

התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי: בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת-ישראל

יוסי גרין*

תקציר

הזכות להורות, שהיא ביסוד-כל-היסודות, אינה כתובה עלי ספר. אף-על-פי-כן היא ניצבת במקום נעלה במדרג זכויות האדם החוקתיות. כמוה אף הזכות לבריאות, שאינה נופלת בחשיבותה משאר זכויות האדם. השתכללות הטכנולוגיה בתחום הפוריות יוצרת מתח בין שתי הזכויות ומציבה אתגר לא-פשוט בפני המחוקק, שכן עצם קיומה של טכנולוגיה רפואית אין בו כדי להצדיק שימוש לא-מבוקר בה.

מאמר זה מציג נקודת איזון בין הכמיהה להורות לבין הזכות להסתייע בטיפולי פוריות של ארבע קבוצות בחברה הישראלית שמקיימות תאים משפחתיים בהרכבים שונים ואשר נדרשות בשל כך לסיוע רפואי ביצירת ההיריון. מחד גיסא, הזכות להורות מצויה כאמור במקום גבוה במדרג הזכויות. מאידך גיסא, המחוקק הטיל מגבלות על קבלת טיפולי פוריות ועל המימון שתספק המדינה, ומגבלות אלה מונעות מקבוצות באוכלוסייה את הגישה לטיפול.

מסקנות המאמר הן כדלקמן: באשר למשפחה הדהורית, יש לאפשר למי שמעוניין להיות הורה יחידי להתקשר בהסכם פונדקאות, ובלבד שיוכח כי יש לו המסוגלות ההורית לספק את צרכיו וטובתו של היילוד העתידי. לגבי המשפחה המבקשת לממש את הורותה בגיל מבוגר על-ידי תרומת ביציות, יש להותיר את הגבלת הגיל שנקבעה בחוק, שהיא סבירה ומידתית. באשר לתא המשפחתי החד-מיני, אין לאפשר לבני-זוג חד-מיניים להתקשר בהסכם פונדקאות בארץ. ברם, בהתחשב במציאות המשתנה ובמספרם ההולך וגדל, אין מנוס מלאפשר להם לקיים הליך מקביל מחוץ לישראל, בכפוף לשני תנאים: התנאי האחד, הראשוני, הוא שהסדרים לגבי הליך הפונדקאות בחוץ-לארץ ייקבעו בחוק נפרד מחוק ההסכמים לנשיאת עוברים, ובו יובהר כי אין בהסדר משום הכרה – ישירה או עקיפה – בנישואים חד-מיניים ובלגיטימיות של תא משפחתי מסוג זה; התנאי האחר הוא שההתקשרות בהסכם הפונדקאות בחוץ-לארץ

* מרצה בכיר, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. תורתו לעורכת כתבי-העת מאזני משפט ד"ר שרון אהרוני-גולדנברג ולחברי המערכת, וכן לסוקרים האלמונים, על הערותיהם המועילות, אשר מצאו את ביטוי במאמר. האחריות הסופית היא שלי, כמובן.

תיעשה בפיקוח המדינה. בעיות הלכתיות, ככל שיתעוררו, ניתנות לפתרון. לבסוף, לגבי בני-זוג עם צרכים מיוחדים המקיימים תא משפחתי, זכותם להיבנות בסיוע רפואי תיגזר מטובת הילד העתיד להיוולד וממסוגלותם ההורית – ככל שאלה מובטחים, זכותם להורות גוברת, אך לא כך אם הצפי הוא שהם לא יוכלו להבטיח את טובת הילד שייוולד.

פתח-דבר

- א. המשטר המשפטי השורר בתחום הפריון
- ב. ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
 1. כבוד האדם
 2. השוויון
 - ג. התא המשפחתי
 1. התא המשפחתי – בין ישן לחדש
 2. המשפחה בדין העברי
 - ד. הזכות לבריאות
 1. הזכות ומקורה
 2. הזכות ומימושה – מבחני הגישה לטיפול הרפואי
 - ה. הזכות להורות
 1. הזכות – מהות ומגבלות
 2. הזכות להורות בדרך של הפריה חוץ-גופית
 3. הזכות להורות וחוק ביטוח בריאות ממלכתי
 - ו. התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי
 1. מבוא
 2. אוטונומיה מהי?
 3. האוטונומיה ההורית
 4. טובת הילד ומסוגלות הורית כשיקולים בהולדה
 - ז. הזכות להורות, החוק והתא המשפחתי
 1. על איזון בין אינטרסים מתחרים
 2. המשפחה החד-הורית
 3. הורות מבוגרת
 4. המשפחה החד-מינית: הולדה על-דרך הפונדקאות
 5. הזכות להורות של בני-זוג עם צרכים מיוחדים

סוף-דבר

פתח-דבר

"הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי"¹, זועקת רחל אמנו בכאבה – זעקה של עקרה החשובה כמתה.² אלפי שנים לאחריה, רחל המשוררת, שאף היא לא זכתה בפרי בטן, מדמה את עצמה לרחל אמנו בשירה "עקרה" (תרפ"ח): "בן לו היה לי! ילד קטן... עוד אתמרמר כרחל האם... עוד אחכה לו." הכמיהה להורות היא מן המפורסמות שאינה צריכה ראייה. לכל אדם מוקנית הזכות הטבעית להורות,³ זכות מולדת אשר טבועה בנפש האדם⁴ ובאה לו מן הטבע.⁵ הזכות לחוות הורות היא אחת מזכויות האדם, אף שאין היא כתובה עלי ספר. על רקע זה אך טבעי כי משאבים רבים, חומריים ואנושיים, הושקעו ומושקעים בפיתוח טכנולוגיות רפואיות שיסייעו למתקשים בהולדה בדרך הטבע. אכן, טיפולי פוריות⁶ כלולים בסל שירותי הבריאות, מובטחים על-ידי חוק ביטוח בריאות ממלכתי ונגישים לכלל הציבור.⁷ ברם, ההתקדמות המהירה בתחום הפרייון וטיפולי הפוריות כרוכה בעלויות גבוהות, בעוד המשאבים העומדים לרשות מערכת הבריאות מוגבלים. מטבע הדברים עולה השאלה אם כל המתקשה בהולדה בדרך הטבע יבוא וייעזר בטכנולוגיות אלה. האם מדינת-ישראל, באמצעות שלוחיה במערכת הבריאות, חייבת להעניק סיוע רפואי בתחום הפרייון ולממן את הטיפולים לכל המבקש?

חוק ביטוח בריאות ממלכתי, המושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית,⁸ תוך שמירה על כבוד האדם ופרטיותו,⁹ מבטיח ביטוח בריאות לכל תושב אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.¹⁰ הקצאת התקציב לבריאות בכלל, ולטיפולים ולטכנולוגיות האמורים להיכלל בסל שירותי הבריאות בפרט, היא פרי העדפה ערכית.¹¹ מקום מרכזי

- 1 בראשית ל 1.
- 2 בבלי, עבודה זרה ה, ע"א; בבלי, נדרים סד, ע"ב.
- 3 בג"ץ 4077/12 פלוגית נ' מדינת ישראל, פדאור (10)2013 744, פס' כו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (להלן: בג"ץ פלוגית).
- 4 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 681 (1996) (להלן: דנ"א נחמני).
- 5 ראו עוד בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 445 (2002) (להלן: בג"ץ משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים).
- 6 טיפולי פוריות הוגדרו על-ידי ועדה ציבורית, בראשות פרופ' מור יוסף, אשר מונתה על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות על-מנת לבחון באופן מקיף את ההסדרים הקיימים בתחום הפרייון וההולדה בישראל. הוועדה הגדירה "טיפולי פרייון" כ"שם כולל למגוון רחב של פרוצדורות וטכנולוגיות רפואיות, חלקן פשוטות וחלקן מורכבות וכרוכות בסיכון. חלקן ניתנות למטופל עצמו וחלקן מערבות צד שלישי בהליך, החל מהזרעה אישה בזרע בעלה, עובר לקבלת תרומת זרע או ביצית וכלה בשימוש בפונדקאית לצורך הבאת ילדים לעולם, או שילוב של כמה מאלה". ראו המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל 5 (2012) www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf (להלן: דוח ועדת מור יוסף).
- 7 הזכות לשירותי בריאות נקבעה בס' 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי), וסל שירותי הבריאות הוגדר בס' 7(א) לחוק.
- 8 שם, ס' 1.
- 9 שם, ס' 3(ה). על חוק ביטוח בריאות ממלכתי ראו בהרחבה כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 36-54 (הוצאת רמות, 2003).
- 10 ס' 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.
- 11 לסקירה נרחבת על מערכת הבריאות, ובכלל זה על המבנה שלה והתפתחותה, ראו יהודית ט' שובל ועפרה אנטון העיקר הבריאות: מבנה חברתי ובריאות בישראל (הוצאת ספרים ע"ש מאגנס, ירושלים, 2000); גבי בן-

בהכרעה מסוג זה תופסים ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹² מחד גיסא, אין זכות טבעית יותר מאשר הזכות לחוות הורות.¹³ מאידך גיסא, אין מערכת בריאות המסוגלת לתת מענה לכל אדם, לכל צורך רפואי, בכל זמן וללא הגבלה. אין חברה שמשאביה בלתי-מוגבלים. אין רשות – כזו הפועלת על-פי חוק – אשר רשאית ויכולה להתעלם מאילוץי תקציבי ולספק שירותים ללא חשבון, תהא חשיבותם של שירותים אלה רבה וחיונית ככל שתהא.¹⁴ אשר על-כן קבע המחוקק כי המדינה תממן אבחון עקרות וטיפול בבעיה, ובכך הגביל בעקיפין את הגישה לטיפולי הפוריות.¹⁵ הזכות להורות אינה רק הזכות לקבל טיפולי פוריות, ואף לא הזכות להעמיד צאצא בעזרה רפואית.¹⁶ הזכות להורות היא מכלול רחב יותר, המשתרע על החלטות נוספות בחיי הפרט הנוגעות בהקמת המשפחה, בהרפבה ובשימורה. הזכות להורות אינה מימוש המעשה הביולוגי (ההולדה) בלבד, אלא הזכות, שהיא חובה, לגדל את הילדים העתידים להיוולד ולנהוג בהם כדרך שהורה מסור היה נוהג בנסיבות העניין.¹⁷ הערך הגלום בהגנה על אוכלוסיית הקטינים ופסולי-הדין הוא חלק מתקנת הציבור, והוא תפקידה של המדינה.¹⁸

ההורות יכול שתיווצר בשלוש דרכים: בדרך הטבע; על-ידי צו של בית-משפט;¹⁹ ובסיוע רפואי, על-ידי הולדה על-דרך ההזרעה המלאכותית וההפריה החוץ-גופית, לרבות על-דרך הפונדקאות. עניינו של מאמר זה באוכלוסיות שאינן יכולות להיבנות – בין מסיבות רפואיות ובין מבחירה – אלא באמצעות הטכנולוגיות הרפואיות המאפשרות ליצור היריון לא דרך אישות. הגישה לטיפולי הפוריות הממומנים על-ידי המדינה מקימה לה את הזכות – ולעיתים אף את החובה – להתערב באוטונומיה של התא המשפחתי עד כדי מניעת הטיפול.

- נון, יצחק ברלוביץ ומרדכי שני מערכת הבריאות בישראל (משרד הביטחון – ההוצאה לאור, מהדורה שנייה, 2006).
- 12 להרחבה בעניין זה ראו עפרה גולן "קריטריונים אתיים לתערוף שירותי בריאות" משפט רפואי וביור-אתיקה 1, 22 (2008); אברהם שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית: הרופא, החולה והרפואה – באספקלריית ההלכה ומחשבת ישראל כרך רביעי 820 (מהדורה חדשה מורחבת, מעורכנת ומתוקנת, 2006).
- 13 ראו ע"א 451/88 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330 (1989) (להלן: ע"א פלונים).
- 14 בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 152, 143 (1993). הדברים צוטטו בהסכמה בע"ע (ארצי) 1020/01 מכבי שירותי בריאות – ברם, תק-אר 2003(2) 1937. ראו עוד בהקשר זה ע"ש (מחוזי ת"א) 1199/07 רביב נ' משרד הבריאות, תק-מח 2008(2) 11447.
- 15 ס' 7 ו-8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי; ס' 6(ד) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.
- 16 הגם שהשאלה אם הזכות להורות כוללת גם את הזכות להביא ילד לעולם באמצעות טיפולי פוריות נתונה במחלוקת. ראו לעניין זה: 85 MARY WARNOCK, MAKING BABIES: IS THERE A RIGHT TO HAVE CHILDREN? 85 (Oxford University Press 2002); Ann M. Massie, *Symposium on John A. Robertson's Children of Choice: Regulating Choice: A Constitutional Law Response to Professor John A. Robertson's Children of Choice*, 52 WASH. & LEE L. REV. 135 (1995); William C. Duncan, *Speaking Up for Marriage*, 32 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 915, 930 (2009).
- 17 ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות).
- 18 בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 (1998).
- 19 ס' 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק אימוץ ילדים); ס' 12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים או חוק הפונדקאות).

ההולדה על-דרך ההזרעה המלאכותית הינה טכנולוגיה המאפשרת לאישה להרות מבלי לקיים יחסי אישות. בשיטה זו נוטלים זרע שהתקבל מבין-זוגה של האישה או מתורם אנונימי ומחדירים אותו אל רחם האישה לשם יצירת ההיריון. כאשר ההולדה היא על-דרך ההפריה החוץ-גופית, יוצרים את ההיריון על-גבי צלוחית במעבדה על-ידי הפגשת תאי רבייה (היכולים להיות של בני-הזוג או של תורמים), ואת הביצית המופרית מחדירים לרחמה של אישה. הרחם יכול שיהיה של האישה שממנה נשאבה הביצית, יכול שהוא יהיה של אישה שאינה מייצרת ביציות אך מסוגלת לשאת היריון, ויכול שהוא יהיה של אם נושאת (פונדקאית) שתישא את ההיריון בעבור הזוג המזמין.

מאמר זה מבקש לבחון את זכותן של ארבע קבוצות באוכלוסייה, המקיימות תאים משפחתיים בהרכבים שונים, לקבל טיפולי פוריות במימון המדינה כדי לממש את הורותן: התא המשפחתי הראשון הוא התא החד-הורי (מרצון או לא מרצון); התא המשפחתי השני הוא תא הטרוגני המבקש לממש את ההורות בגיל מבוגר; התא השלישי הוא התא המשפחתי החד-מיני; והתא הרביעי הוא תא משפחתי הטרוגני שבו לבני-הזוג יש צרכים מיוחדים.²⁰

המשטר המשפטי השורר בארץ מטיל מגבלות על ההולדה באמצעות טכנולוגיות אלה. המגבלות הן משני סוגים: הסוג האחד הוא מניעת הגישה לטיפולי הפוריות, והסוג האחר הוא קביעת תקרה למימון הטיפול. מניעת הגישה מתבטאת במתן רשות להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים רק להורים מיועדים שהם איש ואישה,²¹ וכן בהגבלת גיל הנתרמת המבקשת להרות מתרומת ביציות.²² מגבלות אלה חלות גם על זוגות שיכולים לממן את טיפולי הפוריות. הגבלת המימון נעשית על-ידי העמדת ההשתתפות במימון הטיפול להולדת שני ילדים בלבד.²³ המתח בין הכמיהה לחוות הורות לבין המגבלות שבחוקי הפיריון הוא בלתי-נמנע.²⁴ אין ספק שעל המדינה להימנע ככל האפשר מהתערבות –

20 לעזרתן של משפחות אלה מן הקבוצה האחרונה עומדת הטכנולוגיה של אבחון גנטי טרום-השרשה (Preimplantation Genetic Diagnosis). טכנולוגיה זו מאפשרת לבצע אבחון גנטי לקדם-העובר (=הביצית המופרית) במעבדה לפני השרשתו ברחם. בדרך זו ניתן לגלות מחלות המועברות בתורשה לאחד המינים ולמנוע לידת ילד עם פגם. ראו יוסי גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה 423 ה"ש 1 (דיונון, 2008) (להלן: גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני). על שימושי הטכנולוגיה ראו שם, בעמ' 423–467. ראו עוד רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו – בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן" משפט ועסקים 1 451 (2007) והמקורות שם, בהערות-שוליים 31–34.

21 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

22 ס' 11 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות).

23 מבלי לנקוט עמדה בשאלה אם הסדר זה מוצדק אם לאו, אין ספק שהוא יוצר אי-שוויון בחברה בין מי שביכולתו לממן טיפולי פוריות בכלל, ומעבר להולדת שני ילדים בפרט, לבין מי שאין באפשרותו לממן את הטיפולים ונוקט לסיוע מהמדינה.

24 במונחים "חקיקת הפיריון" או "חוקי הפיריון" כלולים דברי חקיקה – הן חקיקה ראשית והן חקיקת-משנה – המסדירים את מגוון טיפולי הפוריות ודרכי הסיוע בהולדה לא בדרך הטבע. כאלה הם חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, חוק תרומת ביציות וכן תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 978 (להלן: תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית)) או תקנות הפריה החוץ-גופית). בספר החוקים מצויים דברי חקיקה והסדרים נוספים בתחום זה שאינם מענייננו כאן (ס' 311–318 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) בנושא הפסקת היריון; תקנות בריאות העם (כדיקת אבחנה פולשנית בהיריון), התשע"ב-2011, ק"ת 168.

באמצעות שלוחיה (הרופאים) – באוטונומיה של התא המשפחתי, היא מבנהו של תא זה אשר יהא. אולם ריסון זה אינו בלתי-מוגבל. אף שהלכה פסוקה היא כי אין כנגד הזכות להורות חובת עשה,²⁵ התערבות באוטונומיה של התא המשפחתי הינה מחויבת לעיתים, שכן על המדינה להגן על ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, על תקנת הציבור ועל מי שאינו יכול להגן על עצמו (היילוד העתידי). אם כן, מה היקף ההגנה על הזכות להורות מפני התערבות המדינה? באילו מקרים תוצדק ההתערבות באוטונומיה ההורית עד כדי שלילת הגישה לטיפול בכלל ובמימון המדינה בפרט?

דיון זה יוצא מכמה נקודות מוצא. ראשית, המאמר יתמקד בעיקרו בהיבט המשפטי, אף שברור כי אין בהיבט זה כדי למצות את הדיון בסוגיה רבת אנפין זו.²⁶ שנית, זכות משפטית – כל זכות – היא אינטרס שהחברה מצאה כי הוא ראוי להגנת הדין.²⁷ המדינה מצאה כי הזכויות מושא מאמר זה – הזכות לבריאות (ובכלל זה הזכות לטיפול פוריות) והזכות להקמת משפחה ולהורות – ראויות להגנתה. היקף ההגנה על הזכויות האמורות הוא פרי איזון בינן לבין הזכויות המתחרות (זכויותיו של היילוד העתידי) וערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כפי שהם אמורים לבוא לידי ביטוי בתקנת הציבור.

שלישית, כל עוד ההורות יכולה להתממש בדרך הטבע, אין המדינה מתערבת בחייהם הפרטיים של בני-הזוג ובהתנהגותם בחדרי-חדרים.²⁸ אולם כאשר ההיריון המיוחל אינו יכול להיווצר אלא בעזרה רפואית, גם אם ביכולתם של המטופלים לממן את טיפולי הפוריות, קמה למדינה זכות להתערב באוטונומיה ההורית.

רביעית, כפי שקבעה, ובצדק, השופטת ברק-ארז, "הטכנולוגיה פותחת בפנינו אופקים חדשים, ומעניקה לנו אפשרויות בחירה נוספות. אולם, העובדה שאפשרויות טכנולוגיות ומדעיות מאפשרות נקיטת צעדים מסוימים אינה מקנה, כשלעצמה, זכות לעשייתם".²⁹

25 בג"ץ פלוגית, לעיל ה"ש 3.

26 וכך כתב הנשיא שמגר לפני יותר משני עשורים: "כל שיחה על סוגיות בענייני לידה היא מעצם טבעה יומרנית ומעוררת רגשות-יתר. היא יומרנית – מאחר שבפנינו נושאים מורכבים ורבי-פנים, שהיבטם המשפטי אינו יכול למצות את מהותם ותיאורם. קיים כאן קליידוסקופ של יסודות המעוגנים בדיסציפלינות שונות, בהן רפואיות, פילוסופיות, תיאולוגיות וחברתיות, שאינם משתבצים לתוך המידורים המשפטיים המקובלים ואינם מתמצים על ידי נקיטת אמות מידה חוקיות בלבד... הסוגיות הללו מעוררות רגשות-יתר, כי הן נוגעות במישורין בעצב החשוף של ההווה. הרוב המכריע של הסוגיות המשפטיות לסוגיהן לקוח אמנם, לפי עצם טבעו, מן החיים, אך יש עניינים התוקפים את הבעייתיות של קיומנו האנושי באופן חזיתי, במרכז ולא בעקיפין...". מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21, 21 (1991). הדברים צוטטו בהסכמה על-ידי השופטת שטרסברג-כהן בפתיח לפסק-דינה בפרשת נחמני, והיא הוסיפה עליהם את הדברים הבאים: "אנו ניצבים לפני נושא מורכב ורבי-פנים שהיבטו המשפטי אינו יכול למצות את מהותו. הנושא גרוש משקעים רגשיים, אנושיים, אישיים ובין-אישיים, פסיכולוגיים, וסוציולוגיים ומעלה שאלות של מוסר, של דת, של אתיקה, של ערכים חברתיים ושל נורמות משפטיות." ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד (מט) 485, 494 (1995) (להלן: ע"א נחמני).

27 חיים כהן המשפט 512 (ירושלים, 1991). עוד על אינטרסים וחזיונות, ועל השאלה מהו אינטרס המוגן על-ידי המשפט, ראו בג"ץ פלוגית, לעיל ה"ש 3, פס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ופס' 23–25 לפסק-דינו של השופט עמית.

28 ע"פ 224/63 בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 225 (1964).

29 בג"ץ פלוגית, לעיל ה"ש 3, פס' 32 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

חמישית, טיפולי פוריות אינם טיפולים מצילי חיים. אי-מימון הטיפול על-ידי המדינה אינו כרוך בסיכון חיים. רופא המסרב לתת את הטיפול אינו מסכן את חיי המבקשים את עזרתו, ואין סירובו של הרופא נוגד את כללי האתיקה הרפואית³⁰ ואת תקנת הציבור עצמה.³¹ לבסוף, יודגש כי איני מתעלם מהתהליכים החברתיים העוברים על החברה בישראל. תהליכים אלה, ככל שהם נוגעים בענייננו, מובילים להקמת יחידות משפחתיות שלא שְׁעָרוּם אבותינו (חד-מיניות) וליצירת תבניות אשר שונות מכל שידענו.³² מוסכם כי אין בבחירת דרך חיים, כזו או אחרת, כדי לשלול זכויות כלכליות המוענקות לכל אדם מכוח חוק ו/או הסכמים. עם זאת, לא הרי רישום במרשם האוכלוסין³³ והענקת זכויות פנסיה³⁴ כהרי העמדת צאצאים. זכותו של ילד לגדול אצל הורים המסוגלים לספק את צרכיו מחייבת את המדינה לבחון, אף בטרם נוצר, את הסיכוי שהוא יזכה בכך לכשייוולד. כיוצא בזה, אין בבחירת דרך החיים כדי להקנות זכות להיבנות בסיוע רפואי למי שאין פגם רפואי בפוריותו.

במאמר שבעה פרקים: בשני הפרקים הראשונים תונח התשתית העובדתית והעיונית הנצרכת לדיון. בפרק הראשון יוצג ההסדר המשפטי הנוהג בארץ בתחום הפריון. בפרק השני יוגדרו הערכים של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הקשורים לדיוננו. במסגרת זו יתמקד הדיון בשניים מן הערכים המוגנים בחוק-היסוד – כבוד האדם והשוויון הנגזר ממנו³⁵ – מתוך הבנה ששלילת הגישה לטיפול פוריות ומניעת הסיכוי להיבנות ללא הצדק סביר עולים כדי פגיעה בשני ערכי-היסוד הללו של הדמוקרטיה והיהדות גם-יחד. הפרק השלישי יעסוק במעמדו של התא המשפחתי ובמאפייניו בעבר

30 כלל טו לכללי האתיקה של ההסתדרות הרפואית בישראל קובע כי "הרופא רשאי שלא לתת טיפול רפואי לבקשת המטופל, אם הבקשה מנוגדת לעמדתו המקצועית, למצפנו או לאמונתו". אתיקה רפואית – כללים וניירות עמדה 34 (אבינעם רכס עורך, ההסתדרות הרפואית בישראל, 2010) (להלן: אתיקה רפואית). ראו גם שם, בעמ' 75–76.

31 יודגש כי ההנחה שאין הרופא חייב לסייע לחולה שאינו בסכנת חיים, המבקש טיפול רפואי (טיפול פוריות), אינה מוסכמת על הכל. לדידי, דווקא לאחר זניחת מערכת היחסים הפטרנליסטית בין הרופא לבין החולה אין די בהסכמתו מדעת של החולה לטיפול לחייב את הרופא לטפל בו. גם לרופא יש זכות לאוטונומיה, ואין לחייבו ליתן טיפול הנוגד את מצפנו ושיקול-דעתו המקצועי. ראו יוסי גרין משפט ורפואה: יחסי חולה-רופא 106–108 (תל-אביב, 2003) (להלן: גרין משפט ורפואה). מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש חולקות על כך, וסבורות כי פרשנות מרחיבה של החובה לשמור על כבוד החולה ופרטיותו מובילה למסקנה כי יש לחייב את הרופא להעניק טיפול רפואי לחולה שביקש זאת. לטענתן, הכרה מוחלטת בזכותו של הרופא להימנע מלהעניק טיפול רפואי אינה עולה בקנה אחד עם מטרותיו של חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 (להלן: חוק זכויות החולה), לא כל שכן כאשר מדובר בסירוב למתן טיפולי פוריות, שמטרתם להגשים את חלום ההורות. מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" רפואה ומשפט 33, 13, 29 (2005). ראו עוד דניאל שפרלינג "מצפון, התנגדות עקרונית ואתיקה בסירוב למתן טיפול רפואי לדרישת המטופל" הרפואה 147, 398 (2008).

32 בג"ץ 566/11 ממש-מגד נ' משרד הפנים, פדאר 2014(4) 677, פס' א לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (להלן: עניין ממש-מגד).

33 ראו בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא(3) 537, 564 (2006) (להלן: פרשת בן-ארי). ראו הרחבה להלן בה"ש 309.

34 ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

35 ס' 2, א ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק-היסוד).

ובהווה. לתא המשפחתי הגרעיני ההטרסקסואלי יש מקום נכבד ביישובו של עולם, קרי, בהמשכיות.³⁶ אך האם כדי להשיג מטרה זו תותר ההולדה בכל הרכב משפחתי, בכל מחיר ובכל דרך? הפרק הרביעי ייוחד לדיון בזכות לבריאות, ובפרט במקורה ובהיקפה, ככל שהם מבססים את אפשרות הגישה לטיפול פוריות. הזכות לבריאות, שהיא למעשה אגד של זכויות, אינה כתובה עלי ספר, אך אינה נופלת בחשיבותה משאר זכויות האדם. בפרק החמישי תידון בהרחבה הזכות להורות – מקורה, מעמדה והיקפה. בהקשר זה ימוקד הדיון בשני פניה של הזכות להורות: הפן השלילי, שמשמעותו שאין להתערב בהחלטת המולידים – יהא מעמדם האישי אשר יהא – לממש את זכותם לחוות הורות; והפן החיובי, שפירושו חובת עשה לסייע בהולדה, ככל שקיימת חובה כזו. הפרק השישי יתמקד בגבולות התערבותה של מערכת המשפט באוטונומיה של התא המשפחתי. ככלל, אין מערכת המשפט מתערבת באוטונומיה של התא המשפחתי אלא מטעמים כבדי-משקל.³⁷ בפרק זה יידונו האוטונומיה ההורית, המסוגלות ההורית וטובת הילד כשיקולים בהבאתו לעולם. הפרק השביעי יעסוק בזכותן של ארבע קבוצות באוכלוסייה, המקיימות תאים משפחתיים בהרכבים שונים, לחוות הורות בעזרה רפואית: המשפחה החד-הורית; המשפחה ההטרונגית שלא הצליחה להיבנות במשך השנים כמו-גם זו המבקשת לממש את ההורות בגיל מבוגר; המשפחה החד-מינית; והמשפחה עם הצרכים המיוחדים.

א. המשטר המשפטי השורר בתחום הפריון

הזכות לקבל טיפולי פוריות מעוגנת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי הן ברמה העקרונית והן ברמה הפרטנית. ברמה העקרונית החוק מבטיח את זכותו של כל תושב לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.³⁸ שירותים אלה מושתתים על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית,³⁹ ויינתנו תוך שמירה על כבוד האדם ופרטיותו.⁴⁰ ברמה הפרטנית החוק מבטיח טיפולי פוריות במימון המדינה הכוללים אבחון עקרות, כגון תבחנים לצורך בירור עקרות, וכן טיפול בעקרות בדרך של הפריה מלאכותית, כולל טיפולים להשבחת זרע וטיפול הורמונלי. באשר לטיפול הפריה חוץ-גופית, טיפולים אלה יינתנו, לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני, לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים וכן לאישה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד-הורית.⁴¹ לאחרונה הורחבה מסגרת הטיפול כך שישמש גם לשימור פוריות אצל ילדות, נערות ונשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות, שעלול לפגוע בפוריותן. השירות יינתן מבין החלופות הבאות: שימור עובריים, שימור ביציות או שימור רקמת

36 ספר החינוך, מצווה א; טור שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א.

37 ע"א 413/80 פלוגית נ' פלוגי, פ"ד לה (3) 57, 81 (1981) (להלן: ע"א פלוגית נ' פלוגי).

38 ס' 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. המדינה אחראית למימון סל שירותי הבריאות מהמקורות המנויים בס' 13 לחוק (שם, ס' 3(ב)).

39 שם, ס' 1.

40 שם, ס' 3(ה).

41 שם, ס' 6(ד) לתוספת השנייה.

שחלה; ויוענק לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים, וכן לאישה, לנערה או לילדה בלא ילדים.⁴²

דבר החקיקה המתייחס לחולה עצמו ומסדיר את זכותו לקבל טיפול רפואי, ובכלל זה טיפולי פוריות, הוא חוק זכויות החולה.⁴³ לעניין זה אין נפקא מינה לכשירותו של המטופל; פגיעה מנטלית אינה מפחיתה מזכויותיו אלא בדרך המימוש.⁴⁴ אכן, כל הנוקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים במערכת הבריאות בישראל.⁴⁵ זאת ועוד, זכותו של החולה לקבל טיפול רפואי נאות – הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית והן מבחינת יחסי-האנוש.⁴⁶

כאמור, חוק ביטוח בריאות ממלכתי מקנה את הזכות לקבל טיפול רפואי מכוח חקיקה פרטנית. טיפולי הפוריות מוסדרים בדברי חקיקה ראשית ובדברי חקיקה משנית בהתאם לסוג הטכנולוגיה המסייעת להיבנות. כך, הליך ההפריה החוץ-גופית מוסדר בחקיקת-משנה. במסגרת התקנות נקבעו התנאים לביצוע ההפריה החוץ-גופית, ובכלל זה הפריית ביצית מזרע שניטל מבנק הזרע⁴⁷ והחזרתה לרחמה של אישה פנויה (רווקה,⁴⁸ אלמנה⁴⁹ או גרושה⁵⁰). כמו-כן נקבע כי ניתן, בהתקיים תנאים מסוימים שנקבעו בתקנה, להשתיל בגופה של אישה בישראל גם ביצית שניטלה והופרתה מחוץ לישראל.⁵¹

באשר להתקשרות בהסכם פונדקאות עם אם נושאת נקבע הסדר בחוק מיוחד מן המתקדמים בעולם. לענייננו חשוב לציין כי הסכם ההתקשרות מחייב את אישורה של ועדת האישורים,⁵² וכי רק איש ואישה שהם בני-זוג זכאים להתקשר בהסכם עם אם נושאת.⁵³

חוק נוסף הוא חוק תרומת ביציות, שמטרתו להסדיר תרומת ביציות למטרת הולדה תוך שמירה מרבית על כבודן, על זכויותיהן ועל בריאותן של התורמת והנתרמת.⁵⁴ החוק

42 שם, ס' 6 (17) לתוספת השנייה, אשר הוסף לחוק בס' 1(2)א) לצו ביטוח בריאות ממלכתי (שינוי התוספת השנייה לחוק), התשע"א-2011, ק"ת 1380.

43 טיפולי הפוריות כשלעצמם הם "טיפול רפואי" כמשמעותו בס' 2 לחוק זכויות החולה, שהרי הם נועדו לסייע בידי הזוגות המתקשים להרות בדרך הטבע. עקרות הנגרמת מסיבה רפואית הינה "מחלה" שהטיפול הרפואי נועד להתגבר עליה. ראו בהקשר זה, על-דרך ההיקש, הלהן ה"ש 54. ראו עוד גרין משפט ורפואה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44-47.

44 ראו פרק א' (ס' 1-4) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות).

45 ס' 3א) לחוק זכויות החולה.

46 שם, ס' 5.

47 תק' 5 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית). ראו עוד תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979, ק"ת 1448.

48 תק' 8(ב)1 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית).

49 שם, תק' 8(ב)2.

50 שם, תק' 8(ב)3.

51 שם, תק' א2.

52 שם, ס' 2(1).

53 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. על הגבלות נוספות ראו גם ס' 2 לחוק. ראו עוד בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5.

54 ס' 1 לחוק תרומת ביציות. יוער כי בס' 2 לחוק זה המחוקק מגדיר את הפרוצדורה כטיפול רפואי: "השתלת ביציות", 'השתלה' – טיפול רפואי לשם החדרת ביציות שנשאבו מגופה של אישה, בין אם הן מופרות ובין אם

קובע כי אם "מטופלת שהיא תושבת ישראל, שמלאו לה 18 שנים וטרם מלאו לה 54 שנים, אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים [לנשיאת עוברים]", אזי באפשרותה להגיש בקשה לתרומת ביציות.⁵⁵

הסדרים אלה מגבילים את הגישה לטיפולים לקבוצות מסוימות באוכלוסייה, ולכן יש לבחון אם הם אינם נוגדים את ערכי כבוד האדם והשוויון, שמהם נגזרת הזכות לאוטונומיה, לרבות האוטונומיה של התא המשפחתי. לשון אחר, האם פגיעה זו בזכויות מטופלים – המעוגנת בחקיקה המאוחרת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מגן על ערכים אלה – עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה, ובפרט הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל?⁵⁶

ועדת מור יוסף גיבשה שורה של המלצות שיפורטו בהמשך. המלצות אלה כוללות מתן גישה לטיפולי פוריות לזוגות וליחידים נשואים ושאינם נשואים, הגבלת גיל במסגרת טיפולי פוריות, הרחבת מעגל הזכאים להתקשר בהסכם פונדקאות בצד מגבלות גיל וכן הכרה בפונדקאות שנעשתה בחוץ-לארץ.⁵⁷ בהסתמך על המלצות ועדת מור יוסף אישרה לאחרונה ועדת השרים לענייני חקיקה תיקון לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד).⁵⁸ בתזכיר החוק כלולים תיקונים רבים, ביניהם תיקון להגדרת "הורים מיועדים" שבסעיף 1 לחוק (הרשאים להתקשר בהסכם פונדקאות) על-ידי מחיקת המילים "איש ואשה", במטרה לאפשר גם לאישה ללא בן-זוג ולאיש ללא בת-זוג להתקשר עם אם נושאת בהסכם לנשיאת עוברים.⁵⁹ כמו-כן, מכיוון שהחוק בנוסחו הנוכחי אינו כולל התייחסות להליכי פונדקאות הנעשים מחוץ לישראל, מוצע להוסיף פרק שיסדיר את הנושא של הסכמים לנשיאת עוברים שנעשים מחוץ לישראל.⁶⁰

ב. ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

אי-אפשר לדון בערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מבלי להזכיר את המחלוקת בין המשנה לנשיא בית-המשפט העליון השופט אֶלון ז"ל לבין הנשיא ברק יבדל"א בפירוש הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית".⁶¹ לשיטתו של המשנה לנשיא

לאו, לאברי הרבייה של אישה אחרת.

55 שם, ס' 11.

56 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

57 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15–17. המלצות הוועדה התקבלו ברוב דעות. על ההסתייגויות ראו להלן.

58 תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014, www.shituf.gov.il/discussion/802 (להלן: תזכיר לתיקון חוק ההסכמים לנשיאת עוברים).

59 שם, ס' 2(1) (תיקון ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים).

60 שם, ס' 9.

61 ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

אלון, ערכיה של המדינה ה"יהודית ודמוקרטית" יונקים מערכיהן של מורשת ישראל ושל מורשת היהדות: "תכלית דו-ערכית זו – מדינה יהודית ודמוקרטית – חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בידינו." 62 המגמה צריך שתהא מציאת הסינתזה והמכנה המשותף לתכלית שלובת-ערכים זו. 63 "ודוק: מדינה] יהודית ראשונה היא נזכרה ובאה, ואחריה – ודמוקרטית. שהרי השורשים, שנתסו בעיון וביישום של דורי דורות, הם הבטוחה והערובה הנכונים לצורכי ההווה ופני העתיד." 64 לפיכך "מצווים שופטי ישראל, בדונם בזכויות היסוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפרש הוראות חוק יסוד זה, הן מבחינת הגדרתן של זכויות היסוד והן לעניין עקרון האיזון בזכויות היסוד... לא רק לפי ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש, אלא גם, בעת ובעונה אחת, לפי ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית." 65 עם זאת, המשנה לנשיא אלון מודע לכך שלמרות המאמץ הפרשני לא תמיד ניתן ליישב בין ה"דמוקרטית" לבין ה"יהודית". 66

הנשיא ברק, לעומתו, סבור כי הדיבור "יהודית ודמוקרטית" אינו כולל בחובו שני ניגודים, אלא השלמה והרמוניה. תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" ייקבע על-פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתו:

"יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי-דתי, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה (הדבר מתבטא, בין השאר, בלשון ובמועדי המנוחה). ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק וכיצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי." 67

גישתו של המשנה לנשיא אלון היא דעת מיעוט. אף-על-פי-כן היא עדיפה בעיני

62 בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338, 343 (1992).

63 מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 670 (1993) (להלן: אלון "דרך חוק בחוקה"). ראו גם מנחם אלון "חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 27 (1996). על גישתו של השופט אלון בכלל ראו אריאל בנדור ושולמית אלמוג "הביקורת השיפוטית על-פי השופט מנחם אלון" משפטים כה 481 (1995). ראו עוד ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785 (1981) (להלן: עניין הנדלס); מיכאל קורניאלדי "מפתח הפסיקה, הכולל יסודות מן המשפט העברי, של השופט מ' אלון, בליווי דברי מבוא" משפטים כה (נספח) 1 (1995).

64 אלון "דרך חוק בחוקה", שם, בעמ' 673 (ההדגשות במקור).

65 שם, בעמ' 668 (ההדגשה במקור).

66 ע"א 506/88 שפר, קטינה, באמצעות אמה ואפוטרופסיתה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 168 (1993) (להלן: עניין שפר).

67 אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 30–31 (1992). ראו גם אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 342 (נבו, 1994) 342 (ברק פרשנות חוקתית).

בשל השאיפה ליצור סינתזה בין שני ערכים אלה, המשלימים כאמור זה את זה.⁶⁸ בהקשרנו, ההתחבטות אם להתיר את הגישה לטיפול פוריות ועד כמה לאפשר את מימוש הזכות להורות אינה מנותקת מהשיקולים הערכיים. לכן, אף שבמדינה דמוקרטית כולם שווים לפני החוק, ראה המחוקק לנכון להגביל את אפשרות הגישה של המתקשים בהולדה בדרך הטבע לטיפול פוריות, וזאת לא בכדי, שכן הצלחת הטיפול והולדת ילד משנות את מערכת הזכויות והחובות של התא המשפחתי. אסור שהכרעה מסוג זה תהיה בניגוד לערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. לפיכך זכותה של המדינה – ואף חובתה – להתערב באוטונומיה ההורית כדי להגן על ערכיה של מדינת-ישראל. ערכים אלה עומדים למעשה על שני אדנים המשלימים זה את זה ושלובים זה בזה: האדן האחד הוא החוקי-הפורמלי, והאחר הוא הערכי-המוסרי, ושניהם אמורים לשקף איזון בין האינטרסים המתחרים של המעורבים בהליך ההולדה.

הביטוי "ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" הוא שם כולל למכלול ערכיה של החברה. ניתן לזהות ערכים אלה עם תקנת הציבור, המשקפת את מכלול הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולקדם.⁶⁹ אומנם, תקנת הציבור תבחן על-פי השקפת-עולמה של החברה בהתחשב בזמן ובמקום,⁷⁰ אך יש ערכים והשקפות של מוסר ותרבות יהודיים שאינם משתנים.⁷¹ כך, לדוגמה, בעיני רבים משכב זכר נוגד את ערכי היהדות,⁷² חרף העובדה שאיסורו בחוק המדינה בוטל.⁷³ לעומתם, יש ערכים המשתנים עם הזמן, ואלה נקבעים בכל עת על-ידי המחוקק, וכן על-ידי בית-המשפט, הממלא את המושג "תקנת הציבור" בתוכן.⁷⁴ כבוד האדם כאדם, השוויון בין בני-האדם וההולדה במסגרת

68 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 513 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום).

69 טובה שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז 523, 525 (2002). ראו עוד בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 778 (1993) (להלן: עניין אפרת); ע"א נחמני, לעיל ה"ש 26, בעמ' 502; ע"א 5715/95 וינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792, 808 (2000) (להלן: עניין וינשטיין).

70 ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85, 94 (1977). וכך מסביר זאת השופט שמגר (שם): "אין ספק, כי הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה וכי התוויית תחומיה של עילת פסלות זו ודרכי יישומה לנסיבותיו של כל מקרה הן מלאכתה העצמאית והייחודית של כל שיטת משפט. זאת ועוד, אך מובן שהתפיסות בכגון דא משתנות עם חלוף העתים ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה."

71 ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1332 (1963); ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 462, 433 (1997).

72 ויקריא יח 22.

73 ס' 351 לחוק העונשין, האוסר משכב זכר, בוטל בשנת 1998.

74 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 68, בעמ' 532. עם זאת, חשוב לציין כי שיקול-דעתו של בית-המשפט בנידון אינו שרירותי. ראו את המחלוקת בין השופטים ברק ואלון בשאלה אם כדי למלא מושג ערכי זה בתוכן על בית-המשפט להיוקק לחוק יסודות המשפט ולערכי מורשת ישראל. השופט ברק סבר כי אין השופט ניצב בעניינים אלה בפני "שטח ריק", ואין אפשרות להיוקק בעניין זה להוראותיו של חוק יסודות המשפט (עניין הנדלס, לעיל ה"ש 63, בעמ' 798–799). השופט אלון, לעומתו, סבר, ברעת מיעוט, כי מושגי משפט שיוסדם במערכי מוסר ובערכי תרבות, כגון תקנת הציבור, צריך שיתפרשו על-פי השקפות-היסוד המושרות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי (שם, בעמ' 793–796).

התא המשפחתי הם ערכים שהיקף ההגנה עליהם יכול שישתנה, אך לא תוכנם המהותי. ברוב המקרים ניתן להגיע לסינתזה בין הערכים הדמוקרטיים לבין אלה היהודיים, אך זכות המשפחה החד-מינית להעמיד צאצאים אינה מתיישבת עם ערכיה היהודיים של המדינה, ולכן הכף נוטה לטובת ערכיה של המדינה היהודית. גישה זו מצאה את ביטוייה בתנאי-הסף שנקבע בחוק שלפיו ההורים המיועדים יהיו איש ואישה – תנאי ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל. עם זאת, איני מתעלם מהדעה הנוגדת כי במקרה שקיימת סתירה בין הערכים היהודיים לבין אלה הדמוקרטיים, ההגבלות בחוק אשר מעוגנות בערכיה היהודיים של המדינה ויוצרות אי-שוויון בחברה הן חסרות תוקף מכיוון שהן אינן עומדות בתנאיה של פסקת ההגבלה.⁷⁵

ממכלול ערכים אלה בחרתי להתמקד, ובקצירת האומר, בשלושה: שניים מהם – כבוד האדם והשוויון – מייד בסמוך; והשלישי – המשפחה ומעמדה – בהמשך. ההתייחסות למהותם של ערכים אלה נדרשת כדי לבחון אם שלילת הגישה לטיפול פוריות מקבוצות אוכלוסייה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם כאדם, ואם שלילת מימונם של טיפולי פוריות ממי שנוקף להם פוגעת בשוויון ויוצרת הפליה פסולה בין בני-אדם.

1. כבוד האדם

כבוד האדם באשר הוא אדם נגזר מבריאתו בצלם.⁷⁶ מכבוד האדם נגזרות הזכות לאוטונומיה והזכות לחוות הורות.⁷⁷ כבוד האדם, כאחד מערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מוגן בחוק-היסוד.⁷⁸ זכות האדם לכבוד היא חלק מן המשפט הפוזיטיבי בישראל ועומדת על רגליה-היא.⁷⁹ קיומה לא היה מותנה בחקיקת חוק-היסוד. חוק-היסוד אינו יוצר את הזכות מעיקרה, אלא מגבש אותה בהוראה סטטוטורית, וקובע את ההסדרים המיועדים להגן עליה: איסור הפגיעה בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם,⁸⁰ והגנה על חייו, על גופו ועל כבודו של כל אדם.⁸¹ עם זאת, בהיות הזכות לכבוד זכות יחסית, ניתן לפגוע בה ולהגבילה ב"חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".⁸²

המחוקק אינו מגדיר מהו כבוד האדם שעליו בא חוק-היסוד להגן. הוא גם אינו מגדיר

75 מיכל טמיר (יצחקי) "הזכות לשוויון של הומוסקסואלים ולסביות" הפרקליט מה 94, 116 (2000). ראו עוד תמ"ש (משפחה ת"א) 6960/03 ק' צ' נ' מדינת ישראל, פדאור 2004(15) 672.

76 בראשית א' 27.

77 שמגר, לעיל הש"ש 26; בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (להלן: בג"ץ עדאלה).

78 ס' 2 ר-4 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו עוד ס' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

79 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית כרך א' 137 (נבו, 2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית). ראו עוד ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 841 (1994) (להלן: ע"א פלוני נ' אלמוני).

80 ס' 2 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.

81 שם, ס' 4.

82 שם, ס' 8.

את טיבה, מהותה ותוכנה של הזכות המוגנת. ממילא, אין המחוקק מגדיר מהי התכלית הראויה המצדיקה פגיעה בחוק. את הערך ומהותו הגדיר נשיא בית-המשפט העליון השופט שמגר בע"א פלוני נ' אלמוני:

"כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצוניות, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש, לזכות לתשומת הלב הראויה של החברה שבה הוא חי, להשיג דעת או לסרב לדעת, כרצונו."⁸³

כיוצא בזה כתב הנשיא ברק:

"ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים... 'כבוד האדם' מתמקד ביחיד ובחופש הרצון שלו."⁸⁴

ככלל, אין כבודו ופרטיותו של אדם מוגנים אלא כאשר הוא עצמו אינו פוגע בכבודו ובחירותו של הזולת. "כבוד האדם, ככל זכות, חייב להיבחן תוך הקפדה על ההתחשבות בזכויותיהם של אחרים"⁸⁵ שכן "האדם אינו עומד לעצמו כפרט בודד. האדם הוא חלק מחברה... זכויות האדם הינן, איפוא, זכויותיו בחברה מאורגנת; הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו. מכאן, שכבוד האדם הוא כבודו כחלק מחברה ולא כמי שחי על אי בודד."⁸⁶ כאשר זכויות של פרטים מתנגשות זו בזו, ינסה בית המשפט "לערוך איזון ביניהן ולשקול, זו לעומת זו, את מידת הפגיעה של הפעלת כל אחת מן הזכויות בזכויותיהם של אחרים."⁸⁷ עמד על כך פרופ' ברק:

83 ע"א פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 79, בעמ' 842.
 84 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271, 277 (1994) (להלן: ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית").
 85 שם, בעמ' 843.
 86 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 496, 464 (2005) (להלן: בג"ץ עמותת מחויבות לשלום). ראו עוד בג"ץ 6417/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: בג"ץ התנועה לאיכות השלטון); רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נו(5) 385 (2003). על פסקת ההגבלה ראו בהרחבה בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995) (להלן: בג"ץ מילר); בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993); אורן גול "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד 381 (1998).
 87 ע"א פלוני נ' אלמוני, לעיל ה"ש 79, בעמ' 843.

"כבוד האדם" מתמקד ביחיד ובחופש הרצון שלו. עם זאת, היחיד הנהנה מכבוד האדם אינו יחיד החי על אי בודד... 'כבוד האדם' של הפרט חייב להניח, כנקודת מוצא, התחשבות בכבוד האדם של הזולת. אין להכיר במלוא חופש הרצון של הפרט, כחלק מכבוד האדם שלו, אם בכך הוא פוגע בכבוד האדם של פרט אחר. אדם אינו זכאי להגנה על כבודו אם הוא אינו מוכן להגן על כבוד זולתו.⁸⁸

נמצינו למדים כי אף שכבוד האדם הוא ערך מוגן, אין הוא גובר תמיד על ערכים אחרים המתנגשים בו, כל עוד הפגיעה בכבוד האדם עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת-ישראל.⁸⁹ כדי להשיג את האיזון הראוי בין ההגנה על כבוד האדם, מחד גיסא, לבין הגבלתה, מאידך גיסא, על כל אחד בחברה לגלות סובלנות כלפי האחר, להבין את האחר ולהכיר בצורך לכבד את שונותו ואת ערכיו.⁹⁰

2. השוויון

קולמוסין רבים נשתברו על ערך השוויון כנדבך מרכזי בשיטת המשפט בישראל.⁹¹ גם ערך זה נגזר מבריאת האדם בצלם. בית-המשפט העליון עמד על כך עוד קודם לחקיקת חוק-היסוד,⁹² ובמשנה תוקף לאחר חקיקתו. בשורה של פסקי-דין הדגיש בית-המשפט כי השוויון הוא עמוד-התווך של הדמוקרטיה,⁹³ כי הוא מהווה "עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן".⁹⁴ עם זאת, בית-המשפט טרם הכריע בשאלה אם הזכות לשוויון ואיסור ההפליה מעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁵

88 ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית", לעיל ה"ש 84, בעמ' 277.

89 עניין שפר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 106.

90 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 68, בעמ' 481. ראו עוד מאיר שמגר "כבוד האדם ואלומות" משפט וממשל 33 ג, 42 (1995).

91 ראו יצחק זמיר ומשה טובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה 165 (2000); פרנסס רדאי "על השוויון משפטיים כד 241 (1994); אריאל בנדור "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי" ספר שמגר: מאמרים חלק א 287 (2003); אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" קרית המשפט א 17 (2001); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 271 (מהדורה חמישית, 1997); דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה 297, 315-321 (2000).

92 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כד(1) 693, 698 (1969) (להלן: עניין ברגמן); בג"ץ 953/87 פורו נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988) (להלן: בג"ץ פורו).

93 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 415 (2002); בג"ץ 10026/01 עדאלה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 31, 39 (2003).

94 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273 (2000) (להלן: עניין קעדאן). ראו גם בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 86, פס' 40 לפסק-דינו של הנשיא ברק. לביקורת על פסק-הדין בעניין קעדאן ראו אורי שטרומן "דמוקרטיה מתגוננת" נקודה 309, 44 (2008).

95 בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167 (1998).

על מרכזיותו של השוויון בשיטת המשפט בישראל אין חולק.⁹⁶ הכל מסכימים כי הוא "נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו",⁹⁷ וכי "אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי".⁹⁸ לדברי השופט ברק, "אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה".⁹⁹ להתנהגות לא-שוויונית כלפי שווים יש תוצאות הרסניות לפרט ולחברה כאחד. לדברי השופט חשין, "הפליה (אמיתית או מדומה) מוליכה אל תחושה-של-קיפוח ותסכול, תחושת-קיפוח ותסכול מישירים אל קנאה, ובכוא קנאה תאבד תבונה... נכונים אנו לשאת בעול ובסבל ובמצוקה אם נדע כי גם זולתנו כמותנו ועמנו, אך נתקומם ולא נשלים במקום שבו יקבל זולתנו – השווה לנו – את שאנו לא נקבל".¹⁰⁰ השופט ברק מסביר כי "הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בכניית החברה, בידעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה".¹⁰¹

הפליה פסולה הסותרת את ערך השוויון פירושה מתן יחס לא-שווה ולא-הוגן לאלה הראויים ליחס שוויוני. אי-השוויון בא לידי ביטוי ביצירת הבחנה בין אדם לאדם או בין עניין לעניין מטעמים לא-רלוונטיים.¹⁰² לעומת זאת, שוני ענייני בין בני-אדם עשוי להצדיק הבחנה ביניהם, ובלבד שזו תהא מושתתת על יסוד רלוונטי.¹⁰³ פעמים דווקא החתירה להחלת ערך השוויון המהותי מצדיקה התייחסות המבחינה בין מגזרים שונים, תוך מתן העדפה לנוקד וגריעה מבעל היכולת.¹⁰⁴ לפרקים מתחייבת אף העדפה מתקנת, כדי לתקן פער וקיפוח עמוקים פרי דורות רבים. עם זאת, אין להתעלם מהקושי הטמון בהגדרת השוויון, וכפועל יוצא מכך בקביעת הגבול בין שמירה על השוויון לבין תיקון עוול באמצעות הפליה המתקנת. הקושי טמון למעשה בקביעת אמות-המידה לשונות בין האוכלוסיות.¹⁰⁵

- 96 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 460, 441 (1994).
- 97 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 92, בעמ' 698.
- 98 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 806, 800 (1978).
- 99 בג"ץ פורו, לעיל ה"ש 92, בעמ' 332.
- 100 בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 204, 193 (1998). הדברים צוטטו בהסכמה על-ידי הנשיא ברק בעניין קעדאן, לעיל ה"ש 94, בעמ' 273.
- 101 בג"ץ פורו, לעיל ה"ש 92, בעמ' 332.
- 102 בג"ץ 6671/03 אבו גנאם נ' משרד החינוך, פ"ד נט(5) 589, 577 (2005) (להלן: עניין אבו גנאם).
- 103 בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 507, 501 (1989) (להלן: בג"ץ כפר ורדים); בג"ץ מילר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 133; בג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 312 (1997) (להלן: בג"ץ רקנט); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330 (1998) (להלן: דנג"ץ רקנט); בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 706—707 (1989) (להלן: עניין צבן).
- 104 בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 366 (2004). ראו עוד פרנסס רדאי "על העדפה מתקנת" משפט וממשל ג 145 (1995); יופי תירוש "ייצוג הולם לבני שני המינים בשירות המדינה" משפטים ל 183 (1999).
- 105 בג"ץ מילר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 133. ראו עוד בהקשר זה, ובשניים המחויבים, פרנסס רדאי "על השוויון"

נמצא, אם כן, כי כבוד האדם מגן על ערך השוויון הנגזר ממנו. פגיעה בשוויון על רקע השתייכות קבוצתית, מין וכיוצא בהם מהווה פגיעה בכבוד האדם של המשתייכים לקבוצה המופלית. על הרשויות השלטוניות ועל כל הפועלים מטעמן לנהוג בדרך שוויונית ביחסם למקבלי השירות.¹⁰⁶ אין בכך, כמובן, כדי לשלול פעולות שמטרתן לתקן עוולות מתמשכות, ובלבד שיהיה בסיס ל"שונות" העומדת בבסיס ההפליה המתקנת. כפי שיבואר בהמשך, גם אם במגבלות החלות בהקשר של טיפולי פוריות יש משום פגיעה בשוויון, פגיעה זו מידתית. "השונות הרלוונטית" במקרה זה תתבסס על מגבלה רפואית להרות כתנאי-הסף לכניסה אל "קבוצת השווים".

ג. התא המשפחתי

1. התא המשפחתי – בין ישן לחדש

החברה האנושית הכירה במשפחה כבעלת תפקיד חשוב בחברה וכערך הראוי להגנת המשפט הבין-לאומי:

"The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state."¹⁰⁷

הזכות להינשא כדי להקים משפחה נקבעה אף היא באותה אמנה:

"Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family."¹⁰⁸

בתי-המשפט בישראל הכירו בזכות להקים משפחה כזכות חוקתית, אשר פגיעה בה יורדת לשורש מהותו של האדם כאזרח בן-חורין:

"למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים

מעמד האשה בחברה ובמשפט 19 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, שוקן, 1995).
 106 ראו בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962). עוד יוער כי פגיעה בשוויון הגוררת בעקבותיה פגיעה בכבוד האדם אינה בהכרח פגיעה שיש עימה השפלה. עמד על כך בית-המשפט בפרשת אדם טבע ודין: "פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד חייבת לקבוע את מידותיה החוקתיות. אין לצמצמה אך לעיניניים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה. אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי-היסוד. פרשנותה הראויה של הזכות לכבוד צריכה לנווט עצמה בין שני הקצוות." בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 518 (2002).

107 ס' 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם.

108 שם, ס' 116(1).

ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם...¹⁰⁹

"בהקמת משפחתו, מעצב האדם את הדרך בה הוא חי את חייו ובונה את עולמו הפרטי..."¹¹⁰

עם זאת, אין צריך לומר כי המושג המקובל של "נישואים" מתייחד רק להתקשרות בין גבר ואישה. אין זו הגבלה של הזכות לנישואים, כי אם פועל יוצא מעצם המושג "נישואים" כפי שמקובל לתפוס אותו.¹¹¹ לכן אין המחוקק הישראלי מגדיר את המובן מאליו, קרי, מהי משפחה ומה הרכבה. ניתן למצוא התייחסות למוסד המשפחה בחוקים שונים ולעניינים ספציפיים – למשל, בחוק מס הכנסה,¹¹² בחוק הבטחת הכנסה,¹¹³ בחוק מניעת אלימות במשפחה¹¹⁴ ועוד¹¹⁵ – אך לא הגדרה.

סמוך לאחר בריאת האדם אמר האל כי "לא טוב היות האדם לבדו, אעשה לו עוזר כנגדו."¹¹⁶ העוזר כנגדו היה מאז ומעולם האישה, ויחד הם הרכיבו את התא המשפחתי הגרעיני. אין תמה שבעבר הייתה מדיניותו של בית-המשפט העליון להכיר במשפחה הטבעית כיחידה הבסיסית של החברה. משפחה כערך בתרבות היהודית התבססה על נישואים והולדה (ורבייה), כפי שביטא זאת השופט זילברג לפני יותר מארבעה עשורים:

"אין אני סבור, כי כיוון התקדמותו של המין האנושי הוא לעבר ההשתחררות מכבלי הקשר המשפחתי. רק כאשר ילדים יגדלו על העצים, תתרחש ישועה שכזאת! כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו, והאם זקוקה לחבר, שישתתף אתה בצער גידול בנים, לא תסוף המשפחה, ולא תעבור מן העולם. אין קיום לחברה האנושית, אלא אם-כן שומרים כבבת-העין על התא הראשוני שלה, הוא תא המשפחה."¹¹⁷

109 בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 77, פס' 25 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

110 שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

111 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ראשון 269 (1984).

112 ס' 1, 264, 466ג(4), 66ג(5) ו-76ד(1) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961.

113 ס' 2(5) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980.

114 ס' 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991.

115 ראו פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 557.

116 בראשית ב 18.

117 ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1021 (1962). השוו לדברים שכתב גולאק, מראשוני החוקרים במשפט העברי, שנים רבות לפני כן: "ייחוס הקרבה נקבעים כדרך שהם קיימים בטבע ואין הם משתנים על פי רצון האדם או על ידי מעשים מלאכותיים שהוא עושה." אשר גולאק יסודי המשפט העברי חלק ג 11 (תל-אביב, תרפ"ב). ראו עוד מיכאל קוריןאלדי דיני ירושה – צוואות, ירושות ועזבונות 38–39 (הוצאת לשכת עורכי-הדין, 2008). ייתכן לכאורה שעצם העובדה שאין בחקיקה הגדרה של המשפחה והרכבה אינה מעידה בהכרח כי מדובר בווג הורים הטרוסקסואלים. ניתן לטעון כי העדר ההגדרה בחקיקה מעיד על האפשרות לכלול בהגדרת המשפחה גם תא משפחתי בהרכב שונה מהמשפחה הטבעית. בהתאם, אפשר שדבריו של גולאק מלמדים לכל-היותר על זיקה הורית גנטית, שאינה בהכרח במסגרת תא נישואים. איני סבור כן. גולאק התייחס למשפחה הטבעית, ההטרוסקסואלית, הקיימת מקדמת דנא, ולא למשפחה החד-מינית, שאין בה בהכרח קשר גנטי בין בני-הזוג לבין ילדם.

החרה החזיק אחריו המשנה לנשיא אֶלֶן בהכרעת הדין בעניין ניתוקו של ילד ממשפחתו הביולוגית ומסירתו לאימוץ:

"...התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית, הלוא היא המשפחה הטבעית, צאצאיה ענפיה ופארותיה ובוודאי ובוודאי שכך הוא בתולדותיה של האומה העברית, שבה היה התא המשפחתי, במובנו המצומצם והרחב, המוסד המרכזי להטבת קיומה ורציפותה, ובוודאי שכך מצווים אנו בימינו אנו עת רוחות סוערות ומשברים חדשים לבקרים פוקדים את מוסד המשפחה הטבעית ומחלישים את כושר תפקודה."¹¹⁸

שנים רבות לאחר-מכן חזר וקבע השופט חשין כי התא המשפחתי הוא תא-היסוד של החברה האנושית, שעליו נבנות חברה ומדינה.

"כולנו נסכים – כיצד נוכל אחרת – כי אדם, כל אדם, קנה זכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה. הברית בין איש ואשה, חיי המשפחה, נוצרו לפני היות המדינה ולפני שזכויות וחובות באו לעולם. תחילה היתה בבריאית האדם, ואדם הוא איש ואשה. וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת-הָאָדָם בְּצַלְמוֹ, בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ: זָכָר וּנְקֵבָה, בָּרָא אֹתָם (בראשית, א, כז). וכך נבראו אדם וחווה. איש נזקק לאשה ואשה נזקקת לאיש: עַל-כֵּן יַעֲזֹב-אִישׁ אֶת-אָבִיו וְאֶת-אִמּוֹ וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבֶשֶׂר אֶחָד (בראשית ב, כד). כך נכרתה ברית בין איש לאשה, ועם היוולד הילדים קמה ונהייתה המשפחה המורחבת."¹¹⁹

הנה כי כן, מעמדה של המשפחה המסורתית – המורכבת מאב, מאם ומילדיהם – נקבע בהווה היהודית כערך. זו המסורת הקדומה השומרת על המסגרת היהודית מקדמת דנא, וערכה רב בהמשכויות קיומו של עם ישראל.

המשפחה המסורתית מתאפיינת בשלושה מאפיינים: קשר זוגיות בין איש ואישה,¹²⁰ שמעוגן בקשר משפטי (נישואים),¹²¹ ואשר כולל קיום יחסי אישות בין בני-הזוג המוביל להעמדת צאצאים במסגרת התא משפחתי. בשנים האחרונות אנו עדים לתהליך יצירה

118 ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434 (1978) (להלן: ע"א פלוני).

119 בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 77, פס' 46 לפסק-דינו של השופט חשין.

120 בבג"ץ עדאלה השתמש בית-המשפט במונח "חיים משותפים", בעומרו על חשיבותו של מאפיין זה: "בלב ליבה של הזכות החוקתית לחיי משפחה ולנישואין, נמצאים החיים המשותפים, תחת קורת גג אחת." פס' 9 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

121 אומנם, בעבר היה קיים מוסד ה"ידועה בציבור", אשר התאפיין גם הוא באותם שלושה מאפיינים, אך הוא היה תמיד מחוץ למסגרת הנישואים הפורמלית. על מוסד ה"ידועה בציבור" והתפתחותו ראו, בין היתר, דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (1973); שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741 (2002).

של תא משפחתי בהרכב שונה מהתא המסורתי. הולכת ותופסת מקום יותר ויותר הגישה הרואה במוסד הנישואים מוסד חברתי שמערכת המשפט אמורה להלכישו לבוש חוקי. כך מוקמת המשפחה החד-הורית מבחירה או מאילוץ, וכך מוקם התא המשפחתי החד-מיני, תוך דרישה להגנת מערכת המשפט על התא בהרכבו המחודש. הזוגיות נהפכה לעיקר, ולא בהכרח בין איש ואישה. הנישואים אינם עוד תנאי להקמת התא המשפחתי.¹²² נוצרים הסכמי זוגיות לצורך הפריה חוץ-גופית.

עם זאת, יש להבחין בין החריגות השונות מהמבנה המשפחתי המסורתי. כך, התא המשפחתי החד-הורי, לדוגמה, הגם שאינו אידיאל שיש לשאוף אליו, אינו נוגד את המוסר היהודי. גם כשרותו של הילד הנולד לפנויה על-דרך ההפריה החוץ-גופית אינה נפגמת.¹²³ אולם התא המשפחתי החד-מיני נוגד את מורשת ישראל. לכן אין בזוגיות ובקיום יחסי המין בין חברי התא המשפחתי החד-מיני כדי להקים או להחשיבם תא משפחתי. אכן, נכון למועד כתיבתו של מאמר זה, בית-המשפט העליון אינו נוקט עמדה ואינו מכיר בנישואים בין בני אותו מין:

"איננו מכירים בסטטוס חדש של נישואים אלה; איננו נוקטים כל עמדה באשר להכרה בישראל של נישואין בין בני אותו מין הנערכים מחוץ לישראל (בין בין תושבי ישראל ובין בין מי שאינם תושבי ישראל). התשובה לשאלות אלה, בהן אין אנו מכריעים היום, קשה היא וסבוכה..."¹²⁴

איני בא לחלוק על הזכות להקים תא משפחתי החוסה תחת הזכות לכבוד, וגם לא על הענקת הזכויות הסוציאליות ל"משפחה החדשה".¹²⁵ אני בא לחלוק על הטענה הגורפת כי להקמת התא המשפחתי ה"חדש" נלווית הזכות להעמיד צאצאים בעזרה רפואית. לדעתי, יש ליתן פרשנות מצמצמת לזכותו של כל אדם להשתייך לתא משפחתי כרצונו ולחיות חיי משפחה בדרכו שלו. יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה את עצמו

122 ראו פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643 (2005).

123 גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 176–178. על ההולדה על-דרך ההפריה החוץ-גופית בהלכה ראו שם, בעמ' 147–150.

124 פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 569.

125 לנוכח המציאות המשתנה, פגיעה בזכותם של הומוסקסואלים ולסביות להקים משפחה ולקיים חיים משותפים אכן עולה כדי פגיעה בכבודם כאדם. יוער, עם זאת, כי אין בהכרה בזכות להקים משפחה כדי להמעט מההתנגדות העקרונית להקמת תא משפחתי חד-מיני, לא כל שכן להכרה במוסד הנישואים של חד-מיניים. עוד יצוין כי בארץ לא הוכרו נישואים חד-מיניים. רישום במנהל האוכלוסין כנשואים אינו מהווה הכרה במוסד הנישואים. פקיד מרשם האוכלוסין אינו מוסמך לבחון את תקפות הנישואים משהוצגה לפניו תעודת נישואים מחוץ-לארץ. לפיכך איני שותף ל"שמחתו" של יובל מרין על תבוסתה של "התפיסה המסורתית" של מוסד הנישואים בארצות-הברית והעדפת העמדה התומכת בפתיחת מוסד הנישואים לפני זוגות בני אותו מין. ראו יובל מרין "חירות, שוויון ונישואין חד-מיניים" המשפט ברשת: זכויות אדם, מבזקי הארות פסיקה 14 (אוגוסט 2013) www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/literature/file.pdf מרין – חירות שוויון ונישואים חד מיניים/file. לעניין רישום בני-זוג חד-מיניים במרשם האוכלוסין ראו בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).

חלק ממנו.¹²⁶ אולם מכאן ועד ההכרה בתא משפחתי זה כערך המרחק גדול. אומנם, טבעם של בני-האדם המקימים תא משפחתי שהם אינם עושים זאת לצורך החיים המשותפים בלבד. הכמיהה להורות תופסת מקום מרכזי בהתקשרות. "המשפחה וההורות הם מימוש של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו של הפרט בחברה".¹²⁷ דרכו של עולם שההיריון נוצר דרך אישות בתוך המשפחה. הטכנולוגיה הרפואית יכולת שתסייע להתגבר על אי-היכולת להרות בדרך הטבע, אך אין מערכת המשפט חייבת להגן בכל תנאי על כל הזכויות הנגזרות מהרכבו של התא המשפחתי ה"חדש". תבנית ההולדה בעזרה רפואית, ההולכת ומתפתחת, מכוונת לסייע למי שאין ביכולתו להיכנס בשל בעיה רפואית. אולם אין זה מובן מאליו שהזכות לחוות הורות בעזרה רפואית עומדת למי שיש לו היכולת להעמיד צאצאים כפי שיצר הטבע. לכן על הדין להגן, ובצדק, על זכותם של בני-אדם להקים תא משפחתי כרצונם, לחיות יחד ולנהל משק-בית משותף. אולם הדין אינו חייב להגן על זכותם להפוך סדרי בראשית ולאכוף על החברה הולדה לתא משפחתי חד-מיני. הדין אינו צריך להגן על הגישה להולדה על-דרך ההפריה החוץ-גופית למי שיכול להעמיד צאצא בדרך הטבע.¹²⁸ על-כן איני רואה ערך מוגן בהרחבת המשפחה החד-מינית. משכך, מערכת המשפט רשאית – אף שהיא אינה עושה כן כדבר שבשגרה – להתערב בהולדה.¹²⁹ שינוי צביונו של התא המשפחתי לא רק מצדיק התערבות של הדין בשלילת הטיפול והסיוע הרפואי חרף הפגיעה באוטונומיה של התא המשפחתי, אלא אף מהווה כשלעצמו נימוק כבד-משקל להתערבות כזו. משקלה של הזכות לחוות הורות נופל במקרים מסוימים ממשקלה של ההגנה על תקנת הציבור¹³⁰ ועל ערכיה של מדינת-ישראל.¹³¹

לפיכך על המחוקק ומערכת המשפט לאזן בין הזכות להורות וזכותו של הפרט (או של התא המשפחתי) לאכוף על החברה את דרכו שלו לבין זכותה של החברה להתגונן מפני ערעור התא הגרעיני המרכיב את החברה.

126 ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175 (1997).

127 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(2) 3564 (להלן: עניין דוברין). הדברים מצוטטים בהסכמה בבג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פדאר 2009(7) 212 (להלן: בג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה).

128 ההולדה על-דרך ההפריה החוץ-גופית הציבה בפני חכמי ההלכה שאלות הלכתיות קשות ומסובכות. אין זה המקום להרחיב בעניין. ככל שהדבר צריך לענייננו, אציין כי השאלה אם אדם המשתמש בדרך זו עקב קושי בהולדה מסיבות רפואיות אכן מקיים מצוות פרייה ורבייה נתונה במחלוקת פוסקים. לשון אחר, השימוש בטכנולוגיה רפואית זו אינו מהווה הרשאה לכל המבקש להעמיד צאצא בדרך זו. פרודורה זו אינה נטולת סיכון. לכן אדם שאין פגם בפוריותו אינו רשאי להיזקק לפרודורה זו ולסכן את חיי הפונדקאית.

129 ע"א פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 81.

130 שטרסברג-כהן, לעיל ה"ש 69, בעמ' 525. ראו עוד עניין אפרת, לעיל ה"ש 69, בעמ' 778; ע"א נחמני, לעיל ה"ש 26, בעמ' 502; עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 69, בעמ' 808. יוער כי רבות נאמר על תקנת הציבור. זהו מושג עמום (עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 68, בעמ' 532), שהוא בסופו של דבר "סוס פרא" – השימוש במוסד זה מסוכן, ועל השופט היוצק בו תוכן לנהוג איפוק רב בהפעלתו. ראו עוד משה עציוני "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר זוסמן 125 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, 1984).

131 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

2. המשפחה בדין העברי

ביום השישי לבריאת העולם נברא האדם: "ויברא אלקים את האדם בצלמו... זכר ונקבה ברא אתם. ויברך אתם אלקים ויאמר להם אלקים פרו ורבו".¹³² שלושה אירועים מתוארים בתהליך הבריאה: האירוע האחד – בריאת האדם בצלם, שהתפרשה כהכרה בכבוד האדם ובערך השוויון בין בני-האדם; האירוע השני – בריאת הברואים כזוג, זכר ונקבה, ללמדנו כי התא המשפחתי הגרעיני הראשון היה תא הטרוסקסואלי; והאירוע השלישי – הציווי על פרייה ורבייה, בלוויית ברכה להמשכיות.

"קודם מתן תורה היה אדם פוגע [=פוגש] אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך לו..."¹³³ אורח החיים לפני מתן תורה התבטא אם כן במפגש אקראי בין האיש לאישה, אשר לא טמן בחובו מחויבות כלשהי: רצו לקיים יחסי אישות תמורת תשלום וללא התחייבות אחרת (הורית, למשל) – קיימו, וכל אחד הלך לדרכו; רצו למסד את הקשר ביניהם – מיסדו.¹³⁴ כלומר, ההולדה ויחסי האישות היו נתונים לבחירה, ולא הצריכו מסגרת משפחתית נוקשה ונשיאה באחריות להולדה. חכמי ההלכה שללו דרך חיים זו, ולכן נפסק כי לאחר מתן תורה "חייב כל אדם לישא אשה כדי לפרות ולרבות".¹³⁵ אין פרייה ורבייה אלא בבני-זוג שהעמידו את צאצאיהם בחייהם או לפחות יצרו אותם בחייהם.¹³⁶

מוסד המשפחה, על-פי גישת הדין העברי, משלב שתי מטרות המקנות לו את מעמדו כערך בפני עצמו ובמקום גבוה בסולם ערכיה של היהדות: המטרה האחת, החברתית, היא למנוע בדידות, שכן "לא טוב היות האדם לבדו".¹³⁷ המטרה האחרת היא לקיים באמצעות פרייה ורבייה את ההמשכיות, שהיא תכלית בריאתו של האדם.¹³⁸ שתי מטרות אלה משלימות זו את זו: האדם מצווה לפרות ולרבות כדי לקיים את המין האנושי, "שיהיה העולם מיושב, שהשם ברוך הוא חפץ ביישובו".¹³⁹ אולם כדי למלא מטרה זו, עליו להקים את התא המשפחתי, שהרי "אי אפשר בלא העזר ועל כן צווהו לדבוק בעזר שעשה לו".¹⁴⁰ אומנם, לכאורה, אין בהכרח קשר בין הנישואים לבין הולדת ילדים, שהרי אפשר שאדם יקים תא משפחתי (הטרוגני או חד-מיני) רק כדי לא להישאר בבדידותו, מבלי להעמיד צאצאים, או לחלופין יכול שאדם יצא חובת פרייה ורבייה גם בילדים שיוולדו לו מחוץ לנישואים. כנגד גישה זו יצא ר' יואל סירקיס:

132 בראשית א 27–28.

133 משנה תורה לרמב"ם, אישות, פרק א, הלכה ד.

134 שם, הלכה א.

135 טור שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף א.

136 ראו לעניין זה ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגנית, פ"ד לח(1) 461 (1984) (להלן: ע"א פלוגנית).

137 בראשית ב 18.

138 טור, אבן העזר, סימן א.

139 ספר החינוך, מצווה א.

140 טור, אבן העזר, סימן א.

"ונראה דלפי שנמצאים מקצת בני אדם מעלים בדעתם המשובשת, כיוון שלטובתה עשה לי את העזר, כמו שנאמר: לא טוב היות האדם לבדו, אעשה לו עזר כנגדו (בראשית ב, י"ח) הנה אין אני חפץ בטובה זו ואי איפשי בה. כי לדעתו יותר טובה היא לו כשישב בלא אישה, וממציא לו עזר ברע ואח אשר נפשו קשורה בנפשו. ועל כן, להוציא הטעות זה מן הלב, אמר יתברך שמו וכו' כי הוא יתברך יודע מה שהוא לעזר לא כמחשבת לבו של אדם."¹⁴¹

וכך נפסק להלכה בשולחן ערוך:

"חייב כל אדם לישא אשה כדי לפרות ולרבות. וכל מי שאינו עוסק בפריה ורביה כאלו שופך דמים, וממעט את הדמות, וגורם לשכינה שתסתלק מישראל."¹⁴²

מצוות פרייה ורבייה, התופסת מקום מרכזי בסולם הערכים ההלכתי, מופנית אל האיש, ולא אל האישה.¹⁴³ הטעם לכך הוא שדרכיה (של התורה) דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, ולא עמסה על הישראלי מה שאין ביכולת הגוף לקבל. כלומר, בשל צער הלידה והסיכון הכרוך בה לא ראתה ההלכה לכפות על האישה מצוות פרייה ורבייה.¹⁴⁴ מכל מקום, מכיוון שאי-אפשר לקיים את המצווה בלא האישה, גם עליה מוטלת מצווה, והיא לסייע לבעלה לקיים את מצוותו.¹⁴⁵ ואף-על-פי שחובת האישה פחותה מזו של האיש, היא חייבת במצווה משום "לא תהו בראה לשבת יצרה".¹⁴⁶

אם כן, נמצא כי לאחר מתן תורה נישואים והולדה כרוכים זה בזה. ויש לדייק בלשון הפוסקים: "חייב... לישא אשה", ולא את בן-מינו. וזאת לא בכדי, שהרי תכלית הנישואים היא להעמיד צאצאים בדרך הטבע. השימוש בטכנולוגיות ההולדה המתקדמות נועד לסייע למתקשים בהולדה, ולא לאלה שאין פגם בכושר פוריותם.¹⁴⁷

141 בית חדש, אבן העזר, סימן א.

142 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף א.

143 בבלי, יבמות פה, ע"ב; משנה תורה לרמב"ם, אישות, פרק טו, הלכה ב; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף יג. ראו עוד שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן כה; שו"ת יביע אומר, אבן העזר, חלק ג, סימן כ.

144 משך חכמה, בראשית ט, א. ראו בהרחבה ישעיהו ליבוביץ שבע שנים של שיחות על פרשת השבוע 38–46 (מהדורה שביעית, 2006).

145 ר"נ על דפי הרי"ף, קידושין טז, ב, ד"ה "איכא דאמרי בהא איסורא".

146 ישעיה מה 18. לעניין ההבחנה בין החובה להעמיד צאצאים מכוח מצוות פרייה ורבייה ("פרו ורבו") לבין החובה להמשיך להוליד ילדים גם מכוח "לשבת יצרה" (שיהא העולם מיושב), שהיא הוראה כללית, ראו שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן טז, פרק יב. לשיטתו של הרב וולדינברג, מצוות העשה הספציפית להעמיד צאצאים חלה על האיש בלבד, ואילו המצווה הכללית ליישב את העולם חלה גם על האישה, האמורה לאפשר את המצווה ואת יישוב העולם גם-יחד. להבחנה זו יכולות להיות נפקדות שונות. כך, לדוגמה, האם אדם שהוליד בן ובה, וקיים בכך מצוות פרייה ורבייה, חייב להמשיך להעמיד צאצאים משום המצווה ליישב את העולם? ראו בהקשר זה שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ה. דוגמה נוספת, בהקשרנו: האם אישה שאינה יכולה להרות בדרך הטבע חייבת לסבול טיפול פוריות כדי שבעלה יוכל לקיים את המצווה? ראו שלמה דיכובסקי "הרגעת היולדת – שו"ת", אסיא עה"ע 116, 121 (2005); אריה כץ "בעיות פוריות כעילה לגירושין" אתר מכון פועה. www.puah.org.il/page.aspx?id=187.

147 כך, לדוגמה, נחלקו הרעות אם הוצאת הזרע לצורך הפריה במעבדה עולה כדי השחתת זרע. לדעת רוב חכמי

לבסוף, למרות הערך הגלום במשפחה והחיוב במצוות פרייה ורבייה, אין ההלכה מחייבת נישואים והולדה בכל מחיר. כך, לדוגמה, הדין העברי שולל ככלל נישואים עקרים¹⁴⁸ או נישואים בין בני-זוג שצפוי כי ילדיהם ייוולדו עם פגם.¹⁴⁹ כמו-כן, אף שההלכה מעודדת נישואים, אין היא שוללת הורות במשפחה חד-הורית, ולראיה – מי שנולד לאם יחידנית או לגבר מחוץ למסגרת הנישואים כשר לבוא בקהל, ובלבד שהמולידים עומדים בתנאים של דיני היוחסין הנהוגים בהלכה.

ד. הזכות לבריאות

1. הזכות ומקורה

הבריאות, שהינה גורם נוסף שיש להתחשב בו עובר להחלטה אם לאפשר גישה לטיפולי פוריות, הוגדרה במבוא לחוקתו של ארגון הבריאות העולמי לא רק כמצב גופני ונפשי תקין, אלא גם כאחת מזכויות-היסוד של האדם. לאמור, לכל בן-אנוש יש הזכות הבסיסית ליהנות מרמת הבריאות הגבוהה ביותר הניתנת להשגה, וללא הפליה:

“Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.”¹⁵⁰

הזכות הוכרה גם במשפט הבין-לאומי בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם וכן באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966:

“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.”¹⁵¹

ההלכה, מכיוון שהוצאת הזרע הינה לצורך הולדה למי שאינם יכולים ליצור היריון בדרך הטבע, אין בכך השחתת זרע. אולם לגבי מי שיכולים ליצור היריון בדרך הטבע תיחשב הוצאת הזרע כהשחתה, ולכן היא אסורה. ראו לעניין זה גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 150–154.

148 משנה תורה לרמב"ם, איסורי ביאה, פרק כא, הלכה כו: "ואין האיש רשאי לישיב בלא אשה, ולא ישא עקרה וקנה שאינה ראויה לילד, ורשות לאשה שלא תנשא לעולם או תנשא לסריס, ולא ישא בחור וקנה ולא ישא זקן ילדה שרבו זה גורם לזנות."

149 שם, הלכה ל': "לא ישא אדם אשה ממשפחת מצורעים ולא ממשפחת נכפין, והוא שהוחזקו שלשה פעמים שיבואו לבניהם כך." ראו עוד בהרחבה עמנואל יעקובוביץ הרפואה והיהדות 186–237 (התשכ"ו).

150 ראו המבוא לחוקה של ארגון הבריאות העולמי, אשר נחתמה ב-22.6.1946 ונכנסה לתוקף ב-7.4.1948 (Constitution of the World Health Organization, 1946).

151 ראו ס' 1(12) ל-International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966. לנוסח העברי ראו אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992). יעוין עוד בס' 12(2)(d) לאמנה, הקובע את חובתן של המדינות "המצטרפות לנקות את הצעדים הנדרשים למימושה המלא של הזכות: "The steps to be taken by the States

הזכות לבריאות בישראל אינה זכות הכתובה עלי ספר. היא חלק מהזכויות החברתיות הכלולות בזכויות האדם, אולם לזכויות החברתיות אין ביטוי מפורש בחוקי-היסוד. במצב זה אין לומר שחוקי-היסוד הקיימים מעניקים הגנה מלאה ושלמה לזכויות החברתיות. אולם חוקי-היסוד מגינים על הזכות לכבוד, ובגדרה על היבט הקיום החומרי הנדרש לצורך מימוש הזכות לכבוד.¹⁵² לפיכך הזכות לבריאות אינה נופלת בחשיבותה משאר זכויות האדם, אף ש"הזכות להיכלל במנגנון ביטוח הבריאות הממלכתי, כשלעצמה, אינה נהנית ממעמד חוקתי על-חוקי".¹⁵³

הזכות לבריאות מורכבת וכוללת אגד של זכויות הקשורות לבריאותו של האדם. מעמדן של זכויות אלה והיקף ההגנה עליהן אינם אחידים, והם משתנים בהתאם לסוגן, לטיבן ולהקשרן.¹⁵⁴ עם זאת, הדרישה להגינות והמחויבות לעקרונות הצדק, השוויון והעזרה ההדדית מקנות מעמד לזכות לבריאות, שהיא בתחום הזכויות הסוציאליות.¹⁵⁵

במובנה הרחב, הזכות לבריאות מתפרשת על תחומי החיים השונים. אולם ניתן לסווג את הזכות לשני סוגים עיקריים: הסוג האחד, הרחב, שאינו מענייננו, הוא זה הסובב את האדם בחיי היומיום (הספקה של מים נקיים, אוויר נקי ותנאי סביבה ובטיחות נאותים); הסוג האחר, האישי יותר, כולל את הזכות לקבל טיפול רפואי, על אחת כמה וכמה במצב חירום הכרוך במצוקה גופנית מיידית. זכות זו כוללת אפשרות גישה לטיפול רפואי ללא הפליה, תוך שמירה על הפרטיות ועל האוטונומיה האישית של מקבל השירות.¹⁵⁶

את הזכות לבריאות ניתן לגזור מהזכות לכבוד.¹⁵⁷ לכן אדם שאין לו גישה לקבלת טיפול רפואי בסיסי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע.¹⁵⁸ מהזכות לבריאות ניתן לגזור, הלכה למעשה, את הזכות לשירותי בריאות.¹⁵⁹

Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for... (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in "the event of sickness" עוד יוער כי הזכות לבריאות הוגדרה באמנה בצורה רחבה, הכוללת גם את הזכות לקבל טיפול רפואי. עם זאת, הזכות לבריאות, כפי שהוכרה באמנה, היא תלוית-תקציב.

- 152 בג"ץ עמותת מחויבות לשלום, לעיל ה"ש 86, בעמ' 481.
- 153 בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, תק-על 2008(3) 1443, פס' 10 לפסק-הדין (2008) (להלן: עניין לוזון). ראו גם בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, פס' 18 לפסק-הדין (2003) (להלן: בג"ץ עמותת רופאים לזכויות אדם); ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני – שירותי בריאות כללית, תק-אר 2008(4) 179 (להלן: ע"ע פלוני).
- 154 בג"ץ 11044/04 סלומטין נ' שר הבריאות, תק-על 2011(2) 3947, פס' 11 לפסק-הדין (להלן: עניין סלומטין).
- 155 ע"ע (ארצי) 1557/04 קופת חולים כללית – קפצן, תק-אר 2005(4) 301.
- 156 עניין סלומטין, לעיל ה"ש 154. ראו עוד איל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות וחברתיות בישראל 437, 446 (יורם רבין ויובל שני עורכים, רמות, 2004).
- 157 ס' 2 ו-4 לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו עוד גרוס, שם, בעמ' 453; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 67, בעמ' 416, 419; גיא מונדלך "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65 (1999); בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (1996).
- 158 רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375-376 (2001).
- 159 דוד א' פרנקל "הזכות לשירותי בריאות – יישומה בישראל" משפט ועסקים ו 249 (2007).

2. הזכות ומימושה – מבחני הגישה לטיפול הרפואי

הזכות לקבל טיפול רפואי מעוגנת בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שהוא חוק סוציאלי במהותו, המושתת על עקרונות של "צדק, שוויון ועזרה הדדית".¹⁶⁰ אולם הזכות, חשובה ככל שתהיה, אינה משתרעת על כל הטיפולים הרפואיים. טיפולי הפוריות אינם דומים לשאר הטיפולים הרפואיים, שכן הצלחתם מביאה לידי הולדת ילד, שהינו גורם נוסף שיש להתחשב בו עובר להחלטה על מתן הטיפול. לכן אין בעצם העובדה שטכנולוגיה רפואית קיימת כדי להעניק לכל המעוניין את הזכות לבוא ולעשות בה שימוש מכוח הזכות לבריאות.

את הזכות לטיפול פוריות, בדומה לזכות לבריאות בכללותה, ניתן להגביל בחוק ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל.¹⁶¹ ההגבלה יכול שתהיה בשל משאביה המוגבלים של המדינה, ויכול שהיא תהיה בשל הצורך להגן על ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. אכן, חוק ביטוח בריאות ממלכתי מכפיף את הזכות לקבלת שירותי הבריאות הכלולים בסל שירותי הבריאות לשיקול-דעת רפואי וכן להיקף מקורות המימון העומדים לרשותן של קופות-החולים.¹⁶²

אכן, קבלת טיפול רפואי מותנית בשלושה תנאים השזורים זה בזה: התנאי האחד הוא ששירותי הבריאות יהיו שוויוניים, וכפועל יוצא מכך שנותני השירות יימנעו מהפליה בין המטופלים; תנאי שני הוא שהטיפול הרפואי יינתן למטופל בהתאם לכל דין ובהתאם להסדרים הנהוגים במערכת הבריאות;¹⁶³ ותנאי שלישי הוא שהטיפול הרפואי יינתן למטופל על-פי שיקול-דעת רפואי.¹⁶⁴ האם מניעת טיפולי פוריות מקבוצות באוכלוסייה אינה נוגדת תנאים אלה?

160 ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

161 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

162 ס' 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. שירותי הבריאות יינתנו על-פי סל שירותי הבריאות בתחומים המפורטים בחוק. יוער כי בטיפול רפואי במימון ציבורי נכללים אותם שירותי בריאות שהמדינה מחויבת לממןם. בהתאם לס' 7(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, מדובר בסל השירותים הבסיסי שנהג בקופת-החולים של ההסתדרות הכללית ביום 1.1.1994 (ערב החוק), בתוספת העדכון האוטומטי-הטכני לפי "מדד יוקר הבריאות", כאמור בס' 9(ב) לחוק. סל השירותים הבסיסי המוענק בחוק הינו "רצפה" של הזכויות. הסל אינו כולל את כל שירותי הבריאות הנדרשים לפי שיקול-דעת רפואי וצורכי המבוטח, אלא "רק אותם שירותים אשר הגישה החברתית-כלכלית רואה לחובה ולאפשרי לתיתם". ע"ע (ארצי) 342/03 עיאס – שירותי בריאות כללית, תק-אר 2006(2) 620 (להלן: ע"ע עיאס). עם זאת, היקף השירותים הרפואיים בסל הבריאות הינו "רחב יותר מליבת המינימום של שירותי הבריאות הבסיסיים הנדרשים לקיום אנושי בחברה". עניין לחון, לעיל ה"ש 153, פס' 16 לפסק-הדין. עוד יוער כי הזכות להרחבת סל שירותי הבריאות מעבר לסל-היסוד הקבוע בחוק הינה זכות תלוית-תקציב. מכאן שהיקפה החוקי של הזכות לשירותי בריאות ציבוריים תלוי בחלוקת המשאבים החברתיים בהתאם לקביעת סדרי עדיפויות לאומיים, וזו נגזרת מאופיו של המשטר החברתי-הכלכלי הנהוג בחברה ומהיקף המשאבים הכלכליים של המדינה וקופת-החולים. ראו ע"ע (ארצי) 483/06 רבין – קופת חולים כללית בע"מ, תק-אר 2009(2) 759; עב' (אזורי ת"א) 339/99 – 14 גרונדשטיין נ' קופת החולים הכללית (פורסם נבנו, 24.3.1999). ראו עוד בר"ע (ארצי) 186/99 קופת חולים הכללית – מדינת ישראל משרד הבריאות, תק-אר 1999(2) 97; ע"ע (ארצי) 205/08 שירותי בריאות כללית – טיירו, תק-אר 2009(4) 251.

163 ס' 3(א) לחוק זכויות החולה.

164 ס' 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

ככלל, על שירותי הבריאות להינתן באספקלריה של שוויון מהותי לפי שיקולים של עזרה הדדית וצדק חלוקתי, תוך דאגה למעוטי יכולת בחברה והימנעות מהפליה.¹⁶⁵ עם זאת, הפליה נחשבת פסולה אם היא סותרת את ערך השוויון, כלומר, אם היא בגדר יחס לא-שווה ולא-הוגן כלפי אלה הראויים ליחס שוויוני.¹⁶⁶ אי-השוויון בא לידי ביטוי ביצירת הבחנה בין אדם לאדם או בין עניין לעניין מטעמים לא-רלוונטיים.¹⁶⁷ כך, לדוגמה, הפלייתו של אדם לרעה מחמת השתייכותו הקבוצתית פוגעת בזכות לכבוד. לעומת זאת, שוני ענייני בין בני-אדם עשוי להצדיק הבחנה ביניהם, ובלבד שזו תהא מושתתת על יסוד רלוונטי.¹⁶⁸ כך, לדוגמה, אסור להפלות בין מטופלים,¹⁶⁹ לרבות מטעמי גיל, אולם הבחנה בין מטופלים מטעמי גיל לא תיחשב הפליה אם היא נדרשת משיקולים רפואיים.¹⁷⁰ ללמדנו שכאשר ה"שוונות" רלוונטיות, העדפה אינה פסולה.

לעצם הטיפול נקבע כי השירות יינתן בכפוף להסדרים הנוהגים במערכת הבריאות, לחוק זכויות החולה ולחוק ביטוח בריאות ממלכתי.¹⁷¹ "כל הנזקק לטיפול רפואי זכאי לקבלו בהתאם לכל דין ובהתאם לתנאים ולהסדרים הנוהגים, מעת לעת, במערכת הבריאות בישראל".¹⁷² כמו-כן המטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית.¹⁷³ הימנעות ממימון טיפול רפואי עולה כדי פגיעה בזכויות המטופל על-פי החוק.¹⁷⁴ עם זאת, קופת-חולים חייבת לספק למבוטחיה רק את הטיפולים הרפואיים הנכללים בסל השירותים, ורק על-פי התווייתם של אותם טיפולים. הזכאות לשירותי רפואה אינה מכוח שיקול-דעתה של קופת-החולים, אלא מכוח הדין. התנאי השלישי, המתנה את קבלת הטיפול בשיקול-הדעת הרפואי, לא רק טומן בחובו פוטנציאל של התנגשות בין האינטרסים של הקופה לבין אלה של החולה, אלא גם עלול להעמיד את הרופא במבחן הנאמנות הכפולה: למעסיק או לחולה. הכלל הוא שעל הרופא ליתן את הטיפול על-פי שיקול-דעתו המקצועי ומצפונו הרפואי. לסיכום, כל אדם זכאי לשירותי בריאות בכפוף להסדרים הקבועים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.¹⁷⁵ עם זאת, ניתן להגביל את

165 ס' 21(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. על היבט זה ראו שלו, לעיל ה"ש 9, בעמ' 158.

166 עניין אבו גנאם, לעיל ה"ש 102, בעמ' 589.

167 בג"ץ מילר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 133. ראו עוד בהקשר זה רדאי, לעיל ה"ש 105.

168 בג"ץ כפר ורדים, לעיל ה"ש 103, בעמ' 507; בג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 103, בעמ' 312; דנג"ץ רקנט, לעיל ה"ש 103, בעמ' 330; עניין צבן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 705–707.

169 ס' 4(א) לחוק זכויות החולה. יוער כי הפליה בין מטופלים בניגוד להוראות החוק גוררת אחריה סנקציה עונשית (שם, ס' 28(א)), ואף מקימה עלית תביעה בנויקין (שם, ס' 28(א)).

170 שם, ס' 4(ב).

171 ס' 3(ב) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. עוד נקבע כי שירותי הבריאות יינתנו תוך שמירה על כבוד האדם, הגנה על הפרטיות ושמירה על הסודיות הרפואית (שם, ס' 3(ה)). ראו עוד ס' 10 לחוק זכויות החולה, המחייב את המטפל לשמור על כבודו ועל פרטיותו של המטופל המאושפז במוסד הרפואי.

172 ס' 3(א) לחוק זכויות החולה. ראו עוד שלו, לעיל ה"ש 9, בעמ' 36–61.

173 ס' 5 לחוק זכויות החולה.

174 ראו, בשינויים המחויבים, ע"ע עיאס, לעיל ה"ש 162. ראו בעניין זה בהרחבה משה זיידנבאום "סוגיות רפואיות-משפטיות ואתיות בנושא סל הבריאות" רפואה ומשפט 45, 48 (2012).

175 ס' 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

הזכות לבריאות, ובלבד שההגבלה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.¹⁷⁶ כפי שיתבאר בהמשך, יחסיותה של הזכות לבריאות מתבטאת, בין היתר, בהגבלת מימונם של טיפולי הפוריות על-ידי המדינה ובמניעת הגישה לטיפולי פוריות לקבוצות באוכלוסייה.

ה. הזכות להורות

1. הזכות – מהות ומגבלות

מהזכות למשפחה נגזרת הזכות להורות, מן הצד האחד, וזכותו של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים, מן הצד האחר.¹⁷⁷ בדרך-כלל אין לו לאדם נכס יקר יותר מן הקשר הנפשי בין הורים לבין ילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם וכשרם, ואת דור-ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי.¹⁷⁸ אכן, לא בכדי ההורות תופסת מקום מרכזי בחיי הפרט ובחיי החברה. אלה הם מושכלות ראשונים בתרבות האנושית לדורותיה.¹⁷⁹ "החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה... זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט."¹⁸⁰ כך תיארה את הדברים השופטת פרוקצ'יה בעניין דוברין:

"הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה... במידרג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים."¹⁸¹

הזכות להיות הורה נגזרת מכבוד האדם כאדם ומזכותו לפרטיות.¹⁸² הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית שכל אדם זכאי לה,¹⁸³ ולא רק כנגזרת של אוטונומיית הרצון.¹⁸⁴

176 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

177 בג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

178 ע"א פלוני, לעיל ה"ש 118, בעמ' 441.

179 חיים ריצ'רד גראזי הורות נכספת 61–85 (ספרי מגיד, ירושלים, 2009).

180 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 680. הדברים הובאו גם בבג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 445.

181 עניין דוברין, לעיל ה"ש 127, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

182 גרין פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 89.

183 ע"א פלוני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 337; דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 701.

184 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 736. על האוטונומיה של הרצון ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית 301 (מהדורה שלישית, נבו, 1995) (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית).

על-פי טיבה, מהותה ומאפייניה, הזכות לחוות הורות היא זכות טבעית מולדת הטבועה באדם.¹⁸⁵ היא זכות שבאה אלינו מן הטבע.¹⁸⁶ זוהי חירות שאין מולה חובה משפטית – לא ביחסים שבין המדינה לבין אזרחיה ולא ביחסים שבין בני-הזוג לבין עצמם.¹⁸⁷ בזכות להורות מקופלות הזכות לאוטונומיה, הזכות להגשמה עצמית והזכות לחופש הבחירה. הזכות להורות מאגדת בתוכה זכויות וחובות שיש בהן כדי לשנות את מעמדו האישי של האדם ולהשפיע באופן מהותי על חייו מהבחינה הנפשית, הרגשית והכלכלית.¹⁸⁸ עם זאת, הזכות לחוות הורות אינה רק מימוש המעשה הביולוגי של ההולדה. ההורות טומנת בחובה גם את החובה לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין.¹⁸⁹ ככלל, הקשר הביולוגי בין ההורה לילדו יוצר את הדרישה לתפקוד הורי תקין. מערכת המשפט אינה נוהגת להתערב במערכת יחסים זו, וגם אינה צריכה לעשות זאת על-פירוב, אלא אם כן קיימים נימוקים כבדי-משקל,¹⁹⁰ שכן פגיעה בזכות להורות ולמשפחה מחייבת עמידה במבחניה של פסקת ההגבלה על-מנת להיחשב לגיטימית.¹⁹¹ כל זאת כאשר ההולדה היא בדרך הטבע. אולם כאשר ההולדה אינה אפשרית אלא בעזרה רפואית, קמה למדינה הזכות – ואף החובה – להתערב קודם ליצירת ההיריון. אם כן, הזכות להורות נתפסת כחירות שאין לפגוע בה על-ידי התערבות של השלטון או של גורם אחר, אולם זוהי זכות שאין כנגדה חובה של השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי לאפשרה וכדי לממשה.¹⁹²

אכן, לזכות להורות יש שני פנים:¹⁹³ הפן החיובי הוא הזכות לחוות הורות, הנתונה כאמור לכל אדם; והפן השלילי, העומד במרכזו של הדיון, הוא הגבלתה עד למינימום של התערבות המדינה בזכות. עמדה על כך השופטת דורנר בדנ"א נחמני:

"חירות במובנה המלא אינה רק חופש מהתערבות חיצונית של השלטונות או של אחרים. כלולה בה גם יכולת האדם לכוון את אורח חייו, לממש את מאווייו

185 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 682.

186 בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 447.

187 השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 682. יותר מעשור מאוחר יותר כתבה השופטת פרוקצ'יה: "ניתן לומר שעל-פי התפיסה החוקתית הנוהגת כיום בשיטתנו, ההכרה בזכות החוקתית להורות ולמשפחה נשענת על ההנחה כי מדובר בזכות בעלת אופי הגנתי, שאינה מעמידה כנגדה חובה של המדינה לפעול. עיקרה בהגנה מפני פגיעה של השלטון, להבדיל מקיומה של חובה על השלטון לפעול באופן אקטיבי כדי להעמיד אמצעים שונים על מנת לאפשר את מימוש הזכות." בג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (ההרגשות במקור).

188 ע"א נחמני, לעיל ה"ש 26, בעמ' 498.

189 ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרוסות.

190 ע"א פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 81.

191 עניין דוברין, לעיל ה"ש 127.

192 בג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127, פס' 20 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

193 להשלמת התמונה יצוין היבט נוסף של שני פניה של הזכות להורות, שאינו מעניינו של מאמר זה: הפן החיובי הוא הזכות להיות הורה, והפן השלילי הוא הזכות לא להיות הורה. ראו לעניין זה גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 96–101. ראו עוד יוסי גרין 'ההפריה החוץ-גופית כראייה ההסכמה 68–75 (פרלשטיין-גינסור, 1995) (להלן: גרין 'ההפריה החוץ-גופית'); בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 3, פס' כד-לב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

הבסיסיים ולבחור בין מיגוון אפשרויות תוך הפעלת שיקול-דעת. בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות... ואכן, כגבר כן אישה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם.¹⁹⁴

עם זאת, כאמור, אין הזכות להורות מקימה על המדינה חובת עשה לסייע במימוש הזכות. במהותה זוהי זכות בעלת אופי "הגנתי", שאינה זכות מוחלטת. כך כתבה השופטת שטרסברג-כהן באותה פרשה:

"זוהי חירות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני-זוג לבין עצמם."¹⁹⁵

כאמור, במצבים חריגים, כאשר כנגד הזכות להורות עומד ערך חשוב אחר, החוק והשלטון עשויים להתערב בזכות ולהצר את היקף ההגנה החוקתית עליה. הלגיטימיות של הפגיעה בזכות למשפחה ולהורות מותנית בעמידה במבחניה של פסקת ההגבלה. כדבריו של שיפמן, המצוטטים בהסכמה כבג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה:

"מבחינת התערבות אפשרית של החברה, יש לשים לב למרכיבים האופייניים של תוכן הזכות להיות הורה, שאינם עשויים מקשה אחת. המרכיב הראשוני הוא הזכות להיות הורה ביולוגי... יש לשים לב, במיוחד, לאבחנה בין הצד הנגטיבי לבין הצד הפוזיטיבי, כלומר בין הגבלת חירותו של אדם לפעול למימוש זכותו להורות בדרך הנראית לו, לבין שלילת סיועה של החברה. גבולות הסיוע הפוזיטיבי של החברה נקבעים, בין היתר, באמצעות השינויים בהגדרת ההורות המשפטית שהחברה מוכנה לבצע כדי לאשש ולאשר את משאלות הפרט..."¹⁹⁶

נמצא, אם כן, כי לא רק שאין חובה על המדינה לסייע בהולדה, שכן הזכות להורות הינה מסוג חירות, אלא שהיא רשאית במקרים מסוימים למנוע את ההולדה על-ידי מניעת גישה לטיפולי הפוריות.

אין ספק שאחד מהיבטיה של הזכות להורות הוא חופש הרבייה, לאמור, הזכות

194 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 719.

195 שם, בעמ' 682. אמירות אלה צוטטו על-ידי השופטת פרוקצ'יה כבג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127, פס' 20. יוער כי אמירות אלה נאמרו בהקשר של סכסוך בין שני בני-זוג, וצוטטו בהסכמה בהקשר של אימוץ על-ידי מאמצים בגיל מבוגר. סבורני כי אמירת הדברים בשני הקשרים שונים אלה מלמדת כי הם חלים על הזכות להורות בכללותה.

196 דבריו של פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני 169-170 (1989) (להלן: שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני); מצוטטים כבג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

להעמיד צאצאים ולשלוט ברבייה: להחליט אם, כיצד ומתי לפרות ולרבות.¹⁹⁷ אולם חופש זה אינו מוחלט. כך, אין אדם יכול לאנוס אישה כדי לממש את חופש הרבייה.¹⁹⁸ גם אסירים הנתונים במשמורת אינם נהנים מחופש מלא בהיבט זה.¹⁹⁹ כמורכב, אין בני-זוג יכולים לכפות את הרשויות לממש את זכותם להורות על-דרך האימוץ.²⁰⁰

באופן דומה, המדינה רשאית להגביל את הגישה לטיפולי פוריות – וכפועל יוצא מכך את חופש הרבייה – לשם הגנה על תקנת הציבור, שהיא מכלול הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולקדם. הוא הדין כאשר קיים חשש להעדר מסוגלות הורית, כלומר, שהמולידים לא יוכלו למלא את חובתם כלפי הילד העתיד להיוולד.²⁰¹ אכן, ועדת מור יוסף התלבטה בעניין טובתו של הילד העתיד להיוולד בדרך זו. הספק טמון בכך שהגבלת הגישה לטיפולי פרוין משיקולים של טובת הילד תוביל בהכרח למצב שבו אותו ילד, שעליו מבקשים לכאורה להגן, לא יגיע כלל לעולם. זהו מצב פרדוקסלי שבו קיימות לילד שטרם נברא שתי זכויות העלולות להיות מנוגדות לכאורה: טובת הילד וזכותו לקיום ולחיים. מאידך גיסא, כפי שכבר בואר, אין טיפולי הפוריות טיפול רפואי רגיל, כי אם טיפול אשר כל מטרתו היא להביא ילד לעולם, והתקווה היא שבסוף התהליך אכן ייוולד ילד כזה. לפיכך פעלה הוועדה, ובצדק, בניגוד לדעת הסוברים כי מטעמים אלה על הוועדה להתעלם מעקרון טובת הילד העתידי, כלומר, היא פעלה תוך התחשבות בשיקולים של טובת הילד.²⁰² בהתאם לכך המליצה הוועדה כי לרשות הרופא המטפל יועמד מנגנון-עזר להערכת המסוגלות ההורית וטובת הילד.²⁰³ זאת ועוד, הומלץ כי בכל בית-חולים שבו נעשים טיפולי פוריות תוקם ועדה רבת-חומית מקצועית מקומית לבחינת טובת הילד, שאליה יופנו מקרים שבהם קיים חשש לפגיעה משמעותית בטובת הילד, ובכלל זה במצב שבו יש חשש להעדר מסוגלות הורית של שני ההורים (או במקרה של הורה יחיד – של אותו הורה).²⁰⁴

- 197 שולמית אלמוג ואריאל בנדרו "חופש הרבייה כזכות יסוד" הריון מסוג אחר 115, 116 (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996).
- 198 ס' 345 לחוק העונשין. ראו עוד את הדיון בפרשת נחמני לעניין כפיית הורות על מי שאינו חפץ בה.
- 199 ראו בג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 477, 499 (1987).
- 200 ראו ס' 1(א) לחוק אימוץ ילדים.
- 201 במסוגלות הורית הכוונה למילוי האינטרס של הילד שהוריו ידאגו לו כראוי: יתנו לו בית חם, יאהבו אותו, ידאגו למחסורו. ראו דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגנית, פ"ד נ(1) 48, 109 (1995) (להלן: דנ"א פלוגנית). ראו עוד את דבריו של השופט גולדברג באותו עניין: "המבחן לחוסר מסוגלות הורית הוא, אם להורים כישורי הורות אובייקטיבים למלא תפקידם כהורים והאם כישורים אלה לא נפגמו כתוצאה ממצבם או מהתנהגותם" (שם, בעמ' 85).
- 202 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 18–19.
- 203 שם, בעמ' 21. על-פי המלצות הוועדה, בכל יחידת IVF יהיה עובד סוציאלי חלק מהצוות. העובד הסוציאלי יעמוד לעזרת הצוות הרפואי והמטופלים כאחד. הרופא יפנה, לפי שיקול-דעתו, את המטופל לשיחה ולהערכת עובד סוציאלי, ובכל מקרה יציג למטופל את האפשרות להיעזר בעובד סוציאלי.
- 204 לעניין זה ראו להלן תת-פרק 41.

2. הזכות להורות בדרך של הפריה חוץ-גופית

מהו היקפה של הזכות להורות? האם הזכות להיבנות עומדת גם למי שאינו יכול להעמיד צאצאים בדרך הטבע? לשאלה זו נדרש בית-המשפט העליון בעתירתה של רווקה אשר ביקשה להיבנות על-דרך הפונדקאות מכיוון שלא היה ביכולתה לשאת היריון. בית-המשפט הכיר בזכותה העקרונית של כל אישה להיות אם בהליך של הפריה חוץ-גופית. וכך פסק:

"לעניין הפריה חוץ-גופית (שלא על דרך של פונדקאות) דין אחד הוא לכל אישה בישראל: בין שנשואה היא בין שאין היא נשואה, בין שיש לה בן-זוג בין שאין לה בן-זוג. כל אישה, באשר אישה היא, יכולה וזכאית היא להיות מטופלת בטיפול הפריה חוץ-גופית, ואין אישה נעלה על חברתה.²⁰⁵"

האם יש לפרש קביעה זו בצורה גורפת ולאפשר מתן טיפול לכל המבקש לקבלו? ברמת העיקרון יש להשיב בחיוב, אך בד בבד יש לזכור כי הזכות להורות הינה זכות יחסית, וכי היא ניתנת להגבלה גם כאשר ההולדה היא על-דרך הפריה החוץ-גופית. אומנם, כפי שפסק בית-המשפט, "בימינו, שהטכנולוגיה עשויה להיות לעזר לאדם גם במקום שהטבע כדרכו אינו עומד לו, נדרש נימוק מכריע שלא לאפשר לאישה להיעזר באותה טכנולוגיה".²⁰⁶ אך כך בדיוק נהג המחוקק. אכן, שיקולי תקציב לגיטימיים הובילו את המחוקק לקביעה כי טיפולי הפריה החוץ-גופית יינתנו רק לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים וכן לאישה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד-הורית.²⁰⁷ הוא הדין לגבי שימור פוריות אצל ילדות, נערות ונשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות שעלול לפגוע בפוריותן. המחוקק קבע כי השירות יינתן מבין החלופות האלה: שימור עופרים, שימור ביציות או שימור רקמת שחלה; ויוענק רק לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים, וכן לאישה, לנערה או לילדה בלא ילדים.²⁰⁸ באופן דומה הוגבלה הזכות להורות על-ידי הגבלת הזכאות לביצוע בדיקות אבחון טרום-השרשתי לשני הריונות בלבד שהסתיימו בלידה.²⁰⁹ כן הותנתה הזכאות לטיפול בהמלצה של יועץ גנטי.²¹⁰

לכן, אף שבמישור העקרוני פתוחה הדרך לפני כל המבקש להיזקק לטיפול פוריות,

205 ראו בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 443.

206 שם, בעמ' 447. הדברים צוטטו בהסכמה בבג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עופרים, פדאור (79)2011, 598, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ריבלין (להלן: בג"ץ פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים).

207 ס' 6(ד) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

208 שם, ס' 6(17) לתוספת השנייה. אגב כך יצוין כי אין הגבלה בנושא מימון של הפסקות היריון (שם, ס' 7 לתוספת השנייה).

209 שם, ס' 21א(א) לתוספת השנייה. על בדיקת טרום-השרשה ראו לעיל ה"ש 20.

210 ס' 21א(ב) לתוספת השנייה.

תהא זו אמירה שטחית ולא-נכונה. אין לפרש את שתיקת המחוקק כהרשאה להיזקק לטיפולי פוריות. יצירת ההורות אינה המעשה הביולוגי של יצירת ההיריון בסיוע רפואי. בסיוע במימוש ההורות יש להתחשב במכלול השיקולים הכרוכים בהורות ובקשר בין ההורה לילדו. אין גם להתעלם מההיבט המוסרי-הדתי ומהמרכיבים הרגשיים, הפסיכולוגיים והחברתיים בעת שקילת התרתם של טיפולי הפוריות, שאם לא נאמר כן, כי-אז יישמש הבסיס המוסרי למנוע במקרים חריגים את ההולדה גם בדרך הטבע.²¹¹ הרופא אינו טכנאי חסר רגשות, ערכים ומצפון. סביר להניח כי הצוות הרפואי לא יתעלם משיקולים לבר-רפואיים (חוק, הלכה, אתיקה, תקציב, מצב סוציאלי וכיוצא בהם), כמו ברבות מן ההחלטות המקצועיות שהוא מקבל מדי יום ביומו. דווקא בנוגע להחלטות בשטח הפיריון, יותר מאשר בכל תחום רפואי אחר, ראוי שסולם ערכיו של הרופא ימלא תפקיד מרכזי בקבלת ההחלטות. כך, למשל, רופא ישקול היטב קודם שיסייע ביצירת ההיריון שיסכן את חיי המטופלת, חרף הסכמתה.²¹² הוא הדין במקרה שהרופא סבור כי מתן הטיפול עלול לפגוע באופן משמעותי בטובת הילד. זכותו של רופא לסרב לבקשת מטופל אם הבקשה מנוגדת לעמדתו המקצועית או לאמונתו.²¹³

האם הזכות לחוות הורות על-דרך ההפריה החוץ-גופית כוללת גם את זכות ההולדה על-דרך הפונדקאות? לנוכח תנאי-הסף שנקבעו בחוק לגבי ההורים המיועדים – אשר חייבים להיות "איש ואשה שהם בני זוג"²¹⁴ – עולה השאלה לגבי היקפה של הזכות להורות. האם ראוי לתקן את החוק ולאפשר גם לזוגות חד-מיניים ולנשים יחידניות להעמיד צאצא גם בדרך זו?

בבג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים נמנע בית-המשפט מלהכריע בשאלה זו, ובצדק.²¹⁵ מדובר בעתירתה של אישה רווקה אשר בהיותה כבת 44 נותחה ורחמה נכרת. העותרת נותרה פורייה, אך אין היא יכולה להרות וללדת. מהעותרת, שאין לה בן-זוג, נשאבו ביציות, והן הופרו בזרעו של תורם אלמוני. מכיוון שהיא אינה מסוגלת לשאת היריון, היא ביקשה להתקשר בהסכם עם פונדקאית. ועדת האישורים

211 אכן, השאלה מה גבולות ההתערבות של המדינה באוטונומיה ההורית התעוררה לאחרונה בא"פ (משפחה פ"ת) 13-06-21169 א. ק. נ' ת. ז. נ. מ. (פורסם בנבו, 29.7.2013). במקרה זה נידון עניינה של חולה שאושפזה בבית-חולים פסיכיאטרי ואמה האפטרופוסית ביקשה לבצע בה קשירת חצוצרות. בית-המשפט לענייני משפחה דחה את העתירה. בית-המשפט דחה את העתירה מבלי ששאלת טובת הילד עלתה לדין. בכל הכבוד הראוי, איני משוכנע שבמצבה הרפואי של החולה המאושפזת לא היה מקום לקבל את העתירה. כמו-כן, המדינה רשאית – ואף חייבת – למנוע את ההולדה בדרך הטבע כאשר שני בני-הזוג הם נשאים של גן פגום העובר בתורשה ונתונים במשמורת.

212 אומנם, אין לשלול את האפשרות שבסופו של דבר יסייע הרופא למטופלת ליהפך לאם, אך זאת לאחר שיאזן בין מכלול שיקולים. כך, לדוגמה, הרופא עשוי להיענות לבקשה כאשר אין חלופה אחרת למימוש ההורות (אימוץ או התקשרות בהסכם פונדקאות), כאשר מובטחת השגחה רפואית מלאה במהלך ההיריון, וחשוב מכל – לאחר שהשתכנע כי הסכמת האם ליטול את הסיכון הכרוך בהיריון היא הסכמה מדעת. יוער כי איני מתעלם מהמרכיב הפטרנליסטי בגישה זו, אך זכותו של רופא לסרב לבקשת מטופל אם הבקשה מנוגדת לעמדתו המקצועית או לאמונתו.

213 אתיקה רפואית, לעיל ה"ש 30, בעמ' 34. ראו דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21. אגמון-גונן ודבך-רויטש, לעיל ה"ש 31.

214 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

215 בבג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5.

דחתה את בקשתה על הסף – מבלי לדון בה לגופה – אך ורק בשל העובדה שאין לה בן-זוג. נסיונותיה לשנות את ההחלטה נדחו, ומכאן העתירה. בית-המשפט דחה את העתירה מכיוון שעל-פי החוק הדרישה כי ההורים המיועדים יהיו איש ואישה שהם בני-זוג מהווה תשתית לחוק הפונדקאות כולו והנחת-יסוד לכל ההסדרים שבו. עם זאת, בית-המשפט הכיר בכך שההסדר בחוק מפלה בין אישה פנויה שיש לה בן-זוג לבין כזו שאין לה בן-זוג, וקרא למחוקק לתת את דעתו למצוקתן של נשים פנויות ללא בן-זוג.²¹⁶ המחוקק טרם אמר את דברו, אך ועדת מור יוסף, אשר ממליצה להרחיב את האפשרות להיעזר בפונדקאות, סברה כי "אין שוני מהותי בין נשים יחידות אשר ליקוי רפואי מונע מהן את האפשרות לשאת הריון לבין נשים נשואות בעלות ליקוי כזה, וכי לנשים אלה, אשר עניינן נדון כבג"ץ 'משפחה חדשה', יש לאפשר פניה לפונדקאות בתשלום, במתווה החוק הקיים".²¹⁷ לסוגיה זו אתייחס בהמשך, אך נכון להיום הזכות להורות משתרעת גם על ההולדה על-דרך ההפריה החוץ-גופית במגבלות החוק.

3. הזכות להורות וחוק ביטוח בריאות ממלכתי

שירותי הבריאות המובטחים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי כוללים גם טיפולי פוריות, וממילא מובטחת בו גם הזכות להורות. כך, לדוגמה, ההורים המיועדים זכאים לבדיקת בירור עקרות ולטיפולי פוריות.²¹⁸ אלא ששני תנאים הקבועים בחוק יכול שיצמצמו את הזכות להורות. התנאי האחד הוא הכפפת שירותי הבריאות הכלולים בסל לשיקול-הדעת הרפואי.²¹⁹ כפי שהתבאר, הסכמתה של המטופלת ליטול על עצמה סיכון בטיפול אין בה כשלעצמה כדי לחייב את הרופא לסייע בהולדה.²²⁰ לא היא ולא בית-המשפט יכפו את הרופא ליתן טיפול הנוגד את מצפוננו ושיקול-דעתו הרפואי.²²¹ התנאי האחר הוא הכפפת שירותי הבריאות המובטחים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי לחקיקה הספציפית בתחום הפריור. דא עקא, הכפפה זו מעוררת קושי לגבי טיפולי פוריות, שכן חוק ביטוח בריאות

216 שם, בעמ' 461.

217 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 62 (ההדגשה במקור).

218 חוזר מנהל רפואה 67/96 "חוק הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות) – זכאות לטיפול בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי" (8.9.1996).

219 ס' 3(ד) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

220 ראו יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המט והיילודים העתידיים" מאזני משפט ד 463 ה"ש 21 (2005) (להלן: גרין "ההולדה לאחר מיתה"), שם כתבתי, בין היתר: "המסגרת החוקית היא חלק בלתי נפרד בעבודתו של הרופא, אך אין במסגרת החוקית הפורמלית למצות לכוון ולתחום את הרופא בעשייה הרפואית. הרופא מכפיף את עצמו מרצונו למערכת נורמטיבית נוספת המכוונת את דרכו, היינו למערכת כללי האתיקה הרפואית. לכן, גם אם החוק איננו שולל, ואף מתיר, לבצע פרוצדורה רפואית מסוימת, אין די בכך כדי לחייב את הרופא לבצע אותה..."

221 הלכה ידועה היא כי אין בית-המשפט מחליף את שיקול-הדעת הרפואי בשיקול-דעתו שלו, אלא בוחן אם ההחלטה ניתנה במסגרת סמכותו של הרופא. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 759/92 צדוק נ' בית האלה בע"מ, פס"מ (נב) 485 (1992). עוד על החלטות של בית-המשפט ושיקול-דעת רפואי ראו בג"ץ 70/80 טיבט נ' שר הבריאות, פ"ד (לח) 353 (1984). ראו גם, על-דרך ההיקש, יונתן דייוויס "היקף הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של ועדות רפואיות סטטוטוריות" רפואה ומשפט 28, 186 (2003).

ממלכתי מחייב ליתן את השיירות תוך שמירה על שוויון ועל כבוד האדם ופרטיותו,²²² ואילו חוק ההסכמים לנשיאת עוברים מגדיר הורים מיועדים הזכאים להתקשר בהסכם פונדקאות כ"איש ואשה שהם בני זוג".²²³ כיוצא בזה הדרישה כי נתרמת המקבלת זרע מבנק הזרע לא תדע את זהותו של התורם.²²⁴ כפי שיתבאר בהמשך, שתי הוראות אלה טרם בוטלו על-ידי המחוקק, אף שיש המערערים עליהן. כך לגבי הפונדקאות,²²⁵ וכך לגבי דרישת האנונימיות של תורם הזרע.²²⁶

נהגה כי כן, ההתקשרות בהסכם פונדקאות נשלטת על-ידי שני דברי חקיקה: חוק ביטוח בריאות ממלכתי וחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.²²⁷ אומנם, על-פי כללי פרירת הדין הנקוטים בדינו, חוק ספציפי (Lex Specialis) גובר על חוק כללי (Lex Generalis).²²⁸ אימתי? כאשר החוק הכללי הוא המאוחר ואינו בא לבטל מכללא את ההסדר בחוק המיוחד.²²⁹ ברם, בענייננו החוק הספציפי (חוק ההסכמים לנשיאת עוברים), המאוחר לחוק הכללי (חוק ביטוח בריאות ממלכתי), אינו בא למנוע את מימוש הזכות להורות על-דרך הפונדקאות (שהינה בגדר "טיפול רפואי"), אלא להכניס תיקון המצמצם את תחולתו של החוק הכללי. ולפי ש"כללי פרשנות אלה – כמוהם ככללי פרשנות אחרים – נועדו בעיקר להדרכה: בני השכל הישר הם, אין הם כופים עצמם עלינו, והרי כלי הם בידינו לגילוי תכלית החוק ולמציאת ההסדר המשפטי הנכון להחלתו".²³⁰ לפיכך הדרך הנכונה שיש לילך בה היא ליישב בין שני החוקים ולאפשר להם לדור בכפיפה אחת, ובלבד שההוראה בחוק הספציפי אינה סותרת את חוק-היסוד. "תכליתו של כל דבר חקיקה היא שיפורש לקידום תכליתו".²³¹ בשל ייחודיותו של הליך הפונדקאות, ראה המחוקק לנכון להגביל את השימוש בו ולצמצם את תחולתו על-ידי ההתניה כי ההורים המיועדים יהיו "איש ואשה".²³² כאמור, ההוראה המיוחדת המגבילה את ההתקשרות בהסכם פונדקאות עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. התיקון שאושר בממשלה זה לא כבר, המשנה את ההגדרה של "הורים מיועדים" שבסעיף 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים כך שיתאפשר גם לאישה ללא בן-זוג ואיש ללא בת-זוג להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים, טרם התקבל, וצפויים עוד דיונים ושינויים עד לקבלתו הסופית.

222 ס' 3(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

223 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

224 תק' 5 לתקנות בריאות העם (הפרייה חוץ-גופית).

225 ראו תזכיר לתיקון חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 58, שאושר לאחרונה בוועדת השרים לענייני חקיקה.

226 לעניין בטלותה של התקנה ראו ה"פ (מחוזי י"ם) 7172/08 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 12.8.2008) (להלן: ה"פ פלונית); ה"פ (מחוזי י"ם) 11-04-25340 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הבריאות (פורסם בנבו, 6.6.2011).

227 באשר לאנונימיות של תורם הזרע הבעיה קלה יותר, מכיוון שזו מוסדרת בחקיקת-משנה שאינה גוברת על חקיקה ראשית.

228 ע"פ 51/76 ראובן נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 14 (1976).

229 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 185, בעמ' 569-572.

230 ע"פ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145, פס' 24 לפסק-דינו של השופט חשין (2004).

231 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה 573 (נבו, 1993).

232 בהקשר זה ראוי לציין כי אישור הסכם ההתקשרות עם האם הנושאת מותנה בעמידה בתנאים נוספים. ראו ס' 5 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

ו. התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתית

1. מבוא

אין חולק כי ההורות מהווה ערך בסיסי וקיומי הן בעבור הפרט והן בעבור החברה כולה.²³³ יש הסבורים כי הזכות להורות היא זכות מסוג חירות, שאינה מחייבת את המדינה לסייע במימושה, אלא מחייבת רק לא להגביל ולא להפריע במימושה.²³⁴ לעומתם, יש הסבורים כי מכוח הזכות לאוטונומיה, המוכרת במשפט הישראלי, המדינה חייבת לסייע לפרט להגשים את זכותו להורות, ולא רק להימנע מלהתערב בבחירותיו.²³⁵ איני שותף לדעה זו. אכן, טבעי שמערכת המשפט תמעט להתערב בהולדה בדרך הטבע, ולא מצופה שהיא תנהג כך. אך לא כן כאשר ההולדה אפשרית רק בעזרה רפואית. ההורות טומנת בחובה תוצאות משפטיות. לכן שליטת המדינה בטכניקות ההולדה שלא בדרך הטבע, הן על-ידי הקצאת משאבים לפיתוח טכנולוגיות רפואיות מתקדמות והן על-ידי הכללת פרוצדורות רפואיות בסל שירותי הבריאות, מעניקה לה את הלגיטימציה להגביל את זכותו של האדם לחוות הורות, בעיקר על-ידי הגבלת הגישה לטיפולי הפוריות.²³⁶ כך היא רשאית ואף חייבת לעשות, למשל, כאשר ברור כי למבקשי הטיפול אין מסוגלות הורית, כלומר, לא יהיה בכוחם לדאוג לצרכיו של הילד ולרווחתו, והוא צפוי ליפול לנטל על החברה. התערבות המדינה בהחלטות של התא המשפחתי, אשר מגבילה את הזכות להורות בהטילה מגבלות על הגישה לטיפול ועל מימונו, תיבחן בשתי רמות. ראשית, היא תיבחן ברמה הפרטנית, בתוך המשפחה. ברמה זו הדגש מושם בזכותו של הפרט לחוות הורות גם בעזרה רפואית (הפן החיובי) לעומת זכותו של הילד לא להיוולד בתנאים מסוימים, שמשמעותה מניעת הגישה לטיפולי פוריות גם ממי שחפץ בהורות (הפן השלילי).²³⁷ הרמה האחרת שבה תיבחן הגבלת הזכות להורות היא הרמה הציבורית הכללית, שגם לה שני פנים: הפן החיובי, דהיינו, חובת המדינה לסייע למבקש לממש את זכותו לחוות הורות ולאפשר לו גישה לטיפולי פוריות; והפן השלילי, קרי, לא להפריע לפרט – על-ידי מניעת טיפולי פוריות – לממש את הורותו.²³⁸

הרציונל העומד בבסיס הגישה שלפיה המדינה רשאית לצמצם ולהגביל את הזכות

233 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 701.

234 ראו עוד אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 198, בעמ' 122; כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 515 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

235 סיגל דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 226 (1996); אגמון גונן ודבך-דויטש, לעיל ה"ש 31, בעמ' 18.

236 יצוין כי למרות הלגיטימציה זו, נתונים של משרד הבריאות מצביעים על כך שמספר הלידות של וולד חי שמקורן בהפריה חוץ-גופית רק הולך ועולה. כך, למשל, בשנת 2010 נרשמו 6,752 לידות כאלה. ראו www.health.gov.il/PublicationsFiles/IVF1986_2010.pdf.

237 ראו עוד גרין ההפריה החוץ-גופית, לעיל ה"ש 193, בעמ' 65; אורי לב וארנון קרן "טכנולוגיות רבייה והזכות להורות במדינה יהודית ודמוקרטית: המקרה של חוק תרומת הביציות" משפט רפואי וביור-אתיקה 4, 37, 44 (2011).

238 ראו עוד לעניין זה ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 79, בעמ' 147.

להורות הוא שמדובר בזכות מסוג חירות. לאמור, אין זה כאמור מעניינה של המדינה להתערב ולמנוע בני-אדם מלהיות הורים אלא מטעמים כבדי-משקל,²³⁹ אך אין בריסון זה כדי להצדיק הטלת חבות עליה – או על מאן שהוא מטעמה – לסייע לכל המבקש לממש את זכותו להיות הורה. עם זאת, הטלת הגבלות על קבלת טיפולי פוריות מחייבת משנה זהירות. גם אם בכוחה של המדינה לצמצם את אוכלוסיית הזכאים לטיפולי פוריות, וגם אם ניתן להצדיק זאת מבחינה מוסרית, מבחינה כלכלית ומבחינה משפטית, עליה לנהוג ריסון כבואה להוסיף פגיעה על פגיעתם של המבקשים להיבנות בדרך זו. אכן, לנוכח מעמדה החוקתי הגבוה של הזכות לחוות הורות, נדרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגרוע ממנה או לשוללה.²⁴⁰

דומה כי שלוש עילות להתערבות באוטונומיה ההורית ממלאות אחר דרישה זו – כל אחת לחוד ובוודאי שלושתן יחד: (1) הגנה על המטופלת עצמה חרף הפגיעה באוטונומיה שלה; (2) הבטחת טובתו של הילד העתיד להיוולד למרות הפגיעה באוטונומיה של התא המשפחתי;²⁴¹ (3) הגנה על תקנת הציבור.²⁴²

2. אוטונומיה מהי?

מערכת המשפט בישראל מכירה באוטונומיה של האדם לשלוט בחייו וברכושו כחלק בלתי-נפרד מכבודו כאדם.²⁴³ האוטונומיה היא הביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט בחברה.²⁴⁴ לכן, ככלל, מערכת המשפט ממעטת להתערב בהחלטותיו של הפרט, אלא אם כן קיימים טעמים כבדי-משקל המצדיקים התערבות כזו. טעמים אלה יכול שיהיו מעשים או מחדלים של הפרט הפוגעים באינטרס ציבורי או כאלה הנוגדים את טובתו של הפרט עצמו.²⁴⁵

המהפכה החוקתית העוברת על החברה בישראל העצימה את ההכרה באוטונומיה של הרצון כאחד מערכי-היסוד. אך ככל שהדבר נוגע בעניינים שברפואה, ההתקדמות המדעית והכנסת שיטות טיפול מתקדמות הציבו את מערכת המשפט בפני הצורך לקבוע את גבולות המותר והאסור בשימוש בטכנולוגיה המתקדמת. מכאן המתח בין האוטונומיה

239 ע"א פלוגית נ' פלוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 81.

240 עניין דוברין, לעיל ה"ש 127.

241 ההבדל בין שתי העילות הראשונות יתבטא בהיקף ההתערבות. כך, למשל, אם ההיריון מסכן את חייה של מטופלת שיש לה מסוגלות הורית, ייתכן (כפי שנאמר לעיל בה"ש 213) שמערכת המשפט תאפשר את נטילת הסיכון ולא תתערב. לעומת זאת, בהעדר מסוגלות הורית היא תתערב גם אם אין ההיריון מסכן את המטופלת.

242 לא למותר לציין כי המדינה מתערבת באוטונומיה ההורית – בין במישור ובין בעקיפין. ההתערבות הישירה מתבטאת בשליטת המדינה במסירת ילדים לאימוץ. השליטה העקיפה מתבטאת באיסור קיום יחסי מין עם קטינה (ס' 346 לחוק העונשין) ובהגבלת גיל הנישואים (ס' 2(א) ו-5 לחוק גיל הנישואין, התש"י-1950). ראו בהרחבה שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני, לעיל ה"ש 196, בעמ' 139–170.

243 רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145, 151 (1987); עניין אפרת, לעיל ה"ש 69, בעמ' 770.

244 שם.

245 יוסי גרין "לקראת סוף החיים: לקראת סוף האוטונומיה?" רפואה ומשפט 28, 66 (2003).

של הפרט לבין ההגנה עליו גם מפני עצמו. ההנחה המקובלת היא כי זכותו של כל אדם לגבש את רצונו על-פי "טובתו" כפי שהוא עצמו תופס אותה. "הפרט הוא המחליט על 'טובתו' שלו: 'טובתו' היא רצונו ורצונו הוא 'טובתו'. 'רצון' מפורש או משתמע כולל בחובו את טובתו של אדם, 'טובתו' של אדם נחבאת בין קפליו של רצונו.²⁴⁶ אולם לא כל מה שהפרט חושב כ"טובתו" הוא אכן "טובתו". לראיה, אף שנדרשת הסכמתו מדעת של המטופל קודם לטיפול, אין בהסכמתו כשלעצמה כדי להכשיר את מתן הטיפול אם הרופא סבור כי אין ליתו בנסיבות העניין. זכותו של המטופל ליטול על עצמו סיכונים בטיפול או בהימנעות מהטיפול. החופש לבחור בדרך הטיפול הוא חלק בלתי-נפרד מכבודו של החולה כאדם חופשי, וחופש זה ראוי להגנתה של מערכת המשפט.²⁴⁷ אף-על-פי-כן הדין מגן על החולה גם מפני עצמו,²⁴⁸ ללמדנו שהזכות לאוטונומיה אינה חזות הכל.²⁴⁹ עוד יש להוסיף כי הזכות לאוטונומיה משתרעת גם על תכנון המשפחה והולדת ילדים, שהן בתחום של צנעת הפרט. חירותו של אדם כוללת את חירות ההחלטה העצמאית בענייני נישואים, גירושים והולדה.²⁵⁰ אולם גם זכות זו ניתנת כאמור להגבלה.

3. האוטונומיה ההורית

"ההצהרה, כי 'ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים'... והקביעה, כי 'האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם'...²⁵¹ אינן צריכות הסבר ופירוש, [שהרי] 'קול הדם' נשמע מהן.²⁵² כך בהולדה בדרך הטבע וכך בהולדה בעזרה רפואית. אך האם די ב'קול הדם' כאשר ההורים אינם מסוגלים למלא את חובתם ההורית?

לית מאן דפליג שאוכלוסיית הקטינים היא אוכלוסייה פגיעה, החסרה את היכולת

246 דנ"א פלונית, לעיל ה"ש 201, בעמ' 95–96.

247 בגנ"ץ 7357/95 ברקיי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769 (1996).

248 כך, לדוגמה, ניתן לטפל בחולה המסרב לקבל טיפול רפואי מציל חיים גם ללא הסכמתו (ס' 2)15 ו-1 (3) לחוק זכויות החולה).

249 סקירה מקיפה על האוטונומיה ראו בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פדאור 2012(17) 750.

250 ע"א נחמני, לעיל ה"ש 26, בעמ' 499. ראו עוד ע"א פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 37.

251 בהתאמה, ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות וס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. באשר להיגד "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות" (ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות) מעיר גילת, ובצדק, כי לאמיתו של דבר אין כל זכות הורית מעבר לחובה לדאוג לצרכיו של הקטין, ולראיה – אין ההורים יכולים להשתחרר מאפוטרופסותם. ישראל צבי גילת דיני משפחה – יחסי הורים וילדים: מזונות, יחסי ממון, משמורת וחנינון 32 (חושן למשפט, 2000). עוד יוער כי האפוטרופסות של ההורים באה לידי ביטוי בהוראות חוק נוספות, אך אלה אינן מעניינה של רשימה זו. ראו יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס' 13–112 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, התשכ"ה).

252 ע"א 212/85 פלוני נ' פלוני, פ"ד לט(4) 309, 311 (1985) (להלן: ע"א פלוני נ' פלוני). ראו עוד ע"א פלונית, לעיל ה"ש 136, בעמ' 467; ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791, 799 (1955).

להגן על עצמה ועל זכויותיה המהותיות.²⁵³ לכן נראה כי מקום שמתחוויר לרשויות כי המבקשים להיעזר בטיפולי הפוריות אינם מסוגלים למלא את חובתם ההורית, ניתן למנוע את ההולדה על-ידי מניעת הגישה לטיפולי הפוריות, שכן האוטונומיה ההורית, כפי שקבע בית-המשפט, היא אוטונומיה יחסית:

"האוטונומיה של ההורים בגידול ילדיהם אינה מוחלטת. היא כפופה תמיד לצורכי הילד, לטובתו ולזכויותיו. כאשר ההורה אינו מקיים כראוי את חובותיו או משתמש לרעה בסמכויותיו ההוריות באופן המסכן את הילד או פוגע בו, תתערב המדינה ותגן על הקטין. מכאן סמכותם של בתי-המשפט ושל רשויות הסעד להתערב – בנסיבות מוגדרות – בתא המשפחתי כאשר הדבר מתחייב לשם רווחתו של הילד. 'במצבים מסוימים, צומחת מן החובה לפעול לטובת הילד ולהגנת שלומו הגופני והנפשי זכותה וחובתה של המדינה לפעול באופן אשר יש בו התערבות ופגיעה באוטונומיה האמורה'..."²⁵⁴

כמה דברים אמורים? בהוצאת ילד ממשמורת הוריו, שהיא פגיעה מהותית באוטונומיה ההורית. אם ההגנה על הילד הסובל בחיק משפחתו מצדיקה התערבות של בית-המשפט באוטונומיה של התא המשפחתי, על אחת כמה וכמה התערבות הדין מוצדקת במניעת לידה אל תוך חיי סבל. עם זאת, בשל ייחודו של הקשר ההורי, בכוא בית-המשפט להתערב באוטונומיה ההורית, עליו לנקוט זהירות רבה ולהפעיל שיקול-דעת מעמיק:

"עומק ועוצמתו של קשר ההורות האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר."²⁵⁵

הנה כי כן, אף שזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה

253 ראו, למשל, ס' 32 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אוישררה ונכנסה לתוקף ב-1991). ביחס לאמנה זו יוער כי היא המסמך הבין-לאומי המקיף והחשוב ביותר שחובר עד כה בתחום של זכויות ילדים. יוער עוד כי אין באשרור האמנה על-ידי ממשלת ישראל כדי להופכה לחוק ישראלי. עם זאת, שנים מספר לאחר אשרור האמנה, ביוני 1997, מינה שר המשפטים את הוועדה לזכויות הילד, במטרה לערוך בחינה מקפת של הדין הישראלי בשאלות הנוגעות בזכויות הילד, במעמדו המשפטי וברווחתו לאור האמנה. לראשות הוועדה מונתה השופטת סבינה רוטלוי מבית-המשפט המחוזי בתל-אביב. בעבודת הוועדה נטלו חלק כ-70 מומחים ואנשי-מקצוע ממגוון רחב של תחומים, ביניהם מיטב המומחים בארץ מתחומי המשפט, העבודה הסוציאלית, החינוך, הפסיכולוגיה, הפסיכיאטרייה והקרימינולוגיה. לתיאור הוועדה ולסדרת הדוחות המקיפים שפרסמה ראו אתר משרד המשפטים www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/HavaadLeZhuoyot/Pages/AboutUs.aspx.

254 דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 257 (2004).

255 רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894 (2002).

להגזים בחשיבותה,²⁵⁶ היא כפופה לטובת הילד. מכאן שבמתח בין האוטונומיה ההורית לבין טובת הילד – רווחת הילד קודמת.

4. טובת הילד ומסוגלות הורית כשיקולים בהולדה

בטיעון כי ניתן למנוע טיפולי פוריות מטעמים של טובת הילד מובלעת ההנחה כי טובת הילד משתרעת גם לשלב שבו טרם נוצר.²⁵⁷ כנגד טענה זו יוצאת חוצץ עליזה אברהם, הטוענת כי יש בה כשל לוגי מכיוון שהילד אינו צד לדיון.²⁵⁸ בכל הכבוד הראוי, איני מקבל טענה זו. לדעתי, ההתערבות באוטונומיה ההורית צריכה להיבחן בהקשר המהותי, ולא בהקשר הטכני הפרוצדורלי. לדעתי, מניעת סבל עתידי צפוי של הילד, על כל הכרוך בכך, עדיפה על כיבוד האוטונומיה של ההורים והתמודדות עם הסבל.²⁵⁹ ככל שסכסוך שמעורב בו ילד טובתו היא שיקול-העל. על-כן היא השיקול המכריע²⁶⁰ – אף אם לא הבלעדית²⁶¹ – שיש לשקול עובר להחלטה על סיוע בהולדתו.²⁶² טובת הילד משקפת מגוון של שיקולים – חומריים, רוחניים, חברתיים, אתיים ומוסריים – חלקם לטווח קצר וחלקם לטווח ארוך.²⁶³ טובת הילד היא שיקול הצופה פני עתיד. כלומר, זכותו של כל ילד שהחברה תעשה ככל אשר לאל ידה כדי להבטיח לו סיכוי לגדול במסגרת משפחתית רגילה, חמה והרמונית, אשר רוצה להעניק לו את התנאים החומריים והפסיכולוגיים הדרושים לו לגידולו ולחינוכו, ומסוגלת למלא תפקיד זה בהצלחה. המונח "מסוגלות" מדגיש את פוטנציאל ההורות – לא רק של היום, אלא גם של מחר – להבדיל מהמונחים "יכולת" או "תפקוד". ככל שרמת המסוגלות אינה עולה בקנה אחד עם טובתו של הילד, על מערכת המשפט להתערב. מבחנה של המסוגלות ההורית הוא מבחן אובייקטיבי.²⁶⁴

- 256 שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני, לעיל ה"ש 196, בעמ' 219.
- 257 ראו לעניין זה בהרחבה גרין "ההולדה לאחר מיתה, לעיל ה"ש 220.
- 258 עליזה אברהם "על מי אמור להגן רישיון ההורות?" מאזני משפט ז 475, 489 (2010).
- 259 על-דרך ההיקש ניתן לומר, לדוגמה, כי עדיף להאכיל בכפייה חולה אנורקטית כשירה, שמערכות גופה הולכות וקורסות והיא נתונה בסכנת חיים, מאשר לכבד את האוטונומיה של החולה ולטפל בה רק לאחר שמערכות גופה כבר קרסו והיא איבדה את כשירותה ונגרם לה נזק בלתי-הפיך. ראו יוסי גרין "האם יקוב הדין את חיי החולה האנורקטית?" רפואה ומשפט 30, 183 (2004).
- 260 דנ"א פלונית, לעיל ה"ש 201, בעמ' 119.
- 261 ראו דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים נ' פלונית, פס' 29 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 23.12.2013).
- 262 ראו גרין 'פרו ורובו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 58. ראו עוד דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם?" דילמות באתיקה רפואית 255 (רפאל כהן-אלמגור עורך, הוצאת הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליר בירושלים, 2002); אסא כשר "ייתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221 (רפאל כהן-אלמגור עורך, הוצאת הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליר בירושלים, 2002); זפרן, לעיל ה"ש 20.
- 263 ב"ש 370/09 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פדאור 2009 (6) 776; ע"א 522/87 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(4) 436 (1987).
- 264 ע"א 522/87, שם, בעמ' 442; דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פדאור 2011 (51) 559; ע"א 2451/97 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 455, 446 (1997); רע"א 669/00 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נר(3) 196, 226 (2000) (להלן: רע"א פלונית). מעבר לסיפוק צרכיו הפיזיים והחומריים

התעלמות של הורים מטובתו של ילדם, החלטה לא בטובתו או בניגוד לטובתו, הכרעה בעניינו תוך עירוב של שיקול זר, אי-מתן משקל ראוי לשיקול של טובת הילד – כל אלה מקימים עילה למדינה להתערב באוטונומיה ההורית על-מנת להבטיח את טובת הילד.²⁶⁵ הבטחת טובתו של הילד אינה רק שאלה חומרית. היא גם – ובעיקר – עיקרון מוסרי בלבד משפטי. היא כוללת שלושה רכיבים בעת ובעונה אחת: "טובת הילד", "זכות הילד להשתייכות" ו"זכות ההורות".²⁶⁶ ההכרעה בין שלושה רכיבים אלה היא הכרעה מוסרית.

יש הסבורים כי גם במקרים שבהם סביר מאוד להניח שהולדתו של ילד מסוים אכן תיפול למעמסה על החברה, אין מקום למנוע את אפשרות הולדתו בשם הרצון למנוע את המעמסה.²⁶⁷ משמע, אין להטיל מגבלות על הזכות להורות משיקולים של טובת הילד, שכן האינטרס של הפרט לחוות הורות גובר. איני שותף לדעה זו. לדעתי, משנשללה היכולת להיבנות בדרך הטבע בתוך המשפחה, ויהא הרכבה אשר יהא, התוסף למכלול השיקולים גורם נוסף בעל אינטרס שיש להתחשב בו בהחלטה אם לאפשר את ההולדה: היילוד העתיד להיוולד, אשר אמור גם הוא לשאת בתוצאות ההחלטה על הבאתו לעולם. ההגנה עליו היא כאמור חובה מוסרית לא פחות ממשפטית. על הגנה זו מיתוספת גם ההגנה על תקנת הציבור.

למען הסר ספק יודגש כי אין הכוונה בדברים אלה לטעון לזכות להיוולד בכלל או לזכות להיוולד בריא או למשפחה שתוכל לספק את צרכיו בפרט. נהפוך הוא, על-כורחו אדם נוצר ועל-כורחו אדם נולד, אלא שאם הורתו אינה בדרך הטבע, ניתן – ובמקרים מסוימים אף חובה – להגן הן על הילד והן על תקנת הציבור, עד כדי מניעת טיפולים רפואיים שיסייעו ביצירתו. עם זאת, אין לשלול טיפולי פוריות מבני-זוג אך משום טובת הילד. נדרש "דבר-מה נוסף" אשר יצדיק את התערבות המדינה, כפי שפסק בית-המשפט:

"הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי ושומר על האוטונומיה והפרטיות שלו מתוך מערכת מורכבת של שיקולים, כאשר טובת הילד הוא רק אחד מהשיקולים,

של הילד, מבחן אובייקטיבי כולל, למשל, קיום יציבות בהתנהגות ההורה בתחומים בסיסיים; מסוגלות להיפרד מן הילד ולתת לו להתפתח ולהיות אדם אוטונומי, עצמאי וחזק; מסוגלות להעניק לילד צרכים וערכים תרבותיים; מסוגלות לגדל את הילד ובתוך כך להציב לו גבולות; יכולת להוות דמות הורית מספקת להפנמה חינוכית של ערכים ודמויות על-ידי הילד; וכן פרמטרים נוספים אשר הכרחיים לגידולו של ילד (כגון סדר-יום). ראו חיים פורת הנחיות בית המשפט המחוזי לחו"ד מומחה לגבי מסוגלות הורית (1991); משה זכי "הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית בתיק משמורת לעומת הערכה פסיכולוגית של מסוגלות הורית בתיק אימוץ: הדומה והשונה" רפואה ומשפט 31, 100 (2004); יגיל דוד "שיקולים ולבטים באבחון מסוגלות הורית" סוגיות בפסיכולוגיה, משפט ואתיקה בישראל 183 (יגיל דוד, אמנון כרמי, משה זכי וענת לבני עורכים, 2008).

265 בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 463, 453 (1998).

266 ישראל צבי גילת "על הקשל המשפטי המובנה באבחון 'טובת הילד' באמצעות מערך שירותי הרווחה" מאזני משפט 485, 403 (2006).

267 ורדי רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפרייה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 154 (רפאל כהן-אלמגור עורך, הוצאת הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליד בירושלים, 2002); בלהה כהנא "הזכות לחיים ללא מום וזכות התביעה נגד הורה" הזכות לחיים ללא מום: מיצירת עובר עד לירדתו כאדם 277 (יונתן דייזיס ואברהם סהר עורכים, דיונון, 2007).

ומיתוספים אליו שיקולים נוספים, כגון הזכויות של ההורים הטבעיים. על-פי גישה זו, אין המדינה רשאית להצדיק את התערבותה בתא המשפחתי הטבעי אך בטענה, כי הדבר נעשה לטובת הקטין. בטובת הקטין לא די. דרוש 'דבר-מה-נוסף', אשר יש בו כדי להצדיק את התערבותה של המדינה. 'דבר-מה-נוסף' זה משתנה מעניין לעניין, על-פי מידת האינטנסיביות של החדירה השלטונית ועל-פי מידת הניתוק שבין ההורים הטבעיים לבין ילדם...²⁶⁸

אותו "דבר-מה נוסף" יכול שיהיה הגנה על תקנת הציבור, העדר מסוגלות הורית²⁶⁹ או לידת ילד עם פגם.²⁷⁰

ז. הזכות להורות, החוק והתא המשפחתי

1. על איוון בין אינטרסים מתחרים

כדי לגבש החלטה אם לאפשר גישה לטיפול פוריות ולמימונם על-ידי המדינה, יש לאזן בין מכלול השיקולים והאינטרסים המתחרים שהוצגו. האיוון בין האינטרסים המתחרים ימצא על-ידי בחירה ערכית, שתיתן את המשקל הראוי לכל אחד מהם בהקשר הרלוונטי.²⁷¹ הערכת המשקל שיינתן לשיקולים השונים היא פעולה נורמטיבית הנקבעת על-פי הערכים החברתיים המקובלים, המקרינים מצידם על העוצמה היחסית שראוי לייחס לנתונים הנוגדים השונים.²⁷² ייתכנו נקודות איוון אפשריות שונות בין השיקולים הנוגדים, אשר כל אחת מהן עשויה לעמוד במבחן הסבירות.²⁷³ כללו של דבר, האיוון החוקתי בין הזכויות המתנגשות נגזר ממהותן, "והוא משתנה עימן".²⁷⁴ על רקע דברים אלה נבחן את השאלה אם יש לאפשר לארבע אוכלוסיות המקיימות תאים משפחתיים בהרכבים שונים לקבל טיפולי פוריות במימון המדינה כדי לממש את

268 ע"א 232/85 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מ(1) 8, 1 (1986).

269 אכן, בית-המשפט קבע, מפי השופט גולדברג, כי ניתן להצדיק התערבות באוטונומיה ההורית כאשר "ההורה בלתי מסוגל, מטעמים אובייקטיביים, למלא את החובה האמורה, כשברור הוא, כי החסך שייגרם לקטין יפגע בכריאותו הנפשית או הגופנית במידה כזאת, שאינה מאפשרת השלמה עם המשכו של המצב הקיים". ע"א פלוגי נ' פלוגים, לעיל ה"ש 252, בעמ' 315.

270 לא למוטר לציין כי אין בדברים אלה, חלילה, אמירה כלשהי בדבר זכותם של בעלי מום, גופני או נפשי, להיולד. למען הסר ספק יובהר כי אין להסיק מקביעה זו שלילה של זכות כלשהי מזכויותיהם או ממעמדם של בעלי המום בחברה. עם זאת, יש בה הכרה – הגם שלא הכרה גורפת – בזכותה של נושאת היריון לבקש להפסיק אם העובר שהיא נושאת ברחמה יאובחן כבעל מום. כמורכב אין לראות בדברים אלה נקיטת עמדה בשאלה אם לאפשר לילד שנולד עם פגם לתבוע את הוריו מלידיו על הבאתו לעולם. ראו לעניין זה בהרחבה כהנא, לעיל ה"ש 268.

271 דבריה של השופטת נתניהו בע"א 348/85 בן ציון נ' הוצאת מודיעין בע"מ, פ"ד מב(1) 800, 797 (1988). הדברים צוטטו בהסכמה על-ידי הנשיא ברק בבר"ע 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, פס' 10 לפסק-דינו (2001).

272 בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגי, פ"ד ס(3) 201, פס' 19 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005).

273 בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2007).

274 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 67, בעמ' 434.

הורותן. ארבע האוכלוסיות, היוצרות שלושה סוגים של תאים משפחתיים, הן: המבקשים להקים משפחה חד-הורית, המבקשים להיבנות בגיל מבוגר, בני-זוג חד-מיניים ובני-זוג עם צרכים מיוחדים.

כרקע לדיון נזכיר, בהרחבת-מה, את הקביעה העקרונית של בית-המשפט העליון, שהייתה אחת מנקודות המוצא לדיון בכללותו,²⁷⁵ כי עצם קיומה של טכנולוגיה רפואית אינו מקים בהכרח זכות חוקתית להשתמש בה. כך פסק השופט חשין בבג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים:

"מתוך שהמדע והטכנולוגיה צומחים ומתפתחים בדרכם ועל-פי כללים פנימיים משלהם, אין כל כורח אפריורי כי נורמות התנהגות הנקבעות בידי החברה והמחוקק תאמצנה את כל הישגי המדע והטכנולוגיה בלא כל הבחנה ובלא כל מגבלות. בבקשנו לרתום את הישגי המדע והטכנולוגיה לטובת האדם ולהוסיף ולקבוע על-פיהם נורמות התנהגות בחברה, מחויבים אנו לבחון עצמנו כל העת היטב-היטב אם נכון וראוי לה'ריק אל תוך של נורמות-שבדין כל תגליות שגילה האדם וכל המצאות שהמציא, או מקצתן של אלו או של אלו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן במקום שהמדובר הוא בהישגי המדע והטכנולוגיה בתחום מדעי-החיים."²⁷⁶

וכן כתבה השופטת ברק-ארז בבג"ץ פלונית:

"מצבים אלה חוזרים ומעוררים את השאלה האם כאשר אפשרות פעולה מסוימת קיימת, כעניין מדעי וטכנולוגי, משמעות הדבר היא שאף קיימת זכות לעשות בה שימוש, וכן שאין להגביל את השימוש בזכות זו. בענייננו, מאחר שקיימת אפשרות טכנית לעשות שימוש במנות הזרע הנוספות של התורם, ההנחה שביסוד העתירה הייתה שניתן יהיה אף לעשות בהן שימוש, ללא הגבלה. אכן, הטכנולוגיה פותחת בפנינו אופקים חדשים, ומעניקה לנו אפשרויות בחירה נוספות. אולם, העובדה שאפשרויות טכנולוגיות ומדעיות מאפשרות נקיטת צעדים מסוימים אינה מקנה, כשלעצמה, זכות לעשייתם. וודאי שאלה הם פני הדברים כאשר אל מול האפשרות לעשות שימוש בטכנולוגיה לא עומד רק חשש ערטילאי מפני השלכות אפשריות על פני החברה, אלא תורם זרע קונקרטי שזכויותיו צפויות להיפגע."²⁷⁷

זאת ועוד, כבר התבאר בדיוננו על הזכות להורות כי התשובה לשאלה אם מוטלת על המדינה חובה לסייע לאדם לממש את הורותו אינה מובנת מאליה. בעניין סיוע באימוץ אומרת השופטת פרוקצ'יה:

275 ראו לעיל ליד ה"ש 29.

276 בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 459–460.

277 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 3, פס' 32 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

"השאלה באיזו מידה חייבת המדינה לסייע לפרט בהעמדת אמצעים לצורך מתן עזרה לתהליכי הולדה באמצעות טכניקות הולדה מלאכותיות היא קשה ומורכבת. ככל שנדרשת התערבות גורמים חיצוניים בתהליכי הולדה, אנו מתרחקים מן הליבה הקשה של הזכות להורות המבוססת על האוטונומיה של הפרט וזכותו העצמאית לקבל החלטות הקובעות את גורלו בלא התערבות חיצונית. היקף חובתה של המדינה לסייע בידי הפרט באמצעות פעולה אקטיבית לממש את הורותו הטבעית בדרכים מלאכותיות הינה קשה ורבת פנים."²⁷⁸

בהמשך דבריה משיבה השופטת פרוקצ'יה בשלילה על השאלה אם מוטלת על המדינה חובה לסייע לאדם לממש את הורותו בדרך של אימוץ:

"הסדר האימוץ במדינה אינו מהווה חלק מזכותו החוקתית של מבקש האימוץ למשפחה ולהורות, והוא אינו מקים זכות חוקתית נגזרת בידי אדם לתבוע מן המדינה את מימוש הורותו באמצעות אימוץ."²⁷⁹

עד כמה ניתן להקיש מדברים אלה לענייננו? קיים הבדל מהותי בין אימוץ לבין פונדקאות, לפחות לגבי המקרים שבהם תאי הרבייה בפונדקאות הם של אחד מהמולידים ולכן מדובר בהורות גנטית, מה שאין כן באימוץ. אף-על-פי-כן, מבחינת החבות אין הבדל בין הורות שמקורה בהורות גנטית לבין הורות שמקורה באימוץ.

2. המשפחה החד-הורית

המשפחה החד-הורית אינה תופעה נדירה בנוף הישראלי. היא מוכרת במשפט הישראלי, ואף זוכה בהטבות מהמדינה.²⁸⁰ במקרים רבים המציאות מכתובה את הקמתה. השעון הביולוגי המתקתק מכתוב לבחורות פנויות שאינן רוצות לוותר על ההורות, ואשר לא מצאו בן-זוג להקמת משפחה, להקים תא משפחתי חד-הורי. הקמת המשפחה החד-הורית מרצון, או נכון יותר מכורח המציאות, אינה נוגדת את המוסר. יתרה מזו, ככל שהדבר נוגע בהיבט המשפטי, אין בעובדת היוולדו הצפויה של הילד למשפחה חד-הורית כדי למנוע את הולדתו. עמד על כך השופט גולדברג בפרשת נחמני, בצטטו מדבריו של שיפמן:²⁸¹ "בהזרעה מלאכותית ענין לנו בתכנון הבאתו לעולם של ילד שטרם נולד

278 בג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127, פס' 23. עם זאת, יצוין כי השופט ריבלין אינו מסכים, וקובע כי "אין לראות בהבדל בין הורות ביולוגית להורות בדרך של אימוץ... פער בעל משמעות נורמטיבית ניכרת... אף אם לא נוכל לאפשר, בשל אילוצים מותרים, את מימושה המלא, לא נגרע מן ההכרה בה..." (שם, פס' 4 ו-6 לפסק-דינו). מכיוון שהנשיאה ביניש לא קבעה עמדה בעניין זה, אין הלכה ברורה, אך אין בעובדה זו כדי לאפשר הסקה לענייננו.

279 שם, פס' 25.

280 ראו ס' 2 ו-4 לחוק משפחות חד-הוריות, התשנ"ב-1992; ס' 2(א)(5) לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980; ס' 74(ב)(1)(א) לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).

281 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 4, בעמ' 726. ראו בהרחבה שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך שני, לעיל ה"ש 196,

כדי להגשים ציפיותיהם של אנשים להיות הורים. האם ניתן לקבוע קטגוריות כי עבור אותו ילד נוח לו שלא יולד יותר משיוולד? האם מצבו של אותו ילד יהיה בהכרח כה אומלל, אך באשר נולד למשפחה חד-הורית, וכיוון שכך חובה עלינו מראש למנוע הבאתו לעולם?" על שאלה זו יש להשיב, לדעתי, בשלילה.

לפני אישה המבקשת להקים משפחה חד-הורית פתוחות לכאורה שתי דרכים: דרך אחת, שבה בוחרות רובן המוחלט של הנשים הפנויות המבקשות להקים משפחה חד-הורית, היא הפריה חוץ-גופית תוך שימוש בזרע מבנק זרע; הדרך האחרת, שאינה אפשרית בשלב זה, היא על-ידי התקשרות בהסכם פונדקאות.

ההסדר במקורו קבע כי אישה רווקה המבקשת לבצע הפריה חוץ-גופית תעשה זאת רק מביצית שנלקחה ממנה ולאחר שהתקבל דין-וחשבון מעובד סוציאלי של המחלקה המוכרת התומך בבקשת האישה.²⁸² הוראה זו בוטלה, ולכן פתוחה לפנייה הדרך להיכנות גם מביצית של תורמת.²⁸³ המבחן אם להתיר את הפרוצדורה אינו מבחן ערכי, אלא תועלתני: טובת הילד והמסוגלות ההורית.

אין הדבר כן לגבי נשים שאינן יכולות לשאת הריון מסיבות רפואיות. נשים אלה, אם אין להן בן-זוג, מנועות מלהתקשר בהסכם פונדקאות. הקושי טמון בהוראה הקבועה בחוק הפונדקאות שאינה מאפשרת את החלתו על נשים רווקות.²⁸⁴ שאלת תוקפה של הוראה זו עמדה במרכזה של עתירת אישה רווקה וללא בן-זוג, בשנות הארבעים לחייה, שרחמה נכרת. העותרת עתרה לביטול החלטתה של ועדת האישורים, אשר דחתה על הסף את בקשתה להתקשר בהסכם פונדקאות אך משום שאין לה בן-זוג.²⁸⁵ בהתייחסו לדרישת-הסף כי רק בני-זוג שהם איש ואישה רשאים להתקשר בהסכם פונדקאות, קובע בית-המשפט כי "לעולם חייב שיהיה 'אב מיועד' – בן-זוג של אם מיועדת – והשניים יחדיו יהיו 'הורים מיועדים'. לא נמצא לנו בחוק ולו קצה-קצהו של רמז לאפשרות קיומו של הורה מיועד יחיד – בין איש בין אישה – שלא כחלק בלתי נפרד מ'הורים מיועדים' שהם איש ואישה שהם בני-זוג כהגדרת 'הורים מיועדים'".²⁸⁶ ומכאן המסקנה הבאה, מפי השופט חשין:

"לשון החוק תלמדנו אפוא – ובאורח חד-משמעי – כי תהליך של פונדקאות יכול שיתקיים רק אם ההורים המיועדים הינם איש ואישה שהם בני-זוג. אישה לבדה וכמותה איש לברו; אישה ואישה וכמותן איש ואיש – כל אלה אינם

בעמ' 155–160.

282 תק' 8(ב)1 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית). אגב כך יצוין כי זכות זו עומדת גם לאלמנה (שם, תק' 8(ב)2) ולגרושה (שם, תק' 8(ב)3). לכן אשתמש לגבי שלוש הנשים (רווקה, גרושה ואלמנה) גם במונח "פנויה" בהתאם לנסיבות.

283 תקנת-משנה זו בטלה ומבוטלת החל ביום 11.8.1997, וזאת על-פי החלטת בית-המשפט בבג"ץ 2078/96 ויץ נ' שר הבריאות, תק-על 1997(1) 939.

284 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

285 בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5. יוער כי הביציות נשאבו מגופה של העותרת והופרו בהפריה חוץ-גופית בזרעו של תורם אנונימי.

286 שם, בעמ' 436.

בני-כושר על-פי חוק הפונדקאות לקיים תהליך של פונדקאות, וממילא אין הם זכאים לקבל את אישורה של ועדת האישרים לתהליך של פונדקאות. זו לשונו החדר-משמעית של החוק, ותכליתו של החוק תילמד מלשונו.²⁸⁷

...

החוק הבהיר הבהר-היטב שכוונתו היא לקבוע הסדר ממצה בנושא הפונדקאות, וכי לא יקום ולא יהיה הסדר פונדקאות אלא על-פיו. ועל-פי החוק לא תוכל אישה באין בן-זוג להיות 'אם מיועדת'. תכלית החוק הייתה – והינה – לפתור בעיותיהם של בני-זוג, איש ואישה, חשוכי-ילדים, ובעיות אלו בלבד. החוק לא נתכוון לפתור בעיותיה של אישה חשוכת-ילדים שאין לה בן-זוג, אף לא בעיותיהם של איש שאין לו בת-זוג או של כל בני-זוג אחרים. בדל"ת אמותיו של החוק לא תוכל העותרת אפוא למצוא מזור לכאבה.²⁸⁸

על פניו נראה כי החוק מפלה לרעה אישה שאין לה בן-זוג ואינה יכולה לשאת היריון לעומת אישה שאין לה בן-זוג ויכולה לשאת היריון. אכן, בית-המשפט סבר כי מדובר ב"הפליה שאין לכאורה הצדק בצדה",²⁸⁹ אולם קבע כי אף שיש כאן הפליה הפוגעת בזכות-היסוד לשוויון ובכבוד האדם, מדובר בפגיעה מידתית העומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה.²⁹⁰ אם נדרש תיקון של החוק, על המחוקק לעשות זאת, שכן זו הכרעה ערכית במהותה, כדבריו של השופט אנגלרד:

"ראיית ההסדר החוקי כ'הפליה בלתי מוצדקת ובלתי ראויה באשר היא פוגעת בשוויון' היא ביסודה הכרעה ערכית אישית שאינה מקבלת את השיקולים הנזכרים. לטעמי, אין כאן אי-שוויון בין שווים, אלא שונות בין שונים. השאלה אם שונות זו מוצדקת אם לאו בנסיבות העניין היא כאמור הכרעה ערכית לגיטימית, אך במקרה של הסדר חוקי מן הראוי כי המחוקק הוא אשר יכריע בה. הוא עשה זאת כאן מתוך גישה של פשרה, לכן לדעתי אין בית-משפט זה צריך לנקוט עמדה ערכית נוגדת ולהמליץ על הנחיצות של 'תיקון מעוות'.²⁹¹"

287 שם, בעמ' 437.

288 שם, בעמ' 439.

289 שם, בעמ' 456.

290 שם, בעמ' 462. השופט שטרסברג-כהן אף עומדת על ההבחנה שבתשתיתה של הפליה זו. לדעתה, "מצבה של אישה שאין לה בן-זוג, ושלרשותה עומדת ההפריה החוץ-גופית, שונה מזה של אישה כזו הנזקקת לשרותי פונדקאות. בהפריה חוץ-גופית האם המיועדת היא גם אמו הביולוגית של בנה לעתיד, מה שאין כן בפונדקאות. בזו האחרונה כרוכה חריגה מן האימהות הקונבנציונלית שהיא דרמטית יותר מבהפריה חוץ-גופית. הפונדקאות יכול שתיצור תרחיש שייולד ילד לתוך מציאות שבה הביציות אינן של האם המגדלת אותו, הזרע הוא של אב אנונימי, האישה שהרטה וילדה אותו אינה אמו הגנטית ואינה מגדלת אותו, והוא גדל אצל האם המיועדת, שהיא חסרת קשר גנטי או ביולוגי אליו. תרחיש כזה ממחיש את הבעייתיות שבפונדקאות. תהליך הפונדקאות הוא תהליך מורכב, קשה ובעייתי. ההתמודדות עמו אינה קלה להורים המיועדים. עמידה בתהליך זה בשניים שונה מעמידה בו ביחידות." שם, בעמ' 466–467. אכן, התרחיש שהשופטת מדברת עליו אפשרי, אך הוא אינו רלוונטי כאשר הביצית היא של האם המיועדת, שאז היא גם אמו הגנטית. לכן לגביה, כדברי השופט אנגלרד, ספק אם בשונות עסקינן (שם, בעמ' 479).

291 שם, בעמ' 479.

לסיכום, איני רואה סיבה, בוודאי לא ערכית-מוסרית, למנוע טיפולי פוריות ממי שמבקשת להקים תא משפחתי חד-הורי וזו דרכה היחידה להיבנות. אומנם, אין זה האידיאל שיש לשאוף אליו, אך אין הדבר נוגד את תקנת הציבור. לפיכך יש לתקן את חוק ההסכמים לנשיאת עובריים ולאפשר לפניות שסיבות רפואיות מונעות מהן נשיאת היריון להיבנות גם על-דרך הפונדקאות.²⁹²

3. הורות מבוגרת

היש לאפשר גישה לטיפולי פוריות לבני-זוג מבוגרים? היש לאפשר יצירת הורות מבוגרת? למעשה, אין בספר החוקים הישראלי התייחסות להורות מבוגרת למעט בשני דברי חקיקה: האחד הוא דבר חקיקה ראשי – חוק תרומת ביציות; והאחר הוא חקיקת-משנה – תקנות ההפריה חוץ-גופית.²⁹³ זאת לא בכדי, שכן השאלה אם מוצדק להגביל את גיל המבקשים לממש את זכותם לחוות הורות היא מן השאלות היותר-קשות.²⁹⁴ הרציונל העומד בבסיסו של חוק תרומת ביציות הוא הכרה בחשיבותה של הזכות להורות, המצדיקה שימוש בטכנולוגיות רפואיות מתקדמות בתחום הפרייה על-מנת לממשה. מטרת החוק היא "להסדיר תרומת ביציות למטרת הולדה, תוך שמירה מרבית על כבודן, על זכויותיהן ועל בריאותן של התורמת והנתרמת".²⁹⁵ חרף זאת נקבעה בחוק מגבלת גיל, שלפיה תרומת ביציות מיועדת ל"מטופלת שהיא תושבת ישראל, שמלאו לה 18 שנים וטרם מלאו לה 54 שנים".²⁹⁶ עוד נקבע כי לתרומת ביציות זכאית אישה אשר "אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של

292 אגב, יוער כי ועדת מור יוסף, שמונתה על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות בחודש יוני 2010, המליצה על קיום מסלול נוסף אשר יאפשר גישה לפונדקאות גם לגברים ללא בנות-זוג, וזאת על בסיס אלטרואיסטי שימנע מסחר של ההליך. בבסיסה של המלצה זו ניצב הרצון להשוות את מעמדה של משפחה בראשות אב יחידני למעמדה של משפחה בראשות אם יחידנית. כמו-כן הוצע להגביל את מספר הילדים כתוצאה מההליך, ולאפשר ביצוע הליך פונדקאות רק ליחיד שאין לו ילדים, ובמקרה של בני-זוג – רק אם לבני-הזוג יחד יש ילד אחד בלבד. ראו דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 29-32. אכן, בתזכיר לתיקון חוק ההסכמים לנשיאת עובריים, לעיל ה"ש 58, שהפיץ לאחרונה משרד הבריאות, מוצע לתקן את ס' 1 לחוק באופן שיאפשר גם לאישה ללא בן-זוג ולאיש ללא בת-זוג להתקשר עם אם נושאת בהסכם לנשיאת עובריים. נוסח הסעיף המוצע: "הורים מיועדים – איש או אשה שהם בני זוג או אשה או איש, תושבי ישראל, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

293 בתק' 4(2)א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) נקבע כי "נטילת ביצית תיעשה רק מאשה שהתקיימו בה אחד מאלה: ... (2) היא אינה נמצאת בטיפולי פוריות, אך מעוניינת בשימור פוריות, מפאת גילה, ובלבד שנתקיימו כל אלה: (א) מלאו לה שלושים אך טרם מלאו לה ארבעים ואחת; (ב) יבוצעו בה לכל היותר ארבע פעולות שאיבה ובלבד שסך הביציות שנשאבו בפעולות שאיבה קודמות נמוך מ-20".

294 על ההיבט האתי של ההולדה בגיל מבוגר ראו ישראל דורון, מרואן חכים וטלי פקר "ביו-אתיקה ופוריות בקנה – הטיעון בזכות טיפולי פוריות בנשים מבוגרות" מאזני משפט ט 501 (2010).

295 ס' 1 לחוק תרומת ביציות.

296 שם, ס' 11. על נוהל תרומת הביציות ראו חוזר מינהל הרפואה 46/2011 "תרומת ביציות" (1.12.2011). www.health.gov.il/hozer/mr46_2011.pdf. בחוזר זה מפורטים העקרונות, התנאים והכללים הנוגעים בהליכי אישורן של בקשות לתרומת ביציות ובביצוע הפריה חוץ-גופית באמצעות הליך זה. יש לשים לב שהמחוקק מתיר גם לנשים פנויות להיזקק לתרומת ביציות, ובלבד שגילן נמוך מ-54 שנים.

השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים"²⁹⁷. הוראה זו יוצרת בעקיפין מגבלת גיל גם לגבי התקשרות בהסכם פונדקאות לנוכח הררישה שהביצית בהליך הפונדקאות לא תהיה של האם הנושאת.²⁹⁸

אין חולק כי הכמיהה להורות אינה תלוית-גיל. הוא הדין בזכות לתכנון המשפחה, אשר כוללת, בין היתר, את הזכות להחליט מתי, עם מי, באיזו דרך ובאיזה גיל להעמיד צאצא. כמרוכן, אלמלא קשייהם של בני-הזוג להיבנות בדרך הטבע, הם לא היו מבקשים את עזרת המדינה, וזו לא הייתה מתערבת באוטונומיה של התא המשפחתי שלהם רק בשל הורות המבוגרת. אולם, משפותחה הטכנולוגיה והמדינה מתבקשת לממן את השימוש בה, היא נוקטת עמדה המגבילה את הגיל שבו תתאפשר גישה לטיפולי הפוריות.

עמדה זו היא ללא ספק פרי איזון בין מכלול של שיקולים. ההתלבטות בסוגיה זו אינה קלה בשל הטיעונים הכבדים בעד ונגד הגבלת גיל במסגרת טיפולי הפוריות. חברי הוועדה הציבורית בראשות פרופ' מור יוסף התלבטו בסוגיה זו, והחליטו לאמץ את ההסדר הקבוע בחוק. בין היתר עלו הנימוקים הבאים נגד ההורות המבוגרת:²⁹⁹ ראשית, הטבע הגביל פחות או יותר את גיל הפוריות, וממילא את ההורות, ואין ללחום נגד ההסדר שנקבע בטבע. שנית, ההורות אינה רק המעשה הביולוגי של ההולדה; היא גם המחויבות כלפי הילדים העתידיים להיוולד, והדאגה לטובתם כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין.³⁰⁰ טובת הילד צופה פני עתיד. מבחנה של מחויבות זו במסוגלות ההורית לעמוד בחובתם כלפי ילדיהם. שלישית, ככל שגיל האישה עולה, סיכוני ההיריון והלידה גוברים. סיכון לא-מבוטל קיים גם ליילוד. רביעית, הורות מבוגרת עלולה לגרום אחריה ניכור חברתי, בעיקר במוסדות החינוך של הילד. פער גילים גדול בין הילד לבין הוריו טומן בחובו קשיים לא-מעטים.³⁰¹ חמישית, ככל שגיל ההורים עולה, הסיכון לתחלואה שלהם גובר, ועימו אף הסיכון ליתמות מוקדמת של הילד.

מול טיעונים אלה עומדים טיעוניהם של התומכים במתן טיפולי פוריות וביצירת הורות גם בגיל מבוגר. ראשית, זכותו של כל אדם ליטול על עצמו סיכונים, ובכלל זה זכותה של המטופלת המבוגרת ליטול על עצמה את הסיכון הכרוך בטיפול ובהורות המבוגרת. גם מטופלות צעירות נוטלות על עצמן סיכונים בטיפולי פוריות. בעיני המטופלות – צעירות כמבוגרות – הכמיהה להורות מצדיקה נטילת סיכונים. שנית, ההורים והרופאים אינם מבטחים היכולים להבטיח בכל מקרה הולדת ילד בריא ללא פגם. גם הריונות של הורים צעירים עלולים להסתיים בלידת ילד עם פגם. שלישית, בשלותם של ההורים המבוגרים תעניק לילד מעל ומעבר למה שמעניקים ההורים הצעירים. רביעית, הורות

297 ס' 11 לחוק תרומת ביציות. יוער כי בהצעת החוק הוצע להגביל את גיל הזכאית לבקש תרומת ביצית למטרת הולדה ל-51 שנים. תנאי-הסף שימלאו לאישה 18 שנים עוסק ב"פגם חולף" של האישה, ולכן איננו רואים מקום לדיון בתנאי זה. מגבלת גיל קיימת גם באימוץ (ס' 4 לחוק אימוץ ילדים). ראו בהקשר זה בג"ץ משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, לעיל ה"ש 127.

298 ס' (4)2 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

299 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30.

300 ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

301 השוו חוק אימוץ ילדים.

בגיל צעיר אינה ערובה למניעת תחלואה של ההורים ויתמות מוקדמת של הילד. נימוקים אלה ואחרים עלו כאמור על שולחנה של ועדת מור יוסף, אשר המליצה על קביעת גיל מינימלי וגיל מרבי לטיפול פוריות לפי הפירוט שלהלן, והכל בכפוף להחלטת הרופא המטפל באשר לסיכון הכרוך למטופלת ולאפשרות הצלחתו של הטיפול לנוכח גילה. בין היתר המליצה הוועדה "לאמץ את הגיל המקסימאלי הקבוע בחוק תרומת ביציות, היינו, גיל 54, לכל טיפולי הפוריות, אלא אם הדבר הוחרג במפורש... גיל זה משקף את מגמת העלייה בתוחלת החיים, את הרצון לצמצם את ההתערבות בזכות ההורות של מבקשי הטיפול, את השמירה על טובת הילד ואת צמצום הסיכונים הכרוכים בטיפולים רפואיים מסוג זה."³⁰²

מקצת מחברי הוועדה הסתייגו מהמלצות אלה, שהתקבלו ברוב דעות, ולא פה אחד. ההסתייגויות היו לשני הכיוונים. שניים מחברי הוועדה – עו"ס אורנה הירשפלד וד"ר מרדכי הלפרין – סברו כי יש לקבוע גיל מרבי נמוך יותר, בין 45 ל-50, אשר ישקף את הגיל הממוצע שבו נפסקת הפוריות הטבעית אצל נשים, ויהיה דומה לקו הגבול העליון שנקבע לגבי אימוץ. לדעתם, אין להסתמך על ההסדרה הקיימת בחוק תרומת הביציות, ו"יש לבחון את משמעותה של ההורות המאוחרת על הילד שיולד... [יתר על כן, יש לבחון את טובתו של הילד לא רק במועד הלידה אלא לכל אורך שנות הגדילה ועד להפיכתו לבוגר העומד בזכות עצמו. יש להביא בחשבון את העובדה כי הורות מאוחרת משמעותה כי כאשר הילד יהיה בגיל ההתבגרות, הוריו יהיו בני למעלה משבעים".³⁰³

לעומתם סבר פרופ' אסא כשר כי "יש להבחין בין הגבלת גיל מטעמים רפואיים, כדוגמת ההגבלה הקיימת בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) בדבר הקפאת ביציות לא מופרות לשם שימור הפוריות, לבין הגבלה שאינה נובעת מטעמים רפואיים, כגון הגבלת גיל המקבלים טיפולי פוריות ל-54". לדעתו, ניתן להגביל את גילם של המטופל או המטופלת רק על יסוד שני סוגים של שיקולים: (א) "שיקולים רפואיים בדבר הסכנה למטופלת והאיכות הבריאותית של העובר הצפוי ככל שהם תלויים בגיל המטופל או המטופלת"; (ב) "שיקולים בדבר החשש למות המטופל או המטופלת בעוד היילוד הוא קטין, בהתאם לגילם ובהתאם לתוחלת החיים שלהם".³⁰⁴ לדברי כשר:

"הגבלה מטעמים שאינם רפואיים היא פסולה מטעמים אחדים:

א. מדובר בהגבלה חמורה של חירות האדם בתחום בעל משמעות מרכזית בחייו ולא ייתכן שתהיה שרירותית ואינה מבוססת על טעמים רפואיים.

302 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30. עוד המליצה הוועדה כי הקפאת ביציות לצורכי שימור פריין תוגבל לטווח הגילים הקבוע כיום בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), דהיינו, 30–41, וזאת מטעמים רפואיים, ומכיוון שלאחר גיל 41 איכות הביציות יורדת בצורה ניכרת. כן המליצה הוועדה לעגן בחוק את הגיל המרבי של הפונדקאית הקבוע בנהליה – דהיינו, 38 – באשר המומחים בתחום סבורים כי עד גיל זה מתאפשר היריון ללא סיכון-יתר. לבסוף, הוועדה המליצה כי הוועדה המקומית בבתי-החולים תרון במקרים חריגים שבהם מתבקש אישור לביצוע טיפולי פריין מעל לגיל 54. שם, בעמ' 31.

303 שם.

304 שם, בעמ' 32.

ב. ההגבלה מיועדת למנוע מצב בו ייולד ילד להורה מבוגר מעל גיל 54, על אף שתוחלת חייה הצפויה כיום היא בין 25 ו-30 שנה. זוהי הגבלה שאינה סבירה בעליל שכן היא כופה את המנהג המקובל על פני המעוניין לנהוג אחרת.

ג. הפגיעה במי שמעוניין להביא ילד משלו לעולם בגיל מבוגר מ-54 גדולה בהרבה מן הפגיעה הפסיכולוגית האפשרית בילד שיגדל אצל הורים מבוגרים יחסית או יתייתם בגיל צעיר. את החששות הפסיכולוגיים אפשר להביא בחשבון רק כאשר מדובר בגילים הרבה יותר גבוהים.³⁰⁵

אכן, ההחלטה בסוגיה ערכית ורגשית זו קשה.³⁰⁶ דעתי נוטה לדעת הרוב בוועדה, המאזנת בין האינטרסים המתחרים של כל המעורבים. הדבר מתיישב גם עם חוק ביטוח בריאות ממלכתי, המקנה משקל רב לשיקול-הדעת הרפואי בהחלטה על מתן הטיפול.³⁰⁷ בהתחשב בסיכונים הכרוכים בטיפול לאם וליילוד ובהשלכותיו, בעלויותיו הגבוהות ובמקור הביציות המוגבל, הכפפת ההחלטה לשיקול-הדעת הרפואי הגיונית וסבירה.

4. המשפחה החד-מינית: הולדה על-דרך הפונדקאות

בשנים האחרונות מתפשטת התופעה – או לפחות כך נדמה – של הקמת משפחות חד-מיניות. הפועל היוצא מכך הוא הדרישה הגוברת להתיר להם להעמיד צאצאים על-דרך הפונדקאות.³⁰⁸ בני-זוג אלה, או לפחות אחד מהם, אינם לוקים בפוריותם. אם אחד או

305 ש.ם.

306 ראו עוד בהרחבה סמדר קניון "תרומת ביציות – היבטים חברתיים, אתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 35, 145, 169 – 170 (2006).

307 ס' 3(ג) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. ראו לעניין זה קניון, שם, בעמ' 151 – 153.

308 יוער כי דיוננו נסב על דרישתם של זוגות אלה להעמיד צאצא על-דרך הפונדקאות בישראל. החוק בישראל אינו מונע קיום הליכי פונדקאות בחוץ-לארץ. לאחרונה התייחס לכך בית-המשפט בעניין ממת-מגד, לעיל ה"ש 32. אגב, גם לעניין הרישום נקבע ברוב דעות כי על פקיד המרשם לרשום גם את כן-הזוג שאינו האב הביולוגי כאב. השופט רובינשטיין, בדעת מיעוט, סבר כי הרישום במרשם האוכלוסין אינו סטטיסטיקה גרידא. לשיטתו, "מרשם האוכלוסין הוא 'שער הכניסה' למציאות משפטית ישראלית. אל מול בני זוג המציגים תעודה ישראלית שבה רשומים הם כנשואים, אין האדם מן היישוב יודע לדקדק עד דל ולהבחין הבחנות עדינות האם מדובר ברישום גרידא או בהכרה בסטטוס. אך לא רק האדם מן היישוב... המרשם אינו סטטיסטיקה גרידא, ולו השלכות פרקטיות וחברתיות בעיני הציבור, הרשויות והמחוקק. דומה כי בעשורים האחרונים מהוה המרשם בהקשר המשפטי בעיקר שדה קרב, זירת מאבק על סמלים. בכך עסקו העתירות שנזכרו מעלה, ובכך עוסקת העתירה שלפנינו. האם הכרעה – בפועל – בסמלים היא מלאכתו של בית המשפט? והאם דבר זה ראוי שייעשה אגב אורחא, בחלון של מרשם האוכלוסין תוך הרחבתה הנמשכת של הלכת פונק-שליזינגר?" שם, פס' ח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (בצטטו דברים שכתב בהקשר אחר בפרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 575, 577-578). איני נכנס למחלוקת זו, מכיון שהשאלה אינה מתעוררת לענייננו. עוד יוער כי בתזכיר לתיקון חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, לעיל ה"ש 58 (שהפיץ לאחרונה משרד הבריאות), מוצע להוסיף פרק (פרק 11) בנושא הסכם לנשיאת עוברים שנעשה מחוץ לישראל. בדברי ההסבר נאמר כי "החוק בנוסחו הנוכחי אינו כולל התייחסות להליכי פונדקאות המבוצעים מחוץ לישראל. מדינת ישראל נדרשת לקשיים הרבים המתעוררים במקרים כאלו בדיעבד, כאשר ההורים המיועדים מבקשים להיכנס עם הילד שנולד, לישראל, להעניק לו אזרחות ישראלית ולהכיר בו כילדם לכל דבר ועניין". הקשיים הרבים מוכיחים ביתר שאת את הצורך להסדיר את הנושא בחקיקה. קשיים אלה משתרעים על היבטים שונים: מן ההיבט המנהלי חסרה היכולת לברוק את חוקיות ההליך במדינה שבה הוא נעשה, ואם ניתנה הסכמה מרעת של הצדדים להסכם; מן ההיבט המהותי קיים חשש

אחת מהם יתייחדו עם אישה או גבר, בהתאמה, מחוץ לתא המשפחתי, הם יוכלו לממש את הורותם, אך הם אינם רוצים לערב גורם זר בתא המשפחתי.³⁰⁹ ההולדה על-דרך הפונדקאות מוסדרת בחוק מיוחד – חוק ההסכמים לנשיאת עוברים.³¹⁰ בחוק נקבע כי התקשרות עם אם נושאת אפשורתית רק לבני-זוג שהם איש ואישה – לא בהכרח נשואים, אך הטרוסקסואלים.³¹¹ חוק ביטוח בריאות ממלכתי מכפיף את הזכות לשירותי בריאות גם לחיקוק אחר,³¹² ולענייננו – לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. דא עקא, תנאי-הספק הקבוע בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים סותר לכאורה את הבסיס לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, המושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית,³¹³ תוך שמירה על כבוד האדם ופרטיותו.³¹⁴ לא זו אף זו, תנאי זה עומד לכאורה בניגוד לאיסור להפלות במתן השירות,³¹⁵ ובניגוד לזכותו של כל מטופל לקבל טיפול רפואי³¹⁶ נאות³¹⁷ וללא הפליה.³¹⁸

ולא היא. אין מדובר בהפליה בין שווים שהיא פסולה, אלא בהפליה הנגזרת מהשוונות בין בני-האדם. הבדיקות לאבחון עקרות וטיפולי הפוריות הכלולים בסל הבריאות³¹⁹ מיועדים לבני-זוג המתקשים ליצור היריון בדרך הטבע מסיבות רפואיות. הפונדקאות,

מעקפה של הליכי אימוץ בין-ארצי ומהעדרם של כל מנגנוני הבקרה הנמצאים בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים הישראלי, ועולה שאלה לגבי ההתייחסות לקשרי המשפחה של כל הצדדים המעורבים בהסכמים אלה, כולל מעמדו של היילוד; מההיבט החברתי נדרשים מנגנונים להגנה על רווחתה של האם הנושאת ולשמירה על התנהגות מוסרית של אורחי המדינה.

309 ראוי לציין כי הבעיה חריפה פחות לגבי זוג לסביות המקיימות תא משפחתי, שכן ביכולתן לממש את הורות (של אחת מהן או אף של שתיהן) על-ידי פנייה לבנק זרע. בני-זוג גברים אינם יכולים לממש את הורותם אלא אם כן יתקשרו בהסכם פונדקאות עם אישה שתישא בעבורם את ילדם.

310 על החוק בכללותו ראו דורית שפירא ויוסף שפירא "עשור לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996: המצוי והרצוי" רפואה ומשפט 36, 19 (2007); נופר ליפקין ואתי סממה "מעשה הרואי למוצר-מדף – נורמטיביזציה וזחלת של פונדקאות בישראל" משפט וממשל טו 435 (2013).

311 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

312 ס' 3(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

313 שם, ס' 1.

314 שם, ס' 3(ה).

315 שם, ס' 21(א). יפעת ביטון עומדת במאמרה בהרחבה על הפלייתם של החדר-מיניים. נקודת המוצא שלה היא כי המשפחה החדר-מינית אינה מוכרת במשפט הישראלי כ"מוסד משפטי" (פרשת בן-ארי, לעיל ה"ש 33). לדעתה, העדר מוסד "נישואים" הומוסקסואלי המקביל לזה ההטרוסקסואלי יוצר הפליה כפולה: הוא מונע זוגות חד-מיניים מלהינשא, ובשל כך אף מונע השוואה שלהם עם נשואים. לכן היא מציעה להשוותם ל"ידועים בציבור". בדרך זו ניתן לדעתה להתגבר על העדר ההכרה במוסד הנישואים בהקשרם. ראו בהרחבה יפעת ביטון "השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד-מיניים" קריית המשפט ב 401 (2002). ככל שהדבר נוגע באפשרות הגישה לטיפולי פוריות, אין בדרך המוצעת כדי לפתור את הבעיה, שכן מבנה התא המשפחתי וההכרה בו אינם רלוונטיים. מוסד ה"ידועים בציבור" המוכר במשפט הישראלי הוא בין גבר ואישה, ולכן הוכרה זכותם לטיפולי פוריות. ה"פ פלוגית, לעיל ה"ש 227. אין הדבר כן לגבי בני-זוג חד-מיניים.

316 ס' 3(א) לחוק זכויות החולה.

317 שם, ס' 5.

318 שם, ס' 4(א).

319 עם הבדיקות והטיפולים הללו הכלולים בסל הבריאות נמנים, למשל, אבחון כמותי של תאי הזרע (ס' 3(ז)(1) לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי); בדיקות לבירור עקרות האישה, לרבות בדיקות לצורך הפריה מלאכותית (שם, ס' 3(ז)(3)(6) לתוספת השנייה); תבחנים לצורך בירור עקרות ולצורך הפריה מלאכותית (שם, ס' 3(ז)(1) לתוספת השנייה); טיפולים להשבת זרע וטיפולי הורמונלי (שם); וכן טיפולי הפריה חוץ-גופית (שם).

המוסדרת בחוק ההסכמים לנשיאת עיבורים, היא אחת הדרכים במסגרת טיפולי הפוריות להתגבר על מחלת העקרות.³²⁰ ההסדרים שבחוק באו לענות, בסייגים שונים ובצורה מבוקרת, על קשייהם של זוגות המתקשים בהולדה על-ידי שימוש בטכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית.³²¹ בני-הזוג החד-מיניים המקיימים תא משפחתי אינם יכולים ליצור היריון לא בשל בעיה רפואית, אלא בשל בחירתם לקיים תא משפחתי כזה. ההומוסקסואליות היא תוצאה של נטייה טבעית או תרבותית, אך אינה מוגדרת כבעיה רפואית.³²² הזכות לבחור באורח החיים אינה מקנה להם את הזכות לכפות על החברה את רצונם.

זאת ועוד, מכיוון שטיפולי הפוריות אינם טיפולים מצילי חיים, לגיטימי להתחשב במכלול רחב של שיקולים, אשר גם אם יובילו למניעת הטיפול, לא יהיה בכך סיכון חיים. ואף שאיכות חייהם והזכות להורות של המולידים הינן חלק מהאינטרסים המתחרים, אין הן הגורם המכריע. יש להתחשב בעיקר בטובת הילד העתיד להיוולד, בניצול גופה של הפונדקאית, במיוחד בארצות עניות,³²³ בחוקיות הפרוצדורה באותן ארצות, וכן בתקנת

320 ראו גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני, לעיל ה"ש 20, בעמ' 277. לעצם ההגדרה של "מחלה" ראו גרין משפט ורפואה, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44–47.

321 וכן נאמר בהצעת החוק מטעם הממשלה: "טכנולוגיות אלה מאפשרות להביא ילדים לעולם בין היתר בדרך של 'פונדקאות', דהיינו – בעזרת אישה (אם נושאת) המוכנה להתעבר ולשאת ברחמה הריון עבור בני זוג ממוצע גנטי של בני הזוג או לפחות של אחד מהם (הורים מזמינים), ועם הלידה היא מוסרת להם את התינוק... תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987... אוסרות למעשה על ביצועו של הסכם לנשיאת עוברים בישראל. בעקבות ספקות שהתעוררו באשר לחוקיותן וסבירותן של התקנות, ובמגמה לבחון את סוגיית ה'פונדקאות' על כל היבטיה, מונתה ביוני 1991 על ידי שר המשפטים ושר הבריאות ועדה ציבורית-מקצועית בראשותו של שופט בית המשפט המחוזי בדימוס, שאול אלוני. הועדה הגישה המלצותיה ביולי 1994, ועיקרן היה שיש להסדיר את סוגיית ההסכמים לנשיאת עוברים בחקיקה אשר תתיר עריכת הסכמים כאלה באופן מבוקר." הצעת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ד-1995, ה"ח 260.

322 Emmanuele A. Jannini, Ray Blanchard, Andrea Camperio-Ciani & John Bancroft, *Male Homosexuality: Nature or Culture?*, 7 J. SEX. MED. 3245 (2010). כאן המקום להעיר כי בשנת 1973 הוסרה ההומוסקסואליות מספר האבחנות הפסיכיאטריות האמריקאי (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders). ראו: R.L. Spitzer, *The Diagnostic Status of Homosexuality in DSM-III: A Reformulation of the Issues*, Am. J. PSYCHIAT. 138, 210–215 (1981).

323 הטענה בדבר ניצול הנשים המוכנות לשמש פונדקאיות אינה חדשה. העלו אותה, בליווי תיאורים קשים, העותרים בעניין ממשל-מגד, לעיל ה"ש 32. בית-המשפט דחה טענה זו לא משום שהיא אינה שיקול רלוונטי בגיבוש מדיניות כוללת בנוגע לפונדקאות בחוץ-לארץ, אלא משום שלא נטענה טענה קונקרטית נגד הסכמי הפונדקאות מהסוג שערכו העותרים באותו עניין (שם, פס' 40 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 12 לפסק-דינו של השופט ג'ורבאן ופס' 3 לפסק-דינו של השופט דנציגר). עם זאת, בביקורתה על חוק הפונדקאות העלתה כרמל שלו גם טענה זו. לטענתה, הליך הפונדקאות פוגע בכבוד האדם של האם הנושאת, בכך שהיא יוצרת שכבה של נשים לא-נושאות הנושאות ברחמן עוברים של זוגות נשואים. לשיטתה, החוק שולל מהאם הנושאת את חופש הבחירה, למעט הזכות להפסקת היריון. יתרה מזו, לדעתה החוק משקף שליטה פטריארכלית באישה. Carmel Shalev, *Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy* (1998) 51, 71–72. *Law*, 32 ISR. L. REV. 51, 71–72. איני חולק על הבעייתיות הקיימת בהליך הפונדקאות, אבל בכל הכבוד הראוי, כל עוד הטבע ברא את הרחם לנשיאת היריון בגוף האישה, ולא בגוף הגבר, אין מדובר בשליטה או בכפייה. איש אינו כופה על אישה לשמש אם נושאת. חלוקה עליה גם רוני שוה, הדוחה את הטענה כי הגישה הפטריארכלית מונצחת בארץ בשל החקיקה הרתית. Rhona Schuz, *Surrogacy in Israel: An Analysis*. et al. eds., 2003). יתרה מזו, אין כל מידע המוכיח פגיעה באם הנושאת או בילדיה. אומנם, בארצות המערב אין מאפשרים פונדקאות בשל הצורך להגן על נשים, אך לדעת שוה, ואני מסכים איתה, באיוון הכולל לא הוכח זוק, אם בכלל, המצדיק ביטול של מוסד הפונדקאות. Rhona Schuz, *The Developing Right to Parenthood*.

הציבור כאן בארץ. איזון בין מכלול השיקולים מוביל למסקנה כי יש להותיר על כנו את ההסדר הקבוע בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

לשאלה אם לפתוח את הפונדקאות לאוכלוסיות נוספות נדרשה גם ועדת מור יוסף. הוועדה יצאה מנקודת-הנחה כי המעמד האישי של המטופלים אינו עילה למנוע מהם טיפולי פוריות.³²⁴ הוועדה השתכנעה לגבי רצונם העז של זוגות בני אותו מין להביא ילדים לעולם, ושמעה כי הם רואים פוטנציאל גדול בפונדקאות כאמצעי לכך. הפונדקאות, לדידם של הזוגות שהופיעו לפני הוועדה, מהווה פתרון טוב לכך, לנוכח העובדה שהיא שומרת על הזיקה הגנטית לאחד מבני-הזוג מבלי לערב גורם נוסף בהורות עצמה.

הוועדה אף הניחה כהנחת-יסוד כי העובדה שמדובר ביצירת הורות שאינה אפשרית בדרך הטבע, ואשר אינה מקבילה להולדה הטבעית, אינה צריכה למנוע את האפשרות להשתמש בטכנולוגיות הרפואיות הקיימות כיום על-מנת לאפשר זאת. לפיכך הניחה הוועדה כי בהעדר אינטרסים משמעותיים אחרים, אין למנוע נשים וגברים יחידים מלהביא לעולם ילדים באמצעות פונדקאות.³²⁵

עם זאת החליטה הוועדה, משני טעמים, לא לפתוח לפי שעה באופן מלא את הפונדקאות גם לזוגות חד-מיניים. הטעם האחד הוא שמדובר בהליך שמעורב בו גורם שלישי, הלא היא הפונדקאית, ויש לוודא שרק נשים המתאימות באמת לתהליך יישמשו פונדקאיות. הגדלת הביקוש לנשים פונדקאיות עלולה לגרום להנמכת הדרישות, וכתוצאה מכך לאישור נשים שאינן מתאימות באמת לתהליך מורכב זה, אשר עלולות להיות מנוצלות או להיפגע ממנו. הטעם האחר הוא שמדובר בפרוצדורה רפואית שנועדה במקורה לתת מענה למספר לא-גדול של נשים, אשר אלמלא הליקוי הרפואי, הנדיר יחסית, המונע אותן מלשאת היריון, היו יכולות להביא ילד לעולם. כלפי אותן נשים הפנייה לפונדקאות נעשית כמוצא אחרון לפתרון בעיית הפוריות שלהן. פתיחת החוק הקיים למספר רב מאוד של יחידים שאינם סובלים בדרך-כלל מליקוי רפואי הפוגע בפוריותם, ואשר לגביהם הפונדקאות היא פתרון מרכזי ואפילו ראשון להבאת ילדים לעולם, תבוא בהכרח על-חשבון אותן נשים אשר להן ביקש החוק לתת מענה לכתחילה. לכך מצטרף החשש שהרחבת הזכאות לפונדקאות, תוך שמירה קפדנית ומתחייבת על התאמת הנשים הפונדקאיות לתהליך הפונדקאות, תהפוך בפועל את ההליך לפתרון לעשירים בלבד, עקב מחסור בפונדקאיות.

אכן, השאלה אם לפתוח את הליך הפונדקאות גם לבני-זוג מאותו מין הועלתה (על-ידי השופט חשין) בפרשת משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, והאפשרות לא לשללה על הסף.³²⁶ אולם, כפי שקבע השופט לוין, בעניין כה מורכב המחוקק הוא שצריך

in Israeli Law, in The International Survey of Family Law: 2013 Edition 197, 216–218 (Bill Atkin & Fareda Banda eds., 2013)

324 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 56. למסקנה זו הגיעה עוד קודם לכן ועדת אלוני. ראו ועדה ציבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית דין וחשבון (ירושלים, 1994).

325 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 6, בעמ' 57. נשאלת אם כן השאלה מה יכולים להיות אותם אינטרסים משמעותיים אחרים. האם סירוב רופא יכול להיות עילה? ראו בהקשר זה אגמון-גונן ודבך-דויטש, לעיל ה"ש 31.

326 בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, פס' 47 לפסק-דינו של השופט חשין.

להסדיר את הנושא, ולא בית-המשפט בחקיקה שיפוטית.³²⁷ מקובלת עליי הדעה שמורכבות הסוגיה מחייבת הסדרה על-ידי המחוקק, אך בכל הכבוד הראוי, איני רואה סיבה לפתוח את ההליך לפני זוגות חד-מיניים. זוגות אלה, כפי שהתבאר, אינם לוקים בבעיה רפואית המצריכה סיוע רפואי בהולדה. הם יכולים להעמיד צאצא בדרך הטבע, אך אינם רוצים לעשות זאת. אין בכך כדי לפגוע בזכותו של כל אדם לבחור אורח חיים כרצונו, לרבות חיים במסגרת תא משפחתי חד-מיני. עם זאת, התא המשפחתי החד-מיני אינו – ולא היה – ערך מערכי של מדינה יהודית ודמוקרטית. הוא ראוי כאמור להגנת הדין בכל הקשור לזכויות הפרט הכלכליות, אך אין הבחירה במסגרת החיים המשפחתית מקימה זכות לטיפול פוריות למי שאינו לוקה בפוריותו. יתר על כן, ספק אם לרופא מותר לבצע פרוצדורה רפואית ללא התוויה רפואית. לבסוף, עקרון טובת הילד מהווה עיקרון מנחה גם באימוץ ילד על-ידי הורים הומו-לסביים. הווה אומר, קודם להחלטה על האימוץ יש לבחון אם ועד כמה הנטייה המינית של ההורים עולה בקנה אחד עם טובת הילד. גולדשטיין טוען כי אין עדות שילדים להורים הומוסקסואלים סובלים מנחיתות בהשוואה לילדים של הורים הטרוסקסואלים.³²⁸ בארצות-הברית קיימת שונות בין המדינות השונות, אך ככל שהאימוץ עולה בקנה אחד עם טובת הילד, נטייתם של בתי-המשפט היא לאשרו.³²⁹ מנייר-עמדה שהציגה לאחרונה האקדמיה האמריקאית לרפואת ילדים עולה כי הרכב המשפחה המאמצת (הטרוסקסואלית או הומו-לסבית) אינו משפיע על רווחתם של הילדים המאומצים. מה שחשוב הוא שהילדים יגדלו במסגרת משפחתית יציבה ותומכת.³³⁰ אף-על-פי-כן, גם אם לא הוכח כי דמויות הוריות מאותו מין פוגעות בילד ובסביבתו, איני רואה הצדקה להכיר בהתנהגות הנוגדת לטעמי את תקנת הציבור. אשר על-כן, ההגבלה שנקבעה בחוק ההסכמים לנשיאת עופרים, שאינה מאפשרת להתקשר בהסכם פונדקאות אלא לבני-זוג שהם איש ואישה, בדין התקבלה ככל שהדבר נוגע בתא משפחתי חד-מיני. הגבלה זו תואמת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

5. הזכות להורות של בני-זוג עם צרכים מיוחדים

המוגבלות כשלעצמה אינה פוגעת ואינה פוגמת בזכות מזכויות האדם. גם אנשים עם מוגבלות זכאים – חרף מוגבלותם – לכל הזכויות שהאנשים הבריאים זכאים להן. "הנכה הוא אדם שווה זכויות. אין הוא מצוי מחוץ לחברה או בשוליה. הוא חבר רגיל"

327 שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט לוין.

328 ראו בהרחבה חנן גולדשמידט "תעודת הזהות המפוספסת של משפחת ישראל" – השלכות משפטיות של הפסיקה בנוגע לאימוץ על ידי זוג חד-מיני" המשפט ז' 217, 250 (2002).

329 שם, בעמ' 244 ה"ש 116 ו-117.

330 American Academy of Pediatrics, Policy Statement: *Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian* 131 PEDIATRICS 827 (2013), available at <http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2013/03/18/peds.2013-0376.full.pdf>

בחברה שבה הוא חי. מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בכדידותו, אלא לשלבו – בתוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במירקם הרגיל של חיי החברה.³³¹ זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות,³³² וכן מחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מעוגנות בחוק ו"מושגות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות".³³³ המטרה, כלשון החוק, היא לשלב את האזרח עם המוגבלות בחברה ככל שהדבר אפשרי:

"חוק זה מטרתו להגן על כבודו וחירותו של אדם עם מוגבלות, ולעגן את זכותו להשתתפות שוויונית ופעילה בחברה בכל תחומי החיים, וכן לתת מענה הולם לצרכיו המיוחדים באופן שיאפשר לו לחיות את חייו בעצמאות מרבית, בפרטיות ובכבוד, תוך מיצוי מלוא יכולתו."³³⁴

אך-על-פי-כן, נראה כי לא הרי זכותו של נכה עם צרכים מיוחדים להשתלב בתחומי החיים השונים בחברה כהרי זכותו להעמיד צאצאים. הצטרפות למעגל ההורים גוררת אחריה מחויבות כלפי הצאצא. הורות ואחריות ידרו לעולם כרוכות זו בזו. על-כן זכותו של אדם עם מוגבלות לחוות הורות אינה מובנת מאליה, וזאת ללא קשר למצבו המשפחתי. יש לשקול, מבלי לפגוע בכבודו, אם ראוי לאפשר לו להיבנות. בהקשרנו עולה השאלה אם ובאילו מקרים תהיה הצדקה למנוע ממנו את הסיוע ביצירת ההורות. בטרם אנסה להשיב על שאלה זו, אקדים שלוש הערות: ראשית, הדיון יתמקד באנשים עם צרכים מיוחדים שנכותם, בעיקר הנפשית, היא נכות קשה וחמורה על-פי אמות-המידה של אנשי-המקצוע. לכן השימוש במונחים "אנשים עם צרכים מיוחדים" או "אדם עם מוגבלות" הוא כוללני מדי. אין הדברים האמורים בפרק זה מתייחסים לבעלי נכות קלה אשר כשירים להעמיד צאצאים³³⁵ ומסוגלים לגבש הסכמה מדעת לטיפול ולהבטיח את טובתו של הילד העתיד להיוולד.³³⁶ שנית, וכהשלמה להערה הקודמת, אדם עם מוגבלות זכאי לקבל שירותי בריאות, ובכלל זה טיפולי פוריות, כחלק מהשירות

331 בג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות", פ"ד (1) 19, 26 (1996).

332 אדם עם מוגבלות מוגדר בחוק כ"אדם עם לקות פיזית, נפשית או שכלית לרבות קוגניטיבית, קבועה או זמנית, אשר בשלה מוגבל תפקודו באופן מהותי בתחום אחד או יותר מתחומי החיים העיקריים". ס' 5 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

333 שם, ס' 1.

334 שם, ס' 2.

335 רע"א פלונית, לעיל ה"ש 264, בעמ' 226. יוער כי איני נוקט עמדה לגבי ההגדרות הרפואיות הקובעות מהי נכות קשה או קלה. ההנחה היא שקביעה זו מצויה בסמכות הרופא.

336 ראו א"פ (משפחה חי') 08-10-6036 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנוב, 29.12.2013). באותו מקרה נעתר בית-המשפט לענייני משפחה לבקשת האפוטרופסים (אביו ואחותו) על גופו ורכושו של חסוי הלוקה בסכיזופרניה פרנואידית להמשיך בטיפולי פוריות ולאשר ביצוע ניתוח להוצאת זרע. זאת, לאחר שהתרשם כי החסוי עצמו מבין את התהליך ומסוגל לתת את הסכמתו מדעת לטיפולי הפוריות ולביצוע הניתוח, כי אשתו תהא מסוגלת לטפל בילד שייוולד, כי השניים מקיימים תא זוגי יציב ומתמשך, וכי שניהם זוכים בתמיכה רבה מבני משפחתו של החסוי.

הציבורי³³⁷ הניתן על-ידי גוף ציבורי.³³⁸ שלישית, מכיוון שההכרעה היא פרי איזון בין אינטרסים מתחרים, איני מתיימר לטעון כי הכרעתי היא הנכונה ואין בלתי. כל הכרעה המתייחסת לאוכלוסייה מושא הדיון צריכה להיבחן בראש ובראשונה על-פי אמות-מידה רפואיות ובצירוף הקריטריונים המצוינים להלן.

ארבעה הם בעלי האינטרסים המעורבים בהחלטה אם לאפשר לאנשים עם צרכים מיוחדים את הגישה לטיפול פוריות כדי לממש את זכותם לחוות הורות: בני-הזוג המבקשים את הסיוע הרפואי בהולדה; היילוד העתיד להיוולד כתוצאה מהטיפול; הצוות הרפואי; והמדינה, האמורה להגן על בני-הזוג, על הילד ועל תקנת הציבור (והחוק) גם-יחד.

"אדם עם מוגבלות זכאי לקבל החלטות הנוגעות לחייו, על פי רצונו והעדפותיו, והכל בהתאם להוראות כל דין."³³⁹ הרשויות הציבוריות הנותנות שירותים לכלל הציבור חייבות לתת שירותים אלה גם לאנשים עם צרכים מיוחדים, "תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות"³⁴⁰ ותוך הקפדה על כבוד האדם שלהם והגנה על פרטיותם.³⁴¹ מכאן שאנשים עם צרכים מיוחדים זכאים באופן עקרוני לקבל טיפולי פוריות. עם זאת, כפי שבואר, להורות יש תוצאות משפטיות, ולכן היקפה של הזכות ייגזר מיכולתם ומכשירותם של האנשים עם המוגבלות למלא את חובתם ההורית כלפי הילד שברצונם להביא לעולם. אכן, גם הרופאים המופקדים על מתן השירות מונחים על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות לבחון את התאמתם של בני-הזוג לביצוע הטיפול:

"בטרם תאושר הזרעה מלאכותית לאישה פנויה או לזוגות שלגביהם מתעוררת שאלה של התאמה מבחינת מצבם השכלי, הבריאותי, הנפשי או הסוציאלי, רשאי הרופא להתייעץ עם מומחים בתחום הפסיכיאטריה, הפסיכולוגיה או העבודה הסוציאלית או מומחים בתחומים אחרים לפי הנדרש."³⁴²

הוא הדין לגבי התקשרות בהסכם פונדקאות. קודם לאישור ההסכם על כל ההורים המיועדים להמציא הערכה פסיכולוגית בדבר יכולתם להתמודד עם כל הכרוך בתהליך,³⁴³ וועדת האישורים צריכה להשתכנע ש"לא נכללו בהסכם לנשיאת עוברים תנאים הפוגעים או המקפחים את זכויות הילד שיוולד".³⁴⁴

הקושי להכיר בזכותם של אנשים עם צרכים מיוחדים להיבנות נובע משתי סיבות. סיבה אחת היא ההסתברות שיוולד ילד עם ליקוי (חמור)³⁴⁵, אשר גבוהה יותר אצל אנשים עם

337 פס' (1) לתוספת השנייה לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

338 שם, ס' 5 (בהגדרה של "גוף ציבורי", שהוספה בתיקון מס' 2 לחוק משנת התשס"ה).

339 שם, ס' 4.

340 שם, ס' 6(א)(2).

341 שם, ס' 6(א)(1).

342 ס' 26 לחזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007). www.health.gov.il/hozer/mk20_2007.pdf

343 ס' 4(א)(4) לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

344 שם, ס' 5(א)(3).

345 איני מתעלם מהקושי להגדיר מהו ליקוי חמור, שהרי חומרה כשלעצמה היא תיאור מצב סובייקטיבי. ס' 195

צרכים מיוחדים מאשר באוכלוסייה הרגילה.³⁴⁶ בעקבות ההתקדמות הטכנולוגית בתחום הפיריון הוכנסה אומנם בדיקת טרום-השרשה קודם להחזרת הביצית המופרית לרחם, מה שאמור להפחית את הסיכון ללידת ילד עם פגם כשל הוריו.³⁴⁷ אולם כדי שתתאפשר בדיקת טרום-השרשה, יצירת ההיריון חייבת להיות על-דרך ההפריה החוץ-גופית, שהיא כשלעצמה פרוצדורה רפואית שאינה נטולת סיכונים. לפיכך אין די באפשרות למנוע לידת ילד עם פגם על-ידי ביצוע בדיקת טרום-השרשה. מכאן הסיבה השנייה – האם טובת הילד אינה נימוק למניעת לידתו, בבחינת מוטב לו שלא ייוולד משייוולד? תשובה לשאלה זו נגזרת, בין היתר, ממסוגלותם של הוריו עם הצרכים המיוחדים להעניק לו את אשר הורה סביר היה מעניק לילדיו.

שני מוסדות אלה – טובת הילד והמסוגלות ההורית – אינם מונחים מדעיים, ובוודאי אינם מונחים מוחלטים. "טובת הילד" הוא מושג רחב הסוכל תכנים שונים, המשתנים בהתאם להקשר המיוחד שבו השאלה מתעוררת, לרבות זכויות ההורים, אשר אין להתעלם מהן.³⁴⁸ "כל יישכח מאתנו הילד," בלשונו של השופט חשין, "אותו ילד שהאב שלפנינו כה פְּמָה להחזיק בו ולחבקו. והרי הילד, גם לו זכויות משלו, וזכויותיו של הילד לא זו בלבד שאין הן פחותות מזכויותיו של האב, אלא שנעלות הן על זכויותיו של האב."³⁴⁹ בית-המשפט יבחן אם יידרש, בכל מקרה ומקרה, מהי טובת הילד ועד כמה ההורים

לחוק הביטוח הלאומי מגדיר ליקוי כ"ליקוי גופני, שכלי או נפשי הנובע ממחלה, מתאונה או ממום מלידה". המומים המולדים נגרמים כתוצאה מפגם גנטי או מסיבות תורשתיות. פגם מולד חמור יכול שיהיה, למשל, מחלה חשוכת-מרפא דוגמת טיי-זקס או פגם גופני דוגמת ספינה ביפידה (Spina Bifida), דהיינו, פתח בחוליות בעמוד-השרדה. הנכות כשלעצמה אינה פוגמת בהכרח בתפקוד הגופני או הנפשי, אך לא כל משפחה מסוגלת להתמודד עם קושי זה, להבדיל מנכות "קלה", כגון פגם בגפיים, חירשות או נמיכות-קומה.

346 משיחה עם מנהלת מכון גנטי באחד מבתי-החולים בארץ עולה כי רוב הבעיות הרפואיות הכרוניות ו"צרכים מיוחדים" משקפים לרוב בעיות כאלה) מתפתחות בסבירות גבוהה על רקע גנטי. מכאן שקיים סיכון גבוה להישנות מצב דומה אצל הצאצאים, כתלות באבחנה המדויקת. למען הסר ספק יודגש כי אין לראות בקביעה זו הבעת עמדה התומכת בהולדת ילדים בריאים ומושלמים בלבד, וכי אין מקום בעולמנו לילדים עם מוגבלות. נהפוך הוא, משנוולד ילד עם פגם, חובה על הוריו – ובמידת הצורך על מוסדות הרווחה – לוודא כי יינתן לו כל מה שנדרש לרווחתו בהמשך חייו. במה דברים אמורים? בילד שבא לעולם עם פגם בשל רשלנות רפואית בלידתו. כדי לזכורו בפיצוי (בגין חיים בעולה), עלתה השאלה אם אי-חיים עדיפים על חיי סבל (ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986)). בע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012) פסק בית-המשפט העליון כי מהבחינה הנורמטיבית אין זה ראוי שבית-המשפט יקבע לאדם מסוים, הלוקה במוגבלות בדרגה מסוימת, כי מוטב לו שלא היה נולד (פס' 15 לפסק-דינו של השופט ריבלין). לפיכך הוא ביטל את ההכרה בתביעה בגין "חיים בעולה". לעומת זאת, בנידון דידן אין מדובר בפיצוי ניוזק שבא לעולם; להפך, מדובר ביילוד שבא לעולם עם פגם מבלי שהייתה רשלנות רפואית בהבאתו לעולם. לפיכך השאלה היא אם מוצדק וראוי, בשלב שבו טרם נוצר, לסייע בהבאה לעולם של ניוזק עתידי. במילים אחרות, האם נכון להימנע מלסייע לבני-זוג החסרים מסוגלות הורית ללדת ילד הצפוי בהסתברות גבוהה להיוולד עם פגם? לדעתי, יש להשיב על שאלה זו בחיוב. אם פגם שאובחן בעופר (שכבר נוצר) מהווה עילה להפסקת היריון (ס' 316(א) (3) לחוק העונשין), על אחת כמה וכמה עדיף לא לאפשר מלכתחילה יצירת עובר הצפוי (בהסתברות גבוהה) להיוולד עם פגם (חמור). ראו עוד הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעולה" דין וחשבון (2012).

347 על הבריקה ראו חוזר מנהל רפואה 50/2006 "הנחיות לביצוע אבחנה גנטית טרום השרשה (PGD Preimplantation Genetic Diagnosis)" (20.12.2006) www.health.gov.il/hozer/mr50_2006.pdf.

348 שפימן דיני המשפחה בישראל כך שני, לעיל ה"ש 196, בעמ' 217–221.

349 בע"מ 377/05 פלונתי ופלונתי ההורים המיוערים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 175 (2005).

מסוגלים לגדל את הילד. אֵל לבית-המשפט להסתמך על הנחה זו או אחרת ולפסוק על-פיה בלבד, ללא כל בדיקה נוספת. אֵל לו לפסוק רק על-פי המענה לשאלה איפה ירווח לילד יותר מן הבחינה הכלכלית או מבחינת הנוחיות האישית.³⁵⁰ ככל שייקבע כי הזוג עם הצרכים המיוחדים אינו מסוגל למלא את התפקיד ההורי, זכותו של הילד לא להיוולד עדיפה על זכויות הוריו להיבנות. הוא הדין כאשר מתעורר חשש ממשי ללידתו עם פגם חמור.³⁵¹ זכותו של הילד לא להיוולד עשויה לדחוק את זכות הוריו להיבנות. אולם כאשר טובת הילד עשויה להיות מובטחת על-ידי ההורה, אף אם בסיוע אפוטרופוס, אין לשלול את חוויית ההורות. זו בעצם ההגנה על תקנת הציבור ועל בעלי הצרכים עצמם.

כאשר אין לאנשים עם צרכים מיוחדים מסוגלות הורית, סירוב של בית-החולים לסייע בהולדה אינו עומד בסתירה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. נהפוך הוא, מן הבחינה הפורמלית "אין רואים הפליה... כאשר הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המקום הציבורי או השירות הציבורי".³⁵² אומנם, איני מתעלם מהפגיעה בזכות ההורות, אך פגיעה זו מידתית וסבירה, ועומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה.³⁵³ אין היא נוגדת את עקרונותיו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי. השונות בין המבוטחים היא שגורמת ליחס השונה כלפיהם, ולכן אין פגיעה בשוויון. בכך המדינה ממלאת את חובתה להגן על תקנת הציבור, ובעיקר על האנשים עם הצרכים המיוחדים ועל היילוד העתידי.

המתח בין האינטרס של המדינה להגן על ההסדרים הקיימים לבין הרצון לאפשר הורות לקבוצות אוכלוסייה רבות עלה בעניין א. מ.י.³⁵⁴ העותרת במקרה זה – נכה קשה בשל מחלת ניוון שרירים שבה לקתה בילדותה – אינה מסוגלת להרות, ולמעשה אי-אפשר לשאוב ממנה ביציות. לפיכך היא גייסה תורם זרע, תורמת ביצית ונושאת היריון (פונדקאית) שתלד בעבורה את הילד. הפרוצדורה נעשתה בהודו, וההיריון נקלט. הפונדקאית חזרה לארץ וילדה תינוקת בישראל. העותרת מקיימת חיים עצמאיים בקהילה, ומוקפת משפחה תומכת המסייעת לה בכל הנדרש. העתירה נסבה על בקשתה להכיר בה כאמה החוקית של הילדה. בין היתר טענה העותרת כי אין לכפות עליה את תחולת הדין הישראלי, שאינו נוקט עמדה בנושא, וכי במקום זה יש להחיל את הדין ההודי, המכיר בה כאמה החוקית של הילדה. עוד טענה העותרת כי זכותה לחוות הורות, כי טובת הילדה מחייבת זאת, וכי שיקולים של אנושיות, צדק, שוויון ומניעת הפליה מחייבים להיעתר לבקשה.³⁵⁵ המדינה התנגדה לבקשה בנימוק שאין ההורות נרכשת בדרך הסכמית, אלא על-ידי זיקה גנטית בין ההורה המיועד (אחד לפחות) לבין הילד.³⁵⁶

350 ע"א 783/82 פלונים נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1, 8 (1983); ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה(1) 518, 523 (1981). ראו עוד ע"א 2266/93 פלונים נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995).

351 לעניין השאלה אם לידת ילד עם פגם מקימה זכות תביעה ראו לעיל ה"ש 347.

352 ס' 119(ג) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות.

353 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

354 תמ"ש (משפחה ב"ש) 12 – 12 – 50399 א. מ.י. נ' פלונית (פורסם בנבו, 20.6.2013). (להלן: עניין א. מ.י.).

355 שם, פס' 3 לפסק-הדין.

356 באשר למודל ההורות בהסכמה ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553 (2012); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012).

בית-המשפט דחה את הבקשה, תוך שהוא מבחין בין הזכות החוקתית להורות לבין הזכות להגשים את ההורות. במקרה זה אין מדובר בזכותה של התובעת להורות גרידא, אלא ב"זכותה להגשים את ההורות בדרך בה פעלה וזכותה להכרה בה כאם כלפי ילד שאין לה אליו זיקה ביולוגית או גנטית".³⁵⁷ זאת ועוד, "גם בהנחה שהמשפט הישראלי מכיר בזכות החוקתית לממש את השאיפה להורות באמצעות פונדקאות ללא זיקה גנטית ועל יסוד הסכמה בלבד, הרי שהפגיעה בזכות באי מתן הכרה להורות מכוח ההסכמה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".³⁵⁸

יושם לב כי טענתה של העותרת כי הופלטה מפאת היותה נכה לא זכתה בהתייחסות מפורשת של בית-המשפט. בית-המשפט המחוזי שנדרש לסוגיה בערעור שהגישה העותרת העיר בעניין זה והתייחס לטענת ההפליה, אך דחה אותה.³⁵⁹ בית-המשפט תמך את יתדותיו בפסיקתו של השופט חשין בכג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים. השופט חשין סבר באותו מקרה כי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים אכן מפלה אישה יחידנית לעומת אישה שיש לה בן-זוג, אך הפגיעה שבהפליה זו היא מידתית ועומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה בשל מורכבותו של הליך הפונדקאות והזהירות המתחייבת מהשימוש בו.³⁶⁰ בית-המשפט דוחה את הערעור בסכמו את הדברים כך:

"הזכות להורות נגזרת בעיקרה מיצר המשכיות, האינסטינקט הטבעי הטמון באדם ליצירת המשכיות למטענו הגנטי. צדו האחר של המטבע הוא האינסטינקט של הצאצא, והוא אותו ילד המצוי בכל אחד מאתנו המבקש לחקור ולתהות אחר שורשיו הגנטיים והביולוגיים, החל מן התהייה למי אני דומה, עבור לתהייה מדוע מי שאחראי למקור הגנטי שלי לא גידל אותי, ועד לצורך במידע גנטי לשם טיפול רפואי כזה או אחר. יצירת ילד יש מאין, בהעדר זיקה גנטית, מהווה, במקרה הטוב, התגלמות הכמיהה להורות של אדם שנמנעה ממנו זכות טבעית זו, בהעדר דגש על צרכיו וזכויותיו של הצאצא. אין היא דומה להליך אימוץ, שם נסיבות, כגון, אי התאמה הורית של הורים ביולוגיים, מחייבים מציאת הורה אחר. הכרה בהורות מכוח הסכמה, בהעדר זיקה גנטית בין ההורה המיועד לילוד, הינה מרחיקת לכת ועומדת בניגוד לתפיסה הבסיסית של יצירת הורות בהליך פונדקאות, אשר לכשעצמו, מגלם בחובו שאלות נכבדות של ערכים, מוסר, חברה ודת, כמו גם טובת הקטין. לפיכך, שאלה נכבדה זו אינה יכולה להוות מושא ליצירה פסיקתית, בפרט בהיותה עומדת בניגוד לעקרון הבסיסי של הליך פונדקאות הדרוש קיומה של זיקה גנטית להורה. שאלה זו יש להביאה לפתחו של המחוקק, שלו הכלים לבחון מכלול שיקולים עקרוניים להסדרה תחיקתית".³⁶¹

357 עניין א. מ.י., לעיל ה"ש 355, פס' 41.

358 שם פס' 46. בית-המשפט מפנה בהקשר זה לבג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, פס' 53 לפסק-דינו של השופט חשין, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ריבלין ולפס' 2 ו-7 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

359 עמ"ש (מחוזי ב"ש) 59993-07-13 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.1.2014).

360 לתיאור פסיקתו זו של חשין ראו שם, פס' 20 לפסק-הדין.

361 שם, פס' 22 לפסק-הדין.

חשיבות פסיקתם של בית-המשפט למשפחה ושל ערכאת הערעור טמונה, בין היתר, בהתייחסות לגופם של דברים, ולא לגופם של העותרים. אין ספק שנטיית הלב היא להיעתר לבקשתה של העותרת לאחר הסבל והייסורים שהיו מנת-חלקה. אין גם חולק כי ההחלטה גרמה עוגמת-נפש מרובה לעותרת. אך בית-המשפט השכיל לקבוע כי ההתחשבות בצורכי הנכה כפופה למגבלות החוק. חובה להגן על זכויותיהם של אנשים עם צרכים מיוחדים ולנקוט הפליה מתקנת, אך הגנת-יתר עלולה בסופו של יום להתברר כהפליה פסולה.

סוף-דבר

"השילוב בין 'חלום ההורות', הבא לביטוי במצווה הראשונה שהוטלה על האדם הראשון – פרו ורכו – לבין הטכנולוגיה 'פורצת הדמיון' של סוף המאה ה-20 ותחילת המאה ה-21, מציב אתגר רגיש ומיוחד מאין כמוהו בפני המחוקק.³⁶² דומה כי אתגר זה מוצב לא רק בפני המחוקק, אלא גם בפני מי שמופקד על מתן השירות, קרי, המדינה באמצעות שלוחיה במערכת הבריאות.

הזכות להורות, שהיא "ביסוד-כל-היסודות" ו"בעלת עוצמה כה רבה",³⁶³ ניצבת במקום נעלה במדרג זכויות האדם החוקתיות.³⁶⁴ היא אינה כתובה עלי ספר, אך זכות המשקפת את תמצית הווייתו של האדם, היא זוכה בהגנה חוקתית כנגזרת של הזכות לכבוד ולפרטיות, המוגנים בחוק-היסוד.³⁶⁵ גם הזכות לבריאות אינה כתובה עלי ספר, אך גם היא אינה נופלת בחשיבותה משאר זכויות האדם, אף שהיא אינה נהנית ממעמד חוקתי על-חוקי.³⁶⁶ את מסגרת הזכות לבריאות מממש חוק ביטוח בריאות ממלכתי, המושתת על עקרונות של צדק, שוויון ועזרה הדדית.³⁶⁷ החוק מקנה לכל תושב את הזכות לקבל שירותי בריאות לפיו, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.³⁶⁸ אכן, ככל שהדבר נוגע בטיפול פוריות, אשר כלולים בשירותי הבריאות,³⁶⁹ קיימים חיקוקים אחרים המגבילים את הגישה לטיפולים.³⁷⁰

אין לגזור יחס שווה בין ההורות הנוצרת בדרך הטבע לבין זו הנוצרת בעזרה רפואית. ההורות הנוצרת בדרך הטבע הינה חלק מכבוד האדם, וממנה נגזרת האוטונומיה ההורית, ולכן אין השלטון רשאי להתערב בה אלא מטעמים כבדי-משקל.³⁷¹ לעומת זאת, כאשר

362 דבריו של השופט הנדל בבג"ץ פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 207, .

363 בג"ץ משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים, לעיל ה"ש 5, בעמ' 447.

364 עניין דוברין, לעיל ה"ש 127, פס' 12 לפסק-הדין.

365 ס' 2 ו-4 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.

366 בג"ץ עמותת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 153, פס' 18 לפסק-הדין; עניין לוזון, לעיל ה"ש 153, פס' 10 לפסק-הדין; ע"ע פלוני, לעיל ה"ש 153.

367 ס' 1 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.

368 שם, ס' 3(א).

369 שם, ס' 6(ד) ו-6(ר) לתוספת השנייה.

370 ס' 1 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים; תק' 4(2)(א) (תיקון התשע"א), 5 ו-8 (תיקון התשס"ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית).

371 ע"א פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 37, בעמ' 81.

ההולדה אפשרית רק בעזרה רפואית, ובהינתן שתחום זה מצוי בשליטת המדינה, היא רשאית ואף חייבת להתערב, ובמקרה-קיצון אף למנוע את ההולדה. אין בהתערבות זו פגיעה בכבוד האדם ובעקרון השוויון, מכיוון שיש שוני בין שני המגזרים. עניינו של מאמר זה בהיקף ההגנה על הזכות להורות של ארבע קבוצות באוכלוסייה הנזקקת לסיוע רפואי כדי להיבנות: המשפחה החד-הורית, ההורות המבוגרת (לרוב בתא המשפחתי הגרעיני), התא המשפחתי החד-מיני והמשפחה עם הצרכים המיוחדים. הקושי טמון, בין היתר, בכך שהחקיקה בתחום הפריון מאפשרת פגיעה בזכות להורות על-ידי מניעת הגישה לטיפולי הפוריות.

בבסיס הדיון עמדה ההנחה כי הזכות לקבל טיפולי פוריות, לרבות על-דרך ההפריה החוץ-גופית, עומדת למתקשים בהולדה מכוח זכותם לחוות הורות. אולם, מכיוון שהזכות לחוות הורות היא זכות מסוג חירות, היא אינה מטילה חובה על המדינה לסייע בהולדה. עצם קיומה של טכנולוגיה רפואית אינו מקנה לכל המעוניין את הזכות לעשות בה שימוש כרצונו או לאכוף על המדינה לסייע בידו. לפיכך השימוש בטכנולוגיה חייב להיות מבוקר. עם זאת, הטלת הגבלות על הזכות לקבל טיפולי פוריות מחייבת משנה זהירות. גם אם מבחינה מוסרית, מבחינה כלכלית ומבחינה משפטית ניתן להצדיק מניעת טיפולי פוריות, יש לנהוג ריסון כאשר באים להוסיף פגיעה על זו שהמבקשים כבר חווים בגין אי-יכולתם להעמיד צאצאים.

כדי שמערכת המשפט תתערב באוטונומיה ההורית, צריכה להתקיים עילה מוצדקת. חושבני כי ההגנה על הילד שהמטופלים מבקשים להביא לעולם וכן ההגנה על תקנת הציבור מהוות עילה מספקת המצדיקה פגיעה בזכות להורות. השמירה על ערכי-היסוד של החברה היהודית הדמוקרטית קשה יותר ויותר ככל שהמציאות הולכת ומשתנה. שיח הזכויות ההולך ומתעצם בד בבד עם ההישגים המדעיים ההולכים ומשתכללים מציבים אתגר בפני אלה שמבקשים לשמר את אופייה של המדינה היהודית והדמוקרטית ואשר סבורים כי אין סתירה ביניהם. מחד גיסא, חברה שאינה מאפשרת או מיישמת את ההתקדמות הרפואית לא רק תפגר אחר מדינות העולם, אלא עלולה לפגוע בנוקמים לשירותי הבריאות. מאידך גיסא, פגיעה בנורמות המוסריות עלולה להוביל לערעור הסדר החברתי, אשר הכרחי לקיומה של החברה היהודית הדמוקרטית. מכאן שכל החלטה הנוגעת במימוש זכותן של כל אחת מן הקבוצות להיבנות הינה פרי איזון בין האינטרסים המתחרים.

טיפולי הפוריות, שאינם טיפולים מצילי חיים, נועדו לסייע לקבוצות מוגדרות ומצומצמות בהולדה. אין טיפולי הפוריות מכוונים לסייע למי שאינו סובל מפגם בפוריותו. אין מטרתם לאפשר הולדה בכל מחיר. לכן ניתן וצריך להגביל את הגישה אליהם. לא כל הרוצה יבוא וייעזר בטכנולוגיה הרפואית, גם אם באפשרותו לממן את הטיפול. המשפט מכיר בזכות להורות, אך גם בצורך להגבילה, בהיותה זכות יחסית. ההגבלה תואמת את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וככזו היא מידתית וסבירה. לכן, אף שחוק ביטוח בריאות ממלכתי מגן על הזכות להורות כנגזרת

של הזכות לקבלת טיפול רפואי, אין לפרשו כהרשאה גורפת לקבל טיפולי פוריות. ההגבלות שבו עומדות בדרישותיה של פסקת ההגבלה.

העולה במקובץ מהדברים הוא שאין מניעה לסייע לאישה פנויה לממש את הורותה על-דרך ההפריה החוץ-גופית, ובלבד שיש לה המסוגלות ההורית להבטיח את טובת הילד העתיד להיוולד. יתרה מזו, יש לתקן את חוק ההסכמים לנשיאת עוברים ולאפשר גם לאישה פנויה שאינה יכולה לשאת היריון מסיבות רפואיות להתקשר בהסכם פונדקאות. הוא הדין לגבי גבר פנוי, שכן ההולדה על-דרך הפונדקאות היא אחת הדרכים להעמדת צאצאים בטכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית.

באשר להורות המבוגרת, נראה לי כי הגבלת הגיל שנקבעה – הן לגבי הפריה חוץ-גופית והן לגבי תרומת ביציות – סבירה.

העמדה המעוררת קושי היא מניעת ההתקשרות בהסכם פונדקאות מזוגות חד-מיניים. אין לדעתי מקום להיענות לדרישה לתקן את חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, הן משום שהמשפחה החד-מינית מנוגדת לערכיה היהודיים של מדינת-ישראל ולתפיסות-היסוד של הציבור, והן משום שבני-הזוג החד-מיניים אינם סובלים מליקויי פוריות. זכותם של החד-מיניים לבחור את אורח החיים והמסגרת שבה ירצו לחיות, אך אין היא מקנה להם את הזכות לכפות על החברה התנהגות שרובה אינה מקבלת. העובדה שבת-המשפט הכירו בזכויות סוציאליות הנגזרות מאורח החיים המשותף אינה מחייבת את המדינה לאפשר להם טיפולי פוריות כל עוד ביכולתם להיבנות בדרך המקובלת.

לבסוף, לגבי בני-זוג עם צרכים מיוחדים, מוגבלותם כשלעצמה אינה פוגמת בזכותם לחוות הורות. גם היוזקותם להולדה על-דרך ההפריה החוץ-גופית אף שהם אינם לוקים בפוריותם אינה מקובלת, שכן מטרת ההליך במקרה זה היא למנוע לידה של ילד עם פגם. אולם אין בכך כדי להכיר בזכותם הגורפת להעמיד צאצאים. אם נכותם חמורה עד כדי פגיעה במסוגלותם ההורית, שבעטייה הם יחסרו את היכולת לטפל בילד, אזי זכותו של הילד לא להיוולד עדיפה על זכותם לחוות הורות. זו גם חובתה של המדינה למנוע הולדת ילד שידוע מראש כי הוריו לא יוכלו לגדלו. זהו עניין שעל המומחים בתחומים השונים לענות בו.

לפני סיום אעיר הערה הנסמכת על הדברים הבאים שכתב השופט זילברג:
 "כל נורמה משפטית, ואפילו הצודקת ביותר, עלולה להביא, במקרה מיוחד, לידי עיוות דין. כי המשפט הוא דבר השווה לכל נפש, לבוש מוכן מראש, סטנדרטי, ההולם בערך את שעור קומתו הממוצע של הכלל, אך איננו הולם, בדיוק נמרץ, את רישומי אבריו של הפרט. מכאן השוועה הנצחית אל היושר המווסת, לאותו 'תבלין' גמיש העשוי לכפר וליישר את ההדרוין, מחויבי המציאות של החוק."³⁷²

אכן, בסופו של יום כל הסדר חוקי עלול לפגוע. השאיפה היא לצמצם ככל האפשר את הפגיעה. דומה כי במקרים שעלו במאמר זה הפגיעה היא מינימלית, בהתחשב בכך שלא רק שאין מדובר בסיכון חיים, אלא שברוב המקרים מימוש הורות אפשרי.

372 משה זילברג כך דרכו של תלמוד 134 (התשכ"ב).

סוף דבר, השונות שבין קבוצות האוכלוסייה שעניינן עלה במאמר זה שוללת את הטיעון כי שלילת הגישה לטיפולי פוריות פוגעת בעקרון השוויון הקבוע בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. החוק מגן על הזכות להורות במגבלות דיני הפריזון.