

## עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו – 1996: המצוי והרצוי

דורית שפירא\* ויוסף שפירא\*\*

### תקציר

החקיקה בישראל לא התייחסה למוסד הפונדקאות במשך שנים רבות. בשנת 1987 נאסרה הפונדקאות באופן מוחלט בחקיקת משנה. תקנה 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) תשמ"ז 1987, קבעה:

**"לא תושלל ביצית מופרית, אלא באשה שתהיה אם היילוד".**

במהלך הדיון בפרשת נחמני, הוסכם כי תמונה וועדה לבחינת הנושא. "וועדת אלוני" הוקמה בשנת 1991 והגישה מסקנותיה והמלצותיה ב-1994. בשנת 1995 קבע בג"צ (5087/94 זברו נ' שר הבריאות<sup>1</sup>), כי תקנה 11 בטלה בהיותה תקנה בת פועל תחיקתי. בשנת 1996 נחקק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו-1996 (להלן: "החוק").

פונדקאות מעוררת סוגיות חברתיות, אתיות, מוסריות, הלכתיות ומשפטיות. החוק מתיר פונדקאות בישראל, אך במגבלות מסוימות שנבעו, בעיקרן, מהדעות החלוקות בנושא מורכב זה. החוק קובע כי רק הסכם, שייערך בין הורים מיועדים לבין האם נושאת (הפונדקאית), לפיו מסכימה היא להתעבר בדרך של השתלת ביצית מופרית, ולשאת את ההיריון עבור אותם הורים, ויאושר על ידי וועדה מיוחדת שתוקם לצורך כך.

בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים<sup>2</sup>, נדחתה עתירת רווקה להביא לעולם ילד באמצעות אם נושאת. הדחייה נומקה באיסור שבחוק, באשר מטרתו לסייע להורים חשוכי ילדים. החוק דורש כי האם הנושאת עצמה, תהיה רווקה, שייכת לדת ההורים ותושבת ישראל. כמו כן, רשאית האם הנושאת לחזור בה מהסכמתה למסור את הילד, עם שינוי נסיבות.

השגות על הוראות החוק הושמעו ביחס להרכב הוועדה ואופן תפקודה, המועד למתן צו הורות, מועדו לאחר הלידה, מעמד הביניים של ההורים כמשמורנים, ומינוי פקיד סעד לאפוטרופוס.

כל ההגבלות הללו עלולות לגרום לבעיות קשות, הן בנושאים חוזיים-כלכליים, הן בעייני ירושה, ולעצם רעיון הפונדקאות.

1 תק-על (2)95 1073 (17.07.95).  
2 תק-על (4)2002 761 (23.12.2002).

\* עורכת דין  
\*\* שופט בית המשפט המחוזי, ירושלים

תאומים לבתה, והפכה להיות אם וסבתא גם יחד לאותם ילודים (דרום אפריקה, שנת 1992).

לפונדקאות המודרנית מספר אפשרויות:

א. קיום יחסי מין בין האב המזמין לבין פונדקאית פוטנציאלית.

ב. הפריה חוץ-גופית מזרע האב המזמין בביצית של הפונדקאית.

ג. השתלה של ביצית מופרית חוץ-גופית מביצית זרע של הזוג ברחם הפונדקאית.

שתי הדרכים הראשונות הן פונדקאות חלקית, והשלישית היא פונדקאות מלאה. הצורך בפונדקאות והסדרתה בחוק, נבע לא מעט מהצורך לקשר ביולוגי, מלא או חלקי, בין הורים לצאצא שנולד, על רקע המחסור בילדים לאימוץ, זמינות אמצעי מניעה והמודעות הגבוהה לשימוש בהם, השינוי בגישת הציבור לאמהות חד-הורית, נגישות גבוהה יותר להפלות, וירידת הסיכון בביצוען. גורמים אלה, בין היתר, הביאו את שרי הבריאות והמשפטים "לדורותיהם" להקים וועדה ציבורית מקצועית שתכין דו"ח והמלצות בנושא רגיש זה.

המדינה החלה לעסוק בסוגיה זאת לפני שנים לא רבות. בתחילה, בשנת 1987, הייתה חקיקת משנה, הותקנו תקנות<sup>6</sup>, בהן נאסרה הפונדקאות כליל. בשנת 1991 מונתה "הועדה הציבורית-מקצועית לבחינת נושא של הפריה חוץ גופית" בראשות השופט בדימוס שאול אלוני, אשר הגישה את הדו"ח ביולי 1994 (להלן: "וועדת אלוני")<sup>7</sup>. בשנת 1996 נחקק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) התשנ"ו-1996 (להלן: "החוק") העוסק בפונדקאות מלאה בלבד, וכולל

אי יכולתה של אישה ללדת היוותה מימים ימימה בעיה גופנית, נפשית וחברתית. "ותהי שרי עקרה אין לה ולד"<sup>3</sup>, כפתרון, מזמינה שרי את אברהם לעבֵר את שפחתה המצרית. בדומה לכך, רחל המקנאת באחותה מציעה ליעקב "הנה אֶמְתִּי בלהה בֵּא אליה ותלד על ברכי ואֶבְנָה גם אנכי ממנה"<sup>4</sup>.

הנה כי כן, כבר מבראשית השפחה משמשת כחליפה, מעין-פונדקאית לאישה. הפונדקאות קיבלה משמעות-לוואי שלילית. משמעות זאת חלחלה גם לתחומי חיים אחרים. כך, האם מן הדין הוא שכוהנת תהא נאמנת להעיד, פחות מבעלת אכסניה? "ולא תהא כהנה כפונדקאית"<sup>5</sup>. אולם כל אלה כמובן מקרים של "אם חליפית" ולא "אם פונדקאית" כמובָּנה בחוק בישראל דהיינו "אם נושאת", ובכך נדון בהמשך.

התפתחות מדע הרפואה נתנה מימד ומשמעות נוספים לנושא, בעיקר בשל האפשרויות של הפריה מלאכותית – שימוש בזרע הבעל להפריית ביצית אשתו, או ביצית שנתקבלה כתרומה, שלאחר ההפריה מושתלת ברחמה של אישה אחרת – הנושאת-פונדקאית – אשר תמסור את הוולד לידי הזוג המזמין.

בשנים האחרונות חלו בפונדקאות גם שינויי מינוח. לעיתים כונתה "אם תחליפית", או "אם נושאת". בהדרגה התערבה גם המדינה – הריבון – בהסדרת הולדת ילדים שלא בדרך הקונבנציונאלית, והביאה לשינוי המצב המשפטי. את התערבות המשפט בתהליכי הולדה האיזו מקרה כזה של האישה שהופרתה בזרע של בעל אחותה, וילדה בת לאחותה התאומה (צרפת, שנת 1983), או של האם שילדה

6 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987, ק"ת תשמ"ז, מס' 5035 מיום 11.6.1987 ע' 978.  
7 אסיא, חוברת ס"ה-ס"ו, אלול תשנ"ט (ספטמבר 1999).

3 בראשית י"א, ל.

4 בראשית ל', ג.

5 יבמות ט"ז, ז'

זכות האם להורות מול זכות הגבר שלא להיות הורה, לרבות חלות חוק היסוד על הסוגיה.

ד"ר י' גרין התבטא על הזכות להורות:

**"הכמיהה לילד היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה. בני זוג המתקשים בהולדת ילדים עושים ויעשו כל מאמץ כדי לזכות ולהעמיד צאצאים: הן רגשי, הן פיזי והן כלכלי...".<sup>9</sup>**

אך בהקשר לפונדקאות הדיון הוא על הזכות להיות אם פונדקאית, שנטען כי היא נגזרת מעיקרון כיבוד הזכות לפרטיות ואוטונומיה בקבלת החלטות הקשורות להולדה, והימנעות המדינה מהתערבות בעניינים אלה, נדונות ההגבלות המוטלות על התנהגות הפונדקאית, זכויותיה בעת ההפריה, במהלך ההיריון ולאחר הלידה, ועל הדרך להגנה על זכויותיה. הדיון נסב בין היתר על:

**בתחום דיני ירושה ומשפחה:** שאלות בדבר זהות הורי היילוד, במצבים אפשריים שונים. מעמד ההורים המיועדים, ההורים הגנטיים, האם הנושאת, האפוטרופוס או הורים מאמצים. לכל אלה השלכה אף לעניין חיוב בדמי מזונות, כאשר הילד נולד מהפריה חוץ גופית.<sup>10</sup>

**בתחום דיני הירושה ביחס לילוד:** את מי יורש היילוד במצבים שונים, ומי יכול לרשת אותו. מה מעמדו המשפטי של העובר, והאם ניתן למנות לו אפוטרופוס?

**בתחום דיני החוזים:** שאלות עקרוניות בתחום חופש החוזים, חוקיות הסכמים ואכיפתם אל מול תקנת הציבור. וכן שאלות מעשיות כגון ההוצאות

9 י' גרין, **הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה** (1995), הוצאת פרלשטיין גינסר 1995, עמ' 9.  
10 ראו תמ"ש (י-ם) 10681/98 **פלונים נ' אלמוני** (לא פורסם) (ני מימון) (19.9.00).

אפשרות תרומת ביצית של אישה אונונימית שאינה הפונדקאית.

התומכים ברעיון הפונדקאות גורסים שהנושא מצוי בתחום הפרט של חיי המשפחה, ולמדינה אין זכות להתערב בו, כשם שעצם הבאת ילדים לעולם הוא נושא שבתחום הפרט. לשיטתם, קביעה המצמצמת את אפשרות ההחלטה של הפרט היא הפרת זכויות יסוד, ומנקודת מבטן של הנשים יש בכך פגיעה בזכותן על גופן, ובנכונותן לשמש אם פונדקאית. המתנגדים לרעיון הפונדקאות ומבקשים לסייגו, מצביעים על ערכי מדינת ישראל הדמוקרטית, טובת הילד, כבוד האדם וחירותו, בעיות אתיות, הלכתיות ומשפטיות, לצד מכשולים בעיגון הנושא בחוק.

הסוגיות החברתיות, אתיות, מוסריות והלכתיות שמעורר הנושא, כולן באות לידי ביטוי בשיטות משפט שונות בעולם, בהתלבטות אם להוציא את הפונדקאות אל מחוץ לחוק, ואכן כך נקבע בחלק מן המדינות, תוך קביעה כי הפונדקאות נוגדת את תקנת הציבור. מכל אלה עולה השאלה האם החוק הישראלי נתן מענה נכון ואיזון הוגן בין הגישות הנוגדות, או שמא יצר מהמורות חדשות וקשות לא פחות מן הבעיות שהיו קיימות טרם חקיקתו.

### השאלות המתעוררות בסוגיית הפונדקאות בישראל

הסוגיות החברתיות, האתיות, המוסריות, ההלכתיות והמשפטיות אשר פונדקאות מעוררת, רק חלקן קיבלו מענה בחוק. אחרות לא באו לידי ביטוי או זכו במענה חלקי בלבד. במרכז ניצבו זכויות האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובו הזכות לפרטיות בסעיף 7(א).

לזכות להורות ו/או הגבלתה לא ניתן מענה בחוק. זכות זאת עמדה במרכז "פרשת נחמני"<sup>8</sup>, בה נבחנה

8 דנ"א 2401/95 **רותי נחמני נ' דניאל נחמני**, פד"י (4) 661 (12.9.1996); בש"א 5588 **רותי נחמני נ' דני נחמני**, תק-על 93 (3) 867 (2.11.1993).

הכרוכות בתהליך, או פיצוי כספי בשל הפרת הסכמים בתחום.

**בתחום המשפט הפלילי:** איסור סחר בילדים, מעמד ואחריות המבצעים – הרופא, וכן המעורבים האחרים בתהליך, החל בהפריה, דרך וועדת האישורים, וכלה בקבלת הילד.

שאלות אלה ואחרות, נדונו בוועדת אלוני ובוועדת העבודה והרווחה של הכנסת שעבדה את הצעת החוק: הצעת חוק **לנשיאת עוברים** (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשכ"ו-1995 (להלן: "הצעת החוק"<sup>11</sup>), תוך הכנסת שינויים בתוכן ובצורה.

רמז לשינוי במגמה נמצא בהבדל בשם החוק שבהצעת החוק, לעומת זה שבחוק שהתקבל בפועל, אליו הוספה המילה: "**הסכמים**", לצד אספקטים סוציולוגיים ופסיכולוגיים.

### פונדקאות בישראל בטרם חקיקת החוק

בקליפת האגוז, נדון עתה בהתייחסות החקיקה, הפסיקה והגישות שרווחו בנושא, טרם חקיקת החוק. המצב החברתי בישראל, וההסדרים הפוליטיים, בין אלה הכתובים ובין אלה שבנוהג, כסטאטוס קוו בנושאי דת ומדינה, דחקו הצידה בעיות שאולי אינן קריטיות, אך יש בהן רגישות מיוחדת, בגדר דיני נפשות.

בד בבד עם ההתקדמות הטכנולוגית-רפואית בתחום היילודה וההפריה המלאכותית, נדרשה התפתחות גישה משפטית ליברלית. בוויכוח הציבורי באו לביטוי דעות מנוגדות, כאשר דעת הפוליטיקאים עדיין לא בשלה להכרה מלאה בפונדקאות. בתקופה המוקדמת של שנת 1987, הוחלט, כפי שנאמר כבר לעיל, לאסור על הפונדקאות בישראל. האיסור נבע בעיקר מחשש לממזרות ולסחר בעוברים או בילדים.

11 הצעת חוק 2456, י"ג בכסלו התשנ"ו, 6 דצמבר 1995.

האיסור שהוטל בחקיקת משנה, עקף את הצורך בדיון בוועדות הכנסת, בהליכי חקיקה מורכבים ובהתנגדויות צפויות. בצד ההגבלות שבתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז-1987, קבעה תקנה 11 באורח חד-משמעי:

**"לא תושתל ביצית מופרית, אלא**

**באשה שתהיה אם היילוד".**

ייתכן כי דווקא איסור מוחלט זה שימש זרז, והאיץ את התהליך לקראת חקיקה חדשה, כדברי ז'אן ז'אק רוסו בספרו "אמנה החברתית":

**"good laws lead to the making of better ones, bad ones bring in worse ones"**

כך, בשנת 1989 מינה מנכ"ל משרד הבריאות וועדה בראשות פרופסור ש' משיח לבדיקת תפקוד יחידות ההפריה החוץ-גופית בישראל, שהגישה בשנת 1991 דו"ח ואחריו בשנת 1992 המלצות, על כי בין השנים 1982 – 1989 טופלו 7,891 נשים ב-17,614 מחזורי טיפול, ומספר לידות החי כתוצאה מהפריה חוץ-גופית הגיע ל-1,584<sup>12</sup>.

במגזר הדתי, חרף קיומן של דעות שונות לנושא הפונדקאות בכלל, יותר ויותר זוגות חשוכי ילדים החלו פונים לפתרון זה, והלחץ "מן השטח" הביא רבנים למצוא דרך להתיר פונדקאות. הרב ד"ר מי הלפרין<sup>13</sup> שהוא רופא נשים ורב, ועורך כתב העת הרפואי בעל הגוון הדתי המובהק – **אסיא** – סבור כי המקורות ההלכתיים התומכים בטכנולוגיות המגבירות פריון מקורם:

**א. במצוות פרו ורבו.**

12 דו"ח וועדת אלוני, שם, 7.

13 מי הלפרין, "אם פונדקאית" רפואה ומשפט, חוברת 6 (1992) עמ' 5-6 (להלן: "הלפרין").

לאחר 3 שנות דיונים הגישה "וועדת אלוני" את המלצותיה ואלה היוו בסיס להצעת החוק. בקיץ 1995 פסל וביטל בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות<sup>18</sup> כי תקנות 11 עד 13 לתקנות בריאות העם, בשל היותן תקנות בנות פועל תחיקתי הפוגעות בזכויות מוקנות.

בתי המשפט בארה"ב<sup>19</sup> הכירו בחופש להינשא ולהעמיד צאצאים, כאחת הזכויות הבסיסיות של האדם. אולם בתי המשפט התייחסו לזכות בני זוג להינשא ולהביא צאצאים ביחסים טבעיים. הרחבת הזכות להבאת צאצאים תוך שימוש בטכנולוגיה מתקדמת דוגמת IVF (הפריה חוץ-גופית), אינה מטילה בצדה על החברה חובה לסייע לפרט לממש את זכותו זאת, ובוודאי שלא על ידי כיסוי ההוצאות, ואינה מחייבת רופא או טכנאי לבצע תהליכים אלה.

פרופסור שיפמן<sup>20</sup> מבחין בין הגבלת זכות ההורות בהולדה טבעית, לבין התערבות המדינה בטכניקות יצירות-מדע של הולדה. הוא מדגיש כי משמעותה העיקרית של הזכות להולדה היא נגטיבית, דהיינו הזכות להיות הורה מקימה את הזכות שהמדינה לא תתערב ותגביל את החברה בנושא הילודה.

החברה בישראל דוגלת בעידוד התא המשפחתי והולדת ילדים. בישראל כלולים טיפולי פוריות בסל שירותי הבריאות, מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1996, עד לידת שני ילדים לזוג<sup>21</sup>. ההצלחה בהשגת הריונות ולידות חי טובה.

הלחץ והדרישה המקומיים תרמו להמלצת וועדת

18 בג"ץ 5087/94 מיכל זברו נ' דר' אפרים סנה שר הבריאות, תק-על (2)9, 1073 (1995.7.17).

19 דוח הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכויות לבריאות הסכם לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, 2005 (להלן: "דוח הוועדה הציבורית, 2005"), שם, 4, 7.

20 פי שיפמן, דיני המשפחה בישראל, המכון למחקרי חקיקה ומשפט ע"ש הרי סאקר, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים, תשמ"ט 1989, כרך ב', 141.

21 ראו חו"ד המיעוט – פרופסור שנקר, דו"ח וועדת אלוני, עמ' 11.

ב. בעקרון שלמות המשפחה, שכן צאצא משותף תורם לשלום בית.

ג. העמדת צאצא - כגמילות חסדים לזולת.

ד"ר הלפרין, בדעת מיעוט בדו"ח וועדת אלוני,<sup>14</sup> כותב כי מבחינת המשפט העברי, היתר פונדקאות מעורר מספר בעיות קשות למדי שניתן כנראה, לפתור בתנאים מסוימים<sup>15</sup>.

האיסור המוחלט שבתקנה 11<sup>16</sup>, שלל כל פונדקאות, בין מביצית מופרית של האישה בזוג המזמין וזרע הבעל, ובין מצב בו ביצית נתרמת זרה מופרית בזרע הבעל. ההוראות שפקודת בריאות העם והתקנות בקשו להסדיר רק את אופן מתן שירותי הבריאות והפיקוח, ולא את העיקרון שהוא עניין שדורש חקיקה, ונוגע בזכויות יסוד כזכות להורות.

בשנת 1991 ניתנה ההחלטה הראשונה בפרשת נחמני, בה נתבקש בית המשפט העליון להורות לשר הבריאות להתיר הפריה חוץ-גופית כדי לאפשר ביצוע פונדקאות בחו"ל (להלן: "בג"ץ נחמני")<sup>17</sup>. בקיץ אותה שנה, נתן הבג"ץ תוקף של פסק דין להסכם הפשרה שבין הצדדים לעתירה, שכלל הסכמה של משרד הבריאות כי אין מניעה לבצע את ההפריה, ואת ההשתלה ברחם פונדקאית בחו"ל. המדינה כללה הסכמה להקמת וועדה ציבורית-מקצועית לבדיקת מכלול היבטי הנושא.

14 שם, 69.

15 הפונדקאות בתקופת המקרא, כפי שראינו בפרק הראשון, הייתה שונה מזו הנהוגה כיום, אולם זו לא נשללה על ידי ההלכה. ד"ר י' גרין (י' גרין טכניקות פריון והולדה: משפט והלכה שער חמישי, 215 (2007) (להלן: "גרין – טכניקות פריון")) מציין כי הפונדקאות אינה זרה ליהדות, ושאלה נכבדה בסוגיה זאת היא ייחוס היילוד, כאשר רוב חכמי ההלכה מעדיפים לייחסו לאם הנושאת (שם, עמ' 217, על פי תלמוד בבלי, מסכת יבמות צ"ז, ב) בסכמו את הסוגיה, מציין ד"ר י' גרין:

"אין בחיבור זה כוונה להכריע בחילוקי הדעות. אמנם, הדעת נוטה משפטית אחר ייחוס הילוד לאם הנושאת, אך רגשית לאם המזמינה שהוא הפתרון הראוי יותר. מכל מקום, לשיטת רוב הפוסקים המתירים את ההולדה בדרך של הפריה חוץ גופית, יתייחס הילוד אחר האם הנושאת". (שם, עמ' 219)

16 תקנות בריאות העם, ר"ה ש"ס 6 לעיל.  
17 בג"ץ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות (לא פורסם) (6.5.1991).

החוק מכנה את הפונדקאית בשם "אם נושאת", המוגדרת כ:

**"אישה הנושאת הריון עבור הורים מיועדים"**

ואלה מוגדרים כ:

**"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד"**<sup>25</sup>

אמנם החוק לכאורה, על פי שמו הוא חוק המסדיר הסכמים בין הצדדים לתהליך הפונדקאות, שהוא "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"**<sup>26</sup>.

אולם האופי הדיספוזיטיבי של הפונדקאות נחלש אפוא, לאור סמכויותיה הרחבות של "וועדת האישרים".

החוק עוסק אם כן, באם נושאת ולא באם חליפית (surrogate mother), דהיינו אישה המוכנה להתקשר בהסכם שלפיו תופרה מזרעו של אדם זר, תלד ותמסור את הוולד לאדם הזר תוך ויתור על זכויותיה כאם וכהורה.

תחום זה של "חווה תחלופה" אף הוא מעורר סוגיות בתחומי משפט אחדים, ויש להניח שבמקום שאין הסדר חוקי נעשו הסכמים כאלה בחשאי.

אלי וילצ'יק במאמרו 'האם החליפית'<sup>27</sup>, מציין:

<sup>25</sup> סעיף 1 לחוק

<sup>26</sup> סעיף 1 לחוק.

<sup>27</sup> אלי וילצ'יק "האם החלופית" משפטים י"ז, 568 (תשמ"ח).

אלוני שלא לאסור את הפונדקאות ואולי אף לעודדה. ההמלצות הובילו לעמדה שאינה קיצונית בכיוון חיוב פונדקאות או שלילתה. מה גם שלא הייתה בפני הוועדה אפשרות להשוואה מחקיקה במדינה אחרת.

### פונדקאות בישראל לאחר חקיקת החוק - מבט כללי

החוק שהתקבל בכנסת שונה מדעת הרוב בוועדת אלוני, שהמלצותיה התבססו על עקרון היסוד של כיבוד הפרטיות והאוטונומיה של הצדדים להסכם. הוא שונה גם מהצעת החוק שיצאה מעם וועדת הכנסת. במתכונתו הסופית בולטת בחוק השמירה על דיני היוחסין שבהלכה היהודית.

הכנסת אימצה את הגישה הדוגלת בעמדה החיובית של החברה לעצם הפונדקאות, דעה השונה, כאמור, מגישתו של פרופסור שיפמן<sup>22</sup> שלשיטתו אין לבטא את ההסכמה החיובית לפונדקאות על ידי אישורים מראש. עניינו של הפרט להחליט אם ברצונו לפעול בדרך זאת ואם לאו – תפקידו של המשפט ראוי כי יצטמצם בניסיון לפתור בדיעבד כל מקרה לגופו. לעומתה אימץ החוק את הגישה אשר הובעה על ידי גברת דפנה געתון גולד (1992)<sup>23</sup>, כבסיס משפטי להסדרת נושא הפונדקאות – הגישה דוגלת בבקרה סטאטוטורית על פי המודל הרגולאטיבי. ההנחה היא כי לא ניתן יהיה למנוע לחלוטין הסכמי פונדקאות, והמציאות מובילה לצורך בהכרה גלויה בה. לפיכך נדרשת בקרה סטאטוטורית כדי למנוע הסכמים בלתי מבוקרים, סחר בילדים, וניצול נשים, והיא גם מספקת מנגנון הגנה הולם הן לצדדים המתקשרים בהסכמים והן לילד שנולד. גישה זאת התקבלה גם בוועדת Warnock באנגליה ובוועדה שהוקמה באוסטרליה<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 20, שם, עמ' 165.  
<sup>23</sup> ד' געתון גולד, האם החלופית והאם הפונדקאית במשפט: הדין המצוי והרצוי (עבודת גמר לקראת קבלת תואר שני אוניברסיטת ת"א, 1992), עמ' 155.

<sup>24</sup> וועדות שהוקמו במדינות לדיון בהתפתחות הטכנולוגיות והיבטיהם החוקיים, ראו פרק 7 – פונדקאות בעולם.

בפונדקאות וקובע כי זו תעשה בהסכם לנשיאת עוברים, שאמור להיות מאושר על ידי וועדת אישורים הבוחנת את הבקשה וההצעה להסכם, שומעת את כל הצדדים, ומאשרת את ההסכם, לרבות הסכם תשלומים.<sup>31, 32</sup>

החוק מתייחס למעמד הילד שנולד כתוצאה מהסכם לנשיאת עוברים, כאל מי שנמצא במשמורת האם הפונדקאית מרגע לידתו ועד לקבלת צו הורות המכריז על ההורים המיועדים כהורים ואפטרופסים בלעדיים של הילד, והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין.

החוק עוסק גם באפשרות של חזרת האם הנושאת בה מההסכם<sup>33</sup> בתנאים מסוימים, ובתוצאות המשפטיות הנובעות מכך, כשלעניי החוק עומדת טובת הילד.<sup>34</sup>

החוק עוסק ברישום בפנקס שינוהל על ידי רשם מיוחד<sup>35</sup>, וקובע הוראות עונשיות לגבי מבצע השתלה של ביצית מופרית שלא על פי הוראות החוק, למציע או למבקש, נותן או מקבל תמיכה בקשר לביצוע הסכם שלא באישור וועדת האישורים, וכן למפרסם ללא רשות בית המשפט דברים שנאמרו בוועדת האישורים, או מסמכים ופרטים הנובעים לצד מהצדדים, טובת הילד, ולמוסר או מקבל ילד שלא על פי החוק.<sup>36</sup>

השופט י' גייפמן פסק<sup>37</sup>, שדינה של בקשת צדדים להסכם פונדקאות להביא את סיפורם וחוויותיהם בסרט טלוויזיה, תוך פרסום שמות הצדדים,

**"אין ספק שתופעה של שימוש בשירותיה של אם תחליפית מתפשטת בעולם ותגיע גם לישראל".**

הוא הציע להקים וועדה לבדיקת הנושא, ולקבוע שאין לאסור על כריתת הסכמי תחלופה, אלא לקבוע להם הסדרי פיקוח ציבורי.

מלומדים אחדים נתנו דעתם לתוצאות החקיקה, הן במישור המשפטי-חברתי והן במישור הפרקטי. פרופסור ד' א' פרנקל מונה במאמרו<sup>28</sup> מספר בעיות שהחוק יצר כגון: הטלת ספק בחוקיות הסכמת האם הפונדקאית, ניצול נשים מהשכבה סוציו-אקונומית נמוכה, הגברת סכנת סחר בילדים, היעדר אחריות ברורה ומלאה על ההורים המזמינים לגורל ילד פגוע. החוק מתעלם מאפשרות של גירושין או מוות של אחד מזוג ההורים המיועדים טרם לידת הוולד, ועוד.

ד"ר כרמל שלו מעלה טיעון כי:

**"החוק אינו מבשר שום מהפכה או אפילו חידוש ביחסנו להולדה לאמהות ולנשים... הוא רק מנציח ערכים של תרבות פטריארכית שלטת שאינה מיטיבה עם נשים, החוק מאדיר את האמהות ובו בזמן משפיל אותה עד עפר"<sup>29</sup>.**

ד"ר שלו מדגישה את השונות המהותית של החוק מן ההסדר שהציעה וועדת אלונג<sup>30</sup>.

ניתן אפוא לומר כי החוק בישראל מכיר כיום

D. A. FRENKEL LEGAL REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD IN ISRAEL *MEDICINE AND LAW* 2001, 6005

29 כרמל שלו "נשיאת עוברים (פונדקאות) – המסחר בשירותי הולדה" **ביטחון סוציאלי** 46, תשרי תשנ"ז – ספטמבר 1996, 100.

30 "בעוד שהמלצות הועדה בעניין זה התבססו על עקרון היסוד שיש לכבד את הפרטיות והאוטונומיה של הצדדים להסכם – ובמיוחד האם נושאת – היינו ההנחה של החוק אשר הוכתב על פני שיקולים פוליטיים, היא השמירה על דיני היוחסין של ההלכה היהודית. ועדת אלונג לא התעלמה מן השיקולים הדתיים, אלא שהיא פעלה מתוך השקפות עולם ליברליות של חירות הפרט... בחוק לבשו השיקולים ההלכתיים צורה של הגבלות על שיקול הדעת של הצדדים" (שם, עמ' 91 – 92)

31 סעיפים 3 עד 7 לחוק.

32 לעניין הקושי בהזדקקות לוועדה לאישור הסכם, בהשוואה לאישור הסכם ממון בין בני זוג ראוי תמי"ש (ת"א) 8240/99 **פלוני נ' פלונית** (לא פורסם) (ש' שוחט) (17.2.99).

33 סעיף 13 לחוק.

34 סעיפים 13 עד 15 לחוק.

35 סעיף 16 לחוק.

36 סעיף 19 לחוק.

37 תמי"ש (ת"א) 4570/98 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-מש 101 (1998.2.18).

**מעמד הפונדקאות בעולם - משפט משווה**

הפונדקאות, השלכותיה והבעיות אותן היא מעוררת, מעסיקה את צדדים המעוניינים במדינות רבות. כפי שנראה להלן, ברבות מאלה נאסרה הפונדקאות על בסיס תרבותי או דתי.

**בצרפת**<sup>40</sup> נאסרה הפונדקאות כליל, והיא מהווה עבירה פלילית שעונש בצידה. בספרם **"אבות בעל כורחם"** מפנים ש. בניאל ומ. רונן<sup>41</sup> לפסק דין של בית המשפט העליון לערעורים בצרפת מחודש מאי 1991, שקבע כי הסתייעות באם פונדקאית להבאת ילדים היא בלתי חוקית, בין אם מדובר בפונדקאות מסחרית ובין אם הפונדקאות באה ממניע אלטרואיסטי. בשני המצבים פונדקאות מנוגדת לחוק – היא מנוגדת לעיקרון ההימנעות מחילול גוף האדם, ומפרה את מוסד האימוץ.

**בהולנד**<sup>42</sup> – פונדקאות אסורה.

**בברזיל**<sup>43</sup> מותרת פונדקאות רק כאשר בן משפחה מעורב בהליך באופן ישיר.

**בקנדה**<sup>44</sup> – הוכרה פונדקאות ונדחו טענות לפיהן פונדקאות מנוגדת למוסר. יש צורך באישור מראש של בית המשפט לכל הסכם פונדקאות. האישור ניתן רק לאחר שהשופט בודק את פרטיו.

**אוסטרליה**, הידועה כחלוצה בדיני משפחה בכלל<sup>45</sup>, ובנושאים הקשורים בהפריה חוץ-גופית בפרט - בחמש ממדינותיה, (ויקטוריה, דרום אוסטרליה קווינסלנד, טסמניה, ואיזור הבירה) בהן הדין שונה, נשקלה הסדרת פונדקאות בחוק. Anita

40 דוח הוועדה הציבורית 2005, שם, 13  
41 ש. בניאל ומ. רונן, **אבות בעל כורחם** (הוצאת ידיעות אחרונות) 1992, עמ' 226.

42 דוח הוועדה הציבורית 2005, שם, 15

43 שם, 14

44 שם, 9

45 י. גייפמן וד' ארבל, "חוק בית המשפט לענייני משפחה", **הפרקליט** מג, תשנ"ה 1995 - חוברת ג. ע' 431

להידחות מן הטעם שזכות הפרטיות של הקטינים גוברת על זכות הפרסום של הצדדים.

בתביעת אבהות, בה נעשה ניסיון שלא להכיר באבהות, נטען כי לא זו בלבד שהנתבע אינו האב, אלא התובעת אף היא אינה האם, באשר הוולד נולד בהפריה חוץ גופית מזרעו אולם מביצית שנתרמה מאחרת. הטענה נדחתה<sup>38</sup>.

החוק מסמיך את שרי הבריאות והעבודה להתקין תקנות לביצוע הוראות החוק. עד היום הותקנו:

א. תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד) (הודעות, בקשות וצווים) התשנ"ח-1998. (להלן: "התקנות").

ב. תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם למעמד היילוד) (רישום בפנקס) התשנ"ח-1998.

עד היום לא נעשו תיקונים בחוק, ומטבע הדברים טרם התגבשו הלכות המצריכות תיקון.

על פי נתונים סטטיסטיים שפורסמו על ידי משרד הבריאות:

**עד שנת 2001 היו 108 פניות לוועדה, 90 מהן אושרו, היו 22 לידות פונדקאות ונולדו 30 תינוקות. עד סוף 2006 נראה כי קצב הפניות עלה - הוגשו (סה"כ) 360 בקשות לאישור, 287 מתוכן אושרו. נולדו 156 תינוקות (125 לידות, 14 זוגות תאומים, ושלישיה אחת).**

**כיום (ינואר 2007), יש 30 בקשות בשלבי טיפול שונים**<sup>39</sup>. (ההדגשות הוספו – המחברים).

38 תמ"ש (ת"א) 3521/98 פלוגי נ' אלמוני (לא פורסם) (טי סיון) (20.5.01).

39 הנתונים - באדיבות עו"ד מ' היבנר-הראל, היועמ"ש משרד הבריאות.

המצב שונה לחלוטין ביחס לפונדקאות מסחרית, שבה יש איום כזה.

שטומקה מציינת גם את היעדר תקנות המתאימות לפונדקאות אלטרואיסטית. חסר זה מעמיד את הצדדים במצב של חוסר בטחון באשר לתקפות ההסכם וההגנה על הצדדים, שכן המחוקק קובע שהסכם כזה אינו אכיף, אך הוא אינו אוסר עליו במפורש.<sup>47</sup>

**ארה"ב** – אין חקיקה פדראלית האוסרת פונדקאות. החוקים בסוגיה זאת כבנושאים אחרים בענייני הפריה, נבחנים בדרך שונה במדינות השונות. עד אמצע שנת 1991, 12 מדינות חוקקו חוקים מיוחדים לעניין עסקאות פונדקאות, מהן 11 מדינות אסרו על פונדקאות מסחרית, או הטילו עליה הגבלות קפדניות. במדינות אלה אין אפשרות לאכוף הסכמי פונדקאות שנחתמו.<sup>48</sup> על פי ה-legal map<sup>49</sup>, שבאתר של ה-American Surrogacy Center Inc., נראה כי רק 7 מדינות בארה"ב מכירות בפונדקאות ומאפשרות את ההליך.

על פי מקור זה במדינת קליפורניה אין "Codified" Law אלא "Case Law" המהווה את בסיס הדין במדינה. בית המשפט העליון של מחוז אורנג' שבמדינת קליפורניה פסק בעניין Jonson v Calvert<sup>50</sup>, כי אם פונדקאית שנשאה ברחמה, תמורת תשלום, עובר שהוא תוצר של ביצית של האם המזמינה וזרע של הבעל המזמין – אינה האם הטבעית של התינוק שנולד, ואין לה עליו זכויות הוריות, וכי החוזה שנחתם בין בני הזוג לאם הנושאת הוא בר אכיפה. א' בן דרוור בספרו **אימוץ**

47 על הפן האלטרואיסטי, והמצב המשפטי בהליך תרומת אבר, ראו והשוו ת"א (י-ם) 4298/02 ווידן נ' מדינת ישראל תק-מח 2006 (3), 3696 (2006).

48 להלן, ה"ש 49.

AMERICAN SURROGACY CENTER INC. www.suitogacy. 49 comqlegalsqmap.html

JONSON V CALVERT, ORANGE COUNTY SUPREME CT, OCT 50 22.1990

Stumcke<sup>46</sup> מציינת כי בין השנים 1985-1993 הוקמו באוסטרליה 10 וועדות בנושא פונדקאות וטכנולוגיות הפריה אחרות, וכולן, למעט אחת, הביעו הסתייגות חריפה מפונדקאות מסחרית אך לא גינו פונדקאות אלטרואיסטית. אמנם החקיקה באוסטרליה אינה אחידה בכל המדינות, אך כולן שותפות לעקרונות הבאים:

1. איסור על פונדקאות מסחרית.
2. איסור פרסום, במטרה למנוע עידוד פונדקאות ככל האפשר ולמנוע פעילות של סוכנויות "תיווך" לפונדקאות.
3. הבהרה כי הסכם פונדקאות אינו ניתן לאכיפה, ולא ניתן להכריח את האם הפונדקאית למסור את הילד.
4. החוקים חלים במידה שווה הן על מצב בו האם הפונדקאית הרתה לאחר ההסכם, והן כשהאם הפונדקאית הרתה קודם לחתימת ההסכם, ומסכימה למסור את הילד.

המחברת מציינת כי ברוב מדינות אוסטרליה נחשבת פונדקאות בתשלום לעבירה פלילית, שהעונש עליה יכול שיהיה קנס או מאסר, אך אין הוראות ספציפיות ביחס לפונדקאות אלטרואיסטית.

לדעת המחברת, הסיבה שהביאה את הפרלמנט האוסטרלי להפריד בצורה חדה בין פונדקאות אלטרואיסטית למסחרית, היא ההערכה כי את הפונדקאות האלטרואיסטית לא ניתן למנוע גם בחוק. אין לאסרה גם כיוון שהחברה מוכנה לקבל נוהג זה, כשהוא מתרחש בין חברים וקרובים ולא בין זרים, ואינו מהווה איום על תפיסת הציבור את תפקיד האישה, את מוסד הנישואין והמשפחה.

STUMCKE A. FOR LOVE OR MONEY - THE LEGAL 46 REGULATION OF SURROGATE MOTHERHOOD

www.murdoch.edu.au/elaw/v2n3stumch

לנשיאת עוברים בהיותם נוגדים את תקנת הציבור, השוללת "רחם להשכיר" – לפונדקאות בתשלום. בעקבות המלצות הוועדה נחקק באנגליה, שהייתה המדינה הראשונה שחוקקה חוק בסוגיה זאת, חוק הפונדקאות – Surrogacy Arrangement Act 1985. החוק האנגלי מדבר על הסכם שנחתם לפני כניסה להריון של הפונדקאית עבור זוג הורים מממנים. החוק אוסר על פונדקאות מסחרית בכל צורה שהיא, ועל תיווך להסכמי פונדקאות, פרסום הסכמים, ומסירת מידע בכל דרך פומבית. החוק אוסר על שידול לפונדקאות, והעובר על הוראות זאת עובר עבירה פלילית. הצדדים להסכם פונדקאות אינם עוברים עבירה, על אף שיש תשלום בצידה, זאת בשונה מתשלום בגין אימוץ, הנחשב לעבירה פלילית.

בתי המשפט באנגליה מראים נכונות גוברת לאפשר הסכמי פונדקאות. J. Mckhale & M. Fox מביאות בספרן<sup>56</sup> את פסק הדין Re (minors) Surrogacy Act<sup>57</sup>, בו השופט סקוט בייקר היה מוכן להכריז על תאומים שנולדו בעקבות הסכם פונדקאות כילדי הזוג המזמין, כשבפסיקתו הוא מדגיש את הבטחת קיום הקשר (bond) בין ההורים המזמינים - ההורים הביולוגיים - לבין הילדים שנולדו. לדברי המחברות<sup>58</sup> מאז שנחקק החוק לא היו תביעות בעניין חוק ההסכמים ונולדו ילדים רבים לאמהות פונדקאיות. בעקבות ריבוי ילדי פונדקאות והדרישה הגוברת, ה-British Medical Association (BMA) פרסמה ב-1966 הנחיות הכוללות נהלים ואתיקה ל-Health Professionals העוסקים בפונדקאות<sup>59</sup>.

**גרמניה** - ד' געתון גולד<sup>60</sup> מביאה נתונים על אודות פונדקאות בגרמניה. החוק אינו אוסר לחלוטין על פונדקאות, כי אם על תיווך ופרסום פונדקאות.

**פונדקאות**<sup>51</sup>, מנתח פסק הדין זה, תוך השוואתו עם פסק דין מאוחר יותר שניתן גם הוא במדינת קליפורניה. בפסק דין Moshetta<sup>52</sup> נפסק כי המרב שניתן להסיק מפסק דין Jonson v Calvert הוא כי חוזה פונדקאות אינם בהכרח מפרים את תקנת הציבור. אולם בעניין Re Moshetta נהפך פסק דין Jonson v Calvert. מכל אלה ניתן ללמוד כי אין בפסיקה האמריקאית קביעה ברורה וחד משמעית ביחס לחוקיותו של הסכם פונדקאות. אי' בן דרוור מזכיר<sup>53</sup> גם דו"ח וועדה שפורסם במדינת ניו-יורק, שעניינו סוגית אמהות פונדקאית. בדו"ח יש המלצה כי אין להגן על פונדקאות כעל זכות אינדיווידואלית, במונחים של פרטיות או הגנה על חופש אישי, זאת לאור ההתנגדות שחשה החברה כלפי פונדקאות, ולאור רצון החברה שלא לעודד פונדקאות. הוועדה המליצה לסרב להכיר בהסכמי פונדקאות כתקפים, אולם אין היא ממליצה לראות בהם עבירה פלילית.

**בדרום אפריקה** אוסר החוק על פונדקאות. בספרם "אבות בעל כורחם" מביאים ש. בניאל ומ. רונן<sup>54</sup> את סיפור על סבתא מדרום אפריקה, שהתרחש ב-1987. הסבתא התנדבה לשאת ברחמה את עוברי בתה שחלתה. החוק בדרום אפריקה קבע כי הסבתא היא האם, הואיל והיא זו שילדה את הילדים. כך הפכה השלישייה לאחיה של אמם הביולוגית ולא לילדיה.

**אנגליה** - וועדת וורנוק (Warnock Committee) דנה בסוגיות הפונדקאות והגישה את מסקנותיה לפרלמנט בשנת 1984. M. Fox ו-Mckhale, בספרן **Health Care Law**<sup>55</sup> מביאות את מסקנות הוועדה, בהן המלצה לאסור בבריטניה הסדרים

51 אי' בן דרוור, **אימוץ ופונדקאות**, קוק הוצאה לאור 1994, עמ' 441. 52 פס"ד של בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה מ-10.6.94 (לא פורסם), לעיל ה"ש 51 בעמ' 441-444.

53 שם, ה"ש 51 לעיל, בעמ' 445.

54 ראו ה"ש 41 לעיל, ושם הערה 14 בעמ' 235.

J. MCKHALE & M. FOX. HEALTH CARE LAW (SWEET & MAXWELL, LONDON 1997) PP 634-652

56 ראו בספרן, שם, הערה 22 בעמ' 642-643.

RE W (MINORS) SURROGACY (1991) 1 F.L.R. 385 57

58 ראו בספרן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 645.

59 ראו בספרן, שם, הערה 22, עמ' 646

60 ד' געתון גולד, **האם החילופית והאם הפונדקאית במשפט: הדין המצוי והרצוי**, לעיל ה"ש 24.

## 1.א. ההסכם

**"נערך הסכם בכתב בין אם נושאת להורים מיועדים, אשר אושר ע"י ועדת אישורים בהתאם להוראות החוק".**

משמע - הצדדים אינם עצמאיים בקביעת ההסכמות שביניהם, וכל תניה או הוראה בהצעת ההסכם שיגישו, תיבחן על ידי ועדת האישורים. ד"ר כרמל שלו במאמרה<sup>62</sup> מצירה על כי השיקולים ההלכתיים בחוק לבשו צורה של הגבלות על שיקול הדעת של הצדדים להסכם.

הוראה זאת מרוקנת מתוכן את האופי הדיספוזיטיבי של ההסכם, בבשונה מהוראות חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973. במאמרו מציינת ד' הוניג וא' נווה<sup>63</sup> כי למרות ששני הצדדים להסכם פונדקאות מיוצגים על ידי עורכי דין, יש בידי הוועדה סמכות לבטל הסכם ו/או לשנות סעיפים שבו, כתנאי לקבלת אישורה. הן מציינות גם כי שינויים שדורשת הוועדה בדרך כלל תומכים באם הפונדקאית ונועדו לטובתה, לרוב על חשבון הזוג המזמין.

מכאן השאלה האם הסכם לנשיאת עוברים שנחתם בין צדדים יכול להיות אכיף גם ללא קבלת אישור וועדת האישורים, או כלל לא הוגש לאישורה. מה גם שאין בחוק, ואף לא בתקנות הנחיות בקשר למהות ההסכם, כאשר גם בתוספת לחוק או בתקנות אין הסכם לדוגמא, שכמובן יעמוד בדרישות הוועדה. הואיל והחוק אינו דן במהות ההסכם, ממילא עולות בעיות נוספות:

א. זכות מי מהצדדים להסכם גוברת בהתעורר הצורך להחליט אם לסיים הריון של עובר פגוע, שהרי לעובר אין מעמד משפטי עצמאי, כיוון

שאינו נכלל במושג "אדם"<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> לעיל ה"ש 29, ראו שם, הערה 10.

D. HONIG, O. NAVE, R. ADAM, ISRAELI SURROGACY LAW 63 IN PRACTICE 37 THE ISR J PSYCHIATRY, 2000 (2), 118.

<sup>64</sup> כבי' השופטת ט' שטרסברג -כהן בב"ש (חיפה) 290/78 כהן נ' (ראו להלן).

להערכתה, אין החוק נותן מענה לשאלות שעלולות להתעורר בהסכמי פונדקאות, והנוגעות בזכויות המשפטיות של הצדדים והרך הנולד. לדבריה, כל אחד מן החוקים קובע במפורש פטור מסנקציות פליליות לצדדים להסכם, אולם אין בהוראות החוקים כדי להגן על הילדים העתידיים להיוולד בעקבות ההסכמים.

לסיכום סקירה זאת של התייחסות המשפט במדינות שונות, ניתן לומר כי מדינות רבות מנסות שלא לעודד פונדקאות, תוך התמודדות עם ההיבט המסחרי של הפונדקאות. לכן במדינות בהן לא נאסרת הפונדקאות לגמרי, נאסר פרסום ותיווך בכל הקשור בפונדקאות. מותרת עריכת חוזים ללא תשלום, לעומת זאת יש מדינות הנמנעות מלחוקק חוקים המסדירים את הנושא.<sup>61</sup>

## הסדרים שבחוק - השגות

### 1. הסכם לנשיאת עוברים

לב החוק הוא ההסכם לנשיאת עוברים, המוגדר בסעיף 1:

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

ההגדרה לכאורה רחבה ואינה מגבילה את ההתקשרות בין האישה שתתעבר לבין ההורים המעוניינים בילד. אולם סעיף 2 לחוק בא ומיד מגביל את "השחקנים". למעשה "חופש החוזים" או חופש ההתקשרות מסתיים בסוף הגדרתו. סעיף 2 ב' מעמיד בפני ההתקשרות מספר תנאים:

<sup>61</sup> למחקר השוואתי מקיף ראו: יעקב וילן בהנחיית גלי בן-אור, ממונה (ייעוץ וחקיקה), משרד המשפטים (2004). הוגש לוועדה הציבורית לבחינת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים (ראו להלן).

ב. זכות מי מהצדדים להחליט בדבר טיפול בעובר במהלך ההיריון, כגון ביצוע פעולות חודרניות אשר לגביהן נדרשת הסכמה מדעת מכוח חוק זכויות החולה התשנ"ו-1996.

ג. האם ניתן להטיל הגבלות על האם הפונדקאית במהלך ההיריון, והאם עומדת להורים המזמינים הזכות לדרוש מן הפונדקאית שתסכים לבדיקות לאבחון מומים בעובר, כולל בדיקות פולשניות.

ד. האם יש מקום למנות אפטרופוס לעובר, לתקופת היותו עובר, לפתרון צרכים מיידיים כגון אלה שלעיל.

ספק בעינינו אם סעיף 18 לחוק (שכותרתו: שמירת דינים), הקובע כי אין בהוראות החוק או אישור הסכם כדי לפגוע בדרישה לענין הצורך בהסכמה מדעת לטיפול רפואי נותן מענה מלא לשאלות הללו, שכן בסעיף מדובר בטיפול באם הנושאת "לפי רצונה", מבלי להתייחס לדעת ההורים המיועדים או לטובת העובר.

כפי שנראה להלן ההליך, החל מהגשת הבקשה לוועדה ועד לאישורה יכול להתארך, ועד אז השתלת הביצית המופרית אינה מותרת. עלול להיווצר מצב בו ההסכם תקף מהיבט חוק החוזים, ואכיף מבחינת הדין הכללי, אך טרם גובש כהסכם מחייב לפי חוק הפונדקאות.

שאלות כגון אם אישה לא נשואה יכולה להיות צד להסכם, ואם וועדת האישורים מוסמכת לאשר הסכם זה, התעוררו בבג"צ "משפחה חדשה"<sup>65</sup>.

משהוגשה הבקשה לוועדה, היא נדחתה בזו הלשון:

אוחנה, פ"מ תשלי"ט (א) 171, 172 (22.5.1978)  
65 בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים - משרד הבריאות, פ"ד נו (1), 419 (23.12.02).

"... על פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, על פיו פועלת הוועדה, רשאית הוועדה לדון רק במקרים בהם פונים לוועדה הורים מיועדים שהם בני זוג ואשר הזרע המשמש להפריה החוץ גופית הוא של האב המיועד. לפיכך לא תוכל הוועדה לדון במקרה שלך"<sup>66</sup>.

מכאן לעתירה, בה נושא הדיון המרכזי נסב על האמור בסעיף 2(4) לחוק:

"הזרע המשמש להפריה חוץ גופית הוא של האב המיועד והביצית אינה של האם הנושאת".

משמע, באין בן זוג מוגדר ("אב מיועד"), אין לאישה הזכות להפוך לאם בתהליך פונדקאות.

כבוד השופט מ' חשין סקר את הנושא החל בזוגות אברהם ושרה, רחל ויעקב ועד לחוק על פיו דן, ושקל את כל ההיבטים שהוזכרו לעיל. מדברי שר הבריאות, בעת שהציג את החוק לקריאה ראשונה בכנסת,<sup>67</sup> הסיק כבוד השופט חשין כי החוק מיועד לפתור את בעיית זוגות חשוכי ילדים, שאינם יכולים להיות הורים בדרך הטבע. להערכתו אין כאן שאלת חסר בחוק, אלא עמדה ברורה.

גם טענת הפלייה בעניין הצורך בהכרה באם חד הורית נדחתה, למרות הערת השופט כי:

"חוק הפונדקאות היום מפלה לרעה לכאורה נשים שאין להן בן זוג"<sup>68</sup>.

והוא מוסיף:

"סוף דבר: חוק הפונדקאות קובע כי רק "איש ואשה שהם בני זוג..."

66 שם, פסקה 5.

67 ד"כ 151 (תשנ"ו) 1196 (11.12.95).

68 שם, 454.

מאז ישיבה וועדת אלוני על המדוכה חלפו שנים רבות, וההתייחסות כיום לאמהות חד הוריות וזוגות בני אותו מין היא ליברלית יותר. לפיכך, יש החולקים על גישת המחוקק, ופרשנותה, כעולה מפסיקת בית המשפט שהובאה לעיל. ד"ר יי גרין בספרו נותן לכך ביטוי<sup>72</sup>:

"אין ספק, כי הרואה במשפחה המסורתית את הבסיס לקיומה המוסרי והערכי של החברה בישראל, איננו מוצא פסול בהגדרה זו. נהפוך הוא, הדרישה כי ההורים המיועדים יהיו איש ואשה היא דרישה סבירה והגיונית, ואולי בחברה המתירנית, המחוסם האחרון לפני התפרקותו של התא המשפחתי כערך. אולם, לשיטתו של המחוקק, קשה להבין מדוע נשללה מבני אותו מין הזכות להתקשר בהסכם פונדקאות? קשה שבעתיים לרדת לסוף דעתו של המחוקק המונע ממי שאין לו בן זוג להיות הורה על דרך הפונדקאות. בעיקר אמורים הדברים בהתחשב במדיניותו התומכת במשפחות החד הוריות, ובגישתו הליברלית המתירה גם למי שאין לה בן זוג להרות בדרך של הפריה חוץ גופנית".

והמחבר מיצר:

"יש להצטער על ערעור יסודותיה של המשפחה המסורתית והקמת משפחות חד הוריות מבחירה, ויותר מזה ההכרה במשפחות מאותו המין. אולם, לשיטתו של המחוקק ובעיקר לאור המדיניות המשפטית המסתמנת בבית המשפט העליון להכיר בחיים משותפים בהרכבים שונים כתא משפחתי, שלילת הזכות להורות מרווקה איננה פגיעה מידתית. ראו עוד ע"א 10280/01 טל ירוס חקק נ' היועץ המשפטי למשלה, פדאו"ר (לא פורסם) 107 (1)05.<sup>73</sup>"

יכולים שיהיו 'הורים מיועדים', ועל דרך השלילה: אישה שאין לה בן זוג אינה כשירה ואינה זכאית על-פי החוק להיות אם מיועדת, דהיינו לזכות כאם מיועדת הסכם פונדקאות עם פונדקאית. מנינו אחד לאחד את טעמי המדינה להצדקת קביעתו זו של חוק הפונדקאות, ונמצא לנו כי אין אף באחד מאותם טעמים כדי להצדיק שלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג. מסקנתנו היא אפוא זו, ששלילת זכותה של אישה שאין לה בן-זוג שקולה לכאורה כנגד הפלייטה לרעה של אותה אישה, הפליה שאין לכאורה הצדק בצידה"<sup>69</sup>.

העתירה נדחתה פה אחד על ידי שבעת השופטים שישבו בדיון, תוך פניה למחוקק לבחון מחדש את הסוגיה הסבוכה וההסדר הקיים, שכן לא ניתן לפתור את בעיית העותרת על דרך פרשנות החוק, אם כי כבוד השופט יי אנגלרד מוסיף:

"לטעמי, אין כאן אי-שוויון בין שווים, אלא שונות בין שונים. השאלה האם שונות זו מוצדקת אם לאו בנסיבות העניין, היא, כאמור הכרעה ערכית לגיטימית, אך במקרה של הסדר חוקי, מן הראוי כי המחוקק הוא אשר יכריע בה. הוא עשה זאת כאן מתוך גישה של פשרה. לכן, לדעתי, אין בית משפט זה צריך לנקוט עמדה ערכית נוגדת ולהמליץ על הנחיצות של "תיקון מעוות"<sup>70</sup>.

שאלה דומה שהתעוררה ביחס להקפאת זרע של חייל שחלה במחלה לגביה נצפה כי בעתיד לא יוכל גופו לייצר זרע, שעלתה אגב תביעת נזיקין, נדחתה לאור הגדרת הורים מיועדים שבחוק<sup>71</sup>.

69 שם, פסקה 42.

70 פסקה 20 ע' 479.

71 ת"א (חיפה) 1598/95 יגאל טמיר נ' ד"ר חטיב שוואקרט (לא פורסם) (2.9.03).

72 גרין - טכניקות פרייון, לעיל ח"ש 15, עמ' 192.  
73 שם, שם.

דוגמה לדבר: היתר המשך הסכם פונדקאות אם התחילו בו כבני זוג, אף אם בשעת ביצוע הפונדקאות הזוג כבר איננו חי כבני זוג. מובן כי גם במקרים אלה על כל בקשה להיבחן לגופה בהתאם לנסיבות וחוות הדעת המקצועיות שינתנו לקראת אישור הבקשה"<sup>74</sup>.

המלצת פרופסור ד' הד ניתנה כדעת מיעוט:

"לאור כל האמור לעיל מסקנתי היא שאין לדחות את שינוי החוק למועד מאוחר יותר. בניגוד לסעיף 1/א בפרק ההמלצות של עמדת הרוב, אינני סבור שאיסוף של נתונים מחקרניים על טובת הילד הנולד למשפחה חד-הורית יניב תוצאות מובהקות לכאן ולכאן, שכן לדעתי הויכוח ישאר בסופו של דבר ערכי ולא פסיכולוגי. ובניגוד לסעיף 1/ב, אני סבור שיש לקדם את נושא הרישום של תורמי גמטות בו זמנית עם שינוי חוק הפונדקאות כך שיכלול גם נשים ללא בני זוג"<sup>75</sup>.

#### 1. ב. הצדדים להסכם הם בגירים ותושבי ישראל

אמנם אין בחוק דרישה לאזרחות, לאום או דת, אך פסילת אישה שאינה תושבת ישראל מלשמש פונדקאית נובעת מן הרצון למנוע "יבוא" נשים לישראל לשם סחר בילדים. ספק אם הוראה זאת יעילה במניעת "סחר". והרי אישה נשואה המעוניינת להיות אם נשואת, ולא בהתנדבות, והיא אינה מותרת לקרובת משפחה מדרגה ראשונה, בגלל איסור שבחוק, הדעת נותנת כי המניע שלה הוא קבלת תמורה. דווקא באי-תושבותה של האם הנשואת עשוי להיות יתרון – הסביבה בה היא חיה לא תחוש בהבדל עם שובה למקום מגוריה הקבוע לאחר הלידה.

74 דו"ח הוועדה הציבורית 2005, שם, 11.

75 שם, 15.

בעקבות פרשת משפחה חדשה, והמלצת בית המשפט העליון למחוקק לשקול תיקון החוק, מינה בשנת 2004 שר הבריאות דני נוה וועדה ציבורית-מקצועית שהוסמכה לבחון את סוגיית הרחבת מעגל הזכאות בחוק, ולהחילה גם על נשים המעוניינות להביא ילד לעולם באמצעות אם נושאת, אולם לא מזרע של בן זוגן כי אם של גבר מוכר או זרע שנתקבל מבנק הזרע.

הוועדה (שחבריה היו פרופסור ג' אינסלר, יו"ר, עו"ס רוני גאדין, ד"ר דליה גלבע, פרופסור דוד הד; עו"ד מירה היבנר-הראל, ד"ר מרדכי הלפרין, ד"ר נעם זהר, פרופסור ר' רונאל, הרב יובל שרלו ומזכירת הוועדה גבי צ' ביטון), דנה בנושא במספר ישיבות, שמעה עדויות וקיבלה חוות דעת.

דו"ח הוועדה והמלצותיה הוגשו, כאשר דעת הרוב הייתה:

"1. לדחות בשלב זה כל דיון על שינוי חוק פונדקאות עד:

א. לרכישת ניסיון נוסף בהפעלת החוק, לקבלת תוצאות מחקרים בינלאומיים עתידיים בשאלות טובת הילד הנולד מהתהליך בהתייחס לבתי הגידול השונים, ואיסוף נתונים במספר רחב דיו, שיאפשר הבנת המשמעות של לידה בתהליך פונדקאות בסביבה חברתית ותרבותית ישראלית.

ב. להבשלת השינויים המתגבשים, להסדרת הנושא של רישום תורמי גמטות שינויים שיאפשרו קונסנזוס למתן אישור להסכם לנשיאת עוברים גם מתרומת זרע.

2. לשפר את ביצוע החוק בלא לשנותו, ואף להרחיב מעט את תחולתו על ידי תיקונים פורמליים בנוהלי העבודה של ועדת האישורים ועל ידי הרחבה מסוימת של מתחם שיקול דעתה.

נפקות המשפטית ביחסים החוזיים עם ההורים ולעובר. האם הוועדה, רשאית להתנות בעניין זה בהסכם או למנוע מהאם הנושאת להינשא עד לסיום התהליך?

(1) אינה נשואה

(2) 'אינה קרובת משפחה של אחד מן ההורים המיועדים'

זו הוראה נכונה, הן במישור העיוני והן הרפואי. ואולם הרב ד"ר הלפרין<sup>78</sup> מדגיש כי בבחינת טובת הילד נראה שיש עדיפות לפונדקאות במשפחה, פרט לאותם מקרים בהם עלולה להיווצר שאלת ממזרות.

**1. ז. הזרע**

החוק דורש כי הזרע המשמש להפריה חוץ-גופית יהא של האב המיועד ו הביצית לא תהיה של האם הנושאת. כלומר – האב המזמין הוא הורה טבעי של הילד שנולד, בהיות הילד מזרעו.

דרישה זאת נועדה למנוע חששות הלכתיים הקשורים בדיני יוחסין, וחשש ממזרות – "פן ישא אח את אחותו", ולמנוע פגיעות נוספות בזכויות הילד, כפי שמציין פרופסור קורנאלדי<sup>79</sup>.

**1. ה. הדת**

בסעיף 2(ד)(5) מגביל החוק את הפונדקאות לבני אותה דת כשהכוונה ליהודים. כאשר כל הצדדים להסכם אינם יהודים, ובעיית ההתבוללות, או ההשתייכות הדתית של היילוד, אינה קיימת, תאשר הוועדה עירוב בני דתות שונות, על פי חוות דעת של איש הדת החבר בוועדה.

האם הנושאת אמורה להיות "אינה נשואה". עם זאת סעיף 3(א) מתיר התקשרות עם אישה נשואה אם הוכח, להנחת דעתה של הוועדה, שלא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר עם אם נושאת שאינה נשואה. מקור ההוראה הוא כמובן החשש לממזרות, ואם אכן זו המטרה, מה ייחשב "המאמץ הסביר" מצד ההורים שיצדיק וויתור על העיקרון?

ובהמשך עניין זה מקשות ר' לוי סלהוב וד' הונינג<sup>76</sup> מה מעמד הילדים שיולדו במקרה בו אותה פונדקאית תחזור ותהיה פונדקאית בהתקשרות עם הורים אחרים? שהרי מן הבחינה ההלכתית הילדים שייוולדו יחשבו לאחים, או אחיות. כיצד יובטח שלא יתחתנו, או האם ניתן לפקח ולהגביל את הפונדקאית? האם מותר להגביל פונדקאית לפעם אחת?

דרישת החוק כי האם הנושאת חייבת להיות רווקה עלולה גם לגרום לה נזק בלתי הפיך, בבואה ליצור קשר עם גבר או להינשא. בנסיבות מסוימות עלולה פונדקאות בעברה להיות לאבן נגף לא רק בשל העובדה כי ילדה ילד מחוץ לנישואין, אלא בעצם אובדן הבתולין. כל אלה בנוסף לנזק הנפשי שעלול להיגרם לאם הפונדקאית בגין השינויים הנפשיים המתחוללים במהלך היריון ולידה, והן בשל הצורך למסור את הנולד, שאינם תלויים, אך ייתכן מוחמרים בגלל מעמדה המשפחתי<sup>77</sup>.

החוק לא שקל גם את האפשרות כי האם הפונדקאית עשויה להינשא במהלך ההיריון, ומה

78 הלפרין, לעיל ה"ש 13.  
79 מ' קורנאלדי, "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפריה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית" **שנתון המשפט העברי**, כרך יח-יט תשנ"ב-תשנ"ד, 295-327.

76 ר' לוי סלהוב וד' הונינג, "פונדקאות בראי חיי היומיום", ביטאון **הגלימה** 19, 1998, 14-15.  
77 ראו דברי הרב ד"ר הלפרין בדעת המיעוט בדו"ח וועדת אלוני 96-94.

## 2. ועדת אישורים

לזוג בדבר אפשרות הורות בדרך אחרת, והסכם תיווך בשכר עם פרטי המתווך, אם היה.

(1) הרכב הוועדה

סעיף 3 לחוק מונה את שבעת חברי הוועדה:

**"שני רופאים בעלי תואר מומחה  
ביילוד ובגניקולוגיה;**

**רופא בעל תואר מומחה ברפואה  
פנימית;**

**פסיכולוג קליני;**

**עובד סוציאלי;**

**נציג ציבור שהוא המשפטן;**

**איש דת, לפי דתם של הצדדים  
להסכם לנשיאת עוברים,**

**שר הבריאות ימנה יושב ראש לוועדת  
האישורים מבין חבריה"**

עם קבלת כל המסמכים תדון הוועדה ותשקול את כל הנתונים העולים מהמסמכים ומדברי העדים שהעידו בפניה, ותחליט אם לאשר את הצעת ההסכם או להתנות בה תנאים, וכל זאת בהתקיים כל אלה<sup>80</sup>:

**"(1) כל הצדדים עשו את ההסכם  
לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון  
חופשי ובהבנם את משמעותו  
ותוצאותיו;**

**(2) לא קיים חשש לפגיעה בבריאות  
האם ובשלום הילד שיוולד;**

**(3) לא נכללו בהסכם לנשיאת  
עוברים תנאים פוגעים או מקפחים  
את זכויות הילד שיוולד או את זכויות  
אחד מהצדדים."**

בסמכות הוועדה לאשר תנאים כספיים לאם הנושאת<sup>81</sup>, אך מדובר בהחזר הוצאות ממשיות בלבד.

ברור כי הוועדה אינה בעלת אופי טכני או מנהלי בלבד, המקבלת בקשה ומאשרת אותה כאשר כל המסמכים צורפו והוגשו כדין. זאת וועדה מעין-שיפוטית, השומעת צדדים שיכול ויהיו מיוצגים על ידי עורכי דין, חוקרת ודורשת, ובסמכותה לשוב ולהידרש לנושא אם חל שינוי מהותי בעובדות או בנסיבות שהיו ביסוד החלטתה **"כל עוד לא הושתלה הביצית המופרית באם הנושאת"**<sup>82</sup>.

ד"ר י' גרין, תוהה בספרו<sup>83</sup> על ניסוח סעיף 6 לחוק:

<sup>80</sup> סעיף 2 לחוק.

<sup>81</sup> סעיף 6(א) לחוק.

<sup>82</sup> סעיף 5(ג) לחוק.

<sup>83</sup> גרין – טכניקות פרייון, לעיל ה"ש 15, שם, שער חמישי, הולדה על דרך הפונדקאות, עמ' 198.

הקוורום המינימאלי לקבלת החלטות בוועדה הוא 5, ביניהם היו"ר. החלטותיה תתקבלנה ברוב קולות. ישיבות הוועדה סגורות ומסירת פרטים לגבי האמור בהן מהווה עבירה פלילית.

נראה כי הרכב הוועדה הוא מאוזן, אולם רצוי היה שההגבלה בדבר קוורום של 5 איש תתנה כי ביניהם, פרט ליו"ר, יהא נוכח המשפטן, לאור העובדה שהוועדה יכולה לפעול לשינוי תניות בהסכם המוצע ולהפעיל לחץ על הצדדים.

(2) סמכויות הוועדה ואופן פעולתה

לבקשה לאישור ההסכם יש לצרף את הצעת ההסכם, חוות דעת רפואית בדבר אי יכולתה של האם המיועדת להתעבר ולשאת הריון או כי ההיריון יסכן את בריאותה, חוות דעת רפואית ופסיכולוגית בדבר התאמת כל הצדדים להסכם, אישור פסיכולוג או עובד סוציאלי על מתן ייעוץ

ממאמרו של ד' הוניג וא' נווה<sup>84</sup> ניתן ללמוד כי הצדדים להסכם מופיעים בוועדה כשהם מיוצגים על ידי עורכי דין. לא ברור אם מותרת הבאת עדים מטעמם או חקירת עדים או מומחים המופיעים בפני הוועדה.

### 3. מעמד הילד

פרק נכבד בחוק דן במעמד הילד. בפרק נקבע אופן הטיפול בילד מרגע לידתו המשוער ועד להחלטה הסופית בדבר מעמדו המשפטי, דהיינו, היותו ילד של ההורים המיועדים או ילדה של האם הנושאת או של צד שלישי.

#### 3.א. החוק מציב מספר דרישות

א. הפיקוח על לידת הילד – על הצדדים להודיע לפקיד סעד על מקום הלידה ותאריך הלידה המשוער<sup>85</sup>, וזאת בתום החודש החמישי להריונה של האם הנושאת.<sup>86</sup>

ב. ההודעה תכלול פרטים שנקבעו בתקנות, ולאחר ההודעה יערוך פקיד סעד פגישות היכרות עם כל הצדדים לפני תאריך הלידה המשוער.<sup>87</sup>

ג. מיד עם הלידה ולא יאוחר מ-24 שעות לאחר מכן, יודיעו ההורים המיועדים או האם הנושאת לפקיד הסעד על לידת הילד.<sup>88</sup>

#### 3.ב. התמשכות התהליך

א. עם יציאת הילד לאוויר העולם, מתחילות תלאותיו. למשל, אם הילד נולד עם מום חיצוני

”אלא שעדיין נותר לברר למה כיוון המחוקק בהסמיכו את הוועדה לאשר בנוסף לתשלומים המפורטים בסעיף גם, ”(או) כל פיצוי סביר אחר”, מהו אותו פיצוי סביר אחר? האם לא נפתח הפתח לתשלום עוקף את האיסור ברישא של הסעיף? ולא זו אף זו, במה שונה החזר ההוצאות (המותר) לפונדקאית מתשלום עבור שתל להשתלה או רקמה (האסור)?”

אין בחוק הוראה בדבר משך הזמן שעל הוועדה להחליט בבקשה. כך שיכול התהליך להתארך יתר על המידה, דבר שעלול לטרפד את הצעת ההסכם בהיותה באיבה, בשל שינוי אפשרי במצב האם הנושאת בגלל נישואין, נסיעה, וכיוצא באלה, שלא היה מפריע לו הייתה כבר בהיריון בחודשים הראשונים המאפשרים לה פעילויות מסוימות ללא סיכון להיריון.

אין בחוק מנגנון של ערעור על החלטת וועדת האישורים, פרט לאפשרות לפניה חוזרת אם וכאשר חל שינוי מהותי בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה, וכל עוד לא הושגה הביצית המופרית באם הנושאת (סעיף 5(ג) לחוק).

היעדר אפשרות ערעור, לא זו בלבד שהוא פוגע בזכויות יסוד, אלא שהוא מעצים את כוח הוועדה באופן שהצדדים, ולו בשל עובדה זאת, יסכימו בליט ברירה לשינוי בתנאים שהוצעו על ידיהם ויסכימו לתנאים בהם תחייבם הוועדה. יש קושי בעובדה כי המוצא האחרון בהיעדר הסכמתם, הוא פניה לבית המשפט לענייני משפחה או עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, הכרוכות בהוצאות ניכרות, ואולי בפרסום מיותר, כשברקע ”פרשת נחמני” או ”מקרה” לימודי בפקולטה למשפטים.

אין בחוק ובתקנות הוראות בדבר נוהלי העבודה של הוועדה וההופעה בפניה.

84 שם, עמ' 118.

85 סעיף 9(א) לחוק.

86 סעיף 9 לחוק.

87 תקנה 4 לתקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (הודעות, בקשות וצווים), התשנ"ח-1998, ק"ת 5912, 23 ביולי 1998.

88 סעיף 9(ב) לחוק.

3.1.d. תביעה נגד הצדדים או מי מהם

הבעיה יכולה להתעורר גם אם אין צורך בפעולה נוספת כפי שהצגה לעיל, אלא בעילת תביעה על "הולדה בעוולה". התביעה תתכן נגד רופא, טכנאי או אחרים, ויכול שתהיה נגד ההורים.<sup>89</sup> מכאן כי פיצול בין המשמורן לבין האפוטרופוס עלול לגרום נזק לתינוק, להורים המיועדים ולפקיד הסעד, ואולי אף לאם הנושאת, שהרי באין צו הורות עשוי בית המשפט לפסוק כי לאותה שעה היא אם היילוד.

ייתכן שניתן לפתור חלק מהבעיות, המתעוררות מרגע ההפריה החוץ-גופית ועד ללידה, במסגרת ההסכם. סעיף 6 בחוק מתייחס לאפשרות זאת, אך בעקיפין בלבד, וזה בעניין אישור וועדת האישורים ביחס לתשלומים והוצאות.

ספק אם ניתן לבנות פוליסת ביטוח כיסוי לרשלנות של צדדים אחרים בהם האם הנושאת, להבדיל מביטוח רשלנות מקצועית של רופאים מטפלים. נושא הביטוח עלה בדיוני וועדת העבודה והרווחה<sup>90</sup>, אולם הוא לא פורט בחוק ובתקנות.

אין צורך להדגיש כי שאלת האחריות לעובר וליילוד היא שאלה נכבדה, שהצדדים להסכם צריכים להיות ערים לה, או לקבל ייעוץ משפטי בטרם חתימה על ההסכם בדבר חובת הזהירות כלפיו, כפי שמסביר ש' ילינק בספר.<sup>83</sup>

<sup>89</sup> ש' ילינק, "הולדה בעוולה" אשלי הוצאה לאור, 1997: "העילה יכול שתצמח ממצבים שונים, החל מייעוץ רשלני טרם ההריון, שבעטיו לא נמנעה האם מכניסה להריון, לאחר שלא דווח לה כראוי על הסכמה שתביא ילד פגום, דרך השתלת עובר פגום בתהליך של הפריה חוץ גופית ועד רשלנות אחר העיבור, אם הרופא אינו מפנה תשומת לב האם כי היא נושאת עובר בעל מום, אם אינו מגלה זאת בעצמו במסגרת בדיקות, או אם אינו מפנה תשומת לב כראוי לסכנה אפשרית כזו עקב מחלה. מעשה הרשלנות עצמו, יכול שנעשה בעת ההריון ויכול שהתרחש טרם ההריון או אף זמן ניכר קודם לכן, והוא מתאפיין בכך שלא גרם ישירות להיווצרות המום עצמו אשר היה נוצר גם לולא מעשה הרשלנות." (שם, בע' 34).

<sup>90</sup> מושב חמישי 23.1.95, בע' 8594.

או פנימי, עלולים ההורים המיועדים לא לרצות להודיע על לידתו או לא לקבלו למשמורתם, או אז יתחיל המסע הקשה עד שיוחלט על גורלו.

ב. התהליך, מן הלידה ועד למתן צו הורות, עשוי אמנם להיות קצר, אם הכול תקין ומתנהל כצפוי, אך יכול להיות ארוך וקשה גם בגלל תקלה כלשהי, כגון הודעת האם הנושאת כי רצונה להחזיק ביילוד, והצורך בהליכים משפטיים בעקבות כך.

3.g. משמורת ואפוטרופוסות

סעיף 10 לחוק מפריד בין משמורת על הילוד לאפוטרופוסות עליו. ס"ק 10(א) קובע כי המשמורת על הילד מרגע לידתו תהא של ההורים המיועדים, ועליהם יחולו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדם, ס"ק 10(ב) קובע את פקיד סעד כאפוטרופוס הבלעדי של הילד עד למתן צו הורות.

תוצאת הפיצול עלולה להיות בעייתית. במקרה בו הילד נולד במום, וההורים המיועדים טרם החליטו אם לבקש צו הורות או לזנוח את הילד, מצד אחד הם אחראים לו כמשמורן ולכל עניין כספי שיתעורר, אולם ההחלטה ביחס אליו אינה בידם אלא בידי פקיד הסעד.

אם, לדוגמא מתעורר צורך להטיס את היילוד לחו"ל, לניתוח שאין בישראל מומחה לעשייתו, פקיד הסעד כאפוטרופוס הוא המחליט על הצורך בניתוח בחו"ל, אולם המשמורן עלול שלא להסכים לפעולה ו/או למימון את ההוצאות הכרוכות. כתוצאה מן המחלוקת עלול להיגרם נזק לילד, ומי ישא בתוצאות?

התארכות בשל סיבה אחרת תגרם במקרה בו האם הנושאת תבקש לחזור בה מההסכם<sup>96</sup>, ובית המשפט ידון בבקשתה לאפטרופסות על הילד.

אין בחוק או בתקנות קביעת מועד לאפשרות זאת. אם ההורים המיועדים או האם הנושאת אינם מגישים בקשה לצו הורות, מוטלת חובה זאת על פקיד הסעד. המועד להגשתה הוא **"בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-21 יום מיום לידת הילד"**, ואליה יש לצרף תסקיר.<sup>97</sup>

פועל יוצא מן האמור הוא, שמתחילה תקופה בלתי מסוימת בהליך של קביעת האפטרופוס או קביעת הורים לילד, שכן לבקשת צו הורות של ההורים המיועדים יכול להתנגד פקיד הסעד<sup>98</sup>, לבקשת פקיד הסעד המשיבים יהיו ההורים המיועדים<sup>99</sup>, ובבקשת אם נושאת לחזור בה מההסכם יהיו המשיבים ההורים המיועדים ופקיד סעד ראשי, ובית המשפט ימציא העתק ליועץ המשפטי לממשלה.<sup>100</sup>

פרופסור קורין אלדי<sup>101</sup> מתריע בפני אפשרות של מסירה פיזית של הילוד באמצעות הפונדקאית, דבר שעלול, לדבריו, לסכל את ההסכם, ומציע לוותר על אקט זה ולהסתפק בבקשת צו ההורות.

#### 4. חזרת אם נושאת מההסכם

##### (1) אפשרות החזרה

החוק מאפשר לאם הנושאת לחזור בה מההסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד<sup>102</sup> (להלן: **"החזרה"**). החזרה מותנית בהסכמת בית המשפט, שידון בעניין לאחר קבלת תסקיר פקיד סעד, ויוכח כי חל שינוי

פרופסור קורין אלדי<sup>91</sup> מציין כי החוק החדש מתעלם ממעמד האב כהורה טבעי של היילוד. לדבריו, ראוי להבחין בין צו הורות דקלרטיבי המצהיר על אבהות טבעית של האב ואמהות טבעית של האם הגנטית, לבין צו הורות קונסטיטוטיובי היוצר את סטאטוס האמהות של האם המזמינה והאב הביולוגי של הילד.

החוק מטיל על פקיד סעד, שנבחר על ידי פקיד הסעד הראשי, תפקיד כביכול זמני – עד למתן צו הורות, שיכול להיות קצר – עניין של ימים – שכן סעיף 11 לחוק קובע שההורים המיועדים יגישו בקשה לצו הורות תוך 7 ימים מיום הלידה. אם אין בעיה, סביר שתוך ימים ספורים ינתן הצו. אולם אם בית המשפט נוכח שיש צורך בבדיקת הבקשה, ולשם כך עליו לקבל תסקיר פקיד סעד, עלול העניין להתמשך לתקופה בלתי ידועה. כלומר שגם כאשר ההורים המיועדים מגישים את הבקשה לצו הורות, עדיין ייתכן ויהא צורך בדיון ובדיקה אם מתן הצו נוגד את טובת הילד.<sup>92</sup>

היה ובית המשפט מגיע למסקנה כי אינו יכול ליתן צו הורות<sup>93</sup>, והאם הנושאת אינה דורשת אפטרופסות על הילד, כי אז רשאי בית המשפט **"לקבוע בצו כל הוראה אחרת בדבר מעמד הילד כפי שימצא לנכון"** בנסיבות העניין.<sup>94</sup> פתרון אפשרות זאת ייתכן במסגרת דיני האימוץ, אולם אין ספק שפעולה כזאת תצריך דרישה ודיון. הואיל ועל החלטת בית המשפט למשפחה ניתן לערער, התוצאה עלולה להיות התמשכות הזמן עד לקביעת מעמדו של הילד.<sup>95</sup>

91 מ' קורין אלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל - הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים תשנ"ו-1996 דו"ח ועדת אלונגי" המשפט ג, (תשנ"ו) 68.  
92 סעיף 11 לחוק.  
93 סעיף 11(ב) לחוק.  
94 סעיף 14(ב) לחוק.  
95 לעיל ה"ש 91, קורין אלדי, שם עמ' 68.

96 סעיף 14(א) לחוק.  
97 תקנה 12(א).  
98 סעיף 11 לחוק.  
99 תקנה 12.ב.  
100 תקנה 13.  
101 לעיל ה"ש 91, קורין אלדי, שם, עמ' 69.  
102 סעיף 13 לחוק.

המוסרת ילד לאימוץ, שעל פי חוק האימוץ במדינת קליפורניה רשאית האם לחזור בה תוך תקופה הקבועה בחוק. כך גם תהיה הפונדקאית רשאית לחזור בה מהסכמתה למסור את הילד ל"אימוץ", תוך פרק זמן סביר לאחר הלידה<sup>106</sup>. בישראל, כאמור, החזרה מותנית ב"שינוי בנסיבות" שלא פורטו.

עם הזמן, מן הסתם תצאנה מתחת ידי בית המשפט העליון הלכות מדריכות לפתרון שאלות אלה.

## (2) קשיים הנובעים ממתן אפשרות החזרה שבסעיף

### 13 לחוק

א. הדילמה העקרונית בשאלת "החזרה" נדונה בוועדת אלוני. דעת הרוב קבעה כי אכן יש להכיר בזכות האם הנושאת לחזור בה ולסרב ולמסור את הילד, בכל מקרה, וללא צורך בהצדקה מיוחדת.<sup>107</sup>

ב. אפשרות "החזרה"<sup>108</sup> אינה מתייחסת ליסוד הזמן, דהיינו לפני הלידה או לאחריה, והשיקולים והתוצאות יכולים להיות שונים בשני המצבים.

במהלך ההיריון – שינוי נסיבות יכול להיות מצבה הגופני או הנפשי של האם הנושאת או כשיש סכנה לפגמים או מומים בעובר, והיא מבקשת לחזור בה תוך בקשה לביצוע הפלה. אפשרות כזאת לחזרה נראית כסבירה, ויכולה למנוע תביעות עתידיות. זאת כאשר האם הנושאת זכאית להפסיק את ההיריון במסגרת הדין החל על כל אישה אחרת.

ג. מהו שינוי בנסיבות, כאשר בוועדת אלוני דובר על "שינויים קיצוניים בנסיבות", אך החוק

בנסיבות שיש בו כדי להצדיק את החזרה, ואין בכך כדי לפגוע בטובת הילד. כאשר בית המשפט יקבע בצו את מעמד האם הנושאת כאם ואפטרופוס של הילד, יהא הוא ילדה לכל דבר ועניין.<sup>103</sup> באשר להורים המיועדים, רשאי בית המשפט "לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם ההורים המיועדים או עם אחד מהם".<sup>104</sup> משמע – ייתכן ובית המשפט יקבע הסדרי ראייה בין הילד ומי מההורים המיועדים, או הסדרים אחרים שיראה לנכון.

על פי החוק, שינוי בנסיבות יכול לאפשר לאם הנושאת לקבל את הילד ולהפוך לאימו לכל דבר ועניין, אולם אין החוק קובע קריטריונים, ואינו מונה מצבים המצדיקים שינוי זה. הנושא נותן בידי בית המשפט מרחב גדול לשיקול דעת, במסגרת הרחבה של "טובת הילד". הוראה זאת מאיימת על עצם מושג הפונדקאות. ייתכן שעם התפתחות הפסיקה בנושא זה תתגבשנה הלכות שתפרשנה את ההוראה על דרך הצמצום, ובית המשפט הוא שיגדיר מהו "שינוי נסיבות", בהן יותר לאם הנושאת לחזור בה. אם כאשר חל שינוי מהותי בהורים המיועדים ולא בה, דהיינו שינוי "במסוגלות ההורית" של ההורים המיועדים, או במות אחד מהם. וייתכן ובית המשפט לא יתיר חזרה כשסיבת השינוי הוא חרטה של האם הנושאת.

וכיצד ישקול בית המשפט מצב בו כתוצאה מהלידה או במהלכה היה צורך לכרות את רחמה של האם הנושאת, וחוות דעת רפואית קובעת כי היא לא תוכל ללדת בעתיד?

בן דרור, בספרו **אימוץ ופונדקאות**<sup>105</sup>, מביא את המלצת פרופסור קפרון, מומחה לרפואה ומשפט מאוניברסיטת דרום קליפורניה, שישב בראש וועדה שהמליצה להתייחס לפונדקאית כאל אם

103 סעיף 13(ג) לחוק.

104 שם.

105 לעיל ה"ש 51.

106 שם, עמ' 232.

107 דו"ח וועדת אלוני, שם, עמ' 48.

108 סעיף 13 לחוק.

(4) מעמד אישי וירושה

א. משלא ניתן צו הורות על פי ההסכם בין האם הנושאת להורים המיועדים, ומתקיימים הליכים משפטיים בין כל הצדדים המעורבים, נוצר מצב בו מעמד הילד והצדדים אינו ברור, והחוק אינו נותן מענה לשלבי הביניים.

במקרה וצד מן הצדדים נפטר, עולה השאלה מי יחשב כיוורשו.

ב. בחוק הירושה תשכ"ה-1965 נקבע כי גם מי שנולד 300 יום לאחר מות המוריש, דינו כדן מי שהיה בחיים במות המוריש,<sup>110</sup> וביחס לילד נקבע:

**"לעניין זכויות הירושה של ילד  
אין נפקא מינה אם בשעת לידתו  
היו הוריו נשואים זה לזה ואם  
לאו".<sup>111</sup>**

ג. אי הבהירות לגבי תקופת הביניים עד לקבלת צו הורות, יכולה ליצור בעיות שאין להן מענה. לדוגמא, מקרה בו האב המיועד מזכה בצוואתו בכל רכושו את הילד שייוולד בעקבות הסכם נשיאת העובר, עליו חתם. האב נפטר מיד לאחר הולדת הילד, והילד עצמו נפטר מספר ימים לאחר מכן. מי יורש את הילד? במצב זה הרי אין צורך בצו הורות לילד שנפטר. והשאלה תתעורר גם אם ניתן לקבל "צו הורות" דקלרטיבי שיצהיר מי היה אמור להיות הורה הילד. כלומר, עיונית יכול להיווצר מצב שבו יקבע שהאם הנושאת תירש את הילד והאם המיועדת תצא נקייה מכל עיזבון בעלה המנוח!

<sup>110</sup> סעיף 33 לחוק.

<sup>111</sup> סעיף 3ג' לחוק. על מנת להרחיב התקופה במקרה של הפריה חוץ גופית, הוגשה הצעת חוק הירושה (תיקון - ירושת מי שנולד מביצית מופרית), התשס"ז-2006, לפיה התקופה תוארך ל-660 יום. הצ"ח פרטית, ח"כ אורלב (1663/17פ).

נוקט בלשון רכה יותר והיא "שינוי בנסיבות", ואצל שני הצדדים. האם כאשר במהלך ההיריון חשה האם הנושאת רגשות אשם כלפי העובר, או כלפי ילדיה הקודמים או כלפי בעלה, במקרה בו אושרה אם נושאת נשואה, ואלה מתגברים לאחר הלידה, וחווות דעת פסיכיאטרית קובעת כי ספק אם היא תעמוד בהמשך ההיריון או הלידה.

וייתכן גם המקרה בו האם המיועדת נפטרה.

ד. ולאיסור פיצויי חזרה – אחת מדרישות הוועדה הייתה שיש לקבוע בהסכם כי הפונדקאית פטורה מתשלום פיצוי להורים המיועדים אם חזרה בה מהסכמתה למסור את הילד. מצב זה בו מנועים ההורים מלתבוע אותה, פותח פתח לסחטנות אפשרית של האם הפונדקאית.

(3) הליכים משפטיים

א. בחוק אין הוראה בכל הנוגע לערעור על החלטות וועדת האישורים, או על החלטות פקיד סעד בעניין סמכויותיו. והרי בחוק אימוץ ילדים, תשס"א-1981, ניתן לערור לפני וועדת ערר בראשות שופט בית משפט לענייני משפחה, שהחלטתה אינה ניתנת לערעור נוסף.

ב. סעיף 61(6) לחוק בית המשפט לענייני משפחה תשנ"ה-1995 קובע כי תובענה על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים נמצא בגדר "ענייני משפחה", ובית המשפט לענייני משפחה מוסמך לדון בו, אף טרם ההפריה. הפורום, בהיבט המהותי אכן מתאים, למרות שסכסוך בין אם נושאת לבין הורים מיועדים אינו סכסוך בין קרובי משפחה.<sup>109</sup>

<sup>109</sup> ראו בג"צ 8258/99 פלונית נ' שר הבריאות, תק-על 2001(1), 598 (12.1.00).

5.ב.האם

מהוראות סעיף 2(4) ברור שהאם הנושאת אינה יכולה להיות האם הביולוגית. לפיכך נותרו שתי אפשרויות: הביצית היא של האם המיועדת או שהביצית נתרמה על ידי אישה זרה. השאלה היא מי תחשב כאם היילוד עד למתן צו ההורות?

על פי ההלכה, לגרסת הרב ד"ר הלפרין,<sup>113</sup> צאצא הנולד לפונדקאית, אביו החוקי הוא בעלה של נותנת הביצית, ואמו החוקית היא הפונדקאית, למרות שאינה אמו הגנטית. פרופסור קוריןאלד<sup>114</sup> מציין כי האם הנושאת נרשמת לפי דיני מרשם האוכלוסין,<sup>115</sup> עם לידת הוולד, כאמו של הילד. יוצא אפוא, שעם הלידה, תירשם האם הנושאת כאמו של הילד, והיא תחשב כאמו לכל דבר ועניין עד למתן צו ההורות. מצב זה שונה מן האמור בסעיף 10ב לחוק, לפיו פקיד סעד הוא האפוטרופוס הבלוודי של הילד משעת לידתו ועד למתן צו ההורות, או עד קביעת מעמדו של הילד.

במצב זה, לעניין ירושה, יירש הילד את האם הנושאת אם זו נפטרה בתקופת הביניים, אולם טיפול משמעותי או החלטות גורליות ביחס אליו תיקענה על ידי פקיד הסעד – האפוטרופוס.

החוק אינו מציין מפורשות כי הוא מכוון לרווחת זוגות חשוכי ילדים בלבד. היה וזוג, שלו ילד אחד, ואינו יכול להביא ילד נוסף שלא באמצעות תהליך הפונדקאות, יעתור לבג"צ ויתקוף החלטת וועדה שדחתה את פנייתו, עשוי לזכות בסעד. **בפרשת משפחה חדשה**<sup>116</sup>, שהוזכר לעיל, הורה בג"צ למשרד הבריאות להקים וועדה שתבדוק אם ניתן להחיל את החוק גם על נשים רווקות. נציגת הפרקליטות

113 לעיל, ה"ש 13.

114 קוריןאלד, לעיל ה"ש 91, שם, עמ' 63.

115 חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, סעיף 6: הודעה על לידה, תקנות מרשם האוכלוסין (טפסים להודעות לידה ופטירה), התשל"ב - 1972.

116 ה"ש 2 לעיל.

פתרון אפשרי ייתכן בהסכם נוסף להסכם הפונדקאות, בו כל אחד יוסיף צוואה אישית בה תובהרנה בצורה מפורשת כוונותיהם ביחס לילד העתיד להיוולד. בדרך זאת, במקרה במדינת קליפורניה, נתבקשו ההורים המיועדים, לעדכן את צוואתם שתכלול את הילד שטרם נולד.<sup>112</sup>

ד. לא ברור אם חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים) תשנ"א-1991 יחול אם נושאת עוזבת את הארץ ויולדת את הילד במדינה זרה, בה שיטת המשפט שונה? האם "חטיפת" עובר נכנסת בגדר חוק אמנת האג?

סעיף 1 לחוק זה קובע את יעדיה של האמנה:

**"(א) להבטיח את החזרתם המיידית של ילדים, אשר לא כדון, הורחקו אל מדינה מתקשרת או לא הוחזרו ממנה".**

נראה כי תנאי להגשת תלונה לשם אכיפת חוק אמנת האג הוא מתן מידע על זהות המבקש. כן נקבע בסעיף 4 לפרק תחולת האמנה כי:

**"האמנה תחול על כל ילד אשר מקום מגוריו הרגיל היה במדינה מתקשרת סמוך לפני כל הפרה של זכויות משמרת או ביקור".**

נראה, על פי הפרשנות המקובלת, כי גם חוק זה מתייחס לילד שכבר נולד, ולא לעובר.

(5) זהות ההורים5.א. האב

התנאי לפונדקאות הוא כי הזרע יבוא מהאב, ההורה המיועד, לא מתעוררת שאלה זהות האב.

112 ש. סבן, **ילד מופלא**, (תרגום מאנגלית), ביתן הוצאה לאור תל אביב, 1977, 114.

### סיכום והצעות לשנויים בחוק

כפי שראינו לעיל, "חוק הפונדקאות" אכן הביר שיוני משמעותי לתחום כה שנוי במחלוקת ורגיש בעולם כולו, ולאז בעם היהודי בלבד. למיסוד הפונדקאות בחוק יש מטרה חשובה ביותר. עם זאת, החוק מותיר נושאים מספר ללא הוראות, והם "פתוחים" או "לקונות". נראה כי יש ואף ראוי להציע מספר תיקונים, ולקבוע הוראות ברורות בנושאים עליהם הצבענו בפרקים הקודמים, ובין היתר:

1. לב החוק הוא ההסכם בין האם הנושאת להורים המיועדים, ודווקא בנקודה זאת החוק אינו מפורש דיו. מן הראוי כי בתוספת לחוק או לתקנות תהא דוגמא הסכם "סטנדרטי", כדוגמת "תקנון מצוי" בחוק המקרקעין, בחוק העמותות, בחוק החברות ועוד, וכפי שהנושא הוסדר במדינת קליפורניה.

2. לאפשר לצדדים להסכם להיות מיוצגים בפני וועדת האישורים על ידי עורך דין. אמנם בפועל מופיעים עורכי דין בפני הוועדה, אולם יש לקבוע זאת בצורה פוזיטיבית. כמו כן רצוי להוסיף הוראה לפיה עורכי הדין רשאים לחקור את העדים המופיעים בפני וועדת האישורים, או לפחות לשאול שאלות הבהרה, כנהוג ביחס לעדים מומחים רפואיים על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.<sup>118</sup> או תקנה 258.ב. חוות דעת של מומחה בענייני משפחה.<sup>119</sup>

3. להכין טופס להצהרת הצדדים כי הודע להם על ידי הוועדה כי עליהם לטפל בנושא הירושה בתקופת הביניים, למשל על ידי צוואה לאותה תקופה, שתבוטל עם קבלת צו הורות.

118 ס"ח תשל"ה, עמ' 234.

119 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, ק"ת 4892, תשמ"ו, עמ' 403 – ק"ת 5031, תשמ"ז, עמ' 962.

טענה כי החוק נועד אכן לזוגות חשוכי ילדים בלבד.

שאלה נוספת שעשויה להתעורר היא מה קורה לאלמנה שבעלה נפטר לאחר הפריה חוץ גופית של זרעו ושל ביצית שלה, שהיו מיועדים להישתל ברחמה של פונדקאית מוסכמת, אחרי שנחתם הסכם פונדקאות? תקנות הפריה חוץ גופית מאפשרת לאלמנה שבעלה נפטר במהלך הטיפול להשתמש בעוברים המופרים המוקפאים וללדת את ילדו. האם בית המשפט יתיר זאת גם לאלמנה הקשורה בהסכם הפונדקאות?

הבעיות הנפשיות המתלוות לתהליך אינן זכות להתייחסות מספקת. זוגות שמגיעים למצב בו הם נזקקים לאם פונדקאית כדי להגשים את הורותם, גדושים בחוויות נפשיות קשות שנצטברו בשנות הנסיונות להביא ילד לעולם. בהגיעם להחלטה של הסתייעות בפונדקאות, ברוב המקרים, חוסנם הנפשי כבר דל, והם נזקקים לתמיכה נפשית רבה הן לקבלת ההחלטות והן לביצוען.

ד"ר הלפרין נגע בנושא המצב הנפשי של אם פונדקאית בדיון בוועדת אלוני. אולם לא דובר במצב הנפשי של ההורים המיועדים. מי יידע להמליץ מה סוג הקשר שאמור להתפתח בין הצדדים להסכם, ומי אמור לקבוע את עוצמת הקשר המומלצת. יש לשקול התערבות או ליווי לצדדים. בכתבה של רות קדוש מדובר על קשר מיוחד שנוצר בעקבות הסכם פונדקאות – "היא זו אני ואני זו היא, אנחנו גוף אחד".<sup>117</sup> המחברת מתארת קשר שנרקם בין אם הפונדקאית לאם המזמינה, קשר שלדבריהן הוא יותר אינטימי מקשר בין גבר לאישה, וכי הכסף אינו כל הסיפור.

בהקשר זה, יש להתייחס למחקרים שנעשו במדינת קליפורניה, ללמוד מניסיונם הרב, וליישם את מסקנותיהם.

117 מעריב נשים, ג' באב תשס"א 23.7.01.

4. לתקן את החוק באופן שתהא זכות ערעור על החלטות וועדת האישורים, קביעת סדרי דין מיוחדים לדיון דחוף, והוראות בדבר מועדים למתן החלטת הוועדה. כמו כן יש לקבוע בתקנות סדרי עבודה ברורים לוועדת האישורים.
5. לתקן את החוק באופן בו אם ההורים המיועדים אינם מקבלים את המשמורת על הילד עם לידתו, יוסמך פקיד הסעד לקבל את המשמורת, למנות אומנת או לבקש מבית המשפט מינוי משמורן זמני.
- אפשר לשקול אימוץ המצב המשפטי במדינת קליפורניה, בה מוציא בית המשפט צו הורות להורים המיועדים כבר בחודש השישי להריון של האם הנושאת. שינוי זה יפתור גם בעיות נוספות שעלולות להיווצר, כגון הצורך לפתרון בעיות רפואיות דחופות, בעיות ירושה ומעמד הילוד.
- מן הראוי להגביל את זכות האם הפונדקאית לחזור בה ולדרוש את הילוד, ולחילופין להוסיף "לשינוי נסיבות" את המילה "קיצוני", כפי שהוצע בוועדת אלוני, וכן לתת בידי בית המשפט שיקול דעת לפסוק להורים המיועדים פיצויים מטעמים מיוחדים.
6. הטיפול בעובר צריך להיות מוסדר בחוק ואין להותירו כנושא למשא ומתן בין הצדדים, דבר שעלול לגרום למתח מיותר בין הצדדים עוד טרם הפריית הביצית.
7. ראוי לשקול תיקון סעיף 6 לחוק המדבר על החזר הוצאות ממשיות בלבד לאם הנושאת. יש לאפשר לוועדה לאשר בצורה מפורשת תשלום לאם הנושאת, לפיצוי על אובדן ימי עבודה ופגיעה בפרנסה בתקופת ההיריון, ובתקופת החלמה שלאחר הלידה. וכבר הסיפא של סעיף 6 לחוק מאפשר לוועדה לאשר "כל פיצוי סביר אחר", אלא שדיבור זה עמום.