

## על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל

היקף השימוש בטכנולוגיות פריון לנפש והיקף המימון הציבורי שלו בישראל הם מהגבוהים בעולם. גם ההסדרה המשפטית של השימוש בטכנולוגיות הפריון בישראל היא יוצאת-דופן: מצד אחד, השימוש בטכנולוגיות פריון מסוימות נתון לרגולציה מפורטת מאוד; מהצד האחר, ההיבטים העקרוניים של השימוש בטכנולוגיות פריון (כגון זכות היסוד להקמת משפחה ולהורות או שאלת השוויון בנגישות לטכנולוגיות מסוימות) נעדרים לרוב הן מהחקיקה הראשית והן מחקיקת-המשנה. מאמר זה מנתח באופן ביקורתי את המצב החוקי בתחום השימוש בטכנולוגיות פריון ומצביע על הגורמים האפשריים להיעדר חקיקה ראשית מקיפה בתחום ועל ההשלכות של היעדרה. המאמר נפתח בהצגת המעמד המרכזי של ההולדה בתרבות הישראלית-היהודית. לאחר מכן, נידונות שלוש מההשלכות של אתוס הפריון הישראלי: החשיבות של הזכות להורות, השפעת האתוס על בריאותן של נשים והשפעתו על הכלכלה בישראל. בהמשך המאמר דן בקצרה בקשר המורכב שבין טכנולוגיה לערכים ולמשפט, ובאופן שבו פותחו טכנולוגיות הפריון בישראל ונקלטו בה במהירות רבה יחסית למדינות אחרות; נדון תהליך שבו נהפכה סוגיית הפריון לסוגיה שבשליטת שתי פרופסיות – הרופאים ("מדיקליזציה") והרבנים ("רבניזציה"), כמו גם השלכה המרכזית של תהליך זה – ההתרחקות של הנגישות לשימוש בטכנולוגיות פריון מדיון ציבורי והפיכתה לסוגיה מקצועית-דתית; הדומיננטיות של הגישה לסוגיות של פריון כאל סוגיות מקצועיות שיש להפקידן בידי מומחים מעודדת את הצנעת ההתפתחות של הרגולציה בתחום זה, ואת היותה סמויה מהעין הציבורית ומביקורת ציבורית. לבסוף, המאמר דן במשמעויות העמוקות הכרוכות בהסדרה של זכויות יסוד בחקיקת-משנה ובנהלים פנימיים.

### מבוא

ישראל היא מעצמה של פריון ומעצמה של שימוש בטכנולוגיות פריון: היקף השימוש בטכנולוגיות פריון לנפש והיקף המימון הציבורי שלו בישראל הם הגבוהים ביותר בעולם.<sup>1</sup>

\* פרופסור חבר, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל. תודה להדס תגרי על השיחות הרבות על נושא המאמר ועל שחלקה עמי את מחקרתי וניסיונה בתחום. תודה לאשרת קורקוס על העזרה במחקר, לחדוה אייל ולמשתתפות ומשתתפי סדנת הכותבים בכרך שהתקיימה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב ביוני 2013 על הערותיהם המועילות. מאמר זה מייצג את המצב המשפטי נכון לינואר 2015.

1 דפנה הקר סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות 82 (2012). על ה"בנאליות" של השימוש בטכנולוגיות פריון בישראל לאור שכיחותן הרבה, ועל הפיכתן ל"נורמליות", ראו Susan

גם ההסדרה המשפטית של השימוש בטכנולוגיות הפיריון בישראל – בין בחקיקה ראשית ובין בחקיקת־משנה – היא יוצאת־דופן לנוכח אתוס הפיריון הישראלי. מצד אחד, השימוש בטכנולוגיות פיריון מסוימות נתון לרגולציה מפורטת מאוד; מהצד האחר, במקרים רבים ההיבטים העקרוניים של השימוש בטכנולוגיות פיריון (כגון זכות היסוד להקמת משפחה ולהורות או שאלת השוויון בנגישות לטכנולוגיות מסוימות) נעדרים הן מהחקיקה הראשית והן מחקיקת־המשנה.

אופני השימוש בטכנולוגיות הפרייה מגוונות – הזרעה מלאכותית, הפרייה חוץ־גופית, תרומה ורכישה של תאי רבייה, הקפאה ארוכת־טווח של תאי רבייה ועוברים ושימוש בהם לשם הולדה, הסדרים לנשיאת עוברים ואבחון גנטי טרום־השרשתי לבחירת תכונות העובר – כל אלה ממושטרים לפרטי־פרטים, בעיקר בחקיקת־משנה ובנהלים פנימיים כמו גם בפסקי דין. המסמכים הרגולטיביים והפסיקה קובעים את אופני השימוש המותרים, מגדירים את הזהות והמאפיינים של האנשים שמורשים ליטול חלק בהליכים אלה, תוחמים את היקף התמיכה הטכנולוגית והכלכלית של המדינה בהם ואת אופייה, ומעצבים את הקשרים המשפטיים והמשפחתיים בין צדדים השותפים להבאת ילד לעולם. אלה מופעלים ומיושמים, בחלקם הגדול, על ידי רופאים ואנשי ממסד רפואי המקבלים החלטות בעלות השלכות אידאולוגיות, פוליטיות וכלכליות מרחיקות־לכת מעשה יום ביומו.

יש בהסדרה זו היבט בעייתי מבחינה משפטית וציבורית: כאמור, חלקה הגדול מעוגן בחקיקת־משנה, בנהלים פנימיים (שחלקם אינו כתוב וממילא לא פורסם) ובחוזרים, אף על פי שמדובר בהסדרים המגדירים (או מגבילים) זכויות יסוד הנוגעות לתהליך ההולדה. יש בעייתיות ניכרת בכך שמסמכים – שאינם אפילו בגדר תקנות – משפיעים ישירות על הגבולות של זכויות יסוד כגון האוטונומיה האישית הנובעת מכבוד האדם, הזכות לשלמות הגוף, הזכות להורות (שהיקפה ואופייה שנויים במחלוקת) והזכות לשוויון. שילוב זה הופך הסדרים מגבילים לחורגים לכאורה מסמכות. נוסף על כך, בחוקים המעטים המסדירים את השימוש בטכנולוגיות פיריון – שמרביתם נחקקו לאחר חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) – יש הוראות הסותרות לכאורה את חוקי היסוד כפי שפורשו על ידי בית המשפט, ועל כך בהמשך.

לנוכח חשיבות הסוגיה החוקתית ולנוכח ההשלכות הפוליטיות, האתיות והכלכליות של תעשיית הפיריון, ראוי לבחון את מיעוט החקיקה הראשית בנושא. בכך עוסק מאמר זה. רגולציית היתר הזו יוצרת מערך מורכב של השפעות סותרות. הדבר בא לידי ביטוי, למשל, בניסיון לצפות כל תסריט אנושי ומשפטי אפשרי ולהסדירו בכללים ספציפיים; תת־הרגולציה באה לידי ביטוי בלאקונה (חלקית אך משמעותית) הנוצרת ברמה העקרונית והערכית – וכתוצאה מכך ברמת הסטנדרטים – בשל השאיפה לעצב כללים שיענו לכל תסריט ותסריט.

---

Martha Kahn, *The Mirth of the Clinic: Fieldnotes from an Israeli Fertility Center, in* KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 296 (Daphna Birenbaum-Carmeli and Yoram S. Carmeli eds., 2010).

כך, מחד גיסא, באמצעות רגולציה יתדר המדינה מנסה להשיג ולשמר שליטה הדוקה בתהליכי ההפרייה. במסגרת זו המדינה מכתיבה הסדרים רצויים לתפיסתה כגון התניית השימוש בתאי רבייה של אחרים באנונימיות ובזרות בין התורמים לצאצאים שיוולדו (כפי שקובעים התקנות והנהלים בנושא תרומת זרע ותרומת ביצית, כמו גם החקיקה בדבר נשיאת עוברים במגבלות המעשיות הנובעות מהליך זה). מאידך גיסא, תת-הרגולציה מביאה לכך שההגבלות שהמסד הרפואי מטיל על התנאים שבהן תתאפשר הולדה באמצעות טכנולוגיות חדשות קורסות פעם אחר פעם. כך, למשל, באמצעות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ביקשה המדינה להגביל את האפשרות להולדה מזרע של נפטר למקרים שבהם ביקשה זאת בת הזוג של הנפטר. בתי המשפט ביטלו הגבלה זו והתירו להורי הנפטר להניע תהליך הולדה באמצעות התקשרות בהסכם עם אשה שתהרה מזרע בנם. דוגמה נוספת היא העתירה לבג"ץ בדבר הזכות של תורם זרע ששינה את השקפת עולמו לדרוש להשמיד מנות זרע שתורם, על רקע בקשה של אשה שכבר ילדה תינוק מזרעו לשוב ולהשתמש במנות זרע נוספות שלו כדי שילדיה יהיו בעלי אותו אב גנטי.<sup>2</sup> בפרשה זו עמדו על כפות המאזניים טענת האשה להסתמכות, שבאה לידי ביטוי בכך שרכשה מנות זרע מתורם זרע שמזרעו נולד ילדה כדי להוליד לו אח או אחות גנטיים "מלאים", אל מול חרדת התורם ורצונו לא להיות אב גנטי לילד שהוא עצמו לא ייקח חלק בגידולו ולא יהיה חלק ממשפחתו.

לאופן ההסדרה הנוכחי של טכנולוגיות הפריזון יש השלכות מרחיקות-לכת הן על המבקשים ומבקשות להיות להורים, הן על הילדים שנולדים עקב השימוש בטכנולוגיות אלה והן על החברה הישראלית. אופן ההסדרה האמור מונחה לכאורה על ידי השאיפה לממש זכויות יסוד חוקתיות לכבוד ולאוטונומיה, אבל למעשה הוא לעתים פוגע בזכויות אלה; כמו כן הוא מניח את הקיום של זכויות שראוי היה כי יתקיים לגביהן דיון ציבורי בחקיקה ראשית. דווקא משום שמדובר בהכרה בזכויות יסוד ראוי שהדיון יהיה עקרוני וברמת החקיקה הראשית ולא יושאר להתקדמות כמעט בלבדית, עקב בצד אגודל, על ידי פתרון בעיות עם התעוררותן.

גזירת הקיום של זכויות יסוד מעצם קיומה של טכנולוגיה היא מהלך לא מובן מאליו. כיום הדיון הציבורי בשאלת הזכות לשימוש בטכנולוגיות פריזון הוא מצומצם מדי בשל אופי הרגולציה בתחום. רשימת הנפגעים הפוטנציאליים ממגמות אלה היא ארוכה. בראשה עומדות כמובן נשים הנוטלות חלק בהליכי הפריזון, בין כדי להיות אמהות ובין כדי לסייע לאלה המבקשות להיות אמהות; רשימה זו כוללת גם צאצאים שהאינטרסים שלהם לא מקבלים ביטוי הולם, וכן גברים שלעתים נוטלים חלק בהליכים אלה בלי להיות ערים לכלל ההשלכות של בחירותיהם – וכמוהם גם הנשים, הממסד הרפואי וזה המשפטי. אם כן, מהי התמונה הכוללת העולה ממבוך רגולטורי זה ומה הכוחות המניעים שמעצבים אותו?

2 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013). ראו גם רוני לינדר-גנץ "תורם הזרע שהתחרט: לא רוצה ילד שלא אוכל לתת לו אהבה" הארץ 14.11.2012. לניתוח פסק הדין ראו צבי טריגר "טכנולוגיות פריזון, זכויות וחרטה: מחשבות בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות" המשפט ברשת, מבזקי הארות פסיקה 2, 4 (2013).

מאמר זה מנתח באופן ביקורתי את המצב החוקי בתחום השימוש בטכנולוגיות פריז ומצביע על הגורמים האפשריים להיעדר חקיקה ראשית מקיפה בתחום ועל ההשלכות של היעדרה. הפרק הראשון עוסק במעמד המרכזי של ההולדה בתרבות הישראלית-היהודית ומציג את ההסברים שהוצעו בספרות המחקרית למעמד חשוב זה. הפרק השני עוסק בשלוש מההשלכות של אתוס הפריזן הישראלי: החשיבות של הזכות להורות, השפעת האתוס על בריאותן של נשים והשפעתו על הכלכלה בישראל. הפרק השלישי דן בקצרה בקשר המורכב שבין טכנולוגיה לערכים ולמשפט, ובאופן שבו פותחו טכנולוגיות הפריזן בישראל ונקלטו בה במהירות רבה יחסית למדינות אחרות בשל אתוס הפריזן. הפרק הרביעי מנתח את התהליך שבו נהפכה סוגיית הפריזן לסוגיה שבשליטת שתי פרופסיות – הרופאים ("מדיקליזציה") והרבנים ("רבניזציה"); כמו כן הפרק דן בהשלכה המרכזית של תהליך זה – ההתרחקות של הנגישות לשימוש בטכנולוגיות פריזן מדיון ציבורי והפיכתה לסוגיה מקצועית-דתית ותו לא. הדומיננטיות של הגישה לסוגיות של פריזן כאל סוגיות מקצועיות שיש להפקידן בידי מומחים מעורדת את הצנעת ההתפתחות של הרגולציה בתחום זה – סמויה מהעין הציבורית ומביקורת ציבורית. לבסוף, הפרק החמישי דן במשמעויות העמוקות הכרוכות בהסדרה של זכויות יסוד בחקיקת-משנה ובנהלים פנימיים.

## א. המעמד המרכזי של ההולדה בתרבות הישראלית

החברה הישראלית היא שמרנית בכל הנוגע למוסד המשפחה ולילודה. רבות נכתב ודובר על המעמד המרכזי של ההולדה – של יהודים, כמוכן – בתרבות הישראלית. פרק זה מציג סקירה קצרה של נתונים רלוונטיים ושל הספרות העוסקת בחשיבות ההולדה בתרבות הישראלית ומנתחת אותה.<sup>3</sup>

### 1. נתונים

שיעור הפריזן הכולל (מספר הילדים הממוצע שאשה צפויה ללדת) עמד בישראל בשנת 2012 על 3.05 ילדים לאשה.<sup>4</sup> זהו שיעור פריזן גבוה יחסית למדינות מתפתחות.<sup>5</sup> בין 16% ל-20% מהזוגות ההטרסקסואלים בישראל סובלים מבעיות פוריות.<sup>6</sup> שיעור השימוש

3 בשל קוצר היריעה מדובר בסקירה מצומצמת שאינה מקיפה את כל הספרות בנושא.  
4 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, "לקט נתונים לרגל יום האישה הבינלאומי 2014". לסקירה של שיעורי הפריזן של נשים ישראליות בין השנים 1990-2009 ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **נשים וגברים: 1990-2009** (2010). בשנים 1995 ו-2006 עמד שיעור הפריזן הכולל על 2.88 ילדים לאשה.

5 שיעור הפריזן לאשה במדינות החברות בארגון לשיתוף פעולה ופיתוח כלכלי (OECD) הוא 1.70 לאשה. "לקט נתונים לרגל יום האישה הבינלאומי 2014". ראו גם יעל השילוני-דולב **מהפכת הפריזן 31** (2013).

6 סמדר נוי (קניון) ודניאל מישורי, "שליטה רפואית ודומיננטיות הרופאים בדינוי הוועדה הציבורית-מקצועית לביחנת נושא תרומת הביציות בישראל" **סוציולוגיה ישראלית** יא 37, (2009) 38.

בטיפולי הפריה לנפש בישראל הוא מהגבוהים בעולם:<sup>7</sup> הוא עלה מ-20,512 מחזורי הפריה חוץ-גופית בשנת 2001 ל-31,978 בשנת 2009.<sup>8</sup> בישראל גם המספר הגבוה ביותר בעולם של מרפאות פרייון לנפש.<sup>9</sup> לבסוף, הסכסוד הממשלתי של השימוש בטכנולוגיות פרייון בישראל הוא מהגבוהים בעולם.<sup>10</sup> בשנת 2010 הוציאו קופות החולים כ-400 מיליון ש"ח – 1.4% מתקציב סל הבריאות לאותה שנה – על קטגוריית הפוריות, הכוללת טיפולי פוריות נוספים על הפריה חוץ-גופית.<sup>11</sup> עקב העלייה הניכרת בשימוש בטיפולי פוריות בעשורים האחרונים בישראל, עלתה בישראל גם השכיחות של לידות מרובות עוברים מ-5,348 ילודים בלידות כאלה בשנת 1997 ל-6,777 בשנת 2006.<sup>12</sup> יש טיפולי פוריות שונים ומגוונים – הן במידת פולשנותם, הן בסיכויי ההצלחה והאפקטיביות והן בעלותם. טכנולוגיות של פרייון מוכרות זה מאות שנים; הטכנולוגיה הוותיקה ביותר – וכנראה גם הזולה והבטוחה ביותר לשימוש – היא הזרעה מלאכותית.<sup>13</sup> בהליך של הזרעה מלאכותית מוזרק זרעו של גבר (בן זוג או תורם, אנונימי או ידוע) אל רחמה של האשה המבקשת להרות. ההליך לא כולל התערבות כירורגית ואינו כרוך בכאב או בסיכונים בריאותיים ניכרים; אפשר לבצעו גם בלא מעורבות רפואית ועלויותיו מזעריות.

טכנולוגיות חדישות יותר, כמו הפריה חוץ-גופית (IVF), הן מורכבות בהרבה: הן כרוכות בכאבים ובסיכונים, בפרוצדורות פולשניות ובעלויות גבוהות והן חייבות מעורבות רפואית. חלק מהטיפולים הללו הם ניסיוניים, כמו הקפאת ביציות לצורך שימור פוריות של נשים שעוברות טיפולים כימותרפיים או של נשים המעוניינות ללדת בגיל מבוגר.<sup>14</sup>

- 7 הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל המלצות הוועדה 4 (2012) [www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf](http://www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf) (להלן: דוח מור יוסף); Carmel Shalev & Sigal Gooldin, *The Uses and Misuses of In Vitro Fertilization: in Israel: Some Sociological and Ethical Considerations*, 12 NASHIM 151 (2006).
- 8 הכנסת – מרכז המחקר והמידע מידע ונתונים בנושא פרייון ומודעות לפוריות בישראל 3 (2012). בשנת 1994 עמד שיעור מחזורי טיפולי הפוריות על שישה מחזורים לאלף נשים, ובשנת 2009 – 18 מחזורי טיפול לכל אלף נשים. שם.
- 9 Don Seeman, *Ethnography, Exegesis, and Jewish Ethical Reflection: The New Reproductive Technologies in Israel*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS, לעיל ה"ש 1, 340.
- 10 הכנסת – מרכז המחקר והמידע מידע ונתונים בנושא פרייון ומודעות לפוריות בישראל, לעיל ה"ש 8.
- 11 שם.
- 12 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה דפוסי פרייון בישראל בשנת 2007 (2008).
- 13 Gaia Bernstein, *The Socio-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination*, 77 WASH. L. REV. 1035 (2002).
- 14 Alison Motluk, *Growth of Egg Freezing Blurs 'Experimental' Label*, 476 NATURE 382, 383-382 (2011). האגודה האמריקנית לרפואת פרייון שינתה לאחורונה את הגדרת ההקפאה של ביציות של נשים שעוברות טיפולים רפואיים הפוגמים בפוריות: לשיטתה, הקפאת ביציות כזו (להבדיל מזו של נשים בריאות המעוניינות לדחות את גיל הלידה) אינה ניסיונית עוד. ראו להלן ה"ש 186 והדיון הצמוד לה.

חוק בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 מסדיר את זכאות המבוטחות למימון מדינת של טיפולי הפריה חוץ-גופית.<sup>15</sup> זכאיות ליהנות ממימון ציבורי הן נשים שאין להן שני ילדים מבני זוגן הנוכחיים (הגדרה זו כוללת גם נשים רווקות ולסביות הזכאיות למימון).<sup>16</sup> היקף הטיפולים והתרופות המכוסים על ידי המדינה מכוח החוק הוא רחב למדי, וכולל לא רק את טיפולי הפוריות עצמם אלא גם ייעוץ ומעקב, הקפאת עוברים וכן השתתפות במימון תרופות פרויין ופרוצדורות רפואיות שונות של הפריה חוץ-גופית כמו ICSI (Intracytoplasmic sperm injection, "איקסי", הזרקת זרע בודד אל תוך הביצית).<sup>17</sup> בחלק מהמקרים לא מדובר בכיסוי מלא אלא רק בהשתתפות במימון, ולכן העלות למטופלת עשויה להיות עדיין גבוהה – יותר מאלף ש"ח למחזור טיפולים.<sup>18</sup> בינואר 2014 נעשה ניסיון להגביל את מספר הטיפולים,<sup>19</sup> אך הדבר נתקל במחאות חריפות בציבור ובסופו של דבר פורסמה הבהרה המרככת במידת-מה את ההנחיה המקורית.<sup>20</sup>

## 2. דמוגרפיה ו"הרחם הלאומי": תופעה ישראלית ייחודית במבט השוואתי

לאורך ההיסטוריה האנושית, בתרבויות שונות, רחם האישה נתפס כשייך לכלל וכמגויס להשגת מטרת קהילתיות או מדינתיות. בעולם הפטריארכלי העתיק לא הייתה לאשה אישיות משפטית עצמאית ולכן כלל אי-אפשר היה לדבר על זכות האישה על גופה. כך היה ביוון העתיקה וברומי, שבהן התקיימה הילודה במסגרת כינון יחסים חברתיים בין גברים, והנשים והתינוקות שימשו אמצעים ליצירת יחסים אלה (או להריסתם, למשל במקרה של ניאוף והולדת ילד מחוץ למסגרת הנישואים).<sup>21</sup> כך היה גם בתקופות שבהן מדינות עסקו בלחימה ונוצר מחסור בגברים לוחמים: נשים נקראו לתרום את חלקן למאמץ המלחמתי

15 חוק בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, התוספת השנייה, ס' 6(ד).

16 שם.

17 מדובר בפרוצדורה המיועדת לפתור בעיות פרויין של גברים הנובעות מבעיות באיכות הזרע. השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 114.

18 הכנסת – מרכז המחקר והמידע, "מידע ונתונים בנושא פרויין ומודעות לפוריות בישראל" 3 (17 ביוני 2012).

19 חוזר מינהל רפואה 06/2014 "מחזורי טיפולי הפריה חוץ גופית (IVF) בסל השירותים" [www.health.gov.il/hozer/mr06\\_2014.pdf](http://www.health.gov.il/hozer/mr06_2014.pdf) (20.1.2014).

20 הבהרה של היועצת המשפטית של משרד הבריאות לגבי חוזר מינהל רפואה 06/2014. [www.health.gov.il/Subjects/fertility/Documents/IVF\\_MR06\\_2014.pdf](http://www.health.gov.il/Subjects/fertility/Documents/IVF_MR06_2014.pdf) (3.2.2014). ראו בהמשך דיון בחוזר, במחאות ובהבהרה.

21 צבי טריגר פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרבות 18-17 (2014) (להלן: פשעים נגד הפטריארכיה); צבי טריגר, "רשיון הורות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 389, 390-392 (תמר מורג עורכת, 2010). ביטוי אמנותי מרתק לתפיסת הרחם כמכשיר בידי הכלל הוא הספר "תינוקה של רוזמרי" מאת אירנה לויין ועיבודו לסרט בכימויו של רומן פולנסקי: (1967) ROMAN POLANSKI, IRA LEVIN, ROSEMARY'S BABY (1968). ROSEMARY'S BABY (1968).

ולדת בנים.<sup>22</sup> שיקולים דמוגרפיים ורתימת גוף האשה בשמם למען הכלל אינם תופעה ישראלית ייחודית. גם התביעות החברתיות (ולעתים אף המשפטיות) שמכוון התרבות מצמצמת את זכות האשה על גופה בכל הנוגע להיריון אינן בהכרח תופעה ישראלית ייחודית.<sup>23</sup> שאיפות אאווגניות ושאיות לרפורמה חברתית הדריכו ומדריכות קובעי מדיניות במדינות רבות.<sup>24</sup> המושג "אזרחות פורה" (reproductive citizenship) שטבע בריאן טרנר<sup>25</sup> מבטא את הקשרים החדשים בין האזרחים למדינה בעידן שבו קשרים אחרים נשחקים. לדבריו, את תקופתנו משקפת תפיסה שתורמה אזרחית ראויה למדינה צריכה לבוא לידי ביטוי גם בילודה.<sup>26</sup>

ראוי לבחון ביתר תשומת לב את הגרסה הישראלית של תפיסה פטריארכלית זו, שנראה כי היא ממלאת תפקיד מרכזי בקידום השימוש בטכנולוגיות פרייון – ובאופן פרדוקסלי גם בהגדרה מחודשת של מוסד המשפחה.<sup>27</sup>

האינטרס הקהילתי-היהודי שבעידוד ילודה של יהודים בישראל<sup>28</sup> מאפשר לגיטימציה של הורות הטרוסקסואלית שלא במסגרת מוסד הנישואין הדתי ואף לא במסגרת זוגיות

22 כך, למשל, נוצרה ברומי מצוקת ילודה משום שגברים נמנעו מנישואים. הצנזור מְטְלוס נומידיקוס (Metellus Numidicus) נשא בשנת 131 לפנה"ס נאום שבו הפנה את תשומת הלב של הגברים הרומאים לכך שרומא שרויה במצוקת נישואים ועודד אותם להפסיק ולחשוב על תענוגות ההווה ולהתחתן כדי להעניק ילדים לאימפריה: "אילו יכולנו, היינו כולנו, הגברים, חיים בלא הגטל המעצבן של הנישואין", אמר בנאומו. Eva Cantarella, Pandora's Daughters: The Role and Status of Women in Greek and Roman Antiquity 143 (Maureen B. Fant, trans., 1987).

23 ראו, למשל, את העמדה של מתנגדי הזכות להפלה בארצות-הברית, הרואים את העובר כאדם וסבורים שזכויותיו קודמות לזכויות האשה. בשם עיקרון זה, מתנגדים קיצוניים במיוחד לזכות להפלה שוללים אותה גם כשההיריון הוא תוצאה של אונס או של גילוי עריות ואף כשהמשכו עלול לסכן את חיי האשה.

24 Yali Hashash, *Medicine and the State: The Medicalization of Reproduction in Israel*, in *KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS* ה"ש 1, 271, בעמ' 274.

25 Bryan S. Turner, *The Erosion of Citizenship*, 52 *THE BRITISH JOURNAL OF SOCIOLOGY* 189, 198-196 (2001).

26 Larissa Remennick, *Between Reproductive Citizenship and Consumerism: Attitudes towards Assisted Reproductive Technologies among Jewish and Arab Israeli Women*, in *KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS*, לעיל ה"ש 1, 318, בעמ' 319-318.

27 כפי שהראתה נילי קרקו-אייל, הפרו-נטליזם הישראלי ממלא תפקיד מרכזי גם בעיצוב דיני הניזקין הישראליים. ראו נילי קרקו-אייל "אתוס ההולדה בתביעות מיילדות וגניקולוגיה" ספר אליהו מצא 847 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

28 Shalev and Gooldin, לעיל ה"ש 7, בעמ' 166; השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 31-34. כפי שציינה השש, בשנות השישים והשבעים של המאה העשרים עסקו קובעי המדיניות לא רק בדמוגרפיה היהודית אל מול זו הערבית אלא גם בדמוגרפיה הפנים-יהודית. Hashash, לעיל ה"ש 24, בעמ' 273-274. הזכאות למימון טיפולי פוריות אינה נקבעת לפי שיוך דתי

כלל (אמהות יחידנית). חשיבות ההורות של יהודים מעלה בשנים האחרונות תרומה ניכרת גם ללגיטימציה של הורות להט"בית: זוגות חד-מיניים רבים מספרים כי הפיכתם להורים סייעה להם להתקבל על ידי משפחותיהם ועל ידי הסביבה.<sup>29</sup>

אין ספק כי ההלכה היהודית, הנעדרת מושג של "ילד לא חוקי" (ממזרות היא עניין נפרד שנגזר מהמעמד האישי של היולדת), תורמת ללגיטימציה של הורות שלא במסגרת נישואים הטרוסקסואליים; כך גם החשיבות של מצוות "פרו ורבו" במסורת היהודית, הנחשבת למצווה הראשונה המופיעה בתנ"ך.<sup>30</sup> המעמד המרכזי של הדמוגרפיה של היולדה היהודית – תופעה שכונתה בביקורת הפמיניסטית של הציונות "פולחן הפוריות"<sup>31</sup> – תורם אף הוא לקבלה החברתית והמשפטית של הורות הומוסקסבית והורות הטרוסקסואלית ללא נישואין.

ל"פולחן הפוריות" באידאולוגיה הציונית כמה מקורות: טראומת השואה,<sup>32</sup> המצב הביטחוני המעורער של מדינת ישראל מרגע הקמתה (על פי הייזלטון, לאחר כל מלחמה יש גאות בילודה היהודית בישראל)<sup>33</sup> ו"האיום הדמוגרפי", כלומר: החשש שאזרחי ישראל

או לאומי, וגם אזרחי המדינה הפלסטינים זכאים למימון לפי אותם קריטריונים. סיגל גולדין טענה בהקשר זה שאפשר לתאר את השיח בעניין הזכאות לטיפול פרו ורבו כשיח ליברלי הנשען על מה שהיא מכנה "זכויות רגשיות". על פי גולדין, הזכאות לטיפול פרו ורבו היא אמצעי למימוש הזכות לאושר; שיח זה משותף לכל הגזקים לטיפול הפוריות, תהא דתם ולאומיותם אשר תהא, ולכן הוא "מטשטש את היריבויות הדיכוטומיות בין יהודים לערבים ובין חילונים לדתיים". סיגל גולדין "טכנולוגיות של אושר: ניהול פרו ורבו במדינת רווחה מעודדת ילודה" **פערי אזרחות: הגירה, פרו ורבו בישראל**, 167, 168 (יוסי יונה ואדריאנה קמפ עורכים, 2008).

Sibylle Lustenberger *Conceiving Judaism: The Challenges of Same-Sex Parenthood*, 29  
28 ISRAEL STUDIES REVIEW 140 (2013).

מאיה ליבוביץ "פרי ורבי ומלאי את הארץ": מי מצווה במצוות פרו ורבו? **ברוך שעשני אשה?: האשה ביהדות – מהתנ"ך ועד ימינו** 129, 130 (דוד יואל אריאל, מאיה ליבוביץ ויורם מזור עורכים, 1999).

לסלי הייזלטון **צלע אדם: האשה בחברה הישראלית** 52-74 (נעמי גל מתרגמת, 1978). על התפקיד של נשים יהודיות בישראל במסגרת פולחן הפוריות ראו ניצה ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" **סוציולוגיה ישראלית** ב 277, 284-288 (1999); Nira Yuval-Davis, *The Bearers of the Collective*, 4 FEMINIST REVIEW 15 (1980).

ראו, למשל, LEA SHAMGAR-HANDELMAN, CHILDHOOD AS A SOCIAL PHENOMENON – NATIONAL, 29 (1990).REPORT, ISRAEL.

שם, בעמ' 54-57; בקיץ 2007, תשעה חודשים לאחר מלחמת לבנון השנייה, התפרסמו בעיתונות נתונים לגבי היולדה בארץ: באתר החדשות ynet נטען כי לפי הנתונים הכללי-ארציים נרשמה ירידה בילודה לאחר המלחמה – ראו נורית פלטר "בייבי כלום" ynet 19.5.2007 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3402115,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3402115,00.html); באתר החדשות nrg נטען כי בצפון הארץ נרשמה עלייה ניכרת בילודה תשעה חודשים לאחר תום המלחמה – ראו אשתי נגר-לוויט "בייבי בום" בכיה"ח זיו בצפת" nrg 6.8.2007 [www.nrg.co.il/online/1/ART1/618/155.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART1/618/155.html). תופעה זו אינה מייחדת את ישראל; במדינות רבות יש "בייבי בום"



הלא-יהודים יעלו במספרם על אלה היהודים.<sup>34</sup> על פי אורנה דונת, "הורות ביולוגית בישראל נתפסת כחובה מוסרית-אזרחית בסיסית וכמשימה פטריוטית ממדרגה ראשונה".<sup>35</sup> אולי יש בכך כדי להסביר את הפער שבין המימון הנרחב לטיפולי פוריות יקרים לבין ההיעדרות החלקית של אמצעי מניעה מסל התרופות.<sup>36</sup> על רקע המונופול הדתי על דיני המשפחה בישראל ועל קביעת המעמד האישי של האזרחיות והאזרחים, חשוב לציין כאמור לעיל את תרומת המשפט העברי ל"פולחן הפוריות": מצוות "פרו ורבו" היא המצווה הראשונה בתנ"ך, ונחשבת למצווה החשובה ביותר.<sup>37</sup> עקב גורמים אלה ובהשראתם, ומכיוון שהאשה היא שיוולדת את הילדים היהודים, גויס הרחם לצרכים פוליטיים.<sup>38</sup> מפורסמת אמירתו של דוד בן-גוריון כי "הגברת הילודה היא תנאי הכרחי לקיומה של ישראל, ואישה יהודית שאינה מביאה לעולם לפחות ארבעה ילדים [...] מועלת בשליחות היהודית".<sup>39</sup> כך נולד ה"רחם הלאומי".<sup>40</sup>

- בתקופה שלאחר תום מלחמה. דוד הד "פרו ורבו": הבסיס לאתיקה של הולדה ועיצוב גנטי" **משפט רפואי וביור-אתיקה** 4, 15, 16 (2011).
- 34 הייזלטון, לעיל ה"ש 31, בעמ' 57-62. ראו גם אורנה דונת ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל 23-26 (2011); Daphna Birenbaum-Carmeli, 'Cheaper Than A Newcomer': On the Social Production of IVF Policy in Israel, 26 SOCIOLOGY OF HEALTH AND ILLNESS 897, 906-901 (2004). דוד הר סבור שהסברים אלה "יפים בעיקר לתופעה של שיעור הילודה הטבעית" ולא לשימוש הנרחב בטכנולוגיות פרייה. הר, שם, בעמ' 17. לא ברור מדוע הבחין הר לעניין זה בין ילודה טבעית לבין זו המסתייעת בטכנולוגיות פרייה. הוא הסתפק באמירה שלאור הקשיים הרבים הכרוכים בשימוש בטכנולוגיות פרייה, הדורשות עמידה בסבל גופני ונפשי ותובעות משאבים חומריים רבים, נחוץ "הסבר עמוק יותר שיחול על התופעה הכוללת [...] של תפיסת ההולדה בחברה הישראלית" (שם). לפיכך, ההסבר שלו לשימוש הנרחב ויוצא הדופן בטכנולוגיות פרייה בישראל הוא מצוות "פרו ורבו" וחשיבותה במסורת היהודית. שם, בעמ' 18-25.
- 35 דונת, שם, בעמ' 25-26. מנגד ציין סרג'ו דלה-פרגולה כי שיעור הפוריות בישראל יציב במשך השנים ונובע, לדעתו, לא מנימוקים ביטחוניים או כלכליים אלא מכך שהישראלים מקשרים בין מספר ילדים גדול לשביעות רצון כללית מחייהם. ראו, SERGIO DELLA PERGOLA, FERTILITY PROSPECTS IN ISRAEL: EVER BELOW REPLACEMENT LEVEL 17-14 (2009).
- 36 הקר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 87. בסוף דצמבר 2013 עדיין עמדה ועדת סל התרופות בסירובה להכניס אמצעי מניעה לסל התרופות לקראת שנת 2014, אך הרחיבה במידת מה את הכיסוי לביצוע הפלות. ראו אבי יופה "סל התרופות: הפלות לבנות 20-33 – בנפים; אמצעי מניעה – בחוץ" nrg 30.12.2013 [www.nrg.co.il/online/1/ART2/535/311.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/535/311.html).
- 37 ליבוזיק, לעיל ה"ש 30, בעמ' 130; חשיבותה של מצוות "פרו ורבו" במסורת היהודית וכמשפט העברי מוזכרת גם בדברי המבוא לדוח מור יוסף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4.
- 38 הייזלטון, לעיל ה"ש 31, בעמ' 57.
- 39 מצוטט אצל הייזלטון, שם, בעמ' 52.
- 40 נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 43; JAQUELINE PORTUGESE, FERTILITY POLICY IN ISRAEL; SUSAN MARTHA, ISRAEL: THE POLITICS OF RELIGION, GENDER, AND NATION 55-20 (1998); KAHN, REPRODUCING JEWS: A CULTURAL ACCOUNT OF ASSISTED CONCEPTION IN ISRAEL 4-3; Delila Amir & Orly Benjamin, *Defining Encounter: Who Are The Women*; (2000)

התרבות הישראלית כל כך רוויה באידאולוגיית הפריון עד שנדמה לעתים כי מי שבחרים לא להביא ילדים לעולם נתפסים כחריגים. הסופרת רונית ליברמנש ציטטה בספרה פגומות את דבריו של פרופ' שלמה משיח, המתהדר בתואר "אבי הפריות המבחנה בישראל":

מחלת העקרות [היא מחלה] אנושה לא פחות מסרטן. היא מקננת ומתפשטת בכל גוף במשפחה חסרת הילדים. האישה נעשית מנודה, הגבר לא יכול לבוא בקהל והמשפחה לא מתקיימת [...] מי מאתנו יגיד פה שהוא היה מוותר על ילד? – אף אחד. אולי חלקיקי אחוז מהאוכלוסייה, וגם הם מופרעים.<sup>41</sup>

הניסוח הניטרלי לכאורה מבחינה מגדרית של פרופ' משיח מטעה במקצת, משום שגברים שבחרים לפרוש מפולחן הפוריות אינם נתקלים באותה עוצמה של ביקורת חברתית כמו נשים שבחרות לא להיות אמהות. כרמל שלו כתבה כי למרות ההסתייגות התרבותית מנשים לא נשואות שילדות, "המשקל של הציפיה הנורמטיבית מנשים לממש עצמן כאמהות, מגיע עד כדי הסתייגות מוסרית מאלה שבחרות להימנע מכך".<sup>42</sup> כך, הטכנולוגיה המאפשרת היריון ולידה במקרים שבעבר נחשבו לעקרות, עם הלגיטימציה החברתית של אמהות חד-הורית, משמשות חרב פיפיות שבמקום לשחרר נשים מהביולוגיה ומייעודן המוסרי דווקא כובלת אותן ביתר שאת לייעוד האמהות הגנטית<sup>43</sup> ולשירות האומה. זאת, אף על פי שלכאורה היה בטכנולוגיה פוטנציאל לשחרור נשים מייעודן האימהי.<sup>44</sup> בהשאלה מז'קלין כהנוב אפשר לומר כי המעמד המרכזי של ההולדה ושל ההורות הגנטית בתרבות הישראלית מנציחים את "מצבן הנשי-ולדני"<sup>45</sup> של נשים יהודיות בישראל.<sup>46</sup>

### 3. "קללת העקרות": בעיות פריון כעדות לפגם ב"נשיות"

הכמיהה לילדים, ובעיקר הכמיהה של נשים לילדים, נתפסת בתרבות כטבעית ונובעת מהביולוגיה. פגי אורנסטין כתבה כי הדחף להתרבות, הן אצל גברים והן אצל נשים,

*Entitled to Join the Israeli Collective?*, 20 WOMEN'S STUDIES INTERNATIONAL FORUM, 639, 640 (1997).

- 41 רונית ליברמנש פגומות 19 (2005).
- 42 כרמל שלו, "הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי" הריון מסוג אחר, עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית 191, 206 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996).
- 43 שם, בעמ' 207.
- 44 ז'קלין כהנוב "שלום לאשה הקטנה" ממזרח שמש 282, 284 (1978).
- 45 שם, בעמ' 218.
- 46 במסה "שלום לאישה הקטנה" עמדה כהנוב על הפוטנציאל המשחרר של טכנולוגיות הפריון אבל גם על הסכנות שבהן. לדעת כהנוב, הפוטנציאל המשחרר בא לידי ביטוי בקידום הזכויות של נשים על גופן ובאפשרות של נשים יחידות וזוגות של לסביות להיהפך לאמהות בלא גברים. שם, בעמ' 282; בין הסכנות נמצא קיבוע התפקיד האמהי של נשים כתפקידן המרכזי והחשוב ביותר. שם, בעמ' 284. ראו גם דיון להלן, בפרק (3).

הוא "המטרה הראשונית של קיומנו"<sup>47</sup>, אולם בעוד גברים חווים את העקרות כ"מאכזבת ומתסכלת", עקרות עבור נשים היא "בלתי נסבלת ומאיימת על הזהות"<sup>48</sup>. בתרבויות וברמות רבות העקרות נחשבת לתוצאה של חטא, בדרך כלל חטא מיני כגון "העקרות" מינית.<sup>49</sup> יתר על כן, בעשורים האחרונים התפתחה תפיסה מדעית שלפיה במקרים רבים העקרות היא תופעה פסיכוגנית, כלומר: נובעת ממחלה נפשית ולא מבעיות אורגניות.<sup>50</sup> במילים אחרות: הטלת האשם בגבר או באשה עקרים השתנתה מתפיסת העקרות כתוצאה של חטא או פגם מוסרי לתפיסה של פגם נפשי. כך או כך, העקרות נתפסת כ"קללה", ככותרת הפרק בספרה של גריר.<sup>51</sup>

בתרבויות רבות – ובישראל במיוחד – אמהות נחשבת כאמצעי למימוש נשיות "מלאה" ועקרות נתפסת כפגם ב"נשיות". זו גם הסיבה לכך שגם בקרב נשים שעוברות טיפולי פוריות, ובמיוחד בקרב נשים שטיפולי הפוריות כושלים והן פונות להיעזר בהליך פונדקאות, בין בארץ ובין בחו"ל, מתקיים קשר של שתיקה. עצם ההיזקקות לטיפולי פוריות נחשבת לפגם בנשיות וככזה היא מקור לבושה ויש להסתירה. בצד תפיסת הנשים שלא מעוניינות ללדת כמשוגעות וכמי שנשיותן פגומה לכאורה, יש גינקולוגים ומומחי פרייון מובילים המתייחסים אל נשים הנזקקות לטכנולוגיות פרייון כאל "לא יותר מרחם משווע לא-רציונלי".<sup>52</sup>

לא רק בעיות גופניות הגורמות להיזקקות לטיפולי פוריות נתפסות כעדות לנשיות פגומה; גם חוסר רצון להיות לאם, בין כהחלטה עקרונית שאינה קשורה בכושר הפרייון<sup>53</sup> ובין כתוצאה מהחלטה לא להיכנס למעגל טיפולי הפוריות ולהיאבק בבעיות הפרייון בכל מחיר, נתפס כפגם בנשיות. תמרה טראובמן ציינה כי "השאלה לגבי הרצון לאמהות כלל

47 PEGGY ORENSTEIN, כן ראו, Peggy Orenstein, *Baby Lust*, N.Y TIMES, Apr. 1, 2007  
WAITING FOR DAISY: A TALE OF TWO CONTINENTS, THREE RELIGIONS, FIVE INFERTILITY DOCTORS, AN OSCAR, AN ATOMIC BOMB, A ROMANTIC NIGHT AND ONE WOMAN'S QUEST TO BECOME A MOTHER (2007)

48 Orenstein, *Baby Lust*, שם.

49 ז'רמיין גריר מין וגורל – הפוליטיקה של פוריות המין האנושי 75-76 (כרמית גיא מתרגמת, 1992). כפי שציינה גריר, ברבות מהתרבויות (בעיקר בתרבויות פוליגמיות) עקרות, מעצם הגדרתה, יכולה להיות רק של אשה, ומקובל לחשוב "שכל גבר פורה אלא אם כן סורס". שם, בעמ' 55. התנ"ך, סיפורי עם רבים ויצירות אמנות רבות מספור משופעים כולם בסיפורי עקרות – והם תמיד סיפורים של נשים עקרות.

50 שם, בעמ' 84.

51 שם, בעמ' 75. אברהם לייטמן הביא נתונים בדבר הסיבות לאי-פוריות של בני זוג: ב-40% מהמקרים הסיבה לאי-הפוריות היא הגבר; ב-30% מהמקרים הסיבה היא הפרעות בביון; בכ-20% מהמקרים מדובר בליקויים בחצוצרות או ברחם; ובכ-10% מהמקרים מדובר ב"אי-פוריות בלתי מוסברת", כלומר, שלא נמצא ליקוי שגורם לאי-הפוריות. אברהם לייטמן "מהו הריון מסוג אחר" הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית 13, 14-13 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996) (הספר להלן: הריון מסוג אחר).

52 נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 54.

53 דונת, לעיל ה"ש 34, בעמ' 75-76.

איננה לגיטימית בחברה הישראלית. במצב חברתי זה נשים רבות אינן עצמאיות בקבלת החלטות הנוגעות לפיריון<sup>54</sup>.

ההכללה של תקציב המימון לבדיקות ולטיפולים הללו תחת הכותרת "בריאות" מרמזת על תפיסה של העקרות כמופרעות או כחולי; כמו כן, מכיוון ש"סל שירותי הבריאות" אינו כולל בדיקות, תרופות וטיפולים מסוימים למחלות מסוימות, הדבר מעיד על סדר עדיפויות ערכי ברור: טיפולי הפיריון באים על חשבון תרופות מאריכות חיים.<sup>55</sup>

## ב. השלכות המעמד המרכזי של ההולדה

למעמד המרכזי של ההולדה בתרבות הישראלית (בעיקר הולדה של תינוקות יהודים) יש השלכות רבות. שלוש מהן יידונו בפרק זה: ההשפעה של מעמד זה על הספירה המשפטית (דרך ההכרה בזכות להורות כזכות יסוד חוקתית), השפעתו על בריאותן של נשים ולבסוף – ההשלכות הכלכליות.

### 1. הזכות להורות (גנטית) כזכות יסוד חוקתית

בשורה של פסקי דין חשובים הכיר בית המשפט העליון בזכות לחיי משפחה ובזכות להורות כזכויות חוקתיות. נפסק כי לכל אדם זכות יסוד לנישואין ולהקמת משפחה<sup>56</sup> וכי "לכל אדם הזכות להקים משפחה ולהוליד ילדים";<sup>57</sup> עוד נפסק כי "בעידן שבו 'כבוד האדם' הינו זכות-יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הוויתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונות להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".<sup>58</sup> בפרשת עדאלה קבע הנשיא ברק:

נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה "יחידה חוקתית" [...] היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם. היא נשענת גם על הזכות לפרטיות (ראו סעיף 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). אכן, הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד [...] אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו

54 תמרה טראובמן "הקפאת ביציות בישראל למטרת שימור הפוריות: מיפוי שוק" נשים וטכנולוגיות רפואיות 12 (2012) [www.isha.org.il/upload/file/egg%20fr%20HE.pdf](http://www.isha.org.il/upload/file/egg%20fr%20HE.pdf). ראו גם Shiri Shkedi-Rafid & Yael Hashiloni-Dolev, *Egg Freezing for Non-Medical Uses: The Lack of a Relational Approach to Autonomy in the New Israeli Policy and in Academic Discussion*, 38 J. MED. ETHICS 154 (2012).

55 לדיון נוסף ולביקורת על המצב הקיים, שבו טיפולי פוריות נחשבים לחלק מסוגיית הבריאות, ראו שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות-יסוד" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 51, 115, בעמ' 121-124.

56 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 781-782 (1999).

57 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 678 (1996) (להלן: עניין נחמני).

58 ע"א 7155/96 פלוני נ' הי"מ, פ"ד נא(1) 175, 160 (1997).

החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם.<sup>59</sup>

במשפט הישראלי נהוג לראות את הזכות המודרנית להורות כנובעת מהזכות לפרטיות,<sup>60</sup> שזכותה לעיגון חוקתי בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סיווג הזכות להורות כנובעת מן הזכות לפרטיות אינו הכרחי ויש הרואים בה זכות עצמאית.<sup>61</sup> כך או כך, הזכות להורות הוכרה במשפט הישראלי כזכות יסוד: <sup>62</sup> היא נתפסת כזכות טבעית, הנובעת מהאנושיות שלנו וחשובה לכבוד האדם או למימוש אישי והגשמה עצמית.<sup>63</sup> מכוח תפיסה זו של הזכות להורות כנגזרת מהאוטונומיה ומהזכות למימוש עצמי הכיר בית המשפט המחוזי בירושלים בשנת 2005 בזכות של רווקה לקבל תרומת זרע מגבר נשוי שזהותו ידועה.<sup>64</sup>

59 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פס' 32 לפסק הדין של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 14.5.2006).

60 הרבר חורג אמנם ממסגרת מאמר זה, אולם אזכיר בקצרה כי יש פסיכולוגים הסבורים שדווקא טובת הילד היא שמחייבת הגנה על הזכות לפרטיות, וכי לאי-ההתערבות ביחסי הורה-ילד יש יתרונות פסיכולוגיים רבים ומשמעותיים הנובעים מהיציבות וההמשכיות של הקשר, המהוות כשלעצמן ערכים חשובים. ראו, למשל, את הספר המפורסם ביותר המקדם תפיסה זו: JOSEPH GOLDSTEIN ET AL., BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (1984).

61 ראו, למשל, דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 199-200 (1996).

62 ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421 (1987) (להלן: עניין פלוני); ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330, 337 (1990); בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626, 639-640 (1991); ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995); עניין נחמני, לעיל ה"ש 59, בעמ' 696 ("האינטרס להיות הורה הוא מן השאיפות הבסיסיות ביותר של האדם"); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 617 (2006) (להלן: עניין פלונית ופלוני).

תוצאת הדיון הנוסף בעניין נחמני מחזקת את המסקנה שאין בישראל זכות מוגנת לא להיות הורה. זכותו של דני נחמני לא להיות אב גנטי נסוגה מפני זכותה של רותי נחמני להיהפך לאם וזאת, לדעת בית המשפט, משום שלא הייתה לה דרך אחרת להיהפך לאם גנטית אלא באמצעות שימוש בעוברים שנוצרו מביציותיה ומזרעו של דני טרם פרידתם. לעומת זאת, בעניין פלונית, לעיל ה"ש 2, נפסק שכאשר האשה היא כבר אם, זכותו של תורם זרע שחזר בו לא להיות אב גנטי גוברת על זכות האשה ללדת תינוק נוסף מתרומת זרע שקנתה ממנו בעבר. למבט השוואתי על היתכנות סכסוכים משפטיים בנוגע לעוברים קפואים בארצות-הברית ראו Yehezkel Margalit, *To Be Or Not To Be (A Parent)? – Not Precisely the Question: The Frozen Embryo Dispute*, 18 CARDOZO J. L. & GENDER 355 (2012).

63 ראו, למשל, את דברי השופט חשין בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו(1) 447, 445, 419 (2003).

64 ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 3.8.2005). הנימוק לבקשת האשה מרתק: החשש למזורות הילד אם זהות האב לא תהיה ידועה. זאת, אף שמזורות נקבעת לפי המעמד האישי של האם היולדת ואין כל רלוונטיות לזהות האב. נימוק זה התקבל על ידי בית המשפט כמצדיק את תביעת האשה, והוא מצביע על היחסים המורכבים בין

גם הכתיבה הפילוסופית על הזכות להורות רואה בה זכות יסוד בסיסית. יש הסבורים, למשל, שזכות זו כוללת גם את "החירות לבחור כיצד להיהפך להורה" וכן את "החירות לבחור ילד התואם את ערכיהם של ההורים המיועדים", אם כי במגבלות מסוימות.<sup>65</sup> נוסף על כך, מחקרים סוציולוגיים ואנתרופולוגיים מעלים שגם בקרב האזרחים והאזרחיות הזכות להורות נתפסת כזכות יסוד בסיסית, שמכוחה כולם זכאים למימון ציבורי של טיפולי פוריות אם הם זקוקים להם.<sup>66</sup>

הזכות להקמת משפחה ולהורות הוכרה כזכות יסוד גם במשפט הביין-לאומי.<sup>67</sup> במשפט האמריקני היא הוכרה, בין היתר, בין בעקיפין ובין במישרין, בסדרה של פסקי דין מפורסמים שפסלו חוקי גזע שאסרו נישואין בין שחורים ולבנים בשל היותם לא חוקתיים.<sup>68</sup> חופש הרבייה נגזר מהזכות להורות, שכן בלעדיו לא ניתן לממשה,<sup>69</sup> אולם הזכות להורות וחופש הרבייה הוחלו על ידי המחוקק ובתי המשפט רק על הורות גנטית (כפי

דת, מדע ומדינה – כמו גם על השליטה שקנה הממסד הדתי בשאלת ההורות והפרייון, תוך הסתמכות על ידע חלקי ולא מדויק של אזרחי המדינה היהודים. בית המשפט הסתמך על כך שילד שנולד לאב לא ידוע מוגדר כ"שתוקי" (בעקבות המשנה מסכת קידושין, פרק ד' משנה א'), ומשום כך יש חשש שהוא ממזר ואף עלול להיות מוגדר כ"ספק-ממזר". פסקה 9 לפסק הדין.

65 אורי לב וארנון קרן "טכנולוגיות רבייה והזכות להורות במדינה יהודית ודמוקרטית: המקרה של חוק תרומת ביציות" **משפט רפואי וביור-אתיקה** 4, 37, 47 (2011). אשר לפגיעה לכאורה בחירות לבחור "ילד התואם את ערכיהם של ההורים המיועדים", המחברים סבורים שחובת ההתאמה הדתית שנקבעה בחוק תרומת ביציות בין תורמת ביציות לנתרמת, כמו גם האיסור על תרומת ביציות מאשה נשואה, עלולים לפגוע בחירות זו. שם, בעמ' 67.

66 Remennick, לעיל ה"ש 26, בעמ' 327-331.  
67 הכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948, ס' טו: "כל איש ואשה שהגיעו לפרקם רשאים לבוא בכרית הנישואין ולהקים משפחה". לסקירה מלאה אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 55, בעמ' 117.

68 ראו, למשל, Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967). פסקי דין נוספים שהכירו במעמד החוקתי של הזכות להורות היו Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978) (חוק במדינת ויסקונסין שאסר על הורה שפיגר בתשלומי מזונות ילדיו להינשא מחדש נפסל על ידי בית המשפט העליון בנימוק שהזכות להינשא ולהקים משפחה היא זכות חוקתית). כ"ב Meyer v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925) וכ"ב Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) הכיר לראשונה בית המשפט העליון האמריקני בזכות להורות ולהקמת משפחה כזכות חוקתית המוגנת על ידי התיקון הארבעה-עשר לחוקה. יצוין כי בפסקי דין אלה ההכרה היא באוטונומיה ההורית ולא בזכות לרבייה כנגזרת של הזכות להורות.

69 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 55, בעמ' 116. כן ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" **עבודה, חברה ומשפט** יא 275 (2005). כפי שציינו המחברות, יש להבחין בין הזכות לרבייה (הזכות להיהפך להורה) לבין הזכות לגרל ילדים (הזכות להיות הורה). המשפט הישראלי, טוענות המחברות, הכיר בזכות להורות בעיקר במשמעותה הראשונה, כלומר: כזכות לרבייה. שם, בעמ' 281-283.

שעולה ממכלול הפסיקה שאוזכר עד כה ומפסיקה רבה נוספת). נראה כי הזכות לאימוץ – אם יש כזו במשפט הישראלי – אינה זכות יסוד.<sup>70</sup>

הזכות להורות בישראל, שאינה מוגנת בחוק יסוד, נתפסת אפוא כטבעית ורחבה עד כדי כך שנדמה כי היא אינה מוגבלת כלל. מדברי פרופ' משיח בדיוני הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת תרומת הביציות בישראל עולה כי לנשים יש "זכות יסוד" לנגישות בלתי-מוגבלת לטכנולוגיות פרייון, בלא קשר לגילן או למצבן הבריאותי, ובכלל זה ה"זכות" לסכן את בריאותן.<sup>71</sup> באופן מסורתי הזכות להורות נתפסת כטבעית עד כדי כך שלא מתעוררת כל שאלה בנוגע אליה, אלא אם כן בני הזוג אינם מסוגלים להוליד בלא התערבות חיצונית.<sup>72</sup> "לגבי הורות שאינה מושגת בדרך-הטבע עשויה להתעורר בכל חריפותה שאלת הזכות להורות, לרבות שאלת מעמדה של הורות הנרקמת במישור הפסיכולוגי בלבד."<sup>73</sup>

## 2. בריאות נשים

אחת ההשלכות המרכזיות של הפרו-נטליזם הישראלי היא על בריאותן של נשים. בשנת 2008, למשל, חייב בית הדין הארצי לעבודה את אחת מקופות החולים לממן טיפולי פוריות לאשה לא ישראלית, שאינה מבוטחת בארץ אך נשואה לגבר ישראלי הסובל מעקרות, בנימוק ש"הליכי הטיפול בגופה של בת-הזוג הינם האמצעי העיקרי להגשמת זכותו המהותית של המבוטח לטיפול רפואי במחלת העקרות בה הוא לוקה".<sup>74</sup>

הקלות שבה מכפיפים נשים לטיפול פוריות – שלא רק מסכנים את בריאותן אלא גם גורמים כאב וסבל, לעתים כדי לטפל בעקרות של בני זוגן – עוררה ויכוח ער בתקשורת הישראלית בנוגע לקשר השתיקה שנקשר, לדעת רבים, סביב הסכנות הפוטנציאליות לבריאות של נשים עקב השימוש בטכנולוגיות פרייון.<sup>75</sup>

זאת ועוד: חלק מטיפול הפרייון – כמו שאיבת ביציות לא מטעמים רפואיים – יוצרים רושם שפג תוקפו של "השעון הביולוגי", ושנשים צעירות יכולות לדחות את גיל ההיריון באמצעות שאיבת ביציות והקפאתן. הדבר אינו מדויק, שכן הסיכוי להיכנס להיריון הולך

70 אלמוג ובנדור, לעיל ה"ש 55, בעמ' 118.

71 מצוטט אצל נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 52-53.

72 דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903, 938-939 (2005).

73 פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643, 645 (2005).

74 ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני – שירותי בריאות כללית, פס' 23 לפסק הדין של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 4.11.2008).

75 העיסוק בכך בתקשורת התעורר באופן אינטנסיבי בשנת 2012, בעקבות הטור של גיא מרוז על טיפולי הפוריות שעברה בת זוגו אורלי וילנאי בשל בעיות בזרע שלו. הזוג תיעד את התהליך בסרט ודיבר על כך בהרחבה בתכנית הבוקר שהשניים מגישים בערוץ 10. ראו, למשל, גיא מרוז "בדרך להריון: הסיוט היומי של גיא ואורלי" nrg 24.2.2012 [www.nrg.co.il/online/54/ART2/340/067.html](http://www.nrg.co.il/online/54/ART2/340/067.html); עדי ניב יגודה "הסרט של אורלי וגיא: ילד? לא בכל מחיר" ynet 12.9.2012 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4279500,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4279500,00.html); רוני שגב זכריה, "טיפול פוריות: גם לכם אמרו שאתם 'בלתי מוסכרים'?" mako 20.11.2012 [www.mako.co.il/ninemonth-fertility/healthcare/Article-89089f58b1e1b31006.htm](http://www.mako.co.il/ninemonth-fertility/healthcare/Article-89089f58b1e1b31006.htm)

ויוורד במידה ניכרת החל בשנות השלושים המאוחרות, והיריון כזה אף כרוך בסיכונים ניכרים לאשה ולעובר.<sup>76</sup>

ברוח הצעתו של אייל כתבן לראות בדיקות רפואיות של נשים לא רק כאמצעי להבטחת בריאותן אלא גם אמצעי פיקוח,<sup>77</sup> אפשר לראות בהסדרים הנוכחיים ככל הנוגע לפיריון אמצעי נוסף לפיקוח על גופן של נשים ולתיעולן למטרות ילודה. הילה העליון, מנגד, הראתה את ממד הכוח הפוקיאני (שבמסגרתו כוח הוא אסטרטגיה)<sup>78</sup> המתרחש בטיפולי פוריות: בצד התמסרות הגוף, כהגדרתה, נשים שעוברות טיפולי פוריות גם מנהלות משא ומתן על מידת השליטה בהליך, והן לא קרבנות פסיכיים בלבד של החלטות הממסד הרפואי.<sup>79</sup>

76 לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, גיל האם הממוצע בלידה עלה מ-28.3 ב-1994 ל-30 ב-2010. גיל האם הממוצע בלידה ראשונה עלה מ-24.6 ב-1994 ל-27.2. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה נשים וגברים: 1990-2009, לעיל ה"ש 4. ייתכן שהידיעה שאפשר יהיה להיעזר בטכנולוגיות פיריון משפיעה על ההחלטה של חלק מהנשים לרחות את גיל ההיריון. ככל שגיל היולדת מבוגר יותר הסיכוי לתמותת תינוקות עולה; היריון בגיל מאוחר נקשר גם לסיכון גדול יותר להפלות ולתחלואה של האם ההרה, של העובר ושל התינוק לאחר לידתו. שם, בעמ' 4. לאחרונה יזמו גינקולוגים פעילות הסברה שנויה במחלוקת בקרב נשים צעירות בברים תל-אביביים. אף שביקורת נוקבת נמתחה על פעילות זו, בגין היותה חלק מאתוס עירוד הילודה הישראלית-יהודית, היו רופאים שסברו שיש לעודד נשים צעירות להתפכח מאשליית מותו של השעון הביולוגי בשל טכנולוגיות הפיריון המשוכללות. עינת טורס "סקס והעיר הגדולה: הגינקולוגים יפשטו על הברים" nrg 4.9.2012 [www.nrg.co.il/online/54/](http://www.nrg.co.il/online/54/) ART2/399/821.html?hp=54&cat=870; עינת טורס, "צאו לי מהרחם: תל-אביביות נגר עירוד הפוריות בברים" nrg 5.9.2012 [www.nrg.co.il/online/54/ART2/401/156](http://www.nrg.co.il/online/54/ART2/401/156). נעמה כרמי "בפאב לא, בחדר הרופא – כן" 8.9.2012 [www.naama-carmi.com/2012/09/08/%d7%91%d7%a4%d7%90%d7%91-%d7%9c%d7%90-%d7%91%d7%97%d7%93%d7%a8-%d7%94%d7%a8%d7%95%d7%a4%d7%90-%d7%9b%d7%9f](http://www.naama-carmi.com/2012/09/08/%d7%91%d7%a4%d7%90%d7%91-%d7%9c%d7%90-%d7%91%d7%97%d7%93%d7%a8-%d7%94%d7%a8%d7%95%d7%a4%d7%90-%d7%9b%d7%9f).

77 אייל כתבן "דופן התא המשפחתי: איסורי בדיקות, ייסורי בדיקות והמידות הטובות של האשה" משפט ועסקים 1, 487, 489 (2007); אייל כתבן "אבחנה מברדלת או הבחנה מברדלת? הקשר בין בדיקות רפואיות, גופניות ונפשיות כפירות לדיכוי נשים והפלייתן" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 849, 872 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקיריביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

78 MICHEL FOUCAULT, POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 98 (Colin Gordon ed., Colin Gordon et al. trans., 1980). לפי פוקו כוח הוא דבר שמפעילים ולא דבר שיש (או אין) לנו, כפי שנובע, למשל, מהתאוריה המרקסיסטית.

79 הילה העליון "סיפורו של הגוף: חוויות גוף-זהות של נשים מטופלות פוריות" סוציולוגיה ישראלית יא 13 (2009).



### 3. כלכלה

לשימוש הנרחב בטכנולוגיות פרייון יש השלכות כלכליות משמעותיות. הראשונה היא ההשקעה הכלכלית האדירה בטיפולי פרייון, הן של המדינה והן של צרכני השירות;<sup>80</sup> שנית, ההשלכות הכלכליות של טיפולי פרייון לא מסתיימות ברגע הלידה. הן עלולות להיות ארוכות טווח משום שבטיפולי פוריות יש סיכון מוגבר ללידת תינוקות עם מוגבלויות – בשל ריבוי עוברים המאפיין הריונות שהושגו בדרך זו, בשל גיל מאוחר של ההורים (המקושר עם שכיחות גבוהה של בעיות כמו אוטיזם, בעיקר אצל גברים ונשים שזהו ילדם הראשון)<sup>81</sup> ועוד. מלידתם ובמשך כל חייהם, הטיפול בתינוקות אלה יקר.

ההשלכה השלישית היא ההפרטה ההולכת וגוברת של שירותי הבריאות, המעבירה את הנטל הכלכלי יותר ויותר אל כתפי האזרח.<sup>82</sup> המצב בתחום הפרייון אינו שונה. יש השלכות מרחיקות לכת לכניסה של שיח הצרכנות אל תחום הפרייון,<sup>83</sup> למשל: אקטיביזם צרכני למען הרחבת הנגישות לטיפולי פרייון ולמימנם. העלות הכלכלית ההולכת וגדלה של טיפולי הפרייון, והניסיונות להגביל אף יותר את השתתפות המדינה במימנם (כמו, למשל, הניסיון להגביל את מספר הניסיונות הממומנים להפריה חוץ-גופית בהתבסס על גיל האשה), אינם עולים בקנה אחד עם אידאולוגיית הפרייון הישראלית.<sup>84</sup> לפיכך, מפתיע שהשאלה מוסדרת בעיקר בחקיקת-משנה ובנהלים פנימיים, שכן היא בעלת השלכות על יכולת המימוש של זכות שהוכרה כזכות יסוד במשפט הישראלי ושל ערך חשוב בתרבות הישראלית.<sup>85</sup>

- 80 תעשייה משמעותית נוספת סביב ההריון – הן זה המושג באמצעות קיום יחסי מין והן זה המושג באמצעות שימוש בטכנולוגיות פרייון – היא תעשיית הבדיקות הגנטיות. הן רופאים והן לחץ חברתי ותרבותי מעודדים את המצפים ומצפות לילד לבצע בדיקות גנטיות מקיפות, לעתים אף לפני הכניסה להיריון. הבדיקות היסודיות ביותר עשויות לעלות אלפי שקלים, ורבות מהן אינן מכוסות על ידי קופות החולים כך שרק בעלי אמצעים יכולים לשלם עבורן. נוסף על ההיבט הכלכלי יש כמובן גם היבט מוסרי שבא לידי ביטוי במרוץ אחר התינוק המושלם. ראו, למשל, Yael Hashiloni-Dolev, *Between Mothers, Fetuses and Society: Reproductive Genetics in the Israeli-Jewish Context*, 12 NASHIM 129 (2006).
- 81 ראו, למשל, Abraham Reichenberg et al., *Advancing Paternal and Maternal Age are Both Important for Autism Risk*, 100 AM. J. PUBLIC HEALTH 772 (2010).
- 82 אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 437, 457-459, 529-531 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).
- 83 Shalev and Gooldin, לעיל ה"ש 7, בעמ' 170.
- 84 ראו ה"ש 19 ו-20 לעיל והטקסט הצמוד להן.
- 85 איני טוען נגד הגבלת המימון של טיפולי פוריות, אלא מצביע על אפשרות לסתירה פנימית ביחס המדינה לנושא.

## ג. קליטת טכנולוגיות כמשקפת ערכים ומעצימה אותם: קידוש הקשר הגנטי

התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות משקפות ערכים חברתיים.<sup>86</sup> חברות אנושיות נוטות ליצור טכנולוגיות המשקפות את ערכיהן, ומרגע שטכנולוגיות אלה נוצרו הן מחזקות ומשרישות את אותם ערכים.<sup>87</sup> הטכנולוגיות הללו לא רק עונות על צרכים קיימים אלא גם מחזקות ומעצימות אותם, ואף יוצרות צרכים חדשים.<sup>88</sup> ערכים חברתיים מקדמים פיתוח וקליטה של טכנולוגיות מסוימות, ומעכבים או מונעים פיתוח וקליטה של טכנולוגיות אחרות.<sup>89</sup> יש הסבורים שחברות אנושיות תמיד בוחרות אלו טכנולוגיות לפתח בהתאם לערכיהן, לעתים לא במודע.<sup>90</sup>

טכנולוגיות הפריון מאפשרות להוליד ילדים גנטיים במצבים שבהם בעבר בני הזוג (או היחידים והיחידות) לא יכלו ללדת. הן נוצרו על רקע תפיסת עולם המעדיפה את הקשרים הגנטיים. קיומן, בתורו, מעצים את עליונות ההורות הגנטית.<sup>91</sup> אמנם, השימוש בטכנולוגיות פריון מצריך לעתים הרחבה קונספטואלית של רעיון ההורות הגנטית, שכן לעתים מזומנות נדרשת תרומה של זרע, של ביצית או של שניהם; אולם גם כשנוקקים לתרומה של תאי רבייה הדבר נעשה במסגרת הרואה בכך מתיחה של גבולות הביולוגיה – בשום פנים ואופן לא קריאת תיגר עליהם. הילד נולד כתוצאה מיוזמה של ההורה או של ההורים המיועדים, ועבורם. אין מדובר באימוץ ילד שנולד להורים אחרים. במובן זה, התסריט – גם זה שבו נוקקים לתרומה של תאי רבייה – אנלוגי באופן כמעט מלא לתסריט של ההורות הגנטית,

Gaia Bernstein and Zvi Triger, *Over-Parenting*, 44 U.C DAVIS L. REV. 1221, 1237- 86  
.1236 (2011)

.DAVID ELLIOTT & RUTH ELLIOTT, THE CONTROL OF TECHNOLOGY 10 (1976) 87

ANDREW FEENBERG, ALTERNATIVE MODERNITY: THE TECHNICAL TURN IN PHILOSOPHY AND 88  
.SOCIAL THEORY 228-227 (1995)

שם. ראו גם Bernstein, לעיל ה"ש 13, בעמ' 1039-1040; Elliott & Elliott, לעיל ה"ש 87, 89

בעמ' 3-1, vii Claude S. Fischer, "Touch Someone": *The Telephone Industry Discovers Sociability*, in TECHNOLOGY AND CHOICE: READINGS FROM TECHNOLOGY AND CULTURE 87 (Marcel C. LaFollette & Jeffrey K. Stine eds., 1991); Batya Friedman & Peter H. Kahn, Jr., *Human Agency and Responsible Computing: Implications for Computer System Design*, in HUMAN VALUES AND THE DESIGN OF COMPUTER TECHNOLOGY 221 (Batya Friedman ed., 1997); Batya Friedman & Helen Nissenbaum, *Bias in Computer Systems*, in HUMAN VALUES AND THE DESIGN OF COMPUTER TECHNOLOGY 21. בעמ' 21.

Marcel C. LaFollette & Jeffrey K. Stine, *Contemplating Choice: Historical Perspectives on Innovation and Application of Technology*, in TECHNOLOGY AND CHOICE. לגישה מנוגדת ראו Jacques Ellul, *The Technological Order*, in PHILOSOPHY AND TECHNOLOGY: READINGS IN THE PHILOSOPHICAL PROBLEMS OF TECHNOLOGY 86, 88 (Carl Mitchum & Robert Mackey eds., 1972) 90

91 יעל השילוני-דולב טוענת כי קיום של טכנולוגיות פריון מגביל את הלגיטימציה של נשים שלא יכולות להרות בלעדיהן לוותר על אמהות בכלל או על אמהות גנטית בפרט. לעיל ה"ש 5, בעמ' 37.

שכן בשניהם יוצרים ילד. אכן, דומה שהן המשפט הישראלי, באמצעות החקיקה והמדניניות שהיא מתווה, והן הציבור הישראלי מעדיפים שימוש בטכנולוגיות פרייון על פני אימוץ.<sup>92</sup> כיצד המשפט הישראלי מעדיף את ההורות הגנטית? החקיקה הישראלית אינה מגדירה את המונחים "משפחה", "הורות", "אב", "אם", "הורה" או "ילד",<sup>93</sup> אולם מכלול דברי החקיקה העוסקים בנושא מעלה כי הורות במשפט הישראלי היא בעיקר הורות גנטית, ורק במקרים יוצאי דופן תוכר, במגבלות מסוימות, הורות משפטית.<sup>94</sup> המשפט הישראלי אימץ את גישת ההורות הגנטית של המשפט העברי ("הורות טבעית"), והוא מעדיף אותה בכירור מההורות המשפטית שבאה לידי ביטוי, למשל, במשפט הרומי.<sup>95</sup> סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, למשל, קובע ש"האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם", וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים".<sup>96</sup> עליונות ההורות הגנטית על ההורות הפסיכולוגית באה לידי ביטוי גם בשורה של פסקי דין של בתי המשפט בכל הערכאות. כך, לדוגמה, נכתב בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין פלוני:

בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי.<sup>97</sup>

- Daphna Birenbaum-Carmeli and Yoram S. Carmeli, *Adoption and Assisted Reproduction Technologies: A Comparative Reading of Israeli Policies*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS 92
- ראו גם אלה שגיא "טובת הילד וזכויותיו" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 170-171. 93
- ראו, למשל, את הגדרת "בן משפחה" בס' 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, המכיר גם בילדים של בן או בת זוג כבני משפחה (לעניין החוק) של בן הזוג שהוא ההורה הלא גנטי. 94
- מיכאל קוריןאלדי "לשאלת ההורות החוקית בישראל (ילדים שנולדו בטכניקה של הולדה מלאכותית)" הריון מסוג אחר, לעיל ה"ש 51, 137, 138-139; טריגר, פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 14. 95
- יוצא-הדופן במשפט הישראלי הוא מוסד האימוץ, אולם הוא לעולם לא מבטל את ההורות הגנטית. בידי הילד המאומץ נותרות זכויות הירושה כלפי הוריו הגנטיים. נוסף על כך הוא רשאי, בהגיעו לגיל שמונה-עשרה, לפתוח את תיק האימוץ ולגלות את הזהות של הוריו הגנטיים. יתר על כן: בגלל העליונות של ההורות הגנטית על ההורות המשפטית, נישואי קרובים מאומצים מותרים במשפט הישראלי משום שסעיף 2(16) לחוק אימוץ ילדים קובע כי "האימוץ אינו פוגע בדיני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין". במילים אחרות, אשה יכולה לשאת את אחיה המאומץ או את אביה המאמץ כל עוד הם כשרים להינשא על פי המשפט העברי ואין בכך משום גילוי עריות, מכיוון שהכלל בדבר גילוי עריות עוסק בקשר הגנטי בין האנשים ולא בקשר הפסיכולוגי ביניהם. 96
- ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 441 (1978). אמירה זו צוטטה בהסכמה, בין היתר, בדיון הנוסף בעניין נחמני, לעיל ה"ש 57, בעמ' 696. 97

עם זאת, בפרשת "תינוק המריבה",<sup>98</sup> כמו גם בפרשות דומות מוקדמות לה,<sup>99</sup> העיקרון בדבר טובת הילד המאומץ גבר על זכות ההורים הגנטיים שמסרוהו לאימוץ והתחרטו. זאת, בשל משך הזמן הארוך שהילד המאומץ כבר חי עם הוריו המאמצים והחשש מהטראומה שתיגרם לו עקב ניתוקו מהם.<sup>100</sup>

העדפת ההורות הגנטית על פני צורות אחרות של הורות אינה תופעה ישראלית ייחודית. שיטות משפט שונות, דתיות וחילוניות כאחד, מקנות לה עדיפות.<sup>101</sup> בנובמבר 2006, למשל, דחה בית המשפט העליון האוסטרי בקשה לאישור של אימוץ צולב (הליך אימוץ בין בנות זוג לסביות, שבמסגרתו כל בת זוג מאמצת את הילדים הגנטיים של בת-זוגה) במקרה שעוברותיו דומות לעניין ירוס-חקק.<sup>102</sup> בית המשפט נימק את החלטתו בכך שרק ההורים הטבעיים (וההטרנסקסואלים) יכולים להיות אחראים דיים לשמש הורים. בית המשפט ציטט בהסכמה את הקביעה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Fretté v. France* משנת 2002, שלפיה רק זוג הורים טבעיים בני שני המינים מסוגלים להיות הורים, ובכל מקרה הטלת איסור על גבר הומוסקסואל לאמץ ילד כהורה יחיד אינה הפרה של סעיפים 8 ו-14 של האמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>103</sup>

98 מ"א 87/03 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 16.3.2004).

99 למשל, ע"א 546/89 פלונים נ' הי"מ, פ"ד מה(1) 185 (1990).

100 על המורכבות שבהכרעות מסוג זה לאור העיקרון בדבר טובת הילד, על המתח שבין הקשר הגנטי לקשר הפסיכולוגי בין ילד להוריו ולביקורת על הפעלתו בסכסוכים כאלה ראו, למשל, רונה שזו "זכות הילד לגדול אצל הוריו הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" **משפחה במשפט א** 163 (2007). כפי שהראתה רות זפרן, העיקרון בדבר עליונות הגנטיקה במשפט הישראלי אינו תקף במלואו גם כשילדים מאומצים מבקשים בהגיעם לבגרות לקבל מידע על הוריהם הגנטיים: רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" **משפחה במשפט א** 225 (2007).

101 לסקירה של המדינות בארצות-הברית המכירות בעליונות זכויותיו של ההורה הגנטי בסכסוכי משמורת עם ההורה הלא-גנטי ראו James G. O'keefe, *Note: The Need to Consider Children's Rights in Biological Parent v. Third Party Custody Disputes*, 67 CHI.-KENT. L. REV. 1077, 1081 (1991). ברבות מן המדינות נעשה איזון בין טובת הילד לבין זכות ההורים הגנטיים להיות ההורים המשמורנים; ראו שם. מקובל לראות בפסק הדין *Chapsky v. Wood*, 26 Kan. 650 (1881) את פסק הדין הראשון שעשה שימוש בשיקול של טובת הילד. לטענה שהחברה האמריקנית מקנה מעמד עדיף להורות הגנטית ראו Christina Dugger Sommer, *Empowering Children: Granting Foster Children the Right to Initiate Parental Rights Termination Proceedings*, 79 CORNELL L. REV. 1200, 1212 (1994).

102 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005) (להלן: עניין ירוס-חקק).

103 Austria – Supreme Court: No Second Parent Adoption, [http://www.rklambda.at/dokumente/news\\_2006/News-en-Stiefkind-Adoption-PA-061122.pdf](http://www.rklambda.at/dokumente/news_2006/News-en-Stiefkind-Adoption-PA-061122.pdf). על פסק הדין הוגש ערעור לבית הדין האירופי לזכויות אדם: *Fretté v. France*, 2002-I Eur. Ct. H.R. 313 (2002). כן ראו Robert Wintermute, *From "Sex Rights" to "Love Rights": Partnership Rights as Human Rights*, in *SEX RIGHTS: THE OXFORD AMNESTY LECTURES 2002* 186, 190 (Nicholas Bamforth ed., 2005).

למעשה, טכנולוגיות הפריון, על אף מהפכותן, רק ביצרו את המעמד של קשר הנישואים ההטרודסקואלי שבמסגרתו מובא לעולם ילד באמצעים "ביולוגיים" כקשר החברתי העדיף.<sup>104</sup>

העדפת הקשר הגנטי היא רק זרז אחד לקליטת טכנולוגיות של פריון; בצדה יש זרזים חשובים נוספים שנדונו לעיל: שיקולים דמוגרפיים, המסורת היהודית והפרו-נטליזם של החברה הישראלית. כפי שיודגם בהמשך, כל אלה מאפשרים חבירה יוצאת-דופן של הממסד החילוני-מדעי לממסד הדתי למשא ומתן מורכב ורגיש שמשמשים בו שיקולים ערכיים, מוסריים, דתיים, רפואיים, מסחריים ואידאולוגיים אחרים, המסוגלים להניב משטר רגולטורי המעודד באופן נלהב – וחסר תקדים בקנה-מידה עולמי – קליטה של טכנולוגיות פריון חדשניות והנגשתן לשימוש על ידי רבים ורבות בקרב הציבור הישראלי-יהודי, בעיקר.

לסיום פרק זה ברצוני להסב את תשומת הלב לנקודת מבט חוזרת הן בספרות האקדמית והן בהתייחסות התרבותית לטכנולוגיות הפריון: גזירת זכויות לשימוש בטכנולוגיות מעצם קיומן. כך, למשל, אורי לב וארנון קרן סבורים שחוק תרומת הביציות מגביל מדי ומאפשר התערבות רבה מדי באוטונומיה של הפרט ובזכות של אזרחים ואזרחיות להחליט אם להשתמש בטכנולוגיות פריון וכיצד.<sup>105</sup> ביטוי לתפיסה הגוזרת מהקיום של טכנולוגיות מסקנה בדבר זכות לשימוש בהן – וכתוצאה מכך רואה הגבלה על השימוש בזכויות כהפליה – אפשר לראות בעתירות לבג"ץ מצד נשים רווקות המבקשות להיות אמהות יחידניות באמצעות טיפולי פריון<sup>106</sup> או זוגות של הומואים המבקשים נגישות לשירותי פונדקאות בישראל.<sup>107</sup> בעתירות אלה העותרים, המשיבים ובית המשפט גם יחד מבטאים גישה לא ביקורתית לעצם קליטת הטכנולוגיות הללו והשימוש בהן, ומבססים את הדיון על שאלת ההצדקה להגבלת הזכות לשימוש בטכנולוגיות – תוך הזנחת השאלה המקדמית אם זכות כזו בכלל קיימת או אם ראוי שתוכר.

## ד. המדיקליזציה של זכויות יסוד: משפט, מדע וערכים

"מדיקליזציה" היא המרה של שיקולים מתחומים שונים (משפט, דת, פילוסופיה, מוסר וכדומה) לתחום הרפואה.<sup>108</sup> פרק זה דן במדיקליזציה של טכנולוגיות הפריון (ובהכפפתה לשיקולים דתיים) שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בהפקדת הכרעות של מדיניות בידי רופאים מתוך הנחה שמדובר בשאלה מקצועית-מדעית ותו לא – מלוא כל הארץ רפואה. אלא, שהמדיקליזציה היא גם תוצר של בחירות ערכיות, כפי שעולה מהדיון בפרק הקודם בדבר

104 ראו גם Turner, לעיל ה"ש 25, בעמ' 196-197.

105 לב וקרן, לעיל ה"ש 65, בעמ' 41.

106 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 66.

107 בג"ץ 1078/10 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פורסם בנבו, 28.6.2010); ראו גם: צבי טריגר "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו" תיאוריה וביקורת 44, 177, 185-186 (2015).

108 נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41; להגדרה מעט שונה של המונח ראו השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 35.

קליטת טכנולוגיות פריון כמשקפת את ערכי החברה, אף על פי שהיא מתכסה באצטלה של אובייקטיביות מדעית.

אולם, בהקשר הישראלי המדיקליזציה לא יכולה להיות מוחלטת: קליטה של טכנולוגיות פריון הקוראות תיגר על תפיסות מסורתיות של פריון בחברה מסורתית ופרו-נטליסטית כמו החברה הישראלית, שבה המעמד האישי של היילודים נקבע על ידי הדת, יוצרת "דרמה חברתית מורכבת"<sup>109</sup> שבה הממסד הרבני ממלא תפקיד ראשי בצד הממסד הרפואי. אקרא למצב זה "רבניזציה" של טכנולוגיות הפריון, כלומר: הכפפה של שיקולים משפטיים, רפואיים ואחרים המעורבים בקבלת ההחלטות ובהתוויית המדיניות בנוגע לשימוש בטכנולוגיות פריון לפסיקה רבנית.

שני הסעיפים האחרונים בפרק זה עוסקים בקצרה במשמעות הקליטה של טכנולוגיות הפריון באופן כה גורף בישראל, ובקשר בין קיומה של הטכנולוגיה לבין הזכות להשתמש בה. המדיקליזציה – כמו גם הרבניזציה – של סוגיית הפריון מתאפשרת בשל הסדרת הפריון בחקיקת-משנה ולא בחקיקה ראשית, אבל גם מנציחה את מעמד השאלות הכרוכות בנגישות לטכנולוגיות פריון כשאלות מקצועיות (בין רפואיות ובין הלכתיות) שיש להפקיד עליהן בעיקר בעלי מקצוע.

## 1. מדיקליזציה

המדיקליזציה של טיפולי הפריון מתקיימת בתוך ההקשר הרחב יותר של המדיקליזציה של ההיריון. זו החלה במחצית השנייה של המאה העשרים עם ההיריון ה"רגיל", כלומר: זה הנוצר באמצעות קיום יחסי מין בלא התערבות או עזרה רפואית כלשהי.<sup>110</sup> המדיקליזציה באה לידי ביטוי, בין היתר, בתפיסת ההיריון ה"רגיל" כמחלה ולכן כנתון לפיקוח ולהסדרה רפואיים.<sup>111</sup> הלידה הרצויה מתקיימת בבית חולים, בפיקוח רפואי. בישראל, חוק הביטוח הלאומי אף התנה את הזכויות לרמי לידה בכך שהאשה ילדה בבית חולים.<sup>112</sup> ההיריון והלידה נהפכו אם כן "מאירוע ביולוגי טבעי לאירוע רפואי וטכנולוגי".<sup>113</sup> כפועל יוצא של תפיסה זו, רופאים וגניקולוגים (בעיקר גברים) החלו מאיישים בהדרגה משרות בשירות

109 KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 84.

110 ראו, למשל, Maureen Porter, *The Midwife in Contemporary Industrialised Society*, in MIDWIFERY AND THE MEDICALIZATION OF CHILDBIRTH: COMPARATIVE PERSPECTIVES 145, (Edwin R. Van Teijlingen et al. eds., 2004) 147; נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41.

111 במובן זה, המדיקליזציה של ההיריון ה"רגיל" היא דווקא עתיקת יומין ויש לה תימוכין כבר ביוון העתיקה. בקובץ ההיפוקרטי הוגדר ההיריון על ידי היוונים כ"תרופה" ל"מחלת" הווסת. טריגר, פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 42; ציונה גרוסמרק "בדמות עכביש היא טווה את חוטיה"...דימוי האישה ביוון הקדומה 104-105 (2001). לאימוץ הגישה של היפוקרטס ולניתוח תהליכי המדיקליזציה של ההיריון ושל הלידה באירופה הקדם-מודרנית ראו יערה בר-און רואות את הנולד: לידה ויילוד לקראת העידן המודרני (2000).

112 Omi Morgenstern-Leissner, *Hospital Birth, Military Service, and the Ties that Bind Them: The Case of Israel*, 12 NASHIM 203 (2006).

113 נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41.

המדינה הכרוכות בסמכויות נרחבות לקבל החלטות ולקבוע מדיניות בנושאי פרייון והולדה.<sup>114</sup>

היבט נוסף של המדיקליזציה של ההיריון הוא המדיקליזציה של תכנון המשפחה, החל בהנהגת בדיקות רפואיות כתנאי לנישואין<sup>115</sup> וכלה בנטילת תפקיד פעיל בתכנון מוסד המשפחה גם בהיבטים של מניעת הריון,<sup>116</sup> ביצוע הפלה<sup>117</sup> ואף גידול ילדים וחינוכם.<sup>118</sup> כל אלה החלו נדונות כסוגיות רפואיות-מקצועיות במקום כשאלות פוליטיות, אידאולוגיות, ערכיות, מוסריות, רגשיות או משפטיות.

השיח הלא-ביקורתי על תפקיד הרפואה בכל הנוגע לפרייון בכלל ולפרייון בישראל בפרט רואה ברפואה ובהתפתחויות הטכנולוגיות בתחום זה ביטוי לקדמה ולשיפור במצב של נשים שבלעדי טכנולוגיות אלה לא יכולות להיחפך לאמהות.<sup>119</sup> אלא, שאחד מהמאפיינים המרכזיים של תהליך המדיקליזציה של הפרייון הוא שהרופאים – כפי שהראו נוי ומישורי – אינם "ספקי שירות" בלבד: הם משתתפים בהשפעה על התרבות, על סדרי עדיפויות ועל התוויית מדיניות.<sup>120</sup>

נשים וגברים רבים הנזקקים לטיפול פוריות נוטים לדבר על הצוות הרפואי שטיפל בהם במונחים של גבורה וכוחות על-טבעיים, בעיקר על הגברים שבין המטפלים (שהם בדרך כלל הרופאים).<sup>121</sup> הם מגשימים עבור נשים חלום שאחרת לא היו יכולות להיות לאמהות, והם עוסקים ב"משימה האצילית" של "המשכיות העם היהודי".<sup>122</sup> יש מטופלים ומטופלות המשתמשים במושגים דתיים ברברם על מומחי הפרייון שטיפלו בהם.<sup>123</sup> אחרים, בעיקר נשים, חווים את המעורבות הרפואית, בעיקר של גינקולוגים גברים, כאבדן שליטה על הגוף:

114 Hashash, לעיל ה"ש 24, בעמ' 273.

115 במדינות רבות ברחבי העולם נהוגות בדיקות רפואיות שונות כתנאי לקבלת רישיון לנישואים; בישראל הועלו במשך השנים הצעות רבות להנהגת בדיקות שכאלה, מאז תקופת המנדט ואל תוך שנות האלפיים. לסקירה ולניתוח של המדיקליזציה של הנישואים ראו אייל כתבן "רפואה מונעת (נישואין וגירושין): בדיקות טרום-נישואין והמדיקליזציה של אלימות במשפחה" עלי משפט י 73, 80-103 (תשע"ג). ראו גם Hashash, לעיל ה"ש 24, בעמ' 278.

116 ראו, למשל, את פרשת הזריקה למניעת הריון שניתנה לנשים עולות מאתיופיה במטרה לצמצם את הילודה בקהילה האתיופית: חרוה אייל דפו פרורה (Depo Provera): אמצעי למניעת הריון הניתן באמצעות זריקה – על מדיניות השימוש בקרב נשות הקהילה האתיופית בישראל 26 (2012) [www.isha.org.il/upload/File/%D7%A4%D7%95%20%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA.pdf](http://www.isha.org.il/upload/File/%D7%A4%D7%95%20%D7%A2%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%AA.pdf).

117 Hashash, לעיל ה"ש 24, בעמ' 278-281.

118 Sachlav Stoler-Liss, 'Mothers Birth the Nation': The Social Construction of Zionist Motherhood in Wartime in Israeli Parents' Manuals, 6 NASHIM 104 (2003).

119 כפי שהראתה, למשל, יאלי השש: Hashash, לעיל ה"ש 24, בעמ' 272.

120 נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 42.

121 Remennick, לעיל ה"ש 26, בעמ' 331.

122 שם.

123 שם.

רופאים רבים "מנהלים" את גופה [של האישה, צ"ט] וקובעים דרכי טיפול שונות, תוך שהם מלעיטים אותה בהורמונים, עד כדי חשש לפגיעה בכריאותה. אצל שרית מתואר האופן שבו שולט הרופא, ה"אליל", על גופה, על מוחה ועל הביציות שלה. היא מתארת מצב שבו נשאבו מגופה ביציות, וחלקן הועברו לנשים אחרות, בתהליך שהיה אגרסיבי ושהעמיד אותה בסיכון רב יותר מזה שחייב הטיפול בה.<sup>124</sup>

במובן זה של יחס רפואי שתלטני ולעתים אף לא מכבד אל החולים, טיפולי פריון אינם יוצאי־דופן. המקצוע הרפואי מתאפיין במסורת המתנגדת למסירת מידע מלא לחולים ולשיתופם בהחלטות המתקבלות בנוגע לטיפול בהם, וביחס לחולה כאל חסרי־ישע התלוי לגמרי ברופאיו.<sup>125</sup> לפיכך חולים (ככלל, לא רק בהקשר של פריון) נתפסים על ידי רופאים כמי שאינם מסוגלים להבין מידע רפואי והוא אף עלול להזיק להם; הם גם לא כשירים לקבל החלטות בנוגע לטיפול בהם ואף אינם מעוניינים בכך.<sup>126</sup> החינוך הרפואי, המתמקד בהיבטים הביולוגיים והמדעיים ומזניח את ההיבטים האנושיים של הטיפול הרפואי, מקדם ומשריש תפיסות אלה של חולים.<sup>127</sup>

למסד הרפואי אינטרסים משלו בתהליך המדיקליזציה של שאלת הזכות לפריון, חלקם אישיים. אלה ניתנים לקידום בקלות תחת אצטלה של נימוקים לאומיים ולאומניים שממילא מעורדים פריון וילודה.<sup>128</sup> אינטרסים אלה עשויים לכלול, למשל, השגת מימון למחקרים ולטיפולים;<sup>129</sup> השגת תאי רבייה לצורכי מחקר ולניסויים;<sup>130</sup> אוטונומיה בנוגע להחלטות

124 נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38. למחקר שבחן את החוויות של נשים נשואות הטרוסקסואליות במשך טיפולי פוריות לקראת היריון ראשון ראו Hilla Haelyon, "Longing for a Child": Perceptions of Motherhood among Israeli-Jewish Women Undergoing In Vitro Fertilization Treatments, 12 NASHIM 177 (2006).

125 נילי קרקוריאלי דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה 41 (2008).

126 שם.

127 שם. בבתי ספר לרפואה בארצות־הברית יש בשנים האחרונות מגמה של הכשרת סטודנטים לרפואה גם בהיבטים הבין־אישיים של הטיפול הרפואי, מתוך תפיסה המשלבת בין כבוד לחולה ולאוטונומיה שלו לבין ההבנה שכישורים אלה עשויים לשפר ישירות את הטיפול הרפואי (למשל, על ידי פיתוח ושכלול של כישורי שיחה, כדי לרכוש את אמון החולה ולהשיג ממנו יותר מידע – ומדויק יותר – על הבעיות שבשלן פנה לטיפול). הרפואה הנרטיבית עוסקת, בין היתר, בפיתוח מיומנויות אלה. ראו, למשל, RITA CHARON, NARRATIVE MEDICINE: HONORING THE STORIES OF ILLNESS (2006).

128 Hashash, לעיל ה"ש 24, בעמ' 272; נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 44.

129 על המעמד המוביל של רופאים ישראלים בפיתוח טכנולוגיות פריון ראו Shlomo Mashiach et al., *The Contribution of Israeli Researchers to Reproductive Medicine: Fertility Experts' Perspectives*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51.

130 סמדר נוי (קניון), דניאל מישורי ויאלי השש "אווזות המטילות ביציות זהב – הצעת חוק תרומת ביציות התשס"ז" רפואה ומשפט 36, 161, 172–174 (2007). המאמר דן, בין היתר, בניגוד העניינים המובנה שרופאי פריון עשויים להימצא בו אל מול תורמות ביציות מכוח הצעת חוק "תרומת ביציות, התשס"ז–2007", בנוגע לשימוש בעודפי ביציות לצורכי מחקר.



המוגדרות כ"רפואיות" (שלא הייתה מושגת אילו היו אלה החלטות של מדיניות), קידום פרקטיקה פרטית רווחית ועוד. השיקולים הזרים המעורבים לכאורה בתהליך הרפואי באים לידי ביטוי, בין היתר, בהצנעת הסיכונים לאשה כתוצאה מטיפולי הפוריות, כמו גם הצנעת הסיכויים המוגברים למומים בתינוקות שייוולדו כתוצאה מההליך.<sup>131</sup> האם השימוש בטכנולוגיות פריון וההכרעה באשר למימונו ולנגישותו הם שאלה רפואית-מקצועית? מדיניות הפריון הישראלית, המסתמכת על תקנות ועל נהלים פנימיים שרבים מהם נקבעים על ידי רופאים, מעידה כי לדעת קובעי המדיניות בישראל התשובה לשאלה זו חיובית. אפילו הוועדה הציבורית לבחינת ההסדרה החקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל, ועדת מור יוסף, מונתה על ידי משרד הבריאות ולא על ידי משרד המשפטים.<sup>132</sup> חצי מארבעה-עשר חבריה (לרבות היושבי-ראש) היו רופאים ורופאות. השאר כללו ארבעה משפטנים ומשפטניות, עובדת סוציאלית אחת, פסיכולוגית קלינית ומומחה לאתיקה מקצועית.<sup>133</sup> על אף בין-תחומיותה של הוועדה – לפחות מבחינת הרכבה – מיקומה במשרד הבריאות כמו גם הדומיננטיות של הרופאים מצביעים על כך שהשאלות שהיא התבקשה לבחון נתפסו כרפואיות בעיקרן.<sup>134</sup> בסוף פרק א' לדוח הדגישה הוועדה, מצד אחד, שהיא "לא שמה עצמה כקובעת אמות מידה מוסריות או כאחראית על שמירתן לפי השקפת עולם כזו או אחרת";<sup>135</sup> מהצד האחר היא אפיינה את המלצותיה כ"רפואיות, משפטיות, אתיות וחברתיות, ואין לראות בהן כמהוות היתר או בסיס לפגיעה או לשינוי בדיני הנישואין והגירושין".<sup>136</sup>

כמה מהגורמים הרפואיים העוסקים בתחום רפואת הפריון הם בעלי אינטרסים מסחריים מובהקים, עובדה שאינה מונעת מהגורמים המקצועיים במשרד הבריאות להיוועץ בהם כמומחים למרות זאת, ואף על פי שהדבר נגוע לכאורה בניגוד עניינים. הגדרת הנגישות לפריון כשאלה רפואית-מקצועית ולא כשאלה משפטית, פילוסופית או שאלה של מדיניות היא הסיבה לכך שמשרד הבריאות מאמץ את שיקולי הגורמים הרפואיים המייעצים: הם מצטיירים כעמדה מקצועית. עמדה זו מצניעה את הממד הערכי של פעולת הרופאים אף שממד זה קיים הן בעצם המדיקליזציה של הנושא והן בכל החלטה שמתקבלת על בסיס רפואי (ולכן לכאורה "אובייקטיבי"). דוגמה אחת מני כמה בדוח מור יוסף להמרה של

131 סיגלית שיחור "הימור מהבטן" ידיעות אחרונות – 7 ימים 14.2.2003. 22. אחת הסיבות לסיכון מוגבר למומים היא השכיחות הגבוהה של תאומים בהריונות המושגים עקב הפריה חוץ-גופית.

132 הוועדה מונתה בעקבות פרשת ארד-פנקס, לעיל ה"ש 107. להרחבה על הרקע להקמתה ולסקירה ביקורתית של הנחות המוצא שלה ושל מטרותיה ראו להלן, פרק ה(2).

133 דוח מור יוסף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2.

134 לשם השוואה, גם הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של תרומת ביציות, שהוקמה בשנת 2000, הוקמה במשרד הבריאות (על ידי שר הבריאות דאז שלמה בניזרי). כתב המינוי של הוועדה הסמיך אותה לבחון את "ההיבטים החברתיים, האתיים, ההלכתיים והמשפטיים של השיטות הטיפוליות הקשורות לתרומת ביציות. מצוטט אצל נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 39.

135 דוח מור יוסף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 6. ההדגשה במקור.

136 שם, בעמ' 7. ההדגשה במקור.

החלטה אידאולוגית מובהקת בהחלטה רפואית היא המסקנה שצריך להקנות לרופאים זכות "לסרב להעניק טיפול בשל חשש גבוה לפגיעה משמעותית בטובת הילד", ושסירוב שכזה לא יהווה אפליה משום שאפשר לפנות לרופא אחר בהתחשב בריבוי של רופאי הפריזון בארץ.<sup>137</sup> אם כן, בהמלצות הוועדה נהפכה "טובת הילד" (שטרם נולד ואינו קיים אף כעובר) לשיקול רפואי. "טובת הילד" היא מושג טעון ותוכנו שנוי במחלוקת קשה בכמה קהילות מקצועיות (פסיכולוגים, משפטנים, עובדים סוציאליים ועוד).<sup>138</sup> הפיכתו לשיקול רפואי והלבשתו באצטלה מדעית-אובייקטיבית לא מוחקת את הממד האידאולוגי אלא רק ממירה אותו באידאולוגיה מסוג שונה.

יש כמה דוגמאות לניגוד העניינים שנוצר עקב המדיקליזציה של שאלת הנגישות לטיפולי פריזון. כך, למשל, גינקולוגים – שלפי תמרה טראובמן "דחפו לשינוי התקנות שאסרו על הקפאת ביציות מסיבות שאינן רפואיות" – הם בעלי קליניקות פרטיות לשאיבת ביציות והקפאתן, ולכן בעלי עניין מובהק בהתרה של שאיבת ביציות שלא מסיבות רפואיות;<sup>139</sup> הם גם משתמשים בשמם ובמוניטין שלהם כגינקולוגים מובילים כדי להצניע את העובדה שסוגים מסוימים של טיפולי פריזון (כמו הקפאת ביציות שלא מטעמים רפואיים, לצורך דחיית גיל ההולדה) הם ניסיוניים ויעילותם לא הוכחה במחקרים מדעיים.<sup>140</sup> מדובר בהליך רווחי במיוחד, שכן הקפאת ביציות שלא מסיבות רפואיות אינה כלולה בסל הבריאות; מחירה אינה מפוקח ועומד על כ-15,000 ש"ח ויותר.<sup>141</sup> היבט קשור ומעניין של הכפפת סוגיות הקשורות לפריזון לשיקולים רפואיים הוא הכניעה של השיקולים הרפואיים ונסיגתם מפני שיקולים דתיים (למשל, חשש ממזרות

137 דוח מור יוסף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 21. המלצה זו סותרת לכאורה את התעלמות הוועדה משיקולי המעמד האישי של המטופלים, שכן היא ממליצה להתיר תרומת זרע מגבר נשוי לאשה אחרת ואף תרומת זרע לאשה נשואה מגבר שאינו בעלה. האפשרות האחרונה כרוכה בהכרות התינוק שייוולד כממזר, ויש לכך השלכה על טובת הילד כל עוד מתקיים במדינה מונופול דתי על דיני הנישואים והגירושים. אם כן, מדוח הוועדה עולה ששיקולי טובת הילד שישקול הרופא קשורים לגיל המטופלים ולהתרשמות הרופא המטפל ממצבם הפיזי והנפשי ומעברם הפלילי. שם, בעמ' 22, 24-25. מכיוון שהוועדה קובעת ש"אין זה מאחריותו של הצוות הרפואי לעסור בשאלות שאינן רפואיות ואין להטיל עליו להחליט מה מוסרי ומה אינו מוסרי" (עמ' 24), עולה שהתרשמות הרופא מאמות-המידה הנ"ל היא שיקול רפואי. עוד המליצה הוועדה להקים בכל בית חולים שבו מתבצעים טיפולי פוריות ועדה שתבחן כל מקרה לגופו. בוועדה יהיו חברים שני רופאים, עובד סוציאלי, פסיכולוג קליני ואיש דת ("במידת הצורך"); שם.

138 לדיון במורכבות של המושג ובבעייתיות של יישומו ראו, למשל, מילי מאסס בשם טובת הילד: אובדן וסבל בהליכי האימוץ (2010); צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).

139 טראובמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 8.

140 שם, בעמ' 9.

141 שם, בעמ' 10.

או פסליות חיתון אחרות עקב שימוש בטכנולוגיות פרייון).<sup>142</sup> היבט זה מדגים היטב את הבעייתיות הכרוכה במדיקליזציה של הפרייון, שכן הוא חושף את הרלוונטיות של שיקולים נוספים שאינם מדעיים (ולכן "אובייקטיביים" ו"מקצועיים"), במקרה זה – שיקולים דתיים. בין שמסכימים עם כניסת הדת לתמונה ובין שלא, עצם ההתחשבות בשיקולים דתיים חותרת תחת הנחת היסוד שהפרייון הוא סוגיה רפואית-מקצועית ותו לא. התקינה וההנחיות של משרד הבריאות בנוגע לשימוש בטכנולוגיות פרייון ולנגישות אליהן קשורה באופן הדוק לדיני הנישואים והגירושים הישראליים, שבמסגרתם מוענקת חשיבות עליונה לכשרות היוחסין של האזרחים היהודים, שלפיה נקבעת כשירותם להינשא (או היעדרה).<sup>143</sup>

משום כך, בשל הקשר ההדוק בין דת למדינה בישראל, ובשל המונופול של הדין הדתי בתחום הנישואים והגירושים, במסגרת אימוץ של טכנולוגיות פרייון מובאת בחשבון עמדתם של רבנים מובילים, בין בהליכי חקיקה ובין ברגולציה באמצעות חקיקת-משנה או הנחיות פנימיות. כך, למשל, החשש מממזרות השפיע מהותית על נוסח חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, ואסר עקרונית על נשים נשואות לשמש פונדקאיות.<sup>144</sup> על אף שאין חשש ממזרות אצל אשה המבקשת להיעזר בשירותי פונדקאית כדי להיפך לאם יחידנית, החוק חוסם אפשרות זו בפני נשים יחידות בהשפעת הממסד הרבני.<sup>145</sup> גם חוק תרומת ביציות מ-2010 אוסר על נשים נשואות לתרום ביציות<sup>146</sup> ומחייב התאמה בין דת התורמת לדת

142 שיקולים דתיים אלה, לדעת המחזיקים בהם, נגזרים מטובת הילד (אני מודה לרונה שזו על הבהרה זו).

143 ראו, למשל, KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 76. הרבנות מקיימת מרשם של פסולי חיתון (שהיה ידוע בשמו "הרשימות השחורות") שבו רשומים, בין היתר, כל מי שמוגדרים "ממזרים" ו"ספק ממזרים" לפי הרבנות הראשית לישראל. על ההיסטוריה של המרשם וכן על ההסמכה החוקית לניהולו ראו צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואים וגירושים בין יהודים במדינת ישראל" משפטים על אהבה 173, 203 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

144 סעיף 2(3)(א); אפשר לקבל אישור חריג להתקשרות עם אשה נשואה אם "לא עלה בידי ההורים המיועדים, במאמץ סביר, להתקשר בהסכם לנשיאת עוברים עם אם נושאת שאינה נשואה". ראו גם Elly Teman, *The Last Outpost of the Nuclear Family: A Cultural Critique of Israeli Surrogacy Policy*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES AMONG JEWISH ISRAELIS, לעיל ה"ש 1, 107, בעמ' 111. לניתוח הלכתי של החוק ראו, למשל, יובל שרלו "ההגנה האתית על הפונדקאית – אתיקה, חוק והלכה" משפט רפואי וביו-אתיקה 4, 80 (2011).

145 Teman, שם, בעמ' 115. בהקשר זה מעניין לציין שהממסד הרבני בארץ הולך ומקצין בהתייחסותו לאמהות יחידניות, על אף שמדובר בסטטוס "כשר" מבחינה הלכתית. כך, למשל, לאחרונה פוטר מורה מבית ספר ממלכתי דתי בשל החלטתה להרות בלא בן-זוג ולהיפך לאם יחידנית. תביעתה מתבררת בבית הדין לעבודה. התגובה של נציבות שירות המדינה לתביעה זו לא שללה פיתורים אלה על הסף. ראו www.moital.gov.il/NR/exeres/4D7A2B8E-993D-4E38-85C6-AA6FAB5DCA9D.htm.

146 סעיף 13(ה)(ג) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010.

הנתרמת.<sup>147</sup> עם זאת, הלגיטימיות של תינוק שנולד לאם יחידנית במשפט העברי שימשה דרוז בלגיטימציה של אמהות יחידנית בחברה הישראלית.<sup>148</sup> ל"רבניזציה" של סוגיית הפרייון בישראל יש ביטויים רבים כגון נוכחות של איש דת בהרכבי ועדות המוקמות מכוח חוקים שונים כמו חוק הסכמים לנשיאת עוברים. כך, למשל, נקבע בסעיף 20 לחוק תרומת ביציות, שכותרתו "ועדת החריגים":  
איש הדת חבר הוועדה יהיה -

(1) לגבי יהודים – נציג של הרב הראשי לישראל;

(2) לגבי בני עדה דתית אחרת – נציג של ראש אותה עדה דתית בישראל.

סעיף 42 לאותו חוק, שכותרתו "מעמד היילוד ואי פגיעה בסמכות בית דין דתי", קובע:

42. (א) יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), אין בחוק זה כדי לפגוע בדני איסור והיתר לענייני נישואין וגירושין, ומסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים.

(ג) הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם ובין ילדי ההורים לא יהיו קיימות בין התורמת ושאר קרובה ובין היילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביציות, ולא יהיו נתונות לתורמת, ביחס ליילוד, הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם.

נוכחות של אנשי דת בטיפולי פוריות מתקיימת גם בלא תכתיבים חוקיים, ממניעים וולונטריים או וולונטריים-למחצה. כך, למשל, המדינה מימנה בעקיפין, באמצעות עמותות חרדיות, עבודה של "משגיחות כשרות" במרכזי ההפריה החוץ-גופית ברחבי הארץ; אפשר אף לקבל החזר כספי מהביטוח הרפואי המשלים בגין השימוש בשירות זה.<sup>149</sup> תפקיד המשגיחות הוא לפקח על הליכי ההפריה שמתנהלים במעבדות הפרייון כדי לוודא שאין בעיות הלכתיות. חלק מרופאי הפרייון רואים בכך ביטוי ל"כבוד הדדי בחברה פלורליסטית"; אחרים רואים בכך הבעת חוסר אמון בהם ובמקצועיותם (למשל משום

147 סעיף 13(ה)(3)(א) לחוק תרומת ביציות.

148 KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 81-84. עם זאת, ראו לעיל ה"ש 145 ואת פרשת פיטורי המורה הדתית בשל אמהות יחידנית המוזכרת שם.

149 באתר של קופת חולים כללית מוצג "שירות מיועד לבני זוג הנמצאים בתהליך של הפריה חוץ גופית (I.V.F) ומאפשר פיקוח הלכתי צמוד בבתי החולים ובמעבדות פוריות על תהליך ההפריה ולמניעת טעות אנוש אפשרית". עוד מצוין שם כי "עמיתי כללית מושלם זכאים להחזר כספי בגין מימוש שירות השגחה על טיפולי פוריות בתהליך הפריה חוץ גופית (I.V.F). השירות ניתן למימוש במסגרת מכוני הסדר בלבד" [https://mushlam.clalit.co.il/woman/pregnancy\\_preparation/pages/fertility\\_treatments.aspx](https://mushlam.clalit.co.il/woman/pregnancy_preparation/pages/fertility_treatments.aspx). העמותה הגדולה ביותר הפעילה בתחום היא מכון פוע"ה, הכולל "מחלקה לפיקוח הלכתי למניעת טעויות אנוש". ברף המחלקה שבאתר האינטרנט של המכון אפשר למצוא מחירון של שירותי פיקוח וכן רשימת מעבדות פרייון מפוקחות (יש שתי רמות של פיקוח – "פיקוח הלכתי מלא" ו"פיקוח הלכתי") [www.puah.org.il/page.aspx?id=62](http://www.puah.org.il/page.aspx?id=62). הניסוח של מטרות הפיקוח בעמוד העמותה דומה לניסוח באתר של קופת חולים כללית ומצביע, כנראה, על תיאום בין הגורמים.

שהפיקוח נועד לוודא בין היתר שאין בלכול בזרע ובכיצית המופרים) ומסכימים למעורבות ה"משגיחות" בלית ברירה, מחשש לאבד את הלקוחות החרדיים.<sup>150</sup> כאמור, פעילות זו של משגיחות הפרייון, למרות מימונה על ידי המדינה, אינה מוסדרת כלל – לא בחקיקה ראשית ולא בחקיקת-משנה – והיא מושתתת על רצון המטופלים המעוניינים בכך (רבים מהם מהציבור החרדי) ועל החשש של חלק מהרופאים מאבדן הכנסות אם לא ייעתרו לדרישה להיות מפוקחים על ידי "משגיחות הפרייון" הללו.<sup>151</sup>

התוצאה היא שבצד המדיקליזציה של טיפולי הפרייון היא נסוגה גם מפני שיקולים דתיים, המנצחים בתורם כל שיקול – רפואי או אחר – שכן המטרה העליונה היא "לייצר יהודים עבור המדינה היהודית", כלשונה של קאהן.<sup>152</sup> כך, לפי ציפי עברי, יחסי "רופא-מטופל" מומרים ביחסי "רב-רופא-מטופל".<sup>153</sup> לעתים, כפי שעולה מהמחקר של עברי, השיקולים ההלכתיים גוברים ורבנים המלווים תהליכי פרייון ממליצים על פרוצדורות רפואיות שלא עולות בקנה אחד עם בריאות האשה רק משום שהשימוש בהן יוביל לתוצאה הלכתית רצויה.<sup>154</sup>

לסיכום: התפיסה של שאלת הנגישות לטיפולי פרייון כשאלה מקצועית בעיקרה מצניעה את הממד האידאולוגי והערכי שלה בשתי דרכים. ראשית, היא מתעלת את ההסדרה לחקיקת-משנה, הנחשבת מתאימה יותר לסוגיות קונקרטיות ומקצועיות מאשר לסוגיות כלליות ועקרוניות; שנית, באמצעות תיעול זה היא מנציחה ומקבעת את התפיסה ה"מקצועית" של הנגישות לטיפולי פרייון, שכן עדכון הרגולציה נוכח התפתחויות טכנולוגיות מופקד בידי אנשי המקצוע ומורחק מעין הציבור. בפרק זה כרכתי את הרבנים ואת הרופאים כפרופסיות משום שהליווי הדתי בסוגיית הפרייון מוצג כליווי של מומחים – מומחי הלכה – שכל מטרתם למנוע שגגות שהתינוק התמים ישלם עליהן (למשל, בשל תיוגו כמזמר ולכן כפסול חיתון עם יהודים שאינם ממזרים), תוך הצנעת הממד האידאולוגי הגלום בעצם ההחלטה לשקול שיקולי דת.

התוצאה היא שהמשא ומתן סביב הנגישות לטכנולוגיות פרייון – המשליכה על האפשרות לממש את הזכויות להורות ולחיי משפחה – נותר סמוי מן העין, ובהרבה מקרים הוא מוכרע בלי שמשותפים בו גורמים רלוונטיים כמו משפטנים ואנשים מהציבור, שאינם נחשבים "מומחים" כמו רופאים ורבנים. אין ספק שגם בהליכי חקיקה ראשית

150 ראו דן אבן "המדינה תומכת ב'משגיחות פרייון'" הארץ 20.1.2012. להסכמת רופאים לפיקוח הלכתי ולהכנסת שיקולים הלכתיים להחלטותיהם הרפואיות מחשש לאבדן מטופלים (ולכן אבדן הכנסות) ראו גם Tsipi Ivry, *Kosher medicine and medicalized Halacha: An exploration of triadic relations among Israeli rabbis, doctors, and infertility patients*, 37 AM. ETHNOLOGIST 662, 674 (2010).

151 כפי שציין אחד הרופאים המרואיינים בכתבה, האינטרס להימנע מטעויות אנוש הוא בראש ובראשונה אינטרס רפואי ומשפטי של המרפאות. הפיכת הסוגיה לסוגיה הלכתית והכנסת משגיחות הפרייון למרפאות כמפקחות מטעם רבנים על הרופאים ועל הצוות היא בעייתית מבחינות רבות, לרבות מבחינת אתיקה רפואית ופרטיות המטופלים. שם.

152 KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 76.

153 Ivry, לעיל ה"ש 150, בעמ' 663.

154 שם, בעמ' 673.

ניתן מקום למומחים ולשיקולים מקצועיים וטוב שכך; אלא שהחקיקה הראשית (במיטבה) אמורה לקיים בירור מעמיק, מאוזן, שקוף וגלוי ולערב גם שיקולים נוספים על השיקולים המקצועיים (שבמקרים רבים, כאמור, הם מסווה להערפות אידאולוגיות ולא־נטרסטים). החקיקה הראשית אמורה לאפשר בירור גלוי הכולל, לעתים, את קולם של חברים וקבוצות בציבור.

## ה. זכויות יסוד בחקיקת־משנה: הרגולציה של השימוש בטכנולוגיות פריון בישראל

השימוש בטכנולוגיות של פריון כרוך מניה וביה בעיסוק בשאלות של זכויות יסוד כגון האוטונומיה של הפרט, זכות האדם על גופו, הזכות להקמת משפחה, הזכות להורות ועוד כיוצא באלה זכויות שהוכרו כזכויות יסוד. הדיון בהסדרת השימוש בטכנולוגיות פריון בחקיקה ראשית או בחקיקת־משנה החל כבר בסוף שנות השמונים של המאה שעברה.<sup>155</sup> פרק זה מציג באופן כללי את הגישות לרגולציה של פריון ואת המשטר הקיים בהסדרת השימוש בטכנולוגיות פריון בישראל – הן מבחינת הזכאות לעצם השימוש בהן והן מבחינת המימון. לבסוף מועלות שאלות בנוגע לדומיננטיות של חקיקת־המשנה ושל הנהלים הפנימיים בהסדרת התחום.

### 1. גישות לרגולציה של שימוש בטכנולוגיות פריון<sup>156</sup>

ברנרד דיקנס זיהה ברחבי העולם ארבע גישות עיקריות להסדרת השימוש בטכנולוגיות פריון: גישת המשפט המקובל, גישת המשפט הקונטיננטלי, גישה דתית והגישה המעורבת. ככלל, הגישה להסדרה של טכנולוגיות פריון במדינות המשפט המקובל נובעת מהאוטונומיה של הפרט: כל בחירה של גבר או אשה בנוגע לשימוש בטכנולוגיות פריון היא לגיטימית כל עוד התקבלה מרצון חופשי וכל עוד אין חוק האוסר עליה; מי שמעוניין להגביל את חירותו של אדם להיעזר בטכנולוגיות פריון – עליו הראיה. במסגרת זו ניתן לרופאים שיקול דעת רחב להחליט במקרים ספציפיים במי לטפל ובמי לא, בהתאם לשיקוליהם הרפואיים.<sup>157</sup> גישה זו מתבססת על התפיסה שכל מה שלא נאסר בחוק – מותר, כלומר: התערבות של המדינה בהסדרת הגישה לטיפולי פוריות צריכה להיעשות בחקיקה ראשית.

לעומת זאת, גישת המשפט הקונטיננטלי, שדיקנס כינה "הגישה הרגולטיבית", מתאפיינת בהאצלת סמכויות לרשויות לחוקק חקיקת־משנה והנחיות פנימיות מפורטות בכל הנוגע להיקף הנגישות לטכנולוגיות פריון. הנחת המוצא הפוכה לזו של גישות המשפט המקובל: מה שלא הותר במפורש בחוק או בתקנות מכוחו – אסור. השאיפה היא

155 ראו, למשל, J. G. Schenker, *In-vitro fertilization (IVF), embryo transfer (ET) and assisted reproduction in the State of Israel*, 2 Hum. REPRODUCTION 755 (1987) Bernard

M. Dickens, *Reproductive Legislative Approaches to Assisted Reproduction*, 11 J. ASSISTED REPRODUCTION AND GENETICS 327 (1994)

156 סעיף זה מבוסס על Dickens, שם.

157 שם, בעמ' 327-328.

שהחוק והתקנות ימצו את כל האפשרויות לשימוש בטכנולוגיות פריון. השיקולים עשויים להיות מגוונים: הבטיחות והבריאות של המשתמשים והמשתמשות או התינוקות שייוולדו כתוצאה מהליכים אלה; הגבלות על בסיס גיל (למשל איסור על קטינים לתרום תאי רבייה או להשתמש בטכנולוגיות פריון) וכדומה.<sup>158</sup>

גישות דתיות מפקידות את ההכרעה בנוגע לנגישות לטיפולי פריון בידי כוהני דת. באופן טיפוסי, גישות אלה מאפשרות שימוש מצומצם (אם בכלל) בטכנולוגיות של פריון, שכן במקרים רבים הן נתפסות כסותרות את הפרשנויות המקובלות לכתבי הקודש.<sup>159</sup> הגישות המעורבות, שאפשר לזהותן במרבית המדינות שבהן נעשה שימוש בטכנולוגיות פריון, משלבות בין רגולציה ענפה להנחת אוטונומיה של הפרט ולעתים גם לשיקולים דתיים. בישראל אפשר לזהות גישה מעורבת כזו, המאפשרת מימון נרחב והתרת שימוש בטכנולוגיות פריון לאוכלוסיות מסוימות (זוגות הטרוסקסואליים, ובחלק מהמקרים – כאלה שנושאים בלבד) בישראל כמעט בלא הגבלה, משיקולים פוליטיים ולאומיים, תוך הבאה בחשבון של שיקולים דתיים. בכל מדינה ניתן לשיקולים השונים המשקל שונה; כך, למשל, מדינות שמאפשרות שימוש נרחב יחסי בטכנולוגיות פריון מתוך תפיסה של אוטונומיה של הפרט לא בהכרח משתתפות במימון השימוש עבור האזרחים או לא בהכרח מאשרות לכל אחד השתתפות כזו.<sup>160</sup> במדינות אלה, כגון קנדה ואנגליה, מדיניות התקצוב של טיפולי ההפריה נקבעת לא בחקיקה ראשית אלא בהחלטות מחוזיות של הרשויות המנהליות שהוקמו מכוח חקיקה ראשית.<sup>161</sup>

בסעיף הבא אסקור כמה דוגמות להסדרת השימוש בטכנולוגיות פריון בישראל ולנגישותן. מהסקירה עולה שבישראל נוהגת שיטה מעורבת כפי שהגדיר אותה דיקנס, שכן בצד התפיסה שיש זכות לפריון ולהורות כזכות יסוד, יש רגולציה ענפה המוגבלת באופן מובהק בשל שיקולים דתיים, כפי שתואר בפרקים הקודמים.

## 2. דוגמות להסדרת הנגישות לטכנולוגיות פריון בחקיקת־משנה ובנהלים פנימיים

בישראל, בצד חקיקה ראשית מעטה בנושא הפריון והנגישות לטכנולוגיות פריון,<sup>162</sup>

158 שם, בעמ' 328.

159 שם, בעמ' 329.

160 שם, בעמ' 329-330.

161 Birenbaum-Carmeli, לעיל ה"ש 34, בעמ' 899-900.

162 דברי החקיקה הראשית העוסקים בשימוש בטכנולוגיות פריון הם חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, תשנ"ו-1996; חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 וסעיפים אחדים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. חקיקה ראשית נוספת עוסקת בהיבטים אחרים של פריון – לאו דווקא בהקשר הטכנולוגי אלא יותר בהבטחת הזכויות של נשים הרות או של הורים. ראו, למשל, חוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963; חוק להגברת האכיפה של דיני העבודה, התשע"ב-2011; ס' 13(ג)(2) לחוק ברית הזוגיות לחסרי דת, התש"ע-2010; חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 – למשל בסעיף 57א, העוסק בגמלאות להורה מיועד לפי חוק הסכם נשיאת עוברים; חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; חוק זכויות הסטודנט,

הסדרים רבים מעוגנים בתקנות ובהנחיות פנימיות בלבד.<sup>163</sup> כמו כן, חלק מהחקיקה הראשית ותיק מאוד ולא עדכני. כך, למשל, חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, המסדיר את הליך הפונדקאות בישראל, מתקרב לשנתו העשרים (תוקן פעם אחת, בשנת 2010).<sup>164</sup> כך גם חקיקת-המשנה: תקנות בריאות העם (בנק זרע) הותקנו בשנת 1979, תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) הותקנו בשנת 1987 ותקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופיריון) – בשנת 1991.

מימוש הזכות להורות באמצעות הסדרה בחקיקה ראשית של השימוש בטכנולוגיות פיריון נרון בדוח של ועדת מור יוסף שהתפרסם במאי 2012.<sup>165</sup> הוועדה הוקמה במטרה לבחון "באופן מקיף את ההסדרים הקיימים בתחום הפיריון וההולדה בישראל",<sup>166</sup> לנוכח הבעייתיות (שהוועדה עצמה זיהתה) בהסדרת מרבית הסוגיות הללו בחקיקת-משנה ולא בחקיקה ראשית וכן לנוכח חוסר העדכניות של חלק מהתקנות.<sup>167</sup> הוועדה מונתה בעקבות עתירה לבג"ץ נגד תחולתו של חוק ההסכמים לנשיאת עוברים על זוגות הטרוסקסואלים בלבד.<sup>168</sup> הוועדה הציבה לעצמה ערכים מנחים – הזכות להורות, כפי שהוכרה על ידי בית המשפט העליון, והזכות ל"הבטחת קיומו של קשר גנטי לפחות עם אחד מההורים שיגדלו את הילד".<sup>169</sup> גם האוטונומיה של הפרט עמדה לנגד עיני הוועדה כעיקרון מנחה.<sup>170</sup> אף כי השם הרשמי של הוועדה – "הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה

- התשס"ז-2007; חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 – בסעיף 20א, העוסק ברישום ילד על פי הסכם לנשיאת עוברים.
- 163 ראו, למשל, את תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987; תקנות עבודת נשים (היעדרות בשל טיפולי הפריה ופיריון), התשנ"א-1990; צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001; כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, התשס"ח-2007; תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979; כללי זכויות הסטודנט (התאמות עקב טיפולי פוריות, היריון, לידה, אימוץ או קבלת ילד למשמורת או אומנה), התשע"ב-2012; תקנות תרומת ביציות (תשלום פיזי בשל פעולת שאיבת ביציות ותשלום אגרה בעד אישור רופא אחראי) (הוראת שעה), התשע"ב-2012; תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (רישום בפנקס), התשנ"ח-1998; תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (הודעות, בקשות וצווים), התשנ"ח-1998; תקנות דם טבורי (בנק דם טבורי פרטי), התשע"ב-2012; תקנות דם טבורי (בנק דם טבורי ציבורי), התשע"ב-2012; תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. לדיון ראו גם KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 75.
- 164 היה זה תיקון מושגי ולא מהותי – החלפת המונח "פקיד סעד" בסעיף 22.
- 165 דוח מור יוסף, לעיל ה"ש 7.
- 166 שם, בעמ' 5.
- 167 שם, בעמ' 4-5.
- 168 פרשת ארד-פנקס, לעיל ה"ש 107. העותרים משכו את עתירתם בעקבות הודעת המדינה על הקמת הוועדה, והעתירה נמחקה.
- 169 דוח מור יוסף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5-6.
- 170 שם, בעמ' 9. בעקבות דוח הוועדה גיבש משרד הבריאות הצעה לתיקון החוק (שאינה מקבלת את כל ההמלצות). ראו תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיועדים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014. גרסה חלקית



חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל” – והביקורת המרומזת שנמתחה במבוא לרוח על המצב הנוכחי מעידים כי מטרתה הייתה להציע מתווה לחקיקה ראשית מקיפה, קשה להבין מדוח הוועדה אלו סוגיות צריכות להיות מוסדרות לדעתה בחקיקה ראשית ואילו בחקיקת-משנה. ברוח עצמו הביאה הוועדה הן המלצות עקרוניות וערכיות<sup>171</sup> כמו הסדרת פונדקאות והן המלצות קונקרטיות בסוגיות נקודתיות כמו שימוש בטכנולוגיה ניסיונית מסוימת.<sup>172</sup>

דוח ועדת מור יוסף כולל כמה הצעות לעיגון היבטים מסוימים של טכנולוגיות פריון בחקיקה ראשית, לרבות עדכונים לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (דיון ביתרונות ובחסרונות של ההצעות הללו חורג ממסגרת המאמר). להלן אמנה כמה דוגמות של טכנולוגיות פריון המוסדרות כיום בחקיקת-משנה או בנהלים פנימיים של משרד הבריאות. למעשה, להוציא את חוק תרומת ביציות, שהוא חוק חדש יחסית, פונדקאות היא טכנולוגיית הפריון היחידה שמוקדש לה חוק “משלה”.<sup>173</sup> שאר טכנולוגיות הפריון מוסדרות בסעיפים הכלולים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, בחקיקת-משנה או בנהלים פנימיים. כך, למשל, תקנות של שר הבריאות – ולא חקיקת-משנה – מסמיכות את המערכת הרפואית (ובמקרים מסוימים אף רופא יחיד) לנהל תהליכי הזרעה והפריה חוץ-גופית.<sup>174</sup>

**הגבלות על מספר טיפולי הפוריות:** אין בחוק הגבלה על מספר הטיפולים שאפשר לקבל, אולם בשנת 1998 המליצה ועדה שמינה שר הבריאות להגביל את מספר הטיפולים לארבעה עד שישה בשנה, וכן להגדיר פרקי זמן מינימליים בין הטיפולים (לא פחות מ-45 יום בין טיפול לטיפול), בשל הסיכונים הכרוכים בטיפולים תכופים מדי.<sup>175</sup> בינואר 2014

של התזכיר אושרה בוועדת השרים לענייני חקיקה במרס 2014, וערר עליה הוגש על ידי חברי כנסת מ”הבית היהודי” בשל הפוטנציאל שבתיקון לפתוח את מוסד הפונדקאות גם להומואים (התזכיר מאפשר לגברים יחידים להיעזר בשירותי פונדקאות, ואינו מתייחס לזוגות של גברים). על הנסיבות של הגשת הערר ועל השלכותיה ראו יונתן ליס “הבית היהודי פועלת לקבור את חוק הפונדקאות לזוגות חד-מיניים” הארץ 13.3.2014. באוקטובר 2014 עבר התיקון לחוק בקריאה ראשונה בכנסת.

171 למרות הכתוב בעמ’ 6: “יודגש כי הוועדה לא שמה עצמה כקובעת אמות מידה מוסריות או כאחראית על שמירתן לפי השקפת עולם כזו או אחרת. לפיכך אין לראות בהחלטות הוועדה כקובעות מה מוסרי ומה אינו מוסרי”.

172 כמו, למשל, תרומה של חלקי ביצית (דוח מור יוסף, לעיל ה”ש 7, בעמ’ 14-42). זוהי טכנולוגיה ניסיונית האסורה בכמה מדינות (וכנראה גם במשפט הבין-לאומי) שכן היא נחשבת כסוג של שיבוט.

173 Teman, לעיל ה”ש 105, בעמ’ 109.

174 כרמל שלו “דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה” מעמד האישה בחברה ובמשפט 503, 524-523 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995). ניהול תחום הפריון על ידי רופאים מומחים לפריון מעורר חשש לניגוד עניינים, כפי שקרה ב”פרשת הסחר בביציות”, שבה נחשדו שני מומחי פריון מובילים בישראל בשאיבת יתר של ביציות מנשים לצורכי סחר כלי לידע אותן ותוך סיכון בריאותן. נוי (קניון) ומישורי, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 48.

175 הכנסת – מרכז המחקר והמידע מידע ונתונים בנושא פריון ומודעות לפוריות בישראל, לעיל ה”ש 8, בעמ’ 3.

נקבעה בחוזר מנהל הרפואה חובת התייעצות לאחר שמונה טיפולי IVF שהסתיימו ללא היריון קליני.<sup>176</sup> במכתב הבהרה של היועצת המשפטית של משרד הבריאות נכתב כי אין קשר הכרחי בין ההגבלה הזו לבין ההשתתפות של קופות החולים במימון הטיפולים, וכי אם לאחר התייעצות יוחלט להמשיך בטיפולים נוספים על השמונה שניתנו, אזי אם תעמוד האשה בקריטריונים שנקבעו היא תקבל השתתפות במימון.<sup>177</sup>

**שאיבת ביציות בלא צורך רפואי:** עד 2010 הותרה הקפאת ביציות רק לנשים שפוריותן עלולה להיפגע כתוצאה מטיפולים רפואיים כמו כימותרפיה או במסגרת טיפולי פרייון.<sup>178</sup> בספטמבר 2010 תוקנו תקנות בריאות העם באופן המאפשר שאיבת ביציות מנשים והקפאתן גם בלא צורך רפואי. הליך כזה מיועד לנשים שהחליטו לדחות את ההחלטה בדבר הולדת ילדים לגיל מאוחר יותר.<sup>179</sup> מכוח התקנות הללו, כשלושה חודשים מאוחר יותר הנהיג משרד הבריאות (בחוזר מנכ"ל) בינואר 2011 נוהל המתיר לשאוב ביציות מנשים בגילאי 30-41 ולהקפיאן גם בלא צורך רפואי, ומגביל את מספר הטיפולים לארבע שאיבות או עד השגת עשרים ביציות, לפי המוקדם מבין השניים.<sup>180</sup> לפי החוזר יישמרו הביציות לתקופה

176 לעיל ה"ש 19.

177 לעיל ה"ש 20. הפרסומים בתקשורת שלפיהם הוחלט להגביל את מספר טיפולי ההפריה החוץ-גופית לשמונה טיפולים ושלאחר מכן חזר בו משרד הבריאות מהחלטתו זו היו שגויים, והצעקנות של הכותרות רק מעידה על המטען הרגשי והתרבותי המשמעותי של סוגיית הפרייון בישראל. לפרסומים לא מדויקים בנושא ראו, למשל, עידו אפרתי "משרד הבריאות מגביל את טיפולי ההפריה החוץ-גופית לשמונה" *הארץ* 21.1.2014. [www.haaretz.co.il/news/health/1.2223430](http://www.haaretz.co.il/news/health/1.2223430); ירון קלנר "מעטה: תוגבל הפריה חוץ גופית ל-8 טיפולים" *ynet* 21.1.2014. [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4479427,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4479427,00.html); ירון קלנר "מש' הבריאות חוזר בו: אין הגבלה בטיפולי הפוריות" *ynet* 3.2.2014. [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4484207,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4484207,00.html). ראו גם את מחקרה של סיגל גולדין, לעיל ה"ש 28, שעסק בסערה הציבורית שקמה בעקבות ניסיון של משרד האוצר בשלהי 2003 להגביל את המימון הציבורי לטיפולי פוריות.

178 טראובמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 6.

179 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) (תיקון), התשע"א-2010, ק"ת 6931, 51-52. ראו גם טראובמן, שם, בעמ' 6-7.

180 חוזר משרד הבריאות 1/2011 "הקפאת ביציות למטרת שמירת הפוריות של האישה" (9.1.2011). ישראל היא אחת המדינות הראשונות בעולם שהסדירו סוג כזה של שאיבת ביציות והקפאתן. ראו Yael Hashiloni-Dolev & Shiri Shkedi-Rafid, *Egg freezing for Age-Related Fertility Decline: Preventive Medicine or A Further Medicalization of Reproduction? Analyzing the New Israeli Policy*, 96 FERTILITY AND STERILITY 291, 292 (2011); Yael Hashiloni-Dolev, Amit Kaplan & Shiri Shkedi-Rafid, *The Fertility Myth: Israeli Students Knowledge Regarding Age-related Fertility Decline and Late Pregnancies in an Era of Assisted Reproduction Technology*, 26 HUM. REPRODUCTION (2011) 3045, 3051. מעניינים במיוחד הדיווחים העיתונאיים על ההיתר מינואר 2011; ראו, למשל, דן אבן "הותרה לנשים בארץ הקפאת ביציות, גם משיקולי קריירה" *הארץ* 18.1.2011. [www.haaretz.co.il/news/health/1.1157481](http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1157481); הדס שפר "בדיקת 'כלכליסט' – שוק לעשירות בלבד: מה נשאר מהבשורה על הקפאת ביציות?" *כלכליסט* 12.1.2011. [www.calcalist.co.il/](http://www.calcalist.co.il/)

של עד חמש שנים, ולאחר מכן אפשר להמשיך ולשומרן בהקפאה תמורת תשלום.<sup>181</sup> אין בנוהל הישראלי כל התייחסות לכך שטכנולוגיה זו מוגדרת במדינות אחרות כניסיונית או לכך שיעילותה לא הוכחה דיה.<sup>182</sup> כך, למשל, על פי העמדה של האגודה האמריקנית לרפואת פרייון (ASRM), טכנולוגיה זו לא צריכה להיחשב ניסיונית עבור לנשים הסובלות מבעיות פרייון, אך בכל הנוגע לנשים המבקשות להקפיא ביציות שלא מטעמים רפואיים – כמעין פוליסת ביטוח פרייון עתידית – שיעורי ההצלחה וכן הסיכונים אינם ידועים.<sup>183</sup>

**פונדקאות בחו"ל:** מתן אזרחות לתינוקות שנולדו לישראלים בהליך פונדקאות בחו"ל מתבסס על הליך שרובו נוצר על ידי הנחיות פנימיות לא כתובות ולא מפורסמות של משרד הפנים, משרד החוץ ומשרד המשפטים. הדרישות המפורטות בנוהל, הקרוי "נוהל חו"ל", כוללות בדיקת רקמות ליילוד ולהורה הגנטי כתנאי לרישום היילוד כאזרח ישראלי ולהנפקת דרכון ישראלי ליילוד; אימוץ היילוד על ידי הוריו הלא-גנטיים (בעבר נדרש אימוץ גם על ידי אם גנטית, כפי שיוסבר להלן); ויתור של האם הפונדקאית (אף שמבחינת החוק המקומי היא לא אמו המשפטית של היילוד ולכן אין לויתורה כל משמעות משפטית). לפי הנוהל הלא כתוב והלא מפורסם, בדיקת הרקמות ביילוד מבוצעת רק לאחר שהפונדקאית ויתרה בפני קונסול ישראלי על התינוק (אף על פי ששאלת ההורות הגנטית היא שאלה עובדתית שאינה תלויה בשאלת הויתור של הפונדקאית).<sup>184</sup> בית המשפט העליון מתח ביקורת נוקבת על נוהל זה ועל היותו לא כתוב.<sup>185</sup>

לפי נוהל חו"ל, האב הגנטי נרשם כאבי היילוד שנולד בפונדקאות בחו"ל על סמך בדיקת רקמות המוכיחה שהיילוד נולד מזרעו. על פי ההלכה הנוהגת ברבנות הראשית

local/articles/0,7340,L-3479881,00.html. כותרת של מאמר בנושא זה מאת ד"ר דן לוי, מומחה לרפואת נשים מיילדות ופוריות וד"ר טל פלג-שולמן, באתר קופת החולים "מכבי", היא "הקפאת ביציות: הזכות לשימור פוריות לעתיד". במאמר ציון ש"ככל שהקפאת הביציות נעשית בגיל מוקדם יותר כך סיכויי ההצלחה להרות בעתיד מהביציות המוקפאות וללדת ילד בריא גבוהים יותר. אצל נשים מבוגרות יותר (ובפרט לאחר גיל 40) הסיכוי להצלחת הטיפול, משמע לידת ילד בריא, הוא מזערי" (www.maccabi4u.co.il/12521-he/Maccabi.aspx).

181 חוזר משרד הבריאות, שם.

182 Hashiloni-Dolev & Shkedi-Rafid, לעיל ה"ש 180, בעמ' 292.

183 זאת משום שהמחקרים הקיימים בדבר היעילות של הקפאת ביציות בדקו את היעילות של הקפאת ביציות של נשים צעירות ובריאות ולא של נשים בשנות הפרייון האחרונות שלהן. *Mature Oocyte Cryopreservation: A Guideline Fertility and Sterility*, 99 The Practice Committees of the American Society for Reproductive Medicine and the Society for Assisted Reproductive Technology (ASRM) 37 (2012).

184 מכיוון שהנוהל לא כתוב ממילא אי-אפשר לאזכרו כמקובל. חלק מתוכני הנוהל מאזכרים בפסיקה; ראו בעיקר בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' משרד הפנים, פסקאות 8 ו-39 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 3.2.3013). התניית הביצוע של בדיקת הרקמות בויתור הפונדקאית בפני הקונסול אינה מתועדת בפסיקה אולם היא ידועה למחבר מניסיונו האישי ומהיכרותו עם הליכי פונדקאות רבים.

185 פרשת ממת-מגד, שם, וכן פסקה 1 לפסק הדין של השופט דנציגר.

לישראל, דת היילוד נקבעת לפי היולדת (הרחם) ולא לפי הגנטיקה (הביצית) ולכן, ככל הנראה, נדרש בעבר גיור של היילוד בטרם תירשם האם הגנטית כאמו בתום תהליך אימוץ (שכן חוק האימוץ דורש התאמה דתית בין המאמץ למאומץ).<sup>186</sup> הנימוק הגלוי של מנהל האוכלוסין להנהגת נוהל זה, כפי שהופיע בתשובות המנהל לתביעות וכפי שנמסר לעיתונות, היה מניעת "עקיפה של הליכי אימוץ בחו"ל" ו"הענקת הגנות מתאימות לפונדקאית".<sup>187</sup> מכיוון שהאב נרשם ככזה על סמך בדיקה גנטית, לא היה בהסבר זה כדי לנמק בצורה משכנעת מדוע האם הגנטית לא נרשמת כאם לאחר בדיקת רקמות. דומה שה"רבניזציה" שיחקה כאן תפקיד מכריע ולא הדאגה לשלום הפונדקאית או הדאגה מפני סחר בין-לאומי בתינוקות. דרישת האימוץ על ידי האם הגנטית, שהושפעה כאמור משיקולים דתיים,<sup>188</sup> עוררה מחאה בקרב הורים המסתייעים בהליכי פונדקאות<sup>189</sup> וככל הנראה אינה בתוקף עוד בעקבות פסיקת בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי בתביעות בנושא זה.<sup>190</sup> שימוש בחומר גנטי לאחר המוות: על אף המורכבות המשפטית, המוסרית והאתית של הולדה בעזרת שימוש בזרע או בביצית של נפטר או נפטרת,<sup>191</sup> הסוגיה אינה מוסדרת בחקיקה ראשית. במקרה של זרע הסוגיה מוסדרת בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה<sup>192</sup> ובמקרה של ביצית היא אינה מוסדרת כלל ברגולציה אלא מוכרעת על ידי בתי המשפט בכל מקרה לגופו.<sup>193</sup>

- 186 ס' 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981. נשים הנעזרות בפונדקאית בארץ אינן נדרשות לאמץ את הילד שנולד מהביציות שלהן, משום שבשל דרישת ההתאמה הדתית בין הפונדקאית להורים המיועדים הילדים נולדים מרחם יהודי ונחשבים ליהודים.
- 187 סמדר סלומון "למה אני צריכה לאמץ את הילד שלי?" הורים וילדים 292, 50, 54 (מאי 2012).
- 188 תמ"ש (משפחה ת"א) 38/12 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.11.2012).
- 189 סלומון, לעיל ה"ש 187.
- 190 ראו, למשל, בבית המשפט לענייני משפחה: תמ"ש (משפחה ת"א) 10509-10-11 י.פ. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 5.3.2012); בבית המשפט המחוזי: עמ"ש 52061-05-12 היועץ המשפטי לממשלה נ' י.פ. (לא פורסם). עם זאת, חשוב להדגיש שאין בנושא זה הלכה מחייבת של בית המשפט העליון.
- 191 ראו, למשל, Anne Reichman Schiff, *Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation*, 75 N.C. Rev. 901 (1997).
- 192 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג) (סעיף ג' להנחיה עוסק גם בנטילת זרע מאדם הנוטה למות). בארצות-הברית זכויות של ילדים שנולדו מזרע שהוקפא לפני מות אביהם הגנטי שנויות במחלוקת. כך, למשל, דן בית המשפט העליון האמריקני בזכויות של ילדים כאלה לקצבת שארים מהביטוח הלאומי וקבע שהם אינם זכאים לה. ראו (2012) 132 S.Ct. 2021 (2012) *Astrue v. Capato ex rel. B.N.C.*
- ראו גם: יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "רצון המת" בנוגע לשימוש בזרעו לשם הולדה לאחר המוות: פטריארכיה, פרונטליזם ומיתוס המשכיות הזרע בשירות רצונם של הנותרים בחיים" עיוני משפט ל"ט (צפוי להתפרסם ב-2017).
- 193 לסקירה של כמה מהמאבקים המשפטיים העוסקים בהקפאת ביציות לפני המוות או אחריו ראו השילוני-דולב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 105-106.

**בחירת מין היילוד שלא לצורך רפואי:** סוגיה זו בעייתית במיוחד בחברה פטריארכלית כמו החברה הישראלית.<sup>194</sup> יש יסוד סביר להניח שבחלק ניכר מהמקרים הסיבה המרכזית לרצון לבחור את מין היילוד היא העדיפות שניתנת לבנים על פני בנות.<sup>195</sup> אף שהסוגיה קשורה קשר בל יינתק למעמדן של נשים ולסוגיית השוויון המגדרי,<sup>196</sup> היא מוסדרת בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות.<sup>197</sup>

### 3. על הבעייתיות (ועל היתרונות) של הסדרת זכויות יסוד בחקיקת־משנה ובנהלים פנימיים

בחירת ההסדרה של תחום הפריור מעלה טשטוש של ההבחנה בין התפקיד המסורתי של המשפט החוקתי להגן על זכויות אדם לבין התפקיד של המשפט המנהלי להגן "על אינטרסים של יחידים ושל קבוצות חברתיות, גם כאשר אלה לא זכו להכרה כזכויות, ולא כל שכן – כזכויות יסוד".<sup>198</sup>

טכנולוגיות הפריור ובעיקר הפולשניות והיקרות שבהן מעלות מגוון של שאלות מורכבות – משפטיות, מוסריות, פילוסופיות, חברתיות, כלכליות וכמובן רפואיות. האם צריך להכיר בזכות לנגישות לטכנולוגיות פריור? האם צריך להשתתף במימוןן ובאיזה היקף? האם יש מקום לשיקולים פטרנליסטיים, במיוחד כשהשימוש בטכנולוגיות הפריור מסכן את בריאות המשתמשות והמשתמשים בהן או כשיעילותן לא הוכחה? כיצד מבינים את רעיון ההסכמה בהקשר של שימוש בטכנולוגיות אלה (למשל: הסכמה מדעת של נשים לטיפול הפריה חוץ־גופית או הסכמה של נשים לשמש פונדקאיות)? היכן נכנסים שיקולים אחרים כמו הזכות להורות וטובת הילד, ומה משקלם הראוי? האם ראוי ששאלות אלה יוסדרו באמצעות כלים הלקוחים מהמשפט המנהלי כגון תקנות והנחיות פנימיות או שמא ראוי שהן תוסדרנה בחקיקה ראשית?

יש שיקולים התומכים בהסדרת השימוש בטכנולוגיות פריור בחקיקה ראשית ויש התומכים בהסדרתו בחקיקת־משנה. על פי דפנה ברק־ארז:

בשונה מן המשפט החוקתי, שדן בזכויות באופן מופשט יותר, תוך התמקדות במקרי מבחן עקרוניים, המשפט המינהלי מסדיר באופן מפורט את תהליכי קבלת ההחלטות ברשות המינהלית – לשם הבטחת ההגנות בהתייחסות לפרט

194 לדין מקיף ראו יניב רון אל "גבולותיו של חופש הפריור מפרספקטיבה ליברלית: המקרה של בחירת מין היילוד" עיוני משפט לב 391 (2010).

195 רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת הורה את מאפייניו הגנטיים של ילדו בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה מבחן" משפט ועסקים ו 451, 458 (2007).

196 יעל השילוני־דולב, גלית הירש־יחזקאל, ולנטינה בויקו, אייל שיף וליאת לרנר־גבע. "בחירת מין היילוד בישראל: סקר עמדות בקרב מעוניינים פוטנציאליים" מגמות מט (3) 555-557 (2014).

197 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 21/05 "נוהל לברירת מין היילוד באבחון גנטי טרום השרשתי" [www.health.gov.il/hozer/mk21\\_2005.pdf](http://www.health.gov.il/hozer/mk21_2005.pdf) (9.5.2005).

198 דפנה ברק־ארז משפט מינהלי כרך א 19 (2010).

הנוגע בדבר ולשם השגת מטרות ציבוריות רחבות יותר של מניעת שחיתות והגברת האמון במערכות השלטון.<sup>199</sup>

אפתח בדיון בשיקולים התומכים בהסדרת הנגישות לטכנולוגיות פריון בחקיקה ראשית ולא בחקיקת-משנה או בהנחיות פנימיות. ראשית, אני סבור שהמדיקליזציה של טיפולי הפריון, כמו גם ה"רבניזציה" שלה, הפכו את הסוגיה, שלא בצדק, לסוגיה מקצועית (רפואית לשיטת הרופאים והלכתית לשיטת הרבנים) בלבד. זוהי גישה צרה מדי, שכן היא מותירה רבות מהדילמות המוסריות, הפילוסופיות והחוקתיות מחוץ למסגרת הדיון. כמו כן, בעידן שבו טכנולוגיות רפואיות הן יקרות ורווחיות מאוד, יש חשש שאינטרסים כלכליים ישפיעו על קבלת ההחלטות, ולכן הנחיצות של דיון ציבורי והליכי חקיקה פומביים ומסודרים היא דחופה וחשובה במיוחד.

שנית, כפי שטענה דפנה ברק-ארוז, "שימוש בהנחיות כתחליף להסדר חקיקתי במהלך תקופת מעבר שונה [...] מדעיקרא מהסדרה של נושאים עקרוניים בהנחיות לאורך זמן".<sup>200</sup> רבות מהתקנות ומההנחיות הפנימיות בתחום הפריון הן בנות עשרים שנה ואף יותר. שלישית, פירוק הקשר המסורתי בין גנטיקה להורות ולהקמת משפחה דורש הסדרה יסודית, תוך דיון ציבורי מעמיק וביקורתי המתאפשר רק בהליכי חקיקה. לוועדת מור יוסף הייתה הזדמנות לקיים דיון כזה (נציגים מן הציבור הוזמנו להגיש את חוות דעתם לוועדה), אולם היא הוחמצה משום שהוועדה לא קראה תיגר על המדיקליזציה של הסוגיה ולפיכך הגבילה מאוד את הפוטנציאל של דיון שכזה.

מחקר שפורסם ב-2010 השווה בין הגישות של רופאי פריון להקפאת ביציות לבין הגישות של חוקרים מתחום הביו-אתיקה והרגולציה של מערכת הבריאות בישראל בתחום זה. המחקר הצביע על הבדל משמעותי בגישה להסדרת הנגישות לטכנולוגיות פריון: רק מיעוט מקרב רופאי הפריון סברו שיש להסדיר את התחום באמצעות חקיקה ראשית (רק 4.8% מהנשאלים), ואילו רוב הרגולטורים ואנשי האתיקה (61.5%) סברו שראוי לפעול כך. 76.2% מקרב הרופאים סברו שיש להסדיר את התחום באמצעות תקנות, 14.3% מהם סברו שאין להסדירו כלל אלא למנות ועדה שתחליט בכל מקרה לגופו, וכ-5% מהם סברו שיש להסדיר את התחום באמצעים אחרים. מעניין לציין שכ-31% מקרב האתיקנים סברו שיש למנות ועדה שתכריע בכל מקרה לגופו ורק 7.7% מהם סברו שיש להסדיר את התחום באמצעות תקנות.<sup>201</sup>

בין השיקולים שהעלו העוסקים בביו-אתיקה באותו מחקר, נוסף על האוטונומיה של הפרט וטובת הילד העתידי, היו גם שיקולים כגון תפקיד הרופא כשלא מדובר במחלה או

199 שם, בעמ' 18.

200 שם, בעמ' 231, ה"ש 95.

201 אבישי מלכיאל, דוד חניניץ, ליסה סולמני להמן ומאיר ברזיס "הקפאת ביציות בישראל – באילו מצבים ובמימון של מי? בחינת עמדות בקרב מנהלי יחידות הפריה חוץ גופית, קובעי מדיניות בריאות ציבור ומומחי לביו אתיקה" הרפואה 149, 630, 633 (2010). המומחים מתחום הביו-אתיקה כללו פילוסופים, משפטנים, סוציולוגים, אנתרופולוגים וכן אנשי מנהל מערכות בריאות העוסקים כולם בשאלות של ביו-אתיקה בנוגע לפוריות ולילודה. הרופאים במשאל היו מנהלי יחידות להפריה חוץ-גופית. שם, בעמ' 631.

בריפוי (כמו במקרה של הקפאת ביציות לצורך דחיית מועד ההיריון), המשמעות של איסור מקומי בישראל כשאפשר לטוס לחו"ל ולבצע שם הליכים אלה תמורת תשלום, קביעת סדרי עדיפויות להקצאת המשאבים המוגבלים של סל הבריאות, עלויות עקיפות שעוללות להיגרם כתוצאה מהריונות בגיל מבוגר ואחוזו הסיכויים הגבוה יחסית הכרוך בהם, והנצחת עליונות הגנטיקה במקום לעודד זוגות לאמץ ילדים.<sup>202</sup> שיקול נוסף שהועלה בספרות העוסקת באתיקה רפואית קשור להשלכות של קליטה לא ביקורתית ולא מבוקרת של טכנולוגיות פרייון על המעמד של נשים בשוק העבודה. הצגת ההליך של הקפאת ביציות שלא לצרכים רפואיים כהליך בטוח בעל שיעורי הצלחה גבוהים, וכהליך המאפשר לנשים לדחות את גיל הכניסה להיריון בשנים רבות, עלולה לשמש מעבידים כדי לדרוש מנשים צעירות המתקבלות לעבודה התחייבות לא להיכנס להיריון בשנים הראשונות לעבודתן.<sup>203</sup> התוצאה היא פוטנציאל לפגיעה ממשית בשוויון של נשים ובחופש העיסוק שלהן.<sup>204</sup> אשר למנהלי היחידות להפריה חוץ-גופית שהשתתפו במחקר של מלכיאל ואח', החוקרים ציינו שהרופאים "אינם שותפים לדילמות האתיות הכבדות שעלו בקרב אנשים העוסקים באתיקה וברגולציה של מערכת הבריאות".<sup>205</sup> הם התמקדו בהשאת שליטה מרבית על הליך קבלת ההחלטות בידי הרופאים.<sup>206</sup> בניגוד לעמדות הרופאים, מחקר המשך העלה שבקרב הציבור הרחב יש תמיכה מסויגת בהרכה בשימוש בטכנולוגיית הקפאת הביציות מסיבות לא רפואיות – רק 40% תמיכה בקרב הציבור הרחב, לעומת 80% אחוזי תמיכה בקרב רופאים ואתיקנים.<sup>207</sup>

פרדוקסלית, פגיעה נוספת העלולה להיגרם עקב קליטה לא ביקורתית ונעדרת דיון ציבורי מעמיק של טכנולוגיות פרייון קשורה דווקא לצמצום אפשרויות הבחירה של נשים. אמנם, במבט ראשון נראה כי הטכנולוגיות הללו מרחיבות את אפשרויות הבחירה על ידי ההבטחה לדחיית גיל ההיריון והלידה, אך יש הטוענות שהטכנולוגיות הללו עשויות להגביר את הלחץ על נשים לנסות להיפך לאמהות בכל מחיר.<sup>208</sup> היבט אחר שראוי להסדיר באופן מעמיק יותר בחקיקה ראשית קשור להכנסת אלמנטים חוזיים להליך של הבאת הילדים לעולם (בין בני זוג,<sup>209</sup> בין תורם או תורמת לנתרם או לנתרמת ובין הורים מיועדים לאם פונדקאית): כך, למשל, מה מקומה של חרטה של אחד הצדדים ואיזה משקל יש להעניק לה? מכיוון שחרטה קשורה לזכות להיות הורה (או לזכות לא להיות הורה), היעדר הסדר חקיקתי מקיף<sup>210</sup> הוא בעייתי.

202 שם, בעמ' 632-633.

203 שם, בעמ' 632.

204 לעניין זה ראו גם הקר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 87.

205 מלכיאל ואח', לעיל ה"ש 201, בעמ' 633.

206 שם.

207 Mayer Brezis et al., *Discordant Views of Experts and Laypersons on the Adoption of New Fertility Technology*, 49 MED. CARE 420 (2011).

208 טראובמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 12.

209 כמו, למשל, בעניין נחמני, לעיל ה"ש 57.

210 סעיפים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים ובחוק תרומת ביציות עוסקים בחרטה של הפונדקאית ושל התורמת, אולם היקף הבעיות הפוטנציאלי בנוגע לחרטה סביב הליכי פרייון הוא רב

בצד החסרונות של היעדר חקיקה ראשית בתחום הפרייון אפשר להעלות ארבעה יתרונות לשימוש בחקיקת-משנה ובהנחיות פנימיות: ראשית, הגמישות והמיידיות ששימוש זה מאפשר בתחום שבו ההתפתחויות הטכנולוגיות מתרחשות בקצב מהיר מכדי שאפשר יהיה לעקוב אחריו בהליכי חקיקה ראשית;<sup>211</sup> אלה מסורכלים מטבעם ולא בנויים להגיב למציאות המשתנה במהירות כה רבה.<sup>212</sup> שנית, שימוש בחקיקת-משנה ובנהלים פנימיים משאיר את ההסדרה של טכנולוגיות מורכבות, הדורשות רמה גבוהה של ידע מקצועי, בידי מי שבקי בהן – הרופאים. שלישית, דווקא לאור ההפרטה הגוברת של שירותי הבריאות בכלל ושל השימוש בטכנולוגיות פרייון בפרט, חשיבות הרגולציה עולה שכן יש בה כדי לרסן את כוחות השוק ולכוונם לפעול באופן שקוף ושוויוני.<sup>213</sup> יתרון רביעי, שהועלה בספרות העוסקת ברגולציה של טכנולוגיות פרייון, הוא שהליכי חקיקה מסודרים בכנסת עלולים להיות מושפעים אף יותר משהם מושפעים כעת על ידי מגבלות דתיות.<sup>214</sup> כתוצאה מכך השימוש בטכנולוגיות אלה יהיה מתירני פחות אך מסיבות דתיות, ולא בהכרח מסיבות רפואיות או מנימוקים אחרים כגון טובת ההורים או הילדים.

אני סבור שארבעת היתרונות הללו לא תמיד מתממשים בתחום הפרייון ולכן לא מצדיקים ויתור על חקיקה ראשית בתחום זה. ראשית, אין כל קדושה במיידיות; טכנולוגיות רבות הן ניסיוניות ויעילותן ובטיחותן לא הוכחו דיין.<sup>215</sup> בכך נעוץ היתרון של הליכי חקיקה ראשית, שבמסגרתם יכול להתנהל דיון בין-תחומי שאינו רואה את הסוגיה כרפואית ותו לא. נוסף על כך, כפי שהודגם לאורך המאמר, גם חקיקת-המשנה אינה תמיד עדכנית: חלק מהתקנות לא עודכנו זה כשני עשורים, כך שגם אם חקיקת-המשנה יותר יעילה מחקיקה ראשית, הפוטנציאל הזה לא ממומש בתחום הפרייון (למרות ההתקדמות המדעית ושינוי העמדות התרבותי והערכי). שנית, שאלת הנגישות לטכנולוגיות של פרייון היא לא שאלה רפואית ומכל מקום לא רפואית בלבד. לא מדובר ב"שאלת ההיתכנות המעשית של ביצוע הדבר"<sup>216</sup>

ומורכב בהרבה. לדיון ראו, למשל, Anne Reichman Schiff, *Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity*, 80 IOWA L. REV. 265 (1995). ראו גם עניין פלונית, לעיל ה"ש 2.

211 KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 75.

212 על יעילותן של הנחיות פנימיות וחיבותן ראו ברק-ארז, לעיל ה"ש 198, בעמ' 228-231.

213 שם, בעמ' 63, וכן דברי השופט זמיר בבג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001), המצוטטים שם.

214 KAHN, לעיל ה"ש 40, בעמ' 75-76.

215 כך, למשל, אושרו בישראל טיפולים משמרי פרייון בילדות לצורך שאיבת ביציות מהן והקפאתן, אף שטרם הגיעו לגיל הפרייון, משום שהן עברו טיפולים כימותרפיים לטיפול במחלת הסרטן והיה חשש שעקב הטיפולים תיפגע פוריותן. חוזר משרד הבריאות 16/2009 "הקפאת רקמת שחלה" (21.4.2009). מדובר בטיפולים ניסיוניים, מידת יעילותם בהשגת המטרה, כמו גם מידת הסיכון הגלום בהן לבריאות ולהחלמה של הילדות ממחלת הסרטן אינן ברורות. באתר האינטרנט של בית החולים שיבא מודגש כי טיפולים אלה ניסיוניים [www.nashim.sheba.co.il/piryon\\_IVF/Piryon\\_Beholot\\_Sartan](http://www.nashim.sheba.co.il/piryon_IVF/Piryon_Beholot_Sartan), וכך גם באתר האינטרנט של האגודה למלחמה בסרטן [www.cancer.org.il/template/default.aspx?PageId=5991](http://www.cancer.org.il/template/default.aspx?PageId=5991).

216 מלכיאל ואח', לעיל ה"ש 201, בעמ' 631.



אלא בשאלה שמצריכה כאמור דיון ציבורי, בין-תחומי ומעמיק, כזה שמתאפשר בהליכי חקיקה ראשית שהם שקופים ופומביים. שלישית, דווקא משום שאנו עוסקים בזכויות יסוד (להורות, להקמת משפחה, לטיפול רפואי), ראוי שהמלחמה בהפרטה תעוגן בחקיקה ראשית בשל המסר הערכי והעקרוני הגלום במהלך כזה. לבסוף, ההשפעה הדתית על הליכי החקיקה היא שקופה, אך ההשפעה הדתית – השפעה רבה מאוד – על חקיקת-משנה ועל נהלים פנימיים (כפי שהודגם לעיל) היא סמויה מן העין, וככזו קשה בהרבה לביקורת ולשינוי.

## סיכום

במאמר זה הצבעתי על המאפיינים הייחודיים של הסדרת הנגישות לטיפול פריון במשפט בישראל. עמדתי על המקורות התרבותיים של השימוש הרחב ויוצא-הדופן בהיקפו בטכנולוגיות פריון בישראל – אתוס ההולדה הישראלי-יהודי שנובע משיקולים קיומיים ודמוגרפיים, בצד שורשים מהמסורת היהודית הרואה ב"פרו ורבו" את המצווה החשובה ביותר.

לאחר מכן סקרתי את השלכות המעמד המרכזי של הפריון, הן מבחינת המשפט (הכרה בזכות יסוד להורות המקיפה גם את הזכות לנגישות לטיפול פריון), הן מבחינת בריאות הנשים והן מבחינה כלכלית.

הצעתי הסבר לקליטה חסרת-התקדים של הטכנולוגיות הללו בישראל, כמו גם לכך שישראל מובילה בפיתוח של טכנולוגיות פריון: הקשר בין טכנולוגיה לערכים הוא זה שעומד בבסיס הקליטה המוצלחת של טכנולוגיות הפריון בישראל, שכן טכנולוגיות אלה הן בעלות פוטנציאל לקדם את המדיניות הפרו-נטליסטית של ישראל כמו גם את אתוס ההולדה המושרש בתרבות הישראלית-יהודית.

העובדה שהטכנולוגיות הללו הן כה מורכבות ויקרות סייעה ככל הנראה בהצטת תהליך המדיקליזציה של הפריון בישראל, תהליך שהחל ממילא באמצע המאה העשרים ברחבי העולם טרם כניסתן של טכנולוגיות פריון מתקדמות לשימוש. המדיקליזציה של הפריון הפכה גם אותו לסוגיה רפואית-מקצועית, והצניעה את הממדים הערכיים, הפוליטיים והחברתיים של הנגישות לטכנולוגיות הפריון. העובדה שבישראל שיקולים מקצועיים נאלצים לסגת מפני שיקולים דתיים ("רבניזציה") רק מחדדת בעיני את העובדה שלא מדובר בשאלות רפואיות ככל שהדבר נוגע להנגשת הטכנולוגיות הללו. עובדה היא שהשיקולים הרפואיים מוכפפים בשל הפוליטיקה לשיקולים חוץ-רפואיים, ואותה פוליטיקה מכתובה שהשיקולים החוץ-רפואיים הכמעט-יחידים שאפשר להביא בחשבון הם שיקולים דתיים.

לבסוף הצגתי את השימוש הרחב בחקיקת-משנה ובהנחיות פנימיות דווקא בתחום שנחשב כה חשוב בישראל, בצד הביקורות על היעדר גוף משמעותי של חקיקה ראשית המסדירה את העניין. על אף היתרונות המסוימים שבשימוש בחקיקת-משנה ובנהלים פנימיים בתחום מתוחכם שמשתנה בקצב מהיר (יתרונות שאינם מנוצלים תמיד משום שחלק מחקיקת-המשנה אינו עדכני), אני סבור שדווקא משום שמדובר בסוגיה חשובה כל כך ראוי שהיא תוסדר בהליכים דמוקרטיים שהציבור שותף להם באופן מלא, ולא תוגבל לשיקולים רפואיים ודתיים בלבד.

