

גבולותיו של חופש הפריון מפרספקטיבה ליברלית: המקרה של בחירת מין היילוד

מאת

יניב רון-אל*

תקציר

המהפכה הטכנולוגית שמתחוללת בעשרות השנים האחרונות בתחומי הפריון והרבייה הקנתה יכולת לתכנן את ההולדה ולשלוט בה, ובפרט במאפייניו של היילוד העתידי. בכך חל שינוי בהתייחסות להולדה – אם בעבר היא נתפסה כתופעה שהיא בראש ובראשונה טבעית, עתה הדגש מושם בהבנתה כיצירה אנושית מתוכננת. האפשרויות החדשות בתחום הפריון כוללות גם את הגשמתה של משאלה רבת שנים – ידיעה מוקדמת של מין היילוד, ואפילו קביעתו. שתי טכנולוגיות חדשניות שפותחו בשנות התשעים של המאה העשרים מאפשרות לקבוע את מין היילוד כבר בשלבי ההפריה הראשונים, עוד לפני ההיריון. השימוש התדיר שנעשה בהן נועד למנוע מחלות תורשתיות המועברות לילדים ממין מסוים, אך הן עשויות לשמש גם לצורך בחירת מין שאינה על רקע רפואי.

דומה כי הדעה המקובלת בקרב הציבור הרחב מתנגדת להעדפה מעין זו של מין היילוד, והדבר משתקף גם בהסדרים המשפטיים שאימצו רוב מדינות העולם, המגבילים את אפשרות הבחירה. חרף זאת, קולות בולטים הן מקרב האקדמיה והן מקרב הקליניקה הרפואית יוצאים נגד הסדרים אלה, ואף שהם אינם מצדדים בהכרח בעצם הבחירה במין, הם מבקרים את התערבות המדינה בעניין זה. ביקורתם נסמכת

* בוגר הפקולטה למשפטים ותלמיד לתואר מחקר בחוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב. המאמר הוא עיבוד לעבודת סמינר שהונחתה על-ידי פרופ' אלון הראל. אני מבקש להודות לו, וכן ליעל גלר, לדפנה קר, ליעל השילוני-דולב, לשי לביא, לדניאל שפרלינג, לעמוס שפירא ולחברי מערכת עיוני משפט על תרומתם. כן אבקש להודות למשתתפי מפגש "הסמינר" באוניברסיטת תל-אביב, ולחברי מערכת "הסמינר" שהובילו אותו, ובפרט ליונתן רוז ולאמיר שמואלי, אשר ללא יוזמתם ועידודם לא היה המאמר רואה אור. כן תודה לחברי ועדת הפרסים של מרכז-על צגלה, אשר בחירתם במאמר אפשרה את פרסומו. תודה אחרונה שלוחה לאבי, פרופ' רפי רון-אל, שסייע בהבהרת כמה נקודות הנוגעות בהליכים הגינקולוגיים, ואשר פעילותו הציבורית בתחום עיסוקו היא שחשפה אותי לנושא מרתק זה. האחריות לדברים כולם היא כמובן שלי בלבד.

על העיקרון הליברלי שלפיו אין לפגוע בזכויות ולהגביל את הבחירה ללא הוכחה של נזק ממשי. המצדדים בהגבלת הבחירה מציגים שלל של נזקים אפשריים כאלה, לחברה או לפרטים, כגון הפרת האיזון הדמוגרפי בין המינים, הרעת מעמדן של נשים בחברה, גרימת נזקים רפואיים או פסיכולוגיים ליילוד שבחרו את מינו, וכמובן, סכנת הגלישה ב"מדרון חלקלק" לעבר אנושות מהונדסת גנטית. בשולי הדיון נשמעות התנגדויות לבחירת המין מתוך תפיסות שאינן ליברליות בהכרח ואשר נשענות על תורות אתיות חלופיות, הכוללות ציוויים נגד בחירת המין שמקורם בדת, בתפיסה מוסרית של הטבע או באתיקה של אהבה הורית.

המאמר הנוכחי מבקש לאתגר את מסגרת הדיון המקובלת הנוכחית – המציבה את הזכות לבחור מזה ואת תוצאותיה המזיקות של הבחירה מזה – ולצד זאת להמשיך לדבוק בעקרונות המחשבה הפוליטית הליברלית. הטיעון המרכזי בנוי משני חלקים. בחלקו הראשון נשללת ההשקפה שלפיה הבחירה במין היא זכות. בחלק זה נערך דיון בזכויות המשמשות תדיר להצדקת העמדה התומכת בבחירה, הן כאלה הקשורות במישרין לנושא (כגון חופש הפריון והזכות להורות) והן זכויות קלסיות המשמשות משענת לטענה בעד זכות הבחירה (כגון הזכות לפרטיות והאוטונומיה של הפרט). חלקו השני של הטיעון מבקש לחלץ את הדיון בהולדה מהדיכוטומיה שהוא כלוא בה – בין תופעה טבעית ליצירה אנושית – תוך הסתייעות בחלוקה המשולשת של הפעילויות האנושיות שהציגה חנה ארנדט. בהסתמך על כתיבתה של ארנדט ועל ההגות הפוליטית הביקורתית, נטען, ראשית, כי ההולדה המתוכננת היא פעולה פוליטית, וככזו מטילה על ההורים מעמד מעין-ריבוני, ושנית, כי היילוד העתידי הוא סובייקט פוליטי עוד לפני בואו לעולם. המאמר גורס אפוא כי גם מפרספקטיבה ליברלית, אופייה הפוליטי של ההולדה, תפקידם הריבוני של ההורים המולידים והיות היילוד העתידי סובייקט פוליטי – לצד שלילת מסגרת הדיון של הזכויות – כל אלה מצדיקים (אף שאינם מחייבים) הטלת הגבלות על בחירת המין על-ידי הקהילה הפוליטית בהתאם לערכיה המשותפים. את המאמר חותם ניתוח של ההסדר המשפטי הישראלי ביחס לבחירת מין היילוד לאור מסגרת הדיון שהותוותה קודם לכן.

א. מבוא

ב. הצגת הנושא: על בחירת מין אלקטיבית ועל מעמדה המשפטי בעולם

1. טכניקות וטכנולוגיות של בחירת מין היילוד

2. מעמדה המשפטי של בחירת מין היילוד בעולם

ג. טיעונים בעד ונגד התרה או איסור של בחירת מין היילוד

1. המתנגדים לבחירה: טיעונים המצדיקים התערבות באפשרות הבחירה של מין

היילוד והגבלתה

(א) פגיעה בשוויון

(ב) טיעונים דתיים וטיעוני המשפט הטבעי

(ג) טיעונים הנוגעים במשפחה ובחבריה

- (ד) טיעונים מזווית ליברלית-הומניסטית
2. המתנגדים לאיסור הבחירה: טיעונים נגד התערבות באפשרות הבחירה של מין היילוד
 - ד. בחירת מין היילוד בראי הזכויות והחירויות הליברליות
 1. חופש הפרייון (Reproductive Liberty)
 2. הזכות להורות
 3. הזכות למשפחה והזכות לתכנון המשפחה
 4. הורות, מיניות והזכות לפרטיות
 5. בחירת מין היילוד וחירות הבחירה
 - ה. היילוד העתידי כסובייקט פוליטי ובחירת מינו כפעולה פוליטית וריבונית
 - ו. על ההסדר הישראלי לגבי בחירת מין היילוד
 - ז. סיכום

א. מבוא

בשחרית היום הראשון בראש השנה העברית נאמר פיוט עתיק-יומין, ששורותיו נושאות הד למסורת יהודית קדומה:

”זָכַר לָהּ יֵשֶׁר אֲרָחוֹת / עָבַר לְהַמִּיר בְּבֶטֶן אֲחוֹת
שָׁשְׁבָה הַיּוֹם זָכָרָה לְהֶאֱחוֹת / סְלוּף דֵּינָה בְּיְהוֹסֵף לְהַנְחוֹת”¹

המסורת המתוארת כאן עוסקת בהולדת דינה ויוסף, בני יעקב, ובפעולת הבחירה במין היילוד שעשתה רחל אמנו באמצעים ניסיים. לפי האגדה, תחילה הרתה לאה בן זכר. לאה כבר ילדה ליעקב ארבעה בנים, ושתי השפחות ילדו אף הן שני בנים כל אחת. כדי למנוע מצב שבו תלד רחל רק בן אחד ליעקב (דבר שנחזה בזכות כוח הנבואה שניחנו בו האימהות) ותופלה לרעה לעומת יתר האימהות, נישאה תפילה לאלוהים. התפילה נענתה, ומינו של העובר של לאה שונה, ולפי גרסות אחרות הוחלף העובר עצמו לעובר ממין נקבה, הלוא היא דינה, ואילו רחל ילדה את יוסף.² מדרש אגדה זה, מעבר להיותו אזכור קדום של בחירה

1 הפיוט “אבן חוג מצוק נשיה”, המיוחס לר' אלעזר הקליר. ראו מחזור לימים הנוראים – לפי מנהגי בני אשכנז לכל ענפיהם כרך א – ראש השנה 70 (מוגה, מעובר ומבואר על-ידי דניאל גולדשמיט, ירושלים, התש”ל). על הקישור במסורת בין ימי ראש השנה לבין פקידתן של נשים עקרות ראו יעל לויין “ותתפלל חנה”: על פרשת חנה ותפילתה בליטורגייה” מסכת ד 81, 84–88 (2005).

2 לאגדה כמה מקורות בכמה גרסות, שהשוני העיקרי ביניהן הוא תיאור של שינוי מין העובר של דינה מזכר לנקבה לעומת תיאור של חילופי העוברים של דינה ויוסף בין לאה ורחל. לנוסח שינוי המין ראו ירושלמי, ברכות ט, ג: “עיקור עיבור של דינה זכר היה. מאחר שנתפללה רחל נעשית נקבה. הדא היא ואחר ילדה בת”. ראו גם בראשית רבה עב, כא (מהדורת תיאודור-אלבק 844–845); ברכות ס, ע”א; מדרש “שכל טוב”, בראשית ל, כא:

במין היילוד, הוא גם עדות לאורך-ימיה ולעוצמתה של התשוקה – אשר טבועה ככל הנראה במין האנושי – לדעת ולקבוע את מין היילוד עוד לפני הלידה. הסיפור מדגים גם את ההטיה המגדרית הנלווית לא אחת לתשוקה זו.³

לא רק המסורת היהודית מלמדת אותנו כי ימיה של המשאלה לדעת את מינו של היילוד, ואף יותר מכך לשלוט בו, עתיקים ככל הנראה כימיה של האנושות עצמה. משאלה זו חוצה תקופות ותרבויות. פרט למקורות היהודיים – אשר האזכור מעלה הוא רק אחד מני רבים מהם – ניתן למצוא עדויות לה בספרות של חכמי יוון העתיקה, שהמציאו שיטות שונות ומשונות לקביעת מין היילוד מראש, וכן בתרבויות שונות שבהן רווחת העדפה ברורה למין מסוים (הגברי ברוב המקרים, אם לא בכלם) מסיבות דתיות, כלכליות וחברתיות. כיום משאלה זו יכולה לנבוע גם מטעמים האישי של ההורים או משאיפה "לאזן" את מצאי המינים במשפחה.

במסגרת המהפכה הטכנולוגית ויישומיה לגבי פריון האדם התפתחו, החל במחצית השנייה של המאה העשרים, יכולות חדשות המאפשרות לאבחן תכונות גנטיות שונות, וביניהן את מין העובר, באופן ודאי כבר במהלך ההיריון. התפתחויות טכנולוגיות חדשות עוד יותר, מחמש-עשרה השנים האחרונות, מאפשרות לקבוע את מין היילוד העתידי עוד לפני ההיריון, באמצעות הפריה חוץ-גופית, ואפילו לפני ההפריה עצמה (על-פי מיון הזרע, כפי שיפורט בהמשך).

הליך הבחירה של מין היילוד, המכונה בעגה המקצועית "בְּרִירַת הַמִּין", מתקיים באורח

"ואחר ילדה בת" (מהדורת בובר 148): "לכך נאמר ואחר ילדה בת, כלומר לאחר שנתפללה לאה ואמרה יהי רצון שיהא עובר בבטני נקבה, כדי שתלד רחל אחותי זכר שלא תהא פחותה מן השפחות שילדה כל אחת ב' שבטים, מכאן שנתחלפה דינה בבנימין, והיתה תפלה זו אחר שנוולד יוסף, אבל מקצת רבותינו דרשו שנתחלפה ביוסף". ראו עוד בעניין זה ר' שמואל אליעזר בן יהודה הלוי אידלש (המהרש"א), חידושי אגדות, נידה לא, ע"ב ד"ה "ואת דינה בתו"; ר' משה ב"ר שמעון מרגליות (בעל "פני משה"), מראה הפנים לתלמוד ירושלמי, ברכות ט, ד, ד"ה: "על שם הנה כחומר ביד היוצר". כן ראו ישעיהו בן פזי "מדרש פליאה להלכה?" (דף שבועי מס' 264 מאת המרכז ללימודי יסוד ביהדות, לפרשת ויצא, התשנ"ט); מיכאל שיינפלד "אולי אֶבְנָה מִמְנָה" – על הפונדקאות" (גליון פרשת השבוע של משרד המשפטים מס' 266, לפרשת לך לך, התשס"ז); וכן בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו(1) 419, 474-475 בפסק-דינו של השופט אנגלרד (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה).

3 מעניין שגם המיתולוגיות והדוגמות הספרותיות המציגות את דמותה של האישה העקרה מדגישות במקרים רבים את הרצון והשאיפה לבן זכר דווקא. ראו, למשל, את שירה של רחל "עקרה", הפותח בשורה הידועה "בן לו היה לי" (אם כי מן הראוי לציין שבשל כללי השפה העברית, ביטוי הכמיהה לפריי-בטן מחייב, באופן הכרחי כמעט, הטיה מגדרית). לעומת זאת, הסיפור המקראי על חנה העקרה (שמואל א, א 1-20), אף שהוא מסתיים בלידת בן זכר, אינו מדגיש את הפן המגדרי בהכרח ("ויהי לפננה ילדים, ולחנה אין ילדים" – שם, פס' 2; "ויזבח אלקנה, ונתן לפננה אשתו ולכל בניה ובנותיה מנות" – שם, פס' 4).

נפוץ למדי כדי למנוע תורשה של הפרעות גנטיות המופיעות רק במין מסוים, על-פי-רוב בזכרים. במקרים אלה נהוג להתייחס לכך כאל "בחירת מין מטעמים רפואיים".⁴ אולם כפי שקורה לעיתים קרובות, מרגע שבחירת המין מתאפשרת מבחינה טכנולוגית, ניתן לעשותה גם על רקע העדפה אישית של ההורים או של אחד מהם, או מטעמים דומים אחרים, שנהוג לכנותם "חברתיים", כדי להבדילם מהמקרים הרפואיים שנוכרו.

מקרים אחרונים אלה מעוררים סערה וויכוחים נרחבים בקהילות הרפואיות והאקדמיות ובקרב הציבור הרחב בעולם כולו. ההיבטים המגדריים הנוטעים בסיטואציה של הבחירה – העדפה של מין מסוים על האחר – מוסיפים נדבך של מורכבות לסוגיית הלידה, שיש לה ממילא, מטבעו של מעשה ההולדה, נגיעה מגדרית ישירה. באופן לא-מפתיע, גם בתוככי התנועה הפמיניסטית מובעות עמדות שונות ומגוונות כלפי הפרקטיקה של בחירת המין. מעבר לכך, בחירת מין היילוד כרוכה בעבותות בסוגיית היחסים המשפחתיים, על המורכבות שהיא מציבה, בהיותה מוכרת לכל אדם מכלי ראשון ולנוכח החששות שמעוררת התערבות ציבורית בה. אך דומה שהחשש העיקרי בדיונים על טכנולוגיית הפיריון החדשות ועל האפשרות לבחור את מאפייני הצאצאים הוא מפני הנדסה גנטית של בני-אדם. דיונים פופולריים רבים בסוגיה מעלים חששות שבחירת המין צועדת בדרך ישירה לקראת מצב קיצוני של יצירת "תינוק לפי הזמנה", וגם הדיונים האקדמיים יותר בסוגיה של בחירת המין נכרכים לא אחת בדילמה הכללית של עיצוב גנטי. חשש זה ביחס ליכולת האנושית, המשלבת זה בזה יצירה והרס, אף הוא עתיק-יומין ונטוע עמוק במיתולוגיות של תרבויות רבות – החל בסיפורים המקראיים על מגדל בבל ועל אדם וחווה ופרי עץ-הדעת, ובמיתוסים ההומריים על סיופוס שניסה לכבול את המוות ועל פרומתאוס שהביא לאדם את האש; המשך בגלגוליהם השונים של סיפורי הגולם למיניהם בפולקלור היהודי; וכלה בגרסות של העת החדשה למוטיב זה, ובראשן כמובן פאוסט, המוכר את נשמתו לשטן בעבור תאוותו לידע, ומייד לאחריו המדען הפרומתאי פרנקשטיין. לא בכדי ביטוי שגור בדיונים על עיצוב גנטי, המביע את החשש זה, הוא "לשחק את אלוהים" (playing god). הסוגיה של עיצוב או הנדסה גנטית של תינוקות עתידיים מדגימה כיצד "בעיות פילוסופיות של אי בודד" נהפכו בזמן קצר לשאלות מעשיות.⁵

4 במסגרת מאמר זה יאומצו ההגדרות המקובלות בדיונים בתחום, המבחינות בין "טעמים רפואיים" לבחירת מין לבין כאלה שאינם רפואיים. הראשונים הם מקרים שבהם בחירת המין נועדה להקטין את הסיכוי להעביר מחלות גנטיות הקשורות לכרוזומי המין, כגון המופיליה ומחלת הנטינגטון. מחלות גנטיות אלה יבואו לידי ביטוי רק במין מסוים, ואילו לייילודים מהמין האחר, הגם שיהיו נשאים של הגן הגורם למחלה, יש סיכויים נמוכים בהרבה לחלות. הטעמים שאינם רפואיים ("בחירת מין אלקטיבית") מוגדרים כ"חברתיים". ניתן כמובן לקיים דיון נרחב גם בהגדרות אלה, במידת דיוקן ובתחום תחולתן, אולם דיון מעין זה חורג ממסגרתו של המאמר. ראו עוד בהקשר זה להלן ה"ש 20.

5 דוד הד "בני אדם על פי הזמנה" הריון מסוג אחר 219, 222 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996) (הספר להלן: הריון מסוג אחר). לדיונים נוספים במטפורה של "לשחק את אלוהים" ראו את ההקדמה לספרו של הד (תחת הכותרת "Playing God"): David Heyd.

מאמר זה יעסוק בסוגיה של בחירת מין היילוד מפרספקטיבה ליברלית. הניסיון לטוות טיעון כולל, המתיימר להקיף את כל האפשרויות הטכנולוגיות ואת כל זוויות-המבט הרלוונטיות, הוא ניסיון יומרני, למצער למאמר מסדר-גודל זה. עם זאת, הדיון בשאלה על בחירת מין היילוד לא יוכל להתחמק מנקודות ההשקה ומתחומי החפיפה המתקיימים עם שאלות אחרות. אשתדל בכל-זאת לקיים את הדיון באופן ממוקד עד כמה שניתן, הן מבחינה תוכנית והן מבחינה מושגית. מבחינה תוכנית יתמקד הדיון בשאלה של בחירת מין היילוד בלבד, מבלי לנסות להשליך על בחירה ועיצוב של תכונות אחרות המוזכרות לא אחת בדיונים כאלה, כגון גזע, אוריינטציה מינית, אינטליגנציה, תכונות היצוגיות ועוד. מבחינה מושגית אבקש למקד את הדיון בפרספקטיבה של הפילוסופיה הפוליטית הליברלית, ובפרט בזכויות האדם הקשורות לעניין ובמושג הריבונות, ובמידת הרלוונטיות שלהם לשאלת הבחירה במין היילוד העתידי.

הנושא של בחירת מין היילוד יוצג מייד בפרק ב להלן, שבמסגרתו יוצגו הטכנולוגיות המשמשות לבחירה זו ומעמדה המשפטי במדינות שונות בעולם. בפרק ג אציג את הטיעונים המקובלים בספרות נגד מדיניות מתירנית ביחס לבחירת המין ובעדה. בפרק ד אדון בבחירת מין היילוד מפרספקטיבה של זכויות האדם, ואטען, בניגוד לעמדה הרווחת, כי אף לא אחת מהן מצליחה לבסס זכות להורים לבחור את מין ילדם. בפרק ה אדון במשמעותה הפוליטית של פעולת הבחירה במין היילוד, ואבקש לטעון כי משמעות זו, על רכיביה השונים, מצדיקה את מעורבותה של הקהילה הפוליטית בקביעת המדיניות ביחס לבחירת המין – ובמידת הצורך גם בהגבלתה ואף באיסורה – על-סמך ערכים משותפים מרכזיים לקהילה. בפרק ו אציג את ההסדר הישראלי ביחס לבחירת המין, עם הערות לגבי ניתוחו של הסדר זה לאור מסגרת הדיון המוצגת כאן.

תחת Genethics: Moral Issues in the Creation of People 1–20 (1992); וכן פרק 9, תחת אותה כותרת, בספרו של בֵּיירן, אשר נושא שם זהה כמעט לשם ספרו של הד, אך מציג גישה שונה למדי לנושא: Kurt Bayertz, Genethics: Technological Intervention in Human Reproduction as a Philosophical Problem 173–197 (1994). לדעה לא-שגרתית בנושא ראו תומר גינזברג "מי מפחד מתינוקות לפי הזמנה? אל עבר עולם חדש מופלא של בחירות הורים את תכונות ילדיהם בעידן ההנדסה הגנטית" רפואה ומשפט 34, 112 (2006). ראו גם, באופן כללי, דוד אוחנה התשוקה הפרומיתאית: השורשים האינטלקטואליים של המאה העשרים מרוסו עד פוקו 3–25 (2000).

ב. הצגת הנושא: על בחירת מין אלקטיבית ועל מעמדה המשפטי בעולם

1. טכניקות וטכנולוגיות של בחירת מין היילוד

כשם שהמשאלה לשלוט במין היילוד היא עתיקת-יומין, כך גם השיטות השונות שהוצעו להורים השואפים לצאצא ממין זה או אחר דווקא. המלצות והמצאות של שיטות כאלה ואחרות רווחות מימי העולם העתיק ועד לימינו. כך, למשל, בספרות הרפואית היוונית והרומית העתיקה ניתן למצוא סברות מגוונות לגבי גורמי קביעתו של מין היילוד, כגון חום הגוף ואיכותו של הזרע, לצד השפעתן של רוחות השמים. בהתאם לכך ניתן למצוא "מתכונים" שונים ומשונים לתכנון מין היילוד העתידי מן התקופה העתיקה ומימי הביניים, ובכלל זה דיאטות, משחות והמלצות על תנוחות ספציפיות ועל מועדים מיוחדים לקיום יחסי-מין.⁷ גם במסורת היהודית ניתן למצוא מתכונים מעין אלה. כך, למשל, הפסוק המקראי "אִשָּׁה כִּי תִזְרֶיעַ, וַיֵּלְדָה זָכָר"⁸ זכה בפרשנויות שונות החל בתקופת המשנה ועד לאחרונים, מתוך ניסיון לעמוד על משמעותה המדויקת של המילה "תזריע", שפעולתה מניבה, על-פי הפרשנות, בנים זכרים.⁹

6 בחירת מין אלקטיבית היא בחירת מין שנעשית מטעמים שאינם רפואיים. ראו לעיל ה"ש 4. להלן במאמר זה אתייחס רק לבחירת מין אלקטיבית (אף אם לא אנקוב תואר זה), למעט אם יצוין אחרת מפורשות.

7 וכן תיאוריות שלפיהן קביעת המין קשורה לצד ברחם שבו העובר גדל או לצד של האשך שממנו הזרע מגיע (ומכאן ההמלצה לקשור או לכרות את האשך ההפוך בהתאם למין הרצוי), וזאת לצד המלצות מוזרות אף יותר, כגון קיום המשגל בליל ירח מלא או לאחר שתיית דם של אריה. ראו, למשל: K. Cloonan, C. Crumley & S. Kiymaz, *The Historical, Scientific, Cultural and Economic Aspects of Gender Pre-selection*, in *DEV BIO — A COMPANION TO DEVELOPMENTAL BIOLOGY* ch. 21.4 (Scott F. Gilbert ed., 7th ed. 2003), available at 7e.devbio.com/article.php?id=185; Eugene S. McCartney, *Sex Determination and Control in Antiquity*, 43 *AM. J. PHILOLOGY* 62 (1922); דינה צפריירי "בן או בת בהזמנה" גלילאו 38 (2000); Joseph G. Schenker, *Gender Selection: Cultural and Religious Perspectives*, 19(9) *J. ASSIST. REPROD. & GEN.* 400 (2002). חלק ניכר מן המתכונים מומלצים עדיין כיום, למשל באתרי אינטרנט שונים. ראו נטע דורון "קביעת מין היילוד" www.mamy.co.il/Article.aspx?IDP=596 8.10.2005; "בחירת מין היילוד: יש גם דרך טבעית" www.refua.info/siteFiles/1/564/7508.asp 1.11.2006 **Refua.info**. ראו גם את ההמלצות השונות בסוף כתבתה של נאוה סטולר "ילד בהזמנה" הצופה 12.11.2006.

8 ויקרא יב 2.

9 בבלי, נדה לא, ע"ב. ראו גם, למשל, ילקוט שמעוני, רמז תקל (מהדורת שילוני 300); ר' שלמה לניאדו כלי יקר – פירוש על ספר ויקרא פרק י"ב; ר' מאיר שמחה הכהן משך חכמה – ויקרא (מהדורת קופרמן, 1977), פרשת תזריע, לפרק יב, פס' ב, עמ' רנה; ר' פנחס הלוי הורוביץ פנים יפות – ויקרא (התשמ"א), פרשת תזריע, עמ' עת. כן ראו צפריירי, לעיל ה"ש 7.

שיטה עתיקה לא פחות, אך ודאית הרבה יותר בתוצאותיה, היא הרג התינוק (ובדרך-כלל הרג התינוקת). בזמנים עברו היה רצח תינוקות (infanticide) תופעה נפוצה ורווחת ככל הנראה, אם בדרך של הרג פעיל ואם במחדל של הזנחה ואי-טיפול.¹⁰ למרבה הצער נראה כי המנהג מתקיים גם בתקופה המודרנית ברחבי מזרח אסיה – בעיקר בסין, עקב מדיניות הגבלת הילודה וההעדפה הכלכלית לבנים; ובהודו, מסיבות של העדפות דתיות, תרבותיות וכלכליות לבנים.¹¹

ההתפתחויות הטכנולוגיות במהלך המאה העשרים הולידו אפשרות לדעת את מין העובר בסבירות גבוהה מאוד כבר במהלך ההיריון עצמו.¹² בעקבות זאת "פותחה" שיטה נוספת של "בחירת" מין היילוד, אשר נפוצה בעשורים האחרונים – הפלת העובר שמינו אינו רצוי. שיטה זו רווחת במיוחד במדינות כגון הודו וסין, שהוזכרו לעיל, לצורך העדפת בנים.¹³ השימוש בהפלות של עוברים בריאים ממין נקבה למטרה של לידת בנים היתוסף על הסערות הציבוריות שעוררה ממילא סוגיית ההפלות, והעמיד במבוכה את התנועה הפמיניסטית: מחד גיסא, הוגות פמיניסטיות הכירו בכך שפרקטיקה זו מנצלת לצרכים מינניים (סקסיסטיים) את זכות הבחירה והאוטונומיה של האישה להפסיק היריון, לרוב אף תוך כפיית העמדה החברתית על האישה הרה; מאידך גיסא, התנגדות לכך נתפסה כהסגתה לאחור של זכות זו, המאוימת ממילא. הביוראטיקאית הפמיניסטית דרנובסקי סיכמה זאת באומרה: "No one liked sex selection, but few were willing to actively oppose it"¹⁴.

- 10 Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 7.
- 11 ראו: *Case Study: Female Infanticide*, GENDERCIDE WATCH, www.gendercide.org/case_infanticide.html.
- 12 הבירור במהלך ההיריון נעשה באמצעות בדיקה טרום-לידתית, כגון דיקור מִשפיר או בדיקה על־קולית (אולטרסאונד). לפירוט ראו רוני מימון וראובן אחירון "על־קול במיילדות וגניקולוגיה" מיילדות, גניקולוגיה ורבייה 77 (מהדורה רביעית, אברהם גולן עורך, 1997).
- 13 ראו באתר GENDERCIDE WATCH, לעיל ה"ש 11. כן ראו: Ashley Bumgarner, *A Right to Choose? Sex Selection in International Context*, 14 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1289 (2007) (אשר דנה באופן השוואתי במדינות סין, הודו וארצות-הברית); Wei Xing Zhu, Li Lu & Therese Hesketh, *China's Excess Males, Sex Selective Abortion, and One Child Policy: Analysis of Data from 2005 National Intercensus Survey*, 338(7700) BR. MED. J. 920 (2009) (אשר מדווחים כי עיקר הפער המספרי בין גברים לנשים בסין הוא תוצאה של מדיניות הפלות של בנות).
- 14 Marcy Darnovsky, *Revisiting Sex Selection: The Growing Popularity of New Sex Selection Methods Revives an Old Debate*, 17(1) GENEWATCH 3 (2004); Marry Ann Warren, *Sex Selection: Individual Choice or Cultural Coercion?* in *BIOETHICS: AN ANTHOLOGY* 137 (Helga Kuhse & Peter Singer eds., 1999); Helen Bequaert Holmes, *Choosing Children's Sex: Challenges to Feminist Ethics*, in *REPRODUCTION, ETHICS, AND THE LAW: FEMINIST PERSPECTIVES* 148, 162–166 (Joan C. Callahan ed., 1995).

למי שמסתייג מן הפרקטיקה של בחירת המין באמצעות הפלה, הציע המדע הבטחות נוספות. רובן ככולן מתבססות על העובדה שזרע "זכרי" (אשר נושא כרומוזום Y, ולכן יוליד זכר אם ייקלט בביצית) הוא קטן ומהיר יותר מאשר זרע "נקבי" (שנושא כרומוזום X). היפותזות מדעיות שונות פותחו על-סמך ידיעה זו ונמכרו לציבור, אף שלא הוכחו אמפירית בצורה מובהקת.¹⁵ המבוססת מביניהן מבחינה מדעית פותחה על-ידי רונלד אריקסון בשנות השבעים, והיא מושתתת על מעין "מירוץ-מכשולים" כימי לזרע (בהנחה שתאי הזרע הזכריים יותר ולכן ניתנים להפרדה). השיטה לא הניבה תוצאות ודאיות, אף שהיא מיושמת במעבדות רבות.¹⁶

חוד-החגיגה בהתפתחויות המדעיות בתחום זה הן שתי טכניקות שמבטיחות תוצאות ברמת ודאות גבוהה ביותר, ואשר באו לעולם עם ההתפתחויות העצומות שחלו למן סוף שנות השבעים בתחום רפואת הפרייון. בשנות התשעים פותחה שיטה שמסוגלת לזהות עוד לפני ההיריון מאפיינים גנטיים של העובר (אבחון גנטי טרום-השרשתי, ובלועזית: Preimplantation Genetic Diagnosis; בקיצור ולהלן: PGD). אסקור שיטה זו בפירוט יחסי, מאחר שטכניקה זו עומדת במוקד הדיון בבחירת מין היילוד בישראל: ראשית נעשה תהליך של הפרייה חוץ-גופית, כלומר, הפרייה בין ביצית לזרע שמתרחשת במעבדה.¹⁷ ימים ספורים לאחר ההפרייה, בהיות ה"קדם-עובר"¹⁸ בשלבי התפתחותו הראשונים, בהיותו

15 כך, למשל, פורסם בשנות השבעים ספר (David M. Rorvik & Landrum B. Shettles, *Your Baby's Sex: Now You Can Choose* (1971) ובו המלצות שונות לבחירת מין, לכאורה על בסיס מדעי, כגון תזונה של קיום יחסי-המין ביחס לביוץ או טיפול איברי הרבייה של האישה לפני המשגל (בחומרים בסיסיים לשם לידת בן, ובחומרים חומציים לשם לידת בת). שיטה אחרת התבססה על דיאטה: מזון עתיר נתרן ואשלגן מגביר את הסיכוי להרות בן, ומזון עשיר בסידן ובמגנזיום מגביר את הסיכוי להרות בת. ראו: Jean Stolkowski & Joseph Choukroun, *Preconception Selection of Sex in Man*, 17 *Isr. J. Med. Sci.* 1061 (1981). ראו גם Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 7, בטקסט הסמוך להערות 34-37; צפרירי, לעיל ה"ש 7.

16 R.J. Ericsson, C.N. Langevin & M. Nishino, *Isolation of Fractions Rich in Human Y Sperm*, 246 *Nature* 421 (1973). ראו גם צפרירי, לעיל ה"ש 7. על (אי-)יעילותה של השיטה ראו HFEA REPORT, להלן ה"ש 25, בעמ' 28-29.

17 בהפגשה של תאי זרע וביצית או בטיפול מיקרו-מניפולציה לוקחים זרע מצֶבֶר של תאי זרע באמצעות פיפטת זכוכית, ומזריקים אותו לתוך הביצית. ראו פירוט טכני על השיטה בשפה בהירה יחסית אצל אורי אברך ובני פיש "הפרייה חוץ-גופית" מיילדות, גינקולוגיה ורבייה 411 (מהדורה רביעית, אברהם גולן עורך, 1997). לתמצית תולדותיהם של טיפולי ההפרייה החוץ-גופית ראו העליון, להלן ה"ש 21, בעמ' 33-38.

18 לרוב בשלב התפתחות של שמונה תאים. המונח "pre-embryo" מציין ביצית מופרית אשר מתחילה להתפתח לקראת מצב עוברי אך לא הושרשה עדיין ברחם. באנגלית קיימת הבחנה מושגית בין fetus, העובר בשלבי התפתחותו המאוחרים, לבין embryo, העובר מייד לאחר ההשרשה ברחם ובשלבי התפתחותו הראשונים. בעברית אין הבחנה בין מצבי העובר, והמונח

מורכב משישה עד שמונה תאים, מסירים ממנו תא אחד או שניים לצורך האבחון. הליכים אבחוניים שונים הנעשים על תאים אלה מאפשרים להסיק מידע על המטען הגנטי של הקדם-עובר, ובכלל זה על הפרעות גנטיות שונות וכן על מינו.¹⁹ בחירת המין נעשית באמצעות אלימינציה והחדרה לרחם של קדם-עובר מהמין הרצוי בלבד (מתוך כמה "קדם-עוברים" שהתקבלו בהליך ההפריה). טכניקה זו פותחה במקור, כאמור, כדי למנוע העברת מחלות גנטיות תורשתיות, והיא מאפשרת, בין היתר, בחירת מין מטעמים רפואיים.²⁰ יש להדגיש כי ביצוע הבחירה בשיטה זו כולל הפריה חוץ-גופית, על כל הכרוך בכך מבחינה גופנית, נפשית וכלכלית בעבור האישה המטופלת.²¹ יעילותה של שיטה זו בקביעת מינו של

"קדם-עובר" עלול ליצור הטיה מסוימת בשל האסוציאציה של דמוי-אנוש שהמילה "עובר" מעוררת. עם זאת, כדי להימנע מהסרבול הכרוך בשימוש במונח "הביצית המופרית" על הטיותיו, אשתמש להלן במונח "קדם-עובר" לציון ה-embryo או ה-pre-embryo חשיבותו של הכינוי הלשוני נובעת מכך שיש לו השלכה על האופן שבו התהליכים הביולוגיים של הפריה וההתעברות נתפסים ומוכנים. לדיון מעניין בנושא ההבניה החברתית של העוברים ראו נגה וינר ויעל השילוני-דולב "על עוברים בהקשרים: אתיקה הקשרית ביעוץ גנטי ובניהול רפואי של היריון ומעמדו של העובר בישראל" סוציולוגיה ישראלית יא 65 (2009).

19 K. Hardy et al., *Human Preimplantation Development In Vitro is Not Adversely Affected by Biopsy at the 8-Cell Stage*, 5 HUM. REPROD. 708 (1990); The ESHRE Ethics Task Force, *Taskforce 5: Preimplantation Genetic Diagnosis*, 18 HUM. REPROD. 649 (2003) (hereinafter: *Taskforce 5*) יהושע דור ודניאל זיידמן "טכנולוגיות חדשניות בהפריה חוץ-גופית - פריצת הגבולות ברביית האדם" היריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 5, 46, בעמ' 58-60. מעניין שפול רובינסון מתאר אותו תהליך בדיוק בדרך שונה, שרומזת אולי להערכה אתית שונה שלו: יצירה מלאכותית של "תאום" זהה לקדם-עובר המקורי, ועריכת בדיקות גנטיות על אותו "קדם-עובר תאום" אשר גורמות להשמדתו. ראו: Paul Robinson, *Prenatal Screening, Sex Selection and Cloning*, in A COMPANION TO BIOETHICS 173, 177-178 (Helga Kuhse & Peter Singer eds., 1998).

20 ראו עוד לעיל ה"ש 4. יש לציין כי למרות הקונסנזוס הרחב הקיים לגבי שימוש ב-PGD (כמו גם בהפלות) למניעת השרשה של קדם-עוברים בעלי סיכוי להיות חולים, ואף של קדם-עוברים שיהיו נשאים בלבד (ואשר פרט לכך עשויים להיות חיים בריאים לחלוטין), שימוש זה אינו נקי ממחלוקות אתיות, בעיקר (אך לא רק) מצד תנועות למען זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות. ראו *Taskforce 5*, שם, בעמ' 649-650; Robinson, שם, בעמ' 178-182. עוד על ההשפעה התרבותית של הפסקת היריון או מניעתו בשל תפיסה חברתית של מחלות ראו יעל השילוני-דולב "מיהו תינוק רצוי? הפלות סלקטיביות בשל אנומליות בכרומוזומי-מין בגרמניה ובישראל" תיאוריה וביקורת 25, 97 (2004). סוגיות אלה אינן נידונות כאמור במאמר זה.

21 לפירוט נקודת-המבט של המטופלת העוברת תהליכי הפריה חוץ-גופית ראו הילה העליון גן נעול - חוויות הגוף, הזהות והרגש של נשים מטופלות פוריות בישראל (2007). העליון מפרטת את חוויותיה של המטופלת הן בגוף ראשון והן על-סמך ראיונות-עומק שערכה עם

הקדם-עובר מגיעה עד ל-100% כמעט,²² אולם ההפריה עצמה נעשית מחוץ לגוף האישה, ולפיכך הסיכויים להשיג היריון נמוכים בהרבה מאשר ברבייה טבעית. שיטה אחרת מניבה אף היא תוצאות בטוחות יחסית ואינה כרוכה בהפריה חוץ-גופית. היא מבוססת, בדומה לשיטת אריקסון, על מיון הזרע לפני ההפריה, אלא שהיא יעילה ממנה בהרבה. השיטה החדשנית למיון זרע קרויה MicroSort, והיא משתמשת בטכניקת מיון המכונה ציטומטריה של זרימה (Flow Cytometry). במקור פותחה שיטה זו בארצות-הברית לצורך שימוש בתעשיית גידול הבקר.²³ מיון הזרע נעשה על-ידי "צביעת" תאי הזרע בצביעה זרחנית (פלואורוסצנטית) והפרדה בין התאים הממוינים באמצעות קרן לייזר. בורע הממיון המתקבל נעשה שימוש לשם הפריה, אם בהפריה חוץ-גופית ואם בהזרעה מלאכותית (שהיא פולשנית פחות מהפריה חוץ-גופית). מפתחי השיטה טוענים לדיוק של 90%-93 ב"ייצור" בנות, ושל 73%-80 ב"ייצור" בנים. השיטה מיושמת לפי שעה בארצות-הברית בלבד (לעת עתה רק במרפאות ספורות, תחת פיקוח ומעקב של מנהל המזון והתרופות האמריקאי, ה-FDA),²⁴ ועלות הטיפול בשיטה זו היא כמה אלפי דולרים לפחות. יצוין כי

מטופלות נוספות. על הסיכונים הרפואיים הכרוכים בתהליך ראו שם, בעמ' 37-38 (וראו גם אברך ופיש, לעיל ה"ש 17, בעמ' 425-426). לסקירת דילמות זוגיות המתלוות לטיפול ההפריה החוץ-גופית ראו לעיל אצל העליון, בעמ' 93-99. על הסיכונים הרפואיים ראו עוד: Joseph G. Schenker & Yosef Ezra, *Complication of Assisted Reproductive Techniques*, 61 FERTIL. STERIL. 411 (1994); סיגל גולדין "טכנולוגיות של אושר: ניהול פריון במדינת רווחה מעודדת ילודה" פערי אזרחות: הגירה, פריון וזהות בישראל 167, 177 (ה"ש 15 והטקסט הסמוך אליה) (יוסי יונה ואדריאנה קמפ עורכים, 2008). לביקורת הפמיניסטית הרדיקלית על טיפולי ההפריה ראו כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 503, 523-524 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995). כן ראו בהקשר זה נקודת-מבט אישית אצל רונית ליברמנט פגומות (2005), בפרט בפרק הראשון ("הרחם הלאומית").

22 הסיכוי (הזניח ביותר) לטעות בקביעת המין נובע מהסתברות (נמוכה ביותר) לתקלות טכניות שונות בעת הבדיקה - על-פי ברוך פלדמן, הרצאה ביום-עיון של הפורום לצדק חברתי במכון גרטנר בנושא "בדיקות אבחון טרום-לידתי - עד כמה" (5.12.2006). כן ראו Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 7.

23 D.L. Garner & G.E. Seidel, *History of Commercializing Sexed Semen for Cattle*, 69 THERIOGENOLOGY 886 (2008).

24 L.A. Johnson et al., *Gender Preselection in Humans? Flow Cytometric Separation of X and Y Spermatozoa for the Prevention of X-Linked Diseases*, 8 HUM. REPROD. 1733 (1993); E.F. Fugger et al., *Births of Normal Daughters after MicroSort Sperm Separation and Intrauterine Insemination, In-Vitro Fertilization, or Intracytoplasmic Sperm Injection*, 13 HUM. REPROD. 2367 (1998); J.L. Simpson & S.A. Carson, *The Reproductive Option of Sex Selection*, 14 HUM. REPROD. 870 (1999). ראו גם באתר www.microsort.net. לפירוט על השיטה בעברית ראו צפריירי, לעיל ה"ש 7.

אף שהשיטה כבר הובילה ללידתם של תינוקות בריאים, יש עדיין מחלוקות לגבי מידת בטיחותה (בשל הצביעה הזרחנית של הזרע המשמש להפריה).²⁵ בכוחה של סקירה קצרה זו להמחיש כי הערכה אתית של בחירת המין עשויה להיות תלויה עד-מאוד בטכנולוגיה המשמשת לבחירה. בחירת מין באמצעות תזמון מועד המשגל שונה באופן מהותי, מבחינה אתית ומוסרית, מרצח של תינוק/ת מהמין הלא-רצוי. באופן דומה, גם מי שאינו מתנגד להפסקת היריון או להפלה על רקע מין העובר עשוי להסכים כי פעולה זו נושאת בחובה משמעויות והשלכות שונות בהשוואה לבחירת מין באמצעות מיון זרע.²⁶ אף שההתייחסות בהמשך המאמר לפרקטיקה של בחירת המין נעשית במנותק מדיון בשיטה מסוימת, ובניסיון לבחון מבחינה אתית את פעולת הבחירה כשלעצמה, ברי כי הדיון מכוון ומתייחס בעיקר לשתי השיטות החדשניות, שבהן בחירת המין נעשית לפני תחילת ההיריון באמצעות אבחון טרום-השרשתי (PGD) או באמצעות מיון זרע (MicroSort). יתרה מזו, בניגוד לשיטות הפרימיטיביות, הטכנולוגיות החדשות לבחירת מין היילוד מחייבות התערבות חברתית באמצעות המוסדות הרפואיים ומצריכות מימון רב, ובהתאם לכך גם כפופות להסדרה ולפיקוח באמצעות המשפט. הסעיף הבא עוסק בסוגים שונים של הסדרה כזו.

25 ראו: HUMAN FERTILITY AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, SEX SELECTION: OPTIONS FOR REGULATION — A REPORT ON THE HFEA'S 2002–03 REVIEW OF SEX SELECTION INCLUDING A DISCUSSION OF LEGISLATIVE AND REGULATORY OPTIONS 27–32 (2003) (לעיל ולהלן); Agneta M. Sutton, *Sex Selection Via "Sperm-Sorting": A Morally Acceptable Option?* THE CENTER FOR BIOETHICS HUMAN DIGNITY WEBSITE (2002), available at www.cbhd.org/resources/reproductive/sutton_2002-11-04.htm.

26 ראו בהקשר זה גם: Frank Van Balen, *Attitudes Towards Sex Selection in the Western World*, 26 *PRENATAL DIAG.* 614 (2006); Sue Hall, Erin Reid & Theresa M. Marteau, *Attitudes Towards Sex Selection for Non-Medical Reasons: A Review*, 26 *PRENATAL DIAG.* 619, 623–624 (2006). שני המאמרים סוקרים מקבץ של סקרי דעת-קהל שנעשו ביחס לבחירת המין, ומצביעים על כך שלשאלת השיטה שבה הבחירה נעשית יש השפעה על ההערכה ביחס לביצוע הבחירה. Van Balen מראה כי יש קבלה רחבה יחסית של השיטות הפרימיטיביות, שאינן אפקטיביות (כגון תזמון המשגל), לעומת שימוש בטכנולוגיות מתקדמות. Hall et al. מראות שקיימת הבחנה פנימית גם בתוך השיטות המתקדמות – הפלות, PGD ומיון זרע. ראו גם: Thomas Baldwin, *Understanding the Opposition*, 26 *PRENATAL DIAG.* 637, 643–644 (2006); David Heyd, *Male or Female: We Will Create Them — The Ethics of Sex Selection for Non-Medical Reasons*, 10 *ETHICAL PERSPECTIVES* 204, 206–208 (2003).

2. מעמדה המשפטי של בחירת מין היילוד בעולם²⁷

מדינות שונות נדרשו לסוגיית הטכנולוגיות החדשות של בחירת מין היילוד מבחינה חוקית ורגולטורית. ברוב המדינות הביעו הממסדים המשפטי והרפואי את הסתייגותם מהפרקטיקה של בחירת המין, ונראה כי כיום שורר קונסנזוס רחב נגד בחירת מין היילוד מסיבות שאינן רפואיות (לצד הקונסנזוס הגורף ששורר, כנראה, ביחס להתרת בחירת מין מסיבות רפואיות). בחירת המין אסורה באופן גורף כמעט בכל מדינות אירופה וברוב מדינות אסיה – אם באמצעות חקיקה האוסרת זאת (כך בגרמניה, בצרפת, בשווייץ, בדנמרק, באיטליה, בהולנד וכן בקנדה; ובהתייחס ספציפית לטכנולוגיית ה-PGD – בבלגיה, באסטוניה, ביוון, בנורווגיה, במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה, בניו-זילנד, בהודו ובסינגפור) ואם באמצעות הנחיות מקצועיות של גופים מדינתיים המפקחים על הממסד הרפואי (למשל, בבריטניה, ביפן ובחלק ממדינות אוסטרליה).²⁸ לעומת זאת, בארצות-הברית ובחלק ממדינות אמריקה הדרומית אין מדיניות רשמית בסוגיה, מה שמאפשר למעשה את ביצוע הבחירה (נראה כי לפחות בחלק מן המדינות המתפתחות העדר הרגולציה בנושא נובע מחוסר הרלוונטיות של הטכנולוגיות החדשות). גם בזירה הבינ-לאומית קיבלו ארגונים רבים החלטות והצהרות אשר מסתייגות מבחירת המין וקוראות לפיקוח על הנושא, ביניהם הפדרציה הבינ-לאומית לגינקולוגיה ולרפואת פרייון (FIGO)²⁹ וארגון הבריאות העולמי (WHO).³⁰ סעיף 14 לאמנה

27 למעט אם צוין אחרת, המידע המובא בסעיף זה נכון לסוף שנת 2006. עם זאת, ואף שההתפתחויות המשפטיות בנושא זה עשויות להיות רבות ומהירות, לא נראה כי נעשו שינויים רבים במצב המשפטי המתואר נכון לסוף שנת 2009. ראו, למשל, השוואה בין-מדינתית באתר www.ivf-worldwide.com/Education/sex-selection.html. למידע נוסף על מדיניות חקיקה בנושא במדינות שונות בעולם ראו גינזברג, לעיל ה"ש 5, וכן: Edgar Dahl, *The 10 Most Common Objections to Sex Selection and Why They are Far from Being Conclusive: A Western Perspective*, 14 (Suppl. 1) REPROD. BIOMED. ONLINE 158 (2007), www.rbmonline.com/Article/2450.

28 נוסף על מדינות אלה, גם בספרד, בדיון בעתירה של אָם לארבעה בנים שביקשה להשתמש בהפריה חוץ-גופית כדי להרות בת, פירש בית-המשפט את החוק משנת 1988 המסדיר את נושא ההפריה החוץ-גופית כאוסר זאת. המידע לגבי המדינות השונות לקוח מתוך: Bartha M. Knoppers, Sylvie Bordet & Rosario M. Isasi, *Preimplantation Genetic Diagnosis: An Overview of Socio-Ethical and Legal Considerations*, 7 ANN. REV. GENOM. HUM. GENET. 201, 211, 214–215 (2006). כן ראו אתר www.bionetonline.org/English/BIONET_Content/db_leg2.htm#sex.

29 FIGO — INTERNATIONAL FEDERATION OF GYNECOLOGY AND OBSTETRICS, ETHICAL ISSUES IN OBSTETRICS AND GYNECOLOGY 9–10 (2006); FIGO Committee Report, *Ethical Guidelines on Sex Selection for Non-Medical Purposes*, 92 INT. J. GYNECOL. & OBSTET. 329 (2006).

30 WORLD HEALTH ORGANIZATION, GENOMICS AND WORLD HEALTH — REPORT OF THE

הבין-לאומית לזכויות אדם וביו-רפואה (אמנת אובידו), משנת 1997, אוסר בחירת מין אלא מטעמים של מניעת מחלות תורשתיות.³¹

בשורות הבאות אתמקד בניסוח תמציתי של המצב המשפטי בארבע מדינות: שלוש מדינות מערביות – ארצות-הברית, בריטניה וגרמניה – שמייצגות שלושה מיקומים שונים על הטווח שבין מדיניות מתירנית לבין איסור פלילי; ומדינה נוספת – הודו – המהווה מקרה-מבחן לעילותה של החקיקה בריסון נטיות תרבותיות חזקות. הצגת אופן ההתמודדות הישראלי עם הסוגיה תיעשה ביתר פירוט בהמשך המאמר.³²

ארצות-הברית מייצגת קוטב אחד, מתירני יחסית מבחינה משפטית, ביחס לבחירת המין. אין רגולציה פדרלית או מדינתית על בדיקות וסריקות גנטיות לפני ההיריון או על בחירת מין טרום-הריונית באמצעים טכנולוגיים, ועל-כן עיקר ההתייחסות לסוגיה נעשית על-ידי גופים מקצועיים שאינם בעלי מעמד משפטי מדינתי.³³ יש לזכור כי ההתייחסות לבחירת המין בארצות-הברית קשורה גם לסוגיית ההפלות (הנודעת לשמצה בתרבות הפוליטית האמריקאית): בחירת המין באמצעות PGD כרוכה בביררה של קדם-עוברים, בדומה להפלות (לפחות בעיניהם של המצדדים ב"זכות לחיים" של עוברים וקדם-עוברים מרגע הפריית הביצית). בהתאם לכך, רגולציה ממשלתית על בחירת המין עשויה להיתפס כמעורבות מדינתית לא-רצויה בתחום הפרט, בדומה לאיסור המשפטי בנוגע להפלות. הגוף המקצועי האמריקאי המרכזי הוא החברה האמריקאית לרפואת הפרייון (ASRM), אשר מסתייגת ככלל מבחירת המין. הוועדה האתית של גוף זה פרסמה המלצות סותרות מעט ביחס לבחירת המין: המלצותיה משנת 1999 מסתייגות מבחירת מין, מטעמים של שוויון בין המינים בעיקר, אך בד בבד מסתייגות גם מאיסורה בחוק;³⁴ והמלצותיה משנת 2001 לגבי

Advisory Committee on Health Research 160–162 (2002). גם תוכנית הפעולה שאומצה בוועידת קהיר של האו"ם לאוכלוסייה ולפיתוח מתנגדת באופן ספציפי לבחירת מין, למעט מטעמים רפואיים, אם כי ייתכן שהיא מכוונת בעיקר לפרקטיקה של הפלות: UNITED NATIONS, POPULATION AND DEVELOPMENT: PROGRAMME OF ACTION ADOPTED AT THE INTERNATIONAL CONFERENCE ON POPULATION AND DEVELOPMENT (Cairo 1994), available at www.iisd.ca/Cairo/program/p04000.html

CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND DIGNITY OF THE HUMAN BEING WITH REGARD TO THE APPLICATION OF BIOLOGY AND MEDICINE: CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND BIOMEDICINE § 14 (Oviedo 1997)

32 ראו להלן פרק ו.

PCBE — THE PRESIDENT COUNCIL ON BIOETHICS, REPRODUCTION AND RESPONSIBILITY: THE REGULATION OF NEW BIOTECHNOLOGIES 99–103 (2004); Owen D. Jones, *Sex Selection: Regulating Technology Enabling the Predetermination of a Child's Gender*, 6 HARV. J. L. & TECH. 1, 30–31 (1992)

ASRM — American Society for Reproductive Medicine, *Sex Selection and Preimplantation Genetic Diagnosis*, 72 FERTIL. STERIL. 595 (1999). לא ברור מה המשמעות של המלצות אלה כלפי חברי ה-ASRM עצמם, שכן כמה מביניהם מפרסמים

מיון זרע (MicroSort) קובעות כי אם הטכנולוגיה יעילה ובטוחה, אזי היא מקובלת מבחינה אתית, אולם אך ורק לצורכי "הגדלת המבחר המיני" במשפחה (כלומר, לשם הולדת ילד מהמין המיוצג פחות במשפחה).³⁵ מתברר כי הוועדה אינה רואה למעשה פסול בבחירת מין כשלעצמה, כל עוד היא לצורכי איזון המשפחה, אולם מסתייגת מן העול שבהליכי ההפריה החוץ-גופית הכרוכים בשיטת ה-PGD, ומביאה בחשבון גם שיקולים של קדושת החיים של הקדם-עוברים בהסתייגותה זו.³⁶ גם ועדה מייעצת לממשל בוש בנושאים ביו-אתיים נקטה עמדה מסתייגת ביותר מן הפרקטיקה של בחירת המין. עם זאת, אף שהוועדה ציינה את חשיבותם של דיונים פרלמנטריים בנושא, היא נמנעה מלהמליץ על רגולציה של התחום.³⁷ בקוטב הנגדי לארצות-הברית, מבחינת הרגולציה המדינית על טכנולוגיות המסייעות בפרייון ועל בחירת המין, מצויה גרמניה. קשה לא לפרש את מדיניותה הנוקשה והמחמירה בתחום זה, ובתחום הפרייון בכלל, בין היתר על רקע העבר הגרמני בתקופת הרייך השלישי. מכל מקום, הפריה באמצעות זרע שמוין לצורך בחירת המין היא עברה פלילית על-פי החוק להגנת העובר הגרמני, שדינה עד שנת מאסר. בחירת מין לצרכים רפואיים מותרת, אולם היא מוגבלת לרשימה ספציפית של מחלות המנויות בחוק.³⁸ לגבי בחירת מין ב-PGD,

בפומבי ובאופן מסחרי את הטיפול ב-PGD לשם בחירת המין. ראו PCBE, שם; Darnovsky, לעיל ה"ש 14.

35 ASRM, *Preconception Gender Selection for Non-Medical Reasons*, 75 FERTIL. STERIL. 861 (2001). הוועדה מתנה זאת בכך שההורים יאשרו מראש שיקבלו גם ילד מהמין הלא-רצוי אם התהליך ייכשל. יש לציין שהמלצה זו עוררה סערה זוטא: היו שתהו על השוני בין העמדות, ובתגובה הודיע המשפטן ג'ון רוברטסון, המשמש יושב-ראש הוועדה, כי לדעתו גם בחירת מין ב-PGD לצורכי איזון משפחה היא מקובלת מבחינה אתית. אמירה זו עוררה ביקורת ציבורית נרחבת, כולל מאמר ב-"New York Times", ועד-מהרה חזר בו רוברטסון מעמדתו, והוועדה מיהרה לאשרר את הצהרתה הקודמת לגבי PGD. ראו: Gina Kolata, *Fertility Ethics Authority Approves Sex Selection*, THE NEW YORK TIMES (28.9.2001); John A. Robertson, *Sex Selection for Gender Variety by Preimplantation Genetic Diagnosis*, 78 FERTIL. STERIL. 463 (2002).

36 PCBE, *Staff Background Paper – Thinking About Sex Selection* (2002). יוזכר כי הפרקטיקה של בחירת מין באמצעות PGD כוללת אלימינציה של קדם-עוברים. החשיבות המוקנית לשיקול זה אינה מפתיעה אפוא בהתחשב בשכיחותה של העמדה השמרנית בארצות-הברית לגבי הפלות, ובמרכזיותה של הסוגיה בשיח הציבורי האמריקאי.

37 PCBE, *BEYOND THERAPY: BIOTECHNOLOGY AND*; בעמ' 205–228; PCBE, *BEYOND THERAPY: THE PURSUIT OF HAPPINESS 57–70* (2003) (hereinafter: PCBE, *BEYOND THERAPY*) גורם מקצועי אמריקאי אחר, שולי יותר, הביע עמדה נחרצת נגד בחירת מין מכל טעם שהוא, למעט סיבות רפואיות, אולם אף הוא לא המליץ על איסור בחירת המין בחוק. ראו: ACOG – THE AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICIANS AND GYNECOLOGISTS, *ETHICS IN OBSTETRICS AND GYNECOLOGY* 37–40 (2nd ed. 2004).

38 Embryonenschutzgesetz, 1990 (Ger.) § III (להלן: חוק הגנת העובר הגרמני). לתרגום

הפרשנות הנוקשה של החוק כיום אוסרת PGD באופן כללי, גם מטעמים רפואיים, ובוודאי לצורך בחירת מין אלקטיבית.³⁹

בריטניה עשויה להיתפס כמקרה-ביניים בין שני הקצוות שהוצגו, שכן לצד אי-הפללתה של בחירת המין, ולמעשה העדר איסור מפורש שלה בחוק, הרשות הסטטוטורית המופקדת על התחום מנהיגה בפועל מדיניות שאוסרת את יישום הפרקטיקה.⁴⁰ הרשות לפיריון אנושי ולאמבריולוגיה (HFEA) היא גוף אשר פועל במסגרת חוק הפיריון האנושי והאמבריולוגיה,⁴¹ ומסדיר את כל תחום הטכנולוגיה של הפיריון. הרשות מופקדת על בקרה והרשאה של מרפאות העוסקות בהפריה חוץ-גופית, ומתנה את הרישיון בהימנעות מבחירת מין. בשנים 2002–2003 קיימה ה-HFEA בדיקה מקיפה של נושא הרגולציה של בחירת מין אלקטיבית, שכללה גם כמה סקרי דעת-קהל בנושא. בעקבות זאת פורסם דוח אשר קובע – בין היתר בעקבות ההתנגדות הציבורית העזה והחשש מפני "מדרון חלקלק" – כי יש להתמיד במדיניות הנוכחית, ואף לאסור בחירת מין באמצעות מיון זרע, למעט לצרכים רפואיים.⁴² בדצמבר 2006 הודיע משרד הבריאות הבריטי כי הוא תומך בתיקון החוק כך

אנגלי ראו: *German Embryo Protection Act (Translation)*, 6 REPROD. MED. ONLINE 91 (2002).

39 על-פי ס' VIII לחוק הגנת העובר הגרמני, כל תא אשר מוסר מהקדם-עובר נחשב עובר (שכן יש לו יכולת להתפתח לאדם), ולפיכך הגנת החוק חלה גם עליו. ראו שם, ס' II-I, VIII. התוצאה היא שהפלה בשל אבחון מחלה בעובר מותרת (אם היא מוכרת בחוק), אך בדיקה גנטית לקדם-עובר לפני השרשתו אסורה. תוצאה זו הניבה תופעה של "תיירות PGD" למדינות שכנות, וכן עוררה ביקורת של גורמים רשמיים. ראו: NATIONALER ETHIKRAT, GENETIC DIAGNOSIS BEFORE AND DURING PREGNANCY: OPINION (2003).

40 האיסור חל על ביצוע בחירת מין באמצעות PGD. בחירת מין באמצעות מיון זרע אינה נופלת במסגרת החוק ופיקוח הרשות, וכמה מרכזים בריטיים מציעים אותה בשיטת אריקסון המיושנת, אך לא בשיטת MicroSort, שמצויה בארצות-הברית בלבד. יש לציין בהקשר זה מקרה שזכה בתהודה ציבורית נרחבת בבריטניה: לזוג מסרטון היו ארבעה בנים ובת-זקונים, שנספתה בשרפה בגיל שלוש. בני-הזוג ביקשו להביא לעולם בת נוספת באמצעות הפריה חוץ-גופית, אולם שום מרכז בריטי לא הסכים לקבלם כדי למלא את בקשתם. הזוג פנה ל-HFEA והוביל מאבק ציבורי למען הסרת הרגולציה, אולם ללא הועיל. בסופו של דבר נסע הזוג לאיטליה כדי לעבור את הטיפול באופן פרטי, אך הטיפול לא הסתיים בהיריון הרצוי. ראו: Camillo Fracassini, *Couple Abandon Battle for Baby of Their Choice*, THE SUNDAY TIMES — SCOTLAND (23.1.2005). מקרה זה היה אחד המניעים לסקרים שערכה ה-HFEA בנושא בקרב הציבור.

41 Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, c. 37 (Eng.). נושא ההפלות מטופל בחוק נפרד: Abortion Act, 1967, c. 87 (Eng.). החוק מתיר הפלה במקרה של סכנה לאם או ליילוד העתידי, ומתנה אותה בהסכמה של שני רופאים ובביצועה בבית-חולים ממשלתי.

42 HFEA REPORT, לעיל ה"ש 25, בעמ' 26–38. הדוח זכה בחיזוקים רבים, אך נמתח עליו גם ביקורות נוקבות על-ידי ביו-אתיקאים בכירים באירופה. אפילו כאלה שתמכו במסקנתו

שיכלול איסור מפורש של בחירת מין,⁴³ ובשנת 2007 הציג את הצעת החוק בנושא רקמות אנושיות ועובריים – אשר טרם אושרה – המבקשת לעגן בחוק את המדיניות הנוכחית של איסור בחירת המין.⁴⁴ גם אם יתקבל החוק, הרגולציה של בחירת המין לא תיעשה בצורה של איסור פלילי על ההורים הבוחרים, כמו בגרמניה, אלא באמצעות רישוי ופיקוח על המרפאות והמוסדות הרפואיים והמסחריים שמציעים את השירותים הללו לציבור. על כל פנים, המצב החוקי הנוכחי הוא שבחירת המין האלקטיבית אסורה, גם אם לא באמצעות איסור מפורש בחוק.⁴⁵

בשלושת המקרים שתוארו כאן נראה כי המשטרים הרגולטוריים תואמים יחסית את הדעה הרווחת במדינות ביחס לבחירת המין.⁴⁶ הדוגמה של הודו, לעומת זאת, מהווה מקרה-

הסופית בדבר רגולציה חוקית ביקרו את הישענותו של הדוח על "הטיעון הדמוקרטי" כדי להגביל את חופש הפריון. ראו Darnovsky, לעיל ה"ש 14; Edgar Dahl, *The Presumption in Favour of Liberty: A Comment on the HFEA's Public Consultation on Sex Selection*, 8 REPROD. MED. ONLINE 266 (2004); John Harris, *No Sex Selection Please, We're British* 31 J. MED. ETHICS 286 (2005) (hereinafter: Harris, *We're British*); Tim Baldwin, *Reproductive Liberty and Elitist Contempt: Reply to John Harris*; 31 J. MED. ETHICS 288 (2005); John Harris, *Sex Selection and Regulated Hatred*, 31 J. MED. ETHICS 291 (2005) (hereinafter: Harris, *Regulated Hatred*); R. McDougall, *Acting Parentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 601, 601, 605 (2005); SHEILA McLEAN, MODERN DILEMMAS: CHOOSING CHILDREN 131–136 (2006).

Parliamentary Office of Science and Technology, Postnote 198: Sex Selection (2003); 43 Department of Health, Review of the Human Fertilisation and Embryology Act: Proposals for Revised Legislation, 15, 32 (2006).

Department of Health, Human Tissues and Embryos (Draft) Bill (2007, Cm. 7807), 44 available at www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/documents/digitalasset/dh_074720.pdf (להלן: הצעת החוק). לאיסור בחירת המין ראו ס' 118, 101–99 בעמ' 1ZA–1ZC להצעת החוק, בעמ' 58–60, וכן את דברי ההסבר והתוספות בעמ' 142. אף שהצעת החוק אוסרת את בחירת המין באמצעות הפיקוח המוסדי, כאמור בטקסט, יש בה גם הצעה, צופה פני עתיד, להפליל מכירה של ערכות למיון זרע (ככל שיהיו כאלה זמינות בעתיד – ראו שם, בעמ' 45–46). גם כאן, ההפללה אינה של המשתמשים, אלא של המוכרים או המפרסמים ערכות כאלה.

אחת התוצאות של מצב זה היא התפתחות של תירות "בחירת מין" לארצות-הברית. ראו: 45 Alice Fishburn, *US Clinic Offers British Couples the Chance to Choose the Sex of Their Child*, TIMES ONLINE (22.8.2009), www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/health/article6805880.ece.

ראו Hall, Reid & Marteau, לעיל ה"ש 26, בעמ' 623–624. המאמר מסכם עשרים ואחד סקרי דעת-קהל שנעשו בארצות-הברית, בבריטניה ובגרמניה בנוגע לבחירת המין האלקטיבית. תוצאות הסקר מראות בבירור כי בגרמניה יש נטייה חזקה, של יותר מ-90%, נגד בחירת

מבחן לנסיגה של המדיניות הרגולטורית להביא לידי שינוי בפרקטיקות החברתיות, ככל הנראה ללא הצלחה מרובה. בתרבות ההודית יש העדפה מובהקת לבנים מסיבות כלכליות, תרבותיות ודתיות, כמו-גם היסטוריה עגומה של הזנחה ורצח של תינוקות ממין נקבה בהיקפים נרחבים. בשנות התשעים התפתח בהודו שיח נרחב סביב נושא בחירת המין,⁴⁷ בעקבות התפשטות הפרקטיקה של הפלת עוברים ממין נקבה, ככל הנראה בהיקפים של מיליונים.⁴⁸ בשנת 1994 נחקק בהודו חוק פלילי האוסר על רופאים לערוך בדיקת מין לפני הלידה. לצד הטלת איסור מפורש על סיום היריון בגלל מין העובר, החוק קובע רשימה מצומצמת של סיבות רפואיות שבגינן ניתן לערוך בדיקות במהלך ההיריון, ואוסר על הרופא או היועץ הגנטי שערך את הבדיקות למסור לאישה או לבני משפחתה, בכל צורה שהיא, מידע על מין העובר. אפילו בקשה למידע זה מצד המטופלים מהווה עברה

מין אלקטיבית, וכי גם בבריטניה יש התנגדות אולם בשיעור נמוך במעט (נתון שמקבל אישוש גם מסקרי דעת-הקהל הרשמיים שערכה הרשות הסטטוטורית, אשר לא נכללו במחקר הנידון - ראו HFEA REPORT, לעיל ה"ש 25). בארצות-הברית יש בעיה לעמוד על השיעורים המדויקים, בשל השוני הרב בין המחקרים. יש לציין כי המחקר בעייתי ככלל משום שהוא נפרש על-פני שנים ארוכות וכלל סקרים ביחס לפעולה של בחירת מין בשיטות שונות, אולם לצורכנו ממצאיו עשויים להעיד על המגמה הכללית במדינות אלה.

47 Farhat Moazam, *Feminist Discourse on Sex Screening and Selective Abortion of Female Foetuses*, 18 *BIOETHICS* 205, 210-211 (2004); Prabhat Jha, Rajesh Kumar, Priya Vasa, Neeraj Dhingra, Deva Thiruchelvam & Rahim Moineddin, *Low Male-to-Female Sex Ratio of Children Born in India: National Survey of 1.1 Million Households*, 367 *LANCET* 211 (2006); Sabu M. George, *Millions of Missing Girls: From Fetal Sexing to High Technology Sex Selection in India*, 26 *PRENATAL DIAG.* 604 (2006). ראו גם Bumgarner, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1295-1297.

48 מחקר משנת 1986 שנעשה בשישה מרכזים רפואיים במומביי מצא כי מתוך 8,000 הפלות מתוכננות, 7,999 היו של עובר ממין נקבה, ראו Moazam, שם, בעמ' 209. אכן, ממצאיהם של מחקרים וסקרים מצביעים על ירידה ניכרת בשיעור הבנות בקרב כלל האוכלוסייה בעשורים האחרונים: היחס הכללי ירד מ-972 בנות לכל 1,000 בנים בממוצע בשנת 1901 ל-929 בנות לכל 1,000 בנים בשנת 1991, ויש מדינות בהודו שבהן המספרים נמוכים אף יותר. ראו: Radhika Balakrishnan, *The Social Context of Sex Selection and the Politics of Abortion in India*, in *POWER AND DECISION: THE SOCIAL CONTROL OF REPRODUCTION* 267, 268-271 (Gita Sen & Rachel C. Snow eds., 1994). מגמת הירידה נמשכה גם לאחר שנת 1991. ראו: Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 7; George, שם, בעמ' 606 (המביא נתונים משנת 2004 על יחס של 818 בנות ל-1,000 בנים). קביעה מצוטטת ביותר בהקשר זה היא זו של הכלכלן אמרטיה סן (ווכה פרס נובל לכלכלה לשנת 1998) בדבר מאה מיליון הנשים החסרות במדינות אסיה כתוצאה מהזנחה ומהפלות. ראו: Amartya Sen, *Missing Women - Revisited*, 327 *BRITISH MED. J.* 1297 (2003). ראו גם Darnovsky, לעיל ה"ש 14.

פליילית.⁴⁹ החוק המקורי לא התייחס לבדיקה טרום-הריונית, וויכוח ציבורי נרחב התעורר לאחר שמרפאות ביצעו בחירת מין באמצעות PGD ואף פרסמו זאת בגלוי.⁵⁰ בשנת 2003 תוקן החוק, וגם בדיקה זו נאסרה.⁵¹ עם זאת, הן החוק המקורי והן החוק לאחר תיקונו לא נאכפו בקפידה, ולא הצליחו לחולל שינוי משמעותי בדפוסי ההפלות והבדיקות. רק בשנים האחרונות החל אולי להשתנות יחס האכיפה.⁵²

הסקירה הקצרה בפרק זה מראה כי הדעה הרווחת מסתייגת מבחירת המין לא לצרכים רפואיים, וברוב המקומות הדבר אף נאסר בחוק. עם זאת יש גם קולות נישאים, בעיקר מקרב האקדמיה ומן הפרקטיקה הרפואית, הקוראים תיגר על מוסכמה זו. הפרק הבא יציג את הטיעונים הנפוצים במסגרת מחלוקת זו.

The Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act, 49 1994 (Act no. 57 of 1994) (Ind.), available at mahilaayog.maharashtra.gov.in/new/pdf/pndt-%20act.pdf. ראו ס' 4-6 ו-23 לחוק. החוק גם קובע לצורכי העברה הפליילית חוקה ניתנת לסתירה כי בדיקת מין שנעשתה לפני הלידה נכפתה על האישה ההרה על-ידי בעלה או בני משפחתו. ראו ס' 24 לחוק. לניתוח החוק וליישומו ראו גם Bumgarner, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1302-1304.

A. Malpani, *Sex Selection by IVF: The Freedom to Choose*, 6 INDIAN J. MED. ETHICS 54 (1998); A. Malpani, A. Malpani & M. Dodi, *Preimplantation Sex Selection for Family Balancing in India*, 17 HUM. REPROD. 11 (2002) בחלק "מכתבים לעורך" באותו גיליון, בעמ' 2778-2779; Bashir Mamdani, *In Support of Sex Selection*, 13 INDIAN J. MED. ETHICS (2005); Firuza Parikh, *Sex Selection by IVF: Detrimental to Indian Women*, 6 INDIAN J. MED. ETHICS (1998); T.K. Rajalakshmi, *Sex Selection and Questions of Law*, 17 FRONTLINE (2000) ראו גם George, לעיל ה"ש 47, בעמ' 605.

The Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) 51 Amendment Rules, 2003, No. 14, Acts of Parliament, 2003 (Ind.), available at www.medindia.net/indian_health_act/the_pre_natal_diagnostic_techniques_pndt_act_rules/list-of-acts.htm. ראו גם Bumgarner, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1303-1304; Bartha; M. Knoppers & Rosario M. Isasi, *Regulatory Approaches for Reproductive Genetic Testing*, 19 HUM. REPROD. 2695, 2696 (2004).

בראשית שנת 2006 הטיל בית-המשפט ההודי לראשונה מאסר בפועל על רופא שערך בדיקה של מין העובר. ראו רויטרס "הודו נאבקת בהפלות של עוברי בנות: מאסר לרופא שסייע לזהות מין העובר" הארץ 30.3.2006. יצוין כי לצד הביקורת הציבורית והביקורת העולמית שמתחו ארגוני נשים על ממשלת הודו - על כך שהיא אינה מתמקדת בשיפור מעמד הנשים, שהוא מוקד הבעיה האמיתית - ננקטו גם אמצעים לבר-משפטיים, כגון הפקת תלונבלה פופולרית העוסקת בנושא, במטרה להביא לידי שינוי דעת-הקהל. ראו שם.

ג. טיעונים בעד ונגד התרה או איסור של בחירת מין היילוד

רשימת הנימוקים השוללים הטלת איסור חוקי על בחירת המין (אף אם לא מצדדים בה ממש), ולצידה רשימת הנימוקים המצדדים בהגבלתה של בחירת המין או באיסורה המוחלטת, הן מגוונות מאוד, ופירוטן מצוי באופן נרחב בספרות העוסקת בנושא, ואף סוכם לאחרונה בעברית באופן מקיף.⁵³ ההצגה הנוכחית נעשית אם כן בקיצור יחסי, ולא באופן מלא, אולם הן רשימת הטענות עצמה והן אופן סיווגן משמשים רקע חשוב להמשך הטענות. חרף החלוקה הגסה שתיעשה להלן לטיעונים ה"מתנגדים לבחירת המין" לעומת טיעונים ה"תומכים" בהתרתה, אין זו חלוקה מדויקת,⁵⁴ ויש להדגיש כי הקבוצות העומדות משני צידי המתרחס אינן הומוגניות. בקרב המצדיקים הטלת הגבלות על בחירת המין, למשל, ניתן למצוא קואליציה של שמרנים דתיים, פמיניסטיות רדיקליות וליברלים נאו-קנטיאניים. מן הראוי, אפוא, להיות רגישים לדקויות ולעמדות הביניים, והחלוקה הנושאת המובאת כאן היא דרך אחת לחדד את הערנות לכך.

1. המתנגדים לבחירה: טיעונים המצדיקים התערבות באפשרות הבחירה של מין היילוד והגבלתה

לעומת הנימוקים המתנגדים להתערבות בבחירת המין, אשר משתייתם את טיעוניהם בעיקר על הנימוק של זכות הבחירה או חירות הבחירה, כפי שיפורט בהמשך,⁵⁵ להצדקתה של ההתערבות יש נימוקים רבים ושונים. מבחינה פילוסופית ניתן לזהות בהם שתי מגמות עיקריות: סוג אחד של הנמקה שולל את הטענה שקיימת זכות לבחור את המין, לרוב על בסיס הצגת אתיקה חלופית לאתיקה הליברלית של חירות הבחירה (למשל, על בסיס דתי או על רקע ערכים משפחתיים שיש לקדם); ואילו סוג אחר של טיעונים, ולמעשה רובם, מנוסחים מעמדה תוצאתנית, קרי, הם מקבלים על-פירוב את הטענה שבאופן

53 ראו את סקירתה המקיפה של רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו – בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן" משפט ועסקים ו 451, 459-473 (2007).

54 למעשה, עצם הבחירה הסמנטית ב"התרה" או ב"איסור" יש בה משום נקיטת עמדה מוסרית ביחס לסוגיה. שימוש ב"התרה", למשל, מכיל כבר הנחה מוקדמת שיש דבר-מה שמחייב היתר (כלומר, שבחירת המין מחייבת התרה או איסור מצד משהו). המושג האנגלי Non-interventionalist אולי מוצלח יותר, אולם מסורבל לתרגום, ואילו שימוש במושג כגון "תומכי בחירת המין" יהיה מוטעה, שכן רבים ממביעי עמדה זו אינם תומכים בפרקטיקה של בחירת המין ככזו, ואף מתנגדים לה מוסרית, אולם לצד זאת מתנגדים להתערבות מדינתית בהחלטת הפרט. גם השימוש במונח "איסור בחירת המין" מטעה, מכיוון שבקרב קבוצה זו יש תמיכה גורפת למדי בבחירת מין מטעמים מסוימים (רפואיים, למשל) או בטכנולוגיות מסוימות (מיון זרע, PGD או הפלה, למשל).

55 ראו תת-פרק ג2 להלן.

עקרוני יש לאדם זכות או חירות לבחור את מין צאצאו, אך מנסים להצביע על נזק כלשהו או השלכה מסוכנת או פוגענית שעלולים להיגרם לחברה או לפרטים בתוכה כתוצאה ממדיניות המתירה זאת.

החלוקה האנליטית שאציג כאן מסווגת את ההתנגדויות לבחירת המין באופן שונה ומזווית נושאת, תחת ארבע כותרות-גג: (א) טיעונים המתרכזים בפגיעה בשוויון; (ב) טיעונים המביעים חשש מפני הפרת סדר או מפני פגיעה במוסר הטבעי; (ג) טיעונים המתמקדים בפגיעה בפרטים בתוך המשפחה, לרבות היילוד העתידי, או במערכת המשפחתית בכללותה; (ד) טיעונים השואפים להשעין את ההתנגדות לבחירת המין על אתיקה ליברלית-הומניסטית.⁵⁶

(א) פגיעה בשוויון

קבוצה זו כוללת מקבץ של טיעונים שהשותף להם הוא הטענה כי בחירת המין מפרה את השוויון או פוגעת בו, בין שמדובר בשוויון בין המינים, בשוויון בין-תרבותי ובין-מדינתי או בשוויון כלכלי. ראש וראשון לטיעונים הללו הוא הפגיעה בשוויון המגדרי, קרי, הטיעון הגורס כי בחירת מין מבטאת הפליה בין המינים וגורמת לאי-שוויון. טיעון זה למעשה מקפל בתוכו שתי טענות שונות זו מזו – האחת מעריכה את עצם פעולת הבחירה כאי-שוויונית, והאחרת טוענת שאף אם הפעולה עצמה ניטרלית מבחינה ערכית, היא תוביל בהכרח לתוצאות שיקדמו אי-שוויון.

ביתר פירוט, לפי הטענה הראשונה, בחירת מין היילוד מראש היא בהכרח פעולה מיננית (סקסיסטית), הכורכת את עצם קיום החיים האנושיים בהערכה של חיים ממין זכר מול חיים ממין נקבה. בחירת המין היא "החטא המינני המקורי",⁵⁷ שכן היא משקפת את המינניות בצורתה הטהורה והבוטה ביותר, "היות שעוד קודם להיריון, לפני הופעתה של

56 לסיווג שונה מעט של הטיעונים המתנגדים לבחירת המין ראו Baldwin, לעיל ה"ש 26.
57 ראו כותרת המאמר: Rachel E. Remaley, *The Original Sexist Sin: Regulating Preconception Sex Selection Technology*, 10 HEALTH MATRIX 249 (2000). כותרת זו מצטטת את סופרת המדע הפופולרי הפמיניסטית Tabitha Powledge, שכנתה כך את בחירת המין. ראו גם Dahl, *Procreative Liberty*, להלן ה"ש 86, בעמ' 380, 383; Jody Danis, "Sexism and the Superfluous Female": Arguments for Regulating Pre-Implantation Sex Selection, 18 HARV. WOMEN'S L.J. 219, 241 (1995); Kelly M. Plummer, *Ending Parents' Unlimited Power to Choose: Legislation is Necessary to Prohibit Parents' Selection of Their Children's Sex and Characteristic*, 47 ST. LOUIS U. L.J. 517, 521, 552 (2003); Laura Purdy, *Is Preconception Sex Selection Necessarily Sexist?* 15(2) REPROD. BIOMED. ONLINE 33 (2007); Eric Blyth, Lucy Frith & Marilyn Crawshaw, *Ethical Objections to Sex Selection for Non-Medical Reasons*, 16(1) REPROD. BIOMED. ONLINE 41, 44 (2008); Norbert Gleicher & David H. Barad, *The Choice of Gender: Is Elective Gender Selection, Indeed, Sexist?* 22 HUM. REPROD. 3038 (2007).

כל התגלמות פסיכולוגית או פיזית, לפני שההורים יכולים לדעת דבר כלשהו על ילדם, ערכו של הילד מבוסס בעיקר על מינו".⁵⁸

הטענה השנייה מבססת את התנגדותה לא על הבחירה עצמה, שכן זו עשויה להיות ניטרלית, כאמור, אלא על תוצאותיה, שכן אלה יכללו בהכרח את הגברת ההפליה והמינניות בחברה. השקפה זו גורסת כי בחירה מראש במין היילוד כרוכה מן הסתם בהשקפות שונות ביחס למינים השונים (גם אם הבחירה אינה נובעת מהערכה מדרגית (היררכית)), ועל-כן לגידול הילד/ה יתלוו תפיסות מגדריות סטריאוטיפיות. במילים אחרות, להורים אשר בוחרים במין מסוים לצאצאם יש בהכרח תפיסה סטריאוטיפית של המין, והם יגדלו את בנם/בתם לפי תפיסה זו.⁵⁹

בהמשך לכך אפשר לטעון כי השלכותיה הלא-שוויוניות של בחירת המין אינן רק ביחס למעמדן של הנשים לעתיד לבוא, אלא גם ביחס למעמדן של הנשים הנוכחיות – אלה שמתפתות בגופן בהליך בחירת המין. יש לזכור כי בחירת המין לפני ההיריון מצריכה הזרעה מלאכותית (במקרה של מיון זרע) או הפריה חוץ-גופית (במקרה הנפוץ יותר של בחירה בשיטת ה-PGD). התהליך האחרון – הכולל טיפול גירויי הורמונלי, שאיבת ביציות והשתלה של הביציות המופרות – כרוך מבחינת האישה גם בעול נפשי-פסיכולוגי ובהיחשפות לסיכון גופני.⁶⁰ יתרה מזו, מאחר שבסביבות תרבותיות שקיימת בהן העדפה

Jonathan M. Berkowitz & Jack W. Snyder, *Racism and Sexism in Medically Assisted Conception*, 12 *BIOETHICS* 25, 33 (1998)

Baldwin, 14; לעיל ה"ש 7; Darnovsky, לעיל ה"ש 7; Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 26, בעמ' 643; וכן Van Balen, לעיל ה"ש 26, הדן במתאם שבין תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות לבין השאיפה לבחירת מין. כן ראו בהקשר זה להלן בטקסט הסמוך לה"ש 94.

ראו: Immaculda De Merlo-Martín, *On Our Obligation to Select the Best Children: A Reply to Savulescu*, 18 *BIOETHICS* 72, 75–78 (2004); לעיל ה"ש 53, בעמ' 471–472 ובה"ש 68. על הקושי הכרוך מבחינת האישה בתהליך ההפריה החוץ-גופית ראו גם ה"ש 21 לעיל. אומנם, יש המבקשים להגביל את האפשרות לבחור את המין רק לנשים שעוברות ממילא תהליכים של טיפול והפריה חוץ-גופית (ראו, למשל, את עמדתו של דוד הד – Heyd, לעיל ה"ש 26, וכן כפי שהוצגה בפרוטוקול ישיבה מס' 124 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-16 (16.3.2005), ובפרוטוקול ישיבה מס' 1 של הוועדה המשותפת של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות וועדת המדע והטכנולוגיה לנושא אבחון גנטי טרום הריוני למטרות בחירת מין היילוד, הכנסת ה-16 (5.7.2005)). אולם נתונים שנאספו על-ידי האיגוד האירופי לפיריון מצביעים על כך שבשנת 2002 נערכו 182 מחזורי הפריה חוץ-גופית לצורך בחירת מין "חברתית" ב-PGD, ומתוכם רק ב-19 מקרים הייתה ההפריה החוץ-גופית הכרחית בשל אי-פוריות של אחד ההורים המיועדים. ראו: J.C. Harper et al., *ESHRE PGD Consortium Data Collection V: Cycles from January to December 2002 With Pregnancy Follow-up to October 2003*, 21 *HUM. REPROD.* 3, 6–9 (2006)

לבנים האישה חווה לחץ חברתי רב לבחור במין היילוד,⁶¹ על המחירים הנפשיים והגופניים הכרוכים בכך, הנה לנו מעגל שוטה של שוביניזם והפליית נשים. השלכה מטרידה נוספת שעלולה להיות למדיניות מתירנית של בחירת מין היילוד היא בהקשר של שוויון בין-תרבותי ובין-מדינתי. כאמור, השיה על בחירת המין מושפע מן האופן המינני שבו הפרקטיקה מיושמת בכמה מדינות באסיה, ובפרט בהודו ובסין.⁶² בתשובה לכך יש הטוענים כי בחירת המין אינה פסולה כשלעצמה, אלא רק בסביבות גיאוגרפיות או תרבותיות שיש בהן נטייה חזקה לבחור בבנים (לעומת מדינות מערביות, שבהן הנטייה מאוזנת, כעולה מסקרי דעת-קהל)⁶³ או לחלופין במקרים קונקרטיים שבהם ניתן לשער כי בחירת האישה אינה אוטונומית.⁶⁴ כנגד הצעה זו, המתנגדים לבחירת המין טוענים כי ישום מדיניות ברירנית (סלקטיבית) ביחס לבחירת המין בתרבויות שונות יהווה חוסר שוויון בין מדינות (במקום שמדינות המערב ישמשו דוגמה למדינות המתפתחות ביחס למדיניות הראויה) או אפילו בין קהילות תרבותיות שונות באותה מדינה.⁶⁵ תחום נוסף שבו לבחירת המין יש השלכות על השוויון הוא התחום הכלכלי. אומנם, מרבית הכתיבה האקדמית על בחירת המין אינה נוגעת בהיבטים הכלכליים הקשורים לסוגיה, אולם אי-אפשר לדון בהיבטיו האתיים של הנושא מבלי להביא בחשבון את הפן

61 ראו לעיל ה"ש 47-48 והטקסט הסמוך אליהן.

62 שם.

63 ראו להלן ה"ש 86.

64 לטענה בעד הוכחה פרסונלית ראו נעם זהר "בן או בת? בחירה גנטית, חירות הפרט והתערבות המדינה" עיון 243 (2007); וראו גם את הראיון עימו בכתבתה של שלומית עזיאל-ירז "בן או בת בסופרמרקט הגנטי" גלילאו 112, 24 (2007). לטענה בעד התרת בחירת המין רק בסביבה תרבותית שאינה מפלה לרעה נשים ראו Warren, לעיל ה"ש 14, בעמ' 141-142; Moazam, לעיל ה"ש 47, בעמ' 219-220 (אף שיצוין כי שתיהן מתייחסות רק לבחירת מין באמצעות הפלות); McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 122; Purdy, לעיל ה"ש 57, בעמ' 36; Gleicher & Barad, לעיל ה"ש 57 (על-סמך ממצאיהם האמפיריים); Dahl, לעיל ה"ש 27, בעמ' 159.

65 ראו, למשל, Blyth, Frith & Crawshaw, לעיל ה"ש 57, בעמ' 43, וכן George, לעיל ה"ש 47, בעמ' 608, הטוענים כי מדינות המערב חייבות לשמש דוגמה מבהינה משפטית, ולשמור על השוויון בין המדינות במדיניות ביחס לבחירה. תוצאה מסתברת של חוסר הרמוניה חקיקתית בין מדינות או בין אזורים שונים ביחס למעמדה החוקי של בחירת המין תהיה עלייה ב"תיירות הפריזון" – דבר שמתפתח כבר כיום בהקשרים שונים (ראו, למשל: Guido Pennings, *Legal Harmonization and Reproductive Tourism in Europe*, 19 HUM. REPROD. 2689 (2004)), ובכלל זה בהקשר של בחירת מין היילוד (ראו Fishburn, לעיל ה"ש 45). הדבר מתקשר ישירות לחוסר השוויון הכלכלי שיידון מייד, שכן ברור כי רק שכבות אוכלוסייה מבוססות יוכלו להרשות לעצמן את העלות הכרוכה בנסיעה ובתשלום בעבור הטיפול בתוץ-לארץ לצורך בחירת המין (השוו לעניין זה את "תיירות הפריזון" המתפתחת לצורכי תרומת ביציות ופונדקאות – למשל, "מזל טוב, זה ויקינגו!" הארץ 27.12.2006; נעמי דרום ורוני לינדר-גנץ "ילדים חורגים" *The Marker Week* 24.7.2008).

הכלכלי המשולב בו, על האינטרסים כבדי-המשקל של הגורמים המעורבים בכך.⁶⁶ היבט זה מעלה את סוגיית מימון השירותים של בחירת המין. מחד גיסא, מימון ציבורי לבחירת מין יפנה משאבים ניכרים, שסביר אף שיגיעו מתקציבי הבריאות, למטרות שאינן תרפויטיות.⁶⁷ מאידך גיסא, הותרת המימון לבחירת המין בידי השוק הפרטי⁶⁸ תביא בהכרח לידי הגדלת חוסר השוויון בחברה: בחירת המין תהיה עניין לעשירים בלבד, ונוסף על כך היא עלולה להגדיל את חוסר השוויון הכלכלי והמגדרי בדרכים נוספות, בשל הקשר הידוע שבין כושר ההשתכרות לבין המגדר, וכן בין חלוקת ההון המעמדית לבין נישואים לבני המעמד הגבוה (לרוב, אגב, לבניו, ולא לבנותיו).⁶⁹

(ב) טיעונים דתיים וטיעוני המשפט הטבעי

בבסיסם של הטיעונים מקבוצה זו נגד התרת בחירת המין עומד מכנה משותף. במבט ראשון החיבור בין נימוקים דתיים לבין החשש מפני הפרת האיזון הדמוגרפי הטבעי עשוי להיראות רופף, אולם מדובר למעשה בקו מחשבה דומה, שבבסיסו התנגדות לפרקטיקה על רקע ראייתה כהפרה של צו עליון כלשהו, בין שמקורו אלוהי ובין שמקורו "הטבעי". הפילוסוף דוד הד כותב: "נטייתם הטבעית של בני-אדם להעדיף בתחום ההולדה את הדרך הטבעית קשורה בפירוש של החלופה המלאכותית כעניין על-טבעי. הביטוי התיאולוגי 'לשחק אלוהים' מיטיב לפרש את ההסתייגות המקובלת מהתערבות אנושית במה שמצוי מעבר לתחום הלגיטימי של הפעולה."⁷⁰

חלק לא-מבוטל מן המתנגדים לבחירת המין מפאת החשש "לשחק את אלוהים" עושים זאת מטעם דתי ממש. כך, למשל, הרב יעקב אריאל עונה על השאלה: "מי שה[קב"ה] זיכהו רק במין אחד אינו חייב להתחכם על רצון ה[קב"ה] ולחפש דרך מלאכותית כדי לקיים את המצוה... אנו סמוכים ובטוחים שבמקביל דאג לכך ה' שמספר בני המין האחר

66 תעשיית רפואת הפריור היא אחת הגדולות בעולם - בארצות-הברית לבדה היא מגלגלת כשלושה מיליארד דולר בשנה (רויטרס "תעשיית הפוריות בארצות-הברית עוברת לרשת" הארץ 28.11.2006, וראו גם דרום ולינדר-גנץ, שם). לפי ניתוח של המגזין Fortune, אף אם רק שני אחוזים מן ההורים ישתמשו בטכנולוגיה של בחירת מין (ולא כל עשרים וחמישה האחוזים שהצהירו, במענה לסקר, כי היו מעוניינים להשתמש בטכנולוגיה זו), הערך הכלכלי יהיה מאתיים מיליון דולר בשנה, וכל זאת לגבי MicroSort לבדה (מוזכר אצל Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 7). ראו עוד להלן ה"ש 180 וכן De Merlo-Martín, לעיל ה"ש 60, בעמ' 73-75; גולדין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 172-178.

67 Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 279-280; Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 25; Plummer, לעיל ה"ש 57, בעמ' 544-546.

68 כפי שמוצע, למשל, אצל: David McCarthy, *Why Sex Selection Should Be Legal*, 27 J. Med. Ethics 302, 304-305 (2001).

69 Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 275-279; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 237; De Merlo-Martín, לעיל ה"ש 60, בעמ' 81-82.

70 הד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 222.

שנולדו בעולם מאזן את מספר בני המין שנולדו במקרה פרטי זה, והתערבות מלאכותית עלולה להפר את האיזון הטבעי.⁷¹ גרסה נוצרית של הטיעון גורסת: "The question 'Is it a boy or a girl?' is one that should only be decided by our creator"⁷². כמובן, בהקשר הדתי – ובפרט בהקשר הנוצרי – יש חשיבות גם לטכניקה המשמשת לצורך הבחירה, שכן טכניקת הבחירה באמצעות ההפריה החוץ-גופית, המתחייבת כזכור מביצוע בחירת המין באמצעות PGD, כרוכה ב"ויתור" על קדם-צופרים, מה שמעורר קשיים מבחינת הדת הנוצרית (ובמידה פחותה בהרבה גם מבחינת היהדות).⁷³

לצד גישות אלה מושמעים טיעונים שאינם נוקטים בהכרח השקפה דאיסטית אך מונעים בכל-זאת על-ידי תפיסה כמו-רליגיוזית של הטבע או על-ידי טענה שניתן לכנותה "הטבע המוסרי", קרי, שמצב הדברים בטבע הוא המוסרי.⁷⁴ הטענה כי מצב הדברים בטבע והמנגנון הטבעי לבחירה בין המינים הם הרצויים, ואל לאדם לשנותם טכנולוגית, זכתה בתמיכה מעניינת מזווית ביולוגית: ולרי גרנט שיערה, על-סמך תצפיות ביולוגיות, כי בחירת המין בטבע אינה מקרית, אלא יש מאחוריה "אסטרטגיה אבולוציונית", ולפיכך יש מקום להיות

71 יעקב אריאל "התערבות במעשה הבריאה" שיבוט גנטי – מבט הלכתי (יוני רזיאל עורך, 2005). יש לסייג, עם זאת, ולציין כי הרב אריאל מציין לצד זאת כי "זוג שיש לו ילדים רבים ממין אחד, אינו חייב ללדת ילד ממין אחר בדרך מלאכותית; אך אם הדבר גורם לזוג צער גדול – יש להתיר שימוש בדרך זו על ידי הדרכה הלכתית נאותה". ראו גם את דבריו של הרב יגאל שפרן בפרוטוקול ישיבה משותפת מס' 85 של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, ומס' 29 של ועדת המדע והטכנולוגיה, הכנסת ה-17 (30.10.2006): "גם כשהגמרא אומרת שיש טכניקות שאפשר לנווט איך ללדת דווקא יותר בנים או בנות, היא מקדימה ואומרת: 'אין העולם יכול להתקיים בלא זכרים ובלא נקבות'. לכן, הבורא לא נתן לאנשים את האפשרות לעשות בזה את כל המניפולציות האפשריות...". אולם ראו את האפשרות של יחס מקל יותר מצד הדת היהודית ביחס לבחירת המין (בשל פירושה המקובל של מצוות "פרו ורבו" ביהדות כחובה להביא בן ובת) אצל Schenker, לעיל ה"ש 7, וכן: Mark Popovski, *Jewish Perspectives on the Use of Preimplantation Genetic Diagnosis*, 35 J. L. Med. & Ethics 699, 709 (2007).

72 Joe Carter, *Sex and Desire: The Role of Parental Aspiration in Sex Selection*, CENTER FOR BIOETHICS HUMAN DIGNITY (2005), available at www.cbhd.org/resources/reproductive/carter_2005-03-30.htm. ראו גם Schenker, לעיל ה"ש 7. עוד על הטיעון הדתי ראו Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 639.

73 ראו יוסי גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה 126-128 (1995); זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 466-467, ה"ש 51-53 והסקסט הסמוך אליהן.

74 אבינועם בן-זאב "מה שניתן לתקן בטבע ראוי שיתוקן" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 5, 233, בעמ' 234. ראו גם Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 639. נציב הדורות הבאים בכנסת, למשל, מתייחס לבחירת המין כאל "התערבות בטבע, על יסוד החלטה שאינה עוסקת באתיקה, אלא עוסקת בשאלה מה נכון לאבא הזה שרוצה להשביע את רצונו" (אמירה בקונטרס שלילית, כמובן). ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 16.3.2005, לעיל ה"ש 60.

הסננים לגבי יישום בחירה מודעת בקרב המין האנושי.⁷⁵ וריאציה על גישה זו של הטבע המוסרי מציג הפילוסוף יורגן ברמס, שטוען כי מה שמאיים על ידי טכנולוגיות הפרייה החדשות אינו "הטבע" סתם, אלא "טבע האדם": "לפנינו תחזית מטרידה, שבקרב המין האנושי יוכל לקחת לידי את האבולוציה הביולוגית שלו. להיות 'שותף לאבולוציה' או אפילו 'לשחק את אלוהים' – אלה המטאפורות לטרנספורמציה עצמית של המין האנושי, אשר ככל הנראה הולכת ונעשית בהישג יד."⁷⁶

טיעון נפוץ נוסף נגד התרת בחירת המין, במסגרת החשש מפני "שינוי מצב הטבע", הוא הטיעון בדבר "המדרון החלקלק". בתמצית, הטיעון הוא שבחירת המין היא שלב ראשון בדרך לעיצוב גנטי של הדורות הבאים. ברקוביץ וסניידר, למשל, כורכים את בחירת המין עם בחירה של גזע, וסטיין כותב בהקשר זה על בחירה של ההעדפה המינית של הצאצא

75 ההשערה היא כי מין היילוד נקבע על ידי מאפייניה ההורמונליים של האם – וליתר דיוק רמת הטסטוסטרון בגופה של האם – בעת ההפריה. מאפיינים אלה מושפעים הן מאופייה האישי הפנימי של האם והן מרמת המתח הקיימת בסביבה החיצונית. את השערתה בדבר הקשר בין מאפיינים אלה לבין מין היילוד מבססת גרנט על מחקרים שנעשו בקרב בעלי חיים ובני אדם על הקשר בין רמת הטסטוסטרון לבין מספר הצאצאים ממין זכר, וכן על סטטיסטיקות דמוגרפיות כלל-עולמיות לגבי מספר לידות הזכרים באזורים מוכי-אסון או בתקופות בתר-מלחמתיות. ראו: V.J. Grant, *Sex Predetermination and the Ethics of Sex Selection*, 21 HUM. REPROD. 1659 (2006). על טיעון זה עונה דהל כי אם התיאוריה אכן נכונה, אזי יש ליידיע את ההורים הבוחרים בדבר עובדה זו, אולם אין להסיק מכך כי יש לשלול מהם את זכות הבחירה (ואף להפך): E. Dahl, *Evolution, Morality and the Law: on Valerie J. Grant's Case Against Sex Selection*, 21 HUM. REPROD. 3303 (2006) (וראו גם את חילופי התגובות בין השניים באותו גיליון). Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 639, מזכיר אף הוא טיעון דומה, הגורס כי יש לכבד את המערכות האקולוגיות של הטבע, אך ביישום לבחירת המין הוא טוען כי זהו למעשה אותו טיעון החושש מפני שינוי היחס הדמוגרפי באוכלוסייה. ראו גם להלן הטקסט הסמוך לה"ש 79-88. להתייחסות נוספת לסוגיית בחירת המין על רקע תובנות של הביולוגיה ההתפתחותית ראו: Lee Cronk, *Boy or Girl: Gender Preferences from a Darwinian Point of View*, 15 (Suppl. 2) REPROD. BIOMED. ONLINE 23 (2007), available at www.rbmonline.com/Article/2854.

76 יורגן ברמס עתידו של טבע האדם: בדרך אל אוגניקה ליברלית? 62 (אדם טננבאום מתרגם, 2003) (להלן: ברמס) (ההדגשה במקור). לדיון מפורט יותר בתיאוריה של ברמס ראו להלן ס' (ד). לדיונים נוספים במטפורה של "לשחק את אלוהים" ראו לעיל ה"ש 5. תומך נלהב נוסף של הטענה כי המהפכה בתחום הפרייה והטכנולוגיות החדשות שהיא הציגה מאיימות על עתיד הטבע האנושי הוא פרופ' לאון קס, ששימש גם יושב-ראש ועדה מייעצת לממשל האמריקאי הקודם בנושאים ביו-אתיים. להצגה תמציתית של עמדותיו ראו לאון קאס "השיבוט ועתיד האנושות" תכלת 12, 24 (2002) (להלן: קאס "עתיד האנושות"); לאון קאס "לשמור על אנושיות החיים: המדע, הדת והנשמה" תכלת 32, 19 (2008); לאון קאס "הומאניזם אמיתי יותר" תכלת 34, 40 (2009).

העתידי.⁷⁷ אוכורים פופולריים יותר הם הבחירה של תכונות חיצוניות (כגון צבע עיניים וגובה) וקוגניטיביות (כגון אינטליגנציה). החשש הוא מפני היעלמות המגוון הגנטי הטבעי, מפני שימוש בהנדסה הגנטית לצרכים לא-מוסריים, ואולי אף, כפי שטוען הברמס, מפני שינוי טבעו האנושי והבלתי-מתוכנן של האדם. תרגומו הפופולרי של חשש זה מתבטא בצירוף מעורר ההתנגדות "ילד בהזמנה".⁷⁸

הטיעון האחרון תחת כותרת זו של "הטבע המוסרי" – שהוא אולי הנפוץ ביותר וככל הנראה גם הנחקר ביותר מבחינה אמפירית – הוא החשש מפני עיוות היחס הדמוגרפי הטבעי בין המינים.⁷⁹ המתנגדים להתרת בחירת המין טוענים כי מתן חופש בחירה במין היילוד יגרום לכך שזוגות רבים יותר יעדיפו בנים זכרים, והיחס הטבעי בין המינים, העומד על כ-50% בקירוב (וליתר דיוק, על-פי מחקרים דמוגרפיים, על 105:100 לטובת הזכרים) ילך ויתעוות, תוך הפיכת המין הנשי למיעוט מספרי ניכר. כדוגמה מציאותית מובאים המקרים של סין, הודו, קוריאה ומדינות נוספות באסיה, שבהן עוות היחס בין המינים, בין היתר בשל הופעת האפשרויות הטכנולוגיות של הפלה, ומספר הזכרים באוכלוסייה גדל בצורה ניכרת.⁸⁰ בחירת מין היילוד, כך נטען, היא דוגמה קלסית ל"טרגדיה של נחלת

- 77 Edward Stein, *Choosing the Sexual Orientation*; 58 Berkowitz & Snyder, *of Children*, 12 *BIOETHICS* 1 (1998). עוד על החשש מפני "מדרון חלקלק" ראו זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 469-470; דוד הד אתיקה ורפואה 67-69 (1989). טיעון "המדרון החלקלק" אינו נפוץ במיוחד בדיונים אקדמיים, מסיבות שמנויות במקורות אלה ואשר יפורטו גם בהמשך, אולם נראה כי זהו אחד הטיעונים הנפוצים ביותר בדיונים הפופולריים, לפחות על-פי נוכחותו בדיונים בתקשורת (ראו, למשל, סטולר, לעיל ה"ש 7) וכן לפי התרשמתי האישית משיחותיי עם אנשים, שאינם משפטנים או אקדמאים מקצועיים, סביב הכנת המאמר. תחושה זו קיבלה אישוש במחקרים אמפיריים. ראו: Jackie Leach Scully, Sarah Banks & Tom W. Shakespeare, *Chance, Choice and Control: Lay Debate on Prenatal Social Sex Selection*, 63 *Soc. Sci. & Med.* 21, 26-27 (2006).
- 78 ראו, למשל, סטולר, לעיל ה"ש 7 (שם הכתבה: "ילד בהזמנה"); הד, לעיל ה"ש 5 (שם המאמר: "בני אדם על פי הזמנה"); גינזברג, לעיל ה"ש 5 (הכותרת הראשית של המאמר: "מי מפחד מתינוקות לפי הזמנה?").
- 79 למעשה, היה אפשר לסווג טיעון זה גם תחת קבוצת הטענות של פגיעה בשוויון, משום שהטיעון גורס כי התרת בחירת המין תביא לידי פגיעה בשוויון הדמוגרפי המתקיים כיום. אולם העדפתי להכניס אותו תחת הקטגוריה הנוכחית, מאחר שלטעמי הדגש כאן אינו בעצם השוויון בין המינים, אלא בהפרת היחס הטבעי (שהיה יכול להיות גם יחס אחר, כגון שני שלישים לעומת שליש), שמקורו בכוח עליון – הטבע או האלוהות. ראו, למשל, את ציטוטו של הרב אריאל בטקסט הסמוך לה"ש 71 לעיל.
- 80 ראו לעיל ה"ש 48 על המצב בהודו, וכן ראו על החשש מפני הפרת האיוון הדמוגרפי: Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 273-276; Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 23-26; Robinson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 183; PCBE, *BEYOND THERAPY*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 67-68; זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 467-469.

הכלל", כלומר, רווח אישי של פרטים שמצטבר לכדי הפסד חברתי כללי.⁸¹ לכאורה, הנוק שבשינוי היחס הדמוגרפי השווה בין גברים לנשים ברור מאליו, ואינו מצריך פירוט נוסף, אולם למען הסר ספק יובהר כי הפרת היחס המספרי והפיכת הנשים למיעוט דמוגרפי יחריפו עוד יותר את קשייהן של הנשים בהשגת שוויון זכויות חברתי, כלכלי ופוליטי.⁸² אומנם, יש הטוענים כי הפיכתן של הנשים למיעוט תגרור – כנגזרת של "נדירותן" – דווקא עלייה בערכן ושיפור במעמדן החברתי, בהתאם לחוקי ההיצע והביקוש של השוק,⁸³ מה גם שלאחר היווצרותה של נדירות זו המגמה עשויה להתהפך, והבחירה תהיה בבנות דווקא.⁸⁴ אולם החלת החוקים הכלכליים בהקשר חברתי זה היא מוקשית, ולראיה מובאת הרעת מצבן של הנשים במדינות מזרח אסיה כתוצאה משינוי היחס המספרי.⁸⁵ החשש מפני הפרת האיזון הדמוגרפי הוביל לנסיונות לאמוד תוצאות אפשריות של מדיניות המתירה בחירת מין באמצעות סקרים שנערכו בקרב הקהל הרחב ובקרב יועצים גנטיים על היחס הקיים בין המינים בקהילות שונות ועל העדפת מין מסוים בהן. סקרים

- 81 להגדרת "טרגדיה של נחלת הכלל" ראו: Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968); Matt Ridley, *The Red Queen: Sex and the Evolution of Human Nature* 122 (1993); Onora O'Neill, 'Reproductive Autonomy' versus Public Good? 26 PRENATAL DIAG. 646, 647 (2006); Grant, לעיל ה"ש 75; PCBE, BEYOND THERAPY, לעיל ה"ש 37, בעמ' 67-68; O'Neill, לעיל ה"ש 14, בעמ' 139; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 235-236; Plummer, לעיל ה"ש 57, בעמ' 551-552; Blyth, Frith & Crawshaw, לעיל ה"ש 57, בעמ' 42; P. Liu, לעיל ה"ש 57, בעמ' 238-239; McLean, לעיל ה"ש 42, בעמ' 123; & G.A. Rose, *Sex Selection: The Right Way Forward*, 11 HUM. REPROD. 2343, 2344 (1996).
- 82 J. Egozcue, *Sex Selection: Why Not?* 8 HUM. REPROD. 1777 (1993).
- 83 Warren, לעיל ה"ש 14, בעמ' 138-139; Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 278-279; מצטטת מחקר שבדק את המצב בסין כתוצאה מנדירות הנשים. ממצאי המחקר הראו כי הפרת היחס בין המינים והקושי של גברים רווקים למצוא בנות זוג לחתונה הובילו דווקא להעלאת השכר של גברים ביחס לשכר הנשים, בטענה שהשכר הנמוך הוא העומד ברקע של קשיי הזיווג. ראו גם זפרן, לעיל ה"ש 53. טענות נוספות, ואוטוריית יותר, בהקשר של היחס הדמוגרפי הן שמיעוט הנשים יוביל להגברת תופעת ההומוסקסואליות הגברית (ראו Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 24; משמיעי הטענה יוצאים מנקודת ההנחה – המקוממת כשלעצמה – שדבר זה הוא בבחינת נזק, וכן להגברת תופעות של אלימות, פשיעה וסחר בנשים – השערות הנתמכות בתצפיות אנתרופולוגיות (Jones, שם, בעמ' 33, אם כי הוא מצטט גם דוגמות נגדיות). לדוגמה, הפרת האיזון ביחס שבין נשים וגברים עומדת ביסוד אחד ההסברים התיאורטיים המקובלים לאלימות הפושה בקרב שבט האינוממי שבאמוזונס: Brian Ferguson, *Materialist, Cultural and Biological Theories on Why Yanomami Make War*, 1 ANTHROP. THEORY 99 (2001).

אלה מציגים לעיתים מסקנות סותרות, וכל צד לוויכוח מביא ממצאים אמפיריים התומכים בעמדתו⁸⁶. אולם אף אם יוכח למעלה מכל ספק כי בעת הנוכחית אין העדפה במדינות

86 הוועדה המייעצת לממשל האמריקאי מצטטת נתונים על-אודות שינויים דמוגרפיים בקרב קהילות אמריקאיות ממוצא אסייתי ומזרח-אירופי. ראו PCBE, BEYOND THERAPY, לעיל ה"ש 37, בעמ' 61. Liu ו-Rose ערכו מחקר על המאפיינים הסוציולוגיים של זוגות שבאו למרפאתם לבקש בחירת מין, והגיעו למסקנה שרוב הזוגות מגיעים לצורך מטרה של "איזון המשפחה", אולם בקרב יוצאי הודו, מזרח אסיה והמזרח התיכון בבריטניה יש העדפה ניכרת של בנים, ואילו בקרב אירופים קיימת העדפה קלה של בנות: P. Liu & G.A. Rose, *Social Aspects of >800 Couples Coming Forward for Gender Selection of Their Children*, 10 *Warren .Hum. REPROD.* 968 (1995), לעיל ה"ש 14, בעמ' 138, מצטטת מחקרים המראים כי גם בחברות מתועשות יש העדפה גבוהה יותר לבנים; Cloonan, Crumley & Kiyamaz, לעיל ה"ש 7, מצטטים מחקרים המציגים מסקנות שונות; Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 273-276, מצטטת מחקרים המראים העדפה לבנות בקרב זוגות אמריקאים; McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 118-119, מצטטת מחקרים שערך דהל שהצביעו על העדפות שוות בקרב אירופים; Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 3-12, מצטט מחקרים המצביעים על העדפת בנים באמריקה; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 234-235, מצטטת מחקרים על-אודות העדפה לבנים בקרב אמריקאים; E. Dahl, *Procreative Liberty: The Case for Preconception Sex Selection*, 7 *REPROD. BIOMED. ONLINE* 380, 381-383 (2003) (לעיל ולהלן: Dahl, *Procreative Liberty*), מצטט מחקרים מקנדה ומארצות-הברית המצביעים על העדפה שוויונית. דהל עצמו ערך מחקרים המצביעים על העדפה שוויונית בגרמניה ובבריטניה. ראו שם, וכן: E. Dahl et al., *Preconception Sex Selection for Non-Medical Reasons: A Representative Survey from Germany*, 18 *HUM. REPROD.* 2231 (2003); E. Dahl et al., *Preconception Sex Selection for Non-Medical Reasons: A Representative Survey from the UK*, 18 *HUM. REPROD.* 2238 (2003). עוד ראו Gleicher & Barad, לעיל ה"ש 57 (אשר ערכו סקר בקרב זוגות שעברו טיפולים לבחירת המין בארצות-הברית, ומצאו כי דפוסי הבחירה מצויים במתאם גבוה עם הרקע האתני של הזוגות); Kathryn Ehrlich, Clare Williams, Bobbie Farsides, Jane Sandall & Rosamund Scott, *Choosing Embryos: Ethical Complexity and Relational Autonomy in Staff Accounts of PGD*, 29(7) *SOC. HEALTH & ILLNESS* 1091 (2007) (ראיונות מובנים שנערכו בקרב יועצים גנטיים, בין היתר ביחס להערכה אתית של בחירה אלקטיבית של מין היילוד). כל אלה רק מקצת המחקרים שנערכו בנושא. מחקרים שערכו סקירה של מקבצי מחקרים אמפיריים קודמים הגיעו למסקנה הכללית שבקרב מדינות מערביות אין אומנם העדפה חד-משמעית לאחד המינים, אולם יש שונות דקות בין מדינות שונות במערב. ראו Hall, Reid & Marteau, לעיל ה"ש 26; Van Balen, לעיל ה"ש 26. מחקר שנעשה לאחרונה בישראל מצא אף הוא שאין נטייה מגדריית מובהקת לבחור דווקא במין מסוים. ראו: Y. Hashiloni-Dolev, G. Hirsh-Yechezkel, V. Bokyo, T. Wainstock, E. Schiff & L. Lerner-Geva, *Attitudes towards Sex Selection: A Survey among Potential Users in Israel* (in print)

מערכיות למין זה או אחר, הטיעון המצדיק הטלת הגבלות על בחירת המין מתבסס על החשש שעם הזמן וההרגל תתרחב הפרקטיקה ותדחוף גם כאלה שאין להם העדפה חזקה לעבור את התהליך,⁸⁷ וכן שאף אם הבחירה בבנים ובבנות תהיה בשיעורים שווים, ההעדפה בחברות מערביות (שוב, על-סמך סקרים אמפיריים) היא לילד ראשון ממין זכר ולילד שני ממין נקבה, ולפיכך תתקבל חברה של "בנים בכורים ואחיות קטנות" – מצב שעשויות להיות לו השלכות פסיכולוגיות וחברתיות ניכרות.⁸⁸

(ג) טיעונים הנוגעים במשפחה ובחבריה

בניגוד לקבוצות הטיעונים הקודמות, שטענו בעיקר לנוקים ברמה החברתית והגלובלית, הטיעונים בקבוצה זו מדגישים ברובם את הנוק האפשרי לפרטים או את הפגיעה בזכויותיהם או באופיו של מוסד המשפחה. ההתנגדות הראשונה בהקשר זה, הנוגעת בבחירת המין באמצעות PGD לכל-הפחות, נסבה סביב החשש מפני פגיעה בפוטנציאל החיים של הקדם-עובר, הן ברמה המעשית והן ברמה העקרונית, בהתבסס על השקפה מוסרית בדבר מעמדו המטפיזי והמשפטי.⁸⁹ כזכור, שאלה זו עומדת ביסוד ההמלצות הסותרות של האגודה

87 Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 233-234. במילותיו של קס (ביחס לשיבוט, ולא לבחירת מין היילוד), תהליך ההסתגלות החברתית לטכנולוגיה ואימוצה מתואר כמעבר "מ'איכס' ל'אה'?" ל'אוהו' ו'לימה לא'?" – קאס "עתיד האנושות", לעיל ה"ש 76, בעמ' 30.

88 המחקר המצוטט ביותר על העדפת בנים כילדים בכורים בחברה האמריקאית הוא: Roberta Steinbacher & Faith Gilroy, *Sex Selection Technology: A Prediction of Its Use and Effect*, 124 J. PSYCHOL. 283 (1990), הנוכח גם אצל Darnovsky, לעיל ה"ש 14, ואצל Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 265, ה"ש 81. ראו גם את הדיון אצל Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 236; ואצל Blyth, Frith & Crawshaw, לעיל ה"ש 57, בעמ' 44. החשש העיקרי הוא מפני ההשלכות הפסיכולוגיות, החברתיות והכלכליות, לנוכח מחקרים שמצאו נטייה ליתר הישגיות וליתר הצלחה כלכלית אצל ילדים בכורים. אולם מחקר מקיף שבדק את הספרות הפסיכולוגית מצא כי לילדים בכורים יש אומנם נטייה גדולה יותר לתכונות כגון שאפתנות, אחריות, תואמנות (קונפורמיות) ותפקידים הוריים, אך לילדים שנולדו מאוחר יותר יש נטייה לחברותיות, ליוזמה ולאמינות. מסקנת המאמר היא כי אי-אפשר להתנגד לבחירת המין על רקע חשש זה, אך גם אי-אפשר לערוב להעדף תוצאות מויקות. ראו: Catherine Salmon, *Big Brothers and Little Sisters? Sex Selection and Birth Order*, 15 (Suppl. 1) REPROD. BIOMED. ONLINE 12 (2007), available at www.rbmonline.com/Article/2587. כן ראו Dahl, לעיל ה"ש 27, בעמ' 159-160.

89 אין זה המקום במסגרת מאמר זה להיכנס לשאלה סבוכה זו. להלן רשימה חלקית ולא-ממצה של מקורות העוסקים בסוגיה: הפרק "עוברים כבני-אדם" אצל הד, לעיל ה"ש 77, בעמ' 51-59; מרדכי הלפרין "הפסקת הריון – היבטים משפטיים, מוסריים והלכתיים" רפואה ומשפט 27, 84 (2002); גרין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 117-129; RONALD DWORKIN, *LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION AND EUTHANASIA* (1993); Joel Feinberg, *Is There a Right to Be Born?* in his *RIGHTS, JUSTICE AND THE BOUNDS OF LIBERTY* –

האמריקאית ASRM לגבי בחירת מין ב-PGD ובמיון זרע⁹⁰ – גם בקרב המתנגדים להטלת הגבלות על בחירת המין יש הרואים את הבחירה באמצעות PGD כבעייתית יותר מבחינה מוסרית (ואף כפסולה) לעומת שיטת מיון הזרע, שאינה פוגמת בפוטנציאל החיים.⁹¹ אולם באופן פרדוקסלי לכאורה, דווקא הטענה ביחס לזכותו של הקדם-עובר לחיים משמשת את המצדדים במדיניות מתיינת להוכחת נחיצותה של בחירת המין באמצעות שיטות טרום-הריוניות, כדי להציב חלופה מוסרית יותר לבחירת מין באמצעות הפלה.⁹² טיעון נוסף אינו מייחס מעמד כלשהו לקדם-עוברים דווקא, אלא לרווחתו של הצאצא העתידי, שמינו נבחר. למעשה, מדובר בשלוש טענות שונות בדבר נזק אפשרי לצאצא העתידי: נזק פיזי-בריאותי כתוצאה מההליך הטכנולוגי; נזק נפשי-פסיכולוגי ספציפי כתוצאה מציפיות ההורים מהצאצא מהמין הנבחר; ומעין נזק פסיכולוגי-פילוסופי. הטענה הראשונה מתייחסת לטכנולוגיות הבחירה, ומבוססת על החשש שהסרת התא היחיד מהעובר המתפתח (בשיטת הבחירה ב-PGD), ובמיוחד הצביעה הזרחנית של תא הרבייה שממנו יתפתח העובר בהמשך (בשיטת מיון הזרע), לא נחקרו עד תומן, ועלול להתברר כי בהסתברות מסוימת הן מזיקות לילדים העתידיים.⁹³ הטענה השנייה רואה את הנזק לצאצא בזיקה הדוקה יותר לבחירת המין עצמה: הטענה גורסת כי להורים המשתמשים בבחירת מין לא מסיבות רפואיות יש בוודאי תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות, שאותן יאכפו על צאצאם. על-כן הילד/ה העתידי/ת צפוי/ה להינזק כתוצאה מהמשא הנפשי של הצורך לעמוד בציפיות אלה, בוודאי אם התנהגותו/ה לא תתאים את התפיסות המגדריות הנוקשות

ESSAYS IN SOCIAL PHILOSOPHY 207 (1980); BONNIE STEINBOCK, LIFE BEFORE BIRTH: THE MORAL AND LEGAL STATUS OF EMBRYOS AND FETUSES (1992); Tova Shtrassberg-Cohen, *The Status of the Embryo under Israeli Law*, in THE EMBRYO: SCIENTIFIC DISCOVERY AND MEDICAL ETHICS 329 (Shraga Blazer, Etan Z. Zimmer eds., 2005); CONCEIVING THE EMBRYO: ETHICS, LAW AND PRACTICE IN HUMAN EMBRYOLOGY (Donald Evans ed., 1996).
לדיון מנקודת-מבט סוציולוגית ראו וינר והשילוני-דולב, לעיל ה"ש 18.

90 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 34-36.

91 ראו, למשל: Claude Sureau, *Gender Selection: A Crime Against Humanity or the Exercise of a Fundamental Right?* 14 HUM. REPROD. 867, 868 (1999); J. Egozcue, *Preimplantation Social Sexing: A Problem of Proportionality and Decision Making*, J. ASSIST. REPROD. & GEN. 440 (2002). 19. ראו גם לעיל ה"ש 26. זאת, למעט במסגרת ההשקפה הקיצונית המתנגדת לכל הפרייה מלאכותית באשר היא, אשר מבוססת לרוב על תפיסה דתית הרואה בכך השחתת זרע לריק או התערבות במעשה הבריאה.

92 JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 156 (1994).

93 Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 271-273; זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 472 ובה"ש 69-70. ראו גם את דבריו של רופא הילדים ד"ר צחי גרוסמן בפרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 16.3.2005, לעיל ה"ש 60.

של הוריו/ה.⁹⁴ הטענה השלישית מופשטת יותר, אך עודנה מתייחסת לנזק ממשי שעלול להיגרם לצאצא. טענה זו קשורה בטבורה לטענה כי ביסודה של בחירת המין האלקטיבית עומדות החפצה ואינסטרומנטליזציה של הצאצא העתידי,⁹⁵ אולם היא צועדת צעד נוסף וטוענת כי כתוצאה מבחירה זו ייגרם לצאצא נזק של ממש – לתחושתו הסובייקטיבית כאדם חופשי ריבוני ולתודעת האוטונומיה שלו. כך, לדעתי, יש לפרש את טענתו של הברמס כי הבחירה בתכונותיו הגנטיות של הילד על-ידי הוריו "עלולה להניב תוצאות קיומיות למתבגר... מאוחר יותר, הידיעה של עובדה זו תוכל לחבל בויקתו של האדם הנפגע אל קיומו הגופני והנפשי... השינוי התודעתי יתבצע בעקבות החלפת הפרספקטיבה, מגישה פרפורמטיבית של חוויית החיים בגוף ראשון [בעמדה של אני] לפרספקטיבה של משקיף... הפרספקטיבה של ישות מיוצרת תכסה על הפרספקטיבה של ישות בשרית טבעית".⁹⁶

הטיעון האחרון בקבוצת הטיעונים הנוגעים במשפחה גורס כי התרת בחירת המין תגרור פגיעה במרקם היחסים המשפחתיים. טיעון זה, לגווניו השונים, נבדל משני הטיעונים הקודמים בכך שהוא אינו מתייחס לנזק אפשרי לנפגע ספציפי, אלא לפגיעה בערך של היחסים המשפחתיים ושל האהבה ההורית. החברה מבקשת מההורים לקבל את ילדיהם כפי שהם, והרעיון שהורים יבחרו את מין היילוד מראש חורג מהבנה עמוקה זו של מהות ההורות. רות זפרן טוענת כי הסרת ההגבלות החוקיות מהאפשרות לבחור את מין היילוד "תפגע במה שנתפס כיחסי משפחה רצויים – כאלה היוצרים סביבה המאפשרת קיום בנועם, מפלט מן החוץ, התפתחות אישית ושגשוג רגשי".⁹⁷ זפרן קושרת טיעון זה למקומו של ההסדר המשפטי בעיצוב היחסים: אף שהמשפט אינו כופה או מבטיח את יחסי המשפחה, להוראות החוק יש השלכה על עיצוב היחסים המשפחתיים, ועל-כן הסדר משפטי מתירני בקשר לבחירת המין יטמיע תפיסה של הורות שאינה מבוססת על אחריות מוחלטת ובלתי-מותנית, אלא על "הורות אינסטרומנטלית".⁹⁸ ניסוח דומה ויפה סיפקה הוועדה המייעצת לממשל האמריקאי,

94 Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 270-271; Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 24; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 254; Plummer, לעיל ה"ש 57, בעמ' 548-549; Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 643; וראו גם לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 59.

95 ראו להלן דיון נרחב בס' (ד) ביחס לגישתו של הברמס.

96 הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 101, 104 (ההדגשות הוספו; הסוגריים המרובעים במקור). ביסודה של טענת הנזק לתודעתו האוטונומית של הצאצא העתידי עומדת התיאוריה הקומוניקטיבית של האישיות של הברמס, וראו על כך להלן ס' (ד), כאמור. לגרסות נוספות של טיעון זה ראו Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 273; Plummer, לעיל ה"ש 57, בעמ' 554-556; Sutton, לעיל ה"ש 25; זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 476 וה"ש 81-83; Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 641; קאס "עתיד האנושות", לעיל ה"ש 76, בעמ' 36.

97 זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 475, וראו בהרחבה בעמ' 473-478. ראו גם, במידה פחותה של תחכום: Carter, לעיל ה"ש 72, *J.M. Montgomery, A Discussion of Social, Ethical, Practical and Consequential Effects of Sex-Selection*, 7 HUM. REPROD. GEN. ETHICS 52 (2001).

98 זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 474-475.

בראשות פרופ' לאון קס: "להיות הורה משמעו גם להיות פתוח למה שאינו מוזמן ואינו נבחר בחיים. בחירת המין מאתגרת את ההבנה היסודית הזו של פרייון ושל הורות." ⁹⁹ מקדוגל משמיעה גרסה מעניינת של טיעון זה, מתוך עמידה מפורשת על הבעייתיות שבאתיקה הליברלית: במענה לטענתם של הוגים ליברליים כי יחסי הורות ראויים הם תפיסה מוסרית שאין לאוכפה באמצעים משפטיים בחברה ליברלית פלורליסטית, היא טוענת כי יש לאמץ בהקשר זה מסגרת דיון אתית חלופית לאתיקה הדאונטולוגית או התוצאתנית, היא האתיקה הניאו-אריסטוטלית של המידה הטובה (virtue).¹⁰⁰ קבלה (acceptance) של הילד/ה היא חלק מן המידה הטובה ההורית (שהרי מימד מסוים של "לא נודע" הוא מאפיין אינטרניזי של כל ילד/ה). העדפה לילד ממין מסוים היא אומנם לגיטימית כשלעצמה בחברה ליברלית, אולם הפעולה ביחס לילד העתידי צריכה להתבסס על המידה הטובה ההורית, ובחירת המין אינה נופלת בגדרה של זו.¹⁰¹ ראוי להדגיש את ההבדל הדק שבין טיעונה של מקדוגל לבין

99 ההדגשות במקור. הציטוט לקוח מתוך PCBE, BEYOND THERAPY, לעיל ה"ש 37, בעמ'

70-71: "Of course, parents seek to shape and nurture their children in a variety of ways; but being a parent also means being open to the unbidden and unelected in life. Sex selection challenges this fundamental understanding of procreation and parenthood. When we select for sex we are, consciously or not, seeking to design our children according to our wants and desires... In choosing one sex over the other, we are necessarily making a statement about what we expect of that child — even if it is nothing more than that the child should provide sexual balance in the family" ראו גם קאס "עתיד האנושות", לעיל ה"ש 76, בעמ' 37-38. לגרסות נוספות של הטיעון בדבר בחירת המין כעומדת בניגוד ליחס ההורי הראוי ראו Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 642-643. טיעון זה בדבר "ההורה הטוב" רווח גם בקרב הציבור הרחב, כפי שעולה ממחקרם של Scully ושותפיה. ראו Scully et al., לעיל ה"ש 77, בעמ' 28-29.

100 בקצרה, האתיקה של המידה הטובה (או הסגולה הטובה) מתמקדת במאפיינים שמתוכם אדם מונע לפעולה, תחת בחינת הפעולה לאור תוצאותיה (כמו בפילוסופיה התוצאתנית) או בכפוף לכלל אפריורי (כמו בפילוסופיה הדאונטולוגית). ראו: Rosalind McDougall, *Parental Virtue: A New Way of Thinking About the Morality of Reproductive Actions*, Bioethics 21(4) 181 (2007) (מאמר זה מציג את התיאוריה בכלליות, ולא דווקא ביישום הספציפי של מין היילוד; בעמ' 181-182 יש הצגה כללית ותמציתית של האתיקה של המידה הטובה). לפירוט תמציתי נוסף של רעיון זה ראו גם את הערך Virtue Ethics באנציקלופדיה האינטרנטית לפילוסופיה של אוניברסיטת סטנפורד: Rosalind Hursthouse, *Virtue Ethics*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (published 18.7.2003, revised 18.7.2007), [available at plato.stanford.edu/entries/ethics-virtue/](http://plato.stanford.edu/entries/ethics-virtue/). כן ראו אלסדייר מקינטאיר מְעַבֵּר למידה הטובה (יונתן לוי מתרגם, 2006). ראו גם ביישומי ביו-אתיקה אצל הד, לעיל ה"ש 77, בעמ' 10, 18; וביישומי בחירת המין, בטענה דומה לזו של מקדוגל, אצל Blyth, Frith & Crawshaw, לעיל ה"ש 57, בעמ' 43.

101 McDougall, לעיל ה"ש 42.

זה של זפרן. כפי שאני מבין זאת, זפרן מקבלת את ההשקפה הליברלית שבחירת מין היילוד נופלת במסגרת זכות הבחירה, אולם חוששת שמדיניות מתיינת ביחס לבחירת המין תגרוור פגיעה במוסד חברתי חשוב, הוא היחסים המשפחתיים.¹⁰² לעומתה, מקדוגל זונחת במפורש את מסגרת הדיון הליברלית, וטוענת כי בסוגיית בחירת המין המדיניות החברתית צריכה להתבסס על עקרונות אתיים אחרים, של המידה הטובה.

(ד) טיעונים מזווית ליברלית-הומניסטית

תחת התנגדות זו מצויים טיעונים שאינם מנסים לבסס את ההצדקה להגבלת בחירת המין על נזק כלשהו, אלא לאתגר את הפרקטיקה מזווית ליברלית, אשר שמה במרכזה את האדם או את תודעת חירותו. מאחר שהמאמר הנוכחי מנסה להתמקד אף הוא בזווית זו, השקפה זו טובא בפירוט יחסי. בבסיסם של טיעונים אלה עומד הציווי הקטגורי הקנטיאני: לעולם התייחס לאדם כאל תכלית בפני עצמה, ולא כאל אמצעי גרידא. הטענה הישירה היא שבחירת המין אינה מקיימת ציווי זה, מכיוון שהיא רואה בילד מהמין המסוים אמצעי לסיפוק צרכיו של ההורה.¹⁰³ תשובה נוקדנית-משהו תהיה שהציווי הקטגורי מורה לא להתייחס לאדם כאל אמצעי גרידא, ואילו בחירת המין, אף אם יש בה מידה מסוימת של ראיית הצאצא העתידי שמינו נבחר כאמצעי למימוש אושרם של ההורים, בוודאי אין בה משום ראייתו כאמצעי בלבד.¹⁰⁴ אולם תשובה כוללת יותר לכך נטענה מן הכיוון האחר – בשאלות של הולדה ופריון הציווי הקטגורי נראה בלתי-ישים, מכיוון שבעצם ההחלטה על הבאת ילד לעולם (לפחות כזאת שאינה נענית לציווי דתי) יש משום ראיית הילד כמעין אמצעי לסיפוק אושרם של ההורים, שאיפותיהם, מאווייהם וכיוצא בהם.¹⁰⁵

תיאוריות ביו-אתיות שונות מבקשות להתמודד עם השאלה של עיצוב גנטי מתוך נקודת-מבט ליברלית. תיאוריות אלה, ברובן, ממשיכות במידה מסוימת את קו המחשבה הקנטיאני, והדיון בהן חשוב לענייננו בשל נסיוןן להתוות גבולות כלשהם לעיצוב הגנטי מתוך הפילוסופיה הפוליטית הליברלית. אדון כאן בהרחבה באחת מהן, התיאוריה של יורגן הברמס, אשר הסתעפויות ממנה כבר הוצגו לעיל בהקשרים שונים.¹⁰⁶ השקפתו של הברמס

102 ראו זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 465: "באופן עקרוני, שלילת השימוש באמצעי שיש בו כדי לשפר את איכות חייו של הפרט ולהרחיב את גבולות הבחירה הנתונים לו מחייבת הצדקה."
 103 זו גרסה אחרת לטיעון הגורס כי בבחירת המין יש מימד של החפצה ואינסטרומנטליזציה של הצאצא העתידי. ראו לעיל ה"ש 95-96 והטקסט הסמוך אליהן.
 104 Harris, *Regulated Hatred*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 293; Savulescu, להלן ה"ש 115.
 105 HEYD, לעיל ה"ש 5, בעמ' 52: "The idea of respecting a person in creating him or her is puzzling. In fact we strongly and intuitively feel that the decision to bring a child into the world is the only one in which the child is taken purely as a means (usually to the parents' satisfaction, wishes, and ideals)!" על שורת ההנמקות הליברליות שהד נותן ניתן להוסיף, מזווית מציאותית, גם צרכים כלכליים וחומריים – בפרט בתרבויות מסורתיות ובמדינות מתפתחות, אולם בהחלט לא רק בהן.
 106 התיאוריה של הברמס אינה היחידה האפשרית מבין התיאוריות של "אאווגניקה ליברלית",

לגבי העיצוב הגנטי מושפעת מהפילוסופיה הקומוניקטיבית הכללית שלו – תפיסת האדם כיצור חברתי-תקשורתי – המדגישה את האינטר-סובייקטיביות, כלומר, את הקשרים החברתיים שבין הסובייקטים, קרי, את הפעולות התקשורתיות בין בני-אדם. הטענה היא שבהתאם לעקרונות הליברליים, ראוי שהפעולות התקשורתיות בין בני-אדם ייעשו מתוך עמדה סימטרית ושוויונית.¹⁰⁷ על רקע טענתו זו, הברמס ניצב מוטרד אל מול אפשרויות

קרי, מבין התיאוריות המבקשות להתמודד עם שאלת העיצוב הגנטי בפרספקטיבה ליברלית. לתיאוריות נוספות ראו, למשל, את הספר GENETHICS של הפילוסוף הגרמני קורט פֶּיֶרֶץ, אשר אינו פוסל התערבות גנטית אולם מגביל אותה לאור הדגש שהוא שם בתפיסת האדם כסובייקט אוטונומי, ובכלל זה בשימור הסובייקטיביות האוטונומית של היילוד העתידי: BAYERITZ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 303-313 (יש לציין כי הספר פורסם במקור בשפה הגרמנית בשנת 1987, ובהקדמה למהדורה האנגלית, שפורסמה בשנת 1993, כותב פֶּיֶרֶץ כי בעקבות ההתקדמות הטכנולוגית העצומה השתנו חלק מעמדותיו; אף-על-פי-כן, הוא כותב באותה הקדמה, מסקנותיו העיקריות של הספר נותרו ללא שינוי). ראו גם את התיאוריה של הפילוסוף הגרמני-אנגלי ניקולס אגר בדבר "אאווגניקה ליברלית", שאינה פוסלת התערבות גנטית לשם "העצמה אנושית" (human enhancement), אלא מכפיפה אותה להגבלות מסוימות, המתחשבות בטיבה של החברה הפלורליסטית הליברלית כתפיסה אשר מבקשת לשמר מגוון של צורות חיים ושוללת עליונות של תוכנית-חיים אחת על רעותה: Agar, להלן ה"ש 120, בעמ' 178; NICHOLAS AGAR, LIBERAL ; 157-132. בחרתי להתמקד כאן בתיאוריה של הברמס לא רק בשל שיקולי המקום ומעמדו הפרומיננטי של הברמס (חרף – ואולי דווקא בגלל – היותו פילוסוף שהביו-אתיקה אינה תחום עיסוקו העיקרי), אלא גם מטעמים עקרוניים ומעשיים ביחס לבחירת המין. ראשית, התיאוריות האחרות "סלחניות" פחות, ואינן פוסלות כאמור (ואף מאשרות לעיתים) התערבויות גנטיות ועיצובים גנטיים בכפוף להגבלות שונות. הברמס, לעומת זאת, נוקט עמדה פסימיסטית יותר ואוסרנית יותר, אף שגם הוא אינו שולל התערבות גנטית בכל מקרה (ראו, למשל, הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 91-92). שנית, התיאוריות האחרות עוסקות בעיקר ב"אאווגניקה חיובית" (מעורבות ישירה בתכונותיו הגנטיות של היילוד העתידי), ואילו הברמס מתייחס גם ל"אאווגניקה שלילית", המבוססת על עקרון האלימינציה, העומד בבסיסה של בחירת מין היילוד, למצער בשיטה הנפוצה יותר של בחירה באמצעות PGD (ראו להלן ה"ש 112 והטקסט הסמוך אליה). שלישית, ובהמשך ישיר לכך, התיאוריות האחרות אינן עוסקות במישרין בשאלת בחירת המין, ואולי אף אינן ישימות לגביה, ואילו אצל הברמס הסוגיה מוזכרת באופן ספציפי (ראו על כך להלן בטקסט הסמוך לה"ש 145). לבסוף, חלק ממצדיקי ההתערבות בבחירת המין מסתמכים במישרין על הברמס. ראו, למשל, את טיעונו של טים בולדווין, מבכירי הרשות הבריטית Baldwin: HFEA, לעיל ה"ש 42.

107 "הסובייקטיביות, ההופכת את הגוף האנושי בעצם למכל נפשי של הרוח, מתעצבת ביחסים האינטר-סובייקטיביים עם האחר. העצמי האינדיווידואלי נוצר אך ורק במסלול החברתי של ההצננה, ואף יכול לייצב את עצמו רק בתוך רשת של יחסי הכרה [הדדית] תקינים... אוטונומיה היא הישג עדין של ישויות סופיות שביכולתן לרכוש כעין 'חוסן' [מפני חילול של

ההתערבות הגנטית, שכן אלה נעשות מתוך עמדה חד-צדדית ולא-סימטרית: "על ידי קבלת הכרעה בלתי הפיכה במקום משהו אחר, אשר מתערבת באופן עמוק בתכונותיו האורגאניות, מצטמצמת הסימטריה של האחריות, סימטריה שמתקיימת באופן עקרוני בין בני אדם חופשיים ושווים."¹⁰⁸ התוצאה של תהליך זה, כפי שהוזכר לעיל, היא "נוק פוטנציאלי" לאדם אשר מודע (גם אם באופן תיאורטי בלבד) לכך שהוא עבר הליך של "תכנות גנטי". לא זו אף זו, לדידו של הברמס, המקריות האורגנית היא תנאי בליימחק לתחושת האוטונומיה ולתודעת החירות,¹⁰⁹ ו"איש אינו רשאי להיות תלוי באחר באופן שהוא בלתי-הפיך עקרונית".¹¹⁰ לכן הורים המתכננים את תכונותיהם הגנטיות של ילדיהם מואשמים על-ידי הברמס ב"קבלת אחריות בעייתית" שחותרת תחת תפיסת-היסוד של הליברליזם, מאחר שהיא חורגת מעקרון הסימטריה וההדדיות של היחסים החברתיים.¹¹¹

האוטונומיה – י' ר' רק בזכרון את הפגיעות הפיזיות והתלות החברתית שלהן. הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 79-80.

108 שם, בעמ' 50 (ההדגשה הוספה).

109 "עד כה יכלו המחשבה החילונית של המודרניות האירופית, וגם האמונה ההדדית, להישען על ההנחה, שהתכונות הגנטיות של הרך הנולד, ואי לזאת אף תנאי הפתיחה האורגאניים לקורות חייו העתידיים, חסומים לתכונות ומניפולציה מכוונת בידי אנשים אחרים... אי-גשלות של תהליך הפריה מקרי, שתוצאותיו הן צירוף בלתי-צפוי של שני עותקים שונים של כרומוזומים. אולם נראה שמקריות בלתי-מוחשית זו – ברגע שהיא נעשית בתישליטה מתגלה כתנאי הכרחי ליכולת להיות עצמיים ולטבעם השוויוני של יחסינו הבינ-אישיים." שם, בעמ' 49-51 (ההדגשה באות נטויה מופיעה במקור; ההדגשה באות שמנה הוספה). דברים דומים מצטטת Danis מפי פרופ' Lawrence Tribe, המדבר על הסכנה של איבוד תודעת העצמיות (selfhood) כתוצאה מההתערבויות הגנטיות: Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 242.

110 הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 116. בהקשר דומה ניתן אולי לפרש את דבריה של רות זפרן ביישמה על המקרה של בחירת מין היילוד את פרשנותו של רייכמן למושג "כבוד האדם" כמייצג את חברותו של כל אדם בחברה האזרחית: זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 477, הטקסט הסמוך לה"ש 85-89.

111 "התלות הגנאולוגית של הילדים בהוריהם היא בוודאי בלתי-הפיכה... אולם תלות זו רלוואנטית לקיום בלבד, הטחת אשמה כלפיה היא מתמיהה ומופשטת, ותלות זו אינה רלוואנטית להיותם של הילדים כפי שהם – לקביעה איכותית כלשהי של חייהם העתידיים... במסגרת של פרקטיקה אָוגנית, מעשים מסוג זה – הן הימנעויות מפעולה והן פעולות – מבססים זיקה חברתית המבטלת את 'ההדדיות המקובלת בין שווים'... אי-ההפיכות של תוצאות המניפולציות הגנטיות שנקטו באורח חד-צדדי, פירושה קבלת אחריות בעייתית על ידי מי שמעז לקבל הכרעה כזו... התיכנות האָוגני מציב תלות בין אנשים אשר יודעים, כי בעיקרון נמנע מהם להתחלף במקום החברתי שלהם. ותלות חברתית בלתי-הפיכה כזו, משום שהיא חקוקה בסלע, מהווה גוף זר ביחסי ההכרה הסימטריים-הדדיים של קהילה מוסרית וחוקית של אנשים חופשיים ושווים." הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 116-118 (ההדגשות באות נטויה מופיעות במקור; ההדגשות באות שמנה הוספו).

הברמס מחיל עקרונות אלה לא רק על מניפולציה גנטית, אלא גם על ברירה לאחר PGD.¹¹²

2. המתנגדים לאיסור הבחירה: טיעונים נגד התערבות באפשרות הבחירה של מין היילוד

לעומת המתנגדים להתרתה של בחירת המין, המשתיתים את התנגדותם על ערב רב של טיעונים מגוונים כפי שראינו, העמדה נגד התערבות באפשרות ההורים לבחור את מין צאצאם מושתתת בעיקרה על טיעון אחד עיקרי, והוא שבחירת מין היילוד אינה אלא זכות של ההורים, ואף זכות יסוד, הנופלת במסגרת חופש הפרייון ובמסגרת האוטונומיה של הפרט. בגרסתו הקיצונית של הטעון, זו בחירה שהיא, כדברי ג'ונס –

"so inherently and necessarily within the sphere of opportunities to which a human must have access that its denial is, in essence, a negation of humanity."¹¹³

גם הפילוסוף והביו-אתיקאי ג'ון הריס נוקט מונחים דומים בדברו על הבחירה החופשית של ההורים בעניין מסוג זה. בצטטו את רונלד דבורקין, הוא קובע כי "עקרון האוטונומיה של הפרייון (procreative autonomy), במובנו הרחב, משוקע בכל תרבות דמוקרטית אמיתית".¹¹⁴ הביו-אתיקאי האוסטרלי ג'וליאן סבולשקו מגדיר מהי אותה אוטונומיה, בהתייחסו ישירות לבחירת המין:

"Procreative autonomy' is the liberty to decide when and how to have children according to what parents judge is best. Parents know best their own circumstances, and ultimately it is parents who must live with and make sacrifices for their children."¹¹⁵

112 שם, בעמ' 122, וכן בעמ' 154: "הכמיהה לילד גורמת להורים ליצור מצב שבו הם ישלמו באופן חופשי על המשך החיים האנושיים הקדם-אישיותיים, על סמך אבחון. אינסטרומנטליזציה זו היא חלק בלתי נמנע מההקשר המעשי שבו נתון האבחון טרם-השבת-העובר-לרחם" (ההדגשה במקור). לגישה דומה לגישתו של הברמס ראו גם את מאמריו של קאס לעיל בה"ש 76.

113 Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 19. ראו גם Harris, *Regulated Hatred*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 292-293; הד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 229-230: "יש לנו זכות לבחור את קיומם וזהותם של ילדינו."

114 JOHN HARRIS, CLONES, GENES AND IMMORTALITY: ETHICS AND THE GENETIC REVOLUTION 162 (1998): "Indeed, there seems to me to be every reason to permit parents a free choice in matters such as this". אולם יש לציין כי הציטוט הוא מתוך ספרו של דבורקין *LIFE'S DOMINION* (ראו לעיל ה"ש 89), אשר עוסק בהפלות, ואינו מתייחס בהכרח לחופש להחליט על מאפייני הצאצא ותכונותיו.

115 Julian Savulescu, *Sex Selection: The Case For*, 171 MED. J. AUSTRALIA 373 (1999)

צידה האחר של האוטונומיה ושל הזכות לבחירה חופשית במין הילדים היא שלילת המעורבות החיצונית, ובעיקר המדינתית, בבחירה מעין זו, מכוח חוקת החירות (presumption for liberty) הנוהגת בחברה ליברלית. מקרתי, למשל, טוען לזהות בין חופש הבחירה של מין היילוד לבין חופש הדיבור או המחשבה, ומוסיף כי איסור בחירת המין הוא הגבלת חירותם של פרטים על רקע מערכת ערכים של קבוצה מסוימת. הגבלה זו נוגדת את העיקרון של יישוב חוסר הסכמה בחברות ליברליות פלורליסטיות, המכבדות את העובדה שבני-האדם שווים ובני-חורין: האדם הבוגר נתפס כבן-חורין לעשות ככל העולה על רוחו כל עוד הוא אינו פוגע באחרים, ועל-כן יש להראות כי פעולה מסוימת עלולה להסב נזק לאחרים, אם מבקשים להגביל את החירות לעשותה.¹¹⁶ הביו-אתיקאי הגרמני אדגר דה־הל מונה (בהסתמך על מיל ועל פון הומבולדט) שלושה עקרונות של חוקת החירות: (1) נטל ההוכחה הוא על המבקש להגביל את החירות; (2) הוכחת הנזק המשוער צריכה להיות בהירה ומשכנעת (ולא, כדבריו, תיאוריה סוציולוגית/פסיכולוגית ספקולטיבית נטולת בסיס אמפירי); (3) העובדה שמהו פוגע ברגשותיהם של כמה אנשים אין בה כדי להגבילו. על רקע זה הריס, בסגנונו הפולמוסי, מטיח במתנגדי בחירת המין כי מגדר לדידו הוא תכונה ניטרלית, ועל-כן בחירה בו אינה יכולה להיחשב הסבת נזק.¹¹⁷

קושי מסוים לטיעון האוטונומיה מוצב, במקרה של בחירת מין היילוד, על-ידי הטענה כי בחירה במין היילוד אינה אוטונומית בהכרח. בפרט, אין זו בחירה אוטונומית של נשים בסביבה תרבותית בעלת העדפה משמעותית לבנים זכרים, שהיא לרוב גם שוביניסטית. ודוק, הבחירה במין היילוד אינה בחירה אוטונומית אף אם אין היא נעשית תחת כפייה של ממש. ההשפעה יכולה להיות ישירה או עקיפה, ולכלול הפעלת לחץ רגשי וכלכלי. זו, למשל, מסגרת הניתוח של הביו-אתיקאית הפמיניסטית פרחאת מועזם ביחס למקרה ההודי, הטוענת כי בהקשר של הסביבה התרבותית המינגית של הודו אין לדבר על "בחירה אוטונומית" של האישה להפיל עובר ממין נקבה.¹¹⁸ אולם דווקא נימוק זה מדגיש, לדעת המתנגדים לאיסור בחירת המין, את ההבדל בין בחירה כגון זו לבין בחירתה של אישה

ראו בהקשר זה גם Bureau, לעיל ה"ש 91, בעמ' 868 (אף שסורו מתייחס רק לטכניקה של מין זרע).

116 McCarthy, לעיל ה"ש 68, בעמ' 303, 306.

117 Harris, *We're British*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 287. לפירוט עקרונית של חוקת החירות ראו Dahl, *Procreative Liberty*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 381. להסתמכויות נוספות על עקרון הנזק ראו ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 22-42; Dahl, לעיל ה"ש 27, בעמ' 158; McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 128-129, 133-134; Julian Savulescu & Edgar Dahl, *Sex Selection and Preimplantation Diagnosis: A Response to the Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine*, 15 HUM. REPROD. 1879 (2000); Richard J. Lilford, *Sex Selection – Ethical Issues*, 10 HUM. REPROD. 762 (1995).

118 Moazam, לעיל ה"ש 47, בעמ' 208-214. נעם זהר מיישם זאת גם לבחירת מין היילוד לפני הלידה. לדיונו המקיף בסוגיית האוטונומיה ראו זהר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 245-250.

משכילה בסביבה מודרנית מערבית או רב־תרבותית, אשר מקבלת מידע מספק לצורך הבחירה ועל־כן זכאית שבחירתה תכובד.¹¹⁹

נימוקים נוספים התומכים בשלילת המעורבות בבחירת המין מובאים בשם עקבות הטיעון ורציפותו: כשם שלא נעלה על דעתנו, תחת תפיסה המוקירה את עקרונות הליברליזם, לאסור נסיונות לבחור את המין באמצעים "טבעיים", כגון תזמון המשגל או דיאטות שונות (ובחלק מהמקומות גם באמצעות הפלה, אם כי אמצעי זה שנוי יותר במחלוקת, כאמור), כך אין לאסור אותם נסיונות שפשוט נעשים כעת באמצעות טכנולוגיות מתקדמות יותר או מזיקות פחות. הגבולות והגדרות בין ההבחנות המקובלות אינם אלא הבניה חברתית, וכך גם לגבי אותם טעמים שאנו מכנים "רפואיים". מדוע, למשל, מותר לבחור תכונות גנטיות אחרות, כגון מחלת סיסטיק־פיברוזיס או אף הפרעות גנטיות קלות דוגמת אנומליה בכרומוזומי מין, אך אין לבחור את המין עצמו? מדוע מותר לבחור את המין במקרים של חשש למחלות גנטיות, אך לא מסיבות של העדפה גרידא? ומהיבט אחר, מדוע השפעה כה מסיבית על ילדינו באמצעות קביעת מקום מגוריהם וחינוכם חסינה מהתערבות מדינתית, בהיותה חלק מן האוטונומיה של הפרט, אך לא כך בחירת מינם?¹²⁰

הצדקות נוספות למדיניות מתירנית ביחס לבחירת המין באות מכיוונים תועלתניים. ראשית, נטען כי היות ששאיפה למין מסוים טבועה כה עמוק בהיסטוריה של המין האנושי, אין ספק שאפשר לבחירתו (באמצעים טכנולוגיים וללא איסור משפטי) יגדיל את אושרם של ההורים, ולעיתים אף יממש את זכותם להורות במקרים שבהם בלעדי אפשרות הבחירה הם יהססו לממשה. נוסף על כך, ילדים שמינם נבחר יהיו רצויים יותר ולכן מאושרים יותר.¹²¹ טיעון נוסף מכיוון תועלתני הוא שהתרתה של בחירת המין עשויה להוביל להפחתה בשיעור הילודה, במיוחד במדינות מתפתחות, מכיוון שהורים יפסיקו לעשות "נסיונות חוזרים" להוליד צאצא מהמין הרצוי להם (לרוב זכר) או יוכלו להגיע ל"איזון מיני" במשפחה בנסיונות פחותים.¹²²

119 ראו לעיל ה"ש 64 (כולל דעתה של מועום עצמה המאוזכרת שם). כותבים אחרים, כגון הגינקולוג ההודי Malpani, קוראים תיגר גם על ההבחנה הבין־תרבותית הזו, בטענה שהטכנולוגיה הרפואית מאפשרת להעצים את המטופלות – גם את המטופלות בסביבה התרבותית של הודו – בדיוק כדי שיקבלו החלטות בשם עצמן ולמענן־הן. ראו Malpani, לעיל ה"ש 50.

120 Savulescu, לעיל ה"ש 115, בעמ' 373. עוד על ערעורן של ההבחנות הקונוונציונליות שהגישה הליברלית נוקטת ראו: Nicholas Agar, *Liberal Eugenics, in* BIOETHICS: AN ANTHOLOGY 171, 172–173 (Helga Kuhse & Peter Singer eds., 1999).

121 John A. Robertson, *Preconception Gender Selection*, 1 Am. J. BIOETHICS 2, 3 (2002): "The strongest argument... is that it serves the needs of couples who have strong preferences about the gender of their offspring and would not reproduce unless they could realize those preferences". ראו גם Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20–21.

122 Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 20–21; Robinson, לעיל ה"ש 19, בעמ' 183; Heyd, לעיל ה"ש 26, בעמ' 210.

יש לציין כי חלק מן המתנגדים לאיסור בחירת המין אינם מתנגדים לכל התערבות באשר היא, אלא נכונים להסכים לרגולציה מסוימת, מתוך מענה לחששות הרבים המועלים ביחס להתרתה של הבחירה, ובפרט לחשש מפני הפרת האיזון הדמוגרפי. אולם לדידם, רגולציה כזו צריכה לאפשר את ביצוע הבחירה בסופו של דבר. כך, למשל, עלו הצעות למסות את בחירת המין, בטענה כי המיסוי יפחית את שכיחותה של הבחירה.¹²³ הצעה אחרת שהועלתה היא לערוך ניסוי מבוקר שיאפשר ללמוד את תוצאותיה של מדיניות ההתרה לפני החלטה הרחבה והבלתי-מוגבלת.¹²⁴ הצעות נוספות קוראות להתרת בחירת המין תוך איזון של "דורשי הבנים" עם "דורשי הבנות": יש המציעים איזון באוכלוסייה הכללית – אם באמצעות יצירת "רשימות-המתנה" לכל אחד מן המינים, ואם באמצעות הצמדות מכוונות בין דורשים מצד הממסד הרפואי;¹²⁵ ויש המציעים שהיתר לבחירת המין יינתן אך ורק לצורך איזון משפחתי, קרי, ליצירת איזון מיני בתוך המשפחה על-ידי "תיקון" המצאי המיני המשפחתי הקיים.¹²⁶ התייחסות פילוסופית יותר, ומעשית פחות, מספק הריס בטוענו כי אין

123 Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 48-61. ג'ונס אף מציע להשתמש בכספים המתקבלים מן המיסוי ל"תיקון" הנוקים האפשריים מהפרקטיקה, כגון עידוד המודעות לשוויון מגדרי ולחשיבות ההולדה של בנות.

124 הריס מציע לתת מיליון רשיונות לקיים את הבחירה בטווח של עשר שנים בקרב אוכלוסייה של 60 מיליון איש (בריטניה). הוא טוען כי ההשפעה על האוכלוסייה תהיה זניחה גם אם כולם יבחרו אותו מין: John Harris, *Rights and Reproductive Choice, in THE FUTURE OF HUMAN REPRODUCTION: CHOICE AND REGULATION* 5 (John Harris & Søren Holm eds., 1998). כן ראו Harris, *We're British*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 288. דהל מציע לתת רישוי לשישה מרכזים בגרמניה לקיים בחירת מין, וכך לנטר את תוצאות המדיניות: Dahl, *Procreative Liberty*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 383.

125 Guido Pennings, *Ethics of Sex Selection for Family Balancing*, 11 HUM. REPROD. 2339 (1996) (המאזכר את הצעתם של סינגר (Singer) וולס (Wells) לערוך רשימות-המתנה, וכן את הצעתו של גלובר (Glover) "להצמיד" מבקשי בנות למבקשי בנים). ראו גם: Michelle M. Seibel, Sharon Glazier & Moshe Zilberstein, *Gender Distribution – Not Sex Selection*, 9 HUM. REPROD. 569 (1994) (המציעים שזוגות המבקשים לבחור מין מסוים יתרמו את הקדם-עופרים מהמין האחר לזוגות שאינם פוריים, וכך ייווצר האיזון). כן ראו את הצעותיו של הד, וביניהן הצעתו להעביר לתרומה ביציות מופרות מן המין שלא נבחר: Heyd, לעיל ה"ש 26, בעמ' 209-210.

126 Pennings, שם. על-פי הצעתו, הבחירה תתאפשר רק מהילד השני (או השלישי – פנינגס מעלה את שתי האפשרויות ואינו מכריע ביניהן), ורק אם במצב המשפחתי הקיים יש חוסר איזון מיני במשפחה. כזכור, גישה זוהי עמדה בבסיס החלטתה של ועדת האתיקה של ה-ASRM האמריקאית משנת 2001 לגבי מיון זרע – ראו לעיל ה"ש 35. יש לציין כי ההצעה בדבר איזון המשפחה מעוררת שורה של בעיות מעשיות ומושגיות (כיצד תוגדר משפחה? האם הספירה כוללת ילדים מנישואים קודמים? וכיצד יש להגדיר משפחה "מאוזנת"?). וכן בעיות עקרוניות (כגון טענת הצדק החלוקתי – "משפחה מאוזנת" תיהפך למותר של שכבות אמידות בלבד;

רע גם בבחירת מין שיטתית שתייצר עולם חד-מיני, כל עוד אנשים יוכלו להתרבות ויהיו מאושרים.¹²⁷ אף שהצעות אלה באות במענה לחשש מפני הפרת האיזון הדמוגרפי, הטענה העיקרית הנשמעת כנגד חשש זה היא שהוא אינו רלוונטי בסביבה תרבותית שוויונית (ובפרט מערבית).¹²⁸

פרט לחשש מפני הפרת האיזון הדמוגרפי, יתר ההנמקות המתנגדות להתרת בחירת המין אינן מרשימות במיוחד את הטוענים נגד ההתערבות המדינתית בסוגיה, והם פוטרם אותן – בהתאם לחלוקתן הרחבה שהוזכרה בתחילה – באחת משתי דרכים עיקריות: ביחס לטענות בדבר הנוק האפשרי, הטענה הכללית היא שהנוק שחוששים מפניו אינו נזק כלל או שהוא ספקולטיבי מדי; וביחס להשקפות המוסריות השונות המתנגדות לבחירת המין נטען כי השקפות אלה אולי ראויות מבחינה מוסרית (למעשה, רוב מתנגדי ההתערבות בבחירת המין טוענים כי הם אינם מצדדים בבחירת המין עצמה), אך בחברה ליברלית השקפה מוסרית, להבדיל מגרימת נזק, אינה טעם מספיק להתערבות בקיריות הפרט. אציין את התגובות הללו להלן ביתר פירוט, תוך התייחסות ספציפית להצדקות של ההתערבות שצוינו לעיל.

ביחס לטיעונים בדבר הפגיעה בשוויון, ובפרט בשוויון המגדרי, נטען, ראשית, כי הכרה בשוני הקיים בין המינים אינה בהכרח מיננית, ושנית, כי לא כל בחירת מין היא בהכרח מיננית, בוודאי כאשר היא נעשית בסביבה תרבותית שוויונית יחסית, כאמור. אדרבה, אפשר בהחלט להצדיק את בחירת המין של הילד/ה העתידי/ת דווקא מטעמים פמיניסטיים.¹²⁹ במענה לחשש מפני השלכותיה של הבחירה על השוויון בין המינים נטען כי

או אף התהייה הבסיסית מדוע משפחה "מאוזנת" מבחינה מגדרית היא דבר שיש לשאוף אליו). ראו, למשל: Karen Dawson & Alan Trounson, *Ethics of Sex Selection for Family Balancing: Why Balance Families?* 11 HUM. REPROD. 2577 (1996); K. Cloonan, C. Crumley & S. Kiyamaz, *Sex Selection: Ethical Issues – A Paper to be Used as Background for Discussion*, DEVBIO – A COMPANION TO DEVELOPMENTAL BIOLOGY, ch. 21.4 (S.F. Gilbert ed., 7th ed. 2003) 7e.devbio.com/article.php?id=177

Frith & Crawshaw, לעיל ה"ש 57, בעמ' 44; O'Neill, לעיל ה"ש 81, בעמ' 64.

127 HARRIS, לעיל ה"ש 114, בעמ' 192-193: "I have what I hope a well grounded doubts that there is in fact anything wrong with selecting for gender, even in a systematic way which produced a one-gender world, so long as such people could reproduce, avoid other moral wrongs, and so long as they might reasonably be expected to be happy" אולם ראו גם את הצעתו, המעשית יותר, לערוך ניסוי מבוקר של בחירת המין על-מנת לוודא שהשלכותיה אינן מובילות לחוסר איזון – Harris, לעיל ה"ש 124.

128 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 64 ולה"ש 118-119 (וכן ההערות עצמן).

129 ראו: C.L. Ten, *The Use of Reproductive Technologies in Selecting the Sexual Orientation, The Race, and the Sex of Children*, 12 BIOETHICS 45 (1998). ראו גם McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 126-128; Robertson, לעיל ה"ש 121, בעמ' 4-6; Harris, לעיל ה"ש 114, בעמ' 194; Purdy, לעיל ה"ש 57, בפרט בעמ' 34, 36; Heyd, לעיל

הורים עלולים לאכוף תפיסות מגדריות סטריאוטיפיות באותה מידה על ילד/ה שהובא/ה לעולם במשגל טבעי, וכשם שאין מתערבים בדרך זו של הולדה, כך אין להתערב בבחירת המין.¹³⁰ מן הצד האחר נטען כי באותה מידה ניתן להשתמש בבחירת המין מטעמים של רצון לשוויון מגדרי, כגון שאיפה לאיזון המשפחה מתוך הכרה בחשיבותם של שני המינים. יתר על כן, סבולשקו, הגורס אף הוא כי בחירת המין אינה בהכרח ביטוי של הפליה, מציין כי אפילו הייתה כזו, אין זו סיבה מספקת לאסור אותה. המאבק העקרוני באי־שוויון – מגדרי, מדינתי או כלכלי – אינו צריך לבוא על־חשבון חירויות הפרט.¹³¹

המצדדים בהתרתה החוקית של בחירת המין מסרבים להתרגש גם מן הטענות של "משפט הטבע" ושל "לשחק את אלוהים", ובפרט מנימת הקדושה המלווה את הטענות הללו. הם מזכירים לנו שטיעונים מסוג זה שימשו בעבר את הכנסייה כדי להתנגד לנסינות של רופאים להקל את כאבם של חולים; שגם כיום הטענות האוסרות פעולות שאינן "כדרך הטבע" משמש נימוק למתנגדי אורח החיים ההומו־לסבי; שניסיון לרפא סרטן מהווה אף הוא התערבות ב"תוכנית הגנטית" של אלוהים או של הטבע; ושלמעשה אנשים "משחקים את אלוהים" גם בהחלטה על הפלה מסיבה רפואית. מעבר להקצנת הטענות של "משפט הטבע" על־מנת להוכיח את מקורו ואת השלכותיו, הטענה המרכזית היא הטענה הליברלית שאמונה דתית או מוסרית – גם של רבים – אינה צריכה להגביל את חירות הפרט.¹³² אותה עמדה ליברלית משמשת גם לדחיית הנימוק המצדיק הגבלה של בחירת המין על בסיס חשיבותם של היחסים המשפחתיים. חברה ליברלית מבוססת על עקרונות של פלורליזם מוסרי ושל חירות המחשבה. היחסים המשפחתיים הראויים – או בניסוחה של

ה"ש 26, בעמ' 210-211; 32, Bonnie Steinbock, *Sex Selection: Not Obviously Wrong*, HASTINGS CENTER REPORT 23 (2002). כן ראו את טיעונה של וורן, הגורסת כי אישה שמכירה במציאות המינגנית שבה מתנהלים חייה – למשל, במדינות מתפתחות בעלות הטיה מגדרית חזקה – ואשר בוחרת לא להביא לעולם בת, כדי למנוע ממנה אותו סבל הנובע מהסביבה הפטריארכלית, אינה פועלת מטעמים מינגניים. יתרה מזו, מזווית פמיניסטית, עדיף לבחור את המין מראש מאשר להביא לעולם בת שתסבול מהזנחה ומרעב: Warren, לעיל ה"ש 14. אך ראו גם, בתשובה לכך, Balakrishnan, לעיל ה"ש 48, בעמ' 282; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 244.

Robertson, לעיל ה"ש 121, בעמ' 4-6.

"Procreative autonomy should not be sacrificed to correct social inequality. It is totalitarian for the State to dictate which children parents should have and rear" Savulescu, לעיל ה"ש 115, בעמ' 375.

Dahl, *Procreative Liberty*, לעיל ה"ש 86, בעמ' 383; Savulescu, לעיל ה"ש 115, בעמ' 375; McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 124. ראו גם את טענתו של בן־זאב שדווקא ההשלמה עם הטבע היא הלא־מוסרית: "עקרונות המוסר מטילים על האדם חובה לשפר את מעשי הטבע, למשל להפרות אישה עקרה, כאשר קיימת אפשרות טכנולוגית לשפר, ולשאוף לשיפור מעשי הטבע... ההשלמה עם הטבע היא בנסיבות מסוימות גישה אנטי־מוסרית." בן־זאב, לעיל ה"ש 74, בעמ' 246-247.

מקדוגל, המידה הטובה ההורית – הם (אולי) תפיסה מוסרית נעלה שאין כמותה, אולם אין היא צריכה לעמוד בבסיס החוק. החוק צריך להתייחס לחירותו של הפרט, כלומר, לחירות ההורית. חירות זו משמעה יכולת קבלת החלטות הנוגעות בפריון, ובכלל זה במאפייני הצאצא העתידי, כגון בריאותו או מינו. המידה הטובה ההורית – המחייבת את ההורים לקבל את ילדיהם גם כאשר הם סובלים מהמופיליה, ממחלת הנטינגטון או מאנומליות בכרומוזומי המין – אינה צריכה להיאכף באמצעים חוקיים, לא כאשר מדובר בסוגיות של חולי ובריאות ולא כאשר מדובר בסוגיות של מין ומגדר.¹³³

עמדה ליברלית מתנגדת לאיסור בחירת המין אף כאשר איסור זה בא כמענה לחשש מפני הידרדרות ב"מדרון החלקלק". בעייתיותו של טיעון "המדרון החלקלק" בכלל, ובדיונים בנושאי ביו-אתיקה בפרט, ידועה זה כבר,¹³⁴ והטענה המרכזית של מתנגדי האיסור היא שמתחת הקו דווקא לפני בחירת המין היא שרירותית. יש שמזכירים כי השיפורים הגנטיים קיימים כבר כיום באמצעות אלימינציה של קדם-עוברים הלוקים באבנורמליות גנטית; יש שמתחים קו גבול מוסרי ברור – וטוענים כי ניתן גם למתוח קו חוקי כזה – המבחין בין בחירת מין (מותרת) לבין בחירה (אסורה) של מאפיינים ותכונות אחרים (הפילוסוף הד טוען כי מאחר שבחירה של המין אינה כרוכה בהתערבות בגנום האנושי, אין לערוב כלל בין בחירת המין לבין עיצוב גנטי¹³⁵); ויש המסרבים לפסול גם עיצוב והשבתה גנטיים, ככל שהדבר יתאפשר, בתנאי שאלה ייעשו לצרכים מוסריים וטובים ובאופן מבוקר.¹³⁶ גם לטענה בדבר הנוק הבריאותי הפוטנציאלי לצאצא העתידי מתייחסים המתנגדים

- 133 McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 125. טענה נוספת בהקשר זה היא שדווקא בחירת המין טוביל לחיזוק היחסים המשפחתיים, שכן ילד/ה שמינו/ה נבחר/ת/יהיה ילד/ה רצוי/ה יותר ולפיכך אהוב/ה יותר. ראו גינזברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 123-124.
- 134 על השימוש הבעייתי בטיעון "המדרון החלקלק" בסוגיות של הולדה ראו אצל הד, לעיל ה"ש 77, בעמ' 67-69. לדיון נרחב בטיעון זה, ולהגנה פילוסופית על השימוש בו, ראו: DOUGLAS, N. WALTON, SLIPPERY SLOPE ARGUMENTS (1992).
- 135 Heyd, לעיל ה"ש 26.
- 136 ראו Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 22; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 241-242; Plummer, לעיל ה"ש 57, בעמ' 519-520, 552-554; McCarthy, לעיל ה"ש 68, בעמ' 306; Savulescu, לעיל ה"ש 115, בעמ' 375; Robertson, לעיל ה"ש 121, בעמ' 6-8; Dahl, *Procreative Liberty*, לעיל ה"ש 86. ראו גם את הוויכוח בין הגינקולוגים והגנטיקאים הצרפתים מעל דפי ה" HUMAN REPRODUCTION: The Place of 'Social Sexing' in: Pierre F. Ray et al., *Hum. Reprod. Med. 17* (2002); Rony Seif, *Sex Selection by Preimplantation Genetic Diagnosis: Should It Be Carried Out for Social Reasons?* 18 *Hum. Reprod.* 461 (2003); Pierre F. Ray et al., *Is Preimplantation Genetic Diagnosis for 'Social Sexing' Desirable in Today's and Tomorrow's Society?* 18 *Hum. Reprod.* 463 (2003) כן ראו זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 469-470 וההפניות שם; Dahl, לעיל ה"ש 27, בעמ' 160.

להתערבות בבחירת המין באמצעות הדגשת הצורך לקיים את התהליך באופן מבוקר ולעקוב אחר תוצאותיו.¹³⁷ יתר הטענות בדבר הנוק הפוטנציאלי כתוצאה מבחירת המין זכות בהתייחסות רצינית פחות, ונפטרות על-פי-רוב כרחוקות וכספקולטיביות מדי. בפרט, הטענות בדבר נזק פסיכולוגי לצאצא העתידי או בדבר נזק תודעתי-פילוסופי כתוצאה מעצם הבחירה בתכונותיו הן טענות חסרות בסיס, על-פי המתנגדים להתערבות בבחירה. בחירת המין אינה מלווה בהכרח ציפיות מגדריות סטריאוטיפיות, כאמור, ואף אם יש להורים ציפיות סטריאוטיפיות, אין הדבר גורר בהכרח יתר לחץ על הצאצא; אדרבה, ייתכן אף שמצבו של צאצא זה יהיה טוב ממצבו של צאצא ממין לא-מתוכנן שיופנו כלפיו ציפיות כאלה. מכל מקום, להורים שונים יש ציפיות שונות מילדיהם, אשר עיתים מתמשות ולעיתים לא. ההורים אוהבים את ילדיהם כך או כך, והנזק לילדים אינו משמעותי לרוב, ומכל מקום אינו מצדיק התערבות חוקית בחופש הבחירה ההורית.¹³⁸

זאת ועוד, הטענות בדבר נזק לצאצא העתידי הן לא רק חסרות בסיס אמפירי, אלא גם חסרות בסיס לוגי, לדעת המתנגדים לאיסור בחירת המין: כיצד ניתן להיקל למי שאינו קיים כלל? לציון בעיה זו טבע הפילוסוף דרק פֶרְפִיט את המונח "בעיית האי-זהות" (Non-Identity Problem).¹³⁹ לפחות מנקודת-מבט פרסונליסטית (person-affecting) – כזו המייחסת ערכים כגון רווחה או זכויות רק לאדם ספציפי, ולא למושגים מופשטים – הדיבור על זכויות או על רווחת הילד לגבי יצור אנושי פוטנציאלי שאינו קיים, ואשר עשוי לא להתקיים כלל, הוא פרדוקסלי. בוודאי כך כאשר מדובר בטענה ההברמסיאנית בדבר "תודעת אוטונומיה" פגומה. לדברי הריס, אותם צאצאים פוטנציאליים יכולים להתנחם במחשבה שאלמלא הבחירה של הוריהם, הם לא היו קיימים כלל. על-כן טענתו של הברמס בדבר נזק כזה, ולמעשה כלל הטענות בדבר נזק לצאצא הפוטנציאלי, הן בבחינת ספקולציות מטפיזיות חסרות בסיס, שאינן קבילות מבחינה לוגית.¹⁴⁰

137 למשל, Dahl, *Procreative Liberty*, לעיל ה"ש 86.

138 ראו Savulescu, לעיל ה"ש 115, בעמ' 374; McLEAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 124; Harris, *We're British*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 286.

139 ליישום בהקשרים של בחירת מין היילוד ראו Harris, *Regulated Hatred*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 292; McCarthy, לעיל ה"ש 68, בעמ' 304; McDougall, לעיל ה"ש 42, בעמ' 602. בעיה זו עומדת גם ביסוד הבעייתיות בקבלת טענות של הולדה בעוולה. להסבר כללי יותר ראו: DEREK PARFIT, REASONS AND PERSONS 351–374 (1984); James Woodward, *The Non-Identity Problem*, 96 ETHICS 804 (1986); Derek Parfit, *Comments (within Symposium on Reasons and Persons)*, 96 ETHICS 832, 854–862 (1986); הד, לעיל ה"ש 77, בעמ' 66; הד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 224; Heyd, לעיל ה"ש 5 (למעשה רוב הספר עוסק בבעיה זו). לניסיון ליישב את בעיית האי-זהות עם גישה פרסונליסטית באופן שונה ראו: MELINDA A. ROBERTS, CHILD VERSUS CHILDMAKER: FUTURE PERSONS AND PRESENT DUTIES IN ETHICS AND THE LAW (1998).

140 HARRIS, לעיל ה"ש 114, בעמ' 193–194: "I am far from convinced that there are any cogent arguments for the entitlement to be protected from feeling resentment and the

ההאשמה כי מדובר במטפיזיקה מופנית גם לתיאוריה הכללית של הברמס בדבר העיצוב הגנטי. כאמור, תיאוריה זו מנסה להתמודד עם שאלת העיצוב הגנטי מפרספקטיבה ליברלית. אולם הטענה כי התערבות גנטית בזהות הצאצא פוגמת בסימטרייה של היחסים מעוררת קשיים כאשר מנסים ליישמה ביחס לבחירת המין. תיאוריה זו (בדומה לתיאוריות קרובות סלחניות יותר ביחס לאפשרות של עיצוב גנטי¹⁴¹) תופסת את הבחירה במאפיינים הגנטיים של היילוד העתידי כהתערבות חיצונית. על-כן היא מניחה, למעשה, כי לפני ההתערבות הגנטית כבר קיימת זהות אנושית "פנימית" (להבדיל מחיצונית), כלומר, בעלת מימד קבוע כלשהו (ולו מצומצם).¹⁴² אולם בחירת המין מאתגרת תפיסה זו בהיות המין תכונה בינרית – זכר/נקבה – שמהווה מימד כה אינהרנטי של הזהות האנושית.¹⁴³ לשם הבהרת העניין נפרד לרגע מתפיסת הזהות הסטטית (בחלקה לפחות) של התיאוריות האלה, ונאמץ את תיאוריית הזהות הקונצנטרית של הד. הד תופס את הזהות האנושית כהליך דינמי ובלתי-פוסק, אולם מדרגי, הבנוי שכבות-שכבות מהליבה אל פני השטח.¹⁴⁴ המין הביולוגי נתפס (לפחות בקרב הרוב המכריע של האנושות) כמצוי בשכבות-הליבה, אם לא בשכבה הבסיסית ביותר,

children in question might find it salutary to reflect that but for their parents' choice, they themselves would not exist at all"

141 ראו לעיל ה"ש 106.

142 "הכמיהה לילד גורמת להורים ליצור מצב שבו הם ישלטו באופן חופשי על המשך החיים האנושיים הקדם-אישיותיים, על סמך אבחון." הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 154 (ההדגשה באות נטויה מופיעה במקור; ההדגשה באות שמנה הוספה). ההנחה בדבר חיים אנושיים קדם-אישיותיים מניחה כי עוד קודם להיווצרות האישיות יש בכל-זאת היווצרות של חיים אנושיים, כלומר, של זהות מסוימת, ולו מצומצמת למאפייניה האנושיים הלא-ייחודיים.

143 אני מתייחס לזהות האנושית הקונוונציונלית. כיום ניתן אומנם לשנות מין ביולוגי באמצעות תהליך רפואי, אולם עובדה זו אינה עומדת בסתירה לתפיסת המין הביולוגי כרכיב יסודי של הזהות האנושית; להפך – המשמעות העמוקה שטרנסקסואלים (אשר עברו או שואפים לעבור ניתוח לשינוי המין הביולוגי) מייחסים להליך זה, נכונותם להוציא סכומי כסף גדולים ולעבור הליכים כירורגיים מכאיבים והחשיבות שהם מייחסים להתקבלות ההכרזות בזהות המינית החדשה ("לעבור" בעגה הטרנסקסואלית) יעידו על כך. ראו כתבת מוסף הארץ בנושא: ענת אור "האיש החדשה" הארץ 23.3.2004. ראו גם את טענתה של זפרן כי "השייך המיני (או כפי שנכון לכנותו בהקשר זה – המגדר) מהווה גם כיום היבט משמעותי בעיצוב חייו של הפרט. לשייך המגדרי יש השפעות מהותיות – חלקן אפילו בעלות היבטים דטרמיניסטיים – על נתיב חייו של הפרט". זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 478. כנגד זה יש להזכיר תיאוריות פמיניסטיות פוסט-סטרוקטורליסטיות אשר מדגישות את הדינמיות ואת חוסר היציבות של הזהות, ומבקשות לערער על קביעותן ועל הכרחיותן של הקטגוריה התרבותית של המגדר ואף של הקטגוריה הטבעית לכאורה של המין. ראו: JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE — FEMINISM AND THE SUBVERSIONS OF IDENTITY (1990); JUDITH BUTLER, BODIES THAT MATTER — ON THE DISCURSIVE LIMITS OF "SEX" (1993).

144 HEYD, לעיל ה"ש 5, בעמ' 172–178.

עד כדי כך שקשה לדמיין את הזהות האנושית בנפרד מקיומו של מין. במילים אחרות, בחירת מין היילוד מאתגרת את התפיסה ש"ההתערבות" הגנטית היא נפרדת מן ה"יצירה" הגנטית (כלומר, הפריזון), בהצמידה את הבחירה עם עצם ההפרייה.

אכן, באחרית-הדבר לספרו מספר הברמס על רב-שיח שהוא השתתף בו בארצות-הברית, אשר עסק בשאלת העיצוב הגנטי. רונלד דבורקין אתגר את התיאוריה של הברמס באמצעות הדוגמה של בחירת מין. הברמס מודה כי הצאצא העתידי "אינו יכול להשליך את זהותו האישית חזרה על עבר מיני שהוא נייטרלי... לפיכך נדמה שהחלטה מרחיקת לכת כמו בחירת המין, המגדירה את הזהות, לא חייבת לגרור תוכחה רצינית מצדו של הנפגע... מכיוון שאין טעם מוסרי להעדפת מין מסוים, שניתן לחרוט על דגלנו, מן הראוי שלאדם הנפגע זה לא ישנה אם הוא בא לעולם כבן או כבת."¹⁴⁵

הודאה זו אינה מזוהה כמובן את הברמס מעמדת הגינוי המוסרי כלפי בחירת המין האלקטיבית, אך דומה שהוא אינו מצליח לספק הסברים טובים לה: "הסיבה המוסרית לתוכחה נותרת אותה הסיבה גם במקרה שתודעת האוטונומיה של אדם מקופחת, והוא אינו מקבל בעצמו את זכות הדיבור, כי אינו יכול להתנגד כלל... מאחר שמלבד תובנות מוסריות אין בידינו הכרה אובייקטיבית של ערכים, ומאחר שהפרספקטיבה של גוף ראשון חרוטה בכל הידע האתי, הרי המסד הסופי של הרוח האנושית קורס תחת עומס הציפייה להנחיות בקביעת המטען הגנטי 'הטוב ביותר' לתרחישי החיים של ילדינו."¹⁴⁶ בהעדר "נוק פוטנציאלי" מבוסס, נותרנו אפוא עם לא יותר מאשר תודעת אוטונומיה מקופחת של מי שאינו מודע לכך שתודעתו מקופחת, או עם תוכחה מוסרית שאינה נסמכת על דבר פרט לאינטואיציה ביחס לטבע האנושי. מתנגדיו של הברמס יגדירו זאת כמטפיזיקה. הליברלים המצדדים בהתרתה של בחירת המין יחזרו ויאמרו כי בהעדר נזק, תובנה מוסרית אינטואיטיבית, חוקה ככל שתהיה, אינה סיבה טובה מספיק להגבלת חירותו של הפרט.¹⁴⁷

145 הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 143-145.

146 שם. דומני כי דימוי הקריסה שנגקט על-ידי הברמס משקף גם את תחושתו בדבר קריסת טיעונו-הוא. תחושה דומה באה לידי ביטוי בדבריו של לאון קס ביחס לניסיון לנמק באופן רציונלי את ההתנגדות לשיבוט: "סלידה איננה נימוק... יחד עם זאת, במקרים מכריעים מסוימים, התיעוב הוא הביטוי הרגשי של חכמה עמוקה, שאין בכוחה של התבונה לבטאה בשלמותה... אני סבור שסלידתנו משיבוט בני-אדם שייכת לקטגוריה הזו... אנו מרגישים, באופן בלתי אמצעי וללא צורך בנימוקים הגיוניים, שהיא פוגעת בדברים יקרים ללבנו. אנו חשים שהשיבוט הוא זיהום עמוק של טבענו כיצורים מולידים ושל היחסים החברתיים הבנויים על בסיס טבעי זה... את החכמה שבזעזוע שלנו מפני השיבוט האנושי אפשר לבטא במלים, לפחות באופן חלקי, גם אם זהו, בסופו של דבר, אחד מן המקרים שבהם יש ללב סיבות משלו, שאין השכל יכול לרדת לחקרן." קאס "עתידי האנושות", לעיל ה"ש 76, בעמ' 33-34 (ההדגשות הוספו).

147 ראו Harris, *We're British*, לעיל ה"ש 42, בעמ' 286. הריס מודה ב"עומק" טיעונו של הברמס, ואף מוסיף, בצניניות אופיינית, כי טיעון זה עמוק יותר מהשגתן של הרציונליות או של ראיות מוכחות. אפשר למקם את העימות בין הברמס (וגם בֵּיירן, למשל) לבין דבורקין,

ד. בחירת מין היילוד בראי הזכויות והחירויות הליברליות

סקירת שלל הטיעונים המצדדים ברגולציה של בחירת המין ואלה המתנגדים לה הראתה כי רוב הדיון נעשה במונחים תוצאתניים – בניסיון לטעון לנזק אפשרי המצדיק את האיסור (או את ההגבלה) של בחירת המין, מן הצד האחד, או בטענה כי הסתברות הנמוכה או הספקולטיבית של הנזק אינה מתירה איסור כזה, מן הצד האחר. בשולי הדיון נשמעות טענות שמבקשות להגביל את בחירת המין על בסיס אתי חלופי, כגון תפיסות דתיות, תפיסות בדבר המידה הטובה ההורית, או תפיסות דאונטולוגיות בדבר מהותו הלא-מתוכננת של הטבע האנושי או בדבר מהותם השוויונית והסימטרית של היחסים החברתיים. אם להודות בַאמת, הטיעונים השונים בדבר הנזק הפוטנציאלי הצפוי – הן מבחינה חברתית, הן מבחינת מוסד המשפחה והן מבחינת הנזק האפשרי לפרטים – מצדיקים בראייתי, בהצטלבם ובהצטברם, איסור רגולטורי של בחירת מין אלקטיבית טרום-הריונית. אולם יש לשים על לב כי נקודת המוצא התוצאתנית של הטיעונים הללו מחייבת הצבעה על נזק או על פגיעה כדי לשלול את האפשרות לבחור את מין היילוד העתידי. על-פי השקפה זו, צודקים הטוענים שאם ניתן לווסת או לבקר את ההשלכות המזיקות הצפויות של מדיניות המתירה בחירת מין, ראוי לעשות כן, ולא להגבילה באופן כוללני. על נקודת מוצא זו אבקש לערער בפרק זה.

אפשר לתאר את ההסתעפויות בהצדקות השונות להגבלת בחירת המין כפרשת-דרכים משולשת: דרך אחת, היוצאת מן השיח הליברלי, מקבלת כאמור את ההשקפה שבאופן עקרוני אין להגביל את הבחירה – ההגבלה נעשית כרע הכרחי בלבד, בשל הנזקים הצפויים לפרט ולחברה ממדיניות מתירנית ביחס לבחירת המין; דרך אחרת היא לזנוח את האתיקה הליברלית ולטעון כי הגבלת הבחירה מוצדקת לאור עקרונות אתיים אחרים, כגון המידה הטובה ההורית או האתיקה השוררת ביחסים המשפחתיים, או לחלופין לאור עקרונות דתיים; הדרך השלישית, שבה ניסה הברמס לצעוד, מבקשת להישאר במסגרת הדיון הליברלית ולנסות להצדיק את הגבלת בחירת המין מתוכה. אולם טיעונו של הברמס נדחה בסופו של דבר, כפי שראינו, בשל פנייתו למטפיזיקה בדבר מהותו של הטבע האנושי או

הריס ואחרים בהקשר התרבותי הרחב של תפיסות פוליטיות פילוסופיות שונות של האדם והעולם, ולהציגו כעימות בין שני דגשים שונים של הליברליזם: מצד אחד ניצבת התפיסה הקונטניננטלית הניאו-קנטיאנית – שהיא בעלת מימד מטפיזי ניכר – הרואה את החוק כערך אובייקטיבי וכציווי עליון, את החברה כבעלת פוטנציאל הרמוני, את האדם כיצור שהינו תכלית בפני עצמה, ואת החירות כמצב תודעתי של האדם בעל זיקה לחוק ולרצון הכללי; ומצידם האחר של התעלה והאוקיינוס, דימוי המציאות מיטלטל בין הכאוס של מצב הטבע ההובסאיני לבין הדינמיות השוצפת של הפילוסופיה הפרגמטיסטית, ובשני המקרים זהו זרם מתמיד של שלל תפיסות והשקפות מתחרות, של עולמות מרובים, שבתוכם הפרטים נעים ותרים אחר האושר, שהוא תמיד סובייקטיבי, למעט במפגש בין פרטים (המתרחש לרוב בשוק), והחירות אינה פונקציה של התודעה, אלא של ההווה, והגנתה העיקרית היא מפני התערבות מדינתית. הברמס דן בספרו באופן רפלקסיבי בהבדלים שבין השקפות-העולם הללו. ראו הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 130-133.

מקורה האורגני של תודעת החירות.¹⁴⁸ בהמשך המאמר אבקש לנסות לצעוד בדרך שלישית זו, אולם באופן שונה. טיעוני יבקש להתמקם בגבולות התיאוריה הליברלית, ולהציג עמדה מסויגת ביחס לבחירת המין מתוך היסמכות על מקורותיה של תיאוריה זו, ובפרט מתוך עמידה על אופייה הפוליטי ועל משמעויותיה הפוליטיות של בחירת המין. במילים אחרות, אבקש להראות כי הדיון בסוגיה של בחירת מין היילוד צריך לצאת לא מנקודת המוצא של זכויות הפרט והנוק שבפעולה, אלא מנקודת המוצא של הערכים המשותפים לקהילה הפוליטית.

לצרכים אנליטיים-דידקטיים אחלק את טיעוני לשניים. בפרק הנוכחי אדון בזכויות השונות הנקשרות לבחירת מין היילוד, בשאיפה לערער על התפיסה הרווחת כי בחירת מין היילוד מהווה נגזרת של זכות אדם. תחילה אדון בזכות הקרויה "חופש הפרייון" (Reproductive Liberty), ואציגה באופן מבואר. לאחר-מכן אציג את קרובתה הגנטית המוכרת יותר בתרבות המשפטית הישראלית – הזכות להורות. לצידה תוצג גם הזכות לתכנון המשפחה, שיונקת את שורשיה, כמו הזכות להורות, ממושג הזכות לחיי משפחה, ואשר עשויה אף היא להתקשר לבחירת מין היילוד. לאחר-מכן אדון בזכויות הקלסיות יותר העשויות להתקשר לשאלה דנן – הזכות לפרטיות ומושג האוטונומיה של הפרט, הנקשר לזכות הבחירה באופן כללי.¹⁴⁹ לאחר שלילת שיח הזכויות כמקור הסתמכות ביחס לבחירת המין, אבקש להתוות בפרק הבא קווים ראשוניים של התייחסות לבחירת המין לאור עקרונות הפילוסופיה הפוליטית הליברלית, המדגישים את חשיבותה של הגבלת הריבונות ומצדיקים בראיית את מעורבותה של הקהילה הפוליטית בבחירה מעין זו.

148 בדחייה זו טיעוני-הנגד חושפים למעשה את כשלוננו של הברמס בייצור פילוסופיה "פוסט-מטפיזית", כפי שהוא טוען שניסה לגבש (ראו הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 35-52). ראו על

כך לעיל ה"ש 140 והטקסט הסמוך אליה, וכן Baldwin, לעיל ה"ש 26, בעמ' 641.

149 זכויות נוספות שעשויות להתקשר לבחירת מין היילוד, ואשר לא אדון בהן במאמר זה, הן הזכות ביחס לגוף (שעולה בעיקר בהקשר של הפלות, וראו בהקשר זה: Judith J. Thomson, *A Defense of Abortion*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 47 (1971); שיפמן, להלן ה"ש 151, בעמ' 169) והזכות לקבלת טיפול רפואי נאות או מיטבי (ראו אצל זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 462-463, הקושרת את הזכות ביחס לגוף לזכות לטיפול רפואי נאות או מיטבי). איני דן בזכויות אלה באופן מפורט במסגרת המאמר בשל שוליותן היחסית בשיח על בחירת המין ובשל זיקתן החלשה יותר לפעולה זו: הזיקה לזכות לגבי הגוף חלשה יותר בבחירת מין היילוד מאשר בהפריה טבעית (או בהפלות), שכן בחירת מין היילוד כרוכה בביצוע מניפולציות ואף הפריה מלאכותית בתאי הרבייה, אשר נעשות בסופו של דבר מחוץ לגוף. באופן דומה, בחירת מין היילוד מוצאת אומנם אל הפועל באמצעות הטכנולוגיה הרפואית, אולם קשה להכלילה במסגרת הזכות לקבלת טיפול רפואי נאות או מיטבי, שכן הקשר בין זכות זו לבין האפשרות לבחור את המין הוא לכל-היותר עקיף, אם מתקיים בכלל. ראו אצל זפרן, שם, ולהלן בטקסט הסמוך לה"ש 188-190 (ראו בהקשר זה גם את הדעה כי אין מדובר בסוגיה בריאותית, אלא בסוגיה הנוגעת בשיקולי רווחה, אצל אלמוג ובנדור, במסגרת הדיון להלן בה"ש 182).

1. חופש הפרייון (Reproductive Liberty)¹⁵⁰

יש לציין כי ההופעה של המושג "חופש הפרייון", כמו גם של המושג "הזכות להורות", היא חדשה יחסית, וקשורה להתפתחויות הטכנולוגיות בתחום הילודה והפרייון שליוו את תהליך המדיקליזציה של הלידה. אם בעבר נתפסה הולדת ילדים כמצווה דתית, כפלא אלוהי או כהליך טבעי-אבולוציוני, בעשרות השנים האחרונות, עם פיתוחם ותפוצתם של אמצעים טכנולוגיים הקשורים ללידה, החל באמצעי-מניעה ועד הפריה חוץ-גופית, החל להתפתח דיון על זכות בקשר לפרייון, ללידה ולהורות.¹⁵¹

בעצם השימוש במונח "חופש הפרייון" מובעת כבר הדעה כי הפרייון או הפוריות, בדומה לתנועה ולביטוי, הם תופעה (או פעולה) אנושית טבעית ואינהרנטית, אשר זכאית לפיכך למימוש על-פי רצון הפרט ולהגנה מפני התערבות חיצונית. הפרייון נתפס אפוא כמושגים של חירות שלילית,¹⁵² הובסיאנית, חירות ביולוגית וטבעית, כ"תחום אשר במסגרתו יכול לפעול אדם מבלי שיופרע על-ידי אחרים".¹⁵³ המשפטן ג'ון רוברטסון, אחד מהוגיו ומדובריו המרכזיים של מושג זה, מגדיר כך את חופש הפרייון: "The freedom to decide whether or not to have offspring and to control the use of one's reproductive capacity... Any restriction, regulation, or imposition of these technologies necessarily interferes with or limits procreative freedom"¹⁵⁴. מכאן נובעת התפיסה כי על-מנת לפגוע בחופש

150 בשפה האנגלית השתגר והשתרש המונח Reproductive/Reproduction Liberty (מונח מוכר נוסף, שגור פחות, הוא Procreative Liberty). בשפה העברית המונח אינו מקובל עדיין מאוד, והתרגום הקיים לעברית הוא "חופש הרבייה". ראו, למשל, שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות יסוד" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 5, 115. היות שמונח זה אינו מצוי עדיין בשימוש נפוץ, נטלתי לעצמי את חופש התרגום ובחרתי במונח "חופש הפרייון". המונח אולי מדויק פחות מבחינה סמנטית (reproduction משמעו הולדה, התרבות ואולי אף רבייה, אך בוודאי לא פרייון, שקשור יותר ל-fertility) אולם מוצלח יותר לטעמי מבחינת הקונוטציה, שכן ל"רבייה" יש קונוטציה ביולוגית/זואולוגית, ואילו הקונוטציה של פרייון קשורה יותר לתחום הילודה וההתרבות בקרב בני-אדם. אכן, לא בכדי הונהגו בתחום הרפואי מושגים כגון "רפואת פרייון", "אי-פוריות", "תרופות פרייון" וכיוצא בהם. לתרגום נוסף של reproduction לפרייון ראו גולדין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 170, ה"ש 3.

151 ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 139-140 (1989); ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 116; זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 460-461.

152 ראו ישעיה ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות 170 (1987).

153 שם, בעמ' 174. כן ראו ROBERTSON, להלן ה"ש 92, בעמ' 23.

154 ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 16, וביתר פירוט בעמ' 22-42. ראו גם AGAR, לעיל ה"ש 106, בעמ' 5-6; MAJA K. ERIKSSON, REPRODUCTIVE FREEDOM IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW 166-167 (2000).

הפריון, הנתפס כזכות שלילית, יש להוכיח קיומו של נזק במידה המצדיקה התערבות בתירות הפרט.¹⁵⁵ במשפט הישראלי לא הוכר המושג "חופש הפריון" בפני עצמו, אך יסודות שונים אשר קשורים אליו ומהווים חלק ממנו הוכרו, בעיקר דרך הדיונים בזכות להורות (ראו על כך בסעיף הבא). אולם במדינות שונות, בעיקר בארצות-הברית, זכה חופש הפריון – בעיקר בהיבט של החופש מפריון, כפי שיפורט מייד – בעיגון פסיקתי חוקתי.¹⁵⁶ בדוננו בחופש הפריון עלינו לזהות ראשית מהם רכיביו, ובפרט אילו רכיבים אינם נכללים במסגרת חופש הפריון ולפיכך אינם נכללים במסגרת הדיון. באופן מילולי, חופש הפריון מתפרש כנוגע בתהליכי הרבייה, ההפריה והלידה בלבד,¹⁵⁷ ועל-כן דומה כי כל הנושא של גידול הילדים וקיום הקשר עימם, למשל, לא יהיה חלק מחופש הפריון. יתר על כן, גם החלטות שונות שקשורות ללידה אך שאין להן נגיעה בעצם הפריון וההולדה – כגון זכותו של האב לנכות בלידה, זכותה של היולדת ללדת בסביבתה הביתית וכיוצא בהן – אינן נכללות באופן מסורתי בחופש הפריון.¹⁵⁸

ניתן להבחין ברכיבים אחדים ונפרדים זה מזה אשר נכללים בחופש הפריון. הרכיב הראשון, וככל הנראה זה שמוזהה במיוחד עם המושג *Reproduction Liberty*, הוא חופש הפריון במובן של *חופש מפריון*. הכוונה היא בעיקר לזכות לביצוע הפלות (אשר שנויה במחלוקת בארצות-הברית ובמדינות שונות בעולם) וכן לזכות להשתמש באמצעי-מניעה (אשר אף היא, הגם שהיא מקובלת מאוד כיום, הושגה רק לאחר מאבק חברתי).¹⁵⁹ רכיבים נוספים קשורים דווקא לחופש לפרות ולרבות. נוכל להבחין במסגרתם בין *החירות לפרות באופן טבעי*, כלומר החופש לקיים יחסי-מין במטרה להוליד, לבין *החירות להשתמש בטכנולוגיות של פריון לשם הולדה*.¹⁶⁰ רכיבים אלה יידונו ביתר פירוט בסעיף הבא, בהקשר של הזכות להורות ומתוך השוואה עימה.

הרכיב האחרון של חופש הפריון, והמעניין ביותר לענייננו, הוא *החופש לקבל החלטות לגבי ההולדה ואופן הרבייה*, ובכלל זה החלטות הנוגעות במועד ההולדה, במספר הילדים ובמרווח-הזמן שבין לידה ללידה. יש הכוללים ברכיב זה של חופש הפריון גם זכות לקבלת

155 ראו ברלין, לעיל ה"ש 152. ראו גם הטקסט הסמוך לה"ש 116–117 לעיל וכן תת-פרק ד 5 להלן להרחבה בנושא הנוק.

156 ראו ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 45–68; Rachel N. Pine & Sylvia A. Law, *Envisioning a Future for Reproductive Liberty: Strategies for Making the Rights Real*, Roe v. Wade 410 U.S. 113, 93. S. Ct. 27 HARV. C.R.–C.L. L. REV. 407 (1992) כן ראו: (1973) 705 (להלן; עניין *Roe v. Wade*).

157 ראו גם ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 22–23.

158 שם. על הזכות ללדת בסביבה הביתית ראו אומי ליסנר "חוק, לידה, הביצה והתרנגולת" האם המשפט חשוב? (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, בכתובים).

159 ראו, למשל, Pine & Law, לעיל ה"ש 156; ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 26–29; וכמוכן עניין *Roe v. Wade*, לעיל ה"ש 156.

160 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 119; ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 29–32.

החלטות לגבי מאפיינים של הצאצא העתידי. בתוך כך מצויה, למשל, ההחלטה לסיים היריון או לא לבצע השרשה של ביצית מופרית בשל מחלה, לקות או הסתברות להן – פעולות הנתפסות כקרובות לחופש הפרייון במשמעותו הראשונה ("החופש מפרייון"). אולם הרחבה נוספת של תפיסה זו כוללת במסגרת זו גם חופש לקבל החלטות לגבי מאפיינים נוספים של הצאצא, כגון מינו וכגון תכונות אחרות אם הן ניתנות לבחירה מראש. במובן זה ניתן להבחין בין שתי גישות שונות כלפי הרכיב האחרון של חופש הפרייון: הגישה המצמצמת טוענת כי חופש הפרייון מתמצה בזכות של אדם להתרבות/להשתכפל;¹⁶¹ ואילו הגישה המרחיבה טוענת לחופש להשתמש בכל צורה שהיא בתאי הרבייה המופקים בהליכים הטכנולוגיים ובביציות המופרות, ובכלל זה החופש לבחור מבין כמה ביציות מופרות (בין היתר על-פי תכונותיהן הגנטיות הרצויות) וכן החופש לבצע מניפולציות גנטיות או השבחה גנטית.¹⁶² חשוב לציין, אם כן, שגבולותיו של חופש הפרייון הניבט זה אינם ברורים, ויש ויכוח ביחס לתכולתו – ויכוח שביטוי אחד שלו, הבחירה ביילוד על-פי מינו, עומד במרכז המאמר הנוכחי. המונח "חופש הפרייון", חרף הקונוטציה החירותית שלו, אינו מצדיק כשלעצמו את המדיניות המתירנית ביחס לבחירת המין (או ביחס לבחירת תכונות אחרות, לצורך העניין), ויש לברר את היקפה של חירות זו. המשך הדיון בשאלה ייעשה אפוא מפרספקטיבה של זכויות וחירויות אחרות הנקשרות לשאלה זו.

2. הזכות להורות

הזכות להורות היא זכות משפטית מוכרת, בפרט במשפט הישראלי, כאמור, ואף שהיא אינה חרותה בחוק-מדינה, היא הוכרה פעמים רבות בפסיקה הישראלית כזכות-יסוד.¹⁶³

161 כך קובעת אריקסון, אשר דנה בכך במסגרת דיונה בזכות לתכנון המשפחה: "Only the right to reproduce oneself is protected" to. ראו: MAJA K. ERIKSSON, THE RIGHT TO MARRY AND TO FOUND A FAMILY 163 (1990). בעמ' 165-166.

162 ראו ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 149-196. לטענה מעודכנת יותר ראו: John A. Robertson, *Procreative Liberty and Harm to Offspring in Assisted Reproduction*, 30 AM. J. L. & MED. 7 (2004). כן ראו HARRIS, לעיל ה"ש 114, בעמ' 171-195; Julian Savulescu, *Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children*, 15 BIOETHICS 413 (2001); גינזברג, לעיל ה"ש 5.

163 למשל, בעניין ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330 (1990) (דיון בבקשה לביטול צו אימוץ) (להלן: עניין פלוני); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: עניין נחמני); עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 2; בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, תק-על 2006(2) 3564 (2006) (להלן: עניין דוברין) (עתירתו של האסיר יגאל עמיר לאפשר לו להביא ילד לעולם באמצעות תהליכי הפרייה); ה"פ (י"ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות (לא פורסם, 3.8.2005) (להלן: עניין פלונית) (עתירתה של אישה רווקה להרות מזרע של תורם נשוי אשר זהותו ידועה לה והוא מסכים לתהליך); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 17-21 לפסק-דינה של השופטת

הזכות להורות משתרעת על תחום עניינים רחב, החל בזכותו של אדם להתור להצטרפות לאוכלוסיית ההורים, אם בדרך טבעית ואם בסיוע טכנולוגי, המשך בזכותו שלא תיכפה עליו הורות בניגוד לרצונו ולבחירתו, וכלה בזכותו להחזיק בילדיו או לפחות לקיים עימם קשר קבוע. על-אף הופעתה המאוחרת יחסית בשיח המשפטי,¹⁶⁴ כיום הזכות להורות הינה זכות מוכרת ומוצקה, שהמשפט מכריז עליה בקול חגיגי: "הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה; וזכות זו היא בעלת עוצמה..."¹⁶⁵

מן הדברים הללו, אשר מקבילים את הזכות להורות ל"קיומו של המין האנושי", עולה התפיסה כי עניינה של הזכות להורות, לפחות על-דרך הכלל, הוא בהורות הביולוגית, קרי, בהורות מכוח הזיקה הגנטית, ההיריון והלידה. למעשה, המושג "הורות ביולוגית", הכולל את שלושת הרכיבים הללו גם-יחד, עלול להטעות, שכן טכנולוגיות הפיריון החדישות מאפשרות לנתק בין היבט התורשה הגנטית לבין ההיריון והלידה – אם באמצעות תרומת תאי רבייה (תרומת זרע, תרומת ביצית או אף תרומת שני תאי הרבייה גם-יחד) ואם באמצעות שימוש באם פונדקאית.¹⁶⁶ עם זאת, לצורך דיונו נתייחס להיבטים שונים אלה של ההורות הביולוגית כאל מכלול אחד. ההורות החוקית-המשפטית מבוססת על-פי-רוב על זיקה ביולוגית/גנטית זו,¹⁶⁷

פרוקצ'יה, וכן פסק-דינה של הנשיאה ביניש, בפרט פס' 2 (לא פורסם, 24.3.2009) (להלן: בג"ץ 4293/01) (פסק-הדין עסק ביישומה של אחת מהתקנות ביחס לאימוץ הבין-ארצי).

164 ראו לעיל ה"ש 151 והטקסט הסמוך אליה.
 165 הקול הוא קולו של השופט חשין בעניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 2, פס' 32 לפסק-דינו.
 166 לפירוט ראו אברהם לייטמן "מהו הריון מסוג אחר" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 5, 13, וכן אברך ופיש, לעיל ה"ש 17. ראוי לציין כי החוק הישראלי, הנחשב מתירני יחסית, אוסר הולדה כתוצאה מתרומה משולבת של זרע וביצית במקרה של הפריה חוץ-גופית, וכן שילוב של תרומת זרע ושימוש באם פונדקאית. ראו, בהתאמה, תק' 13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 978 (להלן: תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית)); ס"ק 2(4) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (להלן: חוק הפונדקאות).

167 בחוק הפונדקאות נקבעת ההורות המשפטית של ההורים המיועדים, כהגדרתם בחוק, בס' 10 נקבע כי "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו", ולצד זאת נקבע בס' 11-12 כי ההורים המיועדים (או פקיד הסעד) יגישו לבית-המשפט בקשה למתן צו הורות, ועם מתן הצו על-ידי בית-המשפט "יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין" (לצד זאת קיים מנגנון המאפשר במקרים חריגים קביעת הורות של "האם הנושאת", כלומר הפונדקאית, על הילד). בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) לא נקבע דבר בעניין זה, אולם מניסוח התקנות, המתייחס ל"תורם" ול"תורמת", ניכר כי אין כל הכרה ביחס הורי בין התורמים לבין הצאצא, ולעומת זאת הורותה של האישה מקבלת התרומה נתפסת ככל הנראה כמונת מאליה, מאחר שהיא אינה מצוינת כלל.

אולם יש גם מקרים נוספים, של הורות מכוח אימוץ, אף שהדיבור על קיומה של "זכות" להורות במקרים אלה הוא מוקשה.¹⁶⁸

ההיבט של הזכות להורות שאליו נתייחס כאן – שהוא אולי המרכזי מבין רכיביה של הזכות להורות – הוא הזכות לחתירה למימוש ההורות. היבטים נוספים כוללים את הזכות לקשר בין הורים לבין ילדים קיימים, כלומר סוגיית החזקה של הורים על ילדיהם או קיום קשר עימם, העולה בעיקר – אך לא רק – בהקשרים של הוצאת ילדים מחזקת הוריהם בנסיבות של גירושים, אומנה או אימוץ;¹⁶⁹ ואת הזכות, כאמור, לא להיות הורה,

168 בהקשר של אימוץ, הטיעון של זכות להורות עשוי אולי לעלות במובן של הזכות לחזקת ההורים המאמצים על ילדם וקיום הקשר עימו. אולם ביחס לאינטרס להצטרף לאוכלוסיית ההורים (על המובנים השונים הללו של הזכות להורות ראו בהמשך הטקסט), הטיעון כי לאדם יש זכות לאמץ ילד לא התקבל, ואף נראה בעייתי, בניגוד לזכות להביא ילדים לעולם. במקרה שעלה לאחרונה לפני בית-המשפט קבעה השופטת פרוקצ'יה, בדעת מיעוט מקיפה, כי אין זכות להורות בדרך של אימוץ. דעת הרוב העדיפה להשאיר שאלה זו בצריך עיון בשל רגישותה. ראו בג"ץ 4293/01, לעיל ה"ש 163. לדעות נוספות בדבר העדר זכות להורות בדרך של אימוץ ראו גרין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 67-68; שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 145-150. עדות נוספת להעדר זכות כזו מצויה בהגבלות הרבות שהמדינה מטילה על המבקשים לאמץ – הן בחוק התרת האימוץ רק לבני-זוג נשואים) והן על-ידי המנהל, בדמות השירות למען הילד (הבודק גיל, מצב כלכלי, מצב בריאותי וכשירות פסיכולוגית לשמש הורים). ראו חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293 (להלן: חוק אימוץ ילדים), וכן מילי מאסס ועדי אופיר "דאגה, השגחה והפקרה: על אימוץ כפוי וסגור" עיוני משפט כט 257 (2006). ראו גם אצל שלו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 513-515. יש להדגיש כי אף ששלו מציינת את האימוץ תחת כותרת המאמר "זכות הפרט להיות הורה", היא אינה מציינת כי יש זכות לאימוץ. אימוץ ילדים מחוץ-לארץ עבר הפרטה חלקית, ובהתאם לכך אמות-המידה לאישור מועמדים לאימוץ מחמירות כיום פחות, אולם נערכת עדיין בדיקה קפדנית שלהם (ראו ס' 128 – לחוק אימוץ ילדים). שיפמן מבקר אומנם בספרו את עוצמת מעורבותה של המדינה בהליכי האימוץ, אולם אף הוא אינו מציע להפחית את הפיקוח החברתי על האימוץ, ומדגיש כי "אין לאדם זכות לאמץ ילד. זכותו היא שלא יופלה לרעה לעומת מועמדים אחרים ושינהגו בו בהגינות" (שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 147). אלמוג ובנדור טוענים אומנם כי הזכות להורות כוללת גם את הזכות לאמץ ילדים ולגדלם, אולם דומה כי הטענה נכתבה בהערת-אגב, ואינה משקפת מדיניות מנומקת (ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 116). בית-המשפט התיר במקרים מסוימים חריגה מאמות-המידה המנויות בחוק – למשל, במקרים של אימוץ בתוך משפחה חורגת או אימוץ על-ידי זוגות חד-מיניים. אולם הנימוק במקרים הללו לא התבסס על הזכות להורות, אלא על טובת הילד וזכויותיו (למשל, ע"א 10280/01 ירוס'חקה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005)).

169 בעקבות השופט ש"ז חשין נהוג להשתמש בהקשרים אלה במושג "קול הדם", וראו גם את דבריו של השופט חשין הבן בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 102, פס' 21 (1995): "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו,

אשר כוללת סוגיות שונות (כגון איסור שיווק והפצה של אמצעי-מניעה, סוגיית ההפלות הנודעת, איסור היריון בכפייה, מקרים של "גנבת זרע" במרמה ואף מחלוקות בין בני-זוג לגבי שימוש בביציות המופרות שלהם, כמו במקרה נחמני הידוע) ואשר הוכנסה אף היא במשפט הישראלי למסגרת מושגית של "הזכות להורות".¹⁷⁰ היבטים אלה אינם מענייננו במסגרת מאמר זה.

ענייננו כאן, כאמור, הוא בזכותו של אדם לחתור להצטרף לאוכלוסיית ההורים. בניסוחו של פרופ' שיפמן, זהו ה"צורך של אדם להיבנות, ובדרך זו להבטיח המשכיות לעצמו לאחר מותו, לא פחות מאשר הסיפוק המקווה מגידול ילדים בחייו".¹⁷¹ השופט חשין אפיין זאת כ"צורך-נפש עמוק... [ב]הורות המולד באדם".¹⁷² נוכל לכנות רכיב מרכזי זה של הזכות להורות "זכות למימוש הפוטנציאל ההורי הגלום באדם". הביור-אתיקאית רביצקי מגדירה כך את הזכות להורות: "זכותו של אדם לפעול בכל דרך שהיא [כולל בדרכים שמתאפשרות רק על-ידי הטכנולוגיה, במקור בה"ש - י' ר'] (מבלי לפגוע בזכויותיהם של אחרים) כדי להביא ליצירתו של ילד, הקשור בקשר גנטי או בקשר של הולדה לפחות לאחד מהוריו המיועדים וכדי לגדלו כילדו".¹⁷³ הגדרתה של רביצקי טומנת בחובה, בתוספת שבהערות השוליים שבמקור, את ההשקפה כי הזכות להורות חלה במידה שווה או דומה על רבייה טבעית ועל רבייה בסיועם של אמצעים טכנולוגיים. אולם בחינת המצב המשפטי

יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש". כן ראו עניין פלוניס, לעיל ה"ש 163, בעמ' 337; אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 118; שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 140, 145-150; מאסס ואופיר לעיל ה"ש 168.

170 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 171-214 ובעיקר בה"ש 1 בעמ' 171; רביצקי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 158-159; שלו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 504 (אשר מגדירה זאת "זכות הולדה שלילית"). בסוגיית ההפלות ראו עניין *Roe v. Wade*, לעיל ה"ש 156. ראו גם באופן כללי לעיל ה"ש 159 ביחס לחופש הפריון בהיבט של החופש מפריון, שנראה כחופף את הזכות ל"אי-הורות", אם כי הזכות לאי-הורות נדמית רחבה יותר, בשל הכללת הסוגיות של "גנבת זרע" (אף שאין זה מושג משפטי מוכר; ראו בע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני ואח', פ"ד מח(3) 837 (1994) ושל התנגשות בין רצונות בני-הזוג (ראו ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57 (1981) (להלן: עניין פלוני נ' פלוני), וכמובן עניין נחמני, לעיל ה"ש 163; כן ראו מקרה *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d במשפט האמריקאי, הנזכר בעניין נחמני: *Davis v. Davis*, 588, 597 (Tenn. 1992). עמדה נוגדת בקשר לזכות לאי-הורות כהיבט של הזכות להורות ראו דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996).

171 שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 151.

172 "...צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבווער בנפשה של אישה ואיננו אֶכְל... באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם". עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 445, פס' 31 לפסק-דינו של השופט חשין.

173 רביצקי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 149. הסיפא של ההגדרה - "כדי לגדלו" - מתייחס להיבט הראשון של הזכות להורות, שאינו מענייננו כאמור.

בפועל תלמד כי אין הדבר כך כיום, ורבים חלוקים בשאלה אם אף ראוי שכך יהיה. בכל הקשור לפרייה ולרבייה טבעיות, התפיסה הרווחת בחברה הליברלית גורסת כי יש חירות לאדם לממש את הפוטנציאל ההורי הגלום בו. בהתאם לתפיסה זו, ככלל אין למדינה הצדקה להתערב בתחום הפריון. הדבר קשור, בין היתר, לתפיסתו של נושא זה כמתרחש בתחומו של הפרט.¹⁷⁴ בניגוד לתפיסה הליברלית עומדות גישות המצדדות בהתערבות חברתית בתחום ההולדה לצורכי מניעה והשבחה. אלה הובעו ונוסחו על-ידי הוגים תיאורטיים מאפלטון ועד ניטשה, ובתחילת המאה הקודמת אף הוצאו אל הפועל במסגרת התנועה האאוגנית שפעלה באותה תקופה בארצות-הברית ובמדינות שונות באירופה (לגבי אסירים ובעלי מוגבלויות), ואשר עקרונותיה היו נדבך יסודי, הן מבחינה רעיונית והן מבחינה מעשית, בתורת הגזע הנאצית.¹⁷⁵ שידוך היסטורי זה תרם לקונוטציה השלילית המתלווה כיום למושג "אאוגניקה" ולסלידה מפרקטיקות אלה, וכן להסתייגות הגורפת בשנות השישים והשבעים מהטלת הגבלות על פריון וילודה ולהכרה האמריקאית בחוקתיותה של הזכות להורות.¹⁷⁶ אומנם, גם במשטרים ליברליים ניתן למצוא לעיתים הגבלות בנוגע למימושה של הזכות להורות בדרכים טבעיות, אולם הגבלות אלה עקיפות על-פירוב, ובכל מקרה מצומצמות למדי.¹⁷⁷ הזכות להורות באמצעות רבייה טבעית –

174 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 141; אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 119, תחת הכותרת "חופש הרבייה הטבעית". עוד בהקשר של תפיסת הזכות לפרטיות ראו להלן תת-פרק 4ד.

175 למדיניות הרבייה האפלטונית ראו אפלטון פוליטיאה ה 458–461, וכן הד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 227. כן ראו בנושא זה BAYERITZ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 19–56, ובפרט בעמ' 30–39 (לרעיונותיו האאוגניים של ניטשה) ובעמ' 40–59 (לגבי התנועה האאוגנית); אוהנה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 23. כן ראו, למשל: DAN STONE, BREEDING SUPERMAN: NIETZSCHE, RACE AND EUGENICS IN EDWARDIAN AND INTERWAR BRITAIN esp. 62–65 (2002) (על התפתחותה של התנועה בבריטניה); גילה שטופלר "מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום היילודה וזכויות נשים ומיעוטים" משפט וממשל יא 473, 499–500 (2008).

176 Skinner v. State of Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) (להלן: עניין Skinner). ראו גם שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 142–143.

177 למשל, באמצעות הגבלת גיל הנישואים או באמצעות הטלת איסור פלילי על יחסי-מין אסורים, כגון בכפייה או תוך ניצול יחסי מרות. ראו ס' 345–346 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. ראו בהקשר זה גם ס' 316(א)(1)–(2) לחוק זה, וכן חוק גיל הנישואין, תשי"ב-1950. מעניין שבספרו של שיפמן מובאת עדות לכך שבמוסדות למפגרים עדיין מוטלות לעיתים הגבלות באמצעות צווי בית-משפט, כגון שימוש באמצעי-מניעה או הפסקת היריון. ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, ה"ש 16. במדינות מסוימות, כגון סין, נהוגות הגבלות לגבי מספר הילדים שמשפחה רשאית להביא לעולם, אולם ארגוני זכויות אדם והוגים ליברליים מבקרים מדיניות זו. ראו: Penny Kane & Ching Y. Choi, *China's One Child Family Policy*, 319 BRIT. MED. J. 992 (1999). בבג"ץ 114/86 וייל נ' מדינת ישראל, מ"א (3) 502 (1987), נידונה שאלת קיומם של יחסי-אישות של אסירים, ובית-המשפט הכריע כי לאסיר יש זכות

אשר יש הממשיגים אותה כזכות טבעית – היא אפוא זכות שלילית, קרי, כזו השוללת מעורבות חיצונית של המדינה. במונחיו של הופלד, זוהי זכות מסוג חירות, הגוררת גם חסינות מפני התערבות.¹⁷⁸

לעומת זאת, מימושה של הזכות להורות באמצעי הפריה מלאכותיים ובסיוע הטכנולוגיה לא רק שאינה שוללת מעורבות חיצונית, אלא אף מחייבת מעורבות של מוסדות חברתיים, כגון הרפואה, המדע והמשפט (וכן השוק הפרטי), ומעורבות זו עשויה לשנות את אופייה ואת היקפה של הזכות. הזכות להורות באמצעות הפריה מלאכותית עשויה לכלול גם מימד חיובי, המתבטא בתביעת ההורים (במונחים הופלדיאניים – תביעה במובן claim) כלפי החברה והמדינה לספק את שירותי ההפריה הרצויים.¹⁷⁹ המעורבות החברתית הזו מכניסה

לקיים יחסי-אישות. הנימוק להכרעה היה נעוץ בכבוד האדם, ולא בזכות להורות, אולם הנימוק של "קיום מצוות פרו ורבו" עמד ברקע להכרעה, הן בטענת העותר והן בפסק-דינו של בית-המשפט. בחלק ממדינות ארצות-הברית, לעומת זאת, נפסק כי מטרת הענישה מצדיקות הגבלות לגבי קיום יחסי-אישות של אסירים. ראו את ניתוחו המפורט של השופט אלון בפס' 5-8 לפסק-הדין.

WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING (1919) 178

179 קיומה של "זכות תביעה" למימוש ההורות באמצעים טכנולוגיים עלה כרעיון בספרות. ראו רביצקי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 139; סיגל דוידוב-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 228 (1996); שלו, לעיל ה"ש 21; וכן כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 67-78 (2003), ובפרט בעמ' 68-69 (שם היא דנה בהיבט החיובי-התביעתי של זכות ההולדה). בפסיקה עלתה תביעה כזו בעיקר בהקשרים של שוויון וטענות להפליה, כאשר נוהל מסוים למימוש הורות באמצעים טכנולוגיים (כגון תרומת זרע, הפריה מלאכותית או פונדקאות) אינו מוקנה לכלל האוכלוסייה באופן שוויוני (למשל, רק לזוגות נשואים). ראו עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 2 (שאלת הזכות להורות באמצעות פונדקאות לאישה שאינה נשואה); עניין פלוני, לעיל ה"ש 163, וכן ה"פ (י"ם) 7172/08 פלונית נ' שר הבריאות (לא פורסם, 12.8.2008) (טיפול הפריה מלאכותית לבני-זוג שאינם נשואים); ע"ע 141/07 פלוני – שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 4.11.2008) (טיפול הפריה מלאכותית לבני-זוג שרק אחד מהם אזרח המדינה). למקרה נוסף, שנפתר בטרם הגיע לבית-המשפט, ראו תומר זרחין ודן אבן "היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז: יש לאפשר תרומת ביציות בין בנות זוג לסביות" הארץ 1.12.2009 (אם כי ההנחיה מוגבלת רק למקרים שבהם לאחת מבנות-הזוג יש צורך רפואי בטיפול הפריה). בהקשר אחר עלתה תביעה למימוש ההורות באמצעי הפריה מלאכותית במקרה שבו נמנעה מאחד ההורים המיועדים, אסיר-העולם יגאל עמיר, אפשרות למימוש ההורות בדרך טבעית. ראו עניין דוברין, לעיל ה"ש 163. יש לציין כי הדיבור על "הזכות" למימוש הורות בדרך של הפריה מלאכותית (אם כהיבט של זכות לאושר או כהיבט של זכות אזרחית במדינה) עלה בשיח הציבורי – לרבות של חברי-הכנסת – גם בהקשר של הקיצוץ שתוכנן ונכשל בתקציב טיפולי ההפריה החוץ-גופית. ראו גולדין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 192-198.

לדיון שאלות כבודות-משקל. בראש ובראשונה עולים השיקולים של שוויון בהקצאת המשאבים הדרושים להפריה המלאכותית וכן שאלת מימונה – על-ידי סבסוד מדינתי או הותרתה באופן בלעדי למנגנון השוק הפרטי.¹⁸⁰ צמודה לכך שאלת ההגבלות שהמדינה יכולה להטיל על השימוש בטכנולוגיות הללו, בפרט אם היא המממנת העיקרית שלו. אמות-מידה שונות – כגון גיל, מצב משפחתי, נטייה מינית, מצב בריאותי, מצב כלכלי וכיוצא באלה – נתפסות כולן כרלוונטיות למידה שבה המדינה מאפשרת או מגבילה את השימוש במשאבים הטכנולוגיים לפריון.¹⁸¹ שאלות אלה אינן קשורות במישרין לענייננו,

180 ראו, למשל, טל שחף "המרוץ אחר הביציות" פורבס ישראל (1.9.2004). כן ראו את הדיון שנערך בכנסת בנושא הקיצוץ המיועד לטיפול ההפריה החוץ-גופית: פרוטוקול ישיבה מס' 44 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16 (16.9.2003) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/maamad/2003-09-16.rtf (כמעט כל הנוכחים, למעט נציג האוצר ונציג קופת-חולים מאוחדת, התנגדו בחריפות לקיצוץ, תוך ציון כי הדבר יהווה מדיניות של רפואה וילודה לעשירים בלבד). לניתוח של מקרה-מבחן זה ראו גולדין, לעיל ה"ש 21. כן ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 128; גרין, לעיל ה"ש 73, בעמ' 71-72. על ההיבטים המסחריים של הסכמי פונדקאות ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 160-161. לדיון בנושא מוויית פילוסופית יותר ראו HARRIS, לעיל ה"ש 114, פרק 6 (Commercial Exploitation), בעמ' 142-170.

181 בסוגיית הגיל מתעוררת השאלה אם יש להתיר את השימוש בטכנולוגיה לקטינים, מחד גיסא, ולמבוגרים מאוד, מאידך גיסא, בהנחה שהדבר יתאפשר מבחינה רפואית, ובפרט כאשר מתברר כי האפשרות אינה כה רחוקה. ראו אנדי בירד "סבתא יולדת: אמא בת 67" [ynet](http://ynet.com/17.1.2005) 17.1.2005 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3033675,00.html; איתי גל "בולגריה: אישה בת 62 ילדה תאומות מהפרייה" [ynet](http://ynet.com/12.5.2010) 12.5.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3888644,00.html (הכתבה סוקרת מקרים נוספים מהעשור האחרון של לידות מעל גיל ששים). אלמוג ובנדור מעלים אפשרות היפותטית שקשישים יוכלו ללדת באמצעות הפריה, ומצדיקים הטלת הגבלה על כך אם הדבר יעמיד בסכנה את מערך הרווחה במדינה. הצדקה זו עומדת בעינה, לדעתם, גם אם במקרים פרטניים יוכלו הקשישים לטפל בילדיהם, וזאת מטעמים של שוויון. ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 131. בסוגיית המצב המשפחתי השאלה היא אם רק גבר ואישה נשואים יכולים לעשות שימוש בטכנולוגיות ההפריה החדישות או גם נשים רווקות, גברים רווקים או זוגות חד-מיניים. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) קובעות שגם נשים רווקות יכולות לעבור הליכי הפריה חוץ-גופית (וכך נפתח הפתח גם לבנות-זוג לסביות), אך הן אינן זכאיות לתרומת ביציות. ראו תק' 8(ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית). ניתן לתמוה כיצד הסדר זה לא הותקף בבית-המשפט, לנוכח עיגונו בחקיקת-משנה. לעומת זאת, הסכמי הפונדקאות מותרים בחוק רק לבני-זוג – איש ואישה. ראו ס' 1-2 לחוק הפונדקאות. בית-המשפט אישר הסדר זה, אף שקרא למחוקק (בעניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 2) לבחון את תיקון החוק. ביחס למצב הבריאותי ראו, למשל, ליאת ברגמן "עתירה: הפריה מלאכותית לנשאות איידס" [Walla](http://www.walla.co.il/?w=2/1015758) (29.11.2006) www.walla.co.il/?w=2/1015758 (וראו את ההחלטה בבג"ץ 9830/06 פלונית נ' שר הבריאות (לא פורסם, 3.12.2009)). הנימוק

אולם יש בהן המחשה לבעייתיות של הניסיון להחיל את המושג "זכות" על ההפריה המלאכותית, והדבר רלוונטי גם לסוגיית הבחירה של מין היילוד, אשר מתממשת אף היא באמצעים רפואיים-טכנולוגיים.

הדעות בנוגע לקשר בין ההפריה המלאכותית לבין המושג "זכות" מגוונות: יש הסבורים כי אין מקום כלל להטיל הגבלות מיוחדות על הרבייה הטכנולוגית, וכי יש להשוות את מעמדה לזה של הרבייה הטבעית, כפי שהובא מפי רביצקי לעיל; יש המבחינים בין מימד החירות של ההפריה המלאכותית לבין מימד התביעה שלה, ומצדיקים הטלת הגבלות שונות על תביעות לשימוש באמצעי הפריה מלאכותית, במיוחד כאשר אלה ממומנים על-ידי הציבור; ודעה נוספת גורסת כי אומנם אין להטיל הגבלות על החירות להשתמש באמצעים הטכנולוגיים, אולם אין חובה לספק הסדר משפטי תואם שייצור "הורים משפטיים" על-חשבון הזיקה הביולוגית.¹⁸² נראה שככל שאנו מתרחקים מהמודל הביולוגי של הרבייה כן מועלות הצדקות רבות יותר להטלת הגבלות על מימוש ההורות, וגדל המימד של ההתערבות - התברתית והמדינתית - הנתפסת כמוצדקת.

כאן המקום להשוות ולהבחין בין המושגים "חופש הפרייה" ו"הזכות להורות". על-אף החפיפה הרבה ביניהם, מקורם השונה מוביל גם להבדלים דקים ביניהם. ביסוד הזכות להורות עומד האינטרס (או הצורך) בהורות, ואילו ביסוד חופש הפרייה עומדת החירות לפרות ולרבות כחלק מחירות הפרט.¹⁸³ פירוקם של שני המושגים לרכיבים יקל עלינו

העולה בהקשר של הגבלת השימוש בטכנולוגיות הפריה בשל מצב בריאותי, פיזי או מנטלי, או בשל מצב כלכלי של ההורה המיועד, הוא לרוב הנימוק של טובת הילד העתידי. ראו גם רביצקי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 152-153, הטוענת כי נימוקים בשם הילד העתידי אינם עומדים. על הבעייתיות הפילוסופית בטענות בשם הילד העתידי ראו גם לעיל ה"ש 139 והסקסט הסמוך אליה.

182 לדעה הראשונה, אשר מרחיבה וטוענת כי על המדינה לפעול למימוש זכותם של זוגות ובודדים להורות באמצעות הפריה מלאכותית, ראו רביצקי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 139; דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 179; שלו, לעיל ה"ש 21; שלו, לעיל ה"ש 179. לדעה השנייה, המבחינה בין מימד החירות לבין מימד התביעה, ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 122 ו-132, שאף מטילים בספק את הנוהג לממן את השירותים מתקציב הבריאות דווקא, ולא מתקציב הרווחה, למשל. לדעה השלישית, המטילה ספק בצורך בהיענות משפטית למגמות הטכנולוגיות והמסחריות בתחום ההורות, ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 170.

183 רוברטסון כתב אומנם כי: "The moral right to reproduce is respected because of the centrality of reproduction to personal identity, meaning, and dignity. This importance makes the liberty to procreate an important moral right, both for an ethic of individual autonomy and for ethics of community or family..." לעיל ה"ש 92, בעמ' 30. אולם הדוברים בשם חופש הפרייה אינם מדגישים על-פני-רוב את חשיבותה ואת מרכזיותה של ההורות דווקא, אלא את חשיבותה של החירות ואת חומרתם של הנסיגות להתערב בה או לצמצמה. ראו לעיל ה"ש 113-115 וה"ש 152 והסקסט הסמוך אליהן. יש לציין כי אלמוג ובנדור מתייחסים לחופש הפרייה (הרבייה, בלשונם) כהיבט של הזכות להורות, אשר רחבה

לאחר את ההבדלים ולשרטטם. הרכיבים שמעניינים אותנו פחות במאמר זה – החופש מפריון והזכות לאי-הורות – חופפים במידה מסוימת, באופן חלקי לפחות.¹⁸⁴ כן מתקיימת חפיפה מלאה, כך נדמה, בין הרכיב השני שצוין של חופש הפריון – החירות לפרות באופן טבעי – לבין הזכות להורות באמצעות רבייה טבעית. לעומת זאת, שוני מסוים מתגלה בין חופש הפריון במובנו כחירות להסתייע באמצעי הפריה מלאכותית ובטכנולוגיה כדי להרות לבין הזכות להורות בסיוע הטכנולוגיה. שוני זה נעוץ במימד החיובי של רכיב זה של הזכות להורות, שנידון מעלה, לעומת הגוון הליברלי המובהק של חופש הפריון באמצעים מלאכותיים. מצדדי הנימוק של חופש הפריון מתייחסים בחשד להגבלות שהמדינה מטילה על השימוש בטכנולוגיות אלה, ולצד זאת אינם נוטים לדרוש את מימוןן או סבסודן, אלא מבקשים על-פי-רוב להותירן בידי השוק. להשלכה של חוסר השוויון בנגישות למשאבים הטכנולוגיים, כנגזרת של חוסר השוויון הכלכלי, הם מתייחסים כאל עניין בלתי-נמנע.¹⁸⁵

היבטים נוספים חופפים אף פחות מכך. למשל, סוגיית הקשר עם הצאצאים, הנתפסת כחלק אינהרנטי של הזכות להורות, אינה כלולה במסגרת חופש הפריון. מן העבר האחר, הרכיב הרביעי של חופש הפריון – החופש לקבל החלטות ביחס להולדה ולאופן הרבייה – מקיים זיקה רופפת יותר לזכות להורות (אולם מקיים חפיפה, חלקית לפחות, עם הזכות לתכנון המשפחה, אשר תידון בסעיף הבא). זיקה זו הולכת ונחלשת ככל שמדובר בהחלטות הנוגעות בשימוש בתאי הרבייה כדי לקבוע מאפיינים של הצאצא העתידי – כפי שטענת קודם לכן, אלה אינן נכללות בהכרח אף תחת המושג "חופש הפריון" עצמו. בחירת מין היילוד היא אחת מהחלטות אלה, אשר חרף הקשר הכללי שלהן למושג "הזכות להורות", הן אינן נכללות תחתיו. מובנו הלשוני של המושג "הזכות להורות" כבר מעיד על כך: הזכות לממש את הפוטנציאל ההורי או לחתור להצטרף לאוכלוסיית ההורים אינה כוללת את הזכות להפוך דווקא להורה לילד ממין ספציפי כזה או אחר. המשפטן והמדען אוֹן ג'ונס ניסח מסקנה זו בבהירות: "Clearly there is a distinction between being able to pass on one's genes at all and being able to create a child of the gender one prefers. The former fulfills a basic drive to replicate, while the latter affords the additional power to dictate certain terms of replication."¹⁸⁶ רוצה לומר, הזכות להורות מבוססת

ממנו. ראו אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 116. על ההבחנה הכללית בין המושגים "צורך" ו"חירות", ועל הטשטוש והבלבול ביניהם בחשיבה המודרנית, ראו אצל ARENDT, להלן ה"ש 203, בעמ' 71.

184 אני מציין כי מדובר בחפיפה חלקית, כמדומני, מכיוון שלמיטב הבנתי השיח סביב החופש מפריון אינו כולל את כל ההיבטים הנקשרים לשיח הזכות לאי-הורות, כגון התנגדותם של גברים לשימוש בביציות מופרות במקרי מחלוקת, דוגמת מקרה נחמני או מקרים של "גנבת זרע". אולם כאמור, מאמר זה אינו מתמקד בהיבטים אלה, ואינו המקום להעמיק או להרחיב בכך.

185 ראו ROBERTSON, לעיל ה"ש 92, בעמ' 14-15. כן ראו בהקשר זה את חוונן הידוע של נוזיק לגבי "סופרמרקט גנטי": ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA 315 (1974).

186 Jones, לעיל ה"ש 33, בעמ' 39. ראו גם PCBE, BEYOND THERAPY, לעיל ה"ש 37, בעמ'

על האינטרס במימוש הפוטנציאל ההורי, ומכירה בצורך הכללי של אדם להיות הורה לצאצא – ילד או ילדה; אך היא אינה מכירה בצורך פרטני של אדם להיות הורה דווקא לילד או דווקא לילדה.

מקרה קיצוני ומיוחד, המצוי אולי באפולוליתיה של הזכות להורות, הוא המקרה של הורים אשר חוששים להביא ילד לעולם בשל סבירות גבוהה שבלא בדיקה ובחירה הוא ילקה בהפרעה גנטית ועלול לחלות.¹⁸⁷ ללא החופש לקבל החלטות לגבי אופן ההולדה, זכותם להורות נפגמת לכאורה. ביחס לבחירת המין זהו המצב הנופל לגדר המצבים הרפואיים,¹⁸⁸ כאשר להורים ידוע כי ללא בחירה של מין היילוד מראש תגדל ההסתברות ללידת ילד הסובל ממחלה גנטית. מבחינה מעשית השימוש בטכנולוגיות הפריור כדי לבחור מאפיינים של הצאצא העתידי, כגון בריאות תקינה, הוא חיוני בעבור הורים כאלה למימוש הזכות להורות. אולם מבחינת הדיוק האנליטי, דומני שאפילו במקרה זה השימוש באמצעים הטכנולוגיים הזמינים כדי להימנע מלידת ילד חולה אינו מתבסס על האינטרס העצמאי במימוש הפוטנציאל ההורי.¹⁸⁹ שהרי גם ללא אמצעים טכנולוגיים אלה תיוותר לפני ההורים האפשרות לממש את הורותם, גם אם מתוך מודעות לסבירות הגבוהה להתפתחות מחלה אצל הילד, וייתכן מאוד גם שללא זמינותם של האמצעים הללו היו ההורים מממשים את זכות ההורות שלהם חרף ההסתברות הזו.¹⁹⁰ הזכות להורות או האינטרס במימוש הפוטנציאל ההורי אינם כוללים בתוכם אפוא זכות לבחור את מין היילוד אפילו במצב קיצוני זה.

66-67; זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 459-461; Danis, לעיל ה"ש 57, בעמ' 249-250; Remaley, לעיל ה"ש 57, בעמ' 257-258.

187 ראו, לדוגמה, ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: עניין זייצוב).

188 ראו לעיל ה"ש 4 ו-20 והטקסט הסמוך אליהן.

189 אין זה אומר שהשימוש פסול, כמובן, וניתן אולי אף לדבר עליו כעל זכות, אלא שהוא מבוסס על אינטרסים אחרים, כגון הזכות לקבלת טיפול רפואי נאות או מיטבי (ראו לעיל ה"ש 149) או רווחתם של הילד העתידי וההורים המיועדים, ואולי אף על חירות הבחירה (ראו להלן הדיון בה בתת-פרק ד5).

190 זאת ועוד, מבחינה מעשית האמצעים הטכנולוגיים הננקטים לצורך הבחירה במין הם אלה המאפשרים את האבחנה מלכתחילה ביחס לבריאותו של העובר העתידי. סביר להניח, אפוא, שללא האמצעים הללו היו ההורים מממשים את זכות ההורות שלהם מבלי לדעת כלל על האפשרות שילדם יהיה חולה. מכל מקום, הזכות העומדת מאחורי הצדקת השימוש של ההורים באמצעים הטכנולוגיים לצורך אבחון העובר העתידי אינה הזכות להורות, אלא, אולי, חירות הפרט. ניתן לחשוב על דוגמה מקבילה מתחום אחר: בעולם המודרני חופש הביטוי ממומש במקרים רבים באמצעים טכנולוגיים, כגון רשת האינטרנט, מצלמות וידאו או טלפונים ניידים. ייתכן אף שללא גישה לאמצעים טכנולוגיים אלה נפגעת הזכות לביטוי. עם זאת, ההצדקה הבסיסית לשימוש חופשי באמצעים טכנולוגיים אלה אינה הזכות לחופש הביטוי, אלא האוטונומיה של הרצון הפרטי.

3. הזכות למשפחה והזכות לתכנון המשפחה

בבסיסה של הזכות להורות ניצבת הזכות למשפחה, או הזכות להקמת משפחה. זכות ותיקה זו זכתה בהכרה במשפט הבין-לאומי ובעיגון באמנות ובוועידות בין-לאומיות, ובראשן "ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם" משנת 1948 (להלן: ההכרזה).¹⁹¹ הזכות להקמת משפחה הוכרה ועוגנה אף במשפט הישראלי בהלכה הפסוקה, באופן הכורך אותה – ואת הזכות להורות – במושגיהגג "כבוד האדם" ו"האוטונומיה של הפרט".¹⁹² רכיביה של הזכות למשפחה מגוונים, ביניהם הזכות להורות, שנידונה לעיל; הזכות להינשא מתוך הסכמה חופשית ורצון הדדיים; ההגנה על האוטונומיה של התא המשפחתי, ובתוך כך זכותם של הילדים לטיפול הורי; והזכות לקיים קשר עם בני המשפחה במקרה של פרידה או הזכות לאיחוד משפחות.¹⁹³ כן נגזרת מן הזכות למשפחה הזכות הספציפית לתכנון המשפחה, כלומר, הזכות להחליט על מאפיינים שונים של המשפחה. הזכות לתכנון המשפחה היא אפוא "אחות מושגית" של הזכות להורות, בהיות שתיהן תולדות של הזכות הכללית למשפחה. קודם לכן אומנם פסלנו את החפיפה בין ההיבט הרביעי של חופש הפרייון – החירות לקבל החלטות ביחס להולדה ולאופן הרבייה – לבין הזכות להורות, אולם ניתן לראותו כחופף רעיונית את אחותה המושגית של הזכות להורות: הזכות לתכנון המשפחה.

הזכות לתכנון המשפחה הוכרה בפורומים ובמסמכים בין-לאומיים. בהצהרה שהתקבלה בוועידה הבין-לאומית בדבר זכויות האדם בטהרן, 1968, נקבע בסעיף 16: "Parents have a basic human right to determine freely and responsibly the number and spacing of their children." הכרזה דומה התקבלה בוועידת האו"ם בדבר אוכלוסיית העולם בבוקרשט, 1974.¹⁹⁴ גם זכות ספציפית זו לתכנון המשפחה זכתה בהכרה מסוימת בפסיקה הישראלית,

191 ס' טז להכרזה עוסק בזכות להקמת משפחה. ראו גם את הנוסח בס' 23 של "האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות" (1966). יש לציין, עם זאת, כי ההכרזה מגבילה את הזכות ל"איש ואישה שהגיעו לפרקם", כלומר, למודל המסורתי של משפחה הטרוסקסואלית זוגית.

ראו תרגום של ההכרזה באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/docs/heb/un_dec.htm.

192 ראו, למשל, עניין דוברין, לעיל ה"ש 163, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, ולהלן בה"ש 193.

193 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, בפרט ס' 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק (טרם פורסם, 14.5.2006) (בעניין "חוק האזרחות" ואיחוד משפחות). כן ראו באתר של אגודות החינוך לזכויות אדם: www.hrea.org/index.php?base_id=158. ראו גם כרמל שלו "חופש ההתקשרות לנישואין ולחיים משותפים" מעמד האשה בחברה ובמשפט 459, 462-463 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל קובי-ליבן עורכות, 1995); זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 461-462, ובפרט ה"ש 31 והטקסט הסמוך אליה.

194 ס' 14(f) למסמכים המסכמים פותח כך: "All couples and individuals have the basic right to decide freely and responsibly the number and spacing of their children and to have the information, education and means to do so". ראו אצל אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 150, בעמ' 117.

בעיקר בהיבט של תכנון גודל המשפחה, כנקשרת למושג "כבוד האדם וחירותו".¹⁹⁵ מן המובאות והאסמכתות ניתן לראות שמרכיביה של הזכות שזכו בהכרה ובהצהרה הם הזכות להחליט באופן חופשי ואחראי על מספר הילדים (או בלשון אחר – על גודל המשפחה) וכן על המרווחים בין הלידות, אך יודגש כי אין התייחסות במסמכים השונים ל"זכות" לתכנון את מאפייניהם של הילדים העתידיים במשפחה, ואף לא את ההרכב המגדרי שלה.¹⁹⁶ גם כאן, כמו במקרה של חופש הפרייון, עולה השאלה אם הזכות לתכנון המשפחה רחבה עד כדי כלילת החירות לבחור את מאפייני הצאצאים העתידיים או שמא היא כוללת אך את החירות לבחור את מספר הילדים, את מועד הבאתם לעולם וכיוצא באלה הכרעות שאינן קשורות לדמותם או לזהותם המגדרית. כמו במקרה של חופש הפרייון, עצם אזכור המושגים "זכות" או "חירות" אינו יכול להוות קנה-מידה לפתרון הבעיה, שכן שאלת פרשנותם של מושגים אלה היא העומדת למעשה במוקדה.

קנה-מידה פרשני למושגים אלה עשוי להימצא במושגים "הזכות לפרטיות" ו"חירות הבחירה", המשמשים לעיתים תכופות להצדקת בחירת מין היילוד. חרף הקשר ההדוק בין שני המושגים הללו בפילוסופיה הפוליטית הליברלית – תפיסתה של חירות הבחירה כבלתי-מופרעת כל עוד היא מצויה בתחום הפרטי (כפי שבא לידי ביטוי גם בכינויו של חופש הבחירה "האוטונומיה של הפרט") – הם נתפסים כמושגים נבדלים, וכך אתיחס אליהם להלן.

4. הורות, מיניות והזכות לפרטיות

כפי שהוזכר, הזכות לפרטיות נתפסת כקשורה בעבותות לתחום של יחסי-המין וההולדה, לפחות במונח של פרייה ורבייה טבעיות. כדבריה המצוטטים של השופטת בן-עתו בעניין זה: "התעברות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט. אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני".¹⁹⁷ הזכות לפרטיות היא שגם עמדה ביסודו של

195 הכרה בזכות לתכנון המשפחה עלתה בעיקר בהערות-אגב בפסק-דין שעסקו ברשלנות רפואית סביב מקרי הולדה. ראו, למשל, עניין זייצוב, לעיל ה"ש 187, בעמ' 112 (אזכור הזכות לתכנון המשפחה); ת"א (י"ם) 733/94 דונין נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית של העובדים, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת צור (לא פורסם, 19.9.1996) (עיון הזכות לתכנון המשפחה כחלק מכבוד האדם וחירותו). ראו עוד שלו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 506-509; זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 461.

196 ראו את דיונו של Heyd, לעיל ה"ש 26, בעמ' 211, אשר מחשיב את בחירת המין כמצויה אי-שם בין הבחירה להוליד ילדים (כולל מספרם והמרווח ביניהם) לבין הבחירה במאפיינים גנטיים ספציפיים שלהם.

197 דברי השופטת בן-עתו בעניין פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 170, בעמ' 81, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת. ראו עוד לעיל ה"ש 174 והתקסט הסמוך אליה. ראו גם אצל זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 460.

פסק-הדין האמריקאי שהכריז על אי-חוקיותו של החוק האוסר הפלות – אחד המקרים המצוטטים ביותר שמוחה קשר ישיר בין חופש הפרייון לבין הזכות לפרטיות.¹⁹⁸ על הכללתן של סוגיות הפרייון בפרט וסוגיות המיניות בכלל תחת הזכות לפרטיות נמתחה ביקורת פמיניסטית נוקבת. קתרין מקינון טענה כי אסטרטגיה זו משמשת לאשרור ההבחנה הפטריארכלית בין הפומבי לפרטי, המרעה את מצבן של נשים, במקום לחתור תחתיה במטרה להיטיב עימן.¹⁹⁹ ביקורת דומה ניתן להשמיע בהקשר הספציפי של בחירת מין היילוד, בפרט בסביבות תרבותיות שבהן הבחירה היא הוצאה אל הפועל של נטייה תרבותית חזקה להעדפת גברים. כך, ראיית בחירת המין כסוגיה פרטית סותרת, למשל, את החקיקה ההודית שנידונה לעיל, אשר נועדה למנוע מצב של כפיית הליכים רפואיים מפרכים, כגון הפריה חוץ-גופית או אף הפלות, על נשים לצורך הולדת בן. עם זאת, הטיעון הנפוץ נגד ההשתתה של בחירת מין היילוד על הזכות לפרטיות נטען מן הכיוון ההפוך דווקא, ומתבסס על ההבחנה בין הפרטי לפומבי ועל הקשר שבין סוגיית הפרייון והמיניות לבין התחום הפרטי. טיעון זה מתייחס לניתוקו של קשר זה בעקבות השימוש שהורים עושים בטכנולוגיה רפואית מתקדמת ובהליכים חוץ-גופיים כדי לבחור את המין. על-פיו, ההורים בחרו להוציא את תהליך הרבייה מתחום הדר-המיטות הפרטי לתחום הפומבי של בית-החולים והמעבדה הרפואית, ולפיכך אל להם לחסות עתה בצילה של הפרטיות.²⁰⁰ הניסוח כאילו התרחשות ההפריה מחוץ לדי' אמות היא השוללת את השימוש בהגנת הפרטיות הוא פשטני מעט (שהרי ניתן לחשוב על רופא "פרטי" וגנטיקאי "פרטי" שמגיעים ל"ביקור-בית" אצל ההורים המיועדים כדי לקיים שם את תהליכי בחירת המין). לכן, אם לנסח זאת בצורה שונה, הזכות לפרטיות אינה מצדיקה את בחירת המין לא בשל

198 עניין *Roe v. Wade*, לעיל ה"ש 156, דעת שופט הרוב Bluckmun. ראו גם עניין *Skinner*, לעיל ה"ש 176; עניין נחמני, לעיל ה"ש 163, פס' 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק (הזכות להורות נגזרת מכבוד האדם ומן הזכות לפרטיות).

199 Catharine A. Mackinnon, *Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade* (1983), in her *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* 93 (1987). אחד הטיעונים המרכזיים והמפורסמים של מקינון הוא שהצדקתה של הזכות להפלה בשם הזכות לפרטיות במקרה זה מאפשרת למדינה לא לממן הפלות, גם כאשר אלה נדרשות במקרה אחר. מקינון מדלגת במכוון על שתי סוגיות: הראשונה, שלא נידונה מספיק לדעתה, היא מהי משמעותם של תינוקות בעבור גברים (what are babies to men?); והשנייה, שנידונה לעיפה, היא מהו מעמדם המוסרי או זכויותיהם המוסריות של העוברים עצמם (שם, בעמ' 93-94). סבורני שהנקודה הראשונה, הטעונה דיון נוסף, היא מהי משמעותם של תינוקות או של פעולת ההולדה בעבור בני-האדם בכלל (what are babies to man?), ועל כך ראו להלן בפרק ה. עוד על הביקורת הפמיניסטית על הזכות לפרטיות כשוררת בתחום הפרייון והמיניות ראו *Dworkin*, לעיל ה"ש 89, בעמ' 51-52; *Martha C. Nussbaum, Is Privacy Bad for Women? What the Indian Constitutional Tradition Can Teach about Sex Equality*, *BOSTON REV.* (April/May 2000), available at bostonreview.net/BR25.2/nussbaum.html.

200 ראו, למשל, *Danis*, לעיל ה"ש 57, בעמ' 253; *Plummer*, לעיל ה"ש 57, בעמ' 527-531.

הוצאת התהליך אל מחוץ לספֶרה הביתית, אלא בעקבות העובדה שאל תוך תהליך הרבייה מוכנסים הרפואה, המדע והטכנולוגיה – מוסדות חברתיים אשר מתקיימים במרחב הציבורי ומכוח פומביותו של הידע האנושי. האפשרויות הטכנולוגיות המנתקות את הליכי ההפריה וההולדה מיחסי-המין עומדות גם בבסיס ניתוקם מן ההגנה של צנעת הפרט ובבסיס הצדקתן של ההגבלות המושתות עליה. כך, למשל, הפילוסוף ניקולס אָגֶר מציין, ביחס לשימוש בייצוץ גנטי למטרת השבחה, כי "הטכנולוגיות הללו מפרידות את הבחירה האישית לחלוטין באדם מסוג כלשהו שהפרט בוחר לבלות את חייו עימו מן הבחירה אילו מאפיינים יהיו לילדו של הפרט. ההורים העתידיים יחפשו אחר צד שלישי כלשהו, אולי המדינה ואולי ארגון פרטי זה או אחר, כדי לאפשר את הבחירה מן הסוג השני. אותו צד שלישי יכול וצריך לאכוף תנאים על שיתוף-פעולה זה, ולסרב לסייע בבחירות פריוניות שהן פגומות מוסרית בדרך משמעותית כלשהי".²⁰¹ במילים אחרות, המדיקליזציה של הפריון והילודה, המלווה את טכנולוגיות הפריון החדשות, מאיינת את מימד הפרטיות שבהם, ועל-כן הניסיון להצדיק את בחירת המין בהיותה אירוע פרטי נועד לכישלון.

כנגד טיעון זה ניתן להעלות דוגמות רבות של שימוש במוסדות טכנולוגיים, מדעיים ורפואיים שאינם מאיין את הזכות לפרטיות, ואולי אף מחזק אותה. כך, למשל, השימוש במוסד בית-החולים אינו מאפשר חדירה לפרטיותי ופרסום פרטים על מצבי הרפואי; השימוש במוסד הפסיכואנליזה אינו הופך את מחשבותיי הכמוסות הנחשפות בחדר-הטיפול לנחלת הכלל; והשימוש בטכנולוגיה לצורך שמירת חפצי האישיים בכספת הבנק המאובטחת, או שמירת העתקים של מסמכי האישיים באתר אינטרנט מאובטח, אינם מצדיקים חדירה לפרטיותי וחשיפתם.²⁰² אולם בכל הדוגמות הללו מדובר בהגנה על הפרטיות במובנה כצנעת הפרט, כלומר, כמידע הנוגע בפרט, אשר מבקש לשמור אותו בתחומו הפרטי. לעומת זאת, הטענה המשתמשת בזכות לפרטיות לשם שלילת המעורבות בבחירת מין היילוד עושה זאת מתוך התפיסה כי מדובר בפעולה המתרחשת בספֶרה הפרטית. באופן היפותטי, פעולה הנעשית בספֶרה הפרטית, ככל שפעולה כזו אפשרית, תחסה תחת הזכות לפרטיות אף אם יש בה שימוש במוסדות חברתיים. אולם בחירת המין חורגת מתחום הספֶרה הפרטית, כפי שאנסה להראות בשורות הבאות, ולכן אינה צריכה לזכות בהגנת הזכות לפרטיות.

אבקש לחדד את ההבחנה הזו שבין תחום צנעת הפרט לבין תחום הפעולה, ובתוך כך לחזק את הטענה המתנגדת להשתתפות הבחירה של מין היילוד על הזכות לפרטיות, באמצעות בחינה היסטורית-פילוסופית של המושג "פרטיות" וצמיחתו בחברה המודרנית, כפי שניתחה זאת באופן מאיר-עיניים הפילוסופית הפוליטית חנה ארנדט.²⁰³ ניתוח עומד על משמעותם

201 AGAR, לעיל ה"ש 106, בעמ' 15-16.

202 אני מודה לחברי מערכת עיוני משפט על הארת עיניי בנקודה זו.

203 ראו: HANNAH ARENDT, THE HUMAN CONDITION 23-78, esp. 38-73 (1958). לדיון נוסף

בעניין זה ראו: SEYLA BENHABIB, THE RELUCTANT MODERNISM OF HANNAH ARENDT 211-

(1996) 215 (אם כי פיתוח הדיון אצל בנחביב מתקדם לכיוונים שונים מעט מאלה שאני

מבקש להדגיש כאן).

המקורית של המושגים "פומבי" ו"פרטי" בתרבויות הפוליטיות של יוון העתיקה ושל רומא: הפומבי או הפוליטי (התחום של הפוליס) הוא התחום שבו מתרחשים החיים בקרב בני-אדם, קרי, החיים לעיניהם של אחרים (הפרהסיה). לעומת זאת, התחום הפרטי הוא התחום הנסתר מן העין הציבורית, התחום הקשור לצורכי החיים והיומיום המסופקים בתוך גבולותיה של הנחלה הפרטית. אולם קיומו של תחום פרטי (ושל קניין פרטי) היה תנאי לכניסה לחיים הציבוריים, והעדרו היה במשמע שלילת הזכות להשתתפות בחיים הפוליטיים.²⁰⁴ בתרבות הפוליטית העתיקה, החירות היחידה האפשרית הייתה חירותו של האזרח שווה-הזכויות בתחום הפומבי של הפוליס, ואילו התחום הפרטי היה התחום של העדר החירות, של יחסים מדרגיים, שבו נשללת למעשה המשמעות של חיים בין בני-אדם במוכנס הפוליטי, חיים בקרבם של אחרים שווים.

בעת החדשה השתנתה התפיסה של המושג "פרטיות". לפי ניתוח זה, בעקבות עלייתו של ה"חברתי" בימי-הביניים וצמיחתו של האינדיווידואליזם המודרני, הועשר המושג "פרטיות" ונתפס כמנוגד לאו דווקא לתחום הפוליטי של המדינה, אלא לכוחה הכופה של התואמנות (הקונפורמיות) החברתית (כך, למשל, אצל רוסו ואצל הרומנטיקאים בכלל). למושג "פרטיות" הוענקה משמעות של תוכן אינטימי פנימי-סובייקטיבי, של רצונות ומאויים כמוסים, של תחומה של צנעת הפרט. כך, במעבר מהתרבות הפוליטית הדמוקרטית בעולם העתיק לתרבות הפוליטית הדמוקרטית-הליברלית המודרנית השתנה ייעודו העיקרי של הגוף הפוליטי מהסדרת החיים המשותפים ביחד להגנה על הפעילות המתרחשת ועל הקניין הנצבר בתחום הפרטי, והועשר תוכנו של המושג "פרטיות" מתחום צורכי החיים, המשק והכלכלה לתחום השאיפות הכמוסות, המאויים והרצונות הסובייקטיביים.²⁰⁵ ההיבט העיקרי שהשתמר במעבר של המושג "פרטיות" למוכנס המודרני הוא נשאה העיקרי וסמלה של הפרטיות, הלוא הוא הקניין הפרטי, שהיה בעבר תנאי הכניסה לגוף הפוליטי, ואילו כיום משמש כנקודת העצירה וכתמרור ה"אין כניסה" של הפוליטיקה.²⁰⁶

יישום ניתוח זה על עניין בחירת מין היילוד מחזק, לדעתי, את שלילת ההצדקה של בחירת המין בשם הזכות לפרטיות. שאיפתו ורצונו בבת נקבה או בן זכר הם משאלה או רצון סובייקטיביים, וככאלה הם חוסים בוודאי תחת הזכות לפרטיות, אולם ההוצאה של רצון זה אל הפועל – הפיכת השאיפה הכמוסה למעשה בעולם החיים המשותפים, קרי, לפעולה שנעשית במסגרת החיים בין בני-אדם – חוצה את הסף שבין התחום הפרטי

204 העובדה שהתחום הפרטי מהווה תמונת-תשליל של התחום הפומבי מודגשת על-ידי הקשר המילולי, באנגלית ובלטינית, שבין "שלילה" (deprivation) לבין "פרטי" (private) – ראו ARENDT, שם, בעמ' 27, 38, 59.

205 ראו בעיקר שם, בעמ' 45-46, 50-58, 68-73. אמיתי עציוני מתארך את היווצרותה של הפרטיות כזכות חוקתית בארצות-הברית לשנות השישים, ומתאר את ההחלטות בתחום הפיריון (מניעתם של איסור השימוש באמצעי-מניעה ואיסור ההפלות) כנסיונותיה של התפתחות זו.

ראו: Amitai Etzioni, *The Limits of Privacy*, in CONTEMPORARY DEBATES IN APPLIED ETHICS 253, 254 (Andrew I. Cohen & Christopher Heath Wellman eds., 2005).

206 ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 58-67.

לפומבי, ויוצאת מגדרה של הזכות לפרטיות²⁰⁷ (ובהמשך לטענה שהקניין הפרטי הוא הנשא העיקרי של הזכות לפרטיות – חיזוק לטענה זו ניתן למצוא בכך שהמשפט המודרני אינו רואה את הילדים כ"קניינם הפרטי" של הוריהם,²⁰⁸ וכך גם נמנע מהשקפה קניינית של אדם לגבי גופו ולגבי תאי הרבייה המופקים ממנו²⁰⁹). בפרט כך כאשר עצם הפעולה קשורה להבאתו לעולם של אדם חדש, כלומר, נעשית במובהק בספרה של החיים בין בני-אדם.²¹⁰

207 בהקבלה אפשרית: תשוקתי המינית חוסה תחת זכותי לפרטיות, בין שהיא מופנית לעבר נשים, גברים, ילדים, בעלי-חיים או חפצים דוממים; אולם הוצאתה אל הפועל של אותה תשוקה מינית בעולם החיים בין בני-אדם מוצאת מתחום הפרטיות וכפופה לביקורת ולהגבלה על-ידי הגוף הפוליטי – למשל, באמצעות התנייתה בקיומה של הסכמה בוגרת מצד מושא-תשוקה בעל יכולת להרגיש (מה שמוציא מתחום הדיון את מימוש אותה תשוקה עם ילדים, אשר חסרים יכולת להסכמה בוגרת, אך מותר את אפשרות מימושה עם מבוגרים משני המינים המסכימים לכך; אפשרות מימושה עם בעלי-חיים או עם חפצים דוממים צריכה להיעשות במסגרת אחרת, שכן מימוש זה אינו נחשב להוצאה אל הפועל בתחום עולם החיים בין בני-אדם).

208 להבדיל משיטות משפט אחרות, אשר תפסו כך את מעמדם של הילדים. ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 218. על הקשר בין הקניין הפרטי לבין היחסים המשפחתיים ראו גם פרידריך אנגלס "מוצא המשפחה, הקניין הפרטי והמדינה" ק. מארקס, פ. אנגלס – כתבים נבחרים כרך ב 141 (מ' מיינסקי מתרגם, 1957). על התזה שחופש הפריון גורם הלכה למעשה לתפיסה קניינית של הילדים, ועל נסיונות להגבילו על רקע זה, ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 96-99, וכן; Carter Dillard, *Future Children as Property*, Duke J. Gender L. & Pol'y (forthcoming), available at ssrn.com/abstract=1486790, ראו גם; Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 Harv. L. Rev. 1849 (1987).

209 ראו, למשל, את פסק-הדין בעניין *Moore*, לגבי שימוש לא-הולם ברקמות שהוסרו מגופו של מטופל: *Moore v. Regents of University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990). באופן דומה, גינקולוג ישראלי שנטל ללא הסכמה ביציות מנשים שטופלו על-ידי לא הואשם בגנבה (על-אף הכינוי העיתונאי שרווח לגביו – "גנב הביציות"), אלא הואשם בקבלת דבר במרמה: רן רוניק "4 מנפגעות פרשת הביציות יפוצו ב-1.5 מיליון" הארץ 20.6.2005; רן רוניק "רישיון הרפואה של הגינקולוג בן רפאל נשלל לשנתיים וחצי" הארץ 9.3.2007. בסופו של דבר בוטל כתב-האישום הפלילי, ותחתיו הורשע הרופא בדין משמעתי. אין זה מן הנמנע שברקע לכך עומדת גם עמימות מעמדן המשפטי של הביציות המוצאות אל מחוץ לגוף: "מורכבותו של הנושא הרפואי העומד בבסיסה של פרשה זו, וקיומן של בעיות משפטיות ואתיות שחלקן לא הוסדר בנהלים של משרד הבריאות, היו ביטוד השיקולים לסגירת תיק החקירה בנימוק של העדר ראיות מספיקות." ת"פ (שלום ת"א) 3986/05 מדינת ישראל נ' בן רפאל (לא פורסם, 4.4.2006), דברי השופטת מ' דיסקין, המביאה מטענות ההגנה בהחלטת-ביניים בתיק.

210 ראו על כך עוד להלן בפרק ה. כאן המקום לציין כי נימוק זה של הבנת המושג "פרטיות" עשוי לשמש גם כדי להתנגד לביסוס הזכות להפסיק את ההיריון על הזכות לפרטיות, שכן

יוצא אפוא שניתוחו ההיסטורי של המושג "פרטיות" מחזק את ההשקפה המקובלת על זכות זו, וביחס לענייננו – ההצדקה לבחירת מין היילוד אינה יכולה להתבסס על הזכות לפרטיות.

5. בחירת מין היילוד וחירות הבחירה

הזכות העיקרית שהמתנגדים למעורבות בבחירת המין משעינים עליה את טיעונם היא כאמור האוטונומיה של הפרט וחופש הבחירה. במשטר ליברלי לכל אדם יש חירות לעצב את חייו כרצונו, וכל התערבות חיצונית בזכות זו צריכה להיות מושתתת על עקרונות מוצקים מספיק, כגון נזק לאחרים ספציפיים או למוסדות חברתיים, ולא על השקפה מוסרית כזו או אחרת בדבר ערכים עליונים או מהותם של החיים הטובים.²¹¹ כל רגולציה מדינתית בתחום בחירת המין נתפסת אפוא – על-פי מצדדי החירות והאוטונומיה של הפרט, השואבים את השראתם ממיסדי ההגות הליברלית, ובפרט מג'ון סטיוארט מיל – כהגבלה לא-מוצדקת של החירות וכהתערבות גסה וחסרת בסיס בתחום האוטונומיה של הפרט. כך בעיקר בהעדרו של נזק צפוי, ומכאן התרכזותו של הדיון על בחירת המין בשאלת קיומו של נזק פוטנציאלי לחברה או ליחידים כתוצאה מן הבחירה.

עקרון הנזק, עם זאת, אינו הבסיס היחיד להגבלת החירות. לפי הצעתו של פיינברג, גם פגיעה (offense) שאינה מסיבה בהכרח נזק תצדיק את צמצום חירות פעולתו של הפרט.²¹² בהתאם לעקרון הפגיעה ניתן להבין חלק מן הטיעונים המייחסים לבחירת מין היילוד ערך שלילי אף ללא קשר הכרחי לתוצאות מזיקות, כגון הטענה שהבחירה מהווה פעולה מיננית מיסודה, ועל-כן פוגעת בעקרון השוויון בין המינים, או הטענה כי מדובר בפעולה אשר חותרת תחת התפיסה הראויה של ההורות ועל-כן פוגעת בערך היחסים המשפחתיים.²¹³

גם במקרה של הפסקת ההיריון הפעולה הרלוונטית קשורה להבאה לעולם של חיים חדשים. אכן, לטעמי פעולת הפסקת ההיריון קשורה לזכות האישה על גופה, ולא לזכות לפרטיות. על הזכות ביחס לגוף ראו עוד לעיל בה"ש 149. על הביקורת הפמיניסטית שנמתחה על השתתת הזכות להפסקת היריון על הפרטיות ראו לעיל ה"ש 199.

211 ראו לעיל ה"ש 114–117 והטקסט הסמוך אליהן. כן ראו זהר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 244; Joel Feinberg, *The Idea of a Free Man, in his RIGHTS, JUSTICE AND THE BOUNDS OF LIBERTY* — ESSAYS IN SOCIAL PHILOSOPHY 3 (1980). המושגים "חירות" ו"אוטונומיה" אינם חופפים במדויק, חרף הזיקה ההדוקה ביניהם, אך במסגרת סעיף זה אתיחס אליהם במאוחד. על ההבחנה ביניהם ראו לעיל Feinberg, בעמ' 18–25, וכן: GERALD DWORKIN, *THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY* 13–14, 18 (1988).

212 Joel Feinberg, *"Harmless Immoralities" and Offensive Nuisances, in his RIGHTS, JUSTICE AND THE BOUNDS OF LIBERTY* — ESSAYS IN SOCIAL PHILOSOPHY 69 (1980).

213 לטענה בדבר הפגיעה בעקרון השוויון המגדרי ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 57–58; לטענת הפגיעה בערך היחסים המשפחתיים ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 97–99. מועזם דנה בעקרון הפגיעה של פיינברג בהקשר של הפרקטיקה הרווחת של בחירת המין בהודו. ראו

אתגר אחר לטיעון המשתית את ההצדקה לבחירת מין היילוד על החירות מובא לא מצד הניסיון למצוא הצדקות חיצוניות להגבלת החירות, אלא מתוך ניתוח היסטורי של המושג "חירות" עצמו. הפעם, במקום לעקוב אחר דיונה של ארנדט על ההבדל בין משמעות החירות בעולם העתיק לבין משמעותה בעולם המודרני,²¹⁴ נוכל לנתח את השינוי שעבר על המושגים "בחירה" ו"חירות" בין המאה התשע-עשרה למאה העשרים על-סמך ניתוחו של לורנס פרידמן. לפי פרידמן, מובנם של המושגים הללו בתקופה הנוכחית שונה מהותית, ורחב בהרבה, מהבנתם המקורית על-ידי הוגיהם בני המאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה, כגון לוק וג'פרסון, וגם מזו של מיל, בן המאה התשע-עשרה. הדבר קשור לטרנספורמציה שעבר המושג "אינדיווידואליזם" מאינדיווידואליזם כלכלי, פוליטי ופילוסופי, במאה התשע-עשרה, לאינדיווידואליזם המודרני, החולש על תחומי חיים רבים ומגוונים, ובפרט על תחום המשפחה. בהתאם לכך התפשטה משמעותם של המושגים "חירות" ו"אוטונומיה של הבחירה", שהייתה מצומצמת או לספרות של הכלכלה והפוליטיקה בעיקר.²¹⁵ לדעת פרידמן, דווקא מסיבה זו של הרחבת תכולתה ומשמעותה של החירות, נדרשת רגולציה מנהלית ומשפטית רבה יותר כדי לממש את האינדיווידואליות הכוללת הזו בתחומי החיים הנוספים, כגון זה המשפחתי. התפיסה הליברטריאנית בדבר "יותר חוק – פחות חופש" אינה תואמת את תרבותנו המשפטית והטכנולוגית כיום, שכן לכל התקדמות טכנולוגית המגבירה את ה"חירות", במובן זה שהיא מאפשרת בחירות חדשות, מתלווה מייד כניסה של חוקים ותקנות חדשים ביחס לאותה טכנולוגיה. בחישוב "ארייתמטי", החיסור בחירות שנגרם על-ידי הוספת החוקים קטן מהתוספת ביכולת הבחירה שנובעת מהחידושים הטכנולוגיים. פרידמן מביא כדוגמה את ההמצאה הטכנולוגית של המכונית, אולם ניתן בהחלט ליישם את התיאוריה הזו גם על טכנולוגיות חדישות יותר, כגון טכנולוגיית האינטרנט והדינים הנלווים אליה או טכנולוגיות הפרייוו.²¹⁶ מסקנתו של פרידמן, הגם שהיא נובעת מניתוח

Moazam, לעיל ה"ש 47, בעמ' 215-216. אולם ראו תשובתה של Purdy, לעיל ה"ש 57, בעמ' 35, כי במקרה של הודו מדובר למעשה בנוק, ולא בפגיעה.

214 לניתוח זה, שיכול להיות מועיל גם בהקשרנו, ראו באופן כללי Arendt, לעיל ה"ש 203. כן ראו: Maurizio Passerin D'Entrèves, *The Political Philosophy of Hannah Arendt* 67 (1994), ובפרט שם, בעמ' 177, ה"ש 8. עוד על המושג "חירות" אצל ארנדט ראו: Miguel Vatter, *Nativity and Biopolitics in Hannah Arendt*, 26 *REVISTA DE CIENCIA POLÍTICA* 137, 152-157 (2006).

215 Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture* 56 (1990).

216 שם, בעמ' 68-69. ניתן להתנגד להחלת טענתו של פרידמן על התחום של בחירת מין היילוד, ולטעון כי תחום זה שונה מתחום הנהיגה במכונית, למשל, מכיוון שבתחום זה הרגולציה אינה הכרחית לצורך תוספת הבחירה. כנגד זה אפשר להביא את הטענות התומכות בהתרה מוגבלת של בחירת מין בכפוף לרגולציה, כגון מיסוי או דרכים אחרות לשמירה על המאזן הדמוגרפי – מנקודת-מבטו של פרידמן, אלה דרכים המבקשות להגדיל את חירות הבחירה על-ידי תוספת רגולציה.

היסטורי, תואמת את מסקנת ניתוחו הפילוסופי-האנליטי של ג'רלד דבורקין, הטוען כי ריבוי אפשרויות הבחירה אין משמעו בהכרח מצב טוב יותר.²¹⁷ דבורקין טוען, בין היתר, כי בחירה טומנת בחובה אחריות ישירה לבוחר,²¹⁸ וכי אפשרויות בחירה יוצרות לחץ של הסביבה על הבוחרים לנהוג בתואמנות. שתי הטענות מומחשות אצל דבורקין באמצעות סוגיות של פריון והולדה, ואף ספציפית ביחס לבחירת מין היילוד.²¹⁹ ערעור נוסף על התפיסה שבחירת מין היילוד מעוגנת בזכות האדם לאוטונומיה של הפרט בא מכיוונו של הדיון במושג "אוטונומיה" עצמו. משמעותה של אוטונומיה היא שלטון עצמי – יכולתה של הפרט לפתח את עצמיותה ולעצב את חייה בהתאם לרצונותיה העצמאיים.²²⁰ הדיון הפילוסופי במושג זה תורם להבנה מורכבת יותר שלו ומאפשר בחינה מדוקדקת יותר של מה שעשוי להיראות כהחלטה אוטונומית במבט ראשון. אחת ההמשגות הנפוצות למורכבות זו היא ההבחנה בין רצונות מסדר ראשון לבין רצונות מסדר שני: פעולה של הפרט בהתאם לרצונות מן הסדר הראשון לא תיחשב בהכרח לאוטונומית אם היא נוגדת את הרצונות הנעלים יותר שלה.²²¹ הבנה זו עשויה לעמוד בבסיס הממצאים האמפיריים שלפיהם רוב הנשאלים בסקרים מתנגדים למימוש הבחירה במין היילוד ומגלים רתיעה מן הפרקטיקה, אף שלרוב האנשים יש מן הסתם העדפה מסוימת למין של ילדם העתידי.²²² ההגות הפמיניסטית העשירה אף היא את תוכנו של המושג "אוטונומיה", מתוך ביקורתה על תפיסת האוטונומיה כמושג המדגיש את תכונות הרציונליות והאינדיווידואליזם האטומיסטי. הדיון הפמיניסטי פיתח ראייה מורכבת יותר, אשר באה לידי ביטוי במושג "אוטונומיה תלוית-יחסים" (relational autonomy), המסב את תשומת-הלב להקשר החברתי והבין-

- 217 DWORKIN, לעיל ה"ש 211, בעמ' 62-81 (הפרק "Is More Choice Better Than Less?").
- 218 ראו בהקשר זה גם את טיעוניו של הברמס המפורטים לעיל בה"ש 108, בה"ש 146 ובטקסט הסמוך אליהן.
- 219 DWORKIN, לעיל ה"ש 211, בעמ' 67-69.
- 220 DWORKIN, לעיל ה"ש 211, בעמ' 3-6, 10-14; Feinberg, לעיל ה"ש 211, בעמ' 18-20; John Christman, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (published 28.7.2003, revised 11.8.2009), available at plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral. ראו גם בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 1-5 לפסק-דינו של השופט לוי (לא פורסם, 11.5.2006).
- 221 DWORKIN, לעיל ה"ש 211, בעמ' 14-20; זהר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 246-247. הדוגמה הנפוצה לעניין זה היא ציווי של אודיסאוס על מלחיו לקשור אותו לתורן הספינה, ולא לשחררו גם אם יצווה עליהם לעשות זאת כאשר ישמע את שירת הסירנות. רצונו מן הסדר הראשון, להשתחרר וללכת בעקבות השירה, כפוף לרצונו מן הסדר השני להישאר בספינה כקברניטה ולשוב הביתה עם מלחיו.
- 222 כזכור, ההתנגדות הרחבה בקרב הציבור לבחירת מין היילוד עמדה ביסודו של HFEA REPORT, לעיל ה"ש 25. עוד על הממצאים האמפיריים לגבי התפלגות העמדות ביחס לבחירת מין היילוד ולגבי התפלגות ההעדפות ראו לעיל בה"ש 26, 77 (מחקרם של Scully ושותפיה) ו-86.

אישי שבו מתעצבים תפיסת העצמי והרצונות ביחס לעצמי, ואשר בו נערכות הבחירות של הפרט.²²³ הבנה זו של המושג "אוטונומיה" חשובה במיוחד לאותן סביבות תרבותיות שבהן הבחירה במין היילוד אינה מייצגת בהכרח, כנטען, את רצונה העצמאי של האם העתידית.²²⁴

כל אחד מן הטיעונים הללו שהובאו כאן חוזקו בצידו, והוא מספק אתגר, חלקי לכל הפחות, לתפיסה המבססת את בחירת מין היילוד על זכות של ההורים הנגזרת מחירות הבחירה שלהם ומן האוטונומיה של הפרט. אולם דומני שהאתגר המשמעותי ביותר לתפיסה זו מגיע מניתוח המושגים "חירות" ו"אוטונומיה" עצמם, ומאופן הבנתם הראוי על-פי התפיסה הליברלית הקלאסית המסורתית. לצורך ניתוח זה מן הראוי לחזור לדבריו של מיל עצמו על החירות ועל תחום הבחירה של האדם.²²⁵ תחום זה מוגדר כך:

223 ראו: Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar, *Introduction: Autonomy Refigured*, in RELATIONAL AUTONOMY — FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY, AND THE SOCIAL RELATIONAL SELF 3 (Catriona Mackenzie & Natalie Stoljar eds., 2000) (הספר להלן); Susan Dodds, *Choice and Control in Autonomy*, in *RELATIONAL AUTONOMY, Agency and Interdependence: Quandaries in Genetic Decision Making*, in RELATIONAL AUTONOMY, *ibid*, 213; Anne Donchin, *Autonomy*, *ibid*, 236. ליישום המושג Relational Autonomy על הסוגיה של בחירת מין היילוד ראו Scully et al., לעיל ה"ש 77, בעמ' 29-30; Ehrlich et al., לעיל ה"ש 86, בעמ' 1093-1095. ראו גם את ביקורתם של Blyth, Frith & Crawshaw, לעיל ה"ש 57, על המושג "אוטונומיה", הנשענת על רעיונות דומים. ראו בהקשר זה גם דיון דומה על המושגים "חירות" ו"אוטונומיה" (אף שהוא אינו עושה שימוש במושג Relational Autonomy), אשר מוחל אף הוא בחלקו על נושא הפריון: ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS esp. (1993) 141-143.

224 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 118-119.

225 הסיבה לפנייתי להגותו של מיל נעוצה בכך שזהו ההוגה העיקרי שעליו מסתמכים המתנגדים להתערבות בבחירת המין, אשר נשענים על "עקרון הנזק" של מיל. הגדרות חלופיות למושג "חירות", כגון הגדרותיהם של קנט או של רוסו, הן בעייתיות יותר מבחינת המתנגדים להתערבות בבחירת המין, שכן הן הגדרות פוזיטיביות המכפיפות את החלטותיו של האדם לחוק עליון או לרצון כללי כלשהו. הגדרת החירות של מיל היא שלילית בעיקרה, ועל-כן ההסתמכות עליה מצד מתנגדי ההתערבות היא מובנת. יש לציין, עם זאת, כי הטוענים בשמו של מיל לחירות לבחור את מין היילוד אינם זוכרים ככל הנראה את דיונו המורכב של מיל בהחלת טיעוני החירות על ההקשר המשפחתי. התנגדותו של מיל לכוח המופרז שהעניקה המדינה בתקופתו לגברים על נשותיהם ידועה היטב, אולם באופן דומה תפס מיל גם את כוחם של הורים (וליתר דיוק – של אבות) על ילדיהם: "רעיונות של חירות שנעשה בהם שימוש לקוי הם מכשול ממשי על דרכה של המדינה במילוי חובותיה, בייחוד כשמדובר בילדים. אפשר כמעט לחשוב שילדיו של אדם נחשבים חלק ממנו – פשוטו כמשמעו, ולא כמטפורה – עד כדי כך דעת הקהל מתקוממת על התערבותו הפעוטה ביותר של החוק בשליטתו המוחלטת

"תחום המקיף את כל אותו חלק מחייו ומהתנהגותו של אדם שמשפיע רק עליו, או, אם יש לו השפעה גם על אחרים, הרי זה רק בתנאי שהם מסכימים לדבר ומשתתפים בו מרצונם הטוב, החופשי והבלתי-מדומה... זהו אפוא המחוז ההולם של חופש האדם."²²⁶

הבחירה המילולית של מיל להמשיג את החירות ואת החופש כ"תחום" וכ"מחוז" משקפת נטייה רווחת לדבר על החירות במטפורות מרחביות וגיאוגרפיות. הפרשנות הליברטרית-אנית של חירות הבחירה נעוצה בדימוי מכניסטי-פיזיקלי, הנובע, בין היתר, מתפיסת האדם המכניסטית של הובס. לפי דימוי זה, קו הגבול של חירות הפעולה של האדם עובר במקום שבו יש "מעצורים חיצוניים" או "גבולות חיצוניים" בדמות נזק לאחרים (או למצער השפעה על אחרים, כהגדרתו של מיל). התפיסה של היקף החירות כגבול, כקו דו-ממדי, נעוצה בדימוי מרחבי של מחוזות אשר תחומים בגדרות ובקירות נטולי שטח ונפח – מצידם האחד "פרטי וחופשי", ומצידם האחר "ציבורי ומוגבל".²²⁷ אולם יושם אל לב כי הגדרתו

והייחודית של אדם עליהם. אין כמעט שום התערבות אחרת בחופש הפעולה המקוממת אותו יותר. עד כדי כך מקילים כלל בני האדם בערכה של החירות ביחס לשררה. תנו דעתכם, למשל, על עניין החינוך. "ראו ג'ון סטיוארט מיל על החירות 125 (אהרן אמיר מתרגם, 2006). בימינו אפשר להחליף את המילה "חינוך" בצירוף "עיצוב גנטי". ראו גם את הדיון על עצם הבאת ילדים לעולם (שם, בעמ' 129): "תחום החינוך איננו היחיד... עצם גרימת קיומו של בן-אנוש היא אחת מהפעולות האחראיות ביותר במעגל חייהם של בני-האדם."

226 שם, בעמ' 15.

227 "בשם חירות יצויין, על-פי הוראתה הנכונה של המלה, העדר מעצורים חיצוניים. מעצורים אלו עלולים לעתים קרובות להשביט חלק מכוחו של אדם לעשות דבר שהיה רוצה לעשותו... בדרך הטבע, לכל אדם זכות לכל דבר." תומס הובס לזיתן: או החומר, הצורה והשלטון של קהיליה כנסייתית ואזרחית 120 (יוסף אור מתרגם, תשס"ג). היישום לשדה החברתי הוא מיידית: "בדרך כלל נאמר עלי כי חופשי אני כמידת אי-התערבות אדם או גוף אנושי כלשהו בפעילות... אם אחרים מונעים אותי מעשות את שאלמלא כן יכול הייתי לעשותו, הרי כמידה זו איני חופשי." ברלין, לעיל ה"ש 152, בעמ' 174. ברלין מוסיף לדיון, כידוע, גם מרכיב של חירות חיובית. פיינברג תופס גם מרכיב זה באותם מונחים גיאוגרפיים, בדברו על "מגבלות חיצוניות" (לחירות השלילית) ועל "מגבלות פנימיות" (לחירות החיובית), ובהרחיבו את הדיון המרחבי לתפיסת העצמי. ראו Feinberg, לעיל ה"ש 211, בעמ' 5-6: "How we make the distinction between 'internal' and 'external' constraints depend, of course, on how we draw the boundaries of the self. If we contract the self sufficiently so that it becomes a dimensionless non-empirical entity, then *all* causes are external causes... If the distinction between internal and external constraints is to be given a *political* use, however, then perhaps the simplest way of making it out is by means of a merely spatial criterion: external constraints are those that come from outside a person's body-cum-mind, and all other constraints... are internal to him" ראו גם:

של מיל לתחום החירות מוציאה מתוכו את ההחלטה על מין היילוד, שכן זו משפיעה לא רק על האדם או בני-הזוג המקבלים אותה, ואף לא בעיקר עליהם. היא נועדה להשפיע באופן קיומי על חיי היילוד העתידי, אף אם הלה אינו קיים עדיין בשעת ההחלטה. במידה פחותה יותר אפשר לדבר גם על השפעה עקיפה על הוריו העתידיים, כמו-גם על הקהילה הפוליטית כולה, אשר חבר/ה חדש/ה עתיד/ה להצטרף אליה. בנקודה זו הדיון בוכות לפרטיות חופף במידת-מה את הדיון בתירות הבחירה. חופש הפעולה וחופש האוטונומיה של הפרט מכובדים בהחלטות הנוגעות ברשותו ובתחומי הפרטיים, אולם כפי שנטען בסעיף הקודם (ויורחב בפרק הבא), ההחלטה להביא ילד/ה לעולם, ובתוך כך ההחלטה לקבוע את מינו/ה מלכתחילה, יוצאות מתחום הרשות הפרטית לתחום הפומבי של החיים בקרב בני-אדם.

כאמור, פעולות בתחום החיים בקרב בני-אדם מוגבלות על-סמך עקרון הנזק. אולם בעיית האי-זוהות מונעת אותנו מלדבר על נזק ליילוד העתידי שמינו נקבע. מאותה סיבה גם אי-אפשר לדרוש את הסכמתו, כבקשתו של מיל, או את הסכמתו המשוערת – בדיוק מכיוון שהוא אינו קיים עדיין. אולם הדיבור על נזק או על הסכמה הוא שלב שאיננו מגיעים אליו כלל בהחלטה על בחירת המין. בהמשך למטפורות המרחביות של "מחוז החופש" של האדם, ניתן לדמיין שטכנולוגיות הפריון החדשות יוצרות "שטח הפקר" המצוי מחוץ למחוז החופש של האדם המחליט אף שהוא אינו חודר לתחום האוטונומיה של אדם אחר.²²⁸ הנזק

Joel Feinberg, *The Concept of Freedom*, in his *SOCIAL PHILOSOPHY* 4, 12 (1973). מעניין שהמשגות מרחביות אלה של החירות נולדו בתקופתה של תנועת הגידור המסיבית באנגליה. על קשר דומה עמד מרקס, שניתח את המושג "חירות" באופן ביקורתי, בציינו כי "החירות היא איפוא הזכות לעשות כל דבר שאינו מזיק לזולת. התחום שבתוכו יכול כל יחיד לפעול מבלי להזיק לאחרים נקבע על-ידי החוק בדיוק באותה מידה שגבולם של שני שדות נתחם על-ידי יתד" (במקור: Zaunpfahl – יתד-גידור). קארל מארקס "לשאלת היהודים" כתבי שחרות 33, 51 (שלמה אבינרי עורך ומתרגם, 1965) (1844). לקשר האטימולוגי שבין המילים "חוק" ו"גדר"/"גבול" ביוונית (nomos) ראו ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 63, ה"ש 62. 228 על קיומו של שטח הפקר, שעיימו זוהה החוק בעולם העתיק, ועל צמצומו לתחום היקפי של גדר או חומה, ראו ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 62-63. אפשר לטעון למעשה כי "שטח הפקר" זה לא נוצר בעקבות הופעת הטכנולוגיות החדשות של הפריון, שכן מאז ומתמיד יכלו בני-האדם להשפיע באמצעים שונים על הדורות הבאים. בהמשך לכך אפשר לחשוב על הגבלות של החירות ביחס לפעולות שאינן פוגעות באחרים ספציפיים בני-זמננו, כגון שימוש במשאבי-טבע או השמדת יצירות-אומנות נדירות. זוהי הקבלה מעניינת שראוי להעמיק בה, אולם לדעתי היא אינה רלוונטית לדיון הנוכחי מטעם כפול: ראשית, במקרים הללו מדובר עדיין בנזק או בפגיעה שמצמצמים את חירות הפעולה, להבדיל מבחירת המין, שאינה משלבת רכיב של פגיעה או נזק; שנית, יש להבחין בין הבעיה הכללית של "הדורות הבאים" לבין הבעיה הספציפית של אנשים עתידיים (ביחיד או ברבים) שעצם קיומם תלוי בפעולותינו הנוכחיות. על הבחנה זו ראו בכתבתו של PARFIT, לעיל ה"ש 139, ודיון מפורש אצל HEYD, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12-13 (תודתי לחברי מערכת עיוני משפט על תרומתם לנקודה זו).

לאחר או הסכמתו הם כלי – אמצעי היוריסטי אם תרצו – לחקירת גבולותיה החיצוניים של החירות. הם אינם נדרשים כאשר מלכתחילה אנו יוצאים מתחומה הפנימי. תחום האוטונומיה של הפרט מוגבל "מבפנים" על ידי פעולות שמהותן ותכליתן קביעת מאפייניו של יילוד עתידי – לא מכיוון שהן עלולות לפגוע ביילוד או להזיק לו, אלא מכיוון שהשפעתן העיקרית אינה על האדם העושה אותן, אלא על אותו אדם שעתיד להתהוות בעטיין. ההחלטה על מין היילוד נמצאת לכן, בפשטות, מחוץ לתחום החירות. במילים אחרות, זוהי החלטה המצויה מחוץ למשרעת האוטונומיה של הפרט במובנה המילולי המקורי, הפשוט ביותר, של המילה "אוטונומיה" (auto-nomos), קרי: שלטון עצמי, או קביעת ה"נומוס" – החוק או הסדר הנורמטיבי – לעצמי ובעבור עצמי. בחירת מין היילוד היא בראש ובראשונה קביעה הנעשית בעבור אחר, בעבור אותו יילוד עתידי שמינו נבחר, ועל-כן היא אינה פעולה הנעשית במסגרת האוטונומיה של הפרט.²²⁹

בפרק זה ביקשתי לערער על הטיעון הגורס כי רגולציה מדינתית וחברתית בשאלה של בחירת מין היילוד מהווה הפרה של זכויות הפרט. הראיתי כי הטיעונים השונים שהמתנגדים למעורבות זו מסתמכים עליהם אינם מקימים זכות להורים לבחור את מין יילודם העתידי – לא על בסיס האינטרס שלהם בהורות ולא במסגרת זכותם לפרטיות או אף זכותם לאוטונומיה של הפרט. גם המושגים "חופש הפרייון" ו"הזכות לתכנון המשפחה" אינם משמשים משענת טובה לטיעון המתנגד לרגולציה של מין היילוד, מאחר שגבולותיהם של מושגים אלה הם העומדים לבחינה במסגרת הדיון. הפילוסוף הד מציין – ביחס לסוגיות הכרוכות ביצירתם של אנשים חדשים, שאותן הוא מכנה "בעיות בראשית" (Genesis problems) – כי האתיקה של הזכויות אינה מסייעת בדינו לפתור סוגיות אלה: ליילוד העתידי אין זכות לא להיוולד (או להיוולד) במין זה או אחר, כשם שלהורים המיועדים אין זכות או אינטרס מוגן לצאצא ממין זה או אחר.²³⁰

229 ראו גם מיל, לעיל ה"ש 225, בעמ' 125: "ראוי שיהיה אדם בן-חורין לעשות כטוב בעיניו בענייניו שלו, אך לא מן הראוי הוא שיהיה בן-חורין לעשות כטוב בעיניו כשהוא פועל בשמו של אחר." ניתן לכאורה לערער על קביעה זו באמצעות הדוגמות הנפוצות של זכותה של אישה הרה לעשן או לשתות אלכוהול, אשר מעוגנת בחירות הבחירה שלה אף שהדבר משליך חמורות על היילוד העתידי, או לחלופין זכותם של ההורים לקבוע את מקום מגוריהם, אשר אף לו יש השפעה מהותית על חייו של הילד. אולם דוגמות אלה מוכיחות לדעתי דווקא את הטענה שאני מכוון אליה, שכן ניתן לזהות הבדל איכותי בין פעולות כגון בחירת מקום המגורים, ואף עישון או שתיית אלכוהול, אשר נוגעות בראש ובראשונה בסדר-חייו של המחליט אף שיש להן השפעה גם על אחרים, לבין ההחלטה לבחור את מאפייניו או את מינו של אדם אחר. החלטה אחרונה זו, אף שיש לה כמובן השפעה גם על חייו של המחליט (במקרים שבהם הוא ההורה של אותו אחר), נוגעת בראש ובראשונה בסדר-חייו של האדם האחר שביחס אליו נעשית ההחלטה.

230 HEYD, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12-13, 39-51. יש לציין כי הד נמנה דווקא עם המתירים בחירה של מין היילוד, אם כי בגרסה מצומצמת מאוד (ראו את עמדתו בדיוני ועדות הכנסת לעיל בה"ש 60), אולם ביושרתו הפילוסופית הוא מציין כי אף שהוא רואה את הפעולה כמותרת

יש להדגיש כי פסילת מסגרת הדיון האתית של הזכויות אינה מובילה בהכרח למסקנה שבחירת המין אסורה, וכי יש להותיר את הבחירה בידי מנגנון הטבע או לחלופין להפקידה בידי המדינה או החברה, ולא בידי הפרט. כל משמעות הדיון עד כה היא שאי-אפשר לדבר על "זכות" לבחירה במין היילוד, ועל-כן גם אין נדרשת הצדקה בדמותו של נזק אפשרי כדי להגביל את אפשרויות הבחירה הזו. יתרה מזו, אפשר עדיין לטעון כי להורים יש רשות או סמכות – ואולי אף חובה – לעשות בחירה כזו, אולם אין זו זכותם. בפרק הבא אבקש להציע אמות-מידה שיכולות לשמש קווים מנחים בעניין זה, ואשר עולות בראיית בקנה אחד עם השקפה פוליטית ליברלית. אמות-מידה אלה נשענות על היות הצאצא העתידי סובייקט פוליטי באופן שבו המחשבה הליברלית מבנה אותו, ועל תפיסת ההכרעה בבחירה האמורה כפעולה פוליטית וריבונית.

ה. היילוד העתידי כסובייקט פוליטי ובחירת מינו כפעולה פוליטית וריבונית

בספרו *LIFE'S DOMINION* עוסק רונלד דבורקין בשני מקרים של החלטות הנוגעות בקצות החיים (הפלול והמתות-חסד). כבסיס לדיון הוא מנסה להסביר את קדושתם של חיי האדם על רקע ערכם האינטרינזי. דבורקין מקביל את חיי האדם לשני מושאים אחרים של ערך אינטרינזי שאנו מגינים עליהם מפני השמדתם: מינים של בעלי-חיים, שיש להם ערך כמין (כלומר, כקטגוריות – לא נגן בהכרח על בעלי-חיים יחיד, אולם נגן על מין נכחד מפני השמדה); ויצירות-אומנות, שיש להן ערך כפרטים (אין טעם בהגנה על סוגה אומנותית, למשל). לפי הסבר זה, מושא עשוי לקבל את ערכו האינטרינזי כתוצאה מתהליך יצירתו ההיסטורי הגנאלוגי-הטבעי (כגון מינים של בעלי-חיים) או כתוצאה מתהליך יצירתו האנושי-התרבותי (כגון יצירת-אומנות). לחיי אדם, הוא טוען, יש ערך מקודש שכן ערכם האינטרינזי מתקבל משני ההיבטים גם-יחד: הן כמין, כקטגוריה, והן כפרט יחידני. זאת, מכיוון שהם תוצר של שתי מסורות היצירה: הן יצירה טבעית-גנאלוגית והן יצירה תרבותית-אנושית. את הצדדים הניצים בוויכוח על ההפלות מנסה דבורקין לקרב זה לזה על-ידי הסבר זה בדבר ערכו של המין האנושי. שני הצדדים, אומר דבורקין, מסכימים על קדושת החיים, אלא שכל אחד מהם מדגיש פן אחר של קדושה זו בתהליך התפתחות העובר. מתנגדי ההפלות מדגישים את מסורת היצירה הטבעית, ולדידם רגע ההפריה הטבעית הוא הרגע המכריע בתהליך. מצדדי אפשרות הבחירה מדגישים את מסורת היצירה האנושית – את ההשקעה של בחירה אישית, אמון ומחויבות בתהליך ההתפתחות של הזהות האנושית – ועל-כן אם משהו עלול לפגום בהשקעה האנושית הנדרשת לצורך פיתוחו העתידי של הצאצא, הם מוכנים להפסיק את תהליך ההתפתחות בשלבו הטבעי הטרומ-לידתי.²³¹

(permissible), אין היא מוצדקת במונחים של זכויות. ראו גם Heyd, לעיל ה"ש 26, בעמ'

211-212.

231 DWORKIN, לעיל ה"ש 89, בעמ' 68-101.

דיון הולמת להציב בה גם את הוויכוח על בחירת מין היילוד (או את בחירת המאפיינים הגנטיים של היילוד ככלל): המצדדים בבחירה או באפשרוה שמים את הדגש בהיבטי היצירה האנושית במסגרת תהליך ההתפתחות האנושי, באמצעות חינוך או טכנולוגיה, למשל – היבטים הכרוכים מטיבם בבחירות אנושיות;²³² המתנגדים, מצידם, מדגישים את מסורת היצירה הטבעית, וחוששים מפני תוצאותיו של תהליך שבו היצירה האנושית משתלטת עליה והופכת את היילוד מ"יציר" (הבריאה) ל"מוצר". כך, למשל, גורס הברמס, שחששותיו נידונו לעיל בהרחבה: "התופעה המדאיה היא טשטוש הגבול בין הטבע, שאנו הננו, לבין הירושה האורגנית שאנו מעניקים לעצמנו"; "נמחקת ההבחנה בין הקטגוריות של המיוצר [בתהליך של ייצור טכנולוגי, תעשייתי] ושל המתהווה מטבעו, בעולם החיים [היומיומיים]"; "ככל שההתערבות בהרכב הגנום האנושי יותר פולשנית... [מיטשטשת – י' ר'] ההבחנה האינטואיטיבית בין תוצא טבעי לתוצר מלאכותי".²³³

ההבחנה בין היצירה הטבעית לבין זו האנושית, בין תוצא טבעי לתוצר מלאכותי, בין טבע לתרבות, וכיוצא באלה חלוקות בינריות, מסייעת בהבהרת השאלות העומדות לדיון ביחס לבחירת מין היילוד, אולם מחמיצה לדעתי נקודה חשובה ביחס לאופייה הפוליטי של היילודה. כדי לעמוד על נקודה זו, אציע להחליף את מסגרת הדיון הדיכוטומית הנ"ל בטיפולוגיה המשולשת שמציעה ארנדט לפעילויות האנושיות המרכזיות: העבודה (labor), המלאכה (work) והפעולה (action): העבודה כוללת את פעילויות היומיום הקשורות לצורכי החיים הביולוגיים, אשר הכרחיות לשם ההישרדות האישית וההישרדות של האנושות כמין; המלאכה כוללת את פעילויות הייצור והאומנות, את מלאכת-המחשבת האנושית אשר מעניקה, באמצעות הארטיפקטים המיוצרים, מידה של קביעות והמשכיות לחייהם של בני-אדם כבני-תמותה; הפעולה קשה יותר להגדרה תמציתית – זוהי הפעילות היחידה הנעשית ישירות בין בני-אדם (ללא תיווך של הומרים, בניגוד לעבודה ולמלאכה, אשר יכולות להיעשות בבדידות מוחלטת או בתיווך), ועלי-כן היא כרוכה בתנאי האנושי של הריבוי (הפלורליות) של בני-האדם. פעולה היא התחלה של תהליך חדש בעולם החיים המשותף לבני-האדם, שאין לדעת מראש את תוצאותיו או את השלכותיו (בניגוד לעבודה המחזורית, שתוצאותיה מכוונות להישרדות המין האנושי, ובניגוד למלאכה, אשר מתוכננת מראש על-פי דגם קיים או מדומיין בראשו של היוצר). הפעולה, לצד הדיבור, חושפת לעיני אחרים את הפועל ואת זהותו, ומהווה, יחד עם הדיבור, את הפעילות הפוליטית בהגדרתה. על-כן פעולתם המשותפת של בני-האדם היא המשולבת בכינון הגופים הפוליטיים ובקיומם, והיא מהווה תנאי לזיכרון, כלומר, להיסטוריה.²³⁴

הסבר נוסף למושג "פעולה" אפשר לקבל מדיונה של ארנדט בתנאי האנושי של

232 ראו גם Agar, לעיל ה"ש 120.

233 הברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 64-65, 95, 97, בהתאמה (הסוגריים המרובעים בציטוט השני מופיעים במקור). ראו באופן כללי שם, בעמ' 93-103.

234 ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 7-8, וביתר פירוט בעמ' 79-247. לחיבורים נוספים הדנים בחלוקה זו, ובפרט במושג "פעולה", ראו BENHABIB, לעיל ה"ש 203, בעמ' 107-114; PASSERIN D'ENTRÈVES, לעיל ה"ש 214, בעמ' 64-100.

הנְטָלִיּוּת, הילודה או הלידה (nataality) במובן של היותנו בני-לידה, על משקל בני-תמותה): "ההתחלה החדשה, האינהרנטית ללידה, יכולה להתבלט בעולם מפני שהצאצא מחזיק ביכולת להתחיל משהו מחדש, כלומר, לפעול. במובן זה של יוזמה, בכל הפעילויות האנושיות מצוי יסוד של פעולה, ולפיכך של ילודה (nataality). יתרה מזו, מאחר שפעולה היא הפעילות הפוליטית המובהקת, ילודה (nataality) – ולא תמותה (mortality) – עשויה להיות הקטגוריה המרכזית של המחשבה הפוליטית (להבדיל מזו המטפיזית)";²³⁵ "העובדה שהאדם מסוגל לפעולה משמעה שאפשר לצפות ממנו לבלתי-מצופה. וזה, שוב, אפשרי רק משום שהאדם הינו ייחודי, כך שעם כל לידה בא לעולם משהו חדש באופן ייחודי...".²³⁶ בהתאם למסגרת הדיון הדיכוטומית של הטבעי/המיוצר שנידונה לעיל, אפשר לשייך את הלידה או ההולדה לאורך ההיסטוריה לספרה הטבעית של היענות לצורכי החיים והישרדות המין האנושי, כלומר לפעילות העבודה,²³⁷ אולם המהפכה הטכנולוגית בתחום הפריזן מאפשרת – או מאיימת – להפוך את פעולת ההולדה לפעילות מתחום המלאכה, כלומר הייצור התעשייתי, ולהפוך את האדם, תוצר הפעולה, מייצר טבעי למוצר מלאכותי לכאורה. אלא שיישום מסגרת דיונה של ארנדט לא יסתכם בכך, ויתרום יסוד נוסף שהוא אינהרנטי להולדה, ובפרט להולדה המתוכננת (הן במובן של תכנון הלידה עצמה והן במובן של תכנון מאפייניו של היילוד) – היותה פעולה, במובן זה שהיא מתחילה תהליך חדש, ייחודי ובלתי-צפוי מבחינת תוצאותיו והשלכותיו; פעולה המתרחשת בין בני-אדם בספרה של עולם החיים המשותף לכולנו, ועל-כן – פעולה פוליטית.

אבחנתה של ארנדט בדבר הזיקה הייחודית שבין הילודה (או הקטגוריה של הלידה) / הנטליות) לבין הפעולה הפוליטית (והמחשבה הפוליטית, כאמור) מחדדת את תובנותיהם של פילוסופים פוליטיים מרכזיים בדבר מעורבותם של הקהילה הפוליטית, הריבון הפוליטי והאידיאולוגיה הפוליטית בניהול ייצורם של חיים חדשים. ביטוי נורמטיבי לכך מצוי כבר אצל אפלטון, עם מדיניות ההולדה המתוכננת בפוליטיאה שלו.²³⁸ אף שהדעה הליברלית מסתייגת כיום מהצעות כגון זו, לא למותר להזכיר את כל אותם חוקים, נורמות ומוסכמות

235 ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 9.

236 שם, בעמ' 178. המושג "נטליות" של ארנדט נידון בהקשר דומה אצל ברמס, לעיל ה"ש 76, בעמ' 110-111, אולם לטעמי דיונו של ברמס במושג כבול לדיכוטומיה של טבעי מול מלאכותי, ומשעבד אליה גם את המושגים "נטליות" ו"פעולה" של ארנדט. דיון מעניין במושג "נטליות" של ארנדט ובקשר שלו ללידה, לביולוגיה ולביו-פוליטיקה ראו אצל Vatter, לעיל ה"ש 214.

237 על שיוכה של הלידה לתחום הביתי ולתחום העבודה (labor) ראו ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 62, 72, ובפרט בעמ' 106-107, שם היא דנה בציווי שניתן לאדם במעמד הגירוש מגן-עדן לעבוד את האדמה, ובציווי המקביל שניתן לאישה: "בעצב תלדי בנים" (בראשית ג 16). חיזוק לכך אפשר למצוא בביטוי הצרפתי "femme en travail", שמשמעותו אישה יולדת (מילולית: אישה בעבודה), ובאנגלית אנו מוצאים את הביטוי "labor pains", הלוא הם צירי-הלידה.

238 אפלטון, לעיל ה"ש 175, בעמ' 458-461.

חברתיות, בחברות מסורתיות כמו גם כיום, אשר נועדו ומיועדים לפקה בעקיפין או במישרין על ענייני הקהילה באמצעות פיקוח על הילודה – למשל, הפיקוח על גבולות הקהילה דרך זהותם האתנית של היילודים, באמצעות פיקוח על הנישואים ועל היחסים המיניים, החל בעת העתיקה ועד לתקופה הקולוניאלית;²³⁹ או ההסדרה של עתידה הדמוגרפי של הקהילה באמצעות ניהול מדיניות מגבילת ילודה, כמו בסין, או מעודדת ילודה, כמו בישראל.²⁴⁰ חרף התפיסה הליברלית המדגישה את ההפרדה בין המדינה והפוליטיקה לבין הילודה, המשוּיכת לתחום הפרטי, ההגות הביקורתית נדרשה לפוליטיקה של הפרייון ולקשר שבין הריבונות לבין הסדרת הילודה. כך, למשל, בביקורתם של מרקס ואנגלס על ההחפצה הבורגנית של ילדי מעמד הפועלים.²⁴¹ הוגים ביקורתיים, בהתייחסם לחברה המודרנית, עומדים על הקשר שבין הפוליטיקה לבין הילודה, ועל התנהלותה של המדינה המודרנית על בסיס ביו-פוליטיקה. פוקו, למשל, מצביע על ויסותה החברתי והפוליטי של הילודה כחלק מייצורו הדיסקורסיבי של מערך המיניות, ואגמבן (Agamben) מזהה את הלידה כמושג "החיים החשופים", המהווה את מושא פעילותה של הריבונות הפוליטית.²⁴² כן יש

239 ראו: Ann L. Stoler, *Making Empire Respectable: The Politics of Race and Sexual* 239
Morality in 20th-Century Colonial Cultures, 16 AM. ETHNOL. 634 (1989). ראו גם
 שטופלר, לעיל ה"ש 175, בעמ' 486.

240 ראו גולדין, לעיל ה"ש 21; שטופלר, לעיל ה"ש 175, בפרט בעמ' 479.

241 השימוש במושג "פרולטריון" מבטא בדיוק זאת: מקורו האטימולוגי של המושג (proles=צאצא) מציין את אלה שתורמתם היחידה למדינה היא ילדים. המונח המקורי proletarii, שנטבע על-ידי המלך הרומאי סרוויוס טולוס, ציין ככל הנראה את אחת מקבוצות המיסוי, שבהיותה הענייה ביותר נחשבה כתורמת למדינה את כוח-הילודה בלבד (תודתי נתונה לד"ר אבי קורדובה על הארה אטימולוגית זו). ראו גם את עמדתם של מרקס ואנגלס בנוגע לגידול הילדים: "המלל הבורגני על המשפחה והחינוך, על יחסי-הקירבה בין הורים לילדים, נעשה מוקצה מחמת-מיאוס במידה שכל קשרי-המשפחה של הפרולטארים ניתקים עקב התעשייה הגדולה, והילדים נהפכים והולכים לחפצי מסחר ומכשירי-עבודה רגילים." קארל מארקס ופרידריך אנגלס "מניפסט של המפלגה הקומוניסטית" [1848] המניפסט הקומוניסטי במבחן הזמן 37, 51 (מנחם דורמן מתרגם, בנימין כהן עורך, 1998). ראו גם אנגלס, לעיל ה"ש 208.

242 טענותיו של פוקו ביחס לחברות הלידה מושמעות, כמוכן, במסגרת מחקרו על תולדות המיניות והביו-פוליטיקה של המדינה המודרנית: "חברות כלכלי שנעשה בעקיפין דרך כל פעולות העידוד או הבלימה של פוריות בני-הזוג, באמצעים 'חברתיים' או כספיים. חברות פוליטי על-ידי כך שמטילים על בני-הזוג את האחריות לפוריות בפני הגוף החברתי כולו (שאותו יש להגביל או לחזק). חברות רפואי על-ידי כך שמטעינים פרקטיקות של פיקוח על הילודה בערך פתוגני ביחס ליחיד וביחס למין האנושי כולו." מישל פוקו הרצון לדעת: תולדות המיניות כרך ראשון 73 (גבריא אל אש מתרגם, 1996), וראו גם שם, בעמ' 75, 79, 96, 99, 104. אגמבן מחזיק בתפיסה שונה לגבי הביו-פוליטיקה, אולם הוא חולק עם פוקו את ההכרה בקשר שבין הפוליטיקה ללידה: "הלידה – דהיינו, החיים החשופים הטבעיים כשלעצמם – נהפכת בפעם

להזכיר בהקשר זה את הכתיבה הביקורתית הענפה מצד הסוציולוגיה הביקורתית וההגות הפמיניסטית על הפוליטיקה של הפריז ועל תפיסת הגוף הפורה כאובייקט פוליטי.²⁴³ הדיון באופייה הפוליטי של הלידה/ההולדה ממחיש כי היילוד העתידי הוא למעשה סובייקט פוליטי כבר מרגע לידתו או אף לפני לידתו. אגמבן עמד על הקשר המידי הזה ביחס למודרניות: "הלידה... נהפכת בפעם הראשונה... לנשאת המיידית של הריבונות. עקרון הילידות ועקרון הריבונות, שהיו מופרדים במשטר הישן (מקום שהלידה סימנה רק את היווצרותו של ה־*sujet*, הנתין), מתאחדים עתה באופן סופי בגופו של 'הנתין הריבוני' (sovereign subject) על־מנת לכוון את הבסיס של מדינת־הלאום החדשה."²⁴⁴ אכן, מה משמעות הדיבור על "זכויות" העובר או על קדושת החיים²⁴⁵ שלו, המובע גם מפי אלה המצדדים בזכות האישה לסיים את הריבונות, אם לא ההכרה בהיותו של היילוד העתידי, עוד בטרם נולד, סובייקט פוליטי? מדובר אומנם בסובייקט נטול תודעה ורצון סובייקטיביים (ולמעשה, נטול תודעה ורצון גם מבחינה אובייקטיבית), ואולי אף נטול זכויות, בוודאי זכויות מלאות – אולם אף־על־פי־כן סובייקט (במובן של בעל פוטנציאל ליכולת הכרעה ריבונית, ובעיקר במובן של היותו נתון/נתין להכרעה ריבונית כזו). אני מבקש להרחיק לכת אף מעבר לכך ולטעון כי אף לפני הורתו, עוד בטרם "הוצמד" לגוף ספציפי, היילוד העתידי הפוטנציאלי הוא סובייקט באופן שבו האידיאולוגיה הפוליטית

הראשונה (הודות לשינוי שעל תוצאותיו הביו־פוליטיות אנו מתחילים לעמוד רק היום) לנשאת המיידית של הריבונות... לא ניתן להבין את ההתעוררות ואת השליחות 'הלאומית' והביו־פוליטית של המדינה המודרנית במאות התשע־עשרה והעשרים אם שוכחים שהבסיס שלה אינו האדם כפרט פוליטי, חופשי ומודע, אלא מעל הכל חייו החשופים, עצם לידתו, שהיא כשלעצמה, במעבר מנתין לאזרח, משוקעת בעקרון הריבונות. הפיקציה המשתמעת כאן היא שהלידה (*nascita*) נהפכת לאלתר לאומה (*nazione*), כך שלא ניתן להבדיל בין שני המונחים. "ג'ורג'יו אגמבן "הומו סאקר – הכוח הריבוני והחיים החשופים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 395, 411 (שי לביא עורך, נמרוד אביעד ומוניקה פולק מתרגמים, 2003). ראו גם בהרחבה: GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER — SOVEREIGN POWER AND BARE LIFE 119–153 (Daniel Heller-Roazen trans., 1995). ליישום הגותם הביו־פוליטית של פוקו ואגמבן על טכנולוגיות הפריז החדשות ראו: Catherine Mills, *Biopolitics, Liberal Eugenics, and Nihilism*, in GIORGIO AGAMBEN — SOVEREIGNTY AND LIFE 180 (Matthew Calarco & Steven DeCaroli eds., 2007).

243 ראו, למשל: Faye Ginsburg & Rayna Rapp, *The Politics of Reproduction*, 20 ANN. REV. ANTHROPOL. 311 (1991); גולדין, לעיל ה"ש 21, בפרט בעמ' 169–175; שטופלר, לעיל ה"ש 175.

244 אגמבן, לעיל ה"ש 242, בעמ' 411.

245 חיים במובן של *bios*, כלומר, חיים פוליטיים. על ההבדל בין החיים האנושיים, הפוליטיים (*bios*), לבין החיים הביולוגיים, החשופים (*zoē*), ועל היטשטשותו של הבדל זה בחברה המודרנית, ראו שם, בעמ' 411–420, AGAMBEN; לעיל ה"ש 242, בעמ' 1–5, ARENDT; לעיל ה"ש 203, בעמ' 96–97, Vatter; לעיל ה"ש 214, בעמ' 146–147.

חושבת אותו. מדובר בסובייקט מובנה או מדומיין, אולם גם כאן "מדומיינותו" אינה גורעת מהיותו סובייקט. היטיב לעמוד על כך לואי אלטוסר, בנתחו את האופן שבו האידיאולוגיה מסיבה (interpellate) את היחידים לסובייקטים, ואף בהתייחסו ישירות, למרבה ההפתעה (אם כי באופן בלתי-מכוון), לשאלה של מין היילוד:

"העובדה שיחיד הוא תמיד-כבר סובייקט אפילו עוד לפני היוולדו היא המציאות הפשוטה הנגישה לכל אחד, והיא איננה פרדוקס כלל וכלל... לפני היוולדו, הילד הוא תמיד-כבר סובייקט, הוא נועד להיות סובייקט בתוך ובאמצעות הקונפיגורציה האידיאולוגית המשפחתית הספציפית שבה 'מצפים לו' לאחר שעשו אותו ('מרצון' או 'כתאונה')... על הסובייקט-העתידי לשעבר 'למצוא' את המקום 'שלו', כלומר 'להיעשות' הסובייקט המיני (ילד או ילדה) שהוא כבר מראש."²⁴⁶

תפיסת הפוליטיקה כתחום הפעלת הכוח, המצויה אצל אלטוסר ואצל ההוגים הביקורתיים האחרים שצינו, עומדת בניגוד חריף לתפיסתה של ארנדט בדבר הפוליטיקה כספירה של החיים בקרב בני-אדם, שבה באים לידי ביטוי השוויון ביניהם והחירות שלהם לפעול. עם זאת, התובנה כי היילוד העתידי הוא סובייקט פוליטי עוד לפני לידתו מקבלת ביטוי גם בדיונה של שילה בנחביב במושגים "פעולה" ו"נרטיביות" של ארנדט, ושוב, תוך התייחסות אגבית מפתיעה לסוגיית מינו של היילוד:

"מבחינת חנה ארנדט, אותה 'רשת' של יחסים אנושיים וסיפורים מגולמים מכוונת את האופק, במובן הפנומנולוגי, של העניינים האנושיים. כל בן-אנוש או בת אנוש שפועל/ת ומדבר/ת מוצא/ת אופק כזה פרקע התמיד כבר נוכח שעל-גביו נפרשים חייו/ה... קשבו כיצד, אפילו לפני שילד/ה נולד/ת, חברי משפחתו/ה מבינים 'רשת' של סיפורים ויחסים שלתוכה יוכנס/תוכנס. האם עשויה לרצות בן שיהפך לפסנתרן הדגול שהיא לא הצליחה להיות... האב עשוי לרצות בת שתטפל בו בעת זקנתו... כולנו מתחילים את החיים משוקעים בנרטיבים, בסיפורים וברשתות אשר נטו לפנינו וילוו אותנו, ואשר נגדם יהא עלינו להיאבק על-פירוב."²⁴⁷

הן ההגות הביקורתית והן הקטגוריות הארנדטיאניות שותפות אם כן למסקנה כי היילוד העתידי הוא סובייקט פוליטי, אשר הבנייתו כסובייקט קודמת ללידתו ואף להורתו. בלשונם, הוא "תמיד כבר סובייקט" או לחלופין מוכנס אל רשת של סיפורים ויחסים ש"תמיד כבר נוכחת", עוד לפני בואו לעולם.²⁴⁸ טענה זו עלולה לעורר ביקורת, כאילו הדיבור על

246 לואי אלטוסר על האידיאולוגיה – מנגנוני המדינה האידיאולוגיים 50–51 (אריאלה אזולאי מתרגמת, מהדורה מחודשת, 2008). אלטוסר מתייחס אומנם לאידיאולוגיה משפחתית (ומתוך ביקורת נוקבת), אולם המשפחה (לדעת אלטוסר, וכפי שראינו, גם לדעת פילוסופים פוליטיים וחוקרים נוספים) מהווה מנגנון אידיאולוגי של המדינה, וליתר דיוק – של הסדר הפוליטי.

247 Benhabib, לעיל ה"ש 203, בעמ' 112–113.

248 אלטוסר, לעיל ה"ש 246, בעמ' 50 (במקור: toujours-déjà sujet; Benhabib, שם (במקור: the always already present).

הסובייקטיביות של הצאצא העתידי הוא שוב מטפיזיקה (בדומה להתנגדויות לטיעונו של הרמס²⁴⁹). אולם כפי שציינה ארנדט, ילודה, להבדיל מתמותה, היא קטגוריה של חשיבה פוליטית, להבדיל ממתפיזית.²⁵⁰ המטפיזיקה עוסקת בעניינים שלאחר המוות (וליתר דיוק, שמעבר לחיים ולמוות), ואילו כאן מדובר בעניינים שלפני החיים, וליתר דיוק, בעניינים שבמהלך החיים – חייהם של האנשים המצפים לתחילתם של חיים חדשים, שייכנסו לעולם החיים המשותף לבני-האדם. על-כן הפרדיגמה המדריכה אותנו היא הפוליטיקה. לשון אחר, היות היילוד העתידי סובייקט פוליטי אינו נובע מרעיון מטפיזי ביחס למהותה העל-זמנית של הסובייקטיביות, אלא מניתוח של המושג "סובייקט" כקונסטרוקט חברתי-פוליטי אשר משמעותו אינה אינהרנטית לו, אלא מושלכת עליו מצד סביבתו החברתית והאידיאולוגיה הפוליטית שלה.

אחד ההיבטים של היות היילוד העתידי סובייקט פוליטי הוא המשמעות ה"נתינית" של המושג "סובייקט" – היותו כפוף להכרעות ריבוניות שנעשות על גבו – אשר נידונה בהרחבה בכתיבה הביקורתית על הפוליטיקה והביו-פוליטיקה הליברלית.²⁵¹ ההכרה שההכרעה בדבר מינו של היילוד העתידי (ובדבר יתר מאפייניו) היא הכרעה ריבונית פוליטית היא צידה האחר של ההכרה בדבר היות היילוד העתידי סובייקט פוליטי עוד לפני לידתו. ההחלטה על מינו של היילוד העתידי מבססת את הריבוניות ומקנה מעמד ריבוני למחליטים.²⁵² המסורת הפוליטית הליברלית מתאפיינת לא רק בכיבוד האוטונומיה של הפרט וזכויות האדם, אלא גם בחשש מפני צבירת כוח ומפני הפעלתו, ובהטלת הגבלות המצמצמות את סמכויות הריבון ואת הכוח הריבוני.²⁵³ מן ההכרה שההחלטה על מינו של היילוד היא הכרעה ריבונית יש להסיק, אפוא, כי הגבלת הבחירה וצמצום אפשרותה עשויים להיות מוצדקים בנסיבות ובתנאים מסוימים.

במשטר פוליטי ליברלי סמכות ההחלטה ביחס למינו היילוד, ככל שזו נעשית באופן מודע ואינה נשארת בידי מנגנוני הפיריה העלומים של הטבע, צריכה להיות מופקדת בידי ההורים העתידיים בלבד (ולא, למשל, בידי המדינה או סוכניה).²⁵⁴ אולם כאמור בפרק הקודם, אין מדובר בזכות של ההורים, ויש משמעות להעברת הדיון ממסגרת הדיון של זכויות למסגרת הדיון של סמכות ריבונית, הכפופה להגבלות ולביקורת. בחירת מינו היילוד, כפי שעולה מן הדיון עד כה, היא פעולה פוליטית המתרחשת בספרת החיים המשותפת לבני-האדם; היא אינה מוצדקת בשם זכות כזו או אחרת, מצד אחד, והיא נתפסת כפעולה ריבונית

249 ראו לעיל ה"ש 148.

250 לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 235.

251 לעיל ה"ש 242-243.

252 תובנה זו מומחשת בצורה יפה גם על-ידי הד בהמשיגו את שאלת ההתערבות הגנטית ביילודים כ"בעיית בראשית", תוך עריכת הקבלה בין יצירת היילוד על-ידי הוריו לבין בריאתו של אדם על-ידי אלוהים, כלומר, ריבון העולם. ראו Heyd, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12-13, לדוגמה.

253 ראו, למשל: Judith N. Shklar *The Liberalism of Fear, in her* POLITICAL THOUGHT AND POLITICAL THINKERS 3 (Stanley Hoffman ed., 1998).

254 ראו Agar, לעיל ה"ש 106, בעמ' 133.

שניתן להגבילה ולצמצמה בהתאם לערכים המשותפים של הקהילה הפוליטית, מצד אחר. מכאן שחרף העובדה שעל-פי עקרונות השיטה הליברלית ההורים הם בעלי הסמכות לבחור במין היילוד, יש לגיטימציה למעורבות חברתית או פוליטית בבחירה מעין זו, ולצמצומה והגבלתה לנסיבות מסוימות, או אף לשלילתה כליל, בהתאם לערכים שהקהילה הפוליטית מבקשת לקדם.

המדיניות ביחס לבחירת מין היילוד באמצעים טכנולוגיים, וביחס לשאלת התרתה, הגבלתה או שלילתה כליל, צריכה להיות מודרכת לא על-ידי שיח של זכויות, אלא על-ידי שיח של ערכים משותפים, הנובע מן ההכרה כי ההחלטה על בחירת המין היא פעולה פוליטית ריבונית. החלטה זו מתקבלת בספרה הפומבית, ולפיכך יש לה השלכות על הקהילה הפוליטית; והיא מבססת את הריבונות על היילוד העתידי, ועל-כן כפופה להגבלות מצד הקהילה הפוליטית. תקצר היריעה מלדון כאן בקשת הערכים המגוונים שיכולים להדריך אותנו בקביעת מדיניות כזו, אשר רבים מהם, אם כי בוודאי לא כולם, הוזכרו בדיון לעיל על הטעמים העומדים בבסיס ההתנגדות להתרת בחירת המין:²⁵⁵ שוויון בין המינים, ההשלכות על בריאות האישה והסיכונים שהיא נחשפת אליהם כתוצאה מהתהליכים הרפואיים הכרוכים בבחירה, הערך של היחסים המשפחתיים ותפיסת ההורות הטובה, איזון המשפחה מבחינה מינית, רווחת הילד העתידי ורווחת המשפחה, וכן צדק חלוקתי ונגישות שווה לאפשרות בחירת המין – והרשימה, כאמור, חלקית. אולם עליי להדגיש את נקודת המוצא השונה לדיון בערכים: בדיון הרווח עד כה בשיח הליברלי (ובניגוד לדיונים המבוססים על אתיקה דתית), ערכים מעין אלה מאוזנים אל מול זכותם לכאורה של ההורים לבחור את מין ילדם, או מועלים כדי להוכיח פוטנציאל של נזק ליילוד העתידי או לחברה כדי להתגבר על זכויות כאלה. לעומת זאת, מסקנות הדיון שערכנו לעיל מצביעות על כך שהדיון בערכים הללו ובאיזון ביניהם צריך להתקיים באופן עצמאי ובנפרד מהתבססות על זכויות או על הוכחת נזק. דומני כי במסגרת דיון מעין זו מעטים הם הערכים המטים את הכף לטובת התרת הבחירה, ולעומת זאת יש צידוקים ערכיים כבדי-משקל להגבלתה, אולם איני מבקש לקיים דיון זה ולהכריע בו כאן. יתרה מזו, סבורני שהכרעה בדיון כזה ראוי שתגיע רק לאחר דיון ציבורי מפותח, שנמצא בישראל בעת הנוכחית בשלבי הראשוניים.²⁵⁶ במקום זה אסתפק בציון שלוש הערות קצרות ולא-ממצות ביחס לשלושה מן הערכים שזכרו. הערות אלה באות בהמשך לתמות שהועלו עד כה, והן רלוונטיות לדיון שיובא בהמשך בטיבו של ההסדר הישראלי.

הערך הראשון, ואולי הרלוונטי ביותר לדיון מעין זה, הוא ערך השוויון בין המינים. כאמור, יש דעות הרואות בעצם בחירת המין מראש פעולה מיננית מיסודה, ולעומתן יש דעות, אף מקרב התנועה הפמיניסטית, אשר מתנגדות לטענה זו ורואות בבחירה ביטוי להכרה בשוני המבורך שבין המינים.²⁵⁷ אני שותף לדעה שאין לראות את בחירת המין

255 ראו לעיל פרק ג.

256 ראו זפרן, לעיל ה"ש 53; זהר, לעיל ה"ש 64. מאמר זה מבקש לתרום נדבך לדיון זה, ואינו מתיימר לסיימו בהכרעה סופית, כאמור.

257 ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 57-58 ו-129.

כפעולה מיננית או מפלה בהכרח. עם זאת, דומני שתפקידו הסמלי וההבעתי של המשפט ביחס לערכים חברתיים מחייב נקיטת זהירות בהבעת עמדה שוות-נפש כלפי שאלת בחירת המין, שכן זו עלולה להצטייר כאדישות של הקהילה הפוליטית בדבר שאלת השוויון בין המינים עצמה.²⁵⁸ מעבר לכך, בהמשך לדיונו הקודם, שהדגיש את המשמעות הפוליטית של בחירת מין היילוד בהיותה קשורה להוספתם של חיים חדשים לעולם שבין בני-האדם, יש להדגיש את ההכרה (המהווה ציר מרכזי בהגות הפמיניסטית) שלזהות המינית והמגדרית יש השפעה ישירה על העמדה הפוליטית ולפיכך גם על תפיסת-העולם הפוליטית.²⁵⁹ אף אם הכרה זו אינה מובילה באופן ודאי לשלילת בחירת המין בכל מצב, סבורני כי משמעותה היא שעלינו להתייחס בזהירות ובהססנות, ואפילו בחשדנות, להוצאתן אל הפועל של בחירות כאלה, בוודאי באופן יומיומי.²⁶⁰

ערך נוסף שמוצב באור שונה לנוכח הדיון עד כה הוא ערך האיזון המיני במשפחה. איזון המשפחה מועלה לעיתים קרובות בכתובה על בחירת מין היילוד כמענה לחששות בדבר הנזק הפוטנציאלי של עיוות היחס הדמוגרפי בין המינים וכן לטענות בדבר השלכותיה של הבחירה על השוויון בין המינים.²⁶¹ אולם הצבת השאלה של בחירת המין במסגרת הדיון הפוליטי-הערכית, שאינה מתנגדת למדיניות מתירנית ביחס לבחירה רק מחשש לתוצאותיה המזיקות, ואשר אינה מבקשת לאזן את הנזק באמצעות מגננונים שיבטיחו את מניעתו, מסיבה את תשומת-הלב לשאלה היסודית – אשר אין בכוונת המאמר הנוכחי לפתחה ולענות עליה – אם משפחה מאוזנת מבחינה מינית אכן מהווה אינטרס בפני עצמו שיש לקדמו. כשלעצמי, איני בטוח שמדובר בערך שעל הקהילה הפוליטית לקדם, אך גם איני רואה סיבה להתנגדות לערך זה. ברם, גם אם זהו מסוג הערכים שמשטר ליברלי יכול וצריך להישאר ניטרלי ביחס אליהם, הדיון בשאלה מעמדת-המוצא של ערכים יביא בחשבון גם את הערך של צדק חלוקתי. אף אם המדיניות אינה נוקטת עמדה ביחס לערך איזון המשפחה כשלעצמו, יש מקום לטענה שהנגישות למשאבים המאפשרים איזון מגדרי במשפחה צריכה להיות מחולקת לפי עקרונות של צדק חלוקתי.²⁶²

258 על תפקידו הסמלי וההבעתי של המשפט ראו את טענתה של זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 474-475, בנוגע ליחסים המשפחתיים. עוד על תפקידו ההבעתי של המשפט באופן כללי ראו: Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of the Law*, 144 U. Pa. L. Rev. (1996) 2021.

259 ראו, למשל, קייט מילט "תיאוריה של פוליטיקה מינית (מתוך פוליטיקה מינית), 1970" ללמוד פמיניזם: מקראה – מאמרים ומסמכי יסוד במחשבה הפמיניסטית 67, 69 (דלית באום, דלילה אמיר, רונה בראיר-גראב ואח' עורכות, דפנה עמית ודלית באום מתרגמות, 2006).

260 ערך השוויון בין המינים רלוונטי במיוחד למדינת-ישראל, כפי שעולה מנתוני הפניות למשרד הבריאות בנוגע לבחירת מין, המצביעים על כ-80% בקשות לבחור בבנים. ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 276.

261 ראו לעיל ה"ש 126 והטקסט הסמוך אליה, וכן הטקסט הסמוך לה"ש 131.

262 על צדק חלוקתי בהקשרים של בריאות ראו אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך"

הערך האחרון שאבקש לדון בו כאן הוא הערך של רווחת (או טובת) הילד העתידי.²⁶³ לכאורה, בעיית האי-זהות שבה דנו לעיל גורסת כי אין לדבר על רווחה או על נזק לאדם שאינו קיים עדיין, ועל-כן השיקול של רווחת הילד הוא פרדוקסלי באותה מידה כמו הדיון בנזק.²⁶⁴ עם זאת, נדמה לי שדיון כזה ברווחת הילד העתידי הוא בעייתי פחות. ההתנגדות לדיבור על נזק פוטנציאלי לילד עתידי מתבססת, בין היתר, על העדר בסיס להשוואה: חיים בכל מצב, אף אם במצב של חולי ונזק, עדיפים על מצב של אי-חיים או למצער אינם בני-השוואה למצב זה.²⁶⁵ אולם שלילת מסגרת השיחה של זכויות מעבירה אותנו מדיון בנזק שיש להוכיחו כדי לגבור על הזכות לדיון בערך של רווחת הילד העתידי. לכן ההשוואה אינה בין אי-קיום לבין קיום בנזק, אלא בין אי-קיום לבין קיום ברווחה, או אף בין קיום טוב פחות (במין שאינו הנבחר) לבין קיום טוב יותר (במין הנבחר). השוואות אלה בעייתיות עדיין מבחינה לוגית, אך פחות מן ההשוואה בין קיום בנזק לבין אי-קיום. לכאורה הדבר פותח פתח להצדקת מדיניות מתירנית ביחס לבחירת מין היילוד על בסיס ההנחה שבחירה כזו עשויה להיטיב עם היילוד העתידי. אף-על-פי-כן, הדיון עודנו ערטילאי ומוקשה, שכן הצדקה של בחירת מין על בסיס הערך של רווחת הילד מחייבת הסכמה אפרורית על מצב שבו מוטב לילד להיוולד במין זה או אחר. המושג "טובת הילד" עמום ונתון לפרשנויות שונות וסותרות גם כאשר מדובר בילד קונקרטי,²⁶⁶ ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בילד עתידי שטרם בא לעולם. יודגש כי לפי מסגרת הדיון הריבונית-הפוליטית המוצעת כאן, חרף הפקדת הסמכות לבחור את מין היילוד בידי ההורים, השיקולים שלפיהם תיעשה בחירה כזו אינם מתמצים בהכרח בשיקוליהם של ההורים העתידיים בלבד, אלא עשויים להתחשב בשיקוליה של הקהילה הפוליטית כולה. למעט המצבים (שאף הם אינם נקיים ממחלוקת) שבהם יש סכנה בריאותית לילד אם יבוא לעולם במין מסוים, כגון הסבירות ללקות במחלה

זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); שלו, לעיל ה"ש 179; כרמל שלו "זכויות בריאות" דילמות באתיקה רפואית 37, 46-51, 56-63 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); דני פילק "הפרויקט הניאו-ליברלי ותהליכי הפרטה במערכת הבריאות" צדק חלוקתי בישראל 375 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

263 על הערך של טובת הילד ועל מרכזיותו במשפט הישראלי ראו, באופן כללי, אבנר ח' שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים - תוך דגש על ישום עקרון טובת הילד" עיוני משפט י 5 (1984); יחיאל קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד - ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623 (2001). על יישום עיקרון זה ועל הקשיים בו בהקשרים של טכנולוגיות הפריון ראו אלה שגיא "טובת הילד וזכויותיו" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 5, 161.

264 ראו לעיל ה"ש 139-140 והטקסט הסמוך אליהן. כן ראו זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 464.

265 ראו את דבריו של HARRIS, לעיל ה"ש 114, המצוטטים לעיל בה"ש 140, וכן את הדיון בפסק-הדין בעניין זייצוב, לעיל ה"ש 187. ראו גם דוד הד "הזכות שלא להיוולד בפגם" דילמות באתיקה רפואית 255 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); ROBERTS, לעיל ה"ש 139.

266 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 218; קפלן, לעיל ה"ש 263, בעמ' 631-633.

גנטית, קשה להעלות על הדעת מצבים שבהם אפשר להסכים מראש שיהיה זה לטובת הילד מבחינה אובייקטיבית לבוא לעולם דווקא במין כזה או אחר.²⁶⁷ לסיכום עניין זה, מאמר זה אינו מבקש להציג עמדה המתנגדת בהכרח לבחירת מין היילוד או אף למדיניות מתייגת ביחס אליה. עם זאת, הוא בהחלט אינו מבקש לצדד במדיניות כזו. מטרתו העיקרית היא לערער על העמדה הרווחת בדיונים בסוגיה זו, המשותפת על-פירוב הן למצדדי הבחירה והן לשולליה. נקודת המוצא של עמדה זו, המשעינה את עצמה על עקרונות הליברליזם, רואה את בחירת המין כמעוגנת בזכותם של ההורים העתידיים, ומבקשת לכבד זכות זו (במקרה של המתנגדים למעורבות מדינתית ורגולטיבית בבחירה) או לגבור עליה באמצעות הוכחת תוצאותיה המזיקות (במקרה של התומכים במעורבות מעין זו). ביקשתי לאתגר נקודת מוצא זו ולהציב לה מסגרת שיה חלופית, שאף היא, בראייתי, עקבית ביחס לעקרונותיה של הפילוסופיה הליברלית. הצבעתי על כך שהבחירה אינה מעוגנת בזכות כלשהי, ובכלל זה לא במושג "חופש הפריון", שחקירת גבולותיו היא הנדרשת כאן. לצד זה הצבעתי על מהותה הפוליטית של פעולת הבחירה במין היילוד ועל אופייה הריבוני של החלטה מעין זו, אשר מצדיקים את הכפפתה לשיקולים ערכיים של הקהילה הפוליטית, אשר בהתאם להם תיקבע המדיניות בסוגיה. מדיניות זו עשויה לשלול לחלוטין את בחירת המין, או להגבילה ולהתירה במקרים מסוימים בלבד שאמות-המידה להם ידועות מראש, או אף להתירה על בסיס בחינה המוכוונת לגופו של כל מקרה. כך או כך, סבורני שמדיניות זו צריכה להיקבע על בסיס דיון ציבורי מקיף בסוגיה, אשר מאמר זה מבקש לתרום לפיתוחו.

1. על ההסדר הישראלי לגבי בחירת מין היילוד

ישראל היא מעצמת-פריון בקנה-מידה עולמי. הנתונים הסטטיסטיים על ביצוע הפריות חוץ-גופיות בישראל, אשר גבוהים בעשרות ובמאות אחוזים מן הנתונים במדינות אחרות בעולם, מצדיקים תואר זה.²⁶⁸ למרות מעמד לא-רשמי זה, ההסדרה המשפטית של ההפריה

267 הביוראטיקאית הפמיניסטית וורן מספקת דוגמה למצב כזה, כאשר אם עתידית בוחרת להביא לעולם בן זכר בנימוק שאנו חיים בעולם שוביניסטי שבו מצבן של נשים רע מזה משל גברים. ראו Warren, לעיל ה"ש 14. דומני שנימוק מעין זה דווקא מחזק את טענתי, שכן יותר משהוא מעיד על אפשרות להסכים על מצב שבו עדיף לבוא לעולם במין מסוים, הוא מעיד על הקושי להגיע להסכמה כזו.

268 ממוצע מחזורי הטיפול בהפריה חוץ-גופית לכל מיליון נפש עומד בישראל, למן שנת 1996, על יותר מ-2,000 טיפולים, לעומת שיעורים של בין 200 ל-300 באנגליה ובארצות-הברית, וכ-900 מחזורי טיפול בצרפת. ראו את דבריו של נציג האוצר שגיאי בלשה בפרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 16.9.2003, לעיל ה"ש 180; רביצקי, לעיל ה"ש 151, בעמ' 147, ה"ש 30; גולדין, לעיל ה"ש 21, בעמ' 175-177; Joseph G. Shenker, *Assisted Reproduction*; 177-175, *Practice in Europe: Legal and Ethical Aspects*, 3 HUM. REPROD. 173 (1997).

החוקן-גופית בישראל אינה מעוגנת בחוק, אלא בתקנות בלבד,²⁶⁹ ואלה אינן מתייחסות כלל לנושא של בדיקות PGD או בחירת מין מטעמים כלשהם. בחירת מין אלקטיבית באמצעות PGD מוסדרת, למן שנת 2005, בחזור מנכ"ל של משרד הבריאות. בטרם יפורט ההסדר עצמו, ראוי להביא דברי הקדמה על הרקע הפרוואי להולדתו. בשנת 2002 אישר משרד הבריאות לבצע בחירת מין אלקטיבית. זוג חרדי, כהן וזוגתו, נזקקו לתרומת זרע וביקשו לשמור את העניין בסוד. הזוג ביקש לבחור את מין היילוד מחשש שלידת בן זכר (שאינו בהכרח מזרע כוהנים) תחשוף את עניין התרומה בגיל הבר-מצווה בשל ההכרזה הפומבית בבית-הכנסת.²⁷⁰ הסיפור זכה בהד פומבי נרחב, ובמהרה הוציא משרד הבריאות, בלחץ הקהילה הרפואית, חוזר האוסר את יישום הפרקטיקה עד אשר יגובש נוהל על-ידי ועדה שמונתה לבדיקת הנושא.²⁷¹ בשנת 2005 הוצא הנוהל החדש בהתאם למודל שגיבשה ועדת המומחים.²⁷²

ההסדר המשפטי לבחירת מין היילוד בישראל מבוסס אפוא על נוהל פנימי של משרד הבריאות, שנבנה על-סמך עצתם של מומחים. נדמה שתוכנו של הסדר זה מבטא החלטת פשרה בין מגמות חזקות המתנגדות להתרתה של בחירת המין לבין מגמות התומכות בכך, אשר נובעות אולי גם מצורכי המציאות הישראלית, כפי שממחישה הדוגמה שגרמה לעיסוק בנושא. ככלל, הנוהל מנוסח באופן המתנגד לביצוע בחירת מין אלקטיבית ב-PGD (לעומת בחירת מין מטעמים רפואיים, הנעשית באופן תדיר בבתי-החולים), ולמעשה אינו מתיר אותה "אלא במקרים חריגים במיוחד ובנסיבות ובמגבלות מחמירות ביותר", ככתוב בדברי המבוא. בגוף הנוהל נכתב בצורה מפורטת ש"ככלל, ברירת מין היילוד למטרה שאינה מטרה רפואית - אסורה", ותותר רק "במקרים יוצאי דופן, חריגים, נדירים ומיוחדים", שיובאו לאישור מראש בוועדה ארצית.²⁷³ ועדה זו הוקמה על-ידי שר הבריאות, אשר מינה אליה פסיכולוג, ביו-אתיקאי, עובד סוציאלי, משפטן, רופא מומחה בגנטיקה, רופא גינקולוג ואיש דת (לפי דת הפונים). הנוהל קובע גם שבוועדה יהיה ייצוג לשני המינים. התנאים לאישור בחירת המין על-ידי הוועדה הם מחמירים מאוד, וכוללים תנאי של "סיכון

269 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית). נושא הפונדקאות, לעומת זאת, הוסדר בחוק, כאמור. יש לציין כי חוק מידע גנטי, התשס"א-2001, ס"ח 62, אוסר ביצוע בדיקה גנטית שלא לצרכים המנויים בחוק. בחירת מין אלקטיבית אינה מנויה בחוק, אלא שהחוק מסדיר רק בדיקה גנטית ב"אדם", ואינו מגדיר מהו אדם לצורך חוק זה. סביר להניח שקדם-עופר אינו נכלל במסגרת חוק זה.

270 תמרה טראובמן וחיים שדמי "תקדים בישראל: בחירה מראש של מין התינוק" הארץ 18.10.2002.

271 משרד הבריאות, חוזר מנכ"ל מס' 17/03 בנושא: בחירת מין היילוד בתהליכי I.V.F. (14.9.2003).

272 משרד הבריאות, חוזר מנכ"ל מס' 21/05 בנושא: מינוי ועדה ארצית לפי נוהל משרד הבריאות לבחירת מין היילוד באבחון גנטי טרום השרשתי (9.5.2005) זמין בכתובת www.health.gov.il/download/forms/a2692_mk21_05.pdf (להלן: הנוהל).

273 שם, ס' 2.1.

ממשי וניכר לפגיעה מהותית ומשמעותית בבריאות הנפשית של ההורים או אחד מהם, או של הילד העתיד להיוולד" אם לא יינתן אישור לבחירה; תנאי שלמבקשים יש כבר ארבעה ילדים לפחות מאותו מין, ואין להם ילדים מהמין המבוקש (הנוהל מציין כי מתנאי זה אפשר לסטות, אך רק במקרים "חריגים ונדירים ביותר"); וכן תנאים פרוצדורליים נוספים, כגון מתן ייעוץ גנטי להורים ומתן התחייבות מצידם לא לעבור מחזור טיפולים נוסף בטרם ייעשה שימוש למטרות רבייה בכל העופרים שהופקו מתהליך ההפריה החוץ-גופית (אף אם הם אינם מהמין המבוקש).²⁷⁴ לענייננו חשוב לציין כי הנוהל גם מנחה את הוועדה לשקול שיקולים נוספים, ביניהם היוקקותם ממילא של ההורים להפריה חוץ-גופית, אם יש כזו; מידת הסיכון לאישה בהליך זה; וכן מצבם המשפחתי והחברתי של המבקשים.²⁷⁵

בארבע השנים הראשונות לפעילותה של הוועדה התקבלו בה 319 פניות, אשר רובן המכריע היו בקשות לבחירת בן זכר (251 פניות, המהוות כ-78.7%). מכלל הפניות אושרו 20 וסורבו 110 (היתר נמצאות עדיין בהליכי בירור).²⁷⁶ המין שנבחר בבקשות שאושרו לא נמסר, כמו-גם הרקע להן, אולם בשנה הראשונה לפעילותה, שבה אישרה הוועדה שלוש בקשות, שלושתן היו בקשות להולדת בת, ביניהן שתיים "על רקע דתי" (אב כהן) ושלישית על רקע מצב נפשי (זוג הורים לארבעה בנים).²⁷⁷

ניתוח הנוהל עשוי להצביע על התאמתו החלקית למסגרת הדיון שהוצעה לעיל. בדברי המבוא לנוהל נכתב כי "למול הזכות הבסיסית של אדם לחירות וזכותו לבחור את הטוב עבורו, כאשר האמצעים הטכנולוגיים מאפשרים זאת – עומדים אינטרסים אחרים", ובכך הנוהל מאמץ את העמדה הליברלית המקובלת או לפחות את נקודת המוצא שלה. בפועל עמדת הנוהל אוסרנית למדי,²⁷⁸ כפי שפורט, וניתן לזהות כמה שיקולים העומדים בבסיס הנוהל, כגון הערך של איזון המשפחה מבחינה מינית, העומד מאחורי התנאי שלזוג המבקש יהיו ארבעה ילדים לפחות שכולם ממין אחד, והערך של התחשבות בבריאות האישה ובסיכונים לה, כפי שניתן ללמוד מן השיקולים הנוספים שהנוהל מנחה את הוועדה לשקול.

274 שם, ס' 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 ו-2.2.4, בהתאמה.

275 שם, ס' 2.3.1, 2.3.2-2.3.4, בהתאמה.

276 ראו דוח "הוועדה הארצית לברירת מין הילוד באבחון גנטי טרום השרשתי" לשנת 2008 באתר משרד הבריאות: www.health.gov.il/pages/default.asp?pageid=3634&parentid=10&cat=id=6&maincat=1. הנתונים המצויים כאן מבוססים על הוספת הנתונים משנת 2009 על-סמך כתבת עיתונות – ראו דן אבן "דו"ח: מרבית הפונים לוועדה לבחירת מין היילוד מבקשים בן זכר" הארץ 26.1.2010. www.haaretz.co.il/hasite/spages/1145153.html. לכאורה שיעור האישורים נמוך ביותר, ועומד על 6.3% (20 מתוך 319), אולם למעשה, מאחר שרוב הפניות טרם נידונו, שיעור האישורים בפועל גדול יותר, אם כי עדיין אינו גבוה, ועומד על 15.4% (20 מתוך 130 פניות שקיבלו תשובה סופית, נכון לסוף 2009).

277 ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 30.10.2006, לעיל ה"ש 71, וכן תמרה טראובמן "הבקשות מוכיחות: הישראלים מעדיפים בנים" הארץ 30.10.2006.

278 ראו גם את ניתוח הנוהל במאמרו של זהר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 250-254.

שיקול נוסף שהדריך ככל הנראה את כותבי הנוהל הוא השוויון בין המינים, כפי שנלמד מן הדרישה שבהרכב הוועדה ייוצג כל מין בשיעור של שליש לפחות.²⁷⁹ לכאורה, השיקול העיקרי העומד בבסיס הנוהל הוא רווחתם של ההורים והילד העתידי, כפי שעולה מאמות-המידה המחמירות הדורשות "סיכון ממש וניכר" לבריאותם הנפשית של ההורים או של הילד אם לא תאושר הבחירה במין. עם זאת, מעיון בפרוטוקולים של ישיבות ועדות הכנסת שליוו את יישום הנוהל ואת פעילות הוועדה עולה תמונה שונה. נראה כי מאחורי תנאי זה של סכנה לבריאות הנפשית עומד, לפחות מבחינת חלק מהוגיו, הרעיון שהדרישה מכניסה גם את המקרים הללו של בחירת מין היילוד תחת הגג של "צורך רפואי" (חרף הגדרתה בנוהל כבחירה שנעשית "למטרה שאינה רפואית"). פרופ' מישל רבל, יושב-ראש המועצה הלאומית לביו-אתיקה, העיד בדיונים של ועדת הכנסת שעסקו בנושא כי "ברפואה, פרט לרפואה הגופנית של הגוף עצמו, יש גם היבטים של רפואת הנפש. היום איננו מבדילים בין מחלה של הנפש ומחלה של הגוף, אלא לוקחים ברצינות רבה מאוד גם את הסכנות הנפשיות לבריאות הנפשית של אדם. זה מה שכתוב במסמך".²⁸⁰ אף-על-פי-כן, ככל שניתוח זה נכון, הנהל החטיא את מטרותיו, שכן לא זו בלבד שחברי הוועדה הארצית רואים בתפקידם הכרעה סוציאלית, ולא רפואית, הם אף מבקרים את הנהלים שלפיהם הם פועלים. לטענתם, ברגע שיש סכנה נפשית להורים בשל הבאה לעולם של ילד ממין מסוים, עולים ספקות לגבי "המסוגלות ההורית" שלהם בכלל.²⁸¹ עניין אחרון זה מהווה המחשה מובהקת נוספת לטענת ההגות הביקורתית כי המדינה המודרנית עושה שימוש במנגנוני בריאות הנפש לצורך ניהול וויסות של האוכלוסייה.²⁸² באופן קונקרטי יותר עולה כאן חשש תיאורטי לחריגת הוועדה מסמכותה החוקית (מבלי חלילה להטיל ספק ביכולותיהם ובכישוריהם של חברי הוועדה למלא את תפקידה) עקב התחשבות, במסגרת החלטתה, בשיקולים שאינם נמנים עם אמות-המידה שבנוהל (כגון המסוגלות ההורית, כאמור). חשש זה משותף לכל מנגנון של קבלת החלטות המבוסס על מודל ביורוקרטי, אך דומה כי בעניינים הנוגעים בנושא הרגיש של פריון והולדה ראוי לשים בו דגש מיוחד.

אף-על-פי-כן, הליקוי העיקרי לדעתי בהסדר הישראלי אינו בתוכנו של הנוהל, חרף כל הביקורות עליו, אלא בעצם ההחלטה לגבש נוהל כזה במקום להסדיר את העניין בחוק.

279 ס' 3.1.4 לנוהל, לעיל ה"ש 272.

280 פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 5.7.2005, לעיל ה"ש 60. ראו גם את דבריו בפרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 16.3.2005, לעיל ה"ש 60, וכן את ניתוחו של זהר ברוח זו – זהר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 255.

281 ראו את דבריהם של חברי הוועדה הרב יובל שרלו ופרופ' נעם זהר על-אודות נוקשותן של אמות-המידה והבעייתיות ביישומן, פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 30.10.2006, לעיל ה"ש 71. כן ראו את ביקורתו של זהר על הנהלים: זהר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 254-258. בהקשר זה ראו גם את ביקורתה של זפרן על אמות-המידה שבנוהל, הנקטת מכיוון אחר לגמרי אך נגד אותה דרישה לסכנה נפשית: זפרן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 484.

282 ראו פוק, לעיל ה"ש 242; מאסס ואופיר, לעיל ה"ש 168; גולדין, לעיל ה"ש 21.

רוצה לומר, הליקוי העיקרי בהסדר הישראלי הוא ביסוסו על נוהל פנימי אדמיניסטרטיבי, שגובש בהתאם לעצתה של ועדה מצומצמת של מומחים, במקום עיגונו בחקיקה ראשית, לאחר דיון ציבורי מקיף ההולם את כובד משקלה של הסוגיה.²⁸³

ז. סיכום

"For some time now, a great many scientific endeavors have been directed toward making life also 'artificial', toward cutting the last tie through which even man belongs among the children of nature. It is the same desire to escape from imprisonment to earth that is manifest in the attempt to create life in the test tube, in the desire to mix 'frozen germ plasm from people of demonstrated ability under the microscope to produce superior human beings' and 'to alter [their] size, shape and function'... There is no reason to doubt our present abilities to accomplish such an exchange, such as there is no doubt to our present ability to destroy all organic life on earth. The question is only whether we wish to use our new scientific and technical knowledge in this direction, and this question cannot be decided by scientific means; *it is a political question of the first order and therefore can hardly be left to the decision of professional scientists or professional politicians*".²⁸⁴

דיונים בשאלות של מין ומגדר מתאפיינים תדיר בלהט, והדיון בבחירת מין היילוד ובהשלכותיו על השוויון המגדרי אינו יוצא מן הכלל. מעבר לכך, דיון זה מודרך ומולהט על-ידי שני חששות עיקריים מפני היעלמות המופר אשר קרובים זה לזה אך שמים דגש בהיבטים שונים.

החשש האחד הוא הפחד מפני השתלטות ההולכת וגוברת של גישת השוק הרציונלית, המחושבת, התועלתנית והאינדיווידואליסטית על תחום המשפחה והחיים האינטימיים. פחד זה הניע את הורקהיימר לכתוב, כבר בשנת 1949, כי "ילדים מגדלים לאו דווקא משום שרק באמצעותם יכול אדם למלא את ייעוד חייו, אלא מטעמים פחות או יותר טפלים. רק לעתים רחוקות הם חווים את החום של אותו רחם שני, שהמשפחה היוותה בעבר בתקופות

283 בדיונים של ועדת הכנסת שעסקה בנושא העלו כמעט כל המשתתפים את הצורך בעיגון ההסדר בחקיקה ראשית לאחר לימוד מעמיק שלו ושל השלכותיו. ראו פרוטוקול ישיבת ועדת הכנסת מיום 30.10.2006, לעיל ה"ש 71. אולם לא זו בלבד שחקיקה זו טרם באה לעולם, הכנסת אף לא שבה לעסוק בנושא בוועדותיה. אפשר שהדבר קשור לעובדה שהדיון האחרון בוועדה המשותפת של הכנסת ניום על-ידי נציבות הדורות הבאים של הכנסת, וזו פורקה בינתיים הלכה למעשה.

284 ARENDT, לעיל ה"ש 203, בעמ' 2-3 (ההדגשה הוספה).

ובשכבות חברתיות מסויימות... האם המודרנית האידיאלית מתכננת את חינוך ילדה באופן כמעט מדעי, למן הדייטה המאוזנת היטב ועד ליחס המאוזן באותה מידה בין שבח וגנאי, כפי שממליצה הספרות הפסיכולוגית הפופולרית. כל הגישה שלה אל הילד נעשית רציונאלית. אפילו באהבה היא משתמשת כבחלק מן ההיגיינה הפדגוגית.²⁸⁵ פחד זה הוא המדריך את אלה המבקשים לאמץ אתיקה שונה מזו הליברלית לתחום היחסים המשפחתיים.²⁸⁶

*החשש האחר, שהוא אולי ביטוי עמוק יותר לאותו רגש, הוא החרדה מפני הטכנולוגיה המודרנית (והפוסט-מודרנית) ומפני יכולתה - באמצעות השתלבותה במערך הפיריון וההולדה - למוסס את גבולות האנושי או את טבע האדם.*²⁸⁷ חשש זה מובע בספרו הנודע של הקסלי על העולם החדש ה"מופלא", בכתבתם של הברמס ושל לאון קס על השלכותיהם של החידושים הטכנולוגיים בתחום הפיריון על טבע האדם, וכן בטיעונים אין-ספור לגבי "המדרון החלקלק".

ההפרדה בין החששות שרירותיות במידת-מה. למעשה הם מצטלבים, כשם שהתהליכים שמולידים אותם - פיתוחה המואץ של הטכנולוגיה והתעצמותה של גישת הרציונליות התועלתנית - שלובים זה בזה בהשתרגותם סביב תחום היילודה. המעבר המינוחי מ-pro-creation ל-re-production לציון תהליך היילודה ממחיש השתרגות זו. בגרסה העברית אפשר למצוא עדות לכך בשימוש הרווח בתחום ההתעברות והיילודה במונח "פיריון", שמקורו בתחום הנדסת התעשייה (פיריון העבודה).

הגישה שהצעתי לסוגיה של בחירת מין היילוד מונעת אף היא, בוודאי, מחששות אלה, אולם היא מבקשת להתמודד עימם מבלי לזנוח את השקפת-העולם הליברלית ומבלי לפנות ליישומן של תורות מוסר אחרות של מוסר דתי או מוסר משפחתי בלעדי, או אף לאמונות מטפיזיות בדבר טבע העולם והאדם. התמודדות זו נעשית מתוך האמונה שההגחה מ"תחום החיקוי העבדתי של הטבע" אל עבר "העולם המעניין בהרבה של ההמצאה האנושית"²⁸⁸ היא בלתי-נמנעת גם בתחום הפיריון והיילודה - בעתיד, ולמעשה כבר כיום, לא יהיה מנוס מהשתלטותה של ה"מלאכה" או היצירה המלאכותית על הספרה הטבעית של היילודה. אולם תחום זה כרוך מעצם טיבו (וטבעו) בפעולה הפוליטית, וככזה עליו להיות מודרך על-ידי העקרונות הפוליטיים המהווים את יסודות המשטר. ביקשתי להראות כי אין צורך לסגת (או להתקדם) במסגרת ההסדר המשפטי אל עבר תורות אתיות אחרות, והצעתי טיעון שהוא קוהרנטי לטעמי עם מסגרת הדיון הליברלית ומסתמך על מקורותיה ועל מושגי-היסוד שלה. בחלקו הראשון הטיעון פוסל את קיומה של זכות לבחור באופן מתוכנן ואלקטיבי

285 מ' הורקהיימר "סמכותיות ומשפחה בימינו" אסכולת פרנקפורט: מבחר 205, 209, 211 (דוד ארן מתרגם, 1993).

286 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 100.

287 ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 76 ו-107-112, וכן ישי בלנק "טכנולוגיה וגבולות האנושי: גבולות מקומיים וטכנולוגיה" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 123, 162-163 (שי לביא עורך, 2003).

288 הציטוט מתוך אלדוס האקסלי עולם חדש מופלא 17 (מאיר ויזלטיר מתרגם, 1985), בקטע העוסק בבחירת/עיצוב המין.

את מינו של הצאצא העתידי; ובחלקו השני הוא מספק צידוק אפשרי – מתוך דיון בערכים המשותפים לקהילה הפוליטית – להטלת הגבלות על הסמכות ההורית הריבונית לקבוע את המין של צאצאם העתידי.

אף שהצבעתי על מודל הוועדה הישראלי, בשינויים מסוימים, כמתווה אפשרי לאימוץ משפטי של הטיעון שהצגתי כאן, ענייני לא היה להציב עמדה נחרצת נגד בחירת המין או בעדה, ואף לא להציע תשובה מעשית מלאה כיצד יש להתמודד עם בחירת המין באמצעים המשפטיים. הסיבה לכך, מעבר למסגרת הדיון הקצרה יחסית של מאמר זה, היא שפתרון טכני-משפטי שאינו מבוסס על שיח ציבורי של דיון פתוח ושכנוע יהיה תמונת-ראי של אימוץ היכולות הטכנולוגיות כפי שהן, מבלי לשים להן מוסר רות פוליטיות. הדיון בשאלה של בחירת מין היילוד הוא דיון פוליטי ממדרגה ראשונה, ואין להשאירו למדענים מומחים, לפוליטיקאים מומחים או אף למשפטנים מומחים. דיון זה נמצא בחיתוליו, והדברים שהובאו כאן נועדו להיות נדבך בו – לא על-מנת להוות לו סוף-פסוק, אלא כדי להמשיך לעוררו.