

עוֹבֵר וּשְׁב

הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים שפורסמה בשנה שעברה עשויה למצב את ישראל כמדינה הראשונה המתירה פונדקאות בחו"ל. אלא שהצעת החוק לוקה בכך שהיא משאירה את ההליך בידי גופים כלכליים המתפרנסים ממנו, ולא בידי עמותות וגופים ללא כוונת רווח

יחזקאל מרגלית

חית, המבקשת לתת לגיטימציה חברתית ומשפטית למשפחות ה"חדשות", מאשר זו המונעת מטעמים בריאותיים (לקריאה כזאת ראו חיים אברהם "על הורות, פונדקאות והמדינה שביניהם" **חוקים** ח (עתיד להתפרסם, 2015)). אך לא בהיבט טעון, מא- תגר ומרתק זה ברצוני לדון ברשימה זו.

תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), תשע"ד-2014 (<http://www.shituf.gov.il/discussion/802>) פורסם לצי-

בור בתחילת שנת 2014. לאחר קבלת תגובות הציבור והעברת החוק בוועדת הש- רים עמלו במרץ רב במשרד הבריאות לסיים בהקדם את תיקון החוק ואת השבחתו, ובה בעת נאלצו להתמודד עם לחצים לא פשוטים שהופעלו עליהם. לבסוף, לאחר חבלי לידה לא מבוטלים, פורסמה ביום 23.7.14 הצעת החוק

כנסת ישראל וממשלת ישראל האחרונות חלפו עם הרוח בטרם זמן. עם זאת (ואולי בדיוק בשל זאת) הן הותירו אחריהן שובל ארוך, מפותל ונפיץ של הצעות חוק שנועדו לשנות את הסטטוס-קו בענייני דת ומדינה בכלל ובפרט בתחום דיני המש- פחה. לא למותר לציין שרובן ככולן לא הבשילו לכדי חיקוקן עלי ספר החוקים הישראלי. ללא כל ספק, שתיים מגולות הכותרת החקיקתיות היו הסדרה של תפוח האדמה הלוהט של גיוס בחורי ישיבה וניסיונה הנמרץ של שרת הבריאות הקודמת יעל גרמן להנגיש



ד"ר יחזקאל מרגלית
עוסק בדיני משפחה,
בחוזים ובביו-אתיקה;
מרצה מן החוץ
באוניברסיטת בר-אילן

לצד הביקורת חשוב לציין כי מדובר בהצעת חוק מקיפה וסדורה. על פי ההצעה, אזרחי ישראל ותושביה יוכלו להוליד את ילדם באמצעות שירותיה של פונדקאית שהיא אזרחית ותושבת של מדינה אחרת

בחקיקה את שירותי האם הנושאת, הידועה בכינויה העממי יותר: הפונדקאית, גם לגברים ולנשים יחיד- ניים, ובשפה פחות מכובסת – זוגות של הומואים ולס- ביות ישראלים המעוניינים לבצע פונדקאות הן בארץ והן בחו"ל. אפשר לטעון כי מדובר בהצעת חוק המגלמת יותר אג'נדה חילונית-אזר-

ניסיון העבר בארץ
ובעולם מלמד כי
בעסקי הפונדקאות
הגבול הדק שבין
האסור והמותר, האתי
והפלילי, הוא בבחינת
פרצה הקוראת לגנב.
זאת בשל הכסף
הגדול שהתחום
מגלגל והלחץ
האדיר שמפעילים
המזמינים, החפצים
להיות הורים כמעט
בכל מחיר, כדי
להגשים את חלומם



הממשלתית בשמה הרשמי – הצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תי-קון מס' 2), תשע"ד-2014 (<http://knesset.gov.il/Laws/Data/BillGovernment/886/886.pdf>). ייתכן מאוד שבשל פרסום הדברים בעיצומו של מבצע "צוק איתן" לא זכה העניין לתהודה הציבורית הראויה לו. אני מבקש לפתוח את ביקורתי דווקא בדברי שבח להצעת חוק מקיפה, מעמיקה וסדורה, שאם תעבור במתכונתה זו בכנסת הקרובה – וספק רב יש לי בכך – היא עשויה למצב את ישראל (שוב) כמדינה הראשונה המסדירה רגולטורית ואף מתירה שימוש בפר-נדקאות חו"ל. כלומר, אזרחי ישראל ותושבי ישראל

יוכלו, במסגרת החוק, להוליד את ילדם באמצעות שירותיה של פונדקאית שהיא אזרחית ותושבת של מדינה אחרת. עם זאת אני מבקש לייחד דברים קצרים דווקא לעקב אכילס המרכזי שאני רואה בהצעת החוק – הפקדת הליך התיווך בין ההורים המזמיינים הישראלים ובין קליני-קת הפריון בחו"ל בידי גופים מסחריים שאינם עמותות ללא כוונות רווח, כפי שנהוג

ומקובל בעולם כולו, לרבות בישראל, לכל הפחות בהקשר של אימוץ בין-מדינתי; מגופים אלה אפשר לצפות לפעולה בסטנדרטים אתיים גבוהים יותר. ואולם בשביל הקורא שאינו בקיא בהיסטוריה של תזכיר החוק והצעת חוק הפונדקאות ובידוקיותיהם, נפתח בסקירה קצרה של היסטוריית הרגולציה של הפונדקאות בישראל.

הפונדקאות בישראל – סקירה היסטורית

במשך שנים רבות לא הסדירה החקיקה בארץ את נושא ההסכמים לנשיאת עוברים. פרקטית היה מקובל לרשום את היולדת במרשם האוכלוסין כאימו של הילד. אם לא די בכך, בשנת 1987 אף נאסרה הפונדקאות בארץ בתקנות (ראו תקנה 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית)). בעקבות הדיון בעתירתם הראשונה של בני הזוג נחמני הוסכם למנות ועדה שתבחן את ההיבטים השונים של ההפריה

החוץ-גופית (משרד המשפטים **דין וחשבון הוועד דה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית** (1994)), ולאחר שבג"ץ ביטל כמה תקנות שהסדירו את תחום ההפריה החוץ-גופית, גבר הלחץ על המחוקק לומר את דברו (לסקירת המצב המשפטי שקדם לחקיקת החוק ראו דורית שפירא ויוסף שפי-רא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)", תשנ"ו-1996: המצוי והר-צוי" **רפואה ומשפט** 36, 19, 22-24 (2007)). בעקבות אימוץ (חלקי בלבד) של המלצות הוועדה, נחקק בארץ בשנת 1996 חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, המאפשר לקיים הריונות פונדקאיים בישראל באמ-

צעות עריכת הסכם בכתב בין האם הנושאת ובין ההורים המיועדים, וזאת רק לאחר קבלת אישור להסכם זה בוועדת האישורים שהוקמה מכוח החוק (לסקירה מלאה יותר של עניין זה ראו יחד-קאל מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה** 236-240 (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, הפקולטה למשפטים, תשע"א)).

בכך הפכה מדינת ישראל

למדינה הראשונה בעולם המסדירה ומתירה פונדקאות באמצעות חקיקה. לאחר כ-20 שנות פעילות זוכה חוק זה לשבחים בארץ ובחו"ל כרגולציה מקיפה ויעילה הראויה לחיקוי במדינות אחרות בעולם. הראיה הטובה ביותר לכך היא העובדה שמעולם לא נתגלע, וודאי לא הובא לבית המשפט, כל סכסוך בין הורים מזמיינים ובין אם נושאת, בדומה לסכסוכים מפורסמים אחרים בתחום שנתגלעו בחו"ל, כדוגמת Baby M בארצות הברית ו-Baby Cotton באנגליה. כל שיש הוא עתירתם של אישה רווקה (בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פ"ד נז(1) 419 (2002)) ועתירתם של בני זוג הומואים (בג"ץ 1078/10 **פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (פורסם בנבו, 28.6.10)) ואף בני זוג הטרוסקסואלים (בג"ץ 625/10 **פלונת נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים** (טרם פורסם, 26.7.11)) שהולידו שלושה

בעולם נהוג להפקיד את הליך התיווך בין ההורים המאמצים ובין סוכנות האימוץ בחו"ל בידי עמותות ללא כוונות רווח. מגופים אלה אפשר לצפות לפעולה בסטנדרטים אתיים גבוהים יותר

ילדים כדרך כל הארץ, אך כשנזקקו בפעם הרביעית לשירותי אם נושאת גילו שרגליהם מודרות על הסף מלעשות שימוש בשירותיה. זאת בשל דרישת החוק לזוג הורים מזמינים בלבד וכן בשל הגבלה לכאורה על מספר הילדים שאפשר להוליד באמצעות פונדקאות.

לא למותר לציין שבכתבת פסק הדין בעניינה של הרווקה מתח השופט מישאל חשין ביקורת חריפה על המצב החקיקתי בארץ וקרא למחוקק לבחון מחדש את ההסדר הקיים. בשולי הדברים יצוין שהסדר חקיקתי זה שב ואושרר במסקנות ועדה ציבורית נוספת שהוקמה בשנת 2004 בעקבות בג"ץ זה.

הוועדה קבעה שכל עוד לא נרכש ניסיון נוסף בהפעלת החוק ולא התקבלו תוצאות מחקריות בינלאומיים עתידיים בשאלת טובת הילד הנולד מהיריון פונדקאי, אי אפשר לשנות את ההיתר החקיקתי המוגבל הקיים (הוועדה הציבורית מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריכת הסכם לנשיאת עוברים) (וצלב אינסלר [י"ר הוועדה], 2004, http://www.health.gov.il/Download/pages/insler_internet.pdf).

הרקע להצעת החוק

הסדק בחומה הבצורה של התנגדות המדינה לפתוח את הפונדקאות גם למשפחות החדשות שאינן בני זוג הטרוסקסואלים נפער בעקבות עתירת בני הזוג ההומואים, שבסופו של דבר מחקו את עתידתם בעקבות הסכמת המדינה להקים ועדה ציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפיריון וההולדה. ואכן, ועדת מורייסוף שמונתה באמצע שנת 2010 דנה בהיבטים השונים של הפיריון וההולדה בישראל שאינם מוסדרים כיום בחוק או עלה הצורך לבחון אם בשלו התנאים לערוך בהם שינוי חקיקתי. לאחר שנתיים של דיונים בעניין פרסמה לבסוף הוועדה את מסקנותיה במאי 2012 (<http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf>). הוועדה שמעה פניות רבות ומגוונות של בני זוג, בעיקר גברים חד-

מיניים, שביקשו לשכנע את הוועדה לפתוח בפניהם את שיערי הפונדקאות בישראל, בראש ובראשונה בשל עקרון השוויון ובשל רצונם העז להוליד את ילדם כצאצא גנטי לאחד משני הוריו לפחות. מה עוד ששתי הדרכים הקיימות כיום – אימוץ ילד והסכם להורות משותפת עם אישה – מורכבות מאוד לביצוע הלכה למעשה (ראו על כך במסקנות הוועדה, עמ' 52–51, 56).

הואיל ובני זוג חד-מיניים מנועים על הסף מלעשות שימוש בשירותי אם נושאת בארץ, רבים מהם פנו להביא את ילדם באמצעות פונדקאות חו"ל, הליך הנתפס על פי רוב כבירוקרטי פחות, זול יותר,

זמין, נגיש ונוח יותר דווקא בשל הריחוק והניתוק בין ההורים המזמינים הישראליים ובין האם הפונדקאית המתגוררת בחו"ל (לתיאור חוויות של אב מזמין שהוליד את ילדתו עם בן זוגו בהודו ולניפוץ ההנחות בדבר עדיפות ההולדה בפונדקאות בחו"ל, ראו צבי טריגר "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" תיאוריה וביקורת 44 (עתידת

להתפרסם, 2015)). ראשוני הישראלים שהולידו את ילדיהם בדרך זו בהודו עשו זאת כבר לפני כעשור. בשל בעיות אתיות, משפטיות ורפואיות שונות וקשות הכרוכות בפונדקאות חו"ל (ראו על כך בהתאמה בבג"ץ המנחה שניתן בארץ ובמאמרי שחציו הראשון מוקדש לתיאור בעיות אקוטיות אלה: בג"ץ 566/11 דורון ממט-מגד ואח' נ' משרד הפנים ואח' (טרם פורסם, 28.1.2014); From Baby M to Baby M(anji): Regulating International Surrogacy Agreements (under evaluation) הוועדה ששומה עליה להסדיר לא רק את הליך הפונדקאות בארץ אלא גם בחו"ל.

ואכן, בסופו של דבר קראה הוועדה לפתוח את הליך הפונדקאות הן בפני נשים יחידניות והן בפני גברים יחידנים החיים בגפם או בזוגיות הומו-לסבית (להערכת מסקנות ועדת מורייסוף ראו Sharon Shakargy, Surrogacy in Israel, in

הואיל ובני זוג חד-מיניים מנועים על הסף מפונדקאות בארץ, רבים מהם פנו להביא את ילדם באמצעות פונדקאות חו"ל - הליך הנתפס על פי רוב כבירוקרטי פחות, זול יותר, נגיש ונוח יותר דווקא בשל הריחוק בין המזמינים לפונדקאית

סכם פונדקאות מחוץ לישראל באופן עצמאי; ראו על כך סימן ה' בסעיף 17 להצעת החוק).

ראשית קובע סעיף 17 כי נאסר על אדם לתווך בין הצדדים, אלא אם מדובר בחברת תיווך מוכרת ורק כאשר הליך התיווך נעשה בהתאם לתנאי ההכרה בחברה ובהקפדה על הדרישות הנ"ל. סעיף 17 מסדיר את הליך הגשת הבקשה להיות מוכר בחברת תיווך המורשית לתווך בהליכי פונדקאות חו"ל, ושם נקבעה, בין היתר, רשימה של מסמכים שעל החברה להציג לצד רשימה של מרפאות שבהן היא מבקשת לבצע את הפעולות הרפואיות הקשורות בהליך הפונדקאות, ובהן בלבד היא תוכל לפעול לאחר שיאושרו. לבסוף נקבע כי תוקף ההכרה בחברת התיווך יוגבל לשלוש שנים, ויהיה אפשר להאריך או לקצר אותו לפי נסיבות העניין. מי שיפקח על פעילותם של המתווכים תהיה ועדה מייצעת של תשעה

חברים שתפקידה יהיה לייעץ לשרי הבריאות והמשפטים איזו חברת תיווך תרשה לפעול כמתווכת ואיזו לא תורשה ובאילו מרפאות בחו"ל תהיה החברה רשאית לפעול. לא למותר לציין שוועדה מייצעת זו תוכל לבטל, לאשר, להגביל או להחליט על תלות את פעילות החברות השונות. כמו כן, על הוועדה לפרסם הנחיות מקצועיות ולקבוע את דרכי העבודה של החברות המוכרות לפעול

(ראו על כך סימן ז' בסעיף 17 להצעת החוק).

הבעייתיות בהצעת החוק

כידוע, עסקי הילדים מגלגלים סכומי עתק בארץ ובחו"ל. בארץ מנגישה וממננת המדינה ביד נדיבה למדי הולדה של עד שני ילדים מהנישואים הנוכחיים, גם בהקשרים משפחתיים שונים ובגילים מתקדמים מאוד, דבר שאין לו אח ורע בעולם (לביקורת על כך ראו מאמרי "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמיומן המדינה?" מאזני משפט ט, 191 (תשע"ד)). בהודו מוערכת תירות הפונדקאות בשיא תפארתה בכחצי מיליארד

International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level 231, 231–37 (Katarina Trimmings & Paul Beaumont eds., 2013); Shahar Lifshitz, Neither Nature Nor Contract: Toward An Institutional Perspective on Parenthood Essay, 8 Law & Ethics Hum. Rts. 297, 309, 325–26, 329 (2014).

מנכ"ל משרד הבריאות מינה צוות בין-משרדי לצורך יישום המלצות הוועדה ולבחינת שינויי חקיקה המתחייבים מן המלצות, והמסקנות הונחו על שולחנו בפברואר 2013. על סמך רובן ככולן של המלצות אלה נחקקו הן תזכיר החוק והן הצעת החוק הנדונים כאן.

ההסדרה המוצעת

בהצעת החוק מציעה המדינה בצורה מפורטת,

ראשוני הישראלים שהולידו את ילדם באמצעות פונדקאות בהודו עשו זאת כבר לפני כעשור. בשל בעיות אתיות, משפטיות ורפואיות שונות וקשות הכרוכות בכך, הסיקה ועדת מור"וסף שעליה להסדיר גם את הליך הפונדקאות בחו"ל

מקיפה ומרשימה הליך שבו כדי להניע הסכם פונדקאות בחו"ל, ההורים המזמינים (היכולים להיות כאמור גם גברים ונשים יחידנים ולא דווקא בני זוג; ראו סעיף 3 להצעת החוק) יתבקשו לקבל את אישורה של ועדת אישורים בדומה להליך הקיים כיום בחוק הפונדקאות (ראו על כך בהתאמה סימן ג' בסעיף 17 בהצעת החוק וסעיף 11 לחוק אישור הסכמים לנשיאת עוברים). רק לאחר

שתנוח דעת הוועדה כי ההסכם המתגבש ייחתם תוך שמירה קפדנית והדוקה על רווחתם ועל זכויותיהם של שלושת הצדדים להליך – הילד העתיד להיוולד, האם הנושאת וההורים המזמינים – תאשר הוועדה את חתימת ההסכם, והליך הפונדקאות יצא לדרך. כדי לוודא את רווחתה של האם הנושאת מבחינה משפטית, רפואית ואתית מסדירה הצעת החוק בסימן ד' בסעיף 17 את דרך המלך בהליך התיווך להתקשרות בהסכם לנשיאת עוברים מחוץ לישראל לשם ביצוע פונדקאות חו"ל (בשולי הדברים אציין כי אחד ההבדלים המהותיים שבין תזכיר החוק ובין הצעת החוק הסופית הוא האפשרות להתקשר בה-

**תיירות הפונדקאות בהודו
מוערכת בכחצי מיליארד
דולר בשנה. הביקורת
הנשמעת שם היא שגופים
כלכליים אינטרסנטיים
מונעים ולמצער מאטים
את הסדרת הנושא, אף
שקיימת הצעה חקיקתית
מסודרת כבר משנת 2008**

דולר בשנה כחלק מתיירות הפריז העולה זה מכבר על כשני מיליארד דולר בשנה. אין פלא אפוא שטוענים כי גופים כלכליים אינטרסנטיים מונעים ולמצער מאטים את חקיקתו של חוק שיסדיר בצורה מקיפה ומגבילה את הליכי הפונדקאות המתבצעים בהודו עבור מזמינים תושבי חו"ל, אף שיש הצעה חקיקתית מסודרת בעניין כבר מתחילת 2008.

רנסים מכך. ויודגש, אין לה צעה שכזאת תקדים בעולם כולו – למיטב ידיעתי גם בה ליכי אימוץ בינלאומי המוסדרים באמנה בינלאומית של האג, שלה שותפות עשרות רבות של מדינות בעולם. זאת משום שהגופים היחידים הרשאים לפעול בעניין הם גופים ללא כוונת רווח. גם הצעת חקיקה מקיפה המוצעת בהודו אינה מותירה את הביקורת על תקינות

הליכי הפונדקאות בידי גופים מסחריים, מפוקחים ככל שיהיו. אשר על כן יש לקרוא למחוקק לאסור את פעילות החברות הכלכליות הפועלות כיום בארץ ולאפשר את התיווך במסגרת פונדקאות חו"ל רק עם עמותות ועם גופים ללא כוונת רווח. העוסקים בתחום רובם ככולם סבורים כי מדינת ישראל היא אותה ומופת בעולם כולו לחקיקת רגולציה מקיפה, שקולה וצודקת בהליכי פונדקאות בישראל. אין שום סיבה שלא נהיה אור לגויים גם בחקיקת רגולציה יעילה בהקשר של הסדרת פונדקאות חו"ל, בבחינת ממני תראו וכן תעשו.

באופן דומה, ניסיון העבר בארץ ובארצות הברית מלמד כי הגבול הדק שבין האסור והמותר, האתי והפלילי בעסקי הפונדקאות הוא בבחינת פרצה הקוראת לגנב. זאת בשל הכסף הגדול שמגלגל התחום והלחץ האדיר שמפעילים המזמינים, החפצים להיות הורים כמעט בכל מחיר, כדי להגשים את חלומם. בארץ מתנהלת בימים אלה חקירה פלילית בשל הסכמי פונדקאות בעייתיים מאוד לכאורה בעיני המדינה נגד מי שמפעיל כיום בארץ את אחת מחברות התיווך הגדולות בארץ ובחו"ל (הדים לחקירה זו ראו בבש"פ 5796/14 מד"י נ' דו"ר רון ממש (טרם פורסם, 6.11.14)). בארצות הברית היה מקרה חמור יותר, שבו פונדקאית ועורכת דין שעסקה בהיבטים המשפטיים של הליכי פונדקאות חצו את הקווים והחלו בהליכים פליליים של ממש במה שזכה לכינוי The Baby Selling Ring. במסגרת פלילית זו הן היו מטיסות מארצות הברית "פונדקאיות" בלא שהיו הורים מזמינים, ורק לאחר הטרימסטר הראשון, כשהסיכוי להפלה היה נמוך מאוד, הן פנו להורים מזמינים והציעו להם את הילדים בשל הליך פונדקאות קודם שנכשל לכאורה. האף-בי-איי התערב בסופו של דבר, והיו אף אישורים פליליים בעניין (ראו באתר האף-בי-איי: <http://www.fbi.gov/news/podcasts/inside/baby-selling-ring.mp3/view>).

סיכום

לטעמי, המדינה טועה טעות מרה כשהיא מותירה את הפונדקאות בחו"ל בידי גופים כלכליים המתב-



**פונדקאות מבטאת באורח
מוחשי אותו אינסטינקט
שבאדם, אינסטינקט-
בראשית של החי לקיום
ולהישרדות על דרך העמדת
דור חדש הנושא את מטענו
הגנטי**

השופט מישאל חשין, בג"ץ 2458/01
משפחה חדשה נ' הוועדה לנשיאת עוברי-