

יובל שרלו

תרומת ההלכה והאתיקה היהודית לסוגיית הפונדקאות – היכן היא ?

רקע היסטורי משפטי:

בינואר 1996 התקבל בכנסת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו-1996, הידוע בשמו העממי חוק הפונדקאות. מדינת ישראל הייתה לאחת המדינות היחידות בעולם בה הפונדקאות מוסדרת על פי חוק. החוק שהתקבל היה תוצאה של דיונים ציבוריים והלכתיים רבים, ועדה ממשלתית¹ ופשרות רבות. התחשבות בעובדה זו באה לידי ביטוי גם בדברי בג"ץ, וראה להלן. במסגרת החוק נקבע כי תוקם ועדת אישורים שתאשר לכל זוג ואם נושאת (=פונדקאית) את הסכם הפונדקאות.²

בחוק נקבע כי הוועדה צריכה לבחון שני תחומים קודם בבואה לאשר את הסכם נשיאת העוברים:

1. אם התקיימו כל התנאים האובייקטיביים הרשומים בסעיף 2 לחוק, ובכללם: מדובר בבגירים תושבי ישראל, קיים הסכם פונדקאות בכתב העונה לדרישות החוק, תנאים מסוימים לגבי מי רשאית לשמש כאם הנושאת, מקור הזרע ומקור הביצית, והיותם של המעורבים בתהליך בני אותה דת.
2. הוועדה השתכנעה ש"כל הצדדים עשו את ההסכם לנשיאת עוברים בהסכמה ומרצון חופשי, ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו; לא קיים חשש לפגיעה בבריאות האם הנושאת או בשלום הילד שייוולד; לא נכללו בהסכם לנשיאת עוברים תנאים הפוגעים או מקפחים את זכויות הילד שייוולד או את זכויות אחד מהצדדים".³

החוק מגדיר אפוא את גבולות הדיון של הוועדה הפועלת מכוחו.

כאשר אנו בוחנים את החוק שהתקבל אנו מגלים כי למעשה מדובר בחוק "רזה", לאמור: התנאים וההגבלות הקיימים בו הם מועטים מאוד, ואין מדובר בחוק מקיף. עובדה זו באה לידי ביטוי בדרכים רבות בחוק זה, וביניהם:

- א. שמו של החוק אינו "חוק הפונדקאות", אלא "חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד)". כותרת החוק מעידה אפוא כי הוא עוסק בעיקר בשני תחומים מצומצמים: טיב ההסכם שבין בני הזוג ובעיקר כדי שהוא לא יקפח את זכויותיהם, ושאלת מעמד העובר, שכפי שנראה להלן לא הוכרע למעשה בלשון החוק.
- ב. התנאים לאישורה של אם נושאת (הפונדקאית) הם מצומצמים ביותר. בחוק מופיעים שני תנאים בלבד:

האם הנושאת –

(א) אינה נשואה⁴, ואולם רשאית ועדת האישורים לאשר התקשרות עם אם נושאת שהיא אשה נשואה, אם הוכח להנחת דעתה כי לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושאת שאינה נשואה⁵;

¹ בראש הוועדה הממשלתית עמד כבוד השופט בדימוס שאול אלוני. דו"ח הוועדה פורסם על ידי משרד המשפטים, **דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופנית**, ירושלים, אב התשנ"ז יולי 1994. כל הציטוטים מועדת אלוני מובאים מפרסום זה.

² נדגיש כי במאמר זה אני עוסק בפונדקאות מלאה בלבד, לאמור: מדובר באם נושאת היולדת ילד שנוצר מביצית שאינה מגופה.

³ סעיף 5 לחוק.

⁴ שני נימוקים מרכזיים מצדיקים הגבלה זו. הראשון הוא ההגנה על משפחת האם הנושאת, בשל הדמיון ל"ביגמיה הפוכה" (האישה הנשואה תשא ברחמה גם את עוברם של בני זוג אחרים). הנימוק השני הוא הנימוק הדתי – לפי דעת חלק מהפוסקים ילד שנולד מפונדקאית נשואה הוא ממזר, או לכל הפחות הוא נולד ממעשה מגונה מאוד.

⁵ חשוב להעיר כי עמדת הרב הראשי לישראל, הרב עמאר, בשם הרב עובדיה יוסף, היא שאין כל פגם בילד.

במכתב ממוצאי שבת קדש "משפטים" התשס"ו (26-2/214"ס"ו) פסק הרב עמאר היתר פונדקאות באישה נשואה מסיבות כלכליות: "...ושאלתי אם שייך למצוא פונדקאית רווקה, והשיבו שזה כרוך בסכום עתק, שאין הם יכולים לעמוד וכדו', ומצאו זוג שמוכנים בחנם.... ושאלתי את מרן הראש"ל רבינו עובדיה יוסף שליט"א, שהוא מהמחמירים בהפריה מלאכותית, והסכים להתיר מפני הדחק והמצב המיוחד. ועל כן יש להתיר בעניין זה ואין ללמוד מזה כלל לשאר דינים...". ראוי לציין בהקשר זה את דבריו של הרב זלמן נחמיה גולדברג: "גם אם נסבור יחד עם עוד מאה רבנים שאין פסול בפונדקאית נשואה, ורב אחד או מספר קטן של רבנים יחשבו אחרת, הילד יינזק", ראה דבריו: **על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת**, "שו"ת של חברי הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים עם הרב זלמן נחמיה גולדברג, אסיא ס"ה-ס"ו, אלול תשנ"ט (ספטמבר 1999).

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

ג. הסכם הפונדקאות נגיש ל "הורים מיועדים" - איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד⁶. זו הפיסקה היחידה שעמדה בעבר לבחינת בג"ץ⁷, ובשעת כתיבת שורות אלה עומדת שוב למבחן, בעתירה של שני גברים התובעים לאפשר להם את הנגישות לחוק הפונדקאות.

הפרקטיקה של וועדות מסוג זה מלמדת כי הוועדה מאמצת במשך עבודתה כללים פנימיים הנובעים ממקורות שונים: מהרקע הכללי לחוק (ראה להלן), מעמדות חברי הוועדה, מניסיון החיים ההולך ומצטבר, משאלות חדשות שלא היו קיימות בשעה שנחקק החוק או שהמחוקק לא היה ער להן וכדו'. הוועדה הוסיפה כללים מסוימים שאינם מופיעים בחוק והם אלה שיעמדו במוקד דיונו ההלכתי והאתי. חוק הפונדקאות אך משמש רקע למאמר זה, ואינו עומד במוקדו. במוקד הדיון תעמוד שאלת האתיקה היהודית במישור המעשי. דיונים העקרוניים רבים נערכו בעבר ונערכים גם היום ביחס לקיומה או אי-קיומה של מערכת אתית חוץ הלכתית. זו אחת השאלות המהותיות ביותר בדורנו, והיא מהווה את האתגר הגדול העומד בפני היהדות היום⁸. במאמר זה אני מבקש לתרום תרומה לדיון אך בדרך שונה – לא בדיון פילוסופי, אלא בדיון מעשי ופראקטי. במבוא למאמר יוצג בקיצור הרקע האתי לדיון על הפונדקאות, וההכרעות השונות שהתקבלו במדינת ישראל ביחס לטכנולוגיית נשיאת העוברים. על זה על מנת לשאול מהי תרומת היהדות לדיון זה. במאמר אציג את התרומה המוכרת לנו מעולמה של היהדות, ובד בבד את הנושאים האתיים הרחבים שככל הידוע לי לא נידונו כלל בעולמה של תורה. לאחר הצגת העובדות אציג ארבע אפשרויות שונות לפענוח העובדה שפוסקי ההלכה והנושאים והנותנים בתורה לא דנו בהיבטים האתיים של סוגיית הפונדקאות, ודיון זה יהיה מטרת המאמר. לא אמנע להציג בשורות האחרונות של המאמר את עמדתי האתית⁹.

רקע אתי קצר:

פונדקאות היא אחת הסוגיות האתיות המורכבות ביותר הקיימות באתיקה הרפואית. מחד גיסא מדובר בטכנולוגיה המאפשרת לבני זוג לממש את הרצון הקמאי ביותר הקיים באדם. כמיהה לפרי בטן מוקבלת במקורות רבים המתארים תחושות סובייקטיביות למהות החיים, ורחל אמנו אף טוענת שאין טעם לחייה ללא הולדת ילדים. בדבריה ליעקב היא אומרת "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי" (בראשית ל, א). מאידך גיסא, ישנם שיקולים רבים ומגוונים להתנגדות להסכמי נשיאת עוברים: יש בפונדקאות היבטים של

יש לשים לב לתאריך קבלת החוק. מדובר בשבועות מספר לאחר רצח ראש הממשלה יצחק רבין, בשעה שהרב עמיטל היה שר בממשלה. בשל כך, הורה השר סנה כי החקיקה תהיה מקובלת על כל הגורמים הדתיים (דברי הכנסת מיום 7.3.96 עמ' 4976), וכך אמר מפורשות ח"כ ישראל כ"ץ, ראה שם עמ' 4975.

בשל העובדה כי הוראת החוק אינה מוחלטת, אלא מאפשרת לאשר לאישה נשואה לשמש כפונדקאית במצבים מסוימים לפי שיקול דעת הוועדה, ניתן להמשיך ולטעון כי למעשה החוק אינו מגביל בהגבלות של ממש את כשירותה של האם הנושאת. אין לקבוע כי החוק עצמו מעודד את הוועדה להגביל בהגבלות נוספות את הנגישות להסכמים אלה מסיבות שנועדו לשמור על האם הנושאת ומשפחתה.

⁶ בחוק לאישור הסכמי נשיאת עוברים (1996) נקבע כי הנגישות לטכנולוגיה היא לבני זוג בלבד (ראה להלן הערה **שגיאה!** **הסימניה אינה מוגדרת**). מעקב אחר הדיונים ואחר המלצת הוועדה שהוקמה לצורך חקיקת החוק (ועדת אלוני) מלמד כי שלוש סיבות עיקריות הביאו לכך: הרצון לאפשר לילד הנולד לדעת מי אביו, והרצון שלא להגדיל את הסיכויים לנישואי קרובים. אפשר שגם הרצון לשמור על מבנה המשפחה היה ברקע. אנו ננקוט ב:"בני זוג" או "הורים מיועדים" לסירוגין.

⁷ חוק הפונדקאות עמד עד היום לבחינה אחת בלבד בבג"ץ. כאמור לעיל, על פי החוק, הנגישות לטכנולוגיה ניתנת אך ורק להורים מיועדים שהם "איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד" (סעיף 1 בפרשנות לחוק). בבג"ץ 2458/01 עתרה בחזרה רווקה שנכרת רחמה ובשל כך היא לא יכלה להרות (אך היו לה ביציות) נגד החוק, בטענה כי החוק מקפח את זכותה. בהרכב של 7 דיינים נדחתה העתירה. בה בעת פנה יו"ר ההרכב, השופט מיכאל חשין, למחוקק וביקש ממנו לבחון מחדש את עמדתו ביחס לסעיף מקפח זה.

הוועדה החליטה ברוב דעות שלא להמליץ לעת על שינוי החוק. את דו"ח הוועדה ניתן 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 בנוהלי העבודה של ועדת האישורים ועל ידי הרחבה מסוימת של מתחם שיקול דעתה. דוגמה לדבר: היתר המשך הסכם פונדקאות אם התחילו בו כבני זוג, אף אם בשעת ביצוע הפונדקאות הזוג כבר איננו חי כבני זוג. מובן כי גם במקרים אלה על כל בקשה להיבחן לגופה בהתאם לנסיבות וחוות הדעת המקצועיות שינתנו לקראת אישור הבקשה" (פרק ד 2). ניתן אפוא לראות כי אף הוועדה המיוחדת מאפשרת שיקול דעת רחב יותר מלשון החוק לוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים, אם כי יש לשים לב כי כאן מדובר בהקלת הנגישות בלבד.

⁸ לנבוכי הדור

⁹ ראשיתו של מאמר זה בפרזנטציה שהוצגה על ידי בכינוס אתיקנים יהודיים, שהתקיים בבולטימור

השכרת גופה של האם הנושאת תמורת כסף; ההתייחסות אל הפונדקאית כאל חפץ, ובדרך כלל רצון לנתק את היחסים עימה לאחר מכן; הפונדקאית מסתכנת באיבוד רחמה בשעה שאין היא יולדת למען עצמה; יש בפונדקאות היבטים מסוימים של ביגמיה, ואם מדובר באם נושאת שהיא נשואה בעצמה אפשר לראות זאת גם כ"ביגמיה הפוכה"; זכותו של הילד לדעת מי אביו, וכן לדעת שאמו היא זו שהרתה אותו - נפגעת; אפשר שילדיה של הפונדקאית חווים חוויה קשה בשעה שהם רואים את רחם אמם משרתת אחרים ועוד ועוד.¹⁰

בחינת החוק כפי שהתקבל בכנסת ופורסם ברשומות מלמד כי סעיפים מסוימים בחוק נוסחו כדי להתמודד עם חלק מהבעיות האתיות: הנגישות לשימוש בטכנולוגיה זו הוגבלה רק למי שאינה יכולה להרות בדרך אחרת,¹¹ וזו אינה טכנולוגיית הולדה הפתוחה לכל; האם הנושאת חייבת להיות לא נשואה, אלא אם כן אין לזוג מועמדת אחרת להסכם נשיאת העוברים וכדו'.

ככל שאלה אתית מדובר בדילמה, ונימוקים אתיים כבדי משקל קיימים משני צדדי המטבע. מטבע הדברים, סעיפי החוק מתמודדים רק עם חלק מהבעיות האתיות בהצלחה. בראש ובראשונה אין בהם מענה לאלה הרואים בהסכם הפונדקאות דבר פסול מכל היבטיו, בשל העדפת זכות ההורים המיועדים להורות על פני "ניצול" האישה הפונדקאית אף שהדבר נעשה מרצונה החופשי, שכן לא ניתן לדבר על רצון חופשי בשעה שאישה נזקקת לכסף, וכדו'. ברם, גם חלק מאלה המקבלים ביסודו של דבר את החרות לבחור בפונדקאות – הן מצד בני הזוג והן מצד האישה המיועדת, מבקרים את העובדה שאין בחוק התמודדות ראויה יותר עם האתגרים האתיים.¹² גם הדיונים ההלכתיים הרבים אינם עוסקים בהיבטים האתיים של השאלה. הם עוסקים בעיקר בשאלות ש"בין אדם למקום", לאמור: האם מותר הדבר מצד מקומו של האדם בבריאה ואיסורים 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 האמהות יש לייחס אותו.¹³

בפני המחוקק עמדו אפשרויות רבות לכלול היבטים אתיים נוספים בכללי אישור ההסכמים לנשיאת עוברים. כך לדוגמה המחוקק יכול היה לקבוע כי רק מי שכבר ילדה יכולה לשמש כאם הנושאת. בכך הייתה התמודדות הן עם הסכנות הכרוכות בהריון (שכן היא חוותה לפחות פעם אחת את חווית הלידה משל עצמה), והן עם החשש שמא אין אישה שלא ילדה מודעת לטיב ההתחייבות שהיא נוטלת על עצמה בלי שהיא עצמה ילדה.¹⁴ ברם, הגבלה כזו אינה קיימת בחוק.

מגבלות שהוספו על ידי הוועדה:

כאמור, על אף העובדה שהחוק עצמו הוא חוק "רזה" הוועדה הוסיפה כללים רבים לאישור הפונדקות. כללים אלה מופיעים באתר משרד הבריאות¹⁵. העדכון האחרון של כללים אלה נעשה בינואר 2010. בין שאר הכללים מופיעים הכללים הבאים:

ב. תנאים להתאמה לתהליך אשר גובשו ע"י הוועדה בהתאם לנסיון שנצבר במשך שנות פעילותה ומדיניות הוועדה שגובשה בעקבות זאת:

- 1) דרושה הסכמה מלאה של כל הצדדים לתהליך והבנת משמעות ההסכם ותוצאותיו.
- 2) 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-

¹⁰ ניתן לקרוא תמצות השיקולים השונים ביחס לפונדקאות בעמדתה של השופטת טובה שטרסברג כהן, בג"ץ 2458/01 סעיפים 3-7. 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 ראה להלן הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

¹¹ סעיף 4 (א) (2) לחוק.
¹² על הדילמה הפמיניסטית ראה אצל כרמל שלו, דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה, מעמד המשפט בחברה ובמשפט, 1995, עמ' 531-532, ושם הפניה למאמרים נוספים בעניין.

¹³ מאמרים הלכתיים רבים נכתבו על שאלת הפונדקאות. על הדיון העקרוני מצד האתיקה המדעית וגבולות היצירה של האדם ראה מאמרים שונים בקובץ שיבוט גנטי, מעלה אדומים תשס"ד, בעיקר בעמודים 10-47. על השאלות הנוגעות להיתר ולאיסור הפונדקאות משיקולים הלכתיים, כמו גם לגבי ייחוס הילד, ראה קובץ מאמרים בדברי הכינוס הבינלאומי השני לרפואה, אתיקה והלכה, ירושלים 1996, בעמודים 79-340. על רקע ריבוי הדיונים בשאלה זו בולטת העובדה של העדר מוחלט של הדיון בהיבטים האתיים של הסוגיה הנידונים במאמר זה. התייחסות לעובדה זו ראו במאמרה של רונית עיר שי, "פרו ורבו ומלאו את הארץ": בין שיח הגמוני לשיח חתרני בפסיקה ההלכתית בנושא הפרייון, דעות 31 (תשס"ז) עמ' 35-40. כאמור, דיון בשאלה זו הוא מטרת מאמר זה.

¹⁴ להלן נראה כי כללים אלה מופעלים על ידי הוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים.

¹⁵ <http://www.health.gov.il/Download/pages/pundInfo0210.pdf>

- (51) יעלה משקלו של פרמטר זה במסגרת כלל שיקולי הועדה באשר להתאמת ההורים המיועדים.
- (3) גיל המועמדת לאם הנושאת לא יהיה פחות מ- 22 שנה ולא יעלה על 38 שנה בעת הגשת המסמכים.
- (4) האם הנושאת נמצאת שנה לאחר קבלת הגט אם מדובר באם נושאת שהתגרשה.
- (5) האם הנושאת לא עברה יותר מ- 2 הליכי נשיאת עוברים גם אם הליכים אלה לא הסתיימו בלידה.
- (6) מצבה הבריאותי תקין, עברה לידות ללא סיבוכים, הלידות במועד והילודים במשקל לידה תקין.
- (7) האם הנושאת הרתה וגידלה ילד אחד לפחות¹⁶.
- (8) האם הנושאת נמצאת לפחות שנה ממועד הלידה האחרון.
- (9) האם הנושאת אינה נמצאת בעיצומו של מצב של משבר 'כמו גירושין, אובדן, מחלה קשה של בן משפחה וכד'.
- (10) האם הנושאת בעלת שיקול דעת ואינה מבצעת התהליך תחת לחץ.
- (11) האם הנושאת בעלת אישיות יציבה, אחראית, בעלת יכולת התמדה.
- (12) לאם הנושאת יש מערכות תמיכה משפחתיות וחברתיות וקשר הורי תקין עם ילדיה.
- ועוד ועוד.
- במאמר זה לא אדון בשאלת רבות הנוגעות לעצם קיומה של רשימה זו¹⁷: האם הוועדה בכלל רשאית לנסח כללים מגבילים שלא מופיעים בלשון החוק¹⁸; האם הגבלות אלו עומדות ברוח החוק ונימוקי החקיקה, והאם שאלה זו בכלל רלוונטית¹⁹; וכדו'. הדיון יתמקד במגבלות לעצמן, במשמעות האתית שלהן, ובעמדת תורת ישראל ביחס אליהן.

ניתוח המגבלות שהובאו לעיל²⁰:

החוק לאישור הסכמים לנשיאת עוברים מהווה מורה דרך לוועדה. ברם, כאמור לעיל הוועדה פועלת לאור מפת דרכים שאינה מופיעה ברוח החוק. לעיל צוטטו הוראות סעיפים שונים המלמדים על מדיניות הוועדה באישור הסכמי נשיאת עוברים. הנימוקים להגבלות אלה אינם כתובים מטבע הדברים, ועל כן קשה למיין אותם, מה עוד שקשה שהאינטרס הוא אינטרס משותף, ועל כן קשה להצביע על סעיף שהוא אינטרס של

¹⁶ שני נימוקים הביאו את הוועדה להכניס כלל זה למערכת ההגבלות. הנימוק הראשון הוא העמדה כי מי שלא ילדה אינה יודעת למעשה מה משמעותה של התחייבותה ללדת עבור זוג אחר, ועל כן אין זה ראוי כי הוועדה תתן את ידה להסכם שכזה. להלן נראה כי עמדה זו עשויה לקבל גיבוי הלכתי מדיני "אסמכתא"; הנימוק השני הוא הסיכון הכרוך בהריון. האפשרות שמא בעקבות ההריון תאבד האדם הנושאת את יכולתה ללדת, עלולה להביא למצב בו היא ילדה עבור אדם אחר, אולם היא עצמה לא תוכל עוד לזכות בפרי בטן משל עצמה.

פרופ' רוזלי בר למשל סבורה שהדרישה שפונדקאית תהיה מי שכבר ילדה בעבר צריכה להיות מעוגנת בחוק, ראה דבריה (לעיל הערה 24) עמ' 202.

¹⁷ אני מתכוון אם ירצה ד' לעסוק בסוגיות אלו במאמר אחר.

¹⁸ 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.

בחלק הראשון של דברי ההסבר מדובר בהגדרה קשיחה של תפקידי הוועדה, והיא מופקדת 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.

¹⁹ עד לכתבת הדיון המלא בשאלה זו, אזכיר בהקשר זה רק את דברי השופט טובה שטרסברג כהן בבג"ץ הנ"ל: אף שהפונדקאות הוסדרה בחוק נראה כי במפגיע ובמכוון הציב לה המחוקק גבולות ומגבלות. במבוא לדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 2456) מתייחס המחוקק להתפתחות הטכנולוגית והמשפטית שהולידה את הצורך להסדיר את נושא הפונדאות בחוק. עם זאת, מבהיר הוא כי "החוק המוצע בזה בא להתיר הסכמים לנשיאת עוברים בסייגים שונים ובצורה מבוקרת (סעיף 7).

מהדברים עולות בעליל שתי מסקנות:

א. דברי ההסבר לחוק חייבים להיות חלק בלתי נפרד מההתייחסות לשאלות ספציפיות, לפחות בחוק זה הנוגע בסוגיות אתיות סבוכות.

ב. העמדה היסודית היא הגבלת הפונדקאות בסייגים שונים ובצורה מבוקרת.

²⁰ אדגיש שוב שאלה חלק מהמגבלות.

ההורים המיועדים או של האם הנושאת בלבד. ברם, נראה כי ניתן למיין את הסעיפים השונים למספר קטגוריות:

- (1) סעיפים שנועדו להגן על האינטרסים של ההורים המיועדים: ההסכמה המלאה (1);
- (2) סעיפים שנועדו להגן על האינטרסים של האם הנושאת: ההסכמה המלאה (1); גילה (3); מניעת ניצול מצוקתה (4, 9, 10, 11, 12); בריאותה (5, 6, 8) העובדה שהיא ילדה לפחות ילד אחד (7); מצב יציב יחסית (6); ועוד
- (3) סעיפים הנובעים גם מטובת הילד²¹: גיל ההורים המיועדים (2).

כאמור, על אף הקושי בניתוח ומיון הסעיפים השונים עולה בעליל כי מדיניות הוועדה נוטה להגן על האם הנושאת בצורות שונות. ישנו גם סעיף (2) הדן ברמה מסוימת של מסוגלות הורית הנבחנת לאור גיל ההורים המיועדים, אולם מניסיוני אני למד כי המסוגלות ההורית כמעט ואינה נשקלת בפועל בשיקולי הוועדה, גם שכשעולות שאלות כבדות משקל ביחס לכך. יש להדגיש את העובדה שעצם קיומו של החוק המאפשר פונדקאות הוא הכרעה שהזכות להורות וחרות בחירתה של האם הנושאת הם השיקול העיקרי, ועל כן טבעי הוא שכללי הוועדה (אם יהיו כאלה) ייטו לאיזון מסוים של זכות מוחלטת זו, ולשמירה על שלומה ובריאותה של האם הנושאת ושאר הנוגעים בדבר. לפיכך, עצם ההכרעה כי לא תאושר פונדקאות לבני זוג שלהם שני ילדים מתאימה לכיוון הכללי של מדיניות הוועדה.

השאלה היא כמובן האם הכרעה זו מפרה את האיזון הראוי בין השיקולים האתיים השונים. כל הגבלה המוטלת על בחירת האם הנושאת מהווה פגיעה בין בזכות הבחירה החופשית שלה, ובין בזכות להורות של בני הזוג. בשל כך, יש לבחון בהקשר זה את הנימוקים הנוגעים לזכות להורות והזכות לבחירה חופשית של האם הנושאת, מול חובת החברה להגביל זכויות אלה מסיבות אתיות כלליות ומסיבות הנוגעות לשלומה של האם הנושאת.

ביחס לזכות להורות באתיקה הכללית, נזכיר רק את העובדות הבאות. 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" (דו"ח אלוני עמ' 10), אולם עליונותה של זכות זו הוכרעה בעצם קבלת החוק לנשיאת עוברים, ונכתבה גם בפסקי דין של בג"ץ²².

אין אנו מוצאים הגבלה כלשהי במישור האתי של מספר הילדים. מדינת ישראל מקיימת גם מדיניות של ריבוי ילודה, הבאה לידי ביטוי בקצבאות הילדים, שחלק ממגמתם ומהויכוח עליהם הוא עידוד הילודה. מדובר אפוא לא רק בזכות הנובעת מרשימת הזכויות של היחיד, אלא גם מעמדה אידיאולוגית של חשיבות ריבוי הילדים. במסורת היהודית אנו מוצאים גם את העיקרון של "ולערב אל תנה ידך" המנוסח על ידי הרמב"ם לפחות לגבי הגבר: "אף על פי שקיים אדם מצות פריה ורביה הרי הוא מצווה מדברי סופרים שלא יבטל מלפרות ולרבות כל זמן שיש בו כח, שכל המוסיף נפש אחת בישראל כאילו בנה עולם..." (הלכות אישות טו, טז). אמנם ניתן היה לטעון כי הזכות היא זכות מוגבלת לילד אחד. עמדה זו מופיעה בפרוטוקול פגישת הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים²³ עם הרב זלמן נחמיה גולדברג:

שאלה:

אם תפנה אל הרב אישה שיש לה ילד אחד אך כיום היא יכולה להביא צאצא לעולם רק בסיוע אם פונדקאית, מה ימליץ לה הרב?

תשובה:

לא אמליץ לכתחילה, אך אסכים לביצוע התהליך אם האישה תרצה בכך מאד. הבדל בין זוג חשוך ילדים לבין הורים לילד אחד מופיע בהלכה בהקשר הבא: קיום מצוות "פרו ורבו" מחייב לפחות שני ילדים (בן ובת). מעיקר הדין, מי שלא קיים כלל את המצווה מחוייב להתאמץ לקיים את המצווה גם אם הדרך לכך מחייבת פירוק

²¹ לא ניתן להתעלם מהעובדה כי בחקיקה אין כל התייחסות לטובת הילד שיולד (ואף לא לטובת ילדי האישה הפונדקאית). אורנה הירשפלד, פקידת סעד ראשית לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים וחברת ועדת האישורים, סבורה שיש קושי בכך שאין בחוק כיום התייחסות מפורשת לילדיה של האם הנושאת – ראה ליאור בן דוד, מסמך רקע בנושא: פונדקאות בישראל, מחקר המחקר והמידע – הכנסת, נובמבר 2005, הערה 27.

²² זכות זו הייתה חלק ממוקד פסק הדין בפרשת נחמני (דנ"א 2401/95 וכן בג"ץ 1237/91), וראה מקורות משפטיים נוספים בבג"ץ הפונדקאות עמ' 26, וכן שם בעמ' 38. ראה מאמרה של ורדית רביצקי, הזכות להורות בעידן הטכנולוגית, דילמות האתיקה רפואית תשס"ב, עמ' 137-160.

²³ בתאריך כ' בכסלו תשנ"ט (9.12.98) התקיימה ישיבה מיוחדת של הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים עם הרב זלמן נחמיה גולדברג. הדיון התנהל בתבנית של שאלות ותשובות בנוכחות של חברי הוועדה, יחד עם הרב יהושע שיינברג, יו"ר אירגון רפ"ה, והרב אברהם רוזנברג מנהל אירגון רפ"ה.

פרוטוקול הדיון נכתב על ידי הרב ד"ר מרדכי הלפרין והרב שמואל רבינוביץ. הפרוטוקול נבדק ואושר ע"י הגר"נ גולדברג אשר הסכים לפירסומו באסיא, ראה אסיא io-ה (1999), עמ' 45-49.

נישואין. למרות זאת, אם יש לו כבר ילד אחד, אף על פי שאין בכך קיום מלא של המצוה, איננו נדרש לפרק נישואין לצורך השלמתה.

אני מתקשה לעמוד על המקור ההלכתי של עמדה זו. אולם, מבחינה אתית ניתן לטעון כי בשל העובדה שהזכות להורות מומשה בלידתו של ילד אחד, יש להעדיף את מניעת הפונדקאות בגלל השאלות האתיות המסובכות שהיא יוצרת. זו דוגמה לדיון במשקלה של הזכות להורות.

לגבי שמירה על האם הנושאת וילדיה²⁴:

שאלת השמירה על הנושאת אף היא סוגיה אתית רחבת היקף. מול התיאוריה החרותית המקסימאלית שמייצגה בעת החדשה הוא נוזיק²⁵, משיקולים שונים, אנו מכירים ביקורות רבות כנגד תפיסה זו. במסגרת זו לא נידונה שאלת המדינה בלבד, כי אם שאלות אתיות כמו הפטרונזים וכדו'²⁶. למעלה מכך, אלן וורטהיימר דן בספרו החשוב בשאלה האם אפשר שתהיה כפיה על ידי הצעה "שאי אפשר לסרב לה"²⁷. השאלה העומדת כאן לדיון היא בשם מה אנו רשאים למנוע הן מהזכאים להורות והן מהאם המיועדת עצמה את תהליך הפונדקאות למען אינטרסים אתיים אחרים.

כאמור, הפונדקאות הוא תהליך בעייתי מאוד מבחינת האם הנושאת, וישנם שיקולים אתיים רבים נגד אישורו, על אף בחירתה החופשית של האם הנושאת לעשות כך. בכל הריון ישנו רמה מסוימת של סיכון, ובמקרה של פונדקאות האם הנושאת מסתכנת למען שמחתה של אישה אחרת. הסיכון הוא גם סיכון פיזי²⁸, אך גם סיכון נפשי בשל האובדן שהאם הנושאת עלולה לחוש.

נזכיר כי כאמור לעיל מדיניות הועדה היא לאשר הסכמי פונדקאות רק לאישה שכבר ילדה. חלק מהנמקת מדיניות זו היא הרצון למנוע מצב בו הפונדקאית תסתכן באיבוד היכולת ללדת בשל סיבוכי הריון עוד לפני שהיא עצמה מימשה את הזכות להורות. העובדה שלדעת מדיניות הוועדה די בלידת ילד אחד כדי לממש זכות זו תומכת במעט בעמדה של פונדקאות לילד אחד בלבד.

ביחס לזכויות הילד: במסגרת מאמר זה אין ברצוני להיכנס למכלול הסבוך של זכויות הילד שלא נולד עדיין. חלק מדיון זה נידון בהרחבה בפסק דין זייצוב ובשאלת ההולדה בעוולה²⁹, ולאחרונה גם בפסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה³⁰. במסורת היהודית קשה מאוד לדבר על המונח "זכויות הילד" ובוודאי לא על זה שלא נולד עדיין³¹.

משקל שאלת זכות הילד בהסכמי נשיאת עוברים הוא נמוך מאוד. כאמור, החוק מאפשר הסכמי פונדקאות רק לבני זוג, ועל כן זהות הוריו ידועה לו. אמנם, במקרים בהם מדובר בתרומת זרע אפשר שעל אף העובדה שהילד נולד לתוך משפחה בה אם ואב, תהייה לכך השפעות שונות, אולם נראה כי יש להוריד שיקול זה מהדיון מסיבות פרקטיות – לא יהיה זה נכון להבחין בין הסכמי פונדקאות ללידת ילד שלישי מתרומת זרע ובין הסכמים כאלה מזרעו של האב המיועד.

שאלת זכויות הילד עולה רק בהקשר של בריאותו ושלמותו מעצם העובדה שהוא נולד בהליך פונדקאות. לא קיימים מחקרים מספיקים כדי לדעת מהן ההשפעות על הילדים שנולדו בהסכמי פונדקאות. לאמור: לא זו בלבד שקיימת מחלוקת אתית חמורה עד כמה שאלה זו יכולה להוות שיקול, אלא שאין יכולת לעמוד על העובדות האמפיריות המהוות בסיס לדיון זה. בשל העובדה שאם קיימת הצדקה אתית להכנסת שיקולי

²⁴ על העלאת השאלות הנוגעות לבריאות האם הנושאת ראה רוזלי בר, **סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית**, דילמות באתיקה רפואית (ירושלים 2002) עמ' 192-194.

²⁵ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books 1974

²⁶ המסה הידועה ביותר בנושא זה היא זו של ישעיהו ברלין **Two concepts of liberty** בתוך: Liberty, Oxford, עמ' S.166-217

²⁷ ראה: Alan Wertheimer, *Coercion*, Princeton University Press 1988. תודתי לפרופ' נעם זהר שהפנה אותי לספר זה.

²⁸ זו ההזדמנות לציין את העובדה הנראית בעיני כשעורריתית והיא שמעבר לסיכון בהריון עצמו ישנה סכנה שלא קיבלה מענה מספק בהידבקות האם הנושאת בנגיף ה HIV (אייס) שמקורו בעובר שהושתל ברחמה. כמו כן, אין ביטוח ראוי לפיצוי על סכנת אבדן הרחם. שני נושאים אלה מחייבים מאמר בפני עצמו. ראה על כך: רוזלי בר (לעיל הערה 24) עמ' 192. לטענתה חייבים לקבוע בחוק כי לא יושתל עובר ברחמה של אם פונדקאית כי אם לאחר שישה חודשי הקפאה, ורק לאחר בדיקה מיורוסיים. אימות לטענתה ניתן לראות בהוראות משרד הבריאות לגבי תרומת זרע. ע"א 518/82.

²⁹ פלוני נגד מדינת ישראל, בית המשפט המחוזי בחיפה, 259/02.

³¹ על מעמדו של העובר במשפט העברי ראה מאמרו של רפאל וינברגר, **כל אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו... האמנם מעמדו המשפטי של העובר בדין העברי**, זכויות האדם ביהדות, ירושלים 1992 עמ' 139-160.

טובת הילד היא קיימת רק כאשר מדובר במצב בו טוב היה לו לא להיוולד מלהיוולד למציאות חייו, וזו אינה המציאות בנושא הפונדקאות לילד שלישי במשפחה - אין להכניס את שיקולי טובת הילד לדיון זה.

ב

תרומת היהדות לדיון בתחום הפונדקאות:

- הפונדקאות זכתה לדיונים רבים בספרות התורנית, בשל העובדה שהיא מחייבת הכרעות הלכתיות רבות. ניתן לסכם את הסוגיות בהן עסקו פוסקי ההלכה בארבעה תחומים:
- האם בכלל קיים היתר להשתמש בטכנולוגיה כה מתוחכמת? שאלה זו נובעת בעיקר מדבריו המפורסמים של הרמב"ן בביאורו לאיסור כלאיים.
 - האם מותר להשתמש בטכנולוגיות הפרייה המערבבות בין נשים שונות?
 - האם מותר לחתום הסכם פונדקאות עם אם נושאת נשואה? שאלה זו תלויה הן בשאלה הבאה – מעמד היילוד, והן בשאלת טיב ברית הנישואין.
 - מהו מעמד הילד? יש לזכור כי שאלה זו היא השאלה היחידה המחייבת דיון, לאמור: אף אם יוכרע באופן חד משמעי כי פונדקאות אסורה בשל שתי השאלות הראשונות המופיעות ברשימה זו, עובדה היא כי ילדים נולדו בדרך זו, ועל כן יש לקבוע את מעמדם ההלכתי. שאלת הייחוס רלוונטית למגוון רחב של נושאים: גיור, דיני עריות, אבלות, ירושה וכדו', ובשל כך נאריך מעט בדיון ביחס לשאלה זו.

מעמד העובר:

תיאורטית, תיתכנה ארבע תשובות ראשיות לשאלה זו:

- הילד שנולד הוא בנה של האם הנושאת (הפונדקאית) לכל דבר ועניין.
 - הילד שנולד הוא בנה של האם המיועדת לכל דבר ועניין³².
 - הילד שנולד הוא בנם של שתי האמהות. כאן תיתכנה כמה אפשרויות: מדאורייתא יש לראות אותו כבנם של שתייהן, כי כל אחד היא "מעט אמא"; יש להחמיר לשני הצדדים בשל העובדה שמדובר בשאלה הלכתית שלא ניתן להכריע בה³³; מדאורייתא הוא בנה של האם המיועדת, אולם יש להחמיר בגזירה ולראות אותו גם כבנה של האם הנושאת³⁴.
 - הילד אינו בנה של אף אחת מהן, כיוון שאין אמא הלכתית מלאה.
- דברי חז"ל כי אחת הקללות הגדולות היא "שלא ימצאו הלכה ברורה ומשנה ברורה במקום אחד" (שבת קלח ע"ב) מתקיימים בנו בסוגיה זו. כל ארבע האפשרויות נאמרו על ידי הפוסקים, שהפננו אל חלק מהם בהערות השוליים, ועל כן ניתן לומר כי מדובר במציאות מסובכת מאוד מבחינה הלכתית. כאמור, חוק זה התקבל בשעה שמו"ר הרב עמיטל הי"ו היה שר בממשלה, ועל כן עמדה בפני ועדת השרים לחקיקה והכנסת מציאות מסובכת ביותר. ניתוח לשון החוק מלמד כי הכנסת נמנעה מלהכריע בשאלה חיונית זו, והשאירה את השאלה פתוחה.

11. (א) תוך שבעה ימים מיום לידת הילד יגישו ההורים המיועדים בקשה למתן צו הורות; לא הגישו ההורים המיועדים בקשה כאמור, תוגש בקשה על ידי פקיד סעד באמצעות נציג היועץ המשפטי לממשלה.

(ב) בית המשפט יתן צו הורות אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר פקיד סעד, כי הדבר נוגד את טובת הילד; נוכח בית המשפט כאמור, יתן צו לפי סעיף 14.

12. (א) עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין.

(ב) אין בצו הורות כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושין.

ניתוח לשון החוק מלמד שני דברים עיקריים:

- החוק לא קובע כי הילד הוא של האם הפונדקאית, שהלוא אילו זו הייתה ההכרעה היה צורך להוציא צו אימוץ ולא צו הורות; החוק גם לא קובע שהילד הוא של האם המיועדת, שהלוא אילו זו הייתה ההכרעה לא היה צורך בשום צו, כשם שאין צו המורה על העברת הילד מאינקובאטור

³² זו עמדתו של הרב עובדיה יוסף הי"ו, וכאמור לעיל זו גם הסיבה שהוא מתיר לאישה נשואה לשמש כפונדקאית, שהלוא היא מעין "אינקובטור הומאני".

³³ זו הייתה עמדתו האחרונה של רש"א זצ"ל מעט לפני פטירתו.

³⁴ ככל הידוע לי זו עמדתו של הרב אלישיב הי"ו.

לרשות ההורים המיועדים. למעשה הומצא כאן צו חדש שהוא ייחודי לשאלה זו, וזאת על מנת לעקוף את השאלה העקרונית.

ב. החוק קובע במפורש כי אין הכנסת נכנסת כלל לשאלת איסור והיתר בענייני נישואין וגירושין, אלא ממשיכה להסמיך את בתי הדין הרבניים לקבוע את מעמד הילד לעניינים הלכתיים אלה. ככל הידוע לי, ארבעת התחומים שהוצגו לעיל הם התחומים היחידים בהם עסקו פוסקי ההלכה שדנו בנושאים אלה.

השוואה בין הנושאים בהם עסקה ההלכה ובין כללי ועדת הפונדקאות מעלה אפוא את השאלה הבאה: כיצד לפרש את העובדה שאין אנו מוצאים דיונים הלכתיים הנוגעים להיבטים האתיים של הפונדקאות, ובעיקר לכללים המצויים בחוק והמצויים בכללי הוועדה שנועדו להגן על הפונדקאית? האם ההלכה ולנושאים יש עמדה ביחס לנושאים אלה? האם הם מסמיכים את תקנות הקהל, ומותרים את ההיבטים האתיים לעמדת הציבור, בלי להביא את בשורתה של תורה לנושאים אלה? האם הכללים המקובלים בארצות אחרות מהווים מקור ממנו ניתן ללמוד את עמדת התורה ביחס לשאלות אלו? כאמור בפתיחה למאמר זה, אנו רואים חשיבות עליונה להשיב לשאלות אלה, ולתרום בכך את התרומה האפשרית לדיון בדבר היחס בין אתיקה להלכה, דרך הצגת סוגיה מעשית הנוגעת לדמותה היהודית של מדינת ישראל.