

ההגנה האתית על הפונדקאית – אתיקה, חוק והלכה

מאת

הרב יובל שרלו

פונדקאות היא אחת הסוגיות האתיות המורכבות ביותר הקיימות באתיקה הרפואית. מחד גיסא, מדובר בטכנולוגיה המאפשרת לבני זוג לממש את הרצון הקמאי להעמיד להם צאצאים. מאידך גיסא, ישנם שיקולים רבים ומגוונים לעמדה הגורסת, שאין לאפשר עריכת הסכמים בדבר נשיאת עוברים מטעמים אלה: (1) הפונדקאות היא למעשה השכרת גופה של האם הנושאת תמורת כסף וזוהי "עבדות" מהסוג הבעייתי ביותר מכיוון שאי-אפשר להתפטר ממנה ובשל העובדה שאין ממנה מנוח; (2) ההתייחסות אל הפונדקאית כאל חפץ והרצון לנתק בדרך כלל את היחסים עמה לאחר מכן; (3) הפונדקאית מסתכנת באיבוד רחמה בשעה שאין היא יולדת למען עצמה; (4) יש לראות בפונדקאות היבטים מסוימים של ביגמיה ואם מדובר באם נושאת שהיא עצמה נשואה, אפשר לראות זאת גם כ"ביגמיה הפוכה"; (5) זכותו של הילד לדעת מי נשאה אותו ברחמה עלולה להיפגע; (6) מדובר בהבאת ילד לעולם, כשמראש נשללת אפשרות ההנקה; (7) אפשר שילדיה של הפונדקאית חווים חוויה קשה בשעה שהם רואים את רחם אמם משרתת אחרים, ועוד ועוד. ככל שאלה אתית מדובר בדילמה, ונימוקים אתיים כבדי משקל קיימים משני צדי המטבע. לפיכך עומדות בפני החברה אפשרויות מגוונות של התייחסות לסוגיה רגישה זו. האפשרות בה בחרה מדינת ישראל בחרה בה, היא לחוקק חוק ייחודי אשר יסדיר עריכת הסכמים בדבר נשיאת עוברים. החוק מתיר את הפונדקאות, אך מגביל אותה בהגבלות מסוימות. מאמר זה עוסק בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים בישראל ועל הכחול והלבן בכללי הפונדקאות בישראל.

א. מבוא

ב. חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)

ב. 1. ההגנה על האם הנושאת

ב. 2. כללי וועדת הפונדקאות

ג. הביקורת על כללי הוועדה

ד. ההצדקה של כללי הוועדה

ה. שקלול הטיעונים לגבי כלליה של הוועדה

ו. על הכחול והלבן בכללי הפונדקאות בישראל

ז. סקירת הנושאים השונים שנידונו על ידי פוסקי ההלכה בעניין הפונדקאות

ח. סוף דבר

א. מבוא

פונדקאות היא אחת הסוגיות האתיות המורכבות ביותר הקיימות באתיקה הרפואית: מחד גיסא, מדובר בטכנולוגיה המאפשרת לבני זוג לממש את הרצון הקמאי להעמיד להם צאצאים. כמיהה לפרי בטן מקובלת במקורות רבים המתארים תחושות סובייקטיביות למהות החיים, ורחל אמנו אף טוענת שאין טעם לחייה בלא שתלד ילדים. בדבריה ליעקב היא אומרת: "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי" (בראשית ל, א). מדובר ברצון עמוק להביא לעולם ילד, שהוא המשך גנטי של ההורים, המעניק את התחושה העמוקה שהוא חלק מהם. מאידך גיסא, ישנם שיקולים רבים ומגוונים לעמדה הגורסת, שאין לאפשר עריכת הסכמים בדבר נשיאת עוברים מטעמים אלה: (1) הפונדקאות היא למעשה השכרת גופה של האם הנושאת תמורת כסף וזוהי "עבדות" מהסוג הבעייתי ביותר מכיוון שאי-אפשר להתפטר ממנה ובשל העובדה שאין ממנה מנוח; (2) ההתייחסות אל הפונדקאית כאל חפץ והרצון לנתק בדרך כלל את היחסים עמה לאחר מכן; (3) הפונדקאית מסתכנת באיבוד רחמה בשעה שאין היא יולדת למען עצמה; (4) יש לראות בפונדקאות היבטים מסוימים של ביגמיה ואם מדובר באם נושאת שהיא עצמה נשואה, אפשר לראות זאת גם כ"ביגמיה הפוכה"; (5) זכותו של הילד לדעת מי נשאה אותו ברחמה עלולה להיפגע; (6) מדובר בהבאת ילד לעולם, כשמראש נשללת אפשרות ההנקה; (7) אפשר שילדיה של הפונדקאית חווים חוויה קשה בשעה שהם רואים את רחם אמם משרתת אחרים, ועוד ועוד.²

¹ הרב יובל שרלו הינו ראש ישיבת ההסדר "אורות שאול" בפתח תקווה. יובל שרלו הינו חבר בוועדות אתיות שונות, ביניהן ועדת הלסינקי העליונה וועדת הפונדקאות, ומכהן כראש הדסק לאתיקה ודתות במרכז לאתיקה בירושלים. חיבר ספרים ומאמרים רבים בנושאי יהדות.

תודתי העמוקה לחברי פרוייקט "ביו-אתיקה כחול-לבן" כולם על הערותיהם המחכימות, המשולבות במאמר זה. אני מבקש להודות לכולם, ובאופן מיוחד ליחיאל בר אילן, לכרמל שלו, לגלי בן אור ולארנון קרן.

אפשר לקרוא את תמצות השיקולים השונים לגבי הפונדקאות בחלק שכתבה השופטת טובה שטרסברג-כהן, בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו (1) 419, עמ' 20-32. בהמשך מאמר זה כל הפניה לפסק דין של בג"ץ הפונדקאות הוא להחלטה זו, אלא אם כן נכתב במפורש אחרת. על הרקע לעתירה ועל פסק הדין ראו להלן, הערה 25. על נימוקים נוספים השוללים את הפונדקאות ראו D. A. Frenkel, Legal regulation of Surrogate Motherhood in Israel, *Medicine and Law*, (2001):20(4) pp. 6005

² במאמר זה איני עוסק בסוגיית טובתו של הילד. לרקע המדעי של סוגיה זו ראו עדנה כצנלסון, "טובת הילד בהקשר של פונדקאות: השפעת הליכי פונדקאות על טובת הילד שנולד כתוצאה מהריון הפונדקאית ועל ילדיה של הפונדקאית", **אסיא** כא, ג-ד, עמ' 160153-160153 (תשס"ט) ראו גם בדו"ח הוועדה שמונתה לבחינת תיקון חוק הסכמי נשיאת העוברים בעקבות הבג"ץ, http://www.health.gov.il/Download/pages/insler_

ככל שאלה אתית מדובר בדילמה, ונימוקים אתיים כבדי משקל קיימים משני צדי המטבע. לפיכך עומדות בפני החברה אפשרויות מגוונות של התייחסות לסוגיה רגישה זו. אפשרות אחת היא לאסור לחלוטין את הפונדקאות בשל הליקויים האתיים העיקריים. ואכן, בחלק ממדינות העולם הפונדקאות אסורה על פי חוק³ אפשרות קיצונית הפוכה היא לא להתערב, כביטוי למדיניות שהמדינה אינה מתערבת בנושא ההולדה. ככל זוג המבקש ללדת ילדים ואינו זקוק לאישור השלטונות, כך גם הזוג הפונה לפונדקאות אינו זקוק לאישור כלשהו או לבחינה. אליבא דגישה זו, את מערכת היחסים בין בני הזוג ובין האם הנושאת אפשר להסדיר במסגרת דיני החוזים ואין צורך בהסדר חוקי מיוחד. האפשרות השלישית, שמדינת ישראל בחרה בה, היא לחוקק חוק ייחודי אשר יסדיר עריכת הסכמים בדבר נשיאת עוברים. החוק מתיר את הפונדקאות, אך מגביל אותה בהגבלות מסוימות.

internet.pdf, עמ' 108-.

³ תיאור המצב החוקי בעולם בחלוקה למדינות אפשר לראות ב- http://www.health.gov.il/Download/pages/insler_internet.pdf, עמ' 5. את העמדה השמרנית הבריטית אפשר לראות ב- Report of the committee of inquiry into Human Fertilization and Embryology, באתר http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf. ניתוח המחקר השוואתי ראו במאמר של דורית שפירא ויוסף שפירא, "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", התשנ"ו - 1996: המצוי והרצוי", **רפואה ומשפט** 36, (יוני 2007) עמ' 26-29.

Susan Markens, *Surrogate Motherhood and Politics of Reproduction*, University of California Press, Ltd. London, England, 2007

⁴ על פי החוק, רק "הורים מיועדים" יכולים לחתום על הסכם נשיאת עוברים. הגדרת "הורים מיועדים" היא "איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד". מדברי ועדת אלוני (שהוקמה במשרד המשפטים לצורך קביעת המלצות לחקיקה בתחום הפונדקאות) עולה, כי שלוש סיבות עיקריות הביאו לכך: הרצון לאפשר לילד הנוול לדעת מי אביו, הרצון שלא להגדיל את הסיכויים לנישואי קרובים ואפשר שגם הרצון לשמור על מבנה המשפחה היה ברקע. בבג"ץ 2458/01 (ראו הערה 22) בחורה רווקה שנכרת רחמה ובשל כך נבצר ממנה להרות (אך היו לה ביציות) עתרה נגד החוק בטענה, כי זה מקפח את זכותה. בהרכב של שבעה דיינים נדחתה העתירה. בה בעת פנה יו"ר ההרכב, השופט מיכאל חשין, למחוקק וביקש ממנו לבחון מחדש את עמדתו לגבי סעיף מקפח זה.

הוועדה החליטה ברוב דעות שלא להמליץ לעת עתה על שינוי החוק. את דו"ח הוועדה אפשר לקרוא ב- http://www.health.gov.il/Download/pages/insler_internet.pdf. ברם, במסקנותיה קבעה הוועדה, כי היא ממליצה לוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים "לשפר את ביצוע החוק בלא לשנותו, ואף להרחיב מעט את תחולתו על ידי תיקונים פורמאליים בנהלי העבודה של ועדת האישורים ועל ידי הרחבה מסוימת של מתחם שיקול דעתה".

מפני מה הוכרע בסופו של דבר להתיר את ההתקשרות בהסכמי נשיאת עוברים? הדבר תלוי כנראה בעיני המתבונן. מבחינה היסטורית, התמריץ העיקרי לחקיקת החוק היה עתירה שהוגשה על ידי 30 זוגות חשוכי ילדים, אשר טענו שבידם לאפשר להביא לעולם ילד באמצעות פונדקאות וכי תקנות בריאות העם הפריה חוץ-גופית, התשמ"ז-1987, אשר אסרו על כך הן מחוסרות סמכות (*ultra vires*). פרשה זו מכונה פרשת **זברו**: עתירה זו הביאה להקמת "ועדת אלוני", שעליה הוטל להמליץ בפני הכנסת כיצד לנהוג בנושא הפונדקאות⁵. לדעת כרמל שלו, "עקרון היסוד אשר הנחה את הוועדה (ועדת אלוני) בדיוניה היה הכבוד לזכותו של כל אדם לקבל החלטות אוטונומיות בעניינים אינטימיים של התעברות, הריון ולידה. זכות זו מוגנת חוקתית כזכות היסוד לפרטיות, כפי שכבר הוזכר לעיל"⁶. ברם, המעיין בדבריה של ועדת אלוני מתרשם, כי אפשר שהנימוקים להתיר הסכמי נשיאת עוברים היו אחרים ולא זו בלבד, אלא שפסק הדין של השופט חשין, אשר יובא בהמשך, יונק מהדגשים אחרים של הצדקה אתית, ובעיקר על התשוקה ללידה:

ימים רבים עברו מאז ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגה. אכן, בימינו ובמקומנו - שלא כבימי - קדם או כבמקומות אחרים בימינו - אין עוד מדובר במעמדה של אישה - א.ם במשפחה ובחברה - למיצער לא במיגזרים רחבים של החברה - אך שאיפת החי לקיום ולהישרדות ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגו. שרי, רחל ולא נדרשו - כל אחת מהן - לפונדקאות של ימי - קדם. בימינו לבשה הפונדקאות מחלצות אחרות, אך מעיינות תהום-רבה המזינים את הפונדקאות נותרו, בעיקרם, כשהיו (עמ' 6).

דבריו מלמדים, כי חובת החברה היא לאפשר את מימוש התשוקה לילד והיא הדוחה את הבעיות האתיות העומדות בשורש הפונדקאות. אעיר רק, כי אפשר שיהיה משקל לטיעון כי מכיוון שמומשה הזכות להורות על ידי יצירת ילד ראשון באמצעות פונדקאות, פקעה ההצדקה האתית לעריכת הסכמי פונדקאות לשם יצירת ילדים נוספים באותה דרך, שכן כבר אין מדובר בזוג "חשוך ילדים"⁸. דבריו של חשין (כמו חוק הסכמים לנשיאת עוברים) אינם

⁵ בג"ץ 5087/94 מיכל זברו נ' שר הבריאות. מראה מקום שלם

⁶ ראו דברי שר הבריאות סנה בהציגו את החוק לקריאה ראשונה, פרוטוקול ישיבת הכנסת שצ"ה מ-11.12.95, עמ' 34.

⁷ כרמל שלו, "הארות על דיון וחשבון הוועדה לבחינות הנושא של הפריה חוץ גופית", **המשפט ג**, עמ' 54 (1996).

⁸ נושא זה נידון פעמים רבות בוועדת הפונדקאות, ובעיקר סביב השאלה, האם להתיר

מבטלים את הבעיות האתיות, אלא מבקשים להתמודד אתן על ידי רגולציה מתערבת יותר.

אולם עדיין היתה האפשרות שלא לחוקק חוק מיוחד בנושא זה. אף על פי כן ישנן כמה סיבות חשובות להסדרת הפונדקאות בחקיקה ראשית: הסיבה הטכנית היא הצורך בהתערבותה של המדינה בתחום רישום הילד כבנה של האם המיועדת, על אף שהאם הנושאת היא שילדה אותו בפועל - רישום היכול להתבצע רק במסגרת חקיקה מתאימה. אך נראה, כי הסיבה העיקרית היא זו האתית: על החברה לקבוע את עמדתה בנושא אתי כה חשוב - עמדה שמעורבים בה שיקולים אתיים שונים אשר הוצגו בתחילת המאמר. גם החשש מפני אי-הוודאות העלולה ללוות את התהליך - כמו מתן שליטה מוחלטת לגבי עתיד הילד ומסירתו לפונדקאות והותרת ההורים במצב של נחיתות⁹ - חייב חקיקה ראשית. סיבה נוספת לכך היא החשש, שדיני החוזים לא ישמשו כלי כדבעי להסדרת הנושא, וסכסוכים רבים בנושא כה רגיש עשויים להגיע לבתי המשפט - עובדה העלולה להימשך זמן רב עד ליישובם.

ב. חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)

כבר מכותרת החוק אפשר ללמוד, כי ביסודו מדובר בחוק מצומצם יחסית. אין מדובר ב"חוק הפונדקאות" העוסק בכל ההיבטים של הפונדקאות, כי אם באישור הסכם הפונדקאות ובקביעת מעמד היילוד בלבד. אנו נראה בהמשך, כי קיימים שיקולים נוספים באישור ובדחייה של הסכמי נשיאת עוברים, כפי שהם באים לידי ביטוי בכללי הוועדה, ואלו, למשל, אינם מאוזכרים

הסכמי נשיאת עוברים ללידת ילד שלישי או רביעי? בישיבת הכנסת לקראת הקריאה השנייה והשלישית של החוק הגישה ח"כ תמר גוזינסקי הסתייגות, שנועדה להגביל את מספר ההסכמים אשר אישה תוכל לחתום כאם מיועדת, אולם הסתייגותה אינה מאוזכרת בנוסח הסופי של החוק. ראו דברי ימי הכנסת, ישיבת ת"ל, מ-7.3.96, עמ' 12; וכן דברי ח"כ נעמי חזן, בעמ' 121. יצוין, כי תוך כדי כתיבת מאמר זה התפרסם פסק דין של בג"ץ, שדן בסוגיית הילד הרביעי. פסק הדין לא שלל את סמכותה של הוועדה לשיקול את מספר הילדים של האם המיועדת, אולם קבע כי אין זה שיקול היכול לשמש שיקול סף, ואין זה שיקול מכריע: "לבסוף יש להדגיש כי אין אנו קובעים כי השיקול אותו שקלה הוועדה - מספר הילדים שיש לבני הזוג המבקשים להביא לעולם ילד נוסף - הוא שיקול זה. שיקול זה יכול בהחלט להוות שיקול רלבנטי, ועל כן נזכר הוא בכל השלבים שקדמו לחקיקת החוק (דו"ח ועדת אלוני, הצעת החוק ודברי ההסבר לה) ובהנחיות הפנימיות. ואולם, הפגם שנפל במקרה שלפנינו אינו בעצם הבאת שיקול זה בחשבון, אלא במשקל היתר שניתן לו (משקל מכריע, תוך התעלמות ממכלול הנתונים) ובשלב המוקדם בו נעשה הדבר (כמבחן סף)" (בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים.

תמצית הנימוקים לחקיקת החוק מאוזכרים במאמרם של דורית שפירא ויוסף שפירא, לעיל ה"ש 24.

בחוק. בחינת החוק כפי שהתקבל בכנסת מלמדת, כי סעיפים מסוימים בחוק נוסחו כדי להתמודד עם חלק מהבעיות האתיות - הסכם הפונדקאות חייב להיעשות מתוך רצון חופשי של כל הנוגעים בדבר; הוא מותנה בכך שאין חשש כי התהליך יפגום בבריאותה של האם הנושאת; אין לאשר הסכם אם יש בו פגיעה בזכויות הילד או בנוגעים בדבר; הנגישות לשימוש בטכנולוגיה זו הוגבלה רק למי שינה יכולה להרות בדרך אחרת, וזו אינה טכנולוגיית הולדה הפתוחה לכול; האם הנושאת חייבת להיות לא נשואה, אלא אם כן אין לזוג מועמדת אחרת להסכם נשיאת העוברים.¹⁰

מטבע הדברים, סעיפי החוק מתמודדים רק עם חלק מהבעיות האתיות בהצלחה. מובן מאליו, כי אין בהם מענה לאלה הרואים בהסכם הפונדקאות דבר פסול מכל היבטיו, בשל העדפתה של זכות ההורים המיועדים להורות על פני "ניצול" האישה הפונדקאית, אף שהדבר נעשה מרצונה החופשי; שכן אי-אפשר לדבר על רצון חופשי בשעה שאישה נזקקת לכסף וכדו'. ברם, גם חלק מאלה המקבלים ביסודו של דבר את החירות לבחור בפונדקאות - הן מצד בני הזוג הן מצד האישה המיועדת - מבקרים את העובדה שאין בחוק התמודדות ראויה יותר עם האתגרים האתיים¹¹ כפי שאראה להלן, גם הדיונים ההלכתיים הרבים אינם עוסקים בהיבטים האתיים של השאלה, אלא בעיקר בשאלות ש"בין אדם למקום", לאמור: האם מותר הדבר מצד מקומו של האדם בבריאה והאיסורים המגבילים את המדע? האם מותר הדבר מצד דיני עריות או שהדבר הוא פעולה אסורה, ואולי אף תוצאותיה חמורות כמעשה של גילוי עריות? ובעיקר - מה מעמדו ההלכתי של הילד הנולד? ולמי מבין הא. מהות יש לייחס אותו?¹²

לואקום המשפטי שנוצר נכנסה הוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים, הפועלת מכוחו של החוק¹³ הוועדה קבעה לעצמה כללים שונים לאישור

¹⁰ ראו להלן על ההצדקה לראות בכלל זה גם שיקול אתי.

¹¹ על הדילמה הפמיניסטית ראו אצל כרמל שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", **מעמד האשה בחברה ובמשפט** עמ' 532531-532531 (1995), ושם הפניה למאמרים נוספים בעניין. ראו גם ר' לוי הרץ, **בחינת הגישות הפמיניסטיות כלפי פונדקאות**, עבודת גמר לקראת תואר מוסמך במדעי החברה, אוניברסיטת תל אביב (2006).

¹² מאמרים הלכתיים רבים נכתבו בסוגיית הפונדקאות. על הדיון העקרוני מצד האתיקה המדעית וגבולות היצירה של האדם ראו מאמרים שונים בקובץ: "שיבוט גנטי" תשס"ד, בעיקר בעמ' 4710-. על השאלות הנוגעות להיתר הפונדקאות ולאיסורה משיקולים הלכתיים, כמו גם לגבי ייחוס הילד, ראו קובץ מאמרים בדברי הכינוס הבינלאומי השני לרפואה, אתיקה והלכה, עמ' 340-79 (1996). על רקע ריבוי הדיונים בשאלה זו בולטת העובדה של היעדר מוחלט של הדיון בהיבטים האתיים של הסוגיה הנידונים במאמר זה. הידרשות לעובדה זו ראו במאמרה של רונית עיר שי, פרו ורבו ומלאו את הארץ: בין שיח הגמוני לשיח חתרני בפסיקה ההלכתית בנושא הפרייון, דעות עמ' 31-40 (תשס"ז).

¹³ בכל המאמרים המשפטיים העוסקים בשאלת הפונדקאות, כמו גם בכל המאמרים הדנים

הסכמי נשיאת עוברים, שאינם מאוזכרים בחוק עצמו וחלקם הגדול נובע מתפיסתם האתית של חברי הוועדה. בחלק מכללים אלה אפשר לטעון כי הוועדה מפרשת את החוק,¹⁴ אך את חלקם קשה לראות כפרשנות לחוק. במאמר זה אדון בחלק העיקרי של רשימת הכללים - אלה שנועדו להגן על האם הנושאת (הפונדקאית). אציג בתחילה את הכללים עצמם ואת היסודות האתיים העומדים בבסיסם. לאחר מכן אדון בביקורת על כללים אלה מכיוונים שונים. בחלקים האחרים של המאמר אציין את העובדה, כי למיטב ידיעתי לא התקיים דיון הלכתי בשאלות האתיות הנוגעות להגנה על הפונדקאית, על אף שנושא הפונדקאות עלה בדיונים הלכתיים רבים. הפרק האחרון של המאמר ידון בהשערות השונות בדבר הסיבות שהשיח האתי בנושא זה כמעט שאינו קיים בתוככי שיח ההלכתי.

אני מבקש להדגיש, כי המאמר הוא קומה שנייה לאחר הדיון על עצם היחס לפונדקאות. הוא יוצא מנקודת הנחה, כי החברה בישראל הכריעה באמצעות הכנסת הפונדקאות מותרת ואף רצויה בהיקפים מסוימים, ויחסה אל הפונדקאות בכללה הוא יחס חיובי, אך מוגבל. איני מתכוון להתפלמס עם עובדה זו, אלא לקבל את העמדה הזו כנתון ולדון במאמר זה על כלליה של פונדקאות זו. בשאלת היחס העקרוני לפונדקאות אעסוק שוב רק בעת הדיון על הספרות הרבנית בנושא הפונדקאות.

ב. 1. ההגנה על האם הנושאת

ניתוח סעיפי החוק מלמד, כי קיימות בו הגנות מסוימות מסיבות אתיות על הפונדקאית. אמנה את הסעיפים שאפשר לראות בהן הגנה מעין זו, תוך הדגשת העובדה כי אפשר גם להעמיד באמצעות נימוקים אחרים את קיומם של סעיפים אלה. בחלק זה של המאמר אדון בהצדקה האתית בלבד, והביקורת על כך תובא בהמשך המאמר:

(3) האם הנושאת -

(א) אינה נשואה, ואולם רשאית ועדת האישורים לאשר התקשרות עם אם נושאת שהיא אשה נשואה, אם הוכח להנחת דעתה

בעמדת ההלכה, לא מצאתי הידרשות לשאלה, מה בדיוק צריכה הוועדה לשקול מעבר לסוגיית ההסכם עצמו וההסכמה מדעת? הגדרת משימתה מאוזכרת בדברי ההסבר לחוק שיובאו להלן בעמוד 3, אולם לא זו בלבד שאין בהם קביעה מוחלטת, אלא שהדברים לא נכללו בנוסח החוק. ראו גם מאמרו של מיכאל קורינאלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל - הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלונגי", המשפט (שם), עמ' 7063.

¹⁴ כגון קביעת גיל מקסימום (39) לאם הנושאת והגבלת האם הנושאת לארבע לידות בלבד. וראו לעיל, ה"ש 8.

כי לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושאת שאינה נשואה.

הסיבה העיקרית להגבלתו של הסכם נשיאת עוברים לנשים רווקות בלבד היתה הסיבה ההלכתית. בכל הפרוטוקולים של ישיבות הכנסת עולה נושא זה כנושא העיקרי מסיבות דתיות¹⁵ אולם עצם העובדה שבשעת הדחק אפשר לערוך הסכם נשיאת עוברים עם אישה נשואה והדבר לא נדחה לחלוטין על ידי חברי הכנסת הדתיים מלמד, כי עמדת ההלכה בעניין זה אינה עמדה מוחלטת, אף שחלק מפוסקי ההלכה אסרו זאת¹⁶ אדגיש, כי כל הטיעונים שהובאו בידי התומכים במתן אישור לאישה נשואה לשמש אם נושאת סבבו סביב ההגנה האתית הניתנת לאישה נשואה הן מכוח העובדה שבדרך כלל היא כבר ילדה ומבינה את משמעות ההיריון והלידה הן בשל התמיכה המשפחתית שהיא תזכה לה. ההתנגדות העיקרית היא, כאמור, התנגדות הלכתית. ברם, על הסיבות ההלכתיות יש להוסיף גם סיבות אתיות, ובעיקר הידרשות לחיי המשפחה של הפונדקאית. ברית הנישואין או הזוגיות שבינה ובין בן זוגה עלולה להיות מופרת בשעה שהיא נושאת ברחמה "ילדים לייצוא", והחוק הקיים הוא פשרה בין עמדות שונות¹⁷ אפשר גם לטעון, כי ההתעקשות על היותה לא-נשואה מחזקת את מעמד ההורים המיועדים, כיוון שהסיכוי להתחרט קטן יותר כאשר מדובר בזוגיות תומכת ויציבה.

הגבלה שנייה הנמצאת בסעיף זה:

(ב) אינה קרובת משפחה של אחד מן ההורים המיועדים.

ישנן סיבות הלכתיות ורפואיות לאיסור פונדקאות בקרובי משפחה. אולם יש לכך גם סיבה אתית: ההנחה היא, כי אם תותר פונדקאות בתוך המשפחה, יופעל לחץ על בנות המשפחה לשמש פונדקאיות לטובת אחיותיהן שלא זכו לפרי בטן, גם נגד רצונן ה"אמיתי"¹⁸ יש להדגיש, כי בנושאים אחרים אין אנו

¹⁵ המקום הבולט ביותר הוא דבריו של שר הבריאות, בעמ' 91: "אני רוצה לומר שאני התבססתי בכל הדברים על ועדת אלוני, למעט בעניין אחד והוא זהותה של האם הנושאת. בזהותה של האם הנושאת הלכתי על פי דעת המיעוט בוועדת אלוני מתוך רצון לא להגיע כאן לאיזושהי מלחמת דת חלילה עם הציבור הדתי".

¹⁶ בישיבת הוועדה ב-16.2.2011 נידונה שאלה עקרונית זו.

¹⁷ ההגנה על הפונדקאית היא פגיעה אפשרית ביילוד. ראו מאמרו של הלפרין, "אם פונדקאית", **רפואה ומשפט 6** (1992)

¹⁸ מעל עקרון הבחירה החופשית והאוטונומיה מרחפים דבריו של ישעיהו ברלין במסתו הידועה, **שני מושגים של חירות**. הוא מתריע במסתו זו בפני הניסיון החברתי לקבוע מהו "הרצון האמיתי" של האדם שאנו עומדים מולו. בד בבד אין להתכחש לעובדה, שהחברה מתערבת בעניינים שונים שלהם משמעות אתית רבה, גם אם הדברים סותרים את חופש הבחירה של הפרט. ראו דיון על כך במאמרו של נעם זהר, בן או בת? בחירה

מוצאים הגבלה זו, כגון במתן הלוואה או תרומת אבר לבן משפחה.

5. (א) נוכחה ועדת האישורים כי התקיימו כל התנאים המנויים בסעיף 2 רשאית היא, לאחר ששקלה את מכלול הנתונים העולים מחוות הדעת, המסמכים והדברים שהושמעו בפניה, לאשר את ההסכם לנשיאת עוברים, או לאשרו בתנאים, אם שוכנעה כי התקיימו כל אלה:
- (1) כל הצדדים עשו את ההסכם לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון חופשי ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו;
 - (2) לא קיים חשש לפגיעה בבריאות האם הנושאת או בשלום הילד שייוולד;
 - (3) לא נכללו בהסכם לנשיאת עוברים תנאים הפוגעים או המקפחים את זכויות הילד שייוולד או את זכויות אחד מהצדדים.

את סעיף 5 כולו אפשר לראות כהגנה אתית על האם הנושאת ולא רק עליה. ראשית, החובה כי ההסכם ייחתם בהסכמה ומרצון חופשי, כפי שמצוין בסעיף קטן 1, מתוך הבנת משמעותו של ההסכם ותוצאותיו. לפי סעיף קטן 2, הוועדה אמורה לוודא שהחווה לא יכלול הוראות העלולות לעורר חשש מפני פגיעה בבריאותה. יש לשים לב לעובדה, כי מעצם קיומו של החוק עולה שההריון עצמו אינו מוגדר בחוק כחשש מפני פגיעה בבריאות, שאם לא כן כל הסכם הפונדקאות היה אסור, על אף הסיכון המסוים הקיים בו. אמנם, לא ברור מסעיף זה מהו היקף המנדט שניתן לוועדה (לדוגמה: אם נושאת עם רקע סכרתי) לפסול הסכם בדבר נשיאת עוברים. סעיף קטן 3 אוסר אישור הסכם שיש בו קיפוח זכויות של מי מהצדדים, והדבר כולל כמובן גם את האם הנושאת. חשוב להדגיש, כי בסעיף 5 (א) המצוטט לעיל נאמר במפורש שהוועדה רשאית לאשר את ההסכם, אך אינה חייבת,¹⁹ וראו להלן.

6. ועדת האישורים רשאית לאשר תנאים בהסכם בדבר תשלומים חודשיים לאם הנושאת לכיסוי הוצאות ממשיות, הכרוכות בביצוע ההסכם, לרבות הוצאות עבור ייעוץ משפטי ודמי ביטוח, וכן לפיצוי על ביטול זמן, סבל, אובדן הכנסה או הפסד זמני של כושר השתכרות, או כל פיצוי סביר אחר.

גנטית, חירות הפרט והתערבות המדינה, עיון כרך נ"ו 243-258 (אפריל 2007).
¹⁹ ביקורת על היקף המנדט שניתן לוועדה ראו D. Honig, o. Nave, r. Adam, *Israeli Surrogacy Law in Practice*, *The Isr. J. Psychiatry*, (2), 118 (2000).

דומה, כי אין צורך לבאר את ההצדקה האתית לסעיף זה. בדיוני הוועדה עולה לא פעם, כי אפשר לראות כמעט בכל סעיפי החוק נושאים הקשורים להגנה על האם הנושאת, שכן חלק מהתחושה הפסיכולוגית המקלה על האם הנושאת היא העובדה כי יש במעשים שהיא עושה גם מימד ערכי ולא רק כלכלי. בשל כך הנגשת ההסכמים בדבר נשיאת העוברים רק למי שזקוק להם ואין לו מוצא אחר (לדוגמה), משפיעה גם על התחושות הפסיכולוגיות של האם הנושאת.²⁰ במאמרי איני עוסק בהיבטים אלה, אלא רק בהגנות הישירות על האם המיועדת. ברם, חשוב להדגיש, כי אפשר לראות בסעיפים אחרים של החוק הגנות נוספות על האם הנושאת. ראשית, עצם העובדה שהיא קרויה "אם נושאת" ולא "אישה נושאת" או "פונדקאית" מורה על נתינת משמעות לשותפותה בחלק הממשי שיש לה בתהליך ההריון וההבאה העתידית של הילד לעולם.²¹ שנית, אפשרות חזרתה של האם המיועדת מההסכם (באישור בית משפט) ומעמדה בהליך השיפוטי הכרוך בכך מלמדת כי היחס אליה אינו כאל "אינקובטור הומני", אלא כאל מי שהיא חלק בתהליך ההריון, אף במחיר פגיעה בציפיות ההורים המיועדים,²² אם כי רק בנסיבות חריגות במיוחד ורק

²⁰ Elly Teman, *The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial on surrogate motherhood*, (Social Science & Medicine, 67, (7) 1104-1112, (2008); Bryn Williams-Jones, *Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood*, *The Journal of Philosophy Law and Ethics*, 2, (2002); R.J. Edlmann, R. J., *Surrogacy: The Psychological Issues*. *Journal of Reproductive & Infant Psychology* (22.2), 123-126 (2004).

²¹ חשוב להציג גם את הצד השני של המטבע: ב- 9.9.2008 נשלח מכתב לחברי הוועדה על ידי אישה שעברה תהליך פונדקאות כאם מיועדת, ובין השאר כתבה: נושא מרכזי, שהיו לו השלכות רבות לאורך השנתיים, הוא הגדרת הפונדקאית כ"אם פונדקאית" (או לחלופין "אם נושאת" כפי שמופיע במסמכי הוועדה). "אם" - מילה קטנה, שתי אותיות בלבד, אך עם משמעות גדולה במיוחד, משמעות קיומית, מעצבת. כאשר המילה "אם" מוצמדת למילה "פונדקאית", היא משבשת, מפריעה ומבלבלת הן את האם "הביולוגית" והן את הפונדקאית. האישה הפונדקאית אינה מעוניינת להיות אמא לתינוק שייוולד! הרי עמדתה לגבי התינוק והבנתה שאין הוא שלה, נבדקת ונבחנת, והיא זו שתכריע את בחירתה כמתאימה למשימה, אז מדוע לערער זאת ולהציב מול עיניה את המילה "אם"? היא אינה בשום רגע, אמו של התינוק שייוולד. כל פעם שהיינו שומעות את הביטוי "אם פונדקאית", ושמענו זאת המון, משום שכך המושג נטמע, נדרשנו שתינו להתגבר על אי הנוחות הקשה. מדוע לסבך מצב שגם ככה סבוך מבחינה רגשית!?

²² לניתוח אפשרות החזרה והביקורת עליה ראו מאמר של שפירא ושפירא (לעיל ה"ש 24), עמ' 3937-.

על פי הוראת בית המשפט. שלישית, הנוהל המורכב של הוצאת "צו הורות" ולא לקיחה מיידית של התינוק עם הלידה מלמד על ניסיון לרכז את לקיחת הילד ש נשאה ברחמה במשך חודשי ההריון.

ב. 2. כללי וועדת הפונדקאות

ה"רזון" האתי של החוק הביא את הוועדה לנסח כללים נוספים, שבחלקם באים להגן על האם הנושאת. כללים אלו מפורסמים לעין כול באתר משרד הבריאות²³ להלן הכללים שיש לראות את מקורם ברצון להגן על הפונדקאית בין מסיבות אתיות בין מסיבות רפואיות (שכמובן אף להן בסיס אתי): (אלו התנאים להתאמה לתהליך אשר גובשו על ידי הוועדה בהתאם לניסיון שנצבר במשך שנות פעילותה ולמדיניות הוועדה שגובשה בעקבות זאת. אני מביא בזאת את הסעיפים הרלבנטיים לעניין מאמר זה):

3. גיל המועמדת לאם הנושאת לא יהיה פחות מ-22 שנה ולא יעלה על 38 שנה בעת הגשת המסמכים.
4. במקרה של גירושין, האם הנושאת נמצאת שנה לאחר קבלת הגט.
6. האם הנושאת לא עברה יותר משני הליכים של נשיאת עוברים, גם אם אלה לא הסתיימו בלידה.
7. מצבה הבריאותית תקין, עברה לידות בלא סיבוכים, הלידות התרחשו במועד והיילודים מצויים במשקל לידה תקין.
8. האם הנושאת הרתה וגידלה ילד אחד לפחות.
9. האם הנושאת נמצאת לפחות שנה לאחר ממועד הלידה האחרון.
12. האם הנושאת אינה נמצאת בעיצומו של מצב של משבר (כמו גירושין, אובדן, מחלה קשה של בן משפחה וכדו').
13. לאם הנושאת שיקול דעת והיא אינה מבצעת את התהליך בתנאי לחץ.

באחד או ביותר מהמצבים הבאים הוועדה אינה רשאית לאשר מועמדת לאם נושאת:

1. עברה יותר מארבע לידות.
2. עברה שני ניתוחים קיסריים²⁴.

²³ אפשר לקרוא את התנאים כולם בנספח א' של הקישורית הבאה: <http://www.health.gov.il/Download/pages/pundInfo0210.pdf>

²⁴ כמו כן אוסרת ועדת הפונדקאות על כריתת הסכם בדבר נשיאת העוברים במקרים רפואיים רבים נוספים: כאשר הלידה האחרונה היתה מוקדמת (לפני שבוע 36) או שמשקלו של היילוד היה נמוך מזה הממוצע בגיל ההריון; עברה הריון חוץ-רחמי; הריונה האחרון הסתיים בהפלה יזומה עם הרחבת HEGAR 10 או יותר של צוואר הרחם; אם

אדגיש שוב, כי חלק ממגבלות אלה אינן נובעות רק מהרצון להגן על האם הנושאת, אלא דווקא מהרצון להגן על ההורים המיועדים, על שלום העובר, ועל קיומו של ההסכם. אולם עיקר הרשימה הרפואית נועדה להגן על האם הנושאת מפני פגיעה בעצמה בשל תהליך הפונדקאות.²⁵

הגבלת הגיל: על אף העובדה כי ברוב הוראות החוק בישראל נקבעת הכשרות המשפטית החל בגיל 18 והגם שחוק הפונדקאות אינו מורה אחרת - קבעה ועדת הפונדקאות את גיל 22 כגיל המינימלי שבו המועמדת לשמש אם נושאת כשירה לחתימה על הסכם לנשיאת עוברים. קביעת סף גיל זה אין בו משום קביעה אחרת לגיל הכשרות המשפטית, אולם בכך מבטאת הוועדה את העמדה האתית שמשמעות הסכם זה חורגת מחוק החוזים ומרוב ההסכמים שבני אדם כורתים ביניהם, כיוון שמדובר בהסכם שיש בו סיכון גופני ונפשי רב, כמו גם אפשרויות שלתהליך הפונדקאות יהיו משמעויות רחבות-היקף על עתידה של האם הנושאת.²⁶

שנה לפחות לאחר הגירושין: כלל זה, וכמה מהכללים הבאים בעקבותיו, מבקשים להגן על האם הנושאת מפני עצמה ומפני קבלת הכרעות בשעה של מצוקה קשה. ההנחה היא, שתהליך הגירושין משמש גורם מאיץ לקבלות

עברה הרחקת שאריות הריון וחלל רחם פגום; בעברה ניתוחים שבעקבותיהם נוצרו השלכות שליליות על מהלך הריון עתידי (למשל: ניתוח קיצור קיבה באמצעות התקנת טבעת); שני הוריה סובלים מסוכרת; בהריונה האחרון היתה סכרת הריונית; סובלת מיתר לחץ דם; בעברה אירעה רעלת הריון בהריון השני או אחריו; סובלת מהשמנת יתר (משקל גופה מעל 90 ק"ג או BMI יותר מ-30); סובלת מהרפס גניטלי או מקונדילומה אקוומינטה; מצויה במצב של דיספלזיה בצוואר הרחם; סובלת ממחלה כרונית עם סיכון לסיבוכי הריון; עברה טיפול פסיכיאטרי או מצויה בעיצומו של טיפול כזה; ישנן במשפחה נשים הסובלות מסרטן שד (BRCA חיובי); סוג דם שלילי ל-RH עם COOMBS חיובי; היעדר חיסון לאדמת; מעשנת כבדה או משתמשת בסמים ובאלכוהול.

25 כותרת כללים אלה - "תנאים להתאמה לתהליך אשר גובשו ע"י הוועדה בהתאם לניסיון שנצבר במשך שנות פעילותה ומדיניות הוועדה שגובשה בעקבות זאת" - מלמדת, כי למעשה אין מדובר בכתיבה מסודרת של כללים ונימוקים, אלא בהצטרות של ניסיון בעבודת הוועדה. הנימוקים המובאים להלן הם אלה הנאמרים על ידנו בדיונים השונים המתקיימים בוועדה ובשל כך לא אוכל להפנות למאמרים מסודרים על תקפותם של נימוקים אלה.

26 מקבילה מעניינת בהלכה היהודית אנו מוצאים בסוגיות שבה על אף שהכשרות המשפטיות המוענקות לאדם מגיל 13 לבן ו-12 לבת, תובעת ההלכה גיל מבוגר יותר לצורך החלטות אחרות, כגון מכירת קרקעות המשפחה. ראו רמב"ם, הלכות מכירה כט, יב-יג. שימוש מעניין בנושא זה לצורך קביעת הכשרות ההלכתית של הסכמה מדעת לצורך תרומת אברים מחיים או הפלה, ראו במכתבו של הרב זילברשטיין הי"ו לפרופ' רקובר. <http://www.mishpativri.org.il/researches/mekorotzychuyothacholeh.htm>

הכרעות נמהרות בגלל סיבות שונות - לחץ נפשי, לחץ כלכלי, הרצון לחוות את חוויית ההורות מחדש, הרצון בהערכה עצמית וכדו'; והפונדקאות עלולה להיות מפלטה של האם הנושאת אף אם לאמיתו של דבר מדובר בניצול מצוקתה על ידי אחרים. יתירה מזו: המימד האלטרואיסטי המסוים (הקיים בפונדקאות, הגם שמדובר במעשה ששכרו בצדו) עלול להתפס בטעות כפיצוי לטראומות של חוויית הגירושין ולא תוצאה של רצון חופשי המנותק משאלות טראומות אישיות.

הגבלת מספר ההסכמים שעליהם חתומה אם נושאת: כאמור בפתח המאמר, עצם ההיתר להסכמי נשיאת עוברים אינו פשוט כלל ועיקר מסיבות אתיות מגוונות. אחת מהן היא הרתיעה האתית מפני מצב שבו אדם מוכר את גופו לצורכי הזולת. מכירה לכאורה אינה מותנית במספר הפעמים שהיא מתבצעת, שכן עבדות או זנות פסולים גם אם הם חד-פעמיים. אף על פי כן קיימת משמעות כמותית גם למספר ההסכמים, בלא קשר לשאלה הרפואית הכרוכה בכך (שהרי הגבלות הוועדה עניינן מספר התהליכים ולא מספר הלידות). לכל תהליך ההתקשרות בהסכם נשיאת עוברים משמעויות רבות לכל הצדדים, והאם הנושאת משעבדת את עצמה גם בתהליכים הפסיכולוגיים והמשפטיים הקשורים בהסכם. שקלול הצורך בקיומה של הפונדקאות עם החשיבות על שמירת כבודה וחירותה של האם הנושאת הוא שהביא להגבלת המספר המותר של ההסכמים.

מניעת סיכונים רפואיים מהאם הנושאת: הוועדה אינה מאפשרת לאישה המבקשת לשמש פונדקאית לחתום על הסכם לנשיאת עוברים המסכן אותה בצורה חריגה, מעבר להריון עצמו. על כן היא מגבילה נשים שיש להן היסטוריה של הריונות מסוכנים, נשים הנמצאות פחות משנה לאחר לידה, נשים שכבר ילדו ארבע פעמים ונשים שעברו יותר משני ניתוחים קיסריים. בכל האינדיקציות הרפואיות האלה מדובר במצבים שבהם נשים רבות ממשיכות ללדת כאשר הן נכנסות להריון בדרך הטבעית המקובלת (או באופן מלאכותי עבור עצמן). נשים רבות אינן מונעות את עצמן מלהסתכן שוב גם לאחר הריונות מסוכנים, פחות משנה לאחר לידה, לאחר ארבע לידות וכדו'. אף על פי כן מצאה הוועדה לנכון למנוע נשים מלקחת על עצמן סיכונים אלה בסיטואציה שבה הן מבקשות לשאת הריון למען אחרים, וזאת כחלק משקלול הסיבות האתיות.

נשים שעדיין לא ילדו: הגבלה זו היא למעשה ה-study case של כללי הוועדה. הוועדה אינה מאפשרת למי שלא ילדה כלל לחתום על הסכם לנשיאת עוברים.

שני נימוקים מרכזיים עומדים בבסיסו של כלל אתי זה. ראשון בהם הוא הטיעון, כי הריון ולידה חריגים גם בכך שאישה אשר לא חוותה חוויות אלה אינה מסוגלת לשקול כראוי את נכונותה או את סירובה לחתום על הסכם לנשיאת עוברים. בשל כך היא עלולה להתחייב על דברים שלמעשה אין היא מסוגלת לעמוד בהם או שאין היא מעוניינת בהם. זאת ועוד, התמריץ הכספי עלול להפוך לפיתוי ולסנוור המעורר את האם הנושאת מלהבין את משמעויות הלידה.

נימוק שני נובע מכיוון אחר. בכל תהליך של הריון ולידה קיים סיכון של איבוד יכולת ההולדה עקב טראומות גופניות המשפיעות על מערכת ההולדה של האישה. סיכון זה עלול לגרום לכך, כי בשעה שהאם הנושאת העניקה פרי בטן לאישה שנכספת לו, היא עצמה מאבדת את היכולת ואת האפשרות ללדת את ילדיה שלה. יתר על כן: חלק ניכר מהנשים הפונות להליכי פונדקאות כאן מהות מיועדות עושות זאת בשל העובדה, שהן עצמן איבדו את היכולת לנשיאת עוברים בלידה קודמת. לדעת התומכים בסעיף זה, קשה להסכים לאפשרות כי האם הנושאת תאבד את יכולתה ללדת כאשר היא מביאה אורה לאם המיועדת קודם שלה עצמה יהיה ילד, כשישנה אפשרות אחרת לעשות זאת, כגון על ידי נשים שכבר ילדו. הדבר אינו דומה למקצועות אחרים שבהם אדם מסכן את עצמו למען הזולת (כבאי) בשל העובדה שאין אלטרנטיבה אחרת; ואילו בפונדקאות האלטרנטיבה האחרת קיימת מבחינה עקרונית בדמותה של אישה שכבר ילדה:²⁷

ג. הביקורת על כללי הוועדה

כללי הוועדה לאישור הסכמים בדבר נשיאת עוברים משמשים מטרה לביקורת מכיוונים רבים ומגוונים. אפשר לתקוף אותם מכיוונים רבים. אציג חלק מכיוונים אלה, את ההגנות האפשריות על הטיעונים, ובסיכום הדברים אביע את עמדתי.

הסמכות המשפטית: כאמור לעיל, המחוקק הישראלי בחר להסדיר את נושא הבאת ילדים לעולם בפונדקאות בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. המחוקק עצמו קבע בחוק הוראות מסוימות המבקשות להעניק הגנה אתית לאם הנושאת ולהורים המיועדים, אך בחוק עצמו לא נקבעו המגבלות שהוועדה

²⁷ כדאי לשים לב כי באופן פרדוקסלי, חלק מהנימוקים שהובאו בישיבות הכנסת כדי לתמוך בעמדה שעל האם הנושאת להיות דווקא נשואה (כגון שהיא כבר ילדה ועל כן היא מבינה מה משמעות לידה וכדו') משמשים בסיס לכללים אלה של הוועדה, אך דווקא כדי לשלול את היכולת לשמש אם נושאת ממי שלא ילדה עדיין.

הוסיפה עליהן ופועלת לפיהן. שאלה זו עמדה לביקורת שיפוטית במקרה אחד בלבד, וראו להלן.

מנגד, אפשר כמובן לטעון, כי הוועדה מוסמכת לקבוע את כלליה לפי סעיף 5 בחוק שהובא לעיל, בגלל שתי סיבות: ראשונה שבהן היא העובדה, שהחוק עצמו מציין כי הוועדה "רשאית", ולא חייבת, לאשר את ההסכם, וממילא ניתן לה שיקול דעת רחב. טענה שנייה שצוינה לעיל היא, כי בחלק מכללי הוועדה זו משמשת למעשה פרשנית של החוק. החוק עצמו קבע בסעיף 5 (א) (2), כי על הוועדה מוטל לבחון ש"לא קיים חשש לפגיעה בבריאות האם הנושאת..." ובסעיף 5 (א) (3) לא נכללו בהסכם תנאים הפוגעים בזכויותיו של אחד מהצדדים. הוועדה פועלת אפוא מכוחם של סעיפים אלה ומתרגמת את הנחיות המחוקק לכללים נורמטיביים. לעיל גם הוזכר, כי רק חלק מכללי הוועדה משמשים פרשנות לחוק.

הסמכות האתית: הרכב הוועדה מלמד לכאורה, כי החוק לא התכוון שהוועדה תפעל על סמך שיקולים אתיים שונים. הוועדה מורכבת משני רופאים בעלי תואר מומחה ביילוד ובגניקולוגיה; רופא בעל תואר מומחה ברפואה פנימית; פסיכולוג קליני; עובד סוציאלי; נציג ציבור, שהוא גם משפטן; איש דת, בהתאם לדתם של הצדדים להסכם בגבר נשיאת עוברים. בולטת בהיעדרה התביעה, כי אחד מחבריה יהיה מומחה בתחום האתיקה.²⁸ ייתכן אפוא, שכלל לא מדובר בוועדה אתית, אלא בוועדה מנהלית.

אף על פי כן נראה לי, כי יש להתייחס לוועדה זו כאל ועדה הרשאית לשקול שיקולים אתיים. הוועדה אכן אינה ועדת אתיקה, כמובנה בחוק זכויות החולה,²⁹ אלא הגוף המנהלי שבידיה הפקיד המחוקק את הסמכות לאשר הסכמים. אבל כיוון שהנושא מעורר שאלות אתיות וגם אנשים העוסקים בשאלות אלה מפתחים מומחיות באתיקה, הרי שעל אף העובדה כי איש מחברי הוועדה אינו מומחה באתיקה, הוועדה ודאי נדרשת לשאלות מתחום האתיקה. לו תפקידה היה לבחון בחינה טכנית בלבד את ההסכמים, החוק

²⁸ השוו זאת להרכבים אחרים. לדוגמה: בחוזר המנכ"ל בנושא ברירת מין העובר לפני השרשה, סעיף 3.1.1.2, נקבע, כי בין חברי הוועדה חייב להיות "מומחה בתחום האתיקה הרפואית או הביו-אתיקה".

²⁹ סעיף 24 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996: (א) המנהל הכללי ימנה ועדות אתיקה; כל ועדה תהיה בת חמישה חברים, וזה הרכבה: 1. אדם הכשיר להתמנות שופט בית משפט מחוזי מתוך רשימה שהכין שר המשפטים, והוא ישמש יושב ראש; 2. שני רופאים מומחים, כל אחד מתחום התמחות אחר; 3. פסיכולוג או עובד סוציאלי; 4. נציג ציבור או איש דת.

לא היה עוסק במבנה שלה בצורה זו וגם לא היה מותיר לה שיקול דעת רחב כמבואר בסעיף 5. גם בדו"ח אלוני מדובר פעמים רבות על היותה של ועדת הפונדקאות ועדה רב-תחומית, וודאי שהתחום האתי אינו יכול להיפקד משיקוליה.³⁰

בחינת דברי ההסבר לחוק מגלה תופעה מעניינת:

סעיף 3

בהתאם להמלצות ועדת אלוני מוקמת ועדה רב תחומית שתפקידה לבחון כי הצדדים להסכם עשו אותו מתוך רצון חופשי ומתוך הבנת החובות והזכויות המשפטיות הנובעות ממנו והסיכונים שהם נוטלים על עצמם, וכי הצדדים מתאימים לביצוע הסכם של נשיאת עוברים. הרכב הוועדה נועד להבטיח בחינה מקיפה של כל ההיבטים הרלוונטיים לעניין אישור הסכם לנשיאת עוברים.³¹

בחלק הראשון של דברי ההסבר מדובר בהגדרה קשיחה של תפקידי הוועדה, המופקדת על אישור ההסכמים בלבד, וגם זאת בפרמטרים מוגבלים: רצון חופשי, הבנת הסיכונים והתאמה של הצדדים. הוראות אלה דומות לחוק החוזים וההתקשרויות, אולם המשפט החותם את דברי ההסבר מדבר על "כל ההיבטים הרלוונטיים לעניין אישור הסכם לנשיאת עוברים". זו הגדרה מרחיבה.³² נראה לי, כי אכן יש לאמץ את ההגדרה המרחיבה של סמכות הוועדה הן בשל דברי ההסבר לחוק הן בשל העובדה כי הוועדה רשאית ואינה חייבת. דומני, כי כאשר יתוקן החוק יש צורך לקבוע במפורש שאחד מחברי הוועדה חייב להיות מומחה באתיקה.³³

³⁰ נושא זה עלה בישיבתה של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מ-26.12.95, פרוטוקול מס 422; וכן בדברי היועץ המשפטי לממשלה, ישיבת ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מ-9.1.1996, פרוטוקול מס 436, בתחילת הדיון.

³¹ הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 2456, עמ' 261. נוסח זה הועתק כמעט מילה במילה מדו"ח ועדת אלוני, סעיף 7.5.

³² מעניין להשוות את הנעשה בוועדה זו לוועדות נוספות הנתקלות בבעיות דומות. ראו, לדוגמה, את עבודתה של אליה עוזיאל, **ועדות לענייני הריון – תהליכי קבלת החלטות בצוות רב מקצועי תחת החוק לתיקון דיני עונשין**, תשל"ז-1977, אוניברסיטת בן גוריון, יוני 1997. במקומות רבים בעבודתה היא מציינת את סוגיית הכנסתם של השיקולים האתיים הנוספים. ראו, לדוגמה, עמ' 1, 78. בשל העובדה שישנה ועדה אחת בלבד לאישור הסכמי נשיאת עוברים לא עולה שאלת האחידות במדיניות כפי שהיא קיימת בוועדות לאישור הפלות.

³³ בהזדמנות זו אעיר, כי מומחיות באתיקה אינה נרכשת רק באקדמיה ואיני סובר שרק בעל תואר אקדמי ראוי להיקרא מומחה באתיקה.

הגישה העקרונית ורוח החוק: קיים פער בין המלצות ועדת אלוני ובין צורתו הסופית של החוק. אחד ההבדלים הגדולים הוא הרוח שנשבה בוועדת אלוני, שעיקרה היה צמצום התערבותה של המדינה בפונדקאות כלפי החקיקה שכאמור, התערבה בנושאים מסוימים אך מוגבלים³⁴ קרי: על אף העובדה שהמחוקק סטה מרוח ועדת אלוני והתערב באופנים מסוימים בהסכמי נשיאת העוברים, הוא הגביל את עצמו ברוח ועדת אלוני להתערבות מזערית. לפיכך אין זה ברור מפני מה סבורה הוועדה, כי בסמכותה להתערב בצורה רבה יותר.

הרמה האמפירית: עוד קודם לדיון במשקל האתי של ההגבלות חובה לעסוק בכך, שחלק מהגבלות הוועדה בנויות על הנחות אמפיריות הלקוחות מנסיונם המקצועי של חבריה, אך אינן מגובות בעדויות מחקריות. כך, לדוגמה, כלל לא ברור כי בחורה בת 22 שוקלת שיקולים אותנטיים יותר מאשר בחורה בת 18, וכלל לא ברור כי גיל 22 מבטא את עיקר יחסה של החברה להכרעה זו; אין זה ברור כלל, כי בשנה הראשונה לאחר גירושיה מקבלת אישה החלטות טובות פחות בנושא הפונדקאות; אין זה ברור כלל, כי יש הבדל בין שני הסכמי נשיאת עוברים ובין שלושה וכדו'. החלטות המתקבלות על בסיס הנחות אמפיריות חייבות לעמוד במבחן מחקרי ולא להתבסס על תחושות בטן של חברי הוועדה.

מעבר לכך, האפשרות שנפתחה בחוק הפונדקאות לפתרון מצוקות כלכליות קשות של נשים על ידי היותן אמהות נושאות עשויה לשאת בחובה דווקא את הפתרון לכל הבעיות האלה. אפשר שדווקא אחר גירושיה היא זקוקה לסכום גדול של כסף, וזה יפתור את מצוקתה הנפשית, ואילו מניעתה של אפשרות זו דווקא תגרום לה נזק.

הפגיעה החמורה בחופש הבחירה: ביסודו של דבר, כללי הוועדה מגבילים באופן ממשי את חופש הבחירה של האם הנושאת. מניעת החופש לבחור במקום שבו אין הוא פוגע באחרים היא פגיעה ניכרת ביותר בכבוד האדם ובחירותו. הדוגמה הטובה ביותר לכך היא קביעת הוועדה, שאם נושאת חייבת להיות לאחר לידת עובר חי משל עצמה, מהסיבות שבוארו לעיל. מפני מה סבורה הוועדה כי אישה נושאת אינה יכולה להתחייב על חווייה שלא עברה בעצמה? ומדוע מונעים ממנה ליטול את הסיכון הזה? מפני מה סבורה הוועדה, כי אסור לאישה להסתכן באיבוד יכולת ההולדה, אם זו עומדת על

³⁴ ניתוח מסוים של טיעון זה ראו במאמרה של כרמל שלו, "נשיאת עוברים (פונדקאות) - המסחר בשירותי ההולדה", **ביטחון סוציאלי** 46, ספטמבר 1996, עמ' 90, 94.

כך שרצונה לעשות כך? הוועדה כמובן סבורה, כי בכך היא מג. נה על האישה מפני בחירה מוטעית ומפרשת את אחריותה לוודא שההסכם נחתם מרצונה החופשי של האם הנושאת, אך כלל לא ברור שהדבר מצוי בסמכותה.

ולא זו בלבד, אלא שכאמור לעיל, להסכם נשיאת עוברים גם משמעויות כלכליות רבות-היקף. האם הנושאת עשויה לפתור את המועקה הכלכלית הרובצת עליה בשעה שהיא עושה מעשה שיש בו גם היבטים אלטרואיסטיים. כל הגבלה המוטלת עליה משמעותה פגיעה בבחירתה לעשות כך. מנגד, יש לטעון כי סוגיית הרצון החופשי, והבחירה החופשית היא העומדת כאן לדיון. אפשר לטעון, כי כללים אלו נועדו דווקא לאפשר לאישה לפעול בהתאם לרצונה החופשי ה"אמיתי"³⁵. שאלת זו עלתה לדיון במסתו הידועה של ישעיהו ברלין, "שני מושגים של חרות", וזו נמצאת במוקדו של כל ניסיון לאפשר הבעת רצון חופשי "אמיתי".

פגיעה בזכות להורות: כאמור, אחד הנימוקים המרכזיים לאישור הסכמי פונדקאות, על אף הבעיות האתיות הכרוכות בו, הוא הזכות להורות. אמנם, "חוקי היסוד של מדינת ישראל אינם מזכירים במפורש את הזכות להעמדת צאצאים" (ד"ח אלונגי, עמ' 10), אולם עליונותה של זכות זו הוכרעה בעצם קבלת החוק לנשיאת עוברים ונכתבה גם בפסקי דין של בג"ץ³⁶. כל הגבלה שמטילה הוועדה פוגעת למעשה בזכות להורות של בני הזוג המיועדים.

המרחב שבו מעוצבות ההגבלות: כל הבקי בדיונים אתיים ער לעובדה, כי בדרך כלל דיונים אתיים אינם נעשים במגרש סגור, וכל הכרעה אתית בכיוון מסוים היא "משיכת השמיכה" בכיוון אחר. כל הגבלה המוטלת על אימהות נושאות מצמצמת את מספר הנשים המסוגלות לשמש אימהות אלה. צמצום זה מביא לידי עוולות חברתיות מסוימות, שכן בשל מספרן המועט מלכתחילה של נשים המעוניינות להיות אימהות נושאות יישארו זוגות רבים בלא פרי בטן - הכלל הקובע (לדוגמה) כי רק מי שילדה ילד משל עצמה יכולה לשמש אם נושאת מצמצם את מאגר הנשים הפוטנציאליות. כשמוסיפים על כך את העובדה, שהחוק מצמצם עד למאוד את הנגישות של נשים נושאות לאפשרות לשמש אם נושאת, עולה כי למעשה רק אימהות יחידניות יכולות לשמש אם נושאת. צמצום מספר הנשים פוגע לא רק בהן עצמן, אלא גם בזוגות המבקשים להיות

³⁵ ראו לעיל הי"ש 39.

³⁶ זכות זו היתה חלק ממוקד פסק הדין בפרשת נחמני (דנ"א 2401/95; וכן בג"ץ 1237/91). וראו מקורות משפטיים נוספים בבג"ץ הפונדקאות, עמ' 26; וכן שם, עמ' 38. ראו גם מאמרה של ורדית רביצקי, "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית", **דילמות האתיקה הרפואית**, עמ' 160137-תשס"ב.

הורים מיועדים. זוגות רבים ייוותרו בלא פרי בטן ובלא פתרון למצוקתם; בשל הביקוש הגדול והמספר הנמוך יחסית של אימהות נושאות פוטנציאליות, יגיע התשלום לסכומים כאלה שזוגות ממעמד סוציו-אקונומי נמוך לא יהיו מסוגלים לעמוד בו וכדו'. מובן, שצריך לשקלל גם את טובת האם הנושאת, הנהנית מתשלום גבוה יותר בשל המצב.

ד. ההצדקה של כללי הוועדה

מול הנימוקים כבדי המשקל המועלים נגד הכללים ומהגבלות שקבעה לעצמה הוועדה עומדים נימוקים כלליים תקפים בעוצמה שאינה פחותה מהן - חלקם נימוקים פוזיטיביים וחלקם נימוקים השוללים את נימוקי הביקורת על כללי הוועדה.

מהות האתיקה: את האתיקה אפשר להגדיר בצורה הטובה ביותר לפי ניסוח השאלה שעליה באה האתיקה לענות. האתיקה עונה על השאלה, "מהו המעשה הראוי?" מזמנו של קאנט אנו ערים לעובדה כי על אף הניסיון לקבוע עקרונות מוסריים שאינם תלויי תרבות והקשר, הדבר בלתי-אפשרי וקיים צורך להוסיף על שאלה זו גם את ההערה "ראוי בעיני מי". אף על פי כן יש לחיים המוסריים ליבה יסודית, שבמהותה מצויה השמירה על כבוד האדם, שלומו וטובתו, וסיוע וגיבוי לעיצוב בחירתו המשוחררת. בשל כך הטיעון, כי אין להטיל מגבלות על רצונו החופשי של האדם, צריך להיבחן לפי עקרונות אתיים נוספים ולכן מהות קיומן של הגבלות אלה היא לגיטימית, ואולי אף למעלה מכך. על כן עצם קיומם של כללים אתיים, גם אם הם שמים מכשולים בפני אושרם של בני אדם (אדגיש כי האושר אף הוא שיקול אתי, והוא חלק מהדילמה), הוא עניין ראוי. זהו, כאמור, אחד הבסיסים לעצם חקיקתו של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

האתיקה של החברה: חלק גדול מהביקורת על כללי הוועדה נובעת מראיית העולם המצמצמת את הגורמים המשתתפים בהסכם לנשיאת עוברים לזוג המיועד ולאם הנושאת. ראייה זו מתעלמת מהעובדה כי ההסכם נחתם בתוך חברה, שגם לה זכות, ואף חובה, לקבוע את הכללים האתיים שהיא רוצה לחיות לפיהם. דוגמה לדבר: גם אם אדם יבחר באופן חופשי למכור את עצמו לעבד ובהסכמה מדעת יחתום על הסכם עבדות, שמורה הזכות לחברה להתערב ולומר כי אין היא מוכנה שתופעות כאלה תתקיימנה בתוכה³⁷ מעבר לכך אפשר, שהיא תקבע כי לאדם עצמו אין זכות למכור את עצמו לעבד ולא

³⁷ דוגמה זו תהיה תקפה רק אם אכן זכותו של האדם היא למכור את עצמו לעבד.

רק מסיבות חברתיות של מאבק בעבדות.

שיח זכויות הפרט עיוות והשכיח גם את זכויות הקהילה לחיות לפי עקרונות אתיים, שהחברה מבקשת לבסס את דרכה עליהם. הקהילה והמדינה רשאיות, ואולי אף חייבות, לעצב את הזהות הכללית של החברה, גם אם יש בדברים מחיר מסוים בפגיעה ברשימת הזכויות.

השמירה על האם הנושאת: השאלה העומדת כאן לדיון היא, בשם מה אנו רשאים למנוע, הן מהזכאים להורות הן מהאם המיועדת עצמה, את תהליך הפונדקאות מנימוקים אתיים שונים.³⁸ אנו מכירים ביקורות רבות כנגד התפיסה החירותית המקסימלית שמייצגה בעת החדשה הוא נוזיק³⁹ יתירה מזו: אלן ורטהיימר דן בספרו החשוב בשאלה, האם אפשר שתהיה כפייה על ידי הצעה "שאי אפשר לסרב לה"?⁴⁰

תהליך הפונדקאות הוא תהליך בעייתי מאוד מבחינת האם הנושאת וישנם שיקולים אתיים רבים נגד אישורו, על אף בחירתה החופשית של האם הנושאת לעשות כך. ראשית, בכל הריון ישנה רמה מסוימת של סיכון, ובמקרה של פונדקאות האם הנושאת מסתכנת למען שמחתה של אישה אחרת. הסיכון הוא לא רק פיסי,⁴¹ אלא גם סיכון נפשי בשל האובדן שהאם הנושאת עלולה לחוש. אפשר לטעון, לדוגמה, כי הסיכון הנפשי בהריון למען ילד שלישי הוא גבוה יותר, שכן חלק מהנימוקים המניעים אישה נושאת להסכים לשאת עוברים של אישה אחרת הם ההצדקה האלטרואיסטית, וזו קיימת פחות כשמדובר בלידת ילד שלישי למשפחה, ובכך הם מבקשים להצדיק הגבלה מעין זו.

נזכיר כי כאמור לעיל, מדיניות הוועדה היא לאשר הסכמי פונדקאות רק

³⁸ המסה הידועה ביותר בנושא זה היא זו של ישעיהו ברלין "Two Concepts of Liberty", בתוך: *Liberty*, עמ' 166-217, 2002.

³⁹ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Book Basic 1974.
⁴⁰ ראו Alan Wertheimer, *Coercion*, Princeton University Press 1988. תודתי לפרופ' נעם זהר, שה, פנה אותי לספר זה.

⁴¹ זו ההזדמנות לציין את העובדה הנראית בעיני כשערורייתית, והיא שמעבר לסיכון בהריון עצמו קיימת סכנה שלא קיבלה מענה מספק בהידבקות האם הנושאת בנגיף ה-HIV (איידיס), שמקורו בעובר אשר הושתל ברחמה. כמו כן אין ביטוח ראוי לפיצוי על סכנת אובדן הרחם. שני נושאים אלה מחייבים מאמר בפני עצמו. ראו על כך רוזלי בר, "סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית", *דילמות באתיקה רפואית*, עמ' 192, (ירושלים תשמ"ב).

לטענתה חייבים לקבוע בחוק, כי לא יושתל עובר ברחמה של אם פונדקאית כי אם לאחר שישה חודשי הקפאה, ורק לאחר בדיקה הבאה לשלול קיומם של וירוסים. אימות לטענתה אפשר לראות בהוראות משרד הבריאות לגבי תרומת זרע.

לאישה שכבר ילדה. חלק מהנמקת מדיניות זו היא הרצון למנוע מצב שבו הפונדקאית תסתכן באיבוד היכולת ללדת בשל סיבוכי הריון עוד לפני שהיא עצמה מימשה את הזכות להורות. העובדה שלפי מדיניותה של הוועדה, די בלידת ילד אחד כדי לממש זכות זו, תומכת במעט בעמדה של היתר פונדקאות לילד אחד בלבד לזוג⁴² אולם בסופו של דבר הוועדה אינה נוהגת כך, אלא מאשרת הסכמי נשיאת עוברים אפילו לילד שלישי. הנימוק האתי העיקרי לכך הוא הזכות להגיע לממוצע של מספר הילדים למשפחה המקובל בישראל⁴³

תשובות לטיעון על הבסיס האמפירי: נכון הוא, כי הבסיס האמפירי לחלק מהגבלות הוועדה לא הוכח עדיין במחקר. אולם יש לזכור, כי הדיון בדבר שמירה על בריאות האם הנושאת ועל חירות החלטתה אינו מתנהל בחלל ריק. לאמור: ההמתנה עד להוכחות אמפיריות אין משמעה נייטרליות או ואקום, אלא החלטה אקטיבית המאשרת את פגיעת האם הנושאת בעצמה או את כניסתה של אישה ללחץ ולכפייה מכורח הנסיבות להסכמי נשיאת עוברים, אשר לאמיתו של דבר אין היא מעוניינת בהם. בדרך כלל, כאשר אין הוכחות אמפיריות, נכון היה להניח כי ההכרעות מתקבלות לפי הרצון החופשי, וההנחות שלפיהן פועלת הוועדה אינן יכולות לשמש טיעון להגבלות שהיא מטילה. מול "חזקת הרצון החופשי" עומד נסיונם של אנשים מבחוח (חברי הוועדה), שנפגשו פעמים רבות עם מקרים המלמדים כי על אף שאין הוכחות אמפיריות, המציאות מלמדת שכך הם פני הדברים וכי יש היגיון בטיעונים אלה לפחות כהיפותזה. במצב ספק זה יש מקום לקבל באופן חלקי את סמכות הוועדה להגן על הפונדקאית מלהתדרדר למקומות שאין היא רוצה להגיע אליהם.

התוקף המשפטי של כללי הוועדה עמד לביקורת שיפוטית בבית המשפט לענייני משפחה בתל אביב,⁴⁴ אם כי לא לפי הכללים שבהם דנו עד כה. בין כללי הוועדה נאמר, כי "גילם ומצב בריאותם של בני הזוג ילקח בחשבון על ידי ועדת האישורים בעת בחינתה את מידת התאמתם לתהליך. ככל שגילם של ההורים המיועדים גבוה מגיל ההורות הטבעי והמקובל (48-51), יעלה משקלו של מדד זה במסגרת כלל שיקוליה של הוועדה בנוגע להתאמת ההורים המיועדים. מדובר בזוג שבעת פנייתם לוועדה האישה היתה בת 53, והאיש - בן 58. לזוג היו ארבעה עוברים מוקפאים מטיפולי הפריה קודמים, והם

⁴² פרופ' רוזלי בר, למשל, סבורה כי הדרישה שפונדקאית תהיה מי שכבר ילדה בעבר צריכה להיות מעוגנת בחוק. ראו דבריה (לעיל, ה"ש 62), עמ' 202.

⁴³ עמדת הוועדה שלא לאשר הסכמי נשיאת עוברים לילד רביעי עוד לא עמדה במבחן משפטי.

⁴⁴ תמ"ש 07-26140 פלוני ואח' נ' פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי).

ביקשו אישור לחתום על הסכם נשיאת עוברים. הוועדה דחתה את בקשתם ורשמה בפרוטוקול:

האישה בת 53, הבעל בן 59, עפ"י נהלי הוועדה והקריטריונים שנקבעו בני הזוג אינם עומדים בקריטריונים שנקבעו בנהלי הוועדה, הקובעים כי ההליך מותנה בהיותה של האישה בגיל הפוריות. לא נמצאו נימוקים לחרוג מהנהלים שנקבעו. לא אושרו להתחלת תהליך.

לפי בקשת הזוג, התנהל דיון נוסף בבקשתם, והם אף הופיעו בפני הוועדה. הוועדה סיכמה את הדיון כך⁴⁵ (הדברים מובאים בקיצור נמרץ):

חוק ההסכמים נועד לנשים שמצבן הרפואי אינו מאפשר להן להרות או לשאת הריון בעודן בגיל הפוריות. תכליתו של החוק והאיזון שנקבע בו הוא כי האישור יינתן להורים חשוכי ילדים. שכירת שירותיה של אם נושאת אשר נכנסת לתהליך מפרך, רגשית ופיסית, של הריון על כל הסיכונים והקשיים הכרוכים בו הוא הליך חריג, המחייב שימוש ארוך ומתמשך בגופו של אדם אחד - לצורך מילוי שאיפותיו של זוג אחר. בעצם ההיריון והלידה הקיימים קשיים וסיכונים. זו אינה פעולה פשוטה. האם הנושאת מחויבת כלפי הזוג שאת ילדם היא נושאת למשך תקופה של עד כשנתיים, תקופה זו כוללת את הטיפולים הקודמים לתהליך ותקופת ההיריון. האם הנושאת מסכנת את בריאותה ועלולה לחוות קשיים נפשיים בעצם מסירת הילד וביחסיה עם ילדיה הביולוגיים והסביבה החברתית שלה... במאזן הנימוקים והשיקולים בעניין שלום הילד וטובתו לא השתכנעה הוועדה כי טובת הילד תישמר במקרה זה...

מדיניות הוועדה היא בסיוע בטכנולוגיות קצה, היכן שהטבע כשל ואין הכוונה להחליף את הטבע במקום שמלכתחילה לא התכוון לכך המחוקק. הוועדה שקלה את פניית בני הזוג ... לגופה, נשקלו בקשותיהם ונימוקיהם והוחלט פה אחד, שבמכלול הנסיבות שתוארו לא ניתן לחרוג מכוונת המחוקק ולסטות מהכללים והעקרונות שנקבעו ע"י הוועדה. לפיכך, לא אושרה בקשתם של בני הזוג להליך פונדקאות. כל מקרה נדון לגופו ולנסיבותיו תוך התייחסות לכך שלא ניתן לראות במקרה

⁴⁵ דיון מס' 229.

אחד שאושר משום תקדים.

הזוג עתר לבית המשפט לענייני משפחה. בית המשפט דחה את עתירת הזוג. לא נדון במאמר זה בכל ההיבטים של הדיון המשפטי, אלא בנושאי הסמכות המשפטית של כללי הוועדה. בית המשפט קבע, כי לוועדה סמכות לקבל כללים משל עצמה. וזהו רצף ההנמקות של בית המשפט:

- א. ראשית קבע בית המשפט, כי המדינה אינה חייבת לאפשר נגישות לפונדקאות:
- במצב המשפטי כיום לא קיימת זכות, לא כל שכן זכות חוקתית, לפונדקאות. לכל היותר לאנשים המבקשים לממש את זכותם להורות בהליך פונדקאות ישנם אינטרס וציפייה לגיטימיים (סעיף 42).
- ב. לאחר מכן הוא קבע, כי רוח החוק אכן מדברת על מגבלות: עיון בהצעת החוק ובחוק מלמד, כי המחוקק ביקש להסדיר את השימוש בפונדקאות בגבולות ובמגבלות (סעיף 43).
- ג. בית המשפט קבע, כי מדובר בוועדה רב-מקצועית, שאופיה אינו טכני או מנהלי בלבד.
- ד. בית המשפט לא קבע במפורש, כי הוועדה מוסמכת לקבוע כללים אתיים משל עצמה, אלא דן בשאלה מהכיוון ההפוך: האם ראוי, כי בית המשפט יתערב בהחלטותיה של ועדה מקצועית, שהתקבלו בדרך עניינית. על כך כתב בית המשפט:

"בטרם ניכנס לגופו של עניין, נזכיר כי ככלל ביהמ"ש יטה להימנע מלהתערב בשיקול דעתה של הרשות הציבורית. נטייה זו תגבר ביתר שאת, מקום בו ההחלטה הנבחנת - כפי שבעייננו - מצויה בתחום המומחיות המקצועית של הרשות."⁴⁶

כאמור לעיל, בית המשפט לא קבע עמדה פוסיטיבית לגבי סמכויותיה של הוועדה. הוא קבע כי אינה טכנית או מנהלתית בלבד, והרכבה הרב-תחומי נועד "להבטיח בחינה מקיפה של כל ההיבטים הרלוונטיים לעיין אישור הסכם לנשיאת עוברים, ובפרט כשמדובר בנושא המעורר סוגיות ערכיות, מוסריות,

⁴⁶ פסק הדין גם בוחן את סבירות הכרעתה של הוועדה בהתחשב בגיל התובעים ואת הנסיבות המיוחדות שבשמן עתרו התובעים לבית המשפט, אך לא מצא סיבה לחלוק על החלטות הוועדה. חלק זה אינו קשור לענייננו ועל כן לא הבאתי אותו כאן.

חברתיות, ומצפוניות... הוא קבע, כי מסור לוועדה "שיקול דעת רחב וגמיש"; וכן שבית משפט ממעט להתערב בשיקול דעתה של רשות ציבורית. למיטב הבנתי, בית המשפט התעלם מהצדדים הנוספים של הדיון, שהרי בוועדה אין חבר שתחום מומחיותו הוא אתיקה. הוא גם התעלם מהעובדה כי למעשה מדובר בסוג נמוך אף מחקיקת משנה, שכן כללי הוועדה מכלילים, ואף מביאים לידי כך, שזוגות נמנעים מלהביא את המקרה המיוחד שלהם בפני הוועדה בשל הכללים המאוזכרים במסמכים שהם קוראים באתר משרד הבריאות.

עמדתי בשאלת סמכות הוועדה מתונה יותר. עוד קודם לדיון האתי בעמדות עצמן הוועדה צריכה לזכור בכל עת, כי אין היא המחוקק שבידו הסמכות לחקיקה ראשית וכי עמדותיה לא עברו ביקורת אתית ושיפוטית. הגבלה עצמית וזהירות של הוועדה הן תנאים הכרחיים להתייחסות עניינית לכללים שהיא קבעה. בהמשך אטען בזכות כללים אלה, אולם אך ורק אם יובהר שא... לה קווי מתאר ומפת דרכים, אשר אינן פוטרות אותה מבחינת כל מקרה לגופו. אדגיש גם, כי חלק מהשיקולים הלגיטימיים הוא ההשפעה שיש לכלל הכרעה על התוויית הדרך הכללית⁴⁷ ואף על פי כן צריך לצעוד על קצות האצבעות ואף לבטל חלק מהכללים שהוועדה נוקטת. לפי עקרונות אלה אני מבקש לבחון את ההגבלות שהתקבלו בוועדה לאורך השנים מתוך נסיונה של זו.

ה. שקלול הטיעונים לגבי כלליה של הוועדה

על כפות המאזניים מוטלים אפוא שני סוגים של שיקולים: בכף אחד עומדת האמונה העמוקה באוטונומיה של האדם ובזכות הבחירה החופשית שלו; הספק בדבר התקפות האמפירית של חלק מההנחות שהביאו להכרעות האתיות; המחלוקת בדבר התקפות של הנימוקים האתיים השונים; עמדות יסוד בדבר האחריות החברתית גם לזקוקים להסכמי נשיאת עוברים כדי לזכות בפרי בטן.

בכף השנייה נמצאים שיקולים כבדי משקל, המצדיקים את קיומם של כללי הוועדה: קשה לדבר על רצון חופשי במובנו המלא בשעה שאפשר שמדובר בניצול; ישנן הגבלות אתיות על האוטונומיה של האדם בשעה שהוא פוגע בעצמו; לא רק האוטונומיה של האדם עומדת לדיון, כי אם דמותה האתית של החברה.

⁴⁷ הניסיון מלמד, שכל מקרה פרטי הופך להיות נחלת הכלל. חלק גדול מהפונים לוועדה משתתפים באופן פעיל בפורומים שונים באינטרנט ומעלים לרשת את ההכרעות שהתקבלו בעניינם. מטבע הדברים אין הם חשופים לכל מערכת השיקולים העדינה שהביאה למסקנה הסופית ובשל כך מתקבלת תמונה מעוותת על מדיניות הוועדה וכלליה.

עמדתי היא, שהכף נוטה לכיוון תקפותם של כללי הוועדה וההצדקה האתית לקיומם. הנימוקים המכריעים בעיני הם שניים: ראשון שבהם הוא ההכרה בחובתה של החברה לנהל בדרך אתית את מעשיה וגם את ההסכמים האישיים שבין אדם לחברו, כאשר מדובר בעניינים הנוגעים למהות הקיום, כמו עבדות, תשלום עבור שירותי גוף ומאורעות דרמטיים כמו הריון ולידה. הנימוק השני הוא המציאות המלמדת, כי ישנם מצבים שבהם אדם זקוק לסיוע ולהגנת החברה בדרכים המונעות ממנו ללכת בנתיבים שאינם טובים לו.⁴⁸ בשל העובדה כי ישנם נימוקים כבדי משקל נגד מדיניות הוועדה דומני, שצריכה להיות לכך השפעה על הדיונים בפועל בדרך שקבעה הוועדה⁴⁹ שיהיה זה נכון "לשפר את ביצוע החוק בלא לשנותו, ואף להרחיב מעט את תחולתו על ידי תיקונים פורמאליים בנוהלי העבודה של ועדת האישורים ועל ידי הרחבה מסוימת של מתחם שיקול דעתה". על הוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים להתוות את הכללים שלה עצמה ולדון בכל מקרה לגופו. אמירה זו מודעת היטב לעובדה, כי כיום קשה יותר לדון בכל מקרה לגופו בשל העובדה שרבות מההחלטות החסויות של הוועדה מתפרסמות למעשה על ידי בני הזוג הפונים בפורומים השונים באינטרנט והופכות כל דיון לגופו לתקדים כללי. הוועדה צריכה לשקלל גם את המציאות הזו, ועדיין להותיר בידיה מרווח גדול יותר של גמישות בדיונים במקרים ספציפיים.

1. על הכחול והלבן בכללי הפונדקאות בישראל

האם כלליה של ועדת הפונדקאות מושפעים מעצם הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינתו של העם היהודי? יש להבחין בין שני פניה של שאלה זו. סוג אחד של השפעה הוא ההשפעה האתוסית. נראה לי, שנכון יהיה לטעון כי עצם התקבלותו של החוק לנשיאת עוברים קשור בל יינתק באתוס היהודי של "פרו ורבו"⁵⁰ ובחשיבותו העילאית של קיום מצווה זו. זה אינו ההיבט היחיד שבו מתייחדת ישראל בנושאים אלה: הריבוי הטבעי של החברה בישראל גדול בהרבה מכל מה שמקובל בעולם המערבי; מדינת ישראל

⁴⁸ להלן שתי דוגמאות למימוש טיעון זה: במסורת היהודית מוטל איסור ההלוואה בריבית לא רק על המלווה, אלא גם על הלווה: "...כדרך שאסור להלוות כד אסור ללוות בריבית" (רמב"ם, הלכות מלווה ולווה ב, ד). דוגמה נוספת היא החוק המחייב חגירת חגורות בטיחות, שיש לכך גם סיבות חברתיות. בחינה נוספת של טענה זו לגבי סוגיית התערבותה של המדינה בהפלות נמצאת במאמרו של גיל סיגל, "בין אוטונומיה אימהית לזכויות העובר: היבטים של חברה, משפט ומוסר", **משפט רפואי וביו-אתיקה 1** עמ' 120119- (2008).

⁴⁹ ראו לעיל, ה"ש 25.

⁵⁰ ראו מאמרו של פרופסור דוד הד בחוברת זו.

היא אחת היחידות בעולם המממנת טיפולי הפריה בלא הגבלה עד לשני ילדים במשפחה וכדו'. זאת ועוד: חלק בלתי-נפרד מהמוטיבציה של זוגות לפנות להסכמי פונדקאות נובע מאתוס זה. לא מדובר במדיניות ממשלתית בלבד, אלא להיפך: התביעה עולה מהשטח עצמו.

מנגד, כללי הוועדה מצמצמים למעשה את הנגישות לפונדקאות בכך שהם מקטינים את מספר הנשים המוכרות כנשים המיועדות לשמש אם נושאת. אם נצרף את קביעות החוק לכללי הוועדה נמצא, כי נפסלו נשים שגילן פחות מ-22 ויָתֵר על גיל 39, נשים נשואות (פרט למקרים חריגים), נשים שמעולם לא ילדו, נשים שכבר חתמו על שני הסכמים לנשיאת עוברים, נשים שמלאה שנה לפחות מיום שקיבלו את ג. טן, נשים במצוקה כלכלית קשה ועוד. בסופו של דבר המציאות מלמדת, כי מספר הנשים הפוטנציאליות הנכונות לשמש אם נושאת נמצא בירידה מתמדת ולמעשה כל הוראה מגבילה מקטינה את מספר נשים זה עוד ועוד. עולה אפוא, כי האתוס של פרו ורבו אינו עומד מול הכללים האתיים השונים ההולכים ומצטברים עם השנים.

אולם כדי לתת תשובה אנליטית יותר לשאלת "יהדותה" של הפונדקאות בישראל, יש צורך לבחון גם את תרומת ההלכה לשאלה זו ולבחון מהן נקודות הממשק שבין הדיון ההלכתי ובין חוקיה של מדינת ישראל. בחינה זו עשויה ללמד הרבה מאוד על תהליכי החקיקה במדינת ישראל, מחד גיסא, ועל ההלכה היהודית, מאידך גיסא. אני מבקש להדגיש, כי במאמר זה אני נוקט לשון "הלכה" במובנה הרחב, ואיני מתכוון רק לחלק המשפטי של היהדות, אלא גם לכללים שמצאו את ביטויים בחלקים הנבואיים והאגדתיים של התורה. למעשה הייתי מעדיף להשתמש בביטוי ה"יהדות", אולם כדי לא להגזים אני משתמש בביטוי "הלכה", אך מתכוון, כאמור, להיבט הרחב של המונח.

המערכת הפוליטית במדינת ישראל, ובעיקר תהליכי החקיקה בענייני המשפחה, מושפעים מאוד מקיומן של מפלגות דתיות. בשעה שמפלגות אלו משתתפות בקואליציה, ההסכם הקואליציוני מכיל בדרך כלל את זכות הווטו שלהן על חקיקה קשורה בנושאים דתיים. על אף העובדה שלמעשה כמעט כל חקיקה קשורה בנושאים דתיים (וכי חוקי הריבית או חוקי רווחה אינם "דתיים"?), מקובל כי מה שמכונה בישראל כ"חקיקה דתית" עוסק בתחום צר מאוד של נושאים. אחד הנושאים המרכזיים ביותר בסוגיה זו הוא שאלת חוקי המשפחה, בשל המשקל הגדול שיש לחוקים אלה בתהליכים בלתי-הדירים, כגון ממזרות. אולם גם כאשר מפלגות אלו נמצאות באופוזיציה, המפלגות המרכיבות את השלטון מביאות בחשבון שיקולים מעין אלה, בין מסיבות

של "שלח לחמך על פני המים" בין בשל אחריותן לנימוקים כבדי המשקל המחייבים חקיקה בענייני משפחה המוסכמים גם על העולם הרבני.

חוק ההסכמים לנשיאת עוברים אינו שונה, וודאי שלעמדה הדתית היתה השפעה ניכרת עליו. ברם, מדובר גם בהשפעה ספציפית רבת-משמעות. החוק חוקק בינואר 996, מעט לאחר רצח ראש הממשלה יצחק רבין. בתקופה זו מונה מורי ורבי הרב עמיטל זצ"ל, על ידי ראש הממשלה דאז שמעון פרס, לשמש כשר בלי תיק, כדי להביא לפיוס לאומי. על פי הוראת פרס, היה הרב עמיטל מעורב בתהליכי חקיקת החוק, וזה אושר על ידי ועדת השרים לענייני חקיקה בהסכמתו ובאישורו. השפעתו העיקרית על החוק היתה הקביעה, כי הזרע המשמש לצורכי פונדקאות יהיה זרע מהסוג המוכר בלבד.

ככל הידוע לי, השפעה זו באה לידי ביטוי בסעיף מיוחד בחוק הקובע, כי "אין בצו הורות כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין" (21 ב). סעיף זה כשלעצמו הוא בעייתי מאוד, בשל העובדה שהמדינה קובעת בו למעשה שאין היא מכירה בפער שבין הגדרת חוקי המדינה ובין חוקי ההלכה. עובדה זו כשלעצמה היא חלק מייחודה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם אם אין הדבר מוגדר בחוקה. אולם הבעיה הקשה יותר היא העובדה, שהקביעה ההלכתית בשאלה זו אינה מוסכמת (כפי שנראה להלן) ועל כן מתקיים למעשה מצב שבו נערכים הסכמים לנשיאת עוברים בלי שההורים המיועדים יודעים מראש מה יהיה מעמדו ההלכתי של הילד לענייני נישואין וגירושין ואין הם יודעים אפוא מה יהיה מעמדו על פי חוקי מדינת ישראל. נושא שני שבו ניכרה בעליל השפעתו של הרב עמיטל כחבר הממשלה הוא האיסור על אישה נשואה לשמש אם נושאת - נושא שעסקנו בו לעיל.

אולם גם מעבר להפניה המפורשת לבתי הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין ניכרת השפעתה של הדת היהודית על החוק, אולם לא במישורים האתיים. כדי להוכיח טענה זו אציג ראשית את הדיונים ההלכתיים השונים בעניין הפונדקאות.

ז. סקירת הנושאים השונים שנידונו על ידי פוסקי ההלכה בעניין הפונדקאות

סריקת כל החומר ההלכתי שקיים בנושא הפונדקאות מלמד, כי הדיונים ההלכתיים עסקו בעיקר בנושאים הבאים:

1. הגבלת המדע מסיבות תיאולוגיות: בשל העובדה כי נשיאת עוברים היא

"טכנולוגיית קצה" לאמור: טכנולוגיה רפואית מהפכנית של פיצול תפקיד האם בהריון לשתי נשים שונות - עולה שאלה מקדמית בדבר עמדתה של היהדות כלפי המדע. שאלה זו עולה כהקדמה כמעט בכל דיון בטכנולוגיות מעין אלו⁵¹ הדיון מורכב בדרך כלל משני אתוסים מנוגדים: העמדה המתירה, ואף דוחפת, לשימוש מסיבי בטכנולוגיות מבוססת על פסוקי הבריאה שבספר בראשית. פסוקים אלה - "ויברך א' אתם א-להים ויאמר להם א-להים: פרו ורבו ומלאו את הארץ וכבשה ורדו בדגת הים ובעוף השמים ובכל חיה הרומשת על הארץ" (בראשית א, כח) - מלמדים על תפיסת האדם כבעל צלם אלוקים ועל תפקידו הגדול לשלוט בכל מכמני המציאות. בוויכוח פילוסופי המופיע במקורות האגדה אנו מוצאים את רבי עקיבא המחזק עמדה זו:

שאלו את ר' יהושע בן קרחה, מה נברא אדם, מהול או ערל?
 אמר: אם אומר ערל, אומרים לי: אם כן למה אתם נימולים?
 ואם אומר מהול, אומרים: וכי איזו בריה נשתנית מברייתה?
 אמר להם: כתוב במעשה בראשית אשר ברא א-להים. אין כתיב
 כאן אלא "לעשות", שמא ברא תחילה גלוסקאות - אלא חיטין
 והם עושים אותם גלוסקאות!
 כך אמר הא-להים: כשם שאתה משתתף עמי במעשה בראשית.
 השתתף עמי בעצמך" (בראשית רבה פרשת לך לך).

האתוס המובע במדרש זה הוא האתוס בדבר שותפותו של האדם עם הא-לוהים במעשה הבריאה. לעומת זאת, ישנה מצווה אחת המבטאת (לדעת חלק מהפרשנים) באופן עמוק את ההגבלה על המדע מסיבות תיאולוגיות. כך ביאר הרמב"ן את איסור הכלאים:

...אבל ההנהגה הפשוטה אשר במהלכה הוא חפץ הבורא יתברך, אשר שם בהם מאז, וזה היפך. וזה סוד הכשפים וכחם שאמרו בהם (חולין ז ב) שהם מכחישים פמלייא של מעלה, לומר שהם היפך הכחות הפשוטים והם הכחשה לפמלייא בצד מהצדדין, ועל כן ראוי שתאסור אותם התורה שיונח העולם למנהגו ולטבעו הפשוט שהוא חפץ בוראו. וגם זה מטעמי איסור הכלאים, כי יבואו מן ההרכבות צמחים יעשו פעולות נכריות יולידו שינויים ממנהגו של עולם לרע או לטוב, מלבד שהן עצמן שינוי ביצירה, כאשר פירשתי כבר (פירוש הרמב"ן על התורה, דברים יח, ט).

⁵¹ השיבוט הגנטי מבט תורני אסופת מאמרים, תשס"ד. כמעט כל מאמר בקובץ זה פותח בדיון העקרוני בדבר גבולות המדע.

עיון בפסיקות השונות הקיימות בזמננו מלמד, כי העמדה שהתקבלה היתה זו התומכת בפיתוח המדעי מצד עצמו ואינה מגבילה אותו, מה עוד שמצוות כלאיים היא ספציפית ואינה כללית. יחד עם זאת, אנו מוצאים בדברי כל הכותבים סיוג ואמירה כי צריך לשקול גם את הגבולות, אם כי איש מהם לא אחד סימן אותם במדויק.

2. השימוש בטכנולוגיות פריון:

בניגוד לעמדה העקרונית שאינה מגבילה באופן עקרוני את המדע, בשעה שאנו עוסקים באופן ספציפי בטכנולוגיות הולדה אנו מוצאים התנגדויות רבות יותר. ישנם הטוענים, שהדבר מנוגד לעמדה הפוסיטיבית של התורה, המחייבת הולדה רק כחלק מ"ודבק באשתו". ישנם שהתנגדו לכך בשל הסכנה הגדולה של בלבול יוחסין ומהחשש שמא יישא אח את אחותו. ישבהחלט לקבוע, כי לא שוררת התלהבות יתירה בין פוסקי ההלכה להיתר השימוש בטכנולוגיות הולדה הקשורות בחומר גנטי ובתהליך ההריון שאינו של ההורים המיועדים בלבד, כגון תרומת זרע, תרומת ביצית ופונדקאות.

ברם נראה, כי ישנה הבחנה בין העמדה ההצהרתית העקרונית ובין הפסיקה האישית. בשעה שבני זוג באים לפוסק ההלכה ופורשים בפניו את מצוקתם הקשה בשל העובדה שלא זכו לפרי בטן, אנו מוצאים כי פוסקים רבים נותנים היתר פרטי לזוג זה להזדקק לטכנולוגיות אלו. זהו אחד המאפיינים של ההלכה, והפער בין העמדה ההצהרתית ובין הפסיקה האישית שכיח הרבה בפרקטיקה ההלכתית ומחייב דיון לעצמו.

3. סוגיית היוחסין

הלכות רבות עוסקות בקשרי המשפחה שבין הורים וילדים. על כן השאלה, מי נחשבת אמו של הילד בתהליך נשיאת עוברים? היא שאלה חיונית ומובן שזו השאלה המסובכת ביותר. באופן תיאורטי תיתכנה חמש אפשרויות: לקבוע, כי הילד מיוחס לאם המיועדת באופן מוחלט - דבר הנתמך הן על ידי הגנטיקה הן על ידי סיבות הלכתיות אחרות; לקבוע כי הילד מיוחס לאם הנושאת בין בשל העובדה המוחשית שהיא היולדת בין בשל אנלוגיה מסוגיות הלכתיות שונות; לקבוע, כי ההלכה אינה מכירה בייחוס הילד לאף לא אחת מהא. מהות, שכן ייחוס מותנה במילוי שתי הפונקציות של ההריון - החומר הגנטי ונשיאת ההריון; לקבוע, כי ההלכה מכירה בשתי הא. מהות, בשל השותפות של כל אחת מהן בתהליך; לקבוע, כי ההלכה מחמירה מספק לכל הכיוונים (בניגוד לקביעה הוודאית, שהילד מיוחס לשתיהן) בשל העובדה שאי-אפשר להכריע

בסוגיה זו.

הבעיה הגדולה היא, שכל חמש העמדות האלה נאמרו על ידי פוסקים שונים ומגוונים, וחלקם אף שינו את דעתם במהלך השנים.⁵² תופעה זו כשלעצמה אינה בעייתית בשל תרבות המחלוקת הלגיטימית, ואף החיובית, בתהליך הבירור ההלכתי. הבעיה המהותית היא, שאין מוסד מוסמך לקבלת הכרעות הלכתיות המקובלות על הכול; ואף הרבנות הראשית, שלכאורה מוגדרת כסמכות להכריע בשאלות אלו, אינה מקובלת על רוב הציבור הדתי בישראל ולא זו בלבד, אלא שהיא מתחמקת תדיר מאחריות זו. ציינו לעיל את העובדה הבעייתית, כי החוק בישראל מותיר שאלה זו פתוחה כאשר עוסקים בדיני נישואין וגירושין; ואף שאני שמח מאוד על כך שהמחוקק אינו מתערב בשאלות הלכתיות המצויות מחוץ לתחמו, איני יכול להעלים עין מהעובדה הבעייתית שהרבנות הממלכתית אינה נכנסת לתוך חלל זה, ולמעשה נוצר מצב בלתי-נסבל שהורים אינם יודעים מה יהיה מעמד ילדיהם.

במציאות הקיימת היום הדבר תלוי בהרכב בית הדין שהתיק יובא בפניו ואפשר, שכל הרכב יסמוך על שיטה הלכתית אחרת. ככל הידוע לי, שאלה זו עדיין לא עמדה לדיון, אולם היא אקטואלית מאוד ואין צורך להמתין עד לגיל הנישואין. ההשלכה היום היא שאלת הגיור, שכן א.ם הא.ם המיועדת אינה יהודית על פי ההלכה אך האם הנושאת כן או להיפך, עולה מיד שאלת הגיור. קביעת החוק, כי "האם הנושאת היא בת דתה של האם המיועדת" (2(5)), אינה פותרת את הבעיה התיאורטית; שכן היא אינה קובעת את מעמדו של ילד שנולד בהסכם לנשיאת עוברים אשר נעשה בחו"ל וכן אין היא פותרת את מעמדו של הילד שנולד להורים המוכרים כיהודים על פי חוקי המדינה, אך לא על פי חוקי ההלכה.

מעבר לכך המחוקק בחר למעשה שלא להכריע בשאלת היוחסין. המחוקק קבע, כי "תוך שבעת ימים מיום לידת הילד יגישו ההורים המיועדים בקשה למתן צו הורות" (11 א). עולה מקביעה זו, כי המחוקק אינו קובע שהאם הנושאת היא האם החוקית (שכן לו היה זה כך, היה צורך בצו אימוץ),⁵³ אך גם אינו קובע כי האם המיועדת היא האם, והאם הנושאת שימשה רק "אינקובטור הומני" (שכן לו היה זה כך, לא היה צורך כלל בצו הורות). הוא השאיר את

⁵² סיכום העמדות השונות והפניה למראה המקומות ניתן לראות ב: <http://www.medethics.org.il/articles/tora/subject21.asp>

⁵³ ראיה נוספת לכך היא הפתח שקיים בחוק לביטול ההסכם לנשיאת העוברים בתנאים מסוימים בסעיפים 13 ו 14 לחוק.

השאלה כשהיא בלתי-פתורה במישור העקרוני. עובדה זו כשלעצמה מלמדת על חולשת ההלכה וחולשת הכנסת כאחד. נושאי דברה של ההלכה לא השכילו להקים מוסד מכריע ומוסכם, ואילו הכנסת מחוקקת חוקים שאינם מוכרעים ומותירה את אי-הוודאות בתהליכים מורכבים ועדינים אלה.

אישה נשואה כאם נושאת: על אף העובדה ששאלה זו קודמת לשאלת היוחסין, שתי השאלות קשורות (אם כי לא תלויות) זו בזו. הקביעה, כי הילד מיוחס לאם המיועדת לכל דבר ועניין, רואה למעשה את האם הנושאת כ"אינקובטור הומני" בלבד ועל כן הגיוני לטעון כי אין כל בעיה בכך שהם הנושאת תהיה נשואה.⁵⁴ לעומת זאת, המייחס את הילד שנולד לאם הנושאת, רואה קשר בינה ובין העובר וממילא - בין זרעו של איש זר ועל כן הוא קרוב יותר לטעון שאסור לאם נשואה לשמש אם נושאת. אדגיש כי אפשר לטעון, שעל אף העובדה שהילד מיוחס לאם הנושאת, זו יכולה להיות נשואה, שכן אין מדובר בקיום יחסי אישות, שהוא הדבר האסור על פי התורה.

השלכות שונות של הפונדקאות: בשולי הדיון על הפונדקאות התקיימו דיונים הלכתיים על השלכות שונות: האם מקיימים בפונדקאות את מצוות פריה ורבייה? האם מקיימים בדרך זו מצוות ייבום כאשר יש צורך בכך? כיצד קובעים מיהו הבכור? האם מותר למול תינוק שנולד בהסכם נשיאת עוברים בשבת? וכדו'.

היעדרות המישור האתי מהדיון התורני:

כאמור בפתיחה למאמר זה, בולטת עובדת יסוד אחת בכל הנושאים שבהם עסק הדיון ההלכתי; שכן ככל הידוע לי, לא התקיים ולו דיון הלכתי אחד ביסודות האתיים המגינים על האם הנושאת מפני פגיעות שונות. קביעה זו מבוססת הן על קריאה של החומר הרב שנכתב על הפונדקאות, אם כי אפשר שדבר מה נעלם מעיני, הן על העובדה שבאנציקלופדיות ההלכתיות לסוגיהן לא ראיתי הפניה כלשהי להיבט זה של הפונדקאות. בחלק זה של המאמר אני מבקש להעלות חמש סיבות אפשריות לתופעה זו, שלכל אחת משמעויות רבות

⁵⁴ בחוות דעת 26-2-214/ס"ו מתאריך "מוצאי שבת קודש פרשת משפטים התשס"ו, מאשר הרב הראשי לישראל הרב עמאר לזוג מיועד לחתום הסכם לנשיאת עוברים עם אישה נשואה "מפני הדחק והמצב המיוחד", ותולה את ההיתר הזה בקביעה כי הילד מיוחס באופן מוחלט לאם המיועדת. את דבריו הוא מבסס על פסיקתו של הרב עובדיה יוסף. במכתב שני מיום ו בניסן תשמ"ו (26-2-275/ס"ו) מדגיש הרב "שאין ללמוד מהיתר זה לשאר השאלות של פונדקאית שהיא נשואה". במכתב אחר (26-2-373/ס"ט, מיום ב' באייר תשס"ט) הוא פוסק כי גם אם האם הנושאת אינה יהודית הילד אינו זקוק לגיור אם האם המיועדת הינה יהודית.

מבחינת עמדתה של היהדות לגבי סוגיות אתיות אלה.

אפשרות ראשונה: זהו חלק מההתנגדות להפיכת הפונדקאות למסלול מרכזי

הפונדקאות משמשת פתרון למצוקתם של זוגות אשר לא זכו לפרי בטן, ובמסגרת אינטימית זו עליה להישאר. כל עוד היא משמשת מוצא אישי ופרטי למציאות קונקרטי, לא יתייצבו פוסקי ההלכה נגדה, ואולי אף יעודדו בני זוג להיעזר בה. אולם ישנה התנגדות עיקשת לסוגים שונים של אלטרנטיבות לקביעה היסודית של התורה בפרשת הבריאה, כי תהליכי הלידה מתקיימים אך ורק במסגרת המשפחה של "איש ואשתו" ובתהליכים של "ודבק באשתו".

דיון בשאלת ההגנה האתית על הפונדקאית מוציא את הפונדקאות ממסגרת הפתרונות המוגדרים כ"בדיעבד" לתחום השיח של דרך לגיטימית וסלולה המתקרבת לדרך הראשית. משעה שאנו מוצאים כללים, תקנות, חוקים ומסגרות, אנו מחזקים מגמות של פירוק המשפחה המסורתית ותמיכה ברעיונות של משפחות חדשות מסוג זה או אחר. בשל כך אופי הפונדקאות צריך להיות פתרון "אד הוק", וחלק מזה הוא הימנעות מכל קביעה הנוגעת לשאלות הספציפיות היורדות לפרטים.

אפשרות שנייה: שתיקה רועמת המבטאת התנגדות לרוח הכללים

התקנות הבאות להגן על האם הנושאת מנוגדות לאופיה של ההלכה. ההלכה מבוססת על ההכרה בבחירה החופשית של האדם ונוטה להתערב במקרים מועטים בלבד בחירות בסיסית זו, כגון בדיני ריבית ובאיסור אונאה. מעבר למקרים אלה מסמיכה ההלכה את האדם לקבל הכרעות הנוגעות לו ואינה מכירה בזכותה של החברה או בזכותה שלה עצמה להתערב בחייו הפרטיים של האדם. בדרך כלל התייחסות אל ההלכה כבעלת ערכים ליברליים נראית כסתירה פנימית, אולם לאמיתו של דבר, בהקשר של זכות הבחירה החופשית ובעלות האדם על גופו ועל ממונו, צועדת ההלכה בדרך המיוחדת לה, המעניקה את זכות הבכורה להסכמים החופשיים הנכרתים בין בני אדם.

ולא זו בלבד, אלא שכללים אתיים אלה נתקלים גם בביקורת פוטנציאלית הנוגעת לשיקול הדעת ולאיוון שבין האינטרסים השונים. ההגנה על האם הנושאת, מעבר להיותה פטרנליסטית, מצמצמת באופן קיצוני את זכויותיה של בני הזוג המיועדים.

לאמור: שתיקת פוסקי ההלכה היא שתיקה רועמת, המביעה התנגדות לכללים

האתיים של ועדת הפונדקאות. היא רואה בהם חריגה מסמכות והתערבות בכתר אתי, בעוד שלמעשה מדובר בהתאכזרות הן לזוג המיועד הן לנשים רבות המעוניינות לשמש פונדקאיות בשל האינטרסים הפרטיים שלהם, אולם מוצאים את עצמן מנועות לעשות כך מכוח כלליה של ועדת הפונדקאות. אי-אפשר לבסס את הכללים האלה על תקנות הקהל וכדו' בשל העובדה שלא התקבלו בחקיקה ראשית.

אפשרות שלישית: מצוות פרו ורבו, הדוחה את כל השיקולים האחרים

מעבר להתנגשות שבין חופש הבחירה וחירות הפרט לכללי ועדת הפונדקאות מדובר גם בהתנגשות באתוס של "פרו ורבו". ההלכה היהודית רואה במעגלים שונים את החשיבות העליונה של קיום תא משפחתי עם ילדים רבים. המעגל הראשון הוא מעגל התבנית הראויה, המתואר בסוף פרשת הבריאה: "על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (בראשית ב, כד). המעגל השני הוא הכנסת עיקרון זה למעגל נורמטיבי מחייב: "מצווה רי"ב - היא שצונו לפרות ולרבות ולכוין לקיום המין וזאת היא מצות פריה ורביה והוא אמרו ית' פרו ורבו" (ספר המצוות לרמב"ם). המעגל השלישי הוא המעגל הדוחף זוג שקיים את מצוות פרו ורבו להמשיך וללדת ילדים: "רבי יהושע אומר נשא אדם אישה בילדותו - יישא אישה בזקנותו; היו לו בנים בילדותו - יהיו לו בנים בזקנותו, שנאמר: 'בבקר זרע את זרעך ולערב אל תנח ידך כי אינך יודע אי זה יכשר הזה או זה ואם שניהם כאחד טובים'" (יבמות סב, ע"ב). מעגל רביעי הוא המעגל של אתוס המשפחה היהודית המתואר במקומות רבים כגון "שיר המעלות אשרי כל ירא ד' ההולך בדרכיו. יגיע כפיך כי תאכל - אשריך וטוב לך. אשתך כגפן פריה בירכתי ביתך בניך כשתלי זיתים סביב לש' לחנדך" (תהילים קכח, א-ג).

כללי ועדת הפונדקאות עומדים בסתירה לחלקים ממגמה זו, שכן הם מגבילים את יכולתם של בני הזוג לממש את רצונם במשפחה היהודית בדרך זו ועל כן מצמצמים את יכולת קיומה של מצוות פרו ורבו. לפיכך אפשר, ששתיקת ההלכה והימנעותה מעיסוק בשאלות הנוגעות לאם הנושאת נובעות מעמדתה העקרונית שאין להגביל בהגבלות שונות את מספר הנשים המסוגלות לשמש אם נושאת.

אפשרות רביעית: הסמכת המחוקק ועדת הפונדקאות

ההלכה מכירה פעמים רבות בכללים שנוצרו מחוץ למסגרתה ומעניקה להם מעטפת הלכתית. דוגמה לדבר: הרבה מאוד מכללי המסחר המודרניים מוכרים על פי ההלכה כחלק מהכרתה ב"סיטומתא"⁵⁵ - הוא מנהג הסוחרים.

⁵⁵ ראו בבא מציעא עד, ע"א.

תקנות הקהל בכלל הם נושאים שעיצבו את דרכה של ההלכה לאורך כל ימיה. אדגיש, כי אין מדובר בהכרח בקביעה כי ישנם עניינים שהם "לא שפיטים" או שהם מחוץ להלכה, אלא בהסמכה הלכתית של גופים חוץ-הלכתיים הפועלים ברשות ההלכה ובסמכותה. אחד מהעקרונות העל-הלכתיים הוא "ועשית הישר והטוב". עיקרון זה נוסח על ידי הרמב"ן כך:

וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כולם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה... חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין... (פירוש לתורה דברים ו, יח).

לאמור: ההלכה מצווה באופן כללי לעשות את הטוב והישר. בעניינים שונים נכנסה התורה לפרטי הפרטים והגדירה מהו אותו טוב וישר שהאדם מחויב בו, אולם בשל העובדה ש"אי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו" היא קבעה ציווי כללי של עשיית הטוב והישר.

כיצד יוגדר אותו טוב וישר? מפירוש הרמב"ן במקומות שונים בתורה ומאינטרפרטציות שנעשו על דבריו במשך הדורות, עולה, כי ישנם שני מסלולים להגדרת הטוב והישר. מסלול אחד הוא מציאת המכנה המשותף של מצוות התורה או ניתוח עמוק של טעם מצווה מסוימת והרחבתו לעיקרון כללי. מסלול שני הוא מה שנחשב טוב וישר בעיני השכל הישר ובעיני הבריות. מובן, שיישום שני המסלולים פותח פתח למחלוקות רבות בדבר הגדרת הטוב והישר במקרים ספציפיים, אולם הדבר החשוב לענייננו הוא עצם האפשרות כי ההלכה מאמצת למעשה את כללי ועדת הפונדקאות. בשעה שבני אדם קובעים מהו הטוב והישר שיש לנהוג לפיו, והדברים אינם סותרים את מצוות התורה או את הכיוונים העיקריים בתורה - ההלכה מותירה קביעה זו לציבור.

שתיקה של ההלכה אפוא היא בגדר הכרה דה יורה ולא רק דה פקטו במחוקק ובכלליה של ועדת הפונדקאות. ההלכה נוטה שלא לחדש כללים אשר אינם מצויים בה ובתוכה; וכיוון שאין בסיס לכללים אלה ממקורות ההלכה הקדומים, היא מותירה את מלאכה קביעתן של תקנות הציבור לכללי הקהל.

אפשרות חמישית: - אופיה של ההלכה ואופיו של הדיון האתי
שתיקתה של ההלכה היא צירוף של שני נושאים: ראשון בהם הוא אופיה

הקזואיסטי של ההלכה. ההלכה בכלל אינה עוסקת בכללים ואינה מנוסחת בהם, אלא במקרים מסוימים. במקורות הקדומים של ההלכה - בתורה שבכתב ובמשנה - כמעט שאין אנו מוצאים כללים. היא מנסחת את דרכה בעיסוק במקרים ספציפיים, ומהם יש להקיש על מקרים דומים. גם פסיקת ההלכה נעשית בעיקר על ידי אנלוגיות ולא על ידי כללים עקרוניים. דוגמה טובה לדבר נמצאת בסוגיה שבה אנו עוסקים - שאלת ייחוסו של הילד לאם המיועדת או הנושאת נבחנת לפי היקשים מדיני ערלה ומדיני אשת אח ולא על ידי ניסיון לנסח מהי הורות וכיצד היא נקבעת. לפיכך טבעי הוא, שלא נמצא כללים עקרוניים הנוגעים לפונדקאית.

הסוגיה שאנו עוסקים בה היא בגדר חידוש בשני הקשרים: ההקשר האחד הוא הפונדקאות כתופעה חדשה במישור הטכנולוגי. עובדה זו מבארת מפני מה אין מסורת הלכתית המאפשרת דיון הלכתי בנוסחו המקובל-0 הסתמכות על הדורות הקודמים, מקורות מנוסחים, ספרי שאלות ותשובות וכדו'. אולם החידוש אינו רק בטכנולוגיה, אלא גם בהקשר התרבותי והאתי של הסוגיה. הרעיון היסודי של הגנה אתית, שבה מתערבת החברה בבחירתו החופשית של האדם כדי להגן עליו מפני עצמו או כדי להגן על החברה מפני התנהגות שאינה אתית - הוא תופעה תרבותית חדשה. השפה האתית התפתחה בצורה דרמטית בעיקר אחרי מלחמת העולם השנייה, וודאי בעניינים הקשורים באתיקה הרפואית, וזמן רב יימשך עד שההלכה תוכל להגיב למציאות חדשה זו.

הצירוף של אופי קזואיסטי והימנעות מהכללות, יחד עם שפה טכנולוגית ותרבותית חדשה, הוא הסיבה העיקרית לכך שההלכה עדיין לא היתה מוכנה לסוגיית הפונדקאות בנוסחה המודרנית ובצורך לקיים דיון דדוקטיבי בסוגיות אלו. אם נצרף לכך את העובדה, שההלכה בכלל אינה מתמודדת עם אחריות ציבורית כוללת למימוש עקרונותיה, שכן מדינה יהודית עצמאית לא התקיימה ב-2,200 השנים האחרונות - נוכל להבין את הפער הקיים בין הדיון האתי ובין הדיון בתחומים אחרים של הפונדקאות.

בסוגיית ההגנה על האם הנושאת תופעה זו חשובה יותר, שכן האתיקה לעולם מפגרת מאחורי הטכנולוגיה. דחיפת האתיקה להכרעה נובעת משעה שמוטלת אחריות למימוש הטכנולוגיות על העוסקים בתחום, והדבר מעלה את השאלות האתיות. ההלכה אינה מופקדת על הפונדקאות בכלל, אלא רק על מתן תשובות פרטיות לאנשים הפונים לפוסקי ההלכה ומבקשים את קביעתם וכן על קביעת החוק בדרך שלא תסתור צדדים אחרים בהלכה כפי שבואר לעיל. בשל כך השפה האתית הנוגעת לפונדקאות אינה קיימת בה.

אני מבקש להדגיש, כי תהיה זו טעות גדולה לטעון שנושאים אתיים כלל אינם מעניינה של ההלכה. ההלכה עוסקת בהקשרים רבים בנושאים אתיים שונים ומגוונים על הזקוקים להגנה בהיקפים רבים - למן ההגנה על העניים מעושי הריבית, על אף שההלוואה נעשית בהסכמה מלאה; ועד לאיסור של הטלת עבודת פרך בעבד.

דומני, כי בסוגיה זו כל חמש האפשרויות נכונות. אין לדבר על סיבה אחת לשתיקתה של ההלכה. אין מדובר באפשרויות חלופיות, כי אם בתמונה מורכבת מכל ההיבטים שצוינו לעיל. פוסקי ההלכה אינם שמחים לעסוק בפומבי בפונדקאות, מתוך הנחה שהדבר מעודד שיח על כל מבנה המשפחה בדרך אחרת מזו המסורתית. בד בבד הם אינם קשוחים כמו כללי הוועדה, ובמקומות ספורדיים שבהם יש צורך בפונדקאות חלקם בוודאי סוברים, שיש לבטל את ההגבלות האתיות השונות שהטילה הוועדה. אולם פוסקי ההלכה מכירים בסמכות ה"קהל" (שוועדת הפונדקאות מייצגת אותה במקרה זה) לתקן תקנות שונות, ובלבד שלא תבאנה למניעת האפשרות לפרו ורבו שהועצמה עם פיתוחה של הפונדקאות. אך נכון יהיה לומר, כי השיח האתי ההלכתי צריך להיפתח הרבה היותר.

ח. סוף דבר

מהו הדבר הנדרש אפוא לעשותו? למיטב הבנתי, נקראת ההלכה היהודית להתיר את הקשר ולהתמודד עם השאלה בשתי רמות: הרמה הראשונה היא הרמה התיאורטית, לאמור: בהנחה כי מוקמת ב"מקום לא נודע" מדינה הנוהגת על פי התורה - כיצד ייראה חוק הפונדקאות: האם בכלל הטכנולוגיה תהיה מותרת? מה תהייה ההגבלות? האם תהיה ועדה ומי י... שב בה? וכדו'. שאלות אלו יחייבו את ההלכה להתמודד כיוזמת ולא כמגיבה, כבונה חזון ולא כנכנעת לחילון. הדבר יחייב את פוסקי ההלכה להשתמש במתודות מחשבה חדשות, כיוון, שכאמור, אין מסורת הלכתית בנושאים אלה. הם יצטרכו להסיק מסקנות לא ישירות ממקומות שונים (למשל: התערבות ההלכה בהסכמי ריבית בהלוואה, על אף שהן נעשו מתוך רצון חופשי) ולפתח כלים הלכתיים חדשים כדי להתמודד עם שאלות הנובעות מקיומה של מדינה "אידיאלית" זו; ומהצורך בחקיקה ולא בפתרון הבעיה אד-הוק, כפי שהיה מקובל בעיירה בגלות. במסגרת זו ההלכה תיאלץ לשאול את עצמה, מהי עמדתה מלכתחילה בנושאי האתיקה השונים, ובמסגרתם - מה עמדתה לגבי ההגנה על הפונדקאית. זו משימה ארוכת-טווח, אולם היא תביא תועלת מרובה להלכה עצמה בשעה שתתמודד בדרך זו עם שאלותיה. ולא זו בלבד, אלא שהקמת מוסד הכרעה הוא תנאי לקיומה של ההלכה במדינת ישראל.

במקביל יש צורך לבחון לפי עקרונות הלכתיים את כללי של ועדת הפונדקאות ולקבוע עמדה לגביהם. כאמור לעיל, כללים אלה מקטינים למעשה את מספר הנשים היכולות לשמש אימהות נושאות ועל כן משמעותם של הכללים היא חברתית. בשל העובדה שצריך למתוח את הקו במקום מסוים, השאלה המעשית מונחת לפתחה של ההלכה גם כיום וטוב יהיה, אם היא תצטרף לדיון בשאלת דמותה האתית של מדינת ישראל הנוכחית ותרומתה של היהדות לאתיקה זו.