

הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?

מאת

רות זפרן*

מאמר זה מבקש לבחון אם הזכות להורות, במובן שהוקנה לה בישראל, כוללת גם הורות בסיוע אם נושאת תוך התמקדות בקבוצות אוכלוסייה שלעת עתה הנתיב האמור סגור בפניהן – נשים וגברים המבקשים להפוך להורים יחידים ובני זוג מאותו מין. לשם בירור השאלה האמורה בוחן המאמר את גבולות הזכות להורות, את היקפה ואת מידת ההגנה המוקנית לה בדין הפוזיטיבי. המאמר עומד על עוגניה ועל האופן שבו מעצבים אלה את מאפייניה של הזכות. המאמר בודק אף את סיווגה כזכות נגטיבית או פוזיטיבית, ועל פי זה את המאפיינים הנגזרים מכך, לרבות אופי החובה הנגדית המוטלת על המדינה. גם זהות בעלי הזכות נבחנת במסגרת זו. שאלות אלה, הנבחנות בחלקו הראשון של המאמר, אינן מובילות למסקנה חד-משמעית באשר להכרה באינטרס מוגן ולגיטימי לסלילת נתיב חוקי המאפשר התקשרות בסיוע אם נושאת בישראל לכול. לפיכך חלקו השני של המאמר מוקדש לבחינת טיעון משלים שלפיו יש להכיר בזכות הגישה להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים לכול, לרבות מי שמבקשים להפוך להורים יחידים ולבני זוג מאותו מין, כחלק מעקרונן השוויון. חלק זה פותח בהצגת הפגיעה הכרוכה בהסדר הישראלי ובהצגת הטענה שעקרונן השוויון מחייב שינוי ההסדר והנגשת ההסתייעות בהסדרים לנשיאת עוברים גם ליחידים ולבני אותו המין. בחינת טענת הפגיעה בשוויון מחייבת הצגת שיקולי הנגד הקוראים לצמצום הגישה להולדה בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים, מטעמים של פגיעה בילדים, בנשים ובערכים חברתיים. לאחר הצגת שיקולים אלה מובהר מדוע אין מתקיימת הבחנה רלוונטית בין קבוצות האוכלוסייה בנוגע לשיקולי הנגד. עיון זה בזכות להורות ובהנגשת ההסדר להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים אקטואלי במיוחד שעה שהצעות לתיקון חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכמים ומעמד העובר) עומדות בלב השיח הציבורי ונדונות בכנסת. חלקו האחרון של המאמר מוקדש לדיון בהצעות אלה.

מבוא. א. ההכרה בזכות להורות ופרשנותה במשפט הישראלי. 1. כללי; 2. עוגניה של הזכות החוקתית להורות; 3. סיווגה של הזכות להורות כזכות נגטיבית או פוזיטיבית; 4. הזכות להורות כזכות אינדיווידואלית; 5. תוכן הזכות להורות: הולדה (טבעית או בסיוע) וטיפול; 6. כלפי מי פועלת הזכות להורות; 7. מקומה של הזכות להורות בסיוע פונדקאות בפסיקה הישראלית; 8. סיכום ביניים; ב. גישה להסדרים לנשיאת עוברים לכול. 1. פתיחת ההסדר המאפשר התקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים לכול – תוצאה המתחייבת מעקרונן השוויון; 2. שיקולי נגד להכרה – שיקולים כלליים נגד הסדרים לנשיאת עוברים; 3. תוקפם

* בית ספר רדזינר למשפטים. תודה מקרב לב לאהרן ברק, לאמנון רייכמן ולאדם שנער על שניאותו לקרוא ולהעיר על טיוטה מוקדמת של מאמר זה. תודה לעוזרי המחקר שלי, עמית אלעזרי, אלעד ארדן, נועה מילשטיין, שחר פרידמן ותומר קנת, על עבודתם המסורה והמקצועית. תודה לנועה זעירא, עורכת משפטים על אתר, על עבודה יוצאת דופן במקצועיותה.

של שיקולי הנגד הכלליים בהקשר של משפחות יחידניות ומשפחות חד-הוריות; ג. הצעות לשינוי החוק. ד. הערה לפני סיום.

מבוא

השאלה אם וכיצד מכיר המשפט הישראלי בהגשמת הזכות להורות בסיוע הסדרים לנשיאת עוברים ("פונדקאות") אינה פשוטה למענה. הכרה בזכות להורות אינה כשלעצמה תשובה לשאלה אם הולדה בסיוע אם נושאת מוכרת ומוגנת משפטית, ואם קיימת "זכות" לנתיב פנים-ישראלי להתקשרות עם אם נושאת להגשמת הכמיהה להורות. גם אם הזכות להורות מוכרת משפטית (והיא אכן מוכרת בישראל) היא אינה קובעת בהכרח הכרה בכל נתיב ובכל אמצעי להגשמתה.

מאמר זה מבקש לבחון אם הזכות להורות, במובן שהוקנה לה בישראל, כוללת גם הורות בסיוע אם נושאת תוך התמקדות בקבוצות אוכלוסייה שלעת עתה הנתיב האמור סגור בפניהן – נשים וגברים המבקשים להפוך להורים יחידנים ובני זוג מאותו מין. לשם בירור השאלה האמורה אבחן במסגרת מאמר זה את גבולות הזכות להורות, את היקפה ואת מידת ההגנה המוקנית לה בדין הפוזיטיבי. אבחן את עוגניה ואת האופן שבו מעצבים אלה את מאפייניה של הזכות. אבדוק אם הזכות להורות מוכרת אך במובנה הנגיטיבי, המטיל חובה צרה על המדינה – להימנע מהתערבות בניסיונם של הורים פוטנציאליים להפוך להורים – או שהיא בעלת אופי פוזיטיבי, וככזאת מטילה על המדינה חובה לסייע לאזרחיה להפוך להורים. אף סיווגה כבעלת תוכן פוזיטיבי יחייב בירור בנוגע לאופייה ובעיקר בנוגע לזהות החובה הנגדית המוטלת על המדינה. זיהוי בעלי הזכות אף הוא דורש בירור, והוא רלוונטי להכרעה בשאלה שלפנינו – האם מדובר בזכות המוקנית לזוגות כחלק מהגשמת זוגיותם? או שהיא שייכת לאינדיווידואלים ומוענקת לפרטים ללא קשר למעמדם האישי ולזיקותיהם המשפחתיות?

חלקו הראשון של המאמר מוקדש לבחינת השאלות האמורות ולדיון בזכות להורות, מאפייניה והיקפה. בחינה זו אינה מובילה ככל הנראה למסקנה חד-משמעית באשר להכרה באינטרס מוגן ולגיטימי לסלילת נתיב חוקי המאפשר, בעיקרון, התקשרות בסיוע אם נושאת בישראל לכול. לפיכך חלקו השני של המאמר מוקדש לבחינת טיעון משלים שלפיו יש להכיר בזכות הגישה להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים לכול, לרבות מי שמבקשים להפוך להורים כיחידים ולבני זוג מאותו מין, כחלק מעקרון השוויון. חלק זה פותח בהצגת הפגיעה הכרוכה בהסדר הישראלי ובהצגת הטענה שעקרון השוויון מחייב שינוי ההסדר והנגשת ההסתייעות בהסדרים לנשיאת עוברים גם ליחידים ולבני אותו המין. בחינת טענת הפגיעה בשוויון מחייבת הצגת שיקולי הנגד הקוראים לצמצום הגישה להולדה בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים, מטעמים של פגיעה בילדים, בנשים ובערכים חברתיים. לאחר שיוצגו שיקולים מהותיים אלה יובהר מדוע אין מתקיימת הבחנה רלוונטית בין קבוצות האוכלוסייה בנוגע לשיקולי הנגד. עיון זה בזכות להורות ובהנגשת ההסדר להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים אקטואלי במיוחד שעה שהצעות לתיקון חוק הסכמים לנשיאת

עוברים (אישור הסכמים ומעמד העובר) עומדות בלב השיח הציבורי ונדונות בכנסת. חלקו האחרון של המאמר יוקדש לדיון בהצעות אלה.

א. ההכרה בזכות להורות ופרשנותה במשפט הישראלי

1. כללי

הזכות להורות הוכרה כזכות חוקתית במשפט הישראלי. הכרה זו מוצאת ביטוייה בסדרת הכרעות והתבטאויות של בית המשפט העליון.¹ אף שהכרעות אלה מבקשות להשתמש במשפט המשווה² ובמסמכים בין-לאומיים,³ הרי שביסודן דרך ההכרה בזכות, היקפה ועצמתה הן מקוריות-ישראליות ולרוב חסרות תקדים בהיקפן ובעצמתן.

בהנמקה להכרתו בזכות להורות מנה בית המשפט העליון עוגנים שונים לזכות:⁴ הוא הכריז עליה כזכות יסוד עצמאית;⁵ הוא הצהיר עליה כזכות משלימה לזכות לחיים;⁶ כנגזרת של הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; או כנגזרת מזכויות אחרות בעלות מעמד חוקתי, כגון החירות,⁷ האוטונומיה של הרצון הפרטי⁸ והפרטיות.⁹ נוסף על הקו הפסיקטי המובהק שפרטיו יוצגו בהמשך, גם המחוקק הכיר למעשה במובנים מסוימים של הזכות להורות בחקיקת חוק הסכמים לנשיאת עוברים,¹⁰ בחקיקת חוק תרומת ביציות¹¹ ובעצם הכללת טיפולי הפוריות בסל הבריאות כחלק מהטכנולוגיות

1 ביטוי מפורש לכך ניתן למצוא בע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מר(1) 337, 330 (1990); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 235, 221 (1995); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 296–297, 497, 548 (2006); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 447 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה נ' הוועדה); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 790 (1996).

2 ראו למשל עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 680, 701; עניין עדאלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297.
3 ראו למשל עניין עדאלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297; בע"מ 377/05 פלוני ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 185–186 (2005); בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, 230 (2005).

4 לדיון נרחב בסוגיה זו ולאסמכתאות נוספות ראו להלן ה"ש 18.
5 ראו, למשל, עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 337; עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 736.
6 ראו, למשל, בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס" 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.6.2006).

7 גישה זו מתבטאת למשל בדבריו של השופט גולדברג בעניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 723.
8 ראו, למשל, את דבריה של השופטת (כתוארה אז) ביניש בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175–176 (1997). כן ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85, 112 (1986).

9 עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 790. ראו בהקשר רחב יותר עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 235.

10 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים); מיכאל קורנאלדי "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו–1996 ודו"ח ועדת אלוני" המשפט ג 63 (1996).

11 חוק תרומת ביציות, התש"ע–2010.

הזכות למימון מדינתי.¹² בהושיטה סיוע כלכלי להורים פוטנציאליים העניקה המדינה אופי פוזיטיבי לזכות.¹³ עם זאת נראה כי אין לזקוף לזכות המחוקק את הרחבת היקפה של הזכות להורות במשפט הישראלי ואת העצמתה בצעדיו אלה. הזכות ה"כתובה" להורות בישראל מוגבלת. החקיקה המסדירה הולדה בסיוע – חוק תרומת ביציות וחוק הסכמים לנשיאת עוברים – כוללת גם מגבלות על הגשמת הזכות. לצד חוקים אלה, המאפשרים הגשמת הזכות להורות במגבלות, אין הסדר מפורש המצהיר על זכות הפרט להפוך להורה או על זכותו לתכנן המשפחה לא במישור החוקתי ולא במישור החקיקתי. עצמתן והיקפן של אלה הלכו כאמור והתרחבו בפסיקת בית המשפט.

כדרכה, התקדמות הפסיקה נעשתה בזהירות, לעתים במישורין ולעתים אגב אורחא. לצד פסיקה אופרטיבית (רחבה או מצומצמת, כתלות במקרה הנדון) הכריז בית המשפט העליון בהנמקתו המרחיבה ובהצהרותיו הנדיבות על מעמדה ועל עצמתה של זכות¹⁴ הן במישור הפרטי-הבין-אישי¹⁵ והן במישור היחסים שבין הפרט למדינה.¹⁶ גם ערכאות הדיון לא נמנעו מלהכיר בה, ובהיעדר חקיקה מנחה נקטו, במקרים שבאו בפניהם, קו מרחיב.¹⁷ נדמה כי אין עוד ויכוח על עצם קיומה של הזכות להורות במשפט הישראלי, והשאלה המרכזית העומדת כיום בפני בית המשפט בדיון על הזכות להורות אינה אם זכות זו מוכרת חוקתית אלא מהו היקפה ומהי ההגנה המוקנית לה.

2. עוגניה של הזכות החוקתית להורות

שופטים ומלומדים הכירו בזכות להורות כזכות עצמאית ואפיינו אותה כזכות בעלת חשיבות עליונה.¹⁸ לגישתם מדובר בזכות "טבעית וראשונית",¹⁹ "מולדת, טבועה באדם".²⁰ לדידם,

- 12 המדינה מממנת טיפולים עד להולדה של שני ילדים לכל זוג עד הבאת שני ילדים לעולם וזאת במגבלת גיל נדיבה יחסית.
- 13 נדגיש שבמילה "זכות" בהקשר זה אין אנו מתכוונים בהכרח לזכות חוקתית אלא לזכות משפטית שקמה עם חקיקתו של הסדר סטטוטורי. ייתכן, ובכך אין אנו מביעים עמדה, כי אלמלא היו נחקקים הסדרים אלה, זכות כאמור לא הייתה מוכרת במשפט הישראלי.
- 14 דוגמה מובהקת לכך הוא עניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 1.
- 15 עניין נחמני, לעיל ה"ש 1.
- 16 עניין דוברין, לעיל ה"ש 6, פס' 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; או בנוגע לגופים ציבוריים אחרים, ראו ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פס' 13–18 לפסק דינה של השופטת ארד, פס' 1–4 לפסק דינו של הנשיא אדלר וההפניות שם (פורסם בנבו, 4.11.2008).
- 17 ראו למשל את שני המקרים הייחודיים הללו: ה"פ (מחוזי י-ם) 11-04-25340 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הבריאות (פורסם בנבו, 6.6.2011); תמ"ש (משפחה קר) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (פורסם בנבו, 6.12.2009) (להלן: משפחה חדשה נ' מרכז רפואי רמב"ם).
- 18 לאחרונה עמד על כך השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בהצהירו כי "כך או כך, יסכימו בודאי הכל או כמעט הכל, כי הזכות להורות כוללת ערך ליבה העומד בפני עצמו – להביא צאצאים לעולם – ומעטפת המגנה על ערך האוטונומיה [...] הזכות להורות כוללת מרכיב ערכי עצמאי החורג מן הזכות לאוטונומיה הרצון, בשונה מן הזכות שלא להיות הורה, המעוגנת באוטונומיה [...] הזכות להורות היא לכאורה ערך עקרוני בפני עצמו, טבעי וקמאי, ובמדרג גבוה בסולם ערכי אנושי"; בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' ל–לב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.2.2013). ראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 337; עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 701–702 (את האסמכתאות

הזכות "מבטאת צורך קיומי בסיסי", ו"מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי".²¹ תפיסה זו רואה בזכות להורות ולחיי משפחה דבר שבלעדיו אין, בלעדיה הזכות לחיים מתרוקנת מתוכנה. ובלשונו של השופט טירקל בדנ"א נחמני: "בצדה של הזכות לחיים – שהיא הזכות לחיים שלמים ומשמעותיים – או כחלק ממנה, ראוייה גם הזכות להיות הורה להכרה כזכות יסוד אנושית עצמאית ולא רק כנגזרת של אוטונומיית הרצון [...] הצאצא הוא העתיד, וקיומו מעניק לחייהם של רוב בני האדם משמעות מיוחדת, ואולי את עיקר משמעותם".²² לא זו בלבד שתפיסה זו רואה בזכות להורות זכות עצמאית, היא אף מדרגת אותה במקום גבוה מאוד במדרג זכויות האדם החוקתיות, מיד לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף.²³ אפשר כי לביסוסה כזכות עצמאית ולמיקומה בחלקו העליון של מדרג הזכויות יהיו השלכות על אופייה ובעיקר על עצמתה. למשל: אפשר ששיבוצה גבוה במדרג יכביד על האפשרות להגבילה.²⁴ גם גזירתה כזכות עצמאית מותירה שיקול דעת רחב יותר בעיצוב גבולותיה, שכן היא אינה מכניסה אותה בסד זה או אחר. לחלופין זכתה הזכות להורות להיגזר מכבוד האדם, וככזאת ליהנות ממעמד חוקתי על-חוקי.²⁵ בהקנתו לה מעמד זה בית המשפט אינו יוצר הבחנה ברורה בין הזכות להורות לבין הזכות למשפחה וכורך אותן יחד:²⁶

זכות נוספת הנפגעת בנסיבות העניין והנגזרת אף היא מהזכות החוקתית לכבוד, הינה זכותן של העותרות לחיי משפחה ולעיצוב התא המשפחתי שהקימו על פי בחירתן [...] העותרות מבקשות להוליד צאצא משותף ולהרחיב את התא המשפחתי שהקימו. החלטה משמעותית כזו של בנות הזוג הנוגעת להולדת ילדים מבטאת במלוא העוצמה לא רק את הזכות לאוטונומיה של העותרות אלא גם את זכותן לחיי משפחה ובמקרה דנן

בעניין זה מביא השופט טל בהפנותו לשורת מלומדים שראו בזכות זו בסיסית ועצמאית; דפנה ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 199–200 (1996); יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 663, 664–670 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004) (להלן: מרין "הזכות לחיי משפחה").

19 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני 219 (1989).

20 דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 682.

21 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18, בעמ' 200.

22 לעיל ה"ש 1, בעמ' 736–737.

23 על דרוגה הגבוהה של הזכות ראו עניין דוברין, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

24 ראו שם: "ככל שמעמדה של הזכות החוקתית רם יותר, כך יידרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגרוע מן הזכות או לשוללה".

25 עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 723–724; כפי שנראה להלן הסיווג בין הכבוד לחירות אינו תמיד חד בהקשר זה.

26 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296 (פסק דינו של הנשיא ברק); ראו את דבריו של ברק בספרות, אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13, 17–18 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה").

מקפלת בתוכה הזכות לחיי משפחה גם זכות חשובה נוספת והיא – הזכות להורות.²⁷

סיווג זה נועד להבהיר את שורשיה וככל הנראה עשוי להשפיע על מאפייניה. במידה רבה ניצבת הזכות להורות בקדמת הבמה, לפני הזכות לנישואין, שאף היא רכיב בזכות למשפחה. תוצאה זו נעוצה בשני גורמים: האחד, מרכזיות ההורות בחברה הישראלית, המאופיינת בפרו-נטליזם המוצא ביטוי הן תרבותית הן משפטית;²⁸ השני, המגבלות המהותיות הקיימות בדין הישראלי על נישואין בהיותם נתונים להסדרה דתית. כפיפות הנישואין לדין האישי (על פי סיווגם הדתי של הצדדים), השמרנות המאפיינת את הדת והעובדה כי ההפניה לדין האישי מעוגנת בחקיקה הקודמת לחוק היסוד ולכן מוגנת מפני התערבות חוקתית בשל פסקת שימור הדינים – אלה אינן מאפשרות להקנות לה מעמד חוקתי שלם ובעל נפקות מעשית.²⁹

לצד עיגון הזכות להורות ולפריון כחלק מכבוד האדם סורטטו שלושה נתיבים המובילים אף הם אל חוק היסוד (או נובעים ממנו), ולכולם נקודות ממשק ומכנה משותף: הזכות להורות כחלק מן החירות, הזכות להורות כחלק מן הזכות לפרטיות והזכות להורות כחלק מהזכות לאוטונומיה של הפרט, המתבטאת בהקשר זה במימוש רצונותיו של הפרט בהקמת משפחתו.

עיגון הזכות להורות בזכות לחירות שואב את כוחו מהרעיון כי לכל אדם חופש לבצע את שיחפוץ כל עוד מעשיו אינם פוגעים באחר.³⁰ במובן זה מתבטאת הזכות להורות בכך שאל למדינה להתערב בפעולות הפרט, ביכולתו לכוון את חייו, ובעיקר במימוש שאיפותיו להיות הורה כל עוד אין בפעולתו זו משום הסבת נזק לאחר.³¹ בסיס זה לכאורה מנביע משמעות מצומצמת-נגטיבית לזכות להורות: הוא מטיל חובה על המדינה שלא להפריע לפרטים לממש את מבוקשם באמצעות לידה והולדה ואינו מקים, כביכול, חובת "עשה" על

27 בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' 25 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 18.9.2014) (באותה פרשה אפשר שזירה זו מתחייבת מנסיבות המקרה המיוחד שבו מתבקשת ההכרה בזכות).

28 להרחבה על פרו-נטליזם ומגמות סותרות בישראל ראו אורנה דונת "פרו-נטליזם סדוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" סוציולוגיה ישראלית יא 417 (2010), זמין ב- img2.timg.co.il/forums/1_138564923.pdf.

29 בהקשר זה ראו בהרחבה Ayelet Blecher-Prigat, *Constitutional Right to Marry: Israeli Style*, 47 *ISR. L. REV.* 433 (2014).

30 זהו כידוע עקרון הנזק שניסח ג'ון סטוארט מיל בספרו על החירות – "That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others[...]. The only part of the conduct of anyone for which he is amenable to society is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his body and mind, the individual is sovereign"; JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* 37 (Curran V. Shields ed., Liberal Arts Press, 1956).

31 עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 719 (דבריה של השופטת דורנר).

המדינה.³² בסיס זה הולם נסיבות שבהן לא נדרש להורים הפוטנציאליים כל סיוע בהולדה, נסיבות שבהן התעברותם מובטחת באופן "טבעי" מעצם פעולתם שלהם. עם זאת היא עשויה להיות חסרה לאלה הזקוקים לסיוע – למשל סיוע של המדינה, של צוות רפואי או גורמים שלישיים אחרים.³³

ואולם דווקא בהקשר של הזכות להורות הבנה מצומצמת אינה גורעת בהכרח מכוחה. כך למשל ניתן לטעון כי אם פרטים מתקשרים עם נשים בהסכמים לנשיאת עוברים, המשמעות היא שהמדינה אינה יכולה להתערב ביחסים אלה, או לכל הפחות תידרש הצדקה מיוחדת למעורבות שכזו. בדומה לזה, אם וכאשר קיימת תשתית להולדה בסיוע (כדוגמת חקיקה המסדירה את התחום, מרכזים לשירותים רפואיים וכו'), עשויה החירות להתוות גישה למי שמבקשים לעשות בתשתית זו שימוש. עם זאת ברי כי חירות אין משמעה הפקרות, ותיתכנה מגבלות שמטרתן להגן על צדדים שלישיים ולהבטיח אינטרסים חברתיים רבי עצמה. אל אלה אחזור בשלב מאוחר יותר של המאמר.³⁴

בסיס אפשרי אחר לזכות להורות הוא כאמור הזכות לפרטיות.³⁵ החלטות בנושאי התעברות, היריון ולידה³⁶ נחשבות החלטות במישור האישי, ה"פרטי", והגשמתן אמורה להיות ללא הפרעה. התעברות המדינה, כפי שקבעה השופטת הדסה בן עתו בהחלטה מכוננת משנות השמונים, תעשה רק "מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני".³⁷ רכיב הפרטיות מבטא את הסובלנות של החברה כלפי המתרחש במשפחה ואת השונות בין התאים המשפחתיים הקיימים, הנתונים במידה רבה לניהולם של פרטיהם.³⁸ המצדדים "ברעיון הפונדקאות גורסים שהנושא מצוי בתחום הפרט של חיי המשפחה, ולמדינה אין זכות להתערב בו, כשם שעצם הבאת ילדים לעולם הוא נושא שבתחום הפרט. לשיטתם, קביעה המצמצמת את אפשרות ההחלטה של הפרט היא הפרת זכויות יסוד [...]".³⁹ זו הייתה גם עמדת ועדת אלוני, הוועדה שהמלצותיה עמדו ברקע חקיקת חוק הסכמים לנשיאת עוברים.⁴⁰

32 עניין פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 18, פס' כט לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין, כן ראו באופן כללי, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 362–363 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט).

33 אם ההורה הפוטנציאלי רוצה להיעזר בצד שלישי, ואין צורך בסיוע מיוחד מצד המדינה או שיש בידו המשאבים הדרושים לכך, ייתכן שהדבר יהיה מכוסה באמצעות המובן הנגטיבי של הזכות להורות.

34 להלן פרק ב.2–3.

35 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; עניין דוברין, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; כמו כן ראו את דברי הנשיא שמגר בעניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 235.

36 כרמל שלו "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית" המשפט ג 53, 54 (1996).

37 דבריה של השופטת בן-עתו בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57, 81 (1981).

38 הוא מתפרס גם על הזכות של ההורה לגדל את ילדו על פי אמונתו וכראות עיניו.

39 דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996: המצוי והרצוי" רפואה ומשפט 36, 19, 21 (2007).

40 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ גופית (1994); ואולם עמדתה של הוועדה שלא להגביל גישה לטכניקות הולדה מלאכותיות בעילה של מעמד אישי, לא התקבלה בסופו של דבר בחוק.

מנגד ניתן לכאורה לטעון שבסיס זה לזכות להורות עשוי להנביע הגנה רק על הולדה טבעית, המתאפשרת מקיום יחסים אינטימיים ללא מעורבות חיצונית – רפואית או אחרת. עמדה זו תתקשה לכאורה להגן על זכות הגישה לטכניקות הולדה מלאכותיות ההופכות את ההולדה מאקט אישי-דיאדי לאקט המשלב צדדים שלישיים.⁴¹ כך או כך, אני סבורה כי עיגון הזכות להורות באמצעות מושג הפרטיות מתאים פחות למובנה של הפרטיות במשפט הישראלי, הנוגע יותר באלמנטים של צנעת הפרט.⁴² אמנם נתיב זה מוזכר בפסיקה ובספרות, אולם מקורו במשפט האמריקני, הנדרש לו בהיעדר עיגון חוקתי מתאים אחר.⁴³ כבוד האדם, החירות ובוודאי העיקרון בדבר האוטונומיה של הרצון, שיידון מיד, מתאימים יותר בשיח המשפטי הישראלי לעיגון הזכות לפיריון והולדה.

עיגון אפשרי אחרון לזכות להורות, הקרוב רעיונית לנתיב החירות אך מרחיב יותר באופיו ומשיק להגנה על הכבוד, מתבסס על ההגנה החוקתית המוקנית לאוטונומיה של הרצון.⁴⁴ על פי בסיס זה, הקמת המשפחה, לרבות לידה והולדה, היא ביטוי מרכזי לרצונו של הפרט ולמאווייו, ולכן יש לכבד את בחירתו בעניינה.⁴⁵ ובלשונו של בית המשפט: "אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם."⁴⁶

בדומה לתפיסת הזכות להורות כזכות עצמאית ובראשיתית, ומעבר לצורך ה"טבעי" – "ביולוגי" ברבייה, יש הטוענים כי הזכות להורות מצויה בלבו של הקיום האנושי, ובני אדם רבים לא יראו עצמם כממציים את קיומם ומגשימים את זהותם ללא מימוש השאיפה להורות.⁴⁷ מכאן שמניעת הזכות להורות היא פגיעה באוטונומיה של האדם, ופגיעה במימושה תביא לפגיעה בכבודו. סיווגה של הזכות להורות כחלק מן הזכות להגשמת

41 על ההבחנה המתבקשת (אם מתבקשת) בין הולדה טבעית להולדה בסיוע, ראו את התובנות המובאות במאמרו של סטטמן, Daniel Statman, *The Right to Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSP. 224 (2003).

42 לשונו של ס' 7 (א) לחוק היסוד מאפשר לכלול גם את נושא ההולדה והפיריון בהקשרו. אם כי יתר הוראות הסעיף מתמקדות בהיבטים מצומצמים יותר של הזכות – הגנה על הגוף, על הבית ועל סוד השיח מפלישה והתערבות לא ראויה. נראה כי בירנהק שותף לעמדה זו ומציע לסמוך את הזכות להורות בכבוד האדם ולא בזכות הנגזרת של פרטיות, ראו: מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה 80–82 (2010). נציין כי פרופ' ברק גורס כי ניתן לבסס את הזכות להורות, לרבות כל דרכי ההפריה והלידה, על הזכות לפרטיות; ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 41–43.

43 ראו *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

44 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 688 (2006) (בפסק דין זה הוכרה האוטונומיה של הרצון הפרטי כערך חוקתי מוגן הנובע מהזכות לכבוד). ככלל, קיים ממשק בין האלמנטים. ראו JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 24–27 (Princeton U. Press, 1994).

45 ראו בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.3.2009); עניין דוברין, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

46 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 296.

47 ראו דבריה של השופטת דורנר בעניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 719.

האוטונומיה אינו מנביע, על פי העמדה המקובלת, מובן פוזיטיבי או נגטיבי בהכרח. לאוטונומיה עשויים להיות שני פנים, האחד שלילי והשני חיובי. אם נכיר בהורות כנדבך מרכזי בחיי האדם, ניטה לראות בהיותה של הזכות פוזיטיבית ובהיות המדינה מי שמוטלת עליה חובת "עשה"⁴⁸ ולא רק ש"לא להתערב בבחירותיהם הערכיות של האזרחים לגביה, אלא גם לסייע בהגשמתן [...]".⁴⁹ על פי הבנה נוספת של מושג האוטונומיה, אוטונומיה שרויה כולה ביחסים בין-אישיים,⁵⁰ לרבות ובמיוחד ביחסים בין הורים לילדים. ככזאת תנביע האוטונומיה בין היתר אפשר יצירתם של יחסים אלה, המהותיים כל כך לעצמיות של האדם.⁵¹

3. סיווגה של הזכות להורות כזכות נגטיבית או פוזיטיבית

סיווגה של הזכות כזכות נגטיבית או פוזיטיבית יש בו כדי להשפיע על פרשנותה ועל השלכותיה המשפטיות. כעיקרון זכות נגטיבית מתמצה בהטלת איסור על המדינה לפגוע בזכות או להפריע את מימושה,⁵² וזכות פוזיטיבית מטילה על המדינה חובה לסייע⁵³ למי שאינו יכול להתעבר ולהביא לעולם ילד בכוחות עצמו. ואולם, גם סיווג למוכן הנגטיבי אינו מנביע, בהקשר של הזכות לפיריון והולדה, הגנה דלה בהכרח. יש לציין כי הסיווגים אינם "טהורים" וייתכן אף סיווג ביניים, מעורב, המשלב היבטים שליליים ופוזיטיביים. אבחן תחילה את האפשרויות המובאות בפסיקה ואת ההתפתחות שהתרחשה בהקשרן.

קול אחד שניתן לזהות בפסיקה מסרטט את הזכות כזכות נגטיבית. בעניין משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה למשל ציינה השופטת פרוקצ'יה כי "הזכות למשפחה ולהורות נקשרת למושג האוטונומיה האישית של האדם, ולזכותו לפרטיות. היא נתפסת כחירות שאין לפגוע בה על-ידי התערבות השלטון, או גורם אחר. זוהי זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה".⁵⁴

48 סיגל דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 228–229 (1996).

49 ש.ם.

50 Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 7, 8 (1989). על תאוריית היחסים והשפעתה על הבנת זכויות ומושגי יסוד משפטיים ראו באופן כללי, רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים").

51 רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 243 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי").

52 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 362. יוער כי לסיווג הפוזיטיבי של הזכות ייתכנו שני מובנים: לפי מובן אחד הזכות הפוזיטיבית היא הרחבה של הזכות הנגטיבית, וסיווג כזה מחויב לספק אמצעים למימושה. לפי המובן האחר זכות פוזיטיבית היא זכות לסיפוק אותם טובין – אם במימון ישיר לבעל הזכות ואם בפיתוח שירותים להגשמת הזכות, בדומה לזכויות חברתיות, כגון הזכות לבריאות שהיא הזכות הרלוונטית בהקשר זה של פיריון והולדה.

53 ש.ם, בעמ' 364.

54 לעיל ה"ש 45, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

לצד עמדה זו נשמעו כבר בעבר ונשמעים בוודאי היום, עם הרחבת הזכות והגברת עצמתה, קולות המקנים לה הגנה פוזיטיבית. כך למשל בעניין פלוני נ' משרד הבריאות: "[...] ליבה של הזכות להורות הוא היכולת המעשית להביא ילדים לעולם [...] באותם מצבים בהם נדרש האדם לטיפול רפואי מסוים כדי להיכלל בקבוצת ההורים, אי מתן הטיפול פוגע בזכותו".⁵⁵

דברים מפורשים לעניין זה אומר בית הדין הארצי לעבודה בעניין פלוני נ' שירותי בריאות כללית. באותה פרשה הגיש גבר ישראלי שנדרש לעבור עם בת זוגו שאינה ישראלית טיפולי פרויקט, ערעור על סירוב הקופה לממן לו ולבת זוגו טיפולי פרויקט. בקבלו את הערעור מציין בית הדין: "שני פנים אלה [של הזכות להורות – ר"ז] מושתתים על נקודת המוצא הנורמטיבית שלפיה 'הזכות להורות איננה רק הזכות שאחרים לא יתערבו בשיקולי הפרט אם להיות הורה אלא גם ביצירת התנאים אשר יאפשרו לו לממש את החלטתו'.⁵⁶ ובהמשך: "ההכרה בזכותו החיובית של תושב המדינה להורות מתבטאת בסיוע המדינה בקבלת טיפולי הפריה [...] מכאן, אף השוני המהותי בין הריון טבעי, אשר למימוש אין נדרשת פעולה של המדינה, לבין הפריה חוץ-גופית שאינה אפשרית אלא בפעולה אקטיבית של צד שלישי".⁵⁷

עמדה שניתן לפרשה כעמדה המכירה בזכות להורות כזכות בעלת מאפיינים פוזיטיביים ביטא אף בית המשפט בדנ"א נחמני.⁵⁸ בית המשפט העליון העדיף, בדיון הנוסף, את זכותה של רות נחמני להורות, תוך שהוא מפעיל תפיסה פוזיטיבית בנוגע לאוטונומיה שלה, על פני החירות השלילית של בן זוגה בנפרד דניאל נחמני שלא להפוך להורה בעל כורחו, שהועדפה בדיון הראשון.⁵⁹ עם זאת יש לשים לב כי ההקשר שם שונה. הדיון כאן בהרחבת הגישה להסדרים לנשיאת עוברים ושאלת הסיווג כזכות נגטיבית או פוזיטיבית חלה במישור הציבורי, קרי ביחס שבין הפרט למדינה כמסדירה של התחום, ואילו שם מדובר במישור יחסי בין אישי, קרוב וייחודי – קשר בין בני זוג לשעבר. ההיקש בין המישורים ודאי שאינו ישיר, והוא יכול, לכל היותר, לחזק את הטענה הערכית כי ראוי להכיר בפנים הפוזיטיביים של הזכות.⁶⁰

55 לעיל ה"ש 18, פס' כז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

56 לעיל ה"ש 16, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארד.

57 שם, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארד.

58 לעיל ה"ש 1; עם זאת נדמה שלצד האמירות העקרוניות בעניין נחמני, בסופו של דבר תוצאת פסק הדין היא ייחודית וכרוכה בנסיבות החריגות של המקרה; לדיון במובניה השונים של האוטונומיה בהקשר זה ראו ברק-ארוז, לעיל ה"ש 18; וזפרן "שיח היחסים", לעיל ה"ש 50, בעמ' 636–639.

59 ראו למשל את דבריו של השופט טירקל: "משנעשה מעשה ההפריה החוץ-גופית, גוברת, בדרך כלל, הזכות החיובית להיות הורה על הזכות השלילית שלא להיות הורה [...] ההשקפה המודרנית, החברתית והמשפטית, מכירה באוטונומיית הרצון של הפרט [...] למרות הדמיון 'החיצוני' שביניהן, ואין לראות בזכות להיות הורה רק נגזרת של אוטונומיית הרצון, העומדת מול הזכות שלא להיות הורה. אולם, אפילו נראה את שתי הזכויות כנגזרות כאלה, אין הן שוות ערך ומעמד [...] לפי השקפתי, גדול לאין ערוך משקלה הערכי של זכות זאת ממשקלה של הזכות שלא להיות הורה, שהיא הזכות שלא לשאת בנטל הרגשי, המוסרי והכלכלי שההורות מטילה", עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 735–737.

60 אמירה נוספת ברוח זו, המזהה את הזכות להורות (גם) כזכות פוזיטיבית, עולה מדברי השופט עמית בבג"ץ 4077/12 פלוני נ' משרד הבריאות, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו,

נדמה כי ההבחנה בין הסיווגים אינה חדה בהקשר של הזכות להורות. ולכן ייתכן כי גישה שלישית – הגישה המעורבת – היא הקולעת ביותר. על פי גישה זו, הזכות להורות משלבת מאפיינים נגטיביים ופוזיטיביים כאחד. גישה זו מבוססת בראש ובראשונה על פרשנות טקסטואלית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: סעיף 2 לחוק היסוד מעגן את ההיבטים הנגטיביים ("אין פוגעים [...] בכבודו של אדם באשר הוא אדם"), וסעיף 4 מעגן את ההיבטים הפוזיטיביים ("כל אדם זכאי להגנה על [...] כבודו"). גישה זו זכתה לגיבוי גם בדברי פרופ' ברק במאמרו "חוקת המשפחה"⁶¹, העוסק במעמד החוקתי של זכויות "משפחתיות" – הזכות לחיי משפחה ונגזרותיה – ומגדיר אותה, כמו כל זכות-בת אחרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם: "זכות שלילית וחיונית כאחת"⁶².

כפי שכבר נרמז, סיווג למוכן נגטיבי או פוזיטיבי אינו ממצה את הדילמות. כך למשל מתעוררת השאלה אם הגנה נגטיבית מוקנית רק להולדה טבעית ומטילה על המדינה חובה להימנע מלהתערב ביחסיהם האינטימיים של שניים כמתחייב מהזכות לפרטיות; או גם להולדה מלאכותית, קרי הימנעות המדינה משלילת גישה לטכניקות הולדה מלאכותיות הזמינות במסגרת מרפאות פרטיות. בדומה לזה, גם סיווג הזכות כזכות פוזיטיבית מעלה שאלות משנה שההכרעה בעניינן אינה מובנת מאליה: האם מוטלת על המדינה חובה לספק שירותים רפואיים רלוונטיים או אך להסדיר את פעילותן של המרפאות הפרטיות? זאת ועוד: גם אם נכריע כי זכותו של הפרט להורות היא זכות פוזיטיבית, אין בקביעה זו בהכרח כדי להכריע בתחרות בין זכותו של הפרט להורות לבין זכותו של אדם אחר בעל זכות או אינטרס נוגד.⁶³

לסיום חלק זה אומר כי לדעתי קשה להגדיר את הזכות כזכות טבעית, מרכזית וחשובה ולדרגה גבוה לצדן של הזכות לחיים ולשלמות הגוף מבלי שיוקנו האמצעים להגשמתה.⁶⁴ המינימום שיש לגזור ממנה הוא גישה לטכניקות הולדה מלאכותיות. השאלה מה משמעותה של "גישה" היא מורכבת יותר, ואי אפשר יהיה לבררה במלואה במסגרת זו. אף שברור בעיניי שמובנה של ה"נגישות" אינו מתמצה בהבטחת גישה לשירותי פריון שכבר הוסדרו

5.2.2013) (גם שם מדובר במישור מעין פרטי, בין תורם זרע לנתרמת, המבקשת לעשות שימוש בדגימות זרע ששמרה בבנק הזרע עבור שימוש עתידי, בתשלום).

61 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 26.

62 "הזכות לחיי משפחה – [...] בהיבט השלילי שלה [...] היא מגינה על הזכות לחיי משפחה מפני פגיעה בה על-ידי הרשות השלטונית. בהיבט החיובי שלה [...] היא מבקשת לקדם את חיי המשפחה באמצעות נקיטת צעדים כגון מימון טיפולי פוריות, הבטחת אפשרות של אימוץ ומתן היתר לפונדקאות. כן היא מבקשת להגן על חיי המשפחה מפני פגיעה בהם על-ידי צד שלישי. בשני המקרים – הן לעניין ההיבט השלילי והן לעניין ההיבט החיובי – הזכות אינה מוחלטת"; שם, בעמ' 32.

63 כפי שניסח זאת השופט גולדברג בעניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 728: "סיווג המשני של הזכויות המתגושות לזכויות 'נגטיביות' ולזכויות 'פוזיטיביות' אף הוא אינו עוזר לפתרון הסכסוך. הגדרת זכותו של פרט כפוזיטיבית כלפי המדינה, אינה יכולה, כשלעצמה, להיות בעלת משקל מכריע בתחרות בין זכותו של פרט לבין זכותו של פרט אחר."

64 למסקנה דומה מגיעה רונה שוז בהסתמכה על השוויון ועל איסור האפליה בין הורים פוטנציאליים שאינם מסוגלים להולדה "טבעית". ראו Rhona Schuz, *Israel: The Developing Right to Parenthood in Israeli Law*, in THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 197, 222 (Bill Atkin ed., 2013).

ממילא, הרי שגבולות החובה הפוזיטיבית לאפשר, להסדיר ואולי אף לממן (חלקית) שירותים אלה מלכתחילה דורשים ליבון מעמיק שאי אפשר לעשותו כאן. כך או כך, ניתן לטעון בהקשרנו כי ההכרעה בוויכוח בין המסווגים מיותרת כיוון שאפילו במצב ההגנה הבסיסי ביותר, המתחייב מאופייה הנגטיבי של הזכות, אמורה להיות סלולה בפני הורים פוטנציאליים הדרך לשימוש באמצעים טכנולוגיים שיסייעו להם בהולדה, הקיימים ממילא ושהגישה אליהם צריכה להיות פתוחה לחלקים נרחבים מן האוכלוסייה.

4. הזכות להורות כזכות אינדיווידואלית

הכרעה בשאלת הגישה להסדרי פונדקאות מעוררת שאלה מקדמית נוספת – האם הזכות להורות ניתנה לזוגות בלבד, או שמא היא ניתנה גם ליחידים? במובנה המקורי, בחשיבה הליברלית, ה"זכות" מוענקת ליחידים, וליחידים בלבד.⁶⁵ תפיסה מצמצמת זו איננה מתאימה למציאות שבה יחידים מתארגנים ומאורגנים בקבוצות, החל מתאים משפחתיים ועד קבוצות תרבותיות ולאומיות, והיא אינה משקפת את הדין הנוהג בזכויות אדם, אשר מכיר בזכויות קבוצתיות. עם זאת ההתמקדות בזכות להורות כזכותו של הפרט דווקא מקורה ברצון לאתר את מובנה הגרעיני של הזכות. גם אם הזכות להורות ניתנת לזוגות, אין בכך כדי למנוע את החלתה על הפרט המבקש להיות הורה. אכן, נדמה כי אם הזכות להורות נגזרת מן הזכות להגשמה אישית ולאוטונומיה של הפרט או כרוכה בה, ניתן לומר כי היא זכות "אישית" הקנויה לפרט. ואולם גם עמדה הגוזרת את הזכות להורות מן הזכות לחיי משפחה, כפי שמציע פרופ' ברק במאמרו,⁶⁶ אינה סותמת את הגולל על הקנייתה לפרט. בעידן שבו הגדרת המשפחה כוללת גם את המשפחה החד-הורית, בעידן שבו משפחה אינה חייבת לכלול זוג הורים נשואים, בני מינים שונים, הרי שהזכות לחיי משפחה כוללת גם את הגשמתה במבנה יחידני. ככזאת כוללת היא את זכותו של הפרט, האינדיווידואל, להגשים את זכותו למשפחה בהולדה ובלידה.⁶⁷

בכמה וכמה החלטות שבהן התייחס בית המשפט לזכות להורות הוא העניק לה מעמד של זכות אישית: בדנ"א נחמני נקבע כי "הזכות להיות הורה היא, על-פי טיבה, מהותה ומאפייניה, זכות טבעית מולדת, טבועה באדם".⁶⁸ בפרשת משפחה חדשה הוסיף על כך השופט (כתוארו אז) חשין באמרו כי "הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה [...]"⁶⁹. בהיותה זכות טבעית וכדרכן של אלה היא עומדת לכל אדם

65 לתיאור המחלוקת בין אלה הרואים בזכויות רק משהו שפרטים יכולים להחזיק בו לעומת אלה הסבורים שיש משמעות גם לזכויות שקבוצות מחזיקות ראו Peter Jones, *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights*, 21 HUM. RTS Q. 80 (1999).

66 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 37.

67 השוו ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002).

68 השופטת שטרסברג-כהן בעניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 682.

69 לעיל ה"ש 1, בעמ' 447.

באשר הוא⁷⁰ ואינה תלויה במערכת זוגית. חיזוק לטענה זו ניתן למצוא בכמה וכמה חוקים מן התחום האזרחי שתכליתם הוא לסייע למשפחות חד-הוריות בהטבות כספיות שונות,⁷¹ ובכלל בעמדתה האוהדת של הפסיקה הישראלית כלפי משפחות אלה.⁷² עמדה הרואה בזכות להורות זכות המוקנית ביסודה לפרטים-אינדיווידואלים ושאינה נובעת דווקא מן הזכות למימוש הזוגיות, עשויה להתנגש עם העמדה המסורתית שלפיה הזכות להורות קנויה בראש ובראשונה לבני זוג הטרוסקסואליים ונחשבת חלק מזכותם להגשמת חיי משפחה.⁷³ משמע, רק זוגות שאינם יכולים להביא ילד לעולם בשל בעיה רפואית זכאים לזכות זו, ואילו להורים יחידניים ולזוגות חד-מיניים שהזדקקו לטכניקות הולדה מלאכותיות אינה נובעת מבעיה רפואית אלא מהאופן שבו בחרו (או אולצו) להקים את משפחתם, לא קמה הזכות להורות באמצעות פונדקאות.⁷⁴ מנגד ניתן לטעון (וזו אף עמדת) שהזכות להורות רלוונטית ומוענקת גם במסגרת משפחות שבהן יש מבוגר אחד, או שני מבוגרים מאותו המין. אפשרות זו מתקיימת בצל היעדרה של הגדרה ממצה ומדויקת למושג "משפחה",⁷⁵ לנוכח שינוי הגדרה זו על פי תכלית החוק הנידון וברוח העמדה הישראלית המאפשרת מבנים שונים של משפחות. עמדה זו, אגב, מייחסת את הזכות לאינדיווידואל אך משקיפה עליו כמי שבמהותו קשור ומקושר לבני משפחה, לרבות אותו ילד שהוא כמה להביא לעולם.

- 70 ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 32.
- 71 חוק סיוע למשפחות שבראשן הורה עצמאי, התשנ"ב-1992; ס' 2(א) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980; ס' 74(ב)(1)(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 442; ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (נט) 64, 89 (2005); עניין משפחה חדשה נ' מרכז רפואי רמב"ם, לעיל ה"ש 17, פס' 5.4 לפסק הדין: "כאמור השתנתה בעשורים האחרונים תפיסת העולם החברתית, ובעקבותיה השתנה גם מבנה המשפחה המסורתית והוא כולל כיום משפחות מכל מין וסוג. אף המחוקק, עשה צעדים כדי להתאים את החוק להתפתחות הטכנולוגיה והחברה, כך בנושא ההכרה בעמדה של המשפחה החד הורית, קבע המחוקק את עמדתו בחוקים שונים".
- 72 עניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 441, 452; עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 71, בעמ' 132. כמו כן ראו עניין דוברין, לעיל ה"ש 6, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 73 מרין "הזכות לחיי משפחה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 672: "בעוד שבחיי המציאות ניתן למצוא כיום יחידות משפחה רבות ומגוונות, נדמה כי המשפט, בעיקרו, מתייחס עדיין לדגם המשפחה הגרעינית, זו המבוססת על נישואין כחוק בין גבר לאשה שלהם ילדים משותפים, ביולוגיים ו/או מאומצים, כדגם הנורמטיבי של משפחה ומתקשה להכיר במגוון הרחב של המשפחות הקיימות בחיי המעשה"; הוא עצמו תומך בהכרה במגוון המשפחות.
- 74 משרד הבריאות דו"ח הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכויות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים והמלצותיה 10-11 (2005).
- 75 מרין "הזכות לחיי משפחה", לעיל ה"ש 18, בעמ' 673: "ככל שהדבר נוגע לחקיקה הישראלית, ניתן למצוא הגדרות שונות של המונח 'משפחה' בחיקוקים שונים, והיקף ההגדרה משתנה מחוק לחוק בהתאם למטרות. יתר על-כן, מכיוון שהגדרת המונח 'משפחה' הינה הגדרה פונקציונלית תלוית-הקשר, ניתן למצוא אף באותו חוק עצמו הגדרות שונות למונח זה"; ובהמשך בעמ' 675: "בתי המשפט בישראל הולכים בדרך-כלל בעניין זה אחר המחוקק, כלומר: בית-המשפט עושה שימוש בגישה פונקציונלית לגבי משמעות המונח 'משפחה', המביאה בחשבון את מטרות החוק או ההסכם הרלוונטי".

5. תוכן הזכות להורות: הולדה (טבעית או בסיוע) וטיפול

הזכות להורות כוללת שני היבטים מרכזיים: היבט הפיריון וההולדה והזכות להגשמת ההורות במובן של הטיפול בילד ויצירת יחסים משמעותיים אתו.⁷⁶ היבטים אלה של הזכות להורות כרוכים זה בזה היות שהזכות לפיריון והולדה אינה יכולה להתקיים, ברוב המקרים, ללא הזכות לטפל בילד וליצור עמו יחסים משמעותיים.⁷⁷ חריג מסוים לעניין זה הוא עניין דוברין, אשר עסק בבקשתו של יגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה רבין, הנושא עונש מאסר עולם, להוליד בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות. באותה פרשה פסק בית המשפט העליון כי עצם יצירת ההורות היא "[...] מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה".⁷⁸ במילים אחרות: גם במקום שבו לא יוכל האב, יגאל עמיר, לגדל את בנו במובן המלא והמשמעותי של הדברים, עומדת לו הזכות להפוך לאב. עם זאת ברקע וכחלק מבקשתו של עמיר עומדת זכותה של בת זוגו להפוך לאם.⁷⁹ יחסיה עם הילד או עם הילדים יענו מטבע הדברים על הפן הטיפולי האמור.

בנוסף, ניתן לסווג את הזכות לפיריון והולדה לשני היבטים משניים: הזכות לפיריון בהולדה "טבעית" והזכות לפיריון בסיוע טכניקות הולדה. אף שאפשר להעלות הסתייגות ולומר כי הזכות לפיריון והולדה אינה משתרעת על הולדה בסיוע צדדים שלישיים, עמדה זו אינה סבירה. בדומה לגישת המשנה לנשיאה ריבלין בפסק הדין בעניין משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, אף אני סבורה כי לזכות להורות במובן הפיריוני קיימת משמעות מיוחדת, דווקא כאשר קיים קושי לממשה.⁸⁰

אם נאמץ את העמדה שלפיה הזכות לפיריון והולדה כוללת את שני ההיבטים גם יחד (זה ה"טבעי" וזה ה"מלאכותי"), הרי עולה השאלה אם הזכות לפיריון בהולדה בסיוע כוללת רק הולדה שנשמרת בה זיקה גנטית או פיזיולוגית (נשיאת ההיריון) או שהיא כוללת גם הולדה מתוכננת שאין בה שום רכיב ביולוגי. היינו, האם הזכות לפיריון בהולדה מלאכותית מוגבלת לשימוש בתאי מין עצמיים, או שמא היא מתפרשת גם על הולדה בסיוע, לרבות על דרך שילוב תרומת זרע וביצית והסתייעות באם נושאת?⁸¹ ברי כי הקשר הגנטי בין הורה לילדו

76 דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005). לעניין זה ראו ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 723 (1994), שבו מתייחס השופט (כתוארו אז) חשין לשני ההיבטים של הזכות: "קיומו של אינסטינקט שבאדם, אותו אינסטינקט של הישרדות ושל המשכיות, אינסטינקט שראשיתו בצורך הדחוק להורות, המשכו בשמירת הורים על ילדיהם בעודם חסרי הגנה (והוא האינסטינקט שבחיה), המשך-המשכו בדאגת הורים לילדיהם משבגרו, וסופו ברצונם של הורים להיטיב עם ילדיהם לאחר-מות"; ראו גם דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 102, 48 (1995). כן ראו את דבריו המדויקים של Statman, לעיל ה"ש 41.

77 כך, אין לתורם זרע פוטנציאלי או לאישה המבקשת לשמש אם נושאת אפשרות לטעון להגנה על אם בשם זכותם להורות.

78 עניין דוברין, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

79 גב' לריסה טרימבובלר, בת הזוג של עמיר, היא צד לעתירה ונקבעה להיות המשיבה מספר 3; שם.

80 עניין משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 45, פס' 2-5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ממילא, כאשר אין קושי לממש את הזכות, קיומה של הזכות אינו עושה עבודה נורמטיבית משמעותית.

81 עמ"ש (מחוזי ב"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.1.2014).

הוא משמעותי, במיוחד בחברה המערבית. לראיה, חלק מן ההצדקות להכרה בזכות להורות מתייחסות לקרבה הגנטית, על רכיבי הדמיון וההמשכיות.⁸² עקרון ההמשכיות האמור מוצא ביטוי גם בתפיסתה של הזכות להורות כזכות טבעית. עם זאת ניתן לטעון כי הכמיהה לילד, נקיטת היזמה להביאו לעולם, השקעת המאמץ והמחויבות לטפל בו – כל אלה מספיקות לצורך הכללתן בזכות להורות גם בהיעדר זיקה גנטית בין ההורים המיועדים לילד, במיוחד על רקע הזיקה ההדוקה בין הזכות לפיריון לזכות לקיום יחסי טיפול ודאגה. דברים אלה נכונים במיוחד כאשר אין נתונה לפרט חלופה אחרת להפוך להורה, לרבות על דרך אימוץ.

6. כלפי מי פועלת הזכות להורות

להוציא מקרים חריגים, הזכות להורות אינה פועלת כלפי פרטים אחרים, במובן הזה שהזכות להורות אינה מטילה חובת עשה על האדם לסייע לאחר במימוש הזכות.⁸³ היינו, לפלונית אין כל זכות להיות הורה בסיוע אדם מסוים. יפים לעניין זה דבריו של כבוד השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בהקשרה של עתירת אישה שביקשה להשתמש בדגימות זרע ("תרומות") שנשמרו בשבילה בתשלום שנתי לצורך שימוש עתידי, שמקורן בתורם שהביא להולדת בתה הראשונה, וזאת בשל סירובו:

חוששני – בכל ההבנה האנושית לרגשות העותרת – האינטרס להורות מאדם מסוים [...] אינו מוכר בדין ואינו בר הגנה. יתר על כן, גם אילו הנחנו כי ניתן לראות בנידון דידן פגיעה באוטונומיה של העותרת לבחור עם מי להביא ילדים לעולם, לא תזכה העותרת להגנה; שכן כאמור, עסקינן בחירות, שכדי להגשימה יש צורך בשיתוף פעולה של אחר.⁸⁴

הזכות להורות אף אינה מטילה חיוב על גורם מטפל כלשהו לסייע בהולדה. כך למשל רופאה שמבחינה מקצועית, מוסרית או דתית סבורה כי יש בתהליך ההולדה פגם כלשהו, אינה מחויבת, ככל הנראה, לקחת בו חלק.

חריג לקביעה כי הזכות להורות אינה פועלת כלפי פרטים אחרים מתקיים בנסיבות שבהן אם לא תוקנה לאדם הזכות לממש את הורותו הספציפית (בסיוע אדם ספציפי או להולדת ילד בעל מטען גנטי ספציפי), לא יוכל אותו אדם לממש את הורותו כלל. היינו, קיימים מקרים שבהם הזכות להורות באופן כללי מתאחדת עם הזכות להורות ספציפית. דנ"א נחמני הוא דוגמה לכך. נדמה כי פרשה זו לא הייתה מוכרעת כפי שהוכרעה אם למערערת, רות נחמני, הייתה אפשרות להגשים את הורותה בדרך אחרת. כלומר, אם הייתה נתונה למערערת אפשרות להשתמש בביציותיה ללא סיועו של המשיב, לא היה בית המשפט כופה, לדעתו, על המשיב דניאל נחמני אבהות. העובדה כי לא יכלה עוד להפיק ביציות מגופה וכי האפשרות היחידה שלה להיות אם גנטית הייתה באמצעות ביציותיה המוקפאות שהופרו

82 עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 731.

83 ראו בעניין זה שם (על מר נחמני הוטלה חובה לסייע לגב' נחמני במימוש זכותה להורות. על נסיבותיו המיוחדות של המקרה ראו להלן).

84 עניין פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 18, פס' נב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

בזרעו, היא שהכריעה את הכף באופן שהטיל חובה על המשיב לסייע לה במימוש זכותה להורות על דרך מתן זכות שימוש בביציות האמורות המורכבות גם ממטענו הגנטי.

7. מקומה של הזכות להורות בסיוע פונדקאות בפסיקה הישראלית

כידוע, סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) מגדיר מיהם הורים מיועדים הזכאים להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים, וקובע כי מדובר ב"איש ואשה שהם בני זוג". עמדת ועדת האישורים, הפועלת לפי סעיף 3 לחוק וממונה על בדיקת המתקשרים בהסכמים לנשיאת עוברים ואחראית לאישורם מראש, היא שבהגדרה יכולים לעמוד רק בני זוג שהם גבר ואישה.⁸⁵ לשונו הפשוטה של החוק ועמדת הוועדה מונעות הסתייעות בהסכמים לנשיאת עוברים מיחידים ומבני זוג מאותו מין.

על עמדתה זו של הוועדה נדונו במהלך השנים שלוש עתירות.⁸⁶ על אף רטוריקה אוהדת נמנע בית המשפט הגבוה לצדק מלקבוע פוזיטיבית גישה פתוחה להסדרי פונדקאות לכל קבוצות האוכלוסייה. באחת מן העתירות, פרשת משפחה חדשה,⁸⁷ נדונה עתירה של אישה רווקה, בשנות הארבעים לחייה, שרחמה נכרתה. האישה ביקשה להשתיל ביצית משלה, המופרת בהפריה חוץ-גופית בזרע של תורם אנונימי, ברחמה של אם נושאת על מנת להביא ילדים לעולם. העותרת פנתה אל ועדת האישורים בבקשה כי יינתן לה אישור להסכם פונדקאות, וזו דחתה את בקשתה משום שאין לה בן זוג. בעתירה זו ביקשה העותרת לבטל את החלטתה של ועדת האישורים. אגב דחיית עתירתה הביע השופט (כתוארו אז) חשין גישה אוהדת והצהיר על קיומה של זכות גישה כאמור, אף כי נמנע ממתן סעד אופרטיבי. חשין דוחה את טענת המדינה כי הפונדקאות נמצאת בקצה המדרג של הזכות להורות, וכן את הטענה הכללית יותר, כי אין להכיר בזכות לפונדקאות כזכות עצמאית משום שאינהרנטית היא מטילה על המדינה חובת עשה:

פונדקאות [...] מבטאת באורח מוחשי אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות [...] בימים שמכבר ידע האדם אך דרך אחת בלבד לקיים את משאת-נפשו, וכך כמסתבר אף נוצר התא המשפחתי. בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר

85 ראו בהקשר זה להלן, פרק ב.1.

86 האחת היא עניין משפחה חדשה נ' הועדה, לעיל ה"ש 1; עתירה אחרת שהגישו זוג גברים נמחקה בהסכמה לאחר שהוצהר על הקמת ועדה ציבורית לדיון בסוגיה, לימים ועדת מור יוסף. ראו בג"ץ 1078/10 ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010). טענה דומה הועלתה בעניין משה, לעיל ה"ש 27 (עם זאת להבנתי בקשתן של השתיים להביא ילד לעולם תוך העברת ביצית מאחת לחברתה והולדה משולבת שבה האחת נושאת את ההיריון והשנייה מעניקה מביציותיה, מושתתת בעיקרה על חוק תרומת ביציות. העתירה והתייחסות חלק מן השופטים נגעו גם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים).

87 לעיל ה"ש 1.

באותה טכנולוגיה. ביודענו כל זאת נתקשה להסכים לטיעונה של המדינה כי תהליך הפונדקאות נמצא 'בקצה הקיצוני ביותר של מידרג "הזכות להורות"'. הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה.⁸⁸

8. סיכום ביניים

המהלך האנליטי שנפרס כאן ביקש לבדוק אם ניתן לכלול את הגישה להסדרי פונדקאות במסגרת הזכות להורות. החירות, הפרטיות והכבוד, המכירים כולם באינטרס להגשים את הרצון להביא ילד לעולם, רצון עז של רבים, עומדים ברקע הזכות להורות ועיגונה החוקתי. קשר עקרוני אמור להיות בין זיהוי מקור הזכות ואופן עיגונה לשאלת סיווגה כזכות נגיטיבית או פוזיטיבית למידת ההגנה הניתנת לה ולעצמתה. הדעת נותנת כי אם הזכות מעוגנת בכבוד האדם, המגלים אלמנטים נגיטיביים ופוזיטיביים כאחד, יגדל היקפה ותתגבר עצמתה, בוודאי בהשוואה לעיגון המושחת על אלמנטים של חירות, המושכים לכיוון נגיטיבי יותר מטיבו. כך או כך, בין שמדובר בזכות נגיטיבית או פוזיטיבית, או בזכות בעלת מאפיינים מעורבים, נדמה כי חירות להתקשרות בין הורים מיועדים לאם נושאת אמורה להתקיים (ברמה הרעיונית) גם לפי הסיווג הצר, הנגיטיבי. גם במצב דברים מינימלי זה להורים המיועדים יש זכות להתקשרות ולהולדה כחלק מחירותם לכתוב את סיפור חייהם, ולאם הנושאת יש זכות להתקשר אתם הסכמית כחלק מחופש עיסוקה. בסיווג זה הנטל מוטל על המדינה להסביר מדוע נשללת מהם האפשרות להתקשר חוזית להגשמת יעד ההולדה המשותפת. בדומה לזה, הבנה נגיטיבית של הזכות להורות מכירה באפשרות להסתייע במערך השירותים הקיים (הן מבחינת שירותים רפואיים הן מבחינת מערך האסדרה המנהלי והמשפטי), ועל המדינה מוטל הנטל להציג צידוק כבד משקל לשלילת הגישה האמורה מחלק מן האוכלוסייה.

עם זאת החוק הישראלי, במתכונתו כיום, קובע אחרת, והפסיקה, על אף עמדתה האוהדת את הזכות והצהרתה בדבר מובנה הרחב, הכולל גם הולדה בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים, נמנעה מליתן סעד המכיר בזכותן של נשים יחידות או בזכותם של זוגות גברים או נשים להסתייע בהסכמים אלה. בשלושה פסקי דין שתקפו במישורין או בעקיפין את מגבלת הגישה הקיימת בחוק הסכמים לנשיאת עוברים – פרשת משפחה חדשה שנדונה לעיל ואשר עסקה בעתירתה של אישה יחידנית,⁸⁹ עניין ארד פנקס, שביקשה לתקוף את מגבלת הגישה בחוק מכיוונם של זוג גברים,⁹⁰ ופרשת משה, שתידון להלן, ושבה העותרות היו זוג נשים⁹¹

88 שם, בעמ' 447.

89 שם.

90 עתירתם של יואב ארד פנקס ואיתי פנקס הוגשה ב-2010 נגד המגבלה המאפשרת רק לאיש ואישה יחידו להיעזר באם נושאת על מנת להפוך להורים, ולא לזוג גברים. לאור התכנסותה של ועדת מור-יוסף, הוועדה הציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפריין וההולדה, חזרו העותרים מעתירתם, והעתירה נמחקה; עניין ארד פנקס, לעיל ה"ש 86.

– לא התערב בסופו של דבר בית המשפט העליון ולא העניק לעותרים את הסעד המבוקש. על אף אמירות אוהדות על הזכות להורות של יחידים ושל זוגות בני אותו מין (ובפרט של נשים) סברו שופטי הרוב כי לא ראוי בשלב זה להתערב ולפסול את הוראת החוק המגבילה. בכל אחת מן העתירות גולגל הכדור חזרה למגרשו של המחוקק, אשר נקרא לשנות את החוק ולהרחיב את תחולתו. אמירות אלה תרמו לדיון הציבורי בסוגיית הגישה והובילו בסופו של דבר להמלצות לשינוי החוק, שיתבררו לקראת סופו של המאמר.

במילים אחרות ובשורה התחתונה, אף שגם במצב ההגנה החלש ביותר של הזכות להורות כוללת זכות זו, ברמה האנליטית, את הגישה להסכמים לנשיאת עוברים, הרי שבפועל ואף שביית המשפט הכיר בזכות הכרה (הצהרתית) בהיקף נרחב ובעצמה רבה, הוא לא הצליח להעניק את הסעד המבוקש ולאפשר לאותן קבוצות אוכלוסייה המוחרגות על פי החוק גישה להסכמים לנשיאת עוברים.

אינטרסים נוגדים, הקוראים שלא להקנות גישה להסדרי פונדקאות, חלקם גם הוזכרו בפסיקה האמורה, ודאי קיימים. אינטרסים אלה בחלקם כלליים ונוגעים לבעייתיות הקיימת בהתקשרות לנשיאת עוברים עצמה. אינטרסים אחרים נוגעים כביכול ספציפית לזהות מי שמבקשים להפוך להורים כך – בני זוג מאותו המין או יחידניים. אינטרסים כלליים, הנוגעים לכל התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים, למאפיניה ולאופן הוצאתה אל הפועל, לא יוכלו להתברר במסגרת מאמר קצר זה. אינטרסים כלליים אלה מצדיקים מגוון מגבלות הקיימות כבר כיום על התקשרויות לנשיאת עוברים בחוק הישראלי ובנוהלי עבודתה של ועדת האישורים הפועלת לפי החוק, ואולי מגבלות אחרות או נוספות שקצרה היריעה מלפרט במסגרת זו. לאינטרסים הספציפיים המתיימרים להיות רלוונטיים להורים פוטנציאליים יחידניים או בני אותו מין אתייחס בחלק הבא. אינטרסים אלה רלוונטיים כחלק מן הדיון בשאלה אם מוצדק לצמצם את הגישה להסכמים לנשיאת עוברים ולא לאפשר הסתייעות בהם במסגרת החוק לכלל ההורים הפוטנציאליים, ובפרט ליחידניים ולבני זוג בני אותו מין, או שמא יש כאן הבחנה לא מוצדקת הפוגעת בזכותם לשוויון.

הפגיעה בשוויון יכולה להיות מובנת באחת משתי צורות, שתיהן מובילות, לדעתי, למסקנה משותפת במקרה שלפנינו: האחת, בהמשך ישיר לדיון בחלק זה, תטען כי לנוכח קיומה של הזכות להורות במשפט הישראלי נדרש מימושה להיות שווה. במובן זה התביעה לשוויון זכויות היא נדבך משלים לתביעה המושתתת על הפרת הזכות להורות עצמה, בבססה את אופי הפגיעה בה.⁹² מובן אחר ידבר על תביעה שמקורה בזכות לשוויון. כך, גם אם הזכות להורות אינה מוכרת במשפט הישראלי, או שהמובן שהוקנה לה אינו כולל הסתייעות בהסכמים לנשיאת עוברים (עמדה אנליטית שגויה בעיניי אך עולה כביכול

91 לעיל ה"ש 27.

92 בנוסף, ניתן להעלות טענה שלפיה הפגיעה בשוויון מתווספת לפגיעה בזכות להורות ובכך יוצרת "אפקט מצטבר" של שתי פגיעות בזכויות חוקתיות שונות. בהקשר זה ייתכן שהשילוב בין הפגיעות עשוי להעצים את הפגיעה בפרט באופן העולה על סך כל אחת מהפגיעות בנפרד, ולכן מצדיק מתן סעד גם בהיעדר יכולת להעניק בגין כל אחת מהפגיעות בנפרד. להרחבה על אודות דוקטרינת "האפקט המצטבר" ומבחן השילוב המעצים ראו זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014).

מסירובו של בית המשפט להעניק סעד כאמור), הרי שניתן לבסס טיעון שלפיו הזכות לשוויון מקנה גישה להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים. קרי, עצם מתן האפשרות להסתייע בהסכמים לנשיאת עוברים לבני זוג בני מינים שונים מזכה גם אחרים (יחידים ובני אותו מין) בגישה האמורה. הפסיקה אינה מקפידה לדייק בהבחנות, והטיעונים מופיעים לעתים, כפי שנראה בחלק הבא, במשולב.

ב. גישה להסדרים לנשיאת עוברים לכול

1. פתיחת ההסדר המאפשר התקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים לכול – תוצאה המתחייבת מעקרון השוויון

בניגוד למדינות שבהן הליכי הפונדקאות נאסרו לחלוטין⁹³ או שהוגבלו להליכי פונדקאות אלטרואיסטיים בלבד,⁹⁴ ובניגוד למדינות אחרות שנמנעו מהכרעה כליל, בחר המחוקק הישראלי להתיר התקשרויות להולדה בסיוע אם נושאת וקבע מנגנון פיקוח והכרה מדוקדק.⁹⁵ חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), שנחקק ב-1996,⁹⁶ קבע שאיש ואישה שהם בני זוג יוכלו להתקשר עם אם נושאת, ובאישור ועדת האישורים, שמונתה לפי החוק, ובהתמלא תנאים שנקבעו בחוק ובנהלי עבודת הוועדה, יוכלו להביא יחד ילד לעולם.

אקדים ואומר כי להבנתי, בהינתן שהמדינה בחרה לאפשר התקשרות לנשיאת עוברים ויצרה מנגנון לפיקוח על התקשרויות אלה ונתיב מהיר להכרה בהורות ההורים המזמינים, כפי שאכן עשתה עם חקיקת חוק הסכמים לנשיאת עוברים, סגירתו בפני קבוצות האוכלוסייה האמורות – בני זוג מאותו המין או יחידים – יוצרת, בפרספקטיבה של עשרים שנה מאז נחקק ההסדר, וכפי שהדברים מובנים כיום, פגיעה בשוויון. דברים ברוח זו אמרה השופטת ארבל בפרשת משה. באותה פרשה נדונה שאלת ההכרה בזכותן של בנות זוג להעביר ביצית מן האחת לרעותה ולהביא יחד ילד לעולם שאותו יגדלו בצוותא. במסגרת עתירה שהגישו נגד התנגדות המדינה לאפשר להן את הפרוצדורה האמורה (התנגדות שמקורה בטענה כי היא אינה מתיישבת עם חוק הסכמים לנשיאת עוברים ועם חוק תרומת ביצית) קובעת השופטת ארבל (בדעת מיעוט) כי –

93 לדוגמה: צרפת, גרמניה, איטליה וספרד. ראו הרחבה בסקירתה של אורלי אלמגור לוטן פונדקאות בישראל ופונדקאות של ישראלים בחו"ל: המצב הקיים והצגת המלצות ועדה ציבורית לשינוי 9 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2012).

94 לדוגמה: ברזיל, יוון, הולנד, דרום-אפריקה ובריטניה. ראו סקירה מפורטת יותר של המציאות המשפטית הקיימת במדינות העולם השונות אצל Sarah Mortazavi, *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, 100 GEO. L.J. 2249, 2270–2271 (2011) (וראו הערות השוליים שם).

95 זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 51, בעמ' 264–268.

96 לעיל ה"ש 10. בחוק משנת 1996 בוצעו כמה שינויים, אך שינויים אלו היו בעיקר טכניים ובבסיסו הוא נשאר כשהיה.

לא ניתן להתעלם מכך שהעניין שבפנינו עוסק בזוג חד-מיני. נוצר מצב בו זוגות הטרנסקסואלים יכולים להשתמש במגוון שיטות על מנת להרות ולהביא ילד לעולם – החל מהשיטה הטבעית, ועד לשימוש בתרומת ביציות, הסכמי פונדקאות וכדומה. לעומתם, מוגבלים הזוגות החד-מיניים בדרכי הבאת צאצאיהם לעולם, הן מסיבות ביולוגיות והן מסיבות נורמטיביות [...] במקרים רבים לא ניתן יהיה להצביע על שוני רלוונטי [...] המציאות החברתית הינה כי קיימים כיום זוגות חד-מיניים רבים. אכן, מדובר בסוגיה שעדיין אינה נמצאת בקונצנוס החברתי, עם זאת לא ניתן היום להתעלם מהמציאות הקיימת הן העובדתית והן הנורמטיבית [...] זוגות חד-מיניים רבים מגדלים ילדים, בין אם על ידי היעזרות בהסדרים המתאפשרים מחוץ למדינת ישראל, ובין אם על ידי שימוש בהסדרים המאפשרים הבאת ילדים במדינת ישראל עצמה.⁹⁷

שלילת אפשרות הגישה להסדרים לנשיאת עוברים של קבוצות שלמות באוכלוסייה מהווה פגיעה בהיבט מהותי של חיייהן.⁹⁸ השלילה האמורה, המהווה חסימת נתיב מרכזי (לעיתים יחיד) להולדה, פוגעת בחברי הקבוצות האמורות הן כאינדיווידואלים שאינם יכולים להגשים עצמם בפן כה חשוב של חיהם, הן כקבוצות, בוודאי כשמדובר בבני זוג מאותו המין. הגשמת הזכות להורות בקרב משפחות שאינן הטרנס-נורמטיביות היא פן חשוב במאבק הכולל למען זכויות הלהט"בים בישראל. לנוכח הקושי הקיים להשיג פריצת דרך בהגשמת זכותם לנישואין,⁹⁹ שמקורו פוליטי, אך גם חברתי ומשפטי,¹⁰⁰ נתיב הגשמת הזכות להורות מתגבש כנתיב מאבק להשגת שוויון זכויות בתחום המשפחתי.¹⁰¹ גם העובדה כי הורות והולדה הן מרכזיות בחברה הישראלית ודרכן יכולים בני זוג מאותו מין לזכות בלגיטימציה

97 עניין משה, לעיל ה"ש 27, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל. לקו הנמקה דומה ראו את דברי השופטת ארבל בבג"ץ 566/11 מ"מ-מגד נ' משרד הפנים, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 28.1.2014).

98 כפי שהוסבר לעיל בדיון על הזכות להורות.

99 Blecher-Prigat, לעיל ה"ש 29.

100 מבחינה חברתית ופוליטית כאחד נחשבת הסדרתם של הנישואים כאלמנט מרכזי בשמירת הצביון היהודי של מדינת ישראל. הדין האישי (אצל יהודים מדובר בהלכה היהודית) חולש על התחום ויוצר בשל תוכנו מגבלה לא עבירה לנישואים חד-מיניים. ההסדרה של התחום קודמת לחוק היסוד ומשוריינת למעשה בפסקת שימור הדינים. גם האפשרות ליצירת נתיב אזרחי מקביל לנישואים אזרחיים או רישום זוגיות של חד-מיניים אינה נראית סבירה בעתיד הקרוב. ראו יפעת ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קריית המשפט ב 401, 403–407 (2002). כן ראו בהרחבה יובל מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד-מינית" המשפט ז 253 (2002).

101 בג"ץ משה, לעיל ה"ש 27, פס' 8–10 לפסק דינה של השופטת ארבל; חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספת של משפחת ישראלי" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז 217, 246–251 (2002).

משפטים על אתר חתשע"ה הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?

חברתית ולפחות להכרה של המשפחה המורחבת, עושה נתיב זה למרכזי במאבק לשוויון זכויות של בני הקהילה.¹⁰²

טענה נוספת שניתן להעלות נוגעת לפגיעה הכרוכה בעצם ההתייחסות השונה אל קבוצות "חשודות", המתבטאת בהכפפתן למנגנונים שונים של פיקוח משפטי. טענה זו, שעלתה אצל חגי קלעי במאמרו,¹⁰³ מתחזקת לנוכח האמירה הכללית שלפיה פתוחה בפני בני זוג מאותו מין ויחידים האפשרות לפעול להולדה בסיוע פונדקאות חו"ל. עם זאת נתיב זה לא זו בלבד שהוא נפרד, הוא אף אינו שווה.

דברים נכוחים אומר לעניין זה השופט ג'ובראן בעניין ממש"מגד. הוא מציין כי לצד העובדה כי מסלול הפונדקאות הישראלי סגור בפני זוגות בני אותו המין, היחס השונה אליהם בהליכי ההכרה בהורות כלפי ילדים שנולדו להם בחו"ל עולה כדי אפליה:

העולה מהמרוכה, אם כן, הוא כי מדיניותה של המשיבה, בכל הנוגע להורות, מפלה זוגות בני אותו המין וזאת לצד מניעה מוחלטת מזוגות בני אותו המין מלפנות למסלול של פונדקאות בישראל. מדיניות כללית זאת, הדורשת בכל אחד ממסלולי ההורות האפשריים, בישראל ומחוצה לה, מבני הזוג בני אותו המין להוכיח את 'אמיתות' הורותם בבית משפט, ובו בזמן יוצרת 'חזקת אמיתות' להורות של הורים הטרנסקסואלים היא מדיניות מפלה. היא מעצבת את ההורות של בני הזוג בני אותו המין כהורות בספק, הורות חשודה, הדורשת 'מתת' מיוחד של המדינה בדמות ההכרה בה. מדיניות זו מבקשת לעצב את הזוג הטרנסקסואלי כ'טבעי', אשר לשם התערבות בהורותו על המדינה נטל כבד להוכיח את אי כשירות ההורים. מנגד, היא מטילה את הנטל על בני הזוג להוכיח את כשירתם להורות. מדיניות מפלה זו, לצד הפגיעה העמוקה בכבוד ובשוויון פוגעת גם בזכות החוקתית הקיימת לכל אדם לחיי משפחה. היא מתייגת קבוצת אוכלוסיה שלמה כמי שעל פי טבעה אינה כשירה להורות, כל זמן שלא הוכח אחרת. תפישה זו [...] אין לקבלה.¹⁰⁴

לנוכח הפגיעה בשוויון מצביעים השופטת ארבל, בפרשת משה, והשופט ג'ובראן, בעניין ממש"מגד, כי נדרשת כשלב מקדמי אמירה מפורשת של המחוקק, ובלשונה של השופטת ארבל:

ככל שמדובר בפרשנותו של הסדר חוקי, או בהעדר הסדר כלל, ההנחה תהיה שעל ההסדר הנורמטיבי שיפורש או יקבע לתאום את עיקרון השוויון ולמנוע הפליה על בסיס נטייה מינית, וזאת בהיעדר אמירה מפורשת אחרת לעניין זה

102 רות זפרן "אמהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351, 353–352, 381–382 (2007).

103 חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרנסקסואליות בעקבות בג"ץ 566/11 ממש"מגד נגד שר הפנים" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 28, 5 (2014).

104 עניין ממש"מגד, לעיל ה"ש 97, פס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

שנעשתה על ידי המחוקק [...] מבלי להידרש לסוגיה החוקתית ולקביעת סטאטוס חדש, נראה, אם כן, כי יש לפרש הסדרים חוקיים באופן שיתיישב עם עיקרון השוויון המחייב מתן יחס שווה לזוגות חד-מיניים.¹⁰⁵

העמדה המקובלת רואה בלשון סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים, המגדיר כאמור הורים מיועדים כאיש ואישה שהם בני זוג, אמירה מפורשת כזו. מעניין לציין כי השופט ג'ובראן ציין במאמר מוסגר בעניין ממט-מגד את האפשרות לפרש את הסעיף באופן שיאפשר הסתייעות בהסכמים לנשיאת עוברים גם לבני זוג בני אותו מין. לשיטתו, מהלך כזה עשוי להתיישב עם מהלכים פרשניים דומים שהוחלו על דברי חקיקה אחרים, ובהם חוק הירושה.¹⁰⁶ גם השופטת ארבל מציעה, בפרשת משה, מהלך פרשני שיקבל את גישתם של זוגות נשים להולדה בסיוע.

ואולם נדמה שניתן לומר כי גם אם החוק כולל אמירה מפורשת המוציאה מגדרו בני זוג מאותו מין או יחידים המבקשים להפוך להורים,¹⁰⁷ על מנת להכשיר פגיעה כזו בזכות הגישה השווה נדרשים טעמים כבדי משקל. רק טעמים המצדיקים הבחנה בין קבוצות האוכלוסייה, כלומר בין הורים עתידיים שהם זוגות הטרוסקסואליים לבין הורים עתידיים שהם בני זוג מאותו מין או הורים יחידניים, יוכלו להכשיר את ההבחנה. כבר למעלה מעשור מציין השופט (כתוארו אז) חשין, באמירת אגב, בפרשת משפחה חדשה:

הדין החרות – כיום חוק הפונדקאות – הוא הקובע כי רק בהתקיים תנאים אלה-ואלה יהיה ניתן להיזקק לתהליך של פונדקאות. לולא קביעתו של הדין החרות, אפשר הייתה כל אישה יכולה – כך ניתן להניח – לרצונה, ולרצונה של פונדקאית, להיזקק לתהליך של פונדקאות [...] האיסור מן החוק הוא הנדרש להסבר ולהצדק; האיסור הוא הנדרש להצדק ולא 'זכותה' של אישה.¹⁰⁸

התבוננות על מגוון החששות והאינטרסים המושמעים נגד הסדרי פונדקאות מלמדת שאין סיבה למנוע דווקא מקבוצות אלה גישה להסדרי פונדקאות. בחלק הבא אציג את הטענות המובאות נגד ההכרה האמורה ולאחר מכן אבחן את תוקפן.

2. שיקולי נגד להכרה – שיקולים כלליים נגד הסדרים לנשיאת עוברים

חשוב להקדים ולציין כי האינטרסים הנוגדים, אותן פגיעות פוטנציאליות העלולות להיגרם מהתרת השימוש בהסכמים לנשיאת עוברים, הם בעלי תוקף בכל התקשרות לנשיאת

105 עניין משה, לעיל ה"ש 27, פס' 8–10 לפסק דינה של השופטת ארבל.

106 עניין ממט-מגד, לעיל ה"ש 97, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

107 כאמור החוק נוקט את הלשון: "איש ואישה שהם בני זוג" לצורך הגדרת ההורים המיועדים הזכאים להתקשר עם אם נושאת. אולם אפשר בהחלט להצדיק מהלך פרשני שלא יראה בכך מחסום לא עביר בפני בני זוג מאותו מין. ראו בהקשר זה עניין ממט-מגד, לעיל ה"ש 97, פס' 4 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

108 עניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 444–445.

עוברים, יהיו אשר יהיו הזכאים להסתייע בהם. קרי, לא חשוב אם מותר שימוש בהסדרים לנשיאת עוברים רק לבני זוג הטרוסקסואליים או שהגישה אליהם מורחבת לנשים ולגברים יחידים או לבני זוג מאותו מין. האינטרסים הנוגדים, הנדונים בספרות בהרחבה ויוצגו כאן בקיצור רב, נחלקים לשלוש קבוצות – אינטרסים הנוגעים לנשים נושאות ההיריון, לילדים העתידים להיוולד כך ולחברה בכללותה ולערכיה.¹⁰⁹

החשש המרכזי הגלום בהסכמי פונדקאות, ובעיקר כאשר אלה נעשים בתמורה כספית, נוגע לנשים הנושאות את ההיריון.¹¹⁰ החשש נוגע לניצולן של הנשים, מרביתן נשים מוחלשות כלכלית ולעתים גם אישית ומשפחתית, המעמידות את גופן לשירות אחרים.¹¹¹ ההתקשרות ומאפייניה עשויים להעמידן במצב פגיע: סכנה רגשית, חשש לפגיעה בחירותן האישית ולעתים אף בשלומן הגופני. החששות הנוגעים לילד נוגעים בעיקר להשלכות הלא ידועות על מצבו הרגשי העתידי, לנוק שייגרם לו (אם ייגרם) מן הידיעה על נסיבות הולדתו ולרצון במידע או בקשר עם מי שנשאה את ההיריון. סוג אחר של נזק הנוגע לילד ומשיק לסוג החששות השלישי, שהוא ספקולטיבי יותר מטבעו, כרוך ב"תפיסת היילוד כאמצעי להגשמת מטרותיהם של אחרים".¹¹² כמובן, חשש זה יכול שיתקיים גם בהורות טבעית, אולם העברת כסף מיד ליד בתמורה להולדתו מגבירה את החשש מפני "החפצה". נכון להיום אין בידנו אינדיקציה להתממשותם של החששות הנוגעים לילדים.¹¹³ החששות הכרוכים בפגיעה בחברה ובערכיה הם תאורטיים יותר מטבעם. הם מדברים בשם קדושת המשפחה (ובעיקר קדושת המשפחה הביולוגית), קדושת הגוף והחשש הכרוך בסחר בשירותי גוף.¹¹⁴ חששות אלה חופפים בחלקם התנגדויות המושמעות כביכול בשם הדת. חלק מהתנגדויות אלה הושמעו במסגרת הדיון על הצעת החוק במתכונתה המקורית והתוו מגבלות שונות גם על התקשרויות של בני זוג בני מינים שונים ובעיקר בהקשר של הגנה מפני ממזרות.¹¹⁵ עמדה שמרנית כללית של הדת קובעת כביכול הסתייגות מהולדה

109 ההתנגדויות המושמעות נגד הרחבת הפונדקאות ליחידים ובפרט לזוגות גברים הן אלה המתמקדות ברווחת הילדים ובערכים החברתיים באופן כללי. ראו Schuz, לעיל ה"ש 64, בעמ' 212–222.

110 ראו בהרחבה נופר ליפקין ואתי סממה "ממעשה הרואי למוצר-מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435 (2013); שלו, לעיל ה"ש 36.

111 חששות אלה מחריפים כאשר ההתקשרויות לנשיאת עוברים מתקיימות בחו"ל במדינות מתפתחות ועניות; ראו בהקשר זה צבי טריגר "חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" תיאוריה וביקורת 44 (צפוי להתפרסם ב-2015).

112 דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 464.
113 אדרבה, מחקרים ראשוניים מצביעים על אפשרות לקיומה של מגמה הפוכה. כך למשל נטען כי בדומה לספרות בנושא ילדים מאומצים, גם בהליכי פונדקאות מודעות הילד להליך שבמסגרתו הובא לעולם יכולה אף לחזק את מערכת היחסים בין ההורים לילד ואינה פוגעת במצבו הרגשי. ראו Susan Golombok et al., *Families Created Through Surrogacy: Mother-Child Relationships and Children's Psychological Adjustment at Age 7*, 47 DEV. PSYCHOL. 1579, 1580–1581 (2011).

114 דבריה של השופטת שטרסברג-כהן, עניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 463–464.

115 ראו דבריו של אפרים סנה (אשר כיהן כשר הבריאות שקיבל את החוק) בדיון על הצעת החוק בד"כ 151, 1197 (התשנ"ו): "פנינו אל פתרון פרגמטי, פתרון מעשי, פתרון שניתן ליישם אותו מהר והוא מכבד את רגשותיו של הציבור הדתי. הלכתי ובודקתי מה הן הנקודות שמבחינת ציבור שומרי התורה הן הבעיות הרגישות ביותר, ומצאתי שהנושא הטעון ביותר הוא חשש הממזרות. כך חוקקנו את החוק וכך הכינונו אותו, שיהיה בו מענה על הסוגיה הזאת [...] כך יצרנו חוק שמאפשר לנו לפתור לעשרות זוגות [...]"

למשפחות החורגות מדגם המשפחה המסורתי, וזאת בשל החשש מפני פגיעה בבית היהודי, בקדושת הנישואים או במעמד של ילדים.

לא אוכל לדון בחששות אלה כולם במסגרת מאמר זה. בקצרה אציין כי חששות אלה וחששות אחרים שהשמיעו כותבים בתחום אינם מבוטלים בעיניי, ואפשר שאף יצדיקו עמדה השוללת לחלוטין גישה להסכמים לנשיאת עוברים.¹¹⁶ עמדה זו, המתייחסת ברצינות לשלושת מישורי הפגיעה (אלה הנוגעים לנשים נושאות ההיריון, לילדים העתידים להיוולד ולחברה בכללותה), עשויה לקרוא לבטל את ההסדר המתיר גישה להסדרי פונדקאות בחוק הסכמים לנשיאת עוברים. עם זאת נדמה בעיניי כי רגולציה קפדנית של התחום (בדומה לנהוג בישראל, עם הצעות אפשריות לשיפור ולשכלול שלא כאן המקום לדון בהן) עשויה לתת מענה סביר לחששות ולפוגג אותם בחלקם.

כך או כך, לצורך דיוננו כאן ובשל המציאות המשפטית בישראל, כאשר הוחלט בשנת 1996 להסדיר התקשרויות לנשיאת עוברים בחוק ולפתוח אותן בפני בני זוג הטרוסקסואליים, הוכרעה השאלה פוזיטיבית. בהינתן ההכרעה, המאפשרת התקשרויות אלה, נותרה לדיון בחירתו של המחוקק להתיר את הגישה רק לבני זוג הטרוסקסואליים ולמנוע אותה מזוגות בני אותו מין ויחידים הנדרשים להן לצורך הגשמת כמיהתם להורות. כפי שכבר צוין, הרוב המכריע של החששות וההסתייגויות העקרוניות מפני פונדקאות נכונים, אם הם נכונים, ללא תלות בזהות ההורים המיועדים.

3. תוקפם של שיקולי הנגד הכלליים בהקשר של משפחות יחידניות ומשפחות חד-הוריות

באשר לחששות הנוגעים לפגיעה בנשים הפונדקאיות, הרי שאין כל הבדל מבחינתן למען מי הן נושאות את ההיריון – אם מדובר בזוג או בפרט, בגבר ואישה או בבני זוג מאותו מין. כל עוד חירותן נשמרת והן יכולות לבחור בהורה או בהורים שלהם יסייעו, אין הבדל קטגורי במצבן בכל סוג התקשרות. אימהות המעמידות עצמן לשמש פונדקאיות נתונות במצב פגיע כמעט קטגורית. תפקידו של הדין לוודא שהן תוכלנה להעצים עצמן מן ההתקשרות או לפחות לוודא כי האינטרסים שלהן נשמרים כדבעי. הרחבת סוג המתקשרים (סוגי ההורים המיועדים) אינה יכולה להרע את מצבן כל עוד הנוגעים בדבר מקפידים על מילוי התנאים המגנים עליהן, המחייבים, או צריכים לחייב, ממילא בכל סוג של התקשרות.¹¹⁷ שני חששות הועלו בדוח ועדת מור יוסף נגד פתיחת הגישה להסכמים לנשיאת עוברים. החששות הללו הובילו, כך לפי הנטען בדוח, להמלצה להגביל את הגישה ליחידנים ולחד-מיניים למסלול נפרד, אלטרואיסטי, ולא לאפשר את שימושם בנתיב המסחרי

לפתור לאותם זוגות חשוכי ילדים את הבעיה שלהם, בלי שיצרנו מציאות חברתית לא רצויה ובלי שעברנו על דברים שהם בבחינת כל יעבור אצל הציבור הדתי" (ההדגשות שלי – ר"ז). תודתי למערכת משפטים על אתר על איתור הציטוט).

116 אינני מכריעה בסוגיה זו כאן.

117 עם ובלי קשר, ייתכן שצריך לשכלל את ההסדר הקיים כיום בחוק הסכמים לנשיאת עוברים ובנוהלי העבודה של הוועדה המאשרת את ההתקשרויות, ולהגן עליהן הגנה אפקטיבית מהקיימת היום.

הרגיל.¹¹⁸ שני החששות נעוצים באותו טעם – פתיחת הגישה לכול, ובמיוחד פתיחת הגישה לגברים (בשל מספרם הפוטנציאלי), תוביל לעלייה בהיקף המבקשים להסתייע בהסכמים אלה. הגדלת מספר המבקשים להסתייע באם נושאת תחייב, כך לפי הוועדה, הגמשת התנאים לאישור אימהות נושאות, וזאת כדי להתגבר על הפער הצפוי בין הגדלת הביקוש להיצע המצומצם גם כן. בנסיבות אלה, הביעה הוועדה חשש, ייווצר לחץ לאשר להתקשרות נשים שאינן עומדות בתנאים המחמירים המקובלים כיום, ובכך הן תיחשפנה לפגיעה. חשש אחר נעוץ בביקוש הגואה העלול להעלות את התמורה הנדרשת מצדן של האימהות הנושאות ולהפוך בסופו של דבר את הפונדקאות לנתיב הפתוח לעשירים בלבד. היבט זה אינו נוגע דווקא לאינטרסים של נשים, אם כי נטען כי העלאת הסכומים תיצור לחץ גם על נשים להתקשר ותפגע כביכול בחירותן.

כמדומני ניתן להתמודד עם שני החששות האמורים במידה מסוימת של הצלחה. אשר לחשש הראשון, הרי שאני סבורה שיש להגמיש את תנאי הסף המתירים לאישה לשמש אם נושאת רק כאשר אין נשקפת לנשים סכנה עודפת מהגמשת התנאים. כך למשל אין סיבה לשנות (ואף יש להימנע מכך) את גובה הרף הבודק את התאמתה הרגשית של האם הנושאת להתקשרות (אם ניתן למדוד ולהעריך מראש את התאמתה לתהליך). הקלות אחרות שיאפשרו הכנסת נשים נוספות למעגל המתקשרות רצויות ללא קשר, כבר היום, כאשר התקשרויות אינן פתוחות לכול. כך למשל אפשר ואף רצוי לאפשר לנשים נושאות לשמש אימהות נושאות, ניתן לשקול הגמשת האפשרות של קרובות משפחה של ההורים המיועדים לשמש אימהות נושאות, להגמיש את מגבלת הגיל ועוד. הסרת חלק מן המגבלות רצויה בכל מקרה ותוביל ממילא להגדלת המאגר הפוטנציאלי של האימהות הנושאות. מובן שבכל היבט אחר אין להיכנע לביקוש הגובר, ועל הוועדה (והגורמים המתווכים) להמשיך לעשות מלאכתם נאמנה ולאשר התקשרויות רק בין צדדים המתאימים לכך מבחינה רגשית. כאשר לחשש בדבר האמרת המחירים, הרי שחשש זה אינו מבוטל. התמודדות עם חשש זה מורכבת יותר. גם כיום מחירי ההתקשרות בארץ ובחו"ל גבוהים למדי. ברור שהעלאת הביקוש (עם פתיחת הגישה לכול) עלולה להוביל להעלאת המחירים בישראל עוד יותר. עם חשש זה ניתן להתמודד בכמה צורות: ראשית ניתן, כמו שהוצע בהצעת החוק, לקבוע מחיר מרבי.¹²⁰ שנית ניתן לחשוב על סבסוד מדינתי של ההליך כחלק מסל טיפולי הפריון, בתור חלופה לטיפולים הממומנים כיום או נוסף עליהם. שאלת הגבלת הסכום מעוררת קושי אכיפתי. שאלת הסבסוד נוגעת בשאלות תקציביות. סוגיה זו מורכבת ואי אפשר לבררה בירור ממצה במסגרת זו.

יוער כי במובן מסוים מצבן של נשים (נשים באשר הן) דווקא עשוי להשתפר עם פתיחת הנתיב הישראלי למגוון הקבוצות המבקשות להיהפך להורים. כיום רבים מאלה שאינם

118 משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל 57 (2012) (להלן: ועדת מור יוסף), זמין ב- www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf.

119 גם בהצעת החוק נכללו הצעות ברוח זו; הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד–2014, ה"ח 916 (להלן: הצעת החוק).

120 שם, בס' 10.

יכולים להסתייע בפונדקאות מקומית פונים לחו"ל, ובעיקר להודו, לתאילנד, למדינות מזרח אירופה ולאסיה.¹²¹ בהכללה ניתן לומר כי הדין באותן מדינות אינו מגן על פונדקאות או שהוא מעניק להן הגנה מועטה (בוודאי מועטה מזו של הדין הישראלי).¹²² הסרת חלק מן החסמים המוטלים על פונדקאות בישראל ופתיחת הגישה גם ליחידים ולבני אותו מין תוביל, אפשר להניח, להתקשרותם של ישראלים רבים יותר עם פונדקאות מקומיות ופחות ישראלים יצאו לחו"ל ויתקשרו עם פונדקאות שם.¹²³ בהנחה שההגנה שהדין הישראלי מספק לאינטרסים של פונדקאות אפקטיבית מזו שמספק הדין באותן מדינות, הרי שאפשר שמצבן של נשים באופן כללי אפילו ישתפר עם הרחבת הנתיב הישראלי.¹²⁴

התמודדות עם הטיעונים המדברים בשםם של ילדים ומבקשים להגביל את הגישה לטכניקות הולדה מלאכותיות בשם טובתם יכולה להיות בשני מישורים: במישור העקרוני העוסק בעצם האפשרות לדבר על טובתם של ילדים שטרם נולדו, ובמישור היישומי שבו נבדקת טובתם של ילדים שנולדו למשפחות חד-מיניות או חד-הוריות בסיוע אם נושאת. במישור העקרוני ספק אם ניתן לדבר על פגיעה בטובת הילד כטיעון בר תוקף לשלילת גישה להולדה בסיוע, לרבות בסיוע אם נושאת.¹²⁵ ויוסבר: הגבלת הגישה לטכניקות ההולדה המלאכותיות בשם טובתם של ילדים תוביל בחלק מן המקרים לכך שילדים כאלה לא ייוולדו כלל. האם ניתן לומר כי הפגיעה העלולה להיגרם להם מהולדה בנסיבות אלה כה חמורה עד כדי ההצדקה שלא ייוולדו כלל? לשיטתי, הפעלת קנה המידה בדבר טובת הילד לצורך שלילת גישה לטיפולי הפריזון מוצדקת רק במקרי קצה שבהם קיים סיכוי רב לפגיעה קשה ברווחתו של הילד העתידי. אמנם אין להצמצם רק לקנה מידה של "עדיף מותו מחייו", שאינו מתקיים כמעט לעולם, ואולם גם אין לדרוש הולדה לתנאים אופטימליים. המבחן הזה דומה למבחן שסרטה ועדת מור יוסף בעקבות החברה האירופית לפוריות

121 יש כמובן גם מי שפונים לארצות הברית, שם מצבן של האימהות הנושאות טוב יותר כנראה.

122 ראו למשל Usha Rengachary Smerdon, *India, in* INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS: LEGAL REGULATION AT THE INTERNATIONAL LEVEL 187 (Katarina Trimmings & Paul Beaumont eds., 2013); Gennadiy Druzenko, *Ukraine, in* INTERNATIONAL SURROGACY ARRANGEMENTS: LEGAL REGULATION AT THE INTERNATIONAL LEVEL 357, 358 (Katarina Trimmings & Paul Beaumont eds., 2013).

123 ברור כי גם כאשר תורחב הגישה להסכמי פונדקאות בישראל, עדיין יהיו מי שיעדיפו לפנות לפונדקאות בחו"ל. לצד הרכיב הכלכלי, שהוא בעל חשיבות רבה בבחירת יעד ההתקשרות, משפיעה הרגולציה המשפטית והאווירה התרבותית על הבחירה של ההורים המיועדים. בהקשר זה ראו טריגר, לעיל ה"ש 111.

124 ראוי להדגיש שהמחוקק הישראלי בחר שלא להתייחס לאפשרות של פונדקאות בחו"ל ולא להטיל על אפשרות זו מגבלות מהותיות מראש – המשמעות היא שאנשים שהוצאו מגדרי החוק הקיים או כאלו שהביורוקרטיה הישראלית הכריעה אותם יכולים לפנות למסלול הפונדקאות בארצות אחרות. ראו אלמגור לוטן, לעיל ה"ש 93, בעמ' 10.

125 ראו למשל זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 51, בעמ' 280. לדיון בסוגיה בהרחבה ראו דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם?" דילמות באתיקה רפואית 255 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); עמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" דילמות באתיקה רפואית 239 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 423 (2011).

ואמבריוולוגיה ESHRE¹²⁶, תוך צמצום המקרים שבהם תותר הגבלת גישה ומניעת הולדה. על פי הצעתי, רק כאשר ידוע שתנאי הטיפול בילד העתידי יהיו גרועים ויובילו לנזק ממשי וישיר תקום הצדקה להתערבות המונעת את הגישה לטיפולים. יותר מכך, יש מקום לאמץ חזקה שלפיה הילד ייוולד לתנאים מיטביים, והנטל על מי ששולל את הזכות (המדינה כקובעת מדיניות או המרפאה המסרבת להעניק טיפול) להוכיח הצדקה של שלילתה.¹²⁷ לאור קנה המידה האמור והגישה המצמצמת את כוחו של הטיעון בדבר טובת הילד בהקשר של גישה לטכניקות הולדה באופן כללי, הטענה כי אין מקום להרחיב את הגישה להסדרי פונדקאות בגלל התגברות הפגיעות בילדים אינה נשמעת משכנעת. ומכל מקום, אם היא רלוונטית, היא תתקיים רק במקרים פרטניים, ומכאן שאין הצדקה לאמץ חזקה כללית. חזקה כללית או כלל גורף אשר אינם מבוססים על בדיקה אינדיווידואלית פוגעים בפגיעה לא מידתית בזכות להורות. המקור לחשש לפגיעה בילד צריך להיות אישי (ולא קבוצתי) ומוחשי. טענה כללית שקיים חשש לפגיעה בילדים אינה יכולה להספיק.¹²⁸

גם במישור היישומי יש לדחות את הטענה כי טובת הילד מצדיקה שלא תורחב הגישה להסדרי פונדקאות. בעידן שבו משפחות החורגות מן הדגם ה"קלאסי" רווחות, ולנוכח קיומם של מחקרים פסיכו-סוציאליים המעידים כי רווחתם של ילדים במשפחות אלה מובטחת,¹²⁹ אין בתנאי הטיפול העתידיים בהם – בידי הורה יחיד או בידי זוג הורים מאותו מין שרצו בהולדתם והתאמצו להגשים את מבוקשם – כדי להצדיק שלילת הולדתם. במילים אחרות, אם האמצעי של פונדקאות "כשר" להולדה במסגרת משפחה שבה משמשים הורים איש ואישה, הוא כשר גם למשפחה שבה ההורים הם יחידים או בני זוג מאותו המין.

126 ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 118, בעמ' 19.

127 חשוב לציין כי בהקשרים אחרים של הסדרת טיפולי הפרייון שאינם עצם הגישה לאמצעי ההולדה יש לחתור להסדר שיבטיח את זכויות הילד העתידי באופן אופטימלי. גם אם מעשית הוספת תנאים להבטחת טובת הילד העתידי וזכויותיו תוביל בפועל להולדת ילדים אחרים מאלה שהיו נולדים בהיעדר אותם תנאים, אין בכך, להבנתי, כדי למנוע את הפעלתם. כך למשל סברתי כי נכון להבטיח כי ילדים שנולדו בסיוע תרומת זרע או ביצית יוכלו לקבל מידע נרחב על שורשיהם הגנטיים. ברור שמתן מידע זה עשוי להשפיע על זהות התורמים ועל נכונותם לתרום, ובכך להשפיע על זהות הצאצאים שיוולדו, ואולם התערבות זו ראויה היא בעיניי. להרחבה ראו רות זפרן "סודות ושקרים" – על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519 (2005).

128 השוו עם עניין עדאלה, לעיל ה"ש 1, פס' 69–71 לפסק דינו של הנשיא ברק (ברק דן בחוק האזרחות ומעלה את השאלה האם יש מקום לאמץ חזקה כללית או בדיקה אינדיווידואלית לאור החשש הביטחוני שנשקף מבין הזוג שמבקש התאזרחות בישראל).

129 מחקר פסיכו-סוציאלי רחב היקף שהצטבר בשנים האחרונות מצביע על כך שילדים למשפחות אלה אינם סובלים מפגיעות מיוחדות; ביחס למשפחות יחדניות מבחירה ראו Susan Golombok & Shirlene Badger, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers, at Early Adulthood*, 25 HUM. REPROD. 150 (2010). Nanette Gartrell & Henny Bos, *US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*, 126 PEDIATRICS 28 (2010); Henny Bos & Frank van Balen, *Children of the New Reproductive Technologies: Social and Genetic Parenthood*, 81 PATIENT EDUC. & COUNSELING 429 (2010).

מובן שמי שסבור שעצם ההולדה למשפחה החורגת מן הדגם ההטרסקסואלי פוגעת בתשתית החברתית ובעקרונות ובאינטרסים החברתיים והדתיים, יתנגד להנגשת הסדרים לנשיאת עוברים לבני זוג מאותו מין ולמי שמבקש להפוך להורה יחידי.¹³⁰ ואולם גם גישה זו תקשה להצדיק את מניעת הגישה הקיימת כיום בחוק, שכן אמצעים אחרים להולדה בסיוע, לרבות תרומת ביצית וזרע, פתוחים כבר עתה בפני מגוון משפחות.¹³¹ טענה אפשרית נוספת, שלפיה פתוחה בפני קבוצות האוכלוסייה השונות אפשרות לפנות לנתיבים מקבילים בחו"ל, אינה משכנעת בעיניי. אף שבחלק מן המדינות מותרת התקשרות עם פונדקאיות גם לנשים ולגברים יחידים או בני אותו מין,¹³² אין מדובר בנתיב שווה ערך. אמנם בחלק מן המדינות העלות עשויה להיות נמוכה מבישראל, אולם באחרות (ובייחוד בנתיב המתאפשר בחלק ממדינות ארצות הברית) העלות גבוהה יותר. בנוסף, הולדה בסיוע פונדקאית זרה יוצרת, להבנתי, קשיים מיוחדים לילדים, שאינם קיימים בנסיבות של הולדה בהסכם לנשיאת עוברים בישראל, והם אינהרנטיים לתהליך המבוצע בחו"ל.¹³³ כמו כן, הולדה בסיוע פונדקאית בחו"ל נתקלת בעמדה נוקשה של הביורוקרטיה הישראלית,¹³⁴ עמדה שרוככה לאחרונה בהתערבות בתי המשפט לאחר מאבק הורים.¹³⁵

130 ויש מי שסובר שמדובר בעמדה ערכית לגיטימית, ראו את דברי השופט אנגלרד: "אין כאן אי-שוויון בין שווים אלא שונות בין שונים. השאלה האם שונות זו מוצדקת אם לאו בנסיבות העניין, היא כאמור הכרעה ערכית לגיטימית"; עניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 479.

131 ראו אילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל (אלון הראל, ניב לוינסקי ועינב מורגנטרן עורכים, צפוי להתפרסם ב-2015) (הספר להלן: זכויות הקהילה הגאה).

132 עם זאת הורו, שהייתה יעד מרכזי לגברים, החליטה למנוע מגברים התקשרויות עם פונדקאיות בתחומה. נתיב חלופי בתאילנד יצר מצב מורכב לגברים שמצאו עצמם בתאילנד ללא יכולת להיכנס לישראל וזאת לנוכח הסירוב להנפיק לילד שנולד להם בסיוע פונדקאית דרכון ישראלי. מצב זה נוצר בשל עמימות בדין המקומי ובשל החשש כי הוצאת הילד מחוץ לתאילנד תוגדר חטיפה. על פרשה זו ראו עידו אפרתי "משרד החוץ החל להנפיק דרכונים לתינוקות הפונדקאות מתאילנד" הארץ 27.1.2014, www.haaretz.co.il/news/education/1.2227815; דנה ויילר-פולק "משרד החוץ: לא לבצע פונדקאות בתאילנד" וואלה! 21.1.2014, news.walla.co.il/?w=/2714115.

133 כך למשל הולדה כזו תיעשה לרוב בסיוע פונדקאית שאינה יהודייה ותצריך הליך גיור (להורים וילדים המבקשים להשתייך ליהדות); היא עשויה להגביר אצל הילד את המבוכה הגנאלוגית נוכח האי-ודאות באשר לשורשיו הביולוגיים או בשל מיעוט המידע עליהם והאפשרות המוגבלת להיות אתם בקשר בשל המרחק הגאוגרפי והפער התרבותי.

134 יהודית מייזלס "בג"צ 566/11, 6569/11 ממש-מגד ואח' נ' משרד הפנים ואח' – עתירה לרישום שני אבות כהוריו של קטין ללא הליך של אימוץ" זכויות הקהילה הגאה, לעיל ה"ש 131.

135 בית המשפט העליון, ביטבו כבית משפט גבוה לצדק, פסק בשתי עתירות של שני זוגות גברים שביקשו הכרה בהורותם לילדים שנולדו להם בסיוע פונדקאית בארצות הברית. פסק הדין המתווה, לראשונה באופן מחייב, נתיב להכרה בהורות ללא צורך באימוץ, מסמל התחלה של דרך חדשה. על פי ההלכה שגובשה בעניין ממש-מגד, לעיל ה"ש 97, נסלל נתיב חדש להכרה בהורות ההורה השני. על פי נתיב זה, הורות האב הגנטי תוכר בבדיקה גנטית (או בחלופה תקפה אחרת), והורות בן הזוג (ובקרב זוג גברים מדובר בהכרח במי שאינו מחזיק בויקה גנטית לילד) תוכר רישומית מכוח התעודה הציבורית הזרה. עם זאת ברור כי מגוון המקרים הקיים, ובהם הולדה בסיוע פונדקאית במדינות שאינן מדינות ארצות הברית, טרם זכה למענה, ורבים עוד יתקלו בקשיים בדרך להכרה בהורות המשפטית בישראל. על פסק הדין

בהקשר זה מעניינת עמדת השופטת חיות (שנותרה בדעת מיעוט) בפרשת משה.¹³⁶ באותה פרשה ביקשו כאמור זוג נשים להביא ילד לעולם יחד, כאשר האחת תישא ברחמה עובר שנוצר מביצית חברתה. המדינה טענה כי העותרות תוכלנה להוציא מישראל ביצית שנשאבה מאחת לצורך השתלתה ברחמה של האחרת, ובכך תיפתר מצוקתן ויימצא מזור לפגיעה בזכותן להורות שנגרמה מעצם האיסור שהוטל עליהן לעבור פרוצדורה של העברת ביצית והולדה משותפת, אשר היה מי שזיהה אותה כהליך פונדקאות. השופטת מציינת כי פתרון זה של הוצאת הביצית לחו"ל וקיומה של ההפריה שם –

מטיל על העותרות נטל כספי לא מבוטל בשל ביצוע ההשתלה בחו"ל על כל הכרוך בכך ולטענת העותרות הוא אף מקטין את הסיכוי להצלחת התהליך. הנה כי כן, פעולה על-פי נוהל זה יש בה משום מענה מסוים למצוקתן הקונקרטי של העותרות, אך זהו מענה חלקי בלבד, הדוחק את העותרות ואחרים במצבן ללא הצדקה של ממש לצאת אל מדינות הים על מנת למצוא שם את הפתרון למצוקתם.¹³⁷

והשופט מלצר (אף הוא, יש לציין, בדעת מיעוט) מוסיף נחרצות: "קונסטיטוציונית – אין זה ראוי ואין זה מידתי לשלוח אזרח ישראלי לחו"ל להסדרת זכויותיו החוקתיות".¹³⁸ יש לציין כי אם הצעת החוק שבה ידובר בחלק הבא (בהקשר אחר) תהפוך לחוק בישראל, אפשר שתחול הכבדה ביוקרטית נוספת. על פי הצעת החוק, יתווסף לחוק הסכמים לנשיאת עוברים פרק שיסדיר התקשרות בהסכם לנשיאת עוברים שתיעשה בחו"ל, ויוטלו על התקשרויות אלה מגבלות נרחבות.¹³⁹

ג. הצעות לשינוי החוק

השנים האחרונות מאופיינות בעשייה ציבורית לשינוי החוק. הוועדה הציבורית שמינה מנכ"ל משרד הבריאות בשנת 2010 לבחינת ההסדרה החקיקתית של נושא הפרייה וההולדה בישראל, בראשות פרופ' מור יוסף, פרסמה את מסקנותיה והמליצה על פתיחה חלקית של הפונדקאות המקומית. על פי המלצתה, ההסדר הקיים יורחב לנשים יחידניות שיזכו למעמד שווה לזה של בני זוג בני מינים שונים. הסדר לנשיאת עוברים בישראל יתאפשר גם לבני

בעניין ממשל-מגד ראו יהודית מיזלס "קול הדם במקום קול אדם – דיון בבג"ץ 566/11, 6569/11 ממשל-מגד נ' משרד הפנים" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 28, 46 (2014).

136 עניין משה, לעיל ה"ש 27, פסק דינה של השופטת חיות.

137 שם, פס' 32 לפסק דינה של השופטת חיות.

138 שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת מלצר.

139 במסגרת מאמר זה לא אוכל לדרון באספקטים אלה של הצעת החוק. בקצרה רבה אומר כי אני תומכת עקרונית בהסדרת התחום. המצב הקיים, שבו אין כל מגבלה על התקשרות של ישראלים בחו"ל, פותח פתח לפגיעה הן בהורים המיועדים הן באימהות הנושאות והן בילדים העתידיים. תוכן ההצעה והביקורת שהיא עוררה לא יידונו כאן; בהקשר זה ראו למשל מכתב מאייל גרוס למשרד הבריאות ומשרד המשפטים, בעניין תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014 (6.2.2014).

אותו מין, כך על פי המלצות הוועדה, אולם אלה לא יוכלו להסתייע בנתיב הרגיל הכולל אפשרות לתשלום לאם הנושאת, אלא אך ורק בנתיב אלטרואיסטי, ללא תמורה כספית.¹⁴⁰ הצעה מרחיבה יותר ושוויונית יותר מטבעה העלה משרד הבריאות. שרת הבריאות יעל גרמן הצהירה על כוונה לשנות את ההסדר הישראלי ולפתוח את הגישה לפונדקאות מסחרית בנתיב הישראלי הכללי לבני זוג מאותו מין.¹⁴¹ תזכיר הצעת חוק פורסם בראשית שנת 2014 והוא מאפשר להתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים בישראל ליחידים – גברים ונשים כאחד.¹⁴² על פי הצעת החוק שבתזכיר, התקשרות מסחרית תהיה פתוחה ליחידים אך לא לזוגות מאותו מין. הצעת חוק רשמית פורסמה ביולי 2014.¹⁴³ לפי אותו קו מוצהר של משרד הבריאות קובעת הצעת החוק כי הורים מיועדים להתקשרות בישראל יכולים להיות בני זוג בני מינים שונים (איש ואישה) או יחידים (גבר או אישה). ביקורת נמתחה על כי ההצעה מצמצמת את האפשרות להתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים רק ליחידים ולא לזוגות בני אותו מין, הן בשל המסר הנרמז כלפי זוגות בני אותו מין הן בשל השלכותיה המעשיות של ההצעה.¹⁴⁴

יש לציין כי על פי התיקון המוצע אין מניעה פורמלית כי להליך יפנה גבר החי בזוגיות חד-מינית. למעשה הצעת החוק מבקשת לאפשר הכרה בכך הזוג החד-מיני בהליך הייחודי (והמקוצר) של צו הורות. על פי התיקון המוצע לסעיף 11, "בית המשפט רשאי לתת צו הורות גם למי שפנה בבקשה למתן צו כאמור יחד עם הורה מיועד יחיד [...] ובלבד שניתן לפונה כאמור אישור מאת ועדת האישורים כי מתקיימים לגביו התנאים הנדרשים מהורה מיועד [...] להסכם לנשיאת עוברים בישראל שבעניינו מתבקש מתן צו ההורות".¹⁴⁵ אף שניכר כי הצעת החוק נוסחה כך על מנת לעקוף (או להקהות) התנגדויות צפויות מצד גורמים דתיים, היא אינה אידאלית מבחינתם של בני זוג מאותו המין לא מבחינת המסר שהיא משדרת (אי-הכרה בזכותם להולדה משותפת בנתיב הזה לנתיב הפתוח בפני איש ואישה) ולא מבחינה מהותית. מבחינה מהותית נדמה בעיניי כי עיקר החשש נוגע למצבים של חרטה. למשל: כאשר בין מועד ההתקשרות בין האם הנושאת לאב (ובפועל גם בן זוגו השותף אתו להליך מבחינה רגשית ומעשית) לבין מועד הלידה והפנייה לבית המשפט

140 ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 118, בעמ' 63.

141 כמו כן ראו למשל עידו אפרתי "שרת הבריאות מקדמת פונדקאות להומאים בישראל" הארץ 11.12.2013, www.haaretz.co.il/news/health/1.2187906; ירון קלנר "מהפכה: הומאים יהפכו הורים באמצעות פונדקאית – בישראל" Ynet 11.12.2013, www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4463901, .00.html

142 תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014.

143 הצעת החוק, לעיל ה"ש 119.

144 לביקורת האמורה ראו ס' 3 למכתב מצבי טריגר ליעל גרמן, שרת הבריאות, ומירה היבנר-הראל, היועצת המשפטית למשרד הבריאות (4.2.2014); ס' 7–8 למכתב ממיכל עדן, יו"ר צוות להט"ב, וענבל רובינשטיין, יו"ר פורום משפט חוקתי וזכויות אדם, לשכת עורכי הדין בישראל, למירה היבנר-הראל, היועצת המשפטית של משרד הבריאות, בעניין תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד–2014 (20.2.2014).

145 ס' 14 להצעת החוק, לעיל ה"ש 119.

לקבלת צו הורות נפל דבר בין בני הזוג והאב המיועד אינו מוכן להכיר באבהותו של בן זוגו. גם מצבים הפוכים יכולים להתרחש כאשר בשל הפרדה בן הזוג לשעבר אינו חפץ עוד להיות מוכר כאב אף שיצא למסע לקראת ההולדה עם האב המיועד. אף שניתן לטעון כי במצב כזה "זכאותו" של בן הזוג לשעבר להיות מוכר כאב נוסף אינה קיימת או לפחות פוחתת, עמדה זו אינה מתחייבת לא מבחינת מעמדו של ההורה השני ולא מבחינת טובת הילד. אשר לילד ניתן לטעון כי הוא זכאי לתמיכה כלכלית (ורגשית) של שני הורים. בכל מקרה עמדה זו מבחינה בין הורים מיועדים שהם בני זוג בני מינים שונים לבני זוג אותו מין לתכלית שניכר כי היא פוליטית. ספק אם תכלית זו כשלעצמה ראויה.¹⁴⁶ שאלה נוספת מתעוררת בנסיבות שבהן הגבר (או האישה במקרה דומה) המבקש להתקשר עם אם נושאת ישראלית נשוי בנישואים חד-מיניים, המוכרים במדינה אחרת ונרשמים במרשם האוכלוסין בארץ.¹⁴⁷ האם ניתן להגדיר אותו בנסיבות אלה הורה יחיד? ואם לא,¹⁴⁸ האם סביר להפלות בין בני זוג בני אותו מין שנישאו בנישואים פורמליים לבין בני זוג שאינם נשואים ובחרים להביא ילד לעולם במהלך דו-שלבי, קרי בהתקשרות של האחד בהסכם והכרה גם בשני לאחר הלידה בצו הורות, כפי שמאפשרת הצעת החוק?

בשולי הדברים וכהערת ביניים טנטטיבית יצוין כי נכון למועד כתיבת שורות אלה הוקפאו בפועל הליכי החקיקה של הצעת החוק. ההצעה עברה קריאה ראשונה בכנסת התשע-עשרה, אולם הכנסת החליטה על התפזרותה המוקדמת טרם הושלמו הליכי החקיקה על הצעת החוק. אף שיהיה ניתן להחיל רציפות ולהביא את הצעת החוק להמשך עבודה גם בכנסת הבאה, קשה להעריך בשלב זה מה יהיה הרכב המליאה, ואם יהיה ניתן להעביר את הצעת החוק במתכונת הכוללת את הרחבת הגישה ליחידנים ולבני אותו מין. בנסיבות אלה עשויים הדברים המובאים במאמר זה להיות רלוונטיים גם לדיונים עתידיים, בכנסת ומחוץ לה.

ד. הערה לפני סיום

הכרה באפשרות להסתייע בפונדקאות כחלק מן הזכות להורות אין משמעה התרת פונדקאות ללא כל סייג. סיבות ואינטרסים שונים יכולים להצדיק הגבלת השימוש בה, ומשכך, לצמצם את גבולותיה או את מידת ההגנה שלה היא ראויה בנסיבות מסוימות. לצד סייגים על אופן ההתקשרות וביצועה (שלא נדונו כאן אך ברור כי חשיבותם רבה), ראוי כי היקפן ואופיין של המגבלות הנוגעות לגישה לפונדקאות – קרי השאלה מי יוכל להתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים – יצומצמו. נתונים האישיים של ההורים המיועדים, ובהם גילם, מצבם הרפואי,

146 שיקולים פוליטיים אינם משפיעים על האיזון המשפטי הראוי: בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 109–108 (1997); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485–501 (1993).

147 כזכור, התאפשר רישום נישואי בני זוג חד מיניים בישראל: בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537 (2006).

148 והדעת אומרת כי יהיה קשה להכניסו להגדרה של "הורה מיועד יחיד", במיוחד כי זוהי הגדרה חלופית להגדרה של "הורים מיועדים שהם בני זוג", הצעת החוק, לעיל ה"ש 119, בס' 3.

מצבם הנפשי או עברם הפלילי, עשויים עקרונית להיות רלוונטיים. רכיבים אלה של "מסוגלות הורית" (ואני מבקשת להיזהר בשימוש במונח "מסוגלות הורית") עשויים להצדיק מניעת הגשמת הזכות (מניעה שאינה קיימת בהכרח בהולדה טבעית).¹⁴⁹ אולם שלילת זכות הגישה תגבש, אם תגבש, רק בכפוף לבדיקה פרטנית ובהתקיים נסיבות יוצאות דופן. ויוסבר: הבדיקה צריכה לחול על הורה או הורים מיועדים קונקרטיים ולא על קטגוריות או קבוצות אוכלוסייה. כמו כן שלילת האפשרות להשתמש בפונדקאות כמו גם בטכניקות הולדה מלאכותיות אחרות תחול רק במצבים של פגיעה קשה, הצפויה בוודאות גבוהה, בילד העתידי. על מנת ששיקול הדעת המוקנה כאן לא ינוצל לרעה, יש להפעיל חזקה שלפיה כל אחד כשיר ליהנות מגישה לאמצעי הולדה מלאכותיים, לרבות אלה שאינם יכולים להשתמש במשאבי הגוף שלהם (נשיאת היריון, ביצית או זרע), ובמיוחד כאשר אין בפניהם חלופה אחרת. רק בהתקיים אותן נסיבות קיצוניות של חשש לפגיעה קשה שתתקיים בוודאות גבוהה, תוצדק הגבלת הזכות.

149 ראו את הניתוח שמציע Statman, לעיל ה"ש 41, בעמ' 230–231.