

המאמר טוען כי הרגולציה משפיעה על מערכות יחסים, מאפיינים אישיים ומשאבים אנושיים בצורה דומה לקומודיפיקציה שיוצר השוק. הכללים והקריטריונים העומדים בליבת ההסדרה הרגולטורית מצמצמים תכונות ומערכות יחסים רב-ממדיות לקטגוריות חד-ממדיות; מכפיפים אינטראקציות בין-אישיות ללוגיקה חיצונית זרה ויוצרים היררכיה בין היבטים שונים של הזהות האנושית (personhood). לאור מאפיינים אלה הרגולציה המדינתית חשופה לביקורות ההחצנה, הכפייה, ההשחתה וההשטחה הנמתחות תדיר על פעילות בזירת השוק בתחומים המכונים "מסחר אסור" (Taboo Trades) דוגמת סחר באיברים, בנשים או בילדים.

את האפקטים הממסחרים (קומודיפיקטיביים) שטומנת בחובה הרגולציה מדגים המאמר דרך מקרה הבוחן של תחום האימוץ. נצביע על האופן שבו הרגולציה של האימוץ "ממסחרת" את הילדים העומדים לאימוץ, את ההורים המועמדים לאמץ, את ההורים הביולוגיים ואת מרקם היחסים שבין הורים לילדים. נדגים כי שתי חלופות הקצה לכאורה – זו של "שוק פרוע" לילדים מחד גיסא וזו של הסדרת האימוץ באמצעות רגולציה מאידך גיסא – דומות יותר מכפי שנראה לעין. לפיכך נטען כי אין בהתנגדות מטעמי הסחרה (קומודיפיקציה) כדי לבסס הצדקה א-פריורית להעדפת ההסדרה בידי המדינה על פני הסדרה באמצעות השוק.

## מבוא

המדינה המנהלית מסדירה מגוון גדל והולך של פעילויות באמצעות רגולציה, דהיינו: באמצעות קביעה של כללים מנהליים הנסמכים על עמידה בדרישות צורניות וכמותיות, ניטורם ואכיפתם.<sup>1</sup>

במאמר נטען כי להתערבות בדרך של רגולציה יש השפעות דומות לאלו הנובעות מהתערבות של מנגנוני השוק במערכות יחסים, במאפיינים אישיים ובמשאבים אנושיים.

\* צילי דגן היא פרופסור למשפטים באוניברסיטת בראילן. טליה פישר היא פרופסור למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. תורות לישי בלנק, לדוד לוי-פאור, למיה פישר, לעמרי קוזי, לרועי קרייטנר, לקרן הישראלית למדעים אשר תמכה במחקר, למשתתפי יום העיון בנושא "רגולציה" ולעורכי הכרך על הערותיהם מאירות העיניים.

1 להלן אחת מהגדרות הרגולציה: "The expression of government in the nature of a rule of conduct, imposed upon rather than implicit in a situation, conventional in character, and generally operating with form requirements, precise quantities, or administrative arrangements." ERNST FREUND, LEGISLATIVE REGULATIONS: A STUDY OF THE WAY AND MEANS OF WRITTEN LAW 4 (1932).

הסדרה רגולטורית – הנסמכת מטבעה על קביעת כללים וקריטריונים – מצמצמת תכונות ומערכות יחסים רב-ממדיות לקטגוריות חד-ממדיות; היא מכפיפה אינטראקציות בין-אישיות ללוגיקה חיצונית זרה ויוצרת היררכיה בין היבטים שונים של הזהות האנושית (personhood). נטען, כי לאור מאפיינים אלה הרגולציה המדינתית חשופה לביקורות ההצננה, הכפייה, ההשחתה וההשטחה הנמתחות תדיר על פעילות בזירת השוק בתחומים המכונים "מסחר אסור" (Taboo Trades) דוגמת סחר באיברים, בנשים או בילדים.

כדי להדגים את האפקטים הממסחרים (קומודיפיקטיביים) שטומנת בחובה ההתערבות המדינתית בדרך של רגולציה נידרש להסדרה של תחום האימוץ. במסגרת זו נסקור את ההסדרים החלים בתחום האימוץ ונצביע על האופן שבו הרגולציה של האימוץ "ממסחרת" את הילדים העומדים לאימוץ, את ההורים המועמדים לאמץ, את ההורים הביולוגיים ואת מרקם היחסים שבין הורים לילדים. נדגים כי שתי חלופות הקצה לכאורה – זו של "שוק פרוץ" לילדים מחד גיסא וזו של הסדרת האימוץ באמצעות רגולציה מאידך גיסא – דומות יותר מכפי שנראה לעין.

עוד נבקש להראות כי אין בהתנגדות מטעמי הסחרה (קומודיפיקציה)<sup>2</sup> כדי לבסס הצדקה א־פריורית להעדפת ההסדרה בידי המדינה מהסדרה באמצעות השוק. כפי שנטען, שתי צורות ההסדרה נגועות בחסרונות ההסחרה ונהנות מיתרונותיה. אשר על כן, במקום להניף בצורה גורפת את דגל ההסחרה נגד כל תצורה של הסדרה שוקית, יש להתחקות אחר הטעמים הניצבים בשורש ההתנגדות להסדרה זו ולבחון אותם לגופם על רקע ההקשר הרלוונטי.<sup>3</sup> יודגש כי המהלך שאנו מבקשות לקדם במאמר הוא אנליטי ביסודו ולא

2 אף שסוגיית הקומודיפיקציה התפתחה באופן מסורתי בזירת ההתנגדות לשוק, חלק מההשלכות שעליהן עומדים בשיח הקומודיפיקציה עשויות לתמוך דווקא בהפיכת משאבים לסחירים. כך, למשל, להסחרה עשויה להיות השפעה חיובית הנובעת מהשחרור מכבלים חברתיים חוץ-שוקיים. המטבע הכספי הוא דמוקרטי והוא מאפשר לשחקני שוק לבטל את הזהויות חברתיות המגבילות את השתתפותם במוסדות חברתיים אחרים. בעולם שבו כסף קונה כבוד, שווקים יכולים להקנות תחושה של ערך לדברים שעשויים להיתפס כמובנים מאליהם כשאנם כרוכים בתשלום. לדיון בחסרונות הפוטנציאליים של אי-הסחרה ראו Tsilly Dagan, *Itemizing Personhood*, 29 VA. TAX REV. 93, 102 (2009). אחת הדוגמאות הבולטות היא עבודות הבית: אי-הסחרה של עבודות הבית עלולה לגרום לתת-הערכה של שוויון הכלכלי. מנקודת מבט זו, הסחרה של עבודות בית היא מעלה. ראו, למשל, Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J.L. & FEMINISM 81, 90 (1997) (supporting use of economic terms in "private" matters.).

3 שאלה משיקה, שתישאר מחוץ לגדרי דיונונו, עוסקת בבחירה בין התערבות באמצעות כללים לבין התערבות באמצעות סטנדרטים. השיח הקלאסי של rules vs. standards התמקד בהשלכות של הבחירה בין כללים לבין סטנדרטים על מידת הדיוק האופטימלית של נורמות משפטיות בהשגת תכליות נורמטיביות דוגמת יעילות, ודאות, צפיות ושוויון. ההתמקדות במידת הדיוק של הכלל להגשמת התכלית הנורמטיבית הרלוונטית משקפת הנחת יסוד מובלעת של אקסוגניות המשאב המוסדר ביחס לצורת ההסדרה. במילים אחרות, השיח הקלאסי של rules vs. standards לא עמד על ההשלכות שעשויות להיות לבחירה בין מכשירים של כללים לבין מכשירים של סטנדרטים על המשאבים המוסדרים עצמם ועל מערכות היחסים המוסדרות.

נורמטיבי. אין כוונתנו לטעון לעדיפות השוק על הרגולציה בהקצאה של משאבים, ודאי לא כל סוגי המשאבים; ההכרעות הנורמטיביות הללו תישארנה מחוץ לגבולות דיוננו. תחת זאת, תכלית הדיון היא להאיר את נקודות הדמיון וההקבלה שבין הזירה הרגולטורית לבין זירת השוק באופן שעשוי, בסופו של יום, להעשיר ולשכלל את תהליך הבחירה ביניהן. בפרק א' ימפה את הביקורות הנמתחות בספרות נגד החדירה של לוגיקת השוק לזירות לא לה (Taboo Trades); פרק ב' יסקור את המופעים של ביקורות אלה בזירת הסחר בילדים; פרק ג' יצביע על ההקבלות העקרוניות בין האפקט הממסחר של השוק לבין זה של הרגולציה; פרק ד' ידגים את ההקבלות הללו בזירת האימוץ ויצביע על קווי הדמיון שבין סחר בילדים לבין הסדרת האימוץ.

## א. מיפוי של שיח ההסחרה (קומודיפיקציה)

הביקורת מטעמי הסחרה (קומודיפיקציה) ממלאת תפקיד מרכזי בשיח על חלוקת העבודה בין השוק לבין המדינה. ביקורת זו מועלית תדיר בהתייחס לזירות המכונות "Taboo Trades" – זירות שאינן מתאימות, על פי הטענה, ללוגיקת שוק. הדוגמה הפרדיגמטית לזירות אלה היא סחר בילדים (בצד זירות נוספות ובהן סחר באיברים וסחר במיניות או בשירותי רבייה). ביקורת ההסחרה מתמקדת בהשלכות הנובעות מהכפפת משאבים או מרקמי יחסים מסוימים ללוגיקת השוק.

ביקורת ההסחרה אינה עשויה מקשה אחת; היא מורכבת מכמה ראשים שנבקש למפות להלן. לאחר המיפוי נבקש לדלות מתוך הטענות המרכזיים של ביקורת ההסחרה את השיקולים הנורמטיביים שביסוד ההתנגדות לעסקות שוק מסוימות. השיקולים שנחשוף יחזרו בהמשך הדיון, בפרק ג', עת נשקף מופעים דומים להם בזירה הרגולטורית. הביקורות המסורתיות נגד הסחרה נחלקות לשני טיעונים מרכזיים שייסקרו להלן: טיעונים בדבר כפייה (coercion), המושתתים על שיקולים של אוטונומיה בצד שיקולים חלוקתיים, וטיעונים בדבר השחתה (corruption),<sup>4</sup> המתייחסים לערך הטבוע של המשאב הנדון.

### 1. הממד הכופה של ההסחרה

ההתנגדות להסחרה מטעמי כפייה מתמקדת בהיבטים החלוקתיים הכרוכים בהפיכת משאבים מסוימים לנכס עובר לסוחר. ביקורת הכפייה קוראת תיגר על ניטרליות השוק בשני מובנים מרכזיים: ראשית, היא מדגישה את תנאי הרקע החלוקתיים שבבסיס העסקות (תוך התמקדות ב"עסקות נואשות")<sup>5</sup>. הטענה היא שבעסקות הנרקמות על רקע פערם כלכליים קיצוניים אי-אפשר לדבר על בחירה חופשית. יש חשש שפרטים מקבוצות נחשלות

---

הטיעון שנציג ויכל לאתגר את הנחת היסוד המובלעת הזו ולהראות שהרגולציה, כמו השוק – ובמיוחד רגולציה באמצעות כללים – עשויה להשפיע על המשגת המשאב ועל מערכות היחסים שהיא חלה עליהן. זו עשויה להיות סיבה נוספת להעדפת סטנדרטים מכללים.

4 ראו Michael Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, in TANNER (ed.), *LECTURES ON HUMAN VALUES* 89, 94–96 (Grethe B. Peterson ed., 2000)

5 ראו Michael Walzer, *Spheres of Justice*, 100 (1983).

יידחקו – בשל דלות האפשרויות העומדות לבחירתם – לסחר במשאבים האישיים ומכונני הזהות שלהם.

במילים של רדין וסנדר:

Unequal distributions of wealth, make the poorest in society, with little to offer in the market place, more likely to commodify themselves-their bodies for sex, their reproductive capabilities, their babies, and parental rights.<sup>6</sup>

לטענת המבקרים, הצורך הכלכלי של פרטים אלה, והיעדר אמצעים אחרים למימון צורכיהם עלולים לשמוט את הבסיס הוולונטרי של העסקה.

הסוג השני של טיעונים נגד ניטרליות השוק מתמקד לא בתנאי הרקע כי אם בתוצאות החלוקתיות של עסקות מסוימות. הקצאת שוק של משאבים מגבילה את נגישותם לבני ובנות השכבות החלשות בחברה. לפי הביקורת, כאשר מדובר בטובין קיומיים ומכונני זהות, יכולת הבחירה והאוטונומיה של מי שידם אינה משגת – נפגעות. כך, לדוגמה, אם אברים להשתלה נהפכים לסחירים ומוקצים על פי היכולת הכלכלית ולא על בסיס צורך, תהיה לעניים גישה מוגבלת יותר למשאבים אלו, החיוניים לקיום חיים אוטונומיים.<sup>7</sup>

## 2. הממד המשחית של ההסחרה

התנגדות נוספת המועלית בספרות נגד הסחרה נוגעת לפוטנציאל ההשחתה הטמון בהפיכת משאבים לסחורות עוברות לסוחר. יש להגיש כי ביקורת זו אינה תלויה בטענת הכפייה. כך, אפילו היה בירינו לתקן את הפערים הכלכליים העומדים ברקע של עסקות השוק, ואפילו היינו משוכנעים שהעסקות באמת ובתמים מיטיבות עם שני הצדדים – עדיין אפשר היה להתנגד להסחרה של משאבים מסוימים בשל הערך המוסרי והחברתי הגלום בהם.<sup>8</sup>

על פי הקו המרכזי של ביקורת ההשחתה, סחר שוק במשאבים החיוניים להבניית הזהות של אדם עלול לעמוד בסתירה לתפיסה המקובלת של שגשוג אנושי ושל אנושיות (personhood) בכלל. על פי רדין:

Many kinds of particulars – one's politics, work, religion, family, love, sexuality, friendships, altruism, experiences, wisdom, moral commitments, character, and personal attributes [are ...] integral to the self. To understand

6 Margaret Jane Radin & Madhavi Sunder, *Introduction: The Subject and Object of Commodification*, in RETHINKING COMMODIFICATION 11 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005).

7 ראו דוגמה אצל Margaret J. Radin, *Market Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1851 (1987).

8 התנגדות מטעמי השחתה עשויה לנבוע מטעמים דאונטולוגיים הקשורים בעצם טיבו של המשאב או מהבנות המקובלות בחברה לגבי אותו משאב. ראו Glenn Cohen, *Note, The Price of Everything, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate*, 117 HARV. L. REV. 689 (2003).

any of these as monetizable [...] is to do violence to our deepest understanding of what it is to be human.<sup>9</sup>

הסחרה עלולה לשנות את טיב המשאבים שבהם היא נוגעת ואת המשמעות הכרוכה בהעברתם מיד ליד. כך, שירותי ליווי בתשלום שונים במהותם מבילוי עם חברים, סיעוד תמורת כסף שונה מטיפול בידי קרוב או חבר, מכירת כליה אינה דומה לתרומת איברים. אליזבת אנדרסון מציגה גרסה נוספת של התוצאות המשחיתות של ההסחרה, בהתבסס על התאוריה הפלורליסטית של הערכים התומכת במגוון של תפיסות אותנטיות – גם אם מתנגשות – של "טוב".<sup>10</sup> טובים, אליבא דאנדרסון, נבדלים זה מזה לא רק במידה שבה הם מוערכים אלא גם באופן ההערכה שלהם. לשיטתה, חירות אנושית מותנית בריבוי של סולמות הערכה ואופני הערכה נבדלים זה מזה.<sup>11</sup> מנגנון התמחור של השוק מרדד את דרכי ההערכה המגוונות בחברה ומצמצם אותן לכדי סולם אחד.<sup>12</sup> לפיכך, כאשר נורמות השוק מוחלות על משאבים המוערכים במגוון דרכים חיצוניות לשוק, הן מגבילות את האופנים שבהם ראוי להעריך את המשאבים הללו.<sup>13</sup> נוסף ונאמר כי הבעייתיות שבהסחרה אינה רק בצמצום של אופני ההערכה הרלוונטיים אלא גם בקווי המתאר שהם נושאים. מי שנדרשים להעריך משאבים ולמקם אותם באופן יחסי זה לזה על פני ציר אחד, נוטים לאמץ קריטריונים מדידים וקריטריונים הניתנים לאימות. כך, גם לשוק יש נטייה להתמקד בצורות הערכה הניתנות למדידה ולאומות אובייקטיביים.

ענף נוסף של ביקורת ההשחחה זכה לכינוי "אפקט הדומינו". תאוריית הדומינו כופרת באפשרות של קיום בו-זמני של גרסה ממוסחרת ולא ממוסחרת של משאבים מכונני זהות. היא מצביעה על החשש שלפיו קיום של גרסאות שוק של משאבים מסוימים יחלחל לתוך הזירות הלא-שוקיות וכרסם באפשרות לשמר גרסאות לא ממוסחרות של אותם משאבים.<sup>14</sup> כך, למשל, הטענה של חסידי תאוריית הדומינו נגד מכירה של שירותי מין בתשלום אינה

9 Radin, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1905-1906.

10 ראו (1993) 118 *ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS*.

11 Anderson, שם, בעמ' XIII.

12 שם, בעמ' 167.

13 שם, בעמ' 217-218: "When value is represented as the object of just one generic response, such as desire or pleasure, we don't bother to consider whether the ways we produce and exchange goods adequately express the other ways we properly value them or one another. When rational choice is represented in terms of the maximization of value or preference satisfaction [...] we are tempted to think that the optimizing behavior of consumers in the marketplace sets the standards of rationality for all social life."

14 Margaret J. Radin, *Market Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849, 1986 (1913): "The prohibition theory stresses the wrongness of commodification – its alienation and degradation of the person. The domino effect stresses the rightness of non-commodification in creating the social context for proper expression of personhood"

ממוקדת בהשחתה של ההמשגה של הגברים והנשים המוכרים אותם אלא באפקט המשחית שיש לסחר על יחסי מין בחברה כולה.<sup>15</sup> לדעתנו, מעבר לתאוריית ההשחתה הכללית יש להבחין בין שני מופעים של הסחרה השלובים בדרך כלל זה בזה בספרות העוסקת בתחום.<sup>16</sup> יש מקום להבדיל בין השחתה של המשאב גופו לבין השחתה של מערכת היחסים שבין הצדדים לעסקה.<sup>17</sup> כך, בעוד הסוגיה של השחתת המשאב ממוקדת בהנחה שהכפפה של משאבים מסוימים להגיון השוק משנה את המשמעות שלהם,<sup>18</sup> סוגיית ההשחתה של מערכת היחסים ממוקדת בהמשגה של מערכת היחסים כ-*quid pro quo*. על פי טענה זו, התקשרות השוק עלולה להכתיים את מרקם היחסים ולהופכו ל-*impersonal, egoistic, exclusive, want-regarding, and* "oriented to exit rather than voice".<sup>19</sup> בכך, ההסחרה מפשיטה מאופיין האלטרואיסטי מערכות יחסים המבוססות במקורן על נתינה ללא תמורה.<sup>20</sup> כך, לדוגמה, טבעת יהלום כשלעצמה היא נכס סחיר, אך הכתמת האירוסין כ-*עסקה בתמורה* משחיתה את המוסד. מצד שני, בהסדר טיעון, הממד של *quid pro quo* ביחסים בין התביעה לנאשם אינו בעייתי, אולם אילו נסחרו זכויות הנאשם תמורת כסף היה בכך כדי להשחית את חירותו.

- 15 "will contaminate or infiltrate everyone's sexuality, so that all sexual relationships will become commodified." MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES: THE TROUBLE WITH TRADE IN SEX, CHILDREN, BODY PARTS AND OTHER THINGS* 95 (1996)
- 16 ANDERSON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 218-217: "When value is represented as the object of just one generic response, such as desire or pleasure, we don't bother to consider whether the ways we produce and exchange goods adequately express the other ways we properly value them or one another"
- 17 Tsilly Dagan & Talia Fisher, *Rights for Sale*, 96 MINN. L. REV. 90, 91-141 (2011)
- 18 ראו Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J.L. & FEMINISM 81, 84-85 (1997)
- 19 ANDERSON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 145.
- 20 "The goods exchanged and jointly realized in friendship are במילים של אנדרסון: not merely used but cherished and appreciated for they are expressions of shared understandings, affections, and commitments. The goods proper to the personal sphere can be fully realized only through gift exchange. They cannot be procured by paying others to produce them, because the worth of these goods depends upon the motives people have in providing them. Among these goods are trust, loyalty, sympathy, affection and companionship" Margaret Jane Radin, כן ראו, שם, בעמ' 151. *What, if Anything, is Wrong with Baby Selling?*, 26 PAC. L.J. 135 (1995)

## ב. הביקורות נגד סחר בילדים

לאחר שמייפנו את הטיעונים המועלים בספרות נגד הסחר בזירות Taboo Trades כאשר הן, נפנה כעת לדיון במקרה הספציפי של זירת הסחר בילדים. כפי שנראה להלן, הביקורות הכלליות נגד הסחר תקפות בזירה זו – ואף ביתר שאת.<sup>21</sup>

### 1. ביקורת הכפייה

שני המופעים של ביקורת הכפייה – תנאי הרקע הלא-שוויוניים שלאורם מתבצעות העסקות, כמו גם התוצאות החלוקתיות הרגרסיביות של עסקות אלו – מתקיימים בצורה בולטת בזירת הסחר בילדים. עסקה שבה נמכר ונקנה ילד היא אולי הדוגמה הפרדיגמטית בספרות לעסקה נראשת נטולת הסכמה מדעת. על פי הביקורת, למרות קיומה של הסכמה במובן הטכני, עצם הנכונות למכור ילד מעידה על התנאים הקשים שבהם נתונים ההורים המוכרים, ולכל הפחות על כך שאין כוונתם להעריך בזמן אמת את ההשלכות הרגשיות, המשפחתיות, הרפואיות והכלכליות ארוכות הטווח הכרוכות בויתור על ילד.<sup>22</sup> מאליו מובן כי גם ההורים הנדחקים לרכוש ילד נתונים פעמים רבות בסיטואציה נראשת<sup>23</sup> העלולה לחשוף אותם לסיכון של סחיטה – הן במהלך העסקה והן לאחר השלמתה.<sup>24</sup>

ביקורת נוקבת נמתחה גם על התוצאות החלוקתיות המסתברות של סחר בילדים. כאשר ילדים נהפכים לנכס עובר לסוחר, קל לצפות כי עשירים יזכו ליתרון יחסי בשוק התינוקות וידם תהיה משגת לרכוש תינוקות בכלל ותינוקות "מבוקשים" בפרט. הביקורות מצביעות על פרופיל ידוע מראש של רוכשי תינוקות ומוכריהם: הרוכשים יהיו עשירים ומי שיהוו

21 מובן מאליו שבצד ביקורות הכפייה וההשחתה שעליהן נעמד אפשר להתנגד לסחר בילדים גם מטיעונים הנגזרים מהיעדר התפקוד של השוק כמו, למשל, החצנות שליליות על הילדים הנסחרים עצמם, עלויות עסקה ועלויות התדיינות גבוהות במיוחד. להתנגדות לשוק בילדים מטעמים אלו ראו Elisabeth M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of the* Calabresi & Melamed, *Baby Shortage*, 7 J. LEGAL STUD. 323 (1978) Guido Calabresi & Douglas: "moralisms" מסוג A. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the* Cathedral, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). אנו מבקשות להאיר בדיוננו זוית אחרת, המתייחסת להתנגדות לשוק לא עקב היעדר התפקוד שלו אלא חרף העובדה שהוא מתפקד כראוי.

22 Jane Maslow Cohen, *Adoption and Market Theory: Posnerism, Pluralism, Pessimism*, 67 B.U. L. Rev. 105, 158-168 (1987) ראו Radin, לעיל ה"ש 20, בעמ' 138-139.

23 Sharon Fast Gustafson, *Regulation Adoption Intermediaries: Ensuring that the Solutions are no Worse than the Problem*, 3 GEO. J. LEGAL ETHICS 837 (1990)

24 הפוטנציאל לסחיטת הורים רוכשים הוא גם פונקציה של המשטר המשפטי החל ומתגבר בסיטואציות שבהן העסקה אינה חוקית. ראו Posner & Landes, לעיל ה"ש 21, בעמ' 341-340.

את עיקר שוק המוכרים יהיו בני השכבות החלשות מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית.<sup>25</sup>  
תמונת הראי החלוקתית היא שתינוקות נחשקים בלבד יזכו בהורים ממעמד כלכלי גבוה.<sup>26</sup>

## 2. ביקורת ההשחתה

ביקורת ההשחתה, על שלל מופעיה, מקבלת אף היא ביטוי עשיר בספרות המבקרת סחר בתינוקות: הפיכת תינוקות לפריטים המקוטלגים, מוערכים ונסחרים על פי כללי הביקוש וההיצע של השוק ולא על פי עושר תכונותיהם האנושיות פוגעת בדמותם כבני אנוש (personhood). כפי שנטען בספרות, לילד היודע כי נרכש תמורת סכום מסוים יהיה קשה להבנות את זהותו במוכחן מערך שוק זה.<sup>27</sup> זאת ועוד: הביקוש וההיצע מסווגים את קבוצת התינוקות ל"מעמדות" מטרידים על פי תכונות מבוקשות יותר לעומת תכונות מבוקשות פחות, וכדרכם של מנגנוני התמחור של השוק מדגישים במיוחד פרמטרים הניתנים למדידה. בין התכונות הללו שמה הביקורת דגש על החשש המטריד במיוחד שלפיו השוק יחזיר לזירה ואף יעניק לגיטימציה לשיקולים גזעניים,<sup>28</sup> מגדריים או פסולים מסיבות אחרות. מובן כי הדגש על שיקולים פסולים אלו ייצור תוצאות בעייתיות גם מבחינת החלוקה בין קבוצות בחברה. כך, למשל, תג המחיר שיקבע השוק לתכונות מסוימות עלול להרחיב שסעים בין-גזעיים.<sup>29</sup>

רכיב ההשחתה רלוונטי לא רק לגבי התינוקות הנסחרים אלא גם לגבי ההורים הסוחרים בהורותם. הורות נתפסת כרכיב מכונן זהות. חדירה של לוגיקת השוק לתוך מרקם היחסים המורכב והעדין שבין הורים לילדיהם פורמת מארג עשיר זה בשני מובנים: ראשית, היא מתרגמת את מרקם היחסים לעולם מושגים של כדאיות והיעדר כדאיות, תוך הכפפתו ללוגיקה צרכנית הנתונה תחת איום מתמיד של exit.<sup>30</sup> שנית, לוגיקת השוק מטבעה משטיחה את האופן שבו נבחנת הכדאיות המתוארת ומגבילה אותה למנגנון התמחור של

25 Tamar Frankel & Francis H. Miller, *The Inapplicability of Market Theory to Adoptions*, 67 B.U. L. Rev. 99 (1987). מנגד נטען כי סחר בתינוקות יזויל את מחירים – עובדה שעשויה להיטיב את המצב של משפחות עניות המעוניינות בילדים. ראו Posner & Landes, לעיל ה"ש 21, בעמ' 339-340.

26 Erwin A. Blackstone, Andrew J. Buck, ראו Simon Hakim & Uriel Spiegel, *Market Segmentation in Child Adoption*, 28 INT'L REV. L. & ECON. 220 (2008), המציעים כי הכנסה ממכירת תינוקות נחשקים תסבסד רכישה של תינוקות נחשקים פחות.

27 Radin, לעיל ה"ש 20, בעמ' 144-145.

28 Michele Goodwin, *The Free-Market Approach to Adoption: The Value of a Baby*, 26 B.C. THIRD WORLD L.J. 61 (2006); Patricia J. Williams, *Spare Parts, Family Values, Old Children, Cheap*, 28 NEW ENG. L. REV. 913, 941 (1994); Martha M. Ertman, *What's Wrong with a Parenthood Market? A New and Improved Theory of Commodification*, 82 N.C. L. REV. 1, 30 (2003-2004).

29 Posner & Landes, לעיל ה"ש 21, בעמ' 345.

30 ב-exit הכוונה לאופציה העומדת לאדם לעזוב את מערכת היחסים בכל רגע נתון. ראו ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT VOICE AND LOYALTY (1970).



השוק. במילים אחרות, היא מצמצמת את אופני ההערכה לסולם מוניסטי שתכליתו אספקת איתותים ברורים וחד-ערכיים. הביקורת עסקה בכמה היבטים של מצב זה. כך, נטען כי סחר בתינוקות משנה את יחסי ההורים והילדים ממערכת יחסים שבמסגרתה הורים מטפלים, מטפחים ומחנכים את הילד שהביאו לעולם למערכת שבה הורים משתמשים בילד שרכשו לעצמם:<sup>31</sup> לסחר כזה עלולה להיות השפעה שלילית על מבנה המשפחות – הן הרוכשות והן המציעות את ילדיהן למכירה.<sup>32</sup> נוסף על כך, עצם האפשרות לקנות ולמכור תינוקות עלולה להסב להורים מידה גדולה יותר של חוסר שביעות רצון מהתינוקות שנולדו להם או מאלו שרכשו,<sup>33</sup> שלא לומר להחזיר אותנו שנות דור אחורה לעולם שבו ילדים נחשבו לקניין של הוריהם.<sup>34</sup>

מקומה של תאוריית הדומינו לא נפקד מההתנגדויות שהובעו בספרות לסחר בילדים. כך, הובע החשש שתפיסה של ילדים כסחורה עלולה לעקר מתוכן כל סוג של הורות ושל מרקם משפחתי (גם מחוץ לזירה הממוסחרת).<sup>35</sup> הזליגה המתוארת הורחבה בספרות לא רק מהזירה המשפחתית הממוסחרת לזו הבלתי ממוסחרת, אלא אף לזירות החיצוניות לתא המשפחתי. כך, למשל, נטען כי קביעת מחיר לילד עלולה להשפיע על הדרך שבה רופאים מעריכים חיי אדם בסיטואציות רפואיות.<sup>36</sup>

## ג. ההשלכות המסחרות של הרגולציה

כעת, לאחר מיפוי טענות הליכה המופיעות בספרות נגד הסחרה, נעבור להדגים את יישומן בזירה הרגולטורית במטרה לחשוף את קווי הדמיון שבין הסחרה לרגולציה.<sup>37</sup> הדמיון המבני

31 להצגה צינית במיוחד ראו Frankel & Miller, לעיל ה"ש 25, בעמ' 102 Parent-child relationship would change from a product created for use (which emphasizes the relationship between parent and child) to product created for exchange (emphasizes profit and demand)''

32 לסקירת ההשפעות השליליות של הסחר בילדים על מבנה המשפחה ראו, למשל, Radin, לעיל ה"ש 20, בעמ' 138.

33 ראו Frankel & Miller, לעיל ה"ש 25, בעמ' 102.

34 שם, בעמ' 103. מנגד, יש הגורסים כי שוק בהורות לא הופך ילדים למיטלטלין כשם ששוק העבודה אינו הופך עובדים לעבדים. ראו Posner & Landes, לעיל ה"ש 21, בעמ' 344; Ertman, לעיל ה"ש 28, בעמ' 33-34.

35 הדרך שבה אנו רואים את ילדים כסחורה יכולה להתפשט לתחומים אחרים של החיים. ראו Radin, לעיל ה"ש 20, בעמ' 145, הטוענת כי ההסחרה המתוארת עלולה לפגוע ב-"conception of personhood that we have – all of us".

36 Patricia J. Williams, *Spare Parts, Family Values, Old Children, Cheap*, 28 NEW ENG. L. REV. 913, 920 (1994).

37 הואיל והדיון יתמקד בהקבלה בין הכשלים של קומודיפיקציית השוק לכשלים של הקומודיפיקציה הרגולטורית (קרי: האפקטים הממסחרים של הרגולציה), ניחד אותו לכחינת הכשלים שבקומודיפיקציה ולא נעסוק ביתרונות השוק (שגם אם קיימים אין בהם, לדעתנו, כדי להצדיק סחר בילדים).

שעליו נצביע משתרע מעבר למקרים הברורים שבהם הסדרים מדינתיים כרוכים בקביעה של תג מחיר (מיסוי של עסקות בעין), או כשהשפעת הכסף מסתרת ברקע (קנסות). לא נתעכב להלן על ביקורת הכפייה מאחר שההקבלה בין ההתנגדות להסחרה מטעמי כפייה לבין טבעה הכופה של התערבות המדינה היא מובנת מאליה. כאמור, ביקורת הכפייה ממלאת תפקיד מרכזי בהתנגדות להסחרת השוק. היא מאתגרת את הדיכטומיה בין הציבורי לפרטי באמצעות הטענה שכפייה אינה מוגבלת לספרה הציבורית אלא באה לידי ביטוי גם בזירת השוק הפרטי. מאחר שרגולציה משתייכת לספרה הציבורית מלכתחילה, כוחה הכופה אינו מצריך הסבר נוסף. נפתח, אם כן, בביקורת ההשחחה ובאפקט הדומינו. כאמור לעיל, הביקורת הקלאסית בדבר השחחת השוק עוסקת בהשפעות השליליות הקשורות להצמדה של תג מחיר לתכונות או ליחסים מכונני זהות. מבט מקרוב מלמד כי תג המחיר של השוק הוא רק אחד משורה של מנגנונים בעלי פוטנציאל משחית דומה, וגם הרגולציה נמנית בהם. כדי להמחיש את קווי הדמיון הללו יש לבחון מה ניצב בבסיס הפוטנציאל המשחית הגלום בתמחור השוקי. לשיטתנו, הממד המשחית בתג המחיר של השוק נעוץ בעצם החשיפה של המשאב נשוא העסקה לאמות-מידה אובייקטיביות, שהן בהגדרה חיצוניות לאופני ההערכה של הצדדים עצמם. העברה של תכונות מכוננות זהות דרך מסננת של אמות-מידה אובייקטיביות (objective standards) עלולה להפוך אותן לחפץ (object) ולהפשיט אותן מהממד האישי הגלום בהן. יתר על כן, מכירת תכונות אנושיות עלולה להוביל לתפיסה מכשירנית (אינסטרומנטלית) של המספקים אותן ולהערכת המוכרים במונחים של ערך השימוש שלהם (use value), וחמור מכך – במונחים של ערך החליפין שלהם (exchange value). גם המוכרים עצמם עלולים להפנים את תפקידם כספקי שירות מכניים. קחו לדוגמה את הטענה הכפולה, בהקשר זה, נגד מין בתשלום: ראשית, הלקוחות ועובדי המין כאחד עלולים להעריך את מי שסוחרים במיניותם במונחים של שווי שימוש ובכך להתנכר לזהותם האנושית; שנית, הסחרה של יחסי מין כופה על יחסי מין אמות-מידה חיצוניות ולא אישיות.

שני הרבדים של ביקורת ההשחחה – האובייקטיביזציה והמכשירנות – נוכחים גם בספרה הרגולטורית. אשר לאובייקטיביזציה, הרגולציה מטבעה מושתתת על הכפפת מושאיה לאמות-מידה אובייקטיביות וחיצוניות. היעדר משוא הפנים של הרגולציה המדינתית מכתובה אחידות ואינה מותרת פתח להערכה סובייקטיבית. לכן, כמו השוק, כאשר המדינה נהפכת לשותפה בהערכת ההיבטים המעצבים זהות בחיי האדם, היא כופה את דרכי ההערכה החיצוניות והאובייקטיביות שלה, והאזורים המושפעים מכך מפסיקים לתפקד ולהימדד באופן אישי בלבד. במקום זאת הם מסוננים דרך ההשתקפות הציבורית והפורמלית של תכונות אלה. הלוגיקה הרגולטורית מעקרת את הממד האנושי מאינטראקציות ומהמשאבים המוסדרים באמצעותה ובכך הופכת אותם לאובייקט. הפרטים והיחסים הבין-אישיים נהפכים לנתונים חסרי פנים ונטולי אישיות.<sup>38</sup> כך, לדוגמה, כאשר המדינה מעריכה מערכות יחסים בין בני זוג לצורך בחינת הסטטוס שלהם כנשואים או כלא נשואים, עצם ההעברה של מערכת היחסים תחת שבט הביקורת של הרגולטור כופה

Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1276 38 (1984).

מד הערכה ציבורי ולא אישי על מערכת היחסים (בין שבני הזוג נכנסים בהגדרת הנישואין ובין שלא). ההשפעה המתוארת מחריפה אף יותר עקב הצורך לדווח לפקיד הציבור: עצם ההיענות לדרישת הדיווח הופכת את הפרטים למשתפי פעולה עם ההכפפה של הזירה האישית לאמות-מידה חיצוניות. פעולת הדיווח משקפת תרגום של משאבים אישיים למטבע רגולטורי באופן אנלוגי לדרך שבה נכונות לשלם מחיר חושפת העדפות בשוק. אם כן, הזירה הרגולטורית רוויה אובייקטיביזציה לא פחות מזירת השוק.

אשר למכשירנות (אינסטרומנטליזם), הרגולציה המדינתית פועלת כאמצעי להכוונת התנהגות חברתית ולכן היא רוויה, אינהרנטית, בתפיסה מכשירנית של הכפופים לה. יש הקבלה מבנית בין תפיסת האחר כאמצעי להשאת רווחים לבין ההסתכלות עליו ככלי להגשמת מדיניות חברתית. המכשירנות של הרגולטור מתאפיינת בתכונות דומות לאלה שאנדרסון מייחסת לאינטראקציית השוק.<sup>39</sup> האינטראקציה עם הרגולטור אינה אישית.<sup>40</sup> היא מוכוונת תכלית, רוויה לוגיקה תמריצית ובשיקולי עלות-תועלת, ומבוססת על היגיון של "take it or leave it".<sup>41</sup>

יתר על כן: לרגולציה של תכונות אנושיות עלולה להיות השפעה מנכרת לא רק על הדרך שבה הרגולטור רואה את בעלי אותן תכונות אלא גם על האופן שבו הם רואים את עצמם ואת זולתם. פרטים מתרגלים לזהות את עצמם ואת מערכות היחסים שלהם דרך אספקלריה של סט קבוע של קריטריונים ציבוריים. כך, לדוגמה, כפיפות של אדם לקטגוריה של "זר שאינו תושב" עלולה להשפיע לא רק על האופן שבו הוא נתפס בעיני פקיד הציבור אלא גם על התפיסה העצמית שלו כחבר בקהילה הפוליטית.

עתה נפנה להדגים את האופן שבו התאוריה הפולרליסטית של אנדרסון עשויה לבוא לידי ביטוי בזירה הרגולטורית. כאמור לעיל, אליזבת אנדרסון מדגישה ממד נוסף של אפקט ההשחתה, שעניינו הערכת שווי של טובין באופן מוניסטי. אנדרסון מבקרת את ההנחה המובלעת במנגנון התמחור של השוק, שלפיה כל צורות ההערכה ניתנות להמרה לסולם אחיד, כמתחייב מהצורך בחישוב העלות והתועלת. כאמור לעיל, על פי אנדרסון אפשר לתקוף את ההנחה שלפיה אנו מונחים על ידי – "only one basic attitude or response – desire, perhaps, or pleasure – which can vary quantitatively but not qualitatively". טענתה הבסיסית היא שמגוון הזירות של הפעילות האנושית מחייב מגוון סולמות של הערכה – ומנגנון התמחור של השוק צר מלהכיל את השפעה זוה.<sup>42</sup>

39 ראו לעיל, בעמ' 6, הטקסט ליר ה"ש 19.

40 James C. Scott, *State Simplifications: Nature, Space and People*, 3 J. POL. PHIL. 191, 228 (1995): "Officials of the modern state are, of necessity, at least one step - and often several steps - removed from the society they are charged with governing"

41 אמנם מדיניות שלטונית אינה יכולה להיות מוכתבת על ידי "העדפות" והיא פועלת על פי "סיבות ציבוריות", אך גם סיבה ציבורית היא תכליתית ולעתים קרובות פועלת באמצעות מנגנוני תמריץ בונים המקבילים למנגנון של מחירי השוק. בהתאם לכך, אם אדם מעוניין להיות מאופייין כתושב, כנשוי או כזכאי להטבות מס מסוימות, הוא יהיה בעל תמריץ לעקוב אחר דרישות מסוימות.

42 ANDERSON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 143.

התבוננות מקרוב בביקורת ההסכרה של אנדרסון מאירה שני היבטים אפשריים של ההשטחה של סולמות ההערכה: האחד, שאותו נכנה "ממד ההמירות" (commensurability), מתייחס להשחתה הפוטנציאלית של המשאב העומד לבחירה; האחר, שאותו נכנה "ממד האוטונומיה", מתמקד בהשפעה הרדוקטיבית של ההערכה הכספית על תהליך הבחירה בין חלופות.

**ממד ההמירות** מתמקד בהשפעה הרדוקטיבית של ההערכה הכספית על המשאב גופו.<sup>43</sup> עצם ההצמדה של תג מחיר מוניסטי למשאבים מסוימים עלול לגרום לאנשים לחשוב עליהם ולהעריך אותם באמצעות אמת-המידה הזו – וכך הוא מרדד את האופי שבו המשאבים נתפסים בחברה. המדד הרזה והחד-ממדי של הכסף לא רק ממיר את מכלול הערכים שלנו לקנה-מידה חד-ממדי אלא גם מאפשר (ולמעשה קורא) ליצור מדרג בין תכונות וטובין. כך, למשל, אם מחיר השוק של פונדקאות הוא עשרים אלף דולר, היא תיחשב בעלת ערך פחות מתרומת כליה שמחירה בשוק הוא, נניח, חמישים אלף דולר. אנדרסון מערערת על יכולת ההערכה החד-ממדית ללכוד את ערכן המלא של תכונות שאינן כלכליות, ודוחה את היכולת לדרג אותן לפי סולם חד-ממדי.

**ממד האוטונומיה** מתמקד בהשפעה הרדוקטיבית של ההערכה הכספית על תהליך הבחירה ועל אפשרויות הבחירה. לפי אנדרסון, ההפרדה של זירות ההערכה חיונית לשימור רפרטואר אפקטיבי של אפשרויות בחירה, רפרטואר שהוא תנאי-בלעדיו-אין למרחב אוטונומי. אם כן, בתאוריה הפלורליסטית של ההערכה אנדרסון מציעה תפיסה רחבה יותר של אוטונומיה מההמשגה הליברלית המסורתית. אם להשתמש בדוגמת הפונדקאות, למשל, ניתן יהיה לטעון כי בהיעדר תגמול כספי יש מקום להערכת הפונדקאות במונחים של עזרה לזולת, אמפתיה, רגישות, עלויות רגשיות ופיזיות של הריון ולידה, השפעתם על מערך היחסים בקרב משפחתה של הפונדקאית ועוד. בהיעדר כסף, הבחירה של הפונדקאית עשירה ושלמה יותר.

אנו מבקשות לטעון שבאורח דומה לשוק, גם הלוגיקה הרגולטורית דוחקת הצידה דרכים אלטרנטיביות להערכה ועלולה להוביל להשלכות דומות – הן מפרספקטיבת ההמירות והן מפרספקטיבת האוטונומיה. סוגיית ההמירות מתעוררת כל אימת שאינטראקציות ותכונות אנושיות מיתרגמות למטבע הרגולטורי. לעתים קרובות תרגום כזה כרוך בהנחה סמויה ובעייתית, שלפיה המטבע הרגולטורי מגלם את מלוא הערך של הפעילות או של התכונה המוסדרת.<sup>44</sup> דוגמה חדה לדברים היא שנות המאסר תחת הנחיות הענישה במשפט האמריקני

43 אנו מתייחסות להשפעות הכסף מאחר שזהו המטבע בשוק. עם זאת, ביקורת זו ישימה באותה מידה עבור כל קנה-מידה חד-ממדי אחר של הערכה.

44 לטענה דומה ראו Scott, לעיל ה"ש 40, בעמ' 228: "Officials of the modern state [...] observe and assess the life of their society by a series of typifications that are always some distance from the full reality these abstractions are meant to capture [...] The functionary of any large organization actually "sees" the human activity of interest to him largely through the simplified approximations of documents and statistics [...] These typifications are indispensable to statecraft as well as being potentially valuable. State simplifications such as maps, censuses, cadastral lists, and standard units of measurement represent techniques for grasping a large and complex reality

(sentencing guidelines).<sup>45</sup> על פי הנחיות הענישה, פשעים שבוצעו מיתרגמים למספר מסוים של שנות מאסר. הביטוי "שילם את חובו לחברה" בהקשר של ריצוי עונש מאסר משקף גם הוא המשגה דומה. לטענתנו תפריט כזה, של שנות מאסר, הוא בעל השלכות דומות לחשיפת משאבים למנגנון התמחור של השוק.<sup>46</sup> כפי שאפשר לראות בהקשר של מחירי השוק, גם העונשים שנקבעו בהנחיות לעברות שונות במהותן (כמו אונס, רצח או גנבה) מרדדים את ההבדלים האיכותיים בין העברות לבין הנזקים החברתיים שהן גורמות.

עצם הצבת המעשים הללו על סולם אחד עלולה להשטיח את אופן ההמשגה שלהם. השפעות דומות מתעוררות גם בזירות רגולטוריות נוחות פחות לכימות מספרי, משום שרגולציה מטבעה מסווגת את הפעילויות והתכונות המוסדרות באמצעותה ל"פריטים" ולקריטריונים קבועים מראש (itemization). כך, כדי להיות זכאים להטבות ממשלתיות (למשל הכרה כבני זוג לצורכי הגירה) אנשים נדרשים לעמוד ברשימה קבועה מראש של קריטריונים (דוגמת פרק הזמן שבו נמשכה מערכת היחסים). הפריטים המנויים ברשימה הרגולטורית דוחקים הצידה תכונות ומאפיינים שאינם מופיעים בה. פרק הזמן שבו נמשכה מערכת יחסים אינו משקף בהכרח את מידת הקרבה, החיבה, האחריות ההדדית או ההשקעה במערכת היחסים המוסדרת. התייחסות לתכונות מסוימות כ"אירועים" או כסוג של "הוכחה" – למשל: שיתוף בחשבונות הבנק – מקנה משקל יתר לחלק הצנוע שתכונות אלו עשויות למלא בפועל במערכת היחסים. בכך אנו כופים סולם ערכים מסוים על מערכות יחסים. "נישואין" עלולים להיות מופחתים למערכת של תמונות משותפות, חשבונות בנק משותפים ומערכות יחסים ארוכות (גם אם חסרות משמעות). במילים אחרות, המאפיינים הנמנים ברשימה נהפכים לסממני ההיכר המובהקים של מערכת היחסים או המשאב. בצד רשימת הפריטים המכניסים אותנו לקטגוריה הרגולטורית, גם התוצאות האופרטיביות הנובעות מהרגולציה עלולות להשתלט על מערכת היחסים ולדחוק הצידה פנים אחרים של האינטראקציה. כך, בדוגמה שלנו, להכרה בבני זוג כ"נישואים" יש השלכות בתחום חלוקת הרכוש, בסטטוס לצורכי הגירה וכיוצא באלו. הבניית הסטטוס המשפחתי תחת הרגולציה כרשימה של תוצאות אופרטיביות עלולה להיות בעלת השפעה מצמצמת על האופן שבו מוסד זה נתפס. במילים אחרות, הנישואין כמוסד חברתי עלולים להישחק ולהיתרגם בסופו של דבר למובן הטכני של סך כל תוצאותיהם הרגולטוריות.

נעיר, כי לא רק שהרגולציה פורטת לפרוטות את התכונות המוסדרות, היא גם מדרגת אותן האחת ביחס לרעותה. אם נשתמש בדוגמה לעיל של שנות מאסר, השימוש באותן אמות-מידה של שנות מאסר לצורך הערכה של עברות שונות זו מזו מטשטש את ההבדלים

that must be reduced to schematic categories of some kind to allow officials to comprehend aspects of the ensemble. There is no other way of accomplishing this end than to reduce an infinite array of detail to a set of categories that will facilitate summary descriptions, comparisons and aggregation"

U.S.S.G.(2013) 45

דוגמא נוספת מתייחסת לתפריט הליקויים הרפואיים המנוי בתוספת לתקנות הביטוח הלאומי (קביעת דרגת נכות לנפגעי עבודה), התש"ז-1956. הצבת מכלול הליקויים הרפואיים על אמת-מידה אחידה – תוך הצמדת אחוז נכות לכל ליקוי וליקוי- מרדדת את ההבדלים שבין הליקויים הרפואיים ושבין החולים. תודה רבה לעורכים על דוגמא זו.

ביניהן. כך, למשל, קביעת מספר שנות מאסר דומה לעברת אינוס ולעברה של הפרת אמונים שוחקת את ההבדלים היסודיים בין ההתנהגויות הללו.

בצד סוגיית ההמירות, גם הפגיעה ביכולת הבחירה של הפרט מוצאת ביטוי בזירה הרגולטורית. ברצוננו להבחין בין שלושה רבדים של אוטונומיה: הרובד הראשון מתייחס לחופש הבחירה במוכן המקובל של חירות שלילית, קרי: היעדר חסמים בתהליך הבחירה; הרובד השני מתייחס לרפרטואר האפשרויות העומדות לבחירה; הרובד השלישי מתייחס לממד שטרם לובן דיו בספרות ואותו ברצוננו להרגיש – החופש מבחירה. תומכי השוק מאמצים את גרסת החירות השלילית, שלפיה חופש הבחירה מסתכם בהיעדר כפייה. בהתמקדות בתהליך הבחירה, גרסת החירות השלילית מתעלמת משאלת הרפרטואר האופטימלי של האפשרויות העומדות לבחירה. כאמור לעיל, אפשר למקם את הביקורת של אנדרסון כלפי ההשתלטות של השוק כמי שמבטאת את חשיבות מגוון האפשרויות האמור. על פי התאוריה הפלורליסטית של הערכים, ריבוי זירות ההערכה הוא תנאי הכרחי לאוטונומיה בהיותו מרכיב חיוני בשימור של קשת אפשרויות הבחירה.<sup>47</sup> רגולציה – כמו השוק – עלולה לפגוע בהבנה הרחבה הזו של האוטונומיה, מאחר שהיא כרוכה בקריסה דומה של זירות הערכה אל תוך אמת-מידה רשמית אחת. אולם, השפעת הרגולציה על יכולת הבחירה אינה מסתיימת כאן. אוטונומיה אינה מתמצית רק באפשרות לבחור: לטענתנו חשוב לתת את הדעת גם על החירות לא לבחור. החופש מבחירה חיוני לשגשוג אנושי משום שהוא מאפשר לנו לפעול בוזמנית בזירות נורמטיביות ובעולמות תוכן שונים, לרבות כאלו המקיימים מתח פנימי ואינם מתיישבים תמיד זה עם זה. דוגמה לשניות מעין זו היא היכולת להשתייך בעת ובעונה אחת למדינה שהיא גם "יהודית" וגם "דמוקרטית" ולהכיל את המתחים המובנים בין שני עולמות התוכן הנורמטיביים הללו.<sup>48</sup>

כאמור, העיקרון המארגן של הרגולציה מסכן את הרובד השלישי של האוטונומיה – החופש מבחירה: מעבר להיותה מערכת כללים, הרגולציה משמשת מערכת המייצרת משמעות. היא משמשת מנגנון למיזוג פיסות אקראיות ולעתים סותרות של נרטיבים ושל ערכים נורמטיביים לתוך nomos קוהרנטי.<sup>49</sup> הרגולציה מארגנת את המציאות המורכבת של מחויבויות נורמטיביות לקול אחיד ובעל משמעות. בזירות הרגולטוריות הפרטים אינם יכולים בדרך כלל לשמר את קיומם המקביל בעולמות נורמטיביים סותרים; תחת זאת עליהם לסווג את עצמם על פי הגדרות אקסקלוסיביות וקבועות מראש. אין הם יכולים להגדיר את עצמם ולפעול על פי מרשמים נורמטיביים מקוטעים או כאלו הסותרים זה את

47 הבחנה זו מהדהדת בוויכוח בין הליברטריאנים והליברלים הרב-תרבותיים: הראשונים מדגישים את החירות השלילית והאחרונים מדגישים את מגוון האלטרנטיבות והקהילות התרבותיות. במילים של רוזנבלום: "What is wanted is the most extensive pluralism combined with chances to exploit it, where men and women can enter and exit groups freely, where new associations are spontaneously formed and where shifting involvements is commonplace." NANCY L. ROSENBLUM, MEMBERSHIP AND MORALS: THE PERSONAL USES OF PLURALISM IN AMERICA 63-64 (1998).

48 הדבר תקף ביותר שאת לגבי תכונות ופעולות שגרתיות ויום-יומיות, שכן יש משהו מטריד יותר בהעמדת ההתנהלות השוטפת בחיים לסיווג.

49 Talia Fisher, *Nomos without Narrative*, 9 THEORETICAL INQUIRIES L. 473, 477 (2008).

זה. בזירה הרגולטורית הפרטים נדרשים לתעדף את החלופות ואפשרות הבחירה שלהם מוגבלת לקבלה או לדחייה של הקטגוריה הרלוונטית. לדוגמה, אף שאנשים יכולים לבחור האם לבקש הכרה רשמית של הרגולטור ליחסיהם (דרך נישואים), הם אינם משוחררים מהחובה להגדיר את הסטטוס שלהם על פי הדיכוטומיה של "נשואים" או "לא נשואים".<sup>50</sup> התנגדות זו לרגולציה, הנובעת משאיפתה לטוטאליות, דומה לביקורת המופנית נגד השאיפה לטוטאליות של ההערכה הכספית תחת מודל השוק (והנחת היסוד הגלומה בה שאפשר לתרגם כל דבר לכסף).<sup>51</sup>

אפקט דומה לזה המכונה "תאוריית הדומינו" – הדוחה את האפשרות לדו-קיום של גרסה ממוסחרת בצד גרסה לא ממוסחרת של משאבים – בא לידי ביטוי בזירה הרגולטורית: לרגולציה יש נטיות המכוננות על ידי "jurispathic" Cover. בכוח הרגולציה להרוס משמעויות חברתיות מתחרות כדי לאפשר שליטה של הרגולטור.<sup>52</sup> לנטיות האימפריאליסטיות של סולם ההערכה הרגולטורי יש פוטנציאל לדחוק הצידה צורות הערכה חלופיות. החשש הוא שהסיווג הרגולטורי יגלוש לזירה הפרטית וידחק הצידה משמעויות חברתיות אלטרנטיביות.<sup>53</sup> ייתכן כי יש מקום לטענה שהשפעות הזליגה אינן

50 Shachar Lifshitz, *Spousal Rights and Spousal Duties: The Liberal Case for Privileging Marriage*, in *THE JURISPRUDENCE OF MARRIAGE AND OTHER INTIMATE RELATIONSHIPS* 165 (Wardle D. Lynn & Scott Fitzgibbon. Buffalo: William S. Hein Co ed. 2010). אף שאין

דבר במבנה הרגולציה המונע אפיון של זוג כלשהו כ"נשוי" לצורך מטרות הגירה – אלא רק כ"אינו נשוי" לצורכי מס – כל הקשר מתייב סיווג וצורת הערכה.

51 ביקורת זו מרגישה את העובדה שכדי לתפקד בזירות רגולטוריות מסוימות הפרטים נאלצים לכפוף את עצמם לסכמות של הערכה רגולטורית שאינן מתיימרות רק לשקף את סולם הערכים המשותף, אלא גם ממלאות תפקיד מרכזי בעיצובו. נקודת המבט הרגולטורית משמשת מסנן שדרכו בני אדם מבינים וחווים את העולם סביבם. Anna-Maria Marshall, *Communities and Culture: Enriching Legal Consciousness and Legal Culture*, 31 L. & Soc. INQUIRY. 229, 237 (2006).

52 על פי Cover, ההליך המשפטי מאפשר לבחור בין מחויבויות נורמטיביות מתנגשות אגב דיכוי של חלק ממחויבויות אלו והכתרת מחויבויות אחרות כעליונות: "It is the multiplicity of laws, the fecundity of the jurisgenerative principle, that creates the problem to which Robert M. Cover, *The Supreme Court 1982 the court and the state are the solution.*" *Term Forward: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 40 (1984).

53 לדוגמה, כאשר הרגולטור מגדיר נישואין למטרות הגירה כמורכבים מרשימת התכונות שהוגדרו כחינויות לחיי נישואין (משק בית משותף, חשבונות בנק משותפים, משך מערכת יחסים) תוך התעלמות מהיבטים אחרים של נישואין (עצמת הקשר, רגשות אינטימיים, תמיכה שאינה פיננסית), הדבר כופה את החזון של חיי הנישואין על המעורבים המרכיבים ומרחיק את התכונות שנוטות לשגשג מחוץ לאור הזרקורים. מצב זה, בתורו, עשוי להשפיע על הציפיות ועל התפיסה העצמית של האדם כבן זוג או כמי שאינו כזה. אפיון כזה של זוג כנשוי לפי הרגולציה הפורמלית עלול לדחוק משמעויות חברתיות אלטרנטיביות הקשורות למערכת היחסים המוסדרת, כמו גם לשנות את התפיסה העצמית של האנשים המעורבים ואת המשמעויות שהם מייחסים למערכת היחסים ביניהם. לדוגמה טובה מספרות מקובלת ראו ELIZABETH GILBERT, *COMMITTED: A SKEPTIC MAKES PEACE WITH MARRIAGE* (2010).

מכריעות הואיל והפרטים מסוגלים להבחין בין הספרה הפרטית לבין זו הציבורית, אולם לטענתנו אם מתרחשת זליגה בין הזירות – ולצורכי הדיון נניח שאכן מתרחשת זליגה כזו – אין סיבה להניח שהיא תיוחד לזליגה מזירת השוק אל זירה שאינה שוקית דווקא, ויש מקום להניח זליגה דומה גם בין הציבורי לפרטי.

## ד. ההשלכות הממסחרות של הרגולציה בנושא אימוץ

הפרק הקודם עמד על ההקבלות הכלליות בין השלכות של הסחרת השוק לבין אלו של הרגולציה. בפרק זה נמקד את המבט בסחר בילדים כמקרה מבחן ובהקבלה בינו לבין ההסדרה של נושא האימוץ.<sup>54</sup> כאמור לעיל, מטרתנו אינה לטעון בזכות מסחר של השוק בתינוקות אלא להדגים את האופן שבו גם ההסדרים הרגולטוריים נגועים בכשלים דומים לכשלים של השוק. החוק היבש וההסדרים שמכוחו מונים כמה קריטריונים לשיבוץ של ילדים בני אימוץ בקרב משפחות. לקריטריונים הממיינים הללו, כך נטען, יש אפקטים דומים בהשלכותיהם להשלכות של השוק על התחומים שבהם הוא נוגע. להלן נעמוד על הקריטריונים המרכזיים הללו.

על פי סעיף 3 לחוק אימוץ ילדים:<sup>55</sup>

אין אימוץ אלא על ידי איש ואשתו יחד; ואולם רשאי בית משפט ליתן צו אימוץ למאמץ יחיד –

(1) אם בן זוגו הוא הורה המאמץ או אימץ אותו לפני כן;

(2) אם הורי המאמץ נפטרו והמאמץ הוא מקרובי המאמץ ובלתי נשוי.

כפי שעולה מן הסעיף, ילד זר (קרי: ילד שאינו נופל תחת סעיפים קטנים 1 ו-2) יוכל להיות מאומץ רק על ידי "איש ואשתו".<sup>56</sup> על פי נוהלי השירות למען הילד מאמצים יחידים

54 על פי המתווה בפרקים הקודמים, הדיון יתייחס להשלכות הממסחרות של הרגולציה בתחום האימוץ באופן כוללני, כלי לערוך חלוקות-משנה – למשל, בין ההשלכות הממסחרות של החקיקה הראשית בתחום לבין ההשלכות הממסחרות של המסגרת הרגולטורית והביצועית (השירות למען הילד וארגונים אחרים העוסקים בנושא). היבטים נוספים שאפשר לפתח, החיצוניים לדיון, נוגעים באופן שבו פסיקת בית המשפט נותנת תוקף לאפקטים הממסחרים. חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים).

55 ידועים בציבור הורשו לאמץ ילדים שאינם זרים, ראו ע"א 1165/01 פלונת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 75 (2002): "כשהאימוץ המבוקש משקף באופן אמיתי צורך חיוני של המעורבים בהליך האימוץ, או נותן ביטוי חוקי ליחסים דמויי יחסי הורים-ילד שקיימים למעשה במציאות". במקרה דנן נקבע כי התקיימו הנסיבות המיוחדות ה"מבוססות בעיקר על הקשר המתמשך בין הידועים בציבור ועל רצונה העז של המאומצת – אשר בגרה ועומדת על דעתה – לקיים קשר של הורות עם המעוררת". שם, בעמ' 84.

56 בשני פסקי דין פורצי דרך הכיר בית המשפט העליון באימוץ ילדים שאינם זרים על ידי בני זוג חד-מיניים: בבג"ץ 1779/99 ברנר קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000) הורה בית המשפט לרשום במרשם האוכלוסין את אימהותן של שתי נשים שחיו יחד לגבי ילד שילדה אחת מהן באמצעות תרומת זרע ואומץ על ידי חברתה לחיים (האימוץ נעשה בקליפורניה). בע"א 10280/01 פלונת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) אפשר בית



מועמדים לאמץ רק את ילדים שאין זוג של "איש ואשתו" המעוניין לאמצם. קריטריון זה בא לידי ביטוי גם בספרות בתחום. על פי נילי מימון:

במציאות, עדיפותו הרגילה של פקיד הסעד אשר לו הסמכות למסור ילד לאימוץ, היא למסור את הילד למשפחה, לבני זוג. רק כאשר לא נמצאת משפחה מאמצת רגילה, יימסר הילד למאמץ יחיד. כרגיל מדובר בילדים גדולים, יחסית, או בילדים פגועים [...] <sup>57</sup>

הדרישה שהמאמצים יהיו "איש ואשתו" כתנאי סף לאימוץ ילדים זרים יוצרת הטיה לטובת זוגות הטרוסקסואלים נשואים (ובנסיבות מיוחדות גם ידועים בציבור), ועל פי הגדרה מקפחת יחידים וזוגות חד-מיניים. <sup>58</sup> ההטיה החלוקתית הזו בין סוגים של משפחות ושל אוכלוסיות דומה להטיות החלוקתיות הרגרסיביות של השוק, היוצר פרופיל ברור של קונים ושל מוכרים. מעבר להשלכות החלוקתיות הכרוכות בכך, גם הממד האקספרסיבי של הכלל הזה – המדיר משפחות אלטרנטיביות – הוא בעייתי. המיון על פי קריטריון הנישואין יוצר היררכיה בין משפחות מסוגים שונים. בדומה למנגנון התמחר של השוק, המתרגם משאבים ומערכות יחסים אנושיים לסולם חד-ממדי של כסף, גם הכלל האמור מרדד את מוסד ההורות ואת מושג המשפחה, על שלל מורכבויותיהם, לכדי קריטריון רזה (אך ניתן לזיהוי בקלות) של "איש ואשתו". כפי שאי-אפשר לגלם את המורכבות האנושית באמצעות מנגנון התמחר של השוק, גם תהליך התרגום של היחסים הנרקמים בתוך מוסד המשפחה לקריטריון של "איש ואשתו" כרוך באבדן חלקים משמעותיים מתוך מערכת היחסים.

המשפט העליון לשתי נשים לא נשואות שחיו יחד כבנות זוג לאמץ הדרית כל אחת את הילדים הביולוגיים של רעותה. ועדיין, בן זוג חד-מיני שירצה לאמץ את ילדי בן הזוג השני יאלץ לפנות לבית המשפט; זאת ועוד: בעקבות יזמת שר הרווחה קבע היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז פרשנות חדשה לסעיף, באופן שיכלול גם אימוץ ילדים שאינם זרים על ידי זוגות חד-מיניים. הודעה לעיתונות מס' 7751, משרד המשפטים, 5.2.2010.

57 נילי מימון דיני אימוץ ילדים 109 (1994).

58 היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, מני מזוז, קבע אמנם כי "אין מניעה חוקית לאשר לבני זוג מאותו המין, או למי מהם, לאמץ ילד שאינו ילדו של אחד מבני הזוג, וזאת בנסיבות שבהן נשקלת בקשה לאימוץ על-די אדם יחיד", הודעה לעיתונות מס' 7751, משרד המשפטים, 5.2.2010 (ההדגשה הוספה); מכל מקום אין מדובר בהכרה בזוגות חד-מיניים כ"איש ואשתו" לצורך הסעיף. אשר לאפשרות של מתן פרשנות שלפיה בני זוג מאותו מין הם בגדר "איש ואשתו יחד" לעניין סעיף 3 רישא לחוק, סוכם בדיון כי זהו מהלך פרשני בעייתי ומרחיק-לכת בהקשר הרגיש של חוק אימוץ ילדים, ועל כן אין לנקוט פרשנות כזו – בשלב זה לפחות – במיוחד כשיש חלופות אחרות, בעייתיות פחות, להסדרת אימוץ על ידי זוגות חד-מיניים כמפורט לעיל, ללא צורך להיזקק לפרשנות המעוררת קשיים רבים. כיום 20% מהאימוצים נעשים על ידי זוגות חד-מיניים, אם כי על פי רוב מדובר באימוץ קרובים או בפונדקאות. ראו דנה ווילר-פולק "משרד הרווחה: 20% מהאימוץ בארץ – בידי זוגות חד מיניים" הארץ – חדשות.

קריטריון נוסף שחוק אימוץ ילדים קובע הוא הקריטריון הדתי: על פי החוק, אימוץ ייערך רק בין הורים וילדים בני אותה דת.<sup>59</sup> על פניה דרישה זו נדמית ניטרלית מבחינה חלוקתית, אולם מבט מקרוב מגלה הבדלים משמעותיים בין הדתות בהיצע ובביקוש של ילדים בני אימוץ. הדבר מותיר ילדים מוסלמים בלא משפחות מאמצות חרף תור ארוך לאימוץ בקרב יהודים.<sup>60</sup> מעבר לאפקט החלוקתי המתואר, חלוקה על פי סיווג הדת משקפת ומכוננת נורמות המסדירות את היחסים בתוך העדות הדתיות השונות וביניהן, ובכך משמרת שסעים בין-דתיים בחברה הישראלית.<sup>61</sup> למותר לציין כי לא בכל מצב ייעשה שימוש בקריטריון הזהות הדתית, אולם זו דוגמה טובה (וכללית) לדרך שבה קריטריון ברגולציה עשוי להבנות זהות. באופן אנלוגי לטיעון ההשחתה של השוק, שעניינו השפעת המסחור על תפיסת הזהות האנושית, גם המיון על פי הקריטריון הדתי משנה את תפיסת הזהות האנושית (personhood). הוא הופך את הדת לקריטריון המרכזי שעל פיו נמדדת (ובשל כך מכוננת) הזהות האנושית של הפרט. קריטריון זה מצטרף לקריטריונים אחרים, שבסופו של יום יוצרים יחד סולם אחיד, המגולם בתור לאימוץ.

נוסף על הקריטריונים הלקוניים הקבועים בחוק, נושא האימוץ בישראל מוסדר גם באמצעות נוהלי עבודה פנימיים של השירות למען הילד.<sup>62</sup> הורים מאמצים נדרשים לעמוד בקריטריונים הכוללים, בין היתר, אזרחות במדינה,<sup>63</sup> הכנסה קבועה בגובה השכר הממוצע

59 ס' 5 לחוק אימוץ ילדים.

60 לפי קרייני Michael M. Karayanni, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching Under Israeli Adoption Law*, 3 BERKELEY J. MIDDLE E. & ISLAMIC L. 1, 68-69, 79 (2010): "Since Islam does not recognize adoption, there is a shortage of potential adopters from among the Muslim community compared with the number of Muslim children available for adoption" "ובעמ' 79: Between 2002 and 2006, there were 96 cases of religious conversion for the purpose of adoption. No case is recorded of a Jewish child being converted to any other religion under this provision. In all but seven cases the children were converted to Judaism[...]. The seven cases of conversion that were not to Judaism were of Muslim children converted to Christianity"

61 שם, בעמ' 5: "The requirement is a mirror image of what I shall call grand norms governing inter-religious relations in Israel, that is, such norms that explicitly or implicitly work to define the general normative framework of state-group and inter-group relations in the country"

62 בפגישה עם עובדת לשעבר בשירות למען הילד, ביום 5.1.2012, נמסר בעניין זה: "רוב ההוראות העוסקות באימוץ, מוסדרות בנהלי עבודה פנימיים שלא נגישים לאנשים מחוץ לשירות"; ראו גם בג"ץ 415/89 אלון נ' השירות למען הילד, משרד העבודה והרווחה, פ"ד מג(2) 786 (1989), שבו נדחתה עתירה של עותרים שטענו כי לשירות למען הילד אין סמכות לקבוע כללים ולסנן את המועמדים לאמץ.

63 מועמדים שאינם אזרחי המדינה רשאים לאמץ במסלול המיוחד בלבד; ראו באתר *Intercountry Adoption, Bureau of Consular Affairs – U.S Department of State (2008)*

במשק לפחות, <sup>64</sup> השכלה בת שתיים-עשרה שנות לימוד <sup>65</sup> ומצב בריאות תקין. <sup>66</sup> קריטריון נוסף מתייחס להפרש הגילים בין הילד המאומץ להורים המאמצים: הפער בין כל אחד מהמאמצים לבין הילד המאומץ צריך לעלות על שמונה-עשרה שנה ולא יותר מארבעים ושלוש שנה. <sup>67</sup> דרישה נוספת היא שהמאמצים יהיו חשוכי ילדים. הורים שאינם עומדים בקריטריונים הללו אינם יכולים לאמץ במסלול הרגיל ומופנים למסלול של ילדים עם צרכים מיוחדים, כמפורט להלן.

על פי הנלי העבודה הפנימיים של השירות למען הילד התקבעו שני מסלולים עיקריים לאימוץ: המסלול הרגיל מיועד לאימוץ תינוקות עד גיל שנתיים ללא חריגות מזהה. בשל הביקוש הגבוה לתינוקות הללו, זמן ההמתנה לאימוץ תינוק במסלול זה ממושך יחסית. <sup>68</sup> הורים מאמצים רשאים לבחור את מין התינוק המאומץ; זמן ההמתנה לאימוץ תינוקות נקבות ממושך יותר מזמן ההמתנה לתינוקות ממין זכר. <sup>69</sup> בצד המסלול הרגיל התבסס מסלול של ילדים עם צרכים מיוחדים – ילדים מעל גיל שנתיים או תינוקות בעלי לקויות רפואיות או התפתחותיות. גם משתנים הנוגעים לרקע של הילד, בין רקע גנטי ובין רקע סביבתי עשויים להעביר ילד למסלול לילדים בעלי צרכים מיוחדים. ילדים ממוצא אתיופי עברו בשנים האחרונות מהמסלול הרגיל למסלול של ילדים בעלי צרכים מיוחדים. <sup>70</sup> קבוצה נוספת במסלול זה היא קבוצת הילדים חסרי הדת, שאימוצם הותנה בגיור ולפיכך הם משובצים לאימוץ רק על ידי משפחות יהודיות אורתודוקסיות. <sup>71</sup> בניגוד למסלול הרגיל,

64 ש.ש.

65 ש.ש.

66 בתשובה לטענה שהשירות למען הילד מקשה על אימוץ על ידי הורים בעלי מוגבלויות הצהירה אלה בלאס, מנהלת השירות לאימוץ ופקידת סעד ראשית לחוק אימוץ ילדים, בפני הוועדה לקידום מעמד האשה, כי יש "מספר לא קטן של משפחות מאמצות – וגם חד-הוריות [...] – עם נכיות פיזיות קשות [...] ובכיסא גלגלים". עוד הוסיפה: "אנחנו תמיד בודקים לגופו של ענין. אין אצלנו מציאות שבה אנחנו עונים 'לא' בטלפון, מפני שהנכות הפיזית היא בוודאי לא הגורם היחיד במסוגלות של אדם להתמודד עם הורות מאמצת". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 135 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16, 27-28 (16.11.2004).

67 ראו לעיל, ה"ש 61.

68 שם; כמו כן, בפגישה עם עובדת לשעבר בשירות למען הילד, ביום 5.1.2012, נמסר בעניין זה: "ילדים בארץ נמסרו כתינוקות בני יומם, ללא חריגות מזהה, כמו בעיה רפואית או נכות. תינוקות בארץ הם תינוקות מגיל 0-2. תינוקות כאלו נמסרו לזוגות לפי תור. בגלל שבמסלול זה ישנם מעט תינוקות ביחס לזוגות המעוניינים לאמץ, ישנה המתנה ארוכה שבין 5-6 שנים".

69 חן קוטסרבר "מאמצים ילד" עיתון מעריב 6.5.2012.

70 שם; כך עלה גם בפגישה עם עובדת לשעבר בשירות למען הילד מיום 5.1.2012.

71 ס' 13א(ג) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע כי "לא תומר דתו של קטין אלא בדת של הוריו או של אחד מהוריו או של אדם שהקטין היה סמוך על שולחנו מתוך כוונה לאמנו בשנה שקדמה להגשת הבקשה להמרת הדת, ובתנאי שביהמ"ש שוכנע כי ההמרה דרושה לשם אימוצו של הקטין בידי אותו אדם לפי חוק אימוץ ילדים, התש"א-1981". סעיף זה פותח אפשרות להמיר דת של ילד על רקע אימוצו העתידי. הדבר מקנה למשפחות יהודיות אורתודוקסיות יתרון על משפחות יהודיות שאינן כאלה, מאחר שאימוץ של ילדים בני דת אחרת, הכרוך בגיור, כפוף לגיור אורתודוקסי המחייב אורח חיים דתי. ראו יהונתן ליס

הכרוך בזמן המתנה ממושך לאימוץ, המסלול לילדים בעלי צרכים מיוחדים מאפשר הקדמת תור ושיבוץ הילדים אינו נקבע על פי סדר הגשת הבקשות גרדא. גם לקריטריונים המשמשים למיון הילדים והוריהם תחת ההנחיות הפנימיות של השירות למען הילד יש אפקטים אנלוגיים לקומודיפיקציה של השוק. לעתים הקריטריונים שהשירות למען הילד מתווה בנוהליו הפנימיים מציינים ישירות להגיון השוק – זאת, כשהם משקפים ומהווים פועל יוצא של הביקוש וההיצע לילדים בני אימוץ בקרב ההורים המאמצים. הדברים באו לידי ביטוי מפורש בדברי השופטת פרוקצ'יה: "ככל שמספר הילדים המועמדים לאימוץ פוחת, כך המבחנים לאימוץ הופכים נוקשים וקפדניים יותר"<sup>72</sup>. דוגמה מטרידה במיוחד לכפיפות הקריטריונים לכללי הביקוש וההיצע היא אימוץ של ילדים ממוצא אתיופי, שעל פי המידע שבידינו הועברו מהמסלול הרגיל למסלול של ילדים בעלי צרכים מיוחדים בשל ירידה בנכונות לאמצם בקרב הורים מאמצים פוטנציאליים.<sup>73</sup> דוגמה נוספת היא מתן האפשרות להורים לבחור את מין המאומץ, דבר שהאריך את משך ההמתנה לתינוקות-בנות בשל ביקוש גבוה יותר מזה של תינוקות-בנים.<sup>74</sup>

אולם הרגולציה אינה חייבת לציית לכוחות הביקוש וההיצע של השוק. אפשר היה לדמיין, למשל, מצב שבו הורים יהיו מנועים מלבחור את המין או את צבע העור של המאומץ, והוא הדין לגבי שאר הקריטריונים המתייגים ילדים כבעלי צרכים מיוחדים<sup>75</sup> – אלא שכל רגולציה נדרשת, באופן אינהרנטי, לאמות-מידה ספציפיות להצבת ילדים בני אימוץ. אמות-המידה הללו, ככל שאינן שרירותיות,<sup>76</sup> פורטות את הזהות האנושית לפרוטות (itemizing), מקטלגות תכונות אנושיות על פי קטגוריות מוגדרות מראש (categorization) ויוצרות היררכיה בין התכונות הללו (ranking). כמו כן, עצם הצורך באמות-מידה אובייקטיביות מקנה מעמד בכורה לקריטריונים נוחים למדידה ונוחים לאימות (verifiable).

אם כן, הרגולציה של נושא האימוץ, באשר היא, יוצרת אפקטים דומים לאלה של קומודיפיקציה גם כשאינה משקפת במישרין את העדפות השוק. הרגולציה של האימוץ, כפי שהיא באה לידי ביטוי בנהלים הפנימיים של השירות למען הילד (עם אמות-המידה הקבועות בחוק ומתייחסות לדת המאמצים ולמצבם המשפחתי) מדגימה את התופעות הללו

"הממשלה תרון היום בכיטול חוק המאלץ הורים מאמצים לשמור מצוות" הארץ – חדשות 17.6.2012.

72 בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה 10 (פורסם בנבו, 24.3.2009).

73 בפגישה עם עובדת לשעבר בשירות למען הילד, ביום 5.1.2012, נמסרו הדברים בוז הלשון: "בתחילה, זה היה אופנתי לאמץ ילדים אתיופים. עם זאת, עם הזמן, לא היה ביקוש לילדים אתיופים ועל כן הם נמסרו כילדים עם צרכים מיוחדים".

74 ראו חן קוטס-בר, לעיל ה"ש 69.

75 עם זאת ברור כי רגולציה המתעלמת לחלוטין מהעדפות של ההורים המאמצים, כפי שהן עשויות לבוא לידי ביטוי בשוק, עשויה להתגלות כבעייתית כשלעצמה, במיוחד בהתחשב בממד האינטימי והמתמשך של יחסי הורים וילדים. מאחר שהתכלית של מאמר זה אינה נורמטיבית לא ניכנס לדיון זה.

76 במאמר מוסגר נציין כי השרירותיות כשלעצמה עלולה ליצור אפקטים משחיתים. כך, למשל, הקצאה על פי הגרלה עלולה לפגוע באופן שבו מומשגים יחסי הורים וילדים.

בכך שהיא פורטת את הזהות האנושית לפרוטות ומתמקדת במספר מצומצם של משתנים שעל פיהם ילדים "מוקצים" להורים מאמצים. התכונות ההוריות שעל פיהן מקצים את הזכות לאימוץ בחברה כוללות, כאמור לעיל, גיל, מצב סוציו-אקונומי, מצב בריאות, דת, מצב משפחתי והעדפה מינית. התכונות של הילדים שעל פיהן מציבים אותם בין המאמצים הפוטנציאליים כוללות, כאמור, גיל, בריאות פיזית, התפתחותית ונפשית, תנאי רקע גנטיים, מין, עדה (ככל שמדובר בילדים ממוצא אתיופי) ודת. ההורים והילדים מקוטלגים לשתי קטגוריות כלליות בהתחשב באמות-המידה שנבחרו – מסלול רגיל ומסלול לילדים בעלי צרכים מיוחדים – המשפיעות על זמן ההמתנה וכך בדרך יוצרות היררכיות ברורות הן בקרב ההורים והן בקרב הילדים. כך, למשל, הורים צעירים, הטרנססקסואלים, בני מעמד סוציו-אקונומי גבוה, הנשואים באופן מסורתי, זוכים להיכלל ברשימת המועמדים לאמץ ילדים מהמסלול הרגיל; ילדים מבוגרים יותר, בעלי מוגבלויות, עם רקע של מחלות גנטיות מצוותים להורים מבוגרים, חד-הוריים או חד-מיניים.

כמו השוק, גם הרגולציה אינה ניטרלית מבחינה חלוקתית, וכמו השוק, המפעיל כוח שונה (ולעתים כופה) על קבוצות שונות באוכלוסייה, גם הרגולציה פועלת באורח שונה על מגזרים שונים בה. הקריטריונים המותווים בנהלים הפנימיים אינם ניטרליים מבחינה חלוקתית: לעתים הם משכפלים את תנאי הרקע של השוק ומקנים עדיפות למי שנהנה מכוח שוק גדול יותר (למשל: חלוקה של ילדים על פי פרמטרים המתייחסים לגובה ההכנסה של ההורים הפוטנציאליים או לתנאי המגורים שבכוחם להציע), ולעתים הרגולציה מיטיבה דווקא עם קבוצות שאינן ניהנות ביתרון שוק (דוגמת ההטיה לטובת הורים חשוכי ילדים או אלו המגיעים מרקע אורתודוקסי). גם לגבי הילדים בני האימוץ הרגולציה משקפת ומנציחה את הטיות השוק לרעת ילדים בוגרים או בעלי לקויות.

נוסף על האפקט החלוקתי המתואר, הקריטריונים המנויים בנהלים הפנימיים משקפים כמה היבטים של הטעויות בדבר השחתת השוק. כך, הקריטריונים המקטלגים ילדים בני אימוץ על פי מוצאם העדתי או על פי מוגבלותם מנציחים שסעים קיימים בחברה הישראלית ומשמרים תופעות רווחות של אפליה כלפי אוכלוסיות כאלו. במילים אחרות, לקטלוג על פי אמות-המידה הללו נלווה אלמנט של מדרוג (ranking). ההיררכיה בין המסלולים ברורה לא רק בשל השימוש בטרמינולוגיה של מסלול "רגיל" לעומת מסלול של "צרכים מיוחדים" – הרומזת כשלעצמה להבחנה בין ה"נורמלי" לבין ה"אחר" – אלא גם בשל הביקוש השונה לילדים בני שתי הקבוצות. ההקבלה לשוק מתבקשת: כשם שתמחור השוק יוצר מדרג בין משאבים שמחירים גבוה יותר ולכן הם שווים יותר לבין אלו השווים פחות, גם המדרג הנוצר בין הקבוצות במנגנון האימוץ יוצר היררכיה בין ילדים הנתפסים כ"שווים יותר" לאלו הנתפסים כ"שווים פחות". יתר על כן: עצם המעורבות של המדינה ביצירת ההיררכיה המפלה המתוארת או בהנצחתה מעצימה את הפוטנציאל המשחית אף מעבר לזה הגלום בפעולה של כוחות השוק.

הקטלוג טומן בחובו יסוד משחית גם במצבים שבהם הוא אינו מרמז על היררכיה או יוצר אותה בפועל. בדומה לטענתנו לעיל בנושא השיוך הדתי (בהקשר של הקריטריונים הקבועים בחוק גופו), גם השימוש בקריטריונים קבועים ומדידים (במסגרת הנהלים הפנימיים של השירות למען הילד) משליך על תפיסת הזהות האנושית, קרי: על האופן שבו אנשים מגדירים את עצמם ואת זולתם. במקרה שלנו הקריטריונים הנבחרים מפנים את

הזרקור למוגבלות של אנשים (או להיעדרה) ולמוצאם העדתי, בדומה לרדוקציה שמנגנון התמחור של השוק יוצר. מנגנון השוק בוחן משאבים על פי ערך השימוש שלהם (use value) ומייחס להם ערך חליפין (exchange value) ובכך גורם לאנשים להמשיג את עצמם ואת זולתם על פי השירות שהם מספקים – בה במידה, החשיבה על ילדים בני אימוץ דרך הקטגוריות האמורות עלולה לרדד את האופן שבו מעוצבת זהות אנושית בחברה. בדומה לאפקטים החלוקתיים ולאפקטים המשחיתים הנובעים מקטלוג ילדים, גם הקריטריונים שעל פיהם נקבעים התור לאימוץ ועצם הזכאות לאמץ יוצרים בעיות של השחתה. קטלוג ההורים על פי גילם הוא תמונת ראי של המגבלות על גיל הילדים. הגבלת הפרש הגילים בין ההורים המאמצים לילדים המאומצים לארבעים ושלוש שנים מנציחה סטראוטיפים כלליים של גיל ושל זקנה; היא אף משקפת תפיסות מסורתיות המזהות הורות עם קבוצת גיל מסוימת ובכך מציגות לראווה "משפחות אידאליות" העונות לדפוס המסורתי של הורות בגיל צעיר ופערי גיל קטנים בין בני הזוג ובינם לבין ילדיהם. בשולי הדברים נעיר כי בדומה לקריטריון של "איש ואשתו", גם מבחן הגיל מדיר משפחות בעלות מבנה אלטרנטיבי (זוגיות מאוחרת, נישואין פרק ב' ופערי גילים ניכרים בין בני הזוג). סיווג הורים מאמצים על פי קריטריון היכולת הכלכלית מעורר אפקטים משחיתים דומים (מעבר לתוצאות החלוקתיות הברורות העולות בהקשר זה). סיווג זה יוצר היררכיה – המנציחה את זו שממילא יש בשוק – בין בעלי אמצעים לשאינם כאלו, ומתרגמת הון כלכלי למטבע של מסוגלות הורית. מעבר ליצירת המדרג, עצם הקטלוג על פי רמת ההכנסה מציב במוקד ההמשגה של מוסד ההורות את הקריטריון המדיד של יכולת לספק צרכים חומריים של ילדים. זאת, על חשבון פרמטרים חלופיים שהיו עשויים להגדיר הורות כמו יכולת הכלה רגשית, חום והעשרה תרבותית ואינטלקטואלית. יתר על כן: הפרמטר של הכנסה כרכיב מרכזי בתפיסת הזהות עשוי לזלוג מחוץ לזירה ההורית ולהשפיע לא רק על האופן שבו אנו תופסים את עצמנו ואת זולתנו כהורים אלא גם כבני אדם.

## סיכום

ההנחה המובלעת בבסיס של שיח הקומודיפיקציה היא שבמקום שבו השוק ממסחר, המדינה היא בהכרח חלופה ניטרלית. מאמר זה הצביע על כשל בהנחת יסוד זו אגב עמידה על הדמיון בין הרגולציה של נושא האימוץ לבין סחר בילדים. כפי שהודגם, החדירה של לוגיקה רגולטורית לזירות חברתיות נגועה בכל אחד מהרכיבים שבבסיס ביקורת הקומודיפיקציה – כפייה, השחתה ואפקט הדומינו. לאפקט הממסחר (קומודיפיקטיבי) של הרגולציה יש נפקות חשובה לעניין התוויית הגבול הראוי בין השוק לבין המדינה: בהתחשב בעובדה שאפקטים דומים לאלו של קומודיפיקציה מתרחשים משני עברי המתרס, אין בהתנגדות מטעמי הסחרה כדי לבסס הצדקה א־פריורית להעדפת ההסדרה בידי המדינה על זו של השוק.