

"מה שרצה הטבע": ביקורת קווירית על חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד**היילוד), התשנ"ו-1996****מבוא**

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכמים מעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק הפונדקאות**) מגדיר את תחום הפונדקאות בישראל. אפשרויות מימוש הזכות להורות באמצעים חלופיים, ובכללם הליכי הפונדקאות, מהווים סוגייה אקטואלית שנדונה רבות בעת האחרונה בשל הקשיים המוצבים בפני קהילות רבות בניסיון לממש את זכותם.

מחקר זה יעסוק בשאלה כיצד רואה הביקורת הקווירית את ההתייחסות לזכות להורות בחוק הפונדקאות? במסגרתו אציג את הזכות להורות, הרקע לחוק הפונדקאות והמצב הנורמטיבי כיום בישראל. לאחר-מכן, אעבור לסקירת התיאוריה הקווירית ויישומה על הזכות להורות ביחס לחוק ואציע הצעה לתיקונו.

א. הורות והזכות להורות**הורות:**

הורות נתפשת כחלק מרכזי בחיי בני האדם, ובעיני רבים אף נתפשת כמהות ומטרת חייהם. אילולא היא, לא יגיעו להגשמה עצמית. האינטרס בהורות טומן בחובו חשיבות רבה הן בעבור הפרט והן בעבור החברה בכללותה, אשר המשך קיומה תלוי בהתרחבותה ובשימורה.¹

הכמיהה להיות הורה מהווה תופעה טבעית הנובעת, בין היתר, מתוך רצונו של האדם להמשיך את מטענו הגנטי, שם משפחתו ומורשתו.² כמיהה זו קדומה כסיפורי התנ"ך ומתועדת עוד מתקופת אבותינו הקדומים, כמו בסיפוריהן של שרה ורחל אימהותינו ("הבה לי בנים, ואם לא מתה אנכי").³

מקובל לחשוב שהשקיקה לילדים אופיינית בעיקר בקרב נשים, משום שאלו נחשבו כבעלות הרגש המוגבר ומפני שהקשר בין נשיות לאימהות נחשב לעיתים כברור מאיליו. עם-זאת, אנו יכולים לראות, הן בעת החדשה והן בעידן הפוסט-מודרני, כי החלה התרחקות מהגדרות אלו, והפנמה לכך שגברים ונשים אינם נכנסים להגדרות כה דיכוטומיות וחד משמעיות. על-כן, כפי שישנן נשים שבחרו שלא לנהל חיי משפחה, כך הופנמה גם ההבנה כי ישנם גברים שהכמיהה בהם להורות דומה לזו שנתפשה כנחלת הנשים.⁴

הזכות להורות בחקיקה ובפסיקה:

הזכות להורות אינה מעוגנת בחקיקה, אך הוכרה בפסיקה כזכות בעלת מעמד חוקתי.⁵ אכן, ניתן לומר כי ישנה הכרה מסוימת, בעקיפין, של המחוקק בזכות זו, עקב הענקת סיוע מדינתי במימון אמצעים

¹ דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, בעמ' 696 (1996) (להלן: עניין נחמני).

² דפנה אורן-מגידור "הכמיהה לילדים באנגליה בעת החדשה המוקדמת" זמנים 80, 78, 139 (2018) (להלן: אורן-מגידור "הכמיהה לילדים באנגליה").

³ בראשית, ל' 1.

⁴ אורן-מגידור "הכמיהה לילדים באנגליה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 82; יובל כדורי-אלטמן "גם אני רוצה להיות אבא" ידיעות אחרונות – חדשות 07.03.2012. <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4199149,00.html>

⁵ עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 736-737.

טכנולוגיים שנועדו לאפשר את הגשמת הזכות (כדוגמת הפריה חוץ גופית וטיפולי פוריות). ברם, מעמדה של הזכות במשפט הישראלי אינו נזקף לזכות המחוקק.⁶

בחינה של ההסדרים הקבועים בחקיקה ביחס להורות, תחשוף את גישתו של המחוקק אל מול זו של בתי-המשפט בפסיקותיו. מערכת המשפט בישראל מבחינה, דה-פקטו, בין שלוש דרכים ליצירת הורות לעניין ההכרה בזכות: הורות ביולוגית טבעית, הורות מלאכותית-פיזיולוגית (תוך שימוש באמצעים טכנולוגיים חיצוניים המאפשרים הורות טבעית כדוגמת הפריה חוץ גופית) והורות משפטית (יצירת סטטוס משפטי במנותק מהזיקה הביולוגית).⁷ הורות טבעית נוצרת על-ידי הריון ספונטני, אשר נחשב למצב הקלאסי, ובעיני המחוקק אינו נתפש כחלק מענייניה של המדינה. לכן, לרוב לא נבחין בהתערבות המחוקק בשלבי ההריון הטבעי וקימו, זאת משיקולים של מוסריות, שמירה על האוטונומיה של הפרט והגנה על הזכות לפרטיות.⁸ מנגד, עומדים סוגי ההורות האחרים אשר במסגרתם כן ניתן להבחין באסדרת המחוקק שמגדיר את התערבות הרשויות. הדבר נובע מכך שהמדינה וצדדים שלישיים מעורבים מבחינה משפטית ולעיתים גם תקציבית, בעצם קיום ההריון או יצירת הסטטוס המשפטי. למעשה, ככל שמדובר בהורות שאינה הורות טבעית, יתערב המחוקק ויישאלו שאלות ביחס לטובת הילד וכשירות ההורים המיועדים, כחלק מההליכים הנדרשים לאישור הפעולות המקימות את ההורות (לדוגמה, בחינת כשירותו של זוג חד-מיני לאימוץ).⁹

מצידו השני של המתרס, עומד בית-המשפט אשר הכיר בזכות להורות כזכות חוקתית ולא רק בעקיפין, על-ידי חקיקה ממנה הזכות משתמעת, אלא באופן חד-משמעי.¹⁰ בית-המשפט העליון הסביר, בנימוקי פסיקותיו, כי הזכות להורות נולדה ממקורות חוקתיים שונים כאשר היו שטענו כי זכות זו מהווה זכות יסוד עצמאית, בעוד אחרים טענו כי מדובר בזכות משלימה לזכות יסוד אחרת, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בחלופה של שלושה נתיבים: כחלק מהזכות לחירות, מהזכות לאוטונומיה של הפרט ומהזכות לפרטיות).¹¹ זכויות היסוד הן זכויות הטבועות באדם מיום היוולדו, כלומר שהזכות להורות היא זכות טבעית מולדת בכל אדם, כאינדיבידואל, ומימושה אינו תלוי בבן זוג נוסף בכדי שתתקיים.¹² הזכות קובעת כי זכותו של כל אדם להיות הורה – כלומר, להביא ילדים לעולם בכל דרך שהיא, לגדלם ולחנכם על-פי ערכיו ורצונותיו.¹³

ככלל, הזכות להורות היא זכות פוזיטיבית המטילה חובה על המדינה ליתן סיוע במימושה לכל אדם באשר הוא, שאינו יכול לעשות כן בכוחות עצמו.¹⁴ עם-זאת, כפי שעולה ממאמרה של רות זפרן, בהתחשב במצב הנוכחי של הסיוע מטעם המדינה ומיחסה לזכות להורות, הרי שהזכות להורות היא

⁶ רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" משפטים על אתר ח 1, 4 (תשע"ה) (להלן: רות זפרן "הזכות להורות בישראל").

⁷ "הזכות למשפחה" (חוות דעת של עו"ד חגית ברסטל-גינת, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר – אילן, 12.02.2005) (להלן: חגית ברסטל-גינת "הזכות למשפחה").

⁸ רות זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 6, בעמ' 7.

⁹ חגית ברסטל-גינת "הזכות למשפחה", לעיל ה"ש 7, בעמ' 2; ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, נט(5) 64, בעמ' 17-18 (2005).

¹⁰ רות זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 6, בעמ' 3.

¹¹ שם.

¹² שם, בעמ' 12; עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 682.

¹³ בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, בפס' 5-2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו 24.3.2009).

¹⁴ עניין נחמני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 790.

למעשה שילוב בין זכות נגטיבית שאין להפריע במימושה, לבין זכות פוזיטיבית.¹⁵ לכן, על המדינה מוטלת החובה לא למנוע גישה לשימוש באמצעים טכנולוגיים להולדה ואף ליתן סיוע במידת מה במימון השימוש באמצעים אלו.

ב. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996

מהי פונדקאות?

פונדקאות היא נשיאת עובר על-ידי אישה עד לשלב הלידה, בעבור ההורים המיועדים, ומסירתו להם לאחר לידתו. ככלל, ישנם שני סוגים של פונדקאות: פונדקאות מלאה במהלכה מושתלת ביצית של אישה אחת בגופה של אישה אחרת (האם הנושאת) ופונדקאות חלקית בה האישה הנושאת תורמת ביצית בנוסף לנשיאת ההיריון.

הפנייה להליכי פונדקאות נעשית על-ידי זוגות הטרוסקסואליים בהם האישה סובלת מבעיה רפואית מסוימת (נפשית או גופנית) אשר אינה מאפשרת לה להרות (כדוגמת המקרה בפרשת נחמני בו רחמה של האישה הוצא מסיבות רפואיות, דבר שמנע ממנה לשאת הריון בגופה). בנוסף לכך, גם זוגות חד-מיניים מבקשים להביא ילד לעולם באמצעות הליך פונדקאות הכולל תרומת חומר גנטי, משום שמבחינה ביולוגית אינם יכולים לעשות זאת בכוחות עצמם.

שיטה זו להולדת ילדים ספגה ועודנה סופגת ביקורות רבות בארץ ובעולם, שכן יש הטוענים כי עולה ממנה קושי מוסרי משום שלדידם, מדובר למעשה בסחר באיברים, בתינוקות ובניצול של בני אדם. דוגמה בולטת לביקורת מעין זו ניתן לראות בסרטה הדוקומנטרי של הבמאית ציפי ברנד-פרנק אשר שוטח את סיפורם של זוג הומוסקסואליים, העומדים בלב פרשת מוט-מגד.¹⁶ הזוג הגה רעיון להקמת 'חוות פונדקאות' בהודו, אשר בבסיסו כרוך למעשה בניצול מצבן הנפשי והכלכלי של נשים אלו למען הוזלת ההליך לעומת מדינות אחרות.

פונדקאות בישראל:

שיטות ההולדה החדישות, שנועדו ליתן מענה לבעיות פוריות וקשיי הולדה, תפסו תאוצה בישראל במהלך שנות ה-80. בתקופה זו, מדינות רבות טרם חוקקו חוקים המסדירים את השימוש בשיטות אלו בכלל, ובפרט את השימוש בפונדקאות בעוד, מדינות אחרות אסרו כליל על פונדקאות מסחרית.¹⁷ הדין הנוהג בישראל בכל הקשור לפונדקאות והפריה חוץ גופית נקבע באותם שנים על-פי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987 שהותקנו מכוח פקודת בריאות העם, 1940.¹⁸ תקנות אלו הטילו איסור גורף על השתלה של ביציות מופרות ברחמה של אם נושאת.¹⁹

¹⁵ רות זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 6, בעמ' 10-11.

¹⁶ *Google Baby* (HBO, 2009); בג"ץ 566/11 *ממט מגד נ' משרד הפנים*, בעמ' 41 (פורסם בנבו, 28.01.2014).

¹⁷ הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריה וההולדה בישראל *דו"ח הוועדה* 53 (2012) (להלן: דו"ח ועדת מור-יוסף).

¹⁸ דברי הסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ה"ח 260, 259 (להלן: דברי הסבר להצעת חוק הפונדקאות).

¹⁹ עניין *נחמני*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 707.

בשנת 1991, בשל ספקות שעלו בנוגע לחוקיות וסבירות התקנות, הוקמה ועדה ציבורית-מקצועית בראשות שופט בית-המשפט המחוזי בדימוס, שאול אלוני (להלן: ועדת אלוני).²⁰ מטרתה של ועדה זו הייתה לבחון את סוגיית הפונדקאות על כל גווניה והיבטיה. בשנת 1994, במסגרת פרשת זברו, במקביל להסכמת המדינה, קבע בית-המשפט העליון כי התקנות יבוטלו, ובמקומן תקום חקיקה ראשית.²¹ ועדת אלוני הגישה את המלצותיה ונחקק חוק הפונדקאות בשנת 1996.²²

הרציונל המנחה בקביעת החוק, במתכונתו דאז ואף היום, הוא ליתן מענה למקרי קצה רפואיים של נשים שאינן יכולות לשאת הריון, למרות טיפולי פוריות כאשר פתרון הפונדקאות מהווה מוצאן האחרון להבאת ילד ביולוגי לעולם.²³ בנוסף, כשהובא החוק להצבעה בכנסת לקריאה שנייה ושלישית, הובהר כי שיטת ההולדה באמצעות פונדקאות נועדה לשמש כפתרון למקרים מצומצמים וקיצוניים בלבד, וכי אין כוונה לגרום לפתיחתו של שוק מסחרי שינצל היתר זה.²⁴

תחילה, החוק התיר לבני זוג הטרוסקסואליים בלבד לממש את זכותם הטבעית להורות באמצעות הליך פונדקאות מסחרית בישראל, והכל תוך הקפדה על שמירת קשר גנטי בין הילד לאחד ההורים לפחות (בכדי למנוע 'ייצור' ילדים לאימוץ), הגנה על זכויות הילד והאם הנושאת ושימת דגש על עקרונות הלכתיים כמו מניעת מקרים של ממזרות.²⁵ עם-זאת, חוק הפונדקאות הותקף בבג"ץ במספר מקרים שונים על-ידי אותן קבוצות אנשים אשר לא נכללו תחת ההגדרה של 'הורים מיועדים' על-פי החוק, בטענה לפגיעה בזכותם הטבעית להורות, לחוסר שוויון ולאפליה אסורה.²⁶

בשנת 2010 מונתה ועדה ציבורית-מקצועית בראשותו של פרופ' מור-יוסף (להלן: ועדת מור-יוסף), על מנת לבחון את ההסדרה החקיקתית בעניין פריון והולדה בישראל. במסגרת העניינים שנדונו, בחנה הועדה, בין היתר, אפשרות להסיר את מגבלת ה'הורים המיועדים' שהוגדרה בחוק, ולפתוח את הליכי הפונדקאות לסוגים נוספים של תאים משפחתיים – נשים יחידות, גברים יחידים וזוגות הומוסקסואליים.²⁷ ועדת מור-יוסף שקלה במסגרת הדיון את השלכות הרחבת היקף הדרישה לפונדקאות כתוצאה משינוי החוק ואת ההשפעות הצפויות על השוק ועל האישה. לבסוף, החליטה הועדה כי ההרחבה הבלעדית עליה תמליץ היא החלת החוק גם על נשים יחידות, להן ליקוי רפואי בגינו אינן מסוגלות לשאת הריון, אך כן יכולות להפיק ביצית תקינה להפריה מזרעו של תורם.²⁸ החלטת הועדה נשענה על שיקולים מוסריים במטרה להתחשב באישה הנושאת והמעמסה הנפשית שהיא חווה, וכן למנוע מצב של הגברת הביקוש בשוק הפונדקאות אשר יהפוך את ההליך לנחלתם של

²⁰ דברי הסבר להצעת חוק הפונדקאות, לעיל ה"ש 18, 259.

²¹ בג"ץ 5087/94 זברו נ' ד"ר אפרים סנה – שר הבריאות, פס" 3 לפסק דינו של השופט ד' לוי (פורסם בנבו, 17.07.1995).

²² חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות).

²³ דברי הסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, ה"ח 1150.

²⁴ דו"ח ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 17, בעמ' 54.

²⁵ ס' 2(2) וס' 5(א)(א1)(א) לחוק הפונדקאות.

²⁶ בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז (1) 419, בעמ' 442-443 (2002); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, בפס" 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ס' גיוראן (פורסם בנבו, 03.08.2017).

²⁷ דו"ח ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 17, בעמ' 51.

²⁸ שם, בעמ' 62.

עשירים בלבד או לחלופין, יביא להקלה בקריטריונים של אם נושאת.²⁹ בשנת 2018 תוקן חוק הפונדקאות והמלצותיה של ועדת מור־יוסף אכן נקלטו בתיקון.³⁰ על־כן גברים יחידים, נשים שאינן יכולות להפיק ביצית תקינה וזוגות הומוסקסואליים אינם רשאים לבצע הליך פונדקאות מסחרית במדינת ישראל.³¹

פתרונות נפוצים:

התאים המשפחתיים אשר אינם נופלים בגבולות חוק הפונדקאות נאלצים לפנות לדרכי התמודדות אחרים, אידיאליים ונוחים פחות מזו שנמנעת מהם בגבולות מדינתם. למעשה, חוק הפונדקאות לא מונע מהם פונדקאות מסחרית גרידא, אלא אף לא מתייחס לפונדקאות אלטרואיסטית, כלומר התנדבותית. בית־המשפט העליון קבע תחת סוגיה זו כי מכלל ההן נלמד הלאו – היינו, אין פונדקאות אלטרואיסטית בישראל עד למועד בו המחוקק יכריע אחרת.³²

בכדי לממש את זכותם להורות, זוגות ויחידים אלו נאלצים לפנות להליכים כדוגמת אימוץ, פונדקאות בחוץ־לארץ (כפי שפעלו הזוג בפרשת ממט־מגד), הורות משותפת ואחרים.³³ כלל אלטרנטיבות אלו כרוכות בווייתורים, עלויות כלכליות, ומכשולים משפטיים רבים בניסיון לקבל הכרה בהורות.³⁴ לא אפרט בעבודה זו על הקשיים והחסרונות האמורים, עם־זאת, אציין כי בשל אלו, ברי כי החלופות האמורות לא מעמידות את התאים המשפחתיים ש'קופחו' בנקודה שווה, ככל שנוגע למימוש זכותם הטבעית להורות אשר לה 'זכו' אלו שכן נפלו בגבולות חוק הפונדקאות.

ג. התיאוריה הקווירית

קווים לדמותה:

ראשית התפתחות התיאוריה מצויה בלימודים ההומו־לסביים שהחלו במהומות סטנוול בשנת 1969, אז עלתה תנועת ה-'Gay Liberation' ששענה על מודלים חברתיים רדיקליים וביקשה לקעקע את מבני הכוח ההטרוסקסיסטיים בחברה, תוך ביטול תפקידי המין ופירוק מוסד המשפחה המסורתית הדכאני.³⁵ בשנת 1990 נעשה לראשונה שימוש במונח 'התיאוריה הקווירית' בכדי לאפשר התרחקות ביקורתית ופריצת גבולות השיח האידיאולוגי שסבב את נושא הלימודים ההומו־לסביים. למונח 'קוויר' אין הגדרה חד־משמעית וברורה, שכן מדובר במונח המתפקד, במכוון, באופן ובמשמעויות שונות תחת הקשרים שונים.³⁶

²⁹ שם, בעמ' 57.

³⁰ ס'1 וס'2 לחוק הפונדקאות.

³¹ רות זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 6, בעמ' 16.

³² בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, בפס' נב' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.09.2014).

³³ איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "יילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395, 406 (2016).

³⁴ שם, בעמ' 420-426.

³⁵ אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו־לסביים ותיאוריה קווירית 9, 10 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003) (להלן: אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה").

³⁶ שם, בעמ' 22.

התיאוריה הקווירית היא תיאוריה מגוונת הנוגעת ומשפיעה על תחומים רבים. מרכז רעיון התיאוריה הוא לקרוא תיגר על הסדר החברתי הקיים ועל הגישות הפמיניסטיות אשר ביקשו להצביע על טבעיות הקישור בין מין-מגדר-מיניות,³⁷ זאת על-ידי דקונסטרוקציה של מבנה השיח בחברה.³⁸ למעשה, התיאוריה רואה בחלוקות הנתפשות כטבעיות לכאורה – גבר/אישה, הטרוסקסואליות/הומוסקסואליות – כחלוקות פוליטיות גרידא מהן על החברה להתנער. כלומר, רעיון הזהות הקווירית הוא רעיון אנטי-זהותי הנאבק במונחי הזהות השונים בעקבות הפונקציה הדכאנית הטמונה בהם וההדרה וההגבלה שהם מאפשרים. דה־פקטו, מהתיאוריה הקווירית נגזרת פוליטיקה המבקשת לערער את רעיון ה'נורמליות' בחברה ולהימנע ולהתרחק מההבחנות המתבססות על נטיות מיניות וזהות מגדרית בהן אוחזים פרטים, זאת מבלי להתעלם ממוקדי השוני ביניהם.³⁹ אימוץ פוליטיקה זו תאפשר לייצר דיכוטומיה בעניינים בהן היא נדרשת, על בסיס שיקולים רלוונטיים ולגיטימיים אשר אינם כרוכים בהדרה ואפליה פסולה.

גישת התיאוריה ביחס לזכות להורות במסגרת חוק הפונדקאות:

הדוגלים בתיאוריה הקווירית, מזווית ראייה ביקורתית, יטענו כי אין לאפשר הבחנה מגדרית ביחס ליכולת לממש את הזכות להורות בכל דרך. אלו יוסיפו כי למרות ששיקולי ועדת מוריוסף על פניהם נחזים כמשכנעים, התוצאה אליה הגיעה הוועדה, וההכרעה הערכית של הכנסת אשר קיבלה ביטויה גם בתיקון החוק, מציגה העדפה כלפי נשים המתבססת על הבחנה מגדרית תוך הדרתם הגורפת של גברים. יתרה-מכך, העדפה זו אף סותרת את עקרון השוויון החוקתי המבקש טיפול שווה ולא מפלה בכל קבוצות האוכלוסייה ובכלל זאת דורש החלה שווה של חוקי המדינה וזכויות האדם.⁴⁰

לדידם, הפרדה גסה זו אינה מותירה מקום למצבים של נזילות מינית ומגדרית. חוק הפונדקאות מאפשר רק לסוג מסוים של תאים משפחתיים לממש את זכותם להורות ומהווה ביטוי בוטה להדרה והגבלה המבוססת על פונקציה מגדרית. כך לדוגמה, החוק לא נותן מענה למצב בו אדם אשר נולד כגבר אך מזדהה מבחינה מגדרית כאישה, ואף שינה את מינו, מבקש לבצע הליך פונדקאות ולהיות הורה. במקרה כדוגמת זה, ברי כי אכן אין לאותו פרט אפשרות להפיק ביצית פורייה, ולשאת הריון, כפי שהגדירה הוועדה, ואף יש שיגידו כי מדובר בלקות רפואית. האם נשלול מאדם את זכותו להורות ביולוגית אשר כן מתאפשרת לקבוצות אוכלוסייה אחרות? מדוע הוועדה מבקשת לייחד את החוק למגדר מסוים ולהדיר אחר?

הגישה הביקורתית תטען כי אין מקום להתייחסות מגדרית במשפט בכלל, ובחקיקה בפרט. כפי שהמחוקק לא קבע במפורש הכרה בזכות הטבעית להורות, אך גם לא סתר אותה לאחר שבית-המשפט הכיר בה, וכפי שמצא לנכון שלא להתערב בהריון ובהורות טבעית הרי שאין זה ממקומו לקבוע ולהבחין בין סוגים שונים של תאים משפחתיים ככל שנוגע למימוש הזכות באמצעים טכנולוגיים. כאשר בחר המחוקק להתערב באסדרת אמצעים אלו, ולהתיר פונדקאות היה עליו להקפיד שלא ליתן

³⁷ צבי טריגר "תיאוריות פמיניסטיות וזכויות להט"ביות" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 81, 114-115 (2016); אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 12.

³⁸ שם, בעמ' 24.

³⁹ שם, בעמ' 23.

⁴⁰ מיכל טמיר יצחקי "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה(א) 94, 109 (התש"ס-התשס"א).

יחס להבחנה מגדרית בעת קביעת הקריטריונים לזכאות למימוש הזכות להורות באופן זה, כפי שעשה בפועל.

זו תוסיף לטעון כי התוצאה המעשית של החוק, בכפוף לרקע על בסיסו נחקק, ושל ההגבלה שהטילה הועדה, ואיתה המחוקק, היא הפוכה מזו שהתכוונה אליה.⁴¹ האפשרות לממש את הזכות להורות של הקבוצות שהודרו מהחוק, באמצעות פונדקאות, הפכה לנחלתם של עשירים בלבד, בשל העלויות הגבוהות הכרוכות בביצוע ההליך בחו"ל, ולאחר-מכן בהליכים המשפטיים להכרה בהורות בארץ.

בעת שהתיר המחוקק פונדקאות בישראל, היה עליו לעשות זאת תוך פיקוח קפדני שימנע ניצול האימהות הנושאות וללא מדרג מגדרי. לכן, התומכים בתיאוריה הקווירית יטענו כי על המחוקק לתקן את החוק, כך שהן הרקע העומד בבסיסו והן קביעת הקריטריונים לזכאות למימוש הזכות להורות באמצעות פונדקאות ישונו ויתבססו על מדדים רלוונטיים כדוגמת יכולת כלכלית למימון ההליך בחו"ל או כמות הילדים הביולוגיים בתא משפחתי מסוים.

ד. סיכום

עבודה זו בחנה את יחסה של התיאוריה הקווירית ביחס לזכות להורות כפי שהיא מתבטאת בחוק הפונדקאות. תחילה הוצגה הורות, הזכות להורות ומעמדה הנורמטיבי כיום בישראל, לאחר-מכן נסקר חוק הפונדקאות והרקע לחקיקתו כחוק אשר נועד ליתן מענה לנשים בעלות לקות רפואית קיצונית בגינה הן לא יכולות לשאת הריון. לבסוף, הוגדרה התיאוריה הקווירית והשקפתה על חוק הפונדקאות והרקע לחקיקתו כשולל זכות זו מקבוצת תאים משפחתיים מסוימים.

על-כן, התיאוריה הקווירית גורסת כי אין לאפשר הבחנה, הגבלה והדרה המתבססת על שיקולי מין, מגדר ומיניות. אך למעשה, החוק מאפשר הדרה מעין זו בדיוק, אשר עטופה בשיקולים הנחזים לשוויוניים, הוגנים וצודקים מבחינה חלוקתית, כאשר בפועל אין זה המצב. בעת בה בחר המחוקק להתערב בהגבלת הגישה לאמצעים טכנולוגיים להולדה היה עליו לאפשר את מימושה של הזכות להורות ללא התייחסות לשוני מגדרי.

⁴¹ דו"ח ועדת מור-יוסף, לעיל הי"ש 19, בעמ' 57.

ביבליוגרפיה

פסיקה :

- בג"ץ 781/15 ארז-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 03.08.2017).
- בג"ץ 5087/94 זברו נ' ד"ר אפרים סנה – שר הבריאות (פורסם בנבו, 17.07.1995).
- בג"ץ 566/11 ממת מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.01.2014).
- בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.09.2014).
- בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז (1) 419 (2002).
- בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (פורסם בנבו 24.3.2009).
- דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).
- ע"א 10280/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, נט(5) 64 (2005).

חקיקה :

- חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176.

דברי הסבר לחקיקה :

- דברי הסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ה"ח 260.
- דברי הסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1996, ה"ח 1150.

מאמרים :

- דפנה אורן-מגידור "הכמיהה לילדים באנגליה בעת החדשה המוקדמת" זמנים 78 139 (2018).
- איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395 (2016).
- הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל דו"ח הוועדה (2012).
- רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" משפטים על אתר ח 1 (תשע"ה).
- מיכל טמיר יצחקי "הזכות לשוויון של הומוסקסואליים ולסביות" הפרקליט מה(א) 94 (התש"ס-התשס"א).

– צבי טריגר "תיאוריות פמיניסטיות וזכויות להט"ביות" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 81 (2016).

ספרים:

– אייל גרוס ועמליה זיו "בין תיאוריה לפוליטיקה: לימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית" מעבר למיניות – מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ובתיאוריה קווירית 9 (יאיר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2003).

חוות דעת:

– "הזכות למשפחה" (חוות דעת של עו"ד חגית ברסטל-גינת, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר – אילן, 12.02.2005)

מקורות המשפט העברי:

– בראשית, ל' 1.

אור קולי:

– Google Baby (HBO, 2009).

עיתונות:

– יובל כדורי-אלטמן "גם אני רוצה להיות אבא" ידיעות אחרונות – חדשות 07.03.2012
<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4199149,00.html>