

## מתוך דברים בכנס סקס אחר לגבי פונדקאות

מאת: שרון בסן, מרכז צבי מיתר ללימודים מתקדמים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

דו"ח ועדת מור יוסף מנסה להתמודד עם הזכות להורות של חברי הקהילה הלהט"בית בעזרת טכנולוגיות פריון, ופונדקאות בפרט וטוב שכך. זכותם של חברי הקהילה הלהט"בית זהה לזכותנו כולנו להיות הורים. יחד עם זאת, הסדר הפונדקאות אינו חף ממחלוקות. ישנה נטייה מסוימת לראות בפונדקאות "עוד טיפול פריון". אך פונדקאות אינה סתם "טיפול פריון". חשוב להבדיל בין טיפולי פריון שבהן משולבת אישה נוספת כגורם מסייע לבין טיפולי פריון שבמהלכם מופעלת על הזוג המבקש טכנולוגיה בלבד.

### א. עמדות הקשורות לפונדקאות

ניתן לחלק את הדעות הנוגעות לפונדקאות בתשלום לשלוש קטגוריות כלליות: המתנגדים הקטגוריים, המתנגדים לתנאים מנצלים והתומכים.

המתנגדים הקטגוריים מתנגדים לפונדקאות באשר היא בטענה שיש משהו אינהרנטי בעיית בהסדר הזה. הם נוהגים למנות מספר טיעונים וביניהם: העובדה שפונדקאות מהווה פגיעה בעיקרון כבוד האדם, מחפיצה את הגוף, מובילה להתייחסות לנשים ולילדים כאל מצרך. יש האומרים שלא ראוי אין לאפשר תשלום עבור שימוש באיברי גופו של אדם אחר, או להתיר לאדם להיכנס להליך בעל פוטנציאל סיכון או לכל הפחות הכרוך בכאב ובסבל מסוימים למען מתן פתרון לבעיה רפואית של אנשים אחרים. אחרים מתמקדים בהתנתקות מהילד תמורת תשלום וטוענים שזו הינה מכירה של דבר אינהרנטי לאישה העולה כדי מכירת עצמה ושהריון אינו דבר שניתן לבצע עבור אחר. הבעיה העקרונית עם גישות אלה היא שהן מבוססות על הכללות שאמורות להיות נכונות תמיד, אבל לא בטוח שכך הדבר. פגיעה בכבודה של אישה אחת אינה בהכרח פגיעה בכבודה של אחרת, ומשמעות ההריון וההתנתקות עבור אחת הינה גדולה בעוד שעבור אחרת היא יכולה להיות עניין של מה בכך. מכאן הקושי לשקלל גישות אלה כבסיס להסדרה.

המתנגדים לתנאים המנצלים מתנגדים לתנאים שבהם מתבצעת הפונדקאות כיום אך היו מתירים אותה תחת הסדרת תנאים שיגנו על כל המעורבים בדבר. ראייה כזו מציגה את הפונדקאיות באור קורבני ומוחלש אך יוצאת מתוך נקודת הנחה שהסדרה נכונה תוכל לאפשר עסקה שיש בה שני צדדים שווים בכוחם. המחזיקים בגישה זו פועלים כדי להגן על נשים העלולות, מטעמים כלכליים או אחרים להכנס לעסקה שבה תהינה מנוצלות בשל כוחן החלש יחסית לצד השני לעסקה. הם מונים מספר סוגי המלצות לחקיקה שמטרתם להגן על

הפונדקאיות כמו: פונדקאות אלטרואיסטיות שתמנע את החששות הקשורים למסחור, הגבלת מספר הילדים מההליך, הגבלת מספר ההליכים, הפרדת הצוות הרפואי המטפל בלקוחות ובאישה, חובת ביטוח, או פיקוחו על גורמים מתווכים.

אנשים התומכים במשטר השוק תומכים בהסדר הפונדקאות בתשלום תחת עקרונות ליברליים מקובלים. עקרונות אלה רואים בשוק כלי הפצה יעיל ובשחקניו (כולל פונדקאיות) אוטונומיות וחזקות. ראית שוק אינה מאפשרת כל עסקה, אלא יכולה להגביל את העסקה בהגבלות המקובלות בספירת השוק. גם קשיים ייפתרו במסגרת הפתרונות שהשוק מציע.

הועדה מכירה בקיומן של ההצדקות המשמשות בדרך כלל לשליה גורפת פונדקאות, אף שהיא נמנעת מלהחילן על כל אישה באשר היא. תחת זאת, היא קובעת כי נשים מעטות מסוגלות לעבור את הליכי הפונדקאות מבלי שתיגרם להן או לילדיהן פגיעה ממשית המצדיקה שלייה מוחלטת של התהליך. הועדה מבחינה בייחוד של שימוש בגורם מסייע ובהיותו של פתרון זה "פתרון קצה" בלבד. לאור ממצאים מטעם ועדת האישורים להסכמי נשיאת עוברים קובעת הועדה כי מעטות הנשים אשר מתאימות ומסוגלות לעבור את הליכי הפונדקאות מבלי שתיגרם להן או לילדיהן פגיעה ממשית. תהליך זה, הנעשה תוך שימוש בגופה של אישה, ובהליכים רפואיים רגשיים ואתיים לא פשוטים הנוגעים לאישה ולבני משפחתה מחייב המנעות מחציית הקו לעבר ניצולן של נשים והחפצתן. למרות כל אלה הועדה מאפשרת עסקאות מסוג פונדקאות בתשלום ומכאן שאין כאן דחייה קטגורית.

דוח ועדת מור יוסף מתנהל אפוא בתפר שבין הקטגוריה השלישית והשניה. הועדה אינה מצהירה על בעייתיות מובנית בתהליך הפונדקאות (קטגוריה ראשונה) ואינה מבקרת את אופן ניהולו (קטגוריה שניה). לא זו בלבד, היא אף מתירה הסדרי פונדקאות בתשלום (קטגוריה שלישית). עם זאת, הועדה מבטאת את החשש לניצולן של נשים ולהחפצתן הנובע מהגדלת השימוש בפונדקאות ולכן מתירה את הרחבת הזכאים לפונדקאות בתשלום רק לחלק מהאוכלוסיות המבקשות להשתמש בה, לא לכולן, תוך שהיא מחייבת הקפדה על מספר תנאים על מנת להבטיח את שלומן של הפונדקאיות. קבלת סוג עסקה שכזה למרות ההכרה ביכולתן של נשים מעטות בלבד לעבור את התהליך ללא פגע גורמת לי להמנע מלמקם את דו"ח הועדה בקטגוריה של התנגדות קלאסית לתנאים מנצלים, אלא בתפר שבין קטגוריה זו לבין ספירת השוק, אותה הגדרתי כקטגוריה השלישית. כדאי לשים לב למהלך הטיעון המצדיק עמדה זו, למקומם של גברים ללא בת זוג ולמקומן של הנשים הפונדקאיות בתוכו. באופן אישי אינני בטוחה שהשוק הוא הספירה המתאימה לפונדקאות, אולם הדיון להלן מתייחס להמלצות הועדה ומתנהל לפיכך בתוך ספירת השוק.

## ב. הצורך בנגישות שווה לטכנולוגיה

דוח הועדה מתייחס ל"גברים ללא בת זוג" אשר לגביהם הפונדקאות היא פתרון מרכזי ואפילו ראשון להבאת ילדים לעולם (ע' 57 לדו"ח). עמדה זו מצדיקה שימוש בפונדקאות מתוך רצון לסייע לקבוצת אוכלוסיה זו. הרוח הליברלית הנושבת מן הדוח לא זו בלבד שאינה מונעת את האפשרות להשתמש בטכנולוגיות רפואיות קיימות, אלא היא אף תומכת (בצדק) בפתיחת הנגישות לקבוצת אוכלוסיה נוספות מכוח השוויון. הרחבת הזכאות לפונדקאות יכולה להפוך כביכול לפתרון תיאורטי לכלל המעוניינים, בתנאי שתשמר הקפדה על התאמת הנשים הפונדקאיות לתהליך הפונדקאות. אך כאן חושפת הועדה את הבעיה מאחורי הגדלת הביקוש הנובעת מצרופן של אוכלוסיות נוספות: צרופם של גברים יחידים לאוכלוסיות הזכאיות תרחיב את הפער בין היצע הפונדקאיות לביקוש. ביקוש נרחב עלול לשנות מספר איזונים בספירת השוק; באשר לנגישות לשירות, באשר למחיר, ביכולת הפיקוח.

הבעיה המוסרית העומדת לנגד עיני הועדה אכן מעלה דילמה לא פשוטה: המחוקק הישראלי ראה בפונדקאות פתרון של הבאת ילדים ל"קבוצת קצה" - איש ואישה שהם בני זוג אשר נמנעה מהם האפשרות להביא ילדים לעולם עקב ליקוי פיזיולוגי שמונע מהאישה לשאת הריון או כאשר מחמת ההיריון נשקפה לאישה סכנה לחייה. הועדה קובעת כי פתיחת החוק הקיים ליחידים שאינם סובלים בדרך כלל מליקוי רפואי הפוגע בפוריותם ושמשפרם באוכלוסיה רב בהרבה ממספר הנשים בעלות הליקוי הפיזי האמור, יבוא בהכרח על חשבון של הנשים אשר החוק ביקש לתת להן מענה לכתחילה.

בנוסף, התחרות מעלה חשש שתשפיע על המחיר המקובל ותהיה בפועל פתרון לעשירים בלבד. בעקבות ההרחבה המבוקשת גם לגברים יחידים צפוי הביקוש לפונדקאיות לעלות באופן משמעותי על היצע. מחסור בפונדקאיות עשוי להביא לתחרות בין ההורים המיועדים דבר העשוי לגרום להאמרת מחירים באופן שיגרום לכך שרק בעלי אמצעים כלכליים יוכלו לעמוד בכך. פתרון אפשרי לבעיה זו הוא הגדלת היצע הנשים הפונדקאיות, כלומר להתיר לאוכלוסיות נשים נוספות על אלו המנויות בחוק לשמש כפונדקאיות על מנת לתת מענה לביקוש הגדול שיבוא. אולם הועדה הכירה בכך שהגדלת היצע הנשים הוא פתרון בעיתי שעלול לפגוע בנשים הפונדקאיות עצמן.

הועדה מונה מספר בעיות שעלולות לנבוע מהגדלת היצע הפונדקאיות. ראשית, המסקנה העולה מדוח הוועדה היא כי הגדלת הביקוש לנשים פונדקאיות תהווה גורם פיתוי לנשים אשר לא שקלו קודם לכן להיות פונדקאיות ואינן מתאימות לתהליך -להיכנס אליו. עוד קובעת הועדה כי הרחבה משמעותית תבוא בהכרח על חשבון ההקפדה על כל התנאים הנדרשים על מנת להגן על הפונדקאיות ותגביר את היבט המסחור של הפונדקאות בישראל. מצב זה

עלול לגרום להנמכת הדרישות ולאישור נשים שאינן מתאימות באמת לתהליך מורכב זה ועלולות להיות מנוצלות או להיפגע מכך. לבסוף קובעת הועדה כי הצורך המוגבר לשמור על כך שרק הנשים המתאימות באמת לתהליך ישמשו כפונדקאיות מחייב יכולת פיקוח המבטיח כי הפונדקאיות שנבחרות אכן עומדות בתנאים הנדרשים כדי לשמש ב"פתרון קצה" שכזה. יכולת פיקוח זו עלולה להישחק ככל שהתמריץ הכלכלי יגדל, בשל המחיר הגבוה, וככל שהדרישה לפונדקאיות מצד הורים מיועדים תעלה (ע' 61 לדו"ח).

### ג. האיזון כמבטא שיקולים כלכליים

האיזון שאליו הגיעה הועדה משקף שיקולים כלכליים שמייתרים דיון באופציה של התנגדות עקרונית קטגורית לשימוש בפרוצדורה. כהנחת בסיס קובעת הועדה כי יש מקום להמשיך ולאפשר את הפונדקאות תמורת תשלום בהיקף המצומצם הקיים היום בחוק. ההמלצות מאזנות בין הנסיון לפתוח את החוק הקיים בפני אוכלוסיות נוספות, מבלי לפגוע באוכלוסיה של בעלות הליקוי הרפואי, מבלי שפתרון זה יהווה פגיעה בנשים הפונדקאיות ובילדיהן (ע' 61), ומבלי להוביל להאמרת מחירים. בלשון הועדה: "לאפשר נגישות שווה ללא האמרת מחירים" (ע' 62).

משיקולי שוויון בחרה הועדה להרחיב את הנגישות לפונדקאות בתשלום עבור אוכלוסיות נוספות (חלקן, לא כולן), כאלה שלא ישפיעו באופן דרסטי על ההיצע. הפונדקאות הותרה במסגרת ההמלצות כפתרון גם למספר לא גדול של נשים שאינן נשואות: רק אלו בעלות ליקוי רפואי מסוים המונע מהן לשאת הריון, שאם לא כן היו יכולות להביא ילד לעולם. לצד זה הוועדה ממליצה לקיים מסלול נוסף של פונדקאות אשר יאפשר גם לגברים ללא בנות זוג לפנות לוועדת האישורים ולבקש את אישורה להסכם פונדקאות שיעשה על בסיס אלטרואיסטי. יחד עם זאת, למרות ההחלטה שלא לאפשר פונדקאות בתשלום לזוגות חד מיניים, ומעבר לצרוף האוכלוסיות הנוספות הורחב השימוש בפונדקאית לשימוש בזרע לאחר המוות, שהוא כשלעצמו טכנולוגיה שאינה חפה ממחלוקות ולא ברור אם היא מצדיקה שימוש בפונדקאות, שהיא, כאמור "פתרון קצה". בכך הרחיבה הועדה את הביקוש לפונדקאות בתשלום.

הועדה שקלה אם יש מקום להגמשות מסוימות של דרישות הסף לגבי פונדקאיות מבלי לפגוע בהן. בשל הרגישויות הרבות סברו חברי הוועדה כי אין מקום להרחיב באופן משמעותי את מספר הפונדקאיות מעבר לסדרי הגודל הקיימים היום. לא ברור איך אמירה זו מתיישבת עם ההחלטה שהתקבלה בסופו של דבר כי ניתן לאפשר לנשים נשואות להיות פונדקאיות. למרות הרגישות לפוטנציאל הניצול הועדה לא זו בלבד שמאשרת פונדקאות בתשלום אלא אף פותחת את ההליך עבור נשים פונדקאיות נוספות. הועדה אומדת כי הרחבה זו יכולה

לתת מענה רק לגידול המוגבל בביקוש עקב הרחבת הזכאות לנשים יחידות בעלות ליקוי רפואי המונע מהן לשאת הריון ולזוגות הזקוקים לתרומת זרע. עם זאת, אוכלוסיה נרחבת כזו מרחיבה באופן משמעותי את אוכלוסיית הנשים שיכולות לקחת חלק בתהליך הפונדקאות.

#### ד. מקומן של הפונדקאיות בפתרון הכלכלי

כאמור, פונדקאות בתשלום נמצאת בספירת השוק. הטרמינולוגיה בה משתמש הדוח מתייחסת לפונדקאיות במונחים מעולם זה כמו "אמצעי" ו"היצע". אולם למרות שהנשים הללו הן בספירת השוק ההתייחסות אליהן אינה כאל שחקן אוטונומי וחזק כמתבקש משחקן בספירה זו. אם הפתרון המוצע הוא חלק מספירת השוק, הרי שקיים פוטנציאל רווח לפונדקאיות מעליית המחירים. אולם בשל איזונים עם גורמים נוספים לא נותנים להן להנות מפירות השוק ולקבל את מקסימום ערך השוק שמגיע להן. המלצת הועדה היא לפקח על המחיר משני טעמים עיקריים: ראשית, על מנת שלא ייוצר מצב בו יידרש מחיר מופרז עבור ההליך, דבר שיהפוך את ההליך למיועד "לעשירים בלבד", ושנית על מנת שלא לאפשר הצעת מחיר גבוה מידי אשר יפתה נשים שאינן מתאימות להליך הפונדקאות להסכים לשמש כפונדקאיות. הטעם השני, הראיה שנשים תתפתנה למשהו שאינו טוב עבורן בשל התמורה הכלילית, אינו עומד בקנה אחד עם ראייתן של נשים אלו כאוטונומיות, חזקות ומסוגלות לשקול בעצמן את השיקולים המתאימים להן. כך שהיחס אל הנשים אינו תואם את מיקומו של הפתרון בספירת השוק.

#### ה. מילה על פונדקאות חו"ל

הועדה התייחסה לבעיות שבפונדקאות חו"ל ועשתה נסיון להתמודד עם בעיות זו באמצעות הכרה במקומות מותרים לפונדקאות ואף תמרוץ כלכלי לבחור במקומות אלה (ניתן יהיה לבצע במימון ציבורי את שלב הפריית הביצית בישראל ככל שקיימת זכאות לכך, בדומה לפונדקאות המתקיימת בישראל). אפתח ואומר שעצם הנסיון להתמודד עם הנושא הסבוך של פונדקאות מחוץ לישראל אינו מובן מאליו ועל כך נתונה לוועדה הערכתי. אכן, המחויבות למימון שלב ההפריה הוא תמריץ מצוין להצמד לפונדקאות במקומות מותרים ומפוקחים. אולם בצד ההערכה שלי לנסיון ההתמודדות הזה, אני רוצה להצביע על כך שהעדר הנגישות לזוגות חד מיניים לקבל את הטיפולים בארץ הוא בדיוק העיקוף המוסרי שמוביל ומקיים את הפונדקאות בחו"ל. בשל פונדקאות בחו"ל, אין משמעות לכך שלא מאפשרים לזוגות הומואים זכאות לפונדקאות בתשלום בארץ, שהרי ברור שמי שיהיה מעוניין יוכל לנסוע לחו"ל להשלים את התהליך. ההבדל הוא שכאשר התהליך נעשה בחו"ל ניתן להכריז על מדיניות "אתית" ולהפטר מההשלכות השליליות שלה.

מבחינה אתית, הצורך והחשיבות של שמירה על כך שפונדקאיות לא מתאימות לא תכנסנה לתהליך זהה בארץ ובחו"ל. גם בחו"ל ישנן נשים לא מתאימות ומבחינה אתית יש להגן עליהן מחשש שהתהליך אינו מתאים להן. סביר, אם כן, שההכרה במקומות מותרים לפונדקאות בחול לא תמנע שימוש במקומות מנצלים ובשימוש בנשים שתפגענה מהתהליך. אולם גם אם כך יהיה, ברור שאם הועדה הצביעה על קשיים בפיקוח נאות בארץ, חזקה שקשיים אלה גדולים עוד יותר בחו"ל. אני לא בטוחה אם יש כאן קביעה אתית או מס שפתיים שמאפשר להתנער מאחריות ולייצא את בעית הפיקוח ובעיקר את האחריות לחוסר הפיקוח אל מחוץ לגבול, שם אחריות הפיקוח נתונה למדינה שבה נעשה התהליך ולא למדינת ישראל.