

# משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?

יחזקאל מרגלית\*

## תקציר

דילמת המשאבים הרפואיים המוגבלים הינה עתיקת-יומין, והיא אך הלכה והתעצמה בתקופה המודרנית עם הפיתוחים הביולוגיים-הרפואיים. בעיה אקוטית זו רלוונטית לכלל החברות המערביות המתפתחות, לרבות מדינת-ישראל. אולם בתחום אחד דומה שלמדינת-ישראל יש משאבים רפואיים בלתי-מוגבלים, והוא מימוש הזכות לפיריון ולהורות של אזרחיה. כך, מטעמים סוציולוגיים, דמוגרפיים, דתיים ובטחוניים, מדינת-ישראל הינה, ללא כל ספק, המדינה המערבית המובילה בהשקעת סכומי-עתק בפיתוח של טיפולי הפוריות השונים ובעשיית שימוש בהם, בעיקר בהפריה חוץ-גופית (IVF – In Vitro Fertilization). הדברים מגיעים עד כדי קביעת זכאות, במסגרת חקיקה ראשית, למימון נרחב של טיפולי פוריות לצורך הולדת ילד ראשון ואף ילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים. אם לא די בכך, לאחרונה נחקק חוק תרומת ביציות, אשר בין היתר העלה את גיל הנשים הזכאיות לתרומת ביציות ל-54. כך, במחיר-יד, עלה גיל הזכאות למימון טיפולי פוריות בשלוש שנים נוספות. נוסף על כך, אם קיימת הוריה רפואית, הזכות כוללת גם מימון של תרומת ביציות.

במחקר שלפנינו אבחן את שאלת-היסוד האומנם יש בכלל מקום לחייב את המדינה להקצות סכומי-עתק למימון מימושה של הזכות לפיריון ולהורות על-חשבון מימוןם של תרופות וטיפולים מצילי חיים במסגרת סל שירותי הבריאות ("סל התרופות") הנוהג במדינת-ישראל. בכך אבקש להתחקות אחר גבולות אחריותה של המדינה למימוש זכותו של הפרט לפיריון ולהורות באמצעות הקצאת משאבים רפואיים לצורך מימוןם של טיפולי פוריות שונים וטכנולוגיות שונות לשימור הפוריות. בהמשך אבחן את ההסדרה החקיקתית של מימון טיפולי הפוריות השונים על-ידי המדינה, ואמנה את פגמיה השונים. במסגרת זו אציג, בין היתר, את הסכנות הבריאותיות הכרוכות בטיפולים אלה וכן טיעונים אתיים

\* דוקטור למשפטים; חוקר-אורח בבית-הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו-יורק (N.Y.U.) (2011–2012); מרצה מן החוג באוניברסיטת תל-אביב ובמכללה האקדמית נתניה; לשעבר חוקר במכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות, המרכז הרפואי ע"ש שיבא, תל-השומר.  
אני מבקש להודות לסוקר/ת האנונימי/ת על הערות מחכימות ובונות וכן אני מבקש להודות מקרב לב למערכת כ"ע, לעורכת ולסגן העורך על עבודת מערכת מצוינת.

ומשפטיים שונים. לבסוף, אבקש לקבוע אמות-מידה אתיות-משפטיות להגבלת הנגישות והזכות לקבלת מימון לטיפול הפוריות על-פי גילה של האישה. את המחקר אחתום בהצעה להקים רשות לאומית לפריון, אשר תקבע בין היתר – בצורה קוהרנטית, מושכלת וצרה יותר – את גבולות אחריותה של המדינה למימון זכאותם של אזרחיה לפריון ולהורות.

### הצגת הדיון

#### א. הגורמים השונים המעצבים את תפיסת ההורות בישראל

1. חובה הלכתית

2. זכות אזרחית

(א) כללי

(ב) ההיבט השלילי של הזכות להורות

(ג) ההיבט החיובי של הזכות להורות

ב. ההסדרה החקיקתית של מימון טיפולי ההפריה החוץ-גופית על-ידי המדינה

1. חוק ביטוח בריאות ממלכתי

2. חוק תרומת ביציות

3. ההסדרים החדשים לשימור פוריות האישה

ג. פגמיו השונים של ההסדר החקיקתי הקיים

1. הסכנות הבריאותיות לאם וליילוד הכרוכות בטיפול הפריה חוץ-גופית

2. סקירת טיעונים משפטיים-ביואתיים נגד ההסדר הקיים

(א) טיפולי הפוריות – מזור לבעיה רפואית או לבעיה חברתית?

(ב) הזכות להורות – זכות הפרט או זכות המשפחה?

(ג) האם דין הבאת חיים לעולם כדין הצלת חיים?

ד. קביעת אמות-מידה אתיות-משפטיות להגבלת הנגשתה ומימונה של הפריה

חוץ-גופית לנשים בגיל מבוגר

ה. הצעה לסדר – הקמת רשות לאומית לפריון

אחרית-דבר

### הצגת הדיון

הפיתוח הרפואי המואץ מאפשר אומנם מציאת מזור לחוליים רבים ושונים של בני-האדם, אך אליה וקוץ בה – הוא מביא בכנפיו גם דילמה אתית-משפטית לא-מבוטלת, היא דילמת המשאבים הרפואיים המוגבלים. דילמה זו נוצרת בעקבות מספרם ההולך וגדל של המטופלים כמו-גם עקב מחירו המאמיר של כל טיפול וטיפול. אין כיום מדינה בעולם-היכולה לספק את כלל הצרכים הרפואיים של תושביה מבלי לערוך תיעודף כלשהו ומבלי לקבוע בצורה מסודרת, כחלק ממדיניות ציבורית, אילו תרופות, כוח-אדם

ומכשור רפואי יינתנו בתחילה ולמי. דילמה זו הינה עתיקת-יומין, וימיה כימי רפואת האדם. במקורות היהודיים שורשיה נעוצים כבר בתקופת התנאים הקדומה, אך היא הלכה והתעצמה בתקופה המודרנית, עם האצת הפיתוחים הביולוגיים-הרפואיים.<sup>1</sup> כך, מדינת-ישראל, כיתר המדינות המערביות המתקדמות בעולם, ניצבת בפני הדילמה של חלוקת משאביה הרפואיים המוגבלים על שני היבטיה – מהי צורת החלוקה הצודקת והמוסרית ביותר, ומהי צורת החלוקה היעילה ביותר מבחינה כלכלית.

אולם בתחום של מימוש זכותם של אזרחיה לפיריון ולהורות דומה שלמדינת-ישראל יש משאבים רפואיים בלתי-נדלים, והיא מקצה סכומי-עתק למימון היעזרותם של זוגות נשואים – ואף של פרטים שאינם נשואים – בטיפולי הפוריות השונים, ובעיקר בטיפולי ההפריה החוץ-גופית (In Vitro Fertilization; להלן: IVF).<sup>2</sup> לאחרונה מדובר אף במימון הליכים שונים של שימור פוריות מטעמים רפואיים אצל חולות אונקולוגיות, שעולות לאבד את פיריון בעקבות טיפולים כימותרפיים ורדיותרפיים שהן אמורות לעבור, פעמים תוך פגיעה בתפקוד השחלתי או בתפקוד הרחם או בשניהם. זאת, הגם שמדובר בנערות ובילדות שטרם הגיעו לבגרות וטרם נישאו. לא מן הנמנע שהמימון יורחב בעתיד גם לנשים מבוגרות יותר המבקשות לשמר את פוריותן מבחירה ומטעמים חברתיים, הגם שאין לכך כל הוריה רפואית.<sup>3</sup> במאמר שלפנינו אבקש להעמיד לחשיבה מחודשת את הלגיטימיות של תפיסת-העולם וההסדרה החקיקתית בישראל, החותרות להנגשה ולמימון ממשלתי של הפריה חוץ-גופית לנשים בגיל מבוגר ושל שימור פוריות מטעמים רפואיים, לא כל שכן כאשר מדובר בנקיטת הליכים אלה מטעמים חברתיים בלבד, וזאת לנוכח קשיים רפואיים-בריאותיים ומשפטיים-אתיים שונים שאני מוצא בפרקטיקות אלה.

החברה הישראלית – היהודית והערבית כאחת – הינה חברה פמיליסטית מובהקת, שבה המשפחה וההורות תופסות מקום מרכזי, ואף נחשבות חובה חברתית כמעט. לפיכך אחוזי הנישואים גבוהים באופן יחסי, גיל הנישואים הממוצע נמוך, ואילו אחוזי הגירושים וההולדה מחוץ לנישואים הינם מהנמוכים בעולם.<sup>4</sup> באופן דומה, מדינת-ישראל ניצבת

1 ראו, למשל, אברהם שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית: הרופא, החולה והרפואה – באספקלרית ההלכה ומחשבת ישראל כרך רביעי 820 (2006); בנימין מוזס "הקצאת שירותי רפואה נוכח משאבים מוגבלים: היבטים רפואיים, אתיים וכלכליים" הרפואה 124, 625 (1993).

2 ראו, למשל, יעל השילוני-דולב מהפכת הפיריון 34 (2013). על-פי נתוני משרד הבריאות, בשנת 2010 נערכו בישראל 34,538 טיפולי IVF, בעלות כוללת משוערת של 363,649,000 ש"ח. נוסף על כך, עלות משוערת של לידת ודר חי (להלן: לידת חי) אצל מטופלות בגיל 43 ומעלה עומדת על כ-399,000 ש"ח. להיקפם הגדול של טיפולי הפוריות הנעשים בארץ במימון המדינה ולעלותם האדירה לקופת המדינה ולקופות-החולים ראו, למשל, טל סלע ואח' "טיפולי הפריה חוץ גופית במכבי שירותי בריאות 2007-2010 – תמונת מצב" הרפואה 152, 11 (2013).

3 לסיכום עדכני של עניין זה ראו המכון הלאומי לחקר שרותי הבריאות ומדיניות הבריאות כנס ים-המלח ה-14: האחריות לבריאות – סוגיות בלתי פתורות 177-181 (2013) [www.israelhpr.org.il/1030](http://www.israelhpr.org.il/1030) (להלן: כנס ים-המלח).

4 ראו על כך הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לתקשורת – לקט נתונים לרגל יום האישה הבין-לאומי 2014" (4.3.2014) [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201411054](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201411054); סילביה פוגל-ביארי "משפחות בישראל: בין משפחתיות לפוסט-מודרניות" מין מיגרד פוליטיקה 107 (דנה יורעאלי

בראש המדינות המערביות המזוהות עם אידיאולוגיה מעודדת ילודה, המגלמת מערך של עמדות, אמונות ופרקטיקות אשר מרוממות את מקום הילודה, מאדירות את מקומה של ההורות ומעצימות את היתרונות שבהולדת ילדים ובגידולם.<sup>5</sup> וכך, גם כיום, בפתח המילניום השלישי, שיעורי הפוריות והילודה בישראל הינם גבוהים בהשוואה לשאר מדינות אירופה ואמריקה הצפונית.<sup>6</sup> ההיבט המעשי של תפיסת-עולם זו הוא הושטת תמיכה כספית נרחבת למתקשים להביא ילדים לעולם כדרך כל הארץ, תוך הנגשת טיפולי הפוריות – הן מבחינה משפטית-אתית והן מבחינה כלכלית – כמעט לכל הנשים הישראליות, וזאת ללא כל הגבלה כמעט של גיל, נטייה מינית, סטטוס נישואים, מספר מחזורי טיפול וכדומה.<sup>7</sup> כך, מטעמים סוציולוגיים, דמוגרפיים, דתיים ובטחוניים שונים, מדינת-ישראל הינה, ללא כל ספק, המדינה המערבית המובילה בהשקעת סכומי-עתק בפיתוחם של טיפולי הפוריות השונים ובעשיית שימוש בהם, בעיקר ב-IVF.<sup>8</sup>

כיום מימון ציבורי זה מעוגן במסגרת חוק ביטוח בריאות ממלכתי,<sup>9</sup> שיצר מהפכה כללית בשיח זכויות המטופל, ובכלל זה בנידון דנן, דהיינו, בשאלת אחריותה של המדינה למימון מימוש זכותם היסודית של כלל אזרחיה לפיריון ולהורות. הדברים מגיעים עד כדי קביעת זכאות למימון נרחב לצורך הולדת ילד ראשון ואף ילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים, וזאת במסגרת הקצאת המשאבים הרפואיים למימון של שירותי הבריאות ("סל התרופות"). כלומר, על-פי קביעתו של המחוקק הישראלי, וכמעט בלא אח ורע במדינות העולם השונות, כל אזרח במדינת-ישראל זכאי לממש את זכותו האישית לפיריון ולהורות, ואף לדרוש בתוך כך מהמדינה שתסייע לו לממן את היעזרותו בטיפולי הפוריות או לחלופין כאשר הוא מבקש לשמר את פוריותו.<sup>10</sup> לצורך המשך דיוננו אבקש למקד את ביקורתי בשני דברי חקיקה שנחקקו לאחרונה, במהלך שנת התשע"א-2010. מדובר בחוק תרומת ביציות<sup>11</sup> ובסעיף 2 לצו ביטוח בריאות

1 אח' עורכות, (1999); רבקה בר-יוסף "סוציולוגיה של המשפחה לאור שינויים חברתיים וחידישים ביו-טכנולוגיים" מגמות לח 5 (1996).

2 ראו אורנה דונת "פרו-נטליזם סרוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" סוציולוגיה ישראלית יא 417, 418 (2010).

3 ראו על כך משרד הבריאות בריאות ישראל נתונים נבחרים 38-39 (ציונה קלאי ניתוח ועריכה, 2010); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "הודעה לעיתונות – לקט נתונים לרגל יום הילד הבין-לאומי 2014" (18.11.2013) [www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201311319](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201311319); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "לידות חי, לפי קבוצת אוכלוסייה ודת האם" הירחון הסטטיסטי לישראל – דצמבר 2012 תת-פרק ג1, לוח 1/ג1 [www.cbs.gov.il/www/yarhon/c1\\_h.htm](http://www.cbs.gov.il/www/yarhon/c1_h.htm) (2013). לגבי המצב בעולם ראו: Population Reference Bureau, Birth Rate (2013), <http://www.prb.org/DataFinder/Topic/Rankings.aspx?ind=3>.

4 לקביעה זו ראו, לדוגמה, כרמל שלו "טכנולוגיות פיריון וגנטיקה בישראל" ביואתיקה כחול לבן 3-4 (גיל סיגל עורך, צפוי להתפרסם ב-2014).

5 על כך ראו, למשל: John A. Collins, *An International Survey of the Health Economics of IVF and ICSI*, 8 *HUM. REPROD. UPDATE* 265, 277 (2002).

6 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי).

7 ראו על כך שלו, לעיל ה"ש 7.

8 חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 520 (להלן: חוק תרומת ביציות).

ממלכתי (שינוי התוספת השנייה לחוק).<sup>12</sup>

בדבר החקיקה הראשון לעיל עוגנה זכאותן של נשים לקבל מימון להפריה חוץ-גופית, ואף לתרומת ביצית אם יש הוריה רפואית לכך, עד לגיל 54. כך עלה באחת גיל הזכאות לטיפולי פוריות במימון נרחב של המדינה בשלוש שנים נוספות לעומת הגיל שהיה מקובל עד אותה עת, אשר גם הליך קביעתו היה רחוק מלהיות נקי מספקות ולא עמד באמות-מידה משפטיות-אתיות בסיסיות, אף שנוהל על-ידי ועדת מומחים. כל זאת בניגוד להמלצות הברורות של "הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת הנושא של תרומת ביציות" וכנגד הוראתה של הצעת החוק שקדמה לנוסחו הסופי של חוק תרומת ביציות.<sup>13</sup> כפי שאפרט בהרחבה להלן בפרק ג, ביקורתי על כך היא כי אף שאין ספק שהקדמה הטכנולוגית מספקת פתרונות לבעיות אי-הפרייה השונות, היא מביאה בכנפיה גם דילמות רבות ונכבדות מהתחום הפסיכו-סוציאלי, הנתרות פתוחות ובלתי-פתורות. בין היתר קיים החשש שביצוע הליכים מלאכותיים אלה בגיל מתקדם יגרום בעיות רפואיות שונות לא-מעטות לנושאת ההיריון ולתינוק העתיד להיוולד.<sup>14</sup> לפיכך יש לתמוך על המחוקק, אשר החליט, למרות הבעייתיות הקיימת גם כך בפרקטיקה הישראלית, לעגן בחוק תרומת ביציות את זכאותן של נשים גם בגיל 54 – שהינו לכל-הדעות גיל מבוגר מאוד – לעשות שימוש בהפריה חוץ-גופית ואף להיעזר לשם כך במימון ממשלתי נדיב ביותר.

באופן דומה, בדבר החקיקה השני לעיל ניתן למצוא הרחבה נוספת של הנגשתם ומימונם של טיפולים לשימור פוריות מטעמים רפואיים אצל ילדות, נערות ונשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות, וזאת כדי לאפשר להן לשמר את פוריותן באמצעות שימור של עוברים, ביציות ואף רקמת שחלה. בתיקון חקיקתי זה הורחב מימון המדינה לטיפולי פוריות לא רק לשם הולדת ילד ראשון וילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים, אלא אף לנשים רווקות וליולדות שטרם באו בכרית הנישואים. גם בהקשר טרגי זה יש מקום לדון אם לא הרחקנו לכת בהטלת הוצאה יקרה ובעייתית זו על הקופה הציבורית המדולדלת הגם שמדובר בנערה רווקה שאינה נשואה. הדברים מתחדדים לנוכח העובדה שלא מן הנמנע שהמימון הציבורי יורחב כבר בעתיד הנראה לעין ויוחל גם על נשים אשר מבחירה ומטעמים סוציאליים העדיפו

12 צו ביטוח בריאות ממלכתי (שינוי התוספת השנייה לחוק), התשע"א-2011, ק"ת 1380 (להלן: צו ביטוח בריאות ממלכתי). לביקורת ערכנית על תפיסת-עולם מרחיקת-לכת ויקרה זו, ולקריאה להגביל את היקף המימון הממשלתי הניתן הן בהקשר של הפריה חוץ-גופית והן בהקשר של שימור פוריות, ראו כנס ים-המלח, לעיל ה"ש 3, בעמ' 167-181.

13 ראו על כך, בהתאמה, מרכזי הלפרין "תרומת ביציות בישראל – דילמות והמלצות: על הועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת הנושא של תרומת ביציות" רפואה ומשפט – ספר היובל 165, 172 (2001); ס' 111 (1) להצעת חוק תרומת ביציות להפריה חוץ גופית, התשס"ז-2007, פ/2106/17.

14 לגבי הסיכונים בכניסה להיריון בגיל מבוגר בכלל, ובעקבות הפריה חוץ-גופית בפרט, ראו וונדי חן לידה ראשונה ואימהות מעל גיל הפרייה בעקבות טיפולי פוריות (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – בית-הספר לעבודה סוציאלית, 2010); אדל (דולי) פרחי כהן-הלל טיפולי הפריה חוץ גופית: תוצאים מילדותיים ובריאותיים באשה ובילוד (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לרפואה, 2010).

לדחות את מועד נישואיהן והיהפכותן לאימהות, וכעת מבקשות לשמר את פרויותן בלא כל הוריה רפואית.<sup>15</sup> האם גם במקרים כאלה יש הצדקה להעניק לנשים אלה את מבוקשן בלא כל הגבלה ובלא כל סייג כמעט? האם גם במקרים כאלה הציבור כולו צריך לשאת בעול הכלכלי של מימון הטיפולים?

"מפת הדרכים" של המאמר עשויה לסייע רבות לקורא המאמר. בפרק א אסקור תחילה את תפיסת ההורות בישראל כזכות אזרחית, על שני היבטיה השונים, ואבחן אם שיח זכויות האדם אכן מצדיק את תפיסת-העולם הניצבת בבסיס המדיניות הנוהגת בארץ או שמא מדובר אך ורק בהצדקה רטורית ובדיעבדית למדיניות מכוונת של הממשלה, המבקשת לעודד ילודה כמעט בכל מחיר (כפשוטו). כמרכן אבחן את השפעתם של שיקולים הלכתיים-דתיים על מידת אחריותה של המדינה למימוש "חובתו" של הפרט ליהפך להורה. בהמשך, בפרק ב, אבחן את ההסדרה החקיקתית של מתן מימון ממשלתי לטיפולי הפוריות השונים, ובכלל זה להפריה החוץ-גופית ולשימור פוריות מטעמים רפואיים. במסגרת זו אבחן הן את ההסדרה הקבועה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, לרבות התיקון החקיקתי האחרון שנערך בו, והן את ההסדר החדש הקבוע בחוק תרומת ביציות.

לאחר-מכן, בפרק ג, אמנה את פגמיו השונים של ההסדר החקיקתי הקיים. במסגרת זו אציג, בין היתר, טיעונים רפואיים-אפידמיולוגיים וכן טיעונים משפטיים-כיולתיים. אטען כי שכרנו מהשקעת סכומי-עתק אלה במימון המדינה עלול לצאת בהפסדנו, במיוחד לנוכח האנומליה החברתית-המשפטית הישראלית בהשוואה למדינות מערביות מודרניות אחרות. בפרק ד אבקש לקבוע את אמות-המידה האתיות-המשפטיות הראויות להגבלת הנגשתה ומימונה הציבורי של הפריה חוץ-גופית לנשים בגיל מבוגר. לבסוף, בפרק ה, אחתום בהצעה להקים רשות לאומית לפיריון, אשר תקבע בין היתר – בצורה קוהרנטית, מושכלת וצרה יותר – את גבולות אחריותה של המדינה למימון זכאותם של אזרחיה לפיריון ולהורות.

15 לתיעוד דרישות ההרחיב את המימון הניתן מסל שירותי הבריאות גם לשימור פוריות מסיבות לא-רפואיות, שהועלו כבר בשנה הראשונה לאחר קבלת התיקון בחוק, ראו, למשל, פרוטוקול משיבת הוועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות לשנת 2012, 94 (21.11.2011) [www.health.gov.il/Services/Committee/vsal/2012/DocLib/p21112011.pdf](http://www.health.gov.il/Services/Committee/vsal/2012/DocLib/p21112011.pdf); פרוטוקול משיבת הוועדה הציבורית להרחבת סל שירותי הבריאות לשנת 2013, 187–188 (13.11.2012) [www.health.gov.il/Services/Committee/vsal/HSB2013/DocLib/p13112012.pdf](http://www.health.gov.il/Services/Committee/vsal/HSB2013/DocLib/p13112012.pdf). לקביעה כי מדינת-ישראל הינה בין המדינות הראשונות בעולם שהסדירו את נושא שאיבתן והקפאתן של ביציות מסיבות שאינן רפואיות, ולקריאה לערוך דיון בין-חומי מעמיק על גבולות ההתוויה הרפואית הרצויה להליך זה ועל שאלת המימון, ראו, בהתאמה: Shiri Shkedi-Rafid & Yael Hashiloni-Dolev, *Policy and in Academic Discussion*, 38 J. MED. ETHICS 154 (2011); ליסה סולמני להמן ומאיר ברזיס "הקפאת ביציות בישראל – באילו מצבים ובמימונו של מי? בחינת עמדות בקרב מנהלי היחידות הפריה חוץ גופית, קובעי מדיניות בריאות ציבור ומומחים לביו אתיקה" הרפואה 149, 630 (2010).

## א. הגורמים השונים המעצבים את תפיסת ההורות בישראל

## 1. חובה הלכתית

תפיסת-העולם הישראלית הייחודית בהקשר של ילודה והורות דוגלת בעשיית שימוש נרחב ביותר בטיפולי פוריות. דבר זה בא לידי ביטוי באופן בולט במימון הממשלתי הנדיב הניתן לשם כך. אחד הגורמים המשפיעים ביותר על עיצובה של תפיסת-העולם זו הוא ההלכה היהודית, הרואה בהורות לא רק זכות אזרחית, אלא חובה דתית לכל דבר ועניין. כידוע, אחד ההבדלים המהותיים בין ההלכה היהודית לבין המשפט האזרחי הישראלי, המושפע רבות מתפיסת-העולם הליברלית-המודרנית, הוא הרטוריקה המשמשת להבניית מערכת היחסים בין האדם לבין הריבון. בעוד ההלכה היהודית תופסת את מערכת היחסים בין בורא עולם, נתן התורה, לבין הפרט כשיח של חובות, המשפט הישראלי מבנה את מערכת היחסים שבין הריבון המחוקק לבין הפרט ובין הפרטים לבין עצמם באמצעות שיח של זכויות. כלומר, בעוד בתפיסת-העולם ההלכתית עיקר הדגש מושם בחובת האדם כלפי בוראו, בתפיסת-העולם האזרחית הפרט הינו בשר-ודם מושא זכויות.<sup>16</sup>

כפועל יוצא מכך, הן הפיריון והן ההולדה נתפסים כחובות הלכתיות גמורות שעל האדם לקיים, למעט במקרים חריגים ספורים, דוגמת אדם חסר כוח גברא, שאינו יכול להוליד ילדים באמצעות קיומם של יחסי אישות, או אישה שנולדה בלא רחם ולפיכך אינה יכולה להרות. לא זו אף זו, גם אם קיים אדם את מצוות פרייה ורבייה שבתורה וכבר הוליד שני ילדים, בן ובת, עליו לקיים מצוות דברי חכמים ולהוליד ילדים נוספים.<sup>17</sup> ספרות רבה, תורנית ומחקרית כאחד, נכתבה על תפיסת-העולם הייחודית של ההלכה הרואה את הפיריון וההולדה לא רק כמצווה הראשונה מבחינה כרונולוגית שכל יהודי מתחייב בה, בהיותה המצווה הראשונה בתורה, אלא גם כמצווה ראשונה במעלה. מכאן קצרה הדרך להסדרה ההלכתית הקפדנית שלה.<sup>18</sup> אולם חרף האמור לעיל סבורני כי הדעה השלטת בין פוסקי ההלכה בעניין הקצאת

16 לעמידה על הבדלי הרטוריקה שבין ההלכה היהודית לבין המשפט האזרחי ראו, בין היתר, מנחם מאוטנר "אקוויטי במשפט העברי" עיוני משפט יח 639, 646 (1994); מיכאל ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 233, 235 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). לסיכום תמציתי של עניין זה ראו: Yehezkel Margalit, *On the Dispositive Foundations of the Obligation of Spousal Conjugal Relations in Jewish Law*, XVIII JLAS 161, 164–166 (2008).

17 ראו על כך במקורות הבאים: בראשית א 27–28; משנה, יבמות ו, ו; בבלי, יבמות סב, ע"ב; רמב"ם, הלכות אישות, פרק טו, הלכה א; שולחן ערוך, אבן העזר, פרק א, הלכה א. על הרטוריקה הרבנית המחמירה כיום בקיום מצוות פרייה ורבייה ראו, למשל, שלמה אבינר עצם מעצמי – ענייני חיבור בין איש לאשתו; בניך כשתלי זיתים – תכנון משפחה ומניעת הריון 35 (התשמ"ד); יהושע י' נויבירט "על תכנון המשפחה (מכתב תגובה למאמרים שהתפרסמו ב'צהר' י)" צהר יא 135 (התשס"ב).

18 ראו על כך בקביעות המנחות הבאות: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 710–711 (1996) (להלן: עניין נחמני ב). כן ראו על כך בחוות-דעתו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 554/05 אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד ט(2) 299, 320 (2005).

משאבים רפואיים מוגבלים מצדדת דווקא בכורח ההלכתי להפנות אפרירית את המשאבים הרפואיים לצורך ריפויים של חולים שנשקפת להם סכנת חיים ברורה ומיידית. במילים אחרות, בעימות שבין חולה הנוטה למות לבין חולה שאינו במצב סופני ידו של הראשון על העליונה. אם הדברים נכונים ביחס לאדם חי הניצב לפנינו ואינו במצב בריאותי כה קשה, קל וחומר שהם נכונים כאשר מדובר בהפניית משאבים רפואיים בניסיון – העלול להיות עקר – להביא חיים לעולם.<sup>19</sup> יפה לעניין זה קביעתו הבאה של הרב שבתי רפפורט, שממנה ניתן ללמוד, לכל-הפחות, על האיסור ההלכתי להפסיק טיפול רפואי שכבר הוחל בו:

"מאחר שאין דוחין נפש מפני נפש, אסור להפסיק טיפול באדם אחד כדי להציל אדם אחר, או אף מספר גדול של אנשים אחרים. כמו כן נראה שאסור לבטל מחלקות בבתי חולים, או לצמצמן, אם יש חולים לפנינו שנקבע להם תור לטיפול במחלקות אלה, אף שאין הם מאושפזים בהם בפועל."<sup>20</sup>

כלומר, ההלכה דורשת אפרירית להפנות משאבים רפואיים לטיפולים מצילי חיים, וקובעת כי בוודאי אין לעצור טיפולים כאלה לאחר שכבר החלו. ממילא אין כל מקום ואף היתר הלכתי להפנות משאבים רפואיים לצורך מימנם של טיפולים שאינם מצילי חיים או לצורך מימנם של צרכים רפואיים אחרים, חשובים ככל שיהיו, דוגמת מחקר רפואי. אם קביעה הלכתית לא-פשוטה זו נכונה לגבי מחקר, על אחת כמה וכמה שאין היתר הלכתי להפנות משאבים מוגבלים אלה לניסיון להביא חיים לעולם, דהיינו, להפנות למטרה זו מימון ממשלתי מתוך סל שירותי הבריאות. אשר על-כן, הלכה למעשה איני בטוח שניתן להיבנות משיקולים הלכתיים לביסוס חובה הלכתית להקצות משאבים רפואיים לצורך מימנם של טיפולי פוריות. זאת, כל עוד משאבים אלה יכולים להציל כאן ועכשיו את חייהם של חולים שכבר מאושפזים בבית-החולים ואשר נשקפת להם סכנת חיים.

19 ראו על כך במקורות הבאים: בבלי, נדרים פ, ע"ב; משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חושן משפט ב, סימן עג.

20 שבתי רפפורט "קדימויות בהקצאת משאבים ציבוריים לרפואה" אסיא נאנב-46, 53 (התשנ"ב). ראו על כך גם שבתי רפפורט "קדימויות בהקצאת משאבים ציבוריים לרפואה" אסיא מט"נ 5, 17 (התש"ן); אליעזר אפרסמון "הקצאת משאבים וקדימויות טיפול ברפואה הציבורית" מלילות א 33 (התשנ"ח). עם זאת, גם לדעת הרב רפפורט מותר לתכנן את הקצאת המשאבים לטווח זמן עתידי רחוק מספיק, כך שיובטח כי ביטול אמצעים רפואיים לא יסכן חולים שכבר מאושפזים או כאלה שכבר נקבע להם תור לטיפול. לדעה הלכתית חולקת, המתירה הקצאת משאבים גם לצרכים רפואיים אחרים, ראו משה ד' טנדלר "בעיות בקדימה בהצלה: התקציב הציבורי ודיחוי נפש מפני נפש" ספר כבוד הרב 167, 168 (התשמ"ד); שלמה דיכובסקי "עדיפויות בהצלת נפשות בציבור" תורה שבעל פה לא, מא, מג (התש"ן).



## 2. זכות אזרחית

## (א) כללי

בתת-פרק זה אבקש להוכיח את מעמדה הייחודי של הזכות להורות במשפט הישראלי, התופס אותה לא רק כזכות שלילית, שאותה אין המדינה רשאית להגביל ולצמצם, אלא גם כזכות חיובית, שהאזרח רשאי לדרוש מהמדינה את מימון מימושה. בספרות הסוציולוגית ניתן למצוא קשת של דעות ביחס לאפיונה המדויק של ההורות – אם היא אחריות, זכות, הנאה, העשרה וכדומה. אולם עושה רושם שבארץ, כבעולם כולו, ההשקפה בשיח המשפטי על ההורות כזכות הולכת ותופסת לה מקום של כבוד. בעבר נתפסה ההולדה כפועל יוצא של קיום יחסי מין, והעקרות הייתה בבחינת גורל אכזר שדן את הפרט לערירות.<sup>21</sup> אך כיום, עם המהפכה שחוללה הגלולה ופיתוחם של אמצעי-המניעה השונים, הפרט יכול לשלוט בצורה נרחבת וטובה יותר במניעת ההיריון והלידה, ובכך להפריד את הפיריון מיחסי המין ולשמור על זכותו להימנע מהורות כפויה. באופן דומה, ההתפתחויות המדעיות הדרמטיות שהתחוללו הודות לטיפולי הפוריות מאפשרות כיום להרחיב את מעגל הפרטים היכולים לממש את זכותם להורות.<sup>22</sup>

אחת הנגזרות המרכזיות של המהפכה הביו-חברתית שחוללו טיפולי הפוריות היא העצמת השיח המשפטי על-אודות הזכות להורות על היבטיה השונים.<sup>23</sup> אומנם, שיח הזכויות הליברלי-המודרני הכללי אומץ בהרחבה בארץ, כבמדינות מערביות ליברליות מודרניות רבות, גם בלא כל קשר להתפתחויות בתחום הפוריות. הליך זה נעוץ בראשיתו בחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992.<sup>24</sup> אולם מאז התרחשו תהליכים כלכליים, חברתיים ופוליטיים<sup>25</sup> שהובילו להתגברות שיח הזכויות או למצער להתגברות הרטוריקה שלו. שיח הזכויות חדר אף לתחום דיני המשפחה – הן בהקשר של דיני הזוגיות והן, בצורה

21 ראו על כך חיזקאל מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה 112 (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראילן – הפקולטה למשפטים, התשע"א).

22 על ההבחנה בין מין ללא פיריון לבין פיריון ללא מין ראו בקצירת האומר פינחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 139 (1989); וביתר הרחבה – Ronit Irshai, Fertility and Jewish Law: Feminist Perspectives on Orthodox Responsa Literature 18–21 (2012).

23 ראו על כך יוסי גרין 'פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה 87–112 (2008).

24 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114. על העמקת שיח הזכויות בעקבות חקיקתם של חוקי-יסוד אלה ראו אנדרי מרמור 'ביקורת שיפוטית בישראל' משפט וממשל ד 133 (1997–1998) וכן את תגובתם של עלי זלצברגר וסנדי קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1997–1998). הדיון בשאלה החוקתית אם ניתן להגביל את הזכות להורות, בהיותה זכות יחסית, בחוק ההולם את ערכיה של מדינת-ישראל – למשל, להימנע מלממן טיפולי פוריות עקב הגבלה תקציבית או לחלופין למנוע אפשרות לקבלת ביצית מעל לגיל מסוים – מצוי מעבר לגבולותיו של מחקר זה. לדיון קרוב לכך ראו במאמרו של יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי: בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת-ישראל" המתפרסם בכרך זה.

25 על כך ראו, למשל, יואב פלד וגרשון שפיר "משיח של חלוציות לשיח של זכויות: זהות ואזרחות בישראל" חברה במראה 515 (חנה הרצוג עורכת, 2000); גד ברזילי "פרלמנטריות ויריבויות: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" חברה במראה 360, 359–361 (חנה הרצוג עורכת, 2000); רונן שמיר "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" עיוני משפט יט 699, 716 (1995).

מרוככת יותר, בהקשר של יחסי הורים וילדים.<sup>26</sup> אחד מאותם תהליכים הוא ללא כל ספק ההתפתחות העצומה שחלה בתחום השימוש בטיפולי פוריות, שבעקבותי מסתמנת מגמה העולה בקנה אחד עם שיח הזכויות.<sup>27</sup>

רבות נכתב בארץ על הזכות להורות, על היותה זכות אנושית יסודית שכל אדם זכאי לה, על כך שהיא יונקת את חיותה מערכי-היסוד של חירות וכבוד האדם, המוגנים בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>28</sup> ועל היותה בבחינת מושכל ראשון בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית כולה קיימת הודות לזכות זו, המהווה תנאי בסיסי להבטחת המשכיותה של החברה ולהגשמה עצמית של הפרט. הזכות להורות נגזרת מהזכות הכללית להקמת משפחה, להגשמה ולמימוש עצמי, לחירות, לכבוד ולפרטיות.<sup>29</sup> בהקשר של נשים, בנסיבות מסוימות, הזכות להוליד כרוכה בזכות-היסוד לשלמות גופנית. הצאצא הוא העתיד של האדם כפרט ושל החברה כולה, ולפיכך הוא מעניק לחייהם של רוב בני-האדם משמעות מיוחדת, ופעמים אף את עיקר המשמעות. מקובל על הכל שיש לבני-אדם זכות טבעית חזקה במיוחד להיות הורים. זכות זו מוכרת בגין האינטרס החברתי בהקמת דור חדש, בגין ההכרה באינטרס הטבעי העמוק של בני-אדם להעמיד צאצאים או לחלופין בגין הערך המטפיזי של הנצחת המין האנושי.<sup>30</sup>

יודגש: התפיסה הרווחת בספרות הביואתית והמשפטית תומכת בהיבט השלילי בלבד של הזכות להורות.<sup>31</sup> כלומר, לאדם קנויה חירות לממש את עצמו ואת זכותו לפריון ולהורות, והמדינה אינה רשאית להגביל את זכותו זו אלא אם כן קיים אינטרס

26 בהקשר הכללי של הזכות לחיי משפחה ראו יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 663 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004); אריאל רוזן-צבי "חוקי-היסוד והשפעתם על דיני המשפחה בישראל" דת, ליברליזם, משפחה וחברה 363 (אריאל פורת עורך, 2001). בהקשר של דיני הזוגיות ראו את מחקריו השונים של שחר ליפשיץ, ובעיקר שחר ליפשיץ הסדרה חזוית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (עבודת-גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2002). בהקשר של יחסי הורים וילדים ראו דליה צמירון חלק הוכחת אבהות 329–413 (מהדורה חדשה ומורחבת, 2007); בלהה כהנא חבות של הורים בנויקין כלפי ילדיהם וסוגיות בנויקין בהקשר לקטינים וצדדים שלישיים 53–58 (2008); זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת, 2010).

27 ראו על כך רות הלפרין-קררי "שניים שהם אחת, אחת שהיא שניים – יחסי אם-עובר ושימוש בסמים על-ידי נשים הרות" פלילים ו 261, 331–338 (1997); וביתר הרחבה – כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 503, 515–532 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

28 לקביעה הראשונה ברוח זו ראו ע"א 418/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(3) 1, 14–15 (1989). לסיכום עניין זה בפסיקה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 87471/00 פלוני (קטיין) נ' פלוני, תק-מש 2004(1) 49, 110–112.

29 ראו על כך עניין נחמני ב, לעיל ה"ש 18, בעמ' 680, 694; בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, תק-על 2009(1) 3927 (הזכות להורות בהקשר של הזכות לאימוץ); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, תק-על 2006(2) 1754, 1767–1770 (להלן: עניין עדאלה) (הזכות לחיי משפחה בהקשר של הורות); פס" 38–39, 44–51 בחוות-דעתה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.2011). (הזכות לחיי משפחה ולהורות של העובדת הורה); אורי לב וארנון קרן "טכנולוגיות רבייה והזכות להורות במדינה יהודית ודמוקרטית: המקרה של חוק תרומת הביציות" משפט רפואי וביו-אתיקה 4, 37 (2011); שלו, לעיל ה"ש 7.

30 ראו על כך מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפרייה ולידה" הפרקליט לט 21, 27–28 (1989).

31 על התפיסה הרווחת בעולם ראו: JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 23 (1994) (1994) למסקנה דומה ראו שלו, לעיל ה"ש 7.

ציבורי כבד-משקל שבכוחו להסיג זכות זו. אולם תפיסת-העולם הישראלית הינה ייחודית בהשקפתה על הזכות להורות בהשוואה לתפיסות הרווחות ברוב מדינות העולם המערביות. בארץ הזכות להורות נתפסת ככוללת גם היבט חיובי, כלומר, כנגד זכותו זו של הפרט עומדת "חובתה" של המדינה לא רק להנגיש את אפשרות מימושה והגשמתה של הזכות להורות לכלל האוכלוסייה, אלא אף לממן את ההליכים הנחוצים לשם כך ללא כל הגבלה כמעט.<sup>32</sup> אפנה כעת לדון בשאלה אם יש הצדקה משפטית מבוססת להנחת-עבודה חברתית זו או שמא מדובר בתפיסת-עולם חברתית המולבשת במחלצות של טיעונים משפטיים לכאורה לשם הצדקתה. את דיוני אשתית על סקירה של הספרות המשפטית הרלוונטית ושל פסיקת בתי-המשפט בארץ בנושא זה.

### (ב) ההיבט השליילי של הזכות להורות

הזכות לפריון ולהורות בהיבט השליילי שלה עוגנה בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם. עיקרה של חירות זו בא לידי ביטוי בכך שפעילותו של אדם בתחום זה צריכה להיות משוחררת מהתערבות של זולתו בה.<sup>33</sup> לפיכך ההחלטה להיות הורה או לא להיות הורה מסורה לאדם מכוח היותו אוטונומי, ולשם כך היא צריכה להיות נתונה בידי בלא התערבות המדינה.<sup>34</sup> כתיבה ענפה נכתבה על עקרון כיבוד האוטונומיה של הפרט ועל היותו העיקרון המרכזי ביותר בתחום הביואתיקה. אכן, עיקרון זה מקבל עדיפות בקודקסים אתיים רבים, בהנחיות מקצועיות של העוסקים ברפואה ואף במשפטן של מדינות רבות.<sup>35</sup> גם בארץ זכה עיקרון זה בעיגון משפטי ואף הוגדר כזכות-יסוד, תוך ששיטת המשפט הישראלית מכירה באוטונומיה של האדם כערך עליון. זכות האדם לאוטונומיה הינה חלק מזכותו לכבוד, והיא חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו.<sup>36</sup>

32 על ההבחנה בין ההיבט החיובי לבין ההיבט השליילי של הזכות להורות ראו: THE FUTURE OF HUMAN REPRODUCTION 5–37 (John Harris & Soren Holm eds., 1998); RONALD DWORIKIN, LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION, EUTHANASIA, AND INDIVIDUAL FREEDOM 144, 166–167 (1993).

33 ראו על כך ס' 3 ל-"Universal Declaration of Human Rights", אשר אומצה בהחלטה מס' 217(A)(III) של העצרת הכללית של האו"ם מיום 10.12.1948. סקירה חקיקתית של הזכויות הפריוניות השונות ראו באתר של ארגון הבריאות העולמי (WHO): <http://www.who.int/topics/legislation/en/>; International Digest of Health Legislation, entries: infertility, <http://www.who.int/topics/legislation/en/>.

34 ראו על כך ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 507–508 (1995) (להלן: עניין נחמני א); עניין נחמני ב, לעיל ה"ש 18, בעמ' 709–710; שולמית אלמוג ואריאל בנדר "חופש הרבייה כזכות-יסוד" הרינון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ גופית 115 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996). להתפתחות התערבותה של המדינה בהתהוות התא המשפחתי ראו ז'רמיין גריר מין וגורל: הפוליטיקה של פוריות המין האנושי (1992).

35 לשתי קביעות אחרונות אלה ראו רועי גילבר "הצורך בהכרעות קשות בתביעות של חיים בעולה והולדה בעולה – הערות והארות בעקבות ת"א (מחוזי-חיפה) 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל" מאזני משפט ז 441, 444 ובמיוחד ה"ש 11 (2010). לנימוקים משפטיים-ביאותיים המצדדים בהיות הזכות להורות זכות בסיסית וטבעית ראו לב וקרן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 42.

36 לתמיכה בקביעות אלה בספרות המחקרית ובפסיקותיו של בית-המשפט העליון ראו, בהתאמה, מיכל אגמון-גונן וקרן דבך-דויטש "זכות הרופא להימנע ממתן טיפולי פוריות" רפואה ומשפט 33, 13, 15 (2005); ע"א

אחת הנגזרות המרכזיות של האוטונומיה של הפרט היא חופש הבחירה שלו להיות הורה. הזכות להורות בהיבט השלילי שלה מצדדת בכך שאדם יכול לקיים יחסי אישות עם בת-זוגו ולהוליד ילדים כאוות נפשו, ואל לה למדינה, על זרועותיה השלטוניות השונות, להתערב בנעשה בביתו הפרטי, ובמיוחד בחדר-המיטות שלו. אכן, ניתן למצוא שפע אמירות של מלומדים ושל בית-המשפט העליון בדבר חשיבותו העליונה של ההיבט השלילי של הזכות להורות ובדבר היותו נגזרת של האוטונומיה של האדם ושל חופש הבחירה שהוא מאפשר לו.<sup>37</sup>

כל עוד מדובר בהולדת ילדים בצורה טבעית, אין המדינה נוטה להתערב בנעשה בחדר-החדרים, בשל המסורת של דוקטרינת "פרטיות המשפחה", שלפיה, בהקשר של דיונו, בני-זוג יכולים לקיים יחסי אישות כאוות נפשם, ואין כל הגבלה לגבי מספר הילדים שהם יכולים להוליד יחדיו. כך, בשל ההכרה בדחף שיש לבני-אדם להעמיד צאצאים, ובשל האינטרס החברתי להקים דור חדש, המדינה אינה מתערבת במימוש הזכות להורות אלא לעיתים רחוקות בלבד. אדם רשאי להוליד או ללדת גם אם מצבו הכלכלי אינו שפיר, גם אם קיימת סכנה שילדיו ילקו במחלה תורשתית, ואף אם אין הוא יציב בנפשו.<sup>38</sup> לפיכך אין פלא שניתן למצוא אמירות חד-משמעיות בארץ על רצונה העקרוני של מערכת המשפט לא למשפט תחום אינטימי זה ולהותירו מחוץ לתחום השתרעותו של המשפט.<sup>39</sup>

אכן, מקרי-קיצון אלה עולים לרוב בהקשר של הגבלת זכותם של אסירים להתייחד עם בנות-זוגם ולהוליד ילדים, אם באמצעות יחסי אישות ואם באמצעות העברת מנת זרע אל מחוץ לכותלי הכלא לצורך הפרייתו.<sup>40</sup> מקרים דומים מתרחשים בהקשר של בני-זוג ערבים תושבי ישראל הנשואים לבני-זוג פלסטינים כאשר אשרת השהייה של

2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג (4) 526, 595 (1999).

37 לדעות המלומדים ראו, למשל, דפנה ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות – בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 200 (1996); ישראל דורון, מרואן חכים וטלי פקר "ביר-אתיקה ופוריות בזנקה – הטיעון בזכות טיפולי פוריות בנשים מבוגרות" מאזני משפט ז 501, 517–521 (2010). לפסיקותיו של בית-המשפט העליון בהקשר זה ראו, בין היתר, בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז (1) 419, 431–432, 433–430 (2002).

38 לניסיון להציב גבולות מוסריים למספר הילדים שיובאו לעולם במסגרת משפחה חד-הורית, נזקקת ונתמכת סעד, ראו את הדיון שהתלהט בארצות-הברית בעקבות לידה של שמיניית ילדים לאם יחידנית בשם Nadya Suleman. ראו, למשל: Naomi R. Cahn & Jennifer M. Collins, *Eight is Enough*, 103 Nw. U. L. Rev. 501 (2009); June Carbone, *Who Decides What Number of Children is "Right"?*, 104 Nw. U. L. Rev. Colloquy 109 (2009); Kimberly D. Krawiec, *Why We Should Ignore the "Octomom"*, 104 Nw. U. L. Rev. Colloquy 120 (2009); Debora L. Spar, *As You Like It: Exploring the Limits of Parental Choice in Assisted Reproduction*, 27 Law & Ineq. 481 (2009).

39 ראו לעניין זה את הקביעות השיפוטיות הבאות: ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (5) 37, 81 (1981); עניין נחמני א, לעיל ה"ש 34, בעמ' 486. לנימוקים הפילוסופיים-הביולוגיים לאי-הטלת איסורים חוקיים על פעולת הרבייה הטבעית ראו לב וקרן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 47–48.

40 לבג"צים המנחים שניתנו בעניין מניעת אסיר מלקיים יחסי אישות ומלמלא בכך את חובתו הדתית בעונת אשתו, ועל אפשרותו של אסיר-עולם להעביר לאשתו מנת זרע לצורך הפרייתו, ראו, בהתאמה, בג"ץ 114/86 ויל נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (3) 477 (1987); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2006).

האחרונים בתחומי מדינת-ישראל אינה מוארכת, כך שהמשפחה אינה יכולה להמשיך להיות מאוחדת, מה שמונע מהם כמובן, בין היתר, את היכולת להתייחד ולהוליד ילדים בתחומיה של מדינת-ישראל.<sup>41</sup> יודגש: מדובר אומנם בפגיעה שיש מי שיראה אותה כעקיפה בלבד בזכות לפריון ולהורות, בשל איזונה עם שיקולים אחרים, דוגמת צורכי ביטחון. ובכל-זאת, גם במקרים ספורים אלה ההגבלה והפגיעה בהיבט השלילי של הזכות לפריון ולהורות חשופות לביקורת שיפוטית של בג"ץ, שיבחן אם אין בכך משום פגיעה לא-מידתית, אף אם בעקיפין בלבד, בזכויות הפרט למשפחה, לפריון ולהורות.

סקירת המצב המשפטי הפוזיטיבי הנוהג בישראל תלמד אפוא, מחד גיסא, כי החברה מושיטה באופן עקרוני עזרה לאנשים אשר עד כה נמנעה מהם האפשרות לממש את זכותם להיות הורים באמצעות קיומם של יחסי אישות, וזאת באמצעות מימוןם של טיפולי הפוריות השונים. אולם מאידך גיסא, המדינה אכן נוטלת לעצמה חירות נרחבת להתערב בתחום אינטימי זה הן על-ידי הצרת מעגל הזכאים לטיפול הפוריות השונים והן על-ידי הטלת הגבלות נוספות על אותם זכאים. בהקשר של הגבלת מעגל הזכאים יש לציין, בין היתר, את הצרת זכותה של אישה רווקה לעשות שימוש בתרומת זרע באמצעות בנק הזרע. כמו-כן, אישה רווקה ובני-זוג חד-מיניים מנועים מלממש את זכותם להורות בדרך של היעזרות בשירותיה של אם נושאת ("אם פונדקאית"),<sup>42</sup> וזאת בשל מגבלת חוק הפונדקאות בארץ בנוסחו נכון למועד כתיבתן של שורות אלה, המאפשר כתנאי-קדם לאשר את תוקפו של הסכם לנשיאת עוברים רק כאשר מדובר ב"אישה ואשה שהם בני זוג".<sup>43</sup>

אכן, עתירתה של רווקה בדרישה שיותר לה להיעזר בשירותיה של אם נושאת נדחתה בבג"ץ לאור גזרת המחוקק, חרף הביקורת הלא-פשוטה שמתח השופט מישאל חשין בפסק-דינו על המצב החקיקתי הקיים וקריאתו למחוקק לבחון מחדש את ההסדר הקיים.<sup>44</sup> יצוין כי ההסדר החקיקתי אושרר שוב במסגרותיה של ועדה ציבורית נוספת שהוקמה בשנת 2004 בעקבות בג"ץ זה. ועדה זו קבעה כי כל עוד לא נרכש ניסיון נוסף בהפעלת החוק, ומכיוון שטרם התקבלו תוצאות מחקרים בין-לאומיים בשאלת טובת הילד הנולד מהיריון פונדקאי, אי-אפשר לשנות את ההיתר החקיקתי המוגבל הקיים. למען שלמות התמונה יש לציין את דעת המיעוט בוועדה, של פרופ' דוד הד, שגרס כי בשל נימוקים פילוסופיים שונים יש לשלול באופן עקרוני את מניעת האפשרות להיעזר באם נושאת,

41 לפסיקות בג"ץ המנחות שניתנו בנושא זה ראו עניין עדאלה, לעיל ה"ש 29; בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.2.2010).

42 ראו לעניין זה מירי בומבך "מהפכה במוסד 'הזכות להורות': תמורות בחברה הישראלית – דיון בסוגיית ההורות ההומור-לסבית" רפואה ומשפט 26, 121 (2002); ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 149 ואילך (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002).

43 ראו ס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 176 (לעיל: חוק הפונדקאות). חשוב לציין כי נכון למועד כתיבתם של דברים אלה כבר התפרסם תזכיר חוק אשר ינגיש, אם יאושר, את השימוש בשירותיה של אם נושאת גם לנשים רווקות ולגברים יחידנים, לרבות בני-זוג הומואים. ראו תזכיר חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (תיקון – הגדרת הורים מיעודים וביצוע הסכם מחוץ לישראל), התשע"ד-2014, 802/discussion/www.shituf.gov.il.

44 ראו עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 37.

לכל-הפחות לנשים רווקות.<sup>45</sup> באופן דומה, עתירתם של בני-זוג הומוסקסואלים נגד הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, שסירבה לאפשר להם להיעזר בשירותיה של אם נושאת, נדחתה על הסף. זאת, בשל הסכמת המדינה להקים ועדה ציבורית לנושא ההסדרה החוקתית של הפריון וההולדה. בוועדה זו, בראשותו של פרופ' מור יוסף, נשוב לעסוק בהמשך הדברים.<sup>46</sup>

### (ג) ההיבט החיובי של הזכות להורות

אין כל ספק שהדילמה אם הזכות להורות קיימת בהיבט השלילי בלבד או גם בהיבט החיובי הובלטה עם בואם לעולם של טיפולי הפוריות. ישעיה ברלין, במסתו הנודעת משנת 1958 "שני מושגים של חירות",<sup>47</sup> פיתח את ההבחנה שבין שני סוגי החירויות – הבחנה שנודעה לה השפעה רבה על התיאוריה הליברלית.<sup>48</sup> לשיטתו, החירות החיובית מתייחסת להזדמנות או ליכולת של היחיד לפעול למען הגשמה עצמית, ואילו החירות השלילית מתייחסת לחופש של היחיד מכפייה על-ידי זולתו, ובעיקר על-ידי המדינה, על זרועותיה השונות. בעוד חירות חיובית מטילה חובה על הממשלה, או על רשות אחרת, לפעול על-מנת לספק לבעלי הזכות את התנאים למימושה, החירות השלילית עיקרה בהימנעות מפעולה, מהפרעה או מכפייה חיצונית העלולה לסכל, לשבש או להגביל את אפשרות מימושה של הזכות. וכך מאפיין ברלין את החירות החיובית של הזכות:

"המשמע ה'חיובי' של המלה 'חירות' נובע ממישאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו. אני מבקש שחיי והחלטותי יהיו תלויים בי עצמי, לא בכוחות חיצוניים כלשהם. אני מבקש להיות מכשיר של פעולותי הרצוניות שלי, לא של זולתי. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט; להיות מונע על-ידי שיקולים, על-ידי תכליות מודעות, שהם משלי, ולא על-ידי גורמים המשפיעים עלי כביכול מבחוץ."<sup>49</sup>

אכן, ללא כל ספק, חשיבותה של הזכות לפריון ולהורות אינה נעוצה רק בהיבט השלילי שלה ובמניעת התערבות המדינה במימושה של זכות זו, כלומר, בהנגשת טיפולי הפוריות השונים לכלל אזרחי ישראל ותושביה ובאי-הטלת מגבלות כאלה ואחרות על פרטים

45 למסקנות הוועדה ראו הוועדה הציבורית-מקצועית לבדיקת נושא הזכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים דו"ח הוועדה והמלצותיה (2004) 14–13 [www.old.health.gov.il/Download/pages/insler\\_internet.pdf](http://www.old.health.gov.il/Download/pages/insler_internet.pdf)

46 ראו על כך בג"ץ 1078/10 יואב ארד פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (טרם פורסם, 28.6.2010). למסקנות הוועדה ראו להלן ה"ש 68.

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

48 על יישומה של ההבחנה בין שני היבטים אלה של הזכות בהקשר של קידום מעמד האישה ראו גילה שטופלר "זכויות נשים, משפט וצדק במדינת ישראל" עלי משפט י 53, 56 (2012); וביתר הרחבה – גילה שטופלר "גבולות השוויון – ההרורים בשולי ספרה של רות הלפרין-קדרי Women in Israel – A State of Their Own משפט וממשל ח 391, 404–412 (2005).

49 ברלין, לעיל ה"ש 47, בעמ' 182.

מסוימים בשל גילם, מעמדם המשפחתי, נטייתם המינית וכדומה. עיקר חשיבותה בהיבט החיובי שלה, דהיינו, ביכולתו של פרט המבקש לממש את זכותו להורות לכפות את זולתו לסייע לו להשיג את מבוקשו.

בעוד שעיקר הדיונים שנערכו בארץ בעניין עוסקים במישור היחסים שבין שני פרטים,<sup>50</sup> הדיון במחקר שלפנינו מתמקד ביכולתו של פרט לדרוש את סיועה של המדינה לממש את זכותו להורות.<sup>51</sup> כלומר, כעת מדובר בהגדרה חזקה ושלמה יותר של מושג הזכות, שבכוחו לא רק להטיל חובה על הזולת לסייע לפרט לממש את זכותו – דוגמת בני-זוג פרודים שהאחד חפץ בהורות ואילו האחר מתנגד לכך והדילמה אם בכוחה של הזכות להטיל חובה על בן-הזוג המתנגד<sup>52</sup> – אלא גם להטיל חובה כזו על המדינה. כלומר, לא די בכך שאדם הינו בן-חורין ליהפך להורה מבלי שהמדינה תתערב ותגביל אותו בכך, אלא נחוץ שהמדינה תקצה משאבים על-מנת לסייע לאדם שאין ידו משגת לממן בכוחות עצמו את ההוצאות הרפואיות הלא-מבוטלות הכרוכות בטיפולי פוריות. על ההיבט החיובי של הזכות לפריון, המטיל חובה על המדינה לסייע לפרט לממש את זכותו באמצעות הושטת סיוע כלכלי נכבד, עמדה כרמל שלו:

"ההיבט החיובי של זכות ההולדה משמעותו הזכות לבחור מתי וכיצד להקים משפחה, אם בדרך של קיום יחסי-מין, אם באמצעי רפואי זה או אחר (ואם בדרך של אימוץ). להיבט החיובי יש משמעויות נוספות. בנסיבות מסוימות עשויה לקום זכות הולדה 'במובן הצר' של Hohfeld (מה שידוע גם כ-claim right), דהיינו, זכות שקיימת כנגדה חובה של מאן דהוא לסייע במימושה. זכות צרה מעין זאת כוללת את הזכות למימון של שירותי בריאות הנדרשים על-מנת לממש את החירות להוליד או לא להוליד, המטילה על המדינה חובה מקבילה לממן אותם שירותים, בין שמדובר בטיפולי פוריות, מצד אחד, ובין במניעת היריון או הפסקתו, מצד אחר."<sup>53</sup>

אכן, נשים ישראליות רבות ניוזנות מתפיסת-העולם הייחודית בישראל, וכצרכניות של טיפולי הפוריות דורשות מן המדינה, פעם אחר פעם, לסייע להן לממש את זכותן לפריון ולהורות.<sup>54</sup> לטעמי, ספק רב אם לזכות זו יש אכן היבט חיובי, המכונן זכות לאזרח

50 בצד פרשת נחמני יש לציין את גלגוליו השונים של סכסוך דומה: תמ"ש (משפחה י"ם) 5610/06 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם, 27.11.2007); ע"א (מחוזי י"ם) 2271/08 פלוני נ' אלמונית, תק"מח 2008 (4) 14889; עמ"ש (מחוזי י"ם) 228-08 פלוני נ' אלמונית, תק"מח 2010 (2) 17869.

51 על הבחנה זו עמד השופט גולדברג בעניין נחמני ב, לעיל ה"ש 18, בעמ' 726, בקובעו כי "השאלה אם מוטלת על המדינה חובה לסייע לפרט לממש את רצונו להיות הורה, אינה מתעוררת כלל בריון זה". באופן דומה לא עלה כל ערעור על קביעתו של המשנה לנשיאה ריבלין כי "הזכות להורות היא זכות מסוג של חירות, שאין בצידה חובה המוטלת על הזולת". ראו בג"ץ 625/10 פלונית נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים, פס' 23 (פורסם בנבו, 26.7.2011).

52 על השאלה איזו זכות גוברת – החופש להורות או החופש מהורות – בסכסוך סביב ביציות מוקפאות ראו סיגל דירובי-מוטולה "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ 221, 226–230 (1996).

53 כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות האדם 68–69 (2003).

54 ראו על כך, למשל: Yoram S. Carmeli, *Introduction, in* KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGY.

לתבוע מן המדינה שתסייע לו לממש את זכותו באמצעות מתן מימון ממשלתי לטיפול הפוריות השונים. ראשית, חובת ההוכחה מוטלת לא על המדינה, אלא דווקא על המבקש מימון ממשלתי בסכומים לא-מבוטלים, בבחינת "כל המוציא מחברו עליו הראיה". כל המבקש להיבנות מהזכות לפיריון ולהורות חייב לבסס את הטענות שלו שיח הזכויות הליברלי-המודרני מצדד בזכות זו כזכות מלאה ושלמה שכנגדה עומדת חובת המדינה לסייע לפרט באופן פעיל לממש זכות זו באמצעות מימון ממשלתי. אולם קשה עד-מאוד למצוא הצדקה כזו בספרות המשפטית ובספרות הפילוסופית-הביואתית.<sup>55</sup> לפיכך קשה לקבל מבחינה נורמטיבית שזכות זו, חשובה ככל שתהיה, מחייבת כשלעצמה את המדינה לממן טיפולי פוריות לאזרחי המדינה כדי לסייע להם לממש את זכותם זו. שנית, לעיתים רחוקות בלבד ניתן למצוא קביעה שיפוטית המצדדת, לכאורה, בהבניית הזכות להורות ולפיריון כזכות חיובית. הואיל ואמירות מעין אלה אינן חזון נפרץ בפסיקה הישראלית, אסתפק להלן בציטוט חלקי בלבד מקביעתה של השופטת ארד בנושא זה:

"משמדובר בצורך בסיסי של האדם להורות ובהיותה זכות יסוד, הזכות להורות אינה חלה רק על הולדה טבעית, אלא גם על לידה שבאה כתוצאה מטיפול פוריות... 'הזכות להורות איננה רק הזכות שאחרים לא יתערבו בשיקולי הפרט אם להיות הורה אלא גם ביצירת התנאים אשר יאפשרו לו לממש את החלטתו'.<sup>56</sup>

אכן, לנוכח קביעתה זו חייב בית-הדין הארצי לעבודה את קופת-חולים כללית לממן טיפולי פוריות למבוטח בביטוח הבריאות הממלכתי, ובכלל זה את הטיפולים שאשתו צריכה לעבור, אף שהאשה לא הייתה מבוטחת מפני שלא היה לה מעמד של תושבת ישראל. אולם ככל שאכן ניתן להיבנות לצורך דיוננו מקביעה מעורפלת זו, יש מקום לחדש שמדובר בקביעה שיפוטית ישראלית מקורית, אשר הושפעה מהלחץ החברתי הרב בארץ סביב עשיית שימוש בטיפול פוריות. לפיכך יש יסוד לסברה כי הפרשנות השיפוטית הישראלית הייחודית, המכירה בזכות הפיריון וההולדה כזכות-יסוד מן המעלה הראשונה וכבעלת היבט חיובי, הינה פרי תפיסת-עולם חברתית יותר מאשר קביעה משפטית אובייקטיבית.<sup>57</sup>

שלישית, גם אם זכות זו תוצדק באופן עקרוני באמצעות טיעון משפטי או פילוסופי-ביואתי כזה או אחר, יש מקום לטעון כי חובה פוזיטיבית כזו של רשויות המדינה לסייע

.AMONG JEWISH ISRAELIS I (Yoram S. Carmeli & Daphna Birenbaum-Carmeli eds., 2010)

55 למסקנה דומה ראו לב וקרון, לעיל ה"ש 29, בעמ' 45.

56 ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני – שירותי בריאות כללית, פס' 14–15 לפסק-דינה של השופטת ארד (פורסם בנבו, 4.11.2008). לאמיתו של דבר, קביעה זו מצוטטת על-ידי השופטת מדבריה של רידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 52, אף שהאחרונה מציינת את הדברים דווקא במטרה להגביל ולשלול את המסקנה שאליה הגיעה השופטת בפסק-דינה.

57 הדברים מגיעים עד כדי הוצאת מוניטין למדינת-ישראל של מדינה מתדיינת בכל הקשור לשימוש בטיפול פוריות. ראו על כך: ISRAEL (2000). לפיתוחו של טיעון זה ראו שלו, לעיל ה"ש 7.



לפרט להגשים את זכותו הינה מוגבלת ביותר, וכי יש להחילה במקרים מצומצמים ומתאימים בלבד.<sup>58</sup> ממילא אין מקום להפוך אפשרות זו למדיניות ממשלתית ממלכתית עקרונית בכל הקשר, בכל גיל ובכל מצב, אלא יש להגבילה ולצמצמה ככל האפשר. זאת, הואיל ומדובר בסופו של דבר בהוצאת כספי ציבור המיועדים למימונו של סל שירותי הבריאות, שאחת ממטרותיו המרכזיות והברורות היא הארכת/הצלת חיים. הואיל ומשאביה הרפואיים של מדינת-ישראל – כמו אלה של שאר מדינות העולם – מוגבלים, יש לקפון את היד ולמעט ככל האפשר בהוצאת משאבים רפואיים מוגבלים אלה לטובת מטרות אחרות מוצדקות פחות.<sup>59</sup>

רביעית, לגופו של טיעון, גם כאשר המדינה, באמצעות זרועותיה הרפואיות, מסייעת באופן מלאכותי בהולדה ובהבאת חיים לעולם, ההיגיון מלמד כי ההיבט החיובי של הזכות הולך ומאבד מעוצמתו בשל הסיכונים השונים הגלומים בתהליך זה והלבטים החברתיים והביאותיים הלא-פשוטים העולים בשל כך. כלומר, הואיל והצדקת המימון הממשלתי נשענת על שיח הזכויות, כאמור לעיל בחלק א2(א), והואיל ופעמים רבות אין הזכויות מוחלטות כלל ועיקר, יש להגבילן ולצמצמן בשל נימוקים חברתיים כאלה ואחרים. הדברים יפים במיוחד לנוכח הסכנות הרפואיות והדילמות החברתיות-הביאותיות הלא-פשוטות הגלומות בטיפולי הפוריות (כפי שייסקרו בהרחבה לקמן בפרק ג), בוודאי כאשר עסקינן באישה מטופלת בגיל מתקדם.

לסיכום פרק זה, מסקנות ביקורתי וזקקות הערכת מצב מחודשת בשני מישורים: ראשית, האומנם בכוחה של הזכות להורות ולפריון לאפשר כמדיניות ממשלתית לכל אישה, בכל גיל ובכל מידת מסוכנות לה ולעובריה, להביא חיים לעולם? שנית, ביקורת עקרונית זו מתחדדת לנוכח העובדה שמדובר בהליך הממומן על-ידי המדינה ביד כה רחבה, ותוך עידודם במשתמע או במפורש של פרטים לנסות להביא ילד לעולם באמצעות טיפולים קשים, כואבים ובעייתיים, העלולים לעלות למדינה סכומי-עתק.

## ב. ההסדרה החקיקתית של מימון טיפולי ההפריה החוץ-גופית על-ידי המדינה

### 1. חוק ביטוח בריאות ממלכתי

בפרק זה אבקש לשטוח את ביקורתי על ההסדרה החקיקתית של מימון טיפולי הפוריות בכלל, ושל מימון ההפריה החוץ-גופית בפרט, על-ידי המדינה. אפתח את הדיון בפרק זה בסקירת דברי החקיקה השונים ואפרט את הבעייתיות הרבה שאני מוצא בהם. דיוני

58 לטיעון דומה ראו דוידוב-מוטולה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 227–228.

59 למסקנה קרובה, שלפיה מימון ממשלתי הניתן במסגרת סל שירותי הבריאות להשגת טיפול תרופתי כלול אומנם בזכות הכללית לבריאות ולטיפול רפואי אך אינו עולה כדי זכות חוקתית, ראו בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, תק-על 2008(3) 1443.

בתת-פרק זה יתמקד בהיבט של המימון הממשלתי הניתן במסגרת החקיקה הראשית של חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ולא יעסוק כלל בהיבט הכללי יותר של הגבלת ההנגשה לטיפולי הפוריות בשל הצדקות שונות של גיל, מצב רפואי וכדומה.

מכלול שירותי הבריאות שתושבי ישראל זכאים להם במסגרת מערכת הבריאות הציבורית הוגדר בחוק ביטוח בריאות ממלכתי. חקיקת החוק חוללה כמה שינויים מהותיים במערכת הבריאות בישראל. אחד השינויים המרכזיים היה קביעת סל שירותי בריאות סטטוטורי המחייב את כל קופות-החולים.<sup>60</sup>

לא למותר לציין כי להכללה של טכנולוגיה רפואית מסוימת או שירות רפואי מסוים בסל השירותים לפי החוק יש השפעה לא-מבוטלת על מערכת הבריאות. זאת, שכן הכללה כזו מהווה הכרה רשמית בחשיבותם של הטכנולוגיה או השירות במסגרת הטיפולים הרפואיים, ומעניקה תמריץ כלכלי משמעותי למשווקים של הטכנולוגיה או השירות. מן העובדה שטיפולי הפוריות נכללו במימון הממשלתי הניתן במסגרתו של חוק זה ניתן להסיק עד כמה הפירון מרכזי וחיוני בתפיסת-העולם הישראלית. אכן, סעיף 3 לחוק מפרט את עקרונות-היסוד של ביטוח הבריאות הממלכתי בארץ, ובכלל זה נקבע בסעיף 3(א) לחוק כי "כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה". לנוכח סעיף 6 לתוספת השנייה לחוק, זכאות זו כוללת, בין היתר, את האבחון והטיפול בבעיות פוריות שונות. וזו לשון החוק:

6. פעולות אבחון וטיפול נוספות:

...

(ד) אבחון וטיפול בעקרות, כגון:

תבחנים לצורך ברור עקרות ולצורך הפריה מלאכותית  
טיפול בעקרות

הפריה מלאכותית – כולל טיפולים להשבחת זרע וטיפול הורמונלי. טיפולי הפרייה חוץ גופית – ניתנים לצורך הולדת ילד ראשון ושני, לבני זוג שלהם אין ילדים בנישואיהם הנוכחיים וכן, לאישה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד הורית."

כלומר, בין יתר הטכנולוגיות והשירותים אשר ניתנים במסגרת החוק וממומנים על-ידי הממשלה במסגרת סל שירותי הבריאות, החוק מונה גם את האבחון והטיפול בבעיות פוריות שונות, לרבות טיפול בעקרות באמצעות הפריה חוץ-גופית, שעלותה גבוהה מאוד. זאת, עד ללידת שני ילדים לבני-הזוג בנישואיהם הנוכחיים, ואף אם יש להם ילדים מנישואיהם הקודמים. החוק שיקף בנושא זה, למעשה, את המצב המשפטי-הרפואי שהיה קיים קודם לכן מבחינת היקף הכיסוי הרפואי שהעניקה קופת-חולים כללית למבוטחיה. הותרת המצב הקיים על תילו הינה הסדר אדמיניסטרטיבי נוח מאוד

60 לתיאור עניין זה בהרחבה ראו שלו, לעיל ה"ש 53.

למחוקק, שאינו צריך לנסח (מחדש) את אמות-המידה להיקף הכיסוי הרפואי שיינתן, וממילא אינו צריך לבאר אמות-מידה אלה ולהצדיקן. עם זאת, הסדר זה פגום מן היסוד בהיבט המהותי-התוכני שלו, שכן חקיקת חוק זה, שהינו מרכזי כל-כך מבחינה משפטית, איתית, כלכלית וחברתית, לא התבססה על דיון ציבורי מעמיק ומקיף בדבר היקף הכיסוי הרפואי שמן הנכון ומן הראוי שהחברה הישראלית תקצה למשאביה הרפואיים, ובכלל זה בנוגע למושא דיוננו – מימונם של טיפולי הפוריות וההפריה החוץ-גופית.<sup>61</sup>

יתר על כן, גם לאחר חקיקת החוק ועיגון מימונם של טיפולי ההפריה החוץ-גופית במסגרתו, הופעל עדיין לחץ ציבורי כבד להגמיש את מגבלות החוק ולממן טיפולים אלה בקשת רחבה וגדולה יותר של מקרים שונים ומגוונים. לחץ ציבורי זה בא לידי ביטוי בריבוי קבילות של אזרחים שונים שקבלו על כך שהקופות אינן מממנות כנדרש את טיפולי הפוריות שהם נזקקים להם בשל הוריה רפואית. אכן, טיפולי ההפריה החוץ-גופית היו אחד הנושאים המרכזיים ביותר בקבילות שהגיש הציבור לנציב קבילות הציבור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי. ריבוי קבילות זה עשוי ללמד אף הוא עד כמה החברה הישראלית תופסת את חובת המדינה לממן את טיפולי הפוריות השונים כחובה גמורה, וכידה אף הזכות והיכולת לאכוף את המדינה לעשות כן מכוח החוק ובאמצעות קבילה לנציב קבילות הציבור לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.<sup>62</sup>

בשל ריבוי הקבילות נגד קופות-החולים השונות, ובעיקר נגד קופת-חולים מכבי, ערך שר הבריאות דאז, יהושע מצא, ישיבה דחופה בעניין, שאלה זומנו נציגי הקופות, נציגי הציבור, בכירי משרד הבריאות ומומחים בתחום. במהלכה של פגישה זו הודיע שר הבריאות כי בהתאם להוראות החוק, הקובעות כי מימון ציבורי לטיפולי הפוריות יינתן אך ורק בכפוף לשיקול-דעת רפואי, אין להגביל עוד טיפולים אלה בהגבלות מנהליות כלשהן. לשם עיצוב אמות-המידה הרפואיות להיקף המימון הרפואי שיינתן לטיפולי הפוריות השונים, מינה השר, בצורה חפוזה ובלתי-מסודרת, ועדה של מומחים אנונימיים שהתבקשה להמליץ על אמות-מידה רפואיות למתן הטיפול, וקצב את מועד הגשת המלצותיה לידיו עד לתחילת שנת 1999. ביום האחרון של שנת 1998 נמסרה לשר הבריאות חוות-הדעת של הוועדה, אשר עיקרי המלצותיה לא הטילו הלכה למעשה אלא הגבלות מעטות מאוד על מתן טיפולים רפואיים אלה. בין היתר התקבלו אמות-המידה המגבילות הבאות: הגיל המרבי שבו תהא מטופלת זכאית לטיפול לא יעלה על 45, וגם בגיל צעיר יותר לא יינתן טיפול אם הוא יישלל בשל שיקולים רפואיים שנקבעו; מספר הטיפולים המיטבי לשנה לא יעלה על 4-6; והגיל המרבי לתרומת ביצית הוא 51, שהינו גיל הפוריות המרבי.<sup>63</sup> לצורך דיוננו, ברור שהגבלות כלליות ומצומצמות אלה משליכות

61 לסימוכין לקביעות השונות המובאות בנוף הרברים ראו זוהר יהלום ושגב שני "הבטים משפטיים של ערכון סל התרופות" רפואה ומשפט 24, 97, 98 (2001).

62 לריכוז נתונים אלה ראו משרד הבריאות נציב קבילות לחוק ביטוח בריאות ממלכתי – דו"ח מס' 2: 1998 – 1999 (2000).

63 לצערי הרב, רב הנסתר על הנגלה בכל הקשור לתפקודה של ועדה זו, אשר היחיד שחתום על מסקנותיה, ככל הידוע לי, הוא ד"ר י' ברלוביץ, ראש מנהל הרפואה. דווקא הערפול והעמימות הרבים המתלווים לאופן תפקודה של ועדה זו ושאלות-היסוד הרבות הקשורות לעבודתה מלמדים היטב על הבעייתיות הרבה של

באופן ישיר על היקף המימון הממשלתי שיינתן לנשים הזכאיות לקבלת טיפולים אלה. המלצות אלה התקבלו אומנם בהסכמה על-ידי קופות-החולים השונות, והלכה למעשה נהפכו בכך לחלק מהחוק הלא-כתוב אך הנוהג והמחייב במדינת-ישראל. אולם הליך זה לא רק לא עבר את כור ההיתוך של בית-המחוקקים הישראלי, כראוי לסוגיה המעלה דילמות ערכיות מהותיות ביותר,<sup>64</sup> אלא אף מבחינה מנהלתית, כחוות-דעת של מומחים, הוא פגום מן היסוד. ההמלצות נכתבו בצורה לקונית וקצרה, מעולם לא נחתמו על-ידי חבריה, ונראות כטיוטה לא-מוגמרת יותר מאשר כמסמך רפואי-משפטי מחייב. זאת, להבדיל מכל ועדות המומחים האחרות שפעלו במדינת-ישראל, אשר כתב המינוי שלהן, היקף ייפוי-הכוח שניתן להן וכן מסקנותיהן היו מפורשים וברורים, ופורסמו ברבים בצורה מסודרת ונרחבת, כמתחייב על-פי אמות-מידה משפטיות ומנהליות. נוסף על כך, החלטות הוועדה אומצו ללא כל הליך קבלה מסודר, בין היתר בשל הטעם שהן מעולם לא פורסמו באופן רשמי. כך, פעם נוספת, נקבע והורחב המימון הציבורי בהליך לא-מסודר ולא-תקין מבחינה מנהלית ומבחינה משפטית. המלצותיה של ועדת המומחים הפכו במחייב את מדינת-ישראל למדינה שבה ניתן, הלכה למעשה, המימון הממלכתי הנרחב ביותר לטיפולי הפריה חוץ-גופית, וזאת בלא כל עריכת דיון אקדמי, ציבורי וכלכלי ראוי בסוגיה חברתית רגישה, בעייתית ומורכבת זו.<sup>65</sup>

אם לא די בכך, גם בחיפוש מעמיק בספרות המחקר המשפטית לא נמצא כמעט שום דיון אקדמי על-אודות הסדרה חקיקתית ייחודית זו. גם חיפוש במאגרי פסקי-הדין המתפרסמים בארץ מלמד כי רק במקרים ספורים, אם בכלל, נערך דיון משפטי בהוראות אלה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי. פסקי-הדין שניתנו בתחום זה, שניתן לסופרם על כף-יד אחת, עוסקים בעיקר בשאלת שיפוי הכלכלי של אדם, בעיקר גבר, שכושר ההולדה שלו נפגע. בתי-המשפט הדנים בסוגיה זו מנסים לכמת את היקף הפיצוי הנזיקי שיינתן לאדם כזה לאור המימון הרפואי הקיים במדינת-ישראל לטיפולי הפוריות השונים, כקבוע בחוק מושא דיוננו.<sup>66</sup>

יתר על כן, יש להצר על כך שוועדת מור יוסף – אשר מונתה בתחילת שנת 2011 כדי לדון בהיבטים השונים של הפריון וההולדה בישראל שאינם מוסדרים כיום בחוק או שעלה הצורך לבחון אם בשלו התנאים לערוך בהם שינוי חקיקתי, ואשר לאחר

הליך קבלת ההחלטות בה. המקור היחיד שאני יכול להפנות אליו בצורה ברורה בהקשר זה הוא הנוסח המלא של המלצות הוועדה בדבר הכללים הרפואיים לטיפולי הפריה חוץ-גופית (IVF). ראו [img2.timg.co.il/forums/1\\_165145900.doc](http://img2.timg.co.il/forums/1_165145900.doc).

64 יפה לעניין זה הקביעה הבאה המצוטטת בה"פ 7172/08 פלונית נ' שר הבריאות, פס" 17 (פורסם בנבו, 12.8.2008): "אחד מהיבטיה של הרמקורטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק."

65 לסימוכין לטיעונים השונים המובאים על-ידיי בגוף הדברים ראו שלו, לעיל ה"ש 53, בעמ' 160 – 161.  
66 ראו על כך, בין היתר, ת"א (חי') 389/96 בן חמו נ' טוביאנה (פורסם בנבו, 21.8.2007); ת"א (חי') 837/93 סלוביק נ' המגן חב' לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 19.7.2000). למקרה שבו בשל רשלנות של בית-חולים בביצוע הליך גרידה נפגע כושר ההולדה של אישה ראו ת"א 11290/97 אלהאם נ' ב"ח נצרת א.מ.מ.ס (טרם פורסם, 10.4.2001).

יותר משנה של דיונים, במאי 2012, פרסמה את מסקנותיה – לא הוסמכה לדון בנושא היקף המימון הממשלתי שראוי להקצות לטיפולי הפוריות.<sup>67</sup> אכן, הוועדה לא דנה כלל בשאלת מימון של טיפולי הפוריות, האמורים לאפשר לכל אזרחי ישראל להגשים את זכותו לפריון ולהורות, אלא התמקדה במגוון רחב של נושאים אחרים, כנגישותם של טיפולי הפוריות לקבוצות אוכלוסייה שונות (חד-מיניים, לפי גיל, מעמד משפחתי ועוד). מוטב היה אילו הוסמכה ועדה מקצועית חשובה זו לדון בכלל ההיבטים של נושא כה מרכזי וסבוך זה בחיי החברה הישראלית, ולא להסתפק בהסדרת היבטים חלקיים בלבד, מרכזיים וחשובים ככל שיהיו.

## 2. חוק תרומת ביציות

חוק נוסף המסדיר הן את עצם הנגישות והן את היקף המימון הציבורי הניתן בגין טיפולי ההפריה החוץ-גופית השונים הוא חוק תרומת ביציות, אשר נחקק אך לאחרונה ונכנס לתוקף ביום 13.12.2010. מטרת החוק הייתה להסדיר את ההליך של תרומת ביציות למטרת הולדה וכן את השימוש בביציות לצורכי מחקר תוך שמירה על מעמדן, כבודן, זכויותיהן ובריאותן של הנשים המעורבות בהליכים אלה.<sup>68</sup> ההסדר של תרומת ביציות למטרת הולדה מיועד לנשים בנות 18-54 שאינן יכולות להתעבר מביציותיהן. חוק עדכני זה נחקק בעקבות המלצותיה של ועדת הלפרין, שאותה מינה בשנת 2000 שר הבריאות שלמה בניזרי בעקבות מצוקתן של אלפי נשים שהמתינו לקבלת תרומת ביצית מנשים אחרות שעברו טיפולי פוריות ואשר ביציות שנשאבו מרחמן נותרו בלא שימוש. הואיל ורק נשים שסבלו מעקרות ונזקקו לטיפולי פוריות היו רשאיות לתרום לאישה אחרת, על-פי ההסדרה החקיקתית שקדמה לחוק, התעורר צורך דחוף להתיר בחוק תרומה גם ממי שאינה עוברת טיפולים בעצמה. מסקנות הוועדה יושמו רק לאחר חבלי לידה לא-מבוטלים. כך, אף שהוועדה התחילה בעבודתה בשנת 2000 והגישה את מסקנותיה בשנת 2001, בפועל נחקק החוק רק בשנת 2010, וזאת לאחר מספר לא-קטן של הצעות חקיקה שעלו אך לא התקבלו לספר החוקים.<sup>69</sup>

למען שלמות התמונה אסקור בקצרה את המצב החקיקתי ששרר בישראל לפני כניסתו של חוק תרומת ביציות לתוקף. בתחילה, בשל חדשנותו, היה ביצוע של כל טיפול כזה מובא לאישורה של ועדת הליסינקי העליונה לניסויים בבני-אדם. בשנת 1987 הסדיר שר הבריאות את השימוש בפרקטיקה זו באמצעות תקנות בלבד.<sup>70</sup> בשנת 2001

67 ראו על כך המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל 7 (2012), [www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf) (להלן: דוח ועדת מור יוסף).

68 ראו ס' 1 לחוק תרומת ביציות.

69 לתיאורה של ועדת הלפרין ראו הלפרין, לעיל 13.

70 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 978 (להלן: התקנות). לסקירת ההיסטוריה החקיקתית והשיפוטית של טיפולי ההפריה החוץ-גופית לפני חקיקתו של חוק תרומת ביציות ראו: Carmel Shalev & Sigal Gooldin, *The Uses and Misuses of In Vitro Fertilization in Israel: Some Sociological and Ethical Considerations*, 12 *NASHIM* 151, 158-165 (2006); גרין, לעיל ה"ש 23, בעמ' 189-194; וביתר

הוכנסה תוספת לתקנות והוסדרה האפשרות של השתלת ביציות מופרות שנתרמו והופרו מחוץ לישראל, ואף זאת, במידת הצורך, במימון נרחב של המדינה.<sup>71</sup> אולם בכך לא היה די, וכבר בשנים 2000-2001 נעשו שני נסיונות לקדם חקיקה בנושא.<sup>72</sup> נוסף על ועדת אלוני, אשר דנה בהיבטים שונים של ההפריה החוץ-גופית ופרסמה את מסקנותיה בשנת 1994,<sup>73</sup> מונתה כאמור בשנת 2000 הוועדה בראשות מרדכי הלפרין, שדנה בהסדרה החקיקתית הראויה של תרומת הביציות בארץ.

לגופם של דברים, אחד מחידושיו המרכזיים של חוק תרומת ביציות, לצורך דיוננו, הוא ללא כל ספק העלאת גיל הזכאות של אישה לקבלת טיפולי פוריות, ואף למימון של קבלת תרומת ביצית, ל-54 שנים. וזה לשונם של סעיפים 11 ו-13 לחוק, המתייחסים לשני נושאים אלה:

"11. מצא רופא מטפל כי מטופלת שהיא תושבת ישראל, שמלאו לה 18 שנים וטרם מלאו לה 54 שנים, אינה מסוגלת בשל בעיה רפואית להתעבר מביציות שבגופה, או שיש לה בעיה רפואית אחרת המצדיקה שימוש בביציות של אישה אחרת לשם הולדת ילד, לרבות בדרך של השתלת הביציות באם נושאת לפי חוק ההסכמים, יודיע למטופלת כי באפשרותה להגיש בקשה לתרומת ביציות; בקשה כאמור תוגש לרופא האחראי בטופס שהורה המנהל.

...

... 13.

(ה) רופא אחראי רשאי לאשר השתלת ביציות שנשאבו מגופה של תורמת, בגופה של נתרמת או של אם נושאת כאמור בסעיף קטן (א), לאחר שווידא כי התקיימו כל אלה:

(1) הנתרמת היא תושבת ישראל שמלאו לה 18 שנים וטרם מלאו לה 54 שנים;

החוק קובע אם כן בצורה ברורה, בשני סעיפים אלה, כי זכאותה של אישה לקבל במימון המדינה טיפולי פוריות, לרבות תרומת ביצית, משתרעת עד לגיל המתקדם של 54 שנים. בכך העלה החוק באופן משמעותי את גילה של אישה הזכאית להמשך קבלת טיפולי פוריות במימון ממשלתי ביחס למצב המשפטי ששרר קודם לכן, שבו עמד הגיל המרבי

הרחבה: Carmel Shalev, *From Woe to Woe: Egg Donation in Israel*, in ETHIK — GESCHLECHT — MEDIZIN: KÖRPERGESCHICHTEN IN POLITISCHER REFLEXION (Ethics — Gender — Medicine. Body Narratives in Political Reflection) 71 (Ernst Waltraud ed., Berlin 2010).

71 ראו ס' 2א לתקנות. להיבט של המימון הממשלתי הניתן להליך זה אף שהוא אינו נערך בארץ ראו: Daniel Sperling, *Commanding the "Be Fruitful and Multiply" Directive: Reproductive Ethics, Law and Policy in Israel*, 19(3) CAMB. Q. HEALTHCARE ETHICS 363, 365 (2010).

72 ראו הצעת חוק תרומת ביציות להפריה חוץ גופית, התשס"א-2001, פ/1328, פ/423.

73 ראו על כך שאלו אלוני דין וחשבון הוועדה הצבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ גופית (1994). להצעות החקיקה המאוחרות יותר ראו, למשל, הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ה-2005, פ/3459; הצעת חוק תרומת ביציות להפריה חוץ גופית, התשס"ז-2007, פ/2106/17.

על 45 לגבי שימוש בביציות של האישה עצמה ועל 51 שנה לגבי קבלת תרומת ביציות. ביקורתי על כך כפולה: ראשית, מדובר בגיל מתקדם מאוד, שבו כרוכות בתהליך סכנות לא-פשוטות לאישה ולעובריה, ולפיכך אין מקום להכשיר ואף לעודד מצב דברים כה בעייתי מבחינה רפואית; שנית, עצם העובדה שהמדינה מממנת עריכת הליכים אלה בגיל כה מתקדם עלולה לדחוף במודע או לא במודע נשים נוספות ללדת ילד בגיל מתקדם תוך סיכון לא-מבוטל שלהן ושל עוברן.

ב-1.12.2011, כשנה לאחר כניסתו של חוק תרומת ביציות לתוקף, פרסם מנהל הרפואה חוזר בעניין תרומת ביציות.<sup>74</sup> החוזר מחדד, בסעיף 10, את הנהלים להענקת המימון על-ידי המדינה להליכים אלה. יודגש: מדובר בהליך רפואי יקר למדי, שבמסגרתו הנתרמת משלמת סכום כולל של כ-10,000 ש"ח לבית-החולים שממנו קיבלה את האישור להשתלת ביציות בגופה. במקביל משולם פיצוי לתורמת בעד הוצאות נסיעה ובעבור הפעולה של שאיבת הביציות מגופה. בעבר שולם סכום כולל של 10,000 ש"ח, אולם סכום זה לא השיג את המטרה המיוחלת של עידוד נשים לתרום את ביציותיהן, ולפיכך באמצע יולי 2013 הוכפל סכום זה, והוא עומד כיום על כ-19,000 ש"ח.<sup>75</sup> סכום זה משולם על-ידי בית-החולים שבו נעשתה שאיבת הביציות, וייתכן מאוד שהמימון לכך מגולם בתשלום של הנתרמת לבית-החולים. כך נקבע בסעיף 10 לחוזר של מנהל הרפואה המסדיר את סוגיית המימון:

"מימון הפעולה הרפואית יבוצע ע"פ תעריפי משה"ב [= משרד הבריאות] ותעריפי ההסכמים בין הגופים השונים ובאחריות ביטוחית של קופות החולים כחלק מסל השירותים שבתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי."<sup>76</sup>

גם קביעה זו של חוק תרומת ביציות לוקה בכמה בעיות לא-מבוטלות. ראשית, אם הפרקטיקה שהונהגה בישראל בעקבות המלצותיה של ועדת המומחים אפשרה לאישה לקבל מימון לצורך קבלת תרומת ביציות וביצוע טיפולי הפריה חוץ-גופית עד לגיל 51 בלבד, הנה בא החוק והעלה גיל זה באבחה אחת ל-54. זאת ועוד, לגבי אישה אשר בשל הוריה רפואית זכאית לקבל גם תרומת ביציות אישר החוק שכלל טיפולי הפוריות, לרבות תרומת הביציות, ייעשו במימון נרחב של המדינה. זאת, חרף הסיכונים הרפואיים הלא-מבוטלים העלולים להיות מנת-חלקה של אישה אשר בגיל כה מתקדם מבקשת להרות באמצעות טיפולי הפריה לא-פשוטים ומסוכנים אלה.<sup>77</sup>

שנית, קביעת החוק מקדמת את השימוש בטכנולוגיה של תרומת ביציות במימון ציבורי

74 חוזר מנהל הרפואה 46/2011 "תרומת ביציות" (1.12.2011) [www.health.gov.il/hozer/mr46\\_2011.pdf](http://www.health.gov.il/hozer/mr46_2011.pdf) (להלן: חוזר מנהל רפואה 46/2011).

75 ראו תקנות תרומת ביציות (תשלום פיצוי בעד שאיבת ביציות) (תיקון), התשע"ג-2013, ק"ת 1639, [www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/avoda2013-07-01-03.doc](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/avoda2013-07-01-03.doc).

76 חוזר מנהל רפואה 46/2011, לעיל ה"ש 74, ס' 10.1.

77 את הסכנות לאישה וליילוד הכרוכות בטיפול הפריה חוץ-גופית בגיל כה מתקדם של האישה אסקור להלן בתת-פרק 11.

באמצעות הכללת הטכנולוגיה בסל שירותי הבריאות, וזאת על-חשבונן של טכנולוגיות רפואיות אחרות שהינן מצילות חיים. כאשר המדינה מקצה סכום כסף מסוים לטובת סל שירותי הבריאות, מדובר במימון של תרופות וטכנולוגיות רפואיות שונות ומגוונות. כאשר ההקצאה נעשית לטיפול פוריות, הדבר בא בהכרח בצורה ישירה על-חשבונן של תרופות וטכנולוגיות רפואיות אחרות המצילות חיים. הדבר חמור במיוחד כאשר הוא נעשה בהליך העוקף את כל המנגנונים האדמיניסטרטיביים הקבועים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, שהרי החוק קובע שני מנגנונים בלבד להוספת תרופות וטכנולוגיות רפואיות לסל שירותי הבריאות. במקרה הפשוט יותר, כאשר הוספה כזו אינה כרוכה בתוספת עלות, הדבר מסור לידי שר הבריאות, אשר מוסמך לקבוע תוספת זו. אולם כאשר מדובר בהוספה הכרוכה בתוספת עלות לסל, ואין ספק שזה המצב לגבי הטיפולים מושא דיוננו, סעיף 8(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי מתנה הוספה כזו במציאת מקור מימון נוסף על המקורות המנויים בסעיף 13 לחוק או במציאת מקור שהתפנה עקב ביטול שירות או התייעלות, ודבר זה בוודאי אינו מתקיים בהקשר של דיוננו. זאת ועוד, בפועל הוספה לסל שירותי הבריאות נעשית בדרך-כלל רק במקרה שבו אושרה תוספת תקציב ממשלתי לצורך העניין, וגם במוכן זה פני הדברים שונים במקרה שלפנינו.<sup>78</sup>

שלישית, בתחילת שנת 1998 הוקם במשרד הבריאות מנהל טכנולוגיות ותשתיות רפואיות, שתפקידו לקבוע מדיניות ציבורית בענייני טכנולוגיות ברפואה. מנהל זה מונה עם הקמתו גם כאחראי לניהול ולעדכון של סל שירותי הבריאות, ולשם כך הוחל בפיתוח מנגנון מובנה לניהול סל שירותי הבריאות ולעדכון. לאחר-מכן, לקראת קבלת התקציב לשנת 1999, מינה שר הבריאות ועדה ציבורית שתמליץ בעת עדכון הסל על הטכנולוגיות החדשות שייכללו בו, בהתאם לתהליך ולמנגנון שפותחו על-ידי המנהל.<sup>79</sup> החל בשנה זו העדכונים בסל שירותי הבריאות אמורים להגיע לאישור הממשלה במקביל לקבלת התקציב השנתי ב-1 בינואר. לא למותר לציין כי נכון למועד כתיבתו של מחקר זה טרם התקבל, ככל הידוע לי, אישור תקציבי לתוספת הלא-מבוטלת של ההוצאות שהמדינה מקצה למימון תרומת ביציות בעקבות קבלתן של חוק תרומת ביציות, בפרט לנוכח העלאת גיל הנשים הזכאיות לקבל טיפולי הפריה חוץ-גופית במימון המדינה. למסקנה דומה ניתן להגיע מעיון בדברי הכנסת בעניין יישומו ואופן מימון של חוק תרומת ביציות. בדיון שנערך לאחר כשנה ממועד כניסתו של החוק לתוקף, נשאל סגן שר הבריאות יעקב ליצמן על-ידי חבר-הכנסת עתניאל שנלר אם הוקצב תקציב ייעודי ליישום החוק, ומתשובתו המגומגמת של סגן השר ניתן להבין כי למעשה הוא משיב על שאלה זו בשלילה.<sup>80</sup>

78 ראו על כך יהלום ושני, לעיל ה"ש 61.

79 לתיאור המנגנון לעדכון סל שירותי הבריאות, המבוסס על קביעת סדרי עדיפויות לטכנולוגיות השונות המועמדות להכללה בסל בהתאם לדגם שגובש על-ידי המלומדים שמר וזיבצ'ניר, ראו: Joshua Shemer & Miriam Ines, Siebzehner, *Health Technology Policy in Israel at a Time of Healthcare Reform*, in TECHNOLOGY ASSESSMENT IN HEALTH CARE: FROM THEORY TO PRACTICE 42 (Joshua Shemer & Tore Schersten eds., 1995). על ייחודיותו של הליך העדכון של סל שירותי הבריאות בישראל, ועל היותו ברור ומוגדר, ראו יהושע שמר ואח' "קידום טכנולוגיות רפואיות בסל שירותי הבריאות בישראל: 1995–2000" הרפואה 142, 82 (2003).

80 ראו ד"כ טז 211–216 (התשע"ב) [www.knesset.gov.il/plenum/data/01024112.doc](http://www.knesset.gov.il/plenum/data/01024112.doc).



## 3. ההסדרים החדשים לשימור פוריות האישה

לבסוף, יש לציין תיקון חקיקה נוסף שהתקבל גם הוא לאחרונה בלבד ואשר מעודד אף הוא התוויה רפואית בעייתית בהקשר של דיוננו, הגם שיש הצדקה רפואית לכך. בארץ, כבעולם, הולכת וגוברת בשנים האחרונות המודעות ליכולת לשמר פוריות של אישה העתידה לעבור טיפולים שונים העלולים לפגוע באופן בלתי-הפיך בפוריותה וביכולתה לייצר ביציות תקינות, להרות וללדת.<sup>81</sup> בפרקטיקה הנוהגת בארץ – בצד השיטה של שאיבת ביציות, הפרייתן בזרע של הבעל ו/או של תורם זרע והקפאתן – קיימות כיום שתי שיטות נסיוניות לשימור פוריותה של האישה: הקפאת רקמה של קליפת שחלה והקפאת שחלה שלמה. לאחר ההפשרה מבוצעת השתלה בגוף האישה, שמטרתה להביא את השחלה שהוקפאה והוחזרה לידי תפקוד תקין, לרבות ייצור הורמונים וביציות הניתנות להפריה טבעית, שתוביל להתפתחות היריון וללידת תינוק בריא.

הפרקטיקה של שימור הפוריות קיבלה בארץ דחיפה נוספת כאשר בשלהי שנת 2009 הוציאה המועצה הלאומית לביואתיקה הנחיות בנוגע ל"נטילת ביציות והקפאתן לשימוש עתידי".<sup>82</sup> בטכנולוגיה זו מדובר בשאיבת ביציות מגופה של אישה והקפאתן בלא הפרייתן בזרעו של בן-הזוג ו/או תורם זרע. טכנולוגיה זו פורייה פחות מאשר הקפאה של ביציות מופרות או של עופרים, אולם היא ישימה כאשר לאישה אין בן-זוג ו/או תורם, ולפיכך היא עשויה להיות רלוונטית ביותר לנערות שטרם הגיעו לגיל הנישואים. לטכנולוגיה של הקפאת ביציות יש כבר כיום יישומים חשובים ברפואה, והנחת-העבודה היא שיישומים אלה ילכו ויתרבו עם הזמן. ההתוויה הרפואית העיקרית של פרקטיקה זו לצורך דיוננו היא שימור פוריות מקום שיש חשש לאובדן הפוריות של המטופלת עקב מחלה או טיפול רפואי. כמו-כן, טכנולוגיות אלה מאפשרות לשמר גם את פוריותן של נשים המבקשות להקפיא ביציות בשל החשש מאובדן הפוריות או מפגיעה בפוריות בעתיד מחמת גילן, מבלי שיש צורך רפואי מידי בכך.

עיגון חוקי להסדרים חדשים ומתקדמים אלה ניתן למצוא בתיקון לחוק ביטוח בריאות ממלכתי שנעשה לאחרונה.<sup>83</sup> במסגרת תיקון זה הוסף סעיף 6(ד) לתוספת השנייה לחוק, שקבע מימון נוסף לצורך שימור פוריות מטעמים רפואיים אצל ילדות, נערות ונשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות, וזאת כדי לאפשר להן לשמר את פוריותן באמצעות שימור של עופרים, ביציות ואף רקמת שחלה. וזו לשונו של הסעיף שהוסף:

81 אציין רק שני גופים העוסקים בהגברת המודעות לשימור הפוריות: ברמה הבינ-לאומית – International Society Fertility Preservation (ISFP), [www.isfp-fertility.org](http://www.isfp-fertility.org); וברמה הלאומית – הפורום לשימור פוריות של האגודה למלחמה בסרטן, [www.cancer.org.il/forums](http://www.cancer.org.il/forums). עניין זה חדש למדי, ולמיטב ידיעתי הוא טרם נידון בפסיקה או בספרות המחקר המשפטית בארץ.

82 המועצה הלאומית לביואתיקה "הנחיות בנושא: נטילת ביציות והקפאתן לשימוש עתידי" (15.12.2009). [www.health.gov.il/PublicationsFiles/Bioethics\\_frozen\\_ovum.pdf](http://www.health.gov.il/PublicationsFiles/Bioethics_frozen_ovum.pdf). המסמך מתאר גם את הרקע הרפואי-המדעי והמשפטי להנחיות, וכן את הדילמות האתיות הלא-פשוטות הגלומות בפרקטיקה חדישה זו.

83 ראו צו ביטוח בריאות ממלכתי, לעיל ה"ש 12.

”שימור פוריות לילדות, לנערות ולנשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות: השירות יינתן לנשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות שעלול לפגוע בפוריותן מבין החלופות האלה:

- (1) שימור עוברים;
- (2) שימור ביציות;
- (3) שימור רקמת שחלה.

הטיפול ניתן לצורך הולדת ילד ראשון ושני לבני זוג שלהם אין ילדים בנישואיהם הנוכחיים וכן לאישה, נערה או ילדה, בלא ילדים, למטרת שימור פוריות;

כך, הלכה למעשה, הורחבה בתיקון זה אחריותה של המדינה לממן באופן נרחב את שימור הפוריות לא רק לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים, אלא אף לנשים רווקות ולילדות שטרם באו בכרית הנישואים. מימון המדינה, לכל-הפחות בהליך של הקפאת ביציות למטרה של שמירת פוריותה של האישה, נקבע במפורש בחוזר מנהל רפואה, שבו נאמר כי ”נושא מימון ההליך יקבע ע”פ סל הטכנולוגיות ויעודכן מעת לעת”.<sup>84</sup> כלומר, שימור ביציות הינו טכנולוגיה ספציפית במסגרת טיפולי הפוריות, וככזה הוא אינו ממומן באופן ציבורי אלא לאחר הכנסתו לסל שירותי הבריאות. הטכנולוגיה הוכנסה אומנם לסל שירותי הבריאות בשנת 2011, אך זאת רק בהתוויה לנשים המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות שעלול לפגוע בפוריותן. אם בעתיד תוסף הטכנולוגיה לסל בהתוויות אחרות, ימומנו אף הן על-ידי קופות-החולים, קרי, על-ידי המדינה. כלומר, נכון למצב הנוהג כיום בארץ, כאשר הקפאת ביציות לשימור פוריות מטעמים רפואיים נעשית בנשים חולות – למשל, חולות סרטן לפני טיפולים כימותרפיים והקרנות – התהליך ממומן במסגרת סל שירותי הבריאות. אולם כאשר הקפאת הביציות נעשית באישה בריאה על-פי בקשתה, המימון הוא מכיסה הפרטי של המטופלת.<sup>85</sup>

לצורך דיוננו יש לציין כי לא רק שהמדינה אינה מממנת שימור פוריות מטעמים חברתיים, אלא שהיא אף מגבילה אפשרות זו במסגרת חוזר מנהל רפואה הנ”ל, הקובע כי אפשרות זו קיימת לאישה רק אם טרם מלאו לה 41 שנה. חריג יחיד לגיל מרבי זה ניתן למצוא בקביעה כי אישה שהחלה בהליך זה בטרם מלאו לה 41 שנים זכאית להמשיכו עד מיצוי מספר הטיפולים המרבי המותר, כל עוד ההליך נמשך בצורה רציפה בהתאם לסטנדרטים רפואיים מקובלים.<sup>86</sup> כך או כך, בטופס ההסכמה להקפאת ביציות הנספח

84 ראו חוזר מנהל רפואה 1/2011 ”הקפאת ביציות למטרת שמירת הפוריות של האישה” (1.9.2011). [www.health.gov.il/hozer/mr01\\_2011.pdf](http://www.health.gov.il/hozer/mr01_2011.pdf) (להלן: חוזר מנהל רפואה 1/2011).

85 זאת הסיבה לכך שבנספח לחוזר מנהל רפואה 1/2011, שם, בעמ’ 6–8, מופיע ”טופס הסכמה להקפאת ביציות ע”פ תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) התשמ”ז-1987”, שם מצהירה האישה, בס’ 6, כי היא מבקשת להקפיא את ביציותיה על חשבונה. בהמשך, בס’ 10 טופס ההסכמה, נקבע כי האישה מבינה שעליה לשלם במועד את הסכומים הנדרשים ממנה על-ידי היחידה להפריה חוץ-גופית בהתאם להסכם שיערך עימה, שאם לא כן היחידה רשאית להפסיק לשמור את ביציותיה.

86 חוזר מנהל רפואה 1/2011, לעיל ה”ש 84, ס’ 2.

לאותו חוזר מנהל רפואה מצהירה האישה כי ידוע לה שבכל מקרה, נכון למצב החוקי הקיים כיום, לא יהיה אפשר לעשות שימוש בביציות שיוקפאו לצורכי הולדה אלא עד גיל 54 בלבד.<sup>87</sup>

אולם חרף חשיבותו של הליך זה, ולמרות ההקשר הטרגי שבו הוא מוצע לנשים מטעמים בריאותיים, יש מקום לשאול אם לא הרחקנו לכת יתר על המידה. כל נשכח שלעיתים מדובר בהקשר משפחתי שאינו תא נישואים "מסורתי" שבו בני-הזוג הנשואים אינם יכולים להוליד ילד, אלא בנערה ואף בילדה שטרם הגיעו לגיל שבו ניתן לדבר על נישואים והולדת ילד. האם האחריות הלאומית לפיריון ולהורות משתרעת גם על הקשר בעייתי ומורכב זה, טרגי ככל שיהיה? האין חשש שמימון רפואי נרחב זה לשימור פוריות מטעמים רפואיים יזלוג חיש-מהר גם למימון של טיפולים אלה בעבור נשים שבחרו לעשות זאת מבחירה חופשית וללא כל צורך רפואי? האם הבניה חברתית זו לא עלולה להוביל בסופו של יום לדחיפתן התת-מודעת של נשים צעירות ובריאות לעבור טיפול הורמונלי והתערבות כירורגית לשם שאיבת ביציות ללא הוריה רפואית? האם נשים פוריות לא יידחפו בלא משים לעבור טיפולים אלה כנורמה חברתית, רק כדי לא להרגיש שהן נשים שמתנגדות לעצמיותן הנשית ואשר אינן דואגות לעתידן האישי ולאינטרס החברתי הקולקטיבי כאימהות?<sup>88</sup>

### ג. פגמיו השונים של ההסדר החקיקתי הקיים

בחלק זה אמנה כמה היבטים המלמדים על כך שהסדר החקיקתי הישראלי אינו מיטבי, ולוקה בפגמים אחדים הכרוכים בהיבטים השונים של טיפולי הפריה החוץ-גופית. לנוכח פגמים אלה אטען כי יש להגביל את הגיל המרבי של הנשים שהמדינה מתירה להן לעשות שימוש בטיפולים אלה, וכי בוודאי אין לקבל את הרחבות ההנגשה שנעשו במסגרת תיקוני החקיקה שעליהם עמדתי לעיל בפרק ב. יתר על כן, אטען כי יש לצמצם עד-מאוד את המימון הממשלתי של טיפולים אלה, אשר מחזקים בצורה מודעת – ואף חמור מכך, בצורה לא-מודעת – את היקף השימוש הנעשה בטיפולים אלה בהקשרים בעייתיים אלה. בראש ובראשונה אבקש לסקור את הבעיות הרפואיות הלא-מבוטלות הגלומות בטיפולי הפריה החוץ-גופית.

#### 1. הסכנות הבריאותיות לאם וליילוד הכרוכות בטיפולי הפריה חוץ-גופית

הבעיות הרפואיות הכרוכות בטיפולי הפריה החוץ-גופית ידועות ומוכרות זה כבר בספרות המחקר הרפואי. לעיתים הסיכונים לאישה העוברת טיפולים אלה עלולים להיות כבדים ביותר, ויש אף כמה דיווחים בעולם על טיפולים שהסתיימו במותה של

87 שם, בעמ' 8.

88 ראו על כך שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 16.

המטופלת. כך, ניתן למצוא בספרות המחקר תיעוד לבעיות הרפואיות השונות הצפויות לאישה שתיכנס להיריון בגיל מבוגר כתוצאה מטיפול הפריה חוץ-גופית.<sup>89</sup> כמו-כן, בספרות המחקר הרפואית מקובלת הטענה כי אחוז ההפלות הטבעיות (או העצמוניות) גבוה יותר בקרב נשים שגילן מתקדם.<sup>90</sup> יתר על כן, לידה בגיל מבוגר באופן יחסי עלולה לגרום לבעיות שונות בהיריון, במהלך הלידה ו/או מייד לאחריה. לבסוף, לא למותר לציין כי גם התוצאות הבריאותיות השליליות יחסית של היילוד בקרב נשים בגיל 40 ומעלה מחריפות ביתר שאת כאשר מדובר בנשים בנות 50 ומעלה.<sup>91</sup>

יודגש: אין מדובר רק בסיכונים גופניים, אלא גם בקשיים ובבעיות נפשיים שונים. הילה העליון מונה במחקרה קשיים פסיכולוגיים משמעותיים דוגמת תחושות תסכול, פחד וחרדה שחוות נשים העוברות טיפולי פוריות.<sup>92</sup> נוסף על כך, הוועדה האתית של החברה האמריקאית לרבייה (ASRM) פרסמה – הן בשנת 1997 והן בשנת 2004 – את חששה בדבר מידת התאמתן של נשים מבוגרות לספק את צורכי ילדיהן שאותם ילדו בגיל מבוגר, בשל המתח הרגשי והרריונות הפיזיות הכרוכות בהורות.<sup>93</sup> אם דברינו עד כה אמורים בלידות עצמוניות בגיל המבוגר, הדברים מורכבים ובעייתיים יותר כאשר מדובר בלידה שהושגה באמצעות הפריה חוץ-גופית. זאת, שכן בספרות המחקר ניתן למצוא השפעות שליליות על התוצאים המיילדותיים בהריונות לאחר הפריה חוץ-גופית בהשוואה להריונות עצמוניים.<sup>94</sup>

באופן דומה, בספרות המחקר בארץ ניתן למצוא אישוש לכך שבמקביל לעלייה בשימוש בהפריה חוץ-גופית חלה עלייה בשיעורם של הריונות מרובי עוברים, שהינם תוצאה ישירה של מספר העוברים המוחזרים לרחם. יש לזכור כי הריונות מרובי עוברים

89 בעיות אלה נובעות בעיקר מגירוי שחלתי ומטיפול הפריה החוץ-גופית עצמם. לתיאור עדכני של בעיות אלה ראו, בין היתר: Bradley J. Van Voorhis, *In Vitro Fertilization*, 356 N. ENG. J. MED. 379 (2007).

90 נתונים אמפיריים שנאספו במהלך שני העשורים וחצי האחרונים מלמדים על עלייה של 50% בשיעור ההפלות במעבר מגיל 20 לגיל 40 ועל עלייה של פי שניים עד פי ארבעה בין גיל 20 לגיל 40. לסיכום ולתיאור ספרותי של הבעיות והסיכונים השונים, לרבות נתונים סטטיסטיים אלה, ראו אברהם שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית: הרופא, החולה והרפואה – באספקלרית ההלכה ומחשבת ישראל כך שני 718–719 (2006).

91 ולפיכך אנו צפויים למקרי מוות של העובר או של היילוד סביב מועד הלידה, לשיעורים גבוהים יותר של פגמים כרומוזומליים עוברים, לגדילה עוברית מוגבלת ולמצג בלתי-תקין בהשוואה לנשים צעירות יותר. שיעור הלידות המסתיימות במות התינוק בקרב נשים בגיל 40 ומעלה גבוה פי שניים מאשר בקרב כלל אוכלוסיית הנשים. לסיכום עניין זה בכללותו ראו את מחקריהן של חן ושל פרחי כהן-הלל, לעיל ה"ש 14.

92 ראו על כך הילה העליון "דיון ביו-אתי בטיפול הפריה חוץ-גופית" רפואה ומשפט 32, 86, 87 (2005).

93 ראו: Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Oocyte Donation to Postmenopausal Women*, 67 FERTIL. & STERIL. suppl. 1, S2 (1997); Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Oocyte Donation to Postmenopausal Women*, 82 FERTIL. & STERIL. suppl. 1, S254 (2004).

94 השפעות אלה כוללות, בין היתר, חשש לסוכרת הריונית, מחלות לב, רעלת היריון, לחץ דם גבוה, היפרדות שליה, הריונות מרובי עוברים, לידות מוקדמות, צורך ביירוז הלידה, בלידה באמצעות ניתוח קיסרי או בלידה נרתיקית ניתוחית, משקל נמוך לשבוע הלידה ומומים מולדים. הספרות המחקרית שנכתבה על כך עצומה. אסתפק בהפניה למקורות הערכניים ביותר שאני מכיר בנושא זה של בעיות רפואיות שונות לאם ולעובר בשל לידה בגיל מתקדם של האם (גיל 45 ומעלה): Joke M. Schutte et al., *Maternal Death after Oocyte Donation*: at *High Maternal Age: Case Report*, 5 REPROD. HEALTH 12 (2008); Yariv Yogev et al., *Pregnancy Outcome at Extremely Advanced Maternal Age*, 203(6) AM. J. OBSTET. & GYNECOL. 558.e1 (2010).

כרוכים ככלל בשיעורי תחלואה ותמותה גבוהים יותר. בפרט, ניכרת עלייה בשיעור הלידות המוקדמות בקרב נשים שהרו מהפריה חוץ-גופית בהשוואה לנשים שהרו בהריונות עצמוניים. כתוצאה מכך קיימת עלייה בסיכון ללידות של יילודים קטנים לגיל ההיריון בהריונות מהפריה חוץ-גופית.<sup>95</sup>

כמו-כן נערכו בארץ מחקרים לא-מעטים המלמדים כי נשים שקיבלו תרומת ביציות מעבר לגיל 40 נמצאות בסיכון גבוה – ומוגבר ביחס לנשים מתחת לגיל זה – ליתר לחץ דם הריוני, לסוכרת, לצורך בשימוש במכשירים במהלך לידות נרתיקיות וכן ללידות באמצעות ניתוחים. כמו-כן נצפה כי נשים שקיבלו תרומת ביציות בגיל 43 ומעלה נאלצו, בשיעורים גבוהים יותר, לעבור לידות באמצעות ניתוחים קיסריים. כן נמצא אצלן סיכון מוגבר (אם כי באופן לא-מובהק סטטיסטית) להפלות וללידה מוקדמת.<sup>96</sup> מקרב קבוצה זו, נשים שילדו לראשונה נמצאו בסיכון גבוה יותר לדימום במהלך ההיריון, להפרעות בלחץ הדם, לזירוז בלידה ולניתוחים קיסריים. בקרב נשים מבוגרות יותר, מעל גיל 55, נמצא כי הסיכון לסוכרת הריונית וללחץ דם הריוני גבוה הינו מוגבר עוד יותר. כמו-כן נמצא, בדומה לממצאים במדינות אחרות, כי שיעור המומים המולדים הקשורים לטיפול פוריות הינו גבוה באופן מובהק סטטיסטית ביחס לתינוקות שנולדו בלא טיפולי פוריות.

להשלמת התמונה, גם התוצאים המיילדותיים והבריאותיים ליילוד מעלים חשש לא-מבוטל לבריאותו ולרווחתו של מי שעתיד להיוולד כתוצאה מטיפולי ההפריה החוץ-גופית, בוודאי כאשר הללו נערכו באישה בגיל מבוגר. כבר בשנת 1987 הועלתה האפשרות שקיימת עלייה במומים המולדים לאחר טיפול הפריה חוץ-גופית. מאז נערכו מחקרים רבים בנושא, אך התוצאות שנויות עדיין במחלוקת. למיטב ידיעתי נערכו בארץ שני מחקרים מקיפים שחקרו את הקשר האפשרי בין הפריה חוץ-גופית לבין מומים מולדים. אחד מהם נערך בשנת 2005, ובו הושוו נתונים של יילודים שנולדו לאחר הפריה חוץ-גופית לנתונים של ילדים שנולדו באמצעות יחסי אישות באותו מרכז רפואי. אכן, גם מחקרים אלה מאששים את החשש לעלייה בסיכון למומים מולדים בעקבות שימוש בטיפולי פוריות המשלבים הפריה חוץ-גופית.<sup>97</sup>

הסיכונים הרפואיים לטווח ארוך הנשקפים לצאצאים שנולדו בעקבות טיפולי פוריות

95 בארץ חלה עלייה בשיעור הלידות מרובות העוברים מסך כל לידות החי – מ-3.5% בשנת 1993 ל-4.8% בשנת 2000. כמו-כן, שיעור הלידות במשקל נמוך עלה מ-7.74% בשנת 1993 ל-8.35% בשנת 2003. זאת, בין היתר, כתוצאה מעלייה במספר מחזורי הטיפול בהפריה חוץ-גופית. ראו על כך משרד הבריאות, לעיל ה"ש 6.

96 למחקר ישראלי מצוטט בהקשר זה ראו: V.H. Eisenberg & J.G. Schenker, *Pregnancy in the Older Woman: Scientific and Ethical Aspects*, 52 OBSTET. & GYNECOL. SURVEY 615 (1997) Saralee Glasser et al., *Primiparity at Very Advanced Maternal Age*: למחקרים עדכניים נוספים מן הארץ ומחוץ-לארץ ראו, בהתאמה: T'sang-T'ang Hsieh et al., *Advanced Maternal Age and Adverse Perinatal Outcomes in an Asian Population*, 148(1) EUR. J. OBSTET. GYNECOL. REPROD. BIOL. 6 (2010).

97 ראו: P. Merlob, O. Sapir, J. Sulkes & B. Fisch, *The Prevalence of Major Congenital Malformations During Two Periods of Time, 1986–1994 and 1995–2002 in Newborns Conceived by Assisted Reproduction*; פרחי כהן-הלל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 168–169.

אינם ידועים באופן חד-משמעי, מאחר שהילדים הראשונים שנולדו כתוצאה מהפרייה חוץ-גופית טרם הגיעו לגיל 30.<sup>98</sup> עם זאת, יש מחקרים שלפיהם תחלואה בגיל הבגרות אצל מי שנולדו כתוצאה מטיפולי פוריות – כגון סוכרת, השמנת-יתר, מחלות לב ופוריות ירודה אצל בנים – עלולה לנבוע מתנאי רחם ירודים, כגון רחם זקן שאינו מסוגל להזין את מערכות הגוף של העובר באופן מספק.<sup>99</sup>

אחתום את הדיון בתת-פרק זה בתמיהה אם אין בסיכונים רפואיים לא-מבוטלים אלה ליולדת וליילוד כדי לקרוא תיגר על המדיניות החברתית הנוהגת בישראל שלפיה יש לנסות להשיג היריון והורות בכל מחיר, בכל גיל ואף במימון נרחב של המדינה. האם כחברה אנו מעדיפים לעצום את עינינו מלראות את הסיכונים הרפואיים-הפסיכולוגיים הכרוכים בטיפולים אלה, בוודאי כאשר מדובר בנשים שעברו את גיל המעבר (גיל הפסקת הווסת), ולשוות לנגד עינינו רק את הסיכויים, אשר עלולים להתגלות בסופו של יום כמצג-שווא? האין חשש שבכך החברה הישראלית מכתובה לנשותיה מעין מחויבות ציבורית לעשות כל שביכולתן כדי ליהפך לאימהות, גם אם הדבר כרוך במחיר אישי ובנטילת סיכונים רפואיים-פסיכולוגיים לא-מבוטלים?<sup>100</sup>

## 2. סקירת טיעונים משפטיים-ביואתיים נגד ההסדר הקיים

בתת-פרק זה אסקור טיעונים משפטיים-ביואתיים המלמדים אף הם על הבעייתיות הגלומה בהסדר החקיקתי הקיים בארץ. אפתח את הדיון בשאלה אם יש הצדקה לעשיית שימוש בטיפולי הפוריות גם כאשר הם אינם מיועדים לשמש מזור למחלה רפואית, דוגמת עקרות, אלא מיועדים למצוא מזור לבעיות חברתיות שונות. דוגמה טובה לכך היא "העקרות החברתית" של זוגות חד-מיניים ושל פרטים שלא מצאו בני-זוג לפרות ולרבות עימם או לחלופין של נשים שהיו פוריות אך הגיעו לגיל מבוגר, שבו כניסה להיריון מביציותיה שלה אינה אפשרית כמעט. בהמשך אדון בשאלה למי קנויה הזכות להורות – לפרט החי במשפחה או ליחידה המשפחתית הקיימת. שאלה זו רלוונטית לעניין הדרישה שהמדינה תממן טיפולי פוריות גם לבני-זוג שיש להם ילדים אך לא בנישואיהם הנוכחיים. לבסוף אדון בשאלת היחס בין החתירה להבאת חיים חדשים לעולם לבין החתירה להצלת חייהם של אנשים חולים מן ההיבט של התקצוב המדינתי.

98 ראו על כך: Helena Käariäinen et al., *Medically Assisted Reproduction and Ethical Challenges*, 207 TOXICOL. APPL. PHARMACOL. s684 (2005); Megan R. Leef, *The Infertility Industry: Inspiring Technology Gives Birth to Complex Moral Uncertainties*, in FOOD & DRUG LAW: AN ELECTRONIC BOOK OF STUDENT PAPERS (2006), <http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/8852166/Leef.pdf?sequence=1>.

99 ראו על כך: Bradley J. Van Voorhis, *Outcomes from Assisted Reproductive Technologies*, 107 OBSTET. & GYNECOL. 183 (2006); Juan J. Tarín et al., *Delayed Motherhood Increases the Probability of Sons to be Infertile*, 18(2) J. ASSIST. REPROD. GENET. 650 (2001).

100 לקביעה כזו של מלומדת ישראלית ראו, למשל: Ruth Landau, *The Promise of Post-Menopausal Pregnancy*, 40 SOCIAL WORK IN HEALTH CARE 53 (2004) (PMP).

## (א) טיפולי הפוריות – מזור לבעיה רפואית או לבעיה חברתית?

כידוע, במדינות העולם השונות התפתחו טיפולי הפוריות השונים, בראש ובראשונה, כמענה למצוקתם של בני-זוג נשואים שלא יכלו להביא ילד לעולם באמצעות יחסים אישות. כך היו בעבר פני הדברים גם בארץ, אולם כיום סוציולוגים שונים מבקרים את פריצת מעגל הזכאים בארץ לעשות שימוש בטיפולי הפוריות ואת הרחבתו הרבה מעבר למקובל במדינות אחרות רבות בעולם.<sup>101</sup>

אכן, חיש מהר נהפכו למעשה טיפולי ההפריה החוץ-גופית בישראל מפתרון של בעיה רפואית לפתרון של בעיה חברתית, ובעיקר של "העקרות החברתית" של פרטים ללא בני-זוג ושל זוגות חד-מיניים שאינם יכולים להרות בלא בן/ת-זוג מהמין האחר.<sup>102</sup> באופן דומה אני מבקש לבקר גם את ההעלאה הדרמטית של גיל הזכאות של נשים בישראל לקבלת טיפולי פוריות במימון נרחב של המדינה, גם כאשר הדבר נעשה מבחירה רצונית של האישה, בלא כל בעיה או הוריה רפואית לכך. הנגשתם של טיפולי הפוריות גם לנשים אלה, אשר בלא צורך רפואי מבקשות למצוא מזור לבעייתן החברתית, עשויה להיות לגיטימית כשלעצמה, אך לא כאשר הדבר נופל על כתפי הציבור הרחב באמצעות מימנם של טיפולים אלה בסל שירותי הבריאות.

אכן, במקביל לתופעות הכלל-עולמיות של דחיית הנישואים ודחיית הלידה הראשונה לגיל מבוגר יותר מסיבות חברתיות שונות, אנו עדים בעשרים השנים האחרונות לגידול ניכר במספר הזוגות הלוקים באי-פריון.<sup>103</sup> אין בידנינו נתונים אמפיריים להסתמך עליהם, אך אפשר לשער שלא אחת נשים נשואות אשר מבחירה העדיפו להשקיע את עצמן ברכישת השכלה ובקריירה, ודחו את ההיריון וההורות לגיל מתקדם יותר, נזקקות בסופו של דבר לטיפולי ההפריה החוץ-גופית כדי להרות.<sup>104</sup> אלא שמחקרים שונים שנערכו בארץ ובעולם, שאותם מניתי בהרחבה בתת-פרק הקודם,<sup>105</sup> מלמדים כי נשים שעברו טיפולי פוריות מגיל 35 ומעלה נמצאות בסיכון מוגבר לתחלואה מיילדותית, לעובר וליילוד, אשר הולך וגובר עם העלייה בגיל האישה. נוסף על כך, לידה מעל גיל 43 זוהתה במחקרים רבים כנקודה שבה ההסתברות להיריון ללא טיפולי פוריות נמוכה מאוד, ועומדת על פחות מ-5%, כלומר, פחות מאישה אחת לכל עשרים נשים.<sup>106</sup>

101 הדוברת הרהוטה בארץ המבקרת עניין זה היא רות לנדאו. ראו Landau, שם, וכן לנדאו, הלן ה"ש 141. על הלגיטימיות החברתית הניתנת לטיפולי הפוריות, הנתפסים כתרופה למחלת אי-הפריון, להבדיל מטיפולים שאינם נתפסים כתרופה למחלה כלשהי, דוגמת טיפול בבעיה חברתית, ולא רפואית, ראו: Noa Ben-Asher, *The*

*Curing Law: On the Evolution of Baby-Making Markets*, 30 CARDOZO L. REV. 1885 (2009).

103 ראו על כך משרד הבריאות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 244–245; Larissa Remennick, *Childless in the Land of*

*Imperative Motherhood: Stigma and Coping among Infertile Israeli Women*, 43 SEX ROLES 821 (2000).

104 ראו על כך את דבריו של ד"ר אילן טור-כספא, מנהל היחידה להפריה חוץ-גופית במרכז הרפואי ברזילי, המובאים אצל הראלה סטוצקי "לכו להפריה חוץ-גופית" *ynet* 3.12.2001 [www.nrg.co.il/online/archive/ART/218/216.html](http://www.nrg.co.il/online/archive/ART/218/216.html).

105 ראו, למשל, לעיל ליד ה"ש 90–93.

106 ראו על כך: Carrie Friese et al., *Rethinking the Biological Clock: Eleventh-Hour Moms, Miracle Moms*, 63 Soc. Sci. Med. 1550 (2006) *and Meanings of Age-Related Infertility*.

אכן, בהקשר של הצורך בהוריה רפואית כתנאי בלתו אין לזכאות לקבלת טיפולי הפריה חוץ-גופית – צורך הקבוע מפורשות בארץ רק בסעיף 11 לחוק תרומת ביציות – יש לציין כי בארצות-הברית, כדי לקבל כיסוי רפואי בעבור טיפולים אלה מחברות הביטוח, יש להוכיח צורך רפואי. מובן ששאלת-המפתח בעניין זה היא אם ניתן להגדיר אי-פרייה כבעיה רפואית,<sup>107</sup> וממילא אם טיפולי הפוריות הינם בבחינת מרפא לבעיה רפואית.<sup>108</sup> בתי-המשפט בארצות-הברית חלוקים בשאלה זו, ואין מסקנה חד-משמעית: חלקם משיבים על כך בחיוב, ומנחים בהתאם את חברת הביטוח לראות בטיפולים אלה צורך רפואי ולשפות את המבוטח על הוצאותיו השונות;<sup>109</sup> אחרים, לעומת זאת, משיבים על כך בשלילה, וקובעים כי אין בטיפולים אלה מזור לצורך רפואי וכי ממילא אין לשפות בגינם.<sup>110</sup>

שוב, יש להקשות אם כמדיניות חברתית ראוי לאפשר לנשים בגילאים מתקדמים לעשות שימוש בטיפולי ההפריה החוץ-גופית בלא כל הוריה רפואית לכך. השאלה מתחדדת לנוכח העובדה שהדבר נעשה מבחירה ומתוך רצון של האישה למצוא פתרון חברתי – יותר מאשר רפואי – למצוקתה. אם התשובה לכך חיובית, נותר עדיין לברר אם המדינה היא שאמורה לשאת בהוצאות לא-מבוטלות אלה או שמא מוטב למדינה להשקיע את משאביה בעזרה לאותם אנשים שנזקקים לטיפולים אלה מחמת בעיה רפואית מוכחת.

### (ב) הזכות להורות – זכות הפרט או זכות המשפחה?

בעייתיות נוספת של ההסדר החקיקתי ניתן להציג באמצעות השאלה המקדמית למי קנויה הזכות להורות – לפרט החי במשפחה או ליחידה המשפחתית הקיימת. כך או כך, בוודאי אי-אפשר לאחוז את החבל בשני קצותיו, קרי, לתבוע את הזכות בשם שיח זכויות הפרט החי במשפחה אך בו-בזמן לחייב את המדינה לממן טיפולי פוריות לכל תא נישואים קיים. לשם הבנת הטיעון לאשורו, יש להקדים כמה מילים בעבור הקורא שאינו בקיא ברזיהם של דיני המשפחה בעידן המודרני. רבות נכתב בספרות המחקרית בארץ

107 לסיכום עניין זה ראו: Shorge Sato, *A Little Bit Disabled: Infertility and the Americans With Disabilities*, 5 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 189, 200–208 (2001–2002); Peter K. Rydel, *Asserting Infertility as a Disability under the Americans with Disabilities Act*, 63 ALB. L. REV. 593 (1999)

108 רחונדה ס. טישלר, *Infertility: לביקורת כללית על אי-הכללתם של טיפולי פוריות בכיסוי הרפואי* ראו: *A Forgotten Disability*, 41 WAYNE L. REV. 249 (1994); Lisa M. Kerr, *Can Money Buy Happiness? An Examination of the Coverage of Infertility Services under HMO Contracts*, 49 CASE W. RES. 599, 607–608, 628–630 (1999)

109 ראו, בין היתר: Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624, 118 S.Ct. 2196 (U.S.Me. 1998) (פריין ומיניות הינם מרכיב מרכזי בחיים); Pacourek v. Inland Steel Co., 858 F. Supp. 1393 (N.D. Ill. 1994)

110 ראו, למשל: Egert v. Connecticut General Life Ins. Co., 900 F.2d 1032 (C.A.7 Ill. 1990) (טיפולי פוריות אינם צורך רפואי, שכן הם אינם מרפאים בעיה רפואית); Saks v. Franklin Covey Co., 117 F. Supp. 2d 318 (ארם הלוקה באי-פריין אינו מוגדר נכה או מוגבל). (S.D.N.Y. 2000)



כבעולם על-אודות הליך ההפרטה שעוברים הן דיני הזוגיות והן דיני הורים וילדים.<sup>111</sup> בהקשר של דיני הזוגיות הליך הפרטה זה יסודו בתובנה המודרנית שלפיה בני-הזוג נחשבים יצורים אוטונומיים החופשיים לעצב את חיי הנישואים שלהם כטוב בעיניהם, ואין לנהוג בהם עוד כבעבר כאילו הם שייכים וכפופים לתא הנישואים. לפיכך הם שיעצבו את ההשלכות של חיי הנישואים שלהם, ולא המדינה. התוצאות המשפטיות של הליך הפרטה זה מתבטאות הן בפחות ההולך ומתעצם בהסדרת הרגולטורית של תא הנישואים<sup>112</sup> והן באי-משפוט (דה-משפטיוזיה) של מערכת יחסים זו.<sup>113</sup> דעות החוקרים חלוקות בדבר ההיקף הראוי של הליך זה, אך הכלל תמימי-דעים לגבי עצם קיומו.<sup>114</sup> גם בהקשר של יחסי הורים וילדים עברה מערכת הדינים הליך של הפרטה, כפי שביקשתי להוכיח במסגרת עבודת מחקר מקיפה שעשיתי ובסדרת מאמרים נוספים. הראיתי כי גם בהקשר זה אין לקדש עוד בצורה עיוורת ומסורתית את סטטוס ההורות המשפטית, אלא יש להבינו כמערכת של חובות וזכויות המוענקות לפרט אשר התכוון, הסכים ורצה להיות הורה משפטי לילד. כלומר, אין עוד לקבוע הורות משפטית, על כלל הזכויות והחובות ההוריות הנובעות ממנה, על-סמך היסוד הגנטי בלבד או לחלופין להיצמד לסטטוס הנישואים ולפעול על-פי הנחת-העבודה המשפטית-הדתית שלפיה ילדה של אישה נשואה הינו בהכרח בנו של בעלה החוקי.<sup>115</sup> תחת זאת יש לקבוע הורות משפטית על-סמך כוונה, הסכמה ורצון, תוך הענקת "חופש חוזים" לצדדים השונים (אם כי בגבולות צרים וברורים של טובת הילד ושמירת זכויותיו השונות) לקבוע ביניהם בהסכמה מי ישמש ההורה המשפטי של הילד ומה יהיה ההיקף המדויק של חובותיו וזכויותיו השונות.<sup>116</sup>

- 111 להפרטת יחסי הזוגיות ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 26, ואילו להפרטת יחסי הורים וילדים ראו מרגלית, לעיל ה"ש 21.
- 112 ראו על כך: Mary A. Glendon, *The Withering Away of Marriage*, 62 Va. L. Rev. 663–665 (1976); Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 987 (1978) בעמ' 195–205; ליפשיץ, לעיל ה"ש 26, בעמ' 195–205.
- 113 על אי-משפוטם של דיני הזוגיות בעידן המודרני ראו Glendon, שם, בעמ' 665; Edward A. Zelinsky, *Deregulating Marriage: The Pro-Marriage Case for Abolishing Civil Marriage*, 27 *Cardozo L. Rev.* 1161 (2006); וכן המחקרים המובאים אצל ליפשיץ, לעיל ה"ש 26, בעמ' 52, הערה 30.
- 114 ראו על כך: Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Marriage as Relational Contract*, 84 Va. L. Rev. 1225, 1233–1234 (1998); Naomi R. Cahn, *Models of Family Privacy*, 67 *Geo. Wash. L. Rev.* 1225, 1128 n. 20 (1999).
- 115 ראו על כך יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החרשה" דין ודברים ו 553, 587–588 (2012); וביתר הרחבה – יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012).
- 116 ראו על כך במחקריי השונים הבאים: 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); Yehezkel Margalit, *Intentional Parenthood: A Solution to the Plight of Same-Sex Partners Striving for Legal Recognition as Parents*, 12 *Whittier J. Child & Fam. Advoc.* 39 (2013); Yehezkel Margalit, *Artificial Insemination from Donor (AID) – From Status to Contract and Back Again?*, 20(2) *B.U. J. Sci. & Tech. L.* (forthcoming 2014); Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, 20 *Wm. & Mary J. Women & L.* 423 (2014); Yehezkel Margalit & John Loike, *The New Frontier of Advanced Reproductive Technology: Reevaluating Modern Legal Parenthood*, 37 *Harv. J. L. & Gen.* 107 (2014).

נוסף על כך, אחוזי הגירושים המאמירים, העומדים בארץ על כשליש מכלל הזוגות הנישאים (ובארצות-הברית אף על כ-40%-50%), ומספרם העצום של פרטים המעדיפים לא לבוא כלל בכרית הנישואים, אלא להסתפק בחיי זוגיות משותפים כ"ידועים בציבור"<sup>117</sup>, מלמדים היטב עד כמה הפיחות שחל בעת החדשה במוסד הנישואים המסורתי עמוק ונרחב.

לנוכח האמור, לעניות דעתי, אי-אפשר לאחוז את החבל בשני קצותיו. ניתן אומנם לטעון לזכות לפריון ולהורות ולדרוש הרחבה של מעגל הזכאים לבצע את טיפולי הפוריות לאור שיח זכויות האדם, וזאת אף-על-פי שפעמים רבות מדובר בניסיון ליהפך להורים מחוץ למעגל הנישואים המסורתי. דוגמה טובה לכך ניתן למצוא בסיפא של סעיף 6 לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, הקובע כי ייתן מימון ממשלתי גם לאישה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד-הורית. כלומר, בעקבות הפיחות שחל במעמדה של היחידה המשפחתית התעצמו זכויות הפרט של אלה החיים בתוך המשפחה.

אולם כאשר פרטים אלה מבקשים ליהנות גם מההיבט החיובי של הזכות לפריון ולהורות, ולדרוש בתוך כך שהמדינה תסייע להם מבחינה כספית לממש את זכותם הפרטית לפריון ולהורות, אין הם באים בדרך-כלל בשם זכות המשפחה והיחידה הזוגית, אלא בשם עצמם כאדם אוטונומי נושא זכויות. לפיכך ניתן אומנם לתקצב ולממן את ההיבט החיובי של מימוש זכות הפרט להורות ולפריון במסגרת שיח זכויות הפרט, אך אי-אפשר לדרוש קבלת מימון ממשלתי בשם המשפחה. לפיכך יש לשנות את היקף המימון הקבוע בחוק בריאות ממלכתי כך שיאפשר לפרט מסוים להוליד ילד ראשון וילד שני במהלך חייו בלא כל תלות בשאלה למי הוא נשוי במועד הבקשה לקבלת מימון נוסף לצורך טיפולי פוריות. כלומר, הואיל ומדובר בזכות של יחידים שאינה קשורה בטבורה לנישואים אלה או אחרים, יש להעניק מימון ממשלתי רק כאשר אין לפרט המבקש שני ילדים.

כלומר, הקביעה המופיעה כיום בחוק ביטוח בריאות ממלכתי שלפיה כל פרט יכול לדרוש מימון מהמדינה לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני כאשר אין להם ילדים בנישואיהם הנוכחיים נראית לי שגויה ומופרזת, שכן ניסוח זה מושתת על ההנחה כאילו מדובר בזכות המשפחה, ולא בזכות הפרט. אשר על-כן יש לשנות את לשון החוק הקבועה כיום, ולקבוע כי ההיבט החיובי של הזכות לפריון ולהורות משתרע רק על פרט שאין לו ילד ראשון וילד שני. אין להרחיב את היקף הזכות כך שתכלול גם אנשים שיש להם מספר רב של ילדים ממספר (רב) של מערכות נישואים קודמות אך אין להם שני ילדים בנישואיהם הנוכחיים. כלומר, לעניות דעתי יש לשנות את לשון הסיפא של סעיף 6 לתוספת השנייה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי ולקבוע כך: "טיפול הפריה חוץ-גופית – ניתנים לצורך הולדת ילד ראשון וילד שני לבני-זוג שאין להם ילדים וכן לאישה ללא ילדים המעוניינת להקים משפחה חד-הורית".

117 על תופעה זו בהקשר הישראלי ראו אמנון בן-דרור הידועה בציבור: נשואים ללא נישואין (2003); שחר ליפשיץ הידועים בציבור: בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005).

## (ג) האם דין הבאת חיים לעולם כדין הצלת חיים?

נוסף על שתי הבעיות שהצגתי לעיל, ההסדר החקיקתי הישראלי לקוי בשל עניין נוסף. תקצוב טיפולי הפוריות נעשה, ללא כל ספק, על-חשבונן של טכנולוגיות ותרופות אחרות, אשר אינן ממומנות במסגרת של שירותי הבריאות בשל הפניית המשאבים הרפואיים לניסיון – אשר עלול להיות עקר, תרתי משמע – להביא חיים לעולם. תקצוב חסר זה עלול, קרוב לוודאי, לעלות בחייהם של אנשים שאין ביכולתם לממן בכוחות עצמם את הדרוש להם כדי להציל את חייהם. נוסף על כך, במסגרת הדירוג הראשוני של אותן טכנולוגיות ותרופות שייכנסו לסל שירותי הבריאות וייהנו מסבסוד המדינה, בעוד ערכה של כל טכנולוגיה מבחינה מדעית ומבחינה כלכלית במונחים של עלות-תועלת נקבע על-פי מדדים קבועים וברורים, לא כפי הדברים בהקשר של "צורך" ו"תועלת" רפואיים. כך, לא ברור כלל שטיפולי ההפריה החוץ-גופית נכללים בגדר של צורך או תועלת רפואיים ואמורים להיות מתועדפים ומועדפים לעניין מימנם על-ידי המדינה.<sup>118</sup> הדברים אמורים בעיקר בהקשר של מימון טיפולי הפוריות, אשר לעניות דעתי אין דינם כלל ועיקר כדין כל יתר הטיפולים, אשר רובם ככולם חיוניים ומיועדים להציל את חייהם של חולים שנשקפת להם סכנת חיים ברורה ומיידית.

מוטב למדינת-ישראל להפנות משאבים חיוניים אלה למימון תרופות וטכנולוגיות שתועלתן מוכחת, ברורה ומיידית, ולא להפנותם לטיפולים לא-הכרחיים שסיכויי הצלחתם מוטלים בספק ואשר עלולים להתברר כעקרים לחלוטין. טלו, למשל, את התרופה הרצפטין, המשמשת לטיפול בנשים הלוקות במחלת סרטן השד. מדובר בתרופה שהיא ללא ספק מצילת חיים, אשר אף הוכחה כאפקטיבית, ובכל-זאת במשך שנים, בשל בעיית המשאבים הרפואיים המוגבלים, היא לא נכללה במסגרת של שירותי הבריאות. תרופה זו עלתה לכותרות בשנת 1999 וזכתה במסע יחסי-ציבור יוצא-דופן ובתהודה חסרת תקדים בציבוריות הישראלית בתחום זה, אשר רק הודות להם היא הוכנסה בסופו של דבר לסל שירותי הבריאות. דובר במהלך דרמטי שבו כשליש מהתקציב הכולל של 165 מיליוני השקלים שיועדו באותה שנה לטיפולים תרופתיים וליישום טכנולוגיות רפואיות חדישות הוקדש לטיפול באמצעות הרצפטין בנשים החולות בסרטן השד.<sup>119</sup> ניתן להבין שאם המדינה תחסוך בסל שירותי הבריאות את סכומי הכסף האדירים המוקצים למימון טיפולי פוריות, יהיה אפשר לממן עוד ועוד תרופות מצילות חיים, בוודאי כאלה שיעילותן מוכחת וברורה הרבה יותר מיעילותם של טיפולי פוריות בגילאים מתקדמים או בהקשרים שבהם סיכויי הצלחתם קלושים.

יתר על כן, גם אם נראה את דינו של הניסיון להביא חיים לאוויר העולם כדין הצלת

118 לסיכום עניין זה בהיבט האתי שלו ראו עופרה גולן "קריטריונים אתיים לתעדוף שירותי בריאות" משפט רפואי וביור-אתיקה 1, 22, 33 (2008). להיבט המשפחתי-החוקתי של טיעון זה ראו אלמוג ובנדר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 122.

119 ראו על כך בן-עמי סלע "הרצפטין: תרופה ייחודית לסרטן השד והמסקנות כתום 4 שנות ניסיון" טבעליף 119 ראו על כך בן-עמי סלע "הרצפטין: תרופה ייחודית לסרטן השד והמסקנות כתום 4 שנות ניסיון" טבעליף 119 (3.1.2003) [www.tevalife.com/mobile/article.asp?id=1204](http://www.tevalife.com/mobile/article.asp?id=1204)

חיים, עדיין אין הדבר מצדיק מימונם של טיפולי פוריות לנשים שהגיעו לגיל המעבר, כאשר הסיכוי להצלחה להשיג היריון ולידת וולד חי צונח בצורה דרמטית. כידוע, יש קושי רב בחלוקת משאבים רפואיים מוגבלים, הזוקק קבלת החלטות על בסיס השוואתי לאור דירוג ותיערוף בין הטכנולוגיות השונות.<sup>120</sup> הדברים קשים עוד יותר בסוגיית הלגיטימיות של הגבלת טיפולים רפואיים לאוכלוסייה מבוגרת בכלל, ובפרט בהקשר של מימון טיפולי ההפריה החוץ-גופית לנשים בגיל המעבר ולאחריו.<sup>121</sup> האין זה הגיוני בעידן המודרני – שבו מטעמים שונים מועצמת עד-מאוד בעיית המשאבים הרפואיים המוגבלים – לפעול לאור שיקולי עלות-תועלת ולהקצות משאבים דווקא לנשים בגיל הפוריות, ולא לנשים שכבר הגיעו לגיל המעבר או אף עברו אותו?<sup>122</sup> יודגש: הגיל הממוצע שבו אישה בריאה מגיעה לשלב הפסקת הווסת הוא בטווח השנים 48-51, ורוב הנשים מגיעות לשלב זה בין גיל 45 לגיל 55, אם כי הגיל המדויק אצל כל אישה שונה ותלוי רבות במשתנים סביבתיים שונים ומגוונים.<sup>123</sup>

יתר על כן, אם נשים יקבלו מן המדינה מימון לטיפול ההפריה שהן נזקקות להם לאחר שהן עברו את גיל המעבר, הדבר עלול לגרום להגברת ההזקקות לטיפולים אלה, ולא בהכרח להחלשתה. כאשר אנו פורצים את גבולות הרבייה האנושית ועוצרים את השעון הביולוגי מלכת, ניתן לשער – עם כל הזהירות המתבקשת בצפיית העתיד אך תוך הסתמכות על נסיון העבר – כי הדבר ידרבן מעגל רחב יותר של נשים לדחות את ההפכותן לאימהות. זאת, תוך שהן מסתמכות על האפשרות לעשות זאת בשלב מתקדם יותר בחייהן ועל סיועה של המדינה בכך בדמות מימונם של הטיפולים שיידרשו. זאת, חרף הבעיות הרפואיות, האתיות, הפסיכולוגיות והכלכליות שמנתי במחקרי זה. למעשה, ייתכן שתופעה זו כבר מתרחשת לנגד עינינו, שכן בשנת 2008, כאשר נידונה הצעת החוק הממשלתית בנושא תרומות ביצית, התברר כי חל גידול עצום במספר הנשים ה"נזקקות" לתרומת ביציות. בעוד שבשנת 2000, במסגרת יוזמת חקיקה פרטית של חברת-הכנסת יעל דיין, דובר בכ-2,000 נשים בלבד,<sup>124</sup> בתקופה של שמונה שנים בלבד צמח מספרן פי

120 לסיכום כללי של עניין זה ראו שטינברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 843-850.

121 לסקירת מחקרים שונים העוסקים בהגבלת טיפולים רפואיים לאוכלוסייה המבוגרת בכללותה ראו דורון, חכים ופקר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 504 ה"ש 9. לדיון בסוגיית המשאבים המוגבלים בהקשר המסוים של מימון טיפולי הפוריות ראו, למשל: Jennifer A. Parks, *On the Use of IVF by Post-menopausal Women*, 14(1) *HYPATIA* 77 (1999).

122 ראוי לשים לב לידיעה שהתפרסמה בכלי התקשורת בארץ על-אודות חשיבה מחודשת שנערכה במשרד הבריאות בשלהי קיץ 2012 לגבי הפניית המימון הממשלתי של טיפולי פוריות הניתן לנשים שעברו את גיל 45 לטובת מימונם של טיפולי פוריות לנשים צעירות יותר המעוניינות להוליד ילד שלישי. ראו דן אבן "משרד הבריאות שוקל להפסיק מימון טיפולי פוריות לנשים מבוגרות" הארץ 4.6.2012 [www.haaretz.co.il/news/health/1.1722685](http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1722685). מהלך זה לא צלח בסופו של דבר, אך ראו את הדיון בפרק הבא בנוגע לחזון מנהל הרפואה החדש בעניין מתחילת שנת 2014.

123 ראו על כך: Abby Lippman, "Never Too Late": *Biotechnology, Women and Reproduction*, 40 *McGILL L.J.* 875 (1995); Melissa K. Melby, *Culture and Symptom Reporting at Menopause*, 11(5) *HUM. REPROD.* 495 (2005); *UPDATE* 495 (2005); וביתר הרחבה: LINDA R. GANON, *WOMEN AND AGING: TRANSCENDING THE MYTHS* (1999).

124 ראו על כך פרוטוקול ישיבה מס' 181 של הכנסת ה-15 (5.2.2001) [kneset.gov.il/tqil/kneset\\_new/kneset15/](http://kneset.gov.il/tqil/kneset_new/kneset15/) (5.2.2001) HTML\_28\_03\_2012\_09-20-03-AM/20010305@181-01MAR05@0116.html.

ארבעה וכבר עמד, לפי אחת הדוברות, על קרוב ל-9,000 נשים. זאת, עוד לפני שהחוק נחקק ובטרם ניתן מימון ממשלתי.<sup>125</sup>

### ד. קביעת אמות-מידה אתיות-משפטיות להגבלת הנגשתה ומימונה של הפריה חוץ-גופית לנשים בגיל מבוגר

לאורך המאמר ביקרתי את המצב המשפטי הקיים במדינת-ישראל, במיוחד לאחר השינויים החקיקתיים האחרונים, שאותם סקרתי בפרק השני. כמענה אפשרי לביקורת זו אני מבקש לקבוע כעת את אמות-המידה הראויות בעיניי להגבלת הזכות – הן לעצם הנגשתם של טיפולי הפריה החוץ-גופית והן לגבי האפשרות לקבל מימון ממשלתי בגינם. את דיוניי להלן אמקד בלזו של מאמרי, שהוא הגבלת גילן של המבקשות להיעזר בטיפולי פוריות אלה.

נקודת המוצא של דיוניי בהקשר זה מצויה בחוות-דעתה של ועדת אלוני. גישתה המתירנית הכללית של הוועדה באה היטב לידי ביטוי, בין היתר, באי-רצונה להגביל בכל דרך שהיא את גיל המטופלות שיהיו זכאיות להיעזר בטיפולים אלה על-מנת להוליד ילד. כך, בנוגע לקביעת גיל מרבי לביצוע הפריה חוץ-גופית ציינה הוועדה כי ידוע לה שקיימת – נכון למועד קביעתן של מסקנות הוועדה בשנת 1994 – נטייה להנגיש תרומת ביציות גם לנשים מעל גיל 40, אך הואיל ואין עדיין (נכון למועד כתיבתן של מסקנות הוועדה) נתונים מספיקים בנושא זה, אין היא רואה לנכון לנקוט עמדה בשאלה זו.<sup>126</sup> אולם מאז נכתבה חוות-הדעת של הוועדה, לפני שני עשורים, התפתח המחקר בצורה משמעותית מאוד ונאספו נתונים רבים על-אודות הסכנות השונות לאישה ולילדים הטמונות בטיפולי הפריה חוץ-גופית, בוודאי אצל אישה בגיל מתקדם, כפי שתיארתי בהרחבה לעיל בתת-פרק 127. לפיכך יש לדחות, לדעתי, את המצב המעשי שהתקבל בארץ, שלפיו מימון טיפולי הפריה חוץ-גופית לכל אישה לצורך לידת שני ילדים בנישואיה הנוכחיים אפשרי עד גיל 51 אם מדובר בשימוש בביציותיה שלה, ועד גיל 54 כאשר מדובר בשימוש בביציותיה של תורמת ויש הוריה רפואית לכך, כפי שנקבע כאמור בחוק תרומת ביציות.<sup>128</sup>

לטעמי, יש להחזיר לקדמותו את המצב המשפטי שנהג בעבר הן לעניין עצם הנגשתם

125 לנתונים אלה ולביקורת על המחסור הקיים במידע על-אודות היקפיהם של טיפולי הפוריות הנעשים בישראל ראו שלו, לעיל ה"ש 7.

126 למסקנות הוועדה ראו אלוני, לעיל ה"ש 73.

127 ראו באופן כללי, לדוגמה בלבד, דן אבן "טיפול פריון העלו הסיכון לטרטן הרחם ב-69%" הארץ 24.5.2012.  
www.haaretz.co.il/news/health/1.1715321

128 רק על-מנת לסבר את האוזן, באנגליה מרפאות הפוריות השונות מפעילות קני-מידה שונים המגבילים את נגישותם של טיפולי הפוריות; בקנדה טיפולי הפריה החוץ-גופית אינם חלק מהסל של שירות הבריאות הציבורי; בפילנד טיפולים אלה מוגבלים לנשים נשואות מתחת לגיל 40 ועד לחמישה מחזורי טיפול לזוג; ובגרמניה טיפולי הפוריות ממומנים רק לזוגות נשואים המשתמשים בחומר התורשתי שלהם. ראו על כך במאמרים השונים המובאים בספר: *THIRD PARTY ASSISTED CONCEPTION ACROSS CULTURES: SOCIAL, LEGAL AND ETHICAL CULTURES* (Eric Blyth & Ruth Landau eds., 2004).

של הטיפולים והן לעניין הזכאות למימונם, שלפיו הגיל המרבי שבו תהא מטופלת זכאית לטיפול לא יעלה על 44 או 45 שנה. במצב הקיים, כל עוד ההגבלה הנוכחית נותרת על כנה, רצוי מאוד בעיניי שנשים מעל גיל 45 ייבדקו בבדיקות מקיפות לפני שיותר להן להתחיל בטיפולי הפוריות, וזאת כדי להפחית כמה שניתן את מספר הלידות של נשים בגיל מבוגר, בהיותן חשופות כאמור לסיכונים רפואיים, לרבות תמותה.<sup>129</sup> נתונים שונים שנאספו בעולם מלמדים עד כמה יכולתה של אישה להרות מעבר לגיל זה הינו נמוך עד כדי אפסי, ולפיכך אין טעם להנגיש ואף לממן ביצוע של טיפול רפואי פולשני כזה עם אחוזי הצלחה כה נמוכים. יתר על כן, יש להגביל לטעמי את מספר טיפולי ההפריה החוץ-גופית שאישה יכולה לבצע בשנה, ולהעמידו על שש פעמים בלבד, כמקובל באירופה ובארצות-הברית. זאת, מכיוון שמספר רב מדי של נסיונות הפריה תכופים מוריד את הסיכוי להרות. חמור מכך, כישלון חוזר ונשנה עלול לפגוע באישה נפשית, וקיים גם סיכון – שלא נשלל – לקשר בין טיפולים אלה לבין מחלות ממאירות של מערכת הרבייה הנשית.

באופן דומה, יש להגביל את מספר מחזורי הטיפול הכושלים, שלא הניבו ביצית מופרית הניתנת להשתלה ברחם המטופלת, ולהעמידם על שלושה או ארבעה נסיונות בלבד. זאת, מכיוון שמשיקולי עלות-תועלת ובשל הנימוקים השונים שסקרתי במאמרי, אין כל הצדקה אתית או משפטית להמשיך בנסיונות אלה, העלולים להתגלות כעקרים, תרתי משמע, לנוכח חוסר התגובה של גוף המטופלת. לבסוף, מובן שבנסיבות מסוימות, בשל שיקולים רפואיים ייחודיים, יש מקום, מחד גיסא, לאפשר את המשך הנסיונות גם לאחר ארבעה נסיונות כושלים, ומאידך גיסא, לא לאפשרם גם בגיל צעיר יותר או לאחר מספר מצומצם יותר של נסיונות כושלים.

בהמשך הדרך יש לקוות כי הרשות הלאומית לפיריון, שאת הקמתה אציע בפרק הבא, תשב, בין היתר, גם על המדוכה הזו, ותקבע גיל זכאות והיקף מחזורי טיפול שקולים והגיוניים, אשר יאזנו נכונה בין כלל הערכים והזכויות המתנגשים השונים. אכן, עם קבלת מאמר זה לפרסום הובא לידיעתי כי חוזר מנהל הרפואה העדכני ביותר בנושא ההפריה החוץ-גופית, מתחילת שנת 2014, קורא ברוח מסקנות מאמרי להגביל הן את גיל הזכאות לעשיית שימוש בטיפולי הפריה חוץ-גופית והן את מספר מחזורי ההפריה. זאת, בוודאי אם מדובר בנסיונות כושלים, דבר המשליך בהכרח גם על הזכות לקבל מימון ממשלתי לטיפולים אלה.<sup>130</sup> חוזר מנהל הרפואה מחייב הן את מנהלי בתי-החולים והן את מנהלי האגפים הרפואיים של קופות-החולים, בין שמדובר בגופים ציבוריים ובין שמדובר בגופים פרטיים.<sup>131</sup> החוזר הוצא בעקבות המלצותיה המקצועיות של המועצה

129 ראו על כך דן אבן "בנות 45 ומעלה יעברו בבדיקות מקיפות לפני אישור הפריה" הארץ 5.9.2012 [www.haaretz.co.il/news/health/1.1817069](http://www.haaretz.co.il/news/health/1.1817069)

130 ראו חוזר מנהל הרפואה 6/2014 "מחזורי טיפולי הפריה חוץ גופית (IVF) בסל השירותים" (20.1.2014) [www.health.gov.il/hozer/mr06\\_2014.pdf](http://www.health.gov.il/hozer/mr06_2014.pdf) (להלן: חוזר מנהל רפואה 6/2014).

131 ראו על כך בהבהרה שהוציאה היועצת המשפטית של משרד הבריאות, שלפיה הקביעות של חוזר מנהל רפואה 6/2014 (שם) חלות הן על מוסדות ציבוריים והן על מוסדות פרטיים. היועצת מבהירה כי מדובר בחוזר הקובע הנחיות קליניות כלליות בנוגע להנגשתם של טיפולי ההפריה החוץ-גופית, וכי אין ללמוד מהכותרת המטעה של

הלאומית לרפואת נשים, נאונטולוגיה וגנטיקה, שחבריה הינם רופאים בכירים בתחומים אלה בבתי-החולים ובקופות-החולים.<sup>132</sup>

חוזר זה קובע אומנם שנשים שמלאו להן 39 שנים יוכלו לבצע, משיקולים רפואיים, טיפולי הפריה חוץ-גופית כאפשרות ראשונה, מבלי שיצטרכו לעבור קודם-כל טיפולי פוריות אחרים, דוגמת הזרעה מלאכותית. קביעה זו נסמכת על הניסיון הקליני המלמד כי הדרישה לעבור קודם טיפולי פוריות אחרים אינה מקדמת נשים אלה לקראת השגת ההיריון המקווה, וגרוע מכך – היא מעכבת אותן מלהתחיל טיפולי הפריה חוץ-גופית, דבר שהינו קריטי בגילן המתקדם. עם זאת, החוזר קובע מפורשות כי נשים שמלאו להן 45 שנה, וכן נשים שמלאו להן 42 שנה ונכשלו בשלושה נסיונות עוקבים להגיע לשלב החזרת העוברים, אינן זכאיות להמשיך בטיפולים אלה. לבסוף, לגבי נשים בכל גיל, נקבע בחוזר כי לאחר ארבעה נסיונות טיפול עוקבים שבהם לא הגיעו לשלב של החזרת עוברים, או לאחר שמונה נסיונות שבהם לא הושג היריון קליני, יש לערוך דיון מקיף של הצוות המטפל בשאלה אם להמשיך בטיפולים אלה וכיצד. לא למותר לציין שבכלי התקשורת פורסם כי רופאי נשים קיבלו בברכה את הנחיותיו של חוזר מנהל רפואה זה.<sup>133</sup>

### ה. הצעה לסדר – הקמת רשות לאומית לפריון

לנוכח הבעייתיות שסקרתי בפרקיו הקודמים של המאמר אבקש להקדיש את הפרק שלפנינו לתיאור קוויו – הראשוניים בלבד – של פתרון אפשרי, שייתן מענה לאתגרים השונים הניצבים בפני ההסדרה הראויה של היקף המימון הממשלתי האמור להינתן בארץ לטיפולי הפוריות השונים בכלל ולטיפולי הפריה החוץ-גופית בפרט. באופן כללי ניתן למצוא בארץ כתיבה ענפה על חוסר הקוהרנטיות והביזור של סמכויות קבלת ההחלטות בתחום המשפטי-הביואתי בין ועדות שונות, אשר כל אחת מהן פותרת את הבעיות הרובצות לפתחה בצורה מקומית, ולא ברמה המערכתית. ביקורת זו נכונה בראש ובראשונה, בהקשר של מושא דיוננו – ההסדרה החקיקתית של טיפולי הפוריות בישראל. זאת, משום שבמצב הקיים בארץ, נכון למועד כתיבתו של מאמר זה, הכללים הנוהגים, גם לאחר עשרות שנים של פיתוח המשפט, ממשיכים עדיין להיקבע במקוטע בכמה חוקים, תקנות, חוות-דעת מקצועיות והנחיות מנהלתיות. מצב זה גורם לחוסר קוהרנטיות ולבעייתיות רבה, שהרי ביזור הסמכויות הקיים, המאפשר לכל ועדת מומחים לקבל החלטה פרטנית משלה, מתאפיין במתן שיקול-דעת נרחב יתר על המידה. במצב

החוזר ("מחזורי טיפולי הפרייה חוץ גופית (IVF) בסל השירותים") כאילו הוא עוסק אך ורק בהיבט של המימון הממשלתי ולפיכך הנופים הפרטיים אינם כפופים לו. ראו היועצת המשפטית של משרד הבריאות "הנדון: חוזר מנהל רפואה 6/2014" (3.2.2014) [www.health.gov.il/Subjects/fertility/Documents/IVF\\_MR06\\_2014.pdf](http://www.health.gov.il/Subjects/fertility/Documents/IVF_MR06_2014.pdf)

132 ראו על כך דוברות משרד הבריאות "ערכון ההנחיות לטיפולי הפרייה חוץ גופית IVF – שאלות ותשובות" [www.health.gov.il/Subjects/fertility/Documents/IVF-new-inst.pdf](http://www.health.gov.il/Subjects/fertility/Documents/IVF-new-inst.pdf) (28.1.2014)

133 ראו, למשל, מערכת דוקטורס אונלי "גיניקולוגים מברכים על החלטת משרד הבריאות להגביל מספר טיפולי DoctorsOnly" 22.1.2014 [doctorsonly.co.il/2014/01/71872](http://doctorsonly.co.il/2014/01/71872)

זה יכולתו של הפרט לממש את זכותו הינה עמומה ובלתי-יודאית, ואי-אפשר לצפותה מראש, בהיותה כפופה לאישור ביורוקרטי. כך נוצרת טכנוקרטיה מדיקו-לגלית, הגורמת לתחושת שרירותיות קשה, אף שמדובר בנושאים הנוגעים בזכויות חוקתיות, באוטונומיה, בפרטיות ובשוויון.<sup>134</sup>

נוסף על כך, החברה בישראל טרם ערכה דיון מעמיק ונרחב בגבולות הגזרה של הזכות לפריון ולהורות, לרבות ההיבטים החברתיים-האתיים השונים של השימוש בטכנולוגיות הפריון.<sup>135</sup> כמו-כן, כנסת ישראל מעולם לא חוקקה חוק שיסדיר תחום פרוץ זה באופן כולל. כל שניתן למצוא הוא הסדרה חקיקתית קטועה ולא-קוהרנטית של סוגיות מסוימות בלבד, כגון היעזרות באם נושאת, תרומת ביציות ושימור פוריות מטעמים רפואיים – זעיר פה זעיר שם. דילמות נוספות הוסדרו ברמה המנהלתית בלבד, עם כל הבעייתיות שיש בכך. פרקטיקות מסוימות נקבעו בהחלטות בדרג של יועצים משפטיים בלבד, דוגמת היועץ המשפטי לממשלה והיועצת של משרד הבריאות; וועדות אתיות שונות, כמועצה הלאומית לביואתיקה, הביעו את דעתן בדילמות נוספות. התוצאה העגומה שהתקבלה במצב זה של העדר הסדרה מעמיקה, מקיפה וקוהרנטית בחקיקה הראשית היא התגלגלותן פעם אחר פעם של שאלות ודילמות-יסוד לפתחם של בתי-המשפט.<sup>136</sup>

כדי לוודא תפעול יעיל, מבוקר ומנותר של כלל טיפולי הפוריות המורכבים והרגישים, וכדי למנוע בעיות רפואיות, משפטיות, פסיכולוגיות, סוציולוגיות והלכתיות, אבקש להציע בשורות הבאות, בקצירת האומר, הצעה חדשה לסדר-היום הישראלי – הקמת רשות לאומית כלל-ארצית לפריון. זאת, מכיוון שאין די בהקמת ועדות מומחים, דוגמת ועדות אלוני, הלפרין ומור יוסף, שיסדירו היבטים מסוימים בלבד, חשובים ככל שיהיו, של הזכות לפריון ולהורות. נסיון העבר מלמד כי סוגיות מורכבות ובעייתיות מעין אלה, חרף חוות-הדעת המקצועיות שניתנו בעניינן, עלולות להיסחב במשך שנים. כך היו פני הדברים עם תרומת ביציות, אשר הוסדרה לבסוף בחקיקה רק עשור כמעט לאחר שוועדת המומחים הגישה את המלצותיה בעניין לשר הבריאות. יתר על כן, גם אם ועדה כזו תסדיר את התחום בצורה מקיפה לעת הזו, החדרנות והקצב המהיר שבו תחום זה מתפתח יאלצו למנות פעם אחר פעם ועדה נוספת שתדון בהתפתחויות הרפואיות, החברתיות, האתיות והמשפטיות. תחת זאת מן הראוי שתפעל רשות לאומית שתישא באחריות כוללת לנעשה בארץ בתחום טיפולי הפוריות, והיא תכין הצעות, ותעדכן מדי תקופה במידת הצורך, לחקיקה ראשית מסודרת, קוהרנטית ומקיפה של תחום זה.

134 לפיתוחו של טיעון זה ראו שלו, לעיל ה"ש 7; וביתר הרחבה – כרמל שלו "טכנוקרטיה של חיים ומוות בידי ועדות מומחים" רפואה ומשפט חוברת מיוחדת 80 (2013).

135 לשם השוואה, באנגליה נערך דיון ציבורי משתף לפני קביעת המדיניות בדבר המותר והאסור בתחום של טיפולי פוריות, ועל-סמך דיון זה גובש בסופו של דבר החוק האנגלי – Human Fertilisation and Embryology Act, 1990 (UK). ראו שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 9.

136 לסיכום עדכני של ביקורת זו ראו כרמל שלו "המשילות של טכנולוגיות פריון בישראל" ("סנאט" מספר 387 בנושאים כלכליים-חברתיים, 2010) [www.senat.org.il/hebrew/attachments/article/405/387f.pdf](http://www.senat.org.il/hebrew/attachments/article/405/387f.pdf); וביתר הרחבה – שלו, לעיל ה"ש 7.



עניין מרכזי וחשוב מעין זה בתפיסת-העולם הישראלית מוטב שיוסדר בצורה נרחבת, מקיפה וקוהרנטית יותר, בדומה להסדרתם של תחומים מרכזיים אחרים באמצעות רשויות שונות בארץ, דוגמת הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, הרשות להסמכת מעבדות, הרשות למלחמה בסמים ובאלכוהול, הרשות לאבטחת מידע ועוד. רשות שיפוטית סטטוטורית כלל-מדינתית כזו הוקמה באנגליה בשנת 1990 מכוח סעיף 5 ל-Human Fertilisation and Embryology Act 1990, ומאז היא פועלת בהצלחה.<sup>137</sup> השראה נוספת ניתן אולי לקבל מרשות קרובה לכך, בנושא של השתלות איברים, הפועלת במדינות אחדות כארצות-הברית, ישראל, אנגליה, אוסטרליה ועוד.<sup>138</sup>

בשל קוצר היריעה אסתפק בציון מטרותיה המרכזיות של הרשות שאני מציע להקים. בראש ובראשונה, לנוכח הביקורת שהעליתי במאמרי, רשות זו אמורה לפעול בהקדם האפשרי לתיקון הפגמים השונים שנפלו בחקיקה הקיימת, ובתוך כך להגביל את גיל הזכאות למימון טיפולי הפריה חוץ-גופית ואת היקף המימון הניתן בגינם. אולם אין די בתיקון בדיעבד של הפגמים בחוק הקיים. על הרשות להתוות גם את גבולות החקיקה העתידיים הראויים, תוך הצבת גבולות צרים וראויים יותר להיקף המימון הממשלתי שיינתן לטיפולי הפוריות השונים, ובכלל זה להפריה החוץ-גופית. בהמשך לכך יהא על רשות זו להכין הצעות לחקיקה מקיפה וקוהרנטית של שלל ההיבטים המגוונים הכרוכים בטיפולי הפוריות השונים – חקיקה שתאחד תחת קורת-גג משפטית אחת ותעוגן בחקיקה ראשית. זאת, תחת הביזור הבעייתי הקיים כיום במשפט הישראלי, שאותו תיארתי בפתחו של פרק זה. מימונה של רשות זו יבוא אומנם מאוצר המדינה, בדומה למימון הציבורי הניתן לרשות הלאומית לבטיחות בדרכים ולרשות למלחמה בסמים ובאלכוהול ועוד,<sup>139</sup> אולם מדובר בהשקעה לא-מרובה ביחס לרווח שנוכל להפיק מהגבלת היקף המימון הממשלתי שיינתן בתחום זה – הן באמצעות הגבלת מעגל הזכאים לטיפולים השונים והן באמצעות הגבלת היקף הזכאות.

במישור השוטף פעולתה של הרשות אמורה להתמקד בניהול תקין של כלל ההיבטים הקשורים לרגולציה של טיפולי הפוריות השונים ולפיקוח עליהם: הנפקת רשיונות עסק למכונני הפריון השונים; הכשרת משגיחים שיוודאו שלא נעשית החלפה בשוגג/במזיד

137 לפעילותה של ה-HFEA (Human Fertilisation and Embryology Authority) באנגליה ראו <http://www.hfea.gov.uk>. לסקירת פעילותה בספרות המחקר ראו: Margaret Foster Riley & Richard A. Merrill, *Regulating Reproductive Genetics: A Review of American Bioethics Commissions and Comparison to the British Human Fertilisation and Embryology Authority*, 6 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 1, 102-167 (2005); Alicia Ouellette et al., *Lessons Across the Pond: Assisted Reproductive Technology in the United Kingdom and the United States*, 31 AM. J. L. & MED. 419 (2005).

138 לגבי הרשות בארצות-הברית ראו: Jed A. Gross, *The National Organ Transplant Act and Its Postoperative Complications*, 8 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 145 (2008). לגבי המרכז הלאומי להשתלות (אָרִי) בישראל ראו באתר משרד הבריאות – [www.health.gov.il/transplant](http://www.health.gov.il/transplant). באנגליה ראו: NHS Blood and Organ and Tissue Authority (OTA), <http://www.organdonation.nhs.uk>. באוסטרליה ראו: <http://www.donatelife.gov.au/about-us>.

139 ראו על כך ס' 30 (ב) לחוק הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים (הוראת שעה), התשס"ו-2006, ס' 374; ס' 19 לחוק הרשות הלאומית למלחמה בסמים ובשימוש לרעה באלכוהול, התשמ"ח-1988, ס' 90; ס' 27 (ב) לחוק הרשות הלאומית להסמכת מעבדות, התשנ"ז-1997, ס' 156 ועוד.

של תאי רבייה; פיקוח על רמת התפקוד המקצועי של הקליניקות לפיריון ומניעת רשלנות מקצועית בתחום; ניסוח של הסכמי פיריון סטנדרטיים שונים; סיפוק מידע מקצועי בתחום; עדכון תקופתי של קוד מקצועי אתי ופרסומו; קביעת תעריפים מרביים לשירותי הפיריון השונים; הקמת מרשם מרכזי שיכיל מידע על טיפולי הפוריות שבוצעו והצדדים השונים שהיו מעורבים בהם; פיקוח, ניטור ורגולציה של טיפולי פוריות חדשים; סיפוק מידע מחקרי ומעשי, מדי שנה, על-אודות היקפי הביצוע ואחוזי ההצלחה של טיפולי הפוריות השונים הנעשים בכל קליניקה לפיריון; עריכת דיונים, ארגון כנסים וסיפוק מידע לציבור בתחומים אלה.

חיזוק להצעתו זו אני מוצא במסקנותיה של ועדת מור יוסף, שהעלתה המלצה דומה, אם כי צנועה הרבה יותר, להקים ועדת-על שתייעץ על בסיס קבוע למקבלי החלטות במשרד הבריאות בתחום המתפתח והמתחדש של טיפולי הפוריות השונים. וכך הציעה הוועדה:

"הוועדה לא יכולה, כמובן, לצפות פני עתיד בצורה מלאה, ולכן סברה כי ראוי שיוגדר גורם מייצע קבוע לשאלות חדשות שיתעוררו בעתיד, וממליצה כי תוקם ועדת-על לנושא פוריות, אשר בין תפקידיה יהיה לשמש כמייצעת למשרד הבריאות בנושאים אלו."<sup>140</sup>

באשר לתוכני עבודתה של רשות זו ניתן לאמץ את הצעותיהן של מלומדות שונות שהמליצו, בין היתר, על עריכת הרוויזיות המתבקשות הבאות: הקמת מסד נתונים שיטתי ומקיף שיכלול דיווח ובקרה ארציים לגבי השימוש בטיפולי הפוריות השונים והשפעתם, ואשר ישמש בסיס לקבלת החלטות מבוססות-ראיות (הנתונים ייאספו ויפורסמו על-פי יחידות ה-IVF הנסקרות, ויהיו נגישים לציבור); איסוף נתונים על סיכונים בריאותיים ופסיכו-חברתיים הנשקפים לנשים מטופלות, כמו-גם לנשים פונדקאיות ולנשים שתורמות ביציות; עריכת מחקרים ארוכי-טווח לגבי בריאותם והתפתחותם של הילדים הנולדים כתוצאה מהליכים אלה, במטרה לבחון אם אין לתהליכים אלה השפעות ארוכות-טווח על ההתפתחות הפסיכו-מוטורית של היילודים; בחינה של הגבלת מספרם המוחלט של טיפולי הפוריות שמותר לאישה לעבור, תוך שקילת השלכותיהם ארוכי-הטווח של הטיפולים על המעורבים בהם ועל החברה, וניסוח אמות-מידה לזכאות לטיפול במימון ציבורי על-פי ראיות קליניות; אומדן שיטתי של עלויות הטיפול לסוגיהם, כולל עלויות שלאחר הלידה (ניתוחים קיסריים, פגייה, מעקב התפתחות), ועוד.<sup>141</sup>

140 ראו על כך דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 67, בעמ' 7.

141 ראו על כך רות לנדאו "מדיניות טיפולי הפוריות בישראל" (2004) [swold.huji.ac.il/upload/fertility\\_policy.pdf](http://swold.huji.ac.il/upload/fertility_policy.pdf); "מדיניות טיפולי הפריה" (טייטה לנייר-עמדה, מרס 2010) (עותק שמור בידי המחבר). ההמלצות גובשו ביום 18.2.2010 על-ידי קבוצת-דיון בכנס בנושא "טכנולוגיות פיריון חדשות – בין רפואה לחברה".

## אחרית-דבר

לנוכח הנתונים והניתוחים שהוצגו במחקר שלפנינו ניתן לסכם ולומר כי נושא הפיריון וההולדה תופס לו מקום מרכזי ביותר בחברה הישראלית. מדינת-ישראל הינה המדינה המערבית המובילה בהשקעת סכומי-עתק בסיוע לזוגות ולפרטים המתקשים מסיבות כאלה ואחרות להרות ולהביא ילד לעולם באמצעות יחסי אישות. המדיניות הנוהגת בישראל מנגישה את טיפולי ההפריה החוץ-גופית למעגלים נרחבים ומגוונים ביותר באוכלוסייה, וזאת כמעט בלא הטלת מגבלות כלשהן על הזכאות לטיפולים אלה על-סמך גיל, מעמד משפחתי, נטייה מינית וכדומה. אם לא די בכך, פעמים רבות המדינה אף מממנת טיפולים אלה במסגרת סל שירותי הבריאות, הגם שמשמעות הדברים הינה חד-משמעית וברורה – אי-מימון של תרופות מצילוח חיים לאלה שאין ידם משגת לממנן בכוחות עצמם. תיקוני החקיקה האחרונים אך החמירו את המצב הנוהג, בקובעם כי אפילו אישה בת 54 זכאית למימון ציבורי של טיפולי ההפריה החוץ-גופית שלה, לרבות מימונה של תרומת ביצית במידת הצורך. באופן דומה, אפילו ילדות ונערות המיועדות לקבל טיפול בכימותרפיה או בהקרנות יכולות לשמר את פוריותן באמצעות שימור עופרים, ביציות ואף רקמת שחלה, והכל במימון המדינה.

ברם, גם לאחר הגשת מסקנותיה של ועדת מור יוסף, טרם נערך בארץ דיון מעמיק ומקיף בשאלה כיצד אנו אמורים להשקיף, כחברה, על ההיבט החיובי של הזכות להורות. במילים אחרות, טרם נידונה השאלה מהו היקפה הראוי של הזכות, וממילא מהם גבולותיה הרצויים, כלומר, מתי, עד כמה ובאילו תנאים אנו מוכנים כחברה להשקיע סכומי-עתק במתן אפשרות לאזרחי המדינה ולתושביה ליהפך להורים במימון נרחב של המדינה. אין די בהקמת ועדות מומחים, כוועדות אלוני, הלפרין ומור יוסף, אשר מסדירות בסופו של יום היבטים מסוימים בלבד, חשובים ככל שיהיו, של הזכות לפיריון ולהורות. נסיון העבר מלמד כי סוגיות מורכבות ובעייתיות מעין אלה, חרף חוות-הדעת המקצועיות שניתנו בעניינן, עלולות להיסחב במשך שנים. כך היו פני הדברים עם תרומת ביציות, אשר הוסדרה לבסוף בחקיקה רק עשור כמעט לאחר שוועדת המומחים הגישה את המלצותיה בעניין לשר הבריאות, וכך הם פני הדברים כבר יותר משנתיים ימים לאחר הגשת מסקנותיה של ועדת מור יוסף.

כמענה אפשרי לאתגרים העולים מהמציאות הבעייתית שתיארתי במחקר זה, ביקשתי להציע בפרק האחרון של המחקר הצעה לסדר – הקמת רשות לאומית לפיריון. עבודתה השוטפת של רשות זו תתמקד, בין היתר, בקביעת גיל מרבי שבו תהא אישה זכאית לטיפולי ההפריה החוץ-גופית, בצמצום היקף המימון הממשלתי שיינתן לעושים שימוש בטיפולים אלה, ובניהול תקין של כלל ההיבטים הקשורים לרגולציה של טיפולים אלה ולפיקוח עליהם. כולי תקווה שרשות זו תשכיל לקבוע בין היתר – בצורה קוהרנטית, מושכלת וצרה יותר – את גבולות אחריותה של המדינה למימון זכאותם של אזרחיה לפיריון ולהורות, תוך קביעה ברורה וחד-משמעית כי אין לחתור להורות בכל גיל, בכל מחיר ועוד במימון המדינה.