

שער חמישי

על מעמד המשפטי של הילדים,
היילודים ומולידיהם

פרשת נחמני :

הורות בזכות ובכפייה, ביציות מופרות ויילודים עתידיים – סיפורים של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי

עמוס שפירא*

- א. סיפור המעשה
- ב. סיפור של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי
- ג. סיפור של הסכמות, הבנות, הנחות, ציפיות, מחויבויות ומצגים משוערים
- ד. סיפור של הורות בזכות ובכפייה
- ה. סיפור של איזון אינטרסים או של דרישה להסכמה משותפת ונמשכת בכל שלבי התהליך?
- ו. סיפור של שוויון
- ז. סיפור של טובתו המשוערת של היילוד העתידי
- ח. סיפור של ביציות מופרות מוקפאות
- ט. סוף סיפור

“As science races ahead, it leaves in its trail mind-numbing ethical and legal questions”.

Kass v. Kass (New York Court of Appeal, 1998)

א. סיפור המעשה

רותי ודני נחמני נישאו זה לזו בשנת 1984. שלוש שנים לאחר מכן אבדה רותי, כתוצאה מניתוח, את היכולת להרות וללדת. בשנת 1988 גמרו בני הזוג אומר לנסות שייולד להם ילד בתהליכי הפריה חוץ-גופית המשולבת בפונדקאות, קרי באמצעות נטילת ביציות משחלותיה של רותי, הפרייתן במבחנה בזרעו של דני, הקפאתן של הביציות המופרות, והשרשתן ברחמה של אישה פונדקאית שתהרה, תלד ותמסור את היילוד המצופה לבני הזוג נחמני. באופן זה יזכו רותי ודני בילד

* פרופ', מופקד הקתדרה על שם ק. לובובסקי למשפט ואתיקה ביו-רפואית הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב.

גנטי משלהם, תוצר המיזוג של ביציותיה-שלה וזרעו-שלו. בני הזוג תכננו לבצע את תהליכי ההפריה החוץ-גופית והקפאת הביציות המופרות בישראל ולקיים את שלב הפונדקאות בקליפורניה, ארצות-הברית (וזאת כיוון שבאותה עת טרם העניק החוק הישראלי גושפנקא רשמית להסדרי פונדקאות). במשך תקופה של שמונה חדשים עברה רותי סידרה של טיפולים רפואיים שהסתיימו בשאיבת ביציות משחלותיה והפריה והקפאה של אחת עשר מהן. בה בעת התקשרו בני הזוג עם גוף מתאים בקליפורניה למטרת איתורה ושכירת שרותיה של אישה פונדקאית. התהליכים כולם, עד לשלב זה, התקיימו בהשתתפותו ובתמיכתו המלאות של דני. אבל אז גבה הר בין בני הזוג ונישואיהם עלו על שרטון.

בשנת 1992 נפרדו בני הזוג נחמני. דני עבר להתגורר עם אישה אחרת, ממנה נולדו לו שני ילדים. רותי דרשה מבית-החולים, שבו אוכסנו בהקפאה הביציות המופרות, שימסור אותן לחזקתה, על מנת שתוכל לקדם את התוכנית המקורית ולהשלים את התהליך על ידי השרשת הביציות המופרות ברחמה של אישה פונדקאית בקליפורניה. דני התנגד למסירת הביציות המופרות המוקפאות לרשותה ולשימושה של רותי ובעקבות זאת סירב בית-החולים להיענות לדרישתה. רותי פתחה בהליכים משפטיים בבית-המשפט המחוזי בחיפה. בית-המשפט נעתר לה, הורה לבית-החולים למסור את הביציות המופרות המוקפאות לחזקתה וציווה על דני לחדול מלהערים מכשולים על דרך מימוש התוכנית המקורית של ניסיון להביא ילד לעולם באמצעות הפריה חוץ-גופית ופונדקאות. דני ערער לבית-המשפט העליון, שברוב של ארבעה נגד אחד הפך את החלטת בית-המשפט המחוזי על פניה ופסק לטובתו¹. רותי לא ויתרה. היא פנתה לנשיא בית-המשפט העליון בבקשה שיוורה על קיום דיון נוסף בנדון. הנשיא נעתר לבקשתה והמחלוקת בין בני-הזוג הובאה שוב להכרעתו של בית-המשפט העליון, הפעם בהרכב נדיר של לא פחות מאחד-עשר שופטים. ברוב דעות של שבעה מול ארבעה חזר בו בית-המשפט העליון מהחלטתו הקודמת, קבל את ערעורה של רותי, הורה לבית-החולים למסור את הביציות המופרות והמוקפאות לחזקתה, ובכך אפשר לה להמשיך במימוש הניסיון להביא ילד לעולם באמצעות הפריה חוץ-גופית ופונדקאות, על אפו ועל חמתו של דני².

ב. סיפור של קדמה מדעית ופֶּשֶׁל נורמטיבי

אין צורך להכביר מילים על כך שההפריה החוץ-גופית, וטכנולוגיות חדישות אחרות של פרייה ורבייה, הן סיפור הצלחה של קדמה מדעית מסחררת. כמו לגבי פריצות-דרך

1 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485.

2 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661.

מדעיות וטכנולוגיות אחרות בתחום הביו-רפואי, גם במגזר זה של פרייה ורבייה מתעוררות קושיות לגבי מהות ואופן הרגולציה הנורמטיבית הראויה. עיצובה של רגולציה נורמטיבית ראויה כגון דא הוא מִיזם רב-תחומי המחייב מאמץ משותף של אנשי מדע, אתיקה, פוליטיקה, כלכלה, סוציולוגיה, דת ומשפט. שיתוף-פעולה רב-תחומי כזה הוא תנאי-בלעדי-אין להכוננה נורמטיבית נאותה של ההתנהלות הביו-רפואית, מקום בו ערכים ואינטרסים שונים, ולעתים גם נוגדים, מצריכים איזון חברתי מושכל.

בחברות מערביות-ליברליות, ההסדרה הנורמטיבית – ובמיוחד המשפטית – של התחום הביו-רפואי קשורה בטבורה לתרבות זכויות האדם. טיעונים רווחים במונחים של זכויות אדם ביו-רפואיות מתייחסים לשאלות של חיים ומוות, בריאות וחולי. "כבוד האדם" הוא מושג נפוץ בהקשר זה, עם כל עמימותו במהות ובהגדרה והגם שהוא תלוי תרבות וערכים במובהק. זהו תחום טעון רגשות ורבות בו המחלוקות הערכיות. מקבלי החלטות – לרבות מחוקקים, שופטים וחברי ועדות אתיקה – פתוחים כזה מצווים על רגישות יתירה ושיקול-דעת קפדני בבואם לבחור בין אורות אדומים של עצור, אורות ירוקים של ברכת הדרך ואורות צהובים של שבי-אל-תעשה בהתווית מפת-הדרכים הנורמטיבית של הביו-רפואה. בחברה פלורליסטית, חזקה על אנשים בעלי דעות ואמונות מגוונות שידבקו בגישות מוסריות שונות כלפי טכנולוגיות חדשות המשפיעות על הולדה וגנטיקה, כבוד האדם ובקרה קהילתית, שלמות המשפחה ואחריות מקצועית, חופש המחקר המדעי ורגולציה חברתית. במציאות של שונות חברתית רעיונית אין לצפות לכך שהסדר נורמטיבי מוצע כזה או אחר יתקבל על דעת הכל ללא עוררין. ההגינות והיעילות של עקרונות נורמטיביים מנחים בספירה הביו-רפואית מותנות, אפוא, בהיותם מאוזנים בקפידה ונשענים על תשתית חברתית-מוסרית מוצקה ככל הניתן. אין גם להתעלם מהבעייתיות ומהמגבלות הטבועות בכל רגולציה משפטית בחברה חופשית, במיוחד כשמדובר בתחומי התנהגות הנוגעים בחירויות ובזכויות יסוד של הפרט. סייגים ואיסורים משפטיים כגון דא צריכים להיות מיועדים, ומוגבלים, להצבת אותם סימני דרך ותמרוני עצור הנחוצים באמת ובתמים להבטחת חיים חברתיים המקובלים, או לפחות סבילים, על הכל. על מעצבי המדיניות הנורמטיבית להכיר בכך שלפרקים התשובה הנכונה עבורך היא התשובה השגויה עבורי, ושהתשובה הנכונה עבור כל אחד אינה מצויה באמתחתו של אף אחד.

מכאן אנו למדים גם שמה שמותר מבחינה משפטית איננו, בהכרח, רצוי מבחינה חברתית או ראוי לשבח מבחינה מוסרית. יחידים וקבוצות עשויים לאמץ לעצמם מרצונם, מטעמי דת ומצפון למשל, נורמות התנהגות מחמירות יותר ממה שדורש החוק. חברה ליברלית-סובלנית מקצה ליחידים ולציבורים מרחב מחייה למגוון של שיפוט מוסריים, שרק בשוליו הרחוקים ניצבים תמרוני עצור משפטיים. המשפט איננו מסוגל ולא צריך לטבוע דפוס אחיד לכל ההתנהלויות האנושיות. מקובל על

הכל שהטכנולוגיה הביו-רפואית דהיום פותחת אופקים רחבים ומציעה הזדמנויות אין-קץ לשיפור ולקידום מצבו של המין האנושי. נכון גם שבצדם של אלה מקננים חששות וסיכונים לאין-שיעור, בראש ובראשונה הסכנה של התייחסות לבני-אדם לא כמטרה אלא כאמצעי, וניצולם בתור שכאלה. הדין הוא מכשיר, חשוב אך לא דווקא בלעדי או עיקרי, למניעה או למזעור של מצבי סכנה, תפלוט ושימוש-לרעה בטכנולוגיות מתקדמות. בדומה לרפואה, ראוי להתייחס אליו כאל אמצעי רב-עוצמה העלול, הוא-עצמו, להסב נזק, ולכן יש להפעילו בחסכנות ובוזהירות.

רגולציה נורמטיבית ראויה של תהליכי ההפריה החוץ-גופית, וטכנולוגיות ביו-רפואיות מתקדמות אחרות של פרייה ורבייה, איננה צריכה להישען רק, או בעיקר, על מצוות אל-תעשה, כלומר, על איסורים שבדין. ראוי לה שתתמקד בהכוונת התנהלותם של כל הצדדים המעורבים – בראש ובראשונה הלקוחות כמו גם הספקים של תהליכים אלה. כך, למשל, שומה על מערכת נורמטיבית אחראית להנחות את בני הזוג הנוגעים בדבר להגן על האינטרסים שלהם, למנוע או לצמצם חילוקי-דעות ביניהם, לתת את דעתם, באופן רציני וענייני, לכל ההיבטים וההשלכות הצפויים ולעבד בהתאם מסמך מפורט ומנוסח בקפידה של "הסכמה מדעת" – כל זאת בטרם החלו הטיפולים וכתנאי מוקדם להם. במסגרת הליך מושכל כזה של גיבוש "הסכמה מדעת" יידרשו בני הזוג לשקול ולקבוע מראש עמדה משותפת לגבי מה שרצוי להם שיעשה בביציות המופרות המצופות בקשת של מצבים עתידיים אפשריים כגון עודף ביציות (שאינן דרושות לצורך החזרה לרחם לשם הריון ולידה), פירוד, גירושין, מוות, מחלה, שינוי נסיבות (כלכליות, למשל) ומחלוקת ביניהם לגבי המשך התהליך. בני הזוג חייבים להידרש לשאלות כאלה, אף בניגוד לנטיית-לבם הטבעית להתעלם מהן, ולהסכים ביניהם, במפורש ובבירור, על פתרונות גם למצבים הנראים להם, באותה עת, היפותטיים בעליל. בנוסף, או לחלופין, יוכלו הצדדים לקבוע מלכתחילה מנגנון קריטריונים לעשיית החלטות עתידיות בנדון, כשיתעורר הצורך בכך (כגון, שאין להוציא ביציות מופרות מאכסון ההקפאה אלא בהסכמת שני בני הזוג או שגורל הביציות ייחתך בהסכם הגירושין ביניהם, אם יחליטו להתגרש). הפתרונות האפשריים למצבים העתידיים האמורים כוללים המשך אכסון של הביציות המופרות בהקפאה, השמדתן, תרומתן לזוג אחר למטרת רבייה, מסירתן לצרכי מחקר מדעי מאושר כדין, או נתינתן לשימוש של מי מבני הזוג למטרת רבייה. יכול, כמובן, שהדין יצמצם את מגוון הפתרונות האפשריים בכך שישלול, לדוגמה, את העברת הביציות המופרות לאחרים בתמורה כספית או את מסירתן לצרכי מחקר שלא אושר כדין.³ גישה נורמטיבית המפקידה את כוח ההחלטה, כולו או עיקרו, בידי האישה והגבר,

³ יש מי שיטילו ספק ביכולתם הממשית של הפרטים הנוגעים בדבר לצפות, לשקול ולהחליט באופן מושכל, עובר לתחילת תהליכי ההפריה החוץ-גופית, מה ייעשה בביציות המופרות במגוון מפורט של מצבים, שבעלי הדבר כלל אינם חפצים, או לא מסוגלים, להעלות בדעתם כאפשרות ריאלית. זאת, בין השאר, בשל הלחץ הנפשי והסיעור הרגשי הכרוכים תדיר בהתמודדות עם בעיות

שהביציות המופרות הן פרי מיוזג המטען הביולוגי-הגנטי שלהם, מבטאת השקפת-עולם אוטונומיסטית, הדוגלת בזכות הבחירה החופשית של הפרטים הנוגעים בדבר. להם, ולא למוסדות החברה המאורגנת, נתונה הסמכות הראשונית – והאחריות הנלווית לה – להכריע בכגון דא. הפקדת תפקיד ההכרעה בידי הצדדים המעורבים יש בה גם כדי למנוע, או לצמצם, הליכי התדיינות סבוכים ויקרים וכך היא חוסכת את העלויות הנטלים (מוחשיים ולא-מוחשיים), שגופים שלטוניים (בתי משפט, בראש ובראשונה) היו אנוסים להעמיס על עצמם אילו היו הם נדרשים להכריע במחלוקות טעונות ורגישות כאלה. לפי גישה זו, האוטונומיה של רצון הצדדים היא המכשיר המועדף והיעיל ביותר לעשיית החלטות בנדון. מכאן נובע, שיש להכיר בתקפות המחייבת של הסכמים, או הסכמות, כאלו.⁴

חזקה על מערכת נורמטיבית אחראית שתקבע מראש – בחקיקה ראשית או בחקיקת-משנה, למשל – מה יהיה גורלן של הביציות המופרות בהעדר הנחיות מוקדמות, מוסכמות וברורות, של הצדדים המעורבים או בהתגלע סכסוך בנדון ביניהם במשך התהליך. כאמור לעיל, מגוון הפתרונות האפשריים עשוי לכלול המשך שימורן של הביציות המופרות בהקפאה, השמדתן, תרומתן לאחרים לצרכי רבייה או מחקר מדעי מאושר כדין, או מסירתן למי מבני הזוג למטרת רבייה.⁵ מה שחשוב הוא שהקביעות הנורמטיביות הללו יגובשו במפורש ובבהירות ויובאו לידיעת הציבור בטרם יחלו זוגות מעוניינים בתהליכי הפרייה חוץ-גופית (העשויה, כמו בפרשת נחמני, להיות כרוכה גם

של אי-פוריות והטיפול בהן. אם אמנם כך הוא (ואין אני סבור כן), החלופה הראויה להליך מושלם ופרטני של "הסכמה מדעת" של בני הזוג עצמם היא, שהדין הכללי יקבע הסדרים נורמטיביים מפורטים לפתרון מצבים עתידיים אפשריים כאלה ושהסדרים אלה יובאו לידיעתם ויתקבלו על דעתם של הנוגעים בדבר מראש, בטרם יחלו בתהליכי הפרייה החוץ-גופית. ראו להלן.

ראו: *Davis v. Davis*, 842, S.W.2d 588 (Tenn. 1992); *Kass v. Kass*, N.E.2d, 1998 WL 225 4
157 (N.Y.Ct. of App. 1998); J. Robertson, "Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos", 51 *Ohio St. L.J.* (1990) 407; J. Robertson, "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos", 76 *Virginia L. Rev.* (1990) 437
מכללא לרבייה מעצם עובדת ההשתתפות בתהליך הפרייה חוץ-גופית. ראו: "Davis v. Davis: What About Future Disputes?", 26 *Conn. L. Rev.* (1993) 305; Comment, "Frozen Embryos: Towards An Equitable Solution", 46 *U. Miami L. Rev.* (1992) 803
5 בהעדר הסכמה בין הצדדים מוצע בפס"ד *Davis* (הערת-שוליים 4 לעיל) לערוך "איוון אינטרסים" אד-הוק בכל מקרה ומקרה. פתרונות מוצעים אחרים הם להפקיד את הביציות בשליטתו של הצד המתנגד להמשך תהליך הרבייה – Poole, "Allocation of Decision-Making Rights to Frozen Embryos", 4 *Am. J. Fam. L.* (1990) 67
שהביציות (שניטלו משחלותיה) יושטלו ברחמה להמשך תהליך הרבייה – Andrews, "The Legal Status of the Embryo", 32 *Loy. L. Rev.* (1986) 357
ולא לתרום (למטרת רבייה או מחקר מדעי) ביציות מופרות מול התנגדותו של מי מהצדדים הנוגעים בדבר – New York State Task Force on Life and the Law, Assisted Reproductive Technologies: Analysis and Recommendations for Public Policy at pp. 317–320 (April 1998). אפשר גם לקבוע, שתהליך הרבייה לא יימשך מול התנגדותו של צד מעורב, אך במקרה כזה ניתן למסור את הביציות למטרת מחקר מדעי מאושר כדין.

בסידורי פונדקאות). חברה, שהאוטונומיה של רצון הצדדים אינה נר לרגליה, עשויה, כמובן, לחוקק את ההסדרים הנורמטיביים הנראים לה לעניין הדיספוזיציה הראויה של ביציות מופרות מוקפאות בקשת של מצבים אפשריים (כגון מוות, מחלה, שינוי נסיבות כלכליות, פירוד, גירושין ומחלוקת בין בני הזוג לגבי המשך תהליך הרבייה), וזאת בין אם הצדדים המעורבים עצמם נתנו דעתם לכך מלכתחילה ובין אם לאו. לטעמם של אלה המצדדים בהסדרים נורמטיביים מחייבים, שאינם תלויים ברצון הנוגעים בדבר עצמם, כאן – בדומה, למשל, לסוגיות הפונדקאות והפסקת הריון – מדובר בערכים ובאינטרסים כלל-חברתיים, הגוברים על גחמותיו של פרט זה או אחר. תיתכן גם גישת-ביניים, המקצה מרחב-מחיה מסוים לאוטונומיה של רצון הצדדים במסגרת הסדרים נורמטיביים מחייבים המעוגנים בחוק. ושוב, הדגש הוא בחיוניות הקמתה של תשתית נורמטיבית מוצקה, המודעת לצדדים, מקובלת עליהם ומנחה את צעדיהם עוד לפני שיצאו למסע ההפריה החוץ-גופית (ואמצעים עתידי טכנולוגיה אחרים של פרייה ורבייה).

במציאות הישראלית נפקד מקומה של רגולציה נורמטיבית ראויה, שיש בה כדי לכוון מראש ובאופן שיטתי את התנהלותם המושכלת של הצדדים המעורבים בתהליכי הפריה חוץ-גופית. דומה כי במקומותינו אין מקפידים כראוי על קיום הליך מסודר ומפורט של גיבוש "הסכמה מדעת", שבמסגרתו נדרשים הנוגעים בדבר לשקול ולהביע מלכתחילה עמדה משותפת לגבי גורל הביציות המופרות המצופות במגוון של מצבים עתידיים אפשריים. הצדדים המעורבים גם אינם נתבעים לקבוע מראש קריטריונים ומנגנון לעשיית החלטות עתידיות ככגון דא, אם יתעורר צורך בכך. המערכת הנורמטיבית אינה מנחה את הנוגעים בדבר לגבי קשת הפתרונות האפשריים המקובלים עליה והעומדים לבחירתם. היא נמנעת מלקבוע מראש ומלהביא לידיעת הציבור מה ייעשה בביציות מופרות (שלא הוחזרו לרחם אישה) בהעדר הנחיות מקדימות של בני הזוג או בהתגלע סכסוך ביניהם בשלב כלשהו של תהליך הרבייה. באין רגולציה נורמטיבית ראויה מרימים ראש האלתור והאינטואיציה, ה"סמוך, יהיה בסדר" וקלות הראש, השליפה הבלתי-מתוכננת והלך הרוח של "נעשה" (קודם) "ונשמע" (לאחר מכן). כך, בענייננו, נראה כי רותי ודני נחמני לא הונחו כלל לתת את דעתם ולגבש עמדה – עוד בטרם הוחלו תהליכי שאיבת הביציות, הפרייתן והקפאתן – לגבי גורלן במקרה של פירוד עתידי ביניהם. אין אני טוען כי הסכמה משותפת מקדימה כזו, אילו נוצרה, היה בה, תמיד ובהכרח, כדי לספק פתרון ראוי, וקביל על המערכת הנורמטיבית שלנו, לסכסוך שהתגלע ביניהם. טענתי היא, שעצם אי-קיומו של הליך רציני ואחראי של "הסכמה מדעת", כתנאי-מוקדם הכרחי למתן טיפולי הפריה חוץ-גופית וכל הכרוך בכך, מעיד על להיטות-יתר וקלות דעת, הגובלות בפחזנות ובחסר אחריות, של כל הנוגעים בדבר. העדרן של הנחיות נורמטיביות כלליות (בחקיקה, למשל) באשר לאופן הטיפול במחלוקת כאלה עוד מחריף כהנה וכהנה את המצב.

ג. סיפור של הסכמות, הבנות, הנחות, ציפיות, מחויבויות ומצגים משוערים

בני הזוג נחמני לא ערכו הסכם מפורש וספציפי לגבי גורלן של הביציות המופרות אם תתעורר מחלוקת ביניהם בנדון בתחנה כלשהי של מסע הרבייה שיצאו אליו יד ביד. למרות זאת היו מי שביקשו לבחון את הפרשה באספקלריה של דיני החוזים. אין, כמובן, חולקין על כך שמלכתחילה הסכימו הצדדים לנסות להגשים את משאת-נפשם דאז – הורות גנטית משותפת – על דרך של הפריה חוץ-גופית ופונדקאות. אך השאלה היא מהם טבעה, תקפותה ונפקותה המשפטית של הסכמה כזו. האם מדובר בחוזה רגיל ומחייב? בהסכם יוצא-דופן, מיוחד במינו, "רופף" או "רך" (בדומה ל"הסכם ג'נטלמני")? בהסכמה המשוללת תקפות משפטית פורמלית כלשהי? אף אם נניח שלפנינו חוזה תקף מבחינה משפטית, עדיין ניתן, במשוער, להרהר ולערער על אכיפותו, מהטעם שהתכלית שביסודו (הצפייה לחבוק ולגדל במשותף צאצא גנטי של בני הזוג) סוכלה או מחמת הרתיעה המקובלת מאכיפתה בעין של התחייבות הנושאת אופי אישי (ובמקרה הנדון – אינטימי כל כך) מובהק. כשלעצמי, אני סבור שהסכמתם ההדדית הראשונית של רותי ודני נחמני אינה מצביעה על כוונה ליצור יחס משפטי מחייב ובר-אכיפה. הנחתי היא, אפוא, שבפנינו הסכמה לבר-משפטית החורגת מגדרם של דיני החוזים.

מה הייתה עמדתם המשוערת של בני הזוג נחמני אילו נדרשו לתת דעתם, לפני תחילת תהליך ההפריה החוץ-גופית, לאפשרות של פירוד עתידי ביניהם? כמה משופטי הרוב היו מוכנים להניח קיומה של הסכמה הדדית מכללא, במשתמע, להמשיך בתהליכי הרבייה (לרבות שלב הפונדקאות) אפילו במצב של פירוד. לדידם, עצם הסכמתו והשתתפותו מלכתחילה, ומרצון, של דני בתהליך ההפריה החוץ-גופית יצרו מצב, ממנו יכלה רותי להסיק את מוכנותו של דני לצעוד יחד עמה במסלול הרבייה עד תומו, וזאת אף אם יגבה הר ביניהם ונישואיהם יעלו על שרטון. הנטייה השיפוטית לגרוס כך ניזונה מההנחה הרפואית-עובדתית, שהובאה לתשומת-לבו של בית המשפט, לפיה המשך התהליך ומיצוי שלב הפונדקאות הם הסיכוי היחיד שנותר לרותי לממש את כמיהתה לאמהות גנטית. כשלעצמי, אינני שותף להשקפה זו. החלטתם המשותפת של בני הזוג להתחיל בתהליך הרבייה הרב-שלבי אינה משדרת בהכרח מחויבות ללא-תנאי לדבוק בהמשך התהליך עד תומו והתנערות מוחלטת מהאפשרות שמי מהם ישנה בעתיד את דעתו או את נטיית לבו. אין זה סביר להניח, כעניין שבעובדה, שרותי יצאה לדרך ההפרייה החוץ-גופית בהסתמך על מחויבות משוערת כזו ושהייתה בפעל נרתעת מכך אילו העלתה בדעתה את האפשרות שדני עלול לחזור בו מהחלטתו ביום מן הימים.

סבורני כי החלטה של בני זוג על תהליך ממושך, מורכב ותובעני של רבייה (המושגת על הפריה חוץ-גופית ומשולבת בפונדקאות) מותנית, מכללא ובמשתמע, בהנחה הדדית בדבר המשך חייהם המשותפים ואפשרות מימוש המטרה הנכספת –

הורות משותפת. הצפייה היא לעתיד משפחתי משותף שלתוכו ייוולד ילדם של בני הזוג בשעה טובה ומוצלחת. משחל שינוי מהותי במצב המשפחתי ונתון בסיסי זה של חיים משותפים חדל להתקיים, נשמט הבסיס למימוש המטרה ההתחלתית של הורות משותפת. אין עוד הסכמה הדדית (להמשך תהליך הרבייה), הניתנת והראויה לאכיפה על ידי השלטון. אין עילה משפטית, הנסמכת על רצונם המשותף של בני הזוג, לכפות את המשך התהליך. הרי בעצם אקט הנישואין טמונה הבטחה, ובודאי צפייה, לחיים משותפים עד כלות נשמתם של בני הזוג או מי מהם. ובכל זאת מקובל עלינו שהדין איננו מסוגל ולא ראוי לו שיתיימר לאכוף הבטחות או צפיות הדדיות אלו כשהנסיבות השתנו באורח מהותי. המשפט נמנע גם מלכפות קיומה בפעל של הבטחה לנישואין. בדומה, אין מחייבים מכוח הדין מי מבני הזוג להוליד ילדים למשנהו, להגשים רבייה בדרך הטבע, גם אם ניתן להניח קיומן מלכתחילה של הבנה הדדית וצפייה משותפת לפרייה ורבייה כמרכיב מרכזי של קשר הנישואין ואף אם למי מבני הזוג לא תהיה הזדמנות נוספת למימוש הכיסופים להורות גנטית. באחת: הולדת ילדים היא עניין אינטימי, משותף לשני בני הזוג. אל לו לשלטון לפלוש לתחום האינטימי הזה ביד רמה (שלא לאמר ברגל גסה) ולכפות פרייה ורבייה על מי מבני הזוג שאינו רוצה בכך. אין להעמיס במצוות המדינה הורות בלתי רצויה על אדם, גבר או אישה. ודאי שאין לכפות הורות בנסיבות בהן לא ניתן כלל לייחס לצד המתנגד לכך התחייבות מפורשת, או מצג חד-משמעי, לממש את כמיהת ההורות של הצד האחר בכל מצב ובכל מחיר. תרבות סוציו-פוליטית ליברלית נרתעת, כעניין שבעקרון, מהתערבות שלטונית כופה בספירה האינטימית כל-כך של יחסי משפחה. נקיטה באמצעי כפייה משפטיים בכגון דא היא לעולם סבוכה, ברגיל בעייתית ובדרך כלל בלתי רצויה. אמת נכון, הגנתם של אינטרסים פרטיים חיוניים כמו גם של ערכי-יסוד קהילתיים עשויה לעתים לחייב, כמפלט אחרון ובבחינת הכרח שלא יגונה, הטלת פיקוח נורמטיבי על היבטים מסוימים של חיי משפחה⁶. אולם ההנחה הכללית, הניתנת לסתירה אך בקושי רב, היא, שעל הרשות להדיר עצמה משימוש בצווי עשה ואל-תעשה בתחום אנושי רגיש זה.

ד. סיפור של הורות בזכות ובכפייה

מן המפורסמות הוא שהמדינה הדמוקרטית-ליברלית מבטיחה לאזרחיה מכלול של חירויות בסיסיות וזכויות יסוד. החירויות משמען הגנה מפני התערבות, באיסור ובהגבלה, על ידי אחרים – בראש ובראשונה המדינה ומוסדותיה. בכגון דא מדיר

6 ראו: ד' ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני", עיוני משפט כ (1) (התשנ"ו) 197, בעמ' 204.

עצמו השלטון מכפיית התנהגות שאינה רצויה לפרט או ממניעת התנהגות הרצויה לו. ערכי האוטונומיה, חופש הבחירה, ההגדרה העצמית, הפרטיות וכבוד האדם מצביעים תמרור "עצור!", שהמתרחש מעבר לו הוא מחוץ לתחום התערבותן של הרשויות ושבגדרו בני-חורין אנו לנהוג כאוות נפשנו. יש המכנים חירויות אלו בשם זכויות "שליליות" או זכויות-חופש, דהיינו, הזכות לעצור את השלטון מלפעול, למנוע ממנו דריסת-רגל במגזרי-חיים שחופש הפרט מושל בהם ככֶּפֶה. רבים וטובים גורסים כי חרות האדם במובן משמעותי, מקיף ושלם יותר טומנת בחובה גם פן "חיובי", דהיינו, זכאות לסיועה של המדינה בהקלת מצוקותיו, בפתרון בעיותיו ובמימוש ציפיותיו של הפרט בתחומי-חיים חיוניים כגון בטחון, חינוך, רווחה ובריאות. בהעלותו דרישה להענקת זכויות "חיוביות" כאלו, טוען האזרח לזכאותו לקבלת עזרה מהמדינה בהגשמת מאווייו הבסיסיים וזאת גם על דרך של הקצאת משאבים נאותים. משקלה של טענת-זכאות כזו, והלגיטימיות שלה, גוברים ככל שמדובר בצרכים יסודיים שאין ידם של הפרט, או קבוצות פרטים, משגת לספקם בכוחות עצמם.

במציאות בה אנו חיים נתפשת ההורות כערך חברתי-תרבותי מכונן, כצורך אנושי בסיסי, כמאווי אישי סוּחֵף מאין כמוהו. כך מטעימה השופטת ט' שטרסברג-כהן כי "...אין מי שיחלוק על מעמדה וחיבתה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשונים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה... זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט"⁷. ומחרה-מחזיק אחריה השופט מ' חשין בססגוניות הלשון המיוחדת לו: "... הזכות להורות – זכות היא שבאה אלינו מן הטבע.... משאת-הנפש לילד, [ב]אותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבורר בנפשה של אישה ואיננו אֶפֶל; ... [ב]צורך ו[ב]שוקקות להורות המולד באדם.... אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות.... הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה, וזכות זו היא בעלת עוצמה כה-רבה...."⁸.

7 דנ"א נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 680.

8 בג"צ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות ואח', פ"ד נו (1) 419, 445, 447. ראו גם: לעיל הערה 6, בעמ' 200: "מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות.... הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי". להתייחסות ביקורתית למרכזיותו הגורפת של ערך ההורות (ובמיוחד האמהות) הביולוגית באתוס החברתי-תרבותי הישראלי ראו: C. Shalev, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", 32 (1) *Israel Law Review* (1998) 51, at 53.

נראה כי אין מי שיחלוק על מעמדה של ההורות הטבעית כחרות בסיסית, כזכות-חופש, כזכות "שלילית", שאל לה למדינה להתערב בה בדרכי איסור והגבלה על חייו האינטימיים של היחיד, צנעת-הפרט שלו ורצונו האוטונומי.⁹ אך דומה כי לא הכל, ואולי לא רבים, יצדדו בקיומה של טענת-זכאות גורפת למימוש הסיכוי להורות המוקנית לפרט כלפי הרשות.¹⁰ התמיכה בזכות "חיובית", בעלת נופך חוקתי, מעין זו חזקה עליה שתפחת ותלך ככל שהמדובר הוא בטיפולים ביר-רפואיים חדישים ונתמכי טכנולוגיה מדעית, שהם תדיר עתירי משאבים כלכליים ולעתים מזומנות ניסיוניים, לא נטולי סיכון וכרוכים בלבטים חברתיים ואתיים.¹¹ אך גם אם נניח שלזכות להורות יש פן "חיובי" במובן של זכאות לסיועה של המדינה בנדון, עדיין לא נובע מכך שזכותה של האזרחית פלונית להגשמת כמיהתה להורות מצמיחה מיניה וביה חובה משפטית, המוטלת על בן-זוגה האזרח פלמוני לסייע לה בכך בניגוד לרצונו. הזכות להיות הורה, כמוה כזכות שלא להיות הורה, הן נגזרות של ערכי האוטונומיה, חופש הבחירה, ההגדרה העצמית וכבוד האדם. בתור שכאלה, אין לגרוס שבזכות להיות הורה טבועות *a priori* עליונות ערכית ועדיפות נורמטיבית על פני הזכות שלא להיות הורה. אי לכך, אין

"The cultural atmosphere is such that the centrality of the values of family and childbearing go unchallenged. At times, it seems as if the consumption of medical technology under social pressure borders upon an irrational obsession. The option of childlessness and its acceptance does not exist. Even alternative solutions such as inter-country adoption recede in the face of an unspoken imperative to realize genetic parenthood at whatever cost. It seems that, in Israel, the value of biological parenthood would justify all means for its attainment...".

9 ".... הזכות להורות זכות היא מסוג של חירות – זכות היא שאין חובה בצדה המוטלת על הזולת...." – דברי השופט מ' חשין בבג"צ משפחה חדשה ואח', לעיל הערה 8, שם, בעמ' 448. השופט מ' חשין מצטט בהקשר זה מדין וחשבון הועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (תשנ"ד) ("ועדת אלוני"): "... הזכות [ללדת] הינה בעלת אופי נגטיבי – בכוחה למנוע הפרעה להעמדת צאצאים, ולא פוזיטיבי – להטיל התחייבות על גורם אחר כדי לסייע בהעמדת צאצאים". (פיסקה 5 של המבוא לדו"ח הועדה, בעמ' 11).

10 ראו לעיל הערת-שוליים 9.

11 על הזכות להורות כזכות "שלילית" וכזכות "חיובית" ראו: J. Harris and S. Holm (eds.), *The Future of Human Reproduction* (Oxford, 1998), at pp. 5–37; R. Dworkin, *Life's Dominion* (London, 1993), at pp. 148, 166–67; J. Robertson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies* (New Jersey, 1994); R. G. Lee and D. Morgan, *Human Fertilization & Embryology – Regulating the Reproductive Revolution* (London, 2001), at pp. 29–37. ניתן להבחין, לענין הזכות להורות, בין הולדה כדרך הטבע לבין רבייה בסיוע מאסיבי של טכנולוגיות ביר-רפואיות: "בניגוד להפריה על ידי קיום יחסי-מין – הנעשית ללא התערבותו של גורם חיצוני כלשהו – הזרעה מלאכותית, הפריית מבחנה, הקפאת זרע וביציות, טרום-עוברים, הפשרתם והשתלתם אצל האם הגנטית או הפונדקאית, כל אלה בלתי-אפשריים ללא סיוע הרפואי. מכאן, יש מקום להבחנה בין הפריה בסיוע הרפואי לבין הפריה ללא סיוע זה.... הרופאים, בהיותם מבצעים בפעל את ההפריה, הופכים להיות שותפים באחריות לתוצאותיה – בשונה מהפריה טבעית". ר' לנדאו, "יתמות מתוכננת", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן – אלמגור, הוצאת הקבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים, 2002), 203, 204, 205.

להניח כמובן מאליו שבהיתקלן זו בזו תמיד תהיה ידה של הראשונה על העליונה. לשון אחר, זכותה – רבת משקל וערך ככל שתהיה – של רותי נחמני להיות אם איננה מטילה על דני נחמני חובה משפטית אכיפה להיות אב בעל כורחו לצאצא גנטי, שיגדל במנותק ממנו במחיצתה של בת-זוגו לשעבר. אין צורך להכביר מילים על כך שהטלת חובת הורות כפויה כרוכה בהתערבות שלטונית דורסנית בחופש הפרט במגזר שהוא אולי הכי רגיש, הכי אישי, הכי אינטימי של חיינו. במילה, אין לממש את כמיהתה של רותי לאמהות, ראויה ונואשת ככל שתהיה, במחיר העמסת אבהות כפויה על דני. זאת, למרות שמלכתחילה הסכים לתהליך ההפריה החוץ-גופית ונטל בו חלק.

ה. סיפור של איזון אינטרסים או של דרישה להסכמה משותפת ונמשכת בכל שלבי התהליך?

בהעדר תשתית נורמטיבית ראויה ליישוב מחלוקות באשר לגורלן של ביציות מופרות מוקפאות, מה היה על בית המשפט לפסוק משהתייצבו בפניו נצים, זו מול זה, רותי ודני נחמני?

פרשיה דומה נדונה לפני למעלה מעשור שנים בבית-המשפט העליון של מדינת טנסי שבארצות-הברית¹². מעשה בזוג שהתגרש. האישה בקשה לקבל לחזקתה את שבעת הטרומ-עוברים המוקפאים של בני הזוג על מנת שיושתלו ברחמה למטרת הריון ולידה. האיש התנגד לכך ודרש להשאיר את הטרומ-עוברים בהקפאה. הערכאה הראשונה פסקה לטובת האישה, בנימוק שממועד ההפריה יש להתייחס אל הטרומ-עוברים כאל "human beings". ערכאת הערעור קבלה את ערעור האיש והחליטה שעומדת לו זכות חוקתית מוגנת לא להיות הורה בעל כורחו. כמו כן קבעה, שאין אינטרס מדינתי מכריע המצדיק השתלת הטרומ-עוברים בניגוד לרצונו של מי מהצדדים וכי האישה והאיש חולקים באינטרס בטרומ-עוברים ושניהם כאחד זכאים לשליטה במשותף ולקול שווה באשר למה שיעשה בהם. האישה ערערה לבית-המשפט העליון של מדינת טנסי. עובר לדיון ולהחלטה בבית-המשפט העליון נישאו האישה והאיש לאחרים והאישה לא חפצה עוד בטרומ-עוברים לשימושה-היא אלא בקשה לתורמם לזוג חסוך ילדים. האיש התנגד לכך נחרצות ודרש שהטרומ-עוברים יוכחדו. כמו רותי ודני נחמני, גם בני הזוג Davis לא ערכו, עובר לתחילת טיפולי ההפריה החוץ-גופית, הסכם בכתב לגבי גורלם של טרומ-עוברים מוקפאים שלא ייעשה בהם שימוש למטרה שלשמה ניתנו הטיפולים מלכתחילה. בספר החוקים של מדינת טנסי לא נמצא כל חוק המיועד להסדיר מצב כזה וכן לא אותרה כל פסיקה רלבנטית קודמת.

12 לעיל הערה 4.

בית־המשפט העליון של מדינת טנסי פסק שאת גורלם של טרום־עוברים מוקפאים יש לחרוץ, ראשית לכול, בהסתמך על העדפתם העכשווית של האישה והאיש הנוגעים בדבר עצמם. אם לא ניתן לחשוף את רצונותיהם, או אם התגלעה מחלוקת ביניהם, יש לבצע את ההסכם הראשוני ביניהם בנדון. הסכם שנעשה בין האישה והאיש, עובר לתחילת תהליכי ההפריה החוץ־גופית, כאשר לגורלם של טרום־עוברים מוקפאים שלא יוחזרו לרחם האישה מסיבה כלשהי (כמו מותו של מי מהם, גירושין, זניחת התוכנית המקורית וכיוצא באלו מצבים עתידיים אפשריים) הוא תקף, מחייב ואכיף. זאת משום שסמכות ההחלטה כאשר למה שייעשה בטרום־העוברים המוקפאים נתונה לאישה ולאיש, שמתאי הרבייה שלהם נוצרו. בהעדר הסכם ראשוני או הסכמה מאוחרת בנדון בין הצדדים, שוימה על בית המשפט להכריע בסכסוך על דרך של שקילה ואיזון האינטרסים השונים של בעלי הדין בשימוש או באי־שימוש בטרום־העוברים המוקפאים. ברגיל תיטה כף מאזני האיזון לטובתו של הצד המתנגד לשימוש בטרום־העוברים המוקפאים, וזאת בהנחה שלצד האחר יש אפשרות סבירה להגשמת הורות בדרך אחרת. באין חלופה סבירה כזאת, ישקול בית־המשפט את הטיעון בזכות השימוש בטרום־העוברים לשם השגת הריון ולידה לעומת הטיעון נגד כפיית הורות על מי שאינו חפץ בה. כאשר לאיש, העמסה כפויה של אבהות כרחיים על צווארו צפויות לה השלכות כלכליות ופסיכולוגיות משמעותיות. הנטל הרגשי שיושת עליו כולל הן חשש לרווחתו הפסיכולוגית של היילוד העתידי (שלא יזכה לגדול במחיצת שני הוריו) והן סבל אישי־רגשי שלו עצמו (חיים של ספק מכרסם־לב לגבי הסטטוס ההורי שלו או, לחלופין, מודעות קורעת־לב לעובדת הורותו באין יכולת לממשה ובהעדר זיקה בינו לבין יוצא־חלציו). כאשר לאישה, במקרה הנדון היא מבקשת לתרום את הטרום־עוברים המוקפאים לצורכי רבייה. בהעדר היתר לתרומה ייחרץ גורלם לכליה, מה שצפוי לגרום לה מצוקה נפשית־רגשית בהכירה בכך שהנטל שנשאה בו בהליכי ההפריה החוץ־גופית היה לריק ושיעד הרבייה לעולם לא יושג. בשוקלו אהדדי את האינטרס של האישה באי־שימוש בטרום־העוברים המוקפאים לעומת האינטרס של האישה בשימוש בהם על דרך של תרומה לאחרים לא התקשה בית־המשפט העליון של מדינת טנסי להכריע את הכף לטובת האיש. אגב־אורחא העיר בית־המשפט כי מלאכת האיזון הייתה קשה עליו יותר אילו בקשה האישה שהטרום־עוברים יושתלו ברחמה־שלה על מנת שהיא־עצמה תהרה ותלד. אולם גם במקרה כזה יש עדיין לבחון היטב אם אין ביכולתה להגשים את שאיפתה להורות משלה בדרך סבירה אחרת, שלא תהיה כרוכה בכפיית הורות בלתי רצויה על בן־זוגה לשעבר. אמנם נכון שהיא נשאה כבר במעמסה של טיפולי הפרייה חוץ־גופית ושאם תבחר לעשות זאת שוב יהיה עליה לשאת בנטל נוסף. אך עדיין תהיה לה הזדמנות לניסיון נוסף לממש את כיסופיה להורות בכל היבטיה: אם הניסיון יצלח, היא תהיה האם הגנטית־ביולוגית, היולדת והמגדלת. יתר על כן, אפילו לא תוכל עוד, או לא תרצה, להתנסות במחזור נוסף של

טיפול הפרייה חוץ-גופית, עדיין יהיה באפשרותה לגדל ילד (הגם שאינו פרי-בטנה הגנטי-ביולוגי) באמצעות אימוץ¹³.

פרופ' ג' רוברטסון מאמץ את דגם-ההחלטה שעיצבו בתי המשפט בטנסי ובניו-יורק. נקודת-המוצא היא ה-"dispositional authority", או ה-"procreative freedom", של בני-הזוג עצמם לגבי טרום-עוברים שנוצרו בהפרייה חוץ-גופית מתאי הרבייה שלהם. במסגרת האוטונומיה של רצון הצדדים הם זכאים לממש את שאיפתם להעמיד צאצאים בדרך זו והם גם בני-חורין להחליט להימנע מכך משחל שינוי בצורכיהם או בנסיבות חייהם. בהעדר רצון משותף או הוראות-מקדימות מוסכמות בנדון, יש ליישב את המחלוקת על בסיס איזון אינטרסים, לאמור, על דרך של השוואת הנטל היחסי שיושג על כל צד כתוצאה משימוש או מאי-שימוש בטרום העוברים¹⁴.

ובחזרה לפרשת נחמני. כזכור, רותי ודני היו חלוקים ברצונותיהם לגבי השימוש או אי-השימוש בכיציות המופרות המוקפאות. עובר לתחילת תהליך ההפרייה החוץ-גופית לא נדרשו כלל לעניין ולא גבשו הוראות-מקדימות מוסכמות בנדון. כיצד היה על בית-המשפט לנהוג בנסיבות אלה? אפשרות אחת היא להכריע בסכסוך על דרך של שקילה ואיזון של האינטרסים השונים של בעלי הדין, כפי שעשה בית-המשפט העליון של מדינת טנסי, כאמור לעיל. בדרך זו יזכה הצד שהאינטרס שלו יישב ככבד-משקל

13 גם בית-המשפט לערעורים של מדינת ניו-יורק נזקק לעניין דומה בפרשת *Kass v. Kass*, לעיל הערה 4. הסכסוך בין הצדדים נסב על גורלם של חמשה טרום-עוברים מוקפאים, שנוצרו כשבני הזוג היו עדיין נשואים. לאחר שהתגרשו, בקשה האישה שהטרום-עוברים יושלחו ברחמה. לטענתה, זוהי ההזדמנות האחרונה שלה לזכות באמהות גנטית-ביולוגית. האיש מתנגד לכך שיושג עליו נטל של אבהות כפויה וטוען כי הצדדים הסכימו מלכתחילה, עובר לתחילת תהליך ההפרייה החוץ-גופית, במפורש ובכתב, שבמקרה של גירושין עתידיים ייתרמו הטרום-עוברים למטרות מחקר מדעי. בית-המשפט קבל את הטענה. לשיטתו, יש בדרך-כלל להכיר בתקפות המחייבת ובאכיפתם של הסכמים בין האיש והאישה הנוגעים בדבר לגבי מה שיעשה בטרום-עוברים המוקפאים שלהם במצבים נתונים. כעניין של מדיניות משפטית, ראוי להמריץ את הצדדים לתת דעתם מראש, בטרום צאתם לדרך ההפרייה החוץ-גופית, על נסיבות עתידיות אפשריות שונות ולציין במפורש ובכתב את הפתרונות המקובלים עליהם. טופסי ה"הסכמה מדעת" שנחתמו על ידי בני הזוג מצביעים בעליל על כוונתם המשותפת, שבנסיבות הנדונות ימסרו הטרום-עוברים למחקר מדעי. זה היה רצונם החד-משמעי של הצדדים, שראו לנכון לשקול ולהחליט בעצמם ובמשותף על גורל הטרום-עוברים בנסיבות שונות שפורטו על ידם. משביטאו בכיור את כוונתם המשותפת, על בית-המשפט לכבדה ולממשה. הטרום-עוברים המוקפאים לא יוצאו מאכסונום אלא למטרה שהוסכם עליה בזמנו במשותף ובמפורש – תרומה למטרות מחקר מדעי מאושר כדן.

14 "...disputes over frozen embryos should be resolved first by looking to the joint wishes of the couple, and if they are not available or are unable to agree, to prior instructions which they gave for disposition of those embryos. If no instructions exist, we must then compare the relative burdens on each party of using or not using the embryos in question" J.A. Robertson, "Resolving (הדגשה שלי – ע.ש.), Disputes over Frozen Embryos", in J.H. Howell & W.F. Sale, eds., *Life Choices: A Hastings Center Introduction to Bioethics*, pp. 358, 369 (Washington D.C., 1995)

יותר בנסיבות העניין, שגזקו (אם יפסיד בדין) יוערך כגדול יותר לעומת זה של יריבו. איזון אינטרסים (או זכויות, או ערכים, או תועלות ועלויות) הוא תבנית של הכרעה שיפוטית המקובלת ואף נפוצה במקומותינו, במגזרים מגוונים של המשפט הפרטי והציבורי. המצדדים בה קושרים לה כתרים הרבה. היא בונה על שיקול-דעת שיפוטי אד-הוק, מתוך מודעות ורגישות לנסיבות ולמאפיינים המיוחדים של העניין הנדון. היא חותרת לתוצאה צודקת במקרה הקונקרטי ומעודדת יצירתיות שיפוטית. היא ניזונה מפתיחות ומגמישות מחשבתית ואיננה מקובעת בסד של נורמות נוקשות, קפואות, מופשטות, מכניסטיות, פורמליסטיות של דין חרוט "יבש". מי שאיננו חסיד שוטה של תבנית זו של הכרעה שיפוטית יודה, מן הסתם, במגבלותיה ובמגזרותיה. היא תורמת להעצמת האלתור והאינטואיציה, הסובייקטיביות והנזילות, השונות ואי-הרציפות, הניחוש והשרירותיות בתהליך השיפוטי. היא נוגסת בערכי היציבות, הודאות, הצפיות-מראש והאחידות במשפט. לעתים מזומנות אין היא אלא בבחינת ברירת מחדל, מול אי יכולתו, או חסר רצונו, או התנערותו, או כישלונו של המחוקק לעצב הסדר סטטוטורי כללי ראוי *a priori* בסוגייה נתונה. ברי כי איזון אינטרסים אד-הוק איננו הדגם האופטימלי לעשיית החלטות שיפוטיות מושכלות בהעדר מדדים אמניים להערכת משקלם היחסי של האינטרסים המתחרים וכשההתנהלות השיפוטית בגזרה הנדונה מצריכה מידה מירבית של יציבות, ודאות, צפיות-מראש ואחידות. וכך בענייננו. בהנחה שבזכות למימוש אמהות לא טבועות *a priori* עליונות ערכית ועדיפות חברתית על פני הזכות שלא להיאנס לאבהות כפויה, כיצד יבוצע איזון מושכל ביניהן? ואם המבחן הקובע נעוץ בהשוואת המעמסה שרותי כבר נשאה בה וסבלה בעתיד (אם מבוקשה לא יינתן לה) לעומת הנטל שיושת על דני (אם יהיה לאב בעל-כורחו), האם אמנם כף המאזניים נוטה חד-משמעית וללא עוררין לצדה של רותי? אין ספק שתשומתה של האישה בתהליכי ההולדה – מבחינת מאמץ, מעמסה, כאב, סבל וסיכון – גדולה לאין שיעור מזו של הגבר. כך הדבר בהריון טבעי רגיל ועל אחת כמה וכמה בהפריה חוץ-גופית, הכרוכה בפרוצדורות רפואיות פולשניות. התרומה הנשית הייחודית להולדת ילדים והנטל הכבד והלא-שוויוני המוטל על האישה בנדון הם נתון טבעי-ביולוגי בלתי נמנע. אך מהי נפקותו הנורמטיבית של נתון זה? האם שיטת המשפט מתחשבת בו כגורם רלבנטי למשל בסכסוכי משמורת בין הורים ומעדיפה בגינו את האם כמשמורנית על פני האב? ובאשר לעתיד, נזקה (בתסכול, בצער ובמצוקה נפשית) של רותי נובע מכך שהסיכוי האחרון שלה להגשים את משאת-נפשה לאמהות גנטית (אם השתלת ביציותיה המופרות בפונדקאית אומנם תצלח ותביא להריון וללידה) יוחמץ ושהנטל הכבד שנשאה בו בתהליכי ההפריה החוץ-גופית יהיה לרִיק. תסכולה עוד יגבר, ניתן להניח, לנוכח העובדה שלדני יש כבר צאצאים גנטיים משלו ושבהפריית ביציותיה בזרעו-שלו היא ויתרה על אפשרות חליפית להפריה בזרעו של תורם. מאידך גיסא, נזקה של רותי מופחת מחמת האפשרות שתוכל עדיין לגדל ילד (אומנם לא צאצא גנטי שלה) באמצעות אימוץ. נזקו המשוער

של דני, לעומתה, איננו מתמצה בנטל כלכלי גרידא של חובת תמיכה כספית בצאצא הבלתי רצוי. בהיותו מודע לעובדת אבהותו לילד, הנושא את מטענו הגנטי, בו לא חפץ ושעמו אין הוא מקיים בפעל זיקת הורות, נדון דני למצוקה רגשית, לסיעור נפש קורע לב, שיהיה מנת חלקו כל ימי ולילות חייו¹⁵. אבהות, כמו אמהות, נושאת עמה מטען מורכב של מחויבויות והשלכות רגשיות. מיהו הנביא או בן-הנביא שיוכל לחזות, בודאות סבירה, מי משניהם יסבול יותר במאזן כולל לאורך זמן ולנוכח התהפוכות הבלתי צפויות של חיי אנוש? באחת, אין זה ברור מאליה כלל ועיקר שבדירוג המצוקות, הנטלים והנוזקים של בני הזוג נחמני מקומה של רותי גבוה יותר.

סבורני כי הדרך הנאותה להכרעה בסכסוך בין רותי ודני נחמני, בהעדר הסכמה מלכתחילה ביניהם או הנחיות מקדימות שניתנו על ידם ובאין הסדר סטטוטורי כללי ליישוב מחלוקות לגבי גורלן של ביציות מופרות מוקפאות, היא לדבוק בדרישה להסכמה משותפת ונמשכת של בני הזוג בתהליך ההפריה החוץ-גופית על כל שלביו. משמעות הדרישה היא, כי כל פעולה בשרשרת הפעולות הכרוכות בתהליך המורכב של הפריה חוץ-גופית, לרבות השתלת הביצית המופרית ברחם אישה, טעונה הסכמה נפרדת של הצדדים המעורבים. הגיונה של הדרישה טמון בעובדה שבכגון דא, ולהבדיל מהולדה טבעית רגילה, מדובר בתהליך רב-שלבי נמשך, עתיר טכנולוגיה, בעל עלות גבוהה, לא נטול סיכונים, לפרקים ניסיוני, המחייב החלטות משמעותיות ולעתים גורליות בצומת-ההחלטה אחדים (שאיבת הביציות והפרייתן החוץ-גופית, הקפאתן, החזרתן לרחמה של האישה בעלת הביציות או השתלתן ברחם אישה פונדקאית). מהדרישה להסכמה משותפת נמשכת נובע, כמובן, שאין לבצע שום פעולה מהנ"ל (דוגמת השתלת ביציות מופרות ברחם אישה) מול סירובו של מי מהצדדים להמשיך בתהליך. הווי אומר, לכל אחד מהצדדים המעורבים שמורה זכות ווטו, קרי, היכולת לסגת מהתהליך ולסיימו¹⁶. מה שהחל בהסכמה משותפת אינו

15 "Whether or not the gamete source who opposes embryo transfer incurs child support obligations, he or she will still face the potentially significant psychosocial impact of unwanted biologic offspring. A marriage that had failed would have produced biologic offspring, for which the unconsenting partner may have strong feelings of attachment, responsibility, guilt, etc. Even if no rearing duties or even contact result... the unconsenting partner may learn that biologic offspring exist, with the powerful attendant reverberations which that can ignite. The psychological burdens of unwanted parenthood are significant and should be given appropriate weight in deciding individual disputes." לעיל הערה 14, שם, בעמ' 361.

16 זהו, למעשה, המצב בדין האנגלי, מכח ה-Human Fertilization and Embryology Act 1990: "In essence... the statutory scheme confers a power of veto upon each (of the) gamete-provider(s) over what use the gametes (or embryos created using their gametes) may be put to.... Once consent to storage is validly withdrawn by at least one gamete-provider... any gametes or embryos may no longer be lawfully stored. They must... either be used in accordance with any remaining consents to their use or, if no

יכול להמשך עד תומו אלא בהסכמה משותפת. מטרתם הראשונית של בני הזוג נחמני היתה לגדל במשותף ילד המשתייך גנטית לשניהם. רצון הדדי זה התניע את ראשית תהליך ההפריה החוץ-גופית. משחדל רצון הדדי זה להתקיים, התהליך נעצר והמטרה הראשונית, שכבר אינה משותפת, איננה עוד בת-השגה. יפים לעניין זה דבריו של נשיא בית-המשפט העליון השופט ברק: "הורות היא מעמד... מיוחד... היא בנויה על שותפות. היא מבוססת על הליכה של יד ביד... כאשר השותפות נעלמת... נשמט הבסיס האחד והיחיד המאפשר החלטות בעניין הביציות המופרות... בהעדר הסכמה הדדית אין כל אפשרות להתחיל את תהליך ההפריה. בהעדר הסכמה אין אפשרות להמשיך בו... רות נחמני אינה מבקשת אך להיות אם... רות נחמני מבקשת להיות אם לילדו של דני נחמני. ... אין זו הורות "חד משפתית". תורם הזרע אינו עלום. זוהי הורות משותפת... תקנת הציבור דורשת כי תהליך ההפריה... אשר פריו הסופי הוא ילדם המשותף של הצדדים – ייוולד רק מתוך הסכמה משותפת לאורך כל הדרך... הצדק דורש שוויון בכוח ההכרעה באשר להורות המשותפת... הרצון המשותף של הצדדים... החל את התהליך. זהו הרצון היחיד שיכול לתמוך בהמשכתו"¹⁷.

הדרישה להסכמה משותפת ונמשכת בכל שלב ושלב של התהליך מיתרת את העיסוק השיפוטי באיזון ערכים ובשקילת האינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר. הצבעתי כבר על הבעייתיות הטבועה בהזדקקות למכשיר שיפוטי זה בסוגיה בה עסקינן. ההכרעה במחלוקת בין רותי ודני נחמני איננה בגדר של "איזון". משמעותה לגבי הצדדים הנצים היא – הכל או לא-כלום. מימוש זכותה של רותי אפשרי רק במחיר שלילת זכותו של דני. הדרישה להסכמה משותפת של הנוגעים בדבר בכל שלב בתהליך מובילה בהכרח לכך שהתנגדותו של דני לאבהות גנטית כפויה תגבר על תביעתה של רותי להגשמת אמהות גנטית נכספת. זאת, כמוכך, משום שמימוש זכותה להורות מותנית בשיתוף-פעולה מצדו בעוד שהבטחת זכותו שלא להיות הורה בעל כורחו איננה תלויה בהסכמתה. המציאות הבלתי נמנעת היא שאי אפשר לספק אהדדי את המאויים, הלגיטימיים כשלעצמם אך המנוגדים בתכלית זה לזה, של רותי ודני ולא ניתן גם לאזן ביניהם. צוין כבר שהדרישה להסכמה משותפת נמשכת של בני הזוג כשובר-שוויון במחלוקת הנדונה משחררת את בית-המשפט מהצורך להעריך את משקלם הסגולי-הערכי ההשוואתי של מאויים סותרים אלו ולאמוד את תסכולם, סבלם ונזקם היחסיים של הצדדים הנוגעים בדבר. כך יוכל בית-המשפט להמנע, למשל, מקביעות (שאינן מובנות מאליהן ושלא הכל מסכימים להן) המייחסות עליונות ערכית *a priori* לכמיהה להורות לעומת הבחירה לא להיות הורה והמעניקות זכות-בכורה נורמטיבית לפריה ורבייה, כביטוי להעדפה עקרונית של ערך החיים,

such consent exists, the gametes and embryos must be 'allowed to perish'." I. Kennedy & A. Grubb, *Medical Law*, pp. 1289, 1295–6 (3rd edition, London, 2000)

17 דנ"א נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 789, 790, 791.

על פני החלופה של הימנעות מהן. כך גם יוכל בית-המשפט להמנע מהתערבות בלת-ראויה המאפשרת מימוש הורות לצד אחד תוך כפייתה על הצד האחר¹⁸.

ו. סיפור של שוויון

ביצית מופרית היא תוצר המיזוג של תאי הרבייה של האישה והאיש, פרי שילוב המטען הגנטי של שניהם. מבחינה זו, לאישה ולאיש מעמד מוסרי ומשפטי זהה לגבי הביצית המופרית. הדרישה להסכמה משותפת ונמשכת של בני הזוג להבאת ילד לעולם בכל שלב ושלב של התהליך מבטאת נכונה ותומכת כרבעי בשוויון גנטי בסיסי זה. רק כך ניתן להבטיח שוויון אמתי בין הצדדים. שופטי הרוב בדיון הנוסף בפרשת נחמני לא עמדו על דרישה זו ובכך קעקעו את יסוד השוויון במעמדם המוסרי והמשפטי של רותי ודני. תְּמַהְנִי כיצד היו שופטי הרוב פוסקים במקרה הפוך, לְאִמּוֹר, אֵילוּ רותי התנגדה, מטעמי-היהיא, להשתלת הביציות המופרות בפונדקאית בעוד דני היה זה שדרש את המשך תהליך הרבייה. האם גם במקרה כזה היו שופטי הרוב מורים על המשך התהליך, על אפה ועל חמתה של רותי? מסופקני. קשה להניח שהיה נמצא רוב בבית-המשפט העליון לכפיית אמהות גנטית על רותי בעל כורחה, וזאת אף אם לדני היתה זו ההזדמנות האחרונה למימוש אבהות גנטית וגם אילו נטל על עצמו את מלוא האחריות (לרבות המחויבות הכלכלית) של הורה-משמורן יחיד לילוד המצופה. ונניח שמדובר בהפריה חוץ-גופית רגילה, ללא פונדקאות, דהיינו, שהביצית המופרית אמורה להיות מוחזרת לרחמה של בעלת הביצית עצמה על מנת שתהרה ותלד. היעלה כלל על הדעת שבית-משפט איזשהו היה מצווה על כך לבקשת האיש (המשתוקק בכל מאודו לאבהות גנטית) וכופה על האישה השתלת ביציות, הריון ולידה בעל כורחה? מובן מאליו שלא. להורות כן פירושו לאנוס אישה לאמהות כפויה בתהליכי הפריה חוץ-גופית. זהו, למותר להדגיש, תרחיש שהדעת אינה סובלתו. אבל גם כפיית אבהות בלת-רצויה באמצעי הפריה חוץ-גופית היא מצב בלתי קביל. הכרה פְּנֵה בזיקתם הגנטית השווה ובמעמדם המוסרי והמשפטי הזזה של שני הצדדים לגבי תוצר מטענם הגנטי המשותף תיתכן רק על דרך של אימוץ העיקרון, לפיו לשני בני הזוג קנויה סמכות החלטה משותפת ונמשכת בכל שלב ושלב

18 "..." הזכות שלא להיות הורה'.... [היא] האוטונומיה של הפרט וחירותו לשלוט בחייו ולקבל הכרעות אינטימיות ללא התערבות וללא כפייה.... כפיית ההורות על אדם שאינו רוצה בה היא... פגיעה חמורה באוטונומיה שלו. בהתחשב במשמעותה של ההורות בחיי האדם, נראה סביר ואף הכרחי שהסכמת שני בני הזוג לתהליך תינתן בכל אחד משלביו.... זכותו של צד אחד להורות אינה יכולה להצדיק הטלת חובות על הצד האחר ואינה יכולה להצדיק פגיעה כה חריפה באוטונומיה של הצד המסרב, אף אם בשלב מוקדם יותר נתן את הסכמתו". ר' רביצקי, "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, הוצאת הקיבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים, 2002) 137-158-159.

באופן שאין להמשיך בתהליך הרבייה אם מי מהם מתנגד לכך. רק כך יובטח ערך השוויון בסוגיה בה עסקינן¹⁹.

הדרישה להסכמה משותפת ונמשכת של האישה והאיש בכל שלבי תהליך הרבייה כוחה יפה כל עוד לא הושגו ביציות מופרות ברחמה של אישה למטרת הריון ולידה. משלב זה ואילך חדלה הדרישה להדדיות להתקיים וזכותה של האישה, הנושאת עובר ברחמה, להמשיך בהריון עד ללידה תהיה מכרעת ותגבר תמיד על רצונו של האיש לא להשלים את תהליך הרבייה. לכולנו, נשים כגברים, זכות בסיסית לגונן על שלמות גופנו מפני חדירה לא רצויה על תוצאותיה האפשריות, לרבות סיכון חיים, פגיעה פיזית ונפשית, פלישה לצנעת פרטיותנו והפרת האוטונומיה האישית וכבוד האדם שלנו. הפסקת הריון (בין אם נוצר כדרך הטבע ובין אם באמצעות הפריה חוץ-גופית) כרוכה תדיר בהתערבות פולשנית, כירורגית ברגיל, בגופה של האישה ההרה ועלולות להיות לה השלכות מרחיקות-לכת על בריאותה הגופנית ורווחתה הפסיכולוגית והרגשית, כמו גם על פרטיותה והאוטונומיה שלה. לכן שמורה לאישה זכות הבכורה להחליט (במסגרת הדין הכללי) אם להמשיך בהריונה או להפסיקו ובפרוץ מחלוקת בנדון בינה לבין האיש תהיה ידה שלה על העליונה²⁰. אכן, דני לא יכול היה למנוע את המשך הריונה של רותי, או אישה אחרת, אילו נשאה כבר עובר ברחמה. במצב של הריון ממשי אמנם מאפשר מאזן השיקולים והאינטרסים הרלבנטיים העמסת אבהות על האיש בעל כורחו, כשהאישה ממאנת להפסיק את הריונה. או אז המדובר הוא בזכותה של האישה על גופה ממש, פשוטו כמשמעו. בפרשה הנדונה, לעומת זאת, לא מדובר בהריון כלל ועיקר. מדובר בביציות מופרות של רותי ודני המאוכסנות בהקפאה במרפאה להפריה חוץ-גופית.

ז. סיפור של טובתו המשוערת של היילוד העתידי

הטכנולוגיות החדישות של פרייה ורבייה, לרבות הפריה חוץ-גופית ופונדקאות, הן תדיר מורכבות, עתירות-עלות, לא נטולות סיכון, לעתים ניסיוניות ומעוררות דילמות אתיות. אמצעים אלה מיועדים לאפשר את הולדתם של יילודים, שאחרת לא היו באים כלל לעולם. במסגרת שקלול "תקנת הציבור" בנדון, כלומר עיצוב המדיניות

19 השוו דברי השופט מ' חשין בבג"צ משפחה חדשה ואח', לעיל הערה 8, בעמ' 440: "מעשה של הפליה הוא... יחס בלתי שווה כלפי שווים במקום שהשויון הוא מגופו של עניין. יחס בלתי שווה כלפי שווים לוקה בהיעדר הגינות... כך ביחסנו לזולת בחיי היומיום וכך בקביעתן של נורמות להסדר נורמטיבי של יחסי-אנוש בחברה".

20 "... the anomaly which gives powers of disposal to the father of an embryo but allows the father of a fetus no rights as to the survival of his progeny... is explicable on the grounds that the equality of parental interest has altered in the transition..." J. K. Mason & R. A. McCall Smith, *Law and Medical Ethics*, at p. 76 (Fifth edition, London, 1999)

ראו גם: *Kass v. Kass*, לעיל הערה 4.

החברתית-נורמטיבית הנאותה, יש להביא בחשבון מגוון של גורמים. כלום ראוי לייחס משקל, במסגרת זו, גם לשיקולי טובתו המשווערת של היילוד המצופה? אם הזכות להורות היא יוצאת-חלציהם הלגיטימית של ערכי האוטונומיה וכבוד האדם, האין לראות גם בשיקולי רווחתו של היילוד, העתיד לבוא לעולם כתוצאה ממימוש הזכות להולדה, ואפילו ספקולטיביים הם במהותם, נגזרת של אותם ערכים עצמם? "טובת הילד" היא שיקול-על בהחלטות שיפוטיות לגבי עתידם של ילדים קיימים, למשל לעניין הכרעה בסכסוכי משמורת או בהקשר של אימוץ. אך קושיה היא אם יש בסיס לוגי ומוסרי לשיקול מעין זה כשהעניין העומד להכרעה הוא עצם הבאתו לעולם, עצם קיומו העתידי, של ילד שטרם נולד.²¹ בויכוח שניטש בסוגיית התביעות לפיצויי נזיקין בעילת "חיים בעוולה" נוקטים פילוסופים ומשפטנים רבים בעמדה, לפיה המצב של אי-קיום משולל כל מעמד מוסרי ונפקות משפטית ואין בו משום בסיס להשוואה עם מצב כזה או אחר של קיום. לכך, כך הטענה, הניסיון לאמוד את הערך של אי-חיים מול זה של חיים בפגם הוא חסר שחר מבחינה לוגית ואיננו מסוגל להוות תשתית לטענה שמוטב היה לו לפלוני, החי במום או בחסך, אילו לא נולד כלל.²² אחרים גורסים אחרת.²³ בדברי ההנמקה של שופטי בית-המשפט העליון בפרשת

21 " ... אין הטיל מגבלות על הזכות להורות מתוך שיקולים הקשורים בטובתו של הילד הפוטנציאלי. טובת הילד מהווה שיקול מרכזי ומכריע בכל מקרה שבו נשקלת טובתו של ילד קיים. במקרה שבו עצם קיומו של הילד הוא העומד להכרעה, השימוש במושג טובת הילד אינו עומד במבחן, והוא מבוסס על בלבול מושגי עמוק". ר' רביצקי, "הזכות להורות בעידן ההפרייה הטכנולוגית", לעיל הערה 18, בעמ' 153. "התפיסה הבאה להגן על ילד, שלא היה ולא נברא... היא תפיסה בעייתית, גם באופן לוגי וגם באופן מוסרי. ... התפיסה הבאה לגונן על ילד שכזה, על-ידי כך שמונעים את הופעתו בעולם, היא תפיסה לא-קוהרנטית. אי-אפשר לתלות בתפיסה כזו החלטה מעשית... "א' כשר, "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, הוצאת הקבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים, 2002) 221, 234. ר' לנדאו מביעה דעה שונה בתכלית: " ... הסוגיה הנדונה היא... הצדקה או אי-הצדקה של הסיוע ליצירתם [של חיים]... השאלה היא, מהו הנזק הגדול יותר: אי-חיים, או חיים שבמתוכנן יש בהם חשיפה לחסרון יחסי מהותי [של אלה] שחיהם היו בלתי אפשריים ללא סיועה הפעיל של הרפואה... הכבוד כלפי הילד האמור להיוולד מחייב התייחסות... לגבי מעמדו ומצבו העתידי. אם ההתנסות של הפרייה נתפסת לא רק כאינטרס אישי של ההורים, ואם לקיומם של ילדים יש חשיבות בפני עצמה, הרי... [שעולה] במלוא החריפות תהייה אם סיוע הרפואה להבאתם לעולם בתנאים אלה מתחשבת גם ברווחתם, בצורכיהם ובכבודם. "יתמות מתוכננת", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, הוצאת הקבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים, 2002) 203, 210, 211, 217, 218. ראו גם: E. Bernat, "A Human Right to Reproduce Non-Coitally? A Comment on the Austrian Constitutional Court's Judgment of 14 October 1999", 21 (1) *University of Tasmania Law Review* (2002) 20, 34-36.

22 ראו: ד' הד, "הזכות לא להיוולד בפגם?", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, הוצאת הקבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים 2002) 255.

23 ראו: ע"א 540/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ (2) 85; ע' שפירא, "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, הוצאת הקבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים, 2002) 239.

נחמני כמעט ואין זכר להתייחסות לשאלת נפקותה של "טובת הילד" העתידי כגורם אפשרי בהכרעת הדין. כאמור לעיל, ספק אם רווחתו המשווערת של היילוד הפוטנציאלי עשויה לשמש שיקול רלבנטי להחלטה בסכסוך בין דני ורותי ואיזה משקל, אם בכלל, יש לייחס לשיקול כזה בין שאר השיקולים הרלבנטיים. ברי כי הערכה פסימית לחלוטין של חייו העתידיים של היילוד המצופה איננה התחזית היחידה, או המסתברת ביותר, שניתן להעלות על הדעת. בהחלט ייתכן שאם אמנם יבוא ילד לעולם בסיומו של תהליך הרבייה הוא יינה מחיים עתירי אשר ואהבה, חם משפחתי ותמיכה חברתית, חינוך נאות והישגיות מקצועית, ברכה והצלחה בכל מעשי ידיו. מאידך גיסא, אין להתעלם מכך שילדם הגנטי של רותי ודני נחמני, אם ייוולד, יבוא לעולם לא רק על אפו ועל חמתו של אביו הביולוגי, אלא גם באמצעות אדם שלישי זור, אישה פונדקאית. הילד הגנטי שרותי עשויה לזכות בו בסופו של דבר יהיה תוצר של תהליך המורכב משאיבת ביציות משחלותיה, הפרייתן החוץ-גופית, אכסונון בהקפאה, הפשרתן והשרשתן ברחמה של אישה פונדקאית שתהרה, תלד ותמסור את הרך הנולד לחזקתה של רותי – וזאת בניגוד לרצונו ולמרות סירובו של דני, האב הגנטי, החי בנפרד מרותי ובמנותק מפרי זרעו. כלום לא ניתן היה לצפות מבית-המשפט העליון שיִתמודד חזיתית עם השאלה האם ראוי לו, כאורגן שלטוני, לצוות על הולדת ילד, באמצעות הפרייה חוץ-גופית ופונדקאות, אל תוך מציאות של מחלוקת מרה בין הוריו לגבי עצם הולדתו, לגורל של מעין "יתמות מתוכננת" במחשבה תחילה?²⁴

נניח כי אין לצפות מבית-משפט, הדין במחלוקת קונקרטיית לגבי עצם הבאתו לעולם של יילוד מסוים שעדיין לא היה ולא נברא, שינסה את כוחו באומדן טובתו ורווחתו המשווערים של הילד הפוטנציאלי כגורם משפיע בהכרעת הדין. עדיין ניתן לגרוס כי שיקולים ממין זה הם קבילים לצורך קביעת מדיניות ציבורית כללית לגבי רבייה נתמכת-טכנולוגיה. בשונה מהתעברות ולידה כדרך הטבע, בצנעת חיי האישיות של הנוגעים בדבר, תהליכי רבייה טכנולוגית באמצעות הזרעה מלאכותית, הפרייה חוץ-גופית, תרומת תאי רבייה (זרע וביצית) וביציות מופרות, הקפאה והשרשה של ביציות מופרות ופונדקאות הם תהליכים המצריכים סיוע רפואי-קליני מאסיבי. כאן לא מדובר ב"עשו זאת בעצמכם", הרחק מהעין הציבורית וממתן גושפנקא שלטונית, אלא בפרוצדורות מורכבות, הנתמכות בטכנולוגיה ביו-רפואית עתירת תחכום מדעי ועלות כלכלית. לציבור עניין רב בכגון דא, ולו רק מחמת הצורך להחליט על סולם העדיפויות בהקצאת משאבי הרפואה הציבורית, שהם תדיר מוגבלים ולעולם אין הקמץ משביע את הארי. בקביעת המדיניות הציבורית הכללית בנדון, בחקיקה או באופן אחר, אפשר וגם ראוי לשיקול אם מוצדק שהחברה תעודד ותסייע בהולדתם המתוכננת מראש של, נאמר, צאצאים להורים קשישים, או להורים שהם חולים סופניים, או להורה שאבד/ה

24 "הכל יסכימו... כי לא הרי הורות חד-הונית כהרי הורות דו-הורית; כי שונה אדם המגדל ילד בגפו מהורים המגדלים ילד יחדיו; כי ילד הגדל במשפחה חד-הורית אינו כילד הגדל במשפחה דו-הורית". דברי השופט מ' חשין בבג"צ משפחה חדשה ואח', לעיל הערה 8, בעמ' 453.

את בת/בן זוג/ה עוד בטרם הפריה, או להורים הצפויים להעביר לצאצאם מחלה תורשתית או מום גנטי, וזאת באמצעי רבייה טכנולוגית דוגמת הזרעה מלאכותית, הפריה חוץ-גופית, תרומת זרע וביצית ופונדקאות. ושוב, אין המדובר בשאלה מה טוב לו לילד מסוים, קיים או עתיד. הנושא שעל הפרק הוא עיצוב מדיניות חברתית כללית לעניין הבאתם, בתכנון מוקדם, של ילדים לעולם בטכנולוגיות ביו-רפואיות מתוחכמות, עתירות משאבים ולא נעדרות תהיות אתיות. בגיבוש מדיניות כזו ראוי להביא בחשבון גם גורמים הנוגעים לסדרי עדיפויות בהקצאת משאבים חברתיים מוגבלים וגם שיקולים (בהנחה שיש להם ביסוס מדעי ואמפירי) לגבי רווחתם החברתית, הפיזית והנפשית-רגשית של ילדים העתידים להיוולד כתוצאה מהשימוש בטכנולוגיות אלה.²⁵

ח. סיפור של ביציות מופרות מוקפאות

עד כה נסב הדיון בעיקרו על עניינים הנוגעים לרותי ולדני נחמני (מעמדם, זכויותיהם, הסכמותיהם, צפיותיהם) ולשיקולי רגולציה נורמטיבית של תהליכי רבייה נתמכי טכנולוגיה ביו-רפואית. בשיח זה נפקד מקומן של אחת עשר הביציות המופרות המוקפאות, תוצר מיזוג תאי הרבייה של דני ורותי. מהו מעמדן המוסרי והמשפטי? האם ביצית מופרית כמותה כאדם חי לכל צורך וענין? האם היא יישות מיוחדת דמוית-אדם, המגלמת פוטנציאל וסמליות של חיי אנוש? כלום אין לה זכויות ואינטרסים עצמאיים, משל עצמה, במנותק (ואולי בעדיפות) מהזכויות והאינטרסים של האישה והאיש שתרמו את מטענם הגנטי להיווצרותה? האם ניתן לתבוע, בשמה ומטעמה, זכות למימוש החיים הפוטנציאליים הגלומים בה? או שמא אין לה שום מעמד מוסרי ומשפטי עצמאי והיא נטולת כל זכויות ואינטרסים משלה, הראויים להכרה מוסרית ולהגנה משפטית?

בפרשת *Davis. v. Davis*²⁶ קבע בית-המשפט העליון של מדינת טנסי כי אין לסווג את הביציות המופרות (*pre-embryos*), בלשונו) לא כ-"*persons*" ולא כ-"*property*". מעמדן הוא מעמד-ביניים, המזכה אותן ב-"*respect*" רב מזה המיוחס לסתם רקמה אנושית כלשהי אך נחות מזה המוענק ל-"*actual persons*". הביצית המופרית זכאית ליחס נורמטיבי מיוחד זה בגין פוטנציאל ההתפתחות ל-"*person*" הגלום בה ובשל המשמעות הסמלית הנודעת לה בתודעת הבריות. אבל אין לראות בה "*person*" לכל דבר משום שטרם שכללה את התכונות של "*personhood*" ו-"*individuality*" ויכול שלעולם לא ימומש הפוטנציאל הביולוגי שלה. האינטרס

²⁵ לזית-ראייה שונה ראו: ו' רביצקי, "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית", לעיל הערה 18, בעמ' 154–156.

²⁶ לעיל הערה 4.

של האישה והאיש בביציות המופרות איננו אינטרס רכושי במובנו הרגיל והמקובל של מושג זה. אולם בהיותם בעלי תאי הרבייה, שמהם נוצרו הביציות המופרות, יש להם אינטרס מובהק בשליטה על גורלן. מול אינטרס זה של הנוגעים בדבר, והאחריות והנטל הכרוכים בהורות, נדחה כל אינטרס מדינתי אפשרי בהגנת פוטנציאל וסמליות החיים הטבועים בביציות המופרות. אין די באינטרס מדינתי היפותטי כזה כדי לגבור על זכותם הבלעדית של הצדדים עצמם להחליט אם להמשיך בתהליך הרבייה, שעם השלמתו יחול שינוי דרמטי בחייהם עת היותם להורים. ייחוס מעמד מוסרי-משפטי פחות-ערך לביציות מופרות מאפיין גם את גישתה של ההלכה היהודית. ההלכה מבחינה בכמה שלבים של התפתחות עוברית, החל בביצית מופרית שמחוץ לרחם וכלה ביילוד שיצא לאוויר העולם. קדושת החיים מתעצמת והולכת משלב לשלב בהתפתחות העוברית, ככל שגדלה מסוגלותו של העובר לממש בפעל את פוטנציאל החיים האנושיים הטמון בו. האיסור המוחלט על נטילת חיי אנוש חל רק עם לידתו של אדם. המעמד של ביצית מופרית שטרם הושלתה ברחם אישה הוא הנמוך ביותר במדרג רב-שלבי זה, הגם שסיכול מכוון של תהליך הרבייה אינו מתיישב עם מצוות "פרו ורבו". ברי כי מעמדה נחות מזה של ביצית מופרית שכבר הושרשה ברחמה של אישה²⁷.

לרקע זה, לא ייפלא שרוב רובם של השופטים שישבו על המדוכה בפרשת נחמני לא ייחסו חשיבות יתר לשאלת המעמד המוסרי והמשפטי של הביציות המופרות המוקפאות מושא המחלוקת. מרביתם של אלה מהם שנדרשו כלל לסוגייה גרסו, בתמציתיות ובהחלטיות, כי הביצית המופרית הטרומ-עוברית היא נעדרת מעמד מוסרי ומשפטי עצמאי, נטולת זכויות ואינטרסים מוגנים משלה ולכן אין לייחס לגורלה-היא משקל ייחודי במאזן השיקולים הצריכים להחלטה. לעומתם, היו מי מהשופטים שלא נמנעו, בהתייחסם לביציות אלו, מהזדקקות למטבעות-לשון בנוסח "הזכות לחיים" ו"ערך החיים"²⁸.

ראוי לשים לב לכך שאם אמנם לביצית מופרית ומוקפאת במבחנה יש "חיים"

27 ראו: דו"ח הוועדה המייעצת לנושא ביואתיקה של האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים על השימוש בתאי גזע עובריים במחקר רפואי (אוגוסט – 2001), בעמ' 10–12. "הביצית המופרית, אם יש בהשמדתה משום איסור הפלה, תלויה השאלה במחלוקת אם יש איסור הפלה קודם ארבעים יום, ובוודאי למתירים הפלה קודם ארבעים יום אין בהשמדת הביצית משום איסור הפלה. ויש מי שכתבו, שאיסור הפלה מדין רציחה הוא רק בעובר במעי אמו, אבל לא מחוץ לרחם. אין לחלל שבת עבור ביצית מופרית במבחנה, אפילו לשיטות הסוכרים שמחללים שבת להצלת עובר." א' שטינברג, עורך, אנציקלופדיה הלכתית רפואית (כרך שני, הוצאת מכון שלזינגר, ירושלים, תשנ"א–1991) בעמ' 140–141. השוו: ר' לנדאו, "סוגיות אתיות באבחון גנטי טרום-השרשה", רפואה ומשפט 28 (מאי 2003) 77, 78: "... לטרום-עובר שכבר הוחדר לרחם מגיעה הגנה רבה יותר על החיים מטרומ-עובר המיועד להחדרה, מטרומ-עובר "עודף" המתאים להחדרה...או מטרומ עובר שלא נמצא מתאים להחדרה".

28 השופט טירקל, למשל, נוקט בביטויים כגון "חיים" ו"פוטנציאל החיים של הביציות המופרות". דנ"א נחמני, לעיל הערה 2, בעמ' 734.

במובן ממשי ומשמעותי איזשהו, קל וחומר שכך הוא כשמדובר בעובר הגדל ומתפתח בבטן אמו. לתובנה כזו עשויות להיות השלכות נורמטיביות משמעותיות, ובעייתיות, לגבי הסוגיות של הפסקת-הריון ומחקר מדעי בעוברים. ברי כי הכרה נורמטיבית בזכות העצמאית לחיים של ביצית מופרית איננה עולה בקנה-אחד עם גישה ליברלית-אוטונומיסטית התומכת בזכות הבחירה של אישה הרה בהפסקת הריון. מאלף לציין, בהקשר זה, כי במהלך השתלשלותה של פרשת נחמני, במערכת השיפוטית כמו גם בַּיִצֵּר של דעת הקהל, רותי והמצדדים בה התייחסו בעקביות למושג התובענה כל"ילדים" או כל"עוברים", בעוד שדני ותומכיו הקפידו להשתמש במונחים "ביציות מופרות" או "חמר גנטי".

ט. סוף סיפור

בסופו של דבר לא היתה פרשת נחמני סיפור הצלחה של קדמה מדעית. ככל הידוע לי, הנסיונות להשריש את הביציות המופרות, שנמסרו לחזקתה של רותי בפקודת בית-המשפט, ברחמה של פונדקאית לא צלחו. רותי לא זכתה להגשים את משאת נפשה – הורות גנטית. הכשל הנורמטיבי בתחום הרבייה עתירת הטכנולוגיה הביו-רפואית, לרבות הפרייה חוץ-גופית, נמשך. החברה הישראלית טרם השכילה לעצב רגולציה נורמטיבית ראוייה ומקיפה של תהליכים אלו, כזו המתמקדת בהכוונה מראש של התנהלותם המושכלת של כל הצדדים המעורבים על בסיס מידע, הבנה והסכמה של ממש. "נעשה ונשמע" הוא עדיין האתוס השולט במקומותינו ולא "סוף מעשה במחשבה תחילה".

בראשית דברי הטעמתי כי הכוונה נורמטיבית נאותה של הטכנולוגיות החדשות של פרייה ורבייה מחייבת שיתוף-פעולה רבת-חומי משמעותי. דא עקא שיש קושי מובנה בניהול שיח כזה בין, נאמר, מדעני ביו-רפואה מזה וחכמי משפט מזה. זאת בשל השוני במערכת המושגים, בתובנות ובדפוסי החשיבה של המשתתפים השונים ברבי-השיח הזה. משפטנים עשויים להיתפש לעמדות אינטואיטיביות קיצוניות ביחסם לפלאי המדע – התבטלות מוחלטת בפני המדענים הכל-יכולים או, מאידך גיסא, טיפוח חשדנות מוגזמת כלפיהם. חסידות שוטה ואי-אמון גורף הם שני צדיה של אותה מטבע עצמה – יָעָה קדומה. אנשי מדע, מצידם, אינם אמונים על רזיה של מלאכת הרגולציה החברתית, על הערכים המגוונים המזינים אותה, חיבוטי-הנפש שלה והטכניקות שהיא נזקקת להן. כך עלולים מדענים ומשפטנים להיקלע לדו-שיח של חרשים. מודעות למכשלה זו היא הצעד הראשון לנטרולה במאמץ לגבש שיח רבת-חומי מושכל ופורה ככל הניתן.

צוין כבר לעיל כי בחברות ליברליות ופלורליסטיות קשורה ההסדרה המשפטית של התחום הביו-רפואי בזיקה הדוקה לתרבות זכויות האדם וחירויות הפרט. מפת-דרכים

נורמטיבית של פעילות אנושית נזקקת ברגיל לאורות אדומים של עצור, לאורות ירוקים של ברכת הדרך ולאורות צהובים של שב-ואל-תעשה (דהיינו, הימנעות מהסדר פורמלי). ברי כי אין להיחפז בהטלת איסורים וסייגים משפטיים בספירת הביורפואה. יש לשמר לפרטים ולקבוצות בחברה מרחב מחייה למגוון של שיפטים מוסריים והתנהלויות אנושיות ולהציב תמרורי עצור משפטיים רק בשוליו הרחוקים של מרחב זה. בו בזמן, אין לאיץ להעניק גושפנקא נורמטיבית לכל טכנולוגיה ביורפואית חדישה, במיוחד בשלב הבראשית הניסיוני שלה. ההתפעמות הטבעית מהישגי המדע, ומהפוטנציאל הטמון בהם לקידום רווחת המין האנושי, צריך תמיד שתתלווה אליה הערכה שקולה של מכלול ההשלכות החברתיות (לרבות האתיות והכלכליות) הנובעות מאימוצה הנורמטיבי של טכנולוגיה כזו או אחרת. כדברי השופט ט' שטרסברג-כהן: "ההתפתחות הטכנולוגית נותנת בידי האנושות כלים להישגים מרחיקי לכת בתחום התערבות האדם בבריאה. ככל הנראה לא ניתן ואולי גם לא ראוי לבלום התפתחות זו. עם זאת, חייבות האפשרויות הנפתחות על ידה להיתקם על ידי תפיסות עולם אנושיות, מוסריות ואתיות. לא כל שניתן לעשות באופן טכנולוגי, ראוי שייעשה"²⁹. דברים דומים השמיע השופט מ' חשין: "... אין כל כורח אפריורי כי נורמות התנהגות הנקבעות בידי החברה והמחוקק תאמצנה את כל הישגי המדע והטכנולוגיה בלא כל הבחנה ובלא כל מגבלות. בבקשנו לרתום את הישגי המדע והטכנולוגיה לטובת האדם ולהוסיף ולקבוע על-פיהם נורמות התנהגות בחברה, מחויבים אנו לבחון עצמנו כל העת היטב-היטב אם נכון וראוי להקריק אל תוכן של נורמות-שבדין כל תגליות שגילה האדם וכל המצאות שהמציא, או מקצתן של אלו או של אלו. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן במקום שהמדובר הוא בהישגי המדע והטכנולוגיה בתחום מדעי-החיים"³⁰.

מקצת משופטי בית-המשפט העליון בפרשת נחמני גרסו שהדין אינו מספק מענה

29 "מעמד העובר במשפט הישראלי", רפואה ומשפט 28 (מאי 2003) 8, 14.
 30 בג"צ משפחה חדשה ואח', לעיל הערה 8, בעמ' 459–460. פרופ' ר' לנדאו אינה נרתעת מלהעלות השגות נוקבות בנדון: "...האם קיומה של הטכנולוגיה מצדיק ומחייב את השימוש בה, ובמיוחד כאשר תוצאותיה ארוכות-הטווח אינן ידועות, כשלמעשה מדובר בניסוי בבני-אדם ללא קבוצת ביקורת? האם ההחלטה נתונה בידי האדם המבקש בלבד? האם ההחלטה מצויה בידי הרופא בלבד? מהו תפקידה של החברה בסוגיה זו?..... בחברה מודרנית וליברלית..... אמירת לאו, קביעת גבולות או קווים אדומים ודרישה לאחריות המתלווה לזכות, אינן פעולות הנתפסות כפופולריות. ברם, מתן עידוד להמשך המגמה הקיימת בישראל, שאיננה שמה גבולות לשימוש בחידושי הרפואה, עלול להשיג תוצאות הפוכות מהרצויות לה. בשם חירויות הפרט ורעיון המשפחתיות, המתפרשים כצורך בהשגת הוורת בכל אמצעי, נוצרות בהדרגה יחידות חברתיות... [ה]זקוקות יותר וליותר סוגים של סיוע חברתי-כלכלי מהחברה.... סיוע בהפריה הזניח את זכויות הילד... אין בנמצא כל ניתוח שיטתי אשר העמיד במוקד ההתעניינות את הילדים, האינטרסים שלהם וזכויותיהם. הרבה מהמסקנות ומצעדי החקיקה היו נמהרים, מתוך מענה לשערוריות או לאיבוד עשתונות." "יתמות מתוכננת", דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, הוצאת הקבוץ המאוחד/מכון ון ליר בירושלים, 2002) 203, 209, 220.

לקושייה שהוצבה בפניהם ושומה עליהם, לכן, לצאת למסע יומרני אל ספירות הצדק והמוסר בניסיון למצוא שם את התשובה הנאותה. ספק אם באמתחתם של משפטנים מובהקים, בכירים ומיומנים ככל שיהיו, מצויה מפת-דרכים מקצועית אמינה שיש בה כדי לנתב את דרכם בסבך ההגות הפילוסופית של תורות צדק ומוסר. לכותב שורות אלה, על כל פנים, אין הכישורים המקצועיים הדרושים לשם כך ולכן אפטור את עצמי מחקרי-לב ומחיכוטי-נפש בכגון דא. מכל מקום, כפי שכבר ביארתי לעיל, קיים פתרון בדין לסכסוך בין דני ורתי נחמני, וזאת גם באין הסדר סטטוטורי כללי ליישוב מחלוקות לגבי גורלן של ביציות מופרות מוקפאות ובהעדר הנחיות מקדימות שניתנו על ידם בנדון. כאמור, הדרך המשפטית הנאותה היא לאמץ את הדרישה להסכמה משותפת ונמשכת של בני הזוג בתהליך ההפריה החוץ-גופית על כל שלביו כך שכל פעולה בשרשרת הפעולות הכרוכות בתהליך מורכב זה, לרבות השתלת הביצית המופרית ברחם אישה, טעונה הסכמה נפרדת של הצדדים המעורבים. צוין עוד, שגם בסוגיה הנדונה כאן אין, ולא צריכה להיות, חפיפה מוחלטת בין מעגלות המוסר והצדק לבין נורמות המשפט. ניתן להאמין כי דני היה מחויב מוסרית לאפשר לרותי לעשות שימוש בביציות המופרות המוקפאות, כדי שתוכל לממש את כמיתה לאמהות, ובה בעת לגרוס שהדין אינו מצייד את רותי בכלים המסוגלים לכופף על דני אבהות בעל כורחו ואף שלא ראוי לו, לדין, שיעשה כן³¹. בכל מקרה, שיטה משפטית אמינה ואחראית אינה צריכה להשליך את יהבה על תובנות (או אינטואיציות) לבר-משפטיות של מוסר וצדק מקום בו נדרשת הסדרה נורמטיבית שקולה ומושכלת של השימוש בטכנולוגיות ביו-רפואיות מתקדמות. בסופו של יום, אין מנוס מעיצובה של רגולציה נורמטיבית ראויה³².

31 ד' הד, "משפט צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני", משפטים כט (2) (התשנ"ח) 507, 527. ראו: ח' גנז, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני", עיוני משפט יח (התשנ"ג) 83; א' מרמור, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז", עיוני משפט יט (התשנ"ה) 433; ח' גנז, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור", עיוני משפט יט (התשנ"ה) 453. ראו גם: ד' סטטמן, "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית-המשפט העליון", מחקרי משפט יט (2) (התשס"ג) 569.

32 "The law must not lag behind medicine, especially today. The difficulties in formulating answers to the hardest questions of life and death do not excuse us, and our law-makers, from grappling with and formulating our answers to them. It must be an exercise in human responsibility for our own behaviour in this society in which we live, a society which calls itself just. We cannot and we should not seek to turn aside from the task of determination and decision, even on the most profound questions.... It is our human responsibility to mould rules for the regulation of the remarkable, once thought to be the miraculous discoveries that science and medicine have opened to our eyes." L. Waller, "Tracy Mound Lecture", 28 (1) *Monash University Law Review* (2002) 149, at p. 160

