הפונדקאית מנוצלת פעמיים – לא על ידי גבר אחד אלא על ידי שני גברים. ניתן לטעון כי רק אישה יכולה להבין את רגשותיה של אם פונדקאית הנושאת עובר במשך תשעה חודשים. במקרה בו ההורים המזמינים הם זוג גברים, ישנו סיכוי שהקשר לאם הפונדקאית יהיה חלש יותר והם לא יוכלו להבין את התהליך שעוברת האם הנושאת. לפי טענה זו, במקרה בו שני גברים נעזרים באם פונדקאית, מתעצם הפער בהירארכיה בין המינים ומודל האבהות גובר על מודל האמהות. כך, הגנטיקה ומימוש ההורות הביולוגית של האב חשובים יותר מכושר הפוריות של האישה ומההליך הפיזי של ההיריון. מאחר ואין אם מיועדת, האישה היחידה

<sup>117</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 77.

<sup>118</sup> שם, עמ' 17.

<sup>119</sup> כפי שמתואר בסרט גוגל בייבי, ראו ה"ש 75.

<sup>120</sup> Carol Gilligan, In a Different Voice (1982).

<sup>121</sup> זרם הפמיניזם התרבותי מדגיש את ההבדלים בין המינים וטוען כי שוני זה אינו מהווה צידוק להפליה, עוד על זרם זה, ראו ה"ש 120.

בתמונה היא האם הנושאת המנוצלת על ידי שני הגברים שרוצים להרבות את זרעם. בכך, האבהות מנצחת והאימהות מתייתרת.<sup>122</sup>

חשוב לציין כי ההתנגדות הפמיניסטית להרחבת הפונדקאות גם לזוגות גברים אינה בעד אפליה על רקע נטייה מינית ומכירה כי זכותם של זוגות הומואים להורות אינה פחותה מזכותם של זוגות הטרוסקסואליים. הזכות להורות ככלל הזכויות החוקתיות היא איננה מוחלטת ויש לאזנה אל מול זכויות אחרות המתנגשות עמה. במקרה זה, יטענו המתנגדים לפונדקאות כי יש להגביל את זכותם להורות של זוגות חד מיניים בכל הנוגע להליך הפונדקאות מאחר וזכות זו מתנגשת עם זכותן של הנשים הפונדקאיות על גופן ועם זכותן לאוטונומיה.

לפי ליפקין וסממה<sup>123</sup>, הדעות בדבר הרחבת הנגישות לגברים הן חלוקות. מחד, קיימת הדעה כי יש להרחיב את מעגל הזכאים לנשים רווקות אך לא לזוגות גברים מאחר ואין לראות בחוסר היכולת של גברים להרות (הן רווקים והן זוגות גברים) כ"פתולוגיה" וכבעיה רפואית המצדיקה את הפונדקאות. לפי טענה זו, אי יכולתם של גברים להרות הינה מצב טבעי ומובנה ובניגוד לנשים לא היתה להם ציפייה שיוכלו ללדת. מנגד, ישנה טענה כי פונדקאות איננה טיפול רפואי אלא הסדר חברתי אשר מטרתו אינה תיקון פגמים רפואיים אלא הסדרת יחסיים בין פרטים בחברה ועל כן יש להחילו בצורה שווה. על-אף מחלוקת זו, ישנה תמימות דעים כי הרחבת הנגישות תביא להגברת הביקוש להסתייעות בפונדקאות ולהחרפת ההשלכות שתוארו לעיל.

## **2. טענות זוגות הגברים בעד ההרחבה**

כאמור, טענתם העיקרית של זוגות הגברים נסמכת על זכותם להורות ולהקמת משפחה שהינה זכות חוקתית בעלת מעמד עילאי במשפט הישראלי. בפרקים הקודמים הרחבתי על חשיבותה של זכות זו ועל היחס המיוחד לה היא זוכה ממערכת בתי המשפט. בשנים האחרונות מתרחבת ההכרה בזכות להורות והיא אף מתחילה לחדור גם לתאים משפחתיים חד מיניים אשר דורשים להשוות את מעמדם ואת זכאותם להורות לאלו של זוגות הטרוסקסואליים.

מדינת ישראל הינה אחת מהמדינות המובילות בעולם בתחום המימון הציבורי לטיפול פוריות. נתח גדול ומשמעותי מן המשאבים הציבוריים המופנה לבריאות מיועד לסיוע לנשים המבקשות להביא ילדים לעולם.<sup>124</sup> יתרה מכך, ישראל נחשבת ל"מעצמת פריון" בה אף אם הריון אינו מושג תוך מספר חודשים, המצב מוגדר כ"בעיה" ובני הזוג מגיעים לאחת מהיחידות לטיפול פריון או להפריות חוץ-גופיות. דוגמא להמחשת מדיניות זו היא שכ- 3400 טיפולי הפריה נערכים בישראל בשנה על כל מיליון תושבים. לשם ההשוואה, בצרפת מבוצעים כ- 600 טיפולים על כל מיליון תושבים וכ- 500 טיפולים בבריטניה.<sup>125</sup> משרד הבריאות מממן מהקופה הציבורית ללא הגבלה, מחזורים שלמים של טיפולי פוריות עד ללידת שני ילדים

<sup>122</sup> שלו, הסדרים, ראו הי"ש 50, עמ' 212.

<sup>123</sup> ליפקין וסממה, ראו הי"ש 51, עמ' 77.

<sup>124</sup> Daphna Birenbaum-Carmeli, The politics of 'The Natural Family' in Israel: State policy and kinship

ideologies, Social Science & Medicine, Volume 69, Issue 7, October 2009, Pages 1018-1024.

<sup>125</sup> רוד לוי-ברזילי, "תביאו שישה, תביאו שבעה, תביאו שמונה ילדים", פורסם במוסף הארץ 25.1.05:

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=531823>

ועד שאישה מגיעה לגיל 54. מצב זה נובע ממדיניות עידוד הילודה בישראל אשר מטרתו לסייע להשפיע על המאזן הדמוגרפי בישראל כך שישמר הרוב היהודי במדינה<sup>126</sup>.

מדיניות זו, בשילוב עם מגמתו של בית המשפט להרחיב את ההכרה בזכות להורות מעלה בקרב זוגות גברים את הטענה של חוסר שוויון. לכן, מעבר לזכאות למימוש זכותם להורות ולחיי משפחה, טענה נוספת היא כי מדיניות עידוד הילודה בישראל פוסחת על הזוגות החד מיניים, שכאמור הוכרו בשנים האחרונות כתא משפחתי לגיטימי. לפי טענה זו, לא ברור מדוע המדינה מממנת ברוחב לב טיפולי פוריות לכל השכבות באוכלוסייה אך בה בעת מונעת מזוגות גברים את הזכות להסתייע באם פונדקאית ולממש את זכותם להורות. בנוסף לכך, עצם היותו של חוק הפונדקאות פונה רק לאיש ולאישה שהם בני זוג מהווה פגיעה בעקרון השוויון.

ערך השוויון הוא הערך הבסיסי ביותר בחברה ומהווה את המכנה המשותף לכלל זכויות היסוד של האדם. בהכרזת העצמאות, המסמך הראשוני והמכונן של מדינת ישראל נקבע שהמדינה תקיים שוויון זכויות חברתי גמור לכל אזרחיה ללא כל הבדל של דת, גזע ומין. גם הפסיקה העניקה לערך השוויון מעמד רם במיוחד במגוון פסקי דין<sup>127</sup> ואף קבעה כי השוויון הינו זכות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כקשור בקשר הדוק לכבוד האדם.

החוק במצבו כיום בשילוב עם המדיניות הממשלתית אינם מאפשרים לזוגות גברים לממש את זכותם החוקתית להורות ולהקמת משפחה. זוגות אלו, העונים על הדרישה להיות "זוג", מופלים בשל מחסומים בצורת הגדרות בחוק כגון "בעל ואישה" או "בני זוג שהם איש ואשתו" המונעים מהם להסתייע בשירותי פונדקאות<sup>128</sup>.

לדעתי, טענתם של זוגות הגברים תגרוס כי כל עוד החוק בישראל מאפשר ומסדיר פונדקאות, אין למנוע את הנגישות שלהם אליו ויש להחילו באופן שוויוני על כלל הזוגות בישראל.

טענה זו של זוגות הגברים מתיישבת עם דבריו של הש' ריבלין בבג"צ 625/10 שניתן לאחרונה ושאישר הלך פונדקאות להורים לשלושה ילדים<sup>129</sup>:

*" ערים אנו למכלול הבעיות והקשיים עליהם עמדו המשיבים, אלא שבענייננו, נקודת המוצא לדיון צריכה להיות כי תהליך הפונדקאות כבר זכה לגושפנקא חוקית, והוא מתקיים בישראל מזה שנים. השיקולים השונים שמפרטים המשיבים, כנגד ההזקקות לתהליך זה, כבר הובאו בחשבון על-ידי המחוקק, והוכנסו אל תוך כור ההיתוך שהניב תוצר מוגמר – הוא החוק שלפנינו. חוק נשיאת עוברים כבר כולל בתוכו איזון בין הזכויות והאינטרסים השונים העולים בסוגיה המורכבת. איזון זה מורכב מתנאי הסף המפורטים בסעיף 2 לחוק; מהרכבה המאוזן של הוועדה לאישור הסכמים הקבוע בסעיף 3 לחוק; מחוות הדעת השונות והמסמכים הנדרשים לפי סעיף 4 לחוק; ומהדיון הפרטני הנדרש מן הוועדה, המביא בחשבון, בין השאר, את הקריטריונים המפורטים בסעיף 5 לחוק. זוהי, אפוא, נקודת המוצא*

<sup>126</sup> ש.ש.ס.

<sup>127</sup> לדוגמא: בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.05.2006).

<sup>128</sup> עו"ד אירית רוזנבלום "דו"ח משפטי לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל", 22.2.11, (לא פורסם).

<sup>129</sup> בג"צ 625/10, ראו הי"ש 74.



בדומה לדברים אלו, יטענו זוגות הגברים כי הטענה שהרחבת הנגישות תביא לעלייה בביקוש לפונדקאות אינה סיבה מספקת לאפלייתם ולהדרתם מן ההסדר וכי כל עוד ניתנת האפשרות להסתייע בהליך פונדקאות, על ההסדר להיות מוחל באופן שווה.

בנוסף, זוגות הגברים יכולים לטעון לדעתי כי גם לפי מטרתו המקורית של חוק הפונדקאות – מתן פתרון רפואי לזוגות חשוכי ילדים, הרי שהם מקיימים דרישה זו. תכליתו הראשונית של החוק היתה הסדרת ההליך שיאפשר לפרטים שאינם מסוגלים להוליד ילדים באופן טבעי להסתייע בטכנולוגיה ולהוליד ילדים<sup>131</sup>. תכלית זו מתיישבת עם טענת זוגות הגברים, שכן, ניתן לטעון שבשל מצבם הסוציאלי-חברתי – היותם זוג חד מיני, אין ביכולתם להוליד ילדים בצורה טבעית. משהכיר בית המשפט במעמדו של התא המשפחתי החד מיני כתא משפחתי לכל דבר ועניין, אין סיבה לשלול ממנו את האפשרות להסתייע בפונדקאות. לכן, ניתן לראות בזוגות הגברים כזוגות בעלי תא משפחתי "עקר" שאינו מסוגל להביא ילדים בדרך טבעי ונדרש לסיוע של אם פונדקאית.

גם אם בעת חקיקת החוק, ראה המחוקק לנגד עיניו את המשפחה הטבעית – גבר ואישה נשואים, הרי שהדבר נבע מתוך רצון להגן על הילד שיולד שלא יהיה חריג ושונה. ילד הנולד בהליך פונדקאות נחשב לשונה בקרב שאר הילדים ואפשר לראות בכך רצון לא להכביד עליו עם שוני נוסף – היותו ילד למשפחה חד מינית. לטעמי, חשש זה איננו רלוונטי עוד היום בכל הנוגע לילדים הגדלים במשפחה חד מינית. מחקרים רבים<sup>132</sup> מוכיחים כיום כי ילדים הנולדים במשפחות חד מיניות אינם שונים מילדים הנולדים למשפחות הטרוסקסואליות. יתרה מכך, מחקרים בעניין הורותם של זוגות חד מיניים<sup>133</sup> הצביעו על כך שהעובדה כי יצירת הורות חד מינית מורכבת יותר מביאה את ההורים לדון בצורה מעמיקה יותר בהיבטים השונים העלולים לצוץ כתוצאה מהליך ההורות, והתהליך כולו נעשה בצורה שקולה ומסודרת יותר.

טענה נוספת של זוגות הגברים תהיה שהאיסור על הרחבת הזכאות גם להם לא תמנע את תופעת הפונדקאות אלא רק תביא להרחבת התופעה בחו"ל. שכן, בשל האיסור להסתייע באם פונדקאית בארץ, זוגות רבים יפנו לבצע את ההליך בחו"ל. לתרחיש שכזה, ישנן מספר הלשכות שליליות:

**ראשית**, כפי שכבר צוין, במדינות עולם שלישי כמו הודו, קיימת כיום תעשיית פונדקאות שאיננה מפקחת ומצויה בשוק חופשי המאפשר פגיעה קשה באמהות הפונדקאיות. טענת הגברים תהיה כי הפמיניזם מחויב לדאוג לכל הנשים בעולם ולא רק לנשים הישראליות ועל כן על הפמיניזם הרדיקאלי להיות מודאג יותר ממצבן של הנשים בעולם השלישי, אשר מנוצלות הרבה יותר ונגררות להליך מתוך מצוקה כלכלית חזקה יותר. כמו כן, סביר כי הפגיעה בגופן של הנשים הינה קשה יותר שכן, במרבית ממדינות העולם השלישי, שירותי הבריאות אינם איכותיים דיים והנשים אינן זוכות לטיפול ראוי. על כן, לפי טענה זו, בהנחה והפונדקאות הינה הליך שיתקיים בכל מחיר, וגם איסורו בחוק לא ימנע מביצועו במדינות אחרות, עדיף כי הנושא יוסדר ויטופל בישראל, תחת פיקוח של המדינה ושל הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים. לפי

<sup>130</sup> סעיף 25 לדבריו של הש' ריבלין, שם.

<sup>131</sup> ראו ד"כ 151 (תשנ"ו) 1196, ישיבה מיום י"ח בכסלו תשנ"ו, 11.12.1995, עמ' 1197.

<sup>132</sup> ראו ה"ש 86.

<sup>133</sup> ד"ר תומר שכנר, התפתחות מגדרית (Gender Development), עבודת דוקטורט מחקר אמפירית אודות התפתחות מגדרית, רגשית וחברתית של ילדים שגדלים במשפחות לאמהות לסביות ואמהות יחידניות הטרוסקסואליות מבחירה. (החוג לפסיכולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב).

טענה זו, ניצול הנשים יפחת שכן, האם הפונדקאית נמצאת בארץ, קרובה יותר להורים המזמינים ולא נתונה למרותם של גורמים מסחריים שמנסים להרוויח כסף על חשבונה.

**שנית**, הליך הפונדקאות בחו"ל הינו יקר יותר משמעותית וגורר עלויות גבוהות מההליך המבוצע בישראל<sup>134</sup>. מעבר למורכבות ההליך הבינלאומי, ההורים המזמינים מפסידים ימי עבודה ונדרשים לשלם כסף רב על טיסות לחו"ל וטיפולים רפואיים במדינת האם הנושאת. הדבר יגרום לכך שרק זוגות חד מיניים בעלי ממון יוכלו לממש את זכותם להורות וידייר את הזוגות החד מיניים הנמצאים במעמד סוציו-אקונומי נמוך יותר ממעגל ההורות.

**שלישית**, מורכבות ההליך יכולה לגרום לבעיות לוגיסטיות שונות ולסיבוכים מתחומים שונים. הליך הפונדקאות בחו"ל מלווה באי-וודאות משפטית בשל קיום ההליך במדינה זרה ובמציאות חוקית שאינה מוכרת. בנוסף, ההורים וילדם חשופים לסכנות שונות בחו"ל. בהיעדר יכולת ללוות את ההיריון לכל אורכו, לא תינתן להורים האפשרות לפקח על תקינות ההליך כמו כן, ייתכנו מצבים שונים שיידרש סיועם של ההורים המזמינים והם לא יוכלו לעשות כן.

לפי כל האמור לעיל, נראה כי בתופעות מסוימות, כמו פונדקאות, הפגיעה הנובעת מאי הסדרה חמורה מאפשרות הפגיעה שתגרם בשל ההסדרה בחוק. זוגות הגברים יטענו כי לכל הצדדים הקשורים בהליך – ההורים המזמינים, האם הנושאת והתינוק – עדיף כי הנושא יוסדר בישראל וכי העידן הגלובלי מחייב מתן פתרון מבית. בנוסף, גם למדינה עדיף שהזוגות יבצעו את ההליך בשטחה, בכדי למנוע תקריות דיפלומטיות וסיבוכים בינלאומיים שיידרשו את עזרת המדינה. כמו כן, עלויות הטיפול הרפואי וההליך עשויים להכניס כסף לקופת המדינה ולא להתפזר במדינות אחרות.

בנוסף, הסדרת הפונדקאות לזוגות גברים תמנע את הקמתו של שוק שחור גם בארץ שמטרתו להרוויח ממצוקתם של זוגות הגברים הכמהים לילד ומוכנים לשלם עבור כך עשרות אלפי שקלים. בדומה לתופעת הזנות הלא-ממוסדת, האיסור על אלכוהול בעבר והאיסור על סמים כיום, ניתן לטעון כי דווקא אי מיסוד של תופעות חברתיות שונות מהווה מקור לפשיעה ולניצול קשה יותר של המעורבים<sup>135</sup>. אי אפשר להתעלם כי מהעובדה שזוגות הגברים הפונים כיום לשביל הפונדקאות הולך וגדל. בהיעדר הסדרה מתאימה, איסור גורף על גברים להסתייע בפונדקאית בישראל, עלול להביא לתעשייה מחתרתית ומסחרית שאינה מפוקחת וגורמת לנזקים כבדים גם לנשים הפונדקאיות. כיום פועלות בישראל חברות תיווך, חוקיות אמנם, הגוזרות קופון שמן מפערי החקיקה בין ישראל להודו. כאמור, המדינה מפסידה כסף זה והעלויות וזוגות הגברים נושאים בנטל כספי רב.

טענה נוספת של זוגות הגברים היא כי הורות של זוגות גברים המתאפשרת באמצעות פונדקאות, דווקא יכולה לסייע לשיפור מעמד האישה ולשינוי בתפיסה כי אישה חייבת להיות אמא. לדעתי, עצם קיומן של משפחות המורכבות מהורים ששניהם גברים, יכול "לשבור" את מבנה המודל המסורתי של המשפחה ולשנות את הדעה הרווחת בחברה כי ילד חייב אישה שתהיה אמו. לטעמי, עצם העובדה שזוגות גברים מגדלים ילד ללא כל סיוע של אישה במהלך ההורות, יביא בטווח הרחוק לשינוי בתפיסה כי האישה חייבת להיות אם. טענה זו עולה בקנה אחד עם התפיסה הפמיניסטית כאמור, המבקשת לערער על התפיסה הקיימת של "אישה היא קודם כל אימא".

<sup>134</sup> ד"ר איתי גל "מחקר בדק: כמה עולה פונדקאות בישראל ובחו"ל" זמין לצפייה באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3532171,00.html> (9.12.10)

<sup>135</sup> בלכמן, ראו הי"ש 103, עמ' 27.

בנוסף, העובדה כי אישה שותפה בתהליך ההיריון וכי בלעדיה לא היה ניתן לקיימו, מדגישה את כוחה ואת יתרונה של האישה בכך שרק בעזרתה ניתן להביא ילידם לעולם. העובדה ששני גברים זקוקים לעזרתה של אישה לשם הולדה אינו מפחית בחשיבותה של האישה לטעמי אלא מייצר אפקט מחזק ומעצים לאישה. הדבר נכון לדעתי, בפרט בשל העובדה שבישראל סיוע להורות נחשב למצווה והאמהות הפונדקאיות ל"מעניקות חיים".

כמו כן, אפשר לומר כי הטענה ששני גברים הינם כוח חזק המנצל פעמיים את האם הפונדקאית אינה מדויקת. אותם שני גברים אשר יתקשרו עם האם הפונדקאית הינם שני גברים הומוסקסואליים, אשר לטעמי, בשל השתייכותם לקבוצת מיעוט, רגישים יותר לזכויות אדם ועל כן יוכלו לקיים את תהליך הפונדקאות בדרך שאינה מזלזלת באם הפונדקאית, מודעת לרגשותיה ולצרכיה<sup>136</sup>. יתכן ואף העובדה כי ההורים המזמינים הם גברים תאפשר שיתוף מוגבר יותר של האם הפונדקאית גם לאחר ההיריון מאחר ואין אישה אחרת התופסת את משבצת ה"אימא".

לסיכום, טענת זוגות הגברים להרחבת הנגישות עבורם תוכל להתבסס על משפט משווה ועל היחס לתופעה במדינות אחרות בעולם:

כאמור, במרבית מדינות אירופה (צרפת, גרמניה, איטליה ועוד) אסורה הפונדקאות באופן גורף. אולם, במדינות אירופה המתירות הסדרי פונדקאות, המגמה בשנים האחרונות היא לשנות את החוקים כך שיתירו גם לזוגות חד מיניים להסתייע בהליך. לדוגמא: בבריטניה, לאחר שבעבר דרש החוק כי ההורים המזמינים יהיו "זוג נשוי", תוקן החוק ב-2008 וכעת הוא מאפשר לכל שני הורים מיועדים המביאים ילד באמצעות הליך פונדקאות להירשם כהוריו בתעודת הלידה<sup>137</sup>. דוגמא נוספת היא איסלנד, שב-2006 הפכה את פונדקאות חוקית גם לבני זוג חד מיניים<sup>138</sup>.

בארה"ב לא קיים חוק פדראלי המסדיר את טכניקות ההולדה המלאכותיות והנושא מוסדר באופן מדינתי. ישנן מדינות כמו ניו-יורק האוסרות תשלום לאם פונדקאית ואף מטילות סנקציה של תביעה אזרחית<sup>139</sup>. לעומת זאת, ישנן מדינות אחרות בהן מותרת פונדקאות ולאחרונה נקבע כי אין מניעה מזוגות חד מיניים להסתייע גם בהליך זה. כך, באילינוי נחקק ב-2005 חוק המאפשר גם לזוגות חד מיניים להתקשר בהסכם עם אישה פונדקאית<sup>140</sup> ובמינסוטה יושם חוק זה של אילינוי לאחר שבית המשפט קבע כי הוא אינו נוגד את תקנת הציבור במדינה<sup>141</sup>. בקונטיקט, לפי פרשנות משפטית של פסק דין משנת 2002, נראה כי ניתן לאכוף הסכמי פונדקאות בהם התקשרו זוגות בני אותו המין, בייחוד לאחר שבשנת 2008 הותרו נישואין בין בני זוג בני אותו המין במדינה<sup>142</sup> ובוורמונט קיימת מגמה חיובית בפסיקה באשר ליכולתם של זוגות בני אותו המין להתקשר בהסכמי פונדקאות<sup>143</sup>. באוהיו נראה כי תותר פונדקאות לזוגות בני אותו המין, לאחר

<sup>136</sup> מתבטא בסיפורם של זוג גברים שהתקשרו עם אם פונדקאית בחו"ל: גלית לוי "בפונדקאות אין ניצול, יש נתינה אדירה",

זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3901988,00.html> (11.6.10)

<sup>137</sup> ראו אתר ה-Human Fertilisation and Embryology Authority : <http://www.hfea.gov.uk/485.html>

<sup>138</sup> ראו אתר אתר ה-ilga- : <http://www.ilga->

[http://europe.org/home/guide/country\\_by\\_country/iceland/important\\_improvements\\_in\\_gay\\_and\\_lesbian\\_rights\\_in\\_iceland](http://europe.org/home/guide/country_by_country/iceland/important_improvements_in_gay_and_lesbian_rights_in_iceland)

<sup>139</sup> N.Y. DOM. REL. LAW § 123

<sup>140</sup> Paternity and Custody of Baby Boy A v. J.M.A. ; Gestational Surrogacy Act, 750 ILL. COMP. STAT. 47 (2007 WL 4304448 (Minn. App. 2007). BY MINN. ST. SEC. 480A.08 (2007), צוטט מכתב עתירה של ארד-פנקס, ראו ה"ש

<sup>141</sup> MORRISSEY, JOSEPH F., TAKING LOCHNER OUT OF THE CLOSET OR LIBERTY OF CONTRACT

AS A BASIS FOR GAY RIGHTS (Stetson University College of Law, Research Paper No. 2009-27), שם.

<sup>142</sup> Vogel v. McBride (FA 02 0471850S), שם.

<sup>143</sup> Baker v. State, 170 Vt. 194 (Sup. Ct. Vt. 1999), שם.

שפסיקה בעניין קבעה כי זהותם המינית של המבקשים אינה בגדר השיקולים הרלבנטיים שיש לשקול באישור הסכם פונדקאות.<sup>144</sup>

אם כן, מסקירה זו עולה כי בעולם המערבי ישנם שני סוגי מדיניות הננקטת ביחס לפונדקאות – איסור גורף או התרה. המדינות המתירות את הליך הפונדקאות, מרחיבות את מעגל הזכאים להסתייע בו כך שההסדר יחול גם לגבי זוגות חד מיניים. לכן, טענתם של הזוגות החד מיניים בישראל תהיה כי כל עוד ההסדר חוקי בישראל, אין למנוע את נגישותם אליו.

### **3. בחינת ההתנגשות בין הצדדים**

כפי שפירטתי בפרקים הקודמים, הקונפליקט בענייננו אינו פשוט. מצד אחד, זוגות גברים, קבוצת מיעוט, הטוענת לשוויון ולמימוש זכותה להורות. מן הצד השני עולה טענה חזקה לפיה מתן שוויון זה לזוגות הגברים יביא להחרפת הפגיעה בנשים הפונדקאות, בגופן ובאוטונומיה שלהן. לטענתן, כאמור, פגיעה בנשים אלו מחלישה את מעמד האישה ופוגעת בנשים ככללותן. על כן, לפי גישה זו, מאבק זה של זוגות הומואים לשוויון איננו ראוי מאחר והוא מביא לפגיעה בנשים ולהנצחת ההכפפה בין המיניים.

התנגשות זו מזכירה מאבק משפטי נוסף בו עלתה דילמה שכזו, כאשר מאבק של קבוצת מיעוט לשוויון עלול לפגוע בקבוצת מיעוט אחרת:

חסן ג'בארין במאמרו<sup>145</sup> דן בעניין אליס מילר המפורסם<sup>146</sup> שעסק בשילובן של נשים כטייסות בחיל האוויר במסגרת מאבקן לשוויון זכויות בצבא. ג'בארין מציין ביקורת פמיניסטית על פרשה זו ועל גישת "עיוורון המיניים" הליברלית לפיה אין בהשתייכות המינית כדי להצדיק חסימתן כניסתן של נשים לספירה הציבורית. גישת עיוורון המיניים הינה גישה של דמיון (sameness), לפיה יש להעניק יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים. כך, לא קיים שוני רלוונטי בין גברים לנשים המצדיק מתן יחס שונה להן בצבא ויש לשלבן בתפקידים השונים. ג'בארין מבקר גישה זו וטוען כי דוקטרינה זו מתעלמת מהעובדה שהסטנדרטים שנקבעו להשוואה במקרה זה הינם גבריים והנשים מתבקשות להתאים את עצמן אליהם. האישה מתבקשת להוכיח כי היא דומה לגבר ומסוגלת לנהוג כמוהו במקום לבקש שהוא יתאים לצרכיה. כך, השוויון בין המיניים הוא למעשה בבחינת הדמיון לגברים והאישה נכפית לקבל את יחסי הכוח, השליטה וההיררכיה הקיימים.<sup>147</sup>

לפי ג'בארין, שילוב כל אוכלוסיה במערך לחימה כמוהו כדרישה מוצהרת להצטרפות למערך לחימה של צבא כיבוש המטיל את מרותו ואימתו על אוכלוסיה אזרחית<sup>148</sup>. הדרישה לשילוב נשים בשם "השוויון" וקבלת כרטיס הכניסה לחברה הישראלית, קרי, הצבא, מביאה להצטרפותן של נשים לגוף שהן לא היו שותפות בעיצובו ולהכפפתן לקודים הגבריים הקיימים בו. לחילופין, הנשים, מתוך מחויבותן לקבוצות

<sup>144</sup> Decker v. Decker, 2001 Ohio App. LEXIS 4389 (Ohio Ct. App., 3d.Dist. 2001) שם.

<sup>145</sup> חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", פלילים, ט', 2000, 53-93.

<sup>146</sup> בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 1994.

<sup>147</sup> Catherine A. Mackinnon, Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law 10, 44 (1987)

<sup>148</sup> ג'בארין, ראו הי"ש 145, עמ' 59.

מדוכאות אחרות אשר נשים הן חלק מהן, יכלו לקבוע אגינדה נשית ולקרוא תיגר על הגוף הקיים במתכונתו הנוכחית. לפי דבריה של נבילה אספיניולי<sup>149</sup> המצוטטים במאמרו של ג'בארין<sup>150</sup>:

”הדרישה לשילוב נשים בצבא כיבוש ומדכא, בשם קידום השוויון בין המינים, היא זרה לכל מאבק פמיניסטי. מיקומו כפמיניסטיות, יהודיות כערביות, הוא עם הצד האחר אשר סובל מהדיכוי, ולא ההיפך”

לפי דברים אלו, הבחירה בגישת הדמיון העיוור שננקטת בפרשת מילר, אמנם מביאה לשוויון נקודתי לנשים בצבא, אך מעמידה את הקבוצה הדומיננטית היהודית-גברית במרכז ומחזקת את ההירארכיה בין שתי הקבוצות הלאומיות בישראל. לדעתו של ג'בארין, מדיניות המאבק של הנשים צריכה להתבסס על עקרון האוטונומיה וההגדרה העצמית של נשים. עצמאות זו שלהן, תאפשר לא להיכנע לנורמות ולהיררכיה ולסדר הקיימים.

כך, בהקבלה, ניתן לטעון כי מאבקם של זוגות הגברים לשוויון זכויות, בענייני הזכות להורות, ”דורס” למעשה את הנשים הפונדקאיות בכך שמגביר את הביקוש לתופעה ומקבע את הפונדקאות כהליך שגרתי ונפוץ להולדה. בדומה למוסד הצבא המהווה כרטיס כניסה לחברה הישראלית, כך גם מוסד המשפחה וההורות נחשב לאחד מעמודי התווך בחברה בישראל<sup>151</sup>. כאמור, גישה הרואה בעקרות מצב טראגי שאין להשלימו ומעודדת הורות בכל מחיר, גם על ידי פנייה להליך פונדקאות, עלולה, לפי הטענה הפמיניסטית הרדיקלית, להביא לפגיעה בנשים ולהגברת ההירארכיה וההכפפה בחברה. כך גם גישה הרואה באל-הורות של זוגות הומואים מצב אותו יש לפתור בכל מחיר ומקדשת כל אמצעי למען השגתה, מעודדת פונדקאות ועלולה להחריף את הפגיעה בנשים.

בהקבלה לדבריו של ג'בארין, יתכן וזוגות ההומואים צריכים לסרב להיכנס למוסד זה בשל היותם קבוצת מיעוט הנלחמת בדיכוי ובפגיעה בזכויות אדם. קריאת תיגר על מבנה זה ויצירת הורות בדרכים חלופיות, פוגעניות יותר, יטיבו הן למאבק ההומואים לשוויון והן למאבק הנשים נגד ההכפפה.

יתרה מכך, ניתן אף לקחת טענה זו צעד אחד קדימה ולטעון כי יתכן וזוגות ההומואים אינם צריכים להיכנע לדרישות ה”סטרייטיות” על מנת להשיג שוויון ולהשלים עם מצבם הביולוגי שאינו מאפשר הולדה בדרך טבעית. ביסוס מודל של תא משפחתי ללא ילדים יכול לשנות את הגישה הרווחת של ”הורות בכל מחיר” ולהעניק לגיטימציה גם לזוגות הטרוסקסואליים הבוחרים לקיים חיי משפחה ללא ילדים.

אייל גרוס במאמרו<sup>152</sup>, עוסק בשאלת גיוסם לצבא של הומוסקסואליים ולסביות בישראל. בין היתר, בוחן גרוס האם בחירת נושא השירות הצבאי כנושא למאבק הומו-לסבי לשוויון הינו ראוי ומתאים לתיאוריה הקווירית. התיאוריה הקווירית התפתחה באקדמיה האמריקאית בשנות התשעים של המאה העשרים תוך שהיא מהווה המשך של הלימודים ההומו-לסביים ומושפעת רבות הן מתיאוריה פמיניסטית והן מכתבתו של מישל פוקו על מיניות<sup>153</sup>. בעקבות מקורות אלה, רואה התיאוריה הקווירית את המיניות, ובפרט את הקטגוריות ”הטרוסקסואליות” ו”הומוסקסואליות” כהבניה חברתית, ולא כמשקפת חלוקה טבעית

<sup>149</sup> פעילה פמיניסטית מנצרת שהחלה בפעילותה בסוף שנות השבעים, היתה שותפה להקמת קואליציות רבות בין נשים פלסטיניות ויהודיות בישראל, מנהלת מרכז ”אלטפולה” בנצרת וכיהנה בעבר כיושבת ראש של הנהלת הארגון ”שותפות”, ארגון ערבי-יהודי בחיפה.

<sup>150</sup> ג'בארין, ראו ה”ש 136, עמוד 64.

<sup>151</sup> כפי שפירטתי בפרקים הקודמים על מדיניות הפרייון ועידוד הילודה בישראל.

<sup>152</sup> איל גרוס ”מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומואים ולסביות בצה”ל במשקפיים השוואתיים”, פלילים ט', 183-95, 2000.

<sup>153</sup> מישל פוקו, תולדות המיניות 1 – הרצון לדעת (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996).

מהותנית של בני האדם. במובן זה התיאוריה הקווירית מערערת על הטבעיות של הגדרת המיניות ועל המבנים החברתיים הקיימים<sup>154</sup>.

לפי גרוס, במקום הצמדות לתיאוריה הקווירית ולקריאה לפרק את השיח ההגמוני-בטחוני-פטריארכאלי, לערער על המבנים המבוססים על שיח זה ולהציע לו חלופות, נאבקים ההומואים להשתלב בתוך מבנים אלו<sup>155</sup>. גרוס מדגיש כי למרות שהצבא בישראל נתפס אצל רבים כחיוני לקיום המדינה ואזרחיה, מוכרים גם תפקידיו כגוף של כיבוש ודיכוי והוא טוען כי אפשר היה לצפות מההומואים, שהינם קבוצת מיעוט להיות רגישים כלפי תפקידים אלו שהצבא ממלא<sup>156</sup>. הערכים הפטריארכאליים שהצבא ממלא נוגדים את הערכים הקווירים של שוויון ושל הזכות להיות שונה ולכן יתכן וההומואים אינם צריכים להיאבק על כניסה למערכת זו ועליהם להישאר נאמנים לערכים הקווירים.

לפי דוגמאות אלו, הטענות הקווירית והפמיניסטית הרדיקאלית, יגרסו כי גם במוסד הפונדקאות, זוגות הומואים לא צריכים להיאבק על זכותם לשוויון בכל נקודה בחברה. לפי תיאוריות אלו, מאחר והפרקטיקה של פונדקאות פוגעת בנשים ובשל מחויבותם של ההומואים לזכויות מיעוטים<sup>157</sup> עליהם לערער על מוסד הפונדקאות, להתנגד לו ולמצוא דרכים חלופיות בהן יוכלו לממש את זכותם להורות.

טענת נגד של זוגות הגברים תהיה כי אפילו אם טענה זו מוצדקת וראויה, הדרישה שהם יעמדו מאחורי המאבק איננה סבירה. הומואים סבלו לאורך ההיסטוריה מדיכוי והפליה, הם נאלצים להתמודד עם קשיים בתחומים רבים בחייהם ולהיאבק למען שוויון זכויות ושיפור מעמדם בחברה. לטענתם, אין לצפות כי קבוצה קטנה זו תוביל מאבק נוסף על גבה ותקרא לשינוי המבנים הקיימים בחברה. דרישה זו מטילה "נטל כפול" על קבוצה חלשה מלכתחילה והיא אינה מידתית.

לחלופין, זוגות הגברים יטענו כי תחילה יש לדאוג לשוויון ולהרחיב את הנגישות כך שיהיו זכאים להסתייע בפונדקאות. לאחר שיושלם מאבקם לשוויון וייעלמו "רעשי הרקע", יוכל הדיון להתמקד בשאלת מוסריות הפונדקאות ואפשרות איסורה בחוק. כל עוד ההסדר מותר וחוקי, ויתור על מאבקם כמוהו כפגיעה בזכויותיהם ועלול אף להביא להשאת המצב על כנו כשהפונדקאות נותרת חוקית אך לא עבורם.

מנגד, הטענה הפמיניסטית תגרוס כי אם תורחב הנגישות להומואים, הדבר יעניק גושפנקא חוקית לתופעה והפונדקאות תכנס למדרון חלקלק שלא ניתן לעצור. קל יותר לדרוש את ביטול ההסדר כל עוד פחות אנשים זכאים לו.

זוגות הגברים יטענו כי העובדה שהם קבוצת מיעוט אינה אומרת שהם צריכים לפעול לתיקון כל עוולות החברה. העולם רווי באי-שוויון וסביר כי בכל טענה של תיקון הפליה ימצא שובל של הפליה נוספת הנגרמת כתוצאה מתיקון הפליה המקורית. דרישה להתחשבות בכל הפליה שמתעוררת מקבוצה שגם ככה מופלית עלולה לגרום לממצב שבו לא תתאפשרנה עתירות.

בנוסף, יכולים לטעון כי באותה מידה שהנשים דורשות את מחויבותם לזכויות הפונדקאיות, כך הם יכולים לדרוש מהנשים תמיכה במאבקם כקבוצת מיעוט הדורשת לממש את זכותה להורות.

<sup>154</sup> אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית", משפט נוסף 1 (פברואר 2001).

<sup>155</sup> גרוס, ראו ה"ש 152, עמ' 177.

<sup>156</sup> שם, עמ' 178.

<sup>157</sup> על רגישות לזכויות מיעוטים של הומואים: צבי טריגר, "לצאת מהארון הסקטוריאלי", זמין באתר:

<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4080297,00.html> (10.6.11).

לטעמי, המחלוקת בין הצדדים מספקת זווית ראייה מעניינת כיצד שתי קבוצות חלשות – נשים וזוגות הומואים נפגעים על ידי גוף אחד חזק – מערכת פטריארכאלית שוביניסטית המכפיפה נשים מחד ושוללת שוויון זכויות מהומואים מאידך. כתוצאה מפגיעה זו, נוצר מצב בו שתי הקבוצות החלשות נאלצות להיאבק זו בזו על מנת לזכות במבוקשן. דעתי היא כי במקום להשקיע מאמץ בלהגיע לצדק מוחלט לאחד הצדדים, יהיה על שני הצדדים לשלב כוחות ולפעול יחדיו כדי למצוא פתרון אשר ירצה את שניהם וילחם בכוח הפטריארכאלי החזק.

לכן, בשל מורכבות הסוגיה והפגיעה שתתכן בכל אחד מן הצדדים, על בית המשפט יהיה למצוא פתרונות יצירתיים בכדי לאזן בין שתי הקבוצות. במקום להכריע בין שני סוגי צדק – צדק לזוגות חד מיניים או צדק לנשים, יש להשקיע מאמץ בלמצוא הסדרים אשר יכלו את שני סוגי הצדק. בפרק הבא אבחן מספר פתרונות אפשריים לסוגיה זו אשר ירצו את שני הצדדים וימזערו את הפגיעה בהם.

#### **4. פתרונות**

מאחר והכרעה לטובת אחד הצדדים בקונפליקט תפגע בצד השני, ישנם לדעתי מספר פתרונות אפשריים אשר יביאו לאיזון וימנעו ככל הניתן את הפגיעה הן בזוגות הגברים והן בנשים הפונדקאיות:

**מכסות** – מאחר והדאגה העיקרית של הטענה הפמיניסטית היא כי פתיחת הנגישות בפני גברים תיצור ביקוש עצום לנשים פונדקאיות אשר תחריף את הפגיעה בהן יתכן ויש לצמצם את הנגישות לפונדקאות באופן שוויוני, למשל על ידי הגבלת מספר ההליכים המבוצעים בשנה<sup>158</sup>. כך, ההליך אינו יהיה סגור בפני זוגות גברים אך תאושר "מכסה שנתית" של נשים פונדקאיות לכלל האוכלוסייה. בנוסף, דרך זו תאפשר להימנע ממצב שבו הפונדקאות הופעת להליך שגרתי להבאת ילדים לעולם והזרם הפמיניסטי יוכל לסבול את קיומו של ההליך מאחר והוא יחשב לפתרון קצה, בדומה למטרתו המקורית. חשוב לציין, כי גם פתרון זה אינו חף מבעיות: לא ברור כיצד יוחלט מי יהיו הזכאים במסגרת המכסה להסתייע בשירותי הפונדקאות, מה יהיו הקריטריונים אשר ישיגו "עדיפות" במכסה וכיצד יהיה ניתן להצדיק את ההגבלה המספרית השרירותית. כתוצאה ממדיניות זו, עדיין יהיו זוגות או יחידים שלא יזכו להגשים את חלומם ולממש את כמיהתם להורות<sup>159</sup>.

**שיפור הליך הפונדקאות** – בהנחה ותורחב הנגישות לפונדקאות, יתכן ויהיה צורך להגביר את הפיקוח והליווי של המדינה על ההסכם ועל היחסים בין ההורים המזמינים לאם הפונדקאית מחשש להפיכת ההליך למסחרי ופוגעני<sup>160</sup>. תפקידה של הוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים כיום מסתכם במתן האישור לביצוע ההסכם. במצב הנוכחי, לא מנוהל מעקב אחר ביצועו בפועל ואין איסוף נתונים שמטרתו הצבעה על הקשיים בחוק<sup>161</sup>. יתכן וההרחבה של ההסדר אשר תהפוך אותו לנפוץ ושגרתי יותר, תחייב התערבות מוגברת יותר של המדינה. בדומה להתערבותה של המדינה בתחום דיני העבודה בשל הבדלי מעמדות ופערים בעמדות מיקוח, גם בתחום הפונדקאות כאמור, האינטראקציה בין בני אדם שאינה חוזית רגילה ופותחת פתח לניצול תאלץ לקבוע מנגנוני פיקוח מורחבים יותר<sup>162</sup>. כך, יתכן ויש לאפשר התערבות מדינתית בכל שלבי ההליך אשר יבטיחו שהצד החלש, האם הפונדקאית, לא תפגע מן ההליך. לדוגמא, ניתן

<sup>158</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 77.

<sup>159</sup> שם, שם.

<sup>160</sup> שם, עמ' 78.

<sup>161</sup> שם, שם.

<sup>162</sup> שם, שם.

לגבש חוזה סטנדרטי שימש את הצדדים ושכל חריגה ממנו תדרוש אישור מיוחד. דוגמא נוספת היא הקמת גוף שיהיה אחראי לפניות הפונדקאיות, ייתן מענה לבקשותיהן ויגדיר בצורה מפורטת את זכויותיהן<sup>163</sup>. כך, יושג השוויון בנגישות להסדר, אך יוגבר הפיקוח מחשש לניצול ופגיעה בנשים. בנוסף, כפי שנטען בפרקים הקודמים, ההסדרה המדינתית תביא להפחתת הפגיעה בתחום ולמניעת הקמתו של שוק שחור ופניה למדינות עולם שלישי.

שיח היחסים לעומת שיח הזכויות – ההולדה בעידן הגנטי השפיעה לא רק על מאפייני המשפחה המתרחבים כתוצאה מהמגוון המתאפשר אלא גם על עיצוב הקשרים בין הצדדים להולדה<sup>164</sup>. השפעה זו, מעצימה את חשיבותו של האלמנט הגנטי בהולדה ומבליטה גם אלמנטים קנייניים-מסחריים בקשר שבין הצדדים. הדבר נובע כתוצאה מהתפתחויות מדעיות-רפואיות ומהעמקת שיח הזכויות במשפט לרבות בתחום המשפחה<sup>165</sup>. שיח זה מדגיש את הפרט במערכת היחסים שנוצרה בין הצדדים ואת חתירתו להגשמת זכויותיו. בכל הנוגע להגדרת ההורות לילד שנולד כתוצאה מהליך פונדקאות ישנם עקרונות שונים המתווים את הדרך לקביעת ההורים של הילד שנולד: מודל חופש החוזים המבטא את הגשמת רצון הצדדים, מודל טובת הילד, מודל המדגיש את חשיבות ההורות הגנטית או מודל המדגיש את אלמנט ההיריון ועוד<sup>166</sup>. מודלים אלו מתמקדים בזכויות הפרט ולכן משקפים שיח של זכויות ליברלי המתיימר להכריע במאבקים על בסיס עקרון חד-ממדי<sup>167</sup>.

מאחר והליך הפונדקאות עלול לעורר מחלוקות רבות בין הצדדים ולהעלות שאלות של הגדרת הורות, יתכן ויש לשנות את נקודת המבט ולעבור לשיח של יחסים במקום שיח של זכויות<sup>168</sup>. ביסודו של שיח זה עומדת אתיקת הדאגה לזולת שמקורה בקול שונה, קול נשי והוא מציע ראייה המתמקדת במאפייניו הייחודיים של הפרט ובמארג היחסים בינו לבין זולתו<sup>169</sup>. תהליך קבלת ההחלטות לפי שיח זה אינו מכריע זכותו של מי גוברת במאבק מסוים, אלא מתחשב בצרכיהם של כל הפרטים הנוגעים בדבר ומנסה ליישב ביניהם לרווחת הכל ותוך צמצום הפגיעה למינימום<sup>170</sup>. במקום הכרעה בעימות דיכוטומי-הירארכי של שיח הזכויות, שיח היחסים יאופיין בקשב, פתיחות לזולת ובדיון א-הירארכי שאינו מגיע בהכרח לתוצאה בינארית. מטרת השיח אינה להביא לניצחון של צד אחד על משנהו אלא לעצב פתרון שיתחשב בעמדות שני הצדדים<sup>171</sup>.

לדעתי, ניתן לעשות שימוש בשיח היחסים במערכת היחסים שבין ההורים המזמינים לאם הפונדקאית ובפרט כאשר ההורים המזמינים הם זוג גברים. הסדרי הפונדקאות כיום אינם לוקחים בחשבון את מעורבותה האישית של הפונדקאית ואת צרכיה האנושיים<sup>172</sup>. ההיפרדות המהירה של הפונדקאית מהעובר עלולה לגרום לה נזקים פסיכולוגיים ולהגביר את הפגיעה בה ואת האפקט המנצל של ההליך. מחקרים שנערכו בקרב פונדקאיות מצביעים על כך שהן אינן מעוניינות באחריות הורית כלפי הילד<sup>173</sup> וכי אינן מעוניינות במודל של קשר מתמשך והדוק עם הילד. עם זאת, יש מקום לדעתי להכיר יותר במעורבותה של

<sup>163</sup> שם, שם.

<sup>164</sup> רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי-הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", **דין ודברים: כתב עת משפטי בין תחומי** (1), 223-280, 2005, עמ' 224, (להלן: "זפרן").

<sup>165</sup> שם, עמ' 225.

<sup>166</sup> שם, עמ' 231.

<sup>167</sup> שם, עמ' 233.

<sup>168</sup> שיח היחסים בוסס לראשונה ע"י קרול גיליגן, ראו ה"ש 120.

<sup>169</sup> זפרן, ראו ה"ש 164, עמ' 238.

<sup>170</sup> שם, עמ' 239.

<sup>171</sup> שם, שם.

<sup>172</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 80.

<sup>173</sup> שם, עמ' 81.



האם הפונדקאית בהליך ולהעניק לה גישה לקבלת מידע על הילד או אפשרות לקשר עתידי בהמשך במידה ויהיה עניין מצדה ומצד הילד. בנוסף, יתכן וניתן להכיר בזכויותיה כלפי הילד לתקופה מוקצבת של שנה לאחר הלידה וכל לאפשר לה פרידה קלה יותר מהתינוק שתמנע טראומה נפשית כתוצאה מהניתוק. שימוש במודל היחסים בהליך זה יאפשר התחשבות ברצונות הצדדים ותאפשר הכרה רחבה יותר במעמדה של האם הפונדקאית גם לאחר הלידה<sup>174</sup>. חשוב לציין כי אין מדובר בהתייחסות אליה כאל הורה לכל דבר אשר יש לו מקום בהחלטות לגבי עתידו של הילד אלא בהרחבה של המודל הקיים כיום השולל את זכותה בחייו של הילד. לפי שיח היחסים, תוכל האם הפונדקאית לשמר את הקשר בינה לבין הילד ותוכל להשתלב בחייו ולשמור על זיקה חברתית לחייו. אני סבור, כי שילוב שכזה יפחית את הפגיעה באם הפונדקאית, יגביר את ההוקרה לחלקה בהליך ויאפשר לה בחירה בנוגע למידת המעורבות בחייו של הילד. לטעמי, הרחבת הנגישות והפיכת הליך הפונדקאות לשגרתי ונפוץ יותר, מחייבת שימוש בשיח שכזה המחזק את יכולת הבחירה של האם הפונדקאית באשר למעורבותה לאחר הלידה, מפחית את אלמנט הניצול ומחזק את הפן האישי-רגשי בין הצדדים.

לדעתי, דווקא במודל המשפחתי של שני גברים בשל היותו תא משפחתי שאינו מסורתי, תתאפשר שבירה של המודלים הקיימים והתנהלות לפי שיח היחסים שתכניס את האם הפונדקאית לחייו של הילד ולחייהם. מודל שכזה מערער על המבנים הקיימים בחברה בהתאם לתיאוריה הקווירית ויוכל לפתוח פתח לקבלתם של תאים משפחתיים שונים שאינם מסורתיים ומורכבים מאבא, אמא וילד. כך, תתגבר הסובלנות בחברה לשונה ותתאפשר שבירת מודלים מסורתיים גם במבנים משפחתיים אחרים.

הרחבת הסדרי אימוץ לזוגות גברים - כפי שפירטתי בפרקים הקודמים, בעקבות פסק הדין בעניין ירוס-חקק<sup>175</sup>, שונתה ההנחיה<sup>176</sup> באשר לאימוץ על ידי בני זוג מאותו המין הן באימוץ קרובים והן באשר לאישור אימוץ ילד שאינו ילדו של אחד ההורים מהשירות למען הילד. פתרון אפשרי לקונפליקט בעניין הפונדקאות הוא הקלת החסמים הביורוקרטים הקיימים כיום בפנייה לאימוץ<sup>177</sup> ואף מתן עדיפות לזוגות גברים המגישים בקשה לאימוץ. לדעתי, הקלה באפשרות האימוץ עשויה להפחית את הביקוש הרב לפונדקאות של זוגות גברים ובכך גם להקטין את הפגיעה בנשים הפונדקאיות.

איסור על תיווך בפונדקאות – החוק בישראל אינו מטיל הגבלות על תיווך מסחרי לפונדקאות, בניגוד למדינות אחרות בעולם האוסרות על כך במפורש<sup>178</sup>. מעורבותו של גורם מסחרי המתווך בין הצדדים מונעת לרוב משיקולים כלכליים והדבר מגביר את הפן המסחרי והלא-אישי של ההליך. האינטרס של סוכנויות התיווך הוא למקסם את רווחיהן והדבר עלול לעיתים לגרום לפגיעה בנשים הפונדקאיות שהן הצד החלש שבהליך<sup>179</sup>. איסור על תיווך בפונדקאות יסייע להשבת האלמנט הרגשי של ההליך ויביא ליצירת קשר יותר אישי בין הצדדים שאינם מופרדים על ידי סוכנות שמטרתה רווח בלבד. יתכן ויש להעביר את הטיפול בפונדקאות למדינה או לחלופין לעמותות ללא רווח<sup>180</sup> בדומה להסדר הקבוע בחוק האימוץ<sup>181</sup> וכך למנוע את הפגיעה בנשים הפונדקאיות כשהביקוש אליהן יעלה עם הרחבת הנגישות.

<sup>174</sup> זפרן, ראו ה"ש 164, עמ' 277.

<sup>175</sup> פרשת ירוס חקק, ראו ה"ש 45.

<sup>176</sup> ראו הנחיית היועמ"ש, ה"ש 48.

<sup>177</sup> יעל ברנובסקי "ורוד עולה: זינוק באימוץ ע"י זוגות חד-מיניים", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3956723,00.html> (20.9.10)

<sup>178</sup> ליפקין וסממה, ראו ה"ש 51, עמ' 85.

<sup>179</sup> שם, שם.

<sup>180</sup> שם, שם.

<sup>181</sup> סעיף 28 לחוק האימוץ, ראו ה"ש 42.

עידוד פונדקאות אלטרואיסטית/ קרובת משפחה – פונדקאות אלטרואיסטית הינה פונדקאות ללא תשלום. כאמור, אחד המניעים העיקריים של נשים פונדקאיות הפונות להליך הינו כלכלי והן עושות זאת בשל התשלום שיקבלו בתמורה ל"השכרת רחמן". יתכן ועידוד פונדקאות אלטרואיסטית או קביעת תקרת תשלום לאותן נשים, תפחית את מספר הנשים הפונות להליך בשל מצוקה כלכלית גרידא ותשאיר במעגל הנשים הפונדקאיות את אותן נשים החפצות בהליך ממניעים אלטרואיסטים יותר. פתרון זה אינו שולל את אלמנט השכר לאותן נשים בעבור מתן שירותי הפונדקאות אלא מנסה למנוע מנשים המצויות במצוקה "להסתנוור" מהסכומים המוצעים להם בעבור הישרות ולהימנע מלשקול את הסיכונים הגלומים בהליך. מנגד, אפשר לטעון כי יש לבטל כל הגבלה על המחיר שישולם לאם הפונדקאית וכך, יינתן לה יותר כוח ועמדת המיקוח שלה אל מול הזוג המזמין תשתפר.

בנוסף, החוק כיום אוסר על האם הנושאת להיות קרובת משפחה של אחד מההורים המיועדים מטעמים דתיים ומחשש לממזרות<sup>182</sup>. עם זאת, להבדיל מזוגות הטרוסקסואליים, בהסכם פונדקאות של זוג גברים, נעשה בסופו של דבר שימוש רק בזרעו של אחד הגברים<sup>183</sup> לשם יצירת העובר כל שהגבר השני איננו קשור גנטית לתינוק שיולד. מצב זה, מאפשר ליצור חריג לחוק לפיו יהיה ניתן להתקשר עם אם פונדקאית שהיא קרובת משפחה של ההורה המיועד שאינו קשור גנטית לעובר. לדוגמא – אחותו של בן הזוג שהעובר לא יוצר מזרעו תוכל לשמש כאם פונדקאית. התרה של אפשרות זו לזוגות חד מיניים תפחית את הפגיעה באם הפונדקאית שכן, היא קרובת משפחה של ההורים המזמינים, הדבר יעשה מרצון חופשי יותר והסיכוי שתנוצל על ידם קטן.

כל הפתרונות המוצעים בפרק זה מטרתם למצוא את נקודת האיזון שבין זוגות הגברים לנשים הפונדקאיות. עם זאת, חשוב להזכיר כי פתרונות אלו יוכלו להפחית את הפגיעה בנשים הפונדקאיות גם במתכונתו הנוכחית של החוק שאינה מאפשרת נגישות לזוגות גברים. לדעתי, השוואת זכאותם של זוגות הגברים לזה של הזוגות ההטרוסקסואליים הינה הזדמנות טובה לשפר את חוק הפונדקאות בארץ כך שימנע ככל האפשר את הפגיעה בנשים הפונדקאיות מחד ויסייע לאותם הורים חשוכי ילדים לממש את כמיהתם לילד מאידך.

<sup>182</sup> סעיף 2(3)(ב) לחוק הפונדקאות, ראו ה"ש 48.

<sup>183</sup> ישנה גם אפשרות של הפריית זרעם של שני הגברים עם שתי ביציות, לא אתמקד באפשרות זו.

## ד. סיכום ומסקנות

נושא הפונדקאות מעורר רגשות מעורבים ותחושות אמפתיה והזדהות עם כל הצדדים המעורבים בדבר. לאורך כתיבתו של חיבור זה התוודעתי והעמקתי בטענותיהם של שני הצדדים - זוגות ההומואים והנשים הפונדקאיות והבנתי כי לא ניתן להכריע בקונפליקט בצורה המתעלמת מאחד הצדדים ומעניקה את הצדק רק לצד השני. מחד, מצאתי את עצמי מבין לליבם של זוגות חשוכי ילדים, במיוחד זוגות הומואים הנאבקים לשוויון זכויות ולמימוש רצונם העז בילד ולעיתים פונדקאות מהווה עבורם את הפתרון היחיד שיסייע להם לממש את רצונם. מאידך, הזדהיתי עם הטענה הפמיניסטית לפיה אותן נשים פונדקאיות הן לעיתים קרובן בהליך זה ולא אחת מנוצלות ונפגעות בשל אותו רצון של זוגות אחרים בהורות. כפי שהראיתי בתחילת העבודה, לכל אדם יש זכות להורות ולמשפחה, זכות עילאית וחשובה למימוש עצמיותו של אדם ולהגשמתו בעולם. אך האם יש להעניק זכות זו בכל מחיר? האם יש להעניקה גם כשהיא מתנגשת עם זכויותיו של אדם אחר? גם הטענה הפמיניסטית אותה פרטתי אינה חפה מקונפליקטים. האם טענה זו, השוללת את אפשרות הבחירה של אותן נשים פונדקאיות הינה ראויה? האם הליך הפונדקאות באמת פוגע באישה או שמא הוא מחזק אותה ומבטא את יתרונה הביולוגי לעומת הגבר?

תשובות חד משמעיות לשאלות אלה ודאי לא קיימות ולו משום שהן קשורות בטבורן לתפיסת עולם ולערכים של כל אחד ואחד. ההזדהות עם שני הצדדים והמעבר המהיר בין תחושות האמפתיה לשניהם, הביאו אותי למסקנה כי במסגרת הדיון בסוגיה זו אין מקום למושגים כמו "צד טוב" לעומת "צד רע", אין "מנצל" ו"מנוצל" באופן חד משמעי ובטח לא "צודק" ו"לא צודק". לטעמי, יש לצאת מהמסגרת הדיכוטומית המבחינה בין הטענה כי אותן נשים מנוצלות לבין הטענה כי הניצול אינו קיים. דיכוטומיה זו אינה קיימת במציאות וכל מקרה נבדל ממשנהו.

מסקנתי העיקרית מעבודה זו היא כי המדינה צריכה להמשיך ולהסדיר את ההליך. אי-רגולציה של הליך הפונדקאות אינה רצויה ויש לה השלכות שליליות רבות. מחד, הוצאת הליך הפונדקאות מחוץ לחוק לחלוטין יביא להקמתו של שוק שחור ולתעשייה שלמה שרק תחריף את המצב ואת הפגיעה בכל הצדדים. מאידך, פתיחת ההליך לשוק החופשי והסרת כל המגבלות תביא גם היא להחרפת הפגיעה, למסחור התופעה ולהגברת ההשלכות השליליות.

בנקודה זו, המדינה חייבת להמשיך במסלול ההכרה בתאים המשפחתיים החדשים ולהעניק שוויון זכויות גם לאותם זוגות הומואים המבקשים כי הסדר הפונדקאות יוחל גם עליהם. אין ספק כי להרחבת הנגישות לזוגות הגברים ישנן השלכות הנובעות מהגברת הביקוש לתופעה אך זהו אינו נימוק מספק לטעמי, לפגיעה בשוויון שבין התאים המשפחתיים השונים. הרחבת הנגישות לזוגות הגברים הכרחית לטעמי, אך היא דורשת לצידה גם את הגברת הפיקוח וההתערבות המדינתית אשר תמנע את הפגיעה באותן נשים פונדקאיות.

לסיום, ברצוני להזכיר שוב, כי שתי הקבוצות – הן הנשים הפונדקאיות והן זוגות הגברים ההומואים הינן קבוצות אשר סובלות מקשיים ואתגרים ולרוב מגיעות מתוך קבוצת מיעוט. ה"אשמים" באותו אי-שוויון לזוגות ההומואים ובניצול גופן של הנשים אינן אותן קבוצות אלא החברה הפטריארכאלית המכפיפה את הנשים ומחזקת את הסטנדרט הגברי על חשבון הסטנדרט הנשי. הקונפליקט בין שתי הקבוצות מתעצם כאשר רואים בזוגות הגברים כחלק מאותה הגמוניה פטריארכאלית. לטעמי, זוגות הגברים הם גם קרבן של אותה חברה ולכן, טוב יהיה עם שני הצדדים יתאחדו וינסו למצוא את הדרך לאיזון בין זכויותיהם וכך יוכלו גם לערער על אותם מבנים פטריארכאליים בחברה הפוגעים בשניהם.

## ה. רשימת מקורות - ביבליוגרפיה:

### מקורות ישראלים

#### חקיקה ראשית:

- (1) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.
- (2) החוק למניעת אלימות במשפחה, ס"ח תשנ"א 1991.
- (3) חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028.
- (4) חוק האזרחות, תשי"ב-1952, ס"ח 95.
- (5) חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996, ס"ח 1577.
- (6) חוק העונשין, ס"ח תשל"ז 1977.
- (7) פקודת החוק הפלילי, 1936.

#### תקנות:

- (1) תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) תשמ"ז, 1987.

#### הנחיות היועץ המשפטי לממשלה:

- (1) אימוץ על ידי בני הזוג מאותו מין - <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/imuz.htm>
- (2) תרומת ביציות - <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/News/TrumatBeytiyot.htm>

#### פרוטוקולים:

- (1) ד"כ 151 (תשנ"ו) 1196 (ישיבה מיום י"ח בכסלו, 1996).
- (2) ד"כ 162 (תשנ"ו) 4975 (ישיבה מיום 7 במארס, 1996).
- (3) פרוטוקול ישיבה מסעיף 22 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת השש-עשרה (30.11.2005).

#### פסיקה:

- (1) בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765 (1994).
- (2) בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) (1994).
- (3) בג"צ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק-על 2006(4) 1725 (2006).
- (4) בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).
- (5) בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, (טרם פורסם, 11.05.2006).
- (6) בג"צ 2245/06 ח"כ נטע דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פד"י לה(1) 536, 546.
- (7) בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419.
- (8) בג"צ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, (טרם פורסם, 24.3.2009).
- (9) בג"צ 625/10 פלונית ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק ההסכמים (2011).
- (10) דנ"א 2401/95 (ע"א 5587/93) רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4), 661 (1996).
- (11) בג"צ 5398/96 שטיינר נ' שד הבטחון, תקדין-עליון 97 (1) 244 (1997).
- (12) ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נא (1) 16 (1997).
- (13) ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64.
- (14) ע"א 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. נ' היועמ"ש במשרד האפוטרופס הכללי, (נבו, ניתן ביום 11/11/2004).
- (15) ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ.
- (16) ע"א 5178/03 שטיינר נ' מנהל מס שבת, דינים עליון סה, 746 (2004).
- (17) ע"ב (ת"א) 3816/01 פטריק לוי נ' מבטחים, (טרם פורסם, ניתן ביום 25.6.2011).
- (18) עע (ארצי) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (טרם פורסם, ניתן ביום 4.11.08).
- (19) ק"ג (ת"א) 3438/09 דניאל אדרי נ' עיריית תל אביב, (טרם פורסם, ניתן ביום 16.8.2010).
- (20) ת"א (ת"א) 1533/99 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ.
- (21) תמ"ש (י-ם) 28240/09 ד.ג. נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי.

- 22) תמ"ש 13530/08 "משפחה חדשה" ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', (נבו, ניתן ביום 6/12/09).
- 23) תמ"ש 32520/97 פלונית נ' אלמונית, (טרם פרסם, ניתן ביום 2.6.1997).

### כתבי עתירה:

- 1) בג"ץ 1078/19 יואב ארד-פנקס ואיתי פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים- כתב עתירה.

### ספרים:

- 1) כרמל שלו "הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי, הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ גופית", הקיבוץ המאוחד, 191-215, 1996.
- 2) קטרין מקינון פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה (דפנה ברק-ארז עורכת, עידית שורר מתרגמת, 2005).

### מאמרים:

- 1) אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית", משפט נוסף 1 (פברואר 2001).
- 2) איל גרוס "מיניות, גבריות, צבא ואזרחות: שירות הומאים ולסביות בצה"ל במשקפיים השוואתיים", פלילים ט', 95-183, 2000.
- 3) אירית רוזנבלום "דו"ח משפטי לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל", 22.2.11, (לא פורסם).
- 4) אירית רוזנבלום "משפחה תחת אזהרה", פנים: כתב עת לתרבות, חברה וחינוך, 19, 36-42, 2002.
- 5) אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית", המשפט: כתב עת לענייני משפט, 12: 10-19, 90-92, 2001.
- 6) ברברה סבירסקי "פונדקאות כזנות", עיתון אחר, 19-20: 22-24, 1991.
- 7) דורית שפירא, יוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו 1996: המצוי והרצוי", רפואה ומשפט, גיליון 36, 19 (2007).
- 8) דינה בלכמן "האם תפתח הפונדקאות את הראש לפמיניזם הישראלי", נגה 30, 26-28, 1996.
- 9) ח' גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראלי" - השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על-ידי זוג חד-מיני", המשפט ז' 217, 238, תשס"ב.
- 10) חסן ג'בארין "לקראת גישות ביקורתיות של המיעוט הפלסטיני: אזרחות, לאומיות ופמיניזם במשפט הישראלי", פלילים, ט', 53-93, 2000.
- 11) כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האישה בחברה ובמשפט, 503-512, תשנ"ה.
- 12) כרמל שלו "נשיאת עוברים (פונדקאות): המסחר בשירותי ההולדה", ביטחון סוציאלי 46, 87, 89, 1996.
- 13) מירי בומבך ורונלי שקד "מהפכה במוסד 'הזכות להורות' - תמורות בחברה הישראלית- דיון בסוגיית ההורות ההומו-לסבית", רפואה ומשפט כו, 121 (תשס"ב-תשס"ג).
- 14) צבי טריגר "המשפט הישראלי הוא אחד: דיני משפחה וסחר בנשים בישראל כשני הקצוות של רצף אחד", ספר דליה דורנר, תשס"ט, 363.
- 15) רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי-הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", דין ודברים: כתב עת משפטי בין תחומי 2(1), 223-280, 2005, עמ' 224.

### מקורות אינטרנטיים:

- 1) אביעד גילקמן "השופט הסכים לבדיקה, האב יחזור עם ילדיו מהודו", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3891045,00.html> (18.5.10).
- 2) אביעד קליגמן "פונדקאות לחד-מיניים" אסא כשר ומור-יוסף בוועדה", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3902291,00.html> (8.6.10).
- 3) אביעד גילקמן "תקדים משפטי: ילד יאומץ על ידי בן הזוג של אביו", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4000371,00.html> (16.12.10).

- 4) גלית לוי "בפונדקאות אין ניצול, יש נתינה אדירה", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3901988,00.html> (11.6.10).
- 5) ד"ר איתי גל "מחקר בדק: כמה עולה פונדקאות בישראל ובחוו"ל" זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3532171,00.html> (9.12.10).
- 6) הסרט "גוגל בייבי" של היוצרת ציפי ברנד, זמין באתר: <http://yes.walla.co.il/?w=2/8630>.
- 7) "ורוד עולה: זינוק באימוץ ע"י זוגות חד-מיניים", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3956723,00.html> (20.9.10).
- 8) ורד לוי-ברזילי, "תביאו שישה, תביאו שבעה, תביאו שמונה ילדים", פורסם במוסף הארץ 25.1.05: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=531823>.
- 9) טובה דדון, "המדינה תממן פונדקאות בשל רשלנות בלידה", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4082456,00.html> (15.06.11).
- 10) נופר ליפקין ואתי סממה, "פונדקאות בישראל, תמונת מצב 2010 והצעות לשינוי חקיקה", דו"ח שנכתב כחלק מפרויקט "נשים וטכנולוגיות רפואיות" בארגון "אשה לאשה – מרכז פמיניסטי חיפה", זמין: [http://www.isha.org.il/upload/file/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%93%D7%A7%D7%A1/surrogacy\\_web.pdf](http://www.isha.org.il/upload/file/%D7%90%D7%99%D7%A0%D7%93%D7%A7%D7%A1/surrogacy_web.pdf).
- 11) סקירת מחקרים בנושא הורות גאה באתר האגודה האמריקנית לפסיכולוגיה, זמין באתר: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/parenting.aspx>.
- 12) עדי מורנו, שיחה על פונדקאות ומגדר בעידן טכנולוגיות הפרייון, פרויקט נשים וטכנולוגיות רפואיות, אישה לאישה חיפה, סיכום מפגש מיום 1.12.10, זמין באתר: <http://www.ichle.com/87091/PHM>.
- 13) <http://www.hfea.gov.uk/485.html> : Human Fertilisation and Embryology Authority
- 14) צבי טריגר, "לצאת מהארון הסקטוריאלי", זמין באתר: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4080297,00.html> (10.6.11).

## מקורות זרים:

### חקיקה אמריקאית:

- 1) N.Y. DOM. REL. LAW

### פסיקה אמריקאית:

- 1) Baker v. State, 170 Vt. 194 (Sup. Ct. Vt. 1999).
- 2) Decker v. Decker, 2001 Ohio App. LEXIS 4389 (Ohio Ct. App., 3d.Dist. 2001).
- 3) Re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)
- 4) Vogel v. McBride (FA 02 0471850S)

### מאמרים באנגלית:

- 1) Catherine A. Mackinnon, Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law 10, 44 (1987).
- 2) Catherine DeLair, Ethical, moral, economic and legal barriers to assisted reproductive technologies employed by gay men and lesbian women, 4 DePaul Journal of healthcare law 148 (200-2001).
- 3) Carol Gilligan, In a Different Voice (1982).
- 4) Daphna Birenbaum-Carmeli, *The politics of 'The Natural Family' in Israel: State policy and kinship ideologies*, Social Science & Medicine, Volume 69, Issue 7, October 2009, Pages 1018-1024.
- 5) Martha Nussbaum, "Sex And Social Justice" (1999).