

1/8/2020

# פונדקאות בקרב זוגות חד מיניים בישראל

סמינריון רפואה ומדע בהיבט המשפטי  
ד"ר גיל סיגל

גל נוף 205891914  
טל בראנץ 208930834

## תוכן עניינים:

### תוכן עניינים

2	מבוא	.1
3	הזכות להורות בישראל	.2
7	החוק בישראל- חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996	.3
12	פרוצדורת הליך הפונדקאות	.4
17	יחס המדינה להליך פונדקאות שנעשה בחו"ל (הפרוצדורה, דרישת ביצוע בדיקה גנטית, הצהרת הורות, מעמד והכרה בילוד)	.5
22	מעמד היילוד מהליך הפונדקאות- זכויות ההורים והילוד, דת הילוד, רישום במרשם האוכלוסין בישראל	.6
24	השלכות והשוואת הליך הפונדקאות אצל זוגות הומוסקסואליים גברים לעומת זוגות הטרוסקסואלים המקיימים את ההליך בישראל	.7
28	המצב בישראל היום בנושא פונדקאות - חקיקה ופסיקה- הניסיון לשינוי חוק הפונדקאות-	.8
34	דין משווה	.9
40	סיכום	.10
42	ביבליוגרפיה	.11

## 1. מבוא

בעולם כיום, ישנם מבנים משפחתיים רבים המאפשרים יצירת תא משפחתי ובהם פונדקאות, כחלק מצורך למציאת פתרון לבעיות שונות עבור אוכלוסייה המתקשה ביצירת משפחה. עבודה סמינריונית זו תעסוק בנושא הפונדקאות בקרב זוגות חד מיניים בישראל. שאלת המחקר אותה נבחן הינה: **מהן השלכות החוק הישראלי בנושא פונדקאות, בקרב זוגות חד מיניים (גברים הומוסקסואליים)**. החוק הרלוונטי לשאלה זו: **חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996**<sup>1</sup> (להלן: "חוק הפונדקאות").

הליך הפונדקאות הינו נשיאת עובר על ידי אישה פונדקאית עד לידתו, לשם מסירתו לאחר הלידה להורים מיועדים. לפי הגדרות חוק הפונדקאות, ההורים המיועדים הם איש ואישה, בני זוג או אישה ללא בן זוג המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד ועל אותם הורים לעמוד בתנאים הקבועים בחוק הפונדקאות, על מנת שיוכלו להיקשר בהסכם נשיאת עוברים. ניתן לראות כי אין כל התייחסות או מענה בחוק לזוגות חד מיניים להבדיל מזוגות הטרוסקסואלים. הגדרת הליך הפונדקאות לפי **פסק הדין של השופט חשין: "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 מושלתלות הביציות המופרות בגופה של אישה האמורה לשמש פונדקאית. הפונדקאית מתעברת, נושאת בהיריון, ועם הלידה אמורה היא למסור את היילוד להוריו או למי מהוריו הגנטיים. אין לה לאישה הנושאת את הביציות המופרות ברחמה קשר גנטי לעובר המתפתח מאותן ביציות; משמשת היא מעין-פונדק – מעין-אכסניה – לביציות המופרות ולעובר, ומכאן כינויה "פונדקאית"**<sup>2</sup>.

הליך הפונדקאות מאפשר הבאת ילד לעולם וגידולו מיומו הראשון תוך שמירה על קשר ביולוגי בין ההורים המיועדים לילד. ישנן סיבות שונות בגינן פונים זוגות ויחידים להליך הפונדקאות. קיימות סיבות רפואיות (הן גופניות והן נפשיות), שלא מאפשרות לאישה לשאת את העובר ברחמה כגון: נשים הסובלות מהפלות חוזרות ונשנות, נשים ללא שחלות, ביציות או רחס, נשים הנושאות הריון המסכן באופן משמעותי את בריאותן, ועוד. סיבות נוספות בגינן פונים להליך הפונדקאות הן: הורים הנושאים גן או נגיף העלול לסכן את העובר, זוגות שחוו טיפולי פוריות כושלים, העדר בת זוג בקרב זוגות גברים חד מיניים ועוד.

ראשית נסקור את הזכות להורות בישראל (בבחינת הזכות לכבוד). שנית, נסקור את החוק היבש בישראל בנושא הפונדקאות - חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996<sup>3</sup> ומשמעותו בקרב זוגות חד מיניים (גברים הומוסקסואלים בפרט). בהמשך נציג את פרוצדורת הליך הפונדקאות, ובפרט את הליך הפונדקאות בחו"ל אליו מופנים זוגות חד מיניים הומוסקסואליים, תוך סקירת התייחסות המדינה להליך פונדקאות מסוג זה. לאור זאת נעמוד על מעמד היילוד בהליך הפונדקאות בחו"ל (כולל זכויותיו של היילוד, דתו, ורישומו כאזרח ישראל). בהמשך נערוך השוואה בין הליך הפונדקאות הנערך בחו"ל (אליו מופנים בעיקר זוגות הומוסקסואליים) לעומת הליך פונדקאות הנערך בישראל (אליו מופנים זוגות הטרוסקסואליים ואימהות יחידיניות) תוך הדגשת הפגיעה בזכויות היסוד- הזכות לשוויון והזכות לקניין. לבסוף נציין את הניסיון לשינוי חוק הפונדקאות (בעקבות המאבק המתקשר בישראל) ונסביר את המצב המשפטי הנהוג בישראל באשר לפונדקאות כיום תוך השוואה והתייחסות לדין זר.

<sup>1</sup> חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

<sup>2</sup> בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות פס' 2 לפסק דינו של השופט חשין, נז' (1) 419 (2002)

<sup>3</sup> ראה הי"ש 1 לעיל.

## 2. הזכות להורות בישראל

הזכות להורות הוכרה בדין הישראלי כזכות יסוד חוקתית, הנובעת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו<sup>4</sup> והוצבה בראש מדרג הזכויות החוקתיות. הגדרת הזכות להורות בדין הישראלי הובאה במספר פסקי דין, ביניהם **בפרשת עדאלה<sup>5</sup>: " הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד... אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על-פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם... קשריו המשפחתיים של האדם הם במידה רבה טעם חיינו... מעטות הן ההחלטות המעצבות את חיינו של אדם ומשפיעות עליהן כהחלטה עם מי יקשור את גורלו ועם מי יקים את משפחתו. כך גם ביחס לזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם... הנה כי כן, מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חיינו, נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת."** בית המשפט העליון אימץ גישה זו בשורה ארוכה של פסקי דין.

המשפט הישראלי מכיר בהורות על בסיס אחד משלושת האפשרויות שלהלן:

(1) זיקה ביולוגית.

(2) זיקה גנטית או פיזיולוגית.

(3) הורות מכוח צו אימוץ עפ"י חוק אימוץ ילדים<sup>6</sup>, או לחילופין הורות משפטית מכוח קבלת צו הורות לאחר השלמת הליך פונדקאות מכוח חוק הפונדקאות.

כל עוד לא קיימת הכרה של המחוקק באופן מפורש בעניין הורות משפטית שמתבססת על אפשרות אחרת, בתי המשפט נמנעים מלהכיר בסוג הורות חדש מכוח פסיקה וחקיקה שיפוטית מחודשת, המסובכת מבחינה משפטית ואתית. בתי המשפט עמדו בעבר על פתרון למצב זה, באמצעות עיקרון טובת הילד ע"י הליך אימוץ.

בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **ירוס - חקק נ' היועמ"ש**<sup>7</sup> משנת 2005, נעתר בית המשפט לבקשתן של זוג נשים לסביות, המקיימות תא משפחתי לאמץ זו את ילדיה של זו. בפסק הדין התקבל ערעורן של בנות הזוג על החלטת בית המשפט המחוזי, שדחה את ערעורן על החלטת בית משפט לענייני משפחה, שסירב לפנייתן בבקשה לאימוץ הדדי של ילדיהן. בקשתן של בנות הזוג הייתה לאפשר לכל אחת מהן לאמץ את ילדיה של בת הזוג השנייה מתוקף חוק האימוץ<sup>8</sup> המאפשר אימוץ על ידי הורה אחד למען "טובת הילד" ובהתקיימות "נסיבות מיוחדות". בעקבות פסק הדין ניתנו בשנת 2006 צווי אימוץ לבנות הזוג ירוס - חקק, והן הפכו לזוג ההורים החד מיניים הראשון בישראל שקיבל צו אימוץ בפועל. הדיון התקיים בהרכב מורחב של תשעה שופטים ובהם: נשיא ביהמ"ש העליון דאז ברק, המשנה לנשיא (בדימ) מצא, חשין, טירקל, ביניש, ריבלין, אדמונד לוי, גרוניס ונאור.

דעת המיעוט של המשנה לנשיא מצא והשופט אדמונד לוי קבעה כי מתן צו אימוץ לכל אחת מבנות הזוג כמוהו כהכרה בתא משפחתי חדש שכזה ויצירת סטטוס משפטי חדש היא עניין למחוקק.

<sup>4</sup> חוק- יסוד: כבוד האדם וחירותו.

<sup>5</sup> בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006).

<sup>6</sup> חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.

<sup>7</sup> ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, נט(5) 64 (2005).

<sup>8</sup> ראה ה"ש 6 לעיל.

דעת הרוב שנכתבה ע"י הנשיא ברק, התמקדה בצורך לביסוס החלטה המתמקדת על טובתו של הילד. נקבע בפסה"ד כי אין הכוונה ליצור "סטטוס" של תא משפחתי חדש, וכי הבקשות הוגשו על ידי כל אחת מבנות הזוג בנפרד וכך נדונו: **"בערעור שלפנינו איננו נקראים להכיר בסטטוס משפטי חדש; איננו מתבקשים להכיר בסטטוס משפטי של המשפחה החד-מינית; איננו נדרשים לסטות מהסכמה חברתית. כל שנקראים אנו בערעור שלפנינו הוא לתת ביטוי להסכמה החברתית המשקפת את ערכי היסוד שלנו שלפיה צו אימוץ יינתן רק אם הוא לטובת המאומץ. זהו ההיבט העקרוני היחיד המתעורר בערעור שלפנינו, וכל כולו מצוי במסגרת ההסכמה החברתית בישראל"**.

כל שבעת שופטי הרוב הדגישו בפסק הדין כי אין בהחלטה כדי לתת לבנות הזוג סטטוס משפטי של משפחה: **"אין אנו קובעים כלל כי זוג חד-מיני הוא 'איש ואשתו יחד'; אין אנו מתבקשים ליתן צו אימוץ משותף... אין בפסק-דינו כל קביעת סטטוס או מעין-סטטוס או בדל סטטוס.... אין בהחלטה להחזיר את הדין לבית המשפט לענייני משפחה כשלעצמה - שלכך אני מסכים - משום הכרה במעמד של תא משפחתי חד-מיני, שלא על דרך החקיקה"**.

השופטים הדגישו כי לא מדובר בהכרה בזוגות חד-מיניים באופן חוקתי וקבעו כי הכנסת היא שצריכה להידרש לעניין זה: **"אם המחוקק סבור כי עיקרון טובת המאומץ או אינטרס המאומץ לא צריך לחול לעניין משפחה חד-מינית, עליו לומר את דברו ויהא עלינו לבחון אם אמירה זו היא חוקתית"**.

בית המשפט העליון לא נימק את החלטתו בצורה רחבה המאפשרת אימוץ על ידי בני זוג בני אותו מין, אלא עיגן את ההחלטה על יסודו של עקרון טובת הילד, לפיו קיומם של יחסי הורות מחייבים, בשל טובת הילד, את ההכרה בכל הורה כמאמץ את ילדי בני זוגו. בנימוקו זה, הקשה בית המשפט העליון על הסתמכות עתידית בפסיקה זו כתקדים שיכול לשמש בעתירה דומה. בפועל, נעשה שימוש רב בפסק דין זה בקביעות השונות של בתי המשפט שאומרות כי את עקרון טובת הילד יש לפרש בצורה רחבה המתייחס למכלול נסיבותיו של הילד בתחומים שונים של חייו. התוצאה המעשית של הערעור לבית המשפט העליון הייתה כי בית המשפט העליון החזיר את התיק לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שזה יבחן אם לתת צו אימוץ על פי הקריטריונים שהותוו בפסק הדין, ובשנת 2006 נתן בית המשפט לענייני משפחה צו אימוץ כמבוקש, כפי שפורט לעיל.

מעיון בפסיקות החדשות של בתי המשפט ניתן לראות שעולה תמונה מורכבת ומסובכת אף יותר. למעשה, ההחלטות השיפוטיות שמתקבלות סודקות את ההכרה הבלעדית והזהירה בהורות על בסיס שלושת האפשרויות שפורטו לעיל בלבד. אחת הדרכים המרכזיות לכך הינה שימוש שהולך וצובר תאוצה בצו הורות פסיקתי. צו ההורות הפסיקתי מכיר רשמית בקשר ההורות שנוצר בהורות הסכמית משפטית ואו ע"י הורות חברתית<sup>9</sup>.

הורות חברתית - מכונה גם כהורות פסיכולוגית, אינה מייחסת חשיבות לביולוגיה כחזות הכל, מתגלמת בהורים המטפלים בצאצא, ומתבססת על נשיאה בפועל באחריות ההורית במשך תקופת זמן קצובה.

הורות הסכמית משפטית - הכרה משפטית שיפוטית בלבד. מקנה את ההכרה המשפטית בהורות הנובעת לרוב מהפסיקה. נפוץ במצבים בהם בפועל יש יותר מזוג הורים לילד. מכירה בהורותו של אדם כהורה משפטי לילד מכוח כוונתו, רצונו והסכמתו בלבד, העשויה להכיר בסטטוס ההורות המשפטית כבר עובר ללידת הילד.

<sup>9</sup> רות זפרן - המשפחה בעידן הגנטי - הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן דין ודברים ב תשס"ו 225,226 (2005)

שני הסוגים הללו של רכישת הורות, מאפשרים להכיר גם בהורות משפטית או חברתית של פרט שלא תרם תרומה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית להבאת הילד לעולם ולעיתים גם ללא קשר של נישואים מוכרים או חיים כידועים בציבור, כאשר הורה אחד הוא ההורה הביולוגי של הילד. וזאת בשונה מרכישת הורות באופן "מסורתי"<sup>10</sup>.

ההליך של מתן צו הורות פסיקתי במשפט הישראלי החל בבתי המשפט לענייני משפחה במחצית הראשונה של 2012. צו הורות פסיקתי או פסק דין הצהרתי, ניתן כאשר הילד נולד למערכת יחסים קיימת. כאשר מערכת היחסים נוצרה לאחר הולדת הילד, ניתן לפנות להליכי אימוץ. בצו ההורות הפסיקתי נעשה שימוש מורחב בנסיבות המיוחדות של המצב המשפטי כיום, כפתרון ביניים עד להשלמת החקיקה בכל הנוגע לפונדקאות שנעשית בחו"ל, ובמקרים בהם מבקשים לאפשר לבן הזוג הנעדר קשר גנטי לילוד הכרה בהורותו, שלא בדרך של הליך אימוץ כלפי הקטין.

**בפס"ד פלונית<sup>11</sup>** לדוגמא, בית המשפט לא הכיר באימהות משפטית לאם לא גנטית. פסק הדין עסק בשאלה תקדימית, של הכרה באימהות משפטית של אישה שהפיקה הולדתו של ילוד באמצעות תרומת ביצית ותרומת זרע של בן זוגה לשעבר, מבלי שקיימת כל זיקה גנטית לילוד. בשל מחלה בה חולה לא מתאפשר לה להרות, ולכן האם פנתה לפונדקאית שהרתה באמצעות תרומת הביצית ותרומת הזרע. בשם הרצון העז להיות הורה, ובהעדר הסדר חוקי בנדון ביהמ"ש נדרש לשאלה האם ניתן להכיר בהורותה. **בס'42(א) לחוק תרומת ביציות<sup>12</sup>** נקבע כי: **"יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין"**. פסה"ד קבע: **"הרחבת ההכרה בהליכי פונדקאות באופן אשר תאפשר הכרה ב"הורות הסכמית", הנעדרת קשר גנטי להורה המיועד, מסגרת אליה מבקשת המעוררת להוביל את בית המשפט, מחייבת, התייחסות חקיקתית ולא יכולה להיות יציר הפסיקה. הקניית סמכות הורית למעוררת מכוח ההסכם האמור מהווה, אפוא, עקיפה מפורשת של הוראות חוק האימוץ והוראות חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, הדורשת מעורבות של רשויות הרווחה והמדינה בהליכים אלו, מבעוד מועד, תוך מתן דעת לכל הגורמים המעורבים וההיבטים הרחבים המתעוררים סביב הליך פונדקאות"**.

עם זאת, ישנו שינוי חשוב נוסף שנמצא בערעור על פס"ד זה לביהמ"ש העליון **בבע"מ פלונית<sup>13</sup>** בדעת הרוב של **השופט הנדל** שמוסיף "זיקה לזיקה" כגורם מכונן נוסף להכרה בהורות משפטית. ההגדרה של "הזיקה לזיקה" לפי פסק הדין של **השופט הנדל**: **"לעתים, אדם יוכר כהורה של היילוד מתוקף קשר זוגיות בו הוא נמצא, עובר להיריון וללידה, עם בעל או בעלת הזיקה הגנטית ליילוד. הדבר רלוונטי במקרה בו זוג אינו יכול להביא לעולם צאצא מהחומר הגנטי של שני בני הזוג, אלא רק משל אחד מהם. עם זאת בתום ההליך שני בני הזוג מוכרים כהוריו של היילוד: אחד מהם מכוח הזיקה הגנטית והשני כנגזרת מהקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הגנטי"**. כלומר, לפי ההגדרה של "הזיקה לזיקה" של **השופט הנדל**, צו הורות פסיקתי הינו הרחבה של היסוד הגנטי. יחד עם זאת, בקריאה של פסיקות אחרות של בתי המשפט בעניין, התומכות בשימוש בצו הורות פסיקתי, ניתן לראות שחלקן רואות צו הורות זה כיסוד פרקטי נוסף של הורות הסכמית. למעשה, מדובר בהכרה בהורות שאינה רק הרחבה של היסוד הגנטי של בן הזוג, ולכן הצו יכול להינתן גם כאשר אין בהכרח "זיקה לזיקה". לפיכך, עולה כי היסוד הגנטי נשחק לטובת יסודות שונים ומגוונים כמו ההורות החברתית וההסכמית משפטית. בכך, באמצעות פסיקות בתי המשפט נוספה האפשרות הרביעית הלגיטימית להכרה בהורות משפטית והיא צו הורות פסיקתי בנפרד מהאפשרות לצו הורות מכוח החוק.

<sup>10</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק - גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי משפטים מז תשע"ח 117 (2018).

<sup>11</sup> עמ"ש (מחוזי ב"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.1.2014).

<sup>12</sup> סעיף 42 (א) לחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010.

<sup>13</sup> בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.2015).

למרות ההצהרות של בתי המשפט שמכירים בהורות המחודשת כהסדר ביניים בלבד עד שיוסדר העניין על ידי המחוקק, נעשה שימוש בצו ההורות הפסיקתי הלכה למעשה. דהיינו באופן פרקטי הפך צו ההורות הפסיקתי לדרך פשוטה וזמינה לרבים להיות הורים משפטיים לכל דבר ועניין, גם ללא זיקה ביולוגית, גנטית או פיזיולוגית לילד. טענת המדינה בכך שקיים חוסר יכולת משפטית להכרה בדרכים נוספות כמו זו אינה עומדת עוד להגנתה<sup>14</sup>, וכפי שנאמר לעיל, נראה כי צו ההורות הפסיקתי הפך לאפשרות נוספת להכרה בהורות בישראל.

לאחר **פס"ד פלונית**<sup>15</sup>, החל להיעשות שימוש מאסיבי בפניות לבתי המשפט לקבלת צו ההורות. ההליך לקבלת צו ההורות פסיקתי קיבל גושפנקה חוקית **בבג"ץ ממשט מגד**<sup>16</sup>, עליו נדון בהרחבה בהמשך, כאשר ניתנה הכרה באבהות משפטית של אב שאינו האב הגנטי של ילד, הנולד במהלך הליך פונדקאות בחו"ל של בני זוג הומוסקסואליים<sup>17</sup>.

יחד עם התפתחותה של הלגיטימציה החברתית והמשפטית לזוגיות של בני זוג מאותו המין בישראל, החלה עלייה בקריאה ליצור יחסי הורות בתאים משפחתיים אלה, ודרישה לאפשר להם שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות על מנת להגשים את יצירת התא המשפחתי שלהם. הדרישה להכיר מבחינה משפטית בילדים שהובאו לעולם בתא משפחתי חד מיני עלתה גם היא, ובתי המשפט נדרשים להכריע בנוגע למגוון הקשרים, סוגי המשפחות וסוגי ההורות. העמדה של הדין הישראלי בנוגע ליצירת יחסי הורות של משפחות חד מיניות אינה חד משמעית, הן כשמדובר בסיוע של צד שלישי וטכניקות הולדה לשם הבאת הילדים לעולם והן בנוגע להכרה משפטית ביחסי ההורים שנוצרו.

בדין הישראלי קיים הבדל בין היחס לנשים שמעוניינות להביא ילדים לעולם ולממש את הורותן, מבחינת האפשרויות העומדות בפניהן, לבין היחס לגבי גברים שמעוניינים להביא ילדים ולממש את הורותם, ומבחינת האפשרויות העומדות בפניהם. הנשים בעלות יתרון על הגברים בהיבט זה כיוון שלהן יכולת טבעית להיכנס להיריון, ומידת הסיוע הרפואי שהן צריכות על מנת להיכנס להיריון מצומצמת יחסית לעומת זו הנדרשת לגברים. מנגד, הגברים זקוקים למעורבות האישה לאורך כל ההליך: תרומת ביציות להפריה, הליך ההפריה, נשיאת ההריון והולדת הילוד. הקושי של הגברים להביא ילדים לעולם גדול יותר מזה של הנשים, ללא קשר לנטייתם המינית. כמו כן, הורותם של גברים הינה מורכבת ומעלה בעיות אתיות ושיקולים של שימוש בגוף האישה, החפצה, מסחור ועוד.

נראה כי המשפט הישראלי מקנה משקל רב יותר לקשיים ולמחירים הנלווים לאפשרויות של גברים המבקשים להביא ילד לעולם בסיוע של הטכנולוגיה להפריה תוך שימוש בגופן של נשים לעומת אלו של הנשים, ומקנה משקל נמוך יותר לזכותם של הגברים להורות, ורצונם של הגברים להפוך להורים. תפיסה זו של המשפט הישראלי ממחישה תפיסה מסורתית בנוגע ליכולתם ההורית של הגברים לעומת יכולתן ההורית של נשים, והמשמעות של הורות עבור כל אחד מהמינים. אולם, גם אצל נשים, לבנות זוג מאותו המין - הומוסקסואליות, ישנם קשיים רבים מבחינת זכותן להורות, והמשפט הישראלי ממחיש תפיסות הטרוא-נורמטיביות (השקפת עולם הטרוא-נורמטיבית) תטען לטבעיות הביולוגית של המין, זהות המגדר ותפקידי המגדר) של משפחה והורות<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק - גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 120,121 (2018).

<sup>15</sup> ראה הי"ש 7 לעיל.

<sup>16</sup> בג"ץ 566/11 דורון ממשט מגד נ' משרד הפנים, סו(3) 493 (2014).

<sup>17</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק - גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 118 (2018).

<sup>18</sup> איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות ע"י בני אותו מין 396 זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית (2016).

### 3. החוק בישראל- חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד

היילוד), תשנ"ו-1996

#### תחולת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 –

בישראל, מוסדר הליך הפונדקאות בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) – התשנ"ו, 1996<sup>19</sup> ובשמו המקובל: חוק הפונדקאות. נכון להיום, חוק הפונדקאות בארץ חל על זוגות נשואים או ידועים בציבור גבר ואישה, וכן גם על אימהות יחידניות, והוא אינו חל על אבות יחידים ועל זוגות חד מיניים גברים. עבור אבות יחידים וזוגות חד מיניים גברים, פתוחה האפשרות של פונדקאות בחו"ל, עליה נעמוד בהמשך.

**בס'1 לחוק הפונדקאות<sup>20</sup>**, מופיעות ההגדרות הבאות:

#### **"הגדרות**

1. בחוק זה –

...

**(תיקון מס' 2) תשע"ח-2018**

"הורים מיועדים" – הורים מיועדים שהם בני זוג וכן אם מיועדת יחידה;

**(תיקון מס' 2) תשע"ח-2018**

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

**(תיקון מס' 2) תשע"ח-2018**

"אם מיועדת יחידה" – אישה בלא בן זוג, המתקשרת עם אם נושאת לשם הולדת ילד;"

על פי חוק הפונדקאות, הזכאים להליך פונדקאות בישראל הם איש ואישה תושבי ישראל וכן אישה יחידנית תושבת ישראל. הזכאות של אישה יחידנית תושבת ישראל להליך הפונדקאות, קמה אך ורק במקרים בהם לאישה יש בעיות רפואיות שבגינן אינה יכולה להיכנס להיריון או לשאת הריון. לפי **ס' 5(א)(ג1)(א) לחוק הפונדקאות<sup>21</sup>**, חלה חובה על ההורים המיועדים בעת אישור ההסכם להיות מעל גיל 18, ושלאחד מהם לפחות טרם מלאו 54 שנים. אולם, ועדת האישורים רשאית במקרים מיוחדים שיירשמו, לאשר הסכם לנשיאת עוברים אף אם לא מתקיים התנאי לעניין הגיל המירבי.

#### **עריכת הסכם בהתאם לחוק הפונדקאות –**

חוק הפונדקאות קובע כי על ההורים המיועדים והאם הפונדקאית לערוך הסכם (הסכם לנשיאת עוברים)<sup>22</sup>, המעגן את כל ההתחייבויות של הצדדים ועליו להתייחס לכל היבט של הליך הפונדקאות: בריאותי, משפטי, כלכלי ופסיכולוגי.

<sup>19</sup> חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

<sup>20</sup> סעיף 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

<sup>21</sup> סעיף 5 (א)(ג1)(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

<sup>22</sup> ראה הי"ש 20 לעיל.



## ”הגדרות

1. בחוק זה –

...

(תיקון מס' 2) תשע"ח-2018

...

”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;”

החל מקום המדינה ובמשך עשורים רבים לאחר מכן, נושא ההסכמים לנשיאת עוברים אינו היה מוסדר מבחינה רגולטורית. לאור פסיקות ותקדימים שונים כתולדה של מאבק ארוך שנים להסדרת הזכויות והחובות של הצדדים המעורבים בהליך הפונדקאות, מונתה וועדה מקצועית שתפקידה לדון בהיבטים שונים של הפריה חוץ גופית – וועדת מור יוסף. וועדת מור יוסף<sup>23</sup> הוא כינויה של וועדה ציבורית שמונתה על ידי מנכ”ל משרד הבריאות ביוני 2010, על מנת לבחון את ההסדרה החקיקתית של נושא הפריה וההולדה בישראל, ועליה נרחיב עוד בהמשך.

חוק הפונדקאות מתיר הריונות באמצעות הליך הפונדקאות בארץ, לזוגות הטרוסקסואלים (זוגות נשואים וכאלה החיים תחת הסכם חיים משותפים) ולאמהות יחדניות, להפוך להורים באמצעות הליך הפונדקאות בכפוף לשני תנאים מצטברים:

- 1) עריכת הסכם בין האם הנושאת ובין ההורים המיועדים.
- 2) קבלת אישור להסכם זה בוועדות האישורים שהוקמה מכוח חוק.

ההסכם לנשיאת העובר, שנחתם בין האם הנושאת להורים המיועדים, יוגש לאישורה של וועדה מיוחדת מטעם משרד הבריאות (הנקראת וועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות)), ולאחר תהליך של אישור הוועדה, יוכלו הצדדים להתחיל בפן הרפואי של הליך הפונדקאות. נוסף כי תוקף אישור הוועדה הוא לתקופה של עד 18 חודשים מיום חתימת ההסכם או עד 6 ניסיונות הפריה לפי המוקדם ביניהם. במידה ורוצים להאריך את תוקפו של ההסכם, יש צורך בקבלת אישור מחודש של הוועדה. מדובר בהסכם סופי, אשר האם הפונדקאית אינה יכולה לחזור ממנו, אלא במקרים קיצוניים בלבד.

### אישור הוועדה ואישור הסכם ההורות –

נראה כי הליך האשרור הכפול במשפט הישראלי (עריכת ההסכם בין ההורים המיועדים לאם הנושאת ואישורו ע”י הוועדה, ולאחר תום הליך הפונדקאות קבלת אישור על ידי בית המשפט לענייני משפחה באמצעות צו הורות). מונע בין היתר תרחישים שערורייתיים מודרניים בין האם הפונדקאית להורים המיועדים, לכן כמעט ואין עתירות בנושא סכסוכים שכאלה, וניתן למצוא בעתירות לבג”ץ בעיקר תביעות של זוגות ופרטים שאינם יכולים לעשות שימוש בשירותיה של אם נושאת ישראלית, ומודרים ממעגל הזכאות לשימוש בפרקטיקה זו כגון אבות יחידניים, בני זוג הומוסקסואלים וזוגות הטרוסקסואליים שהולידו שלושה ילדים ובפעם הרביעית לא יוכלו לעשות עוד שימוש בשירותי האם הנושאת. כאמור לעיל, חוק הפונדקאות מגביל את השימוש בו לזוג הורים הטרוסקסואלים ולאם יחידנית בלבד, ואת מספר הילדים שאותם ניתן להוליד באמצעות הפרקטיקה של נשיאת העוברים<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריה וההולדה בישראל, מאי 2012.  
<sup>24</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 125,126 (2018).

מעיון בחוק הפונדקאות, נראה כי לפי החוק קיימים מספר תנאים שנדרשים להסכם פונדקאות על מנת שההסכם יוכל להיות מאושר על ידי הוועדה מטעם משרד הבריאות:

1. בני הזוג נשואים או בני זוג שיש להם הסכם חיים משותף וכן אם מיועדת יחידה.
  2. בני הזוג הם בגירים (מעל גיל 18), תושבי הארץ.
  3. לאם המיועדת יש בעיה רפואית מוכחת המונעת ממנה להרות באופן טבעי או לשאת הריון עד תומו.
  4. האם הפונדקאית היא תושבת ישראל, וצריכה להיות בין הגילאים 22-38.
  5. האם הפונדקאית היא אם לילדים שאינה נשואה ואינה קרובת משפחה של בני הזוג.
  6. האם הפונדקאית משתייכת לאותה דת כמו האם המיועדת.
- וקיימים עוד מספר תנאים נוספים הקבועים בחוק.

## צו הורות –

### ס' 1 לחוק הפונדקאות<sup>25</sup>:

(תיקון מס' 2) תשע"ח-2018

"הגדרות

1. בחוק זה –

...

"צו הורות" – צו בדבר אפטרופסות של הורים מיועדים על ילד שנולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים וקיום יחסי הורות ביניהם;

### ס' 11 ו-12 לחוק הפונדקאות<sup>26</sup>:

צו הורות (תיקון מס' 1) תשע"א-2010

11. (א) "תוך שבעה ימים מיום לידת הילד יגישו ההורים המיועדים בקשה למתן צו הורות; לא הגישו ההורים המיועדים בקשה כאמור, תוגש בקשה על ידי עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים באמצעות נציג היועץ המשפטי לממשלה."

ניתן ללמוד מהחוק כי על אף שהסכם נשיאת העוברים מאושר ע"י וועדת האישורים, על ההורים המיועדים, גם כשהם ההורים הגנטיים של הילד, לפנות לביהמ"ש לענייני משפחה תוך 7 ימים על מנת לבקש צו הורות.

(תיקון מס' 2) תשע"ח-2018

1א) "הוגשה בקשה לפי סעיף קטן (א) וסבר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי קיים חשש לפגיעה בטובת הילד שבעניינו הוגשה הבקשה או נודע לעובד סוציאלי כאמור כי האם הנושאת מתכוונת להגיש בקשה לחזור בה מההסכם לפי סעיף 13, יודיע על כך לבית המשפט ובית המשפט לא יחליט בבקשה אלא לאחר קבלת תסקיר מאת העובד הסוציאלי; בית המשפט רשאי לדרוש קבלת תסקיר כאמור בסעיף קטן זה בכל עת לפני ההחלטה בבקשה, אם ראה צורך בכך."

<sup>25</sup> ראה הי"ש 20 לעיל.

<sup>26</sup> סעיף 11 ו 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

## (תיקון מס' 2) תשע"ח-2018

(ב) "מצא בית המשפט כי הילד שבעניינו הוגשה בקשה לפי סעיף קטן (א) נולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שנעשה ואושר בהתאם להוראות חוק זה, ייתן צו הורות להורים המיועדים, אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים שהוגש לפי סעיף קטן (א1), כי הדבר נוגד את טובת הילד; נוכח בית המשפט כאמור ייתן צו לפי סעיף 14."

### תוצאות מתן צו הורות –

12. " (א) עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפטרופסיים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר וענין."

### ס' 10 לחוק הפונדקאות<sup>27</sup>:

#### משמורת, אפטרופסות ומסירה

10. (א) " עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו."

## (תיקון מס' 1) תשע"א-2010

(ב) " עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים שייקבע לכך על ידי עובד סוציאלי ראשי כאמור בסעיף 20(ג) יהיה, בכפוף להוראות סעיף קטן (א), האפטרופוס הבלעדי על הילד משעת לידתו ועד למתן צו הורות או עד למתן צו אחר הקובע את מעמדו של הילד."

## (תיקון מס' 1) תשע"א-2010 (תיקון מס' 2) תשע"ח-2018

(ג) "מסירת הילד על ידי האם הנושאת למשמורת ההורים המיועדים תהיה בנוכחות העובד הסוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים ובסמוך לאחר הלידה ככל שניתן; לא ימסור אדם למשמורת ולא יקבל למשמורת ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עוברים שלא בנוכחות עובד סוציאלי..."

### מטרותיו של צו ההורות –

לצו ההורות מטרה כפולה- הראשונה, ניתוק הזיקה בין האם הנושאת לילוד, והשנייה, הסדרה סופית של הורותם המשפטית של ההורים המיועדים במטרה לצמצם ככל האפשר חילוקי דעות עתידיים והתדיינויות בין ההורים המיועדים לבין האם הנושאת. העברת ההורות המשפטית מהאם הנושאת להורים המיועדים הינה סופית. רק לאחר השלמת הליך קבלת צו ההורות, הופכים ההורים המיועדים לאפטרופוסים הבלעדיים של הילד. ברגע שההורים המיועדים הופכים לאפטרופוסים הבלעדיים, מסתיים הפיצול המצוי בס' 10 לחוק הפונדקאות שאומר שמרגע לידת ילוד, מבחינה פיזית, הוא יהיה במשמורת ההורים המיועדים, ועליהם תחול האחריות והחובות ההוריות, אך עובד סוציאלי שייבחר על ידי ביהמ"ש לענייני משפחה יהיה האפטרופוס הבלעדי הזמני של הילד עד אשר יקבלו ההורים המיועדים את צו ההורות<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> סעיף 10 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.  
<sup>28</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 122,123 (2018).

המצב החוקי בישראל כיום, מאפשר לבני זוג גבר ואישה ולאמהות יחדניות, בהתאם לתנאים הקבועים בחוק הפונדקאות שפורטו לעיל, להביא ילד לעולם באמצעות הליך הפונדקאות בישראל. חוק הפונדקאות אינו חל על אבות יחידים ועל זוגות חד מיניים גברים.

היינו שעבור זוגות גברים חד מיניים הומוסקסואליים ואבות יחדניים קיימות שתי דרכים להבאת ילד לעולם בישראל- **האחת** הינה אימוץ בהתאם להוראות חוק האימוץ<sup>29</sup>, **והשנייה** יצירת הסכם הורות משותף עם אישה. דרכים אלו מורכבות ולכן השימוש בהן מופחת ולא נפוץ.

בגלל שביצוע הליך פונדקאות בישראל חסום ומוגבל בפני זוגות אלו, קיימת עבורם האפשרות הנוספת להבאת ילד לעולם מחוץ לישראל- בדרך של ביצוע הליך הפונדקאות בחו"ל (אליו נתייחס בהמשך בפרקים 4-5 להלן). הליך הפונדקאות בחו"ל נתפס על ידי רבים כהליך פחות בירוקרטי מההליך שבישראל, זול יותר, זמין, נגיש ונוח, וזאת למרות המרחק הגיאוגרפי שבין ההורים המזמינים הישראלים לאם הנושאת הנמצאת בחו"ל<sup>30</sup>, ולמרות הפרוצדורה הנוספת שנדרשת בישראל על מנת להשלים את ההליך כפי שיפורט בהמשך.

---

<sup>29</sup> ראה ה"ש 6 לעיל.

<sup>30</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 127 (2018).

## 4. פרוצדורת הליך הפונדקאות

הליך הפונדקאות מתחלק לשני סוגים: פונדקאות חלקית ופונדקאות מלאה.

**פונדקאות חלקית** – הליך שבמסגרתו האם הפונדקאית תורמת את הביצית שלה ואת רחמה. כלומר, הילד אשר נולד ונמסר להורים המיועדים, קשור גנטית לאם הפונדקאית. בעצם האם הפונדקאית תורמת תהליך הריוני וביצית משלה אשר מופרית בזרע, כך שהאם הפונדקאית היא גם האם הגנטית.

**פונדקאות מלאה** – הליך שבמסגרתו האם הפונדקאית תורמת את רחמה בלבד, והעובר המושתל בה הוא הפריית ביצית של האם המיועדת או של אישה אחרת, עם הזרע של האב המיועד או זרע של גבר אחר. בעצם האם הפונדקאית נושאת תהליך הריוני בלבד, והעובר מועבר לרחמה באמצעות תהליך (IVF) (IN VITRO FERTILISATION) שהוא תהליך הפריה חוץ גופית. בתהליך זה הזרע והביצית מופרים במבחנה, ולאחר מכן מועברים לרחם שם מתפתח ההיריון כרגיל.

**פונדקאות בישראל** – מדינת ישראל הסדירה בחוק הפונדקאות את האפשרות של לידת תינוק באמצעות אם פונדקאית. כאמור לעיל, חוק הפונדקאות בארץ חל על בני זוג שהם גבר ואישה, והחל מכניסתו לתוקף של התיקון להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשע"ח-2018<sup>31</sup>, חל גם על נשים יחידניות, ולא חל על גברים יחידים וזוגות גברים הומוסקסואליים. התיקון לחוק הרחיב את הזכאות לפונדקאות גם עבור נשים יחידניות הסובלות מבעיות רפואיות, אך עם זאת עדיין נמנעת אפשרות זו מגברים יחידניים ומבני זוג מאותו המין. נציין כי בישראל, מבוצעים הליכים של פונדקאות מלאה בלבד, כיוון שחוק הפונדקאות לא מתיר שימוש בביצית של האם הפונדקאית. פונדקאות מלאה מורכבת פחות מבחינה משפטית מאשר פונדקאות חלקית בה התינוק נמסר לחזקת ההורים המיועדים, אך אינו בעל קשר גנטי לאם המיועדת וקשור גנטית לאם הפונדקאית. תהליך הפונדקאות בארץ מתנהל על ידי וועדה מיוחדת מטעם משרד הבריאות: וועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות) שבמשרד הבריאות. בוועדה שבעה חברים הממונים על-ידי שר הבריאות, ובהם שלושה רופאים (שניים מהם מומחים ביילוד ובגינקולוגיה ואחד מהם מומחה לרפואה פנימית), פסיכולוג קליני, עובד סוציאלי, נציג ציבור שהוא משפטן ואיש דת לפי דתם של ההורים המיועדים. שר הבריאות ממנה יושב ראש לוועדה מבין חבריה, והחלטות הוועדה מתקבלות ברוב קולות. העומדים בהוראות החוק ומעוניינים להביא ילד לעולם באמצעות הסדר פונדקאות בישראל, נדרשים לקבל לכך אישור מהוועדה.

### ס' 3 לחוק הפונדקאות<sup>32</sup>:

#### **ועדת האישורים**

3. (א) "שר הבריאות ימנה ועדת אישורים בת שבעה חברים שהרכבה:

(1) שני רופאים בעלי תואר מומחה ביילוד ובגינקולוגיה;

(2) רופא בעל תואר מומחה ברפואה פנימית;

(3) פסיכולוג קליני;

(4) עובד סוציאלי;

(5) נציג ציבור שהוא משפטן;

(6) איש דת, לפי דתם של הצדדים להסכם לנשיאת עוברים.

שר הבריאות ימנה יושב ראש לוועדת האישורים מבין חבריה."

<sup>31</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018.

<sup>32</sup> סעיף 3 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

השלבים להליך הפונדקאות בישראל – הליך הפונדקאות הוא הליך מורכב מבחינה בירוקרטית ונפשית. בני זוג המעוניינים להיעזר באם פונדקאית, נדרשים לקבל אישור ראשוני עקרוני מהוועדה במשרד הבריאות. לאחר קבלת האישור הראשוני, על בני הזוג לאתר אם פונדקאית. איתור הפונדקאית יכול להיעשות באמצעות פרסום באמצעי התקשורת או באמצעות סוכנויות תיווך המיועדות לכך, המסייעות באיתור הפונדקאית ובהליך הבירוקרטי מול הוועדה ובהתאם לכך גובות עמלה. על האם המועמדת לפונדקאות לעבור בדיקות רפואיות מקיפות רבות לרבות בדיקות גנטיות, בדיקת סוג דם, בדיקות הורמונים, בדיקות גניקולוגיות, בדיקות פסיכולוגיות ועוד. לאחר שבני הזוג איתרו אם פונדקאית מתאימה שעברה את כל הבדיקות הנדרשות, עליהם לפנות לעורך דין ולערוך הסכם (כמפורט בפרק 3 לעיל) המעגן את כל האספקטים של הליך הפונדקאות, לרבות הסכמתה של האם הפונדקאית להתעבר בדרך של השתלת ביצית האם המיועדת (או תרומת ביצית) מופרית בזרע האב המיועד (או תרומת זרע), לשאת את ההיריון ולמסור את התינוק לאחר הלידה להורים הביולוגיים המיועדים.

ההסכם אותו עורכים האם הפונדקאית וההורים המיועדים מוגש לאישורה של הוועדה, יחד עם מסמכים נוספים כגון: חוות דעת של רופא מומחה בדבר קיומה של בעיה גנטית או בעיה רפואית אשר אינה מאפשרת לאם המיועדת להיכנס להיריון או לשאת היריון בבטחה, חוות דעת של פסיכולוג המאשרת כי הצדדים מוכנים ובשלים להליך הפונדקאות ועוד. הוועדה, בוחנת בדקדקנות את תנאי ההסכם ומקיימת ראיונות לאם הפונדקאית ולהורים המיועדים. הוועדה לא תאשר את המשך הליך הפונדקאות אלא אם שוכנעה כי בפניה כל חוות הדעת המקצועיות המעידות על כך כי הצדדים חתמו על ההסכם בהסכמה חופשית ומרצון, מבינים את משמעות ההליך, הסיכונים בו ותוצאותיו, וכי הם נכונים באופן מלא להליך זה. בנוסף הוועדה בוחנת כי לא קיים חשש לפגיעה בבריאות האם הנושאת או בשלום הילד שייוולד, וכי לא נכללו בהסכם לנשיאת עוברים תנאים הפוגעים או המקפחים את זכויות הילד שייוולד או את זכויות אחד מהצדדים.

ההסכם הוא סופי, האם הפונדקאית לא יכולה לחזור ממנו אלא במקרים קיצוניים בלבד. כאמור לעיל ההסכם תקף 18 חודשים או לשישה ניסיונות הפריה (המוקדם מביניהם), ובמידה ורוצים להאריך את תוקפו של ההסכם למספר חודשים או מספר ניסיונות וטיפולים נוספים יש צורך לקבל אישור חדש מהוועדה. רק לאחר קבלת אישור ההסכם וקבלת הזכאות מהוועדה, ניתן להתחיל בהליך הפונדקאות. לאחר קבלת הזכאות מתחיל ההליך הרפואי.

כאמור, במסגרת הפונדקאות המלאה הנהוגה בישראל, נעשית הפריה חוץ גופית באמצעות מבחנה, הפונדקאית תהרה מזרעו של האב המיועד (או תרומת זרע) ומביצית האם המיועדת (או תרומת ביצית). לאחר שההפריה צלחה וההריון נקלט אצל הפונדקאית, לפי הוראות ס' 9 לחוק הפונדקאות<sup>33</sup>, בשבוע העשרים להריון יש להודיע לעובד סוציאלי הראשי לחוק הפונדקאות, על ההריון ועל תאריך הלידה המשוער. עד לשלב הלידה על העובד הסוציאלי לסייע להורים המיועדים בהכנה לקראת קבלת צו הורות בבית המשפט לענייני משפחה (שהנו מכשיר משפטי מכוח חוק הפונדקאות כמפורט בפרק 3 לעיל).

בשלב הלידה, האם המיועדת תיהיה נוכחת בלידה. לאחר הלידה האם הפונדקאית מאושפזת במחלקת נשים בבית החולים, ואילו האם המיועדת תיהיה במחלקת יולדות בבית החולים על מנת להיות קרובה לילוד. עם הלידה היילוד מאושפז במחלקת היילודים, ועובר למשמורת ההורים המיועדים תחת אפטרופסות של עובד סוציאלי ומקבל מספר תעודת זהות זמני.

<sup>33</sup> סעיף 9 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

בהתאם להוראות חוק הפונדקאות, תוך 24 שעות ממועד הלידה מגיעה עובדת סוציאלית לבית החולים ומחתימה את האם הפונדקאית על טופס ויתור וטפסים נוספים לצורך הבקשה לקבלת צו הורות. לאחר החתימה על הטפסים, הטפסים נשלחים לבית המשפט לענייני משפחה תוך שבעה ימים מלידת היילוד. בית המשפט לענייני משפחה יתן צו הורות, אלא אם כן נוכח כי הדבר נוגד את טובת הילד. לאחר שניתן צו הורות מוסר שמה של האם הפונדקאית מהרישומים השונים והיילוד מקבל מספר תעודת זהות חדש. ההורים המיועדים נרשמים במשרד הפנים כהוריו החוקיים והאפוטרופוסים הבלעדיים של הילוד.

עלות הליך הפונדקאות בישראל – עלותו הבסיסית של הליך הפונדקאות בישראל עומדת על סך של 150-180 אלף ₪, אשר לא כולל תוספות שונות שיש בהן צורך כמו בדיקות רפואיות שונות, חוות דעת ועוד.

**פונדקאות בחו"ל** – המגבלות שמטיל חוק הפונדקאות הישראלי, מביא לכך שאנשים רבים לא יכולים להביא ילד לעולם בדרך זו, על כן ישראלים רבים פונים להליך פונדקאות בחו"ל במדינות המתירות זאת לזרים, אשר הינו הליך מורכב יותר מבחינה לוגיסטית ועלותו גבוהה יותר. נוסף לכך, הליך פונדקאות בארץ יכול להימשך זמן רב בשל היצע דל של נשים פונדקאיות.

כאמור לעיל, הליך הפונדקאות בישראל פונה לבני זוג שהם גבר ואישה או לנשים יחידניות. גברים יחידים וזוגות חד מיניים הומוסקסואליים אינם יכולים לעבור הליך של פונדקאות בישראל ועל כן האפשרות הפתוחה בפניהם היא פונדקאות בחו"ל. נוסף להם הפונים להליך פונדקאות בחו"ל הינם ישראלים ללא זכאות לפונדקאות (תושבי ישראל שלא עומדים בתנאי חוק הפונדקאות, או שלא קיבלו היתר זכאות מהוועדה או זוגות הטרוסקסואלים המעוניינים בפונדקאות חלקית שכאמור לעיל אסורה בישראל), ישראלים הזכאים לפונדקאות בארץ אך מעוניינים לקצר את ההליך (לאור היצע דל של נשים פונדקאיות בישראל כמפורט לעיל) ועוד. כיום אין בישראל הסדרה חוקית של קבלת מעמד מכוח פונדקאות בחו"ל או של היבטים אחרים בפונדקאות בחו"ל. בכל הקשור לפונדקאות בין-לאומית אין אמנה שעליה חתומה ישראל ולפיה אפשר לנהוג בהיעדר חקיקה מדינית. היעדר הסדרה מדינית ובינלאומית של הסוגייה מקשה הן על זוגות ויחידים הפונים לבצע את ההליך בחו"ל, והן על רשויות המדינה שצריכות להתמודד עם תוצאות ההליכים האלה ללא מעורבות בשלבים מקדמיים שלהם.

**השלבים להליך הפונדקאות בחו"ל** – הליך הפונדקאות בחו"ל גם הוא הליך מורכב וארוך, ומבחינה לוגיסטית מורכב עוד יותר מההליך בישראל. ראשית, על הפונים להליך הפונדקאות בחו"ל לבחור את המדינה המתאימה המתירה את ההליך לזרים ובה הם מעוניינים להתחיל את ההליך, לכל מדינה קיימים חוקים שונים בנושא הפונדקאות ולהם יתרונות וחסרונות. שנית, לאחר בחירת המדינה המתאימה, יש לאתר אם פונדקאית מתאימה (הליך כשלעצמו יכול לקחת זמן רב). שלישית, לאחר שנבחרה הפונדקאית המתאימה ובשל העובדה כי האם הפונדקאית חיה במדינה אחרת, המעורבות של ההורה / ההורים המיועדים מתנהלת בשלט רחוק ומצומצמת יותר, ולכך נלווה קושי רב.

דבר נוסף הגורם לכך שהליך הפונדקאות בחו"ל מורכב יותר הוא הליך ההכרה בהורות על היילוד שאינה קיימת בהליך הפונדקאות שמבוצע בישראל, ונדרשת לשם התרת כניסתו של היילוד לישראל וקביעת המעמד המשפטי. הקשיים מתעוררים בין היתר בשל חוסר הסדרת הליך הפונדקאות במדינות שונות בהן מתבצעת ההתקשרות, הדבר בא לידי ביטוי כאשר ההורים המיועדים מעוניינים להיכנס עם היילוד חזרה לישראל. במקרים רבים ההורים המיועדים נותרים ללא הכרה משפטית, והיילוד ללא מעמד חוקי וללא אישור כניסה לישראל, והסדר פרוצדורה זו יכול לקחת זמן רב.

בשונה מהליך הפונדקאות בארץ, לפיו די בהסכם הפונדקאות על מנת לקבל את צו ההורות מבית המשפט לענייני משפחה, חוק הפונדקאות מסמיך את בית המשפט לתת צו הורות רק בפונדקאות הנעשית בישראל לפי ההליך הקבוע בחוק. בהתאם לחוק, צו ההורות אינו חל בהליכים שלא נעשו לפי חוק הפונדקאות הישראלי. כאשר מדובר בפונדקאות הנעשית בחו"ל אין אפשרות משפטית להכיר בהורות של ההורים המיועדים לכל דבר ועניין רק מכוח הסכם הפונדקאות, זאת ועוד במקרים רבים אף לא ניתן פסק דין להורות במדינות בהן התבצע ההליך ומדובר בהסכם בין הצדדים המעורבים בלבד.

בהיעדר אפשרות למתן צו הורות מכוח החוק בהליכים מחו"ל, ישנן שתי דרכים אפשריות הקיימות כיום בחקיקה הישראלית להכיר בהורות זו- הורות גנטית והורות מכוח אימוץ. הצורך להסדיר את מעמד היילוד וההורים המיועדים מתעורר כבר סמוך ללידה, כאשר ההורים המיועדים מבקשים ממשד הפנים להתיר את כניסתו של היילוד לישראל ולתת לו אזרחות ישראלית. תהליך הבאת היילוד לבית הוריו המיועדים כולל את הטסתו, הנפקת אזרחות והסדרת המעמד החוקי של ההורים כלפיו. ההסדרים הביורוקרטיים מאלצים את ההורים המיועדים ואת היילוד לשהות בממוצע כחודש במדינה שבה נערכה הלידה, עד שמדינת ישראל תאשר את זכאות היילוד לאזרחות וכניסתו לישראל. במדינות שבהן היילוד מקבל את אזרחות המדינה בה נולד, ניתן להוציא ליילוד דרכון ולהסדיר את קבלת האזרחות בהגיע ההורים והיילוד לישראל.

על פי נוהל של משרד הפנים, מדינת ישראל אינה מכירה באופן אוטומטי ברישום ההורות במדינה שבה התבצעה הפונדקאות, אלא דורשת מההורים המסתייעים בפונדקאות להגיש תביעה להצהרה על הורותם בבית המשפט לענייני משפחה במסגרתה מתבצעת בדיקת רקמות לצורך הוכחת התאמה גנטית בין ההורה הנטען ליילוד. במצב זה, משרד הפנים דורש להוכיח את ההורות הגנטית (בדרך כלל של האב המיועד) בדרך של בדיקה גנטית לקשרי משפחה, לפי חוק מידע גנטי<sup>34</sup>, טרם כניסת היילוד לישראל ובאישור בית המשפט. בנוסף, על מנת לוודא כי אין מדובר בחטיפת ילד מהמדינה בה נולד, ואין מדובר בסחר בתינוקות, לרוב דורש משרד הפנים דרישות נוספות כגון: הצגת הסכם הפונדקאות, קבלת הסכמת האם הנושאת להוצאת היילוד ממדינת החוץ ולמתן אזרחות ישראלית, לעיתים נדרשת גם הוכחה כי הפונדקאות נערכה בהתאם להוראות הדין של אותה המדינה. במסגרת הליכים אלו מדינת ישראל עומדת על כך שהיילוד לא יכנס לישראל עד לקבלת צו הורות מבית המשפט לענייני משפחה.

בעבר, לאחר ביצוע הבדיקה הגנטית, היה על בן או בת הזוג המיועדים שאינם ביולוגיים, ולא ביצעו את הבדיקה הגנטית לפנות לבית המשפט לענייני משפחה ולבקש לאמץ את היילוד של בן או בת הזוג, כיוון שהילד הוכר כילדו של ההורה הביולוגי בלבד. מהליך זה התעורר קושי לגבי הכרה בבן או בת הזוג המיועדים. כפי שאוזכר לעיל, המלצות ועדת מור יוסף בשנת 2012 נועדו לפתור בעייתיות זו. הוועדה הכריזה בהמלצותיה כי יילוד שנולד בהליך פונדקאות יזכה להכרה משפטית ולאפשרות להיכנס לארץ. בנוסף, בדיקה גנטית המעידה על קשר גנטי בין הילד לבין אחד ההורים תתאפשר ללא צו של בית המשפט וכי בן הזוג הלא גנטי יזכה להכרה ע"י צו הורות פסיקתי<sup>35</sup> ללא צורך בפנייה להליך של אימוץ, ועל כך נרחיב בהמשך.

<sup>34</sup> חוק מידע גנטי, תשס"א-2000.

<sup>35</sup> איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות ע"י בני אותו מין 419 (2016).



במאי 2013 הודיע היועמ"ש בעקבות עתירת זוגות חד מיניים **בבג"ץ ממת-מגד נ' משרד הפנים**<sup>36</sup> כי בן זוג של הורה ביולוגי בהליך פונדקאות יוכל לקבל צו הורות פסיקתי מבית המשפט ולא יאלץ לעבור הליך אימוץ.

בחודש ינואר 2014 הורה בית המשפט העליון בפסק הדין למשרד הפנים לרשום את ההורה הביולוגי ובן זוגו כהוריה של הילדה שנולדה בפונדקאות בחו"ל, ללא צורך באימוץ או בצו הורות פסיקתי, אלא על פי פסק דין הצהרתי מחו"ל: **"הוחלט ברוב דעות (המשנה לנשיא מ' נאור והשופטים ע' ארבל, ס' גובראן, א' חיות וי' דנציגר כנגד דעתם החולקת של השופטים א' רונישטיין וח' מלצר) לעשות את הצו-על-תנאי שהוצא ב- בבג"ץ 6569/11 לצו מוחלט במובן זה שההורה הלא-ביולוגי ירשם כאביה של הילדה במרשם האוכלוסין, על יסוד תעודת הלידה ופסק הדין הזר שצורפו לעתירה, בהם הוא רשום כאביה"**.

נראה כי בשנים האחרונות החלה להתפתח החקיקה השיפוטית המחודשת של צווי הורות פסיקתיים והשימוש של בתי המשפט בצווים אלו הלך וגבר גם בהליכי פונדקאות מחו"ל, למרות שהעניין עדיין לא הוסדר בחקיקה הישראלית.

עלות הליך הפונדקאות בחו"ל- עלותו הבסיסית של הליך הפונדקאות בחו"ל משתנה בין מדינה למדינה, וישנם פערים גדולים בעלויות ההליך בין המדינות השונות. נושא עלות ההליך מהווה מכשול בפני אנשים הנדרשים לבצע את הליך הפונדקאות בחו"ל. עלות הליך הפונדקאות בחו"ל גבוהה יותר באופן משמעותי מעלותו של הליך הפונדקאות בישראל. הפונדקאות בחו"ל יכולה להגיע לממוצע של בין רבע מליון ₪ ועד כחצי מיליון ₪ ואף למעלה מזה, דבר שגורם לכך שהליך הפונדקאות בחו"ל יהיה זמין לבעלי אמצעים בלבד.

#### לסיכום פרק זה –

ניתן לראות כי ישנם יתרונות וחסרונות שונים בקיום ההליכים בישראל או מחוץ לישראל, ולכך גם נקודות שוני ונקודות דמיון. נראה כי קיום הליכי הפונדקאות בישראל עדיפים יותר עבור זוגות או יחידנים ישראלים בשל העובדה הכלכלית הכרוכה בכך, מבחינה לוגיסטית, מבחינת נוחיות וגמישות ההורים המיועדים והאם הפונדקאית, ובעיקר מבחינה פרוצדוראלית, משפטית וחוקית הקיימת במרבית המדינות בהן מתבצע ההליך, והקושי הכרוך בהבאת היילוד לישראל לאחר ביצוע ההליך מחוץ לישראל.

---

<sup>36</sup> ראה הי"ש 16 לעיל.

## 5. יחס המדינה להליך פונדקאות שנעשה בחו"ל (הפרוצדורה, דרישת ביצוע

### בדיקה גנטית, הצהרת הורות, מעמד והכרה בילוד)

יילוד הנולד בהליך פונדקאות בחו"ל להורים ישראליים, יוכר כילד של הוריו וכאזרח ישראלי, לאחר שהרשויות בישראל יוודאו כי היילוד הוא אכן ילדם הביולוגי של ההורים המיועדים באמצעות בדיקת DNA, בתנאי שהליך הפונדקאות נעשה והתנהל באופן חוקי באותה מדינה בה התנהל ההליך ועוד. בעבר, במידה ורק אחד מההורים המיועדים היה בעל זיקה גנטית והורהו הביולוגי של הילד, אותו הורה מיועד הוכר כהורהו הביולוגי של היילוד, וההורה המיועד השני שאינו ביולוגי, נדרש להליך אימוץ הילד. כיום, כפי שפורט לעיל אין דרישת אימוץ היילוד אלא ניתן להסתפק בפס"ד הצהרתי מהמדינה בה נולד היילוד.

מדינת ישראל דורשת כי הליכי הפונדקאות יהיו מוסדרים בחוק המתיר ביצועם של הליכים מעין אלה במדינה בה מבקשים לבצע את ההליך מחוץ לישראל. זוגות או יחידנים המבקשים לבצע הליך פונדקאות במדינה בה אין חוק המסדיר את הנושא, קרי בהעדרו של חוק באותה מדינה בה מבקשים לבצע את ההליך המתיר ביצוע הליכים אלו, לוקחים על עצמם סיכון כי ימצאו מפריס את חוקיה ונהליה של המדינה הזרה. זוגות או יחידנים שניהלו את ההליך במדינה בה אין הסדרה של ההליך בחוק ולעיתים אף עברו על החוק בעת ביצוע ההליך, ייתכן ולא יוכלו להוציא את היילוד מהמדינה בה ביצעו את ההליך על מנת להביאו לישראל, ולא יהיה בידי מדינת ישראל כדי לסייע להם. פעמים רבות מתעוררים קשיים אל מול רשויות אותה המדינה בה מבצעים את הליך הפונדקאות עקב תנאים פרוצדורליים שונים, המשתנים בין כל מדינה ומדינה.

תהליך הבאת התינוק לבית הוריו המיועדים בישראל כולל את הטסתו, הנפקת אזרחותו והסדרת המעמד החוקי של ההורים כלפי היילוד. ההסדרים הבירוקרטיים מאלצים את ההורים ואת ילדם שזה עתה נולד, לשהות כחודש (ולעיתים אף למעלה מכך) במדינה שבה נערכה הלידה, עד שמדינת ישראל תאשר את זכאות הילד להיכנס לישראל, ואת אזרחותו הישראלית. במדינות שבהן היילוד מקבל את אזרחות המדינה בה נולד, ניתן להוציא ליילוד דרכון, להטיסו לישראל, ולהסדיר את קבלת האזרחות כשהיילוד והוריו נמצאים כבר בישראל. עם זאת, תהליך זה מונע מההורים המיועדים קבלת דמי ביטוח לאומי עד לקבלת האזרחות בישראל. כלומר, עד תום הסדרת אזרחות היילוד, לרוב הוא יהיה נטול זכויות רפואיות וסוציאליות בישראל.

כמפורט לעיל, לפי **ס' 11 לחוק הפונדקאות**<sup>37</sup>, ההכרה של הורה כהורה של יילוד שנולד כתוצאה מהליך פונדקאות בישראל תהיה לפי קבלת צו הורות. צו ההורות הוא מכשיר משפטי ייחודי שהוקם מכוח חוק הפונדקאות, והוא אינו חל בהליכים שלא נעשו לפיו. צו ההורות הינו צו המכונן סטטוס אישי חדש בין היילוד לבין ההורה, ומשכך תחולתו הינה ממועד מתן הצו ואילך. צו הורות פסיקתי שהינו צו הדומה במהותו לצו הורות אשר ניתן לפי חוק הפונדקאות, נותן מענה לבני זוג או יחידים שהליך הפונדקאות לפי חוק הפונדקאות בישראל אינו פתוח בפניהם ולכן כשמדובר בפונדקאות שנעשתה בחו"ל שלא לפי חוק הפונדקאות, אין אפשרות חוקית להכיר בהורות של ההורים המיועדים. זאת ועוד, במקרים רבים אף לא ניתן פסק דין להורות במדינות שבהן התבצע הליך הפונדקאות, ומדובר בהסכם בין הצדדים המעורבים בלבד.

בהיעדר אפשרות לקבלת צו הורות בהליך פונדקאות שנעשה בחו"ל, ישנן שתי דרכים אפשריות הקיימות כיום בחקיקה הישראלית להכרה בהורות שכזו: הורות גנטית והורות מכוח אימוץ.

הצורך להסדרת מעמד הילוד ומעמדם החוקי של ההורים המיועדים מתעורר כבר בסמוך ללידה, כאשר ההורים המיועדים מבקשים ממשד הפנים להתיר את כניסת היילוד לישראל וליתן לו אזרחות ישראלית.

<sup>37</sup> סעיף 11 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

במצב זה, משרד הפנים דורש להוכיח את ההורות הגנטית בדרך של בדיקה גנטית לקשרי משפחה, לפי חוק מידע גנטי<sup>38</sup>, טרם כניסת היילוד לישראל. במידה ואחד מההורים המיועדים אינו הורה ביולוגי, עליו לפנות לאחר ביצוע הבדיקה הגנטית של ההורה הביולוגי לבית המשפט לענייני משפחה ולבקש לאמץ את ילדו של בן-הזוג הגנטי. סוגיית קביעת ההורות במצבים כאלו, עשויה להיות מורכבת יותר כאשר הפונדקאות הייתה כרוכה גם בתרומת ביצית או תרומת זרע.

נראה כי כיום, בעקבות השינויים שהתפתחו בפסיקה, הפסיקה רואה את מצבם של זוג גברים הומוסקסואליים כשווה למצבם של זוג הטרוסקסואליים שנעזרו בפונדקאות בחו"ל בשילוב תרומת ביצית<sup>39</sup>, אולם, הקושי העומד בפני זוג גברים הומוסקסואליים הינו גדול יותר, זאת מאחר וחלק מהשיטות הזרות לא מאפשרות פונדקאות לתושבי חוץ יחידים או זוגות של גברים הומוסקסואליים, ולכן אלו פונים מחוסר ברירה למדינות בהן ישנה אי בהירות משפטית בעניין התקשרות זו, או למדינות שהדבר מוסדר בחוק.

כתוצאה מהביקוש להליכים בחו"ל, מדינת ישראל פיתחה כמפורט לעיל נוהל באשר להליך הפונדקאות בחו"ל, הנקרא נוהל חו"ל. נוהל זה דורש את הצגת הסכם הפונדקאות שנערך בין הפונדקאית להורים המיועדים, והוכחת העובדה שבמדינה בה התבצע ההליך, הליך הפונדקאות הינו חוקי. בנוסף נדרשת בדיקה גנטית להוכחת קיום קשר גנטי בין אחד מההורים המיועדים ליילוד, שעל בסיסה תינתן ליילוד אזרחות ישראלית וההורה הגנטי יירשם כהורה במרשם האוכלוסין. ההורה שאינו גנטי נדרש בעבר לאמץ את היילוד, ועד רגע האימוץ המדינה לא הכירה בהורה זה כבעל קשר הורי ליילוד. יתר על כן, האם הנושאת נדרשת להגיע לנציגות הדיפלומטית באותה המדינה ולהביע תמיכתה במסירת היילוד להורים המיועדים<sup>40</sup>. על פי נוהל חו"ל, מדינת ישראל אינה מכירה באופן אוטומטי ברישום ההורות במדינה שבה התבצעה הפונדקאות, אלא דורשת מההורים המסתיעים בפונדקאית להגיש תביעה להצהרה על הורותם בבית המשפט לענייני משפחה. במסגרת הליכים אלו, המדינה עומדת על כך שהיילוד לא יוכנס לישראל עד לקבלת צו ההורות.

ניכר כי ההכרה בבן זוג הומוסקסואלי שאינו בעל זיקה גנטית, כאב משפטי נוסף של ילד הינה ההכרה השיפוטית והחקיקתית הרחבה והחשובה ביותר שנבעה מהשימוש בצו ההורות הפסיקתי. מדובר בהקשר היחיד שבו הכירו באפשרות להכיר בבן בזוג הומוסקסואלי ע"י צו הורות קונסטיטוטיובי גם בבג"ץ, וההכרה הזו עוגנה גם בהצעת החוק לתיקון חוק הפונדקאות<sup>41</sup>. הדבר מתאפשר למרות שאין לבן הזוג כל זיקה ביולוגית, גנטית ופיזיולוגית ליילוד ואף שנישואיהם של בני הזוג אינם מוכרים בישראל.

פסקי הדין בנושא החלו במחצית הראשונה של שנת 2014, החידוש הובא **בבג"ץ ממט מגד**<sup>42</sup> שנדון בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים בביהמ"ש העליון. מדובר בעתירה של שני זוגות גברים חד מיניים שהביאו ילד לעולם על ידי פונדקאות בארה"ב. **בבג"ץ 6569/11**<sup>43</sup> נערכה בדיקה להוכחת קשר גנטי בין אחד מבני הזוג, לפי הדרישה של נוהל חו"ל. לאחר שהילדה שנולדה הוכרה כאזרחית ישראל מכוח הקשר הגנטי, ביקשו בני הזוג לרשום את האב הלא גנטי כהורה במרשם האוכלוסין, ללא צורך בהליך אימוץ אלא בהתבסס על תעודת הלידה ופסה"ד מארה"ב. **בבג"ץ 566/11**<sup>44</sup> סירבו בני הזוג לבצע בדיקה גנטית לפי נוהל חו"ל כיוון ולא רצו לדעת מי האב הגנטי, וביקשו להירשם כהורים על בסיס תעודת הלידה ופסה"ד מארה"ב, ובג"ץ זה נדחה פה אחד, מהנימוק כי יש להשלים את הוכחת הזיקה הביולוגית ליילוד.

<sup>38</sup> ראה הי"ש 34 לעיל.

<sup>39</sup> תמ"ש (משפחה י-ם) 28240/09 ד.ג.נ' פרקליטות מחוז ירושלים – אזרחי (פורסם בנבו 19.3.2010).

<sup>40</sup> איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות ע"י בני אותו מין 430 (2016).

<sup>41</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018.

<sup>42</sup> ראה הי"ש 16 לעיל.

<sup>43</sup> בג"ץ 6569/11 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.06.2012).

<sup>44</sup> בג"ץ 566/11 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 15.07.2012).

**בבג"ץ ממשט מגד** אוחדו שתי העתירות שלעיל. בשתי העתירות העותרים תקפו את דרישת נוהל חו"ל לפיו נדרשים ההורים לבצע בדיקה גנטית, וההורה שאינו גנטי נדרש לאמץ את היילוד. דעת הרוב קיבלה את טענת העותרים **בבג"ץ 6569/11**<sup>45</sup> והבקשה לרשום את ההורה הלא ביולוגי כהורה במרשם האוכלוסין ללא צורך בהליך אימוץ, אלא לפי צו הורות פסיקתי: **"לעמדת הרוב, לאחר שהוכחה זיקה ביולוגית, ההכרה בהורותם של שני ההורים (הביולוגי והלא-ביולוגי), ורישום שניהם כהורים במרשם האוכלוסין יבוסס על הוראות חוק המרשם, ועל דרישתו להצגת "תעודה ציבורית". משעותרים אלו בצעו בדיקה גנטית המוכיחה הורות של אחד מהם, הציגו תעודה ציבורית תקפה ועילות הסירוב שהעלו המשיבים נדחו לגופן, יש לרשום את שני העותרים כאבות לקטינה שנולדה להם בהליך פונדקאות שבצעו בארה"ב"**.

**השופט נאור** ציינה במסגרת פסק הדין כי אין זה ראוי להסתפק ברישום ההורה שאינו גנטי במרשם האוכלוסין, ויש לעגן את הורותו בצו הורות פסיקתי שיבטיח את טובת הילד, ולא יאפשר העלאת טענות נוספות בעתיד המערערות את זיקת ההורה לילד. בנוסף הצדיקה את דרישת המדינה להוכחת הקשר הביולוגי - גנטי כתנאי הכרחי שבלעדיו אין להכיר בהורות המשפטית של ההורים, ולהעניק לילד זכאות לאזרחות ישראלית. לדעתה, דרישת בדיקת הרקמות אינה קשורה לנטייתם המינית של ההורים המיועדים, אלא נובעת מחשש המדינה לתת מעמד בישראל למי שאינו זכאי לכך, חשש מפני סחר בילדים וחשש מפני עקיפה של דיני האימוץ הבין מדינתי. על פי דעתה הבדיקה הגנטית הינה אמצעי יעיל, פשוט ואמין להוכחת ההורות הביולוגית, אך עם זאת היא איננה רואה בבדיקה הגנטית חזות הכל וסבורה שמי שמעוניין להוכיח בדרך אחרת את הורותו הגנטית לילד, יכול להתייצב בפני ביהמ"ש לענייני משפחה על מנת לקבל מעמד זה, ולאחר שתוכח ההורות הביולוגית של אחד ההורים, יתאפשר לבן או בת הזוג שאינם הוכיחו את הורותם הביולוגית, להירשם גם כהורה המשפטי השני של הילד במרשם האוכלוסין, על סמך התעודות הציבוריות שיוצגו בפני פקיד הרישום (שלא יכול להתנגד לרישום שני ההורים). לטענתה, רק קביעה שיפוטית ברורה בנוגע ליחסיהם של בני הזוג והילד מהווים יחסי הורות עבור כל דבר ועניין. הקביעה השיפוטית תהווה כוח חוסם בעתיד לכל טענה שההורות אינה הורות משפטית מוכרת, ואף אינה מתיישבת עם עיקרון טובת הילד. לטענת השופטת נאור, אין להסתפק רק ברישום של הילד במרשם האוכלוסין אלא יש לנקוט בהליך פורמאלי שיפוטי שמקנה תוקף מלא ליחסי ההורות הקיימים בפועל או הנרקמים בהליכים אלו.

**השופטת ארבל** סבורה שיש להמתין להסדרת הליך ההסדרה המדובר ע"י המחוקק, ולא ניתן להסדיר את ההליך באמצעות חקיקה שיפוטית. לטענתה עד שהמחוקק יסדיר את הנושא וכפתרון ביניים יש לרשום במרשם האוכלוסין הורות כללית ללא הבחנה בין הורות ביולוגית להורות משפטית ובלי צורך לכלול מידע שמאפשר הבחנה בין ההורה ביולוגי להורה המשפטי.

לא כל השופטים הסכימו עם עמדת השופטת נאור לגבי התועלת הממשית שעלולה לצמוח לעותרים עקב הפנייה לביהמ"ש וקביעת הורות המשפטית שמתבססת על יסוד גנטי, על מנת להסדיר את מערכת היחסים המשפטית הפורמאלית של קבלת צו אימוץ וצו הורות פסיקתי. **השופט ג'ובראן** סבר שאין לקבל באופן קבוע את הקביעה שאומרת שביהמ"ש אינו רשאי לתת צו הורות פסיקתי אלא רק במידה ותוכח הורות גנטית. לגישתו, מקום בו מצא בית המשפט בנסיבותיו של מקרה פרטני כי ההורות היא הורות כנה והיא על פי הדין הנהוג במקום בו נקבעה ההורות, רשאי הוא להורות על רישום ההורות אף ללא הוכחת הזיקה הגנטית. השופט ג'ובראן מנמק קביעה זו על בסיס כך שדרישת צו אימוץ וצו הורות פסיקתי מהאב הנוסף שאינו קשור גנטית ליילוד תפגע בזכות לשוויון עבור בני זוג מאותו המין שנפגעים מקביעה זו. השופט ג'ובראן אף טוען שדרישת ההוכחה הגנטית פוגעת אף היא בזכות לשוויון הואיל וחלה רובה ככולה על זוגות חד מיניים.

<sup>45</sup> ראה הי"ש 16 לעיל.

**השופט דנציגר** הדגיש באופן נחרץ שאינו מקבל את דעתה של השופטת נאור לעניין כך שהרישום במרשם האוכלוסין אינו נותן דבר לבן הזוג שאיננו ההורה הגנטי, ושללא הליך רשמי משלים מערכת היחסים בין ההורה שאינו גנטי לבין היילוד תיוותר חסרת מענה ומעמד המשפטי כלפי הילד לא יהיה ברור. השופט דנציגר סבור שהמרשם הוא חזות הכל, ומספיק הרישום על מנת להקנות מעמד משפטי לכל דבר ועניין, ואין צורך לנקוט בהליך משפטי נוסף בעניין כדוגמת קבלת צו הורות פסיקתי בביהמ"ש לענייני משפחה.

**השופטים רובינשטיין ומלצר** בדעת מיעוט התנגדו לקביעתם של דעת הרוב לרשום את ההורה הלא ביולוגי כהורה במרשם האוכלוסין ללא צורך בהליך אימוץ, אלא לפי צו הורות פסיקתי, בטענה כי יש להשאיר את הנושא להכרעתו של המחוקק מנימוקים שונים שצוינו בפסק הדין.

בתי המשפט לענייני משפחה החלו לאמץ את **בג"ץ ממשט מגד**<sup>46</sup>, ופסק הדין הראשון שניתן אחריו הינו **פס"ד א.ל.נ' היועמ"ש**<sup>47</sup>. פסק דין זה עניינו בשאלה האם במסגרת תביעה לפסק דין הצהרתי לאבהות של בן זוג של ההורה הגנטי, לאחר שההורות הגנטית הוכחה בבדיקת רקמות לפי חוק מידע גנטי, חובה על בית המשפט לקבל תסקיר פקיד סעד כתנאי למתן צו הורות פסיקתי. במרכזו של פסק הדין, בני זוג הומוסקסואליים שניהלו חיים משותפים והביאו ילד לעולם בעזרת הליך פונדקאות בחו"ל באמצעות פונדקאית אמריקאית, כאשר הזרע של אחד מהם הופרה עם ביצית של תורמת אנונימית. אבהותו של האב הגנטי הוכחה בבדיקת רקמות וכך הוא הוכר כאב המשפטי. בני הזוג עתרו לבית המשפט על מנת להכיר באבהותו של בן הזוג שאינו האב הגנטי. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לבקשת בני הזוג, אולם בעקבות **בג"ץ ממשט מגד** הוציא הודעה משלימה שמתן צו ההורות הפסיקתי בהליך מותנה בקבלת תסקיר, בדומה להליך פונדקאות שנעשה בישראל. בעקבות הדרישה המתנה את ההליך בקבלת תסקיר, ההליך עלול להתארך בצורה משמעותית. מאחר ולא קיימת חקיקה בעניין, **השופט יחזקאל אליהו** בפסק הדין הסתמך על הכרעתו של בית המשפט **בבג"ץ ממשט מגד** ועל עמדתו העדכנית של היועץ המשפטי לממשלה בנדון, הקובעת שניתן לתת צו הורות פסיקתי על בסיס תסקיר. בית המשפט קבע שלא נדרש תסקיר כתנאי הכרחי שבלעדיו לא ניתן לתת צו הורות פסיקתי, והעניין נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. באמרת אגב ציין השופט יחזקאל אליהו כי טוב יעשה המחוקק אם יקדים ויפעל להסדרה חקיקתית של הנושא. כחלק מנימוקיו את פסק הדין בית המשפט אומר שניתן לעשות היקש לעניין פונדקאות חו"ל מחוק הפונדקאות כמקור השראה. לפי בית המשפט, ניתן להסיק מדברי ההסבר לחוק הפונדקאות שצו ההורות מטרתו הראשונה היא לנתק את זיקת היילוד מהיולדת ולייחסו להורים המזמינים. בעניין דנן, הדבר אינו רלוונטי שכן האם היולדת יצאה מהתמונה ההורית והמדינה טרם נכנסה להליך. לפיכך, השונות המהותית בביצוע ההליך מביאה לשינוי התוצאה המשפטית בנוגע לצורך בתסקיר. לפי בית המשפט בתיק זה ישנן הוכחות רבות מהן ניתן ללמוד על האבהות המשפטית המבוקשת של האב שאינו בעל זיקה גנטית, וניכר שהן שוות ערך לתסקיר. כיוון והעניין נתון לשיקול דעתו של בית המשפט באופן מלא, לדעת בית המשפט אין זה מחייב לקבוע את הזיקה המבוקשת בין ההורה לילד על סמך תסקיר בלבד. בית המשפט ציין שמסקנה זו מקיימת גם את עיקרון טובת הילד בכך שמונעת הליך ארוך ומסורבל שעלול להיווצר אם יידרש תסקיר בבקשה למתן צו הורות פסיקתי, ומונע פגיעה בשוויון בין בני הזוג באי ההכרה המשפטית של אחד מהם כהורה של היילוד.

<sup>46</sup> ראה ה"ש 16 לעיל.

<sup>47</sup> תמ"ש (משפחה תל אביב-יפו) 13-04-21182 א.ל.נ' היועץ המשפט לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014).

**פס"ד מ.א.ד. נ' היועמ"ש 48 ופס"ד פלוני נ' היועמ"ש 49** מחזקים את הקביעה שבמסגרת הליך פונדקאות שנעשה בחו"ל לא קיימת חובה להורות על קבלת תסקיר כתנאי שבלעדיו לא יינתן צו הורות פסיקתי. **בפס"ד מ.א.ד.** בין הצדדים להליך זה הוסכם שיש להכיר באבהות המשפטית של בן הזוג שאינו גנטי על ידי מתן צו הורות פסיקתי, אך המחלוקת הייתה לגבי הדרישה של היועץ המשפטי לממשלה שיש צורך להגיש תסקיר כתנאי מקדים לקבלת צו ההורות. לטענת התובעים הליך קבלת התסקיר עשוי להימשך כשנה ואף למעלה מכך ולכן התובעים התנגדו לכך. ביהמ"ש קבע שלאור העובדה שהמחוקק טרם הסדיר את הליך פונדקאות חו"ל כמו שנכון וראוי לעשות, ודרישת התסקיר איננה הוכרעה עוד בבג"ץ כתנאי שבלעדיו אין לקבל צו הורות פסיקתי, לכן למרות החשיבות הרבה שיש לתסקיר, אין צורך וחובה בו בהקשר של קביעת הורות משפטית שלא על דרך הליך אימוץ על ידי קבלת צו הורות פסיקתי. הליך קבלת התסקיר עשוי להימשך זמן רב, דבר שעשוי להכניס את היילוד וההורים המיועדים למציאות בעייתית שעשויה לפגוע בטובתו של הילד. בית המשפט קבע במפורש שניתן לשאוב השראה מצו הורות הקבוע בחוק הפונדקאות בגין הצורך בתסקיר, אך כל עוד לא נקבע בבג"ץ הצורך בתסקיר זה נתון לשיקול דעת בית המשפט. ישנם מקרים שיהיה צורך בתסקיר, ובמקרים אחרים ראיות מסוימות מספיקות להוכחת ההורות של ההורה שאינו גנטי. לפיכך, בית המשפט קבע כי כל עוד לא נקבע באופן מפורש על ידי המחוקק אחרת, התסקיר הוא בגדר כלי עזר שנעזרים בו במידת הצורך ואין חובה להחילו בכל הליכי הפונדקאות ובהליכי קבלת צו ההורות הפסיקתי.

על החשיבות בהכרה והסדרת הורות של בן הזוג הלא ביולוגי עמדה **השופטת נאור בבג"ץ ממט מגד** הנזכר מעלה באלו המילים: **"קביעה משפטית ברורה של בית משפט לענייני משפחה כי יחסיהם של ההורה הלא-ביולוגי והילד הם יחסי הורות לכל דבר ועניין – בין אם היא נעשית בצו אימוץ או בצו הורות פסיקתי-תמנע כל טענה עתידית שהיחסים אינם יחסי הורות. הניסיון השיפוטי מלמד, למרבה הצער, כי טענות כאלה עלולות להתעורר אגב סכסוכים בין בני המשפחה, כגון סכסוכי ירושה, משמורת או מזונות חלילה... ואולם, הורים המבקשים להסיר כל ספק משפטי ולהבטיח כי טענות לפיהן הילד שייך רק לאחד מבני הזוג לא יועלו בעתיד – טוב יעשו אם לא יסתפקו ברישום במרשם האוכלוסין (אף שכאמור, מן הדין לרשום אותם), וישלימו הליך פורמאלי בבית המשפט לענייני משפחה, הליך שיעגן באופן מוחלט את הורותו של ההורה הלא-ביולוגי לרוך הנולד גם בדין הישראלי."**

## **לסיכום פרק זה –**

בעקבות התקדמות הפסיקות האחרונות של בתי המשפט בני זוג הומוסקסואליים פטורים מביצוע הליך אימוץ בידי ההורה שאינו גנטי, ודי כי אחד מבני הזוג יוכיח זיקה גנטית ליילוד, על מנת ששני ההורים ירשמו כהורים המשפטיים במרשם האוכלוסין באמצעות צו הורות פסיקתי. הדעה הרווחת בבתי המשפט היא אף שאין צורך בתסקיר. מתן צו הורות פסיקתי מיום הלידה, עולה בקנה אחד עם טובת הקטין ביצירת רצף של זכויות וחבויות כלפיו. ניתן לראות בפסקי דין רבים וביניהם **בג"ץ פלונית 50 ובג"ץ משפחה חדשה 51** כי לגישת בית המשפט, ישנה חשיבות רבה להסדרת ההורות מבחינה משפטית כדין ולצמצום פער הזמנים בין הלידה ועד להכרה בהורות זו, והדבר מתיישב היטב עם הזכות להורות שהוכרה כחלק מזכויות היסוד של האדם בישראל, כחלק מטבעו של כל אדם מחירותו וכבודו. אנו רואים את קריאות בתי המשפט למחוקק בפסקי הדין השונים, על מנת שיוסדר בחוק הליך הפונדקאות בקרב זוגות חד מיניים והומוסקסואליים בפרט.

<sup>48</sup> תמ"ש (משפחה ת"א) 4355-08-13 מ.א.ד. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 8.5.2014).  
<sup>49</sup> תמ"ש (משפחה ת"א) 50794-01-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה - לשכת העבודה והרווחה תל אביב, משרדי ממשלה (פורסם בנבו, 27.5.2014).  
<sup>50</sup> בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, סו(1) 274 (2013).  
<sup>51</sup> ראה הי"ש 2 לעיל.

## 6. מעמד היילוד מהליך הפונדקאות - זכויות ההורים והילוד, דת הילוד,

### רישום במרשם האוכלוסין בישראל

בפרק זה נתייחס לסוגיות שונות הקשורות ליילוד עצמו, וביניהן גם למעמדו של ילד הנולד בהליך פונדקאות בחו"ל ובהתאמה גם להורה לילד זה.

ראשית לעניין הרישום במרשם האוכלוסין- הורים (כולל בני זוג מאותו מין) שהם אזרחי ישראל והביאו לעולם ילד באמצעות הליך פונדקאות בחו"ל, זכאים להירשם כהוריו של הילד במרשם האוכלוסין. לצורך ביצוע הרישום ישנה חובה להציג לפקיד מרשם האוכלוסין הוכחות כי אחד מההורים הוא ההורה הביולוגי של הילד. לשם רישום ההורה הביולוגי כהורה של הילד עליו למסור בין היתר תעודת לידה או פסק דין מהמדינה בה בוצע הליך הפונדקאות, ובהם מצוין במפורש מי ההורה הביולוגי של היילוד. בנוסף כחלק מהדרישות השונות, נדרש פסק דין של בית משפט לענייני משפחה בישראל הקובע כי אחד ההורים הוא ההורה הביולוגי של היילוד. על מנת לקבל צו זה מבית המשפט וכפי שפורט לעיל בהרחבה, יש להוכיח לבית המשפט קשר גנטי באמצעות בדיקה גנטית. על מנת לרשום את ההורה הלא ביולוגי של היילוד במרשם האוכלוסין, יש להציג תעודת לידה של היילוד או פסק דין מהמדינה בה בוצע הליך הפונדקאות הקובעים כי אותו הורה הוא ההורה של הילוד (אין צורך לקשר ביולוגי) ובנוסף יש להציג צו של בית משפט לענייני משפחה בישראל המצהיר כי בן הזוג של ההורה הביולוגי הוא הורה של היילוד. כפי שציינו לעיל, צו כזה יכול שיהיה "צו הורות פסיקטי" או "צו אימוץ". יש לשים לב כי ההכרה בהורה הלא ביולוגי היא לצורך ביצוע הרישום במרשם האוכלוסין, ואסור לדרוש מאותו הורה הלא ביולוגי לאמץ את הילד לשם רישומו כהורה במרשם האוכלוסין. עניין רישומו של היילוד במרשם האוכלוסין נידון בהרחבה כפי שפורט לעיל בבג"ץ 6569/11 ובבג"ץ ממשט מגד<sup>52</sup> בהם נפסק כי יש לרשום את ההורה הלא ביולוגי במרשם האוכלוסין כהורה של היילוד ללא כל קשר או דרישה לאימוץ.

שנית לעניין חופשת הלידה וזכאויות בסמוך למועד הלידה - קיים נוהל של המוסד לביטוח לאומי לפיו הורים מיועדים להם נולד ילד מהליך פונדקאות בחו"ל זכאים לקבל כל עוד לפחות אחד מההורים הוא תושב או תושבת ישראל- חופשת לידה, מענק לידה (המיועד להשתתפות בהוצאות הראשונות לרגל קבלת הילד למשפחה) וקצבת ילדים<sup>53</sup>. המטרה היא להבטיח להורה המיועד ולילד תנאים נאותים ולפצות את ההורה המיועד על אובדן ההכנסה עקב תקופת הלידה וההורות.

#### להורים המיועדים קיימות זכויות והקלות נוספות בעקבות הליך הפונדקאות כגון:

ימי מחלה עקב טיפולי פוריות- פעמים רבות הליך פונדקאות מלווה בטיפולי פוריות שעוברים בני הזוג או אחד מהם לצורך נטילת ביציות או דגימת זרע. במקרים אלו, קיימת הזכות להיעדר מהעבודה לצורך טיפולי פוריות על חשבון ימי מחלה צבורים ולתקופה המוגדרת בתקנות<sup>54</sup>, כמו גם ההגנה מפני פיטורים בגין ההיעדרות האמורה, והיא תקפה גם למי אשר עובר את טיפולי הפוריות כשמדובר בבני זוג מאותו מין. הזכות ניתנת בהינתן הודעה מראש של העובד או העובדת אל המעביד, תוך הצגת אישור רפואי בכתב המאשר זאת, ודין ההיעדרות עקב טיפולי פוריות כדין היעדרות מפאת מחלה<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> ראה הי"ש 16 ו 43.

<sup>53</sup> חוזר המוסד לביטוח לאומי מס' 7109 מיום 01.04.2009.

<sup>54</sup> תקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופריון), תשנ"א - 1990

<sup>55</sup> חוק עבודת נשים, תשי"ד - 1954.

נקודות זיכוי ממס הכנסה בגין הורות לילדים- הורים מאותו מין (הן גברים והן נשים), זכאים באופן אוטומטי לשלל נקודות הזיכוי במס הניתנות עבור ילדים גם לזוגות הורים הטרוסקסואליים. בהקשר זה יש לציין כי גם במקרים בהם זוגות הורים מאותו מין נפרדים, הם יהיו זכאים לאותן נקודות זיכוי ממס כמו שמקבלים זוגות הורים הטרוסקסואליים גרושים. תנאים אלו ניתנים גם לזוגות אשר בוחרים להביא ילד בעזרת פונדקאות חו"ל, והם זכאים לקבל קצבת ילדים ואת נקודות הזיכוי כמו שמקבלים זוגות אשר בוחרים להביא ילד בעזרת פונדקאות בישראל.

סיוע לזוגות הורים חד מיניים במימון מעונות יום ומשפחתונים- המדינה מסייעת לזוגות הורים חד מיניים במימון מעונות יום ומשפחתונים לילדיהם. הסיוע ניתן לנרשמים במעונות או משפחתונים המוכרים על ידי משרדי המדינה השונים, ובהתאם לתנאים שנקבעו על ידי משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים<sup>56</sup>.

זכות ייצוג לילוד בעת עריכת הבדיקה הגנטית בהתאם לחוק מידע גנטי<sup>57</sup>- בשנת 2010, הורה בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כערכאת ערעור בפס"ד פלוני נ' מדינת ישראל<sup>58</sup>, כי בהתאם להוראות ס'28ב(1) וס'28ו(ב) לחוק מידע גנטי<sup>59</sup> בעת עריכת בדיקת רקמות לקביעת הורות גנטית, יש להעמיד לילוד עורך דין או אפוטרופוס לדין שייצג אותו בהליכים המשפטיים לאישור בדיקת הרקמות, וזאת כדי לוודא שזכויותיו לא יפגעו מהבדיקה ולשמור על טובתו של הילד. לעניין זה ראה מתוך פסק הדין: "הצורך במינני אפוטרופוס או עורך דין לקטין או לפסול הדין נועד, למעשה, כדי לאפשר לו להשמיע את קולו בפני בית המשפט".

זכות עיון - זכות נוספת הקיימת לילוד לפי ס'16 לחוק הפונדקאות<sup>60</sup> המפנה בין היתר להוראות ס'30 לחוק אימוץ ילדים<sup>61</sup>. אדם שנולד בהליך פונדקאות רשאי לעיין בפנקס פרטי היילוד בהגיעו לגיל 18. פנקס פרטי היילוד הוא פנקס לפי חוק הפונדקאות, ובו נרשמים כל מי שנולד בהליך פונדקאות. הפנקס אינו פתוח לציבור, והוא מנוהל על ידי רשם שמונה לצורך כך על ידי שר המשפטים. זכות העיון בפנקס מתאפשרת ליועמ"ש או בא כוחו, לרשם הנישואין או מי שהוא הסמיך לכך ובתנאי שהעיון דרוש לצורך מילוי תפקידו הרשמי, עובד סוציאלי שמונה לפי חוק הפונדקאות, ולבגיר מעל גיל 18 שנולד כתוצאה מהליך הפונדקאות. כדי לממש את זכות העיון על אדם בגיר שנולד כתוצאה מהליך פונדקאות, להגיש בקשה בכתב לרשם האחראי על הפנקס, שתאושר על ידי העובד הסוציאלי הראשי שמונה לפי חוק הפונדקאות, והעיון ייעשה תוך 45 ימים מרגע שהוגשה הבקשה לעיון בפנקס<sup>62</sup>. זכות העיון קיימת כיום אך ורק למי שנולד כתוצאה מהליך פונדקאות בישראל, ולא למי שנולד כתוצאה מהליך פונדקאות בחו"ל.

דת היילוד- לפי ההלכה הפסוקה המקובלת על רוב הפוסקים, יהדותו של יילוד כתוצאה מהליך פונדקאות נקבעת לפי זהות האם הפונדקאית. ברוב המקרים בהם הפונדקאות מתבצעת בחו"ל האם הפונדקאית איננה יהודייה ולכן גם היילוד אינו יהודי. נושא זה כואב במיוחד לזוגות חד מיניים הנאלצים לבצע את הפונדקאות בחו"ל ונאלצים לבצע הליך גיור ליילוד. גיור אורתודוקסי מותנה בכך שהיילוד יחונך לאורח חיים יהודי הכולל שמירת תורה ומצוות. זוגות הומוסקסואליים ברוב המקרים יתקשו לשכנע את בית הדין הרבני המבצע את הגיור, כי ביכולתם ובכוונתם להעניק חינוך זה ליילוד ולכן לא יוכלו לגייר את היילוד בגיור אורתודוקסי, אלא בגיור מסוג אחר שיוכר על ידי משרד הפנים לעניין המרשם כיהודי, אך לא על ידי הרבנות.

<sup>56</sup> חוזר מבחני תמיכה להשתתפות המדינה בעלות שכר לימוד במעון או במשפחתון לשנת הלימודים תשפ"א של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים.

<sup>57</sup> ראה ה"ש 34 לעיל.

<sup>58</sup> עמ"ש (מחוזי ירושלים) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 06.05.2010).

<sup>59</sup> סעיף 28 וס'128 לחוק מידע גנטי, תשס"א-2000.

<sup>60</sup> סעיף 16 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

<sup>61</sup> סעיף 30 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.

<sup>62</sup> תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), תשנ"ח-1998.



## 7. השלכות והשוואת הליך הפונדקאות אצל זוגות הומוסקסואליים גברים

### לעומת זוגות הטרוסקסואלים המקיימים את ההליך בישראל

האילוץ לפנות למדינה זרה לצורך ביצוע תהליך פונדקאות מחייב זוגות גברים הומוסקסואליים להתמודד עם השלכות מורכבות ומכבידות שאינן חלות על זוגות הטרוסקסואלים המקיימים את התהליך בישראל.

כיום בישראל הפונדקאות מותרת מתוקף חוק הפונדקאות בלבד, בו מוסדרות הן הפונדקאות האלטרואיסטית (בהתנדבות) והן הפונדקאות תמורת תשלום הנעשית בישראל. כפי שצוין לעיל, הזכאים לבצע את הליך הפונדקאות בישראל הם איש ואישה תושבי ישראל ואישה יחידנית תושבת ישראל (אך ורק במקרים שבהם לאם המיועדת יש בעיות רפואיות שבגינן אינה יכולה להיכנס להיריון או לשאת היריון). תושבי ישראל שאינם זכאים לפונדקאות בארץ ובהם זוגות חד-מיניים וגברים יחידניים, וכן ישראלים הזכאים לפונדקאות בארץ המעוניינים לקצר את התהליך שעלול להימשך זמן רב בשל היצע נמוך של פונדקאיות, פונים לשירותי פונדקאות בחו"ל במדינות המתירות זאת לזרים.

כיום אין בישראל הסדרה חוקית של קבלת מעמד מכוח הליך פונדקאות בחו"ל או של היבטים אחרים הקשורים לפונדקאות בחו"ל. כמו כן, שלא כמו באימוץ בין-ארצי, המוסדר **באמנת האג בדבר הגנה על ילדים ושיתוף פעולה בנוגע לאימוץ בין-ארצי**<sup>63</sup> (עליה חתומה מדינת ישראל), בכל הקשור לפונדקאות בין לאומית אין אמנה דומה לפיה אפשר לנהוג בהיעדר חקיקה מדינתית. כפי שזכר לעיל, בשל היעדר הסדרה מדינתית או בין לאומית, הסוגייה מקשה הן על זוגות ויחידים הפונים לבצע את ההליך בחו"ל והן על רשויות המדינה שצריכות להתמודד עם תוצאות ההליכים האלה (ללא מעורבות בשלבים מקדמיים). לצד קשיים משפטיים, ישנם קשיים הנוגעים למעמד היילוד ולמעמד הוריו (כפי שפורט לעיל). סוגייה זו מעוררת גם קשיים אתיים ומוסריים, בעיקר במקרים של פונדקאות במדינות עולם שלישי, בהן ההסדרה של הסוגייה מעטה או לא קיימת ולעיתים גם קיים ניצול לרעה את זכויות הנשים הפונדקאיות.

המדינות שהן יעד פופולרי לפונדקאות לזרים הן לדוגמה קליפורניה, קנדה, אוקראינה, רוסיה וגאורגיה, אולם רק בכמה מדינות בארה"ב ובקנדה מותרת פונדקאות לגברים זרים יחידניים או בזוגיות חד-מינית. ההשלכות שמעלה האילוץ בפנייה למדינה זרה לצורך ביצוע הליך פונדקאות לזוגות חד מיניים, שאינן חלות על זוגות הטרוסקסואלים המקיימים את ההליך בישראל הן בין היתר:

- בתהליכי פונדקאות בחו"ל בהם האישה הפונדקאית לרוב אינה יהודייה, נמנע מבני הזוג להבטיח את דתו של התינוק, כיוון שההלכה הפסוקה קובעת שדתו של היילוד היא בהתאם לדת האם הנושאת.
- חווית הליך ההיריון נערכת במרחק רב בין מדיני, ללא אפשרות ליווי ההליך וללא אפשרות לבצע בדיקות ומעקב בסטנדרטים הרפואיים הישראלים.
- הדרישה הישראלית בהתאם לנוהל חו"ל לבצע בדיקה גנטית לקביעת האבהות מחייבת את ההורים לדעת מי האב הביולוגי גם אם אין הם מעוניינים לדעת זאת.
- גם במדינות בהן נולד היילוד ושני ההורים המיועדים מוכרים כהוריו החוקיים של היילוד, משרד הפנים אינו מכיר במסמכים החוקיים של אותה מדינה בניגוד למסמכים זהים שהונפקו לזוג הטרוסקסואלי.
- הסכמי פונדקאות בחו"ל, ובפרט אלו הנחתמים במדינות בהן פערים כלכליים גדולים, עלולים ליצור מצב של פגיעה בזכויות הנשים הפונדקאיות, ללא ידיעתם של ההורים המיועדים.
- ברוב המקרים, התינוק בלידתו נטול זכויות רפואיות וסוציאליות עד תום הסדרת אזרחותו בישראל.

<sup>63</sup> 33-Convention of 29 May 1993 on protection of children and Co-operation in respect of intercountry adoption

## נתונים מספריים אודות הליכי הפונדקאות בישראל ובחוו"ל<sup>64</sup>

פונדקאות בישראל – בהתאם לנתונים שפרסם משרד הבריאות, בשנים 1996–2017 הוגשו לוועדת הפונדקאות במשרד הבריאות 1,458 פניות לאישור ההסכם בין ההורים המיועדים לבין הפונדקאית. בשנים 1998–2017 היו 666 לידות במסגרת פונדקאות בישראל, ונולדו בהן 823 ילדים.

פונדקאות בחוו"ל – בהתאם לנתונים שפרסם משרד הבריאות שנלקחו בין היתר מפרסום רשות האוכלוסין וההגירה, בשנים 2005–2017 הוגשו 1,513 בקשות לבית משפט לענייני משפחה לקבלת צו לבדיקה גנטית לקשרי משפחה ולקבלת מעמד לקטינים שנולדו כתוצאה מפונדקאות בחוו"ל. כמעט מחצית מהבקשות שהוגשו הן של בני זוג איש ואישה הרשומים כנשואים או שאינם נשואים. כרבע מהבקשות שהוגשו הן של בני זוג מאותו המין, וכרבע מהבקשות שהוגשו הן של יחידים.

מספר הבדיקות הגנטיות שנערכו בנציגויות ישראל בחוו"ל משנת 2013 ואילך במסגרת הליכי פונדקאות שבוצעו בחוו"ל בהתאם לצו שיפוטי הנדרש<sup>65</sup>, לפי הוראות חוק מידע גנטי<sup>66</sup>:

<u>שנה</u>	<u>כמות בדיקות</u>
2013	84
2014	209
2015	194
2016	225
2017	231
2018	241
2019	202

## עלויות הליכי הפונדקאות בישראל ובחוו"ל

בישראל: בעלות הפונדקאות שבוצעה בישראל נכללים בין היתר- הפיזיו לפונדקאית אותו נאלצים לשלם ההורים המיועדים. בחוק הפונדקאות לא מוגבל סכום הפיזיו שההורים המיועדים משלמים לאם הפונדקאית בישראל. בנוסף ישנן עלויות עבור הליך הטיפול הרפואי שדורש הליך הפונדקאית (חלקו ממומן במסגרת סל שירותי הבריאות שקופות החולים מחויבות לספק למבוטחיהן על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994<sup>67</sup>, וחלקו עשוי להיות ממומן במסגרת שירותי הבריאות הנוספים שקופות החולים מציעות למבוטחיהן). המרכיבים של הליך הפונדקאות בישראל בלבד, הנכללים בסל שירותי הבריאות הם בין היתר: בדיקות בירור הסיבה בגינה לא ניתן להכנס להריון, טיפולי הפריה ובכלל זה טיפולי הפריה חוץ גופית, בדיקות מעקב הריון, מימון טיפולים ובדיקות בהכנת הפונדקאית לקליטת הביציות המופרות, מימון חוות דעת רפואית ופסיכולוגית, סל הריון, אשפוז יולדת ויילוד ועוד. גברים יחידניים, וכן זוגות חד-מיניים המבקשים לעשות הליך פונדקאות בישראל, אינם זכאים לכיסויים אלו. כמו כן, להורים המיועדים עשויות להיות הוצאות נוספות כגון הוצאות משפטיות או תשלום לסוכנות תיווך לפונדקאות. כפי שצוין לעיל, עלותו הבסיסית של הליך הפונדקאות בישראל עומדת על סך התחלתי של 150-180 אלף ₪.

<sup>64</sup> דו"ח בעניין תהליך הפונדקאות בישראל ובחוו"ל ומרכיבי עלותו בישראל, במימון המדינה - הכנסת מרכז המחקר והמידע נכתב על ידי אוריאנה אלמסי (7.10.2018)

<sup>65</sup> בקשה לפי חוק חופש המידע בעניין "אישורי כניסה לפונדקאות חוו"ל" - משרד החוץ ירושלים (7.6.2020)

<sup>66</sup> ראה ה"ש 34 לעיל.

<sup>67</sup> חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.

אמנם החוק בישראל לא מגביל את סכום הפיצוי שעליו הוסכם בין ההורים המיועדים לבין האם הפונדקאית, אך עם זאת, סעיף 6(א) לחוק הפונדקאות<sup>68</sup> קובע: **"ועדת האישורים רשאית לאשר תנאים בהסכם בדבר תשלומים חודשיים לאם הנושאת לכיסוי הוצאות ממשיות, הכרוכות בביצוע ההסכם, לרבות הוצאות עבור ייעוץ משפטי ודמי ביטוח, וכן לפיצוי על ביטול זמן, סבל, אובדן הכנסה או הפסד זמני של נושר השתכרות, או כל פיצוי סביר אחר"**.

אחת השאלות שעולות בהקשר זה היא האם יש להגביל בחקיקה את סכום הפיצוי של ההורים המיועדים לפונדקאית. שאלה זו הועלתה גם בוועדת מור יוסף<sup>69</sup>, בה נדונה סוגיית הפונדקאות והרחבת מעגל הזכאים לשימוש בפונדקאות. בדוח שהוגש מטעם הוועדה נכתב מצד אחד כי יש לפקח על המחירים המוסכמים בכדי למנוע מצב בו יידרש מחיר מופרז בעבור הפונדקאות וכך רק בעלי אמצעים כלכליים גבוהים יוכלו לעמוד בו, וכדי למנוע מצב שהמחיר הגבוה יפתה נשים להיות פונדקאיות על אף שאינן מתאימות לכך. מצד אחר, נטען כי אם ייקבע מחיר מקסימלי שניתן לגבות עבור הפונדקאות, הוא עלול להתקבע כמחיר המינימלי לפונדקאות. על כן, רוב חברי ועדת מור יוסף סברו כי אין לקבוע מגבלת מחיר לפונדקאות.

בהצעת החוק ממשלתית לתיקון חוק הפונדקאות בשנת 2014<sup>70</sup>, שעברה בקריאה ראשונה ותפורט בהמשך בהרחבה, הוצע להגביל את סכום הפיצוי לפונדקאות כך שהסכום המקסימלי יהיה 160,000 ₪, וסכום זה יעודכן מדי שנה. לעומת זאת, בתיקון לחוק הפונדקאות שהתקבל ביולי 2018<sup>71</sup>, נוסף לחוק הפונדקאות סעיף בו נקבע כי: **"צד להסכם לנשיאת עוברים בישראל או המבקש להיות צד להסכם כאמור, לא יקבל ולא ייתן תמורה, בכסף או בשווה כסף, בעד ביצוע ההסכם כאמור, למעט תשלומים שאישרה ועדת האישורים"**.

בחוו"ל: ישנו קושי מהותי לאמוד את עלות ההליך, הואיל ואין מקורות מידע רשמיים המפרטים עלויות אלו, ממה הן מורכבות, כמה מהן תלויות במרכיבי הרווח של סוכנויות התיווך ועוד. לפי מחקר שנערך בבית הספר למשפטים באוניברסיטת קולומביה שבניו יורק<sup>72</sup>, הליך פונדקאות בארה"ב יקר יחסית למדינות אחרות ויכול להגיע עד לסכום של 750,000 ₪ (לאחר המרה משער הדולר לשקל). עלות הפונדקאות אינה אחידה, שכן העלות נקבעת בכל מקרה לגופו ומשתנה בין מדינה למדינה. עלות הליך הפונדקאות בחוו"ל גבוהה יותר באופן משמעותי מעלותו של הליך הפונדקאות בישראל. הפונדקאות בחוו"ל יכולה להגיע למוצע של בין רבע מליון ₪ ועד כחצי מליון ₪ ואף למעלה מזה, יש לזכור כי כאשר הליך הפונדקאות נעשה מחוץ לישראל יש הוצאות נוספות כגון - הוצאות בעבור טיסות, שהייה, נסיעות, אובדן ימי עבודה וכו'.

סוכנויות תיווך של הליך הפונדקאות בישראל ובחוו"ל - מרכיב נוסף שעשוי להשפיע על הליך הפונדקאות בארץ ובחוו"ל הוא התקשרות ההורים המיועדים עם סוכנויות מסחריות לתיווך של פונדקאות, הכרוכה בתשלום. זוגות המעוניינים להתקשר עם פונדקאית בארץ נעזרים בדרך כלל בסוכנויות תיווך פרטיות המסייעות להם באיתור הפונדקאית, בהתמצאות ביוורקרטית ובחתימת ההסכם עם הפונדקאית. זוגות המעוניינים להתקשר בהסדר פונדקאות בחוו"ל שוכרים לרוב שירותים של סוכנויות תיווך בחוו"ל שהן סוכנויות המיועדות לפונדקאות בישראל או סוכנויות ישראליות המיועדות לפונדקאות בחוו"ל. סוכנויות התיווך אינן נדרשות כיום להכרה של מוסדות המדינה, ומשום כך קשה גם לקבוע מהו מספרן. כיום אין מידע רשמי מטעם המדינה על מספר סוכנויות התיווך לפונדקאות בחוו"ל הפועלות בישראל.

<sup>68</sup> סעיף 6(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

<sup>69</sup> ראה ה"ש 23 לעיל.

<sup>70</sup> הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014.

<sup>71</sup> ראה ה"ש 31.

<sup>72</sup> Alex Finkelstein, Sarah Mac Dougall, Angela Kintominas, Anya Olse, - **Surrogacy Law and Policy in the US: A national Conversation Informed by Global Lawmaking** – Report of the Columbia Law School Sexuality And Gender Law Clinic, May 2016, p. 14.

בתיקון להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים משנת 2014<sup>73</sup>, הוצע בין השאר להסדיר את סוגיית הפונדקאות בחו"ל. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב בין היתר: **"חוק הפונדקאות כנוסחו היום אינו כולל התייחסות להליכים לנשיאת עוברים שמקורם בהסכמים לנשיאת עוברים מחוץ לישראל. מדינת ישראל נדרשת לקשיים רבים המתעוררים במקרים כאלה בדיעבד, רק כאשר ההורים המיועדים פונים בבקשה להיכנס לישראל עם הילד שנולד כתוצאה מההליך, להעניק לו אזרחות ישראלית ולהכיר בו כילדם לכל דבר ועניין. חוסר היכולת לבדוק את חוקיות ההליך במדינה שבה הוא נעשה ואת ההסכמה מדעת של הצדדים להסכם, כמו גם החשש מעקיפה של הליכי אימוץ בין-ארצי, והעדרם של כל מנגנוני הבקרה הנמצאים בחוק הפונדקאות, מבהירים את הצורך להסדרת הנושא בחקיקה באופן שיאפשר טיפול בעריכת הסכמים כאלה מלכתחילה ואישורם, לרבות התייחסות לקשרי המשפחה של כל הצדדים הנוגעים להסכמים אלה ומעמדו של הילד שנולד כתוצאה מביצוע ההליך. כמו כן נדרשת התייחסות בחקיקה להגנות שמטרתן שמירה על זכויות האימהות הנושאות מחוץ לישראל ועל טובת הילד שיולד כתוצאה מההליך."** לפי הצעת החוק, הליך פונדקאות בחו"ל יתאפשר באמצעות חברת תיווך מוכרת לאחר שוועדת הפונדקאות אישרה את התאמתם של ההורים המיועדים לתהליך. אם ההורים המיועדים מעוניינים לבצע פונדקאות בחו"ל ללא חברת תיווך, הם נדרשים לקבל אישור מהוועדה המייעצת, שיקימו על פי ההצעה, שר הבריאות ושר המשפטים.

בהצעה זו לתיקון החוק מפורטים הכללים שלפיהם חברת תיווך תקבל הכרה והם: מטרתה הבלעדית היא תיווך לפונדקאות, לעובדיה יש כישורים לפעול במומחיות ובמקצועיות נאותה בתחום הפונדקאות, מועסקים בה מנהלים ואנשי מקצוע ברמה גבוהה, בעלי ערכים אתיים נאותים, ועוד. בין שאר התנאים, נקבע כי חברת תיווך שתקבל הכרה תגבה תשלום סביר מההורים המיועדים בעבור התהליך. לפי נוסח ההצעה: **"כדי למנוע ניצול של הורים מיועדים וכדי למנוע מצב שבו התגמול הכספי לחברת התיווך יהווה גורם העלול להשפיע על פעילותה והחלטותיה של חברת התיווך, מוצע לקבוע כתנאי למתן ההכרה בחברת התיווך כי התשלום שתגבה חברת התיווך מהמבקשים יהיה סביר"**. בהצעה ובדברי ההסבר לא הוגדר מהו "תשלום סביר".

נציין בשנית שהצעת חוק זו לא קודמה (נרחיב על כך בהמשך). פעילותן של סוכנויות התיווך הפועלות בארץ אף היא אינה מוסדרת בחקיקה ובנהלים, כך שאין כיום דרישה לעמידה בתנאי סף לפתיחת סוכנויות תיווך, לקבלת רישיון או לבקרה על פעילותן. הורים מיועדים העוברים הליך פונדקאות בארץ שהתקשרו עם פונדקאית באמצעות סוכנות תיווך נדרשים לציין פרט זה בפני וועדת הפונדקאות ולצרף את הסכם השכר. עם זאת, הוועדה לא מפקחת על פעילות הסוכנויות. לאור העובדה שפונדקאות היא סיטואציה מורכבת ורגישה מבחינה אתית, פסיכולוגית וחברתית, מעורבותו של גורם תיווך מסחרי מעוררת קשיים. תיווך שכזה נגוע בניגוד עניינים מובנה - האינטרס של סוכנות התיווך הוא למקסם את רווחיה, לרצות את הצד המשלם (ההורים המזומינים), ולהביא לכך שמספר גדול ככל שניתן של חוזי פונדקאות ייחתמו, יעדים שאינם עולים בהכרח בקנה אחד עם האינטרסים החברתיים הרחבים שעולים מהליך הפונדקאות.

## לסיכום פרק זה –

מהסקירה שלעיל ניתן לראות כי ישנם פערים רבים ושוני בין פונדקאות אצל זוגות גברים הומוסקסואליים הנדרשים לקיים את ההליך בחו"ל, לעומת זוגות הטרוסקסואליים המקיימים את ההליך בישראל. אמנם בית המשפט קרא למחוקק פעמים רבות בפסיקותיו השונות להביא לשינוי והסדרת הסוגייה, אך בפועל אנו למדים כי המחוקק טרם נתן מענה לסוגייה, ובפועל ישנו עוול ופגיעה מהותית בזכות לשוויון בנושא זה לזוגות הומוסקסואליים גברים, שלהם עומדת האפשרות לפונדקאות בחו"ל בלבד (בשונה מזוגות נשים הומוסקסואליות שיכולות להיעזר בפונדקאות בישראל כאימהות יחידניות או בתרומת זרע).

<sup>73</sup> ראה הי"ש 70 לעיל.

## 8. המצב בישראל היום בנושא פונדקאות - חקיקה ופסיקה - הניסיון לשינוי

### חוק הפונדקאות -

**וועדת מור יוסף**<sup>74</sup> מונתה ביוני 2010 על ידי מנכ"ל משרד הבריאות. הוועדה הינה וועדה ציבורית העוסקת בהסדרה חוקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל. מטרת מינוי הוועדה הייתה למנות וועדה ציבורית שתבחן באופן מקיף את ההסדרים הקיימים בתחום הפרייון וההולדה בישראל, ולאור השינויים החברתיים, הדילמות והנושאים שהובאו במהלך השנים לבתי המשפט, בעת הקמת הוועדה הוטל עליה לבחון את כלל ההיבטים השונים של הנושא. הוועדה התבקשה להגיש את המלצותיה עד ליוני 2011. בשל היקף ומורכבות הנושאים שנידונו, ובהתאם לבקשת הוועדה, הוועדה פרסמה מסקנותיה במאי 2012. בין המסקנות החשובות של הוועדה הייתה שהוועדה מצאה לנכון להסדיר את האופציה לפונדקאות בישראל גם עבור זוגות חד מיניים, מכוח עקרון השוויון והרצון להביא לעולם ילד, ומכוח עקרון טובת הילד<sup>75</sup>.

### מסקנות הוועדה -

הליך למתן היתר להסדר נשיאת עוברים בישראל הינו הליך הכולל בחובו מספר אינטרסים נוגדים: אינטרסים של נשים הנושאות את ההיריון, אינטרסים של ההורים המיועדים, אינטרס הילדים העתידיים להיוולד באמצעות הליך הפונדקאות וערכי החברה כולה. קיים חשש מתמיד שנשים הנושאות את ההיריון בהליך זה ינוצלו בשל חולשתן הכלכלית, האישית והמשפחתית בכדי להעמיד את גופן לשירותם של אחרים. בנוסף, ישנם חששות נוספים הנוגעים ליילוד שעתיד להיוולד בפונדקאות, כך למשל עלול להיווצר נזק בחשיפת הילד לנסיבות הולדתו, ולחשיפתו עם האישה שנשאה אותו ברחמה. יתר על כן, גביית התשלום בעבור הליך זה מעוררת את חשש ההחפצה, שכן הולדת הילד עשויה להתהוות כאמצעי להגשמת מטרותיהם של אחרים והחפצת האם הנושאת. בעניין החששות הנוגעים לערכי החברה, מדובר בחששות תיאורטיים על קדושת המשפחה הביולוגית, קדושת הגוף והחשש בסחר בשירותי גוף. על אף ניגוד האינטרסים שעולה מהסוגייה, ניתן לטעון כי באם בחר המחוקק לאפשר הליך הולדה בסיוע אם נושאת, עליו לאפשר זאת גם לזוגות וגם ליחידים כאחד, ללא הבדל של נטייה מינית שכן, מרבית מהחששות שצוינו לעיל מתעוררים גם במשפחות הטרוסקסואליות. ע"פ המלצות הוועדה, האפשרות להתקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים צריכה להיפתח גם עבור גברים והורים יחידניים, אך ורק בדרך אלטרואיסטית וכך תישלל האפשרות לפצות את האם הנושאת בכסף, דבר שבפועל עשוי להקשות על מציאת אם נושאת שתסכים להירתם למשימה.

יחד עם זאת, הוועדה החליטה להמליץ שלא לפתוח את הפונדקאות באופן מלא לכלל האוכלוסייה, משלושה טעמים: הראשון הוא שלא כמו טכנולוגיות פרייון אחרות, בפונדקאות מעורב גורם שלישי שהוא האם הנושאת. לדעת הוועדה הרחבת האוכלוסייה הזכאית לפונדקאות תביא להגדלת מספר הנשים הפונדקאיות בישראל, והדבר עלול לגרום להנמכת הדרישות מהפונדקאיות ולאישור נשים שאינן מתאימות להליך, ועלולות להיות מנוצלות או להיפגע ממנו. הטעם השני הוא שמדובר בפרוצדורה רפואית שנועדה במקורה להיות פתרון קצה כמוצא אחרון למספר לא גדול של נשים, שאילו לא היה להן ליקוי רפואי היו יכולות להביא ילד לעולם. פתיחת האפשרות לפונדקאות ליחידים שאינם סובלים מליקוי רפואי אלא הפונדקאות היא פתרון מרכזי או אף יחיד להבאת ילדים לעולם עבורם, תכניס לכלל הזכאים קבוצת אוכלוסייה גדולה בהרבה מקבוצת הנשים עבורה נועד החוק, ועל כן תבוא בהכרח על חשבונה. בהקשר זה הוועדה הבחינה בין נשים יחידות, אשר ליקוי רפואי מונע מהן את האפשרות לשאת היריון, לבין גברים יחידים להם המצב שונה.

<sup>74</sup> ראה ה"ש 23 לעיל.

<sup>75</sup> איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות ע"י בני אותו מין 403 (2016).

הטעם השלישי הוא שהגדלה ניכרת של קבוצת הזכאים לפונדקאות עשויה להגדיל את התחרות בין ההורים המיועדים, הביקוש לאמהות פונדקאיות יעלה על ההיצע, והמחירים יעלו אף יותר באופן שהפונדקאות תהפוך לפתרון לעשירים בלבד. נוכח האמור לעיל, הוועדה המליצה להרחיב את קבוצת הזכאים לפונדקאות גם לנשים יחידות ולגברים יחידים, אך בתנאים שונים: נשים יחידות יהיו זכאיות לפונדקאות כמו בני זוג איש ואישה, וגברים יחידים יוכלו לפנות לוועדה מטעם משרד הבריאות ולבקש אישורה להסכם פונדקאות על בסיס אלטרואיסטי (המבוססת על קשרים קודמים בין הצדדים) ולא על בסיס תשלום. לצד ההמלצה להרחבת הקבוצות הזכאיות לפונדקאות, הוועדה המליצה להגביל את הזכאות לפונדקאות לאב יחיד כשאין לו ילדים, ובמקרה של בני זוג אם לשניהם אין יותר מילד משותף אחד בלבד (שנולד בעקבות הליך פונדקאות ובין אם לאו). נוסף על כך, הוועדה המליצה לאפשר הליך פונדקאות גם כאשר נדרש שימוש בתאי זרע, בתנאי שבמקרה זה ייעשה שימוש בביציות האם המיועדת, על מנת שיהיה קשר גנטי עם הורה מיועד אחד לפחות.

המלצה נוספת של הוועדה היא הרחבת מעגל הנשים אשר תוכלנה לשמש כפונדקאיות- כאמור, החקיקה בישראל קובעת כי ככלל, אישה נשואה לא תוכל לשמש פונדקאית, וכך גם מי שהיא קרובת משפחה של ההורים המיועדים. הוועדה ממליצה לאפשר גם לנשים נשואות לשמש כפונדקאיות, אולם יש לוודא כי לא מופעל על האישה לחץ מצד בעלה, דבר שיאפשר לנשים לזכות בתמיכה משפחתית לאורך התהליך. השינוי הנוסף שמציעה הוועדה הוא לאפשר לקרובת משפחה של ההורים המיועדים (למעט אמא, בת, סבתא או נכדה) לשמש כפונדקאית (אולם אחות לא תוכל להיות אם פונדקאית לביצית שהופרתה מזרעו של אחיה). מתן האפשרות לבחור כפונדקאית קרובת משפחה באה לנוכח ההגבלה של פונדקאות אלטרואיסטית בלבד בעבור יחידים, וכדי להגדיל את הסיכוי למצוא פונדקאית שתסכים לעבור את ההליך מסיבה זו.

בעניין התשלום בעבור הפונדקאות- הוועדה שקלה להגביל את הפונדקאות לפונדקאות אלטרואיסטית בלבד, כפי שקיים במדינות שונות בעולם. מודל כזה של פונדקאות עשוי לצמצם חלק מההיבטים השליליים של ההליך כמו מסחור גוף האישה וניצול האמהות הפונדקאיות<sup>76</sup>. רוב חברי הוועדה סברו כי אין מקום לצמצם את הפונדקאות לפונדקאות אלטרואיסטית בלבד, וכי המצב הקיים מאפשר לשמור על האיזון שבין הרצון לסייע לזוגות חשוכי ילדים לבין החששות מההליך. הוועדה גם התלבטה האם יש לקבוע תעריף מירבי להליך הפונדקאות. לקביעת מחיר מירבי יש שני יתרונות - מניעת מצב שההליך כרוך במחיר מופרז והופך אותו רלוונטי לעשירים בלבד, וכדי להימנע ממצב בו התשלום הניתן בתמורה לתהליך יהיה גבוה במידה שהוא יפתה נשים שאינן מתאימות להליך להיכנס אליו. החיסרון של קביעת מחיר מקסימום הוא שקביעה כזאת עלולה להוביל לכך שבפועל מחיר המקסימום יהפוך למחיר מינימום לביצוע ההליך וכל ההסכמים "ייתיישרו" לפי מחיר המקסימום. לנוכח שיקולים אלו המליצה הוועדה שלא לקבוע מחיר מקסימום להסכם פונדקאות.

המלצות נוספות נועדו להגן על הפונדקאית- הוועדה המליצה תיקונים נוספים בחוק שמטרתם לחזק את ההגנה על האם הנשואת. לפי הוועדה, אישה תוכל לשמש כפונדקאית בשלושה הליכי פונדקאות לכל היותר, ובכל הליך יוכלו להתבצע שלושה ניסיונות בלבד. אם פונדקאית תוכל ללדת עד שני ילדים בהליך. הוועדה המליצה להוסיף בהסכם הפונדקאות וכתנאי לאישורו, הסדר ביטוח לאם הפונדקאית להסדרת האפשרות לביטוח האם הפונדקאית בביטוח נזקי היריון ולידה. הוועדה המליצה לחייב הפרדה בין הצוות הרפואי המטפל באם הפונדקאית לצוות הרפואי המטפל באם המיועדת, כדי למנוע ניגודי עניינים. כמו כן, הוועדה קראה להטלת פיקוח על החברות והארגונים העוסקים בתיווך לפונדקאות בעבור תשלום (לרבות גופים העוסקים בפונדקאות בחו"ל, לגבי כל פעילות המתבצעת בעניין זה בישראל).

<sup>76</sup> פנחס שיפמן, מעמדם המשפטי של זוגות בני אותו מין, זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית, 327 (2016)

## דיון הוועדה בעניין פונדקאות בחו"ל לעומת פונדקאות בישראל-

בין יתר הנושאים, הוועדה דנה בפונדקאות של ישראלים בחו"ל לצד הדיון בפונדקאות בישראל, על רקע התגברות התופעה בשנים האחרונות והבעיות הכרוכות בה. כאמור, כיום הסוגייה אינה מקבלת מענה בחקיקה הישראלית ולא בהסדרה בין לאומית. כיוון שמדובר בתופעה בין-ארצית, הוועדה קראה לממשלת ישראל ולמשרדי הממשלה הרלוונטיים לפעול לקידום הסדרת הנושא במסגרת אמנה בין לאומית, כפי שקיים בנושא אימוץ בין ארצי. במישור הפנים ישראלי, הוועדה המליצה כי מדינת ישראל תסדיר את אופן ההכרה בפונדקאות הנעשית מחוץ לישראל ותיצור מסלול שינסה לשמר את זכויותיהן של האמהות הפונדקאיות כדלקמן: וועדה בין-משרדית תכיר במרפאות בחו"ל, בהתבסס על בדיקת מסמכים הנוגעים לצד הרפואי, וכן בהתייחס לקבלת ההסכמה מדעת של האם הפונדקאיות להליך והתנאים הניתנים להן. ההכרה בפונדקאות הנעשית בחו"ל, תינתן לאחר בדיקה שהדין הזר מתיר פונדקאות ומכיר בה באותה מדינה (צוין כי מודל דומה של הכרה במרפאות קיים היום בהליך תרומת ביציות בחו"ל).

לדעת הוועדה ביצוע פונדקאות במסגרת המסלול המתואר לעיל, יזכה בהקלות בדרישות להכרה בהורות ולכניסה לישראל. בהתאם להצעת הוועדה, יהיה אפשר לבצע את הבדיקה הגנטית הנדרשת לצורך הכניסה לישראל ללא צו בית משפט, ויהיה אפשר לקבל צו הורות בישראל ללא צורך בפנייה להליך אימוץ. המלצה נוספת היא שעל יסוד הסכם הפונדקאות שנערך בחו"ל ובצירוף בדיקה גנטית, יהיה ניתן לבצע במימון ציבורי, את שלב הפריית הביצית בישראל, ככל שיש זכאות לכך, כמו בפונדקאות המתקיימת בישראל. רופאים ישראלים לא יורשו לבצע פונדקאות מחוץ לישראל המתבצעת במרפאות שלא קיבלו הכרה כאמור לעיל (על ידי הוועדה) או להיות מעורבים בה, והפרת הוראה זו תיחשב עבירה פלילית. גם תיווך לצורך ביצוע הליך פונדקאות במרפאות מחוץ לישראל שלא קיבלו הכרה כאמור לעיל, ייחשב עבירה פלילית.

## המצב החקיקתי כיום, והניסיון לשנות את חוק הפונדקאות-

לאור המלצות הוועדה שפורסמו, ולצד הקריאות שעלו מהציבור באותה התקופה, בדצמבר 2013 עלתה הצעה לתיקון חוק הפונדקאות. בהצעת החוק הוצע לקבוע הליך פונדקאות בחו"ל בו על ההורים המזמינים, ביניהם גם גברים ונשים יחידניים, לקבל אישור מוועדת האישורים של משרד הבריאות, כפי שקיים כיום בארץ במסגרת חוק הפונדקאות. בהתאם להצעת החוק, ההסכם יאושר רק לאחר שהוועדה תוודא שחווה הפונדקאות שומר על רווחתם וזכויותיהם של שלושת הצדדים להליך<sup>77</sup>. שרת הבריאות דאו יעל גרמן יזמה את הצעת החוק- הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014<sup>78</sup>, הידועה גם בשמה "חוק השוויון בפונדקאות". הצעת החוק אושרה בוועדת השרים לחקיקה במרץ 2014, והנוחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה ביולי 2014<sup>79</sup>. ביוני 2014 אישרה ממשלת ישראל את תזכיר חוק "חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014"<sup>80</sup>, שבין השאר כלל הוראות לתיקון ההפליה שהייתה קיימת בחוק, תוך הרחבה שוויונית מעגל הזכאים להתקשרות בהסכם לנשיאת עוברים בתשלום לנשים ולגברים בכלל, ולא רק לאיש ואישה שהם בני זוג. הצעת חוק זו אושרה בקריאה ראשונה באוקטובר 2014, אלא שלאחר פיזור הכנסת התשע-עשרה היא לא קודמה ולא הוחל לגביה דין רציפות<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 128 (2018).

<sup>78</sup> הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014.

<sup>79</sup> הצי"ח הממשלה (מתשס"ג 10/2002) – 886, מיום 23.7.2014.

<sup>80</sup> חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון- הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014.

<sup>81</sup> יחזקאל מרגלית הורות משפטית מן הדין ומן הצדק- גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקתי 129-130 (2018).

בהתאם לאמור לעיל, הצעת החוק משנת 2014 ביקשה להרחיב באופן שוויוני את מעגל הזכאים לביצוע הליך פונדקאות בין בארץ ובין בחו"ל, כך שגם בני זוג מאותו המין וגם נשים וגברים שהם לא בני זוג יוכלו לבצע את הליך הפונדקאות בישראל. לפי הצעת החוק, תהליך הפונדקאות אינו תלוי במצב משפחתי אלא רק באמות המידה הרגילות של גיל ובעיה רפואית המצדיקים שימוש בהליך פונדקאות. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב: **"לצד הפונדקאות בישראל על פי חוק הפונדקאות (שנחקק ב-1996), התפתחה בשנים האחרונות תופעה של ישראלים הנוסעים לחו"ל כדי להביא לעולם ילד באמצעות אם נושאת תושבת המדינה הזרה. בשל העובדה שהפונדקאות מחוץ לישראל לא הוסדרה עד עתה בחקיקה הישראלית, היא מעוררת קשיים רבים - משפטיים ומוסריים, ומדינת ישראל נדרשת להם בדיעבד, כאשר הזוגות והיחידים מבקשים להיכנס לישראל עם הילד שנולד, להעניק לו אזרחות ישראלית ולהכיר בו כילדם לכל דבר. לאחר בחינת המלצות הוועדה בראשות פרופ' מור יוסף שבחנה את הנושא, הוחלט כי יש להרחיב את מעגל הזכאים לביצוע פונדקאות בישראל באופן שוויוני, כך שגם נשים בלא בן זוג וגברים בלא בת זוג יוכלו לבצע את ההליך בישראל בתשלום, כפי שאפשרות זו נתונה להורים מיועדים שהם איש ואישה שהם בני זוג".**

הצעת החוק ריככה במקצת את הבעייתיות הקיימת בפיצול הקבוע **בס' 10 לחוק הפונדקאות**, המפצלת בין ההורה הגנטי להורה שאינו גנטי לבין היילוד. לפי הצעת החוק, עד לקבלת צו ההורות הפסיקתי יהיה הילד לא רק במשמורת הפיזית אלא גם באפטרופסות המשפטית של אחד מההורים לפחות, ובמידה ושני ההורים קשורים מבחינה גנטית לילד הוא יהיה במשמורת משותפת של שניהם. כך או כך יהיה לפחות אחד מההורים מוכר בידי רשויות המדינה כהורה של היילוד לכל דבר ועניין, עד לקבלת צו ההורות. ההכרה בהורות המשפטית של ההורים המיועדים הינה הכרה משפטית לכל דבר ועניין, ולכן בהצעת החוק הציעו לתקן גם את חוק האזרחות<sup>82</sup>, כך שהחוק יכיר באזרחות שנובעת גם מכוח צו הורות, ואף לתקן גם את חוק מרשם האוכלוסין<sup>83</sup>, שיתיר רישום של ילד על פי צו ההורות ובכך יקבל הילד אזרחות ישראלית.

נוכח האמור, בשנת 2015 הוגשה עתירה נוספת בנושא הפונדקאות לבית המשפט העליון **בבג"ץ איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**<sup>84</sup>. העתירה ביקשה להרחיב את הגישה להסדר הפונדקאות בישראל כך שיחול גם על זוגות מאותו המין וכן על הורה יחיד. **השופט ג'ובראן** בפסק הדין ציין: **"הסדר חוקי המעניק זכות בעלת מעמד חוקתי לקבוצה אחת, ומדיר מפניו קבוצה אחרת בשל זהותה, העדפותיה, נטיותיה או אורחות חייה – הוא הסדר הנחזה להיות מפלה, אשר קשה להלום אותו. כשלעצמי, איני רואה כל הצדקה לבכר הורות הטרוסקסואלית על פני הורות חד-מינית ככלל... העדפה חסרת בסיס זו מפנה עורף לערך כבוד האדם, המנוי בחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולעיקרון השוויון הנגזר ממנו".**

יחד עם זאת, נקבע בפסק הדין כי משהונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק, ומתוך עקרון הכיבוד ההדדי בין הרשויות, החליט בג"ץ בהחלטתו מיום 3.8.2017 להשעות את ההכרעה בעתירה לפרק זמן של שישה חודשים לשם מיצוי הליך החקיקה, בשל הודעת המדינה על קידום הצעת חוק לתיקון חוק הפונדקאות, שנועדה להרחיב את מעגל הנשים הזכאיות לבצע את הליך הפונדקאות בישראל גם לאם מיועדת יחידה, הסובלת מבעיה רפואית שבשלה היא נדרשת לפנות לביצוע הליך פונדקאות. בית המשפט היה ער לעניין שהצעת החוק אין בה מענה לכלל העתירה, וכבר בפסק הדין התריע השופט ג'ובראן כי גם הצעת החוק בנוסחה, כפי שהונחה על שולחן הכנסת דאז, אינה מביאה כל בשורה לזוגות הומוסקסואליים ולהורה יחידני, אך למרות זאת סבר כי בטרם תוכרע העתירה, יש לאפשר להליך החקיקה למצות את עצמו וזאת בתוך פרק זמן סביר.

<sup>82</sup> חוק האזרחות, תשי"ב-1952.

<sup>83</sup> חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965.

<sup>84</sup> בבג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לת עוברים על פי חוק הסכמים לת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 3.8.2017).



ביום 5.7.2017 הונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017.<sup>85</sup> הצעת החוק עוסקת בין היתר, בהסדרת הגישה להסכמי הפונדקאות ולפיה גם נשים יחידניות בעלות זיקה גנטית יוכלו להתקשר בהם. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב: **"לאחר בחינת המלצות ועדת מור יוסף הוחלט כי יש להרחיב את מעגל הנשים הזכאיות לבצע פונדקאות בישראל גם לנשים בלא בן זוג, הסובלות מבעיה רפואית שבשלה הן נדרשות לבצע את ההליך, ובכך לאפשר לכל אישה הסובלת מבעיה רפואית לעבור את ההליך בישראל בלא קשר לשאלת מעמדה האישי...".** ביום 17.7.2017 עברה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת החוק. מאז שעברה בקריאה ראשונה הצעת החוק הוכנה בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות לקריאה שנייה ושלישית.

בנוסח הצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית ביום 16.7.2018,<sup>86</sup> תיקנה וועדת העבודה, הרווחה והבריאות את הצעת החוק לפיה יורחב מעגל הנשים הזכאיות לבצע פונדקאות בישראל גם לנשים ללא בני זוג, שסובלות מבעיה רפואית שלא מאפשרת להן לשאת הריון. בנוסף התיקון אפשר הקלות משמעותיות שריפאו פגמים שהיו קיימים בחוק המקורי, בין היתר הליך הפונדקאות הוגבל למספר של 5 ילדים במשפחה ולא 2, בנוסף גילה של האם הפונדקאית עלה, וכך גם מספר הלידות שהפונדקאית תוכל לעבור. התיקון אמנם מבורך עבור קהילה מסוימת, אך הותיר את זוגות הגברים ההומוסקסואליים והאבות היחידניים ללא מענה למצוקתם.

ביום 17.7.2018, הובאה הצעת החוק לדיון במליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית. בפתח המליאה, הציגה חברת הכנסת נורית קורן בשם וועדת העבודה, הרווחה והבריאות את הצעת החוק. בדבריה שם<sup>87</sup> נאמר: **"גם היום מדינת ישראל היא בין המדינות היחידות שמתירות ביצוע פונדקאות והסדירו את הנושא בחקיקה. בחוק נקבע כי יש לאפשר פונדקאות לקבוצה מצומצמת של בני זוג שאינם יכולים להביא ילדים בשל קושי פיזיולוגי של האישה לשאת את ההיריון. בהצעה שלפניכם אנו מבקשים להרחיב את מעגל הזכאים לפונדקאות ולקבוע כי מעתה גם נשים ללא בני זוג שיש להן קושי רפואי לשאת הריון יהיו זכאיות לפונדקאות. לאורך כל דיוני הוועדה בהצעת החוק שמעה הוועדה בקשב רב את קולם של גברים יחידניים שביקשו להחיל את החוק גם לגביהם ולאפשר להם לבצע פונדקאות בארץ. הוועדה שמעה את טענותיהם ואת הערותיהם, ועל אף הרצון של חלק מחברי הוועדה להרחיב את ההסדר גם לגבי גברים יחידניים, הדבר לא צלח, ונראה כי עדיין לא בשלה העת לתיקון כזה... הוועדה החליטה להמשיך ולקדם את הצעת החוק שלפניכם על מנת שלא לפגוע באוכלוסיית הנשים היחידניות, ואני מקווה שבהמשך תהיה הסכמה רחבה יותר בנושא, ויהיה ניתן לבחון החלה של ההסדר גם לגבי גברים יחידניים".**

בתום דיון ממושך ולאחר שנדחו כל ההסתייגויות, עברה בקריאה שנייה ושלישית הצעת החוק שהרחיבה את מעגל הזכאים לפונדקאות בישראל לאם מיועדת יחידה שיש לה קושי להרות, והתיקון לא נתן מענה לזוגות מאותו מין, ולגברים יחידניים אשר אינם רשאים להתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים בישראל, ונשארו מופלים. בין ההסתייגויות שנדחו הייתה גם הסתייגותו של ח"כ אמיר אוחנה, שביקש להכליל בחוק זוגות גברים הומוסקסואליים (ראש הממשלה בנימין נתניהו פרסם באותה העת סרטון בו הוא מביע תמיכה בהסתייגות זו המבקשת להכליל בחוק זוגות גברים הומוסקסואליים, ובהצבעה על ההסתייגות הצביע נגד ובהצבעה על החוק עצמו הצביע בעד). בהצבעה בקריאה השלישית שהייתה הצבעה שמינית, תמכו 59 חברי כנסת, והתנגדו 52 חברי כנסת.

<sup>85</sup> הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017.

<sup>86</sup> ראה ה"ש 31.

<sup>87</sup> הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, מס' מ/1141; דברי הכנסת, מושב שלישי, חוברת ל"ה, ישיבה 254, עמ' 23287; נספחות (קריאה שנייה ושלישית).

**בבג"ץ 781/15 איתי ארד פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**<sup>88</sup>, הדיון נסב אודות השאלה האם יש לאפשר לזוגות בני אותו המין ולגברים יחידים בעלי זיקה גנטית ליילוד, הסדר פונדקאות בישראל. בהרכב של 5 שופטים (הנשיאה חיות, המשנה לנשיאה מלצר, והשופטים הנדל, פוגלמן, עמית), נפסק פה אחד כי הסדר הפונדקאות הנוכחי, המחריג גברים יחידים ובני זוג מאותו מין, בעלי זיקה גנטית ליילוד, פוגע באורח בלתי מידתי בזכויות החוקתיות לשוויון ולהורות, ופגיעה בזכויות הנדונות אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 **לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**<sup>89</sup>. בג"ץ בהחלטה דרמטית קבע כי יש לאפשר לזוגות מאותו המין וגברים יחידים בעלי זיקה גנטית ליילוד גישה לפונדקאות בישראל. בית המשפט קבע כי הוראות הסדר הפונדקאות הקבועות בחוק, שמונעות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו מין את האפשרות לעשות שימוש בהסדר פונדקאות אינן חוקתיות. זאת ועוד, האפשרות של ביצוע הליך אימוץ אינו מאפשר מימוש של הורות גנטית ומכל מקום מסלול האימוץ על ידי יחידים או על ידי בני זוג מאותו המין מיושם לעתים נדירות בלבד. החרגתה הגורפת של קבוצת הגברים ההומוסקסואלים מתחולתו של הסדר הפונדקאות נחזית כהפליה "חשודה", המייחסת מעמד נחות לקבוצה זו, ובכך גלומה פגיעה נוספת, קשה ומשפילה בכבוד האדם על בסיס מגדר או נטייה מינית.

בית המשפט הוסיף כי ניתן למצוא דרכים אחרות אשר יגשימו את תכליות החוק, ובכלל זה הגנה על כבודן ושלומן של הנשים הפונדקאיות, באופן שלא יוביל להפלייתם של גברים יחידים וזוגות בני אותו מין. השופטים קבעו כי פגיעתו של החוק בזכות להורות ובזכות לשוויון היא משמעותית ונזקה רב, ולעומת זאת התועלת השולית הנובעת מהפעלת ההסדר במתכונתו הנוכחית מסתכמת בהקטנת הביקוש להסדרים כאמור וניתן להשיג אותה בדרכים נוספות. מה שמשאיר לזוגות החד מיניים עד היום את האפשרות לקיים הליך פונדקאות בחו"ל בלבד.

בדעת רוב נפסק כי נוכח מורכבות החוק המצריכה הסדרה מפורטת, מדוקדקת והוליסטית המתכתבת עם מכלול החוקים העוסקים ברבייה ופרייון, עדיפה האפשרות שהמחוקק ייעשה תיקון לחוק ההסכמים, ועל כן ניתן למחוקק פרק זמן של 12 חודשים לתיקון החוק על מנת לרפא את ההפליה הבלתי חוקתית שבו, ואם לא ייעשה כך בפרק הזמן האמור, יינתן פסק דין משלים שיבטל את הוראות החוק המפלגות. בית המשפט קבע כי: **"החרגתה הגורפת של קבוצת הגברים ההומוסקסואלים מתחולתו של הסדר הפונדקאות נחזית כהפליה 'חשודה', המייחסת מעמד נחות לקבוצה זו, ובכך גלומה פגיעה נוספת, קשה ומשפילה בכבוד האדם על בסיס מגדר או נטייה מינית. המסקנה היא כי הוראות חוק ההסכמים והוראות חוק תרומת ביציות, ככל שהוא נוגע להסדר הפונדקאות, פוגעות בזכויות החוקתיות להורות ולשוויון."**

### לסיכום פרק זה –

לאורך השנים היו קריאות חוזרות ונשנות של הציבור, ובפסיקותיו השונות של בית המשפט להביא לתיקון המצב החוקי שקיים לאור חוק הפונדקאות. בעקבות המורכבות של סוגיית נושא הדת והמדינה, טרם נעשה בפועל שינוי במצב החוקי, וכיום עדיין קיימת הפליה בנושא הפונדקאות לזוגות חד מיניים ולאבות יחידניים.

כיום, הונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם הצעת חוק לתיקון חוק הפונדקאות, ונכון למועד כתיבת שורות עבודה סמינריונית זו, לאור הטלטלות הפוליטיות הרבות בישראל לרבות משבר הקורונה, הצעת החוק עדיין לא קודמה, ותקוותינו כי בהתאם להוראותיו של בג"ץ המחוקק יידרש לתיקון הוראות החוק המפלגות, ולקידום זכויותיהם של הזוגות החד מיניים והאבות היחידניים בנושא הפונדקאות.

<sup>88</sup> בג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לת עוברים על (פורסם בבנו, 27.02.2020).

<sup>89</sup> ראה הי"ש 6 לעיל.

## 9. דין משווה

במדינות רבות בעולם קיימים חוקים והגבלות על הליך פונדקאות ולהסדרת רישום היילודים בהליך זה. בחלק מהמדינות אף קיים איסור על פונדקאות תמורת רווח כספי של האם הנושאת את הילוד, אך פונדקאות אלטרואיסטית מותרת. בחלק מהמדינות, החקיקה והאכיפה בנושא הפונדקאות אינן מוסדרות באופן עקבי, גם במדינות בהן הפונדקאות מותרות, מצב זה יצר מקרים משפטיים סבוכים של רישום היילוד באופן חוקי והוצאתו מהמדינה בה התבצעה הפונדקאות. השימוש של זוגות חד מיניים וזוגות גברים הומוסקסואלים בפרט בשירותי פונדקאות (גם בחו"ל) כדי להביא ילדים לעולם מתרחש בכל העולם, אך יש הטוענים כי בישראל ההיקף גדול במיוחד. הסבר אפשרי לייחוד השימוש בהליך הפונדקאות בישראל הוא חשיבות גידול ילדים בחברה הישראלית, בין אם מתוך ערכי המשפחה, מסורת או ביטוי משמעותי למימוש עצמי.

בישראל כפי שפורט לעיל, מותרת פונדקאות אלטרואיסטית ופונדקאות בתשלום הנעשות על פי הוראות החוק, אולם יש מדינות בעולם המערבי שבהן הפונדקאות אסורה, ובהן צרפת, איטליה, גרמניה, שווייץ, לטביה, ליטא, סלובקיה וספרד, וכן ארבע מדינות בארה"ב: ניו יורק, ניו ג'רזי, אינדיאנה ומישגן. מדינות אלה אסרו באופן גורף את השימוש בפונדקאות וחלקן אף אינן מכירות בהורות אשר נוצרה בהליך כזה שנערך מחוץ לגבולות המדינה ומסרבות להעניק זכויות להורים וליילוד מהליך זה.

מדינות אחרות דוגמת הולנד, בלגיה, אירלנד, ארגנטינה וקולומביה, אינן מסדירות את סוגיית הפונדקאות לחיוב או לשלילה - חלקן אינן כוללות הסדר חיובי בכל הנוגע לפונדקאות אלטרואיסטית ובנוגע להסדרת מעמד היילוד וההורים במקרים שבהם נעשה שימוש בפונדקאות על פי הדין הכללי במדינה, או על פי כללים מנהליים. חלק מהמדינות שוללות לחלוטין ואף מטילות איסור פלילי על פונדקאות בתשלום. לעומת זאת ישנן מדינות כמו תאילנד, אוסטרליה, קנדה (למעט קוויבק בה הפונדקאות אסורה), וחלק ממדינות ארה"ב שהסדירו בחוק את השימוש בפונדקאות בהליכים אלטרואיסטים בלבד, או לדוגמה בבריטניה שמותרת פונדקאות כזו רק לתושבי בריטניה עם בן או בת זוג הזכאים לפונדקאות בבריטניה. יש גם מדינות שהסדירו את הפונדקאות בהליכים בתשלום כמו גיאורגיה, יוון, אוקראינה, רוסיה וחלק ממדינות ארה"ב. מדינות מסוימות ובהן אוקראינה, יוון, גיאורגיה, רוסיה ותאילנד מגבילות את הגישה להסדר פונדקאות לזוגות הטרנסקסואלים או לנשים בלבד, בעוד אחרות בהן חלק ממדינות אוסטרליה, חלק ממדינות ארה"ב ואנגליה, מאפשרות גישה גם לגברים יחידניים ולבני זוג מאותו המין. בנורבגיה ובאסטוניה אסורות לידות שמטרתן מסירת היילוד לאחרים, ובפינלנד, שבדיה וסלובניה אסור לקיים טיפולי פוריות למטרת פונדקאות.

מי שאינם זכאים לבצע פונדקאות בישראל נאלצים לקיים הליך זה בחו"ל, במדינות שבהן מותרת פונדקאות לזרים שאינם תושבי המדינה. על פי מאמרם של חוקרים מהקליניקה למגדר ומיניות באוניברסיטת קולומביה בארה"ב<sup>90</sup>, המדינות שהן יעד פופולרי לפונדקאות לזרים הן קליפורניה בארה"ב, אוקראינה, רוסיה, גאורגיה וקנדה. עם זאת, באוקראינה, גאורגיה ורוסיה אסורה פונדקאות לזוגות חד מיניים ולגברים יחידניים. כלומר, המדינות שהן כיום יעד לפונדקאות לגברים זרים יחידניים ולגברים הומוסקסואליים הן חלק ממדינות ארה"ב, קנדה, ולאחרונה גם אלבניה. בעבר הודו, נפאל, תאילנד ומקסיקו נחשבו ליעדים פופולריים לפונדקאות עבור זרים, אולם לאחרונה נאסרה בהן פונדקאות זו. בתאילנד הפונדקאות בתשלום והפונדקאות בעבור זרים נאסרה בשנת 2015. בהודו נחקק בשנת 2016 חוק בו נאסרה פונדקאות בתשלום, ובו הפונדקאות האלטרואיסטית מותרת רק לאזרחי הודו ורק לזוגות נשואים ללא ילדים אם לאישה יש בעיות רפואיות המונעות ממנה להיכנס להיריון. בנפאל, משנת 2016 הפונדקאות אסורה לזרים ומותרת לנשים נשואות תושבות נפאל שיש להן בעיות רפואיות. במקסיקו נחקק בשנת 2015 חוק האוסר פונדקאות לזרים.

<sup>90</sup> ראה הי"ש 72 לעיל.

## להלן סיקור הליכי הפונדקאות במדינות העולם-

**פונדקאות בקנדה-** הפונדקאות שמעוגנת בחוק בקנדה היא פונדקאות אלטרואיסטית. ההורים המיועדים יכולים לשלם רק על ההוצאות השוטפות של ההליך (הליכים רפואיים, בדיקות פסיכולוגיות וכו') וההוצאות צריכות להיות מאושרות מראש. כל סוג של "תשלום" לאם הפונדקאית, הוא עבירה על החוק. בפרובינציית קוויבק, הקוד הציבורי לא מתיר פונדקאות מכל סוג שהוא והסכמי פונדקאות לא ניתנים לאכיפה.

**פונדקאות בסין-** פונדקאות אינה אסורה ואינה מותרת במפורש על פי החוק בסין. משרד הבריאות הסיני קבע "כללי מחלקה" האוסרים על אנשי רפואה לבצע הליכי פונדקאות, תוך הפרות שנענשות בקנסות (אך לא בהתחייבויות פליליות). בפועל, הסדרים בנושא פונדקאות נפוצים בסין.

**פונדקאות בתאילנד-** בעבר תאילנד הייתה יעד פופולרי עבור הורים מיועדים ברחבי העולם, אך החל משנת 2015 קיים איסור על כל זוג הורים לעבור הליך פונדקאות בתאילנד, אלא אם מדובר בתושבי המדינה. זוגות חד מיניים בתאילנד לעומת זאת, אינם יכולים לעבור הליך פונדקאות משום סוג שהוא.

**פונדקאות בארה"ב-** חוק הפונדקאות בארה"ב אינו מוגדר כחוק פדרלי וסוגיית הפונדקאות והסוגיות המשפטיות הנלוות לה משתנה ממדינה למדינה, כאשר כל מדינה קובעת באופן עצמאי את חוקיה לגבי סוגיית הפונדקאות. בחלק מהמדינות בארה"ב יש חקיקה כתובה, בעוד שמדינות אחרות פיתחו משטרי משפט מקובל לטיפול בסוגי פונדקאות. חלק מהמדינות מקלות על הליך הפונדקאות וחוזי הפונדקאות, מדינות אחרות מסרבות לאכוף אותם וחלקן אף מענישות פונדקאות מסחרית. מדינות ידידותיות לפונדקאות נוטות לאכוף חוזי פונדקאות מסחריים ואלטרואיסטיים כאחד, ולהקל על דרכים להכיר בהורים המיועדים כהורים חוקיים של הילד. המדינות בארה"ב שמוגדרות כידידותיות יותר בנוגע לפונדקאות כדוגמת אילינוי, ארקנסו או ניו-המפשייר, שם הפונדקאות בתשלום וגם הפונדקאות האלטרואיסטית מותרות לפי חוק. בפסק דין של בית המשפט המחוזי ביוטה שבארה"ב<sup>91</sup> נקבע כי לפי חוקת ארה"ב אין כל סיבה להשפעה על הבחירה והזכות של זוגות גברים הומוסקסואליים או נשים לסביות לגדל ילדים, לאמץ ילדים או להביא ילדים באמצעות פונדקאות. בארה"ב ישנן השפעות משפטיות בהן הגורמים העיקריים הם מקום השלמת החוזה, מקום מגורי האם הפונדקאית, ומקום הלידה. לפיכך, אנשים הגרים במדינה ש"אינה ידידותית" עדיין יכולים ליהנות ממדיניות הידידותיות לפונדקאות (לפי לחוזה, מגורי הפונדקאית, ומקום הלידה).

### דוגמאות למדינות בארה"ב-

**ארקנסו-** אחת המדינות הראשונות שחוקקו חוקים ידידותיים לפונדקאות. בשנת 1989 תחת המושל ביל קלינטון הועבר חוק 2647<sup>92</sup>, הקובע כי בהסדר פונדקאות אב ביולוגי ואשתו יוכרו כהורים חוקיים של הילד החל מלידתו, גם אם האישה אינה קשורה גנטית לילד. אם האב לא נשוי, הוא לבדו יוכר כהורה החוקי. אישה תוכר כאם החוקית לילדה הגנטי שנולד בפונדקאות, כל עוד היילוד עובר עם זרע תורם אנונימי.

**קליפורניה-** ידועה כמדינה ידידותית, ונחשבת כמדינה הליברלית ביותר בארה"ב לפונדקאות. היא מתירה פונדקאות מסחרית, נוקטת באכיפת חוזי פונדקאות באופן קבוע, ומאפשרת לכל ההורים המיועדים, ללא קשר למצב משפחתי או נטייה מינית לבסס את הורותם החוקית לפני הלידה וללא הליכי אימוץ.

<sup>91</sup> United States District Court, D. Utah, Central Division, Derek KITCHEN, Moudi Sbeity, Karen Archer, Kate Call, Laurie Wood, and Kody Partridge, Plaintiffs, v. Gary R. HERBERT, John Swallow, and Sherrie Swensen, Defendants. Case No. 2:13-cv-217. Dec. 20, 2013.

<sup>92</sup> Arkansas Code Title 9. Family Law § 9-10-201 status of individuals

**מישיגן** - אוסרת על כל הסכמי הפונדקאות. במישיגן התקשרות בהסכם פונדקאות הינה עבירה פלילית שעונשה קנס של עד 50,000 דולר ועד חמש שנות מאסר. החוק במישיגן<sup>93</sup> הופך את הסכמי הפונדקאות לבלתי ניתנים לאכיפה.

**ניו המפשייר** - מאז 2014 מוכרת ניו המפשייר כמדינה ידידותית לפונדקאות, כאשר ישנם חוקים<sup>94</sup> שנועדו להגן על כל הצדדים להסדר פונדקאות. ההורים המיועדים, ללא קשר למצב משפחתי, נטייה מינית, או קשר גנטי לילד, יכולים לבסס את זכויותיהם כהורים החוקיים באמצעות צו שניתן טרום לידה, וכך מעגנים את שמם בתעודת הלידה הראשונית של הילד. לפי החוק בניו המפשייר, פיצוי סביר לאם פונדקאית מותר בחוק.

**ניו יורק** - החוק בניו יורק<sup>95</sup> קובע כי חוזי פונדקאות מסחריים נוגדים את תקנת הציבור, ובנוסף קובע עונשים אזרחיים למי שמשתתף בחוזה פונדקאות מסחרי. חוזי פונדקאות אלטרואיסטיים אינם נענשים, אך הם לא נאכפים בניו יורק. בניו יורק קיימת אלטרנטיבה לאימוץ היילוד לאחר הלידה בפונדקאות אלטרואיסטיות.

**פסיקה בארה"ב** - בעקבות הליך האשרור הכפול הנהוג בישראל (עריכת ההסכם בין ההורים המיועדים לאם הנושאת ואישורו ע"י הוועדה, ולאחר תום הליך הפונדקאות קבלת אישור על ידי בית המשפט לענייני משפחה באמצעות צו הורות). ניתן לראות כי עדיין לא הגיע לפתחו של ביהמ"ש בישראל סכסוך בין ההורים מזמינים לאם הנושאת. בניגוד לישראל, ישנם סכסוכים מפורסמים בעניין זה בעולם ובארה"ב כמו-Baby M<sup>96</sup>. במקרה של-Baby M (ניו ג'רזי 1988), האם הפונדקאית בהסדר פונדקאות מסורתית החליטה לשמור אצלה את היילוד וזאת בניגוד להסכם. ההורים המיועדים תבעו את האם הפונדקאית כיוון והכירו בעצמם כהורים חוקיים. בית המשפט העליון בניו ג'רזי מצא כי חוזה הפונדקאות לא היה תקף בגלל המדיניות הציבורית של ניו ג'רזי, אך עם זאת, ההורים המיועדים קיבלו משמורת על הילד מכיוון שבתי המשפט חשבו שיספקו בית טוב יותר לתינוק מאשר האם הפונדקאית, שקיבלה זכויות ביקור לילד. בפסק דין נוסף של בית המשפט המחוזי ביוטה שבארה"ב<sup>97</sup> נקבע כי לפי חוקת ארה"ב אין כל סיבה להשפעה על הבחירה והזכות של זוגות חד מיניים לגדל ילדים, לאמץ ילדים או להביא ילדים באמצעות פונדקאות.

**פונדקאות באוסטרליה** - באוסטרליה הפונדקאות מותרת בכל המדינה למעט בצפון המדינה, שם נחשבת הפונדקאות כעבירה על החוק. בשנת 2004 אוסטרליה הפכה את הפונדקאות האלטרואיסטיות לחוקית עבור זוגות הטרוסקסואליים בלבד, ובשנת 2017, אוסטרליה הדרומית העבירה הצעת חוק שתאפשר לזוגות הומוסקסואליים גישה שווה הן לפונדקאות והן ל-IVF.

**פונדקאות בברזיל** - לברזיל אין מגבלות על הורות פונדקאית. ההורים המיועדים מוכרים ומקובלים כהורים החוקיים מלידה דרך הסכם פונדקאות.

**פונדקאות בצרפת** - בצרפת מאז שנת 1994, כל הסדר פונדקאות שהוא מסחרי או אלטרואיסטי, אינו חוקי לפי הקוד האזרחי הצרפתי<sup>98</sup>. בנוסף נקבע בבית המשפט הצרפתי כי הסכם פונדקאות ככלל אינו חוקי על בסיס סעיפים 6, 353 ו-1128 לקוד האזרחי הצרפתי.

**פונדקאות בגרמניה** - כל הסדרי הפונדקאות (מסחריים ואלטרואיסטיים כאחד) אסורים ואינם חוקיים. על פי הקודקס האזרחי הגרמני<sup>99</sup>, האם החוקית היא תמיד האישה שילדה את הילד.

Michigan Compiled Laws - Mich. Comp. Laws § 722.851 Short title. <sup>93</sup>

NH Rev Stat § 168-B- <sup>94</sup>

NY Domestic Relations Law Art 8, pp 121-124. <sup>95</sup>

Matter of Baby M, 109 N.J. 396 (N.J.1988) Re C (A minor), [1985] Fam New Jersey Supreme Court. <sup>96</sup>

ראה ה"ש 91 לעיל. <sup>97</sup>

The French civil. <sup>98</sup>

Bürgerliches Gesetzbuch von Deutschland. <sup>99</sup>

**פונדקאות בגיאורגיה-** הליך פונדקאות הינו חוקי בגאורגיה מאז 1992. בגאורגיה גם תרומת ביציות וגם תרומות זרע מותרות, ולתורם או לאם פונדקאית אין זכויות הוריות על היילוד שנולד מההליך. גיאורגיה היא בין היעדים הנפוצים כיום להורים ישראלים שמבצעים את הליך הפונדקאות בחו"ל.

**פונדקאות בהונג קונג-** פונדקאות מסחרית היא אסורה ופלילית על פי פקודת טכנולוגיית הרבייה האנושית 2000<sup>100</sup>. החוק מנוסח באופן כזה שאיש אינו יכול לשלם לאם פונדקאית, ואף פונדקאית לא יכולה לקבל כסף בעבור הליך פונדקאות, ולא משנה אם זה הפונדקאות נעשית בתוך הונג קונג או מחוצה לה.

**פונדקאות בהודו-** בהודו נחקק בשנת 2016 חוק בו נאסרה פונדקאות בתשלום, ובו הפונדקאות האלטרואיסטית מותרת רק לאזרחי הודו ורק לזוגות נשואים ללא ילדים אם לאישה יש בעיות רפואיות המונעות ממנה להיכנס להיריון. הודו סגרה את שעריה בפני אזרחים זרים שהגיעו למדינה לצורך הליך הפונדקאות. בעבר, הודו הייתה יעד פופולרי לפונדקאות בגלל עלותו הנמוכה יחסית של ההליך, כולל העלויות של כרטיסי טיסה, הליכים רפואיים, מלונות וכו' וכן מבחינה רפואית, שכן הרמה המקצועית במרפאות ובבתי החולים בהודו נחשבה לטובה מאוד. כיום זרים לא יכולים לבצע את הליך הפונדקאות בהודו.

**פונדקאות בהולנד-** פונדקאות אלטרואיסטית הינה חוקית, ופונדקאות מסחרית אינה חוקית ואף מהווה עבירה פלילית. אף כי פונדקאות אלטרואיסטית היא חוקית בהולנד, ישנו בית חולים אחד המאפשר לזוגות לקיים את ההליך, וישנם כללים רפואיים ומשפטיים נוקשים וקפדניים ביותר לביצוע ההליך, מה שגורם לכך שזוגות רבים מבקשים לבצע את ההליך מחוץ להולנד.

**פונדקאות בפורטוגל-** בשנים האחרונות הליך פונדקאות הוסדר בחוק בפורטוגל. הכללים הבסיסיים של חוק הפונדקאות בפורטוגל הם בין היתר ששירותי הפונדקאות יינתנו רק לזוגות בהם האישה אינה יכולה לשאת הריון וללדת ילד מסיבות רפואיות. הליך הפונדקאות יכול להיות אלטרואיסטי בלבד. קיימת חובת חתימה על הסכם בכתב בין האם הפונדקאית להורים המיועדים. בהסכם יש לכלול את הזכויות וההתחייבויות של הצדדים, כמו גם ההשלכות במקרים של כוח עליון (הפלה, בעיות רפואיות וכו'). לאחר הלידה, זכויות ההורים ליילוד שייכות להורים המיועדים בלבד. זוגות הטרוסקסואלים וזוגות נשים לסביות יכולים להפוך להורים באמצעות פונדקאות בפורטוגל, אך זוגות הומוסקסואליים גברים וגברים יחידנים טרם נכללו בחוק, כיום ישנם מספר הליכים משפטיים שמטרתם להרחיב את החוק גם על זוגות גברים הומוסקסואליים שרוצים לבצע הליך פונדקאות. למרות העובדה שגברים מאותו מין אינם מצוינים בחוק הפונדקאות הפורטוגלי, זוג מאותו מין עשוי למצוא עצמו מאושר פרטנית להליך פונדקאות המוכר ומוסדר על ידי המדינה בפורטוגל.

**פונדקאות ברוסיה-** פונדקאות היא חוקית ברוסיה עבור זוגות הטרוסקסואלים בלבד לפי החוק הרוסי<sup>101</sup>. לפי החוק, חייבת להיות אחת ממספר אינדיקציות רפואיות לאם המיועדת כדי שתוכל להיעזר בהליך הפונדקאות כמו למשל- היעדר רחם, עיוות בחלל הרחם או צוואר הרחם, כישלון חוזר של IVF ועוד. לשם ביצוע ההליך נדרשת הסכמת האם הפונדקאית. הדעה הרווחת באופן כללי היא שרוסיה ידידותית לפונדקאות. רישום ילדים שנולדו בהליך פונדקאות מוסדר על פי ס' 102-51 וס' 103-52 לקוד המשפחה של רוסיה. שמה של האם הפונדקאית לעולם לא מופיע בתעודת הלידה ואין דרישה שהילד יהיה קשור גנטית לאחד מההורים המזמינים.

---

HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ORDINANCE Ord. No. 47 of 2000. <sup>100</sup>  
The Healthcare Act of 22/06/1993 #5487-1, Article 35 'Artificial Fertilization and Embryo Implantation. <sup>101</sup>  
Family Code of Russia, Section IV: The rights and duties of parents and children, SK RF Article 51. Record of <sup>102</sup>  
the child's parents in the birth record book.  
Family Code of Russia, Section IV: The rights and duties of parents and children, SK RF Article 52. <sup>103</sup>  
Challenging paternity (motherhood).

**פונדקאות בדרום אפריקה** - משנת 2005 חוק הילדים של דרום אפריקה<sup>104</sup> מאפשר להכיר בהורים המזמינים כהורים חוקיים כבר מתחילת הליך הפונדקאות, ומסייע במניעת אי וודאות. במקרים בהם האם הפונדקאית היא גם האם הגנטית של היילוד, יש לה עד 60 יום לאחר יום לידת היילוד לשנות את דעתה ולהשאיר את היילוד בחזקתה. החוק מתיר לרווקים ולזוגות הומוסקסואליים לקיים את הליך הפונדקאות, והוא פתוח עבור אלה ששוכנים בדרום אפריקה בלבד (כלומר אינו מתאפשר לזרים). בדרום אפריקה לא ייאכפו הסכמים לביצוע פונדקאות שאינם מאומתים, והסכמים חייבים להיות אלטרואיסטיים ולא מסחריים. אם יש רק הורה אחד (רווק) המזמין את ההליך, עליו להיות קשור גנטית לילד. אם שני הורים מזמינים את ההליך, שניהם חייבים להיות קשורים גנטית לילד, אלא אם כן זה בלתי אפשרי פיזית בגלל עקרות או מין (כמו במקרה של זוג מאותו מין). על האם הפונדקאית לעבור לפחות הריון אחד ולידה אחת, וצריך להיות לה לפחות ילד חי אחד. לאם הפונדקאית יש זכות להפסיק את ההיריון באופן חד צדדי, אך עליה להתייעץ ולהודיע להורים המזמינים. אם תפסיק את ההריון מסיבה שאינה רפואית, היא עשויה להיות מחויבת להחזיר כל החזר רפואי שקיבלה בעבור ההליך.

**פונדקאות באוקראינה** - מאז שנת 2002 פונדקאות הינה חוקיות לחלוטין באוקראינה ומוסדרת בחוק. על פי החוק האוקראיני לתורם ביצית או זרע, או לאם פונדקאית אין זכויות הוריות על היילוד שנולד, והיילוד הוא באופן חוקי הילד של ההורים המזמינים. נדרשת הסכמה מדעת ובכתב של כל הצדדים להליך הפונדקאות (ההורים המיועדים והאם פונדקאית). החקיקה באוקראינה מאפשרת להורים המיועדים ששםם יופיע בתעודת הלידה של היילוד שנולד מהליך הפונדקאות כבר מתחילת ההליך כיוון והיילוד נחשב "שייד" באופן חוקי להורים המיועדים מרגע התעברות האם הפונדקאית, ושמה של האם הפונדקאית לעולם לא יופיע בתעודת הלידה. גם אם היילוד לא קשור בקשר ביולוגי להורים המיועדים, שםם של ההורים המיועדים הוא זה שיופיע בתעודת הלידה. הפונדקאות באוקראינה אינה מוסדרת בחוק כמסחרית ולכן קרובה יותר לאלטרואיסטית, אך ניתן לגבות סכומים מסויימים בבחינת כל מקרה לגופו מההורים המזמינים.

**פונדקאות בבריטניה** - הסדרי פונדקאות מסחריים אינם חוקיים ואסורים בבריטניה. הסדרים אלו נאסרו על פי חוק הסדרי פונדקאות 1985<sup>105</sup>. כלומר מותרת פונדקאות אלטרואיסטית בלבד (אך על ההורים המיועדים לשאת בתשלום הוצאות סבירות בלבד). גם זוגות חד מיניים וגם זוגות הטרנסקסואליים יכולים לבצע את ההליך, אך עליהם להיות תושבי בריטניה שנשואים או מוכרים בציבור כזוג. הסדרי פונדקאות אינם ניתנים לאכיפה על פי החוק בבריטניה ולכן האם הפונדקאית שומרת על זכות הקביעה החוקית ליילוד (נותרת האם החוקית) גם אם הם אינם קשורים גנטית ועליה לוותר לאחר הלידה על זכויותיה כהורה.

### **לסיכום פרק זה -**

ניתן לראות כי היעדר ההסדרה הבין לאומית של סוגיית הפונדקאות הבין לאומית, לצד הסדרה מדינתית חלקית או הימנעות מהסדרה בחלק מהמדינות שבהן מתקיימים ההליכים, עלולה ליצור בעיות בהתקשרויות כאלה. הבעיות הנובעות מהיעדר ההסדרה עשויות לנבוע ממצבים שונים כמו הבדלים בהגדרת ההורות בין המדינות או הבדלים בתנאים לקבלת אזרחות.

ועידת האג של המשפט הבין לאומי פרטי, החלה להתייחס לסוגיית הפונדקאות הבין לאומית בשנים האחרונות בעקבות חוסר ההסדרה בנושא, על מנת לתת מענה יעיל למדינות השונות.

South Africa Children's Act of 2005, Chapter 19 (ss292-303).<sup>104</sup> 104  
Surrogacy Arrangements Act 1985. <sup>105</sup>

ישנן התייחסויות שונות להיבטים שהמשפט הבין לאומי צריך לתת עליהם את הדעת בכל הנוגע לפונדקאות בין לאומית כמו למשל טובת הילד, ובפרט מניעת פונדקאות שנועדה להוליד ילדים שיהיו קורבנות התעללות או סחר, הגנה על אינטרסים של האימהות הפונדקאיות, בעיקר נוכח השאלה אם כל האמהות הפונדקאיות פונות לתהליך מבחירה חופשית או שמא מלחץ של הסובבים אותן בשל ההכנסות הטמונות בהליך. מתן כל המידע הנדרש להורים המיועדים כדי למנוע חוסר הבנה ובעיות משפטיות עתידיות, ועוד.

נכון למועד כתיבת עבודה סמינריונית זו, עדיין לא קודמה שום אמנה או מכשיר בין לאומי אחר בנושא הפונדקאות. כאמור, היעדר הסדרה מדינתית או בין לאומית מקשה לא רק על הפונים לביצוע ההליך אלא גם על הרשויות במדינות השונות. בישראל למשל, רשות האוכלוסין מקבלת את הבקשות למעמד היילוד כאזרח ישראל בעבור ילדים הנולדים בעקבות הסכמי פונדקאות בדיעבד, רק לאחר שהאם הנושאת בהיריון ולעתים רבות רק לאחר הלידה. במצבים אלו על המדינה לבדוק את חוקיות ההליך במדינה שבה הוא נעשה בדיעבד, וכך גם את ההסכמה מדעת של כל הצדדים להסכם ועוד, דבר אשר מקשה על המדינה ועל ההורים המיועדים, ולעיתים רבות אף מעכב את קבלת המעמד ליילוד.

לדעתנו, היעדר חקיקה מתאימה ופיקוח בין לאומי, מעלים חשש כי לפחות בחלק מהמקרים לא נשמרו זכויותיהן של האימהות הנושאות והן ניתנות לניצול. היעדר ההסדרה הבין לאומית, והמצב הקיים כיום בעולם, גורם לכך שבישראל לדוגמה שאינה מסדירה את הפונדקאות מחו"ל בחקיקה, נגרמת פגיעה קשה לזכויות הורים מיועדים המקיימים את ההליך בחו"ל, ולכן חשוב לפעול על מנת להסדיר את ההליך הפונדקאות הבין לאומי, בין אם בחקיקה מדינית או בין אם ברמה העולמית במסגרת אמנה וכו'.



כפי שסקרנו בעבודה סמינריונית זו, סוגיית התא המשפחתי ממשיכה להתפתח לאורך הזמן, לאור המציאות, המודרניזציה, הקדמה הטכנולוגית, והשינויים החברתיים. ישנן דילמות רבות ומורכבות בהקשר קביעת ההורות המשפטית בבתי המשפט בישראל בשנים האחרונות. נראה כי גם כיום בשנת 2020 חוק הפונדקאות מפלה בהפליה פסולה קבוצה של אבות יחידניים, זוגות חד מיניים, ובפרט זוגות גברים הומוסקסואליים.

הקושי העומד בפני אבות יחידניים וזוגות גברים הומוסקסואליים הינו גדול ביותר, זאת מאחר ובישראל טרם הוסדרה בחקיקה האפשרות של קבוצות אלו להיעזר בהליך פונדקאות על מנת להפוך להורים, וחלק מהשיטות הזרות לא מאפשרות פונדקאות לתושבי חוץ יחידים או לזוגות גברים הומוסקסואליים. לכן קבוצות אלו נאלצות לפנות מחוסר ברירה למדינות בהן ישנה אי בהירות משפטית בעניין התקשרות זו, או למדינות שהליך הפונדקאות מוסדר בחוק ומתאפשר גם לקבוצות אלו. גם לאחר שפונים למדינות זרות המאפשרות את הליך הפונדקאות, נתקלים האבות בפרוצדורה נוקשה בישראל, ונאלצים לעבור תהליכים רבים עד לקבלת ההכרה בהורותם (שגם אז לא בהכרח שוויונית כפי שפורט לעיל).

לדעתנו, בנושא הפונדקאות השאלה המרכזית ביותר שצריכה לעמוד במרכז היא לא סוגיית הנטייה המינית של ההורים המיועדים, אלא נושא טובת הילד. השאלה האם ומתי שיקולי טובת הילד והמסוגלות ההורית מצדיקים מניעת גישה לטיפול פריון, היא שאלה מורכבת שבתחום האתיקה והפילוסופיה. וכפי שנהוג כיום, לדעתנו הגבלת הגישה לטיפול פריון בשל החשש לפגיעה בטובת הילד, צריכה להתקיים רק במקרים קיצוניים, בהם החשש לפגיעה בטובת הילד ברור ואובייקטיבי, ולא בשל חשש מנטייה מינית של ההורים.

קביעת ההורות המשפטית מעלה שאלות רבות ונוגעת בשלל היבטי החיים של הפרט, ובין היתר בהיבט הדת והמדינה. לדעתנו נראה כי אין היתכנות שבית המחוקקים הישראלי יאשר את התיקון בחוק הפונדקאות כפי שהורה בית המשפט בבג"ץ 781/15 איתי ארז-פנקס<sup>106</sup>. המצב הפוליטי כיום במדינת ישראל מורכב, ובהתאם להיסטוריה החקירתית ולהרכבו של בית המחוקקים נראה כי בית המחוקקים לא יאפשר את תיקון חוק הפונדקאות, כך שתתאפשר פונדקאות אצל זוגות חד מיניים הומוסקסואליים ואבות יחידניים.

המצב הנוכחי כיום במדינת ישראל, לאור העובדה שבית המחוקקים טרם נדרש לתיקון חוק הפונדקאות ולמתן מענה הולם לפגיעה המהותית שנגרמת לזכויותיהם של קבוצות מסוימות בחברה, הוא כזה שבתי המשפט נאלצים לתת מענה לסוגיות מורכבות בנושא הפונדקאות שמגיעות לפתחו של בית המשפט, ולנקוט בגישה אקטיביסטית, בין היתר תוך הענקת צווי הורות פסיקטיים הייחודיים למשפט הישראלי. מתוך פסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ 566/11 דורון ממש מגד נ' משרד הפנים, סו(3) 493 (2014)<sup>107</sup>: **"התערבות של בתי המשפט בהסדרים הנוגעים לטכניקות ההולדה החדשות שטרם הוסדרו נורמטיבית על ידי המחוקק, תיעשה בהתאם לעקרונות המשפטיים-הכלליים המקובלים על ידי בית משפט זה, בכל מקרה לגופו ולנסיבותיו. עם זאת ברצוני להעיר כי אחד מעקרונות אלו הוא עיקרון השוויון. לא ניתן להתעלם מכך, כפי שמציין אף חברי, השופט ג'ובראן, שרבות מטכניקות ההולדה רלוונטיות ומסייעות לזוגות חד-מיניים, אשר חלק לא קטן מדרכי ההולדה סגורות בפניהם, הן בשל מגבלות ביולוגיות והן בשל מגבלות נורמטיביות. כך הוא גם במקרים שבפנינו. אני סבורה כי שיקול זה צריך להילקח בחשבון במסגרת מארג השיקולים, ככל שהדבר ניתן, ובהתחשב בשיקולים רלוונטיים אחרים, על מנת לקרב, ולו במידה מסוימת, לתוצאה של שוויון בין בני זוג הטרוסקסואלים לבני זוג הומוסקסואלים"**.

<sup>106</sup> ראה הי"ש 88 לעיל.

<sup>107</sup> ראה הי"ש 16 לעיל.

לדעתנו, על המחוקק להידרש לתיקון חוק הפונדקאות כדי לתת פתרון ומענה לשלל האוכלוסיות והקבוצות הקיימות במדינת ישראל, ובפרט על מנת לשמור על זכויות היסוד וביניהן הזכות לשוויון והזכות להורות שלפי המצב החוקי כיום נפגעות בקרב קהילת האבות היחידים והזוגות החד מיניים.

על המחוקק הישראלי לדון בקביעת ההורות המשפטית על שלל היבטיה, להביא להסדרת נושא הפונדקאות ולהמחיש את עמדתו גם בנושאים המורכבים כמו זוגות חד מיניים גברים או גברים יחידניים שטרם קיבלו את המענה הראוי לסוגייה בחקיקה.

ככל הנראה, המצב כיום אינו מאיר פנים והבעיות והסוגיות השונות בתחום ילכו ויחריפו, ועל כן אנו מקוות כי בעתיד הקרוב, כפי שהנחה בית המשפט את המחוקק, הרשות המחוקקת תדרש לתת מענה נכון ומתאים לסוגייה זו, כך שתשמור על כלל הקבוצות בחברה, ותאפשר לכולם הורות שוויונית.

שר המשפטים הנוכחי אבי ניסנקורן, הודיע ביום 1.7.2020, כי עד סוף שנת 2020 יקודם התיקון בחוק הפונדקאות בהצעת חוק ממשלתית בהסכמה. בהודעה שפרסם כתב אבי ניסנקורן: "השוויון הוא עמוד תווך במדינה דמוקרטית והזכות הבסיסית להורות חייבת להיות שוויונית ללא הבדל דת, גזע, מגדר ונטייה מינית. גם פסיקת בג"ץ תואמת את העיקרון היסודי הזה. על מנת לסיים את האפליה בהקדם האפשרי יש לקדם תיקון בחוק הפונדקאות בצורה מקצועית ואחראית - ולא בהצעת חוק פרטית. על כן, בכוונתי להביא הצעת חוק ממשלתית בהסכמה שתבטיח שיוויון זכויות בהורות לכל אזרח עוד בשנת 2020." אנו מסכימות עם דעתו זו, ומקוות שאכן עד לסוף שנת 2020 תגיע בשורה חדשה למדינת ישראל ולקהילות שצוינו לעיל בפרט, בנושא הפונדקאות, כך שחוק הפונדקאות יתוקן באופן שוויוני, ללא הפליה, ויאפשר לכל האוכלוסיות ללא הבדל דת, גזע, מגדר, ונטייה מינית לממש את זכותם להורות.

## 11. ביביליוגרפיה

### מקורות ישראלים-

#### חקיקה ישראלית-

הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014.

הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ז-2017.

הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018, מס' מ/1141; דברי הכנסת, מושב שלישי, חוברת ל"ה, ישיבה 254, עמ' 23287; נספחות (קריאה שנייה ושלישית).

הצעת חוק הממשלה (מתשס"ג 10/2002) – 886, מיום 23.7.2014.

חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981.

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994.

חוק האזרחות, תשי"ב-1952.

חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

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

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשע"ח-2018.

חוק- יסוד : כבוד האדם וחירותו.

חוק מידע גנטי, תשס"א-2000.

חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965.

חוק עבודת נשים, תשי"ד – 1954.

חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010.

תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), תשנ"ח-1998.

תקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופריון), תשנ"א – 1990.

#### פסיקה ישראלית –

בג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לת עוברים על פי חוק הסכמים לת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 3.8.2017).

בג"ץ 781/15 איתי ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לת עוברים על (פורסם בנבו, 27.02.2020).

בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, נז(1) 419 (2002)

בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006).

בג"ץ 6569/11 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.06.2012).

בג"ץ 566/11 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 15.07.2012).

בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, סו(1) 274 (2013).



דו"ח בעניין תהליך הפונדקאות בישראל ובחוו"ל ומרכיבי עלותו בישראל, במימון המדינה - הכנסת מרכז המחקר והמידע נכתב על ידי אוריאנה אלמסי (7.10.2018)

fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/68c22624-9cfb-e711-80da-00155d0ad651/2\_68c22624-9cfb-e711-80da-00155d0ad651\_11\_10820.pdf

חוזר המוסד לביטוח לאומי מס' 7109 מיום 01.04.2009

www.btl.gov.il/benefits/HozrimGimlaot/Hozrim/%D7%97%D7%95%D7%96%D7%A8%20%D7%AA%D7%A9%D7%9C%D7%95%D7%9D%20%D7%92%D7%9E%D7%9C%D7%90%D7%95%D7%AA%20%D7%9C%D7%91%D7%A0%D7%99%20%D7%96%D7%95%D7%92%20%D7%9E%D7%90%D7%95%D7%AA%D7%95%20%D7%9E%D7%99%D7%9F.pdf

חוזר מבחני תמיכה להשתתפות המדינה בעלות שכר לימוד במעון או במשפחתון לשנת הלימודים תשפ"א של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים.  
www.gov.il/BlobFolder/rfp/daycare-subsidies-2019-2020/he/daycare\_daycare-subsidies-2020-2021-appendix\_dormitory-support-tests-20-21.pdf

מקורות זרים-

תקיקה זרה -

Arkansas Code Title 9. Family Law § 9-10-201 status of individuals.

Bürgerliches Gesetzbuch von Deutschland.

Family Code of Russia, Section IV: The rights and duties of parents and children, SK RF Article 51. Record of the child's parents in the birth record book.

Family Code of Russia, Section IV: The rights and duties of parents and children, SK RF Article 52. Challenging paternity (motherhood).

HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ORDINANCE Ord. No. 47 of 2000.

Michigan Compiled Laws - Mich. Comp. Laws § 722.851 Short title.

NH Rev Stat § 168-B.

NY Domestic Relations Law Art 8, pp 121-124.

The Healthcare Act of 22/06/1993 #5487-1, Article 35 'Artificial Fertilization and Embryo Implantation.

The French civil

פסיקה זרה-

**Matter of Baby M**, 109 N.J. 396 (N.J.1988) Re C (A minor), [1985] Fam, New Jersey Supreme Court.

United States District Court, D. Utah, Central Division, **Derek KITCHEN, Moudi Sbeity, Karen Archer, Kate Call, Laurie Wood, and Kody Partridge, Plaintiffs, V. Gary R. HERBERT, John Swallow, and Sherrie Swensen, Defendants**. Case No. 2:13-cv-217. Dec. 20, 2013.

מאמרים וספרות זרה -

Alex Finkelstein, Sarah Mac Dougall, Angela Kintominas, Anya Olse, - **Surrogacy Law and Policy in the US: A national Conversation Informed by Global Lawmaking** – Report of the Columbia Law School Sexuality And Gender Law Clinic, May 2016, p. 14.

אמנות -

33-Convention of 29 May 1993 on protection of children and Co-operation in respect of intercountry adoption.