

המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן

רות זפרן*

השימוש הגובר בעשורים האחרונים בטכניקות ההולדה המלאכותיות מעלה מגוון שאלות. אחת מהן – שאלת הגדרת ההורות – עומדת במרכז מאמר זה. בחינת הגדרת ההורות – השאלה מי יוגדרו כאביו ואמו המשפטיים של ילד, כאשר יותר משניים משתתפים בהולדתו ובטיפול בו – יורדת למהות קשרי המשפחה ומחייבת שקלול רגיש של מגוון גורמים.

הרשימה מתמקדת בשני מקרי מבחן – הגדרת אבהות בנסיבות של תרומת זרע, והגדרת הורות בנסיבות של הסכמים לנשיאת עוברים. בד בבד עם בחינת הפתרונות המוצעים למקרי מבחן אלה בדין הקיים ובספרות, מבקשת הרשימה להציע פתרון חלופי המעוצב ברוח שיח היחסים. שיח היחסים, המהווה שילוב רעיוני בין עקרונות ליברליים מרכזיים ובין קוויה המנחים של אתיקת הדאגה לזולת, מוצע כתשתית להכרעה בשאלת קביעת ההורות. הכרעה זו מבקשת למתן את השפעות העידן הגנטי על עיצוב קשרי המשפחה.

בחינת הגדרת ההורות על רקע המציאות המשתנה ולאור הגישות כלפיה בכתיבה, משמשת צוהר לבחון את המשפחה בעידן הגנטי – לבדוק את השינויים המתחוללים ביחס אליה בתקופה שבה המוצא הגנטי והקשר הביולוגי בין ההורה לילד מקבלים משמעות חדשה. לאור המודל של שיח היחסים, אנסה להציע הגדרה אשר תוכל, כך יש לקוות, להתמודד עם הסוגיות החדשות הנוגעות למשפחה בעידן הגנטי.

* מרצה, בית ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.
ברצוני להודות למרכז מינרבה לזכויות אדם בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית על הסיוע במימון המקרה. תודה לפנחס שיפמן על הליווי והעצה ולדנה זיגמן על הסיוע בעריכה.

כל אתרי האינטרנט נצפו באחרונה באפריל 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.

א. מבוא: 1. רקע; 2. מבנה המאמר. **ב. התעוררות שאלת הגדרת ההורות.**
ג. שאלת הגדרת ההורות – מורכבותה ובהינתן הפתרונות המוצעים לה:
 1. מורכבות ההכרעה; 2. גישות להכרעה בשאלת הגדרת ההורות והקשיים שהן מעוררות. **ד. הצעה לפתרון חלופי – בחינת שאלת הגדרת ההורות באמצעות שיח היחסים.** **ה. הגדרת אבהות לצאצא פרי תרומת זרע:**
 1. אופן ביצוע ההזרעה המלאכותית והצורך שהיא ממלאת; 2. הגדרת ההורות: אב גנטי – אב חברתי – היעדר אב; 3. ההסדר המשפטי בישראל: (א) שתיקת המחוקק; (ב) פתרון הפסיקה – פתרונות נקודתיים; 4. הפתרון המוצע לאור עקרונות שיח היחסים. **ו. הגדרת הורות לצאצא שנולד לאם נושאת:** 1. הסכמים לנשיאת עוברים; 2. הסכמים לנשיאת עוברים – סיווגי משנה; 3. ההסדר המשפטי בישראל – חוק הסכמים לנשיאת עוברים: (א) קביעת ההורות על פי החוק; 4. הגישות האפשריות להכרעה בשאלת הגדרת ההורות בנסיבות של אימהות נושאת והקשיים שהן מעוררות; 5. הפתרון המוצע לאור עקרונות שיח היחסים. **ז. במקום סיכום: הורות בעידן הגנטי – היבטים עקרוניים.**

א. מבוא

1. רקע

השתכללות טכניקות ההולדה בשנים האחרונות ובפרט ההפריה החוץ-גופית לסוגיה, לצד השימוש הגובר בהזרעה המלאכותית הוותיקה, היעזרות בהולדה המשלבת תרומת תאי מין, או אם נושאת ("פונדקאית"), כל אלה הרחיבו את חלופות ההולדה הרחבה ניכרת לבני זוג המתקשים להוליד באופן טבעי. מגוון טכניקות ההולדה המלאכותיות מאפשר גם למי שיכולים מבחינה פיזיולוגית להוליד בלא סיוע רפואי, אך מטעמים שונים מעדיפים או מנועים מלמש את החלופה הטבעית, לפנות לחלופת ההולדה המלאכותית ולהביא באמצעותה ילד לעולם. בנסיבות שבהן מלווה ההתפתחות הטכנולוגית בהיתרים מפורשים בדין או בפיקוח ציבורי מצומצם, מתאפשרת באמצעותה הקמת יחידות משפחה חלופיות, כאלה שפרצו את מסגרת המשפחה המסורתית, ובהן משפחות חד-הוריות או חד-מיניות.¹ **הולדה בעידן הגנטי**, הולדה המשלבת מידה של מעורבות טכנולוגית-מדעית-רפואית, הנוגעת במישרין או בעקיפין לזהות הגנטית של הילד העתיד להיוולד, ואשר אחד מביטויה הוא השימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות, כרוכה במאפיינים ייחודיים. ביטויה של ההולדה בעידן הגנטי מגוונים, והם מאפיינים, במידה ובעצמה משתנות, חלק מכריע מן ההריונות והלידות המתרחשים במערב בשנים האחרונות. ביטויה – ובהם העמקת המעורבות הרפואית ביצירת המשפחה, מעורבות מדעית-טכנולוגית בהשגת ההריון,

1. המינוח "מסורתית" משקף פרספקטיבת זמן מוגבלת. השימוש בהגדרה "מסורתית" יתייחס למשפחה המורכבת מזוג הורים הטרוסקסואלים נשואים שלהם קשר ביולוגי עם ילדיהם.

בעיצוב העובר ובפיקוח על ההריון – מגוונים, אך יוצרים תמונה בעלת מאפיינים משותפים. להולדה על רקע המהפכה הגנטית, המתאפיינת בהעמקת הידע הגנטי ובהכרה בהשלכותיו על הפרט, השפעה ניכרת לא רק על גבולות המשפחה המשתנים כתוצאה מן המגוון המתאפשר, אלא אף על עיצוב הקשרים בין חבריה. היא מובילה להגשת האלמנט הגנטי ביצירת הילד ובהתפתחותו; היא מעצימה את משמעות האלמנט הגנטי בשרטוט גבולות המשפחה; היא מחדדת את החתירה להבטחת המימוש העצמי של הפרטים המרכיבים את המשפחה; ומבליטה אלמנטים קנייניים-מסחריים בקשרי הצדדים. לשוניים אלה, שמקורם בהתפתחויות מדעיות-רפואיות, חברו שינויים חברתיים-משפטיים. העמקת שיח הזכויות במשפט, לרבות בתחום המשפחה, מחדדת אלמנטים תחרותיים ומסחריים, מדגישה את הפרט הבודד, חותרת להגשמת זכויותיו ובכך משפיעה על עיצוב יחסיו עם בן זוגו או עם ילדו.

השאלה שאבקש לברר במאמר זה, אחת מבין רבות המתעוררות על רקע יצירת המשפחה בעידן הגנטי, הנה **שאלת הגדרת ההורות.** שימוש בטכניקות הולדה בסיוע גורם הורי נוסף, כגון תורם תא מין או אם נושאת, מביא לידי פיצול ההורות לרכיביה הביולוגיים והחברתיים, מציב יותר משני הורים פוטנציאלים, ומעורר את שאלת קביעת ההורות המשפטית. כך, בנסיבות שבהן נולד הילד מתרומת זרע או ביצית לזוג הורים, מתפצלת ההורות, לפחות ביחס לאחד ההורים, באופן שההורה החברתי, ההורה המטפל בילד, אינו הורה הגנטי. בנסיבות של חדי-הוריות, לא יתרחש בהכרח פיצול בהורות אולם אחד מן ההורים הגנטיים ייעדר מחיי הילד. בנסיבות אלה ובאחרות, כגון כאשר הולדת הילד נעשתה בסיוע אם נושאת, עשויה להתעורר מחלוקת עקרונית או מעשית בנוגע להגדרת ההורות. כמה הורים פוטנציאלים, ביולוגים, מיועדים וחברתיים, עשויים להתמודד על מעמד ההורות, לבקשו לעצמם או להתנער ממנו.²

הרשימה תבקש לברר כיצד יש להגדיר הורות לילדים שנולדו כתוצאה משימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות, המשלבות סיוע של גורם הורי נוסף, ומי ראויים להיקבע, בנסיבות אלה, כאם וכאב. מקרי המבחן שיתבררו במסגרת זו, הגדרת הורות לילד שנולד

2. אבחין בין ארבע הגדרות הורות – הורות חברתית, הורות ביולוגית (גנטית או פיזיולוגית), הורות משפטית והורות מיועדת. הורות חברתית מתגלמת בהורים המטפלים בצאצא כל ילדותו ובגרותו, הורות המכונה לעתים פסיכולוגית. הורות ביולוגית מתגלמת בהורה שנטל חלק גנטי או פיזיולוגי בהבאתו לעולם של הצאצא. הורה גנטי פירושו מי שהעניק לצאצא חצי ממשענו הגנטי ואילו הורה פיזיולוגי הוא מי שנשא את ההריון, בלי קשר לשאלת הזיקה הגנטית בין האם הנושאת לעובר. הורות משפטית היא ההורות הקבועה בדין. סוג הורות רביעי, המציין מצב זמני, נבו ההורות של ההורים המיועדים. הורה מיועד או לחלופין הורה מזמין, הוא ההורה שיום את הבאתו לעולם של הצאצא תוך היעזרות ב"שירותיו" הפיזיולוגיים ו/או הגנטיים של אחר. הגדרתי הורות זו כזמנית, שכן היא חלה בשלב שבו טרם נולד הצאצא או בתקופה הראשונה לחייו, בטרם נקבעה ההורות המשפטית. לאחר מועד זה תחלף הגדרת ההורה המיועד וההורה יוגדר לפי אחת או כמה מהגדרות ההורות האחרות, או שמעמדו כהורה יישלל.

עקב התקשרות עם אם נושאת ועקב תרומת זרע, יאפשרו לבהון את השפעותיהם של האלמנטים הגנטיים והטכנולוגיים על שאלות הנוגעות למשפחה, לחשוף את הבעיות שהם מעוררים ולהציע חלופה לפתרון. בשל קוצר היריעה לא אוכל לדון במקרים נוספים שבהם מתעוררת שאלת הגדרת ההורות, בהם נסיבות של תרומת ביצית (שנדונו בקצרה במקום אחר),³ ואף לא בכל הסיטואציות האפשריות בנוגע לטכניקות ההולדה המובאות כאן, ובהן היעזרות הורה יחיד או זוג הומוסקסואלים באם נושאת (שאינן מותרות מבחינה חוקית בישראל). שתי הסיטואציות שנבחרו שונות זו מזו מהותית ובחינתן תספק הזדמנות לפרוס מגוון שיקולים שיוכלו לשמש בסיס להכרעה גם במקרים האחרים ובמקרים חדשים שיתעוררו בעתיד.

ההכרעה שתוצע תגובש לאור המודל של שיח היחסים. שיח היחסים, שהוא עיבוד תאורטי של דגם החשיבה ההתייחסותי,⁴ המגלם את אתיקת הדאגה לזולת (ethic of care)⁵ יסייע להכריע בשאלת הגדרת ההורות. לאחר שיוצגו עיקרי השיח וישורטטו יתרונותיו כאמצעי למיתון תוצאות החדרת שיח הזכויות למשפחה, יוצגו שיקולי ההכרעה הנובעים ממנו לעניין הסוגיה הנדונה כאן ותובהר ההכרעה המתגבשת לאורו. כפי שאבקש לטעון, טומן בחובו שיח היחסים כלים נחוצים להתמודדות עם סוגיות הנוגעות למשפחה בעידן הגנטי.

2. מבנה המאמר

בחלקו הראשון של המאמר אציג את הסוגיה שנבחרה להתברר, שאלת הגדרת ההורות, ואעמוד על חשיבות הדיון בה. ארחיב בפירוט מאפייני ה"הורות המפוצלת" ובפירוט הנסיבות שבהן היא מתעוררת. בחלק השני אציג בקצרה את הגישות הקיימות להכרעה בשאלת הגדרת ההורות ואת הקשיים שהן מעוררות. לפני שאעבור לדון בסיטואציות הקונקרטיות שנבחרו לדיון, אפרוס בקצרה, בחלקו השלישי של המאמר, את יסודות שיח היחסים שלאורו בחרתי להכריע בסוגיה זו. לאחר שאציג בקווים כלליים את השאלה וקנה המידה להכרעה בה, אעבור, בחלקים הבאים, לדון בהרחבה בשני ההקשרים שנבחרו לדיון.

3. רות זפרן, "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה – מספר הערות על דאגה וצדק", משפט חברה ותרבות, נפלאו ממנו' – משפטים על אהבה (חנה נווה, אורנה בן-נפתלי – עורכות, רמות, תשס"ה) 605, 643.

4. כפי שמכנה אותו רות הלפרין-קדרי במאמרה. ראו רות הלפרין-קדרי, "להשאיר חיים אחרים": יילוד העובר מגוף נפטרת – האומנם בכל מקרה? דילמות באתיקה רפואית (רפאל כהן-אלמגור – עורך, הקיבוץ המאוחד, תשס"ב) 107, 108. למודל רעיוני קרוב ראו את "המודל המחשק" שמציע שחר ליפשיץ. שחר ליפשיץ, "דיני זוגיות חילוניים ביובל הבא – בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית המשפט 'המחשק'", מחקרי משפט יז (תשס"ב) 159, בעמ' 225.

5. כפי שעוצב בראשונה אצל קרול גיליגן, בקול שונה – התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה (נעמי בן-חיים – מתרגמת, ספריית הפועלים, תשנ"ו).

בחלק הרביעי תיבחן שאלת קביעת ההורות לצאצא שנולד עקב שימוש בתרומת זרע. בחלק החמישי תידון הגדרת ההורות לצאצא שנולד לאם נושאת, מכוח הסכם לנשיאת עובריים. בשני ההקשרים יוצגו המתחרים על מעמד ההורות, יתואר ההסדר המשפטי הקיים, תיבחנה חלופות אפשריות ויוצע פתרון לאור שיקוליו המנחים של שיח היחסים. בחלקו השישי והאחרון של המאמר אציג סיכום קצר שיבקש לקשור את ההיבט המשפטי והחברתי ולהציג הכרעה עקרונית על רקע המציאות בעידן הגנטי.

ב. התעוררות שאלת הגדרת ההורות

במקרה ה"רגיל", קרי בהקשרם של קשרי משפחה המושתתים על הורות ביולוגית, מתרכות ההורות בזוג הורים, אם ואב, הממלאים את הפונקציה הביולוגית, קרי הפונקציה הפיזיולוגית (נשיאת העובר במרוצת ההיריון) והגנטית (שיתוף מטענם הגנטי), ואת הפונקציה החברתית, הכרוכה בטיפול בצאצא ובסיפוק צרכיו היומיומיים. בנסיבות אלה משמשים בדרך כלל ההורים הביולוגיים כהורים חברתיים וזוכים להכרה משפטית ככאלה. ואולם שלא כבמקרה הרגיל עשויה ההורות בהקשרן של יחידות המשפחה החלופיות להתפצל לכמה גורמים. כך מתפצלת ההורות כאשר ההולדה, פרי טכניקות ההולדה המלאכותיות, נעשית בסיוע גורם הורי נוסף: תורם תא מין (זרע או ביצית),⁶ אם נושאת (מי שהסכימה לשאת ברחמה עובר שאליו אין היא קשורה גנטית כדי להעבירו לידי הוריו המיועדים לאחר הלידה)⁷ או אם חליפה (הנושאת ברחמה את צאצאה הגנטי שאותו היא מיועדת להעביר לידי אביו הגנטי ובת זוגו כדי שישמשו כהורים),⁸ כאשר קשרי ההורות נוצרו מתוך פנייה למוסד האימוץ, ולעתים אף בנסיבות של הולדה טבעית, כאשר זהותו של האב הביולוגי שונה מזו של האב החברתי.

6. מי שמעניקים זרע או ביצית לאיש, לאישה או לזוג, כדי שהללו ישמשו הורים לצאצא שיוולד עקב השימוש בזרע או בביצית, יכוננו על פי המקובל "תורמים", בלי להתחשב בשאלה אם ניתנה תמורה בעד תאי המין. אלא אם כן צוין אחרת, מדובר בתרומה אנונימית, כאשר זהות התורם והנתרמת אינם ידועים זה לזו.

7. לעתים מכונה האם הנושאת גם "פונדקאית". ראו פנחס שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב (סאקי, תשמ"ט) 130. ברוח החוק הישראלי, ומטעמים רעיוניים, הועדף השימוש בתואר "אם נושאת". בהקשר זה ראו כרמל שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האשה בחברה ובמשפט (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי - עורכות, שוקן, תשנ"ה) 503, 526.

8. התפקיד שממלאת האם החליפה מכונה לעתים "פונדקאות חלקית", להבדיל מ"פונדקאות מלאה" המשמש לתיאור תפקיד האם הנושאת. כדי להבחינה מהאם הנושאת (לאור קיומו של הקשר הגנטי), השתמשתי בתואר "חליפה" המשקף את רעיון "מילוי המקום", שהרי היא ממלאת את הפונקציה האמהית במלואה שלא על מנת להיות אם בעצמה אלא כדי למסור את הצאצא לאם המיועדת. למקור התואר המקביל "אם תחליפית" ראו אלי וילצ'יק, "האם התחליפית", משפטים יז (תשמ"ח) 534.

בכל המקרים האמורים נוצר הבדל בין זהות ההורה החברתי, מי שמשמש בפועל כהורה הצאצא, לזהות ההורה הביולוגי, מי שהשתתף השתתפות גנטית או פיזיולוגית בהבאתו לעולם. ההבדל האמור יכול לדבוק באחד ההורים או בשניהם. בנסיבות של תרומת תא מין אחד, להבדיל מתרומה כפולה, נוצר הפיצול אצל אחד משני ההורים – האב במקרה של תרומת זרע, והאם במקרה של תרומת ביצית. בנסיבות של הסכם לנשיאת עוברים, העומד ביסוד ההתקשרות בין האם הנושאת להורים המיועדים, בדרך כלל ייווצר הפיצול רק אצל האם ויצטמצם להיבט הפיזיולוגי, שכן העובר ייווצר בדרך כלל באמצעות ביצית שמקורה באם המיועדת. במקרים שבהם נוצר העובר, שנישא על ידי האם הנושאת, באמצעות תרומת ביצית, הפיצול הנוגע לאם ייעשה לשני הרכיבים הביולוגיים. דילמה מעט שונה עשויה להתעורר בנסיבות של חד-הוריות. כך, למשל, כאשר התקבלה תרומת הזרע על ידי אישה המבקשת לגדל את ילדה לבד, לא מתקיים בהכרח פיצול הורי ואולם ההורה הביולוגי נעדר ואינו משתתף השתתפות פעילה בחיי הצאצא.

הסתייעות בטכניקות הולדה מלאכותיות הנה תופעה רחבת היקף.⁹ זמינות טכניקות ההולדה מחד גיסא, והעמקת הצורך בהן¹⁰ מאידך גיסא, הגבירו את הפנייה להסתייע בהן בשני העשורים האחרונים. עם זאת שאלת קביעת ההורות אינה מתעוררת בכל הקשר של שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות. מקובל לומר והדברים ראויים, כי כאשר הושג ההיריון אמנם תוך שימוש במעורבות רפואית אך בלי ששולבו בהולדה תרומת תא מין או אם נושאת, באופן שהצאצא הנו תוצר בלעדי של הצדדים, לא מתעורר כל קושי בקביעת ההורות, שכן ההורים החברתיים הנם לכל דבר ועניין הורי הצאצא. מטעם זה תהיה ההבחנה הרלוונטית בין הולדה מלאכותית בסיוע גורם הורי נוסף ובין הולדה שהתרחשה בלא סיוע גורם הורי נוסף, כאשר הצאצא הנו ילדם הביולוגי של מי שמשמשים הוריו, גם אם נדרשה מעורבות רפואית ביצירת ההיריון.

במסגרת מאמר זה אתרכו כאמור בשאלת הגדרת ההורות בנסיבותיה של ההולדה המלאכותית, שלה אופי ייחודי על רקע העידן הגנטי. שתי הסיטואציות שבחרתי לברר – הולדה בסיוע אם נושאת ונסיבות של תרומת זרע – יוכלו כאמור לשמש יסוד להכרעה בסיטואציות אחרות המשלבות הולדה מלאכותית. היבטים הנוגעים להגדרת ההורות

9. עשרות אלפי ילדים ואולי למעלה מזה נולדים בכל שנה ברחבי העולם בעקבות שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות. במהלך השנים גדל מספרם וכיום מדובר במיליוני צאצאים ברחבי העולם, מרביתם בלא סיוע גורם הורי נוסף. ראוי: Andreas S. Voss, "The Right to Privacy and Assisted Reproductive Technologies: A Comparative Study of the Law of Germany and the U.S.", 21 *N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* (2002) 229, p. 231; Marsha Garrison, "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage", 113 *Harv. L. Rev.* (2000) 835, pp. 838, 845.

10. בגלל ריבוי בעיות הפיריון, צמצום מספר הילדים המועמדים לאימוץ וגידול מספר יחידות המשפחה שאין עומדת במרכזן זוגיות הטרוסקסואלית, היכולה להביא לידי הולדת צאצאים ביולוגיים.

בהקשרה של ההולדה הטבעית נדונו על ידי בהרחבה בהודמנות אחרת.¹¹ שאלת האימוץ שונה במידה מהותית ותחייב דיון נפרד.

ג. שאלת הגדרת ההורות – מורכבותה ובחינת הפתרונות המוצעים לה

1. מורכבות ההכרעה

ריבוי קשרי ההורות שאינם מושתתים על בסיס גנטי, אך לא פחות מכך השאלות, שריבוי זה יוצר, הירודות לעומק קשרי ההורות והמשפחה הכרוכות בהם, שאלות בעלות השלכות אישיות וחברתיות, מחייבים דיון מקיף בתופעה. במישור מעלה הסוגיה את השאלה מי מבין הגורמים שהשתתפו בהבאת הצאצא לעולם, בין שיזמו אותה ובין שהיו לה צד ביולוגי, מי מבין אלו, שראים עצמם הוריו או מטפלים בו באופן יומיומי, ראויים להיקבע כהוריו המשפטיים. קביעה ודאית בהקשר זה הכרחית לשמירת רווחת הילד ולהבטחת גיבוש קשרי משפחה איכותיים. הקביעה נוגעת גם לרווחת ההורים ומשליכה על הקיום החברתי המשותף. מלבד המשפחה הקונקרטית והקשרים בין חבריה, כרוכה השאלה בעיצובה של המשפחה כיחידה חברתית. היא כרוכה בהכרעה בשאלה אם קשרי ההורות הנם קשרים בלעדיים, המאפיינים בהכרח רק זוג הורים, אם אחת ואב אחד, או שהם מאפשרים הכללת גורם או גורמים הוריים נוספים בעלי חלוקת תפקידים משתנה; היא כרוכה בהכרעה בשאלת חשיבות "קשר הדם"; וביישוב התחרות בין האלמנט החברתי לגנטי. שאלות אלה מרכיבות כשהן לעצמן את השאלה ממה "עשויים" קשרי קרבה.

שאלת הגדרת ההורות הנה **שאלה סבוכה**.¹² כפי שצוין, הביאה המציאות לידי יצירת מגוון רחב של משפחות ולהפרדת תפקידי ההורות, ועל כן לכמה הורים "המתחרים" ביניהם פוטנציאלית ומעשית על תפקיד ההורה ומעמדו. במקרים רבים אין המציאות מספקת תשובה ברורה על שאלת קביעת ההורות. קיומו של הורה חברתי, הנתפס על ידי הסובבים אותו כהורה לכל דבר ועניין או קיומה של אם הנושאת את ההיריון, אינם מהווים סוף פסוק לעניין זיהום כהורים.

מבין טכניקות ההולדה המלאכותיות הוסדרה בחוק הישראלי שאלת הגדרת ההורות בהקשרה של האימהות הנושאת בלבד.¹³ קביעת הורות בנסיבות של תרומת ביצית או זרע לא הוסדרה בחוק, לפחות לא במישורין. הפסיקה אף היא אינה מסייעת בידינו, אם בשל נדירות המקרים שבהם עולה השאלה לפני בית המשפט ואם בשל הימנעותו, כאשר

11. רות זפרן, "של מי אתה ילד?" על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות, "הפרקליט" 311 (תשס"ג).

12. על הקושי הכרוך בקביעת ההורות, ראו באופן כללי: John L. Hill, "What Does It Mean to Be a 'Parent'? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights", 66 *N. Y. U. L. Rev.* (1991) 353; Janet L. Dolgin, "Just a Gene: Judicial Assumptions about Parenthood", 40 *UCLA L. Rev.* (1993) 637.

13. ראו את הדיון בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996, ס"ח 176. להלן, הערה 137 והטקסט שלידה.

התעוררה השאלה, מלידת מענה כולל. בית המשפט מספק פתרון נקודתי ונמנע מלהיזקק לשאלה העקרונית. הימנעות בית המשפט מן ההכרעה נובעת, כך נדמה, ממורכבות השאלה. השאלה משליכה על מבנה המשפחה, מחייבת התמודדות ונקיטת עמדה בסוגיות חברתיות מן המעלה הראשונה, סוגיות הממקדות תשומת לב חברתית, דתית, אתית, רפואית ופסיכולוגית. אותה מורכבות ממש עומדת אף ביסוד התחמקותו של המחוקק וניסיונו לגלגל את הסוגיה להכרעתם של הדרג המנהלי ובתי המשפט. אפשר שההתמהמהות בהסדרת השאלה בחוק, המאפיינת אף שיטות משפט אחרות,¹⁴ נבעה גם מרתיעתו של המחוקק מלהסדיר סוגיה הכרוכה באספקט אינטימי של הפרט ומן החשש לפגיעה בזכות להורות, באוטונומיה ובחירות. אפשר שחשש אחר מקורו בהערכה כי עיגון ההסדר בחוק יפגע ב"סטטוס קוו" ויכרסם בזכויות המוקנות כיום.¹⁵

ואולם דווקא מורכבות הסוגיה מחייבת הסדרתה בחוק. מלאכתו של בית המשפט אינה קלה ואין זה ראוי להותירה במלואה בידי. על אף יתרונותיה של ההכרעה השיפוטית, המתאימה להכריע במקרה המונח לפניו לאור מאפייניו הייחודיים,¹⁶ חסרה לה היכולת לעצב את הדין באופן כולל וקוהרנטי. שמירת מעמדו של בית המשפט אף היא מחייבת כי נמנע ממנו לעשות את "העבודה השחורה" ולהיקלע לעין הסערה. משפחה, הורות וטכניקות הולדה מלאכותיות מעוררות מחלוקות במגוון מישורים. היעדר חקיקה יוצר עמימות ומהווה פתח לסכסוכים והתדיינות משפטיות. ממגוון טעמים אלה עולה כי אין זה ראוי, כמדיניות כוללת, להותיר את משימת ההסדר לבית המשפט ויש לשאוף להסדר חוקי.¹⁷

14. ראו, למשל: Elizabeth L. Gibson, "Artificial Insemination by Donor: Information, Communication and Regulation", 30 *J. Fam. L.* (1991) 1; Judit Sandor, "Legal Approaches to Motherhood in Hungary", *'Creating the Child': The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation* (Donald Evans and Neil Pickering – eds., 1996) 157, 261; Ivanyishkin Alexander Yakovleitch, "Bioethics and New Reproductive Technologies in Russia", *'Creating the Child': The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation* (Donald Evans and Neil Pickering – eds., 1996) 267, 270-271; Alison Harvison Young and Angela Wasunna, "Wrestling with the Limits of Law: Regulating New Reproductive Technologies", 6 *Health L. J.* (1998) 239; Robert Blank, "Regulation of Donor Insemination", *Donor Insemination International Social Science Perspective* (Ken Daniels and Erica Haimes – eds., 1998) 131

15. Susan M. Kahn, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel* (2000) 75

16. Katharine T. Bartlett, "Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed", 70 *Va. L. Rev.* (1984) 879

17. לצורך בהסדרה חוקית ראו באופן כללי: Blank (לעיל, הערה 14).

2. גישות להכרעה בשאלת הגדרת ההורות והקשיים שהן מעוררות מסגרת הדיון מספקת אפשרות לבחון את שאלת הגדרת ההורות בחינה כללית ולעצבה כהבנתנו. משימה זו אינה פשוטה לביצוע. מגוון רחב של שיקולים מחייבים הערכה ושקלול. זכויות, אינטרסים ועקרונות חברתיים משמשים בערבוביה ומושכים לכיוונים נוגדים. ניסיון להכריע במכלול השאלות הנוגעות לטכניקות ההולדה המלאכותיות, ובכללן בשאלת הגדרת ההורות, על פי "עקרונות-על" קבוע ונוקשה נראה בלתי רצוי ומסופקני אם הוא אפשרי.¹⁸ בין ההצעות שהועלו, ניתן לציין את עקרון אי-המסחור, הקורא להימנע מעשייה שיש בה כדי להביא לידי סחר בילדים, בחומר גנטי או בשירותי הולדה;¹⁹ מודל חוזי המבקש להבטיח את הגשמת כוונת הצדדים;²⁰ מודל המתבסס על חירות ההולדה ומבקש להבטיח מימוש בלתי מופרע של הזכות לפרייון ולהורות;²¹ ומודלים יומרניים פחות, המבקשים להתמודד עם שאלת הגדרת ההורות בלבד, ובהם מודל המדגיש את ההורות החברתית;²² מודל המתבסס על עקרון טובת הילד;²³ מודל המתרכז בהורות

18. Will Kymlicka, "Approaches to the Ethical Issues Raised by the Royal Commission's Mandate", *New Reproductive Technologies: Ethical Aspects – Research Studies of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993) 1, 3-17

19. Elizabeth Anderson, *Value in Ethics Economics* (1993) 168-190; Margaret J. Radin, *Contested Commodities* (1996); Elizabeth Anderson, "Is Women's Labor a Commodity?", *19 Phil. & Pub. Aff.* (1990) 71

20. למודל החוזי, למקבילו מודל הכוונה וליתרונותיהם – עידוד חופש הולדה, הכרה במשפחות לא מסורתיות וניטרליות מגדרית, ראו: Marjorie M. Shultz, "Reproductive Technology and Intent-based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wis. L. Rev* (1990) 297; Carmel Shalev, *Birth Power: The Case for Surrogacy* (1989) 120-145; Anne R. Schiff, "Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity", *80 Iowa L. Rev.* (1995) 265; Richard F. Storrow, "Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage", *53 Hastings L. J.* (2002) 597, pp. 639-648

21. John A. Robertson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies* (1994); John A. Robertson, "Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction", *59 S. Cal. L. Rev.* (1986) 942

22. ההורות החברתית מכונה לעתים הורות פסיכולוגית, הורות פונקציונלית או הורות בפועל. ראו: Storrow (לעיל, הערה 20); Jill Handley Andersen, "The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determination", *30 J. of Fam. Law* (1991) 847; Arlene Skolnick, "Solomon's Children: The New Biologism, Psychological Parenthood, Attachment Theory, and the Best Interests Standard", *All Our Families: New Policies for a New Century* (Mary A. Mason, Arlene Skolnick & Stephen D. Sugarman – eds., 1998) 236

הכרה משפטית בהורה החברתי עשויה להתבסס על אחת משתי חלופות. האחת מבקשת להכיר במעמדו של ההורה החברתי על בסיס עקרון טובת הילד (ראו להלן, הערה 23). השנייה

הגנטית; ²⁴ מודל המקנה עדיפות לאלמנט ההיריון; ²⁵ מודל המעדיף את ההורה המיועד; ²⁶ ומודלים המתבססים על סטטוס, נישואין או זוגיות. ²⁷

- מבקשת להגן על הסתמכותו של ההורה וזכויותיו, כמי שפיתח יחסים משמעותיים עם הילד. Nancy D. Polikoff, "The Social Construction of Parenthood in One Planned Lesbian Family", 22 *N. Y. U. Rev. L. & Soc. Change* (1996) 203
23. על עקרון טובת הילד כמודל המכונן יחסי הורות, ראו: Janet L. Dolgin, "Suffer the Children: Nostalgia Contradiction and New Reproductive Technologies", 28 *Ariz. St. L. Melinda A. Roberts*, "Parent ;961-944 בעמ' (לעיל, הערה 16), Bartlett ;J. (1996) 473 and Child Conflict: Between Liberty and Responsibility", 10 *ND J. L. Ethics & Pub Pol'y* (1996) 485; Eric P. Salthe, "Would Abolishing the Natural Parent Preference in Custody Disputes Be in Everyone's Best Interest?", 29 *J. of Fam. Law* (1990) 539
24. טענתו של ההורה הגנטי להכרה, כאשר הורותו מצויה במאבק בהורות מתחרה, נסמכת על שני מקורות: האחד, הקשר הביולוגי המיוחד שאותו חולקים הורה וילד גנטיים, אלמנט הדמיון וההמשכיות. השני הוא טיעון מעין קנייני ולפיו זכותו של אדם, כבעלים של גופו, מתפרסת גם על התוצרים של גופו. לשאלת הבעלות בגוף ובתאי המין ראו באופן כללי יהושע ויסמן, "אברים כנכסים", משפטים טז (תשמ"ו) 500; אביעד הכהן, "משפט רפואה ב'מדינה יהודית דמוקרטית': בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה", שיערי משפט ב (תש"ס) Russell Scott, *The Body as Property* (1981); Robert P. S. Jansen, "Sperm ;214 בעמ' 189 and Ova as Property", 11 *J. Med. Ethics* (1985) 123, p.124; William Boulier, "Sperm, Spleens, and other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts", 23 *Hofstra L. Rev.* (1995) 693; Radhika Rao, "Property, Privacy, and the Human Body", 80 *B. U. L. Rev.* (2000) 359; Remigius N. Nwabueze, "Biotechnology and the New Property Regime in Human Bodies and Body Parts", 24 *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. Rev.* 19 (2002). לייחודו של הקשר הגנטי ראו: Schiff (לעיל, הערה 20), בעמ' 276-277.
25. טענה זו מקנה עדיפות לאם הפיזיולוגית, נושאת ההיריון, תוך הסתמכות על הקשר שנוצר בינה ובין הילד במהלך ההיריון ומיד לאחריו. על ייחודו של הקשר בין האם לעובר, ראו והשוו: Hill (לעיל, הערה 12), בעמ' 394-400. Marie Ashe, "Law-Language of Maternity: Discourse Holding Nature in Contempt", 22 *New Eng. L. Rev.* (1988) 521; Marshel H. Klaus and John H. Kennell, *Maternal Infant Bonding* (1976); Dianne E. Eyer, *Mother-Infant Bonding: A Scientific Fiction* (1992); Barbara Katz Rothman, "Recreating Motherhood: Ideology and Technology in American Society", *Beyond Baby M: Ethical Issues in New Reproductive Techniques* (Dianne M. Bartels – ed., 1990) 9
26. מודל זה, המקביל למודל החזוי, מעדיף את ההורה המיועד בהתגוששות על מעמד ההורה המשפטי. יתרונו ניכר הן על רקע התפיסה החזוית, המדברת בשם עקרון קיום ההתחייבויות ובשם ההגנה על אינטרס ההסתמכות, והן על יסוד מעמדו המיוחד של ההורה המיועד כמי שיום את הולדת הצאצא ובמובן זה הוא גורם שבלעדיו אין. ראו: Hill (לעיל הערה 12).
27. מודל מסורתי זה מדגיש את הויקה שבין ההורות לקיומו של קשר הנישואין בין ההורים,

על הצעות אלה ניתן למתוח ביקורת בשני מישורים. האחד נוגע לתוכן המודלים, השני נוגע ליומרתם להכריע על בסיס עיקרון חד-ממדי בכל השאלות המתעוררות. טענות מטענות שונות ניתן להעלות כנגד הקו הערכי המשתקף במודל זה או אחר. מודל המקדש את החירות ואינו מאפשר כמעט כל רגולציה, עלול להביא לידי פגיעה בגורמים מוחלשים, ובהם ילדים ונשים.²⁸ מודל המתבסס בלעדית על ההסדרה החוזית, מחדיר אלמנטים מסחריים ליחידה המשפחתית, מציב את הילד כטובין הניתנים להעברה חוזית ועלול להביא לידי פגיעה בטובתו.²⁹ מנגד, מודל השולל לחלוטין את האפשרות להעביר חומר גנטי או לסחור בו ומונע הסתייעות באם נושאת, נראה מרחיק לכת בפגיעתו באפשרות לממש את הכמיהה להורות, ובכל מקרה אינו יכול בדיעבד להכריע בהצלחה בשאלת קביעת ההורות, בנסיבות שבהן נולד הילד על אף האיסור שנקבע.

העקרונות המובילים בנתיבה ובפסיקה הזרה, אלה המתמקדים בזכות הפרט להורות ובחופש הרצון והחזים, ולחלופין אלה המתמקדים בפן הביולוגי-גנטי (במיוחד ככל שמדובר בהולדה באמצעות אם נושאת), משקפים, להבנתי, מנגמה רחבה יותר, שהיא חלק ממה שכינתי "עיצוב המשפחה בעידן הגנטי", והם נעוצים בזרמים הרעיוניים שמקורם בשיח הזכויות.

הדגשת האלמנט הביולוגי-גנטי כרכיב בקביעת ההורות נובעת, להבנתי, מן ההכרה (ומן ההפרזה) בחשיבות הזהות והמוצא הגנטי כיום. על רקע פרויקט מיפוי הגנום והעמקת הידע בדבר השלכותיו על הפרט, הנמצאים בתהליך של מחקר מתמיד וזוכים לתשומת לב מחקרית וציבורית נרחבת, נדמה כי רב הדגש המושם על האלמנט הגנטי בעיצוב יחסי המשפחה. להסתמכות המוגברת על הפן הגנטי כמה ביטויים מובהקים. היא מתבטאת הן בעצם הנהירה אחר טכניקות ההולדה המלאכותיות,³⁰ המאפשרות הולדת ילד המשמר קשר

ומעדיף כאב את בן הזוג מנישואין על פני ההורה הביולוגי. Janet L. Dolgin, "Choice, Tradition, and the New Genetics: The Fragmentation of the Ideology of Family", 32 *Conn. L. Rev.* (2000) 523; Phillip Cole, "Biotechnology and the 'Moral' Family", *The Family in the Age of Biotechnology* (Carole Ulanowsky – ed., 1995) 47

28. כך, למשל, מתריעה הביקורת הפמיניסטית על הפגיעה העלולה להיגרם לנשים עקב התקשרותן בהסכמים לנשיאת עוברים ועל החשש מניצול מעמדן ופיהותו. טיעון ביקורתי אחר תוקף את העידוד ששואבת ההולדה המלאכותית מהיעדר ההגבלות החוקיות ומאלמנטים כלכליים ופוליטיים, המעמידים את חלופת טיפולי הפוריות כחלופה מועדפת. לפי טיעון זה, "נדחפות" נשים למסלול הייסורים, חרף האפשרות לאמץ או להיוותר בלא ילדים. ראו: Gena Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, (1985) 272-324; Margaret J. Radin, "Market-Inalienability", 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 1849; Elizabeth Bartholet, "Beyond Biology: The Politics of Adoption and Reproduction", 2 *Duke J. Gender L. & Pol'y* (1995) 5

29. Garrison (לעיל, הערה 9), בעמ' 859-866.

30. יוסי זיו, "פונדקאות, זכות להורות, ומוסר", גלילאו כא (תשנ"ז) 39; Lori B. Andrews and

גנטי לפחות לאחד מן ההורים, והן ברתיעה מפני האימוץ הנתפס כנחות, הן משום שנוצרים באמצעותו קשרי הורות הנעדרים יחסים גנטיים והן משום שמיוחס למשפחת המוצא מטען גנטי שלילי. משפחת המוצא "נחשדת" בהעברת מטען גנטי שלילי לצאצא, ועל כן דבקה בו הסטיגמה של "בעל גנים רעים".³¹ ביטוי נוסף לאלמנט הגנטי נמצא כאמור בעניינינו בחיזוק הפן הגנטי בהגדרת ההורות.

ההנחה המשפטית הרווחת, לפחות בישראל, מגדירה את ההורה הטבעי כהורה המשפטי.³² ההנחה המקובלת היא שהוריו של ילד הם מי שהביאו לידי הולדתו. עמדה זו, ככל שמדובר בהולדה טבעית, אינה חדשה בישראל ומקורה בתפיסה היהודית הרואה בהורות מושג טבעי, ואינה דורשת, לצורך הצהרה על אבהות, את מיסוד יחסיהם הפורמליים של האם והאב. הקביעה כי מי שהביאו לידי הולדתו של בן אנוש יוגדרו כהוריו, יזכו ויתחייבו במילוי צרכיו, וזכה בשנים האחרונות לחיזוק בשיטות משפט זרות, וכרוכה במגוון אלמנטים.³³ בין היתר, מדגישה קביעה זו את חשיבות הקשר הביולוגי במובנו הגנטי המדגיש את פן הדמיון וההמשכיות, אך גם את מובנו הקנייני של הקשר המצדיק לכאורה את "החזקתו" של אדם בתוצרי גופו.³⁴ לחלופין, כרוכה הקביעה האמורה בקשר במובן הפיזיולוגי, הרלוונטי לאם שנשאה את העובר ברחמה במרוצת ההיריון וזכתה לרקום קשר ייחודי עמו;³⁵ ועל פי עמדה אחרת, מדובר באלמנט הכוונה והאחריות שמגבש ההורה הביולוגי כלפי הצאצא שלידי הולדתו הביא בפעילותו הרצונית והמכוונת.³⁶ ההנחה המקובלת גורסת כי טובת הילד, לפחות ממבט כולל הנוגע לכלל הילדים ובהתעלם מנסיבות קונקרטיות העשויות לגבש מסקנה שונה, אף היא מכתובה בהורות ההורה הביולוגי. על פי גישה זו טוב לו לילד שיזכה לטיפול של הוריו הביולוגיים, הן על שום האלמנטים שצוינו, ובהם רקימת אותו קשר ייחודי בין שני קרובים ביולוגיים, הן על יסוד העובדה כי הקשר האמור מבסס את ראשית זהותו של הצאצא ואת השתייכותו הראויות להגנה, והן על בסיס ההנחה שההורה

Lisa Douglass, "Social and Conceptual Transformations: Technical Article: Alternative
Reproduction", 65 *S. Cal. L. Rev.* (1991) 623, p. 627

31. Judith S. Modell, *A Sealed and Secret Kinship: The Culture of Policies and Practices in American Adoption* (2002) 6, 129; David H. Kirk, *Adoptive Kinship: A Modern Institution in Need of Reform* (1981)

32. סעיפים 14-15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס"ח 120.

33. שיטות המשפט הורות הדגישו בעבר, בעקבות הנצרות, את האספקט הנובע מסטטוס היחסים בין ההורים. זאת בשונה מן השיטה הישראלית שצעדה בעקבות העמדה ההלכתית, והכירה בהורות כאלמנט טבעי. בהקשר זה ראו רות זפרן, *זכות הצאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשס"ד) 138-139.

34. לעיל, הערה 24.

35. לעיל, הערה 25.

36. נעם זהר, *הולדה ואוטונומיה אישית, זהות ואינדיבידואליזם בייחסי הורות* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תש"ן).

הביולוגי יתור ככל האפשר להיטיב עם צאצאו. ההנחה היא כי מי שפעל, יזם ו/או השקיע ממשאביו הביולוגיים, חפץ בהגשמת טובת צאצאו, בן האנוש הנוצר מפעילותו. אף שיש מי שמגדיר את הזיקה בין שני קרובים ביולוגיים כ"אינסטינקט מולד",³⁷ ברור בעיניי כי קיומה ועצמתה של הזיקה האמורה ושואבות את כוחן מאלמנטים חברתיים-תרבותיים. כך או כך, עצמתה בישראל ובחברות המערב ניכרת.³⁸ ואולם גם אם נכון להתבסס על הזיקה הביולוגית כאלמנט מכריע בשאלת הגדרת ההורות של הצאצא שנולד בהולדה טבעית, להשתמש בעצמתה כמחסום מפני התערבות החברה המבקשת לנתק קשרים אלו, או לראות בה אלמנט בעל כוח כופה על צד המבקש להתנער מהורותו, אין בה כדי להכריע את הכף בנסיבות שבהן שולבה בהולדה טכניקת הולדה מלאכותית, וגורמים הוריים אחדים השתתפו בה. מרגע שנפרצו גבולות יצירת קשרי ההורות והם אינם בלעדיים עוד לזוג ההורים, שימוש באלמנט הביולוגי במובנו הגנטי כאלמנט יחיד אינו מספק ועלול להביא לידי תוצאות בלתי רצויות.

לגופו של עניין ניתן להעלות הסתייגויות מהותיות מההתרחקות באלמנט הביולוגי-גנטי. ההתמקדות באלמנט הביולוגי במשולב עם העמדה המבקשת לקדש את הופש החזים ולהבטיח את הזכות להורות, שמקורם בשיח הזכויות הליברלי, כרוכים באלמנטים קנייניים בלתי ראויים למעמדו של בן אנוש. התפיסה הביולוגית עשויה, כאמור, להדגיש את השליטה של ההורה הביולוגי בתוצרי גופו או בפרי עמלו ולהקנות לו לגיטימציה לסחור בהם. לעמדה זו עשויים להיות ביטויים הפוכים. מחד גיסא, מקור להצדקת הורותו של ההורה הביולוגי והעדפתה על פני ההורה החברתי, מכוח אותה זיקה (או חוקה) ייחודית

37. בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (להלן: בג"ץ משפחה חדשה), בעמ' 446-447; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד ג(1) 48, בעמ' 102.

38. הדברים המובאים כאן באשר למודל הביולוגי כלליים ומחייבים הסתייגות. ברי שהאלמנט הביולוגי עשוי להשתנות מחברה לחברה וגם בה מסוגיה לסוגיה ומעת לעת. ראו והשוו ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461; ע"א 680/77 פלונית נ' עיריית תל-אביב, פ"ד לב(3) 393, בעמ' 399; ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, בעמ' 429-430; משה עציוני, "חוק האימוץ – הלכה למעשה", חברה ורווחה ג (תש"ם) 119, בעמ' 127; אבנר ח' שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים – תוך דגש על שום עקרון טובת הילד", עיוני משפט י (תשמ"ד) 5, בעמ' 27-28; רבקה בר-יוסף "סוציולוגיה של המשפחה לאור שינויים חברתיים וחיידשים ביו-טכנולוגים", מגמות לח (תשנ"ז) 5, בעמ' 15; יאיר רונן, "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות", עיוני משפט כו (תשס"ב-תשס"ג) 935; Elizabeth Bartholet, *Family Bonds: Adoption and the Politics of* Parenting (1993) 46, 76-77; Janet L. Dolgin, *Defining the Family: Law Technology, and Reproduction in an Uneasy Age* (1997) 192; Raizel Liebler, "Are you my Parent? Are you my Child? The Role of Genetics and Race in Defining Relationships after Reproductive Skolnick; Technological Mistakes", 5 *DePaul J. Health Care L.* (2002) 15 (לעיל), הערה 22.

ביולוגית-קניינית של ההורה בילדו. מאידך גיסא, בסיס להקל על העברת תא המין מאת התורם (הוא ההורה הביולוגי) לאחר ואת העברת הילד מאת האם הנושאת להורה ה"מזמין". שכן התפיסה האמורה מכשירה את ראיית תא המין והילד כסוג של טובין המצויים בשליטת בעליהם, הרשאים לעשות בהם ככל שיחפצו, גם להעבירם (או למכרם) לאחר.

הדגשת הפן הגנטי בעייתית מהיבטים רעיוניים ומעשיים כאחד. כפי שמסתבר, היא מביאה לידי פגיעה במעמד הילד הנהפך מתכלית לאמצעי, מאלמנט אנושי לחפץ הניתן להעברה. בנוסף, היא עלולה, להגביר את החשש הכרוך במחוננות הגנטית שהשלכותיו אישיות ומשפחתיות כאחת. מן ההיבט האישי עשויה התרכזות בפן הגנטי, על רקע מציאות המדגישה את השפעת הגנים על עיצוב הפרט, להעצים את המשקל שיתן הפרט לפן הגנטי, הן מבחינת אפיונו והן מבחינת המשמעות שהוא ייחס לו כגורם מעצב חיים.³⁹ תופעה זו עלולה להתחזק על רקע היעדרו של הגורם ההורי הגנטי ושטטוש זהותו בנסיבות של הולדה בסיוע גורם הורי נוסף. מן ההיבט המשפחתי, עלולה הפרזה בחשיבות הגנטית להעביר את הדגש לקשרים גנטיים ולהמעיט בחשיבות הטיפוח והקשר ההורי-החברתי. בהצטרפה לנחיתות המסורתית המיוחסת למשפחה הלא ביולוגית ולמשמעות המיתית המיוחסת ל"קשר הדם",⁴⁰ עלולה התפיסה האמורה להציג את המשפחה החלופית, זו שבין חבריה לא מתקיים קשר גנטי, כנחותה ולעתים אפילו לקרוא לביטול הקשר החברתי או להחלפתו

39. להיבט זה ראו באופן כללי: Dorothy Nelkin and Susan M. Lindee, *The DNA Mystique: The Gene as a Cultural Icon* (1995); Rochelle Cooper Dreyfuss and Dorothy Nelkin, "The Jurisprudence of Genetics", 45 *Van. L. Rev.* (1992) 313; *Genes and Human Self-Knowledge: Historical and Philosophical Reflections on Modern Genetics* (Robert Weir, Susan c. Lawrence and Evan False – eds., 1994)

40. למשמעות קשר הדם בחברות המערב ראו, למשל, יעל ויילר, "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות – פיצול-הפשטה-איון", אטיא טו (תשנ"ז) 141; Wayne E. Carp, *Family Matters: Secrecy and Disclosure in the History of Adoption* (1998) 16; Patricia P. Mahlstedt & Dorothy A. Greenfeld, "Assisted Reproductive Technology with Donor Gametes: The Need for Patient Preparation", 52 *Fertil. Steril* (1989) 908; Marilyn Strathern, "Displacing Knowledge: Technology and its Consequences for Kinship", *Life and Death under High Technology Medicine* (Ian Robinson – ed., 1995) 65; Dorothy E. Roberts, "The Genetic Tie" 62 *U. Chi. L. Rev.* (1995) 209; Brenda Almond, "Family Relationships and Reproductive Technology", *The Family in the Age of Biotechnology* (Carol Ulanowsky David M. Schneider, *A Critique of*; 171-159 בעמ' 15) הערה (לעיל, הערה 15) 13; David M. Schneider, *American Kinship: A Cultural Account* (1980) 114-117; Katheryn D. Katz, "Ghost Mothers: Human Egg Donation and the Legacy of the Past", 57 *Alb. L. Rev.* (1994) 733; Laura J. Schwartz, "Models for Parenthood in Adoption Law: The French Conception", 28 *Vand. J. Transnat'l L.* (1995) 1069; Barthelet (לעיל, הערה 38).

בקשר גנטי. הדברים נכונים בנוגע להולדה טבעית,⁴¹ כמו גם בנוגע להולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות. כך, למשל, בנסיבות של תרומת תא מין, כאשר יבקש האב במשפחה דו-הורית, שנוצרה בסיוע תרומת זרע, להתנער מחובותיו כלפי הצאצא, לנוכח סכסוך שהתגלע בינו ובין בת זוגו, או כאשר תבקש האם לקרוע את הילד ממנו בטענה כי הוא אינו "האב האמיתי". בדומה, בנסיבות של הסכם לנשיאת עוברים בשילוב תרומת ביצית, כאשר יבקש האב למנוע מהאם המיועדת (מי שהייתה בת זוגו במועד ההתקשרות) להיות מוכרת כאם משפטית על בסיס היעדר זיקה גנטית, או כאשר היא עצמה תבקש להשתחרר מהורותה בעילה זו.

חשוב עם זאת לציין, כי לצד הדגשת האלמנט הגנטי והעצמתו כתוצר נלווה של המהפכה הגנטית, מתחזקים, מהיבטים אחרים, המרכיבים החברתיים בעיצוב קשרי המשפחה. אף מרכיבים אלה מוצאים אחיזה בעקרונות שמקורם בשיח הזכויות, אשר חדרו, כפי שכבר נרמז ויוסבר מיד בהרחבה, לזירה המשפטית. הזכות להורות, לפיריון, להתקשרות חוזית ולהגשמת הרצון החופשי עומדים ביסוד ההכרה בהורותו של ההורה "המוזמן", ההורה שיום את הולדתו של הצאצא והתקשר בהסכם להשגת היעד האמור. כפי שהוסבר, עשויים מרכיבים אלה להיות כרוכים גם באלמנטים ביולוגיים, המצדיקים, כביכול, עמדה המכירה בשליטת ההורה הביולוגי בתוצרי גופו ובילד שנוצר במעורבותו, לרבות הזכות להעבירו על פי חוזה. פגמיה של השיטה האמורה נעוצים בהשפעה של החדרת כלי שיח הזכויות לזירה המשפטית. היבט זה יוסבר להלן כשתידון חלופת ההכרעה המוצעת בדמות שיח היחסים. שני העקרונות שהוזכרו, זה המתרכז בהיבט הביולוגי וזה הנסמך על חופש החושים, עשויים להדגיש את האלמנט הקנייני הכרוך ביחסם של הורים לילדיהם. הם תומכים, או עשויים לפחות לתמוך על פי ההנמקה הנלווית להם, במסקנה המעצבת את קשר ההורות כקשר של בעלות בלעדית, המאפשרת ומכתיבה שליטה של ההורים בילדיהם ומעצבת את יחסיהם כקשר שאינו מותיר מקום ליותר מאם אחד ואב אחד לכל ילד.

פגמיהם המהותיים של המודלים המוצעים להכרעה בשאלת ההורות הוסברו בקצרה. מכל מקום, בנוגע למרביתם, הקושי אינו נעוץ אך ורק בתוכן המודל, כי אם ביומרתו ליצור הסדר כולל, המספק מענה על כל שאלה הנוגעת לטכניקות ההולדה ולהגדרת קשרי ההורות, על בסיס עיקרון אחד ובלעדי. נראה שיש חשיבות לעקרונות העומדים ביסוד מרבית המודלים, ואולם אין בכל אחד מהם כשהוא לעצמו כדי לספק מענה על כל מגוון השאלות המתעוררות. מגוון השאלות הרב, מורכבותן של השאלות והנסיבות המשתנות מהקשר להקשר ומטכניקת הולדה אחת לאחרת, מצריכים שילוב בין העמדות, לפי מאפייניה של כל שאלה. אפשר אפילו שהכרעה על בסיס עיקרון זה או אחר תביא לידי תוצאה רצויה כשהיא לעצמה, ואולם השלכות ההנמקה והרציונל העומדים ביסוד אותו עיקרון יהיו פוגעניים בהקשר ספציפי אחר ובהקשרה של המשפחה בכלל. אין מקום גם לעמדה הקוראת להסדיר את סוגיית ההורות בהקשרן של טכניקות ההולדה המלאכותיות מתוך יישום הדין הנוכחי ועקרונותיו. על פי טיעון זה דיני המשפחה הקיימים אוצרים

41. בהקשר זה ראו זפרן (לעיל, הערה 11).

בידם כלים להסדרת הסוגיה ואין להידרש לעיצובה מחדש.⁴² כפי שאנסה להראות במהלך הדברים, השארת הסוגיה להכרעה על פי העקרונות והכללים הקיימים עתה בדיני המשפחה אינה אפשרית ובוודאי אינה ראויה. יתרה מזו, הסדרת השאלות האמורות יכולה לשמש כפלטפורמה לבחינה מחודשת של דיני המשפחה במגוון שאלות הנוגעות למבנה המשפחה ואופן התנהלותה. זו היא הזדמנות שלא ראוי להחמיץ.⁴³

ד. הצעה לפתרון חלופי – בחינת שאלת הגדרת ההורות באמצעות שיח היחסים

טיבה של שאלת הגדרת ההורות, הנעוצה בקשרי משפחה והקשריה, מורכבותה ושילוב הצורך ליצור גמישות שתאפשר התמודדות עם שונות ההקשרים וגיוונם של המקרים הקונקרטיים, מחד גיסא, ברצון ליצור הסדר קוהרנטי על בסיס עקרונות מנחים, מאידך גיסא, מציבים אתגר מורכב. המאמר מציע להתמודד עם אתגר זה באמצעות שיח היחסים, שמאפיינו ויתרונותיו נפרשו במקום אחר, ויוזכרו כאן בקצרה בלבד.⁴⁴

ביסוד שיח היחסים עומדת אתיקת הדאגה לזולת כפי שביססה אותו לראשונה קרול גיליגן⁴⁵ וכפי שפותחה בכתיבה ענפה במהלך השנים. גיליגן עמדה על קיומו של קול מוסרי אחר, *ethic of care*, שאותו היא מאפיינת כקול נשי, המתקיים בד בבד עם הקול המוסרי שזכה להכרה, קול הצדק והזכויות. אתיקת הדאגה, המשקפת קול מוסרי נוסף (גם אם לשיטתי לא בהכרח נשי) מתרכזת במשמעות הקשר עם הזולת ובשמירה עליו. בבסיסה העדפה של מערכות יחסים על פני בדידות, הדגשת התגובה כלפי האחר על בסיס הבנת המציאות של האחר והזדהות עם תחושותיו, דאגה ואחריות כלפיו.

אתיקת הדאגה משמשת עוגן מרכזי לעיצוב השיח המשפטי המוצע, שיח היחסים, וצובעת את מאפייניו בבירור. תחת ההתמקדות שמציע שיח הזכויות, המאפיין במידה רבה את שיטות המשפט המערביות, בעקרונות אבסטרקטיים ובהכרעה היררכית במאבק בין זכויות, מציע שיח היחסים ראייה המתמקדת במאפייניו הייחודיים של הפרט ובמארג היחסים בינו ובין זולתו, ראייה המחויבת להכללת נקודות המבט של שלל הגורמים ולשמור היחסים ביניהם. תהליך קבלת ההחלטות המבוצע לאור שיח היחסים מתחשב

42. לגישה האמורה ראו: Garrison (לעיל, הערה 9); Marsha Garrison, "The Technological Family, What's New and What's Not", 33 *Fam. L. Q.* (1999) 691. לביקורת על עמדה זו ראו: Storrow (לעיל, הערה 20), בעמ' 632-639.

43. שם, בעמ' 640.

44. לדיון מפורט במאפייניו של השיח ובהצדקה הקיימת לקליטתו בהקשרי משפחה, ראו זפרן (לעיל, הערה 3). לניסיון להכריע בשאלת קביעת ההורות בכמה הקשרים ספציפיים באמצעות רעיון מקביל לשיח היחסים, ראו: Katharine Bartlett, "Re-Expressing Parenthood", 98 *Yale L. J.* (1988) 293.

45. ראו גיליגן (לעיל, הערה 5).

בצרכיהם של האינדיבידואלים הנוגעים בדבר, ומנסה ליישב ביניהם לרווחת הכול ותוך צמצום הפגיעה למינימום.

להבדיל מן העימות הדיכוטומי-היררכי המאפיין את שיח הזכויות (תובע-נתבע/מנצה-מפסיד), יאופיין שיח היחסים בקשב ובפתחות לזולת, בהתגברות על הניכור ובדיון א-היררכי, תוך צמצום התוצאה הבינארית. אף כאשר יש תובעים ונתבעים מגמת שיח זה היא למצוא את הדרך להסכמה, שתבטא את האינטרסים והזכויות של הצדדים. מטרת שיח זה אינה להביא לידי ניצחון על האחר, אלא להגן על התובע והנתבע כאחת באמצעות עיצוב פתרון שיתחשב בעמדות הצדדים ויצמצם הפגיעה בהם למינימום. על פי שיטה קשובה, המבקשת להתחשב בעמדות כל הצדדים ואינה מחויבת להכרעה בינארית, הפתרונות שיופוקו יהיו בהכרח גמישים יותר ותפורים למידותיהם של הצדדים ולמאפייני המחלוקת. השיטה מאפשרת ומעודדת יצירתיות, שכן היא מביאה בחשבון את מאפייני הייחודיים של המקרה, את נסיבותיו הספציפיות ואת רצונותיהם וצורכיהם של הצדדים. אפשר להעריך כי יצירתיות וגמישות בפתרונות המוצעים יגבירו את מידת התאמתם ונוחות החלתם. במובנים אלו מתאפיין השיח בסובייקטיביות, בפרטיקולריות ובקונטקסטואליות. אלמנט הקונטקסטואליות מוטמע במובנו הרחב, לא רק ככזה המחייב שקילת מגוון הנסיבות והפרטים האופפים את הצדדים, אלא גם ככזה המחייב בדיקת הרקע התרבותי של הדברים, ובחינת יחסי הכוחות והשיקולים הסמויים העומדים ביסוד ההסדרים והטיעונים הפורמליים.

לעיצוב שיח היחסים שותפים מלבד אתיקת הדאגה אף מאפיינים השאובים מאתיקת הזכויות. שיח היחסים המוצע אינו מבקש לבטל את מושג הזכות ואינו מתעלם מחשיבותם של העקרונות העומדים ביסוד שיח הזכויות. השילוב המוצע בין אתיקת הזכויות לאתיקת הדאגה, לאור תכליתה של האחרונה ומאפייניה, יאפשר לנו להמשיך ולהשתמש במושגים המוכרים לנו משיח הזכויות. מושג הזכות אינו נעלם וחשיבותם של החירות, האוטונומיה והשוויון אינה נפגמת. עם זאת עיבודם בשיח עשוי לעצב את תוכנם של המושגים באופן שונה ולהביא לידי הכרעות אחרות מאלו שהיו מתקבלות עקב החלת שיח הזכויות בטהרתו.⁴⁶

נוסף על ההצדקה האונטולוגית לקיומו של השיח, קרי היותו מגלם פן באישיותו של הפרט, הפועל לא רק על פי מודל הזכויות אלא גם על פי קנה המידה המגולם באתיקת

46. Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities", *Law and the Community: The End of Individualism?* (Allen C. Hutchinson and Lesille J. M. Green – eds., 1989) 219; Jennifer Nedelsky, "Reconceiving Rights as Relationship", *1 Rev. Const. Stud.* (1993) 1; *Relational Autonomy: Feminist Perspective on Autonomy, Agency, and the Social Self* (Catriona Mackenzie and Natalie Stoljar – eds., 2000); Selma Sevenhuijsen, *Citizenship and the Ethic of Care: Feminist Consideration on Justice, Morality and Politics* (1998) 62-68; Linda K. Thomas "Child Custody, Community and Autonomy: The Ties that Bind?", *6 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* (1997) 645

הדאגה, מתגבש שיח היחסים על רקע תכלית נוספת – קידום ערכים משפחתיים. שיח היחסים שהצעתי לקלוט כתשתית להכרעה בסוגיות הנוגעות למשפחה התגבש בין היתר בתגובה על שינויים חברתיים ומשפטיים שהתרחשו בשנים האחרונות. בד בבד עם התפתחות שיח הזכויות וכגורם לשינויים שהוזכרו במבנה המשפחה, פחת הערך המיוחס למשפחה כיחידה נבדלת וגבר הדגש המושם על האינדיבידואל הניצב במרכזה. שינוי בולט, אם כי לא אחיד, ניכר בשיח המשפטי הכללי והמשפחתי, המבטא מחויבות גוברת לפרט, לערכי החירות, הבחירה והאוטונומיה, ומחדד, בד בבד, אלמנטים תחרותיים ואף מנכרים.⁴⁷ הביטוי של אלה בהקשר הנדון כאן הודגם לעיל.

לפחות במישור ההצהרתי, אך במידת־מה גם במישור המעשי, מתחילים אלמנטים של זכויות, חירויות ושוויון לבקע את חומות המשפחה ולספק לפרטיה הגנה. מרכיבי הרצון והכוונה תופסים מקום ברטוריקה הנוגעת ליצירת המשפחה ולעיצוב היחסים בין חבריה; מודגשת הבחירה החופשית; ניכרת מגמה של ליברליזציה ואינדיבידואליזציה, ולעתים אף חודרים אליה אלמנטים בעלי נופך מסחרי.⁴⁸ אלמנטים אלה, הנושאים בחובם פן חיובי, עלולים, אם ייושמו בחוסר רגישות, לפגוע ביחידה המשפחתיית. חיזוק עצמתם של הפרטים המרכיבים את המשפחה, הרצוי ככל שהוא נוגע לרכיביה החלשים (נשים וילדים), עשוי לחזק את המשפחה ואת איכות הקשרים בין מרכיביה, אך עלול, אם ייושם בדרך בלתי רצויה, לאיים על שלמותה.

שיח הזכויות הליברלי החודר יותר ויותר אל המשפחה עלול, לנוכח השפעותיו המבדלות והזרות שהוא מפיץ, לפרום את מרקם היחסים האמור. תוצאה זו הנה בלתי נסבלת לשיטת שיח היחסים. רווחת הפרט הנעזר במשפחה כעוגן רגשי, ושלומו של הילד התלוי בה לקיומו ולהתפתחותו, מדגישים את חשיבותה, ככל שמדובר ביחידה בעלת יחסים איכותיים ומזינים. לנוכח חשיבותה יש להבטיח כי המשפט ישמרה וידאג לשגשוגה. יובהר כי המשפחה שאני מבקשת להבטיח ולבצר אינה זו המסורתית דווקא. במובן זה אוכל "להינצל" מטענת השמרנות. הדגש הוא על קשרי ווגיות, קשרי הורה-ילד ואחים (שניתן להכלילם בהגדרת יחסי קרבה), המגלמים תלות, דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת טווח ובעלת אלמנטים הדדיים. במובן זה הדגש הוא על איכות היחסים ולא על הגבולות שבהם הם נוצרים.

לנוכח האיום הגלום בשיח הזכויות הליברלי למוסר המשפחה ובגלל העיוות הקיים בשיח בהיותו חסר תפיסת מוסר המתגלמת באתיקת הדאגה (הניזונה לפי חלק מן הכותבים כשהיא לעצמה מקשרי המשפחה האמורים)⁴⁹ מוצע להפעיל, בהקשרים אלה, את

47. על תהליכים אלה ראו ליפשיץ (לעיל, הערה 4), ובהרחבה, מתוך התייחסות למכלול המגמות, בפרט בהקשר הישראלי ככל שהוא נוגע לדיני הווגיות, ראו שחר ליפשיץ, הסדרה חוזית של יחסים וזגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת ברא"ילן, תשס"ב) 503 ואילך.

48. למגוון הדיבטים ראו שם, שם. להיבט המסחור ראו במיוחד: Mary L. Shanley, "Collaboration: and Commodification in Assisted Procreation: Reflections on an Open Market and Anonymous Donation in Human Sperm and Eggs", 36 *Law & Soc'y Rev.* (2002) 257

49. Sevenhuijsen; Robin West, *Caring for Justice* (1997) 35 (לעיל, הערה 46), בעמ' 1-35.

שיח היחסים. נוסף על שני האלמנטים האמורים, תאפשר הפעלת שיח היחסים ניתוח ראוי יותר של השאלה שבירורה עומד במרכז מאמר זה. רגישותה של הסוגיה, נגיעתה בקשרי משפחה מורכבים ובנפשם של הנוגעים בדבר, משרטטים את הצורך בהפעלת פרמטרים מסוג אחר – אמות מידה גמישות ורגישות, המסוגלות להכיל את הנרטיב האישי, את מכלול נסיבותיה הייחודיות של המחלוקת, את מאפייני הצדדים ובמקרים הרלוונטיים את מאפייני הקהילה. מחויבותו הרעיונית של השיח מאפשרת החלה גמישה של מגוון עקרונות.⁵⁰ בשילוב היעדים האחרים נראה כי השיח מתאים למידותיה של שאלת קביעת ההורות. חשוב להבהיר כי העקרונות הנובעים מן השיח יכולים לשמש, תוך יצירת ההתאמות הנדרשות, הן כקנה מידה להכרעה שיפוטית במקרה קונקרטי והן כאלמנט מעצב של תוכן ההסדר החוקי. שני היבטים אלו יבואו לידי ביטוי בהקשרה של שאלת קביעת ההורות.⁵¹

נאמנה לשיטה המוצעת, אבקש לגבש שיקולי הכרעה מנחים שישקפו את שיח היחסים מתוך התאמה למידותיה של השאלה המתבררת. חלק מן השיקולים שיובאו להלן קבועים ומאפיינים את בחינתה של כל שאלה המתבררת לאורו של שיח היחסים. האחרים ייחודיים לשאלת הגדרת ההורות. השיקול הראשון הנו מחויבות הפתרון המוצע (לרבות ההסדר החוקי העקרוני) להתחשבות ברצונותיהם של כל הצדדים הרלוונטיים. על פי השיח יש לשמוע את עמדות הצדדים למחלוקת אף אם הם נטולי מעמד רשמי כבעלי דין, או אף אם האינטרס שלהם הנו אינטרס עקיף או עתידי בלבד. על פי השיח יש לשמוע ולהתחשב בעמדתם של כל הגורמים, לרבות החלשים שבהם, שקולם ברגיל נשמע בקושי. עם זאת ברור כי עצמת זיקתם לשאלה שבמחלוקת והמידה שבה יושפעו מן ההסדר, ישמשו כאבן בוחן לרמת ההתחשבות בדעתם.

השיקול השני הנו מחויבות לפתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר או למצער הימנעות מפתרון שיסב נזק קשה מדי. קביעה אותנטית בדבר מידת הנזק העלול להיגרם מחייבת עמידה על צרכיו ומאפייניו של כל גורם, שקלול הקשרים הבינאישיים והנסיבות הסובבות אותו, לרבות עמידה על שיקולים סמויים וחשיפת כוחות הפועלים מתחת לפני השטח. השיקול מתייב חתירה של המחוקק/הגורם השיפוטי המכריע לבחון מגוון פתרונות ולהציג פתרונות ייחודיים בעלי מאפיינים פשרניים.

50. Garrison (לעיל, הערה 9), בעמ' 868-869; Patrick Healy, "Statutory Prohibitions and the Regulation of New, Reproductive Technologies under Federal Law in Canada", 40 *McGill L. J.* (1995) 905, p. 910; *Canadian Royal Commission on New Reproductive Technologies: Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993) (להלן: "הדו"ח הקנדי").

51. ברי שהחלופה שמשרטט שיח היחסים אינה נקייה מביקורת, ואולם מבין תיאוריות המוסר הקיימות, ולנוכח האופן שבו הצעתי לעצבה, נראה כי היא ראויה לחול בהקשרנו. להרחבה, עיינו זפרן (לעיל, הערה 3).

שיקול שלישי מנחה ומהותי, שילווה אותנו בכל שאלה הנוגעת במישרין או בעקיפין לילדים, הנו שיקול הבטחת שלומם של הילדים.⁵² בשל האינטרס האישי, המשפחתי והחברתי לשמור על רווחתו, עומד הילד במרכזו של שיח היחסים, כשיח משפחתי, קישורי ומגונן. הבטחת רווחתו של הילד גובעת מאלמנט האחריות הניצב במרכז השיח ומן ההכרח לספק הגנה לגורמים החלשים. התפתחותו של הילד לאינדיבידואל כשיר ומוסרי, בוגר ועצמאי תלויה, פשוטו כמשמעו, בטיפול ובדאגה המסופקים לו.⁵³ כגורם פגיע הוא ניצב במרכז העשייה הדאגה ומכתיב את החובה להביא בחשבון את צרכיו ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם רווחתו. יש להבטיח כי אלמנט זה ימומש אף אם קולו של הילד הקונקרטי אינו נשמע ולבחון השפעותיו של הפתרון על מצבו, אף אם אלה אינן נגרמות אלא בעקיפין.⁵⁴ בהתאם לכישוריו ומידת התפתחותו יש לאפשר, במקרים המתאימים לכך, את השמעת דברי הילד עצמו או לקבוע לו נציג לדין. שיקול זה דומה לעקרון טובת הילד כפי שהוא מוכר בשיטתנו ואולם מובנו והיקף פריסתו שונים. העיקרון המוכר כיום מוגבל ותפקידו לשמש שיקול נגדי לאינטרס או לזכויות ההורים.⁵⁵ בהקשרו של שיח היחסים, יופעל השיקול כאוריינטציה כוללת של השיח, ישקף את האינטרס המשותף להורה ולילד ואת ההנחה שהורה והילד אינם נתונים בקונפליקט. גם במקום שבו תיסתר ההנחה שאין קונפליקט ישמש שיקול זה כאלמנט נורמטיבי מחייב לכפיית סטנדרט שייטיב עם הילד. יש לוודא כי שיקול זה לא ינוצל להסוואת אינטרסים אחרים וכן להבטיח כי אמנם ישקף את טובתו של הילד, במובן של רווחתו.⁵⁶

52. שחר ליפשיץ, במסגרת מודל קרוב שהוא משרטט לצורך עיצוב דיני הווגיות בישראל, סבור כי הדאגה לילד הנה בגדר "עקרונות-על" שצריך לעמוד במרכז דיני המשפחה בכלל. ראו ליפשיץ (לעיל, הערה 4), בעמ' 237-238. כמו כן ראו באופן כללי: Mary A. Mason, Arlene Skolnick and Stephen D. Sugarman, "Introduction", *All Our Families: New Policies for a New Century* (Mary A. Mason, Arlene Skolnick and Stephen D. Sugarman – eds., 1998) 1; Gilbert A. Holmes, "The Extended Family System in the Black Community: A Child-Centered Model for Adoption Policy", 68 *Temple L. Rev.* (1995) 1649.
53. ראו רונן (לעיל, הערה 38), בעמ' 952. לפן התאורטי של הדברים ראו: Neil S. Binder, "Taking Relationships Seriously: Children, Autonomy and the Right to a Relationship", 69 *N. Y. U. L. Rev.* (1994) 1150.
54. כמקור הראה לרעיונות קרובים ראו: Barbara B. Woodhouse, "Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights" 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 1747; Barbara B. Woodhouse, "'Are You My Mother?' Conceptualizing Children's Identity Rights in Transracial Adoptions", 2 *Duke J. Gender. L. & Pol'y* (1995) 107.
55. Susan A. Wolfson, "Children's Rights: The Theoretical Underpinning of the 'Best Interests of the Child'", *The Ideologies of Children's Rights* (Michael Freeman and Philip Veerman – eds., 1992) 7; Woodhouse, "Hatching the Egg: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights" (לעיל, הערה 54), בעמ' 1756-1757.
56. Dolgin ואחרים עומדים על החשש הכרוך בשימוש מניפולטיבי בעקרון טובת הילד לצורך

הבטחת שגשוג המשפחה ושימור הקשר בין חבריה הנו השיקול הרביעי הכללי הנובע משיח היחסים. שיקול זה אופייני להסדרת סוגיות רבות בתחום המשפחה. ממאפייניה של היחידה המשפחתית, תפקידה וחשיבותה לפרט ולחברה, נגזר כי תיבחן השפעתו על יחסים אלה של כל פתרון שיוצע, ותיבחר החלופה שתבטיח יצירת קשרים איכותיים ושימורם.⁵⁷ כשיקול המתמקד בטיב היחסים ושואף לקידום ושימור יחסים איכותיים ומזינים, לא תיחוס חשיבות לעצם מסגרת היחסים, לזיקה הגנטית, או להגדרתם הפורמלית של היחסים. מכאן שהמשפחה שיבקש השיח להבטיח ולבצר אינה זו המסורתית דווקא. הדגש הוא על יחסי קרבה במובנם המהותי המשקפים אלמנטים של דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת טווח ובעלת אלמנטים הדדיים. חשוב להבהיר, הפתרון שיינקט אינו זה המשמר "בכוח" את קשרי המשפחה ואת קיומם הפורמלי. בנסיבות שבהן מתבקש פירוק הקשר, יש להכיר בהיות הפירוק תהליך בעל השלכות מתמשכות ורבות פנים. מטרת ההתערבות המשפטית אינה כפיית קשר אלא מזעור נזקי הפירוק כאשר הוא נדרש.

אף שנימנע מלהגדירם כשיקול נפרד, ראוי לחזור ולהזכיר את מחויבות השיח לעקרונות **האחריות** וההדדית והמתמשכת של בני המשפחה אלו כלפי אלו ואת שאיפתו לפתרון שיגשים סטנדרטים של דאגה, טיפול וטיפוח הדדיים. אלמנטים אלו שלובים בכל אחד מן העקרונות שפורטו בנפרד ויעמדו ברקע כל הכרעה שתיעשה בהקשר משפחתי. סוגיות הנוגעות להורות ולהולדה עשויות מטבען להנביע שיקולים מנחים נוספים, מעין שיקולי משנה לאלו שצוינו לעיל. הכרה **בחשיבות המשפחה**, המושתתת על קשרים איכותיים, לרווחת הפרט ולשגשוגו גורמת לנו לגזור משיח היחסים את הגנת הזכות של **מי שחפץ בכך, להקים משפחה**. הדגש בהקשר הנדון כאן הוא על האפשרות ליצור קשר הורי. משיקול זה, התומך בהקמת משפחה, נגזר שיקול משנה, התומך **בהבטחת פתרונות ומציאת חלופות הולדה** למי שמתקשה ללדת בהולדה טבעית.⁵⁸

Jehna I. Hanan, "The Best Interest of the Child: Eliminating Discrimination in the Screening of Adoptive Parents", 27 *Golden Gate U. L. Rev.* (1997) 167

57. לחשיבותה של המשפחה ראו אהרן ברק, "הגישור בסכסוכי משפחה – גשר בין בית המשפט לענייני משפחה לבין בית הדין הדתי", דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה כרך ג (יהושע גייפמן – עורך, דיונון, תש"ן-תשנ"א) 1149; רונן (לעיל), הערה 38, בעמ' 952; Jason Mazzone, "Towards a Social Capital Theory of Law: Lessons from Collaborative Reproduction", 39 *Santa Clara L. Rev.* (1998) 1; Mary Midgley and Judith Hughes, "Are Families Out of Date?", *Feminism and Families* (Hilde L. Nelson – ed., 1997) 55.

58. על חשיבות שימור טכניקות ההולדה המלאכותיות והקשר ביניהן ובין מרכזיות קשרי המשפחה, ראו: Lisa L. Behm, "Legal, Moral and International Perspective on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States", 2 *DePaul J. Health Care L.* (1999) 557, p. 590

לאחר שאבחן את הדין המאפיין את שאלת קביעת ההורות בהקשר של תרומת זרע ואמהות נושאת ואציג מקצת הפתרונות המוצעים להסדרתה, אציע בנוגע לשתיה הסיטואציות שנבחרו פתרון המושתת על עקרונות אלה. יישום העקרונות יאפשר להבהיר את הפוטנציאל הגלום בשיח היחסים להסדרת הגדרת ההורות ולחדד את ההבדל בין ההכרעה המוצעת לאורם לעומת זו הנוכחית, המעוצבת כאמור בהשפעת שיח הזכויות.

ה. הגדרת אבהות לצאצא פרי תרומת זרע

1. אופן ביצוע ההזרעה המלאכותית והצורך שהיא ממלאת השיטה הנפוצה ביותר להשגת היריון, שאינו פרי יחסי מין, אלא של שימוש בטכניקת הולדה מלאכותית, הנה הזרעה מלאכותית.⁵⁹ תהליך ההזרעה פשוט יחסית – זרע שהופק מתורם מועבר על ידי הגורם המטפל, באמצעות מזרק שעליו מורכבת צינורית, אל רחם האשה המטופלת. כדי לשפר את סיכויי ההפריה עובר נוזל הזרע הכנה והתמיסה המוחדרת לגוף האשה כוללת ריכוז של תאי הזרע האיכותיים. בשל חשש מהעברת מחלות נעשה שימוש בזרע קפוא שהופשר, כאשר בפרק הזמן שחלף מאז מתן התרומה ועד ההזרעה ניתן לוודא, כי התורם אינו נושא מחלה המועברת באמצעות נוזל הזרע.⁶⁰ שימוש בזרע קפוא, שמקורו בבנק זרע, מאפשר עקרונית בדיקת הזרע והבטחת איכותו גם מבחינה גנטית.⁶¹ שימוש בהזרעה מלאכותית מורעו של תורם יכול להיעשות באחד משלושה מצבים. האחד, מצב של בני זוג, לרבות בני זוג נשואים, המבקשים להביא לעולם ילד שאותו הם יגדלו בצוותא אשר מנועים מלעשות שימוש בזרע בן הזוג.⁶² השני, מצב של אישה בלא בן זוג, המבקשת להקים משפחה חד-הורית ואינה מעוניינת או שאינה יכולה להרות באמצעות קיום יחסי אישות. השלישי, מצב של אישה המבקשת להרות וללדת ילד שאותו היא מתעתדת לגדל עם בת זוגה, במשפחה חד-מינית. מצב אחרון זה ניתן לסיווג אף כסיווג משנה של המצב הראשון או השני לפי השקפת המסוג. ניתן לטעון כי סיטואציה זו דומה למצב השני שבו מבקשת אישה פנויה להרות באמצעות שימוש בזרע תורם, ואולם כאשר מבקשת בת הזוג הכרה כהורה של הצאצא, ניתן לטעון לדמיון למצב הראשון, שבו מבקש בן הזוג של האישה להיחשב אבי הצאצא שייוולד בעקבות התרומה, בכפוף לשוני בזהות

59. על היקף השימוש בה בארצות הברית ובמדינות אחרות ראו לעיל, הערה 12; Garrison (לעיל),

הערה 9, בעמ' 845; Sander Shapiro, Diane G. Saphire and William H. Stone, "Changes in American A. I. D. Practice during the Last Decade", 35 *Int'l J. Fertility* (1990) 284

60. אברהם לייטמן, "מהו הריון מסוג אחר", *הריון מסוג אחר – עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית* (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב – עורכים, הקיבוץ המאוחד, תשנ"ו) 13 (להלן: "הריון מסוג אחר"), 20-21.

61. Lawrence J. Kaplan and Rosmarie Tong, *Controlling our Reproductive Destiny: A Technological and Philosophical Perspective* (1994) 227, 246-247

62. עקב בעיות פריון או בשל מחלה גנטית.

המינית. בשל קוצר היריעה לא אוכל במאמר זה לדון בשאלת ההכרה בהורות של בני זוג הומוסקסואלים ובנות זוג לסביות.⁶³ הצורך בתרומת זרע עבור נשים, שבני זוגן מיצרים תאי זרע בכמות מועטה או באיכות נמוכה, פחת מאוד בעשור האחרון עקב השימוש בהפריה חוץ-גופית המשלבת מיקרומניפולציה, שבה מוחדר תא הזרע ישירות לביצית בהפריה חוץ-גופית ולאחריה מוחזר לגוף האישה.⁶⁴ ניתן לצפות, כי עקב שימוש גובר בטכניקה של מיקרומניפולציה, המאפשרת הפריית ביצית באמצעות תא זרע בודד, יצמצם באופן ניכר השימוש בתרומת זרע במקרה של בעיות פרייון של בן הזוג. לנוכח ההתקדמות הטכנולוגית, עיקר השימוש בתרומות זרע ייעשה, בשנים הקרובות, על ידי נשים המבקשות להקים משפחה חד-הורית או חד-מינית. ואולם במהלך העשורים האחרונים, לפני ההתפתחויות האמורות, נעזרו רבות בני זוג ברחבי העולם בטכניקת ההזרעה המלאכותית המשלבת תרומת זרע, ומספר גדול של ילדים נולדו בעזרתה.⁶⁵

63. בהקשר זה ראו, בין היתר, מירי בומבך ורונלי שקד, "מהפכה במוסד 'הזכות להורות' – תמורות בחברה הישראלית – דיון בסוגיית ההורות ההומו-לסבית", *רפואה ומשפט* כו (תשס"ב-תשס"ג) 121; הנן גולדשמידט, "אימוץ, ידועים בציבור והומוסקסואליות: השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד מיני", *המשפט* 12 (תשס"א) 34; ע"מ (ת"א) 10/99 *פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה*, פ"מ תש"ס(1) 831 (להלן: ע"מ פלונית); בג"ץ 1779/99 *ברנר-קדיש נ' שר הפנים*, פ"ד נד(2) 368; בג"ץ 293/00 *פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים*, פ"ד נה(3) 318 (Nancy D. Polikoff, "The Social Construction of Parenthood in One Planned Lesbian Family", 22 *N. Y. U. Rev. L. & Soc. Change* (1996) 203; Vickie L. Henry, "A Tale of Three Woman: A Survey of the Rights and Responsibilities of Unmarried Woman Who Conceive by Alternative Insemination and Model for Legislative Reform", 19 *Am. J. L. & Med.* (1993) 285; Judith Stacey, "Gay and Lesbian Families: Queer Like Us", *All Our Families: New Policies for a New Century* (Mary A. Mason, Arlene Skolnick and Stephen D. Sugarman – eds., 1998) 117; Shelley A. M. Gavigan, "A Parent(ly) Knot – Can Heather Have Two Mommies?", *Having and Raising Children: Unconventional Families, Hard Choices, and the Social Good* (Uma Narayan and Julia J. Bartkowiak – eds., 1999) 87; Marala J. Hollandsworth, "Gay Men Creating Families Through Surro-Gay Arrangements: A Paradigm for Reproductive Freedom", 3 *Am. U. J. Gender & Law* (1995) 183).
64. לייטמן (לעיל, הערה 60), בעמ' 20; איבי לוינ וענת ספרן, "הפריה חוץ גופית – תשנ"ה (1995)", *אפיא יד (תשנ"ה)* 5; יהושע דור ודניאל זיידמן, "טכנולוגיות חדשניות בהפריה חוץ גופית – פריצת הגבולות ברביית האדם" *הריון מוסו אחר (לעיל, הערה 60)*, 46 בעמ' 57-56.
65. לעיל, הערה 59.

2. הגדרת ההורות: אב גנטי – אב חברתי – היעדר אב

ראוי להזכיר, כי כאשר בני זוג מתקשים להרות בשל בעיות שונות, אך ניתן להפיק מן האיש זרע תקין, תבוצע הזרעה מלאכותית תוך שימוש בזרעו של בן הזוג. בנסיבות אלה לא מתעוררת שאלת קביעת האבהות. כאשר אין פיצול בין ההורות הביולוגית להורות החברתית, אין לשנות את הקביעה המשפטית הנוהגת בנוגע לזהות האב רק בשל המעורבות הרפואית.⁶⁶ תוצאה זו מתבקשת עקרונית אף כאשר בין האם ובין נותן הזרע אין קשר זוגי, ואולם מתן הזרע נעשה מתוך היכרות מוקדמת.⁶⁷ זיקה בין הצדדים, החל בנישואין וכלה בהספקת זרע לאישה ספציפית מתוך היכרות מוקדמת ביניהם, מוציאה את מקרה ההזרעה מהגדרת הזרעה תורם זר. בנסיבות אלה יהיה בעל הזרע האב המשפטי אלא אם כן נקבע אחרת.⁶⁸

דיונונו ייחד אפוא לסיטואציה של תרומת זרע בלתי מזוהה, אשר התקבלה באמצעות גורם שלישי כגון רופא או בנק זרע. אלמנט האנונימיות משמעו כי התורם מתפרק מזרעו ומעבירו לגורם המתווך בלי לדעת מי תוזרע ממנו, מתי ואם בכלל. לאנונימיות מלווה מכללא כוונה לנתק כל זיקה כלפי הנתרמת או כלפי הצאצא שיוולד מזרעו.⁶⁹ ההסכמה בנסיבות אלה לשחרר את התורם מאבהותו וחוסר היכולת לחזור בו ממנה לכאורה קבועות אינהרנטית בפרקטיקת תרומות הזרע.

66. דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (תשנ"ד) (להלן: "דו"ח ועדת אלוני"), 22.

67. קרי יש להרחיב את ההסדר, המכיר באיש שמזרעו הוזרעה האישה כאב לכל דבר ועניין, אף למקרים שבהם מי שהוזרעה אינה אשתו ואף כאשר הם אינם מנהלים יחסי זוגיות כלשהם. השתתפותו בתהליך, היכרותו עם האישה וזיהויים ההדדי, קושרים אותו לצאצא שיוולד מזרעו [ראו בהקשר זה תמ"ש (ת"א) 3521/98 פלוני (קטיין) נ' אלמוני, פ"מ משפ' תשס"א 97]. למעמדו של נותן הזרע המזוהה, ראו את המבחן שמציע פרופ' שיפמן – מבחן המעורבות של התורם בהיריון האישה, פנחס שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית", משפטים י' (תש"ם) 63, בעמ' 76. הקושי מתחדד כמובן בנסיבות שבהן חלוקים הצדדים ביניהם בנוגע למעמד האב. בעניין זה ראו: Henry (לעיל, הערה 63), בעמ' 190-300; Michael J. Yaworsky, "Rights and Obligations Resulting from Human Artificial Insemination", 83 A.L. R. 4th (1991) 295, pp. 320-329.

68. בשונה מנסיבות שבהן מבקש צד להשתחרר ממעמדו ההורי באופן חד-צדדי ובלא הסכמת האם, בהן ראוי לגיטימי לפעול על פי הנהוג ולכפות עליו את הורותו גם "בעל כורחו", אין לשלול קטגורית כל הסכמה הדדית לשחרור הורה ממעמדו. על אפשרות זו ראו זפרן (לעיל, הערה 33), בעמ' 145.

69. האנונימיות, כפי שנדרשה כאן והוגדרה כמאפיין של תורם הזרע, משמעה היעדרה של זיקה או היכרות מוקדמת בין האם המיועדת לנותן הזרע. עם זאת יש להבדיל בין אלמנטים שונים של אנונימיות. האנונימיות, העומדת ביסודה של הזרעה באמצעות זרע תורם, אין משמעה בהכרח כי מקבלת התרומה לא תוכל לקבל מידע מפורט על התורם עובר לקבלת התרומה,

שאלת הגדרת האבהות מחייבת התייחסות לשוני בין מקרי השימוש בתרומה על ידי בני זוג ובין מקרי השימוש על ידי אישה, כאשר לא ניתן מלכתחילה להצביע על איש המיועד לשמש בתפקיד האב החברתי. בנסיבות אחרונות אלה ניתן זיקת ההורות של התורם יביא לידי יצירת צאצא נטול אב משפטי. ואולם כפי שאבקש להראות, אין בשוני זה כדי להצדיק קביעה שונה של מעמד התורם.

3. ההסדר המשפטי בישראל

(א) שתיקת המחוקק

עד היום טרם הסדיר המחוקק הישראלי בחוק את סוגיית השימוש בתרומת זרע. המנגנונים הרפואיים המפוקחים פועלים על בסיס תקנות והנחיות שקבע משרד הבריאות. הסדרים אלה, שנקבעו בחלקם באמצעות "חוזר מנכ"ל", מתיימרים לטפל, לצד עניינים טכניים, בסוגיות מהותיות הנוגעות למעמדו של הצאצא, לרבות בשאלת קביעת האבהות. ספקות הועלו בנוגע לתוקף הסדרים אלו, בשל ליקויים שנפלו בהם ולנוכח תוכנם והאופן שבו הותקנו.⁷⁰ ליקוי אחד כרוך במעמדה של הנורמה, שכן ספק מתעורר בנוגע למידה שבה יש בכוחו של הסדר במעמד חקיקת משנה או למטה מזה להסדיר שאלות מהותיות הנוגעות למעמד הצאצא, בהיעדר הסמכה בחקיקה ראשית. נוסף על קושי זה מתווסף קושי, הכרוך בסיווג חלק מן ההסדרים כהסדרי "מצב חירום".⁷¹ קושי אחר נובע מאי-פרסומם.⁷² ההסדרה של סוגיית ההזרעה המלאכותית מורכבת משלושה נדבכים. בבסיס ההסדרה עומדת אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979⁷³ (להלן: "האכרזה"). האכרזה, שהוצאה על ידי שר הבריאות מכוח סעיף 4 לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים⁷⁴ קובעת כי ניהול בנק זרע, הפעלת בנק זרע והזרעה מלאכותית, כל אלה הם שירותים בני פיקוח. מטרת האכרזה להקנות לשר הבריאות סמכות מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, לקבוע בתקנות ובכללים הוראות להקמת בנק זרע ולהפעלתו, ולביצוען של הזרעות מלאכותיות באמצעות תרומות זרע.⁷⁵

-
- ואין מתחייבת ממנה שמירת האנונימיות כלפי הצאצא במועד מאוחר יותר כאשר יבקש לעמוד על זהות ההורה הביולוגי או פרטיו. בהקשר זה ראו בהרחבה שם.
70. שיפמן (לעיל, הערה 67), בעמ' 85; אלה שגיא, "טובת הילד וזכויותיו", *הריון מסוג אחר* (לעיל, הערה 60), 161. כן ראו זפרן (לעיל, הערה 33), בעמ' 60-61.
71. שגיא (לעיל, הערה 70), בעמ' 173.
72. שיפמן (לעיל, הערה 67), בעמ' 85-86. כמו כן ראו שגיא (לעיל, הערה 70), בעמ' 173.
73. אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979, ק"ת 1449.
74. חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 240.
75. ראו שגיא (לעיל, הערה 70), בעמ' 173.

בד בבד עם קביעת האכרזה, התקין שר הבריאות את תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979⁷⁶ (להלן: "התקנות"). התקנות כוללות הסדר לאקוני וכללי להקמת בנק זרע ולביצועה של הזרעה מלאכותית. לפי ההסדר, לא ינוהל בנק זרע אלא אם כן אושר על ידי מנכ"ל משרד הבריאות או מי שהוסמך על ידו.⁷⁷ בנק זרע יוכר, על פי התקנות, רק אם הוא מנוהל בבית חולים וכחלק ממנו.⁷⁸ הזרעה מלאכותית לא תבוצע, לפי התקנות, אלא בבית חולים שיש בו בנק זרע ומזרע שהתקבל מאת הבנק.⁷⁹ התקנות הן הנדבך השני להסדרת ההזרעה המלאכותית.

הנדבך השלישי הוא כללים בדבר ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית שהוצאו על ידי מנכ"ל משרד הבריאות בראשונה בשנת 1979 (להלן: "הכללים"). על אף מעמדם של הכללים, שהוצאו באמצעות חוזר מנכ"ל, ואף שלא פורסמו באופן רשמי, נדבך זה הוא רוב בניינה של הסוגיה. הכללים הוצאו זמן קצר לאחר פרסום האכרזה והתקנות, ומשרד הבריאות מעדכן אותם מפעם לפעם, ומפיץ אותם למרכזים הרפואיים הרלוונטיים.⁸⁰ בכללים אלה מבקש משרד הבריאות לקבוע את אופן ניהול בנק הזרע וביצוע ההזרעות המלאכותיות, וגם את שאלת קביעת האבהות. בנספח לכללים, ובו טופס לדוגמה שעליו מתבקשים הנתרמת ובן זוגה לחתום, מצהיר בן הזוג כי "הילד שיוולד כתוצאה מהזרעה מלאכותית ישא את שמו ויחשב כבנו לכל דבר וענין, לרבות לענין מזונות וירושה".⁸¹ בכך מבקש ההסדר האמור להכריע בשאלת אבי הצאצא.

אף אם נניח לצורך הדיון כי ההסדרים האמורים תקפים כשהם לעצמם, אין בהם כדי להעניק פתרון ראוי וממצה לסוגיות מהותיות הנוגעות למעמדו של צאצא, שנולד עקב השימוש בתרומת זרע. מחד גיסא, אין בכוחם של הכללים, שמעמדם הוא כשל הנחיה פנימית, להביא לידי שלילת מעמדו של התורם כאב, אם מחזיק הוא במעמד זה על פי דין. מאידך גיסא, אין בכוחם של הכללים להביא לידי הכרזתו של בן זוגה של הנתרמת, אם ישנו, כהורה משפטי.⁸² לא ברור כיצד תועיל הצהרת בן הזוג, המסכים להזרעת אשתו בזרע תורם, לראות בצאצא שיוולד "כבנו לכל דבר וענין", כאשר הדין אינו מקנה לו מעמד

76. תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979, ק"ת 298.

77. תקנה 2 לתקנות בריאות העם (בנק זרע).

78. שם, שם.

79. תקנה 3 לתקנות בריאות העם (בנק זרע).

80. בכללים ניתן לצפות באתר משרד הבריאות: [URL: http://www.health.gov.il/forms/search_result.asp]. הכללים במתכונתם המקורית משנת 1979 צורפו כנספח אצל שיפמן (לעיל, הערה 67).

81. נספח ב' לכללים בדבר ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, תשמ"ט-1989, ניתן לצפייה באתר: [URL: http://www.health.gov.il/download/forms/a2026_mr31_89.pdf].

82. שיפמן (לעיל, הערה 67), בעמ' 85-86; שיפמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 127-129; מאיר שמגר, "סוגיות בנושא הפרייה ולידה", הפרקליט ספר היובל (תשנ"ד) 353, בעמ' 369.

זה,⁸³ או כיצד תוכל ההצהרה להתגבר על הוראת חוק מפורשת, למשל לעניין ירושה.⁸⁴ במובן זה נותרה במידה רבה פתוחה במשפט הישראלי סוגיית קביעת האבהות בנוגע לצאצא פרי תרומת זרע. אל מחדלו של המחוקק מצטרפת קביעתו החסרה של בית המשפט.

(ב) פתרון הפסיקה – פתרונות נקודתיים

מספר מועט של מקרים הנוגעים לצאצאים פרי הזרעה מלאכותית הובאו עד היום לדיון לפני בתי המשפט. בכל אותם מקרים בחר בית המשפט להתמודד עם סוגיות נקודתיות ומעמדו של הצאצא טרם זכה להתברר באופן כולל וממצה. נראה כי בית המשפט העדיף להעניק פתרון נקודתי לשאלה שהתעוררה לפניו, ונמנע מלבחון לעומקה את שאלת ייחוס האבהות. ואולם בין השורות נרמזת גישת בית המשפט באשר לשאלת האבהות ומעניין לבחנה.

סוגיות הקשורות לטיב היחסים שבין צאצא לאביו החברתי או מי שיועד להיות אביו החברתי (בן זוגה של האם, שנתן הסכמתו לתהליך ההזרעה), יתעוררו על פי רוב, אם בכלל יתעוררו, במקרה של משבר ביחסי בני הזוג, במקרה של פירוד וייתכן שיתעוררו אף בעקבות פטירתו של האיש, בקשר לחלוקת עזבונו. כאשר יחסי הצדדים מתנהלים על מי מנוחות על פי רוב לא יצופו הקשיים אל מעל פני השטח. האיש יראה עצמו אב לכל דבר ועניין, ימלא את חובותיו וייהנה מסמכויותיו. הרישום, אף שאינו מדויק מבחינה משפטית, ישקף את המצב בפועל.

פסק דין בודד של בית המשפט העליון עסק בשאלת מזונותיו של צאצא מתרומת זרע, שנולד לאישה במהלך הנישואין. בפרשת סלמה⁸⁵ נקבע כי בעל, שנתן הסכמתו לתהליך ההזרעה, חייב במזונותיו של צאצא שנולד באמצעותה. באותה פרשה נקבע כי מקור החיוב במזונות הצאצא הוא הסכמי, ובית המשפט נמנע מלדון בשאלת מעמדו של האיש כאב. בית המשפט קבע כי די בהתחייבות שקיבל עליו האיש מכללא, בעצם הסכמתו לתהליך ההזרעה, כדי לחייבו במילוי צורכי הילד. בהקשר זה ראוי לשים לב, כי מאז שנת 1979 ניתנת עקרונית התחייבות מפורשת, שכן עובר להזרעה נדרש האיש, כפי שצוין לעיל, לחתום על טופס הכולל התחייבות לשאת במזונות הצאצא שיוולד באמצעותה.⁸⁶

83. יוסי גרין, "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל", אס"א י (תשמ"ה) 45, בעמ'

59. ובהקשר אחר, בניצוין שרשבסקי, דיני משפחה (האוניברסיטה העברית, תשנ"ג) 415.

84. תמ"ש י"ם (10681/98 פלונים נ' אלמוני (לא פורסם) (להלן: תמ"ש פלונים).

85. ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779.

86. כפי שהוזכר, לכללים בדבר ניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, שהוציא מנכ"ל משרד הבריאות בשנת 1989 (לעיל, הערה 80), צורף כנספח טופס שעליו נדרשים הנתרמת ובעלה לחתום (נספח ב' לכללים). הטופס כולל הצהרה שעליה חותם הבעל ולפיה "... הילד שיוולד כתוצאה מהזרעה מלאכותית ישא את שמו ויחשב כבנו לכל דבר וענין, לרבות לענין מזונות וירושה". אף שתוקף הצהרת האבהות מוטל, כפי שרמזו, בספק, הרי אין מניעה לתפוס את האיש בהתחייבותו הממונית לזון את הצאצא.

התחייבותו זו אינה תלויה בקיומם של נישואין, והיא עומדת כלפי הצאצא אף לאחר הפירוד או הגירושין.

כך גם במקרה שהגיע לפתחו של בית הדין הרבני בחיפה נקבע כי לאחר גירושי בני הזוג, כאשר לא ניתן עוד לחייב את האיש במזונות ילדי בת הזוג מכוח צדקה, ניתן לבסס את חובת המזונות על "דין ערב", המתגבש לנוכח הסכמת האיש להורעה.⁸⁷ לפי הגישה שהובעה באותו פסק דין אין מדובר בחיוב ישיר כלפי הצאצא אלא בחובת ערבות הקמה לאיש כלפי אשתו לשעבר. ואולם ספק אם עמדה זו משקפת את עמדתם של בתי הדין הרבניים בכללם. כפי שעולה מפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, היוזקות בני זוג להורעה מלאכותית בזרע תורם ראוי לגינוי.⁸⁸ משום עמדתו זו בוחר בית הדין, כאמצעי לאכיפת מדיניותו ההלכתית, שלא להעניק מזונות לבת שנולדה באמצעות זרעו של תורם, וזאת אף שההחלטה לעשות שימוש בהורעה מלאכותית התקבלה ביוזמת הבעל.

הקושי שמתעורר בהקשרו של צאצא מתרומת זרע שנולד לזוג נשוי, מתחדד כאשר בני הזוג אינם וגם לא היו נשואים. בשתי פרשות שהובאו לפני בתי המשפט עלתה שאלה הנוגעת למעמדם של צאצאים שנולדו לזוג לא נשוי, בעקבות הורעה בזרע של תורם זר. בפרשה האחת נדרשה הכרעה בשאלת מזונותיו של הילד פרי ההורעה.⁸⁹ בפרשה השנייה עלתה בעקיפין שאלת מעמדם של צאצאי התרומה, בדיון בתביעת צד שלישי להכריז כי הם אינם ילדי בן הזוג.⁹⁰ בפרשה הראשונה, שנדונה לפני השופטת מיומן בבית המשפט למשפחה בירושלים, בוצעה ההורעה בהסכמת בן הזוג תוך שהוא משתתף בה באופן פעיל כמלווה לטיפול ההפריה, להיריון וללידה. בנוסף היה האיש שותף בגידולו של הילד בתקופת חייו הראשונה. עקב מחלוקות שנתגלעו בחייהם המשותפים נפרדו בני הזוג, ועניינו של הילד הגיע להכרעת בית המשפט. באותה פרשה ביקש הקטיין לבסס את תביעתו למזונות על מעמד האבהות של האיש. נטען כי השתתפותו של בן הזוג בתהליך ההולדה ומעורבותו בגידולו מקנה לו מעמד של אב. בית המשפט לא קיבל עמדה זו. בהנמקה קצרה והחלטית קבע בית המשפט, כי חיוב המזונות במשפט הישראלי מוטל על האב הביולוגי. "... משביקש המחוקק להרחיב הגדרת ילד עשה זאת במפורש כאשר קבע כי ילד כולל ילד מאומץ, הרחבה נוספת לא קבע המחוקק, המסקנה היא כי בהגדרת ילד מדובר בילד ביולוגי". כפי שעולה אף מהמשך הדברים, בית המשפט סבר כי להכרה ביחסי הורה-ילד נדרשת קביעת המחוקק. "יחסים מהותיים אלה הבאים בגדרם של 'מעמד' 'סטאטוס' עניין

87. פסק דין של בית הדין הרבני (חיפה) מיום ו' באב תשל"ז, כפי שמובא אצל גרין (לעיל, הערה 83).

88. תיק בית הדין הרבני הגדול לערעורים מס' 49/תשמ"ה (לא פורסם), אוזכר אצל מיכאל קורין אלדי, "לשאלת ההורות החוקית בישראל - ילדים שנולדו בטכניקה של הולדה מלאכותית", *הריון מסוג אחר* (לעיל, הערה 60), 137, בעמ' 152. הוזכר גם אצל שיפמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 120.

89. לעיל, הערה 84.

90. ה"פ (חי') 190/93 פלונים נ' אלמונים, פ"מ תשנ"ד (3) 190 (להלן: ה"פ פלונים).

הם למחוקק לענות בו". כחלופה אפשרית בדק בית המשפט אם ניתן לבסס את תביעת המזונות על התחייבות שקיבל עליו האיש לכלכל את הילד, התחייבות הנובעת מהסכמתו להורעה. באופן עקרוני נראה כי בית המשפט היה נכון לקבל אפשרות זו, ואולם הכרעתו לשלילה הייתה מעוגנת בנסיבותיו של המקרה. ראשית, סבר בית המשפט, יש להבחין בין הולדה במסגרת קשרי נישואין להולדה במסגרת קשרים בין ידועים בציבור. אשר לאחרונה נדרשת בדיקה מדוקדקת שמטרתה לעמוד על כוונת הצדדים.⁹¹ שנית, בנסיבות הקיימות לא קמה התחייבות מצד האב לזון את הילד. אמנם מלכתחילה נוצרה התחייבות מכללא מתוקף התנהגות האיש שמוכן היה לקבל עליו את תפקיד האב. ואולם לנוכח התנהגות האם, שמנעה ממנו לקיים קשרי אבהות עם הילד, ועקב תפיסת החיובים כחיובים שלובים,⁹² הפרה האם את חלקה בהסכם ופטרה את האיש ממילוי חלקו.

פרשה זו מלמדת על הסיכון הטמון בהסדרה הסכמית של מעמד הילד שאינה מעוגנת או מותנית בתנאים מכוח הדין, שכן על פי קו ההנמקה האמור ניצב הילד במצב פגיע וכפוף להתנהגות הוריו (או מי שנטענים להיות הוריו). המצב מאפשר לצדדים להתקשר בהסכם וגם להשתחרר מהסכם שיצרו בדבר מעמדו של הילד וחיוביהם כלפיו, לעתים על חשבון רווחתו. הסתמכות על כוונת הצדדים, כפי שהיא משתנה מעת לעת, נראית מרחיקת לכת כאשר בין הצדדים תחל להירקם דה פקטו קשר הורי מהותי, והיא מבטאת את אחד הקשיים הכרוכים בהסדרה המעוצבת לאור עקרונות שיח הזכויות, המדגיש את חופש הרצון של הצדדים.⁹³

הפרשה השנייה נגעה רק בעקיפין לשאלת מזונותיהם של צאצאי תרומת זרע שנולדו לאישה לא נשואה ולבן זוגה, ואולם נראה שניתן ללמוד ממנה על מגמתו העקרונית של בית המשפט.⁹⁴ הפרשה, שנדונה לפני השופט נאמן, שופט בית המשפט המחוזי בחיפה, עסקה בבקשתה של אשת בן הזוג להצהיר, כי ילדים שנולדו לבת זוגו של בעלה אינם ילדיו, אף שהבעל הכיר בהם כבניו ונרשם כאביהם. לטענתה, ילדים אלה הם פרי תרומת זרע שעברה בת הזוג, בשל עקרותו של האיש. הבקשה אמנם נדחתה על הסף בשל היעדר עילה משפטית, אך בדחותה את הבקשה קבע בית המשפט כמה קביעות מעניינות. אף שהמבקשת לא הייתה 'הורה' או 'צאצא', בית המשפט סבר כי אין היא נטולת מעמד לתקוף את הצהרת האבהות. בית המשפט קבע כי בהיעדר הוראה מפורשת המונעת זאת, יוכל עקרונית כל אחד לתקוף הצהרת אבהות, ובלבד שיוכיח טעם משפטי לכך.⁹⁵ בעניין

91. ראו תמ"ש פלונים (לעיל, הערה 84), בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת מימון.

92. החיוב בתשלום המזונות מצד האיש שלוב, לגישת בית המשפט, בכך שהאם תאפשר לו לקיים קשרי אבהות עם הילד. שם, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת מימון.

93. לביקורת על המודל החוזי כמודל להכרעה בשאלת קביעת ההורות בהולדה פרי טכניקות הולדה, ראו: Garrison (לעיל, הערה 9), בעמ' 859-867. לשאלת עיצוב יחסי המשפחה על בסיס בחירה ראו לעיל, הערה 40.

94. ראו ה"פ פלונים (לעיל, הערה 90).

95. שם. המניע לבקשת הצהרת אי-האבהות באותה פרשה היה הפגיעה שנגרמה, כביכול, למבקשת ולילדיה שלה, בשיעור המזונות שנפסקו להם, וזאת עקב ההכרה באבהות האיש

חובת המזונות ציין בית המשפט, אגב אורחא, כי הלכת סלמה חלה גם בנסיבות אלה, קרי האיש חייב במזונות ילדי בת הזוג שנולדו לה באמצעות הזרעה בורע תורם על אף היעדר קשר הנישואין ביניהם ולמרות קיומו של קשר נישואין עם אישה אחרת. יתרה מזו, על פי לשון ההחלטה, לצורך החיוב במזונות, די בדיעת האיש על ההזרעה של בת הזוג ולא נדרשת הסכמתו המפורשת.⁹⁶ ואולם על אף לשונו המרחיבה של בית המשפט, שהטילה את חיוב המזונות מכללא, עלה מהמשך הדברים, כי התפיסה העומדת ביסוד הדברים צרה. בית המשפט הסביר מה תהיה הפגיעה שתיגרם לצאצאי תרומת הזרע אם תתברר בקשת המבקשת ויימצא שטענותיה (בדבר תרומת הזרע) נכונות. בית המשפט ציין: "כיום, יש להם לקטינים המשיבים אב. אם ייוקק בית המשפט לדון בהמרצת הפתיחה וימצא שהעובדות שהמבקשים טוענים להן נכונות, יהפכו הקטינים לבנים בלי אב ואף שלא בחשש ממזרות מדובר כאן, אין ספק שמעמדם החוקי והחברתי ייפגע קשות".⁹⁷ כלומר בית המשפט סבור כי אף שמוקנית לילדים זכות למזונות, מקורה אינו במעמד האבהות של בן הזוג אלא בעילה חוזית. למעשה, גילוי נסיבות הולדתם, יביא בהכרח לידי הפרכת אבהות האיש הרשום כאביהם. יש בכך אמירה המלמדת על עמדת בית המשפט כלפי צאצאי תרומת זרע שנולדו לבני זוג. בית המשפט מניח כי בן הזוג לא ייחשב לעולם לאב משפטי. ברי שגם לדברים אלה יש להתייחס בהסתייגות, שכן מדובר באמירת אגב של בית המשפט המחוזי, ואולם אם זו עמדתו העקרונית של בית המשפט, אזי הצורך בחקיקת חוק שיסדיר את שאלת קביעת האבהות של צאצאי תרומת זרע מתחזק והולך.

מכאן שכל עוד לא הוכרע אורחית, שצאצא שנולד באמצעות הזרעה מלאכותית בורע תורם הוא בנו החוקי של בן הזוג של האישה הנתרמת, יתבסס החיוב במזונותיו על ההתחייבות שקיבל עליו האיש עובר להליך ההזרעה. פתרון זה אינו אידאלי. הוא מעורר מחלוקת מיותרת ופותרת פתח להתדיינות והעלאת טענות מטענות שונות. בין היתר יתחדד הקושי במקרה שבו אבד הטופס או כאשר האיש לא התבקש לחתום עליו. כפי שנרמז בספרות, הזרעות מלאכותיות לא בהכרח מבוצעות בפיקוח מלא.⁹⁸ בנסיבות אלה אין ערובה למילוי הכללים ובהם חתימת הבעל על טופס ההצהרה. כאשר בני הזוג אינם נשואים, לא נדרשת כלל הסכמת בן הזוג. ברי שפתוחה לפני התובעים אפשרות להוכיח את התחייבותו של האיש הנלמדת מכללא. ואולם אפשרות זו מסורבלת ואינה ראויה ותוצאתה עלולה לפגוע בצאצא.

המחלוקת בפרשות שנדונו לעיל נסבה על מעמדו של בן הזוג, ששימש או אמור היה לשמש אב חברתי. במובלע עומדת בבסיס ההכרעות הללו ההנחה, כי תורם הזרע אינו בגדר אב, אם כי לא ניתן להצביע על הכרזה חד-משמעית ברוח זו. עמדה אחרת עולה

כלפי הילדים הנוספים, והפגיעה הנפשית שנגרמה כביכול לילדיה, הם ילדיו ה"אמיתיים" של האיש, בעקבות "הדבקת" אחים לא להם, שם, בעמ' 193.

96. שם, בעמ' 195.

97. שם, בעמ' 195-196.

98. ראו שלו (לעיל, הערה 7), בעמ' 520; גרין (לעיל, הערה 83), בעמ' 60. השוו לתפ"ח (ת"א)

854/80 מדינת ישראל נ' דולברג, פ"מ תשמ"ו(2) 446.

לכאורה בעקיפין מפסיקת בית המשפט בהקשר של הזרעת אישה המגדלת את ילדיה עם בת זוגה. השופט פורת, בהכריעו בבקשת בנות זוג לסביות להקנות להן צווי אימוץ, אישה כלפי ילדי בת זוגה, קובע כי לצאצא שנולד באמצעות הזרעה בורע תורם יש אב, אם כי זהותו אינה ידועה.⁹⁹ גם השופטת רוטלוי, שחלקה על פסק דינו של השופט פורת לגופו, הסכימה בעניין זה, בהניחה כי אביו של ילד שנולד לאשה פנויה מהזרעה מלאכותית אינו ידוע ודעתו (בשאלת המסירה לאימוץ) אינה ניתנת לבירור. מדברים אלה עולה כי בית המשפט סבור שתורם הזרע הוא בגדר אב.¹⁰⁰ עמדה זו מסרבלת עוד יותר את השאלה המתבררת.

מסקירת הפסיקה המועטה הקיימת עולה כי בתי המשפט נמנעו עד היום מלהרים את הכפפה וחלף קביעה עקרונית בשאלת ייחוס אבהות לצאצא שנולד באמצעות תרומת זרע, סיפקו פתרונות נקודתיים לשאלות שהתעוררו לפנייהם. ניסיון לברר את עמדת בית המשפט בשאלת האבהות, גם מבין השורות, לא הציג עמדה אחידה. היבטים אחרים הנוגעים ליחסי הצדדים – שאלת המשמורת וסוגיית הירושה, טרם נדונו בפסיקה.¹⁰¹ פתרונות שהועלו בספרות, לקבוע את מעמד האבהות על בסיס ההסדרים הקיימים בדיני המשפחה הישראליים הכלליים, אינם מספקים. השתתת האבהות על הסכם¹⁰² אינה תקפה בלא גיבוי חוקי,¹⁰³ ושימוש במוסד האימוץ¹⁰⁴ יוצר סרבול והכבדה מיותרים.¹⁰⁵

4. הפתרון המוצע לאור עקרונות שיח היחסים

מן המקובץ עולה כי הדין הקיים אינו מספק מענה ראוי לשאלת מעמדו של צאצא מתרומת זרע. נראה כי יש לשאוף להסדר כולל ומפורט של סוגיית ההזרעה המלאכותית, או למצער של שאלת מעמדו של הצאצא וקשריו עם התורם ועם אביו המיועד.¹⁰⁶ בהיעדר חוק טוטל משימת קביעת מעמדו של הצאצא על בית המשפט.¹⁰⁷ השאיפה להסדרת הסוגיה בחוק

99. ע"מ פלזנית (לעיל, הערה 63), בעמ' 855.

100. שם, בעמ' 879.

101. בהקשרים אלה ראו זפרן (לעיל, הערה 33), בעמ' 103.

102. קוריןאלדי (לעיל, הערה 88).

103. הדין הנוכחי קובע כי הסכמים המאפשרים לשחרר צד ממעמד הורות כפופים לבטלות ומחויבים לעקרון טובת הילד. ע"א 664/71 מרחב נ' שרליון, פ"ד כו (1) 701; ע"א 5464/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מח (3) 857; פנחס שיפמן, "הורה בעל כורחו – מצג שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה", משפטיים יח (תשמ"ט) 459, בעמ' 464.

104. קוריןאלדי (לעיל, הערה 88), בעמ' 143.

105. שיפמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 109-110.

106. בדומה להמלצות העולות מדו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66), בעמ' 22, 48, 55, ועל פי הקו שננקט באנגליה, ובארצות הברית, ראו: Human Fertilization and Embryology Act, 1990, Ch. 37; Uniform Parentage Act (1973), 9B U. L. A. 295; The Uniform Parentage Act (2000) § 5(a), 9B U. L. A. 407-410.

107. בדומה לקו שנקטו חלק מבתי המשפט בארצות הברית לפני ההסדרה החוקית של הסוגיה.

עולה בקנה אחד עם שיח היחסים ועם האינטרס העומד בבסיסו, המבקש, ככל האפשר, למנוע סכסוכים מראש.¹⁰⁸ היעדר הסדר חוקי יפתח פתח למחלוקות בין המתמודדים על מעמד ההורות ועלול לאיים על רווחת הילד, שייולד למצב של חוסר ודאות,¹⁰⁹ ולפגוע באינטרסים של האחרים, ששאלת ההורות נפגשם. מחויבותו של השיח לגמישות תובטח באמצעות החוק, שיאפשר התאמת הפתרון לנסיבות הקונקרטיות ויותר, במקרים המתאימים לכך, פתח להחלת הסדר מוסכם שהגיעו אליו הצדדים.

לשם עיצוב תוכנו של ההסדר החוקי נחזור בקצרה על השיקולים המנחים ששורטטו בנוגע לשאלת קביעת ההורות ונציג את מסקנת החלתם בהקשר ספציפי זה של קביעת אבהות לצאצא מתרומת זרע. השיקול הראשון שהוצג היה הצורך להתחשב ברצונותיהם של כל הצדדים הרלוונטיים. בענייננו ביקשו הצדדים מלכתחילה – האם, התורם והאב המיועד אם ישנו – לנתק את זיקת ההורות כלפי התורם ולהקים תחתה זיקת הורות כלפי בן הזוג.¹¹⁰ יוזכר כי הרשימה עוסקת בנסיבות של תרומת זרע אנונימית, המתבצעת בתיווך בנק הזרע. בנסיבות אלה הן התורם והן מקבלי התרומה לא התכוונו מלכתחילה לקשור את התורם לצאצא ולהפוך אותו לאב. במקרה של תרומה לבני זוג או לבנות זוג, תנגוד גישה אחרת את כוונתם להקים יחידה משפחתית אוטונומית, שבה הם יישמשו הורים לצאצא שייולד. בדומה, אישה הבוחרת להרות באמצעות תרומת זרע אנונימית עושה כן על פי רוב מתוך רצון לשמש הורה יחיד ומתוך הימנעות מלהקנות מעמד של אב לגורם מזוהה כלשהו, שאם לא כן הייתה מבקשת ליצור קשר עם גבר מוכר ולהביא עמו ילד לעולם.¹¹¹

ראו: *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280 (1968); *Strnad v. Strnad*, 78 N. Y. S. 2d 390 (1948), pp. 391-392; *Adoption of Anonymous*, 345 N. Y. S. 2d 430 (1973); *Levin v. Levin*, 645 N. E. 2d 601 (1994). ואולם הצורך בהכרות בית המשפט התייתר עם השינוי החוקי שעבר ההסדר האמריקני. במהלך שנות ה-70 ולאחר חקיקת The Uniform Parentage Act החלה פעולה חקיקתית במדינות ארצות הברית שקבעה, כי בעל שנתן הסכמתו להזרעת אשתו מתרומת זרע מוסדרת, ייחשב לאבי הצאצא שנולד באמצעותה. עד סוף שנות ה-90 אימצו מרבית המדינות את ההסדר המוצע או הסדר דומה לו הקובע את אבהות הבעל. מהלך חקיקתי נפרד ניתק כל זיקת הורות בין התורם ובין הצאצא.

108. "... an ethic of care – which... attempts to prevent conflict instead of resolving conflicts that have already occurred". הדו"ח הקנדי (לעיל, הערה 50), בעמ' 8.

109. שגיא (לעיל, הערה 70), בעמ' 179.

110. שיפמן (לעיל, הערה 103), בעמ' 464. למודל חזוי כולל ראו לעיל, הערה 20.

111. הולדה באמצעות הזרעה מזרע גבר מוכר, שתוצאתה הורות משולבת של הצדדים (בהיעדר קשר זוגי ביניהם) מתבצעת בישראל באחת משתי צורות. האחת, התקשרות פרטית ישירה בין מכרים על פי יומתם; השנייה, בתיווך גורמים שלישיים, כגון עמותת "הורות אחרת" או בסיוע אתרי אינטרנט. ראו, למשל, אתר "הורות אחרת למשפחה חדשה":

[URL: <http://www.mychild.co.il>]

אשר לתורם, ברוב המקרים של המקרים מספק התורם מזרעו לבנק הזרע בידעיה שהוא אינו מיועד לשמש בתפקיד אב, וקביעת זיקה בינו ובין הצאצא מנוגדת לכוונתו.¹¹² פתרון ברוח שיח היהסים יבקש לממש את כוונתם האמורה של הצדדים. יש להכליל בהקשר זה גם ואולי בעיקר את נקודת מבטו של הילד בנוגע לגורלו. בשל הקושי לדבר בהקשר זה על רצונו של הילד או על רצונו המשוער, יידון היבט זה על פי השיקול המתמקד בטובתו, המבקש לשקף את מגוון האינטרסים של הילד. אם יחזור אחד הצדדים מכוונתו המקורית, ולא תהא עוד כוונה משותפת, תצטרך ההכרעה בשאלת האבהות להיעשות לאור השיקולים האחרים.

השיקול השני היה לנבש פתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר. ניתוק זיקת ההורות של התורם והכרה באב המיועד (אם ישנו) כאב משפטי הם פתרון רצוי, שיספק לצאצא, וברגיל גם לתורם ולהורים המיועדים, את מרב היתרונות. פתרון שאינו מנתק את זיקת ההורות של התורם עלול לחשוף לפגיעה את הצאצא וההורים המיועדים. בנסיבות אחרות יאויס התורם מאפשרות זו.

האיום הכרוך באי־ניתוק זיקת ההורות של התורם, החושף במקרים חריגים את ההורים המיועדים לתביעת התורם,¹¹³ מתעצב בנוגע לאישה המבקשת לשמש אם חד־הורית. שכן בשונה מבני זוג הצפויים להצליח להתמודד עם תביעתו של התורם לאבהות ולשמר את הורותם הבלעדית, צפויה האישה, המבקשת לשמש אם חד הורית, להתקשות בכך, לנוכח העמדה הרואה ביחידה המשפחתית החד־הורית משפחה "נחותה" לעומת היחידה המשפחתית "השלמה". בהקשר זה אף עשויה להישמע הטענה, כי הכרה בתורם כאב אף רצויה לצאצא, היוצא כביכול חסר בלא דמות אב במשפחה.

הכרה בזכותו של תורם הזרע לחזור בו מכוונתו הראשונית שלא להתייחס לצאצא ונכונות להכיר בו כהורה נוסף, עלולה להעמיד את היחידה המשפחתית (לרבות זו החד־הורית) ואת הילד, בתנאי חוסר ודאות ועשויה לפגום בהמשכיות וביציבות קשרי ההורות שנרקמו. מעורבות של איש זר בהתנהלות היחידה המשפחתית בלי שניתנה לכך הסכמה הדדית, העלול לפגוע ביחסי הקרבה שביחידה המשפחתית. אלמנט הורי כפוי אף נוגד את השיקול התומך ביצירה ושימור של קשרי משפחה.¹¹⁴ קשיים אלה, על רקע זיקתו החלשה יחסית של התורם לילד, זיקה גנטית בלבד, מטים את הכף נגד ההכרה במעמד הורי לתורם הזרע. להבדיל מנסיבות של נשיאת ההיריון, כמו במצב של אימהות חליפית או אימוץ, שבהן ניתן להצביע על זיקה מהותית בין הצאצא לאם הביולוגית, אין מדובר בקשר מהותי הראוי בדרך כלל להגנה.

מדיניות שתכיר בתורם כאב עלולה להיות מסוכנת לאימהות מהיבט נוסף. נשים שיבקשו לעקוף את ההסדר החוקי ולהימנע מן הסיכון הכרוך בהקניית מעמד לתורם, יפנו

112. הדברים עולים חד־משמעית משיחותיי עם מנהלי בנק הזרע וראשי יחידות להפריה חוץ־גופית בארץ.

113. שיפמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 108.

114. ראו: Mazzone (לעיל, הערה 57), בעמ' 34.

לקבלת זרע באמצעות גורמים לא מורשים. בהיעדר פיקוח על מתן הזרע וקבלתו עלולות הנשים להיחשף לסיכונים בריאותיים שונים.¹¹⁵

ואולם מחויבות לשיח היחסים אינה מאפשרת להתעלם מעמדת תורם הזרע. גם אם מחויבות להסכם המקורי ומערך הזכויות שיצר אינה מאפשרת להשמיץ את עמדת תורם הזרע לאור שיח הזכויות, נראה כי לא ניתן להתעלם מן הפגיעה שעלולה להיגרם לו עקב אי-הכרה באבהותו באותן נסיבות חריגות שבהן הוא יבקש לחזור בו מכוונתו המקורית ולזכות במעמד של אב כלפי הצאצא שלהולדתו היה שותף, אף שלא למנט זה לא נמצאת בספרות עדות, ולא דווח על בקשה להיות מוכר כאב מצד מי שתורם את זרעו באמצעות גורם מתווך ובתנאי אנונימיות, לא ניתן לשלול אפשרות לרצון סובייקטיבי כזה גם בנסיבות אלה. לאור האמור, אם התעורר רצון זה, יהיה צורך לשקול גם את הפגיעה שתיגרם לתורם כתוצאה מן ההכרעה שתתקבל. לנוכח הויקה החלשה בין התורם לצאצא (לעומת זיקת האם הנושאת לצאצא, למשל), תרומתו המוגבלת להולדתו (שהתמצתה בסיפוק מכני של זרע), ולנוכח השיקולים האחרים שיפורטו, נראה שלא יהיה בפגיעה האמורה כדי לשנות את ההכרעה ולפיה לא ראוי עקרונת להכיר בתורם כאב.

עם זאת אין לשלול את טענתו של תורם הזרע על הסף. הקשר הביולוגי, גם אם בהקשר זה אינו נתמך מלכתחילה בזיקה חברתית/טיפולית/פונקציונלית כלשהי, אינו חסר ערך מבחינה סובייקטיבית. כפי שכבר הובהר, זרמי המחשבה העכשוויים מעניקים מקום מיוחד לקשר גנטי-ביולוגי. אף ששיח היחסים יבקש לקדם קשרים משפחתיים מהותיים, אין בו דבר שיוביל לפסילה אפירורית של טיעון המבקש ליצור קשר זה מלכתחילה, ובלבד שהוא אינו פוגע בקשרים משפחתיים קיימים. על רקע זה נראה כי יש לאפשר עקרונת פתחון פה לתורם, ובנסיבות מיוחדות אף להכיר בזיקתו לצאצא.¹¹⁶ כפי שיוסבר בהרחבה בנוגע לנסיבות של אימהות נושאת, שבהן הדרישה להכיר במי שסייע להולדה כהורה עשויה להתעורר ביתר שאת ולעורר אהדה מוגברת, ההכרה האמורה אין משמעה בהכרח הקניית מעמד של הורות מלאה.¹¹⁷ דברים אלה תקפים כאן מקל וחומר, שהרי בשונה מקשרי אם נושאת-צאצא, היוצרים כבר במועד הלידה קשר של השקעה וטיפוח, הויקה בין התורם לצאצא, לפחות מלכתחילה, מוגבלת וחלשה.

מישור אחר, מרכזי בהקשר של תרומת זרע, נוגע למעמד ההורה החברתי כאב. ההכרעה המכירה באבהות האב המיועד פועלת בעיקרה במישור יחסיהם של ההורים החברתיים בינם לבין עצמם. הכרה באב המיועד (אם קיים) כאב משפטי מבטיחה הכרה בקשרים שיצרו ההורים החברתיים עם הצאצא, מתן גושפנקא חוקית למצבם בפועל והכרה בהסתמכותם שהחלה מתגבשת עם התרחשות ההזרעה. הכרה משפטית באבהות האב החברתי תשמש

115. ייעשה שימוש בזרע שמקורו ב"שוק האפור" אם יצומצם מספר התרומות הנגישות מבנק הזרע, או עקב רצונה של האישה להימנע מלהכפיף עצמה לאפשרות שהתורם יתבע את זכויותיו כהורה. שימוש בזרע שמקורו ב"שוק האפור", זרע שלא נבדק מבחינה גנטית ועשוי להיות מקור למחלות, עלול לסכן את בריאות האישה והילד העתיד להיוולד.

116. למשל, כאשר איבד לאחר מתן התרומה את הכושר להוליד.

117. ראו להלן, הערה 173 והמקסט שלידה.

לדחיית טענת אי-אבהות שתועלה מצד האב או האם במקרה של פירוד ביניהם, ותודא קיום זכויות וסמכויות הדדיות. כך תובטח, למשל, במקרה של פירוק התא המשפחתי, הגנה ליחסים שנרקמו בין הצאצא למי ששימש בפועל כאביו, יובטחו מזונות הצאצא ואחריות האב כלפיו.

השיקול השלישי והמנחה שיש להזכיר בהקשר זה הוא רווחתו של הילד. רווחת הילד מחייבת להביא בחשבון את צרכיו של הילד ולקבוע הסדר שיעלה בקנה אחד עם טובתו. יש להבטיח תוצאה שתעלה בקנה אחד עם טובתו אף אם בנסיבות קונקרטיות תנגוד התוצאה את רצון ההורים. ניתן להעריך כי אף שיקול זה יחייב ברגיל להכיר מראש בקשרי הורות בין הצאצא לבן זוגה של האם, שהסכים להורעה והשתתף בתהליך הבאתו לעולם, ולהבטיח שימור קשרי ההורות שנרקמו בפועל. אף אם התפרקה המשפחה והאם מבקשת לנתק את הצאצא מבן זוגה לשעבר, תחייב טובתו העקרונית של הצאצא להגן על אבהות האיש, כנגד רצונה של האם. כך גם אם ביקש האב החברתי להתנער מאחריותו כלפי הצאצא במקרה של פירוד. פתרון המחויב לטובת הילד ימנע זאת ממנו. ראוי לקבוע כי מעמדו של צאצא מתרומת זרע כלפי אביו החברתי ויחסיהם אינם שונים מאלה של צאצא ואביו הביולוגי, המשמש בן זוגה של האם.

נראה כי טובת הילד מכתובה גם את ניתוק זיקת האבהות של התורם, לפחות בנסיבות שגרתיות של תרומה. הסתמכות על עקרון טובת הילד לצורך שלילת מעמד של אב מן התורם מובנת מאליה ככל שמדובר באישה המבקשת לטפל בצאצא עם בן זוגה ועל רקע נסיבות שבהן התורם אינו מעוניין בזיקה האמורה. נראה כי התפיסה הרווחת בקשר להתפתחותם של ילדים, הקוראת לשמירת יציבות התא המשפחתי ומניעת מתחים בין הדמויות ההוריות, רצויה גם כאן. כפיית הורות של אב נוסף כאשר איש מן הצדדים אינו חפץ בכך אינה רצויה, מה גם שהיא עלולה לפגוע שלא לצורך ביחסי המשפחה החברתיים. שלא כמצב של אימוץ פתוח שבו עובר לאימוץ נקשרים קשרים משמעותיים בין הצאצא להורה שאותם מבקש האימוץ הפתוח לשמר,¹¹⁸ אין אמורה להיות הצדקה לשימור קשר כפוי בין התורם לצאצא. קשריהם מתמצים בפן הגנטי (גם אם פן זה אינו חסר ערך כשהוא לעצמו) ונדמה כי אינם ראויים להכרה במובנם הצר האמור. עמדה דומה ראויה בעיני גם בנוגע לצאצא שנוולד לאישה המתעתדת לשמש אם חד-הורית. כל עוד מתיר הדין (ובצדק מתיר) לאישה פנויה להרות באמצעות תרומת זרע¹¹⁹ אין מקום להבדיל בין

118. בין עקב טיפול הורי ממש ובין עקב נשיאת הצאצא הגנטי והולדתו.

119. בהקשר זה ניתן להצביע על עמדה אחרת. עקב ההתנגדות למסגרות חד-הוריות, צמצמו רבות משיטות המשפט באירופה את האפשרות להשתמש בהורעת תורם רק לנשים נשואות או לבני זוג המנהלים קשר קבוע וממושך תחת קורת גג אחת. ראו: Cole (לעיל, הערה 27), בעמ' Linda Nielsen, "Legal Consensus and Divergence in Europe in the Area of Assisted ;53 Conception : Room for Harmonisation?" *Creating the Child : The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation* (Donald Evans – ed., 1996) 305, 310, 315; Derek Morgan and Erwin Bernat, "The Reproductive Waltz: the Austrian Act on Procreative Medicine 1992",

המצבים.¹²⁰ הקניית מעמד אבהות לתורם זרע זר, שלאם אין כל זיקה אליו, בניגוד לרצונה, אינה עולה עקרונות בקנה אחד עם טובת הילד, שרווחתו מסופקת על ידי היחידה המשפחתית ההד-הורית.¹²¹

עם זאת, את דרישת תורם הזרע להיות מוכר כאב, אשר כאמור תיתכן בשתי הסיטואציות המשפחתיות (משפחה חד-דו-הורית) אין לדחות מלכתחילה גם לאור שיקולי רווחת הילד. **השפעת ההורות המשולבת** (של האם והתורם, או של האם, האב והתורם) תצטרך להיבדק על פי קני מידה פסיכו-סוציאליים. כיום כבר לא ברור אם ניתן לטעון חד-משמעית כנגד הכרה בהורות משולבת רק מטעמי טובת הילד.¹²² אף שברגיל נראית ראויה העמדה הגורסת שטוב לו לילד שמעמד הדמויות ההוריות בחייו יהיה ברור ושחלוקת התפקידים תהא הרמונית, ואף שצירוף גורם נוסף למערך זה עלול ליצור מתחים וקושי, הרי אם יבקשו הצדדים להכיר בהורות משולבת (אפשרות כמעט תאורטית בנסיבות של תרומה אנונימית), או כאשר יבקש התורם בנסיבות חריגות להכיר בו בניגוד לרצון ההורים החברתיים, לא ניתן, בהיעדר ראיה לפגיעה בילד, לשלול את הבקשה רק בשל טיעון בדבר רווחתו של הילד.

הבטחת הקשר בין בני המשפחה ושימורו הנו השיקול הכללי הרביעי הנובע משיח היחסים. בעניינו יחייב שיקול זה הכרה מראש ובדיעבד ביחסי ההורות שנוצרו בין הצאצא לאביו החברתי. בהקשר זה יש חשיבות לפן הרגשי הנוצר עם התבססות היחסים בפועל, החל בשלב היוזמה להולדה וליוויו ההיריון מצד האיש וכלה בהתבססותם בפועל לאחר הולדת הצאצא. עקרונות אין בזיקת התורם לצאצא כדי לגבש קשר משמעותי, שהרי כפי שהוסבר מתמזה התרומה באקט מכני ונעדרת מלכתחילה רכיבים של טיפול וטיפוח, זאת להבדיל מהקשר בין הילד לאם הנושאת בנסיבות של הסכם לנשיאת עוברים. כבר נאמר שכפיית

Journal of Social Welfare and Family Law (1992) 420; Göran Hermeren, Søren Holm and Reidar K. Lie, "Bioethics in Scandinavia, 1991-1993", 4 *Bioethics Yearbook* (1995) 301. ניתן לצפייה באתר: [URL: <http://www.hf.uib.no/i/filosofisk/ethica/scand9193.html>]

בארצות הברית אמנם לא נאסרה התרומה לנשים פנויות ולסביות בחוק, אולם חלק מן המרפאות הערימו קשיים בדרכן. Lawrence J. Kaplan and Rosemarie Tong, *Controlling our Reproductive Destiny: A Technological and Philosophical Perspective* (1994) 243-244

120. לגישה הטוענת כי יש להתיר המשך שימוש בתרומת זרע גם לנשים המבקשות לגדל את הילד במסגרת חד-הורית ובלבד שייאסר שחרור התורם מאבהותו, ראו: Garrison (לעיל), הערה 9, בעמ' 912-910; Erwin Deutsch, "Assisted Procreation in German Law", *Creating the Child: The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation* (Donald Evans – ed., 1996) 333, 337.

121. לעמדה הסוברת, לפי קריטריונים דומים לאלו של שיח היחסים, כי יש לאפשר לנשים להגשים אמהות חד-הורית, על יסוד רעיונות של אחריות הורית, ראו: Bartlett (לעיל), הערה 44, בעמ' 312-315.

122. אשר לנסיבות של אימהות נושאת, ראו להלן, הערה 185 והטקסט שלידה.

קשר בניגוד לרצון אינה עולה בקנה אחד עם שיקול זה, אך כאמור אין לשלול לחלוטין בקשה לבסס קשר עתידי משמעותי.

מן השיקול המכיר בחשיבות קשרי המשפחה גזרנו את המחויבות לקבוע הסדר שיאפשר ואפילו יקל את הקמת המשפחה. מאלמנט זה נגזר שיקול חמישי, המחויב למציאת חלופות הולדה והבטחת פתרונות למי שמתקשה בהולדה טבעית. מכאן נובעת מחויבות להבטיח את שימור טכניקות ההולדה המלאכותיות. ניתוק הזיקה ההורית בין תורם הזרע לצאצא נחוץ עקרונית להבטחת המשך הספקת תרומות זרע ועל כן הוא תנאי הכרחי להפעלה רציפה ויעילה של פרקטיקת ההזרעה המלאכותית באמצעות תורם. תורם זרע שיחשוש כי תרומתו תכבול אותו להורות כפויה ותחשוף אותו למגוון תביעות וחובים, יימנע במקרה הרגיל מלתרום. הפסקת זרם התרומות לבנק הזרע תפגע פגיעה של ממש בנשים ובבני זוגן המבקשים להקים משפחה ולממש את כמיהתם להורות. שיח היחסים, המדגיש את חשיבותם של יחסי הקרבה לאדם ולרווחתו, מחויב אפוא למנוע תוצאה קשה זו, שיש בה כדי לפגוע אף בשיקול הראשון והשני שהוצגו – הבטחת פתרון שיממש את רצון הצדדים ויצמצם למינימום את הפגיעה בהם. אשר לטענה הגורסת שניתן להבטיח את האינטרס של המשך הספקת תרומות הזרע באמצעות שימור המצב הקיים, שבו מובטח התורם מפני תביעת אבהות על ידי מגננון של אנונימיות וסודיות, אשיב בשניים. ראשית, החיסון הקיים, שאינו מוסדר בחוק, אינו חסין מפני התערבות שיפוטית ולפיכך אינו מבטיח הגנה מספקת לתורם הזרע. שנית, הנזק הכרוך בהסדר הקיים, הפוגע בזכות הצאצא להתחקות אחר מוצאו, מטה את כפות המאזניים לשלילתו, ומחייב הסדר שיאפשר הסרת החיסון.¹²³ בנסיבות אלה לא תהיה ברירה אלא להבטיח את אי-אבהות התורם (בהתאם לרצונו ברוב המוחלט של המקרים) ולוודא כי חשיפת זהותו בנסיבות כאלה או אחרות, לא תגרור אחריה נפקות במישור יחסי ההורות.

מן המקובץ עולה כי ההסדר האופטימלי מחייב התערבות של המחוקק וקביעה פוזיטיבית מצדו, אשר תכריז כי תורם הזרע נטול כל מעמד הורי ותצהיר, במקרים הרלוונטיים, כי בן זוגה של האישה, שהשתתף בתהליך ההזרעה, הסכים לו או ליווה אותו משלביו המוקדמים, הנו אבי הצאצא. קביעה כזו תכריז על האב המיועד-האב החברתי כאב החוקי, תייתר את הצורך בצו אימוץ, ותוודא כי התורם אינו בעל מעמד הורי. הסדר דומה לזה כבר נקבע בחלק משיטות המשפט המשווה¹²⁴ והוצע בעבר בישראל במסגרת המלצת ועדת אלוני. על פי המלצת הוועדה במקרים של תרומת תא מין ייקבע הסדר הורות מכוח הדין ולפיו "יחשב הילד מבחינה משפטית כאילו היה ילדם הטבעי של מקבלי התרומה וינתק

123. ראו בהקשר זה בהרחבה זפרן (לעיל, הערה 33).

124. במרבית מדינות ארצות הברית ובחלק ממדינות מערב אירופה ראו: Nielsen (לעיל, הערה 119), בעמ' 312; Bernat, Erich Vranes, "The Austrian Act on Procreative Medicine: Scope, Impacts, and Inconsistencies", *Creating the Child: The Ethics, Law and Practice of Assisted Procreation* (Donals Evans – ed., 1996) 325, 330; Stephen M. Cretney, *Family Law* (2000) 199.

כל קשר משפטי בינו לבין נותן או נותנת התרומה¹²⁵. ניתוק הקשר עם התורם יהיה על פי הצעתם מוחלט ולא ידרוש מעורבות שיפוטית. אני מצטרפת לעמדה זו, שכן במקרה זה הורות המיועדים נחזית על פניה. הצורך במעורבות מיותר, אינו יעיל ואף פוגע. עם זאת, הגמישות המתחייבת מן השיח ויתר העקרונות כפי שהוסברו לעיל, יאפשרו שמיעתו העקרונית של תורם הזרע המבקש הכרה בזיקתו לצאצא. מקרים אלה, לפחות על פי רוח הדברים הנוהגת כיום, יהיו נדירים ביותר.

ו. הגדרת הורות לצאצא שנולד לאם נושאת

1. הסכמים לנשיאת עוברים

עניין שני שבחתי לברר, מורכב יותר מקודמו, הנו העניין של הסכמים לנשיאת עוברים. בהסכם מעין זה מתקשרים שני פרטים לפחות, אך לרוב שלושה ומעלה, כדי לפעול יחד לצורך הבאתו לעולם של ילד. הסכמים לנשיאת עוברים מאופיינים בקיומם של שני צדדים מובהקים, האחד, הפרט או הזוג המזמין, היוזם את ההתקשרות ומצפה לקבל את הילד שייוולד עקב התקשרות זו לאחר השלמת התהליך. האחר, האם הנושאת, המסכימה לשאת היריון עבור המזמינים, ולמסור לאחר הלידה את הילד לידיהם. מטענו הגנטי של הצאצא עשוי להיות מורכב בכמה אופנים: מביצית וזרע של ההורים המזמינים; מתא מין של אחד מן המזמינים בשילוב תרומה מצד שלישי; משילוב של תרומה כפולה, זרע וביצית של תורמים, צדדים שלישיים שאינם משתתפים במישרין בהתקשרות; או משימוש בזרע המזמין ובביצית האם הנושאת, הממלאת במקרה זה תפקיד אימהי רגיל – גנטית ופיזיולוגית כאחד.

הסכמים לנשיאת עוברים נחלקים לשני סוגים עיקריים, ורק אחד מהם יידון במסגרת זו.¹²⁶ לפי הסוג האחד, מתקשרים ההורים המזמינים עם "אם נושאת", המתעברת ונושאת עבור המזמינים עובר שאליו אין היא קשורה בקשר גנטי. הסכמים אלו יכוננו כאן, לפי החוק הישראלי, "הסכמים לנשיאת עוברים". סוג ההתקשרות השני נעשה בין ההורים המזמינים ל"אם חליפית".¹²⁷ במקרה של הורות חליפית תישא האם עובר, שנוצר מתוך

125. דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66), בעמ' 22-23.

126. כפי שכבר צוין לעיל, בטקסט שליד הערות 3 ו-63, הדיון בשאלת ההכרה בהורות של בני זוג הומוסקסואלים ובנות זוג לסביות חורג ממסגרת זו. הורות זו מעוררת גם בהקשרה של האימהות הנושאת שאלות ייחודיות. כך למשל, נסיבות בהן ההורים המזמינים, שהתקשרו עם האם הנושאת הנם בני זוג הומוסקסואלים, המבקשים לשמש שניהם כאבות לצאצא, עשויות לעורר שיקולים שונים. דוגמה ייחודית נוספת עשויה להתעורר במקרה של זוג לסביות, המבקשות להביא לעולם צאצא משותף, כאשר האחת "תורמת" ממטענה הגנטי והשנייה נושאת את הצאצא ברחמה. ראו בהקשר זה: Schiff (לעיל, הערה 20), בעמ' 285-290; Kyle C. Velte, "Egging on Lesbian Maternity: The Legal Implication of Tri-Gametic In Vitro Fertilization", 7 *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & Law* (1999) 431.

127. שיפמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 157; וילצ'יק (לעיל, הערה 8).

שיתוף מטענה הגנטי. הסכמים אלה יכוננו "הסכמי תחלופה". בשני המקרים מתקשרים האם הפיזיולוגית (נושאת או חליפית) וההורים המזמינים (המיועדים) בהסכם, ובו מתחייבת האם הפיזיולוגית להרות ולשאת היריון עבור המזמינים ובסיומו למסור את התינוק לידיהם, כדי שהם ישמשו הוריו החברתיים. ההבדל בין המקרים מקורו בשאלת קיומה של זיקה גנטית בין האם הפיזיולוגית לעובר. במסגרת זו בחרתי לדון בסוג הראשון של ההתקשרויות – בהסכמים לנשיאת עוברים.¹²⁸

מגוון קשוי הולדה מובילים פרטים ובני זוג להיעזר בהסכמים לנשיאת עוברים. חוסר יכולתה של האם המזמינה לשאת היריון, בשל היעדר רחם או עקב בעיות בפעילות, המונעות את האפשרות לשאת את ההיריון; הפלות חוזרות ונשנות; סיכון בריאותי הנובע מן ההיריון, כגון החמרת מחלה קשה; כישלון בלתי מוסבר של טיפולי ההפריה האחרים וכיוצא באלה.¹²⁹ כאשר ניתן להפיק מן האם המזמינה ביצית להפריה, ייעשה שימוש בביצית זו בשילוב זרע הבעל או זרע תורם לצורך הפרייה והשתלתה ברחם האם הנושאת. כאשר לא ניתן להפיק מן האם המזמינה ביצית להפריה ייעשה שימוש בביצית מתורמת, אשר תופרה בזרע האב המזמין. במקרים חריגים, כאשר בני הזוג אינם מסוגלים להפיק תאי מין והאישה אינה מסוגלת לשאת היריון, ייעשה שימוש בתרומה כפולה.

2. הסכמים לנשיאת עוברים – סיווגי משנה

בטרם אעבור לדון בשני סוגי ההסכמים לנשיאת עוברים, שסווגו לפי מקור הביצית – באם המיועדת או באישה שלישית-תורמת – אבקש להצביע על חלוקת משנה הנוגעת למקור הזרע. בהקשר זה ייתכנו שתי אפשרויות. האחת, כאשר ההפריה מבוצעת בזרעו של האב המיועד. השנייה, כאשר נעשה שימוש בזרעו של תורם, הנטול זיקה מהותית להפריה ואינו מתעתד לשמש כאב. לצורך הדיון כאן אניה כי ההפריה בוצעה בזרע האב המיועד. מצב זה אינו משקף את כל המקרים האפשריים, אם כי ניתן להעריך כי במרבית המקרים ייווצר הצאצא מתוך שימוש בזרע האב המזמין. היוקקות לתורם תיעשה במקרים שבהם האם המיועדת, מי שמבקשת להסתייע באם נושאת, הנה אם חד-הורית, או כאשר מדובר בבני זוג שלהם קושי כפול להרות – לחוסר יכולתה של האשה לשאת את ההיריון

128. על פי נתונים שנמסרו בשיחת טלפון עם רכות ועדת האישורים מכוח החוק, הגברת אביבה נמרודי ביום 2.5.2005, נולדו מאז כניסת החוק לתוקף בשנת 1996 כ-90 ילדים באמצעות הסכמים לנשיאת עוברים. בארצות הברית נולדים מדי שנה אלפי ילדים באמצעות הסדרים אלו, אם כי לא ברור כמה מהם נולדו באמצעות הסכמים לנשיאת עוברים, וכמה נולדו באמצעות הסכמי תחלופה. עיינו: The Uniform Parentage Act (2000) § 8, Preparatory Comment, 360-362.

129. על הפן הרפואי ראו יוסף שנקר "שיטות ההפריה הרפואית – תיאור עכשווי", דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66), נספח ב 110, בעמ' 120; ציון בן-רפאל ודניאל זיידמן, המדריך המלא לפריון (שוקן, תשנ"ג) 184; לוין וספרן (לעיל, הערה 64); Murray L. Manus, "The Proposed Model Surrogate Parenthood Act: A Legislative Response to the Challenges of Reproductive Technology", 29 U. Mich. J. L. Ref. (1996) 671, pp. 676-681.

מצטרפת מניעות מצד האיש לעשות שימוש בורעו. עקב נדירותם של המקרים מבחינה רפואית,¹³⁰ ולנוכח חוסר חוקיותם בישראל¹³¹ ובעיקר לצרכים מתודולוגיים אניח בהמשך הדיון כי מקור הזרע הוא באב המיועד.¹³² הנחה זו לא תפגע באיכות הדיון לאור מסקנתי כי בהתמודדות בין האב המיועד לתורם הזרע תהא כמעט תמיד ידו של האב המיועד על העליונה. לפי דרך ניתוח שאלת האבהות לצאצא שנולד מתוך שימוש בתרומת זרע, נראה כי גם בהקשר זה יקל להגיע לכלל מסקנה, כי האב המיועד הוא האב המשפטי. עם זאת נראה כי למקור הזרע עשויה להיות השלכה עקיפה על שאלת האימהות בהתמודדות בין האם המיועדת לאם הנושאת, בפרט במקום שבו שני ההורים המיועדים נטולי זיקה גנטית לצאצא. הדיון בשאלת האימהות ישולב בשאלת האבהות לנוכח השפעתם ההדדית. אימהותה של האם הנושאת מתמצית באימהות פיזיולוגית, נטולה קשר גנטי לעובר. ההיריון מושג באמצעות השתלת ביצית מופרית של אישה אחרת בגופה של הנושאת. בהקשר זה מתפצלת, כאמור, האימהות הנושאת לאחת משתי חלופות. **במקרה האחד**, מקור הביצית באם המזמינה. **במקרה השני**, מקור הביצית באישה שלישית, תורמת הביצית. המקרה השני נראה על פניו מורכב יותר. ראשית, הוא מחליש לכאורה את מעמדה של האם המיועדת, שכן בנסיבות אלה היא מאבדת את "הקלף" הגנטי, בהתמודדות עם האם הפיזיולוגית. מעמדה נחלש כביכול, שכן בנסיבות אלה, ובהנחה ש"המאבק" על האימהות מתרכזו בשתייהן, אין היא יכולה לטעון לאימהות ביולוגית, ואילו האם הנושאת מאופיינת כאם ביולוגית-פיזיולוגית. שנית, קיומה של תורמת ביצית עלול לפתוח חזית נוספת בהתמודדות על האימהות. אף שהכרעתי במקום אחר, בדיון שעסק באימהות לצאצא מתרומת ביצית, לטובת האם המיועדת, הכרעתי לטובתה, בין היתר, על רקע עובדת היותה אם ביולוגית-נושאת.¹³³ בנסיבות של הסכם לנשיאת עובר, אין היא ממלא פונקציה זו, ועל כן נדרש לכאורה דיון מחדש בשאלת מעמד אימהותה לעומת תורמת הביצית.

130. מצב שבו ההורים המזמינים הם בני זוג הנדרשים לצורך ההולדה הן לסיוע אם נושאת והן לתרומת זרע הוא מצב נדיר מבחינה רפואית. לעומת זאת בנסיבות שבהן מי שנדרשת לסיוע של אם נושאת היא אישה המבקשת להקים יחידה חד-הורית, יהיה לעולם צורך להסתייע בתרומת זרע.

131. סעיף 2(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) מחייב כי הזרע יהיה זרעו של האב המיועד. לביקורת על ההוראה ראו כרמל שלו, "נשיאת עוברים (פונדקאות) – המסחר בשרותי הולדה", **בטחון סוציאלי** מו (תשנ"ז) 87, בעמ' 96 Ruth Halperin-Kaddari, "Redefining Parenthood", 29 *Cal. W. Int'l L.J.* (1999) 313, pp. 333-336.

132. במאמר זה לא אוכל לברר את שאלת נאותות ההגבלה הקבועה בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) המאפשרת התקשרות עם אם נושאת רק כאשר הזוג המזמין (קרי ההורים המיועדים) הוא "איש ואישה שהם בני זוג", (שם, בסעיף 1) ומונעת, בין היתר, הסתייעות באם נושאת מאישה או איש המבקשים לשמש הורים יחידים. באופן חלקי ראו בג"ץ **משפחה חדשה** (לעיל, הערה 37).

133. ראו זפרן (לעיל, הערה 3), בעמ' 643 ואילך.

נדון תחילה בקצרה, בחזית השנייה – בהתמודדות בין האם המיועדת לאם הגנטית – תורמת הביצית. שאלה זו זכתה לדיון מועט בספרות בין היתר בשל נדירות התרחשותה בפועל. לגופו של עניין נראה כי המסקנה בסופו של עיון בסוגיה תהיה דומה לזו שהגענו אליה בנוגע לאימהות לצאצא מתרומת ביצית.¹³⁴ קרי מבין תורמת הביצית והאם המיועדת יש להעניק את המעמד המשפטי לאם המיועדת. אף שאלמנט נשיאת ההיריון הוזכר כאשר דנתי בקביעת אימהות בנסיבות של תרומת ביצית, כאלמנט התומך באימהות האם המיועדת, היעדרו אינו שומט, כך נדמה, את ההכרה במעמדה. מגוון העקרונות הנובעים משיח היחסים, שהביאו לידי הכרה במעמד האם החברתית כאם משפטית ודחיית מעמד התורמת, יפים גם בהקשר זה. רצונם של הנוגעים בדבר, הפחתת הפגיעה בצדדים הרלוונטיים, רווחת הילד, מרכזיות יחסי המשפחה, ושימור פתרונות הולדה חלופיים – כל אלה מכתביים גם כאן הכרה באימהות האם המיועדת, לפחות ככל שמדובר במעמדה לעומת תורמת הביצית. מסקנה זו מתחזקת לנוכח הדיון שהוצג לעיל בנוגע לקביעת האבהות בנסיבות של תרומת זרע, אם כי ראוי להזכיר כי גם כאן יש להותיר מקום לגמישות ולשקול את מעמד התורמת, כאשר ביקשה בנסיבות חריגות להכיר בזיקתה לצאצא.

אשר למישור ההתמודדות המרכזי – בין האם הנושאת ובין האם המיועדת, יהיה מקום לתת את הדעת על שאלת הזיקה הגנטית שבין האם המיועדת לצאצא. הדיון בשתי האפשרויות ייערך במשולב אך מתוך עמידה על השוני ביניהן. ראוי לציין כי מישור התמודדות זה מורכב יותר. רגישות ההסכם ואופן הוצאתו אל הפועל מעמידים את הצדדים בפני קונפליקט פוטנציאלי. הקושי הרגשי, הכרוך במסירת ילד פרי היריון ולידה שחווה האם הנושאת, אינו קושי מבוטל ובמידה רבה אינו ניתן להערכה ולכימות מראש. על רקע נסיבות אלה ולעתים לנוכח קונפליקטים אחרים שנתגלעו בין ההורים המזמינים לאם הנושאת, אנו עלולים להיתקל בסירוב מצד האם הנושאת למסור את הצאצא.¹³⁵ פתרון מחלוקת שהתעוררה בין צדדים במקרה ספציפי, אך גם התנהלות תקינה של הדברים (כאשר איש אינו חוזר בו מהסכמתו וההסכם מוגשם כמתוכנן), מחייבים הכרעה משפטית בשאלת ההורות.¹³⁶

134. שם, שם.

135. אם כי שיעור המקרים שבהם חוזרות בהן האימהות הנושאות מהסכמתן נמוך למדי: Andrew W. Vorzimer, "The Egg Donor and Surrogacy Controversy: Legal Issues Surrounding Representation of Parties to an Egg Donor and Surrogacy Contract", 21 *Whittier L. Rev.* (1999) 415, p. 417.

136. לחשיבות קיומו של הסדר חוקי ראו לעיל, הערה 108 והטקסט שליטה ואילך. בהקשר של אימהות נושאת, ראו: Manus (לעיל, הערה 129); 88; Emily Buss, "'Parental' Rights", *Va. L. Rev.* (2002) 635, p. 672; Brent Parker Smith and Anna Jv. Mark C., "Proof of the Imminent Need for Surrogate Motherhood Regulation", 30 *J. of Fam. L.* (1991) 493; Martha A. Field, *Surrogate Motherhood* (1988).

3. ההסדר המשפטי בישראל – חוק הסכמים לנשיאת עוברים

חוק הסכמים לנשיאת עוברים הנו ניסיון ראשון של המחוקק הישראלי לטפל בהגדרת ההורות לנוכח קיומם של אמצעי הולדה מלאכותיים. הכרעתו של המחוקק, כפי שנראה, הייתה פשרנית. המחוקק נמנע מלהכריע הכרעה עקרונית בשאלת הגדרת ההורות ואינו מתמודד עמה חזיתית. עם זאת הפתרון שהוא מספק ומרבית פרטיו משביעי רצון בסך הכול.

ההסדר הקבוע בחוק הישראלי, המתיר התקשרות לנשיאת עוברים בפיקוח ועדת אישורים, הנו חריג לעומת ההסדרה המקבילה בשיטות משפט מערביות. חלק ניכר משיטות המשפט, אם בכלל הסדירו את העניין בחוק, בחרו לאסור התקשרות לנשיאת עוברים. חלקן בחרו לאסרה פלילית ואחרות הסתפקו בהטלת מעין סנקציות אזרחיות, כגון שלילת תוקפו של ההסכם או מניעת העברת הצאצא למשמורת ההורים המזמינים.¹³⁷ ישראל הנה בין המדינות המעטות שהתירו מפורשות להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים והיחידה שיצרה מנגנון פיקוח, בדמותה של ועדת האישורים.¹³⁸ הוראות החוק מטילות מגוון הגבלות על האפשרות להתקשר בהסכם, מבחינת זהות הצדדים ותנאי ההתקשרות. הגבלות מסוימות נבעו מן השאיפה למנוע התנגשות ישירה עם הדין האישי,¹³⁹ ואחרות נכללו בחוק מטעמי הגנה על שלומם של הצדדים המתקשרים, מטעמי טובת הילד העתיד להיוולד ומטעמי תקנת הציבור.¹⁴⁰ בין היתר, ניכרת שאיפתו של ההסדר לפשטות, וניסיונו לצמצם מראש את הקונפליקטים העלולים להיווצר.

137. לסקירת הדין בשיטות השונות ראו זפרן (לעיל, הערה 33), בעמ' 124-125.

138. מנגנון פיקוח שיפוטי מקובל בחלק ממדינות ארצות הברית. מנגנון פיקוח מנהלי, כמו זה שמופעל בישראל, נשקל בקנדה על בסיס דו"ח הוועדה הממלכתית שעסקה בטכניקת ההולדה החדשות. הדו"ח הקנדי (לעיל, הערה 50).

139. החוק ביקש להגן על אינטרסים הלכתיים באמצעות יצירת מנגנון רישום [סעיף 16 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)] והכרזה על שימור איסורי נישואין [שם, בסעיף 12(ב)], אם כי יש בו בוודאי כדי לסטות מן התפיסה היסודית של היהדות שהמשפחה היא יחידה טבעית.

140. לניתוח הוראות החוק ולתכליתן ראו דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66), בעמ' 10, 13-14; סעיפים 6, 7, 11-13 להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1995, ה"ח 259; מיכאל קורינאלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996 ודו"ח ועדת אלוני", המשפט ג (תשנ"ו) 63; שלו (לעיל, הערה 131); כרמל שלו, "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ גופית", המשפט ג (תשנ"ו) 53; Halakha and Patriarchal Carmel Shalev, "Motherhood: An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", 32 *Isr. L. Rev.* (1998) 51; Halperin-kaddari (לעיל, הערה 131), בעמ' 319-320, 330-331.

(א) קביעת ההורות על פי החוק

שאלת קביעת ההורות כפי שהיא עולה מחוק הסכמים לנשיאת עוברים פשוטה יחסית למענה. החוק אינו מתיר, לצורך הפריית הביצית שתושלל ברחם האם הנושאת, שימוש בזרע שאינו של האב המיועד.¹⁴¹ מכאן שהאב המיועד (האב החברתי) הוא בהכרח האב הגנטי. נוסף על כך נדרשת האם הנושאת להיות בלתי נשואה.¹⁴² מכאן כי על מעמד האבהות מתמודד האב המיועד ללא מתחרים. ניתן אמנם לכאורה לטעון, כי האב המיועד כלל אינו ראוי להכרה כאב וכי מעמדו שווה למעמד תורם זרע, שהרי ההיריון הושג תוך הפריה חוץ-גופית והחדרת העובר לרחמה של אישה שאינה בת זוגו. ואולם לא ניתן, להערכתנו, לקבל גישה זו שכן להבדיל מתרומת זרע, שבמהלכה ניתקת הזיקה בין תורם הזרע לצאצא, לנוכח אי-שיתופו בתהליך ועקב חוסר רצונו לשמש אב, במקרה זה אין ניתוק מהותי בין האיש לצאצא. להפך, הזרע ניתן לצורך הפריה כדי שיוולד צאצא שאותו מבקש האיש לגדל. האיש, לפחות לפי ההסדר המקובל, מכיר את האם הנושאת ומשתתף בתהליך שהביא להפרייתה. הוא מעורב רגשית וכלכלית, משמר זיקה מהותית לצאצא ומפתח הסתמכות וציפייה.

אף בנוגע לקביעת האימהות, ניסה החוק לצמצם מחלוקות צפויות ולפשוט את ההכרעה בהן אם תפוצנה. מקור הביצית אינו יכול להיות באם הנושאת.¹⁴³ מכאן שהאם הנושאת הנה האם הפיזיולוגית אך אין היא לעולם האם הגנטית. מקור הביצית במרבית המקרים יהיה באם המיועדת. רק כאשר היא אינה יכולה לספק ביציות, ייעשה שימוש בתרומת ביצית. לנוכח מציאות זו נראה כי הדילמה סביב שאלת האמהות מתקשה.

על פי החוק טוענות לכתר האימהות שתיים בלבד – האם המיועדת והאם היולדת, נושאת ההיריון. החוק אינו מטפל במעמדה של תורמת הביצית, אם ישנה. עולה כי המחוקק אינו רואה בתורמת מתמודדת פוטנציאלית על מעמד האמהות. התעלמותו של המחוקק מתורמת הביצית נוגעת גם למישור אחר. בהכרעו בהתמודדות בין ההורים המיועדים לאם הנושאת אין החוק מבדיל בין מצב שבו הביצית מקורה באם המיועדת ובין מצב שבו את הביצית סיפקה תורמת. מגמת פשטות של החוק, אך גם תפיסה עקרונית שאינה רואה חשיבות בשיוך הגנטי של הצאצא, הובילה לקו זה. עם זאת ברור, לנוכח ההגבלה המונעת שימוש בביצית של האם הנושאת, כי הקו אינו גורף, והוא רלוונטי כל עוד נשמרת ההפרדה בין נושאת ההיריון לבעלת המטען הגנטי.

אלמנטים אחדים בחוק מהווים פתרון פשרני לשאלות המתעוררות עקב התקשרות בהסכמים לנשיאת עוברים. כפי שנראה, החוק נמנע מלהכריע בבירור ומלכתחילה בשאלת ההורות לצאצא שנוולד בעקבות הסכם לנשיאת עוברים והותירה עמומה. כך גם בחירתו של המחוקק להתמודד עם שאלת ההורות באמצעות צו הורות, המהווה "גרסה רזה" לצו

141. סעיף 4(2) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

142. שם, בסעיף 3(3)א. אף שאם הוכח, כי לא ניתן היה באמץ סביר לאתר אם נושאת פנויה, עשויה ועדת האישורים לאשר התקשרות עם אם נושאת נשואה.

143. שם, בסעיף 4(2).

האימוץ,¹⁴⁴ מלמדת על נקיטת קו ביניים. מחד גיסא, לא הסתפק החוק בהכרזה על ההורים המיועדים כהורים, וחייב הכרעה שיפוטית.¹⁴⁵ מאידך גיסא, לא נדרש צו אימוץ לצורך קביעת הורותם. ההכרעה שלא להיזקק לו בנסיבות אלה אינה נובעת רק מהנפקות שיש לדרישה להיזקק לצו אימוץ, ונראה כי יש לה משמעות סמלית באשר לטיב הקשר בין הצאצא ובין הוריו המיועדים ואמו הנושאת, מראש ובדיעבד. בנוסף, מתעלם המחוקק מן ההבדלים העשויים להיות בין האם המיועדת לאב המיועד לעניין מעמדם ההורי (למשל, כאשר האם המיועדת, להבדיל מן האב המיועד, לא תהיה בעלת זיקה גנטית לצאצא) ומשאיר את ההכרעה לבית המשפט.¹⁴⁶

קריאת הוראות החוק אינה מבהירה מי הם הוריו המשפטיים של הצאצא במועד הולדתו. חוסר הבהירות יכול להביא לידי אחת מבין ארבע גישות, ולכולן סימוכין בחוק.¹⁴⁷ הגישה הראשונה, הדוגלת בהנחה שהאם היולדת היא האם, נסמכת על דרישת החוק לקבלת צו הורות. שכן אם היו הוריו המיועדים בגדר הוריו המשפטיים לשם מה הצורך בקבלת צו

144. זוהי גרסה רזה לצו האימוץ במובן זה שהיא מוותרת, לפחות בהיעדר התנגדות, על מגוון דרישות לפי חוק האימוץ, ובהן: שלב ההכרזה על הילד כבר אימוץ, דרישת ההמתנה ותסקיר הסעד. עם זאת, שיקול הדעת של בית המשפט אם להוציא צו הורות או להימנע מלהוציא הוא רחב. לפי חוק האימוץ מותנה אימוץ בהסכמת ההורים הביולוגיים או בעמידה באחד מן התנאים הקבועים בסעיף 13 לחוק זה. לעומת זאת במקרה של צו הורות רשאי בית המשפט לפי סעיפים 11(2), 13(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), להימנע מליתן צו כאמור או ליתן אחר תחתיו על פי "טובת הילד" בלי שהוגדרו תנאים מפורשים.

145. שלא כהצעת דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66), בעמ' 48, 59, שביקשה להכיר בהורים המיועדים מרגע המסירה של הצאצא לחזקתם, ודרשה הכרעה בית המשפט רק במקרה של מחלוקת.

146. סעיף 13(ג) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), המאפשר קביעת יחס דיפרנציאלי בין הצאצא ובין מי מהוריו.

147. דברי ההסבר המצורפים להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), אינם מבהירים מהי כוונת המחוקק בהקשר זה. אף השוואת נוסח החוק להמלצות דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66) אינה מספקת תשובה ברורה: מחד גיסא, העמדה הרואה בהורים המיועדים את הוריו של הצאצא זוכה לחיזוק, שכן בניגוד להצעה שביקשה לקבוע כי: "כל קשר משפטי בין הילד לבין האם יינתק" (ראו שם, בעמ' 59), הרי בדומה לנוסח בחוק האימוץ, נקבע בסעיף 12(א) להצעת החוק כי ההורים המיועדים יהיו "הורים ואפוטרופוסים בלעדיים של הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין". השמטת ההוראה מרמזת כי המחוקק לא סבר שקיימים יחסים משפטיים הדורשים ניתוק. מאידך גיסא, הוסיף המחוקק את הדרישה למתן צו הורות לצורך הכרה בהורים המיועדים ואילו לפי הצעת הוועדה, זכו ההורים למעמד מוכר מעצם קבלת הילד לחזקתם.

הורות לשם קביעת מעמדם כ"הורים ואפוטרופוסים בלעדיים של הילד?"¹⁴⁸ הגישה השנייה, הדוגלת בהנחה שההורים המיועדים הם הורי הילד,¹⁴⁹ נסמכת על הקביעה שאינה מאפשרת ליולדת לממש את אימהותה ואינה מאפשרת לה לחזור בה מן ההסכם אלא באישור בית המשפט שיינתן רק בנסיבות מיוחדות.¹⁵⁰ יתרה מזו, גם אם אישר בית המשפט את חזרתה מהסכמתה, נדרש לצורך הכרה באימהותה מתן צו שיפוטי שיבהיר את מעמדה כאם. אם הייתה היולדת האם, לא היה נדרש צו שיפוטי מפורש שיקבע את "מעמד האם הנושאת כאם וכאפוטרופא".¹⁵¹ ואולם שילוב ההוראות, עשוי להביא לידי שתי גישות אחרות, משכנעות לא פחות, אם כי רדיקליות יותר במהותן. לפי הגישה השלישית, נטול הצאצא הורים לחלוטין.¹⁵² עם הולדתו נמסר אמנם הצאצא להוריו המיועדים אך אלה אינם בעלי מעמד הורי משפטי.¹⁵³ פקיד הסעד המוסמך הוא האפוטרופוס הבלעדי על הילד משעת לידתו ועד מתן צו הקובע את מעמדו.¹⁵⁴ בהולדה רגילה נתונה האפוטרופוסות להוריו הטבעיים של הילד מרגע לידתו.¹⁵⁵ מן הקביעה כי פקיד הסעד הוא האפוטרופוס נלמד, כי המיועדים אינם בגדר הוריו מרגע הולדתו. עם זאת אף האם הנושאת אינה בגדר אם משפטית, שכן כפי שכבר צוין חזרתה מן ההסכם ודרישתה לממש את אימהותה אינה תופסת אוטומטית, ולא זו בלבד אלא שגם אם הסכימו ההורים המיועדים לכך שתחזור בה מן ההסכם, לא יהיה בכך כדי לחסום את התערבותו של בית המשפט. יש להניח כי בנסיבות אלה תזכה לרוב האם היולדת בצו שיכריז על הורותה, ואולם לבית המשפט נתונה סמכות שבשיקול דעת שלא להקנות לה מעמד זה, אם הוא סבור כי הדבר נוגד את טובת הילד.¹⁵⁶ סמכות זו כידוע אינה נתונה לבית המשפט כלפי הורה "רגיל", והיא חורגת מסמכויות בית המשפט לפי חוק האימוץ, המאפשר שלילת הורות רק על פי קריטריונים מוגדרים. מצירוף ההוראות עולה לכאורה כי משפטית נטול הצאצא הורים, תוצאה זו נראית קשה ובלתי סבירה. בחינתו התכליתית של החוק תחייב מסקנה אחרת: הורות משולבת של כל השלושה -

148. סעיף 12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

149. Halperin-Kaddari (לעיל, הערה 131), בעמ' 329.

150. סעיף 13(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

151. שם, בסעיף 13(ג).

152. בדומה למצבו של ילד שהוכרז כבר אימוץ אך טרם אומץ, אם כי בנסיבות אלה עדיין מוגדרים הוריו הטבעיים כהוריו המשפטיים אף שאינם ממלאים את הפונקציות ההוריות (סעיף 15 לחוק האימוץ). השוואת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) לחוק האימוץ מחזקת לכאורה את הטענה, כי הצאצא נטול הורים. ההסדר הקבוע בחוק הראשון מדלג על השלב המקביל לשלב השחרור לאימוץ, ומתחיל את התהליך מן השלב השני המקביל להכרזה על האימוץ.

153. סעיף 10(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

154. שם, בסעיף 10(ב).

155. סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ס"ח 248, וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

156. סעיף 14 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).

ההורים המיועדים והאם הנושאת. שילוב הוראות החוק הקובעות כי לצורך הענקת הורות בלעדית למי מן הצדדים נדרשת התערבותו של בית המשפט, עם תכליתו, שאינה מאפשרת לקבל מצב שבו צאצא יהיה נטול הורים ברגע לידתו, מחייבת את המסקנה, כי מלכתחילה מוכרים שלושה הורים לצאצא – שתי אימהות ואב. חיזוק לכך ניתן למצוא אף במינוחים שנוקט החוק – נושאת ההיריון מכונה אם, והמיועדים מכונים הורים.

על בסיס הנחה זו ולאור הוראות החוק, אם יפעלו הצדדים על פי ההסכם שביניהם, יתערב בית המשפט ויקבע הורות בלעדית של ההורים המיועדים, תוך שלילת אימהותה של האם הנושאת. אם תחזור בה האם הנושאת מהסכמתה ותעמוד על מימוש אימהותה, היא תוכל לעשות כן אם תוכיח שינוי נסיבות שיש בו כדי להצדיק את חזרתה מהסכמתה ובלבד שלא יהיה בכך כדי לפגוע בטובת הילד.¹⁵⁷ על פניו ניכרת נטיית החוק להעדיף צו שיפוטי שיכיר בהורים המזמינים כהורים בלעדיים, ואולם הוראות מאפשרות את המשך הורות השלושה, על פי נסיבות כל מקרה ומקרה. בהקשר זה קובע החוק, כי אם אושרה חזרת אם נושאת מהסכמתה, יכריז בית המשפט בצו על אימהותה, אך "רשאי בית המשפט לקבוע בצו הוראות בדבר מעמד הילד ויחסיו עם ההורים המיועדים או עם אחד מהם".¹⁵⁸ תוצאה זו, כפי שנראה, מתיישבת במידה רבה עם מגמתו של שיח היחסים.

4. הגישות האפשריות להכרעה בשאלת הגדרת ההורות בנסיבות של אימהות נושאת והקשיים שהן מעוררות

המודלים שהוצגו בראשית הדברים, המבקשים לקבוע הורות על בסיס קו עקרוני קבוע, נועדו בראש ובראשונה לשמש לצורך הכרעה במקרים הסבוכים, הנובעים מהתקשרויות בהסכמים לנשיאת עוברים ובהסכמי תחלופה.¹⁵⁹ בין יתר ההצעות שהועלו, הזכרתי את עקרון אי-המסחור, השולל מלכתחילה את קיומה של התקשרות חוזית להספקת שירותי הולדה, ובהם אמהות נושאת, לפחות כזו הכוללת תמורה; מודל חווי, המבקש להבטיח את הגשמת כוונת הצדדים וקורא להכרה בהורות ההורים המזמינים על פי ההסכם; מודל מקביל המתבסס על חירות ההולדה, המבקש להבטיח מימוש בלתי מופרע של הזכות להורות ולהולדה,¹⁶⁰ שיקרא אף הוא ליישום בלתי מופרע של רצון הצדדים; ומודל המקדש את הזיקה הביולוגית, המקנה מלכתחילה עדיפות להורה הביולוגי-גנטי בקביעת ההורות המשפטית. תוכנו של מודל זה נבדק לגופו.¹⁶¹

כפי שנרמז, מודלים אלה אינם מספקים מענה על שאלת קביעת ההורות כאשר התעוררה בפועל, או שעושים כן באופן בלתי מספק. מודל אי-המסחור אינו קובע מה יהיה אם עקפו

157. שם, בסעיף 13(א).

158. שם, בסעיף 13(ג).

159. לסקירת המודלים האפשריים בהקשר זה ראו: Pamela L. Ukeles, "Approaching Surrogate: Motherhood: Reconsidering Difference", 26 *Vt. L. Rev.* (2002) 407.

160. Larry Gostin, "A Civil Liberties Analysis of Surrogacy Arrangement", 17 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* (2001) 432.

161. לעיל, הערה 30 והטקסט שלידה ואילך.

הצדדים את האיסור והתקשרו בהסכם כאמור. אמנם ניתן לומר כי שיטה המבוססת על מודל אי-המסחור, תבקש לצמצם התקשרויות אלו ומכאן שתכתיב הסדר שימנע הגשמת רצון הצדדים וישלול הורותם של ההורים המזמינים.¹⁶² ואולם ספק אם ניתן יהיה להצדיק הסדר כגון זה, העלול לפגוע בטובת הילד בשל הרצון להשיג יעד חברתי.¹⁶³ המודל החוזי אף הוא אינו מספק הכרעה, כאשר מבקש מי מהצדדים להתנער מן ההסכם. עצם המחויבות להתקשרות חוזית אינה מספקת מענה על השאלה אם נאפשר חזרה מהסכמה ובאילו נסיבות. מטיבם, דיני החוזים אינם מסוגלים להכיל את מורכבותה האנושית של הסיטואציה ולספק לה מענה ראוי, ונראה שאין זה ראוי שיוחלו בטהרתם. כחלק מן הטענות שהוצגו כלפי שיח הזכויות יש להזכיר, כי השפעתם הרעיונית של דיני החוזים בתחום המשפחה בעייתית ונושאת בקרבה איום על מוסד המשפחה ועל טיב יחסי הקרבה. גם המודל המבקש להבטיח את חירות ההולדה, אינו אומר בהכרח דבר מלבד הקניית חירות ההולדה וחירות ההתקשרות לצורך הגשמתה. מודל זה יכול להצדיק הכרה בזכות ההורים המיועדים להגשים את הורותם החברתית כמו גם את זכות האם הנושאת לגדל את התינוק שילדה. השימוש במודל כפוף להגדרת הזכות להולדה ולפרשנותה וייושם בהתאם לאוטונומיה שאותה בוחר הכותב לקדם.¹⁶⁴

המודלים האמורים עוצבו ברוח שיח הזכויות, ומבקשים להכריע בשאלת קביעת ההורות על בסיס מאבק בין זכויות הצדדים – הזכות להולדה, הזכות להורות, להגשמה אישית ולפרטיות, ועל סמך מעמדם כפי שהתגבש בחוזה שיצרו ביניהם. הכרעה לאור שיח הזכויות מחויבת להגדרת זכותו של כל משתתף, לקביעת משקלה, לבחינת החובות הקורלטיביות וליצירת איוונים בין הזכויות המתנגשות. ספק מתעורר בנוגע לאפשרות להפריד בין הזכויות ולקבוע לכל אחת מהן ערך נבדל. לא ברור אם ניתן לקבוע באופן משכנע, כי משקלה של הזכות להורות כבד ממשקלה של הזכות לפריון או להפך, ואם ניתן מלכתחילה לסבור, כי בכל התנגשות בין זכויות צריכה האחת לגבור על רעותה. המודלים מכתביים התייחסות לילד כאל קניין בר המחאה חוזית, התייחסות שאינה ראויה ואינה מתיישבת עם המגמה הרואה בו בן אנוש הזכאי להבטחת מעמדו ולשימור עצמאי של

162. Field (לעיל, הערה 136).

163. Frances H. Miller, "Book Review: Surrogate Fatherhood? + Surrogate Motherhood. By Martha A. Field", 70 *B.U.L. Rev.* (1990) 169.

164. מעניין בהקשר זה לעמוד על הבחנה שיוצר Hill, במסגרת שיח הזכויות, בין הזכות לרבייה לזכות לפרטיות. לגישתו, הזכות לרבייה היא נפרדת ויסודית, ואילו הזכות לפרטיות נובעת מהזכות לאוטונומיה ולמימוש עצמי. אף שיש חפיפה מסוימת ביניהן, מדובר בזכויות נפרדות. לדידו, הזכות לרבייה אינה קשורה ליכולת להוליד והיא מקנה הגנה נורמטיבית על הכוונה ליצור ילד ולגדלו (ובכך בעצם הופכת הזכות לרבייה לזכות להורות). על פי גישה זו, הזכות לפרטיות מקנה לאם הנושאת את הזכות הבלעדית להחליט אם וכיצד להמשיך בהריון אך אין היא מקנה לה את הזכות לשמש הורה לצאצא שיוולד. הזכות להורות נפרדת ועשויה בהקשר זה להבטיח את האימהות דווקא לאם המיועדת. Hill (לעיל, הערה 12), בעמ' 385.

האינטרסים שלו. בנוסף, מודלים אלה חסרים התייחסות רב־ממדית למורכבותה של השאלה ומתעלמים מאספקטים חשובים שלה.

אף המודלים היומריים פחות המתמקדים בשאלת קביעת ההורות, ובהם המודל המתבסס על עקרון טובת הילד, המודל המתרכז בהורות הגנטית והמודל המקנה עדיפות לאלמנט ההיריון,¹⁶⁵ אינם מסוגלים להתמודד עם מגוון האפשרויות הנובעות מהסכמים לנשיאת עוברים.¹⁶⁶ הקניית עדיפות לאם היולדת רק לנוכח ההיריון שחוותה, תהא משמעותו עמוקה ככל שתהא, נראית חר־ממדית. אפילו טובת הילד, הנתפסת בעיני כעקרון־על, אינה מסוגלת לשאת על כתפיה את מלוא כובד ההכרעה.¹⁶⁷

על אף מורכבות השאלה והקושי לספק לה מענה קבוע מראש, השאיפה להסדרה חוקית של השאלה אינה מתייתרת. להפך, האינטרס לצמצם מחלוקות מראש ולהכריע באלו שבכל זאת התעוררו ביציולות מרבית, לטובת הילד ולטובתם של ההורים, מגביר את הצורך בהסדרה חוקית ומעודד את הניסיון ליצירתה.¹⁶⁸ עם זאת לנוכח מאפייני שיח היחסים צריך ההסדר החוקי לאפשר ולכבד פתרון מוסכם, המשקף את רצון הצדדים כפי שגובש מראש או כפי שעוצב בדעיבד בהליך גישור, ובלבד שהובטחו האינטרסים של הגורמים החלשים ולא נרמסו שיקוליו האחרים של השיח. בהיעדר הסכמה, תוכנו של ההסדר צריך להיות כזה שיביא בחשבון את מורכבות השאלה. ההכרעה חייבת להתחשב במגוון גורמים ולשקלל את השלכותיה במישורים השונים, עליה להבטיח מידה של גמישות בהפעלת ההסדר, ולהותיר מקום להכרעה אד־הוק להבטחת טובת הילד בנסיבות חריגות.¹⁶⁹

5. הפתרון המוצע לאור עקרונות שיח היחסים

עיצוב תוכן ההסדר מחזיר אותנו לבחינת השיקולים המנחים שהוצגו על בסיס שיח היחסים. השיקול הראשון שהוזכר היה הצורך להתחשב ברצונותיהם של הצדדים הרלוונטיים. בענייננו יבקשו הצדדים, ההורים המזמינים והאם הנושאת, להביא לידי הולדתו של צאצא מתוך שיתוף פעולה ביניהם. מלכתחילה יבקשו הצדדים להבטיח, לפחות לפי רוח הדברים הנוהגת היום, כי ההורים המזמינים ישמשו כהוריו של הצאצא, ואילו זיקת ההורות של האם

165. Scott B. Rae, "Parental Rights and the Definition of Motherhood in Surrogate Motherhood", 3 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* (1994) 219.

166. לסתירות העלולות לנבוע משימוש בעיקרון מנחה אחד, ומניסיון לעשות שימוש ביני המשפחה ה"שגרתיים", ראו: Phylis Coleman, "Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions", 50 *Tenn. L. Rev.* (1982) 71.

167. Eric Blyth, "The United Kingdom's Human Fertilisation and Embryology Act 1990 and the Welfare of the Child: A Critique", 3 *Int. J. Children's Rights* (1995) 417.

168. עם זאת חשוב לציין כי בישראל לא נדרשה עד כה התערבות שיפוטית במחלוקת בין האם הנושאת להורים המיועדים ולא נרשמה התנגדות למסירה.

169. שיפמן (לעיל, הערה 7), בעמ' 132; Miller (לעיל, הערה 163); Ilana Hurwitz, "Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal Motherhood", 33 *Conn. L. Rev.* (2000) 127.

הנושאת תנותק. ייתכן שבמסגרת ההסכם שיגבשו, יבקשו לשמר מידה של קשר וזיקה בין האם הנושאת לצאצא. פתרון ברוח שיח היחסים יבקש להעניק לכוונתם האמורה את חסות הדין. ברגיל (ובלי להתייחס במסגרת זו לעמדת השיח בשאלת עצם לגיטימיות ההתקשרות ותנאיה) ישאף שיח היחסים להכיר ברצונם של הצדדים.¹⁷⁰ חשיבותה של ההסכמה גוברת בגלל ההקשר המשפחתי ומרכזיות ההסכמה בניהול הרמוני של יחסי המשפחה. עם זאת ברור כי ההסכמה אינה סוף פסוק. קשובים לשיקולים נוספים, יש לוודא כי ההסכמה אינה רומסת אותם. בהיעדר כוונה משותפת, עקב חזרת אחד הצדדים מכוונתו המקורית, תצטרך ההכרעה בשאלת האימהות להיעשות לאור השיקולים האחרים.

השיקול השני היה הצורך למצוא פתרון שפגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר או למצער להימנע מפתרון שיסב נזק קשה מדי. בהסכמה של הצדדים, הכרה בהורים המזמינים כהורים משפטיים תהיה פתרון רצוי, ותספק לצאצא, להורים המזמינים ולאם הנושאת את מרב היתרונות. מצב שבו חזרה בה האם מהסכמתה למסור את הילד שילדה לידי הוריו המזמינים, יחייב בדיקה פרטנית. פתרון שאינו מנתק את זיקת ההורות של האם הנושאת עלול לחשוף את ההורים המזמינים, ואולי אף את הצאצא, לפגיעה עקב ניסיונה של האם הנושאת לזכות בהכרה באימהותה.

בהקשר זה יש להבדיל בין מצב שבו האם הנושאת חוזרת בה מהסכמתה למסור את הצאצא לפני הלידה או בסמוך לה, ובין מצב שבו חזרה בה מהסכמתה מאוחר יותר, לאחר שהצאצא כבר נמצא פרק זמן ניכר בבית הוריו המזמינים ונתון לטיפולם.

במקרה הראשון עיקר הפגיעה הישירה נגרמת להורים המזמינים, שהשקיעו משאבי נפש, זמן וכסף בהבאתו של הצאצא לעולם. הסתמכותם ראויה להגנה וזיקתם הגנטית לצאצא, אם ישנה, היא נתון שיש להביאו בחשבון. באופן עקרוני נראה, כי אף לצאצא נגרמת פגיעה ראשית, ניתן לטעון כי יש לו אינטרס להיות מטופל על ידי הוריו הגנטיים, ולזכות בהורותם החברתית של מי שרצו כל כך בהבאתו לעולם. שנית, עצם ההכרה בזכותה של האם הנושאת לחזור בה מכוונתה לנתק זיקתה לצאצא, תעמיד את הילד בתנאי חוסר ודאות. הכרה עקרונית, או לפחות הענקת הודמנות לבריור שאלת מעמדה של האם הנושאת, גם בסמוך ללידה, תחייב הכרעה שיפוטית. התמשכותם של ההליכים עלולה לפגוע בטובת הילד המחייבת טיפול קבוע מיד עם לידתו. עם זאת לא יהיה בחששות אלה, כפי שיוסבר מיד, כדי למנוע מלכתחילה את תביעת האם הנושאת.

במקרה השני, שבו מבקשת האם הנושאת לחזור בה מהסכמתה לאחר שהועבר הצאצא לידי הוריו המזמינים וטופל על ידם פרק זמן ניכר, מתעצמת הפגיעה הן בהורים המזמינים, שהפכו בינתיים להורים החברתיים והן בצאצא. תוצאת ההכרעה עלולה לגרום לניתוקו ממי שאליו נקשר, ולפגוע רגשית בהוריו המטפלים, שהשקיעו בהולדתו וביצירת הקשר ההורי. התקשרות הורים אלה לצאצא מהירה ועמוקה וניתוקם ממנו עלול לגרום להם פגיעה נפשית. מלכתחילה לא יהיה זה ראוי להותיר את שאלת ההורות פתוחה, ולהעמיד את ההורים (ואת הצאצא) בתנאי חוסר ודאות והמתנה למוצא פיה של האם הנושאת. מכאן שבנסיבות שבהן חזרת האם מהסכמתה נעשתה לאחר שהצאצא כבר נמסר לידי הוריו החברתיים, לא יהיה

170. Buss (לעיל, הערה 136), בעמ' 672-673.

ראוי לאפשרה. בנסיבות אלה תוצאה אחרת תגרום לנוק כבד מדי, שאין לאפשרו אף במחר הפגיעה שתיגרם לאם הנושאת.¹⁷¹ לאור זאת יש לפעול לקביעת ההורות בסמוך ללידה. שינוי בקביעת ההורות לאחר שלב זה צריכה לעמוד בתנאי חוק אימוץ ילדים, הדורש, נוסף על מילוי דרישת טובת הילד, אף עמידה באחת מעילות החוק המאפשרות אימוץ.¹⁷² כאשר האם הנושאת מבקשת לחזור בה מהסכמתה עוד בטרם העבירה את הצאצא לידי ההורים המזומינים, אין לשלול את טענתה על הסף וזאת לנוכח מעמדה, כמי שנשאה את ההיריון עד סיומו בלידה, לאור השקעתה הפיזית והרגשית בתהליך ובשל הרגשות שנבטו בה. לאור מעמדה יש מקום להשמעת דעתה ואף לקבלת עמדתה, כולה או מקצתה. להכרה במעמדה של האם הנושאת ייתכנו עקרונות שלושה יישומים קונקרטיים. הענקת אימהות בלעדית לאם הנושאת,¹⁷³ הכרה בה כאם משפטית נוספת,¹⁷⁴ או הכרה בזיקה חלופית, לא הורית-משפטית, כלפי הצאצא.¹⁷⁵ נטייתן של שיטות המשפט להעדיף ברגיל הורות בלעדית (קרי אם אחת ואב אחד) מכתובה לכאורה כי תוכר אימהותה הבלעדית של האם הנושאת. ואולם גם אם מוצדקת העמדה המעדיפה את קונספט ההורות הבלעדית, ומסופקני אם אכן היא מוצדקת,¹⁷⁶ הרי בנסיבות אלה, אין היא משיגה את היתרון המיוחס לה. טענות המושמעות לתמיכה בהורות הבלעדית, ובעיקר החשש מפני הפגיעה שיכולה להיגרם ליחסי הקרבה בין הצדדים (ההורים בינם ובינן ובין הצאצא), עקב מעורבותו של גורם נוסף בהתנהלות היחידה המשפחתית, ועקב קיומו של הורה שלישי מתחרה, אינה רלוונטית אלא בהשוואה לחלופה המקורית – אי-הכרה מוחלטת במעמדה של האם הנושאת. ברם אם בחרנו, לנוכח זיקתה של האם הנושאת לילד, להכיר במידה זו או אחרת במעמדה, הרי

-
171. ההסדר שנקבע בסעיף 13(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), שלא תתאפשר חזרת אם נושאת מהסכמתה לאחר קביעת צו ההורות, נראה אפוא ראוי.
172. הסכמת הוריו לאימוץ לפי סעיף 8 לחוק אימוץ ילדים או אחת העילות המופיעות בסעיף 13 לחוק האימוץ.
173. אימהות בלעדית אין משמעה בהכרח הורות בלעדית, שכן בתפקיד האב יכול לשמש האב המזמין-הגנטי.
174. נוספת על האם המזמינה, באופן ששתיהן תוגדרנה כאימהות משפטיות ותחלוקנה ביניהן ובין האב את הפונקציות ההוריות.
175. למשל, הכרה במעמדה לצורך קיומו של קשר עם הצאצא, בדומה לסוג הקשר הנשמר בין האם הביולוגית למאומץ באימוץ פתוח.
176. על האפשרות להכיר ביותר מאם אחת, ראו והשוו ויילר (לעיל, הערה 40); Bartlett (לעיל, הערה 16); Uma Narayan, "Family Ties: Rethinking Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody", *Having and Raising Children: Unconventional Families, Hard Choices, and the Social Good* (Uma Narayan and Julia J. Bartkowiak – eds., 1999) 65, 83-86; James B. Boskey, "The Swamps of Home: A Reconstruction of the Parent-Child Relationship", 26 *U. Tol. L. Rev.* (1995) 805; Marsha Garrison "Why Terminate Parental Rights?", 35 *Stan. L. Rev.* (1983) 423; Candace M. Zierdt, "Make New Parents but Keep the Old", 69 *N. Dak. L. Rev.* (1993) 497.

ממילא תפוצל היחידה המשפחתית לשניים – האם הנושאת והאב המיועד, שיזכה כמעט תמיד להכרה כאב.¹⁷⁷ ההכרה באב המיועד כהורה מחויבת בעיני, כפי שכבר הסברתי, בשל מעמדו כמי שיזם את התהליך, כמי שליווה את ההולדה מתוך ציפייה ורצון, השקיע ממשאביו ומחזיק, בנוסף, במעמד הורי-גנטי.¹⁷⁸

מבין החלופות המעניקות מעמד אימהי לאם הנושאת – בלעדי או נוסף – נראית החלופה הראשונה בלתי ראויה, בשל פגיעתה באם המיועדת ובצאצא. רצונה של האם המיועדת, הסתמכותה ורגשותיה ראויים להכרה. יתרה מזו, בחירה בחלופה שתעניק מעמד אימהי לשתיהן, כפי שכבר הוזכר, אינה כרוכה בפיצול ההורות לבית נוסף, שכן אבהותו של האב תוכר, בכל מקרה, וזאת בגלל זיקתו לצאצא ובשל היעדר מתמודד נוסף על המעמד.¹⁷⁹ בנסיבות אלה ממילא ייחשף הילד לשתי יחידות משפחה, זו שאליה שייך אביו וזו שאליה שייכת אמו הנושאת. שלילת מעמד האב רק בשל החשש האמור ובגלל הרצון להכיר במעמד האם הנושאת, נראית בעיני מרחיקת לכת, וזאת לנוכח עמדות שאינה מוצאת פגם של ממש בעצם פיצול יחסי ההורות לשתי משפחות. מכאן שמחויבות לפתרון שפגיעתו היא הקטנה ביותר תחייב, בין החלופות המכירות בהורות האם הנושאת, הכרה בהם נוספת ולא כאם בלעדית. ואולם עדיין יש לבחון פתרון זה לעומת הפתרון שאינו מכיר באימהותה של האם הנושאת כלל, תוך הגשמת ההסכם המקורי כלשונו.

השאלה מתי יהיה ראוי להכיר במעמדה של האם הנושאת כאם משפטית (נוספת), מרכזת את תמצית קושיה של הסוגיה. בהקשר זה ראוי להבחין בין שני מצבים, שהדין הקיים אינו מבחין ביניהם. על פי החוק הישראלי, מקור הזרע לעולם באב המזמין ואולם מקור הביצית יכול להיות באחת משתיים, באם המזמינה או באישה שלישית – תורמת ביצית. נדמה כי טענתה של האם הנושאת תזכה לאהדה מוגברת כשחלה האפשרות השנייה, כאשר מקור הביצית אינו באם המיועדת. מעמדה של האם הנושאת נותר כשהוא לעצמו וזה בשני המצבים, שכן בשניהם אין היא האם הגנטית, ואולם מקור הביצית משפיע על מעמדה של האם המיועדת. באופן רגיל, כאשר האם המזמינה היא האם הגנטית, לא ראוי יהיה להכיר באם הנושאת כאם נוספת. בגלל חשיבותו של הקשר הגנטי במציאות החברתית הנוכחית, יציב קיומו, למעט בנסיבות מיוחדות, מחסום להכרה באימהות האם הנושאת. ואולם גם אם תידחה על רקע זה טענתה של האם הנושאת לזכות בהכרה כאם, ראוי בהחלט לשקול שימור זיקה אחרת בין האם הנושאת לצאצא, באמצעות קיום קשר הדדי או החלפת מידע. בהתקיים נסיבות מיוחדות,¹⁸⁰ כגון נזק או פגיעה חריגים שייגרמו לאם הנושאת מאי-הכרה

177. Narayan (לעיל, הערה 176).

178. לעיל, הערה 141 והטקסט שלידה.

179. מעמד בעלה של האם הנושאת, אם ישנו כזה, אינו מצדיק הכרה בהורותו. תרומתו להולדה שולית, אם בכלל קיימת, שכן הוא לא תרם ממתענו הגנטי, ולא נשא את ההיריון.

180. בהצטרף לנסיבות של היעדר קשר גנטי בין הצאצא ובין האם המזמינה כמו גם בנסיבות שבהן קיים קשר גנטי כאמור. עם זאת, לקיומו או היעדרו של הקשר תהא כאמור השפעה מצטברת שתטה את הכף לטובת האם הנושאת או המזמינה, בהתאם לנסיבות.

באימהותה,¹⁸¹ תוכר אימהותה הנוספת. הכרה בלעדית באימהות האם הנושאת וניתוק הזיקה לאם המיועדת, אפשרית להבנתי רק בנסיבות חריגות בהתקיים תנאיו של חוק האימוץ.¹⁸²

רווחת הילד, שהוזכרה כשיקול מנחה שלישי, שזורה בשני השיקולים הקודמים, אך בגלל חשיבותו ובשל נטיית המערכת להפחית ממשקלו של אינטרס שאינו מיוצג בפניה בנפרד, אבקש להדגישו. ניתן להעריך כי הסדר זה יחייב ברגיל הכרה מראש ביחסי ההורות בין הצאצא ובין ההורים המזמינים, שרצו בהולדתו ופעלו להגשמת מטרה זו. יש להבטיח, כי הצאצא ייוולד למציאות שבה ההורות כלפיו אינה מוטלת בספק, באופן שיאפשר לו, מיד עם היוולדו, לזכות לטיפול המסור של מי שנחשבים ותופסים עצמם כהוריו. ברי, שהטעון הקורא לוודאות בקביעת ההורות, אינו מחייב כשהוא לעצמו הכרה דווקא בהורים המזמינים. ואולם ממכלול העקרונות עולה, כי ההסדר הראוי להיקבע יהיה כזה שיכיר, בנסיבות הרגילות, בהורות ההורים המזמינים. הדברים בוודאי נכונים כאשר כוונה זו, המתגלמת בהסכם, משקפת את רצון הצדדים גם לאחר הלידה. מקרה שבו חזרה בה האם הנושאת מהסכמתה יצטרך להיבחן בנפרד. כפי שהוזכר, לא יהיה זה רצוי, אף מטעמי טובת הילד, להכיר בחרטה של אם נושאת שהתרחשה לאחר שהועבר הצאצא לחזקת המזמינים וכונן עמם קשר מהותי, אם כי גם בנסיבות אלה ייתכן שראוי יהיה לאפשר כינונו של קשר מסוים או לאפשר העברת מידע הדדי. אם חזרה בה האם הנושאת מהסכמתה בסמוך ללידה, ישקלל אלמנט טובת הילד לאור השיקולים שהתוו לעיל ותוך עמידה על נסיבותיו הייחודיות של המקרה.

להכרה מחייבת מלכתחילה בהורות המזמינים חשיבות חברתית נוספת. חשיבותה העקרונית במסר החברתי שהיא מעבירה ובמחויבות שהיא יוצרת כלפי הצאצא. הכרה בהורות ההורים המיועדים תצמצם, במקרים הנדירים שבהם ינסו לעשות כן, כמו במקרה של לידת ילד פגוע, ניסיונות מצד ההורים המיועדים להתנער מהילד לאחר לידתו.¹⁸³ גם אם תאפשר בסופו של דבר החברה התנערות זו, המסר שראוי שתעביר יהיה כזה שיכבול אותם למחויבות הנובעת מהורותם. מסר זה מושתת על הכרה בהורותם מראש.¹⁸⁴

-
181. כך, למשל, כאשר התברר שבעקבות הלידה לא תוכל עוד לשאת היריון בעתיד. בנסיבות אלה בקשתה להיות מוכרת כאם עשויה לזכות לאהדה, שכן עצמת הפגיעה שתיגרם לה מאי-הכרה באימהותה מתעצמת לכאורה בשל אבדן האפשרות להיות אם בעתיד.
182. בכך שונה ההסדר המוצע כאן מן ההסדר הקבוע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), המאפשר עקרונית ניתוק הזיקה מן האם המזמינה. שם, בסעיף 13(ג).
183. באופן שאיש מן הצדדים לא ירצה בילד. שיפמן (לעיל, הערה 7).
184. לפי טיעון אחר שעלה בספרות, ראויה ההכרה בהורים המיועדים לנוכח איכותם המשוערת. לפי טענה זו המאמץ הרב שהשקיעו ההורים המיועדים בהגשמת הורותם, משמש אינדיקציה טובה למחויבותם הנמשכת ולהורותם האיכותית. ככל שניתן לסמוך על ממצאים אלו, יש בהם כדי לחזק את המסקנה הקוראת להכריז על ההורים המיועדים כהורים משפטיים. לטענה האמורה במגוון הקשרים ראו והשוו חנה גילאי-גנור, "מטיפול הפיריון אל המשפחה", *היריון מסוג אחר – עיון רב תחומי בהפרייה חוץ-גופית* 69 (לעיל, הערה 60), 69, בעמ' 84;

השפעת ההורות המשולבת (של יותר מאם אחת ואב אחד) תצטרך להיבדק על פי קני מידה פסיכו־סוציאליים. כיום הטענה השוללת הכרה בהורות משולבת מטעמי טובת הילד אינה עוד חד־משמעית.¹⁸⁵ אף שברגיל נראית ראויה העמדה הגורסת שטוב לו לילד שמעמד הדמויות ההוריות בחייו יהיה ברור ושחלוקת התפקידים תהא הרמונית (וכך אף במשפחה דו־הורית "רגילה"), ואף שהוספת גורם למערך זה עלולה ליצור מתחים וקושי, הרי בנסיבות שבהן מלכתחילה צורפה אישה נוספת ל"מלאכת ההולדה", אישה שחשיבותה לילד עשויה להיות מהותית, ייתכן שטובתו תחייב דווקא הכרה במעמדה. בהיעדר מחקר מספיק בנוגע להשפעות ההורות המשולבת על הצאצא, קשה להמליץ על הכרה גורפת באם הנושאת כאם נוספת בכל סיטואציה שבה הביעה רצונה בכך. עם זאת אפשר שראוי לנקוט בשלב הביניים ועד שיגובשו ממצאים מחקריים ברורים, פתרון פשרני המשמר זיקה חברתית בין האם הנושאת לצאצא בלי שיוכר מעמדה ההורי המלא.

הבטחה ושימור הקשר בין בני המשפחה, השיקול הרביעי הנובע מן השיח עשוי למשוך לכיוונים נוגדים ולחייב אף הוא פתרון של פשרה. לנוכח תפקידה וחשיבותה של המשפחה לפרט ולחברה, יבקש שיקול זה להבטיח את התנהלותה האופטימלית ולשמר את היחסים בין חבריה. ואולם שיקול זה אינו מכתוב כשהוא לעצמו את גבולות המשפחה שעליה יש לשמור ואינו מכתוב מהו פורמט קשרי המשפחה הראוי להגנה. ברי, שהשיקול מתמקד ביחסים משמעותיים ואיכותיים, ואולם האם ניתן לקבוע מלכתחילה, בטרם התקשר מי מההורים המתחרים אל הצאצא לאחר לידתו, כי יחסי ההורים המזמינים עם הצאצא משמעותיים יותר משל האם הנושאת? מסקנה שאין במקרה הרגיל מקום להכיר במעמדו של תורם הזרע, הזר לתהליך ושמעורבותו בו הייתה שולית, נקבעת בקלות יחסית. ואולם לא ניתן להגיע לכלל מסקנה זו בנוגע לאם שנשארה את ההיריון והביאה אותו לידי גמר בלידה. מעורבותה הפיזית הממושכת ויחסה הרגשי־נפשי, אשר מעודד אותה לדרוש הכרה באימהותה, אינם ניתנים לביטול כלאחר יד. בנסיבות אלה מעמדה לעומת ההורים המזמינים, בין גנטיים ובין לאו, שיזמו את התהליך ושליוו אותו בציפייה, בשמחה ובחרדה מתחלפות, נראה שווה ערך. מעמדם השווה של הצדדים מכתוב עקרונית הכרה בהורות המשולבת.¹⁸⁶

השיקול החמישי ביקש **לאפשר למי שחפץ בכך להקים משפחה**. שיקול זה אינו מחויב **למבנה המשפחה** המסורתי, כך שגם במובן זה אין מניעה עקרונית להכיר במבנה משפחה

Susan Golombok, "Families Created by the New Reproductive Technologies: Quality of Parenting and Social and Emotional Development of the Children", 64 *Child Development* Shultz; (1995) 283, p. 295 (לעיל, הערה 20), בעמ' 343.

185. השוו לעיל, הערה 176 והאסמכתאות שם. לתמיכה בהורות משולבת המגובה במחקר

פסיכולוגי־אנתרופולוגי, ראו: Randy F. Kandel, "Which Came First: The Mother or the Egg? Kinship Solution to Gestational Surrogacy", 47 *Rutgers L. Rev.* (1994) 165

186. עם זאת, נראה כי החיוב ליצור ולשמר קשרי הורות משולבים, כאשר מי מן השותפים לו או כולם מתנגדים לו, אינו עולה בקנה אחד עם רציונל ה"קשר" העומד במרכזו של שיח היחסים.

Mazzone (לעיל, הערה 57), בעמ' 34.

המשלב את הורותם של השלושה ובלבד שהוא ממלא אחר שאיפת השיח להבטיח קשרי משפחה המגלמים אחריות וטיפול הדדי. עם זאת, שיקול זה אף הוא אינו עומד בבדידותו וההכרעה תיעשה מתוך שילוב מכלול השיקולים. ראוי לציין עוד, כי אין מדובר בשיקול פוזיטיבי. הוא אמנם מאפשר הכרה ביחידות משפחה מגוונות, אך אינו תומך בהן דווקא בשל מבנהן. במהותו דורש השיקול הכרה במשפחה שתוכל לספק את הקשר המהותי ששיח היחסים כה נחוש לקדם. כל משפחה שתוכל לספק מחויבות לקשר, דאגה ואחריות, עשויה להיות מוכרת.

השיקול השישי שיש להזכיר בהקשר זה הנו הרצון להבטיח פתרונות ומציאת חלופות הולדה למי שמתקשה בהולדה טבעית. שיקול זה, כפי שהוזכר, נובע ממרכזיותם של קשרי המשפחה ומן השאיפה להבטיח קביעת הסדר שיאפשר הקמת משפחה למי שמתקשה בהולדה טבעית. נראה כי שיקול זה אינו מנביע מסקנה ברורה בנוגע לשאלת קביעת ההורות. הטעון שהובא בנוגע לתורמי הורע הגורס שניתוק הויקה ההורית שלהם מתחייב מן הרצון להבטיח המשך קיומן של תרומות, אינו רלוונטי כאן. אמנם נכון שניסיון של ההורים המזמינים או הצאצא לכפות על האם הנושאת הורות, עלול להרתיע אימהות נושאות מלהתקשר בהסכמים לנשיאת עוברים, ואולם נסיבות אלה נראות נדירות וחששה של האם הנושאת מפניהם מופחת. לנוכח המחויבות הכלכלית המצומצמת, המוטלת על האם הנושאת, ובשל טיב ההתקשרות בין הצדדים ויחסה המשווער לצאצא,¹⁸⁷ נראה כי חששה מפני הכרה במעמדה כאם יהיה מוחלש. הטעון האמור מבוסס על הערכה אינטואיטיבית ומחייב בדיקה מחקרית. לנוכח המציאות העוסקת במקרים הפוכים, שבהם מבקשת אם נושאת לזכות במעמד הורי, ניתן יהיה לטעון, כי דווקא עמדה משפטית גמישה, שתאפשר בנסיבות מיוחדות הכרה במעמדה על פי רצונה, תעודד אימהות נושאות להשתתף בתהליך. עם זאת ברור שהכרה גורפת באפשרות זו תרתיע הורים מזמינים מלהתקשר בהסכם לאימהות נושאת, ובכך תפגע בשאיפה להבטיח את יכולתם להקים משפחה. מכאן שהכרה באימהות האם הנושאת בניגוד לרצונם של ההורים המזמינים צריכה להיעשות במשורה ולנוכח קיומן של נסיבות מיוחדות.

לסיכום, בהיעדר מחלוקת בין הצדדים (וזהו המצב השכיח) יכיר הדין במימוש רצונם של הצדדים בד בבד עם הגנה על צרכיו של הילד והבטחת יתר האלמנטים שלהם השיח מחויב. על פי רוב יוגשם בהקשר זה ההסדר המוסכם עובר לטיפול ההפריה, ולפיו בתום ההיריון תמסור האם הנושאת את הצאצא לידי ההורים המזמינים תוך ניתוק זיקת האימהות בינה ובינו. על פי השאיפה להגשים את רצון הצדדים ובכפוף לשמירה על טובת הילד, ייתן הדין תוקף אף להסדרים שתוכנם אחר, הסדרים שיאפשרו לאם הנושאת לקיים זיקת אימהות כלפי הצאצא, תוך שימור הקשר בין הצדדים, חלוקת הסמכויות והזמן.¹⁸⁸ הסדרים מוסכמים (בכפוף, כאמור, להבטחת יתר מרכיבי השיח) הנם המוצלחים ביותר להפעלה בהקשרי משפחה.

187. מעורבותה בתהליך, הכרוכה בחשיפת זהותה, קשרים שיצרה עם ההורים המזמינים ורגשות שאפשר להעריך שתפתח כלפי הצאצא.

188. להצעות בנוגע לתוכנו של ההסכם האמור, ראו: Kandel (לעיל, הערה 185), בעמ' 227.

עיקר הקושי נוגע כמובן להכרעה בנסיבות שבהן הצדדים חלוקים. בנסיבות אלה אפשר יהיה להכיר באימהות של האם הנושאת, במשולב עם הורותם של המזמינים. הכרה בהורות משולבת עדיפה על פני שלילת האימהות של האם המזמינה, אך לא ברור אם היא עדיפה על פני מעמדה של האם הנושאת. עד שיגובש בסיס מחקרי להשוואה נראה ראוי, על בסיס שילוב בין כל השיקולים שפורטו, לשאוף לפתרון פשרני המשמר זיקה של האם הנושאת אך לא בהכרח מעניק לה מעמד הורי כולל. בהתאם לשיח היחסים יש לשאוף לפתרון מוסכם שיושג בהליכי גישור. בהיעדר הסכמה תובטח ההורות המשותפת או הזיקה הנמשכת באמצעות הכרעה שיפוטית, הדומה לזו הנערכת במקרה של מחלוקת בין הורים פרודים בנוגע למשמורת ילדיהם. תוכן ההסדר יעוצב בהתאם לנסיבות המקרה, מאפייניהם של הצדדים, רצונותיהם ובראש ובראשונה בהתאם לצורכי הילד הקונקרטי.

הקו שהוצע כאן דומה לקו המותווה בחוק הישראלי, אך ישנם כמה הבדלים מרכזיים. הפתרון ששורטט כאן מבטיח את מעמדה האימהי של האם המיועדת. בשונה מן החלופות הקבועות בחוק הסכמים לנשיאת עוברים, לא תנותק זיקת ההורות בין האם המיועדת ובין הצאצא, אלא בנסיבות חריגות שבהן מתקיימות העילות הקבועות בחוק האימוץ. בכך נחרצת יותר ההצעה שהובאה כאן מן החוק המקנה לבית המשפט שיקול דעת בעניין קביעת מעמדה של האם המיועדת. בד בבד, שרטטה ההצעה שהובאה כאן הכרה רחבה יותר גם במעמדה של האם הנושאת. כך, אם הביעה האם הנושאת רצון לשמר את הקשר בינה ובין הצאצא ורצונה זכה להסכמת ההורים המיועדים, תוסדר חלוקת התפקידים ביניהם לפי רצונם, באופן המאפשר עקרונית הורות משולבת של שלושתם. במקרה של התנגדות מצד ההורים המיועדים, לא תוכר האם הנושאת כאם נוספת אלא בנסיבות מיוחדות ואולם תוכל לשמר, כמעט לעולם, זיקה חברתית אחרת (לא הורית משפטית) עם הצאצא. שני המאפיינים האמורים מלמדים, כי ההצעה מוכנה להכיר במבנה הורות משולב, המאפשר הכרה (גם אם לא תמיד מלאה) בשלושת הגורמים שהשתתפו בהבאת הצאצא לעולם. אפשר שבעתיד, אם המחקר לא יראה כי הורות משולבת יוצרת קושי מיוחד ובוודאי אם יתברר כי קיים יתרון בקביעת האם הנושאת כאם משפטית נוספת, תתמוך ההצעה בהורות משפטית מלאה של שלושת הגורמים. לעת עתה, נראה רצוי להסתפק בהכרעה פשרנית המשמרת את זיקתה החברתית של האם הנושאת לצאצא בלי שיוקנה לה מעמד הורי מלא, אלא בנסיבות מיוחדות.

ז. במקום סיכום: הורות בעידן הגנטי – היבטים עקרוניים

החדרת טכניקות ההולדה המלאכותיות לשימוש שגרתי משקפת ומובילה את השינויים החברתיים שהצבעתי עליהם, ובהם התמקדות באינדיבידואל ולא במשפחה שאליה הוא משתייך, מחויבות לעקרונות החירות והאוטונומיה במובנם המפריד והמבודד, וחיידוד מאפיינים של תחרות, ניכור ומסחור בתחום המשפחה. מצד אחד, נובע השימוש בטכניקות ההולדה המלאכותיות, בין על ידי בני זוג הטרוסקסואלים, בני זוג הומוסקסואלים, בנות זוג לסביות או נשים וגברים המבקשים לגדל את ילדם בלא בן זוג, מן הדגש החברתי על הגשמת האוטונומיה ומן ההכרה החברתית הגוברת באמצעים למימושה. מצד שני, מחדדות

טכניקות ההולדה, משום האופן שבו נבחר יישומן, תפיסות המדגישות את הפרט ואת עמדתו המתנכרת והקונפליקטואלית. השפעות אלה ניכרות בכמה היבטים. שימוש בטכניקות הולדה מלאכותיות המשלבות סיוע גורם הורי נוסף (בענייננו, תורם תא מין או אם נושאת) עשוי לעתים להיות כרוך במאבק בין המתמודדים על המעמד ההורי. קנה המידה המקובל להכרעה בשאלת קביעת ההורות, במאבק בין תורם תא המין להורה המיועד, או בין האם הנושאת להורים המיועדים, נעוץ בשיח הזכויות ומושתת על מאבק היררכי בין זכויות ואינטרסים. התוצאה המקובלת בינארית, ניצחון או הפסד (הצד האחד זוכה להכרה בהורותו והאחר מנותק מכל זיקה כלפי הצאצא), תוך התעלמות ממחיר המאבק ומהשלכות התוצאה הנוקשה על הנוגעים בדבר.

בסוגיית נשיאת עוברים, עשויה המחלוקת לצוץ עוד לפני מסירת הילד, במהלך ההיריון. כך עשויות מחלוקות להתעורר בנוגע לאופן ניהול ההיריון, באשר להקפדה על סטנדרטים של תזונה ובריאות, לרבות עריכת בדיקות רפואיות במהלך ההיריון ובמקרים קיצוניים בנוגע לדרישה או לרצון לבצע הפסקת היריון. היבט זה כרוך במאפיינים המסחריים האופפים את ההתקשרות. הילד נתפס כטובין, ומכאן שנדרש כי "יסופק" בלא רבב, כשהוא "מושלם".¹⁸⁹ ברי, שמהלכים אלה כרוכים, בחלקם, ברצון להבטיח את בריאות הילד ואת טובתו שלו, ולא רק את צורכי הוריו.

היבט מנכר אחר, הכרוך בטכניקת ההפריה המלאכותית (IVF) והשימוש בה בנסיבות של אימהות נושאת, מודגש בדבריה של הלפרין-קדרי. כחלק מדיון רחב בהסדרה המשפטית הנוגעת לקשר אם-עובר ובנוגע לתופעה שעליה היא מצביעה של חידוד אלמנטים אדוורסריים בין האם לעובר,¹⁹⁰ קושרת הלפרין-קדרי בין הרחבת השימוש בטכניקות ההולדה המלאכותיות ובין חידוד אלמנטים מפרידים וקונפליקטואליים בין הצדדים לדבריה:

השימוש בהליך ה-IVF באורח כמעט סטנדרטי, ובהליכים קיצוניים יותר, כגון embryo flushing, מביא לידי קבלת רעיון הנפרדות והניתוק בין האם לעובר והיות העובר יחידה נפרדת ועצמאית כדבר מובן מאליו כמעט. כך שגם מכיוון זה, ההתפתחות האחרונה של מיסוד הפונדקאות בישראל מהווה נדבך נוסף בעיצוב האמהות בפסים של אדוורסריות.¹⁹¹

דברים אלה מוצאים חיזוק בממצאי מחקרה האנתרופולוגי של אלי תימן (Elly Teman) העוסק בחווייתן של אימהות נושאות בישראל. לשיטתה, ההפרדה התפיסתית בין האם לעובר, המושגת בתהליך שעוברת האם הנושאת עם גיבוש ההסכם והגשמתו, ומחוזקת

189. רות לנדאו, "תכנון משפחה, הפריה בסיוע וביטחוננו האישי של הילד במשפחתו", בטחון פוציאלי מד (תשנ"ה) 23, בעמ' 25-26.

190. הלפרין-קדרי (לעיל, הערה 4); רות הלפרין-קדרי, "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים - יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על ידי נשים הרות", פלילים ו (תשנ"ח) 261.

191. שם, בעמ' 336-337.

על ידי אלמנטים טכנולוגיים-רפואיים ובהם טכניקת האולטרא-סאונד המאפשרת להציג את העובר כישות נבדלת, מסייעת לאם הנושאת שלא להיקשר לעובר ומקלה את מסירתו בסוף התהליך.¹⁹² יש מי מבין האמהות הנושאות שבוחרות ללדת בניתוח קיסרי (ולעיתים בהרדמה מלאה) על מנת שלא לחוות את תהליך הלידה ולהימנע ממגע עם התינוק.¹⁹³ הליך תרומת הזרע כרוך אף הוא מטבעו בניכור האמור. על אף שמלכתחילה זיקת האבהות אינה כה הדוקה בשלב ההולדה, שהרי תפקידו הביולוגי של האב מתמצה עם קיום ההזרעה, עצם האפשרות לספק זרע בתשלום, להפקידו בבנק ולאפשר את השימוש בו מבלי שהתורם מודע לתוצאות מעשיו, קרי, הולדת ילד או כמה, הינו ביטוי מובהק לניכור האמור.

אלמנטים חוזיים ומסחריים חודרים דרך הסדרת הסוגיות האמורות לשיח המקובל בדיני משפחה. מן היומרה לשמר את העמדה הרואה במשפחה אלמנט מוגן, המצוי מחוץ למאבק השוק ולכללי המסחר, נותרות מטבעות לשון בלבד. "תורם הזרע" אינו תורם, אלא מוכר זרע, האם הנושאת, המוצגת כמי שממלאת את המשימה בהתנדבות, מתגייסת לעיתים קרובות בשל התמריץ הכלכלי הגלום בה, גם אם הוא מוצג כ"כיסוי הוצאות ממשיות". הילד נתפס כטובין הנדרשים להעברה כחלק מהגשמת החווה, ובמקרה של חזרת האם הנושאת מן החווה עשוי להיקבע תשלום המוגדר כהחזר הוצאות, אך משמעותו, לנוכח מעמדה הסוציו-אקונומי הטיפוסי של האם הנושאת, הוא כשל סנקציה.¹⁹⁴

החסיון המוטל על זהות תורם תא המין ומונע מן הצאצא העתיד להיוולד להתחקות אחר מוצאו, שלא התברר במסגרת מאמר זה, כרוך אף הוא באלמנט המסחר והניכור.¹⁹⁵ החסיון מקל על הצגת התרומה כסחורה הניתנת לחליפין תוך מחיקת מקורותיה ושטוש מוצאה. החסיון מנתק את הזיקה בין הצדדים, משחרר את בעל תא-המין או האם הפיזיולוגית מאחריותם למעשה ומהשלכותיו לטווח הארוך ומאפשר, כביכול, הפרדתם המוחלטת של הצדדים לאחר סיום "העסקה". מי שסייעו בהולדה "מועלמים" והולדת בן האנוש מוצגת ונתפסת כאילו אינה נוגעת אליהם. במובן זה מהווה החסיון ביטוי לניכור (בין ההורה הביולוגי לבין הצאצא) והוא סימפטום להתנערות מסטנדרט האחריות בהקשרים משפחתיים.

האלמנטים כרוכים אלו באלו. קביעת הסדרים המתירים הסכמים לנשיאת עוברים, הכוללים היבטים מעין מסחריים, ויצירת הסדרים המאפשרים סחר אנונימי בתאי מין,

192. Elly Teman, "Technological Fragmentation and Women's Empowerment : Surrogate Motherhood in Israel", 3 *Women's Studies Q.* (2001) 11.

193. אילנית חיות, "רחם להשכיר או פתרון סביר", הארץ - מוסף בריאות (29.10.2001) 1.

194. לא פעם תתקשה האם הנושאת להחזיר להורים המיועדים את שכרה, שכן כספים שקיבלה ל"כיסוי הוצאות" סביר ששימשו למחייתה. למצבן הסוציו-אקונומי הטיפוסי של אימהות נושאות ראו דו"ח ועדת אלוני (לעיל, הערה 66), בעמ' 62; בג"ץ משפחה חדשה (לעיל, הערה 37) בעמ' 453, 464.

195. על הדין הישראלי המעניק חסיון מלא לתורם תא המין ומאפשר הסתרת זהות האם הנושאת מן הצאצא ראו זפרן (לעיל, הערה 33), בעמ' 62-64, 72-73.

מחדדים את התהליכים שהוזכרו – החלשת האלמנטים המשפחתיים, הגברת המיסחור וחידוד הניכור בין בני המשפחה, גם אם כשלעצמם נועדו לאפשר יצירתה של משפחה. חשש נוסף שהוזכר, הכרוך בהולדה בעידן הגנטי, הוא החשש הגלום בהדגשת יתר של האלמנט הגנטי. חשש זה נוגע, כפי שהוסבר, לעיצוב המשפחה והקשרים בין חבריה ולתפיסה שתופס הפרט את עצמו. חשש זה כרוך במהותנות הגנטית. פירוק ההורות למרכיביה החברתיים והגנטיים, על רקע מציאות המדגישה את השפעת הגנים על עיצוב הפרט ועל רקע דיון מתמיד בפרויקט הגנום האנושי, עשוי לחדד את המשקל שנותן הפרט לפן הגנטי ואת החשיבות שהוא זוקף לו כגורם מעצב חיים. תופעה זו עלולה להתחדד, באופן פרדוקסלי, על רקע היעדרו של הגורם הגנטי וטשטוש זהותו. מן ההיבט המשפחתי, עלולה הפרזה בחשיבות הגנטית ובהשפעת הגנים על עיצובו הבריאותי והאישיותי של הפרט, להעביר את הדגש לקשרים גנטיים ולהמעיע בחשיבות הטיפוח והקשר ההורי-החברתי. בהצטרף לנחיתות המסורתית המיוחסת למשפחה הלא ביולוגית, עלולה התפיסה האמורה להציג את המשפחה החלופית, זו שבין חבריה לא מתקיים קשר גנטי, כנחותה ולעתים אפילו לקרוא לביטול הקשר החברתי או לבקש להחליפו בקשר גנטי ריק מתוכן. עם זאת חשוב להבהיר, כי גם עמדה קיצונית הפוכה אינה ראויה. האלמנט הגנטי אינו נטול כל ערך. לתרומה הגנטית עשויה להיות השפעה על עיצוב קשרי ההורות. יש לה משמעות, בין מגוון שיקולים נוספים, בשאלת קביעת ההורות והיא בוודאי נקודת מוצא להכרה בהורות בנסיבות של הולדה "טבעית".

הדגשת הפגמים הכרוכים בטכניקות ההולדה המלאכותיות עלולה להציג תמונה חד-צדדית. יש לזכור כי הולדה בסיוע הנה בראש ובראשונה דרך חלופית להולדה למי שמתקשים להגשימה בכוחות עצמם. תוצאתה היא הענקת חיים, פוטנציאל המאפשר רקמת קשרי הורות איכותיים והקמת משפחה למי שכמהים לה כל כך. בגין אלה ראוי להימנע מלקרוא לשלילה או איסור קטגורי של טכניקות ההולדה המלאכותיות. הפתרון טמון לא במניעת השימוש בהן אלא בהסדרתן. בהקשר זה אני סבורה כי שיח היחסים מצליח לספק מענה ראוי. הוא דוחה אלמנטים תחרותיים, חוזיים ומסחריים; הוא שם דגש על הקשר האנושי-משפחתי; הוא שואף להבטיח קשרים איכותיים; הוא מגן על החלש, הוא מחויב מחויבות מלאה לטובת הילד ורווחתו; והוא מטיל על השותפים להולדה סטנדרט של אחריות. בכל אלה יש כדי להבטיח יצירת הסדרים המשמרים את המשפחה כאי ביטחון, גם על רקע הרחבת השימוש בטכניקות ההולדה המלאכותיות. פרטי ההסדרים שהובאו כאן ביקשו להגשים יעדים אלה.