

יובל שרלו

הסכם נשיאת עוברים (=פונדקאות) להורים מיועדים שלהם יותר משני ילדים

רקע 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 הפונדקאות².

בחוק נקבע כי הוועדה צריכה לבחון שני תחומים קודם כבואה 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 מהצדדים³.

החוק מגדיר אפוא את גבולות הדיון של הוועדה הפועלת מכוחו.

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'. אחד מהכללים שהיו נהוגים בעבר בוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים הוא שיש לאשר הסכמי נשיאת עוברים רק לבני זוג שלא זכו לפרי בטן⁴. במשך השנים אישרה הוועדה הסכמים גם לצורך הולדת ילד שני לבני הזוג.

¹ בראש הוועדה הממשלתית עמד כבוד השופט בדימוס שאול אלוני. דו"ח הוועדה פורסם על ידי משרד המשפטים, **דיון 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 5א לחוק.

⁴ בחוק לאישור הסכמי נשיאת עוברים (1996) נקבע כי הנגישות לטכנולוגיה היא לבני זוג בלבד (ראה להלן הערה 19). 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.

מטבע הדברים, בשל הצלחת הטכנולוגיה והיותה פיתרון לזוגות שאינם יכולים ללדת בדרך אחרת, אנו נמצאים כעת בפתחה של תקופה בה זוגות רבים יפנו לאישור פונדקאות לילד שלישי ומעלה. מדובר בגיוון רב של מאורעות החיים: בני זוג ששני ילדיהם נולדו בלידה רגילה אך בשל נזק שנגרם לרחם האישה בלידה השניה אין היא יכולה עוד לשאת הריון; הורים מיועדים ששני ילדיהם נולדו בפונדקאות; בני זוג שאחד או שני הילדים מאומצים וכדו'.

בלשון החוק אין כל הגבלה למספר הילדים של בני זוג הפונים לאישור הועדה להסכמי נשיאת עוברים. השאלה בה דן מאמר זה הינה האם מוסמכת הוועדה לקבוע כי אין היא מאשרת הסכם לנשיאת עוברים לבני זוג שלהם כבר שני ילדים, ולחילופין שהיא מגבילה את האישור למשפחות מסוימות בלבד, או שמספר הילדים שיש לבני הזוג הפונה לוועדה אינו רלוונטי לדיון, ואין היא רשאית להתחשב בו כלל. בד בבד עם העיסוק בשאלת הסמכות אעסוק בשאלה האתית: בהנחה שהוועדה מוסמכת לפעול לפי כללים אתיים נוספים על אלה המנויים בחוק האם אכן קיימת חובה אתית להתחשב במספר הילדים שכבר קיים לבני הזוג בשעה שנידון הסכם לנשיאת עוברים המובא לאישור הוועדה.

רקע אתי:

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 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.⁵

בחנינת החוק כפי שהתקבל בכנסת ופורסם ברשומות מלמד כי סעיפים מסוימים בחוק נוסחו כדי להתמודד עם חלק מהבעיות האתיות: הנגישות לשימוש בטכנולוגיה זו והגבלה רק למי שאינה יכולה להרות בדרך אחרת,⁶ 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

⁵ 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 19.

⁶ סעיף 4 (א) (2) לחוק.

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 האתיים⁷. 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 אותו⁸.

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 ילדה⁹. ברם, הגבלה כזו אינה קיימת בחוק.

כאמור, השאלה העומדת לדיון היא האם ראוי כי הוועדה תגביל את הנגישות לשימוש בטכנולוגית הפונדקאות רק לזוג שאין לו עדיין שני ילדים. לשאלה זו היבטים רבים – משפטיים ואתיים, והם יסקרו במאמר, תוך חתירה להכרעה בשאלה זו. על אף העובדה שהמאמר דן בשאלת קצה, הוא מעלה שאלות מהותיות רבות בדבר פעולותיהן של וועדות אישורים למיניהם, משקלם של נימוקים אתיים וכדו'. לא זו בלבד, אלא שלפי הערכת מזכירת הוועדה, הגב' אביבה נמרודי, מספר בני הזוג שלהם שני ילדים הפונה לאישור הסכמי נשיאת העוברים נמצא בעליה מתמדת.

א. הגדרת תפקיד הוועדה על פי חוק:

השאלה הראשונה העומדת לדיון היא האם רשאית בכלל הוועדה לקבוע הגבלות שאינן מופיעות בחוק. כאמור, החוק מגדיר בצורה מדויקת וקשיחה את האוכלוסייה אשר הוא מיועד לה, כשאם מיועדת היא זו

⁷ 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.

⁸ 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 הנדונים 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. אם יזכני הקב"ה אני מתכוון לכתוב בעתיד תשובה הלכתית הנוגעת להיבטים האתיים של הסוגיה.

⁹ להלן נראה כי כללים אלה מופעלים על ידי הוועדה לאישור הסכמי נשיאת עוברים.

אשר אינה מסוגלת לשאת הריון. זו ההגבלה היחידה הקיימת¹⁰. בחוק אין הגבלה למספר הילדים של ההורים המיועדים. נקודת המוצא היא אפוא שהועדה אינה רשאית להטיל הגבלות נוספות זולת אלו המצוינים בו במפורש. החוק לא הותיר בידי הוועדה שיקול דעת נוסף לזה הכתוב בחוק עצמו. לא ניתן גם לטעון כי ישנה לקונה בלשון החוק, בשל העובדה שהוא הגדיר במפורש את התחומים עליהם מופקדת הוועדה¹¹. לעיל ציינו כי החוק מינה את הוועדה לצורך בחינת שני עניינים יסודיים, ושאלת מספר הילדים אינו חלק מהמטלות שהוטלו על הוועדה. למעלה מכך, הרכב הוועדה מלמד לכאורה כי החוק לא התכוון שהוועדה תשקול שיקולים אתיים שונים. הוועדה מורכבת משני רופאים בעלי תואר מומחה ביילוד ובגינקולוגיה; רופא בעל תואר מומחה ברפואה פנימית; פסיכולוג קליני; עובד סוציאלי; נציג ציבור שהוא משפטן; איש דת, לפי דתם של הצדדים להסכם לנשיאת עוברים¹². אפשר אפוא שכלל לא מדובר בוועדה אתית, אלא בוועדה מנהלית. אף על פי כן, נראה לי כי יש להחיל על וועדה זו את ההתייחסות לוועדה אתית, וזאת בשל עצם קיומה. אם תפקידה היה לבחון בחינה טכנית בלבד את ההסכמים החוק לא היה עוסק במבנה שלה בצורה זו. גם בדו"ח אלוני מדובר פעמים רבות על היותה של ועדת הפונדקאות ועדה רב תחומית, ובוודאי שהתחום האתי אינו יכול להיפקד משיקוליה.

בחינת דברי ההסבר לחוק מגלה תופעה מעניינת:

סעיף 3:

¹⁰ ישנה לכאורה הגבלה נוספת בחוק, והיא הקביעה כי "האם הנושאת – אינה נשואה, ואולם רשאית ועדת האישורים לאשר התקשרות עם אם נושאת שהיא אישה נשואה, אם הוכח להנחת דעתה כי לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושא שאינה נשואה (סעיף 3. (א)). שני נימוקים מרכזיים מצדיקים הגבלה זו. הראשון הוא ההגנה על משפחת האם הנושאת, בשל הדמיון ל"ביגמיה הפוכה" (האישה הנושאת 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. ברם, 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 (26-2/214-2010) 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).

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.

¹¹ לצורך השוואה, ניתן לראות את ההבדל בין חוק זה ובין הוראות מנכ"ל משרד הבריאות (21/05 מיום ל' ניסן תשס"ה 9.5.05) לגבי ברירת מין העובר לפני לידה. שם נאמר במפורש: "2.2.5: לאחר שקילת ההיבטים המקצועיים והאתיים שוכנעה הוועדה כי קיימת הצדקה כבדת משקל לברירת מין היילוד במקרה הנדון".

¹² השווה זאת להרכבים אחרים. לדוגמה, בחוזר המנכ"ל (לעיל הערה 11) סעיף 3.1.1.2 כי הוועדה לברירת מין העובר באבחון גנטי טרום השרשתי מורכבת בהרכב המלמד על חשיבות השיקולים האתיים. בין חברי הוועדה חייב להיות "מומחה בתחום האתיקה הרפואית או הביואתיקה".

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 עוברים¹³.

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 איזור הסכם לנשיאת עוברים". זו הגדרה מרחיבה.

לא זו בלבד אלא שאנו דנים במציאות בה יש התנגשות בין זכויות חוקתיות שונות שאף הן עומדות לדיון – זו הנוגעת לזכות להורות ולאוטונומיה של בני הזוג ושל האם המיועדת כאחד לבחור מה לעשות עם גופן וזו הנוגעת לכבוד האדם ולשמירה על כבודה, בריאותה ושלומה של האם הפונדקאית וילדיה, על בחירתה החופשית באמת של האם המיועדת¹⁴ כמו גם על דמות החברה וערכיה.

מהן ההצדקות הנוספות האפשריות להרחבת סמכות הוועדה להטיל מגבלות נוספות שאינן מופיעות בחוק ?

1. נוסח החוק אינו מחייב את הוועדה לאשר הסכמי פונדקאות שעמדו במכלול הדרישות המופיעות בו. החוק אומר במפורש כי "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..." (סעיף 5. (א)).

נוסח זה מלמד כי לוועדה שיקול דעת נוסף, ואין היא חייבת לאשר את ההסכמים אף אם מולאו כל התנאים המופיעים בחוק.

2. בעת העיסוק בועדות אתיות, יש לאמץ את העמדה הידועה בדבר "רוח החוק", וזאת בלי להיכנס לסוגיית הפרשנות היוצרת ברשות השופטת, המעיין בדברי הוועדה שהוקמה לצורך ניסוח החוק (=ועדת אלוני) ובדברי ימי הכנסת בדיונים שנערכו סביב החוק, חושף את המשקל הרב המיוחס לשיקולים האתיים העומדים בבסיסו. מתוך הנחת יסוד כי "עשות ספרים רבים אין קץ" ואי-ציפייה מצד החוק לפרט את הפרטים כולם, מוטל על הוועדה לפעול לאור רוח החוק ולפסול הסכמים שאינם עומדים בקריטריונים אתיים.

עמדה זו היא עמדה כללית ביחס לכל הוועדות האתיות הקיימות. במסורת היהודית אנו מכירים מצווה כללית של "ועשית הישר והטוב", שעיקרה רוח חוק כללית של טוב וישר בשל אי היכולת

¹³ 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.

¹⁴ מעל עיקרון 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 מולו אנו עומדים. בד בבד לא ניתן להתכחש לעובדה שהחברה מתערבת בעניינים שונים שלהם משמעות אתית רבה, גם אם הדברים סותרים את חופש הבחירה של הפרט.

להגדיר את הכל בהגדרות משפטיות¹⁵. בשעה שמדובר בוועדות אתיות שהוקמו למען צורך זה יש לאמץ את הכלל המרחיב של שיקול הדעת של הוועדה ולא את זה המצמצם. עצם העובדה שהחוק הקים ועדה זו ולא הותיר את שיקול הדעת למערכת המנהלית של המדינה מלמד על מגמת המחוקק כי הוועדה תשקול שיקולים אתיים שונים בבואה להחליט האם לאשר הסכם או לדחות אותו.

3. הדיון האתי בשאלת הפונדקאות אינו מעמיד את הזוג המבקש לאשר לו הסכם מול השלטונות או החברה, אלא מול האישה המיועדת לשאת הריון. חובת השמירה על כבודה ובריאותה של האם הנושאת מחייבת את הוועדה לשקול זאת לא רק במישור הפרטי ביחס להסכם מסוים, כי אם ביחס למערכת ההסכמים כולם. הנימוקים לפרשנות מצמצמת של לשון החוק מנקודת מבט של זכויות הפרט וחרות הבחירה נפגשת במקרה של הפונדקאות עם כבודה וחרותה של האם הנושאת, הנפגעת מהעובדה שהוועדה אינה שוקלת את הצדדים האלה בדיון.

4. ועדת אלוני עצמה המליצה שלא להכניס הגבלות על כשירות האם הנושא לדוגמה לחקיקה הראשית, אך להותיר את ההכרעה בידי הוועדה שממונה מכוח החוק:

לאחר כל זאת ממליצה הוועדה שלא לקבוע בחוק אמות מידה לכשירות של אישה להיות אם נושאת, מלבד הדרישה שהיא לא תהיה קטינה. בני הזוג המטופלים יוכלו לבחור במועמדת לאם נושאת לפי העדפותיהם האישיות, ואילו הוועדה הסטוטורית הרב-מקצועית תבחן את המוכנות הנפשית של המועמדת בכל מקרה לגופו של עניין" (סעיף 7.15)¹⁶.

מעבר לכל זה, לא סביר כי לוועדה אין סמכות לפסול הסכמים לנשיאת עוברים בהם נפל פגם אתי. קביעה עקרונית כזו עלולה להביא למצבים אבסורדיים, בהם מאשרת מדינת ישראל הסכמים הנגועים בפגמים אתיים קשים, וזאת בחסות החקיקה הראשית.

כדרכם של דיונים אתיים ניתן לערער על הנימוקים השונים. אף על פי כן, באתר הרשמי של משרד הבריאות, בדף הנושא את הכותרת "מידע כללי לצורך פניה לוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים"¹⁷ מופיע הסעיף הבא:

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

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

2) גילם של בני הזוג ילקח בחשבון על ידי ועדת האישורים בעת בחינתה את מידת התאמתם לתהליך. ככל שגילם של ההורים המיועדים גבוה מגיל ההורות הטבעי

¹⁵ ראה דברים ו, יח; פירוש הרמב"ן שם; דברי המגיד משנה' בסוף הלכות שכנים לרמב"ם.

¹⁶ שימוש בטיעון זה חייב להתייחס לשני עניינים. ראשון בהם הוא הרחבת דברי ועדת אלוני והמעמד שהיא מעניקה לוועדת הפונדקאות לתחומים נוספים מעבר לכשירות האם הנושאת. שני בהם הוא קביעת "מפת דרכים" כללית של ועדת הפונדקאות כרקע לדיון הפרטני בכל זוג וזוג. שני העניינים נראים בעיני סבירים לחלוטין.

¹⁷ ניתן להוריד אותו ב http://www.health.gov.il/download/pon/tofes_ponim.doc

- והמקובל (48-50) יעלה משקלו של פרמטר זה במסגרת כלל שיקולי הוועדה באשר להתאמת ההורים המיועדים.
- (3) גיל המועמדת לאם הנושאת לא יהיה פחות מ- 22 שנה ולא יעלה על 38 שנה בעת הגשת המסמכים.
- (4) המועמדת לאם נושאת הינה אם שהרתה וגידלה ילד אחד לפחות.
- (5) אם קיים ספק לגבי היות המועמדת לאם נושאת יהודיה פנויה, עליה לפנות לבית הדין הרבני באזור מגוריה לקבלת מסמך רשמי המעיד על מעמדה האישי.
- (6) תאושר מועמדת לאם נושאת שמצבה יציב יחסית ואינה נמצאת בעיצומו של משבר.
- (7) תאושר מועמדת לאם נושאת ובלבד שעברה לא יותר מ- 4 לידות.
- (8) הרופא המטפל יידע את האם הנושאת באם נדרשת תרומת ביצית, ויאשר כי נתן את ההסבר בנושא.
- (9) תהליך האישור למועמדת לאם נושאת יתחיל רק בתום שנה מלידתה האחרונה.
- (10) מועמדת לאם נושאת שילדה פעמיים בתהליך פונדקאות, לא תאושר לתהליך נוסף.

לענייננו יש לשים לב בעיקר לסעיפים 3, 4, 7, 9 ו-10. ישנו היגיון רב בהגבלות אלו, אולם אין לתביעה זו כל בסיס בלשון החוק. אין אנו מוצאים בלשון החוק הגבלה כלשהי המוטלת על האם הנושאת, ומדובר לכאורה בפגיעה בחופש ההתקשרות החוזית שבין האם הנושאת ובין בני הזוג. הדבר מלמד אחת משתיים: או שוועדת הפונדקאות חרגה מסמכותה בהצבת תנאים אלה, ולמעשה מדובר בעשרות הסכמים לנשיאת עוברים שנפסלו שלא כדין, ובהטלת מגבלות קשות על בני זוג המחפשים מועמדות לשמש כאם נושאת, או שהוועדה אכן רשאית להציב את התנאים כחלק מעצם קיומה. אני נוטה לעמדה השניה, ורואה בכללים אלה מימוש של החובה המהותית שהוטלה על הוועדה. כמובן שכללים אלה חייבים להיות מדתיים, ולהלן נטען שהם צריכים להיות "רכים" ו"גמישים", אולם נראה לי כי ניתן לסכם כך:

- א. אין הוועדה מוסמכת לקבל הכרעות מסגרתיות שרירותיות קבועות, בהן תישללנה שלא על פי הוראת החוק באופן קטגורי, ולקבוע קריטריונים חדשים שאינם מופיעים כלל בהוראת החוק¹⁸.
- ב. הוועדה מוסמכת להכניס למערכת השיקולים שלה שיקולים אתיים שאינם מופיעים בלשון החוק¹⁹.

¹⁸ מעניין להשוות את הנעשה בוועדה זו לוועדות נוספות הנתקלות בבעיות דומות. ראה 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 שאלת הכנסת השיקולים האתיים הנוספים, ראה לדוגמה בעמ' 1 ובעמ' 78. בשל העובדה שישנה ועדה אחת בלבד לאישור הסכמי נשיאת עוברים לא עולה שאלת האחידות במדיניות כפי שהיא קיימת בוועדות לאישור הפלות.

¹⁹ 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 בחורה 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.

על כן, הוועדה רשאית לקבוע קביעה קטגורית שאין לאפשר הסכמים לנשיאת עוברים להורים שיש להם כבר שני ילדים, אם אכן יוכח כי מבחינה אתית אין מדובר בקביעה שרירותית אלא בקביעה העומדת בקנה מידה אתי, ושהוא מוצדק מצד עצמו.

ב. רוח החוק ונימוקי החקיקה:

בד בבד עם שאלת הסמכות המוסדית של הוועדה לקבוע כללים נוספים על אלה הכתובים בחוק יש להציב את השאלה האם יש משקל בשאלה זו לרוח החוק.

סוגיה זו מתפצלת למעשה לשתי שאלות. ראשונה בהן נוגעת לשאלה מה משקל רוח החוק, וכיוון שסוגיה זו היא מן המפורסמות לא נעסוק בה בהקשר זה, ונמשיך את טענתנו לעיל כי הוועדה לאישור ההסכמים לנשיאת עוברים היא וועדה אתית, וכשמדובר בוועדות אתיות הנחת היסוד חייבת להיות כי מנחים אותה שיקולים אתיים. בהנחה כי יש משקל לרוח החוק בפרשנות החוק עולה השאלה מהי רוח "חוק הסכמים לנשיאת עוברים".

ישנו פער גדול בין לשון החוק ובין דברי ההסבר והרקע לקבלתו. קבלת החוק לוותה בפולמוסים אתיים רבים, בשל הרגישות הרבה שחוק זה מזמן. מחקר השוואתי מגלה כי "רק במספר קטן של מדינות נאורות המחוקק התייחס לפונדקאות. ברוב מדינות העולם הפונדקאות איננה חוקית, או שהיא אסורה במפורש או שהסכמי פונדקאות הם בלתי אכיפים. גם במדינות המתירות פונדקאות, ברובן הוטלו הגבלות על הקף ההיתר"²⁰. הפולמוס האתי נובע בשל העובדה שמדובר במפגש של שיקולים אתיים רבי משקל: זכות ההורים המיועדים לפרי בטן, זכות האם הנושאת לבחירה חופשית, התערבות החברה ב"מכירת" גוף האישה עבור כסף, התערבות החברה בשלום ילדיה של האם הנושאת ועוד ועוד. הפונדקאות מוגדרת בדו"ח הוועדה כ"טכנולוגיית קצה"²¹. ניתוח הטיעונים השונים והמחקר ההשוואתי מוליך לעמדה שרוח הדיונים היא לצמצם את השימוש בפונדקאות למצבים חיוניים בלבד.

ואילו המעיין בלשון החוק עצמו לא ימצא כל זכר לכך. בקבלת חוק לאישור הסכמי נשיאת עוברים הכריעה מדינת ישראל למעשה שתי הכרעות. ראשונה בהן היא הקביעה שהפונדקאות אינה אסורה,

הוועדה החליטה ברוב דעות שלא להמליץ לעת עתה 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.

²⁰ הציטוט מתוך הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים (לעיל הערה 19), פרק ב

²¹ ראה לעיל הערה 19 סעיף ב1. ראה גם שם סעיף ג1 את המשמעות של הגדרת הטכנולוגיה כטכנולוגיית קצה: "דעת הרוב הטוענת כי מדובר בשונות בין שונים, ועל כן אין כאן אפליה. עיקרון השוויון אינו יכול לבטל את העובדה שיש שוני מהותי בין מצבים שונים. חוק הפונדקאות נועד כדי לאפשר גישה ל"טכנולוגיית קצה" לנשים הסובלות ממצב פתולוגי המונע בעדן מללדת. זהו מצב מובהק של "שונות". דווקא משום כך הוא חייב להיות מוגבל לאותם תחומים שהמחוקק קבע, ואין בכך פגיעה מוסרית או ערכית בערך השוויון".

לאמור: השיקולים האתיים השונים, כמו גם שיקולים אחרים, מטים את הכף לטובת אישור הסכמי פונדקאות.

מפני מה הוכרע בסופו של דבר להתיר את ההתקשרות בהסכמי נשיאת עוברים? הדבר תלוי כנראה בעיני המתבונן. לדעת כרמל שלו, "עיקרון היסוד אשר הנחה את הוועדה (=ועדת אלוני, שהוקמה כדי להמליץ על חוק הפונדקאות) 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"²². ברם, המעיין בדברי וועדת אלוני מתרשם כי אפשר שהנימוקים היו אחרים. לא זו בלבד, אלא שפסק הדין של השופט חשין יונק ממקורות אחרים של הצדקה אתית, ובעיקר על התשוקה ללידה:

ימים רבים עברו מאז ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגה. אכן, בימינו ובמקומונו – שלא כבימי-קדם או כבמקומות אחרים בימינו – אין עוד מדובר במעמדה של אישה-אם במשפחה ובחברה – למיצער לא במיגזרים רחבים של החברה – אך שאיפת החי לקיום ולהישרדות ותשוקתה של אישה לילד משלה לא פגו. שרי, רחל ולאה 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, והם שדוחים את הבעיות האתיות העומדות בשורש הפונדקאות. לפיכך, אפשר שיהיה משקל לטיעון כי כיוון שמומשה הזכות להורות פקעה ההצדקה האתית לפונדקאות.

ההכרעה השנייה היא שהמדינה מסדירה את הפונדקאות, ואינה מותירה את ההכרעה לבני הזוג והאם הנושאת לבדם, אף שהמדינה אינה מתערבת בהריון רגיל. שני שיקולים הביאו כנראה הכרעה זו. ראשון בהם הוא העובדה שמדובר בנושא מורכב מבחינה אתית שהחברה רואה צורך להיות חלק ממנו. שני בהם הוא העובדה שהמעורבים בנושא מבקשים את התערבות המדינה: על אף העובדה שהילד נולד מרחמה של האם הנושאת הם מבקשים לרושמו כבנה של האם המיועדת, וזאת לא בתהליך של אימוץ²³. לפיכך, על המדינה לקבוע את הכללים שינחו אותו בהחלטתה האם להתערב אם לאו. כמו כן, ההורים המיועדים מבקשים את הגנת המדינה מפני שינוי בעמדת האם הנושא.

²² כרמל שלו, **הארות על דיון וחשבון הוועדה לביחנות הנושא של הפרייה חוץ גופית**, המשפט ג (1996) עמ' 54. בכל המאמרים המשפטיים העוסקים בשאלת הפונדקאות, כמו גם בכל המאמרים הדנים בעמדת ההלכה, לא מצאתי התייחסות לשאלה מה בדיוק צריכה הוועדה לשקול מעבר לשאלת ההסכם עצמו וההסכמה מדעת. ראה גם במאמר של מיכאל קורנאלדי, **לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים תשנ"ו-1996** ודו"ח ועדת אלוני, המשפט (שם), עמ' 63-70.

²³ חוק הפונדקאות נמנע למעשה מלהכריע הכרעה חד משמעית למי יש לייחס את הילד הנולד. נראה כי בשל המחלוקת ההלכתית בשאלה למי יש לייחס את הילד, העדיף המחוקק להשאיר נקודה זו עמומה. החוק קובע בסעיפים 10-12 כי הייחוס המשפטי של הילד לבני הזוג המיועדים ייעשה על ידי "צו הורות" שיוציא בית המשפט לאחר לידת התינוק. הוראה זו מלמדת מחד גיסא שהילד אינו מיוחס כלל לאם הנושאת (שכן לו זה היה כך היה צורך להוציא צו אימוץ), אך גם לא להורים המיועדים – שכן יש צורך בצו הורות מיוחד. במקרה תיאורטי של פטירת ההורים המיועדים אין זה ברור כלל למי שייך הילד. לשאלה זו היבט הלכתי מעניין. לפני כמה חודשים פנתה לרב ידוע אם מיועדת שהודיעו לה כמה דקות לפני שבת שהפונדקאית נכנסה לחזרי לידה. היא שאלה את הרב האם מותר לה ליסוע מייד לבית החולים על אף חילול השבת שיעשה בחלק האחרון של הדרך, שכן היא רוצה להיות עם התינוק מהשניה הראשונה להיוולדו. הרב פסק שמותר לה, בטיעון כי אם העובר ימצא במצוקה ותתחייב הסכמה מדעת לטיפול בו – היא אחראית על כך, ובשל כך עליה ליסוע מיד. ברם, על פי הוראת החוק דומה שלא ההורים המיועדים הם שיחתמו על ההסכמה מדעת לפני הוצאת צו ההורות, כי אם פקידת הסעד הראשית.

החוק אינו כולל בתוכו כל הגבלה הנובעת מהסתייגות מעצם הפונדקאות. יש בו מרכיבים המגנים על שלום האם הנושאת, על שלום הילד ואולי על שלום משפחת האם הנושאת, אולם אין בו כל רמז לכך שהמחוקק ביקש לצמצם את הפונדקאות במידה מסוימת.

השופטת טובה שטרסברג כהן כתבה על סוגיה זו, וכן נראית עמדת רוב היושבים בהרכב:

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 אלו סבוכות.

ב. העמדה היסודית היא הגבלת הפונדקאות בסייגים שונים ובצורה מבוקרת. בנושא זה אדון גם

בסעיף הבא.

לפיכך נראה כי אם הוועדה היא אכן בעלת סמכות מוסדית היא רשאית להגביל במידה את הנגישות לפונדקאות, ולא זו בלבד אלא שאם לא תעשה זאת היא מועלת בתפקידה האתי. מכאן ואילך נדון אפוא בשאלה האם מוצדק מבחינה אתית להגביל את הסכמי הפונדקאות בהתחשב במספר הילדים שכבר יש להורים המיועדים.

ג. מדיניותה העקרונית של הוועדה:

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 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); העובדה שהיא ילדה לפחות ילד אחד (4); מצב יציב יחסית (6); לא עברה יותר מ-4 לידות (7); מודעות לשאלת תרומת הביצית (8); שנה לאחר לידתה האחרונה (9); לא יותר מפעמיים (2).

(3) סעיפים הנובעים גם מטובת הילד²⁴: גיל ההורים המיועדים (2).

(4) סעיפים הנובעים מסיבות כלליות: יהדות (5).

כאמור, על אף הקושי בניתוח ומיון הסעיפים השונים עולה בעליל כי מדיניות הוועדה נוטה להגן על האם הנושאת בצורות שונות. ישנו גם סעיף (4) 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) יישו 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. 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.

ג.1. הזכות 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" (דו"ח אלוני עמ' 10), אולם עליונותה של זכות זו הוכרעה בעצם קבלת החוק לנשיאת עוברים, ונכתבה גם בפסקי דין של בג"ץ²⁵. השאלה העומדת לדין בנושא בו אנו דנים הוא כימות זכות זו למספר ילדים מסוים.

מחד גיסא ניתן לטעון כי הזכות להורות אינה מוגבלת דווקא לשני ילדים. מספר הילדים שיש לבני הזוג הוא חלק בלתי נפרד מהזכות להורות, ומחופש הבחירה של האדם. לא זו בלבד, אלא שאין אנו מוצאים הגבלה כלשהי במישור האתי של מספר הילדים. מדינת ישראל מקיימת גם מדיניות של ריבוי ילודה, הבאה לידי ביטוי בקצבאות הילדים, שחלק ממגמתם ומהיכוח 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 תנח 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).

²⁴ לא ניתן להתעלם מהעובדה כי בחקיקה אין כל התייחסות לטובת הילד שיוולד (ואף לא לטובת ילדי האישה הפונדקאית). אורנה הירשפלד, פקידת סעד ראשית לחוק הסכמים לנשיאת עוברים והברת 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.

²⁵ 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.

מאידך גיסא, הזכות להורות אינה עומדת בפני עצמה בסוגיה זו, אלא היא מעומתת עם שיקולים אתיים אחרים המלמדים על הבעיות האתיות המהותיות. במקרה בו אנו עוסקים מדובר בזכות העומדת לדיון מול זכויות אחרות של השותפים בפוריות – הפונדקאית²⁶. לפיכך יש לבחון כיצד תבוא לידי ביטוי הזכות להורות ושאר העניינים הקשורים בילודה, מול הבעיות האתיות שמנגד.

באופן תיאורטי, ניתן להצדיק ארבע עמדות יסוד:

(1) **פונדקאות ללא הגבלה:** הזכות להורות אינה מוגבלת, כמו גם השיקולים האחרים,

ולפיכך אין מקום להגביל זכות זו גם בהקשר של הפונדקאות. מובן שעמדה זו תימצא

תימוך גם בעובדה שהפונדקאית עצמה היא סוברנית לקבוע מה תעשה בגופה.

(2) **פונדקאות להולדת שלושה ילדים בלבד לבני זוג:** בשם הזכות להורות ניתן לדחות

את השיקולים האתיים המתנגדים לפונדקאות רק עד לרמה של ממוצע הילדים

במשפחה. היחס לטכנולוגיות קצה - במישור האתי ובמישור הרפואי - צריך להיות

שהם לא באו להחליף את הטבע ואת החברה אלא לשקם פגיעות בלבד. זו אחת הסיבות

(מעבר לשיקולי טובת הילד) המגבילים לדוגמה את גיל ההורים המיועדים בהגבלות

הפנימיות שנוסחו על ידי הועדה והובאו לעיל. בשל העובדה שממוצע הילדים למשפחה

בישראל הוא 2.8 ילדים יש לאשר אפוא הסכמי נשיאת עוברים עד לילד שלישי בלבד.

(3) **פונדקאות להולדת שני ילדים בלבד לבני זוג:** הנימוקים להגבלת הזכות להורות הם

אותם הנימוקים כבסעיף הקודם. מתחת הגבול בשני ילדים בלבד נובעת מהסיבות

הבאות:

א. מדינת ישראל הכריעה במדיניותה כי המדינה תממן טיפולי הפריה חוץ גופית

(IVF) לשם הולדת שני ילדים בלבד. הכרעה זו מלמדת כי מבחינה חברתית זהו

התא היסודי הבסיסי. באופן קוהרנטי ניתן להסיק כי בכך ממומשת הזכות להורות

בחקיקה הישראלית²⁷.

ב. האתוס המסורתי הוא קיום מצוות "פרו ורבו" בשני ילדים. אמנם, ההלכה

מתייחסת גם למין הילדים, וקיום מלא של מצווה זו הוא על ידי לידת בן ובת ולא

שני ילדים מאותו המין. ברם, יש לראות בהקשר בו אנו עוסקים את המספר היסודי

של ילדים במסורת היהודית, ולהכניסו למדיניות הוועדה.

ג. אמנם ממוצע הילדים במשפחה הוא 2.8 אולם בחינה סטטיסטית מדויקת תלמד כי

המספר הנפוץ הוא שני ילדים במשפחה.

(4) **פונדקאות להולדת ילד אחד בלבד:** כאמור לעיל, הפונדקאות היא טכנולוגיית קצה

הנושאת בחובה דילמות אתיות סבוכות. עמדה זו טוענת כי יש לצמצם את השימוש

²⁶ רביצקי (לעיל הערה 25) החליטה שלא להיכנס לדיון זה, בצינה כי שאלות אלו דורשות דיון מיוחד.

²⁷ מן הדין לתת את הדעת לכך שהמדינה אינה ממנת את הפונדקאות. עובדה זו מצטרפת לטיעון כי הפונדקאות אינה מובנת מאליה ואינה זכות טבעית בהכרח.

בטכנולוגיה רק למצבי קצה. מצב קצה יוגדר כזוג שלא זכה כלל לפרי בטן. משעה שמומשה הזכות להורות פקע התוקף המוסרי של היתר הפונדקאות.

עמדה זו מופיעה בפרוטוקול פגישת הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים²⁸ 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 הדיון, מי שלא קיים כלל את המצווה מחוייב להתאמץ לקיים את המצווה גם אם הדרך לכך מחייבת פירוק נישואין. למרות זאת, אם יש לו כבר ילד אחד, אף על פי שאין בכך קיום מלא של המצווה, 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.

ג.2. שמירה על האם הנושאת וילדיה²⁹:

שאלת השמירה על הנושאת אף היא סוגיה אתית רחבת היקף. מול התיאוריה החרותית המקסימאלית שמייצגה בעת החדשה הוא נוזיק³⁰, משיקולים שונים, אנו מכירים ביקורות רבות כנגד תפיסה זו. במסגרת זו לא נידונה שאלת המדינה בלבד, כי אם שאלות אתיות כמו הפטרונזים וכדו'³¹. למעלה מכך, אלן וורטהיימר דן בספרו החשוב בשאלה האם אפשר שתהיה כפיה על ידי הצעה "שאי אפשר לסרב לה"³². השאלה העומדת כאן לדיון היא בשם מה אנו רשאים למנוע הן מהזכאים להורות והן מהאם המיועדת עצמה את תהליך הפונדקאות למען הענקת האפשרות ליותר משני ילדים לבני זוג.

²⁸ 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 רפע"ה, והרב אברהם רוזנברג מנהל אירגון רפע"ה.

פרוטוקול הדיון נכתב על ידי הרב ד"ר מרדכי הלפרין והרב שמואל רבינוביץ. הפרוטוקול נבדק ואושר ע"י הגרז"נ גולדברג אשר הסכים לפירסומו באסיא, ראה אסיא סו-10 (1999), עמ' 45-49.

²⁹ 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.

³⁰ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books 1974

³¹ המסה הידועה ביותר בנושא זה היא זו של ישעיהו ברלין *Two concepts of liberty* בתוך: Liberty, Oxford, עמ' S.166-217

³² ראה: Alan Wertheimer, *Coercion*, Princeton University Press 1988. תודתי לפרופ' נעם זהר שהפנה אותי לספר זה.

כאמור, 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 ישנו רמה מסוימת של סיכון, ובמקרה של פונדקאות האם הנושאת מסתכנת למען שמחתה של אישה אחרת. הסיכון הוא גם סיכון פיזי³³, אך גם סיכון נפשי בשל האובדן שהאם הנושאת עלולה לחוש. הסיכון הנפשי בהריון למען ילד שלישי הוא גבוה יותר. חלק מהנימוקים המניעים אישה נושאת להסכים לשאת עוברים של אישה אחרת הוא ההצדקה האלטרואיסטית, וזו קיימת פחות בשעה שלבני הזוג יש כבר שני ילדים או שלושה. פונדקאות לילד שלישי ואילך מפרה את האיזון העדין בין הפונדקאות כאמצעי השתכרות לבין תחושת "המעשה המיוחד" וכל התחושות הנותנות משמעות למעשה הפונדקאות. ואכן, מדיניות הוועדה כפי שהראנו לעיל היא להגן על האם הנושאת מעבר למתחייב בחוק. לדוגמה: הוועדה מגנה עליה על ידי היתר לשני הסכמי נשיאת עוברים בלבד.

יש להעיר גם כי קיימת סכנה גדולה יותר להפרת ההסכם מצד הפונדקאית בשל העובדה שלהורים יש כבר ילדים, או הזנחתה של הפונדקאית על ידי ההורים בשל אותה סיבה. נזכיר כי כאמור לעיל מדיניות הוועדה 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 בלבד³⁴.

פן נוסף שכמעט לא בא לידי ביטוי בדיונים השונים הוא ההשפעה שיש להסכמי נשיאת העוברים על ילדיה של האם הנושאת. כאמור לעיל, מדיניות הוועדה היא שלא להתיר הסכמי נשיאת עוברים למי שלא ילדה עדיין, ועל כן מדובר תמיד במציאות בה יש לפונדקאית ילדים. מבחינה עובדתית, הם חווים את חוויית ההריון של אימם כאשר הילד שיוולד אינו אחיהם. נזכיר זו כי בעיגון החוקי של הסכמי נשיאת עוברים ובכך שלא התייחסה למספר ילדיה של האם הנושאת הכריעה כנסת ישראל ששיקול זה אינו חזק דיו ואולי אף אינו רלוונטי. ברם, אם תתקבל העמדה שבטאתי למעלה בדבר סמכותה של הוועדה לקבוע כללים אתיים שונים, יש לבחון שאלה זו מחדש.

לשאלה זו שני פנים. הראשון שבהם הוא האמפירי. למעשה אין כל ידיעה אמפירית ואין מחקר עולמי בסוגיה זו כמו גם ברבות אחרות³⁵. הפן השני הוא השאלה האתית – האמנם יש להכניס ממד זה לשיקול

³³ 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 29) עמ' 192. לטענתה חייבים לקבוע בחוק כי לא יושתל עובר ברחמה של אם פונדקאית כי אם לאחר שישה חודשי הקפאה, ורק לאחר בדיקה מוירוסים. אימות לטענתה ניתן לראות בהוראות משרד הבריאות לגבי תרומת זרע.

³⁴ פרופ' רוזלי בר למשל סבורה שהדרישה שפונדקאית תהיה מי שכבר ילדה בעבר צריכה להיות מעוגנת בחוק, ראה דבריה (לעיל הערה 29) עמ' 202.

³⁵ למעשה כמעט ואין מחקרים כלל עם בסיס נתונים ראוי לשמו. ראה את דברי ד"ר לנדאו בעדותה בפני הוועדה (לעיל הערה 19), פרוטוקול 3 עמ' 19. ניתן לקרוא את דבריה ב <http://www.health.gov.il/Download/pages/protocol100604.pdf>.

הדעת, ולראות את ילדי הפונדקאית כגורם בדיון, ולפיכך לצמצם את ההיתר לפונדקאות בשל כך? דומני כי כאן כבר מדובר בשיקול אתי רחוק מדי.

זכויות 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 בעוולה³⁶, ולאחרונה גם בפסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה³⁷. במסורת היהודית קשה מאוד לדבר על המונח "זכויות הילד" ובוודאי לא על זה שלא נולד עדיין³⁸.

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

המשמעות בתחום הצדק החברתי:

אף שהסכם הפונדקאות נחתם בין בני הזוג בלבד, ולכאורה מדובר בנושא שאין החברה צד בו. יש לו משמעויות חברתיות נרחבות, המעוררות את השאלה האם הכנסתם לדיון היא לגיטימית. ציינו כבר לעיל כי לא ניתן לההדיר את החברה לחלוטין מהסכם הפונדקאות, שכן הצדדים מבקשים את אישורה של החברה למימוש הסכם זה.

משמעות חברתית אחת נוגעת באופן ממוקד לשאלת הפונדקאות: ישנה מחלוקת בין העוסקים בנושא האם קיים חוסר בנשים המוכנות לשמש כפונדקאיות. אם כן קיים חוסר כזה הדבר מעורר את השאלה הציבורית הבאה: האם לא נכון יהיה ליצור הגבלה על מספר הילדים כדי לאפשר לבני זוג שלא זכו בכלל לפרי בטן ליהנות מהאפשרות הזו? האם מוטל על החברה להתערב ב"צדק חלוקתי" של הנשים המוכנות לשמש כנושאות הריון? יש לזכור כי ככל שירבו הזוגות המתקשרים בהסכמי נשיאת עוברים כן יפחת

³⁶ ע"א 518/82.

³⁷ פלוני נגד מדינת ישראל, בית המשפט המחוזי בחיפה, 259/02.

³⁸ על מעמדו של העובר במשפט העברי ראה מאמרו של רפאל וינברגר, כל אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו... האמנם? מעמדו המשפטי של העובר בדיון העברי, זכויות האדם ביהדות, ירושלים 1992 עמ' 139-160.

מספר הנשים הזמינות להסכמים אלה. הדבר יעלה את התביעות הכלכליות של הנשים הנושאות על פי חוקי ההצעה והביקוש, ואנו בפתחה של בעיה חברתית חמורה: פונדקאות לעשירים בלבד? מאידך גיסא, אין זה ברור כי לחברה מותר לשקול שיקולים מעין אלה בבואה לדון במימוש רצון זוגות להגדיל את משפחתם. המאבק באי-השוויון בחברה אינו יכול להתחולל בשדה הצמצום של זכויות בעלי הממון לעשות עם כספם כרצונם.

משמעות חברתית נוספת היא שימוש בתשתיות רפואיות לצורך הפונדקאות, והעלאת שאלת התעדוף של צרכים רפואיים שונים, כמו גם שאלה דומה היא השאלה האם הולדת הילד תטיל על החברה מטלות כבדות מאוד. בלוא להיכנס לשיקולים האתיים בשאלה זו³⁹ ניתן לקבוע כי אין כל בסיס אמפירי להעלאת שאלה זו, ועל כן ניתן להתעלם משיקול זה.

סיכום ומסקנות:

קריאה שיטתית בדברים שהובאו לעיל מלמדת על העובדה שישנו פער גדול מאוד בין לשון החוק וסעיפיו ובין השיקולים האתיים השונים, כללי הוועדה לאיסור הסכמי נשיאת עוברים והמשמעויות השונות של הסכם הפונדקאות. החוק כפי שחוקק אינו מביא לידי ביטוי את כל המורכבות האתית של הפונדקאות – לא בלשונו ולא בסעיפיו. הכללים הפנימיים של הוועדה מבטאים שיקולים אתיים רבי משקל.

השאלה העומדת לדיון במאמר זה נחלקת לשני תחומים: הראשון הוא האם בסמכותה של הוועדה לפעול כך. התחום השני עולה לדיון רק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, והוא: האם מבחינה משפטית ואתית ראוי כי הוועדה תגביל את הפונדקאות לשני ילדים בלבד.

ביחס לשאלה הראשונה עמדתי החד משמעית היא שלוועדה סמכות מסוימת ליצירת כללים אתיים נוספים על אלה הקבועים בחוק. טיעון זה מתבסס על שיקולים שונים: עצם הקמתה של וועדה ולא של פקיד רישום בלבד, העובדה כי לשון החוק הוא שהוועדה "רשאית" לאשר את ההסכם,

ברם, סמכות זו מוגבלת הן בשל הרכב הוועדה והן בשל העובדה שמדובר בחקיקה ראשית שלא הגבילה את הנגישות בדרך זו. על כן, אין רשות לוועדה לקבוע שרירותית כללי גישה לטכנולוגיה, אך בסמכותה לקבוע קווי עקרונות רכים וגמישים. במילה רכים אני מכוון לכך שאין מדובר בחידושים אתיים מרחיקי לכת או בהגבלות בעוצמה מרובה, כי אם בכללים מסוימים שההיגיון הישר והיסודות האתיים בולטים בו. זו ההצדקה לדוגמה להגבלת מספר הלידות בפונדקאות של האם הנושאת הנהוגה בוועדה. במסגרת זו, ברמה העקרונית רשאית הוועדה להכריע כי אין לאשר הסכמי פונדקאות למשפחות עם יותר משני ילדים.

ברם, גם אם תקבל הוועדה הכרעה זו ההכרעה חייבת להיות גמישה, ולהתחשב במרכיבים שונים. הוועדה חייבת להבחין בין שני ילדים שנולדו לבני הזוג בלידה טבעית ובין אם מדובר בילדים שאומצו; האם הילדים משותפים או שהם תוצאה של בני זוג אחרים; היא חייבת להתחשב בנסיבות מיוחדות כמו מצבים שילדיהם שבני הזוג סובלים ממחלה פיזית או נפשית או מנכות קשה וכדו'. אדגיש כי אלה הן לא בהכרח

³⁹ ראה רביצקי (לעיל הערה 25) עמ' 154-155.

סיבות לאשר או לדחות את פניית בני הזוג, אלא דוגמאות בלבד לחובה לנקוט מדיניות גמישה, ולא להעניק לכללים הפנימיים של הוועדה מעמד של חוק שהתקבל בחקיקה ראשית. מאידך גיסא, הפרקטיקה בוועדות אלו, חוק חופש המידע וקיומה של רשת האינטרנט על הפורומים השונים שבה מקשים מאוד על ניהול מדיניות של בחינת כל מקרה לגופו, ופעמים הופכים אותו לבלתי אפשרי. זו אינה יכולה להיות סיבה לפגוע בזכויות של בני זוג הפונים לוועדה, אולם חייבת להיות לעובדה זו השפעה על הכללים שהוועדה מאמצת, והם חלק בלתי נפרד משיקוליה. למותר לציין כי בשל המורכבות האתית העמוקה של סוגיית הפונדקאות מוטל על החקיקה הראשית להתמודד עם שאלה זו, ולכשיגיע זמן התיקונים לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים חייבת לעלות גם שאלה זו.

לאחר הדיון בדבר סמכותה של הוועדה עולה השאלה האתית. תשובה לשאלה בנויה משני שלבים. השלב הראשון הוא עצם ההגבלה על הסכמי נשיאת עוברים. לאור הבעייתיות הרבה בעצם קיומם של הסכמים אלה עמדתי היא שהם אינם יכולים להוות דרך נוספת ורגילה ללידת ילדים. הפונדקאות מערבת בתהליך הזכייה בפרי בטן את האם הנושאת, ובד בבד עם זכייתה בתגמול כספי היא עושה פעולות העלולות לפגוע בה גופנית ונפשית. אמנם, מדובר בהסכם שנחתם בהתחייבות חופשית בין המעורבים בדבר, ונקודת המוצא העקרונית היא שאין החברה מתערבת בהסכמים אלה. אולם, הפונדקאות שייכת לאותם החריגים בהם החברה מתערבת, הן בשל העובדה שהמעורבים בדבר מבקשים את התערבותה כמבואר לעיל, והם מסיבות מקבילות (אם כי לא זהות) שהחברה מתערבת בצורות שונות בשאלות הזנות ובביגמיה. אני מבקש להדגיש כי לאורך המאמר כולו לא כיניתי עמדה אחת כ"ליברלית" ואת השנייה כ"שמרנית" דווקא בשל העובדה שלא ברור מיהו הליברל בשאלה זו, ועד כמה ההתייחסות לכבוד האישה הנושאת ובריאותה היא שמרנית דווקא.

הגבלת הפונדקאות נובעת אפוא משתי סיבות. ראשונה בהן נוגעת לסוגיה הדקלרטיבית, ובה החברה מבטאת את עמדתה כי היא מתייחסת לפונדקאות בזהירות הראויה: מחד גיסא מתירה החברה את קיומם של הסכמים לנשיאת עוברים ואף יוצרת את המסגרת החוקית לתמיכה בהסכמים אלה ולעיגונם בחוק, ומאידך גיסא היא מבטאת את הבעייתיות הגדולה שבהסכמים אלה על ידי הגבלתם. שניה בסיבות היא הצורך הממשי להגביל את הפונדקאות מהסיבות שנסקרו לעיל.

השלב השני של הדיון הוא שלב מתיחת הקו – היכן יש למתוח את הקו ולקבוע כי ממספר ילדים זה ואילך נקודת המוצא היא שאין מקום לאישור הסכמי נשיאת עוברים, וההתרחקות לכך הוא רק במקרים חריגים. אינני מוצא מקום לעמדה הסוברת כי יש לאשר הסכמים אלה להולדת ילד אחד בלבד, ועם לידתו מומשה הזכות להורות, וזאת מהסיבות שהובאו לעיל והמנמקות את העמדה הסוברת שאין להגביל לפני היות לפחות שני ילדים במשפחה. מאידך גיסא, אני סובר כי אם מקבלים את העיקרון של הגבלת מספר הילדים הרי שאין הצדקה למתוח את הקו לארבעה ילדים. אם מותר לחתום על הסכם נשיאת עוברים לארבעה ילדים קשה למצוא סיבה מפני מה לא חמשה או ששה.

ההתלבטות היא אפוא בין מתיחת הקו למשפחה שלה שני ילדים או שקו המינימום יהיה שלושה ילדים. המעיין לעיל בנימוקים השונים יראה כי הנימוק העיקרי למתוח את הקו לאחר שלושה ילדים הוא הנימוק הסטטיסטי (ממוצע הילדים למשפחה בחברה הישראלית) ואילו הנימוקים למתיחת הקו לאחר שני ילדים הם נימוקים מהותיים. בשעה שמתנגשים סוגים שונים של נימוקים יש להעדיף את הנימוק המהותי, על פני הסטטיסטי, בעיקר לאור העובדה שבתוך החברה הישראלית יש חברות שונות שבהן מוגדרת משפחה עם ששה ילדים כמשפחה קטנה. הכרעתי הפילוסופית והאתית נוטה אפוא לעמדה שנקודת המוצא של הוועדה צריכה להיות הימנעות מאישור הסכמים לבני זוג שלהם שני ילדים.

ברם, נקודת מוצא זו חייבת להיות רכה וגמישה למצבים שונים, בעיקר לאור העובדה כי לרוב המשפחות בישראל יותר משני ילדים. בשל כך, סטייה מעיקרון שני הילדים צריכה להיות חלק ממנדט הוועדה, והיא צריכה להתחשב בשאלות שונות: האם שני הילדים משותפים, האם הם נושאים את המטען הגנטי של בני הזוג או אחד מבני הזוג, מצבם הבריאותי והנפשי, גילם של ההורים וכדו'. אודה כי מתיחת קו גבול זה מכאיבה מאוד, אולם זה טיבם של שיקולים אתיים שבאים לענות על השאלה "האם ראוי" ולא רק על השאלה "האם ניתן", והשאלה האתית נוגעת לא רק לבני הזוג כי אם גם לשימוש בגופה של הפונדקאית.