



טכנולוגיות פריון, זכויות וחרטה: מחשבות בעקבות בג"ץ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות

צבי טריגר*

א. מבוא. ב. חרטה או הסתמכות: פסק דין. ג. משפט, ערכים וטכנולוגיה.

א. מבוא

פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת תורם הזרע שהתחרט וביקש לחזור בו מהסכמתו בשל שינוי בהשקפת עולמו¹ הוא עשיר ומורכב. "העידן הגנטי", כלשונו של השופט רובינשטיין,² המאפשר רבייה אנושית אל-מינית,³ הוא זה שאפשר סכסוך משפטי יוצא דופן זה, והוא זה שמייצר בארץ ובעולם סכסוכים דומים, שעולים על כל דמיון, חדשים לבקרים.

בזמן הקצר יחסית שבו טכנולוגיות פריון נמצאות בשימוש, הספרות המשפטית ומאגרי הפסיקה התמלאו במאות תסריטים שאיש לא חזה, ובתי משפט ברחבי העולם נאלצו להכריע בסכסוכים כואבים וקשים, שאין בינם לבין התפיסה המסורתית של בית המשפט כמכריע בסכסוכים הרבה מן המשותף.⁴

ברשימה קצרה זו אתייחס לשתי סוגיות העולות מהפרשה, ואין בה כדי למצות את הדיון במלוא מורכבותו של פסק הדין. הסוגיה הראשונה שאדון בה היא קוצר ידו של המשפט להכריע בסוג מסוים של סכסוכים, שהסכסוך הנדון נמנה עליהם, ובערכם התקדימי הנמוך; הסוגיה השנייה קשורה למעמדו המיוחד של הפריון (היהודי) בתרבות הישראלית. מעמד מיוחד זה תרם לדעתי תרומה מכרעת הן להיווצרות הסכסוך והן לאופן שבו פסק בית המשפט.

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. תודה לארנה בן-נפתלי ולטל מימרן על הערותיהם.

1 בג"ץ 4077/12 פלוגית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013).

2 שם, פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

3 אני משתמש כאן במונח "רבייה אל-מינית" במשמעות מטאפורית של רבייה בלא קיום יחסי מין באמצעות שימוש בטכנולוגיות פריון. המשמעות הביולוגית של המונח שונה, והיא מציינת רבייה בלא התלכדות של תאי מין, אלא באמצעות שכפול גנטי מלא של הייצור ללא מעורבות של חומר גנטי מייצור נוסף בתהליך. רבייה זו מתקיימת אצל יצורים חד-תאיים, יצורים רב-תאיים פשוטים וצמחים מסוימים.

4 ראו להלן בחלק א'.



ב. חרטה או הסתמכות: פסק דין

השופטים שבים ומדגישים, ובצדק, את ההיבטים האנושיים של הפרשה.⁵ אין המדובר בסכסוך משפטי שבית המשפט רגיל לשפוט בו: תביעה חוזית או הליך פלילי, שבהם צריך להוכיח אחריות או אשמה. אמנם, העותרת מתרגמת את דרישותיה לשפה משפטית תוך שימוש בנימוקים חוקתיים (הזכות להורות) וחוזיים (פגיעה באינטרס ההסתמכות), אולם שלושת השופטים יוצאים מנקודת הנחה שלא ניתן להתייחס לעילות אלו כפשוטן. מאחורי השפה המשפטית עומדת כמיהה לילד בעל פרופיל גנטי מסוים מצד אחד, וחרטה על תרומת זרע מצד שני. קשה במקרה שכזה לדבר על אחריות אזרחית או על אשם כלשהו.

האם בית המשפט הוא הזירה הנכונה להכרעה בסכסוך כזה? לכאורה, אין זירה אחרת להכרעה כאשר מצד אחד עומדת אישה שרכשה מנות זרע מתורם ומצד שני עומד התורם, שאינו מעוניין בהולדת ילדים מתרומות הזרע שנתן בשל שינוי שחל בהשקפת עולמו מאז שתרם זרע. מישהו צריך להכריע, וייתכן מאוד שהשופטים הם האנשים הראויים ביותר מבין האפשרויות הקיימות. מצד שני, כפי שציינתי, זהו לא סכסוך משפטי "טהור". מדובר פה בהכרעה שאין בה תשובה נכונה או לא נכונה, אלא תשובה ראויה בעיני אנשים מסוימים ואולי לא ראויה בעיני אחרים. ניכר שתרגום העובדות לקטגוריות משפטיות מושפע במידה לא מבוטלת מהתוצאה הראויה בעיני המכריע.⁶ בשיטת משפט שמשענת על קיומם של תקדימים מחייבים, מקרים כאלה, ייחודיים כל כך (עד כדי כך שלא נחזו על ידי מנסחי טופס תרומת הזרע, שאין בו התייחסות למקרה של חרטה), נידונים להיות בעלי ערך תקדימי נמוך, שכן ככל שהמקרה "אנושי" יותר ומשפטי פחות, עולה המשקל שיש לתת לנסיבותיו הייחודיות ויורדת חשיבותו העקרונית. ייתכן מאוד שהפורום הנכון ליישוב סכסוך כזה הוא מחוץ לכותלי בית המשפט, במסגרת הליך גישור.⁷

בשל הייחודיות של טכנולוגיות פריון כצומת שבו נפגשים טכנולוגיה, משפט ורגשות, מקרים כאלה מתעוררים לעתים קרובות למדי ברחבי העולם. כך, למשל, גבר ניו יורקי מנסה בשעת כתיבת שורות אלה לזכות במשמורת על בנו התינוק שנולד לו ולבת זוגו מתרומת זרע אנונימית, לאחר שזו התאבדה, ככל הנראה כיוון שסבלה מדיכאון לאחר לידה. הגבר ובת הזוג המנוחה לא היו נשואים זה לזה. לפי החוק במדינת ניו יורק לבן זוג שאינו נשוי אין מעמד בשאלת המשמורת, כאשר הילד שגידל יחד עם בן הזוג המנוח אינו ילדו הביולוגי.⁸ החוק, שנחקק כדי להסדיר את מעמדם של הורים חורגים לא נשואים בנוגע לילדי בני זוגם, לא צפה מצבים שבהם בני זוג

⁵ ראו, למשל, עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' ד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 1 ו-34 לפסק דינה של השופטת ברק-ארזי ופס' 26 לפסק דינו של השופט עמית.

⁶ ראו, למשל, שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט עמית.

⁷ גם בבתי המשפט עצמם קיימים כיום הליכי שפיטה מתאימים יותר מההליך האדברסרי, כגון הליך השפיטה ההסדרי והליך השפיטה הטיפולי. ראו, למשל, קרני פרלמן "פרספקטיבה מגדרית ותרומתה לבחינת סגנונות ניהול של הליכי שפיטה" המשפט טז (2011) 525.

⁸ Ginia Bellafante, *When the Law Says a Parent Isn't a Parent*, N.Y. TIMES, Feb. 2, 2013.



לא נשואים מחליטים ביחד להוליד תינוק באמצעות תרומת תא רבייה ושימוש בטכנולוגיות פריון. אם יוחל החוק כפשוטו, ייווצר מצב אבסורדי שלפיו ילד שבא לעולם בעקבות ממאמץ משותף של גבר ואישה, ייחשב במקרה זה ליתום מאב ואם גם יחד, רק משום שהאב והאם לא היו נשואים זה לזה ועל אף שלא היה בא לעולם אלמלא הזוגיות שבמסגרתה הוא נוצר.

במקרה אחר שהתרחש בארצות-הברית, גבר נתבע לשלם מזונות עבור ילד שבת זוגו לשעבר ילדה מזרעו. הוא הגיש תביעה לפיצויים בעילה של עוולת פגיעה מכוונת ברגשות (Intentional infliction of emotional distress) נגד החברה לשעבר.⁹ טענתו הייתה שהוא קיים מין אוראלי עם חברתו לשעבר, רופאה במקצועה, והיא שמרה את הזרע שלו. לאחר מכן, היא הפרתה את עצמה וילדה. בדיקת רקמות אישרה שהגבר הוא האב הביולוגי. האישה טענה ש"זרע הוא מתנה" ("Sperm is a gift"), ולכן הוא לא היה יכול להעלות טענות מרגע ש"נתן" אותו. בית המשפט לערעורים של אילינוי קיבל את ערעורו של הגבר לעניין הנזק הנפשי, אבל דחה תביעה בעילה של גניבה. התיק הוחזר לערכאה שלמטה לדיון בטענת הגבר לגבי הנזק הנפשי שנגרם לו. הטענות שנטענו על ידי הצדדים אתגרו תפיסות באשר לאפשרות ההכרה בתאי רבייה כנכסים סחירים וכמושא לזכויות קנייניות.¹⁰

ג. משפט, ערכים וטכנולוגיה

שיעור הפריון הכולל (מספר הילדים הממוצע שאישה צפויה ללדת) עמד בישראל בשנת 2010 על כשלושה ילדים לאישה.¹¹ זהו שיעור פריון גבוה יחסית למדינות מפותחות.¹² שיעור השימוש בטיפולי הפריה לנפש בישראל הוא מהגבוהים בעולם.¹³ טכנולוגיות הפריון בישראל הן מהמפותחות בעולם, ויש בהן מספר הגבוה ביותר בעולם של מרפאות פריון לנפש.¹⁴ ולבסוף, הסבסוד הממשלתי של השימוש בטכנולוגיות פריון בישראל הוא מהגבוהים

Phillips v. Irons 883 NE 2d 1151 (2005), Illinois

גם בפרשת פלונית השופטים מתחבטים בשאלה אם דיני החוזים והקניין יכולים לחול כפשוטם על תרומת זרע. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, "נשים וגברים: 1990–2009" (2010). בשנים 1995 ו-2006 שיעור הפריון הכולל עמד על 2.88 ילדים לאישה. גיל האם הממוצע בלידה עלה מ-28.3 ב-1994 ל-30 ב-2010. גיל האם הממוצע בלידה ראשונה עלה מ-24.6 ב-1994 ל-27.2. שם. ככל שגיל היולדת הסיכוי לתמותת תינוקות עולה. היריון בגיל מאוחר נקשר גם לסיכון גדול יותר להפלות ולתחלואה של האם ההרה, של העובר ושל התינוק לאחר לידתו. שם, בעמ' 4.

Carmel Shalev and Sigal Gooldin, *The Uses and Misuses of In Vitro Fertilization in Israel: Some Sociological and Ethical Considerations*, 12 NASHIM 151 (2006)

Don Seeman, *Ethnography, Exegesis, and Jewish Ethical Reflection: The New Reproductive Technologies in Israel*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 340 (Daphna Birenbaum-Carmeli and Yoram S. Carmeli eds., 2010)



בעולם.¹⁵ בשנת 2010 קופות החולים הוציאו כ-400 מיליון שקלים, המהווים 1.4% מתקציב סל הבריאות לאותה שנה, על קטגוריית הפוריות (שכוללת טיפולי פוריות נוספים על הפריה חוץ-גופית).¹⁶

המימון הנדיב שישראל מעניקה למבקשים ולמבקשות להיעזר בטכנולוגיות פריון, כמו גם היותה של ישראל מובילה בתחום פיתוח טכנולוגיות הפריון משקפים את מעמדה המרכזי של ההולדה ושל ההורות הביולוגית (של יהודים) בישראל.¹⁷ התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות משקפות ערכים חברתיים.¹⁸ חברות אנושיות נוטות ליצור טכנולוגיות המשקפות את ערכיהן, אולם מרגע שטכנולוגיות אלה נוצרו, הן מחזקות ומשרישות את אותם הערכים.¹⁹ הטכנולוגיות הללו לא רק עונות על צרכים, אלא גם מחזקות צרכים קיימים ומעצימות אותם, ואף יוצרות צרכים חדשים.²⁰ במקרה של טכנולוגיות פריון, הן מעצימות את חשיבות הביולוגיה, דווקא כאשר נדמה היה שיש בהן כדי לקרוא תיגר על הביולוגיה ולאפשר למי שבעבר לא יכלו להפוך להורים (כמו למשל, לנשים רווקות) להוליד ילדים.

המשפט הישראלי הכיר בזכות להורות כזכות חוקתית.²¹ בית המשפט העליון פסק שלכל אדם "זכות יסוד לנישואין ולהקמת משפחה"²² ו"לכל אדם הזכות להקים משפחה ולהוליד ילדים".²³ עוד נפסק ש"בעידן שבו 'כבוד האדם' הינו זכות-יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונות להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".²⁴

על רקע זה, מפתיע להיווכח שאחת הדרכים המרכזיות, היקרות ואף המסוכנות (מבחינה רפואית) לממש את הזכות להורות – שימוש בטכנולוגיות פריון – מוסדרת בעיקרה בחקיקת משנה ובהנחיות פנימיות.²⁵ זאת, במיוחד לאור הרדיקליות (המסוימת) של חלק מהטכנולוגיות הללו, המתבססות על תרומת תאי רבייה, ואשר מאפשרות מראית עין של קשר ביולוגי להורים שאינם יכולים להוליד בלא תרומה שכזו. על אף שבמקרים שבהם

15 הכנסת – מרכז מחקר ומידע, "מידע ונתונים בנושא פריון ומודעות לפוריות בישראל" 3 (17 ביוני 2012).
16 שם.
17 צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" (טרם פורסם).
18 Gaia Bernstein & Zvi Triger, *Over-Parenting*, 44 UC DAVIS L. REV. 1221, 1236–1237 (2011).
19 DAVID ELLIOTT & RUTH ELLIOTT, *THE CONTROL OF TECHNOLOGY* 10 (1976).
20 ANDREW FEENBERG, *ALTERNATIVE MODERNITY: THE TECHNICAL TURN IN PHILOSOPHY AND SOCIAL THEORY* 227–228 (1995).
21 צבי טריגר "רישיון הורות" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 389, 398–399 (תמר מורג עורכת, 2010).
22 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נגד (2) 728, 781–782 (1999).
23 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נ (4) 661, 683 (1996).
24 ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1) 160, 175 (1997).
25 טריגר, לעיל ה"ש 17. בית המשפט בפרשת פלונית מבקר את היעדרה של חקיקה ראשית בהקשר זה, בעיקר בנוגע לתרומות זרע. ראו, למשל, עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופס' 32–33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.



נדרשת תרומת זרע או תרומת ביצית יש, לכאורה, קריאת תיגר על הביולוגיה, למעשה מדובר ביצירת ילד ביולוגי באמצעים אחרים, שכן זו עדיין עדיפה בעיני רבים על אימוץ.

ניצחונה של הביולוגיה ב"עידן הגנטי" בא לידי ביטוי גם בשפה ובמגבלותיה: שלושת השופטים מאמצים את הרטוריקה של התורם, ומדברים על זכותו של התורם שלא להיות אב לילד שנולד מן התרומה; הם מאזנים בין זכות זו לבין האינטרס של העותרת להוליד ילד נוסף מזרעו של התורם, כדי שהוא יהיה אב ביולוגי "מלא" לילדה שכבר נולדה מתרומת זרע של אותו תורם, ומוצאים שזכותו של התורם גוברת. אלא שעצם הגדרת הזכויות והאינטרסים המונחים על כפות המאזניים ככאלה אינה ניטרלית; היא מניחה עליונות של הורות ביולוגית על פני הורות משפטית או הורות תפקודית (שהרי בישראל תורם זרע אנונימי לא נחשב לאב מבחינה משפטית).

אבל חשוב מכך, יצירת איזון בין זכות התורם שלא להיות אב ביולוגי לבין האינטרס של העותרת מבטאת תפישה תרבותית מושרשת של הורות כקטגוריה "טבעית", ואילו ההורות היא למעשה קטגוריה תרבותית-פוליטית.²⁶ "אב" ו"אם" אינם קטגוריות טבעיות אלא קטגוריות תרבותיות ומשפטיות יצירות אדם. בתרבויות שונות בזמנים שונים הורים לא היו בהכרח מי שהולידו את הילד, ומי שהולידו את הילד לא בהכרח תפקדו כהורים.²⁷ איזון זכותו לכאורה של תורם זרע שלא להיות אב ביולוגי מניח שהוא אביו של הצאצא שנולד באופן זה, והנחה זו היא כאמור הנחה תלוית-תרבות ולא עובדה טבעית. בכך, למעשה, מקבלים בית המשפט והמשיב באופן עקיף (ואירוני) את השקפת עולמה של העותרת המשחזרת את תפיסת ההורות כנגזרת טבעית של הביולוגיה ולא כקטגוריה תרבותית, ואילו לצורך הפיכתה לאם היא נעזרה בקריאת תיגר על הטבעיות של ההורות הביולוגית ככזו המושגת בין גבר ואישה הטרנסקסואלים החיים ביחד כזוג, באמצעות היותה אם יחידנית המבקשת להשתמש בתרומת זרע. אם כן המרחק בין העותרת לבין המשיב, כך מסתבר, אינו כה רב, ככל שהדבר נוגע למרכזיות הביולוגיה בהגדרת ההורות.

Zvi Triger, *Introducing the Political Family: A New Road Map for Critical Family Law*, 13 THEO INQ L 361 (2013).

26

צבי טריגר פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרבות (טרם פורסם, 2013).

27