

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2458/01

בפני:

כבוד המשנה לנשיא ש' לויין
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העותרים:

1. משפחה חדשה
2. פלונית

נ ג ד

המשיבים:

1. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים,
משרד הבריאות
2. שר הבריאות
3. שר העבודה והרווחה

תאריך הישיבה:

כ"ט בתמוז תשס"ב (9.7.02)

בשם העותרים:

עו"ד דינה הר-אבן
עו"ד גלעד שר
עו"ד דעואל פלאי
עו"ד אפרים שמידלר
עו"ד רחל רדיאן
עו"ד אירית רזנבלום

בשם המשיבים:

עו"ד דינה זילבר

תשובה לצו על-תנאי

פסק-דין

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

עיקרי העובדות שלעניין

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

פונדקאות כמקובל בישראל היא תהליך שבו נושאת אישה (פונדקאית) ברחמה עובר שמקורו בביצית של אישה אחרת, ובבוא העת יולדת היא את העובר כילד חי. תחילת התהליך בשאיבת ביציות מגופה של אישה פורייה (האם הגנטית) ובהפריית הביציות בזרע של גבר בהפריה חוץ-גופית (in vitro fertilization). בהפריה מוצלחת מושתלות הביציות המופרות בגופה של אישה האמורה לשמש פונדקאית. הפונדקאית מתעברת, נושאת בהריון, ועם הלידה אמורה היא למסור את היילוד להוריו או למי מהוריו הגנטיים. אין לה לאישה הנושאת את הביציות המופרות ברחמה קשר גנטי לעובר המתפתח מאותן ביציות; משמשת היא מעין-פונדק - מעין-אכסניה - לביציות המופרות ולעובר, ומכאן כינויה "פונדקאית".

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

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

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

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

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

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

השאלות שבמחלוקת

7. בעלי-הדין נחלקו ביניהם בשאלות רבות ושונות, אך ניתן לקבוץ את כל חילוקי-הדעות כולם סביב ארבע שאלות. ואלו הן השאלות: אחת, האם הסדרים שקבע חוק הפונדקאות ניתן להחילם על נשים שאין להן בן-זוג? שתיים: בהנחה שחוק הפונדקאות אינו מאפשר להחילו על נשים שאין להן בן-זוג, האם תימצא לנו הצדקה עניינית להבחין - לעניין הסכם פונדקאות - בין אישה שאין לה בן-זוג לבין אישה-ואיש-בני-זוג? שלוש: בהנחה שלעניין הסכם פונדקאות אין

הצדקה ראויה להבחנה בין אישה ללא בן-זוג לבין אישה-ואיש-בני-זוג, האם הפלייתה לרעה של אישה ללא בן-זוג פוגעת באחת מזכויות היסוד הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? ארבע: על יסוד הנחה שהפלייתה לרעה של אישה ללא בן-זוג פוגעת באחת מזכויות היסוד הקנויות לאדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מה סעד יכול ורשאי בית-משפט להעניק לעותרת? ארבע שאלות אלו שאלות כיבודות-מישקל הן, אך כפי שנראה להלן אין אנו נדרשים להכריע בכולן. נדון אפוא בראשון ראשון, אך קודם לראשון נאמר דברים אחדים על הרקע לחוק הפונדקאות.

פונדקאות בישראל עובר לחוק הפונדקאות

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

וְשָׂרִי אֵשֶׁת אַבְרָם ל' א יְלֵדָה לוֹ וְלֹא שִׁפְחָה מִצְרִית וּשְׂמָה הָגָר.
 וַתֹּאמֶר שָׂרִי אֶל-אַבְרָם הִנֵּה-נָא עֹצְרֵנִי ה' מִלֵּדֶת ב' א-נָא אֶל
 שִׁפְחָתִי אוּלַי אֲבַנֶּה מִמֶּנָּה וַיִּשְׁמַע אַבְרָם לְקוֹל שָׂרִי. וַתִּקַּח שָׂרִי
 אֵשֶׁת-אַבְרָם אֶת-הָגָר הַמִּצְרִית שִׁפְחָתָהּ מִקֵּץ עֶשְׂרֵי שָׁנִים לְשִׁבְתָּ
 אַבְרָם בְּאֶרֶץ כְּנָעַן וַתִּתֵּן א' תָּהּ לְאַבְרָם אִשָּׁה לוֹ לְאִשָּׁהּ. וַיֵּב' א'
 אֶל-הָגָר וַתֵּהָר וַתֵּהָרַא פִּי הָרְתָה וַתִּקַּל גְּבֻרָתָהּ בְּעֵינֶיהָ (בראשית,
 ט"ז, א-ד).

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

וּתְקַנָּא רְחַל בְּאַחַח תְּהָ נִתְּ אִמְרָ אֶל-יַעֲקֹב בְּהִבָּה-לִי בָנִים וְאִם-
 אֵין מִתָּה אָנֹכִי כִי... וְנִתְּ אִמְרָ הִנֵּה אָמַתִּי בְלֶהָה בִּי אֲאֵלֶיָּהּ
 וְתִלְדַּד עַל-בְּרַפִּי וְאִבְנָה גַם-אָנֹכִי כִי מִמְנָה. וְתִתֶּן-לוֹ אֶת בְּלֶהָה
 שְׂפָחָתָהּ לְאִשָּׁה וַיֵּבֶ אֲאֵלֶיָּהּ יַעֲקֹב ב. וְתִהְיֶה בְלֶהָה וְתִלְדַּד
 לְיַעֲקֹב בִּבְנֵי. וְנִתְּ אִמְרָ רְחַל דְּנָנִי אֶל הַיָּם וְגַם שְׂמַע בְּקֹלִי
 וַיִּתֶּן-לִי בֶן עַל-בֶּן קְרָאָה שְׁמוֹ דָּן. וְתִהְיֶה עוֹד וְתִלְדַּד בְּלֶהָה שְׂפָחָתָהּ
 רְחַל בֶּן שְׁנַי לְיַעֲקֹב ב. וְנִתְּ אִמְרָ רְחַל נְפֹתֹלִי אֶל הַיָּם נְפֹתֹלִי
 עַם-אַחַח תִּי גַם-יֵכֶ לְתִי וְתִקְרָא שְׁמוֹ נְפֹתֹלִי (בראשית ל, א, ג-ח).

ולאה הלכה בעיקבות רחל:

וְתִקְרָא לְאָה פִי עֲמֻדָה מְלֻדָת וְתִקְחָ אֶת-זֶלְפָּה שְׂפָחָתָהּ וְתִתֶּן
 אֶת לְיַעֲקֹב בִּלְאִשָּׁה. וְתִלְדַּד זֶלְפָּה שְׂפָחָתָה לְאָה לְיַעֲקֹב בִּבְנֵי.
 וְתִקְרָא מֶרֶץ לְאָה בְּגֵד וְתִקְרָא אֶת-שְׁמוֹ גָד. וְתִלְדַּד זֶלְפָּה שְׂפָחָתָה
 לְאָה בֶּן שְׁנַי לְיַעֲקֹב ב. וְנִתְּ אִמְרָ לְאָה בְּאִשְׁרֵי כִי אֲשֶׁרוּנִי בָנוֹת
 וְתִקְרָא אֶת שְׁמוֹ אֲשֶׁר (בראשית ל, ט-י"ג).

ימים רבים עברו מאז ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגה. אכן, בימינו ובמקומנו - שלא
 כבימי-קדם או כבמקומות אחרים בימינו - אין עוד מדובר במעמדה של אישה-אם במשפחה
 ובחברה - למיצער לא במיגזרים רחבים של החברה - אך שאיפת החי לקיום ולהישרדות
 ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגו. שרי, רחל ולאה נדרשו - כל אחת מהן - לפונדקאות
 של ימי-קדם. בימינו לבשה הפונדקאות מחלצות אחרות, אך מעיינות תהום-רבה המזינים את
 הפונדקאות נותרו, בעיקרם, כשהיו.

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

איסור השתלה באשה שלא תהיה אם הילוד
 11. לא תושתל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם היילוד.

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

הגבלת השתלות מתורמת
 13. לא תושתל באשה ביצית שניטלה מתורמת אלא אם כן הופרתה בזרע בעלה של האשה.

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

10. בשעת 1991 נתחולל שינוי זוטא במערכת, שעה שהזוג נחמני - כאחד - ביקשו כי יותר להם לבצע הליך של הפריה חוץ-גופית בישראל להשתלה בגופה של פונדקאית בחו"ל (בג"ץ

1237/91 נחמני נ' שר הבריאות, לא פורסם). משרד הבריאות נעתר לבקשה וכך נסתיים הדיון בעתירה. ביני לביני, ביום 18.6.1991, החליטו שר הבריאות ושר המשפטים על הקמתה של "ועדה ציבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית, על כל היבטיו". בראשה של הוועדה עמד השופט (בדימ') שאול אלוני, ועם חבריה נימנו רופא, סוציולוג, פילוסוף, פסיכולוג, איש-דת, איש-משפט ועוד (ועדת אלוני). תפקיד הוועדה היה "לבחון את ההיבטים החברתיים, האתיים, ההלכתיים והמשפטיים של השיטות הטיפוליות הקשורות לנושא [ההפריה החוץ-גופית], מתוך התייחסות, בין היתר, להסכמים לנשיאת עוברים." הוועדה אמרה היתה להוסיף ולבדוק "את הצורך בחקיקה אשר תסדיר את הזכויות והחובות של המעורבים בדבר, לרבות של הילדים שיוולדו, ותמליץ את המלצותיה ביחס לכל ענין קשור שתמצא לנכון." הוועדה ישבה על המדוכה כשלוש שנים, ובחודש יולי 1994 פירסמה דין-וחשבון מקיף. כאמור בכתב המינוי נדרשה הוועדה גם לנושא הפונדקאות והמליצה המלצותיה (לרבות שתי חוות-דעת נפרדות של מיעוט). לא נעמוד כמובן על כל המלצותיה של הוועדה בנושא הפונדקאות, אך נביא עקרונות כלליים שהוועדה מדברת בהם לעניין הסדרי פונדקאות (בסעיפים 7.1 עד 7.3, בעמ' 39 ו-40 לדו"ח):

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

7.2. הסוגיה של הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות) מעוררת שאלות קשות במיוחד. למורכבות של היחסים בין הבוגרים המעורבים בהסכם ההולדה יש בוודאי השלכות רגשיות הן על הילד שיוולד, הן על ילדים קיימים של האם הנושאת, הן על האם הנושאת עצמה, והן על היחסים בין בני הזוג חשוכי-הילדים. שאלות של תקנת הציבור (PUBLIC POLICY)

מתעוררות בשני משורים עיקריים: שאלת התשלום לאם הנושאת, והשאלה ביחס לזכותה לחזור בה מן ההסכם לאחר הלידה. בארצות רבות חל איסור על הסדרים לנשיאת עוברים. ברוב הארצות שבהן קיימת חקיקה בנושא זה, ההסדרים נאסרו במידה זו או אחרת. למשל, באנגליה ואוסטרליה נחקקו חוקים האוסרים על פעילות מסחרית (דהיינו, תמורת תשלום) הקשורה להסכמים לנשיאת עוברים, וההסכמים בכל מקרה אינם ניתנים לאכיפה מבחינה משפטית.

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

ועדת אלוני המליצה אפוא שלא לאסור באורח גורף על כריתת הסכמי פונדקאות, אך הוסיפה בה-בעת כי יש ונכון להסדיר את נושא הפונדקאות בחוק באורח מבוקר, ולהטיל על פונדקאות מיגבלות שתבטחנה ככל הניתן את הצלחת התהליך תוך שמירת זכויות האם הנושאת וטובת היילוד. אשר לשתי חוות-דעת המיעוט נוסף, כי גם אלו לא חלקו על העיקרון כי יש להתיר פונדקאות בתנאים מגבילים, וחילוקי-הדעות בין הרוב לבין כל אחד מאנשי המיעוט נסבו על מהותם של אותם תנאים מגבילים. ראו עוד: ד"ר כרמל שלו, "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית", המשפט ג' (תשנ"ו-1996) 53; פרופ' מיכאל קורניאלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל - הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני", המשפט ג' (תשנ"ו-1996) 63.

11. להשלמת התמונה נוסף, כי סמוך לאחר פירסום דו"ח ועדת אלוני הוגשה לבג"ץ עתירה של כמה זוגות חשוכי-ילדים, ותכליתה: להצהיר על בטלותן מעיקרן של תקנות 11 ו-13 לתקנות ההפרייה באשר נאסרה בהן פונדקאות בישראל (תקנות 11 ו-13) והוטלו הגבלות על

השתלות מתורמת (תקנה 13): בג"ץ 5087/94 מיכל זברו נ' שר הבריאות (לא פורסם). בתגובה לעתירה הודיעה המדינה לבית-המשפט כי סוגיית הפונדקאות מקומה בחקיקה ראשית וכי דין התקנות בטלות. בה-בעת, וכדי למנוע היווצרותו של חלל ריק, ביקשה המדינה כי לא יוכרז לאלתר על בטלותן של התקנות. לסופו של דיון קבע בית-המשפט, ביום 17.7.1995, כי התקנות 11 ו-13 לתקנות ההפריה "תיחשבנה בטלות, אולם זאת החל מיום 1.1.1996". לימים הורחבה תקופת בין-השמשות בכחודשיים נוספים.

12. הליכי החקיקה הוֹאָצוּ, וביום 7 במאָרס 1996 נתקבל בכנסת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996. עניינו של חוק זה הוא בנושא הפונדקאות - שמו מעיד עליו - ובגופו מתיר הוא כי ייערכו בישראל, בתנאים מגבילים ובפיקוח המדינה, הליכי פונדקאות: אישור הסכם לנשיאת עוברים, פיקוח על הליך הפונדקאות והסדרת מעמדו המשפחתי והמשפטי של היילוד. ניתן דעתנו כי חוק הפונדקאות אינו מעסיק עצמו במעשה ההפריה החוץ-גופית. שלבים אלה שבתהליך מוסדרים אך בתקנות ההפריה. החוק נועד להסדיר את שלבי התהליך לאחר יצירתן וקיומן של ביציות מופרות, לעת שההורים המיועדים מבקשים לאשר הסכם שעשו עם אָם פונדקאית.

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

לפירושו של חוק הפונדקאות

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

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

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

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

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

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

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

.....

הצורך בקיומם של "הורים מיועדים" - קרא: בני-זוג, איש ואישה, המבקשים להיות הורים לילד בהליך של פונדקאות - מהווה תשתית לכל חוק הפונדקאות כולו והנחת-יסוד לכל ההסדרים שבו. אכן, המושג "הורים מיועדים" חוזר ונישנה עוד ועוד - במפורש או במשתמע - בהוראות החוק, עד שלא נותר ספק בלב הקורא כי עניינו של חוק הפונדקאות הוא רק - ואך-ורק - באישה ואיש בני-זוג. ראו, למשל, הוראות הסעיפים 4(א)(5), 9 עד 13 ו-19(א) לחוק.

לאיזכור מיוחד ראויה הוראת סעיף 2(4) לחוק, ולפיה הסכם לנשיאת עוברים חייב שיהיה צד לו

”אב מיועד“:

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

(1)

.....

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

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

15. לשון החוק תלמדנו אפוא - ובאורח חד-משמעי - כי תהליך של פונדקאות יכול שיתקיים רק אם ההורים המיועדים הינם איש ואישה שהם בני-זוג. אישה לבדה וכמותה איש לבדו; אישה ואישה וכמותן איש ואיש; כל אלה אינם בני-כושר על-פי חוק הפונדקאות לקיים תהליך של פונדקאות וממילא אין הם זכאים לקבל את אישורה של ועדת האישורים לתהליך של

פונדקאות. זו לשונו החד-משמעית של החוק, ותכליתו של החוק תילמד מלשונו. אכן, גם העותרת מסכימה כי זו לשון החוק כפשוטה, וכדברי באי-כוחה (בסעיף 59 לסיכומיהם בכתב):

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

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

17. קריאה בהליכי היווצרותו תלמדנו כי מעיקרו נועד החוק לפתור בעייתם של בני-זוג חשוכי-ילדים שאינם יכולים להפוך הורים בדרכי הטבע הרגילות. אמר על-כך שר הבריאות, חבר-הכנסת אפרים סנה, בעת שהציג את החוק לקריאה ראשונה בכנסת ("דברי הכנסת" בישיבתה של הכנסת מיום י"ח בכסלו תשנ"ו 11 בדצמבר 1995, עמ' 1197):

...יצרנו חוק שמאפשר לנו לפתור לעשרות זוגות - וכרגע מספרם נאמד ביותר מ-30 זוגות - לפתור לאותם זוגות חשוכי ילדים את הבעיה שלהם, בלי שיצרנו מציאות חברתית לא רצויה ובלי שעברנו על דברים שהם בבחינת כל יעבור אצל הציבור הדתי.

.....

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

ראו עוד דברי יושב-ראש ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, חבר-הכנסת יוסי כץ, בעת שהציג את החוק לקריאות השניה והשלישית ("דברי הכנסת" בישיבתה של הכנסת מיום ט"ז באדר תשנ"ו 7 במארס 1996, בעמ' 4974-4975). כן היו דבריהם של חברי-הכנסת האחרים. חברי-הכנסת לא שללו בדבריהם מפורשות - כלא ראויה - אפשרות שאם מיועדת ללא בן-זוג תהא כשירה לעשות הסכם פונדקאות עם פונדקאית. ואולם גם זו אמת, שהן בהצעת החוק והן בדברים שנאמרו במליאת הכנסת נדרשו הכותבים והדוברים אך להורים מיועדים שהם בני-זוג חשוכי-ילדים. אשר לדיוניה של ועדת העבודה והרווחה, ראו פסקה 46, להלן.

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

ביצוע
הסכם

7. לא תבוצע הפריה חוץ-גופית והשתלת ביצית מופרית אלא במחלקה מוכרת ועל

לנשיאת
עוברים

יסוד הסכם לנשיאת עוברים שאושר כאמור.

הנה-כי-כן: רק "הורים מיועדים" - איש ואישה שהם בני-זוג - יכולים שיהיו צד להסכם פונדקאות עם אָם פונדקאית, ומוסיפה הוראת סעיף 7 לחוק ומודיעה אותנו מפורשות כי לא יקום תהליך פונדקאות אלא על-פי האמור בחוק. משלימה את ההסדר הוראת סעיף 19(א) לחוק, ולפיה תהליך פונדקאות שלא על-פי החוק מהווה עבירה פלילית שעונשה בצידה:

עונשין

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

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

19. בדברים שאמרנו זה עתה תימצא תשובה לטענה נוספת המועלית בידי העותרת. הטענה היא, כי היעדר הסדר בעניינה של אישה ללא בן-זוג אינה אלא לקונה, וכי שומה עליו על בית-

המשפט למלא חסר זה שנתגלה בחוק. טענת הלקונה אין בה ממש. לקונה פירושה היעדר הסדר, והיפוכה של לקונה הוא הסדר - הסדר חיובי או הסדר שלילי - במפורש או מכללל. לשון אחר: הסדר - חיובי או שלילי - שולל, על-פי עצם הגדרתו, קיומה של לקונה. והנה, בענייננו-שלנו ראינו שהמחוקק שלל מפורשות תהליך פונדקאות שלא על-פי הוראות החוק. הסדר ספציפי ומיוחד שנקבע בחוק לפונדקאות - כך מורה אותנו המחוקק - הסדר ייחודי הוא ואין תהליך פונדקאות אחר בילתו. באומרו את שאמר, ובדרך שאמר דברים שאמר, לימדנו המחוקק כי לא נפלה לקונה בחוק. ודוק: באומרנו כי אין בו בחוק לקונה, לא אמרנו אלא כי לא נפלה בחוק לקונה משפטית. לא אמרנו כי לא נפלה בחוק לקונה מוסרית; כי לא נעשה לעותרת ולכשכמותה עוול מוסרי. פירוש החוק הוא המוליך אותנו אל מסקנה שהיסקנו, ומסקנה זו מחייבת אותנו.

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

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

21. משנמצא לנו כי חוק הפונדקאות אינו מאפשר להחילו על אישה שאין לה בן-זוג, באים אנו אל השאלה השנייה, והיא: האם יש בנמצא הצדקה עניינית להבחין - לעניין הסכם פונדקאות - בין אישה המבקשת להיות "אם מיועדת" ואין לה בן-זוג - והיא העותרת - לבין אישה שיש לה בן-זוג ובני-הזוג יחדיו מבקשים להיות "הורים מיועדים"? האם הסדר ולפיו חל חוק הפונדקאות אך על אישה שיש לה בן-זוג ואין הוא חל על אישה שאין לה בן-זוג, האם הסדר זה אינו גורם עוול לאישה שאין לה בן-זוג? האם הסדר שיצר חוק הפונדקאות ולפיו נמצאה תקנה אך לבני-זוג אך לא לאישה בלא בן-זוג - אישה יחידה - האם הסדר זה אין בו הפליה לרעה -

הפלייה פסולה - של אישה בלא בן-זוג? שאלה זו, להבדילה משאלת פירושו של החוק, שאלה ערכית היא. אכן, גם פירושו של חוק כורך שיקולים ערכיים וידענו זאת מכבר. אלא שבפירושו של חוק כלואים אנו בלשונו של החוק ורשאים אנו לנוע אך בדל"ת אמותיהן של מיסגרות שיצר עבורנו הכתוב. לא כן הוא בנושא ההפליה בטהרתו, שטובלים אנו אך בשיקולים ערכיים בלבד (ערכיות יחסית, כמובן). השאלה הנשאלת היא אפוא, האם בהיות העותרת אישה בלא בן-זוג, מפלה אותה החוק לרעה ביחס לאישה שיש לה בן-זוג?

22. מעשה של הפלייה הוא, כך למדנו, יחס בלתי-שווה כלפי שווים במקום שהשוויון הוא מגופו של עניין. יחס בלתי-שווה כלפי שווים לוקה בהיעדר הגינות; ואנו, שמבקשים אנו להיות הגונים והוגנים ביחסנו לזולתנו, נעשה ממילא כמיטבנו שלא להפלות בין שווים. כך ביחסנו לזולת בחיי היומיום וכך בקביעתן של נורמות להסדר נורמטיבי של יחסי-אנוש בחברה. ראו, למשל: בג"צ 678/88, 803 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד מג(2) 501, 507 - 508; בג"ץ 7111/95, 8195 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502-503; בג"ץ 6845/00 איתנה ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם); י. זמיר ומ. סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס-1999) 165. והשאלה שלענייננו שאלה היא: האם הופלתה העותרת לרעה ביחס לאישה שיש לה בן-זוג שעה שבני-הזוג יחדיו מבקשים להיות "הורים מיועדים"?

23. ההבחנה הנדרשת מן החוק הבחנה היא בין איש ואישה שהם בני-זוג לבין אישה יחידה. אלה מבקשים להיות אֵם ואב לילד וזו מבקשת להיות אֵם לילד. מישאלתם של בני-הזוג נענית ומישאלתה של האישה היחידה נדחית. הנה היא העותרת, הנה היא שכנתה: השתיים פוריות אך אין הן יכולות להרות. כשהן לעצמן, זהות הן בכל: מבחינת הבריאות, מבחינה כלכלית, מבחינה רגשית. השתיים זקוקות וכמהות עד-אוש לילד. בכך נבדלות הן השתיים, שלשכנה יש בן-זוג ולעותרת אין בן-זוג. מטעם זה - ומטעם זה בלבד - נענית השכנה לטובה ואילו העותרת נדחית ושלא-לטובה. הגורם המכריע הוא הימצאותו של בן-זוג. והשאלה

הנשאלת ממילא היא, מדוע יכריע גורם זה את הכף והאם ראוי הוא כי יכריע את הכף? שאלה זו אינה שאלה תיאורטית, והתשובה לה אינה תשובה החיה לעצמה, תלושה מן המציאות שבה אנו חיים. אכן, לא נוכל להכריע כראוי בנושא ההפלייה אלא אם נאמר דברים אחדים על הרקע החברתי והמשפטי שלעניין. זאת נעשה עתה.

24. נעמוד תחילה על הרקע החברתי. תחנת המוצא למסענו תימצא לנו בתופעת הטבע ולפיה יכולה אישה ללדת בלא שיש לה בן-זוג (קבוע). בימים שמכבר היתה תופעת האם החד-הורית תופעה חריגה ושולית בחברה. אישה שכיבדה עצמה לא הֵעִזָה ללדת אלא בהיותה נשואה. גם בימינו יש חֲכָרוֹת שתופעת האם החד-הורית תופעה נדירה היא, ויש אף חברות שאישה יחידה היולדת ילד דינה מוות. לא כן בימינו, במיגזרים רחבים מן החברה שאנו חיים בה. בעולמנו דהאידינא, יותר ויותר נשים בוחרות מרצונן להיות אימהות חד-הוריות, והתופעה של אימהות חד-הורית גוברת והולכת. אכן, תופעת האם היולדת ללא בן-זוג תופעה היא שאינה נדירה כלל, ואדם לא יסב ראשו אחור בהשתאות בפוגשו אִם חד-הורית המטיילת עם בנה הקטון. השנתון הסטטיסטי לישראל לשנת 2002 (מס' 53) מלמדנו (בעמ' 3-36), כי בשנת 2000 נרשמו 2,600 לידות לנשים רווקות יהודיות, בעוד אשר בשנים 1978 ו-1979 יחדיו (כדבר השנתון הסטטיסטי לישראל, מס' 52 לשנת 2001), נרשמו 1,356 לידות כאמור (בממוצע 678 לידות לשנה). בשנת 2001 היו רשומות בישראל 11,400 משפחות חד-הוריות שבהן ההורה רווק או רווקה (להבדיל מגרושים, מאלמנים או ממי שחיים בנפרד מבן-זוגם): שם, 5-21. ראו עוד: רחל פסטרנק, המשפחה החד-הורית בישראל (ספרית הפועלים, 1989) 12-13 ועוד; Naomi Miller, *Single Parents by Choice, A Growing Trend in Family Life*, (New-York, 1992) 2-3; אכן, אישה כי תלד ובן-זוג קבוע אין לה, יקבלוה מיגזרים רחבים בחברה בלא להניד עפעף. מבחינה חברתית אפוא, קיבלה החברה שאנו חיים בקירבה את תופעת האם החד-הורית שאין לה בן-זוג קבוע.

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

26. על-פי דין, אפוא, זכאית היא אישה שילדה בלא בן-זוג לעזרה כספית מן המדינה. הדין אף מרחיק לכת, ונכון הוא להושיט עזרה לאישה לא אך לאחר לידה אלא גם לפני לידה: נכון הוא לעזור לאישה להרות וללדת גם אם אין לה בן-זוג. וכך הוא דין על-פי תקנות ההפריה. תקנות ההפריה עניינן הפריה חוץ-גופית שלא על דרך של פונדקאות, ותקנה 8 לאותן תקנות נסבה על הסוגיה של השתלת ביצית באישה. תקנה 8, כלשונה במקורה, בכוונה להקל עם אישה נשואה, הבדילה בין השתלת ביצית באישה נשואה לבין השתלת ביצית באישה רווקה. וכך, לעניינה של אישה נשואה קבעה תקנה 8(א) כי ניתן להשתיל בגופה ביצית מופרית אם הביצית היא "שלה או של תורמת", בעוד אשר לעניינה של אישה רווקה קבעה תקנה 8(ב) במקורה כי לא תושתל בה ביצית מופרית "אלא אם כן הביצית היא שלה". יתר-על-כן: לעניינה של אישה רווקה - אך לא לעניינה של אישה נשואה - הוסיפה תקנה 8(ב) וקבעה כי לא תושתל בה ביצית

מופריית "אלא אם התקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי של המחלקה המוכרת התומך בבקשת האישה", וכי "הדין וחשבון ייערך לפי הנחיות המנהל" (המנהל הכללי של משרד הבריאות או מי שהוא הסמיכו לעניין אותן תקנות). הנה-כי-כן, מחוקק-המישנה ביקש להקל אך על אישה נשואה אך לא על אישה רווקה.

תקפותה של הבחנה זו בין אישה נשואה לבין אישה רווקה עמדה לדיון בבג"ץ 998/96, 2078, 2444 ורד ויץ ואח' נ' שר הבריאות ואח' (לא פורסם), ובהסכמת המדינה הצהיר בית-המשפט כי הוראת תקנה 8(ב) לתקנות ההפריה בטלה. בית-המשפט הוסיף וקבע כי תוקף הבטלות יהיה שישה חודשים מיום פסק-הדין (יום 11.2.1997), וכי "בתוך חודש יפרסם שר הבריאות הוראת נוהל לפיה ההפריה החוץ-גופית וההזרעה המלאכותית תופעל באורח שוויוני". "באורח שוויוני", קרא: בשוויון בין נשים נשואות לבין נשים רווקות. בה-בעת, כך הוסיף בית-המשפט וקבע: "הרופא המטפל יוכל, לפי שיקול דעתו, במקרים מיוחדים, לדרוש חוות-דעת סוציאלית, וזאת על-פי הערכתו המקצועית". מכל אלה נדע, כי לעניין טיפולי פוריות והפרייה חוץ-גופית אין מבדילים בין אישה פנויה לבין אישה נשואה. אין מניעה כי כל אישה - באשר אישה היא - תזכה לטיפול הפרייה ותהפוך אם ללא קשר לשאלת היותה נשואה או לא-נשואה וללא קשר לשאלה אם יש לה בן-זוג או אם אין לה בן-זוג. ראו עוד: פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל, (תשמ"ט-1989, כרך שני) 156-157.

נוסיף כי ועדת אלוני נדרשה אף-היא לנושא המעמד האישי בטיפולי פוריות (שלא בפונדקאות), והמליצה שלא לשלול מאישה טיפולי פוריות אך בשל מעמדה המשפחתי בלבד. וכלשון פסקה 1.5 ו-1.6 לדו"ח ועדת אלוני:

1.5. נשאלה השאלה האם יש להבחין בין יצירה "טבעית" ליצירה "מלאכותית" של ילד. כלומר האם יהיו שיקולים הנוגעים לטובת הילד שיצדיקו את הגבלת זכות הגישה לטיפולי פוריות, למרות שלא היו מצדיקים התערבות ביחסי הולדה אינטימיים בין בני זוג? בסופו של דבר היתה הוועדה בדעה כי העקרון הוא ששיקולים

חברתיים לא צריכים להילקח בחשבון לעניין זכות הגישה לטיפול פוריות, אלא במקרים קיצוניים של חשש ממשי לפגיעה בשלום הילד העתיד להיוולד.

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

27. הנה-כי-כן, לעניין הפריה חוץ-גופית (שלא על דרך של פונדקאות) דין אחד הוא לכל אישה בישראל: בין אם נשואה היא בין אם אין היא נשואה, בין אם יש לה בן-זוג בין אם אין לה בן-זוג. כל אישה, באשר אישה היא, יכולה וזכאית היא להיות מטופלת בטיפול הפריה חוץ-גופית, ואין אישה נעלה על חברתה.

28. הנה זה התקדמנו צעד נוסף מבחינת הדין החל. לא עוד מדברים אנו בהריון ובלידה כדרך הטבע, אלא בהריון שאישה זוכה לו תוך שהיא נעזרת ברופאים ובטכניקות מודרניות שהמציא האדם. מסתבר שהמדינה מבקשת לעזור לאישה יחידה- מבקשת להקל עליה - על דרך זה שמאפשרת היא לה להרות ולהעמיד צאצאים באמצעים טכנולוגיים ובסיוע בעלי-מיקצוע, למרות שהכל יודעים כי אין לה בן-זוג וכי מתעתדת היא לגדל את ילדה במשפחה חד-הורית. לו יכלה העותרת להרות, לא היתה כל מניעה כי תהרה על דרך של הפרייה חוץ-גופית ותהפוך להיות אֵם חד-הורית. דא עקא, גורלה של העותרת הרע עימה ואין היא יכולה להרות. בנסיבות אלו, האמנם יש הצדק - הצדק ראוי - כי נמנע ממנה להרות ולהיות אֵם באמצעות פונדקאות?

29. על רקע מורכב זה שהיצגנו - רקע חברתי ורקע משפטי - נשאלת מעצמה שאלה: מה טעם ראה המחוקק להבדיל - לעניין פונדקאות - בין אישה שיש לה בן-זוג לבין אישה שאין לה בן-זוג, ובעוד שלראשונה מאפשר ומתיר הוא להיות אֵם על דרך של פונדקאות, על האחרונה אוסר הוא זאת? אֵם יכולה אישה להרות כדרך הטבע לרצונה, בין אם יש לה בן-זוג (קבוע) ובין אם אין לה בן-זוג (קבוע); אם לאחר לידה, ועל-פי דין, נכונה המדינה לעזור בממון לאֵם חד-

הורית באשר אם חד-הורית היא; ואם זכאית היא אישה, כל אישה, לקבל עזרה להפרייה חוץ-גופית; מה טעם ראה המחוקק לטוב לפניו לשלול זכותה של אישה יחידה להרות באמצעות פונדקאות? הבה ניפנה עתה לטעמים שהמדינה העלתה לפנינו, טעמים האמורים להצדיק הפלייתה לרעה של אישה יחידה ביחס לאישה שיש לה בן-זוג.

אין לאישה "זכות" לפונדקאות - הזכות להורות

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

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

טענה זו נתקשיתי לרדת לעומקה. ראשית לכל, הדין החרות - כיום חוק הפונדקאות - הוא הקובע כי רק בהתקיים תנאים אלה-ואלה ניתן יהיה להיזקק לתהליך של פונדקאות. לולא קביעתו של הדין החרות, אפשר יכולה היתה כל אישה - כך ניתן להניח - לרצונה ולרצונה של פונדקאית, להיזקק לתהליך של פונדקאות. האיסור על קיומו של תהליך פונדקאות אלא בתנאים אלה-ואלה, מן החוק המפורש הוא בא, ועל-כן נצפה - מבחינת המהות - כי תכלית החוק תשמיענו מה טעם אוסר החוק על תהליך פונדקאות בנסיבות שהוא אוסר עליו. האיסור מן החוק הוא הנדרש להסבר ולהצדק; האיסור הוא הנדרש להצדק ולא "זכותה", של אישה. שנית, אין ספק כי טיעון של "זכות" מן הדין טיעון הוא שלא במקומו, בוודאי לאחר חוק הפונדקאות

המסדיר כפי שהוא מסדיר את נושא הפונדקאות. ואילו לפני היות החוק (והתקנות שקדמו לו), ומשלא חל איסור על פונדקאות, יכול הטוען לטעון כי היתה לה לאישה, לכל אישה, "זכות" לפונדקאות. בין כך ובין כך, טיעון הזכות לפונדקאות טיעון הוא שלא לעניין. ואולם עיקר הוא, כי ה"זכות" שאנו מדברים בה - הזכות להורות - זכות היא שבאה אלינו מן הטבע; בזכות זו מדברים אנו ולא בזכות לפונדקאות מן החוק.

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

31. ואולם לא בכל אלה עיקר. עיקר הוא במשאת-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבוער בנפשה של אישה ואיננו אָפֵל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם. אמרה על-כך השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661, 680:

דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה וחיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשונים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פריה

ורביה הוא מצווה דתית מן התורה ... זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט.

ובדבריו של שיפמן, שם, 151 :

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

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

עיוני משפט, כ, (תשנ"ו-1996) 197, 200 :

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

בפרשת קרן לב"י נ' בינשטוק (ע"א 1212/91, פ"ד מח(3) 705, 723), דיברנו בהקשר זה על "קיומו של אינסטינקט שבאדם, אותו אינסטינקט של הישרדות ושל המשכיות, אינסטינקט שראשיתו בצורך הדוחק להורות, המשכו בשמירת הורים על ילדיהם בעודם חסרי הגנה (והוא האינסטינקט-שבחיה), המשך-המשכו בדאגת הורים לילדיהם משבגרו, וסופו ברצונם של הורים להיטיב עם ילדיהם לאחר-מות". ראו עוד: ע"א 2061/90 מרצ'לי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802, 811.ג. הוספנו ואמרנו על אותו נושא בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשל נ' פלונית,

פ"ד נ(1) 48, 102 :

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת-קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם תנין (תנים - מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהם" (איכה ד' ג') ... קשר זה חזק הוא מכל-חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה ... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל-המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם.

אכן, פונדקאות כבקשתה של העותרת מבטאת באורח מוחשי אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מיטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות. מי לא יזכור את קריאתה הנואשת של רחל העקרה בקוראה אל יעקב אישה: "הֲבָה לִי בָנִים וְאִם אֵין מִתָּה אֲנִי" (בראשית, ל, א). (וגם לא נשכח את תשובתו הנרגזת והקשה של יעקב (בראשית, ל, ב): "וַיִּחַר-אַף יַעֲקֹב בְּרַחֵל וַיֹּאמֶר הֲתַחַת אֲלֵי הַיָּם אָנֹכִי אֲשֶׁר-מָנַע מִמֶּנִּי פְרִי-קֶטֶן"). קריאה זו, קריאת יצר-הקיום שִׁבְחִי היא, יצר אשר עם בוא היילוד יקיים את "קול הדם" שבין הורים לבין ילדיהם (כדברי מ"מ הנשיא השופט ש' ז' חשין בע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט(2) 791, 799).

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

האדם - בוודאי שאיפתה של אישה; וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה עד שלא תתקשה להתגבר על טענה כטענתה של המדינה.

33. מוסיפה המדינה ומבקשת היא ללמוד היקש מהליך של אימוץ לתהליך של פונדקאות. לטענתה, כשם שעל דרך הכלל "אין אימוץ אלא על ידי איש ואישה יחד" (סעיף 3 רישה לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981) כן יהא בענייננו אף-הוא, שלא תהא פונדקאות - כהוראת חוק הפונדקאות - אלא על-ידי בני-זוג בלבד. היקש זה אינו מקובל עלינו (גם אם נתעלם מן החריגים לכלל הקבוע בסעיף 3 רישה לחוק אימוץ ילדים). ראשית לכל, הוראה זו שבחוק האימוץ - הוראה המלווה אותנו מאז חוק אימוץ ילדים תש"ך-1960 - ספק רב בעיניי אם הוראה ראויה היא עד שנעלה אותה בדרגה ונעשה אותה נורמה להיקש. אכן, זה הדין באימוץ - שאין אימוץ אלא על ידי איש ואישה יחד - ואולם עד שנבקש ללמוד היקש מדין האימוץ - במילים אחרות: עד שנעשה להרחבת תחום פרישתה של הנורמה שבחוק האימוץ באמצעות הליך של היקש - ראוי לנו שנשוכנע כי הוראת חוק האימוץ הוראה ראויה היא (מבחינה חברתית, מוסרית, וכו'). כשאני לעצמי, אין אני משוכנע כלל ועיקר בהיותה של הוראת חוק האימוץ הוראה ראויה לימינו ולמקומנו, וממילא ספק בליבי אם ראויה היא לשמש דגם להיקש. זאת ועוד. אכן כן: הליך של אימוץ, כמוהו כתהליך של פונדקאות, כזה כן זה השניים נועדו לקיים ולספק את צורך ההורות, ובשני התהליכים מעורבות הרשויות בדרך זו או אחרת. ואולם, תהליך הפונדקאות - שלא כאימוץ - קרוב במאוד להורות טבעית ומשתלשל הוא במישרין מן ההורות הטבעית המבטאת את האוטונומיה של היחיד. לענייננו-שלנו נסתפק באומרנו כי אישה יכולה להרות וללדת אך לרצונה ובלא בן-זוג - כך, למשל, בהפריה חוץ גופית - ונדע את ההבדל בין אימוץ לבין פונדקאות. אמר על-כך שיפמן (שם, 151):

דומה שרוב שיקולי ההתערבות בחלוקת ילדים באימוץ אינם תופסים לגבי הטכניקות החדישות של ההולדה. לא מדובר כאן במחסור בילדים, ואף לא מדובר ברצון להבטיח את טובתו האופטימלית של ילד שכבר נולד. מדובר בתכנון הבאתו של ילד לעולם, דבר הקרוב להולדה טבעית. אכן, הפעם יש לחברה, אולי, יותר

יכולת אפקטיבית להתערב מאשר בהולדה הטבעית, נוכח הצורך במעורבותם של אנשים אחרים, במיוחד רופאים. אבל האם יש הצדקה להתערבות על ידי הטלת הגבלות על היזקקות לטכנולוגיות החדשות של ההולדה? שיקול כבד-משקל לשלילת התערבות החברה הוא הרצון שלא לפגוע בציפיותיהם של אנשים המבקשים להביא ילדים לעולם, בבחינת "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי". (ההדגשות במקור - מ' ח')

ההבדל שבין הליך האימוץ לבין תהליך הפונדקאות שולל היקש מראשון לאחרון. וגם

אם אמרנו כי לא יהיה אימוץ אלא על-ידי זוג, לא כן בפונדקאות.

34. ועוד טוענת המדינה כך: זכות להורות אכן זכות היא, אך אין לגזור מזכות להורות זכות לפונדקאות. טעם הדבר הוא, שזכות להורות כדרך הטבע פירושה אך איסור על המדינה להתערב בחיי היחיד וברצונו האוטונומי, ואילו זכות לפונדקאות משמיעה כמו-מעצמה חובה המוטלת על החברה לסייע ליחיד לממש את הצורך המפעם בו להורות. גם טענה זו לא נקבל. אכן, הזכות להורות זכות היא מסוג של חירות - זכות היא שאין חובה בצידה המוטלת על הזולת - בעוד שפונדקאות מחייבת מעורבותם של צדדים שלישיים. וכאמור בדו"ח ועדת אלוני (בפיסקה 5 של המבוא): "... מקובל, בארה"ב, שהרחבת הזכות [ללדת] לטכנולוגיות פוריות איננה מחייבת את החברה בכיסוי עלויות והוצאות, כשם שאיננה מחייבת רופא או טכנאי לבצע את הפרוצדורה. ההסבר מקובל הוא שהזכות [ללדת] הינה בעלת אופי נגיטיבי - בכוחה למנוע הפרעה להעמדת צאצאים, ולא פוזיטיבי - להטיל התחייבות על גורם אחר כדי לסייע בהעמדת צאצאים." ואולם נפלא ממני כיצד אוצל הבדל זה על ענייננו. ענייננו עתה אין הוא בהטלת חובות כלשהן על המדינה (או על צד שלישי כלשהו) אלא בבקשת העותרת כי לא ייאסר עליה להחל בתהליך של פונדקאות. איסור שהמדינה מטילה עליה להידרש לתהליך של פונדקאות, כך טוענת העותרת, הוא-הוא הפוגע בזכותה להורות, ותשובתה של המדינה הנסמכת על ההבחנה שבין זכות-חופש לבין זכות שבצידה חובה ממילא לאו תשובה היא.

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

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

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

ובסעיף 53 לאותם סיכומים:

... [כחלק מן הניסיון להבטיח את טובת הילד שיוולד כתוצאה מהליך הפונדקאות, קבע החוק כי ההליך צריך להתבצע על ידי "הורים מיועדים" - איש ואישה שהם בני זוג. ההגדרה שנקבעה בחוק לגבי "הורים מיועדים" לא נקבעה "יש מאין". היא מבוססת על הסכמות חברתית רחבות בדומה להסדר שנקבע בנוגע לאימוץ. בהתאם להן נקבעה הגדרת התא המשפחתי שיבטיח, במידת האפשר, את הצלחת הליך הפונדקאות ואת טובת הילד שיוולד במסגרתו.

ושוב (בסעיף 75 לסיכומים):

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

ובסעיף 76:

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

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

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

לא נכחד, כמובן, כי ערכים כערך השוויון וככבוד האדם, תוכנם ותחומי התפרשותם ייקבעו, בין השאר, על-פי התפישות המקובלות בחברה. ראו והשוו: בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' יונתן דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 777-778, 779 ועוד (מפי השופטת דורנר). בתחילת-כל-התחילות ובסוף-כל-הסופות, כולנו חיים אנו באטמוספירה חברתית מסויימת, והשקפות המקובלות בחברה תחדורנה על דרך האוסמוזה החברתית אל גופנו ואל תודעתנו ותיקלטנה בנו. ואולם, חלילה לנו מערב מציאות בערכים. ואמנם, המיבחן הקובע חובת שוויון - וכמותו האיסור על הפלייה - מעיקרם נוצרו ומתקיימים הם, כזה כן זה, דווקא כדי להילחם ב"תפיסות חברתיות מקובלות". כן היא הפלייה מחמת גזע, כן היא הפלייה מחמת מין, כן היא הפלייה מחמת נטיה מינית, כן היא הפלייה מטעמים אחרים אף-הם. כל מעשי הפלייה מאלה שהיזכרנו מקורם ב"תפיסות חברתיות מקובלות": תפיסה חברתית כי בן גזע אחד נחות מבן גזע אחר; כי נשים אינן כשירות לבצע לעשות פעילויות כגברים; כי אנשים בני גיל מסויים אינם כשירים למקצועות מסויימים וכו'. אכן, לשירות "תפיסות חברתיות מקובלות" - מקובלות אך פסולות - נועדו חוקים אלה ואחרים, ובית-המשפט, בצד המחוקק, יעמוד על המישמר ויעשה להנחיל לבני-החברה ערכי שוויון הבונים עצמם על כישוריו של היחיד ולא על סטֶרֶאוטיפ שדבק בקבוצה שפלוני נמנה עם חבריה. על המאבק ב"תפיסות חברתיות מקובלות" עמדנו בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, ואלה דברים אמרנו, בין השאר, על תפיסות חברתיות מקובלות (שם, 659-660):

הפלייתה של האישה לרעה הינה רעה חולה המלווה את החברה מימי-קדם, מאות ואלפים בשנים. הפלייה מתמשכת זו יצרה אורחות-חיים ואורחות-מחשבה מסויימות, ואלו העמיקו שורש עד שלעיתים דומה - על דרך ההפלגה - כי יצרו מעין-מוטציה במערכת הגנטית שלנו. מכל מקום, כולנו ידענו כי אורחות אלו לא ניתן לשרשן מבוקר עד ערב. יתר-על-כן: התמשכותה של הפלייה שנים כה רבות יצרה שכבות של הפליה - זו על-גבי זו - וכך נתגבשה והלכה הפלייה מצטברת, הפליה שלבשה מחלצות של מעין-סטטוס. למשל: פשיטא שאשה אינה יכולה למלא תפקיד בצוות-אוויר בחיל האוויר [בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94]; פשיטא שאשה אינה מתאימה לשמש כחברה במועצה דתית [בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני

דתות, פ"ד מב (2) 221]; פשיטא שאשה אינה מתאימה להימנות עם האסיפה הבוחרת ברב עיר [בג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב(2) 309]; פשיטא שאשה אמורה לצאת לגימלאות בגיל 60 בעוד אשר גבר יכול שיצא לגימלאות בגיל 65 [בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749]; פשיטא שאשה אינה מתאימה "לעבוד אחרי השעה 16:00" [דב"ע נו/ 3-129 שרון פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע ל"ג 481]; פשיטא שמסלול ההתקדמות של דיילת-אוויר אינו מגיע - כמסלול ההתקדמות של דייל-אוויר - עד לדרגת כלכל אלא פחות מכך [דב"ע לג/ 3-25 ועד אנשי צוות דיילי אוויר - עדנה חזין, פד"ע ד 365]; פשיטא שזכותה של אשה להצביע באסיפות של אגודה-שיתופית-מושב נחותה מזכותו של אישה [ע"א 84/64 בית חנניה בע"מ נ' פרידמן, פ"ד יח(3) 20]; פשיטא שאשה אינה יכולה להיות "ראש משפחה" במושב; לקבל "זכות עבודה" הכרוכה בכך; וכי זכות זו "שמורה אך-ורק לגברים" [ע"א 89/85 בית חירות - מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' גלזמן, פ"ד מא(3) 526]; ועוד ועוד.

ראו עוד: פרשת דנילוביץ, 762 (מפי הנשיא ברק).

37. כך באותם עניינים, כך בענייננו-שלנו אף-הוא. "התפיסה החברתית המקובלת", ולפיה אם חד-הורית - אך כאשר חד-הורית היא, ובלא לתת את הדעת למצבה הכלכלי והחברתי, לסגולותיה האישיות ולמערך הפסיכולוגי של אישיותה - אינה יכולה להבטיח טובתו של ילד כנדרש עד שראויה היא בקשתה לאישור תהליך של פונדקאות כי תידחה על הסף - תפיסה היא שהדעת לא תוכל לשאת. בימים שמכבר אפשר היו הדברים אחרת. באותם ימים, ועל רקע מקומה ומעמדה של אישה יחידה בחברה - לרבות קשייה של אישה יחידה לקיים בכוחותיה את עצמה ולא-כל-שכן לקיים ילד שתלד או שתבקש לאמץ לה - תפיסה חברתית שהמדינה טוענת לה אפשר היתה תפיסה נסבלת. על רקע חברתי של אותם ימים רק נשים חריגות או נשים משוליי החברה העזו להרות וללדת ילדים בלא בן-זוג ללוותן. ואולם כולנו ידענו אלו שינויים כבירים עברו על החברה ומה מעמדה של האישה בחברה בת-ימינו, למיצער במיגזרים מסויימים של החברה. אכן, השתנו המינהגות, נשתנה מעמדה של האישה החברה, נשתנו התפיסות

החברתיות, השתנה גם הדין. כיום יכולה אישה לפרנס עצמה, אף לתמוך במשפחה בכבוד, גם באין בן-זוג לצידה. גם הסטיגמה החברתית שדבקה בעבר באישה המגדלת ילד באין בן-זוג לצידה, גם סטיגמה זו חלפה, אם לא מכל מיגזרי החברה למיצער ממיגזרי חברה מסויימים. וכפי שראינו, לא זו בלבד שתופעת האם החד-הורית הפכה תופעה מקובלת במקומותינו, אלא שהמחוקק אף בא לעזרתה בדרכים מדרכים שונות. נזכיר ונזכור, כי אישה בלא בן-זוג יכולה לעבור תהליך של הפרייה חוץ-גופית כמוה כאישה נשואה. על רקע כל אלה, ובהיווכחנו לדעת כי אין הוא נשען על יסודות מוצקים וראויים, נדחה את טיעונה של המדינה ככל שנשמך הוא על "תפיסה חברתית מקובלת".

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

לא זו בלבד שלא שמענו מפי המדינה חיזוק של-ממש לטענה כי התמודדות של אִם מיועדת יחידה עם פונדקאית קשה מהתמודדות של בני-זוג הורים מיועדים עם פונדקאית, אלא שרואים אנו את הטענה, מעיקרה, כטענה תיאורטית גרידא ועל-כן לא נאריך בה. מכל מקום, גם

לו היה ממש במיקצתה, לדעתנו אין הטענה אוצרת כוח כדי להצדיק דחייה על-הסף של בקשת אישה בלא בן-זוג להיותה אִם מיועדת.

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

לא נוכל אלא להסכים כי מבחינה פסיכולוגית קשה לו לאדם בן-ימינו להסתגל למחשבה כי ילד יגיח מרחמה של פנינה, אך כבר מלידה חנה היא שתהא אימו. ובכל זאת, הנה הוא חוק הפונדקאות המונח נגד עינינו, והשאלה היא אם בגופו צודק הוא החוק במונעו עזרת פונדקאות מאישה בלא בן-זוג. על שאלה זו, בנוסחה זה המצומצם, אומרים אנו, שלכאורה לא יהיה זה לא נכון ולא ראוי לקבוע - ומראש - כי אישה באין בן-זוג לא תזכה לעולם, ובכל נסיבות שהן, להיותה אִם מיועדת בהסכם פונדקאות.

ודוק: לא אמרנו כי בקשתה של אישה באין בן-זוג תזכה לאישורו של הסכם פונדקאות כמו המדובר הוא בבקשה של בני-זוג. כלל-וכלל לא כך. העובדה כי הבקשה בקשתה היא של

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

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

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

41. זאת ועוד: ענייננו נסוב על אישה פגועה, אישה שאינה יכולה להרות מטעמים אנטומיים או פיסיוולוגיים. והנה, לפנינה - אישה פגועה שיש לה בן-זוג - נוטה חוק הפונדקאות חסד ומאפשר הוא לה להיות אָם מיועדת, ואילו לחנה - אף היא אישה פגועה - אין חוק הפונדקאות מאפשר להיות אָם מיועדת אך באשר אין לה בן-זוג. אם תמצא לה בן-זוג תוכל חנה להיות אָם מיועדת, אך עתה, שאין לה בן-זוג, יימנע ממנה תהליך הפונדקאות. אלא שהשוואה זו - השוואה בין איש ואישה שהם בני-זוג לבין אישה שאין לה בן-זוג - אינה ההשוואה היחידה שלעניין. ניתן - אף ראוי - להשוות בין חנה הפגועה לבין לאה, שאף היא אישה יחידה אך אין

היא אישה פגועה. לאה תוכל להרות לרצונה ולהקים משפחה חד-הורית, ואיש אינו רשאי למנוע אותה מעשות כן. זאת ועוד: רחל אף-היא יכולה שתהיה אישה פגועה (פגיעה מסוגים מסויימים) והמדינה תעזור לה בכל-זאת להרות ולהקים משפחה חד-הורית כהוראות תקנות ההפריה. על רקע כל אלה, קיפוחה של חנה - ביחס לפנינה, ללאה ולרחל - נראה בעינינו - שוב, לכאורה - קיפוח בלתי נסבל ונעדר הצדק.

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

42. סוף דבר: חוק הפונדקאות קובע כי רק "איש ואישה שהם בני זוג" יכולים שיהיו "הורים מיועדים"; ועל דרך השלילה: אישה שאין לה בן-זוג אינה כשירה ואינה זכאית על-פי החוק להיות אם מיועדת, דהיינו: לכרות כאם מיועדת הסכם פונדקאות עם פונדקאית. מנינו

אחד לאחד את טעמי המדינה להצדקת קביעתו זו של חוק הפונדקאות, ונמצא לנו כי אין אף באחד מאותם טעמים כדי להצדיק שלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג. מסקנתנו היא אפוא זו, ששלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג שקולה, לכאורה, כנגד הפלייתה לרעה של אותה אישה, הפלייה שאין לכאורה הצדק בצידה.

הגורם הבין-זמני בחוק הפונדקאות

43. מניחים אנו עתה כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה אישה יחידה ביחס לאיש ואישה שהם בני-זוג. על רקע זה מוסיפה המדינה וכך היא טוענת: גם אם אמרנו כי חוק הפונדקאות מפלה לרעה, לכאורה, אישה יחידה, גם-אז אין הצדק כי בית-המשפט יאמר את דברו לעת הזו באורח נחרץ, וכי ימשיך בדרכו לבחון סעד שיעניק לעותרת. עקרון השוויון ואיסור ההפלייה, עיקרון רם ונישא ככל שהוא, אינו חזות פני-כל. אין הוא עקרון-קסם שדבר לא יעמוד בפניו. יש, לעיתים, שיתייצב צורך למתנו ולרככו לעת מיפגש עם ערכים ואינטרסים בני-מעלה אחרים. ראו והשוו: פרשת דנילוביץ, שם, 760; בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4) 94, 135; בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל קווי אויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 213. השאלה היא אפוא, האם ימצא לנו ערך או אינטרס נוגדים שיש בכוחם לגבור על אותה הפלייה-לכאורה שחוק הפונדקאות מורה אותנו עליה?

44. לעניין זה מעלה המדינה כמה-וכמה שיקולים הנארגים יחדיו למסכת אחת. ראשית לכול, כך טוענת המדינה, חוק הפונדקאות חוק ייחודי הוא בעולם, בבקשו להסדיר באורח כולל תופעה חדשנית ומורכבת. החוק נסוב על נושאים רגישים עד-למאוד ומעלה הוא סוגיות וחששות לא-מעטים. נושא הפונדקאות טרם נצבר בו ניסיון, ואף לא נתקשה לחזות בעיות קשות העולות להתייצב על דרכנו במהלך השנים, בעיות אשר לא בנקל ימצאו להן פתרונות. טובת הציבור היא אפוא זו, שנותיר את הסדר החוק על כנו - למיצער עד אשר ייצבר ניסיון בנושא

הפונדקאות - שכן כך, ורק כך, תתאפשר בחינה נכונה של הנושא בכללו. אם אלה דברים ייאמרו על דרך הכלל, קל-וחומר שעה שמתבקשים אנו להתערב בחוק של הכנסת, לא עוד אלא בחוק שנחקק בהסתמך על דו"ח של ועדה ציבורית מיקצועית. המסקנה הנדרשת מכל אלה היא, כך טוענת המדינה, שאף לו לבית-המשפט להתערב במעשה המחוקק ולו משום שהנסתר מעינינו רב הוא.

45. טענה זו של המדינה הדריכה את מנוחתי לא-מעט. אכן, הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו, והשלכותיה על חיי האדם - במישור הבריאות, הרגש, החברה, הדת והמשפט - רב בהן הנסתר על הנגלה. תהליך הפונדקאות נכרכות בו סוגיות אנושיות סבוכות וקשות. כך מבחינת הנוגעים בדבר - כל אחד מהם לעצמו - וכך מבחינת מבחינת יחסיהם של הכול ביניהם- לבין-עצמם: כך הוא באשר להורים המיועדים, שניהם יחדיו וכל אחד מהם לעצמו; כך הוא באשר לאם הנושאת; כך באשר ליילוד לעת שיעמוד על דעתו; כך הוא באשר לילדים טבעיים שיש לבני-הזוג או לפונדקאית. כך הוא, כמובן, באשר לחברה ולמדינה. ועדת אלוני - על דעת הרוב ודעות המיעוט הנפרדות שבה - עמדה על סוגיות אלו, ולא לנו להעמיק עתה בהן. ראו עוד, למשל: Anita Stuhmcke, "For The Love of Money, The Legal Regulation of Surrogate Motherhood", Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol 2, no 3 (December 1995); כרמל שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האישה בחברה ובמשפט (בעריכת פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי, ירושלים ותל-אביב, תשנ"ה-1995) 503, 526-532; שיפמן, שם, 131 ואילך; א' בן-דרור, אימוץ ופונדקאות (תשנ"ד-1994) 265-268; מ' שמגר, "סוגיות בנושא הפרייה ולידה", הפרקליט ל"ט (תש"ן-1990) 21, 41-42; אלי וילצ'יק, "האם התחליפית", משפטים י"ז (תשמ"ח-1987) 534.

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

נורווגיה, שוודיה, קנדה וחלק ממדינות ארה"ב. בריטניה לא אסרה על פונדקאות אך אסרה על תיווך, ישיר או עקיף, בין הורים מיועדים לבין פונדקאית, והוסיפה וקבעה כי הסכמי פונדקאות אינם אכיפים. גם בדנמרק לא נאסרה פונדקאות, אך נקבע בה כי הסכם פונדקאות אינו הסכם תקף או אכיף. מדינות רבות בעולם - בהן הדין הפדרלי בארה"ב - אינם מסדירים כלל את נושא הפונדקאות. בקפריסין אין איסור על פונדקאות. מדינות אחרות, בהן אוסטרליה, הונגריה וחלק ממדינות ארה"ב (אחת מהן היא קליפורניה) התירו פונדקאות בתנאים מגבילים. לכל אלה ועוד, ראו: **בן-דרור, 429 ואילך**; Diederika Pretorius, *Surrogate Motherhood - A WorldWide View of The Issues*, (Illinois, U.S.A, 1994), 14 ff.; Council of Europe, *Medically Assisted Procreation and The Protection of The Human Embryo - Comparative Study of The Situation In 39 States* (Strasburg, 1998).

46. ועוד זאת: עיון ברקע שלחוק הפונדקאות - החל בוועדת אלוני, המשך בהצעת החוק ובדברי ההסבר, ועד לדיונים שהיו בכנסת ובוועדת העבודה והרווחה - ילמדנו, כי עניינה של האישה היחידה המבקשת להפוך אם תוך היעזרות בתהליך של פונדקאות נזכר, אמנם - זעיר-שם זעיר-שם, כמעט בהיחבא - כנושא שהחוק המיועד לא נועד להסדירו, ואולם לא נמצא לנו כי שאלה טורדת זו של אישה יחידה נבחנה באורח ממשי, במפורש ובמפורט. ראו, למשל: מיסמך עמדה שהוגש בידי האגודה לזכויות האזרח בישראל לוועדת העבודה והרווחה של הכנסת לקראת ישיבתה ביום 26.12.1995; דבריו של עורך-דין מני מזוז, מישנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), בישיבתה של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום 26.12.1995; דבריה של עורכת-דין הדס תגרי, נציגת האגודה לזכויות האזרח בישראל, בישיבתה הנ"ל של ועדת העבודה והרווחה; דבריה של חברת הכנסת יעל דיין לעת הדיון בקריאות השניה והשלישית של החוק: "דברי הכנסת" מישיבתה של הכנסת ביום 7.3.1996, בעמ' 4979. דובר - ובאריכות דובר - אך בבני-זוג המצויים במצוקה בשל היותם חשוכי-ילדים (ראו מיקצת דברים שהבאנו בפסקה 17 לעיל) ולבני-זוג אלה ביקשו הדוברים למצוא מזור. ואמנם, כפי שאמרנו במקום אחר (ראו בפסקה 19), אין בחוק הפונדקאות לקונה משפטית ולו משום שהחוק קובע בגופו

מפורשות כי פונדקאות בישראל לא תהיה אלא לפי הוראות החוק בלבד. ואולם גם זו אמת, שזכותה של אישה יחידה להיזקק להליכי פונדקאות לא נדונה ממש לגופה לקראת חקיקת החוק.

47. יתר-על-כן: הגם שעניינה של האישה היחידה מעלה את הקשה שבמקרים, לא נוכל להתעלם גם ממעמדו של הגבר הבודד. ואמנם, לטענת העותרת זכאי גם גבר בודד להיות "אב מיועד". להצעתה, שומה על בית-המשפט להתערב בהגדרת "הורים מיועדים" שבחוק הפונדקאות, ותחת ההגדרה כיום - ולפיה "הורים מיועדים" הם "איש ואישה שהם בני זוג" - להגדיר "הורים מיועדים" כ"איש ואישה שהם בני זוג, או כל אחד מהם אף כשהוא לבדו..." (ההדגשה במקור - מ' ח'). הגדרה זו, על פניה, מרחיבה את מעגל ההורים המיועדים מקבוצה מצומצמת של נשים שאינן יכולות להרות - כעותרת שלפנינו - לקבוצה רבה ועצומה של גברים המבקשים להיות הורים ללא בת-זוג. לא אמרנו - אף לא נאמר - כי פסול ההפלייה הדִבְּק לדעתנו, לכאורה, באישה יחידה שאינה יכולה להרות דִבְּק אף בגבר שאין לו בת-זוג, ולא הבאנו את הדברים אלא כדי להצביע על קשיים נוספים שהעותרת מצביעה עליהם. הוא הדין בזוג גברים המבקשים לעצמם ילד על דרך של פונדקאות.

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

49. דבר אחרון בהקשר ענייננו עתה: דרך העולם היא, שהישגי המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנוהגות בחברה והסדרי-דין הנקבעים בידי המחוקק מעת לעת. לעיתים נוצר פיגור רב בזמן, והחלל הנוצר בין מועד הישגי הטכנולוגיה והמדע לבין מועד הדין יוצר מבוכה בחיי החברה. גם באין פיגור בזמן, לא תמיד ערוכים ומתוקנים הלבבות לספיגה ולעיכול של הישגי המדע והטכנולוגיה. כך על דרך הכלל. קל-וחומר בנושא הפונדקאות, שנימיו הרגישים והאינטימיים ביותר של האדם מעורבים בו. ועוד זאת: מתוך שהמדע והטכנולוגיה צומחים ומתפתחים בדרכם ועל-פי כללים פנימיים משלהם, אין כל כורח אפריורי כי נורמות התנהגות הנקבעות בידי החברה והמחוקק תאמצנה את כל הישגי המדע והטכנולוגיה, בלא כל הבחנה ובלא כל מיגבלות. בבקשנו לרתום את הישגי המדע לטובת האדם, ולהוסיף ולקבוע על-פיהם נורמות התנהגות בחברה, מחוייבים אנו לבחון עצמנו כל העת, היטב-היטב, אם נכון וראוי להִרְיֵק אל תוֹכֵן של נורמות-שבדין כל תגליות שגילה האדם וכל המצאות שהמציא, או מיקצתן של אלו או של אלו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן במקום שהמדובר הוא בהישגי המדע והטכנולוגיה בתחום מדעי-החיים. נכונותם של דברים אלה מוכחת בעליל בתיתנו דעתנו לפיתרונות השונים והמגוונים שאימצו לעצמן מדינות שונות בנושא הפונדקאות: החל באיסור על הפונדקאות, המשך בהסדרים בהגבלות וכלה בהיעדר כל הסדר. נוסף, כי היעדר כל הסדר עשוי להיות שקול כנגד היתר כמעט ללא הגבלה או כנגד היפוכו: איסור כמעט ללא הגבלה.

50. על רקע כל אלה, כך יכול הטוען לטעון, דומה כי הכרעה מיידית בעניינה של העותרת תהא הכרעה שלא במקומה. אכן, לכאורה מופלית היא העותרת לרעה - בהשוואה בינה לבין איש ואישה שהם בני-זוג ובהשוואה בינה לבין אישה בריאה היכולה והרשאית להרות וללדת באין הגבלה. ואולם גם בהכירנו בקיומה של הפלייה אין להסיק מכאן כמסקנה נדרשת מאליה, כביכול, כי שומה עלינו להתערב לאלתר בחוק הפונדקאות. לא נשכח כי מעיקרו יועד החוק בידי היוזמים למצוא תקנה לכשלושים זוגות שלא עלה בידיהם להביא צאצא לעולם. אותם

שלושים זוגות הם שהיתדפקו על דלתות המחוקק, ולהם – דווקא להם – ביקש המחוקק, בראש ובראשונה, למצוא תקנה. ביקש למצוא תקנה – ועלתה בידו. עוד נזכור, כי מדברים אנו בסוגייה חדשה וסבוכה, סוגיה שרב בה הנסתר וטרם נתנסינו בה לעומקה, והרי ידענו כי גם מסע ארוך – בייחוד אל הלא-נודע – תחילתו מיצער. בנסיבות אלו כולן, התפתחות בהדרגה, עקב-בצד-אגודל, התפתחות מידתית, יכולה שתהיה התפתחות ראויה; בוודאי עשויה היא להוות הכרח-לא-יגונה. בתינו דעתנו לחידושה ולסביכותה של סוגיית הפונדקאות; בהיותנו מודעים לכך שהמדובר הוא בהתערבות בחקיקה של הכנסת; ובידענו כי עניינה של האישה היחידה לא נדון לעומקו עד-כה, דומה שלא יהא זה ראוי כי נכריע מיידית וסופית בעניינה של העותרת.

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

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

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

אשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נאמר כך: גם אם קבענו כי הפלייתן של נשים יחידות פוגעת בזכות יסוד - בין אם אמרנו כי ההפליה עצמה פוגעת בזכות יסוד לשוויון ובין אם אמרנו כי ההפליה בענייננו פוגעת בכבוד האדם - הפגיעה פגיעה מידתית היא, פגיעה היא העומדת בתנאיה של פיסקת ההגבלה. תופעת הפונדקאות תופעה חדשה היא בעולמנו וכורכת היא בעקביה שאלות קשות מתחום המוסר, החברה, הדת ועוד. אכן, כך הוא במקום שהאדם

שולח ידו ומנסה לשנות מסידרי בראשית בחיי האדם, ואין פלא בדבר שנמצאו מדינות אשר אסרו על פונדקאות מכל-וכל. יתר-על-כן: דרך הטבע היא שבהיכנסנו למים שאין אנו יודעים מה עומקם ואלו חיות-מים שורצות בהם, נטבול גופנו במים זהיר-זהיר. וכך, פתחנו בזוגות חשוכי-הילדים - אלה ראשונים שמצוקתם עלתה לפני המחוקק - ואמרנו ננסה, נבחן ונלמד. אין רע בניסיון, אלא שניסיון על-פי עצם טיבו אינו מסתיים מבוקר עד ערב. בחלוף זמן, ולאחר צבירת ידע וניסיון, יהיה מקום לבחון מחדש את הנושא, ואולם כהיום הזה דומה בעינינו שהפגיעה – ככל שיש פגיעה – פגיעה היא העומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.

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

55. בכפוף לאמור בפסקה 52 לעיל אציע לחברתי ולחברי כי נבטל את הצו על תנאי באין צו להוצאות.

ש ו פ ט

שׁוֹפֵט ת

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

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

2. על מנת להבין את הימנעותנו מלהיענות לעתירה, יש לתת את הדעת למורכבותו של נושא הפונדקאות, לקונטרוברסליות בהתייחסות אליו בארץ ובעולם ולפתרונות השונים שניתנו בארצות שונות לבעייתיות שהוא מעורר. בהקשר זה ראוי לציין, כי מדינת ישראל היא אחת הבודדות שנתנה גושפנקא בחקיקה למוסד הפונדקאות, שהוסדר בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: החוק).

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

3. בנושא הפונדקאות פורסמו מחקרים רבים, העומדים על השאלות המשפטיות, החברתיות, הערכיות והפילוסופיות הכרוכות בה. היחס למוסד זה שנוי במחלוקת בקרב מלומדים, מחוקקים ובתי-משפט בארץ ובעולם. המצדדים בפונדקאות רואים בה אמצעי

E. Jackson *Regulating Reproduction: Law, Technology and Autonomy* (Oxford, 2001), 293 (להלן: Jackson). היא נתפסת כהושטת יד של החברה לחשוכי-ילדים על-ידי העמדה לרשותם את הישגי הביוטכנולוגיה (Jackson, 8). היא נתפסת כהגשמת האוטונומיה של הפרט בקבלת החלטות בנושאי משפחה, התעברות, הריון ולידה (ראו כ' שלו "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית" המשפט ג' (תשנ"ו) 53, 54). המצדדים במוסד הפונדקאות, מדגישים כי הפונדקאות עולה בקנה אחד עם זכות היסוד של אדם לחירות, עם ההכרה בזכותו לפרטיות, עם ההכרה בחירות בחירתו ובזכות היסוד של האדם לכבוד. מיסוד הבאת ילדים לעולם בדרך זו, מבטא את הסובלנות של החברה כלפי גיוון מבנה התא המשפחתי וזוכה בלגיטימציה רק בחברות המוכנות להכיר בגיוון ובחופש בחירה אישי ביצירתן של משפחות. (ראו J. L. Dolgin *Defining the Family: Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age* (New York, 1997) 66).

4. המתנגדים לפונדקאות חוששים מפני ערעור המודל המשפחתי המסורתי. הם מדגישים את האנומליה שבפיצול תפקידה המסורתי של האם בין מספר "אמהות": אם מיועדת, אם גנטית ואם ביולוגית. דוגמא לאפשרות לערעור המוחלט של המודל המשפחתי המסורתי, הטמונה בפונדקאות, הוא מקרה שנדון בקליפורניה, שם לא הוסדר מוסד הפונדקאות בחוק ובית המשפט נדרש למקרים פרטניים הבאים בפניו. באותו מקרה עמדו על הפרק חמישה "הורים פוטנציאליים" לילד שנולד בתהליך פונדקאות: האב והאם המיועדים, תורם זרע ותורמת ביצית אנונימיים והאם הפונדקאית. בית-המשפט, שנדרש להכריע מיהם הורי הילד, קבע כי ההורים המיועדים הם הוריו (1998) 4th 1410 Cal. App. *In re the Marriage of Buzzanca*, 61).

המתנגדים לפונדקאות חוששים כי הילד ייפגע פסיכולוגית מהמצב שיוצרת הפונדקאות (ראו M. Warnock *A Question of Life: the Warnock Report on Human Fertilization and Embriology* (Oxford, 1985), xii). הם שוללים את הפיכת האישה ל"רחם להשכיר" ורואים בחשש את ניצולן של נשים הנתונות בקשיים כלכליים כפונדקאיות בתשלום (ראו J.

Raymond *Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over* 81 (New York, 1993) *Women's Freedom*. כמו כן מציינים הם כי בהסכמת האם הנושאת ללדת ילד על-מנת למסרו לאחרים, אין לראות הסכמה הניתנת מתוך "רצון חפשי", במיוחד כאשר קיים תמריץ כספי לכך (ראו בפסק-הדין האמריקני *In the Matter of Baby M*, 109 N.J. (1988) 396, בעמ' 425, וכן K. Pollitt *Reasonable Creatures: Essays on Women and* (New York, 1995) 73-4 *Feminism*). עוד טוענים הם כי שימוש בשירותיה של פונדקאית פוגע בעקרון לפיו על האדם להיות מטרה בפני עצמה ולא אמצעי להשגת מטרה של אחר (לעמדה זו ראו: H. T. Krimmel "Surrogate Mother Arrangements from the Perspective of the Child" *The Ethics of Reproductive Technology* (New York, Kenneth D. Alpern ed., 1992) 57, at 58). לדידם, קיים חשש כי תפיסת היילוד כאמצעי להגשמת מטרותיהם של אחרים, עלולה להוליך למצב בו ההורים המיועדים יסרבו לקבל ילד הסובל מנכות או פיגור (ראו למשל, A. Stuhmcke "For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood" 2(3) *Murdoch University Electronic Journal of Law* (December 1995), (para. 4.4.1).

5. על כל ההסתייגויות הנ"ל ניתנות תשובות על-ידי המצדדים במוסד הפונדקאות. אלה סבורים כי אין מקום לראות בפונדקאית "רחם להשכיר". הם רואים ביחסם של המתנגדים לפונדקאות, כלפי הפונדקאית וכלפי זכותה לתגמול, יחס פטרנליסטי בלתי-ראוי (ראו בפסק-דינו של בית-המשפט העליון של קליפורניה בפרשת *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993) 97; וכן Jackson, 297-304; C. Shalev "Halakha and Patriarchal Motherhood – an Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", 32(1) *Israel Law Review* (1999) 51 (להלן: Shalev), בעמ' 3-72; כ' שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האשה בחברה ובמשפט (פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי עורכים, תשנ"ה) 503, 531). לטענתם, ההפרדה בין הורה ביולוגי להורה סוציאלי נעשתה נפוצה יותר ויותר במקומותינו. לשיטתם, על רקע תופעה זו ועל-רקע הלגיטימציה הגוברת לתאים משפחתיים אלטרנטיביים לתא המשפחתי

המסורתי קשה להסתייג מהפונדקאות, הבאה להושיע חשוכי-ילדים, בטענה שזו מאיימת על מוסד המשפחה (Jackson, 294). על היבטיה של הפונדקאות קודם לחקיקת החוק ראו גם א' וילצ'יק "האם התחליפית", משפטים י"ז 534; על סוגיות אתיות הכרוכות בפונדקאות, ראו ר' בר, סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית, דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, תשס"ב), עמ' 189.

6. חילוקי-הדעות סביב מוסד הפונדקאות, שמקצתם הובאו לעיל, ממחישים את הקושי בפניו עמד המשפט בארצות שונות בהתייחסותו למוסד הפונדקאות ומסבירים את השוני הרב בין ההסדרים שנקבעו בהן. בדיקת המשפט המשווה מלמדת, כי הגישות נעות בין איסור מוחלט על הפונדקאות לבין אי-התערבות, שמשמעותה התרת הפונדקאות ללא סייג. ברוב מדינות ארצות-הברית, לא הוסדר נושא הפונדקאות בחוק. במספר מדינות נאסרה הפונדקאות בחוק. שש-עשרה מבין המדינות אינן אוסרות על הפונדקאות אולם נמנעות מלאכוף הסכמי פונדקאות. בכמה ממדינות ארצות הברית ההתערבות בהסכם הפונדקאות היא רק בשלב שלאחר הלידה. בחמש ממדינותיה של ארצות הברית קיימים הסדרים חקיקתיים מקיפים של נושא הפונדקאות המכפיפים את תקפו של הסכם פונדקאות לאישור מראש על-ידי בית-המשפט. חלק מאותן מדינות קובעות תניות חובה, החייבות להיכלל בהסכמי פונדקאות. רק באחת מהן מאפשר ההסדר החקיקתי, ככל הנראה, לאישה ללא בן זוג להיעזר בפונדקאות. (ראו R. F. Storow "Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage" 53 *Hastings Law Journal* (2002) 597, at 643, notes 300-303; at 646, note 316). מבין שתי המדינות שקבעו את ההסדרים החקיקתיים המקיפים ביותר בנושא, דורשת אחת (וירג'יניה) כי ההורים המיועדים יהיו נשואים, ואילו השניה (ניו-המפשייר) אינה דורשת זאת. יש מדינות בארצות-הברית הקובעות כי ההורים המיועדים הם הוריו של הילד, מכוח הקשר הגנטי בינם לבינו (ראו, למשל: *Marla Culliton vs. Beth Israel* (2001) 435 Mass. 285). אחרות קובעות כי האם הפונדקאית ובעלה נחשבים להורי הילד, ורק עם מתן צו הורות או צו אימוץ מוחלפים הם על-ידי ההורים

המיועדים. בכולן קיים איסור על פונדקאות מסחרית. איסור זה קיים גם באנגליה, שם הוסדר נושא הפונדקאות בחוק: Surrogacy Arrangements Act 1985. חוק זה קובע כי הפונדקאית שילדה את הילד היא אמו, ועל ההורים המיועדים לעבור הליך משפטי לקבלת צו הורות או הליכי אימוץ. קבלת צו הורות מותנה בתנאים, ביניהם הדרישה כי ההורים המיועדים יהיו נשואים וכי לפחות אחד מבני הזוג יהיה קשור גנטית לילד. נדרש כי האם הפונדקאית ואביו המשפטי של הילד – בעלה – יתנו את הסכמתם לצו כזה. (על הסדרת הפונדקאות במשפט האנגלי ראו Jackson, 264-283).

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

7. בישראל, נתפסת הפונדקאות כדרך לגיטימית להגשמת הזכות להורות. בחוקקו את חוק הפונדקאות שם לו המחוקק כמטרה להדביק את ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום זה, להעמידן לרשות הנזקקים להן ולאפשר על ידי כך לבני אדם החפצים להיות הורים אך אינם מסוגלים להוליד ילדים בדרך הטבע, להגשים את שאפתם. יש הסבורים כי המחוקק עשה כן באשר התרבות הישראלית מעניקה משקל גדול לערך הולדת הילדים, ומעדיפה אותו על חיים ללא ילדים (ראו Shalev, at 52-3, 76; ראו גם S. M. Kahn *Reproducing Jews* (Durham and London, 2000) 140-158). אף שהפונדקאות הוסדרה בחוק נראה כי במפגיע ובמכוון הציב לה המחוקק גבולות ומגבלות. במבוא לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 2456) מתייחס המחוקק להתפתחות הטכנולוגית והמשפטית שהולידה את הצורך להסדיר את נושא הפונדקאות בחוק. עם זאת, מבהיר הוא כי "החוק המוצע בזה בא להתיר הסכמים לנשיאת עוברים בסייגים שונים ובצורה מבוקרת". אחד מסייגים אלה עומד במרכז דיוננו ומגולמת בו דרישה שההורים המיועדים יהיו "איש ואישה שהם בני זוג". כן נכללת בחוק דרישה ש"הזרע המשמש להפריה

חוץ גופית הוא של האב המיועד...". דרישות אלה מוציאות את האישה שאין לה בן זוג מתחולת החוק ושוללות ממנה את האפשרות להיעזר בתהליכי הפונדקאות. נראה כי ההסדר הקבוע בחוק מבטא, מחד, את הלגיטימציה שנותן המחוקק לפונדקאות ואת הכרתו במשקל הרב שמייחסת התרבות הישראלית לשאיפה להורות; מאידך, באות ההשלכות הבעייתיות של תהליך הפונדקאות לידי ביטוי במגבלות ששם החוק על יישומו, בין היתר המגבלה נשוא דיוננו.

8. מסכימה אני עם חברי השופט מ' חשין כי החוק יוצר הפלייה בין אישה שיש לה בן זוג לבין אישה שאין לה כזה. הפלייה זו אינה מתבטאת רק בהבחנה הנעשית בחוק הפונדקאות, אלא גם בהפלייתה לרעה של האישה שאין לה בן זוג הנזקקת לשירותי פונדקאות לעומת זו הנזקקת לשירותי הפריה חוץ גופית, הניתנים לה ללא דרישת קיומו של בן זוג. ההסדר בחוק הוא הסדר מפלה גם אל מול ההסדר בחוק האימוץ, המאפשר חריגים להוראה לפיה "אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד". הפלייה זו תמוהה היא לא רק על רקע של אי השוויון שהיא יוצרת, אלא גם על רקע סובלנותו ופתיחותו של המשפט הישראלי כלפי תאי משפחה בלתי מסורתיים, ביניהם משפחות חד הוריות. אלא שלא ניתן להתעלם מכך שבתשתיתה של הפלייה זו קיים שוני שיש לתת עליו את הדעת. מצבה של אישה שאין לה בן-זוג שלרשותה עומדת ההפריה החוץ-גופית שונה מזה של אישה כזו הנזקקת לשירותי פונדקאות. בהפריה חוץ גופית האם המיועדת היא גם אימו הביולוגית של בנה לעתיד, מה שאין כן בפונדקאות. בזו האחרונה כרוכה חריגה דרמטית יותר מן האימהות הקונוונציונלית מאשר בהפריה חוץ גופית. הפונדקאות יכול ותיצור תרחיש בו יולד ילד לתוך מציאות בה הביציות אינן של האם המגדלת אותו, הזרע הוא של אב אנונימי, האישה שהרתה וילדה אותו אינה אמו הגנטית ואינה מגדלת אותו והוא גדל אצל האם המיועדת, חסרת קשר גנטי או ביולוגי אליו. תרחיש כזה ממחיש את הבעייתיות שבפונדקאות. תהליך הפונדקאות הוא תהליך מורכב, קשה ובעייתי. ההתמודדות עימו אינה קלה להורים המיועדים. עמידה בתהליך זה בשניים, שונה מעמידה בו ביחידות.

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

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

העותרים גורסים כי אם לא ניתן לפרש את החוק כך שיחול גם על אישה ללא בן זוג, על בית המשפט להתערב על ידי פסילת וביטול הוראות החוק המפלגות. על התערבות כזו בחקיקת הכנסת אמר בית משפט זה מפני השופט י' זמיר, שדבריו מקובלים עלי, "אין פירוש הדבר שכל פגיעה של חוק רגיל בשוויון המהותי, קלה כחמורה, תוביל בהכרח לפסילת החוק על ידי בית המשפט. בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים, לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד יהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה... נקודת המוצא בדרכו של בית המשפט לבדוק את חוקיות החוק היא חזקת החוקיות..." (בג"ץ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג, עו"ד נ' יו"ר הכנסת, פרופ' שבח וייס, פ"ד נ(3) 57, 67-68). ובמקום אחר אומר הנשיא ברק, "אכן, מעמדה המיוחד של הכנסת, כפי שהוא מעוגן בחוקי היסוד ובמבנה הדמוקרטיה שלנו, מחייב כי בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיה, בזהירות ובריסון" (בג"ץ 9070/00 ח"כ לימור לבנת נ' ח"כ אמנון רובינשטיין – יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 809). ראו גם בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי ו-10 אח' נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485.

אני סבורה כי מורכבותו של הנושא, החידוש שבו, הבעייתיות שהוא מביא בכנפיו והעדר ניסיון מספיק על מנת לבחון את תוצאות ישומו, מחייבים שבחינתו מחדש ותיקונו ייעשו על ידי הכנסת ולא על ידי בית משפט זה. בבואו לבחון מחדש את הוראות החוק הרלוונטיות לענייננו, על המחוקק לתת את הדעת לחשיבותו של מוסד הפונדקאות, שנועד לאפשר לחשוכי ילדים, שאינם מסוגלים להוליד ילדים בדרך הטבע להגשים שאיפתם להורות וכן להפלייה הבלתי ראויה שנוצרה בין אישה שיש לה בן זוג לבין אישה שאין לה כזה, לעניין העמדת מוסד הפונדקאות לרשותה. בכך מצטרפת אני לקריאתו של חברי השופט חשין, למחוקק לעשות לתיקון המעוות.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק-דינו של חברי השופט חשין ושותפה אני לדעתו ולדעת חבריי כי שאלת היקף התרת הפונדקאות ראויה לבחינה מחודשת על-ידי המחוקק.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא השופט ש' לוין:

1. אני מסכים למסקנתו של חברי הנכבד השופט חשין, ומטעמיו, שלא ניתן להחיל את ההסדרים שקבע חוק הפונדקאות על נשים שאין להן בן-זוג. השאלה אם

קיימת הצדקה עניינית להבחין לעניין הסכם פונדקאות בין אשה שאין לה בן-זוג לבין איש ואשה בני-זוג היא לדידי שאלה מורכבת, שיש לה פנים לכאן ולכאן. אני נמנע מלחוות דעה בעניין זה, משום שגם לו השבתי על שאלה זו בשלילה, איני סבור שהעותרת השניה תוכל לקבל את הסעד לו היא עותרת; בעתירה שלפנינו מבקשים העותרים להרחיב את הפתח הצר שנפתח על ידי החוק, כדי לפתור את בעייתם של כמה עשרות זוגות, ולהרחיבו כפתחו של אולם מכוח עקרון השוויון; טכניקה זו מותרת היא בעזרת עקרונות פרשנות חוקתיים של תוספת לחוק (reading in); אך אין נוקטים בה מקום שמדובר בנושא מורכב, שהשלכותיו אינן ברורות ושמטיבו טעון הוא הסדרה על ידי המחוקק (על דוגמה אחת של זוג גברים המבקשים לעצמם ילד על דרך של פונדקאות הצביע חברי השופט חשין).

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

מטעמים אלה, גם דעתי היא שדין העתירה להידחות.

משנה לנשיא

השופט י' אנגלרד:

1. ממהותה של דמוקרטיה פרלמנטארית כי לפני שמתקבלות החלטות, המעוררות מחלוקת של השקפת עולם, מתנהל שיח ושיח בין הנבחרים, וכי ההחלטות עצמן מבטאות לעיתים קרובות פשרות בין העמדות הערכיות המנוגדות. פשרות דמוקרטיות אלה על בית המשפט לכבד, כל עוד אין בהן פגיעה מהותית ובלתי-מדתית בזכויות יסוד שהן בעלות מעמד חוקתי. הסוגיה העומדת לפנינו היא דוגמה מובהקת לקיום מחלוקות ערכיות עמוקות ולעריכת הסדר חוקי המבוסס על פשרה. ואמנם, קיימת התנגדות מוסרית-ערכית חריפה כלפי עצם השימוש בפונדקאות. התנגדות זו באה מצד זרמים אידיאולוגיים היוצאים מהשקפות ערכיות שונות, ואף מנוגדות. כך, יש הרואים

בפונדקאות פגיעה קשה בכבוד האישה ה"משכירה" את רחמה בדרך של מסחור; יש הרואים בה פגיעה קשה בכבוד הילד, משום הפיכתו ל"סחורה" מוזמנת המועברת מאם לאם; יש הרואים בה עקיפה בלתי נאותה של מוסד האימוץ. בין המתנגדים לפונדקאות מצויה גם הכנסייה הקתולית, הרואה בה הליך בלתי-מוסרי המנוגד למשפט הטבעי הנצחי. ראה את הוראת הוועדה לעיקרי האמונה *Donum Vitae*, 1987. מנגד, יש התומכים בפונדקאות בתור ביטוי של אוטונומיה הן מצד ההורים המיועדים והן מצד האם הנושאת. יש שראו את הפונדקאות - בנסיבות מיוחדות - כפעולה של אהבה ושל רעות מצד האם הנושאת כלפי ההורים המיועדים, שהיו חשוכי ילדים (ברוח זו, השווה את פסק דינו של בית המשפט באיטליה, Tribunale di Roma, Sezione XI, 14.2.00).

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

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

עמדתי על כך שהחקיקה הזאת תעבור בהסכמה ובעצה אחת עם הציבור הדתי, ראשיו וסמכויותיו התורניים. ניתן להעביר כל דבר ברוב ומיעוט, אבל פה היה לי מאוד חשוב שזה יעבור בהסכמה, שתהיה פה אחדות דעים ולא ניקלע- משום הצורך להקל מצוקה של כמה עשרות משפחות מאד אומללות ומצוקה אנושית מהקשות ביותר- לריב מיותר. אני מאוד שמח שבהרבה סבלנות, לאחר הרבה פגישות עם רבנים וגדולי תורה, הצלחנו להביא לכך שיש בחוק הזה הסכמות גם בנושאים הרגישים: הורות, חשש ממזרות, וכיוצא באלה דברים. (ד"כ מיום ט"ז באדר התשנ"ו (7.3.96), 4976)

ברוח זו נאמרו גם דבריו של יושב ראש וועדת העבודה והרווחה של הכנסת, ח"כ י' כ"ץ, המזכיר כי גרסתו של הרב עמיטל אומצה על ידי הממשלה (שם, 4975), וכן דבריה של ח"כ י' דיין המדברת על הפשרה שנערכה בעניין (שם, 4979). לעניין זה יפים גם דבריו של שר הבריאות בישיבה קודמת שקיימה הכנסת בעניין הפונדקאות (ד"כ מיום י"ח בכסלו התשנ"ו (11.12.95), 1205):

היתה בפני הברירה אם ללכת על הפתרון שהוא באמת יותר קל, או ליצור מחלוקת עם הציבור הדתי. ואני הלכתי בכיוון של מציאת הנתיב המשותף עם הציבור הדתי, למרות שידעתי שזה מקשה. בתפיסת עולמי אני חושב שאיפה שאפשר להימנע ממחלוקת בעניני דת, צריך להימנע ממנה. ואני רוצה שהחוק הזה יהיה קביל גם על הציבור הדתי וגם על נציגיו.

יש להזכיר, בהקשר זה, גם את עדותו של שר הבריאות על כך שלקראת הסדרת החוק הוא בחן את הנקודות הבעייתיות והרגישות ביותר מצד הציבור הדתי (שם, 1197); וכן את דברי ח"כ י' לס המציין כי בסוגיה של הפונדקאות נוצרה הבנה והסכמה בין המגזרים השונים, החילוני והדתי (שם, 1198); ואת דברי חברי הכנסת הדתיים המדגישים את הדרך הרגישה שבה חוקק החוק ורואים בכך דגם לשיח של שיתוף פעולה בנושאים נוספים השנויים במחלוקת (ח"כ א' רביץ, שם, 1201; ח"כ י' ביבי, שם, 1203). לבסוף, יש לציין את דבריו של יושב ראש וועדת העבודה והרווחה של הכנסת ח"כ י' כ"ץ, אשר בדיון שנערך בוועדה הצהיר על כוונתו לשוחח עם רבנים וגורמים דתיים כדי למצוא פתרונות שיענו גם על חששותיהם (פרוטוקול 422 של ישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום ג' טבת התשנ"ו (26.12.95), עמ' 25).

4. ואמנם, הגישה הדתית לסוגיה שונה במהותה מן הגישות האחרות. זו יוצאת מן הרעיון כי במרכזם של חיי האדם, על כל גילוייהם האישיים והחברתיים, מצויה עבודת הבורא; ואלה יוצאות מן התפיסה כי המרכז הוא האדם עצמו, על שאיפותיו ועל מאווייו. מכאן השוני העקרוני בהסתכלות על מעמדו של היחיד: הדת רואה בראש ובראשונה את חובותיו, הזרמים האחרים את זכויותיו. בסוגיה שלנו ההבדל נוגע לעצם ההורות: חובה דתית מכאן, זכות יסוד מכאן. לפי התורה, בין המצוות שבהן נצטווה אדם הראשון, נמנית מצוות "פרו ורבו ומלאו את הארץ וכבשוה" (בראשית, א, כח); וכן נצטוו בה בני נח: "פרו ורבו ומלאו את הארץ" (בראשית, ט, א). מצווה זו נמנית בין תרי"ג המצוות בהן נצטוו בני ישראל. בלשון הרמב"ם בספר המצות, עשה רי"ב:

היא שצונו לפרות ולרבות לכוין לקיום המין והיא מצות פריה ורביה. והוא אמרו יתעלה ואתם פרו ורבו.

עם זאת, לפי ההלכה רק האיש מצווה על פרייה ורבייה ולא האישה. ראה משנת יבמות, פ"ו, מ"ו; רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות, פט"ו, ה"ב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א' סעיף י"ג.

5. לגבי חשיבותה של מצוות פריה ורביה, ראה לדוגמא תוספתא יבמות (מהדורת ליברמן פ"ח ה"ז):

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

ובמדרש דברים רבה הדברים אמורים באופן חד יותר (מהדורת ליברמן פרשת דברים ד"ה י"ב ה' אלהיכם):

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

יצוין, כי בניגוד בולט לתפיסת הכנסייה קתולית, אפשר, עקרונית, לקיים מצוות פריה ורביה מחוץ למסגרת הנישואין, אם כי ייתכן שיש בכך מצווה הבאה בעבירה. ראה: רא"ש, מסכת כתובות, פרק א' סימן י"ב; הרב ד' אבודרהם, ספר אבודרהם (תשי"ט), ברכת אירוסין ונישואין; בית יוסף, אבן העזר סימן ל"ד; הרב ש' בן צמח דוראן, שו"ת תשב"ץ (תש"כ) חלק ב' סימן ע"ד; רבי מ' איסרליש, שו"ת הרמ"א (תשל"א) סימן קכ"ה; הרב י' ב' איילנברג, שו"ת באר שבע (תשכ"ט), סימן מ"ט; הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן (תשל"ו) סימן ע"ה; הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר חלק ח (תשנ"ה) יו"ד סימן כ"ז.

6. גם אם מגמת ההלכה היא לתעל את מאווייו ושאיפותיו של אדם לתוך הצינור של קיום מצווה דתית, אין קיומם הלגיטימי נעלם מעיני היהדות. ברוח זו קבעו חז"ל כי "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת" (נדרים סד, ב). זו גם הרוח העולה מדרשתו של רב יהודה "בכו בכו לה'ך - אמר רב יהודה להולך בלא בנים" (מועד קטן, כז, ב). יתרה מזו, לשאיפה האנושית-הרגשית הבסיסית של אדם לצאצאים יש אף השלכות הלכתיות. כך, יש מצבים שבהם העדר ילדים עשוי לתת זכות לאישה לתבוע גירושין מבעלה, על אף שאינה מצווה על פרייה ורבייה. ראה: יבמות סה, ב; רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות, פט"ו, ה"י; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנ"ד, סעיף ו.

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

8. במסגרת המקרה של תורם זר לאישה נשואה, יש חשיבות לזהות התורם; ההבחנה היא בין תורם זר יהודי לבין תורם זר נכרי. לכל הדעות, יש איסור הלכתי להשתמש, מלכתחילה, בזרעו של תורם זר יהודי. מבחינה עקרונית, יש הרואים בהזרעת זרע של תורם יהודי שאינו הבעל לאישה נשואה מעשה תועבה ומעשה מכוער. ראה: הרב א' י' ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר חלק ג' סימן כ"ז; הרב מ' י' ברייש שו"ת חלקת יעקב (תשנ"ב), אבן העזר סימן י"ב; הרב י' י' וינברג, שו"ת שרידי אש (תשנ"ט) חלק א' סימן ע"ט. מבחינה הלכתית, יש מן הפוסקים הסבורים כי דין הוולד מתורם זר הוא כממזר גמור; יש הגורסים כי דינו ספק ממזר; ויש החושבים כי בהעדר מגע אינטימי, דהיינו: ללא ביאה אסורה, הוולד אינו ממזר כלל. לדיון בדעה הראשונה ראה, למשל, הרב א' י' ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר (תשכ"ז) חלק ט' סימן נ"א; שו"ת ישכיל עבדי, שם. לדעה השנייה ראה הרב ש' ז' אויערבאך "הזרעה מלאכותית" נעם א (תשי"ח)

קמ"ה, קס"ה. לדעה השלישית ראה הרב משה פיינשטיין שו"ת אגרות משה (תשכ"א) אבן העזר חלק א' סימן ע"א; שו"ת חלקת יעקב, שם, שם. מקורות נוספים בעניין ראה אצל הרב ד' מ' קרויזר "הזרעה מלאכותית" נעם א (תשי"ח) קי"א, קי"ט ואילך.

יש הגורסים כי כאשר התורם הזר אינו ידוע, דין הוולד הוא של "שתוקי", אשר גם לגביו ישנם חששות של ממזרות. ראה שו"ת שרידי אש, שם, שם; שו"ת חלקת יעקב, שם, הערות לאבן העזר סימן כ' הערה י"א.

חשש חמור נוסף במקרה של תורם זר נוגע לאפשרות עתידית של נישואי אה ואחות. ראה שו"ת אגרות משה, שם, שם; שו"ת שרידי אש, שם, חלק א' סימן ע"ט; שו"ת ציץ אליעזר (תשי"א) חלק ג' סימן כ"ז.

9. לגבי תורם זר נכרי - כלומר: אדם שאינו יהודי - כל הפוסקים גורסים כי, מלכתחילה, אין להשתמש בזרעו בהיות גם מעשה זה מכווער; עם זאת, במקרה זה אין חשש הלכתי לממזרות ולנשואי אה ואחות. לכן יש המתירים את ההליך של הזרעה מלאכותית שעה שההורים מצטערים צער גדול בשל השתוקקותם לילד. לדעה זו ראה: שו"ת אגרות משה, שם, שם, וכן את מאמרו הנזכר של הרב ש' ז' אויערבאך. לדעה האוסרת הליך זה בכל מקרה, ראה שו"ת חלקת יעקב שם, אבן העזר סימן י"ד; הרב י' וייס, שו"ת מנחת יצחק (תשל"ט), חלק ד' סימן ה'. השווה גם שו"ת שרידי אש, (תשכ"ו) חלק ג' סימן ה'. במקרה של אישה פנויה, אין אמנם חשש של ממזרות, אך עדיין יש חשש של נשואי אה ואחות ושל היות הוולד שתוקי. לגבי ריכוז של הבעיות השונות העולות מכתבי הפוסקים, ראה א' שטינברג, אנציקלופדיה רפואית הלכתית (כרך א', תשמ"ח) 151 ואילך, תחת הערך "הזרעה מלאכותית".

10. על רקע דברים אלה, אבחן כעת את הסוגיה של הפריה חוץ גופית והשתלת הביצית המופרית באם פונדקאית. מלבד הבעיות ההלכתיות הנזכרות, הכרוכות בהזרעה מלאכותית שהיא חלק מתהליך הפונדקאות, מעורר תהליך זה בעיות מורכבות נוספות, בעיקר בדבר מעמדן של שתי האמהות - הגנטית והיולדת - כלפי הוולד. יש בין הפוסקים הסבורים כי האם הגנטית היא בעלת המעמד של אם היילוד מבחינה הלכתית. ראה: א' ורהפטיג "קביעת אימהות- בשולי הדברים" תחומין ה (תשמ"ד) 268. עם זאת, רוב הפוסקים סבורים כי דווקא האם הפונדקאית היא האם מן הבחינה ההלכתית. ראה הרב ז' נ' גולדנברג " יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת " שם 248; שו"ת ציץ אליעזר (תשנ"ב) חלק י"ט סימן מ'. לבסוף, יש הגורסים כי לשתי הנשים יחס של

אמהות כלפי הוולד, וזאת בעיקר מבחינת חששות של איסורי קרבה. ראה ז' לב "תינוק מבחנה- מעמד האם הפונדקאית" עמק הלכה ב (תשמ"ט) 163, 169.

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

12. באשר להזרעה מלאכותית הדיונים ההלכתיים מזכירים את התקדים האגדי של לידת בן סירא מבתו של ירמיהו שהתעברה מזרעו של אביה שנותר במי האמבטיה שבה רחצה. ראה: חלקת מחוקק, אבן העזר סימן א' סעיף ח; משנה למלך הלכות אישות פט"ו ה"ד; החיד"א ברכי יוסף (כרך ב תשמ"ט) אבן העזר סימן א' סעיף י"ד; הרב ר' ברדוגו שו"ת משפטים ישרים (תרנ"א) חלק א' סימן שצ"ו.

13. באשר לאם פונדקאית, מסורת אגדית קדומה מספרת כי קרה כדבר הזה בין רחל ללאה בהריון עם דינה ויוסף. על-פי המסופר, בהריונה האחרון של לאה אשת יעקב היא נשאה ברחמה בן. יעקב כבר היה באותה עת אב לעשרה בנים: שישה מהם של לאה, שנים של בלהה ושנים של זלפה. לאה ראתה בנבואה כי ליעקב עתידים להיות שנים עשר בנים בלבד, כך שאם תלד את הבן שברחמה – אשר יהיה הבן האחד עשר של יעקב – הרי תישאר לרחל הולדת בן אחד בלבד. כיוון שלא לא רצתה שרחל תהיה אם לבן אחד בלבד, שעה שאפילו לשפחות כבר היו שני בנים, היא התפללה למען אשר לא תלד היא את הבן, כך שרחל תוכל ללדת את שני הבנים שנותרו על פי הנבואה. לפי גרסה אחת, העובר שהיה ברחמה של לאה הפך לבת (מבין המקורות, ראה ברכות, ס, א). לפי גרסה אחרת של אגדה זו, הדבר התבצע בדרך שונה: לאחר שלא התפללה לאה שלא תלד את הבן שברחמה, התחלפו העוברים בין האחיות: הבן שהיה ברחמה של לאה עבר לרחמה של רחל, והבת שרחל נשאה ברחמה עברה ללאה. ראה מדרש שכל טוב (בובר) בראשית פרק ל', ד"ה "ואחר ילדה":

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

ראה גם תרגום יונתן, בראשית ל, כ"א; וכן פירוש דעת זקנים ובעלי התוספות על אותו הפסוק. מעניין לציין שמסורת זו מובאת גם בפיוט "אבן חוג מצוק נשיה", המיוחס לקליר, והנאמר בתפילת שחרית של היום הראשון של ראש השנה (מחזור לימים נוראים (מהדיר: ד' גולדשמידט, התש"ל) 70):

זכר לה [לרחל] יושר אורחות
עובר להמיר בבטן אחות
חשבה היום זכרה להאחות
סילוף דינה ביהוסף להנחות

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

14. נמצא, כי מה שהיה מציאות ניסית גרידא, הפך בתקופתנו למציאות רפואית שכיחה למדי. אך, כאמור, כבר בימי הביניים שאלו בעלי ההלכה את עצמם מהן ההשלכות ההלכתיות של מציאות זו. כך, ר' יעקב בן אשר, בעל הטורים, גרס כי בשל כך "שעיקר הריון של דינה היה בבטן רחל" היא נחשבת אמה מן הבחינה ההלכתית. ראה: פירוש הטור הארוך (תשכ"א) עמ' צ"ט; הרב י"ז מינצברג "הזרעה מלאכותית" נעם א (תשי"ח) קכ"ט. כפי שצינתי לעיל, פוסקים שהתייחסו לשאלה העכשווית הסיקו מן האגדה מסקנה הלכתית השונה מזו של בעל הטורים. לדעתם, האם הנושאת היא האם מבחינה הלכתית, כי הרי יוסף נחשב לבנה של רחל. ראה הרב ב' ז' שפרן שו"ת הרב"ז (מהדורה חדשה, תשנ"ב) בחלק התשובות של בנו, סימן ה'; הרב מ' ה' סולוביצ'יק "בדין תינוק המבחנה" אור המזרח 100 (תשמ"א) 122, 124; שו"ת ציף אליעזר, שם, חלק י"ט סימן מ'. עם זאת, יש הדוחים כל ראייה מן האגדה הנזכרת, וזאת בשל העיקרון כי "אין למדין הלכה מאגדה". ראה: הרב י' מ' בן מאיר "הפרית מבחנה-ייחוס עובר הנולד לאם ביולוגית ולאם גנטית" אסיא יא (תשמ"ו) 25, ה"ש 8. לגבי העיקרון עצמו, ראה: הרב י' עמדין, שו"ת שאילת יעבץ (תשל"א) חלק א סימן מ"א; הרב מ'

סופר, שו"ת חתם סופר (תשל"ב) חלק ב (יו"ד) סימן של"ז; ובאופן כללי בסוגייתנו ראה: א' שטינברג, אנציקלופדיה רפואית הלכתית (כרך ב', תשנ"א) 135, ה"ש 63.

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

שאינן השכינה שורה אלא על הוודאים שזרעו מיוחס
אחריו והכי נמי קיימא לן בנדרים [כ, ב] 'וברותי מכם
המורדים והפושעים בי [יחזקאל, כ, ל"ח] - אלו בני
ערבוביא'.

16. קיימים שיקולי מדיניות כלליים נוספים החורגים מהבעייתיות שבעמימות הייחוס. בדומה לחששות מוסריים שהושמעו בעולם כולו, גם אנשי ההלכה רואים בדאגה רבה את חציית הגבולות המסורתיים הכרוכה בהתקדמות המדעית (ראה פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (כרך שני, תשמ"ט), 105). כך מציין הרב ע' יעקובוביץ (הרפואה והיהדות (תשכ"ו) 235) כי הבאת ילדים לעולם היא פעולה שראוי שתהא מתוך מערכת זוגית שיש בה קרבה ואינטימיות, ולא מתוך טכניקות מעבדתיות. בהקשר זה מן הראוי להביא גם את דבריו של הרב א' ולדנברג (שו"ת ציץ אליעזר ש"ס, חלק ט"ו סימן מ"ה):

ובפרט דכאשר אנו קוראים כבר, דסופו של תהליך זה של הפרייה מלאכותית במבחנה להביא בכנפיו, במוקדם או במאוחר, גם לידי יצירת ילד במבחנה זאת אומרת: שכל ההריון יעשה ויגמר גם כן מחוץ לגוף האשה אלא במבחנה עצמה תוך יצירת תנאי-רחם בו, ולאחר מיכן במחשבה להביא גם לידי מבצע מדהים הנקרא בשם תכפול - האדם ללא זיווגם של שני תאי - מין אלא על ידי נטילת גרעין של תא בגוף האדם והחדרתו לתוך תא של ביצית אשר גרעינה סולק, ואז מנגנון התכפול של התא הרגיל יפעל והתא יתחלק עוד ועוד ויתפתח עובר, וזה שמו שיקרא לו יצירה ביולוגית מלאה של יצור אנושי לפי תכנית מוכנה מראש, המוציאה לפועל תכונות נדרשות ורצויות על ידי היוצרים, ואם כן הלזה יקרא ילודים שהתייחסות מלאה להם אחרי מולידיהם ושרוצים לייחסם אחריהם? וזאת מלבד מה שסילוף יצירתם

והבאתם לעולם בצורה כזאת הוא דבר אשר יגרום הרס ואבדון לדמות היצירה האנושית ואנדרלמוסיה תשרור בכל בעית הילודה שתתהפך למעבדה חסר גוון אנושי, כאשר כבר התעוררו להתריע על כך גם מקרב אנשי המדע והביעו חרדתם העמוקה לקראת הצפוי בבאות, הרי יקום דור אשר כל רואיו יפטיר עליו ויאמר: חדשים מקרוב באו לא שערום אבותינו לראות מין יצורים כאלה כמעט חסרי בחירה וגולמי – אדם.

17. לאחר מבט זה על עולם ההלכה ולאורו, אפנה כעת לסוגיה כפי שהוסדרה במשפטנו. חוק הסכמים לנשיאת עוברים מתנה את הפונדקאות, בין היתר, בתנאים הבאים:

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

נראה בעליל, כי יש בתנאים אלה משום היענות לבעיות הלכתיות הקשורות להזרעה מלאכותית ולפונדקאות, היענות הבאה לידי ביטוי בדבריהם המפורשים של שר הבריאות ושל חברי הכנסת במהלך החקיקה עליהם עמדנו לעיל. כך, הדרישה כי הזרע יהיה של האב המיועד שהוא בן זוגה של האם המיועדת, נועדה למנוע את החששות ההלכתיים של עמימות הייחוס, כגון החשש לנשואי אח ואחות כתוצאה מן השימוש בזרע של תורם זר אנונימי. השווה בהקשר זה את החלופות שהוצעו בהצעת החוק (הצ"ח (תשנ"ב) עמ' 260 סע' 2(4) להצעה). כמו כן, מאחר שבעיקרון הביצית שייכת לאם המיועדת, נשמרת המסגרת הזוגית. באשר לדרישה כי האם הנושאת לא תהיה נשואה, למעט במקרים מיוחדים, הרי בעניין זה הובעו הסתייגויות מצד חברי כנסת מזרמים שונים, כך שהפתרון הוא בבחינת פשרה ביניהם. מבחינה הלכתית, כפי שהזכרנו, תרומת זרע לאישה נשואה מתורם זר, שאינו בעלה, מעוררת בעיות חמורות. הדרישה כי האם הנושאת לא תהיה קרובת משפחה של אחד ההורים המיועדים, באה בחלקה למנוע חששות של עריות.

18. באשר למקרה המיוחד שלפנינו, הרי בשל היות האם המיועדת בלתי נשואה, לא מתמלאות שתי דרישות של החוק, והן כי ההורים המיועדים יהיו בני זוג וכי הזרע יהיה של האב המיועד. מבחינה הלכתית, מצב דברים זה הוא בעייתי בשל עמימות הייחוס; כמו כן הוא פוגע בשיקולי המדיניות הכלליים שאותם הזכרנו. ברי, כי המחוקק היה מודע להבחנה בין אישה נשואה לאישה בלתי נשואה בסוגיית הפונדקאות. בהעדיפו את הנשואה, הוא סטה ביודעין מהמלצת הוועדה שהוקמה לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית, ואשר המליצה כי "אדם זכאי לקבל טיפולי פוריות ללא קשר למעמדו האישי" (דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ גופית (1994), סע' 1.6, לדעת הרוב, בעמ' 14). המודעות להבחנה בין אישה נשואה לאישה בלתי נשואה עולה גם מדבריו של ח"כ י' כץ, יו"ר וועדת העבודה והרווחה של הכנסת:

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

הכנסת הייתה, אפוא, מודעת לכך כי החוק מגביל את אפשרויות הפונדקאות בהשוואה להזרעה מלאכותית עפ"י תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז – 1987 (להלן: התקנות); לכן מדבר ח"כ י' כץ על "נסיגה מסוימת".

19. בכך מגיע אני לשאלת "האפליה" בין אישה בלתי נשואה, החפצה בהזרעה מלאכותית, לאישה בלתי נשואה המבקשת תהליך של פונדקאות. "אפליה" זו הטרידה מאד את חבריי למותב. לטעמי, יש להתחשב במספר היבטים נוספים העשויים לזרוק אור על עניין זה. ראשית, יש לזכור כי התקנות לא עברו את כור ההיתוך של דיון פרלמנטארי, אלא הן הותקנו על ידי הרשות המבצעת. בכך אני רואה הבדל מהותי ביותר שבו יש להתחשב כאשר באים לבחון זה מול זה את שני ההסדרים הנורמטיביים. בהעמדה זו של מעשה חקיקה ראשית מול מעשה של חקיקת משנה, יש לתת עדיפות לראשון, גם משום שהוא מבטא פשרה לאחר שיג ושיח בין נבחרי העם. שנית, לא הרי הזרעה מלאכותית כהרי פונדקאות. מבחינתה של האישה המבקשת הזרעה מלאכותית

תהליך זה הוא בעיקרו פעולה אוטונומית. כמו-כן, בשל העובדה כי האם המופרית היא האם היולדת, הרי שיחסה לילד העומד להיוולד נותר במסגרת הטבעית. לעומת זאת תהליך הפונדקאות דורש שימוש ברחם זר, ובמקרה של אישה בלתי נשואה, נדרש גם שימוש בזרע של תורם זר. בכך נפרצת המסגרת הטבעית של הולדת ילדים וראינו כי מצב דברים זה מעורר בעיות מוסריות והלכתיות רבות וחמורות. לפיכך קשה, לטעמי, לדבר על "אפליה" בין שתי הנשים שמצבן, כאמור, אינו זהה.

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

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

שׁוֹפֵט

השופטת א' פרוקצ'יה:

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

מוסד הפונדקאות הוא, אכן, רב פנים וכורך עמו היבטים מוסריים – ערכיים ואנושיים מגוונים המצריכים מציאת נקודת איזון ראויה שתשלב בין מכלול ערכים תוך

מתן משקל יחסי ראוי לכל אחד מהם. כן מתבקש כי התפיסה הבסיסית המונחת ביסוד הסדר הפונדקאות והתנאים להחלתו יתיישבו באורח הרמוני עם מוסדות אחרים המוכרים במשפט, המבקשים ליתן פתרון לצורך הטבעי של האדם בהגשמת זכותו להורות, כגון אימוץ ילדים והפרייה חוץ-גופית. מאז פרסומו של חוק הפונדקאות ב-1996 חלף זמן וצרכים אנושיים עמוקים שהחוק אינו עונה להם מבקשים תשובה. צרכים אלה מצדיקים הערכה מחודשת של נקודת האיזון הראויה לצורך בחינת מידת ההצדקה להרחבת נתיב הפונדקאות כמענה להגשמת הזכות להורות. הדבר אינו מחייב לטעמי נקיטת עמדה נחרצת בשאלה האם המצב החקיקתי הנוהג כיום מקים עילת אפלייה ופגיעה בשוויון, או שמא הוא יוצר אבחנות בין מצבים שונים שהסברם בצידם. עניינו של המחוקק הוא להכריע בסוגיה ערכית מורכבת זו.

ש ו פ ט ת

הוחלט לבטל את הצו על-תנאי ולדחות את העתירה.

היום, י"ח בטבת תשס"ג (23.12.2002).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

משנה לנשיא

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

העתק מתאים למקור 01024580
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il