

# לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני\*

פרופ' מיכאל קורינאלדי\*\*

## 1. מבוא – הסדרי הפונדקאות והדרכים להיתרן

הפונדקאות (surrogacy) הותרה בישראל על-פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו-1996 (ס"ח 1577, להלן – "החוק"). קודם חוק זה נאסרה הפונדקאות על-פי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית, תשמ"ז-1987)<sup>1</sup>; אך בג"צ פסק, בהסכמת פרקליטות המדינה, כי התקנות הכוללות את האיסור (תקנות 11 ו-13) מקומן בחקיקה ראשית ועל כן הורה (מטעמי חקיקת משנה שנתקנה מחוסר סמכות – ULTRA VIRES) על ביטולן<sup>2</sup>. הסדרי הפונדקאות והפריה חוץ-גופית, שעניינן על הפרק<sup>3</sup>, הם כדלקמן:

- \* המאמר שנכתב לפני שנתקבל החוק (מרץ 1996), כולל תיקונים ותוספות המתייחסים להוראות החוק החדש.
- \*\* ראש השלוחה בישראל למשפטים ומינהל עסקים של אוניברסיטת מנצ'סטר ומרצה בפקולטה למשפטים אוניברסיטת חיפה.
- 1 ק"ת 5035; ראה בייחוד תקנה 11 (שבוטלה כמפורט בסמוך): "לא תושלל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם היילוד".
- 2 בג"צ 5087/94 זכרו נ' שר הבריאות (טרם פורסם); פסק הדין, שניתן ביום 17.7.95 הורה כי הביטול יכנס לתוקף החל מיום 1.1.96. וזאת כדי ליתן שהות להסדר הנושא בחקיקה ראשית ולאחר מכן, בהחלטה נוספת, נדחה הביטול עד 31.3.96. לשאלת התוקף המשפטי של איסורים בנושאי הפרייה מלאכותית על ידי חקיקת משנה מכוח פקודת בריאות העם (1940) ע"ר 1065 תוס' 1, 101, עיין ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד (2) 779, 784. פסק דין זה דן בתקנות בריאות העם (בנק הזרע), תשל"ט-1979, ק"ת 3996 והכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק זרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979, ק"ת 3996 והדברים יפים, מכוח היקש, גם לעניינינו וראה מ' שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט (תש"ן) 21, 36. ר"פ שיפמן דיני משפחה בישראל (1989) כרך ב) 155.
- 3 על הסכמי הפונדקאות לסוגיהם וערכם המשפטי ראה בייחוד שיפמן, שם, בע' 131-135, 155-168; א' וילציק "האם התחליפית" משפטים יז (תשמ"ח) 534; א' בן-דרור אימוץ ופונדקאות (1994). מתוך הספרות המשפטית הענפה נציין עוד: Martha A. Field: *Surrogate Motherhood, The legal and Human Issues* (expanded edition, 1990); *idem*, "Surrogate Motherhood" in: *Parenthood in Modern Society* (1993) 223-232;

א) אם פונדקאית (Host Mother) – אשה היולדת עובר שהופרה מזרע וביצית של זוג הורים גנטיים (הורי העובר) והושלל ברחמה, וזאת לפי הסכם ועבור הורי העובר. טכניקת הולדה זו, שבה הפונדקאית אינה גורם גנטי, מכונה פונדקאות מלאה (full surrogacy). בהסדר זה שתי אימהות עשויות לאחוז באימהות – הפונדקאית – היולדת שהיא האם הביולוגית – ובעלת הביצית (האם הגנטית) שהתקשרה, היא ובעלה (אבי העובר), בהסכם פונדקאות עם היולדת.

ב) אם תחליפית – אשה היולדת עובר, שהופרה מביצית שלה עם זרע אדם שאינו בעלה, בדרך הזרעה מלאכותית תוך רחמית ישירה, וזאת לפי הסכם ועבור האב הגנטי (בעל הזרע) ואשתו. טכניקה זו, שבה היולדת היא גם האם הגנטית, מכונה פונדקאות חלקית (partial surrogacy). האם התחליפית היא אמו של הילד, והבעיה המשפטית מתייחסת לתוקף הסכם התחלופה, לפיו יימסר הילד להורים המזמינים (ובהם האב הגנטי).

ג) תרומת ביצית. אשה היולדת עובר, שהופרה בדרך הפריה חוץ-גופית מביצית של תורמת עם זרע בעלה של היולדת. אמנם אף בטכניקה זו – שאינה מסווגת כפונדקאות – היולדת אינה האם הגנטית של הילד, אך היא האם הביולוגית של היילוד ועל-כן אין תורמת הביצית האנונימית גורעת מאימהותה של היולדת.<sup>4</sup> לפי הסדרים אלה, במדינות המתירות פונדקאות (בייחוד מדינות שונות בארה"ב), ההורים המזמינים זכאים באמצעות פנייה לבית-משפט, לתעודת לידה על שמם כהורי הילד לכל דבר. בישראל החוק מתיר השתלת ביצית מופרית באם נושאת אם לפחות תא רבייה אחד – של האב הביולוגי והמיועד – ניטל מבני הזוג המזמינים: הביצית יכול שתהא של האם המיועדת או אף ביצית של תורמת ובלבד שההפריה נעשית עם זרע האב המיועד: "הזרע המשמש להפריה החוץ-גופית הוא של האב המיועד, והביצית אינה של האם הנושאת" (סעיף 2 (4) לחוק). הפונדקאות המלאה מותרת עבור איש ואשה שהם בני-זוג ואילו, רווקה, לפי החוק, אינה רשאית להתקשר בהסכם עם אם נושאת, אפילו אם הביצית היא של הרווקה המזמינה.<sup>5</sup>

ועדת אלוני הציעה, ברוב דעות, להתיר גם את הסדר התחלופה (אפילו על-ידי אם תחליפית נשואה). אולם, בשלב זה החברה הישראלית אינה בשלה למהפכה מרחיקת לכת זו כהצעת הרוב והחוק הגביל את ההיתר לפונדקאות המלאה בלבד. לעומת זאת לגבי אם תחליפית פנויה, אין מניעה, אף לאור החוק החדש, להחיל את

S. Mclean, *Law Reform and Human Reproduction*, (Darthmuth 1992) וראה משפטי המשמורת הידועים בתחום זה בארה"ב: Matter of Baby M. (1988) 109 N.J. 396-537 A.; 2d 1227; Anna J. v. Mark C. (*Johnson v. Calvert*) 1991 Cal. App Lexis, 1162; 286 Cal. Rptr., 369.

4 ראה שיפמן, לעיל הערה 2, בע' 132 וראה בהרחבה מ' קורינאלדי "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית" שנתון המשפט העברי יח-יט (תשנ"ד) 295-327 והאסמכתאות שם.

5 ראה הגדרת "הורים מיועדים" (סעיף 1 ועיין סעיף 2 לחוק). לעומת זאת לפי התקנות, רווקה רשאית להפרות ביצית שלה בתרומת זרע אך לא היתה רשאית לקבל ביצית של תורמת (ראה תקנה 8 (ב) לחוק).

הסדר אימוץ ילדים שבחוק הקיים: אבי העובר נרשם כאב הילד והוא יוכל, בהסכמת הפונדקאית, לקבל, בסמוך ללידה, את הילד להחזקתו. במקביל לכך, האב יפנה בבקשת אימוץ משפחתי, לפי חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, לפיה אשתו תאמץ את הילד. תהליך זה, אינו מצריך אימוץ באמצעות פקיד סעד, שכן ההוראה בדבר מסירת ילד למטרת אימוץ אלא באמצעות פקיד סעד אינה חלה "על מסירה למאמץ שהוא בן זוגו של הורה המאומץ"<sup>6</sup>. בנסיבות אלה, האם התחליפית תזמן לבית-המשפט ואם נתנה את הסכמתה, לפני הלידה, למסירת הילד להורים הגנטיים ועל כל פנים אם הביעה את הסכמתה בפני בית-המשפט לאחר הלידה או, בנסיבות מיוחדות, אפילו בלא הסכמתה<sup>7</sup>, מוסמך בית-המשפט ליתן צו אימוץ כמבוקש או לפחות לאשר את הסדר החזקת הילד בידי אביו.

## 2. השלכות דתיות (מניעת חשש ממזרות)

אחד הטעמים שביסוד איסור אשה נשואה כאם פונדקאית (סעיף 2 (3) (א) לחוק) או כאם תחליפית, מקורו בחשש ממזרות, שכן האם נשואה ברחמה ויולדת יילוד שהופרה שלא מורע בעלה<sup>8</sup>. לעומת זאת – ועדת אלוני הסתפקה במתן מידע למטופלים על מניעת נישואין של הילד שיוכא לעולם והוסיפה, כלשון הד"ח (עמ' 16):

"הוועדה היא בדעה שאין להגביל מראש את זכות הגישה (=לטכניקת הולדה) מחשש לממזרות".

הרב ד"ר מ' הלפרין (חבר הוועדה, נציג הרבנות הראשית, שכתב דעת מיעוט נפרדת) חלק על דעה זו, העלולה לגרום יצירת ילדים פגומים מבחינה חברתית-דתית (עמ' 76-77 לד"ח) בתחום זה של מניעת חשש ממזרות, נקט החוק, בדרך כלל, בעמדת הרבנות הראשית. ראוי להוסיף ולהשיג על הרוכז בוועדת אלוני מטעמים נוספים. הגבלה מראש של טכניקת הולדה מחשש לממזרות היא לגיטימית ורצויה והפסיקה, המגינה על ילד מפני גילוי ממזרות על-ידי הגבלת הגישה לבדיקת רקמות – תוכיח<sup>9</sup>. הגבלה זו חלה אפילו במקרים שבני הזוג, המוחזקים כהורי הילד, מסכימים לבדיקה. כמו כן, מגמה זו באה לביטוי בסעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, הקובע:

"לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאישה שהיתה נשואה לאדם וזולתו בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך".

6 סעיף 12 (א) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028.

7 השווה סעיף 10 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 1028.

8 ראה גם: A. Shapira "Law, Religious, Orthodoxy and Reproductive Technologies in Israel", *The Hastings Center Report* (1987) 12, בשלבי החקיקה, הוסמכה "ועדת האישיורים" (הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, שמונתה על פי החוק) לאשר התקשרות עם אם נשואה שהיא נשואה, במקרה שלא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, למצוא אם נשואה שאינה נשואה (סעיף 2 (3) (א) לחוק).

9 ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד (1) 736, 748-749 וע"א 1354/92 י"מ נ' פלוני, פ"ד מח (1) 711.

הפרקטיקה השיפוטית הרחיבה את הגבלת הגישה לבדיקת רקמות במקרים מסוג זה, אפילו אם בני הזוג התגרשו בעת שהאשה היתה בהיריון וזאת בהסתמך על חזקת אבהות הבעל ("רוב בעילות אחר הבעל"<sup>10</sup>). הרחקת האפשרות של כתם ממזרות לילד היא עיקרון יסודי בדיני המעמד האישי, ואין מקום לפרוץ חומת הגנה זו בשם החופש והזכות להורות, שכן יש להתחשב בפגיעה העלולה להיגרם ביילוד העתידי. לפיכך, הכנסת הגבילה — בניגוד לדעת הוועדה — הבאת ילד לעולם בטכניקת הולדה, ככל שהדבר עלול לגרום לפגיעה בלתי הפיכה בכשירות הנישואין של היילוד, כגון, איסור אם נושאת שהיא "קרובת משפחה של אחד מן ההורים המיועדים" (סעיף 2 (3) (ב) לחוק). עם זאת, אין מקום לחשש ממזרות בטכניקה של הפריה חוץ-גופית: השתלת ביצית מופרית של בני זוג באם נושאת או הפרית ביצית של אשה נושאה בזרע אדם שאיננו בעלה (אם תחליפית נושאה), שכן הדעה ההלכתית המקובלת היא שאין ממזרות כאשר אישה נושאה הרתה מזרע זר, שלא באמצעות יחסי-מין אסורים<sup>11</sup>. היסוד לכך היא תשובת רבינו פרץ מקורביל (המאה ה-13, צרפת), בעניין התעברות אקראי של אשת איש משכבת זרע שהופרשה על סדין ששכב עליו איש זר, הפוסק כי "ודאי אין לחוש כיון דליאת ביאת איסור ועבירה הולד כשר" (=ודאי אין לחשוש למזרות כיון שאין ביאת איסור ועבירה — הולד כשר)<sup>12</sup>.

אמנם בזמננו נושאה מחלוקת הלכתית בנושא, אך הרב משה פינשטיין ז"ל, הנחשב כגדול הפוסקים בדורנו, הגדיר את דברי חכמי ההלכה החוששים למזרות אפילו באין יחסי מין אסורים כ"דברי הבל"<sup>13</sup>. הפסיקה הרבנית בישראל הולכת בדרך כלל בעקבותיו<sup>14</sup> כך שעל כל פנים בדיעבד אין לחשוש למניעות נישואין לפי הדין הדתי של יילוד בטכניקה הנ"ל. ככל הנראה, לאור גישה זו, הסמיך החוק את ועדת האישורים, להתיר, במקרים מיוחדים, אשה נושאה כאם פונדקאית (סעיף 2 (3) (א) לחוק).

### 3. רישום

החוק הורה על פנקס חסוי מיוחד בדומה לפנקס אימוץ ילדים, שבו יירשם כל צו הורות שינתן לגבי ילד שנולד לאם נושאת כתוצאה מביצוע הסכם לנישואת עובר (סעיף 16 לחוק). לעומת זאת, ועדת אלוני הציעה הסדר כללי של "מרשם רפואי מרכזי של תרומות תאי רבייה ללא מידע מזהה לגבי התורמים". הוועדה חלקה על הצעת המיעוט של הרב הלפרין בדבר מרשם מזהה בדומה לפנקס האימוצים, וזאת בשל החשש להתרעת

10 סוטה, כז, א'; חולין, יא, ב'. על כלל זה בהלכה (שנקלט בפסיקה הישראלית) ועל מקורותיו ראה שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה ד' תשנ"ג) 366–360; ח' כהן "דין אמת לאמתו" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 35, 61.

11 ראה קורינאלדי, לעיל הערה 4 והאסמכתאות שם.

12 הגהות סמ"ק מובא בב"ח על טור יורה דעה, סימן קצה.

13 אגרות משה אה"ע, ח"א, סימן י" וכן סימן ע"א וראה גם שם, ח"ב, סימן י"א.

14 ראה פסקי"ד רבני בתיק ערעור תשנ"א/597 מיום כ"א אלול תשנ"ג (לא פורסם).

ההורים המיועדים. המחוקק העדיף את דעת המיעוט, שנתמכה על ידי הרבנות הראשית, על פני המלצות ועדת אלוני.

הסדר המרשם שבחוק אינו פיתרון ראוי, לא רק בשל החשש לגילוי הסדר המרשם שבחוק והרתעת הצדדים, אלא גם מבחינת בירור כשירות הנישואין של הילדים שיוולדו בדרכים אלה. אפילו באימוץ ילדים הוברר למעשה כי רושמי הנישואין נזקקים, לעתים, לחקירות בנושא כשירות הנישואין של המועמדים לנישואין. חקירה זו, לאחר עבור תקופה ארוכה, מכבידה ומקשה מאוד, באופן שאף הנהגת פנקס לידות מפונדקאות אין בה כדי לפתור בעיה זו. על-כן מוצע, כי ועדת האישורים (שהרכבה כולל רב) תברוק מראש את כשירות ההורים הגנטיים והפונדקאית, באופן שבכוא העת, אם יתעורר צורך לכך, יימצאו עדים שיוכלו להעיד, ללא פגיעה באנונימיות הצדדים, על "כשרות היוחסין" של הילד<sup>15</sup>. אשר לחשש נישואי קרובים – פונדקאות היא ממילא הסדר פתוח וגלוי וכן שמור המרשם המקורי של הלידות במרשם האוכלוסין. לגבי תרומת ביצית אפשר לצמצם את החשש "שמא יישא הילד את אחותו מאביו" בכך שהמרשם הרפואי המוצע יכול גם פרטים כלליים בלתי מזהים כגון, המקום ותאריך הלידה של האם הגנטית.

#### 4. הגנה פוזיטיבית על זכות ההורות והגדרת "ההורות"

עוד יש להוסיף, כי פרשנות ראויה של הוראות חוק יסוד: כבוד-האדם וחירותו אינה רק במובן הגנה על הזכות לפרטיות ואי הגבלת הגישה לטכניקות הולדה מלאכותיות, כדברי ועדת אלוני, הגנה הנושאת אופי נגטיבי, אלא אף במובן הגנה פוזיטיבית על זכות ההורות, הנגזרת מעיקרון כבוד-האדם<sup>16</sup>. הגנה זו מחייבת, בראש ובראשונה, כפי שאכן המליצה ועדת אלוני, הסדר תחיקתי ראוי של יחסי הורות.

החוק החדש קובע לעניין תוצאות "צו הורות" כי: "ההורים המיועדים" יהיו "הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין" (סעיף 12 (א) לחוק). בנוסח הדברים הנ"ל סטה החוק מהתוצאות המשפטיות של אימוץ ילדים, הכוללות הוראה בדבר ניתוק הקשר המשפטי בין המאומץ להוריו הטבעיים: "אימוץ מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו..." (סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים). סטייה זו בולטת בפרט בהשוואה להמלצת החקיקה של ועדת אלוני, ככתבה וכלשונו (עמ' 59 לדו"ח): "עם מסירת הילד מהאם הנושאת לידי ההורים המזומינים, בנוכחות פקיד סעד או שופט, ייחשבו הם להורי הילד

15 קורין אלדי, לעיל הערה 4.

16 ראה בייחוד סעיפים 4 ו-7 (א) לחוק יסוד: כבוד-האדם וחירותו, תשנ"ב ס"ח 1391. על זכות ההורות השווה ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט (1) 485 וביחוד עמורים 501-497; ע"א 540, 518/82 יצוב נ' כץ, פ"ד מ (2) 85:

*Skinner v. Oklahoma* 316 US 535, 541 (1942)

*Stanley v. Illinois* 405 US 645, 651 (1972)

והילד ייחשב לילדם הטבעי לכל דבר ועניין; כל קשר משפטי בין הילד לבין האם יינתק" (הדגש הוסף).

עוד יש להעיר: ראשית, כל סיטואציה של פונדקאית פנויה, בין בפונדקאות מלאה ובין בפונדקאות חלקית, יוצרת אפוטרופסות משותפת של האם הפונדקאית והאב המזמין, שהוא גם ההורה הטבעי, שהרי הילד הופרה מזרעו<sup>17</sup>. חבר הוועדה, פרופ' יוסף שנקר, כתב בדעת מיעוט (עמ' 61 לדו"ח), כי רק לאחר תהליך האימוץ האב הגנטי "הופך לאב חוקי" – אך דברים אלה אינם תואמים את השיטה המשפטית בישראל, מה גם שבעל הזרע שותף לתהליך כ"אב" ולא כ"תורם". גם החוק החדש, המגביל את הפונדקאות, לעוכר שהופרה בזרע האב המיועד, מתעלם ממעמדו של האב כהורה טבעי של הילד.

שנית, האם הנושאת נרשמת לפי דיני מרשם האוכלוסין, עם לידת הילד, כאמו של הילד<sup>18</sup> (אפילו אם הריונה מקורו בביצית של אשה אחרת). לפיכך, אכן דרוש אקט שיפוטי, "צו הורות" בלשון החוק, אולם, ראוי להבחין בין שני סוגי צווי הורות: א. "צו הורות" דקלרטיבי המצהיר על האבהות הטבעית של האב ועל האמהות הטבעית של האם המיועדת הגנטית (במקרה שהיא בעלת הביצית המופרית שהושתלה בפונדקאית)<sup>19</sup>; ב. צו הורות קונסטיטוטיבי (בדומה לצו אימוץ), היוצר את סטטוס האמהות של האם המיועדת וזאת במקרה שהיא אינה האם הגנטית (בעלת הביצית). תוצאות "צו ההורות" הן, כמובן, רישום ההורים במרשם האוכלוסין בהתאם לצו (סעיף 21 לחוק, ומחיקת שם האם הפונדקאית) והוצאת תעודת לידה מקורית חדשה על שם ההורים בהתאם לצו (כדרך שהדבר נעשה באימוץ ילדים).

שלישית, החוק קובע כי המסירה הפיזית של ילד שנולד כתוצאה מביצוע הסכם לנשיאת עובר, מהאם הנושאת למשמורת ההורים המיועדים, "תהיה בנוכחות פקיד הסעד ובסמוך לאחור הלידה ככל שניתן" (סעיף 10 (ג) לחוק), וזאת בטרם ניתן "צו ההורות". הסדר זה מתעלם ואף סותר את מעמדם של האב הביולוגי ושל האם הגנטית (כשהיא בעלת הביצית המופרית) שהם האפוטרופסים הטבעיים של הילד ובעלי

17 סעיף 3(א) לחוק זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 82 וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 380.

18 חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, ס"ח 466; סעיף 8 הודעה על לידה בישראל וראה הטופס להודעת לידה לפי תקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), תשל"ב-1972.

19 עיין הרב שלמה גורן "השתלת עוברים לאור ההלכה", הצופה 17/12/84 המשווה לעניין ייחוס בין האב בעל הזרע לבין האם בעלת הביצית; אך גדולי פוסקים אחרים בדורנו חולקים ומבחינים בין האיש שהייחוס נקבע אחר הזרע לבין האישה שהייחוס אינו נקבע אחר הביצית אלא אחר היולדת הפונדקאית (ראה הרב אליעזר יהודה וולדנברג צ"ח אליעזר חלק כ' סי' מ"ט והרב שאול ישראלי בתשובה מתשנ"ד לעניין פרשת נחמני [לעיל הערה: 16] שפורסמה בספרו של א' שטיינברג אינצקלופדיה הלכתית רפואית כרך ד' תשנ"ד-1994 ע' כ"ז וע' ל"ו). ראה בהרחבה מ' קורינאלדי, לעיל הערה 4 והאסמכתאות שם. השווה גם השיטה במדינת ניו יורק כמפורט בפס"ד השופט Kassoff בעניין Arredondo v. Nodelman שפורסם גם ב"New York Law Journal (26.1.95).

המשמורת על הילד אף בהתאם לחוק החדש (סעיף 10 (א) לחוק): "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים". הדרישה בחוק למסירה פיזית של הילד, באמצעות הפונדקאית, היא גורם סיכון, העלול לסכל את מערכת ההסכם ויש להביע תמיהה הן כלפי ועדת אלוני והן כלפי המחוקק שהעלו רעיון זה כדרך לכיצוע הסכם לנשיאת עובר. לפיכך, מוצעת דרך אחרת להשלמת הסדר הפונדקאות, שאינה תלויה בהליך מסורבל של מסירת הילד בנוכחות פקיד סעד. הילד נתון, כאמור מלידתו במשמורת "ההורים המיועדים" ובאפטרופסות פקיד הסעד (סעיף 10 (ב) לחוק) ולפיכך אין צורך במסירה פיזית של הילד באמצעות האם, אלא יש להסתפק בבקשה לבית-משפט ל"צו הורות" ושינוי במרשם האוכלוסין לרבות רישום האם המזמינה כאמו של הילד (כנהוג בארצות המתירות בארה"ב). בשלב משפטי זה, שצריך להתנהל בדחיפות בסדר דין מקוצר, האם הפונדקאית תוזמן, באמצעות פקיד סעד, להגיב בכתב, אם תרצה בכך (זכות זו חסרה בחוק החדש וניתן למלא את החסר בתקנות). לא אכנס כאן, מקוצר היריעה, לדילמה במקרה של חזרת האם הפונדקאית מההסכם לנשיאת העובר עבור ההורים המיועדים, אך אציין כי החוק לא קיבל את עמדת ועדת אלוני ש"ההסכם לא יהיה ניתן לאכיפה כנגד האם הנושאת" (עמ' 59 לדו"ח), אולם התיר בתנאים מסוימים (שינוי נסיבות, טובת הילד) חזרת האם הנושאת מההסכם. על כל פנים, בניגוד לעמדת ועדת אלוני, יש להבחין, אף לעניין חזרת האם הפונדקאית מההסכמה, בין הסדר של פונדקאות מלאה שבו הזוג המזמין הם גם ההורים הגנטיים של הילד ואילו האם הפונדקאית אינה האם הגנטית, לבין הסדר של פונדקאות חלקית שבו האם הפונדקאית היא גם האם הגנטית והחוקית של הילד. החוק מתיר, כאמור לעיל, רק פונדקאות מלאה ועל כן, במגמה למנוע, לאחר הלידה, התדיינות בין ההורים הגנטיים (הזוג המזמין) לבין הפונדקאית (שאינה האם הגנטית), מן הראוי לצמצם את הפתח לעמדת חזרה של הפונדקאית מההסכם, למקרים מיוחדים בלבד. נוסף על כך כל הסדר כפוף, בין לפני מעשה ההפרייה ובין לאחר הלידה, לעיקרון-העל של טובת הילד (סעיפים 5 (א) (2), (3), 11 (ב), 13 (א) לחוק).

החוק מתיר תשלומים לאם הפונדקאית באישור ועדת האישורים (סעיף 6 לחוק ומזכיר את האפשרות ל"הסכם לנשיאת עוברים בעקבות הסכם תיווך בשכר" (סעיף 4 (א) (6)). כאן, כנהוג בארה"ב, נפרץ האיסור של תיווך בשכר לגבי פונדקאות וזאת בשונה מן האיסור של סעיף 32 לחוק אימוץ ילדים, לפיו "המציע או נותן או מבקש או מקבל תמורה בכסף או בשווה-כסף בעד אימוץ או בעד תיווך לאימוץ שלא ברשות בית-משפט דינו מאסר שלוש שנים".

הערה נוספת נוגעת להחלטת ועדת אלוני שלא לנקוט עמדה בשאלת מימון הטיפולים, אשר, לדעתנו, אינה מתיישבת עם עיקרון ההגנה הפוזיטיבית על זכויות היסוד. החברה הישראלית צריכה לסייע לכל זוג, לממש את זכות ההורות, לא רק על-ידי מסגרת חוקית נאותה, אלא גם למעשה, במסגרת האפשרויות הנתונות, מה גם שהתפתחות הרפואה בישראל בתחום זה, עונה לצרכים של זוגות חשוכי ילדים.

## 5. הורות "מכוח הדין"

החוק החדש מוגבל להסדר הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות), אך המצב החוקי לגבי טכניקות אחרות של הולדה מלאכותית, כגון ילד הנולד מהפרייה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית, נותר פרוץ<sup>20</sup>. המלצות ועדת אלוני הן רחבות יותר והתייחסו אף לטכניקות הנ"ל ומן הראוי להשלים את החקיקה הראשית לכל הטכניקות של הולדה מלאכותית.

אציין בעיקר את המלצות ועדת אלוני להרחיב את רעיון ההורות החוקית ("הורה מכוח הדין". כלשון הוועדה — עמ' 55 לדו"ת) אף לעניין תרומת ביצית או תרומת זרע, בתנאי "שאם היה למקבל התרומה בן זוג הוא נתן הסכמתו...". הצעה זו מתייחסת למעמד ההורות של "מקבל התרומה", אך יש להרחיב ולהחיל הורות חוקית זו גם על בן זוגו, אפילו אינו שותף גנטי או ביולוגי להורות, כגון בעל עקר. כמו כן, ראוי להזכיר הצעת חוק פרטית (רכט, 1978) של ח"כ שחל, שנפלה בדיון בכנסת בשעתו, לפיה "בני זוג שנתנו הסכמתם ונולד להם ילד מהפרייה מלאכותית יראו אותם כהורים טבעיים של הילד שנולד מהפרייה". על כל פנים יש לנקוט לגבי שני ההורים המזמינים, בכל הפרייה מלאכותית כחוק, לשון של "הורות" אף במקרים של אבהות חוקית (lawful fatherhood) או אמהות חוקית, במקרה של הסכם תחלופה. הרי הורות כסטטוס חוקי כבר קיימת בחוק אימוץ ילדים ואף משרד הפנים נוהג במקרים של צו אימוץ להנפיק תעודת לידה חדשה, שבה ההורים המאמצים רשומים כהורי הילד.

לבסוף יאמר כי החוק החדש, שנחקק בחיפזון, טעון שורה של תיקונים, על מנת שיהפוך לחוק הניתן ליישום לטובת המעוניינים. עקב הסייגים הרבים שבחוק והנוהל המסורבל של ועדת האישורים יש להניח כי המעוניינים יאלצו להמשיך להזקק לשירותי פונדקאות בחוץ-לארץ, מה גם שהדבר מבטיח סודיות מלאה וניתוק מוחלט מהפונדקאית.

עם זאת, חרף הביקורת על תוכנו של החוק, הוברר כי אף בקונסטלציה הפוליטית הנוכחית, ניתן להתגבר על קשיי החקיקה בנושאים רגישים אלה. יש לחתור לכך כי זכות ההורות של כל אדם בישראל תזכה להכרה, הלכה למעשה, כזכות יסוד מוגנת במסגרת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.