

## תוכן עניינים

1.	מבוא.....	3
2.	הרקע ההיסטורי לחקיקת חוק הפונדקאות והתפתחויות שלאחר חקיקתו בעניין זכאותם לפונדקאות של זוגות חד מיניים.....	5
3.	קהילה הומו-לסבית בישראל – בין היסטוריה לסוציולוגיה.....	8
4.	הומוסקסואליות כזהות – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושינוי הגישה מסובלנות לכבוד.....	13
5.	זוגות חד מיניים וסוגיית הפונדקאות במשפט האמריקאי.....	18
6.	סיכום.....	23

## 1. מבוא

ביום 27.02.2020 ניתן פסק דין חלקי בבג"ץ 781/15 **איתי ארד-פנקס ואח' נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ואח'**<sup>1</sup>, שבו קבע בית המשפט העליון (מפי הנשיאה, כב' השופטת חיות) כי הוראות הסדר הפונדקאות שקיים היום בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996<sup>2</sup>, שמונעות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו המין את הגישה אליו – **אינו חוקתיות**. וזאת לאור העובדה שהן פוגעות פגיעה בלתי מידתית בזכות לשוויון ובזכות להורות של קבוצות אלה.

לפיכך, נדרשו המשיבות בעתירה (הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים והכנסת) להגיש לבית המשפט העליון הודעה מטעמן עד ליום 1.3.2021 ובה לעדכן האם הפגמים החוקתיים שבהם לוקה הסדר הפונדקאות הקיים תוקנו באמצעות הסדר אחר – שיויוני והולם.

פסק דין חדש זה של בית המשפט העליון מייחד שתי סוגיות חשובות ומורכבות, אשר בהן דן המשפט הישראלי משך עשרות שנים: זכות להורות בדרך של פונדקאות וזכות לשוויון של הלהט"בים.

החל משנות ה-70 של המאה ה-20 אפשר הפיתוח הטכנולוגי בתחום הרפואה לבצע הפריה חוץ גופנית. כתוצאה מכך התאפשרה **פונדקאות** – כאשר אישה נושאת ברחמה עובר שאין לה כל קשר גנטי אליו, והיא עתידה למסור את התינוק שייוולד להוריו הביולוגיים אשר תרמו תאי רבייה במסגרת התהליך.

יש לציין כי ישראל היא המידה הראשונה בעולם המערבי שהסדירה את הנושא של הפונדקאות בחקיקה ראשית. וזאת עוד בשנת 1996 כשנחקק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996. החוק קובע הסדר של מתן היתר ל"הורים מיועדים" (שהיום הם גבר ואישה שהם בני זוג וכן אישה בלא בן זוג) להתקשר באמצעות הסכם עם "אם נושאת" לצורך פונדקאות בדרך של השתלת ביצית מופרית.

כפי שמציינת קארין כרמית יפת במאמרה<sup>3</sup>, ישראלי היום הפכה ל"מעצמת פריון"<sup>4</sup>, כאשר המשפט הישראלי נותן גושפנקה לטכניקות הולדה מלאכותיות שעד היום אסורות במדינות העולם רבות, כגון תרומת ביציות ועוברים, הקפאת עוברים והפריה של יותר מביצית אחת ללא חובה להחזיר לרחם את כל הביציות המופרות במחזור טיפול אחד, אבחון טרום השרשתי, ובחירת מין העובר בתנאים מוגדרים. ישראל היא המדינה הראשונה בעולם שהכשירה אימהות על דרך של פונדקאות מנגד האידיאולוגיה הגלובלית השוררת עד היום שלפיה כמעט כל המדינות בעולם אוסרות פרקטיקה של נשיאת עוברים. גם לעומת המדינות שהחקיקה שלהם מאפשרת פונדקאות, המשפט הישראלי נחשב ליוצא דופן לאור הליברליות שלו בנושא זה<sup>5</sup>.

בניגוד להתקדמות וליברליות מרחיקות לכת בנושא הפונדקאות, הנושא השני – זכויות של הלהט"בים בכלל וזכויות של זוגות חד מיניים בפרט – עשה כברת דרך ארוכה מאוד, החל מביטול בשנת 1988 של

<sup>1</sup> בג"ץ 781/15 **איתי ארד-פנקס ואח' נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ואח'** (פורסם בנבו, 27.2.2020).

<sup>2</sup> ס"ח, 1577, 17.3.1996.

<sup>3</sup> קארין כרמית יפת, **בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי**, משפטים מח תשע"ט.

<sup>4</sup> שם, בעמ' 536.

<sup>5</sup> שם, בעמ' 537.

## **2. הרקע ההיסטורי לחקיקת חוק הפונדקאות והתפתחויות שלאחר חקיקת בעניין זכאותם לפונדקאות של זוגות חד מיניים**

כאמור, תחום הפונדקאות בישראל הוסדר בחקיקה ראשית עוד בשנת 1996 בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996<sup>6</sup>, והוא קבע פרוצדורה של מתן היתר ל"הורים מיועדים" (גבר ואישה) להתקשר באמצעות הסכם עם "אם נושאת" לצורך פונדקאות בדרך של השתלת ביצית מופרית.

כפי שנאמר בדברי הסבר להצעת החוק<sup>7</sup>, טכנולוגיות מתקדמות בטיפול בבעיות פוריות בדרך של הפריה חוץ גופנית אפשרו, בין היתר, להביא ילדים לעולם בדרך של פונדקאות, כאשר האם הנושאת המוכנה להתעבר ולשאת ברחמה הריון את העובר ממטען הגנטי של ההורים המיועדים, ועם הלידה למסור להם את התינוק. עוד צוין בדברי ההסבר כי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופנית), התשמ"ו-1987, שהותקנו מכוח פקודת בריאות העם, 1940, אסרו על ביצעו של הסכם לנשיאת עוברים בישראל. תקנות אלה עוררו ספקות רבות בכל הנוגע לחוקיותן, ועל כן בשנת 1991 מונתה על ידי שר משפטים ושר הבריאות ועדה ציבורית-מקצועית בראשותו של שופט בית המשפט המחוזי בדימוס שאול אלוני, במטרה לבחון את סוגיית הפונדקאות על כל היבטיה.

בסיום עבודתה, ביולי 1994, הוועדה הגישה המלצותיה, לפיהן יש להסדיר את סוגיית ההסכמים לנשיאת עוברים בחקיקה ראשית, אשרת תתיר עריכת הסכמים כאלה באופן מבוקר. כשנה לאחר מכן, ביום 17.07.1995 ניתן פסק דין של בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 5087/94 זברו ואח' נ' שר הבריאות ואח'<sup>8</sup> בעתירה שהוגשה על ידי כמה זוגות שביקשו להתקשר בהסכמי פונדקאות, אך לא יכלו לעשות זאת בגלל התקנות הקיימות, בו נקבע:

"בשלב זה של הדיון מקובל על המשיבים, שר הבריאות ומנכ"ל משרד הבריאות, כפי שעמדתם הוצגה בפנינו על ידי נציגת פרקליטות המדינה, עוה"ד מנדל, שההוראות נשוא התקנות הללו מקומן בחקיקה ראשית, ולא בתקנות שהותקנו מכוח חוק בריאות העם.

על כן, מסכימה המדינה, שתקנות אלה יבוטלו. אולם, בקשת המדינה היא שהביטול לא ייכנס לתוקפו אלא בתום 6 חודשים, שבמהלכם תקודם חקיקה ראשית בסוגיה רגישה, מורכבת וקשה זו שהתקנות הנ"ל התכוונו ליתן לה מענה".

אשר על כן, במרס 1996 נחקק חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות"), וזאת מתוך שאיפה ליתן מענה למצוקתן של מספר קטן של נשים שלא מסוגלות להביא ילדים לעולם בעצמן מחמת בעיות רפואיות. כפי שמצינות נופר ליפקין ואתי סממה במאמרן<sup>9</sup>, חוק הפונדקאות נחקק כחוק שמיועד למקרי קצה של בעיות פוריות, תוך מודעות

<sup>6</sup> ס"ה, 1577, 17.3.1996.

<sup>7</sup> ה"ה 2456, 6.12.1995.

<sup>8</sup> בבג"ץ 5087/94 זברו ואח' נ' שר הבריאות ואח' (פורסם בנבו 17.7.95).

<sup>9</sup> נופר ליפקין ואתי סממה, ממעשה הראוי למוצר-מדף: נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל, משפט וממשל טו, תשע"ג.