



ארגון משפחה חדשה

## ארגון משפחה חדשה

הארגון לקידום זכויות המשפחה בישראל

טופס בקשה  
להופיע בפני הועדה הציבורית  
לבחינת הסדרה חקיקתית  
של נושא הפרייון וההולדה  
בישראל

מוגש על ידי  
עו"ד אירית רוזנבלום  
מייסדת ומנכ"ל



**טופס בקשה להופיע בפני הועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית  
של נושא הפרייון וההולדה בישראל**

תאריך: 20.2.11

שם: **אירית רוזנבלום עו"ד**

כתובת: **נחמני 34 תל-אביב 65795**

פקס: **03-5600720** כתובת דוא"ל: [EMAIL: newfamily@newfamily.org.il](mailto:newfamily@newfamily.org.il)

טל': **03-5600720** טל' סלולארי: **050-6504950**

סמן ב-X את הנושא לגביו ברצונך להופיע בפני הועדה:

**X נגישותן של קבוצות אוכלוסיה לטכנולוגיות פרייון שונות: נגישותם של זוגות או**

**יחידים לטכנולוגיות פרייון מסוימות, לפי מיבנה התא המשפחתי, קשרי המשפחה או**

**המעמד האישי של הצדדים לתהליך. האם יש מקום לשנות מגבלות כאמור המופיעות**

**בחקיקה הקיימת?**

נגישות לטכנולוגיות פרייון לפי גיל.

שימור פרייון ביחס לבגירים ולקטינים.

אנונימיות וגילוי – שמירה על סודיות זהותם של תורמים, מול אינטרס הקטין לדעת

את זהות הוריו הביולוגיים.

שימוש בטכנולוגיות פרייון מתקדמות, למניעת תחלואה "גנטית".

**מעמדם של תהליכי פרייון שבוצעו מחוץ לישראל, לרבות תהליכים שהחלו מחוץ**

**לישראל, ושסיומם אמור להיעשות בישראל.**

קביעת ההורות לגבי ילדים שנולדו בטכנולוגיות הפרייון השונות.

**מהו הקשר שלך עם אחד או יותר מהנושאים הנדונים ע"י הועדה?**

**ארגון משפחה חדשה (1998)** מייסודה ובראשותה של הח"מ, עורכת הדין אירית רוזנבלום, הוא

ארגון חדשני וחלוצי, אשר יצר מרחב משפטי חדש בו הזכות האוניברסאלית למשפחה היא חלק

בלתי נפרד מהמשפט האזרחי והדין הנוגע לזכויות האדם.

ארגון "משפחה חדשה" בפעילותו הפרו-אקטיבית שינה את פני החברה והמשפחה הישראלית בכך

שיצר אלטרנטיבות אזרחיות לדילמות הנוגעות למעמד אישי בישראל. היבט מרכזי בפעילותו של

# מדינת ישראל

STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

הארגון למען זכויות המשפחה נובע מהצלחתו לגבש ולייצר פתרונות משפטיים יצירתיים למי שלא יכלו עד כה ליהנות מחיי משפחה המאפשרים להם לקבל הגנה משפטית. בין האוכלוסיות הללו ניתן למנות; משפחות חד הוריות, בני זוג שנבצר מהם להינשא על שום היותם בני דת כזו או אחרת, בני זוג ידועים בציבור, בני זוג מאותו מין, בני זוג פסולי חיתון על פי ההלכה ואחרים.

ארגון משפחה חדשה מעניק שירותים וסעד משפטי ליותר מ 17,000 איש בשנה. מאז שנות התשעים עוסק הארגון בייעוץ וטיפול במגוון התאים המשפחתיים, היוצרים את המרקם החברתי בישראל, בכדי למנוע את אפלייתם ע"י מוסדות המדינה. חשוב לזכור כי בשיטת המשפט הישראלית אין חוק המגדיר "תא משפחתי", וזאת למרות שהזכות להקמת משפחה הוכרה כזכות יסוד אנושית.

בין היתר, מפעיל הארגון מרכז מידע, המעניק מידע ליחידים ולבני משפחות, אשר זכותם לתא משפחתי נפגעה ע"י מוסדות הציבור. כך, מקיים הארגון קשר רציף עם עשרות אלפי משפחות, מכל שכבות האוכלוסייה הישראלית, ועל כן יש לו המומחיות והידע לגבי הפגיעות הקיימות והאפשריות בהורים ובילדים במסגרת החקיקה והנהלים הקיימים בישראל. במשך השנים נצברו ידע ומומחיות גבוהה בארגון לצורך טיפול ומענה משפטי וחברתי לסוגיות אלו.

הארגון בעל ידע וניסיון רבים ומיוחדים בתחום אפיונם, זכויותיהם וצרכיהם של התאים המשפחתיים החדשים המשקפים את מציאות החיים העכשווית בכל הקשור ליכולות הטכנולוגיות שעולם הרפואה המודרני מציע והשלכותיו על עולם המשפט.

הח"מ בעלת השכלה אקדמית בתחום המשפט (LLB) והפילוסופיה מטעם אוניברסיטת תל-אביב, בעלת רישיון לעיסוק בעריכת דין מזה 26 שנה, מומחית בתחום דיני משפחה וזכויות אדם. בין כתביה ופרסומיה, **הספר "תורת המשפחה החדשה"** הפורש את רשת הזכויות של התא המשפחתי, המבטא מגוון תאים משפחתיים בחברה הישראלית. **"המדריך לזכויות המשפחה בישראל"** וכן שבעה עשר מדריכים שונים בנושא זכויות המשפחה בישראל ועשרות מאמרים בתחום זה.

הח"מ התמחתה בשנים האחרונות בשדה משפטי פילוסופי שיצרה ובו היא מובילה את הדרישה להכרה בשימוש בטכנולוגיות פוריות, כחלק מזכותו של האדם להקים משפחה מעבר לגבולות המקום והזמן.

לפני למעלה מ-10 שנים צפתה הח"מ את השינוי הדמוגרפי במבנה המשפחה, תוך הבנה שהאקולוגיה והביולוגיה יוצרים את השינוי במבנה התא המשפחתי בזמן שהממסד כלל לא ערוך לכך. הח"מ פועלת למעלה מעשור לקידומו של השינוי המתחולל גם בתמהיל הדמוגרפי החברתי בישראל

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

כתוצאה מהתגברות העלייה, שינוי בדפוסי הילודה, התערות זרים ובני עמים שונים בישראל ושינויים פיזיולוגיים המעכבים את הפיריון לצד עלייה מתמדת באורך החיים. שינויים חברתיים אלה ייצרו תאים משפחתיים חדשים המחייבים מתן מענה אנושי ואמין ובעטיים הוקם על ידי הח"מ ארגון משפחה חדשה.

**בשנת 2001** יזמה את הרעיון הייחודי מסוגו, הקמת "בנק זרע לחיילים" במסגרת פעילותם של הבנקים לזרע בישראל.

**בשנת 2007** ניהלה וזכתה במשפט בו ייצגה את משפחת כהן, שתבעה מהיועץ המשפטי לממשלה לאפשר לה לעשות שימוש בזרע בנם, שנהרג בפעילות מבצעית בעזה. בשנים האחרונות היא מובילה את הרעיון של ה"צוואה הביולוגית" (סימן מסחרי רשום) שפירושה, צוואה שמשאיר אדם לגבי הזכות להמשיך להשתמש באברי הרבייה שלו להמשכיותו גם לאחר מותו. בעקבות זו ייסדה הח"מ בארגון משפחה חדשה את "בנק הצוואות הביולוגיות" הראשון והיחיד מסוגו בעולם. בנק הצוואות הביולוגיות מכיל מאות צוואות שנחתמו זה מכבר על ידי מי שמבקשים לעשות שימוש בתאי הפיריון שלהם בעתיד, לאחר הסתלקותם מן העולם.

בסוף **שנת 2009** זכתה הח"מ במאבק משפטי תקדימי עת ניתן בו פסק דין המאפשר שימוש בזרעו של חייל שלקה בסרטן והקפיא את זרעו בעקבות המחלה ממנה נפטר. פסק הדין משמש מפנה רעיוני בתפיסת המערכת המשפטית את זכות האדם לבקש את המשכיותו לאחר מותו.

במהלך **שנת 2010** הוביל ארגון משפחה חדשה והח"מ את המאבק המשפטי-ציבורי להבאת זוג תאומים לאב הומוסקסואל מהודו לישראל. התאומים באו לעולם בתהליך פונדקאות בהודו ונתקלו בסבך משפטי וביורוקראטי שמנע מהם להגיע לישראל. בסופו של המאבק אושרה כניסתם לארץ.

דו"ח משפטי :  
לבחינת הסדרה חקיקתית  
של נושא הפרייון וההולדה בישראל

מוגש מטעם

עו"ד אירית רוזנבלום מייסדת ומנכ"ל ארגון משפחה חדשה (ע"ר)

הנני מתכבדת להציג את עמדת ארגון משפחה חדשה במענה לקול הקורא שיצא מלפני הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל. בתמצית, אנו סבורים כי החוקים והתקנות בנוסחם כיום במדינת ישראל אינם מאפשרים למשפחות חדשות, בני זוג ויחידים ליהנות ולהסתייע בטכנולוגיות רפואיות לפרייון.

נוכח החשיבות העליונה שמייחס בית המשפט הגבוה לצדק (להלן: "בג"צ") לזכות להורות ולהקמת משפחה בישראל, ולאור הפתיחות הרבה יותר השוררת כיום בבתי המשפט ובחברה הישראלית לתופעת המשפחה החדשה לרבות הורות יחידנית, רווקות, בני זוג מאותו מין, מגבלות גיל, מצב אישי ועוד, כמו גם פתיחות לא מבוטלת לזכותו של כל אדם להקים משפחה על-פי בחירתו בכלל, בשלה העת לבצע שינויי חקיקה וגישה אשר ישקפו את המציאות בישראל. "הכמיהה לילד היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה" (י' גרין, הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (1995), בעמ' 9).

שתי פנים לזכות להיות הורה: הפן האחד, העובדתי, הזכות להימנות על אוכלוסיית ההורים ולהיות במעמד של הורה. הפן השני, הזכות להחליט אם, מתי, עם מי ובאיזו דרך לממש את הפן הראשוני של הזכות להיות הורה. הזכות במובנה הראשון מחייבת את המדינה לשמור על בעל הזכות מפני פגיעה או הפרעה, למעט במקרים בהם יש הצדק חוקי. הזכות במובנה השני, מחייבת את המדינה להגן על בעל הזכות מפני המונעים ממנו לממש את זכותו להורות.

לדאבונו, בשנים האחרונות בתי המשפט היו היחידים שהגישו עזרה וסעד בעניין זה וחרף קריאתם למחוקק לבצע שינוי, נעשו הדברים בעצלתיים אם בכלל. אך אין די בשינויי הגישה המשפטיים, ונדרשת חקיקה מפורשת והולמת לסוגיות אלו.

להלן נפרט את הסוגיות השונות המחייבות התייחסות, והנימוקים המשפטיים עליהם נסמכת חוות-דעתנו זו:

**עמדתו הכללית של בית המשפט הישראלי**

פסקי הדין אותם נסקור בחוות דעת זו, מצביעים על שתי מגמות קריטיות לענייננו: האחת מצביעה על נכונותם של בתי המשפט להכיר בזכותם של בני זוג שאינם נשואים, רווקים ובעלי נטיות מיניות חד מיניות לשוויון בפני החוק והמגמה השנייה, מצביעה על החשיבות העל-חוקית, החוקתית, המיוחסת לזכותו של כל אדם להורות ולהקמת משפחה, לרבות הקמתה לאחר המוות. שילוב שתי מגמות מקבילות אלו מעלה את הצורך ליצור חקיקה אחידה תוך שהיא יוצרת שוויון בין תאים משפחתיים שונים בין היתר, בשל חשיבותה הקריטית של הזכות להורות. בעניין זה נייחד התייחסות מיוחדת לשאלת מימושה של זכות ההורות לאחר המוות ומעמדם של הורים, אם מיועדת או בת זוג במקרים אלו.

**הזכות להורות ולהקמת משפחה – זכות חוקתית**

לאורך כל שנות קיומה של מדינת ישראל ייחסו בתי-המשפט לזכות להורות ולהקמת משפחה חשיבות עליונה. לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו החל תהליך של החדרת זכויות אלו כמוגנות בכנפיו של חוק זה. אמנם גם הזכות להורות, ככל זכות אחרת, איננה מוחלטת, ולעיתים יהיה צורך לאזנה מול זכויות אחרות המתנגשות עימה, אך גם בבואו לאזן אינטרסים אלו, על המחוקק לשקול בזהירות התערבות חודרנית בתחום זה של צנעת הפרט. יפים לעניין זה דברי השופטת ה' בן-עתו בע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(3), 57, עמ' 81-82

***"התערבות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה, אלא מטעמים כבדי משקל, הנוצצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני."***

פסק-דין חשוב אשר עסק בזכות החוקתית לחיי משפחה ולשוויון, נכתב על-ידי הרכב נדיר יחסית של 11 שופטים. הדיון המרכזי נסב סביב חוק האזרחות והכניסה לישראל והשופטים היו חלוקים בדעותיהם בנושאים שאינם רלוונטיים לענייננו, אך נמצא בפסק-דינו של הנשיא ברק אמירות היפות לעניין שבפנינו ובהן קביעתנו כי:

***"הן ההגנה על התא המשפחתי בישראל, והן ההגנה על שוויונו של תא זה ביחס לתאים משפחתיים של בני זוג ישראלים אחרים, מצויים בגרעין של כבוד"***

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

האדם" (בג"צ 7052/03 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', ניתן ביום 14.5.06, טרם פורסם, בסעיף 40 לפסק דינו של הנשיא ברק).

ובסעיף אחר כותב כבוד הנשיא :

"אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על-פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם" (נ" (בג"צ 7052/03 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', ניתן ביום 14.5.06, טרם פורסם, בסעיף 32 לפסק דינו של הנשיא ברק).

מעבר לאלמנט ההצהרתי שבהכפפת הזכויות להורות ולמשפחה לזכויות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיימת לכך משמעות משפטית עקרונית המתבטאת בחובתם של החוקים והתקנות המונעים מימוש זכויות אלו מבני-הזוג, לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה הקבועה בחוק היסוד. היינו, חובתו של המחוקק להוכיח לבית המשפט כי דברי החקיקה שהוציא מלפניו עומדים במבחן החוקתי. בשל קוצר היריעה לא נפרט מבחנים אלו, ואולם נציין כי ככל שמעמדה של הזכות החוקתית רם יותר, כך יידרש אינטרס נוגד בעל משקל רב כדי לגרוע מן הזכות או לשוללה (ראו בג"צ יגאל עמיר סעיף 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה וכן פרשת עדאללה). כלומר, בהיות הזכות להורות ולמשפחה זכות נעלה ביותר, ייאלץ המחוקק לספק הסברים וטיעונים משכנעים מאוד ולהראות כי קיימים אינטרסים בעלי חשיבות עליונה המביאים לפגיעה בזכויות הללו.

### **בפתח הדברים הערה יסודית**

בטרם נברר כל אחד מן העניינים הראויים בירור בחוות דעת זו, אבקש לציין הערה מרכזית ועקרונית העוברת כחוט השני ביחס לכל נושאי הפירון הנוגעים לועדות המאשרות שימוש בטכנולוגיות השונות. כוונתנו להעדרן של ערכאות השגה או ערעור לגבי החלטותיהן של כל אותן וועדות (כך לגבי נשיאת עוברים, אישור תרומת ביציות וכיוב'). בניגוד לשיטה המשפטית המקובלת, בה לגבי כל ועדה שיפוטית או מעין שיפוטית מוקמת ערכאת ערעור שתפקידה לבחון בין היתר: חוקיות, סבירות וסמכות שיש לוועדות המאשרות, נדמה כי מדובר בליקוי כמעט שיטתי ככל שמדובר בוועדות הדנות בסוגיות הפירון למיניהן. הערה זו נועדה לבקר את החקיקה הנוגעת לדבר ולתקנה כמתחייב. (עניין דומה נדון ב בג"צ 4293/01 משפחה חדשה ואח' נ' שר העבודה והרווחה, בנוגע לוועדות האימוץ בישראל ובהחלטת בג"צ נקבע כי יש להקים גוף שימש החלטת ערעור על ועדות האימוץ).

זכות יסוד היא לאפשר לפרט לערער על הפגיעה בו, זאת בהליכי תקיפה, השגה, ערר או ערעור כפי שנקבעו בדין. יש לכך דוגמאות אין ספור, כחול אשר על שפת הים, ובכל תחומי המשפט. כך בתחום השתת תשלומי החובה על האזרח וכך גם בתחומים אחרים, לרבות במישור המשפט המנהלי. אין להסכין עם מצב עניינים, שבו הרשות המנהלית תבקש למנוע קבלת זכות, שירות סעד וכד' מאזרח או להצר את צעדיו ולאזרח לא תהא כתובת לפנות אליה ולהשיג על הפגיעה בו. מצב עניינים זה אף עולה בקנה אחד עם זכות הגישה לערכאות, שהיא זכות חוקתית על חוקית המהווה חלק מן הזכות לכבוד שלפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. עקרון זה הוא עקרון יסוד מופשט, המהווה יסוד מוסד משיטתנו הדמוקרטית. נכון יהיה אפוא להחיל עקרון זה ככל שהדבר נוגע לועדות הפריון.

## נושאי הפריון וההולדה בישראל הדורשים התייחסותנו ;

### הפריה חוץ-גופית

תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987 (להלן: "התקנות"), המסדירות את נושא ההפריות החוץ-גופיות בישראל (ידועות גם בשמן "הפריות מבחנה") אינן מגדירות בסעיף ההגדרות "בני זוג" ואין בהן כל התייחסות לגבי הנהנה מהתרומה. העדרן של הגדרות חשובות אלו אמנם פותח פתח להחיל את התקנות על בני-זוג מאותו מין או בני זוג שאינם נשואים, אך כפי שנראה אחד הסעיפים החשובים לענייננו משתמש במושגים "בעל" ו"אישה" ולפיכך מצמצם מאוד אפשרות זו. תקנות אלה אינן מאפשרות גם ביצוע הפרוצדורה באותם מקרים בהם אחד מן המבקשים או שניהם נשואים לאחרים. עם זאת בעניין זה מתוך הבנה גם לצרכיהם של בני הזוג הנשואים של אותם אנשים המבקשים להסתייע בהפריה חוץ גופית עם שותף/ה שאיננו/ה בן/בת זוגם הרשמית, אין אנו מבקשים במסמך זה להתערב ולשנות את הנוהל הקיים לפיו במקרים אלו אין לנו כל התנגדות לכך שהנוהל הנהוג כיום לפיו מבקש הגורם הרפואי המטפל, צו שיפוטי לביצוע הפרוצדורה ימשך להתקיים.

אולם, אנו מבקשים להביע את הסתייגותנו מדרישותיהן של יחידות מסוימות להפריית חוץ גופיות, המבקשות מבני זוג שאינם נשואים בינם לבין עצמם, להמציא להן הסכמים לחיים משותפים. נדמה כי בדרישה זו יש לא רק חדירה לפרטיותם של מקבלי השירות אלא גם אפלייה בינם לבין בני זוג נשואים ואנו מציעים להסתפק בתצהירים המתייחסים למחויבותם לשאת באחריות המשפטית בכל שלבי התהליך ואחריו, כולל גם במקרה של נכות או פטירה. דרישת מסמך של מחויבות זוגית מבני



זוג שאינם נשואים זל"ז ואינם נשואים לאחרים, היא מיותרת ופוגעת בפרטיותם ובוודאי שאיננה מעניינה של היחידה לביצוע הפניות חוץ גופיות. דרישה זו היא פסולה ואיננה מקובלת.

## תרומת ביצית ותרומת זרע :

בקשתנו להאיר את תשומת ליבה של הועדה לסוגיית אנונימיות וגילוי – שמירה על סודיות זהותם של תורמים, מול אינטרס הקטין לדעת את זהות הוריו הביולוגיים. גם אם גישת הוועדה לא תהיה גורפת בעניין זה, מוצע לשקול נתיב אפשרי של תרומות מזוהות, אשר טומנות בחובן יתרונות לא מבוטלים. בהמשך חוות דעת זו נתייחס לשימוש בתרומות אלו במקרה של הסתלקותם של התורמים מן העולם, המאפשרת לרוב את חשיפתם ולעיתים הם אף היו רוצים בכך.

### תרומת זרע

תרומת זרע מוסדרת כיום בתקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979 ואולם היא מוגבלת לתרומה אנונימית בלבד. לפי הכללים, בבנק הזרע ינוהל רישום של פרטי התורם והנתרמת בנפרד, בכרטיסיות שונות, ואלה יישמרו אצל הרופא המטפל. תקנות משרד הבריאות קובעות במפורש כי אסור לבנקי הזרע לגלות פרטים מזהים על תורם הזרע. גם המחלקה שבה נעשתה ההפריה אינה רשאית למסור שום מידע הנוגע לזהותו של תורם הזרע כך בהתאם לחוזר המנהל הכללי בנושא: ניהול בנק זרע והזרעה מלאכותית – כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית, 13 בנובמבר 1992.

**אנונימיות התרומה** - נושא השמירה על אנונימיות של תרומת זרע התעורר בעבר בעקבות כתבה שהתפרסמה בעיתון הארץ בשנת 2002. לפי הכתבה, פנתה אשה, אשר בנה נולד מתרומת זרע אנונימית, לבית הדין הרבני, כי הנ"ל יקבע שבנה נולד לאם יהודיה ורווקה ולכן הוא "יהודי וכשר לבוא בקהל". בעקבות פנייה זו, דרש בית הדין הרבני לקבל את פרטי תורם הזרע מבית החולים "עין-כרם", ממנו התקבלה התרומה. אולם, תקנות משרד הבריאות בנוגע לשמירה על חסיון מלא לפרטי תרומת זרע מנעו מבית החולים גילוי פרטים אודות התורם.

הפריה חוץ גופית בעזרת תרומה (זרע או ביצית) יצרה עבור זוגות לא-פוריים ועבור נשים רווקות אפשרויות חדשות להורות אולם העלתה לדיון שאלות פרקטיות ומוסריות בדבר סודיות התרומה, אנונימיות התורם ואופן ניהול ומסירת המידע. הדילמות המתעוררות בהקשר זה נוגעות לגילוי עצם קיומה של התרומה כמו גם לגילוי זהות ו/או פרטים אחרים של התורם/ת. יש הרואים את הסוגיה כמקבילה לסוגיית מקרי אימוץ, בהם לילד המאומץ יש הורים ביולוגיים בנפרד מההורים החוקיים, כיון שבשני המקרים השאלה נוגעת בזכותו של הילד לגילוי שורשיו הביולוגיים וזהותו הגנטית.

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

מצאנו לנכון להביא בחוות דעת זו מידע על המתרחש במדינות אחרות בעולם, אף כי ייתכן וכבר עתה חלים שינויים נוספים, שכן הנושא מעסיק מדינות מערביות רבות והדינאמיקה הרבה המאפיינת אותו מתבטאת לא אחת בשינויי חקיקה.

(ראוי לציין בעניין זה את סרטו של בארי סטיבנס [Barry Stevens] שהופק במיוחד עבור רשת הטלוויזיה <sup>1</sup>CBC

(עותק מן המקור מצוי בידי הח"מ)

שמירה על סודיות ואנונימיות התורם במדינות שונות

מדינה	הוראות לגבי שמירה על אנונימיות של תרומת זרע
שוודיה	החוק השוודי מאפשר לילד בהגיעו לגיל 18 גישה מלאה לאינפורמציה בנוגע לזהות התורם.
בריטניה	חקיקה מתקדמת ביותר לגבי הפריית חוץ גופיות. נקבע כי צאצאים של תרומות זרע/ביצית יכולים (או יוכלו בעתיד) לפנות למאגר המידע הממשלתי (אשר הוקם בכוח החוק) ולקבל מידע גנטי על הוריהם <b>אבל לא על זהותם</b> . מטרת החוק היא למנוע נישואים בין קרובי משפחה.
ספרד	החוק קובע כי התרומה תשאר אנונימית. פרטי זהות התורם ישמרו בסודיות באופן מקודד בבנק הזרע ומאגר המידע הארצי על תורמים. <b>לילדים, או לבא כוחם, יש זכות לקבל מידע כללי לגבי התורמים אך לא לגבי זהותם</b> .
שוויץ	החוק קובע כי המידע הגנטי של האדם (התורם), יבדק, ישמר ויתאפשר גילויו רק בהסכמתו או על פי חוק. לאדם מובטחת נגישות למידע על הוריו.
ארה"ב	אין חקיקה פדראלית לגבי בנקי זרע. ישנן מדינות בתוך ארה"ב שהסדירו את נושא תרומות בנקי הזרע בתוכן. במדינת קליפורניה: תורמי זרע יכולים לחתום על הסכמה לגילוי זהותם לצאצאים בהגיעם לגיל 18.

<sup>1</sup> <http://www.cbc.ca/documentaries/doczone/2009/biodad>  
<http://yes.walla.co.il/?w=2/7822/1580743>

סקירה השוואתית בין מדינות שונות מראה כי ישנן שיטות התמודדות שונות עם הנושא: העדר גולציה לנושא והעדר חקיקה, שמירה מוחלטת על אנונימיות ואפשרות גילוי חלקי או מלא של פרטים אודות זהות התורם. יש לציין גם כי במדינות בהן קיימת חקיקה המאפשרת גילוי פרטים לילד שנולד כתוצאה מתרומה, קיימת ההבחנה בין גילוי זהותו המלאה של התורם לבין גילוי פרטים גנטיים שימנעו נישואי קרובים.

## תרומת ביצית

חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 התקבל בכנסת ביום כ"ה בסיוון התש"ע (7 ביוני 2010); הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הממשלה – 289, מיום כ"ט באדר התשס"ז (19 במרס 2007), עמ' 292. (להלן – "חוק הביציות"). על אף שהחוק בא להסדיר את המצוקה העצומה שנבעה ממחסור בביציות בישראל, נדמה כי עדיין לוקה החוק בכמה עניינים שיש ליתן עליהם את הדעת.

חוק תרומת הביציות החדש מבהיר לנו שוב ושוב, שבמדינת ישראל נחקקים חוקים המשקפים אינטרסים קואליציוניים ולא בהכרח אינטרסים חברתיים, משפטיים או רפואיים. החוק אינו מסדיר כראוי את הביטוח הרפואי של תורמת הביצית ואינו מגן עליה מבחינה ביטוחית, בנוסף, החוק מזכה את התורמת בסכום כספי עלוב של 6,000 עד 10,000 שקל (בהשוואה בארה"ב מקבלת התורמת בין \$8000 ל-\$10,000). המחוקק ממשך לאפשר לנציגי הדת לקבוע מי ראוי להיות הורה. חוק הביציות החדש מספק אמנם מענה לחלקים מסוימים באוכלוסייה אך מדיר אחרים, בדרך לא שוויונית, את מי שאינם "ראויים" להיות הורים על פי תפיסות והשקפות עולם דתיות.

לא ניתן לעשות שימוש בתרומת הביצית באם הנתרם/ת אינו/ה יכול/ה לשאת היריון, כגון רווקות שיש להן קשיים לשאת היריון ורווקים. אלה כמו גם אלה מעוניינים להשתמש בשירותי פונדקאות, דהיינו לעשות שימוש בתרומת הביצית באמצעות אם נושאת כדי להגשים את זכותם למשפחה וכן בני זוג גברים, שאינם נכללים בחוק החדש.

בנוסף לאמור המלצתנו היא להגביל בחוק את מספר הביציות שמותר לשאוב מתורמות- מתנדבות, זאת מטעמים רפואיים והבטחת ביציות גם לעצמן, ההגבלה תהא לתרומה מקסימאלית עד ל- 10 ביציות, המספר המקובל בשאיבת ביציות בעולם.

על המחוקק להגדיר חובה לבטח נשים תורמות ביציות מפני סיכונים רפואיים הכרוכים בתרומה, כך שיכוסו נזקים לטווח ארוך.

יש לשקול בחיוב דרישה שתחייב את המדינה ליזום מחקר מקיף הבוחן את השפעת הטיפולים ההורמונאליים הניתנים בתהליך של הפריה חוץ גופית על בריאותן של נשים במהלך העשורים שלאחר הטיפול.

### השימוש בתרומת הביצית

סעיף 11 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987 (להלן "תקנות הפריה חוץ גופית") קובע, כי "לא תושגל ביצית מופרית אלא באישה שתהיה אם היילוד", כלומר, גם אם בני הזוג מצאו תורמת ביצית פוטנציאלית, המסכימה לשאת את היריון הביצית המופרית ברחמה, הרי שהתקנות מחייבות כי אותה אישה תהא אמו של היילוד. מעמדה זה של תורמת הביצית כ"אם" נושא בחובו שלל זכויות וחובות משפטיות, שאינן ניתנות להתניה בין בני-זוג גברים לבין האם, ותחולנה על אישה זו בהיותה "אם היילוד".

בנוסף, נציין כבר עתה, כי על-פי חוק האימוץ, העובדה שלילוד תהא אם רשומה תמנע את רישומו של בן-הזוג מאותו מין שאינו האב הביולוגי של היילוד כמאמצו על-פי דין.

סעיף 5(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 קובע, כי לא ניתן יהיה להוציא ביציות שנשאבו בישראל, בין אם הן מופרות ובין אם לאו, לשם השתלתן מחוץ לישראל, אלא אם כן נתקבל אישור ועדת החריגים, ואף זאת לגבי ביציות שנשאבו מגופה של מטופלת, בעבור השתלתן בגופה בלבד. הבעיה הנובעת מסעיף זה מתייחסת לכל אותם המקרים בהם מבקשת אם יחידנית או זוג הורים (שכן למצער, לבני זוג גברים או רווקים אין כלל אישור לכך) שברשותם ביציותיה של האם המיועדת, אולם הם אינם יכולים לשאת היריון ואינם עונים על הקריטריונים הנוקשים של חוק הסכמים לנשיאת עוברים ולפיכך נדרשים לעזרתה של פונדקאית בחו"ל. במצב זה, נאלצת אותה אישה בעלת ביציות להשתמש בתרומת ביצית מאישה זרה ובכך, בעיקר כאשר מדובר באמהות יחידניות, נמנעת ממנה כל אפשרות לביצוע הליך הפונדקאות, הן בארץ והן בחו"ל (שכן כפי שמצוין דלעיל, כדי להכניס את הילד לארץ יהיה צורך בהוכחת הורותה של האם המיועדת על הילד).

זאת ועוד, האמור בחוק מבהיר שאין להוציא ביציות או עוברים משטח מדינת ישראל. מותר לציין כי ביציות ועוברים נוצרים למטרה מסוימת ולמען הורים מסוימים. לכל אחד יש הורה או הורה מיועד (בין אם מביציות האם או מביציות תורמת). עוברים אלה נוצרו על מנת להבשילם ולהולידם,

סעיף 3 לחוק- "שאיבה ותרומה של ביציות יבוצעו למטרת הולדת ילד", משמע היווצרותם זו נועדה להוריהם המיועדים ומרגע שנתרמו הביציות הן קניינה של הנתרמת ולא של התורמת.

באופן זה, וכפי שסעיף 5(א) לחוק תרומת הביציות מנוסח כעת, הרי שעולה כאן פגיעה חמורה בזכות האישה על גופה ועל תוצריו, שכן על אף שמדובר בביציותיה שלה, היא מנועה מלעשות בהן שימוש עבור עצמה, שלא על דרך השתלתן בגופה, דהיינו בדרך של פונדקאות.

המשמעות המעשית היא, שהיה וזוג הורים החליט להעתיק את מקום מגוריו למדינה אחרת, עליו לקחת בחשבון כי יהיה עליו להשאיר את עובריו מאחור, האם עוברים אלו, הם קניינה של המדינה או המחלקה לפיריון בבית החולים? האם הם הבעלים הבלעדיים? האם באותו אופן נוהגת המדינה גם בילדיו של אדם לאחר שנוצרו? הרי זוהי פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והדעת איננה סובלת שכמותה.

לעניין זה למשל, אישה שהחליטה להקפיא ביציות לשימוש עתידי ופגשה את בן זוגה מספר שנים אחר כך בארה"ב, ומעוניינת להעביר את הביציות לשם – לא תוכל לעשות כן.

בני זוג שמעוניינים לעבור הליך פונדקאות עם עובריהם במקום אחר בעולם לא יוכל לעשות כן.

מגבלות אלו שאין להן פתרון בחוק, בשל מבנהו וכפי שהקדמנו בפתח דברנו אינן ניתנות להשגה וערעור ונדרש לתת עליהן את הדעת.

### לשאלת הקניין והזכות של האישה על גופה בראי הפסיקה והחקיקה

הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העניקו מעמד-על לזכותה של האישה להחליט מה ייעשה בגופה, בקובען כי לאדם הזכות לשמירה והגנה על החיים והגוף.

באופן דומה נקבע בפסיקה כי ביצית של אישה הינה בבעלותה ולאישה ישנה היכולת לקבוע מה יעלה בגורלה. ניתן לעמוד על כך מפסק-דינו של שופט בית המשפט העליון (בדימוס) יעקב קדמי, בפסק הדין המוכר והידוע בעניין בני הזוג נחמני, בו הוא התייחס לבעלות אישה על ביציותיה:

*"לשיטתי, אין להתעלם בהקשר זה מן העובדה כי "הפריית הביצית" אינה סתם שלב משלבי התפתחותו של העובר, אלא היא המעשה הייצור אותי, וההופך את הביצית והזרעון ל"ישות" חדשה, משולבת משני הגופים שיצרו אותה שאינה ניתנת שוב להפרדה. וכפי שהזרעון והביצית נטמעו זה בזו*

והפכו לאחד, כך נטמעות זו בזו זכויותיהם של הגבר ובת-זוגו – "בעלי" הביצית והזרעון – והופכות ל"זכות משותפת" בכל הקשור לגורלה של הביצית המופרית. "זכות משותפת" זו זהה בטיבה ובמעמדה לזכות ההורית שהייתה לכל אחד מיוצריה, בשינוי אחד: לכל אחד מבעלי הזכות שמורה זכות וטו כנגד החלטתו של האחר, באופן שרק "החלטה שותפת" ניתנת לביצוע ולאכיפה.

...

"עד להפריה – ניתן להחזיר לכל אחד מבני הזוג את "שלו": לגבר את הזרעון, ולאישה את הביצית." [ראה דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני פ"ד (4) 661]

#### תרומת ביצית מופרית מאישה א' והשתלתה ברחם של אישה ב'

סעיף 12(ב) לתקנות ההפריה חוץ גופית קובע כי: "ביצית שניטלה מאישה לתרומה תושלת באישה אחרת זולתה, אם ניתנה הסכמת התורמת לתרומה". כלומר, לצורך השתלת תרומת ביצית מופרית ברחמה של אישה אחרת נזקקים בני-הזוג להסכמת תורמת הביצית. סעיף 13 לתקנות הפריה חוץ גופית, יוצר הגבלה חמורה בנוגע להשתלת ביצית מתורמת בקובעו כי: "לא תושלת באישה ביצית שניטלה מתורמת אלא אם כן הופרתה בזרע בעלה של האישה". היינו, סעיף זה מגביל את אפשרות שתילת ביצית שמקורה בתרומה לבני-זוג נשואים בלבד, בקובעו שעל הביצית המופרית הנתרמת להיות מופרית בזרעו של הבעל ולאחר מכן תוחדר לרחמה של אשתו. כאמור, תקנות ההפריה החוץ גופית, משתמשות במונחים "בעל" ו"אישה" השימוש במונחים אלו הינו חד-משמעי וברור ובכך הוא מקשה עלינו להעניק למונחים הללו פרשנות מרחיבה, ולהחילם גם על בני-זוג מאותו מין. בעניין זה תהא טענת אפלייה טענה טובה, ונרחיב עליה בהמשך. כן נציין כי בעבר הגבילו התקנות את זכותן של נשים רווקות לקבל ממשרד הבריאות טיפולי הפריה חוץ-גופית, ואולם בג"צ פסק בשנת 1996, כי סעיפי התקנות בטלים בהיותם מפלים בין נשים נשואות לבין רווקות. תוצאת פסק-הדין קבעה כי רווקה, לרבות מי שהיא בעלת נטייה מינית לבנות מינה, רשאית להביא ילדים לעולם מהפריה מלאכותית, וכי יש לבטל כל הוראה מפלה בינה לבין אישה נשואה בתהליך תרומת הזרע או ההפריה.

לסיכום חלק זה – התקנות בנוסחן כיום אינן מאפשרות לבני-זוג מאותו מין, המעוניינים בהמשך חייהם המשותפים, להשתמש בהפריה חוץ-גופית. ואולם כיון שמדובר בסעיף מפלה ובעייתי יש מקום לתקווה כי ועדה זו תצליח להביא לשינויו.

## הקפאת ביציות

בשנת 2010 כאמור, אישרה הכנסת את **חוק תרומת ביציות תש"ע - 2010**. במהלך ינואר 2011 הגדיר משרד הבריאות את נהלי העבודה בנושא והחל מפברואר 2011 נשים העומדות בהגדרות יוכלו לבצע את התהליך. למותר לציין כי כבר בראשית שנת 2004, הושגה הסכמה תקדימית, בין ארגון משפחה חדשה לבין משרד הבריאות, בדבר האפשרות להקפיא ביציות של רווקה בת 42, אשר ביקשה לעשות כן מתוך תקווה סמויה כי בכ"ז תוכל למצוא את בן הזוג המתאים ולהביא עמו ילדים, אלא שחששה היא, שכאשר יתגשם החלום לא תהיה עוד פורייה ולא תוכל להביא ילדים משל עצמה. המו"מ בעניינה של אותה רווקה, העלה לראשונה את הדרישה והציף את הביקוש להקפאת ביציות. למרות הטענה שהושמעה בתחילה כאילו מיועדת הפרוצדורה הרפואית להקפיא את ביציותיה של אישה קרייריסטית על מנת לאפשר לה לתזמן את לידותיה, נדמה כי הוכח שמדובר בצורך אמיתי וחרדתן של נשים נובעת מן החשש שלא תוכלנה להרות ולהביא ילד לעולם מעצמן ובשרן. כיום, כאשר מתאפשרת הפרוצדורה הרפואית, על אף שהיא אינה חפה מן הצורך בשיפורים, עולה כי המערכת הרפואית משפטית, התגברה על טיעון התזמון והבינה את הצורך האמיתי, על כן לא נרחיב לגבי עניין זה.

### עיקרי החוק ונהלים :

1. החוק מאפשר הקפאת ביציות עבור נשים בריאות בנות 30 עד 41, נשואות או רווקות .
2. החוק מאשר הקפאה של עד 20 ביציות או 4 טיפולים, המוקדם מבין שניהם.
3. האישה תהיה רשאית לבצע שימוש בביציות המוקפאות עד גיל 54 לכל היותר.
4. ביציות שהאישה אינה זקוקה להן או אינה מעוניינת להמשיך לשמור או לא שילמה עבור אחסונם - תושמדנה.
5. המימון של התהליך יהיה פרטי מלבד במקרים הבאים בהם התשלום יבוצע מהקופה הציבורית:

- האישה עוברת טיפולים העלולים לפגוע בפוריות (כגון כריתת שחלות או כריתת שד)
- תסמונות גנטיות העלולות לגרום לירידה בגיל הפוריות
- אשה הסובלת מאנדומטריוזיס קשה
- אשה מטופלת בעקבות מורסה באברי המין הפנימיים
- סיכון מוגבר לגיל מעבר מוקדם באשה בעקבות מחלות
- זוגות שהגבר בהם סובל מהפרעה קשה באיכות או ספירת הזרע
- לגבר אין יכולת מתן זרע ביום השאיבה לקראת טיפול הפריה חוץ גופית רגיל.

### הקפאה לנשים שאינן נכללות בחוק או לא יכולות לשאת את ההוצאה הכספית

כפי שציינו, החוק מאשר הקפאת ביציות לנשים בין הגילאים 30-41. כמובן שעדיף להקפיא ביציות בגיל צעיר ככל האפשר, עם זאת, בגיל צעיר, ההיבט הכספי הוא בעל משמעות רבה עד קריטית בעיקר לגבי נשים שמפרנסות את עצמן ואין חולק כי שכרן נמוך מזה של גברים במשק הישראלי, עד כי עקב העלות הכספית הגבוהה הן עשויות להימנע כליל מן את השימוש בפרוצדורת ההקפאה. במדינה המקדשת את ערך הפיריון ומאפשרת לנשים לקבל סיוע מלא עד הולדת שני ילדים, נדמה כי דווקא לגבי נשים המבקשות להקפיא את ביציותיהן, בין אם מדובר ברווקות ובין אם מדובר בנשים נשואות, חייבת להיות התחשבות במצבן הכלכלי. מן הדוגמא של משפחה חדשה משנת 2004, נראה כי הבקשה להקפיא ביציות איננה תמיד על רקע תזמון הקריירה משמע, ראייה חד ממדית כאילו מדובר רק במצבים מעין אלו, פוגעת בנשים המבקשות להקפיא את ביציותיהן עד למועד בו ימצא להן בן/בת זוג או שהעיתוי ללדת יהיה נכון ומתאים להן, על רקע עניינים נוספים כגון, חוסר יכולת לגדל ילד בתקופה מסוימת וחשש מפני אובדן פיריון בעתיד, מצבי סיכון מיוחדים (מלחמה, חשש לתאונות וכיוב') בפניהם עומדת אישה ורוצה להבטיח את עתידה, על כן אין כל הצדקה להענישה על כך.

## הפונדקאות

בחינת הרחבת זכאות לכריתת הסכם לנשיאת עוברים :

כללי

חוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם מעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הפונדקאות") קובע בסעיף ההגדרות כי "הורים מיועדים" — איש ואישה שהם בני זוג". פסק-הדין בעתירת "משפחה חדשה" - בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים



**לנשיאת עוברים, משרד הבריאות ואח'**, בעניינה של רווקה שביקשה לאפשר לה להשתמש בשירותי אם פונדקאית אמנם דחה את בקשתה של העותרת אולם הרטוריקה של פסק הדין הייתה מעודדת וסופו של פסק הדין קרא למחוקק לשנות את החוק.

עד היום לא שונה סעיף החוק הרלוונטי ולפיכך כיום אין אפשרות לרווקות ורווקים, לבני-זוג מאותו מין ו/או לאחד מבני הזוג כרווק, להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית בישראל.

למותר לציין כי הנתונים אודות הפונדקאות בישראל, מדברים על הולדתם של פחות מ-500 ילדים באמצעות פונדקאית זאת, משך 15 שנה מאז נחקק החוק. לעומת זאת, בשנתיים האחרונות בלבד סייע ארגון משפחה חדשה להולדתם של קרוב ל-300 ילדים באמצעות פונדקאות בחו"ל. פונדקאות שהתבצעה בארה"ב, קנדה, הודו, תאילנד ולאחרונה גם ברוסיה, אוקראינה, גיאורגיה, ארמניה, וקזחסטאן. מספרים אלו מדברים בעד עצמם בדבר הצורך והביקוש הציבורי להסתייע בשירותי הפונדקאות. בה בשעה שהפרוצדורה בישראל ותוצאותיה זניחות למדי, הפתרונות המוצעים בחו"ל הופכים להיות רלוונטים יותר ובלתי נמנעים. הגישה לפיה אזרחי המדינה ותושביה ימצאו מזור בחו"ל היא גישה מפלה ובלתי נסבלת.

#### **בג"צ הפונדקאות – רטוריקה אופטימית החלטה פסימית**

יש לזכור כי פסק-הדין המרכזי בנוגע לאפשרות לשימוש בפונדקאות בישראל, שלל מפורשות את זכותה של רווקה להסתייע באם פונדקאית והדגיש כי החוק בנוסחו כיום מעגן את זכותם של בני-זוג, איש ואישה נשואים בלבד, להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית.

בפסק הדין שנכתב על-ידי השופט חשין, עמו הסכימו כל שבעת חברי הרכב השופטים נאמר כי:

*‘לשון החוק תלמדנו אפוא - ובאורח חד משמעי - כי תהליך של פונדקאות יכול שיתקיים רק אם ההורים המיועדים הינם איש ואישה שהם בני-זוג. אישה לבדה וכמותה איש לבדו; אישה ואישה וכמותן איש ואיש; כל אלה אינם בני-כושר על-פי חוק הפונדקאות לקיים תהליך של פונדקאות (ההדגשות אינן במקור) וממילא אין הם זכאים לקבל את אישורה של ועדת האישורים לתהליך של פונדקאות...’ (בג"צ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים פ"ד נז(1) בע' 12 (להלן: "בג"צ הפונדקאות").*

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

ובהמשך מוסיף כבוד השופט חשין :

*"החוק לא נתכוון לפתור בעיותיה של אישה חשוכת ילדים שאין לה בן-זוג, אף לא בעיותיהם של איש שאין לו בת-זוג או של כל בני-זוג אחרים" (בג"צ הפונדקאות בע' 15).*

בבג"צ הפונדקאות מותיר בית המשפט את השאלה האם חוק הפונדקאות פוגע בזכויות הקבועות **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, פתוחה ומציין בעניין זה :

*"גם שאלות אלו תעלינה בבוא היום להכרעה, אלא שלכול זמן ועת לכל חפץ" (בג"צ הפונדקאות בע' 44). האם לא הגיעה העת ?*

בג"צ ער לכך שקיימת בעייתיות בנוסחו של חוק הפונדקאות ובכך שפוטנציאלית החוק מגלם בתוכו פגיעה בזכויות חוקתיות. בית-המשפט נמנע מלדון בעניין, אך רומז בצורה ברורה ביותר, כי עתירות שיעסקו בנושא בעתיד יידונו בכובד ראש, וייתכן כי בחלוף שנים כה רבות ממועד מתן פס"ד הפונדקאות הגיעה העת להכרעת בית-המשפט בסוגיה.

למותר לציין כי בשנת 2010 הוגשה עתירה נוספת בעניין זה בג"צ 1078/10 על ידי שני גברים בני זוג, אשר ביקשו להסתייע בשירותי פונדקאית ונדמה כי הקמתה של ועדה זו עצרה את טחנות הצדק. ככל הידוע הדיון נדחה עד לקבלת מסקנותיה של הועדה הנוכחית.

#### הגדרת ההורים המיועדים

ההגדרה בסעיף 1 לחוק אינה משתמעת לשתי פנים :

*"איש ואישה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד"*

לשון החוק תלמדנו אפוא כי תהליך של פונדקאות יכול שיתקיים רק אם ההורים המיועדים הינם איש ואישה שהם בני-זוג. אישה לבדה וכמותה איש לבדו ; אישה ואישה וכמותן איש ואיש ; כל אלה אינם בני-כושר על-פי חוק הפונדקאות לקיים תהליך של פונדקאות וממילא אין הם זכאים לקבל את אישורה של ועדת האישורים לתהליך של פונדקאות. זו לשונו החד-משמעית של החוק, ותכליתו של החוק תילמד מלשונו.

משלימה את ההסדר, הוראת סעיף 19(א) לחוק, ולפיה תהליך פונדקאות שלא על-פי החוק מהווה עבירה פלילית שעונשה בצידה.

הח"מ סבורה, כי שלילת אפשרות מיחידים ומבני זוג מאותו מין להסתייע בשירותי פונדקאות מהווה אפליה פסולה שאין לה הצדקה עניינית ועומדת היא בניגוד לעיקרון השוויון ולחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומונעת מהם את זכותם הבסיסית להורות.

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

הזכות להורות הולכת ומשתרשת בעולם המערבי באמצעות אמנות ומניפסטים הנוגעים לזכויות אדם והכרעות משפטיות [ראה סעיף 16 של הכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם של עצרת האומות המאוחדות (1948):

" לכל גבר ואישה שהגיעו לבגרות, ללא הגבלה מטעמי גזע, לאום או דת, הזכות

להינשא ולהקים משפחה" *Skinner v. Oklahoma*, 381 U.S. 541, 535 (1942)

5587/93 ע"א (1972), 651, 405 US 645, *Stanley v. Illinois*, בג"ץ 114/86 וויל נ' מ"י, פ"ד מא(3)477, ע"א 5587/93, נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1)485 (בעיקר עמ' 497-501); ע"א 540,518/82 זיצוב נ' כץ פ"ד מ(2)85, בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות ואח' כפי שיידון בהמשך בדו"ח זה).

#### משפחה חד-הורית

בשנת 1992, זכתה המשפחה החד-הורית להכרה והגדרה מצד המחוקק, בחוק משפחות חד-הוריות, תשנ"ב-1992 (לעניין זה ראה גם חוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980, סעיף 2(5); חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, סעיף 74(ב)(1)(א)).

כיום 9% מן המשפחות בישראל, הן משפחות חד-הוריות, הורים המגדלים את ילדיהם כהורים יחידים ללא בני זוג, בין אם מתוך בחירה ובין אם מתוך כורח, בעקבות גירושין, בשל היותם אלמנים/ות או פרודים. כמו כן, מבחינה חברתית יש כיום הכרה וקבלה של המשפחה החד-הורית. ישראל ממקמת במקום חמישי בעולם במספר משפחות חד-הוריות וילד אחד מתוך 12 גדל במשפחה, בה הורה אחד בלבד.

על-פי דין, זכאית אישה שילדה בלא בן-זוג לעזרה כספית מן המדינה. הדין אף מרחיק לכת, ונכון הוא להושיט עזרה לאישה לא רק לאחר לידה אלא גם לפני לידה: נכון הוא לעזור לאישה להרות וללדת גם אם אין לה בן-זוג. וכך הוא דין על-פי הוראות חוק תרומת ביציות, תש"ע-2010 המסדירות את כל נושא תרומת הביציות בארץ. במסגרת הוראות אלו, הן תורמת הביציות והן הנתרמת הוגבלו הגבלה של גיל, אולם אין כלל התייחסות למצבה האישי משפחתי של מי מהן. באופן דומה ניתן למצוא כי אין התייחסות למצבה האישי של אישה בהוראות חוק נוספות העוסקות בטכנולוגיות פריון. כך למשל, בשנת 2010 תוקנו תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987, ונקבע כי אישה תוכל להקפיא את ביציותיה, הן מפאת בעיה רפואית והן מפאת גילה. גם כאן עולה מגבלת גילה של אותה אישה, אולם אין כל התייחסות למצבה האישי.

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

וכאמור בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה ואח' נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות ואח' פסק הדין יצא בקריאה למחוקק לפעול לשינוי החקיקה הקיימת אשר תאפשר גם ליחידים ללא בני זוג להיעזר בשירותי פונדקאות.

**משפחות של בני זוג מאותו מין**

בעשור האחרון, זוכה הזוגיות ההומו לסביבת לעדנה מסוימת, מצידם של בתי המשפט, רשויות, מוסדות וגופים שונים, כאשר זכויותיהם משוות לאלו של בני זוג הטרוסקסואלים נשואים. לצד האופטימיות הזהירה יש לזכור כי אין לזכויות בני זוג מאותו מין כל תימוכין בחקיקה והם אינם נזכרים ככאלה באף חוק של מדינת ישראל.

אולם מוסדות המדינה הכירו בעטיים של פסקי דין והלכי רוח, בזכויותיהם של בני זוג מאותו מין לאמץ זה את ילדיו של בן זוגו ואף לאימוץ של ילד על-ידי שני הורים מאותו מין יחד; ביטוח לאומי מכיר בבני זוג מאותו המין לשם קבלת זכויות השוות לאלו של בני זוג נשואים, לרבות חופשת לידה לאחר הליכי פונדקאות בחו"ל; בתי המשפט מפרשים את הוראות חוק הירושה בכל הנוגע לבני זוג כהוראות החלות גם על בני זוג מאותו מין, וכיוצ"ב.

יש לציין כי משנת 2000 ובמשך שבע שנים ישבה ועדה ציבורית בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס, **יעקב טירקל**, כדי לדון בתיקונים לחוק הירושה, במסגרת הקודקס האזרחי החדש, שייקרא "**חוק דיני ממונות**". בסופה של העבודה המעמיקה, החליטה הוועדה לשנות את הגדרתם של "ידועים בציבור", כך שתורחב במידה ניכרת האפשרות להכיר גם במעמדם של בני זוג מאותו מין, הומוסקסואלים ולסביות, כידועים בציבור לצורך ירושתו של בן זוג שהלך לעולמו. הוועדה השמיטה את ההגדרה "איש ואשה החיים חיי משפחה במשק בית משותף", והגדירה "ידועים בציבור" כ"בני זוג שחיו יחד במשק בית משותף".

בראיון שהעניק השופט טירקל לעתון הארץ ב3 באוגוסט 2007 הוא אומר:

*"השינויים שעשתה הוועדה בנושא הידועים בציבור, ובמיוחד אלה המשפיעים על מעמדם של זוגות הומואים ולסביות, נבעו מהתקדמות בתפישות העולם החברתיות. היום אנחנו כבר לא חושבים כמו שחשבו אנשים לפני 30-40 שנה" דברי השופט טירקל.*

נראה כי דברים אלו ברורים ואינם דורשים פרשנות נוספת.

**בג"צ כיושב בקרב עמו ומטמיע שינויים חברתיים וטכנולוגיים**

החל משנות התשעים של המאה הקודמת אנו עדים לניסיון של בתי המשפט להביא לשוויון בין בני-זוג חד-מיניים לבין בני-זוג הטרו-סקסואליים. בשורת פסקי-דין יצרו השופטים שוויון בנושאים שהובאו להכרעתם וביניהם נציין: זכות בן-זוג לרשת את דירת מגוריו של בן-זוגו, זכות בן-זוג לקבל פנסיית שאירים וקצבת שאירים של בן-זוגו שנפטר, זכות הדדית של בני-זוג מאותו מין לאמץ זו את ילדם של בן-זוגם, זכות בן-זוג ליהנות מהטבות סוציאליות מעבודתו של בן-זוגו ועוד.

וכדברי בית המשפט העליון:

"חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצונית של הפרט... במיוחד נכון הדבר כשמדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו, ולתת ביטוי לרצונותיו בכל הנוגע למוצאו, למשפחתו, לרגשותיו כלפי אלה ולמבוקשו לתת להם ביטוי גלוי. בעידן בו כבוד האדם הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו" (ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 481; ע"א 1165/01 פלונית נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד נו(1) 69, 74).

ובנוסף:

"חוק נועד למקובל, לבינוני, לממוצע, והצורך בגמישות נדרש מאליו ולו כדי שלא לרמוס את המיעוט היוצא-דופן... כלל הנבנה על הבינוני והממוצע, על-פי עצם טיבו עלול הוא לעוול למי שאינו בינוני או ממוצע. מכאן הגמישות הנדרשת, להתאמת הכללים – אשר מעיקרם נוצרו לבינוני ולממוצע – למי שאינו בינוני וממוצע" (ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועמ"ש לממשלה, סעיף 8 לפסק דינו של השופט חשין; ע"א 1165/01 פלונית נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד נו(1) 69, 85).

בפסק הדין אשר עסק באימוץ הדדי של ילדיהן של שתי נשים המקיימות מערכת חיים זוגית משותפת כתב השופט חשין:

"ינסכים ונצהיר אפוא בפה מלא: אין ספק כי נתהווה פער בין הסדרים שנקבעו בדברי-חוק שנחקקו בעולם של אתמול לבין מינהגות בעולם של היום, ואחת מן המטלות המונחות לפיתחן – לפיתחו של בית המשפט – היא, לעשות את הניתן והראוי – בתחומיה של לשון החוק ובגידרי תכליתו של החוק – לפרישת חופתו של החוק על תופעות-חיים שבאו לעולם לאחר

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

*חקיקתו, גם אם לעת החקיקה לא יכול היה המחוקק אף לשער קיומן של אותן תופעות" (ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועמ"ש לממשלה, סעיף 15 לפסק דינו של השופט חשין).*

מהאמור עולה כי, במקרה בו ראו השופטים לנגד עיניהם מציאות קיימת ומתפתחת ונסיבות ייחודיות אשר הצריכו פרשנות חוק רחבה ויצירתית שאינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, השופטים היו נכונים להעניק לעותרים את מבוקשם, אף שהחוק הרלוונטי התייחס לבני-זוג נשואים.

פסק דין בעניין האימוץ ממחיש כיצד ישמו שופטי בית המשפט את גישתם, לפיה בתוך עמם הם יושבים, ונכונותם לפסוק ברוח ההתפתחויות החברתיות המאפיינות ציבור רחב בישראל.

ובאשר לחידושים הטכנולוגיים בתחום ההולדה והפריון המאפשרים כיום את מימוש זכותם של יחידים ובני-זוג להביא ילד ביולוגי אף אם ההיריון איננו מתקיים במשפחה על ידי האם המיועדת או האב המיועד נביא את התייחסותו של בית המשפט להתפתחויות המדעיות החדשניות:

*"דרך העולם היא "שהישגי המדע והטכנולוגיה מקדימים קביעתן של נורמות הנהגות בחברה והסדרי-דין הנקבעים בידי המחוקק (בג"צ הפונדקאות בע' 459). אלא שעל רוב משכיל המשפט לשנות עצמו עם המציאות המשתנה, וגם בהיווצר פער בין לשונו של החוק לבין המציאות, נוטלים אנו כלי פרשנות בידינו ובעזרתם עושים אנו להדביק את הפער ולהעלות ברשת החוק את חידושי המציאות. גמישות זו היא אחת מתכונותיו הראשוניות והתרומיות של המשפט..." (דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' TELE EVENT LTD דינים עליון, כרך סח, 39 בסעיף 29 לפסק דינו של השופט חשין).*

### פגיעה בזכות השוויון

המצב החוקי המעגן את אפשרות השימוש בהפריות מבחנה ושירותי פונדקאות, מפלה כיום זוגות מאותו מין, רווקים ורווקות, ובמקרים מסוימים גם בני זוג החיים יחדיו כידועים בציבור לעומת בני-זוג שנישאו זה לזה בנישואים המוכרים על-ידי רשויות המדינה (מיותר לציין כי בישראל לא קיימת האפשרות לרישום נישואין אזרחי).

מאז קום המדינה, חזר בית המשפט העליון וקבע כי השוויון מהווה את "נשמת אפו של המשטר החוקתי כולו" (בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, כז (1) 693, 698; בג"צ 7052/03 **עדאללה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח', ניתן ביום 14.5.06). מפאת ההתייחסות הנרחבת כל-כך של בג"צ לאיסור ההפליה והדגשת חשיבותו של ערך השוויון בפני החוק נביא אך מיעוט מייצג מהדברים החשובים שנכתבו:

"הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה.  
היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה" (בג"צ 721/94 אל-על  
נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749,764).

"המבחן לקיומה של הפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של  
מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו  
הסובייקטיבית של יוצר הנורמה...השאלה הינה מהי התוצאה הסופית  
הנוצרת במציאות החברתית" (עת"מ (י-ם) 219/06 הבית הפתוח בירושלים  
לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם); תק-על 2562, 2006(1),  
סעיף 18).

כאמור, החוקים והתקנות בנוסחם כיום, אינם מאפשרים לבני-זוג מאותו מין, כמו גם לרווקים,  
לממש את זכותם החוקתית להורות ולהקמת משפחה. הלכה למעשה אנשים אלו מופלים לרעה  
לעומת בני-זוג הטרו-סקסואליים בכך שמוצבים בפניהם מחסומים בלתי עבירים, דוגמת המונחים  
וההגדרות הננקטים בחוקים הרלוונטיים ובהם "בעל" ו"אישה" או "בני-זוג שהם איש ואשתו".  
מחסומים אלו מונעים מבני-זוג מאותו מין, כמו גם רווקים, את האופציה, לערוך הפריה חוץ-גופית  
ו/או להסתייע בשירותיה של אם פונדקאית. לפיכך, אין עוד ספק כי הם מופלים לרעה.

### סיכום והמלצות

נראה כי לסיכום אין מתאים יותר מאשר לצטט את דבריו של כבוד נשיא בית המשפט העליון דאז  
אהרון ברק כלשונם:

"בטרם אסיים ברצוני לציין כי הגיעה השעה לתקן את החוק – כמו גם  
חוקים אחרים – ותחת הוראות "סטטיות" המתייחסות לאיש ואשתו, או  
בני זוג, לקבוע הוראות "דינמיות" העוסקות בנסיבות הענייניות המצדיקות  
הענקת הזכות או החובה הקבועים בחוק. כך המלצנו לפני מספר שנים בע"א  
2000/97 ליגדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים (פ"ד נה 12(1),  
וכך אני ממליץ בהקשר שלפנינו. יש ליתן פתרון אמיתי לבעיה אמיתית, תוך  
עקיפתן של בעיות אידיאולוגיות שנויות במחלוקת קשה, שבינן לבין הצרכים  
המעשיים של בני אדם "חיים ונושמים"...אין ולא כלום" (ע"א 1165/01  
פלוגית נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 91).

דברים אלו נכתבו בשנת 2002. למרות קריאות חוזרות ונישנות של שופטי בית המשפט העליון  
למחוקק על מנת להביא לשינויים המתחייבים, למרות כינון של שתי ועדות רפואיות בנושא וחרף  
השינויים בגישות החברתיות עד עתה, בחלוף תשע שנים, לא פעל המחוקק לתקן את החוקים  
הרלוונטיים. בבג"צ הפונדקאות חזרו השופטים על קריאתם זו – ולריק. בפסק הדין בעניין האימוץ

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

משנת 2005 ציטט הנשיא ברק עצמו את דבריו אלו והוסיף את המשפט "מי ייתן והכנסת תאמץ הצעה זו" ובתוך כך, קיבל את ערעורן של בנות הזוג (ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועמ"ש לממשלה).

בהזדמנות זו אבקש להתייחס בקצרה לשאלת היזקקותו של ילד לאב ואם בבחינת טובתו; הטענה כי מדובר במוסכמה חברתית ו"תפיסה חברתית מקובלת" כי ילד זקוק לאם ואב- להורים ולא אך להורה בודד- ואישה פנויה לא יהא בכוחה לדאוג לבדה לטובתו של היילוד לא התקבלה בפסק הדין, שכן התקשה בית המשפט לקבל כי "תפיסה חברתית מקובלת" - באשר היא - אוצרת כוח לקיים טענת שוויון או להתגבר על טענת אפלייה, במיוחד לאור העובדה כי לא הביאה המדינה תימוכין לכך שמדובר בהשקפה חברתית ראויה:

מושג השוויון ובן-דמותו, איסור ההפליה, הם מושגים השאובים מתחום הערכים: טוב ושאינו טוב, ראוי ושאינו ראוי, צודק ושאינו צודק, הוגן ושאינו הוגן. שלא כמות אלה היא "תפיסה חברתית מקובלת", שבעיקרה אין היא אלא תיאור מציאות קיימת בלא הבעת דעה על אותה תפיסה מבחינה ערכית. העמדתה של "תפיסה חברתית מקובלת" בצד ערכי השוויון ואיסור אפלייה, כמו המדובר - תמיד ולא-סייג - במושגים שיש להם מכנה משותף, יש בה, לדעתי, עירוב מין בשאינו-מינו.

בית המשפט ציין כי לעיתים אף מן הראוי להלחם ב"תפיסה חברתית מקובלת". יתר-על-כן הסכים בית המשפט, על דרך העיקרון, כי אי-מעורבותה של המדינה בהריונה של אישה בריאה, ומעורבותה הקלה (יחסית) בהריונה של הנדרשת להפריה חוץ-גופית אינה מחייבת - כמו מעצמה - כי על המדינה לאסור על אישה כלשהי להיות אם מיועדת בתהליך של פונדקאות.

נדחתה טענת המדינה, כי טובת תהליך הפונדקאות מחייבת שההורים המיועדים יהיו דווקא בני-זוג וכי אין די באישה יחידה, שכן במידה והאם הנושאת מתחרטת ומבקשת להותיר את הילד אצלה, תזכה האם הגנטית בתמיכת בית המשפט מקום בו אל מול האם הנושאת ניצב זוג הורים. בית המשפט ראה בטענה זו של המדינה טענה תיאורטית גרידא, על כן אף לא התעכב עליה.

השופט חשין אף מגיע למסקנה כי אכן מדובר באפליה לכאורה וקיפוח בלתי נסבל ונעדר הצדק, אם כי מן הראוי כי אישה יחידה תעבור בדיקה קפדנית ומדוקדקת יותר עד שהמדינה תסכים להחל בתהליך של פונדקאות להקמתה של משפחה חד-הורית:



.... 39

"נניח, למשל, שחוק הפונדקאות היה קובע כי לא תעמוד זכות של "הורים מיועדים" אלא לאיש ואישה הנמנים עם אותה עדה (אשכנזים, ספרדים, תימנים וכו'). לו כך קבע החוק לא היה ספק בלב מי מאיתנו מה היינו פוסקים. דוגמה זו - דוגמה קיצונית ובלתי ריאלית כמוה כדוגמת "אדומי השיער" - לא הייתה עוברת כל מבחן שהוא: לא מבחן של דין, לא מבחן של צדק ולא מבחן של חוכמה. ואולם בהעמיקנו מעט, הבה נשאל: ובכל זאת, האם המרחק בין דוגמה אבסורדית זו לבין ענייננו כה רחוק הוא? אכן, יכול הטוען לטעון כי שלילת בקשתה של אישה אך באשר אין לה בן-זוג עולה כדי להפלייתה לרעה, ובלא הצדק ראוי, ביחס לאישה שיש לה בן-זוג. חוק הפונדקאות כניסוחו כיום מפלה לרעה, לכאורה, נשים שאין להן בן-זוג. (בג"ץ 2485/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים תק-על 202 (4) 761 (2002))

#### הורות הומולסבית

בעוד שהליכי האימוץ "קלים" יותר בעבור זוגות נשים, בשל יכולתן החוקית לרכוש מנות זרע ויכולתן הפיזיולוגית לשאת הריון, זוגות גברים נותרים מופלים, הן בשל כך כי הטבע לא חנן אותם ברחם, והן בשל החקיקה אשר לא מאפשרת להם לקבל תרומת ביצית והם אף אינם זכאים למימון התרומה בחו"ל (כשם שזכאיות לכך נשים במסגרת הביטוח בקופות החולים). יודגש כי אף לו היו זכאים הם לתרומת ביצית, הרי שלא ניתן יהיה לעשות שימוש בתרומה זו ללא שינוי בחוק להסכמים לנשיאת עוברים.

מחקרים שנערכו<sup>2</sup> בעניין הורותם של הורים מאותו מין מצאו, כי דווקא העובדה שזוגות מאותו מין נאלצים לעבור תהליכים מורכבים יותר לצורך הבאת ילדים משותפים לעולם, מביאה אותם לדון בהיבטים שונים שראוי שכל זוג יחשוב עליהם לפני הפיכתו לזוג הורים, כדוגמת שאלות של אופן

<sup>2</sup> ד"ר תומר שכנר התפתחות מגדרית (Gender Development). עבודת דוקטורט מחקר אמפירית אודות התפתחות מגדרית, רגשית וחברתית של ילדים שגדלים במשפחות לאמהות לסביות ואמהות יחידניות הטרוסקסואליות מבחירה. (אוניברסיטת תל-אביב)

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

וסביבת גידול הילד, חינוכו, דרכי הטיפול בו וכיוצ"ב. שאלות אלו ואחרות נבחנות לרוב בתחילת הדרך כאשר בני הזוג עורכים ביניהם הסכם הורות. באופן דומה, מחקר ישראלי נוסף נערך על ידי ד"ר גבע שנקמן מן המכללה האקדמית תל אביב-יפו, במסגרת עבודת הדוקטורט שלו, בו הוא מגיע למסקנה כי הורים הומוסקסואלים לא חווים את "פרדוקס ההורות" (תופעה שבה אחרי שמביאים ילדים לעולם מתרחשת עליה במשמעות החיים אל מול ירידה בדיווחים על רמות אושר ורווחה). זאת, ככל הנראה, לאור העובדה שעבור זוגות גאים הבחירה להביא ילד מגיעה מתוך בחירה מושכלת ומחושבת שמשפיעה גם על האופן שבו הילדים יתקבלו לחיק המשפחה וגם על התחושה של ההורים.

**הצעתנו לתיקוני חקיקה**

ארגון "משפחה חדשה" שקד על מספר תיקונים בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו – 1996 כדלקמן:

1. בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, בסעיף 1, בהגדרת "הורים מיועדים" תבוא ההגדרה "בני זוג לרבות ידועים בציבור, בני זוג מאותו מין או יחיד".

2. בסעיף 2(4) לחוק יתווספו התיקונים הבאים:

א. לאחר המילים "האב המיועד" יבוא "או בהעדר אב מיועד או שלא ניתן להשתמש בזרעו של האב המיועד, הזרע המשמש להפריה חוץ גופית יהיה מתורם או מתרומת זרע בהתאם לתקנות בריאות העם (בנק הזרע), תשל"ט 1979, תורם, לצורך סעיף זה הינו – גבר שזרעו נועד, בהסכמתו, להפרות ביצית של אישה שאינה אשתו ושזהותה אינה ידועה לו". הסיפא לסעיף 2(4) החל מן המילים "והביצית" ועד סוף הסעיף תימחק ובמקומה יבוא סעיף 2(4א).

ב. לאחר סעיף 2(4) יבוא סעיף 2(4א) – "הביצית אינה של האם הנושאת. אם ההורה המיועד הוא איש יחיד או באם לא ניתן להשתמש בביצית של אם מיועדת, הביצית שתשמש להפריה חוץ גופית תהיה מתרומת ביצית לפי חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010".

**הסדרת תהליכי פונדקאות שבוצעו מחוץ לישראל**

**כללי על אופן התהליך**

לאור העובדה כי החוק להסכמים לנשיאת עוברים אינו מאפשר כיום ליחידים ולבני זוג מאותו המין לבצע הליכי פונדקאות בארץ, הם נאלצים לפנות להליכי פונדקאות בחו"ל. בתום התהליך פונים בני הזוג להליך אימוץ, כשבסופו מוכרים שניהם כהוריו של הילד.

יש לציין בצער כי עדיף להרחיב את חוק ההסכמים לנשיאת עוברים כפי שצינו ולהחילו על רווקים ועל בני זוג מאותו מין, על מנת להקל עליהם את הטלטול המיותר בעולם בחיפוש אחר ההורות אליה הם מייחלים. מדינת ישראל צריכה ליתן דעתה גם ביחס לאותם יחידים וזוגות שנבצר מהם להביא ילדים ובמקום לשלח אותם לגלות, על מנת להגשים חלום שהוא מהותי בחייהם של רבים, לאפשר להם לעשות זאת בארץ.

על מנת להציג בפני הועדה את הפרקטיקה הנוהגת, בחרנו להביא בפניכם הסבר קצר אודות התנהלות הכניסה לארץ, של ילדים הנולדים בחו"ל באמצעות פונדקאות. כיום מתאפשרים הליכי הפונדקאות עבור אזרחים ישראלים בכמה מדינות ברחבי העולם: מספר מדינות בארה"ב, קנדה, רוסיה, אוקראינה, גיאורגיה, ארמניה, הודו, תאילנד וקזחסטאן.

הליכים אלו מתבצעים באופן הבא: ההורה הביולוגי, הנחזה בשלב זה כהורה של העובר או הילוד, מתקשר בהסכם פונדקאות עם אזרחית מקומית ועם מרפאה שבה נעשים הליכי שאיבת הביציות מתורמת הביצית והפרייתן והשתלתן ברחמה של האם הפונדקאית. לרוב בוחרים ההורים המיועדים לבצע את ההליכים דרך סוכנות מוכרת המעניקה להם את המידע החיוני להם ומקשרת בינם לבין המרפאה, תורמת הביצית והפונדקאית. לעיתים תרומת הביצית תיעשה במדינה אחת והפרייתה והשתלתה במדינה אחרת. דרום אפריקה נחשבת לייעד מועדף של תורמות ביציות על שום היותן ביציות של תורמות שהן נשים לבנות, משם מוטסות הביציות להודו, יעד הפונדקאות המועדף, ומתבצעת ההפריה מזרעו של האב המיועד. לעיתים נעשית הפרוצדורה כולה באותה מדינה (לדוגמא באוקראינה, ארמניה, ארה"ב וקנדה)

### מהו "נוהל חו"ל" - הוכחת האבהות והכניסה לישראל

לאחר לידת הילד בחו"ל, מופעל נוהל מיוחד המכונה בשם "נוהל חו"ל", על פי נוהל זה, ייכנס לישראל כדין הילוד שנולד בחו"ל להורה ישראלי. נוהל זה גובש בשיתוף מלא של מספר משרדי ממשלה יחד, משרד המשפטים, משרד החוץ, משרד הרווחה, משרד הפנים ומשרד הבריאות, ובתי המשפט מפעילים אותו בכל המקרים בהם מדובר בילד שנולד לאזרח ישראלי בחו"ל בהליכי פונדקאות. הנוהל התגבש בעקבות הצורך לדאוג לכניסתם ארצה של ילדים שנולדים בחו"ל והם נטולי אזרחות, גם לא זו של מקום הולדתם. על מנת להוכיח את הקשר הגנטי של הילודים להורה הישראלי ובכך לאפשר להם על פי חוק, קבלת האזרחות הישראלית כילדיו, נדרשת הוכחת ההורות בדרך של בדיקת סיווג רקמות אשר תאשר את הורותו של ההורה הביולוגי. להלן עיקרי הנוהל:

- ההורה (מי שנחזה כהורה הביולוגי) פונה לבית המשפט בישראל על מנת שזה יאפשר לו ביצוע בדיקת סיווג רקמות לו ולילד שעתיד להיוולד לו (הפנייה לבית המשפט לביצוע הבדיקה נדרשת בשל הוראות בסיף 28א' לחוק מידע גנטי, תשס"א-2000, הקובע כי בדיקת סיווג רקמות יכולה להתבצע רק על פי צו שניתן בבית המשפט לענייני משפחה, כאשר סעיף 28ז' לחוק קובע, כי הבדיקה יכול שתבצע רק במעבדה לבדיקות גנטיות בישראל).
- לאחר קבלת הצו כאמור, מופנה ההורה לבית החולים תל-השומר. במעמד זה ניטלת ממנו דגימה והוא משלם עבור עריכת הבדיקה לרבות ניטלת הדגימות מהילד. עם קבלת התשלום בבית החולים מועברות באמצעות משרד החוץ, ערכות לביצוע הבדיקה, לקונסוליה הישראלית בחו"ל.
- לאחר לידת הילד, ההורה המיועד מביאו לקונסוליה כדי ליטול ממנו דגימת רוק אשר נשלחת לבית החולים תל-השומר, בבית החולים תל השומר מתבצעת השוואת דגימות הרקמות של ההורה והילד לשם קבלת ממצאים המעידים על ההורות.
- באותה העת בחו"ל בד בבד עם הגעתו של ההורה והיילוד לקונסוליה, מגיעה גם האם הפונדקאית ומצהירה בפני הקונסול כי היא מוותרת על כל זכות כלפי הילד אותו הרתה.
- עם קבלת תוצאות בדיקת הרקמות בבית המשפט בארץ, ניתן פסק-דין הקובע את ההורות על הילד ומשרד הפנים מאשר כניסתו ארצה כאזרח ישראלי.

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת התאומים מהודו, שאת מאבקם להכנס לישראל ניהלה הח"מ במסגרת עמ"ש 14816-04/10 גולדברג ואח' נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי. כאשר נדרש לדון בית המשפט המחוזי בירושלים בשאלת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה לאשר ביצוע בדיקה לסיווג רקמות בחו"ל, עמד בית המשפט על חשיבות עריכת בדיקת הרקמות בהליכי פונדקאות המתבצעים בחו"ל:

*"כאשר השאלה העומדת לפתחו של בית המשפט היא, האם להורות על עריכת בדיקה גנטית אם לאו, התשובה ברורה. לבד מזכותם של הקטינים לדעת מיהו אביהם, זכות שבהעדר נסיבות יוצאות דופן (כגון חשש לממזרות) יש בה לבדה כדי להכריע את הכף לטובת עריכת הבדיקה, קיימות נסיבות נוספות, קונקרטיות, התומכות בביצועה: כפי שהוברר, כל עוד לא קיימת הכרעה שיפוטית באשר למעמדם של הקטינים, שראשיתה בביצוע הבדיקות הגנטיות, מצבם של הקטינים קשה ביותר. מאחר שהורתם בהסכם פונדקאות, בו האם הפונדקאית וכן תורמת הביציות ויתרו על זכויותיהן המשפטיות וההוריות כלפיהן, הם אינם במעמד של אזרחים הודים, וכל עוד שלא הוכרה אבהותם של המערערים, הם אף אינם במעמד של אזרחים ישראלים, על כל המשתמע מכך. בכלל כך, וכפי שנטען בפנינו, הקטינים נעדרי אפשרות לקבלת טיפול רפואי מתבקש כגון חיסונים, תרופות וכיוצא באלה, החיוניים לכל אדם בכלל ולקטין עול ימים בפרט. מהמורס לעיל עולה, כי העתרות לבקשות בדבר עריכת בדיקה גנטית לקטינים, עולה בקנה אחד עם טובתם, ומצויה בסמכותו של בית המשפט".*  
*(ראה פסקה 10 לפסק-דינה של כב' השופטת חנה בן עמי בעמ"ש 14816-04/10 גולדברג ואח' נ' פרקליטות מחוז ירושלים-אזרחי).*

נוהל חו"ל, כאמור, הינו נוהל שהותווה על ידי מספר משרדי ממשלה והוא החל להשתרש בפרקטיקה המשפטית אולם טרם נמצא לו ביטוי בחקיקת משנה. על פי נוהל זה הובאו למעלה מ-300 ילדים שנולדו בהליכי פונדקאות בחו"ל, עם זאת, העובדה כי נוהל זה איננו מעוגן רשמית, גורמת לא אחת לקשיים מנהליים בלתי נסבלים, אשר חלקם מיותר ומכביד ומעכב את הכניסה לארץ. על המחוקק לתת דעתו למצבים בהם בבדיקת סיווג הרקמות נתגלה אי התאמה. במקרה זה יש לאשר נוהל אימוץ לאחר שתונפק תעודת לידה של מדינת המוצא לפיה רשום הילד כילדו של ההורה. על אף אי ההתאמה בסיווג הרקמות תאפשר המדינה נוהל אימוץ מיוחד וכניסתו של היילוד למדינת ישראל על פי נוהל חו"ל הקיים

בימים אלו הוגשה עתירה לבג"צ על ידי בני זוג גברים, הורים לילדה שנולדה באמצעות פונדקאות, בעתירתם מבקשים ההורים לבטל את נוהל חו"ל ובמקומו לחייב את מדינת ישראל להסתפק בתעודת הלידה הציבורית המונפקת במדינת הולדת הילד. לטענת העותרים דינה של תעודה זו כדין כל תעודה ציבורית של מדינה זרה ושומה על המדינה לקבלה. הכרה מעין זו לטענת העותרים תאפשר כניסה לישראל של הילודים שנולדו באמצעות פונדקאית ותחסוך מהם זמן רב ועוגמת נפש כמו גם עלויות כבדות הנובעות מן הצורך בקיום הבדיקות לסיווג רקמות.

## הקפאת זרע לחיילים

הצעתנו לפתיחת בנקי הזרע בישראל למטרת הקפאת זרע של חיילים חיילים או מבקשים להעלות גם נושא זה במסגרת דיוני הועדה, שיעסקו בנושא הקפאת זרע חיילים במימון המדינה. בחוות דעתנו זו מובאים גם היבטי החקיקה, האתיקה והרפואה במדינות שונות בעולם בנושא תרומת זרע.

### רקע

חייל צה"ל המתגייס בגיל 18 לצבא ומשרת כ 36 חודשי שירות חובה, עלול לסכן את חייו ובריאותו מהלך השירות הצבאי, כאשר הוא נתון לאחריות המלאה של המדינה המתחייבת לפצותו במידה ויפגע ויאבד כושר תפקודי כלשהו, אולם אין בכלל אחריות זו אחריות לגבי אובדן כושר הפוריות, הנגרם באופן ישיר כתוצאה מהשירות הצבאי, מחמת מאמץ יתר, תנאים פיסיים קשים מהרגיל, פציעה או מוות.

פיתוח שיטות הפריה חוץ גופית, יצרו מהפכה של ממש בטיפול בבעיות אלו. אחד הפתרונות האפשריים לסייע לגברים שנפגעו במהלך שירותם הצבאי הוא נטילת תרומת זרע שלהם, הקפאתו ושימורו למצב בו בעתיד אם מסיבה כלשהי נפגע החייל התורם, ניתן יהיה לעשות בכך שימוש לטובתו שלו.

פקודת בריאות העם 1940, מהווה את הבסיס החוקי לטיפול בנושא של מעבדות רפואיות, ממנה יונקים סעיף 36 (ב) לפקודה קובע כי שר הבריאות רשאי בתקנות לקבוע לגבי מעבדות לפי תחומי פעילותם המקצועית וסוגי הבדיקות הנערכות בהן, הוראות בדבר רישום מעבדות וכן הוראות בדבר מתן היתר לאדם להיות מנהל מעבדה; כשירותיות והתמחויות של עובדי מעבדה; תנאים לפיהם ינוהלו מעבדות לרבות ביצוע בדיקות, בטיחות במעבדה, איסוף דגימות וטיפול בהן, רישום ודיווח והבטחת איכות הפעילות של המעבדות; תנאים אשר יקוימו במעבדות לצורך מתן שירותי המעבדה; סידורי תברואה; פעולות עיקור וחיטוי; ניהול רשומות, החזקתן, שמירתן והביקורת עליהן.

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים תשי"ח 1957 מסדיר פיקוח על מצרכים ושירותים, לרבות דרכי הנהלתם של מפעלים העוסקים בפעולה חיונית. קיים סעיף עונשין בחוק לגבי מי שהפר תנאי של רשיון או היתר לפי חוק זה.

סעיף 5 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) התשמ"ז 1940 קובע :

"**זרע להפריית ביצית** - לא ישתמש רופא להפריית ביצית שניטלה, אלא בזרע שיועד מראש להפריה ושהתקבל בהתאם להנחיות המנהל, מתורם או מבעלה של האשה שממנה ניטלה הביצית, או מבנק זרע שהכיר בו המנהל כאמור בתקנות בריאות העם בנק זרע התשל"ט 1979."

החוק אינו מגביל אדם לבקש לתרום את זרעו לבנק הזרע, על מנת להקפוא ולעשות בו שימוש בעתיד, אלא מגביל את השימוש בזרע כפי שאמור בתקנות אלו.

תקנות בריאות העם בנק זרע קובעות מהו בנק זרע חוקי ומוסמך אשר בסמכותו ליטול תרומת זרע ולהקפואה.

למעשה אין כל מגבלה גם היום לתרום זרע לבנק הזרע, על מנת שיעשה בו שימוש כתרומה לבני זוג שאינו מצליח ליצור הריון משותף בשל אי פוריות הגבר או אי התאמת זרעו לאישה, או לצרכיה של אישה רווקה שאין לה בן זוג. החידוש לפי הצעת ארגון משפחה חדשה, לא יהיה לעצם התרומה אלא למימון התרומה על ידי המדינה, ולמצב בו התורם יזקק לתרומה זו בעתיד בשל נסיבות שהביאו לאובדן פוריותו במהלך השירות הצבאי.

**חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו 1992** הוא אבן היסוד לזכויות האדם בישראל. על אף שזכויות היסוד כובדו גם לפני 1992, הרי שמאז המהפכה החוקתית, חוקי היסוד מחלחלים לכל סוגיה, בה דן בית המשפט ובית המשפט מפרש את המקרה שלפניו, תוך בחינתו בכפוף לחוקי היסוד.

לכבוד האדם חשיבות בין היתר, ביכולתו של הפרט לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן. ככל שגוברת ההכרה בזכות האדם על גופו, כך גוברת ההכרה בזכות האדם לקבל החלטות הנוגעות לגופו.

סעיפי החוק השונים, מעמידים את שמירת כבוד האדם כזכות על, המחייבת שיתופו של האדם בהחלטות על גורלו, ומאפשרת פיתוח מקיף ומואץ של הלכות "ההסכמה מדעת", הנוגעות לזכויות האדם.

סעיף 2 לחוק קובע:

"אין פוגעים בחייו בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"

#### חייל

מי שמשרת שירות חובה או קבע או שירות מילואים פעיל בצבא הגנה לישראל

#### בנק זרע

תקנות בריאות העם (בנק הזרע) קובעות כי לא ינהל אדם בנק זרע ולא יעסוק בו, אלא אם הכיר המנהל הכללי של משרד הבריאות באותו בנק זרע ובהתאם לתנאי ההכרה. נקבע כי המנהל לא יכיר בבנק זרע, אלא אם הוא מנוהל בבית חולים וכחלק ממנו. עוד נקבע, כי הזרעה מלאכותית מתורם לא תבוצע, אלא בבית חולים שיש בו בנק זרע ומזרע שהתקבל מבנק זרע.

#### תרומת זרע

כיום ניתן להקפיא בישראל **בפועל** תרומות זרע ב 15 בנקים לזרע המצויים ב:

א. בבתי חולים ציבוריים

ב. בבתי חולים פרטיים

#### סקירת נושא תרומת/הקפאת הזרע

תקנות בריאות העם (מעבדות רפואיות) התשל"ז - 1977 מותקנות מכוח חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים והחוק לרישוי עסקים. התקנות מתייחסות בהרחבה ל"מעבדה רפואית" לעניין זה לרבות בנק זרע, בנושאים כמו שמירה על המבנים והחצר, אוורור ותאורה, מים, ביוב ופסולת מוצקה, חדרי שירות, ציוד וריהוט. בתקנות גם מוגדרת "מעבדה לבדיקת זרע":

**מעבדה לבדיקת זרע** - מעבדה לבדיקת זרע בקשר לפוריות הגבר, לרבות טיב הזרע ושיפורו, בדיקת נוזל הזרע, ובדיקות ביוכימיות והורמונלים בדם ובזרע, וכן בדיקות הקשורות להכנת זרע להפריה ולהזרעה.

ארגון משפחה חדשה שם לו למטרה להגדיל את מרחב האפשרויות להקפאת זרע תוך מודעות לרגישות המיוחדת שמדובר בחיילים בריאים וצעירים ולמגבלות, שתפקידה של החקיקה למנוע. הסכמה להקפאת זרע מחייבת יותר מהסכמה מודעת רגילה. הסכמה להקפיא זרע תלויה בטופס עליו התורם יצטרך לחתום. כמו כן ייקבע מנגנון שיוודא שהתורם מבין את המשמעויות הכרוכות בכך.

#### הצעתנו;



מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

- לזיום חקיקה שתדרוש לוודא שאין פגיעה בזכויות הילד שייוולד אם וכאשר בעתיד ייעשה שימוש בזרע.
- השיקול אודות טובת הילד יתחשב במצבה הנפשי ובמוכנות להורות של האם העתידית בהתחשב בעובדה שהיא אשתו או בת זוגו של החייל או במידה ומדובר באישה שלא הייתה בת זוג או אף לא הכירה את החייל כלל .
- משרד הבריאות יהיה אחראי לשמירה על כללי החוק על ידי המערכת הרפואית במסגרת אמצעי בקרה שהוא אמור להפעיל לצורך הנושא, ולא במסגרת של חקיקה ראשית.
- יוכנס תנאי סף שיקבע כי התנאי לקבלת תרומת זרע הוא בעקבות שירות צבאי ומהלכו. החוק יאפשר קיום נהלים שיכללו בין היתר הגבלות כלשהן או מניעות אחרת. הדיון יתקיים בוועדה מקצועית שסמכויותיה יקבעו לגבי קביעת נהלים אלו.
- התורם יחתום על מסמך לשמירת/הקפאת זרע ובו ישאיר הנחיות מפורטות, מה ייעשה בזרע במקרה ויפגע, לרבות פגיעה פיסית או נפשית או ייאבד את חייו.
- כל מהלך שירות החובה הצבאי , שירות בקבע ושירות במילואים ולכל המאוחר עד הגיע האדם לגיל 45, תישא המדינה בהוצאות אחזקה ושימור הזרע.
- חייל שנפגע מהלך השירות הצבאי או שירות מילואים פעיל, באופן שנתר בחיים אולם אינו יכול להיות פורה ויש לו תרומת זרע של עצמו, יוכל לקבל מימון מלא מהצבא עבור טיפולי ההמשך והשימוש בזרע שהקפיא לצורכי הפריה.
- חייל שחם וחלילה קופחו חייו במהלך השירות הצבאי והוא הותר אחריו תרומת זרע מוקפא, יחולו לגביו הוראות מיוחדות שידונו בנפרד.

תקופת השימור/הקפאת הזרע, תחול על תקופת השירות של חייל ממועד חיולו ועד מועד קבלת הפטור משירות מילואים פעיל ולכל המאוחר עד גיל 45 ועד בכלל.

א. מומלץ שהתשלום שבו תישא המדינה/צבא יהיה עבור התהליך של שימור הזרע עד הקפאתו ולאחר מכן כל תקופת ההקפאה לרבות שנות המילואים עד למועד שחרורו של החייל ממילואים.

ב. מוצעת הסתייגות, לפיה, לא תישא המדינה בעלות ההקפאה אם ובמידה ומדובר בחייל מילואים אשר נפצע או נפטר שלא במסגרת שירות מילואים פעיל, במקרה זה במידה ומשפחת החייל תבקש לעשות שימוש בזרע המוקפא על פי צוואתו, היא עליה לממן את עלות ההקפאה של כל התקופה מיום השחרור משירות החובה בצה"ל (לגבי מימון ראה סעיף הבא להלן), במידה ולא תהייה דרישה לשימוש בזרע המוקפא תושמד המנה ולא ייעשה בה שימוש לכל מטרה אחרת.

### המימון ואחריות המדינה

הקפאת הזרע כרוכה בשני שלבים שלב א' בו ניטל זרע מתורם ועבר בדיקת תקינות, לאחר שנמצא זרע תקין ניטלת מנת הזרע לצורך הקפאה- עלות שלב זה תקבע על פי הוראות לגבי תעריפי משרד הבריאות וזהו השלב היקר יותר (נכון להיום \$150), שלב ב' שימור בהקפאה לפי תעריף שנתי חד פעמי קבוע לפי הוראות והנחיות המנהל של משרד הבריאות (נכון להיום \$75) .

### השימוש במנת זרע שהוקפא

### היבטים אתיים ומשפטיים

א. אנו סבורים שיש לטפל בסוגיית הקפאת הזרע הן בתרומות שהוקפאו על ידי חיילים שעודם בחיים והן בתרומות שהוקפאו על ידי חיילים שאיבדו את חייהם במהלך השירות הצבאי או שירות המילואים הפעיל, והותירו אחריהם מנת זרע מוקפאת.

ב. אנו סבורים כי יש לנהוג כדלקמן ;

- **חייל שנפצע או איבד את כושר פוריותו** , ויש לו תרומת זרע מזרעו מוקפאת בבנק הזרע, ייתן הוראות כיצד לנהוג ולהשתמש בזרעו והבנק ינהג על פי הוראותיו.
- **חייל שנפטר או נהרג במהלך שירות צבאי פעיל והיה נשוי או הייתה לו בת זוג**, וטרם מותו הוקפאה מנת זרע שלו והוא נתן הסכמתו בכתב, שניתן לעשות בה שימוש לאחר מותו, תהא אשתו/בת זוגו בלבד, רשאית להשתמש בתרומת זרע שהשאיר.
- **חייל שנפטר במהלך שירות צבאי פעיל ולא היה נשוי ולא הייתה לו בת זוג** וטרם מותו הוקפאה מנת זרע שלו והוא נתן הסכמתו בכתב, שניתן לעשות בה שימוש לאחר מותו, במידה ולא השאיר אחריו הוראה מפורשת אחרת, רשאים הוריו לבקש לעשות שימוש במנת הזרע של בנם לאחר שימצאו אישה מתאימה אשר תסכים ובכתב להרות מזרעו של החייל שנפטר. לעניין זה יש להקפיד היטב על הוראות ברורות באשר לזכויות ההורים לגבי הנכד העתיד להיוולד, תוך שימת לב מיוחדת לטובתו של הילד.

- חייל שנהרג או נפטר ולא השאיר זרע ואף לא הוראות מפורטות לא ייעשה שימוש בזרעו ויש להשמידו מייד לאחר מותו.

לפי תפיסתנו החובה המוסרית הנובעת מכבוד האדם היא הכרה בזכות האדם על גופו, והכרה בזכות האדם לקבל החלטות הנוגעות לגופו. הביטוי הנאות ביותר לזכות זו היא האפשרות להעניק לאדם את היכולת להעמיד לעצמו צאצאים, גם אם הוא עושה כן מתוך ידיעה שלא יזכה לראותם לעולם.

ההכרה בצורך האנושי להביא צאצאים כדמותנו וצלמינו כצורך בסיסי היא המטילה עלינו כחברה ועל הצבא כגורם אחראי, את החובה להגשים זכות זו ולסייע להצלחתה ככל שניתן.

### טובת הילד

על בסיס מחקרים פסיכולוגיים מצאנו כי ילד הנולד בדרך של הפריה באמצעות תרומת זרע, מתורם לא ידוע מקדיש את כל זמנו ומרצו לחיפוש אחר שורשיו הגנטיים (לעניין זה ראו סיפורה של הנערה קטרינה קלרק בחיפושיה אחר שורשיה הגנטיים ואביה הביולוגי שתרם זרעו לאמה (פורסם ב [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/12/15/AR2006121501820\\_3.html](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/12/15/AR2006121501820_3.html)), במקרה של שימוש בזרע מוקפא של חייל על ידי אשה שלא הייתה בת זוגו כפי שתואר לעיל, יולד ילד, שיזכה באחת בסבא וסבתא, ולא יסבול מאותו קושי המתואר כאן (עניין זה יהא נתון כמובן לבחירתה של האם העתידית, אם תחפוץ בתרומה מזוהה, או תעדיף תורם אנונימי).

לעולם לא ייעשה שימוש בתרומת הזרע, על ידי אם או אחות קרובות מדרגה ראשונה.

- מוצע להצמיד שירותי ייעוץ פסיכו-סוציאליים לחיילים לפני תרומת זרע וכן לאמהות המיועדות, אשר תעשינה שימוש בתרומת הזרע של החייל.
- בנושא אבטחת מידע יש להקים מערכת של שמירת נתונים, אשר נותנת אבטחה קפדנית, והגישה אליה תהיה מוגדרת על פי חוק ותישם בהתאם לו.

הסוגיות המועלות כאן בחלקן תוסדרנה בדרך של נהלים והוראות ובחלקן חייבות הסדרה בדרך של חקיקה ראשית.

### דוגמאות להסדרים אחרים בעולם<sup>3</sup>:

3

Gunning Jennifer Occyte donation: the legislative framework in Western Europe in Gamete Donation. Human Reproduction Vol.13 Supl 2 May 1998

יש להבחין לעניין זה בין תרומת זרע של תורם בחיים שאיבד את כושר פוריותו מחמת פגיעה מחלה וכיוב' והתרומה נועדה לשרת אותו בעתיד, תרומה זו היא תרומה לטיפול באי פוריות, לבין תורם שנפטר והתרומה באה לאפשר את המשכיותו.

### באוסטריה ובשוודיה

תרומת זרע לצורך הזרעה תוך רחמית קבילה כדרך התמודדות עם עקרות גברית, באוסטריה ובשוודיה יש נגישות לילדים הנולדים באמצעות תרומת זרע, לאינפורמציה בנוגע לתורמי הזרע, והזרעה תוך רחמית נחשבת לטיפול מקובל; עם זאת תרומת ביציות או זרע בהקשר של הפריה חוץ גופית אסורה.

תשע מדינות במערב אירופה חוקקו חוקים הנוגעים לטיפול פוריות (או כפי שהם מכונים בספרות Assisted Reproductions). ניתן לחלק את החקיקה לשני סוגים – זו האוסרת תרומת זרע או ביצית בקונטקסט של הפריה חוץ גופית, וזו המתירה תרומת זרע לטיפול באי-פוריות.

**החוק האנגלי** – The Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) - הוא המקיף ביותר בחקיקה האירופאית בנושא טיפולי פוריות. החוק מגדיר את הקמתו של גוף סטטוטורי אשר יסדיר את הנושא. באחריותו של גוף זה רישוי מרכזים להפריה חוץ-גופית, ויצירת כללים לפעילות. **מרכיבי החוק:** (1) החוק מסדיר את העובדה כי התורמים חייבים לתת את הסכמתם המשפטית לשימוש או לאחסון של תרומת הזרע. (2) החוק קובע את ההורות המשפטית של הילדים הנולדים כתוצאה מתרומת זרע (או ביצית). על פי החוק היולדת תחשב לאם ובעלה או בן זוגה אשר עבר איתה את טיפולי הפוריות, יחשב לאב. (3) החוק קובע במפורש כי אין להתעלם משיקול "טובת הילד", טרם תחילת הטיפול, כאשר שיקול זה יכלול את צורך הילד באב. (4) החוק קובע תקופת זמן מקסימאלית של 10 שנים לאחסון הגמטות. (5) החוק דורש מה- HFEA לאסוף אינפורמציה על כל תורם, מטופל, טיפול וילוד, ולאחסנה, כדי לאפשר לבני 18 ומעלה לבדוק האם נולדו כתוצאה מטיפולי פוריות ולהשיג מידע לא מזהה על התורמים. תוספת זו נועדה למנוע נישואי קרובים וגם מאפשרת את הסרת האנונימיות של תורמים בעתיד.

**הערכה של תורמים פוטנציאלים:** הנהלים מגדירים את טווח הגילאים הסביר לתורמים: 18-55 שנה לגברים. שימוש בתורמים המוכרים לנתרמים מותר, אבל יש להתחשב בכל המשמעויות העלויות להיגזר מכך, ובייחוד בטובת הילוד. המרכזים מתבקשים להעריך את ההיסטוריה הרפואית של התורם, את משפחתו ואת יחסו לתרומה.

**ייעוץ:** המרכזים חייבים להציע לתורמים ולמטופלים ייעוץ בנוגע להשלכות עתידיות של צעדיהם. הייעוץ איננו חובה, אך הוא מומלץ.

**הסכמה:** המרכזים חייבים לקבל הסכמה משפטית מהתורמים בנוגע לאיחסון ושימוש בתרומה. ההסכמה כוללת גם החלטה לגבי עתיד התרומה אם ימותו. מספר ילודים לתרומה: הנהלים מכתיבים עד 10 ילודים לתרומה אחת.

**יבוא ויצוא:** מרכזי טיפולים באנגליה יכולים לייצא גמטות בכל כמות, אבל יכולים ליבא רק באישור מיוחד של ה HFEA, וגם זאת לשימוש עבור מטופלים ספציפיים. העברת חומר בין מרכז למרכז בתוך אנגליה אפשרית.

**פרסום:** פרסום לצורך איתור תורמים מותר.

**ספרד:** על פי החוק הספרדי מ- לא יותר משישה ילדים יולדו מאותה תרומה. תורמים חייבים להיות מעל גיל 18, ותרומת זרע חייבת להיות אנונימית. לאור הדרישה לאנונימיות, החוק הוגדר כנוגד את החוקה הספרדית, ובית המשפט התחוקתי עדיין דן בו.

## שימוש בזרע מן המת

מדובר בסוגייה חדשנית אשר טרם נקבעה לה פרוצדורה מקובלת שאיננה מעוגנת בחקיקה. כיום, כבר ידועים הדברים הרבה יותר וייתכן כי בעתיד פחות לדיונים מעין אלו, אשר מטבעם נושאים הם מטענים רגשיים עוצמתיים כל כך, זאת כאשר הדברים יהיו מגובשים יותר בחקיקה ובפסיקה. זו אמנם נקודת המוצא, אולם אין זו נקודת הסיום, לשמחתם של אלפי נשים אשר נעזרו ונעזרות מדי יום בשירותיו של בנק הזרע, של שותפים להורות ללא זוגיות, של זוגות ויחידים הנעזרים בשירותי אם פונדקאית ואחרים. ואם על אף קיומם הבלתי ניתן להכחשה של דרכים אלה להבאת ילדים לעולם, נותרה בעינה נקודת המוצא של היועץ המשפטי לממשלה בהתנגדותו לשימוש בזרע מן המת, ונדמה כי הגיע הזמן לשקול עמדה זו מחדש.

**עמדת המדינה ומדיניותה ביחס לשימוש בזרע מן המת** מוסדרת כיום במסגרת הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה שעניינן נטילת הזרע לאחר המוות ושימוש בו, הנחיות מס' 1.2202 (להלן: "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" ו/או "הנחיות היועמ"ש").

כיום מוסדר נושא שימור ומסירה של זרע למאן שהוא החפץ בכך, בתקנות בריאות העם (בנק הזרע), תשל"ט-1979 ותקנות בריאות העם (הפרייה חוץ גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: "התקנות").

התקנות מעגנות אנונימיות של תורם הזרע ואינן מסדירות את אפשרות מסירת מבחנות הזרע פוסט-מורטם לבת זוגו של התורם ו/או הוריו.

ביום 27.10.03 פורסמו הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.2202, באשר לנטילת הזרע לאחר המוות ושימוש בו (להלן: "הנחיות היועמ"ש"). ואולם, יש לזכור ולציין, כי הנחיות היועץ המשפטי הנחיות בלבד הן ואינן אלא קו מנחה לתפיסתו המשפטית של היועץ המשפטי, אשר ניתן להרהר אחריהן או אף לערער עליהן: כפי שאף נפסק בשורה של פסקי דין, להנחיות היועמ"ש אין תוקף מחייב. בשולי הדברים ולחזוקם, מסיים היועץ המשפטי את הנחיותיו בסעיף 22 (בפרק הסיכום) באלו המילים: "נקודת המוצא היא, כי הליך של שימוש בזרע אפשרי רק על בסיס כיבוד רצון המת... רצונו של המנוח אינו עומד בפני עצמו, שכן סוגיה זו דנה בהגשמה של רצונות משותפים". בפועל ובניגוד להצהרה זו, נדמה כי המדינה באמצעות נציגיה, איננה תמיד שליחה נאמנה של רצון המת ועל כך נרחיב בהמשך בעניינים בהם הנפטר היה רווק ללא בת זוג, נוהגת המדינה כאילו לא היה לא רצון כלל ואיננה נוהגת לכבדו גם אם הוריו מעידים על רצונו, זוהי סוגייה המחייבת בחינה מעמיקה ומחודשת וראוי כי נושא זה הזוכה להתעניינות מרובה, ייסוב אף הוא סביב שולחנה של ועדה נכבדת זו.

לפיכך אנו מבקשים להרחיב מעט בנושא ולטעון לחשיבותו להלן;

## **זכות השימוש בזרע מן המת קשורה בהכרח לשלב בו ניטל הזרע**

### **זרע שהוצא בחיים**

זרע שהוצא בחיים על ידי אדם שמעוניין לשמר את זרעו (מחשש של חולי, תאונה וכיוב'): :

היחס לזרע שהוציא אדם בחייו לשם שימוש בו בעתיד, בין בחייו ובין לאחר מותו, שונה תכלית השינוי בין זרע שניטל לאחר המוות, לצערנו היועץ המשפטי לממשלה כלל אינו עושה אבחנה זו, הוא

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

איננו ער לה ונוכח סדרת משפטים שניהלה הח"מ מול היועץ המשפטי לממשלה, חזרה ועלתה הבקשה ליצור אבחנה זו. (ראה פסד בפרשת קיוון כהן ז"ל, פס"ד בפרשת עידן שניר ז"ל תמ"ש 13530/08, פרשת אורי יוסקוביץ ז"ל ת"ע 108750/08 פרשת ברוך פוזניאנסקי ז"ל שנדונה לאחרונה ופרשת מור תמ"ש 27682/03/10).

כאשר מוציא אדם מגופו את זרעו בעודו בחיים, מדובר במהלך אשר מעצם טיבו וטבעו, גם מבלי שיש לגביו סימוכין בכתב, הוא מהלך מודע. מהלך בו יש יסוד מוצק לידיעה של האדם כי הזרע הוא אורגן בעל פוטנציאל הולדה.

יש לזכור כי לעולם מוציא אדם את זרעו הן בהיותו בר דעת ובוגר דיו והוא עושה כן מתוך רצון חופשי. עובדות אלו, מעמידות את יסוד כוונתו של האדם המוציא זרע מגופו, באור מאד הכרתי וככאלה יש לראותן.

אף שהנחיות היועץ המשפטי מתעלמות ממנו, אנו מבקשים לציין כי מדובר במעשה הכרתי אינדיבידואלי שאיננו תלוי בהיותה של בת זוג ואסור שיהיה תלוי בכך. (רצונו של אדם בכל עניין ועניין הוא רצון פרטי ואין הוא מתגבש עם עצם קיומו של אדם אחר, אמנם לא ניתן להביא ילד אלא באמצעות מפגש בין זרע וביצית, אולם המפגש הוא מפגש של רצונות ולא רצון אחד עבור שניים).

**זרע שמוציא מעצמו אדם חי, בזמן שיש לו בת זוג**

הוראות היועץ המשפטי ועמדת המדינה בעניין זה, מוסדרות באופן שבת זוג הנה בעלת הזכות הבלעדית לעשות שימוש בזרעו של בן זוגה שנפטר, ככל הידוע עד כה נולדו בישראל למעלה מ 10 ילדים על ידי בנות זוג שעשו שימוש בזרע בן זוגן שנפטר, לעניין זה אין הבדל בין בני זוג נשואים לבני זוג שאינם נשואים.

**זרע שמוציא מעצמו אדם חי, בזמן שאין לו בת זוג**

בהתאם למדיניות היועץ המשפטי לממשלה זרע של רווק שנפטר, איננו בר שימוש, למרות זאת כידוע בתי המשפט באותם מקרים שיוצגו על ידי הח"מ, התירו את השימוש בהם על אף העדר בת זוג.

**דרישת הזוגיות לשם קיום זכות ההולדה – היא דרישה מפלה -** ההנחה כי רק זוג אשר חי בזוגיות הטרוסקסואלית מעוניין להביא ילדים, תלושה לחלוטין מהמציאות המשפחתית בה אנו חיים ומתכחשת לכל צורותיה וגווניה השונים של מציאות חיינו במאה העשרים ואחת. אולם יותר מכל מהווה הוא אפליה בין אלו אשר ניהלו חיים זוגיים טרם פטירתם, ואלה אשר לא זכו לעשות כן.

# מדינת ישראל

## STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

ראוי לבחון את מכלול פעולותיו ומעשיו של הפרט לעניין רצונו בהבאת ילדים לעולם, ולא רק את סוגיית קיום זוגיות. כשם שזוגיות אין משמעה בהכרח רצון להביא ילדים לעולם. היעדרה של זוגיות בוודאי שאינה אינדיקציה להיעדר רצון שכזה.

ההנחה המובלעת של היועץ המשפטי לממשלה כי בהיעדר בת זוג, לא קיים אינטרס ציבורי להבאת ילד מזרעו של הנפטר הינה מקוממת, היועמ"ש אף מתיימר במסגרת שליחותו זו "להגן" על האינטרס של הקטין שטרם נולד שלא להיוולד לתוך מסגרת משפחתית שאינה זוגית. איזו יומרה מצידו. הרי, בכך אומר היועמ"ש כי האינטרס הציבורי דורש כי ילדים יוולדו אך ורק לתא משפחתי מסורתי של אב ואם, מציאות שכבר כיום איננה מתקיימת בפועל במדינה בה 113,000 תאים משפחתיים מתנהלים - באמצעות הורה יחיד, 18,000 תאים של בני זוג מאותו המין וכאלף תאים משפחתיים שנוצרו באמצעות שימוש בטכנולוגיות רפואיות מתקדמות באופן שאין זהות גנטית בין ההורים לילדיהם<sup>4</sup>.

בשולי הדברים, מצאתי לנכון להוסיף היבט נוסף לעניין השימוש בזרע והמשכיותו באופן בלתי תלוי בזוגיות ספציפית של אדם, אלא מתוך צורך בהמשכיות גרידא, הכוונה להלכות הייבום<sup>5</sup> – על אף שאינני תומכת נלהבת של ההלכות הקבועות בנושא זה, בעיקר בשל היותן מקפחות ומפללות ולא הולמות את אורחות חיינו במאה העשרים ואחת. יש בהן כדי להצביע על החשיבות שרואה המסורת וההלכה היהודית בהגשמת המשכיותו של אדם, גם כאשר התנאים אינם מאפשרים זאת. "והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו המת, ולא ימחה שמו מישראל" (דברים כ"ה 6). כאשר נוצרת סיטואציה המחייבת ייבום על פי ההלכה, אין שואלים את הנפטר, שנשא את אשתו חשב הוא, כי בעתיד ימצא את אחיו עמה. איש לא עוסק בעניין זה בסוגיית הקשר הזוגי שיש לו לאדם עם אשתו או במערכת היחסים שיש לו עם אחיו, או לאשתו עם אחיו. איש לא מתחקה אחר הידעיה אם רואה המנוח את אשתו חולקת את יצועה עם אחיו, ייתכן וזה בכלל היה מעביר בו חלחלה?! כך או כך, אני מבקשת להידרש לרציונאל העומד מאחורי הייבום, לא על מנת לנתח מערכות יחסים בין אישיות, אלא להדגיש את החשיבות העצומה שנודעה להמשכיותו של אדם, עד כדי שימוש בתחליף הקרוב לו ביותר, בדמות בן משפחה קרוב הנושא מטען גנטי דומה, על מנת לאפשר את המשכיותו והמשכיותה של המשפחה.

אנו שבים ואומרים לעניין זה, כי כיום מאפשרות הטכנולוגיה והחקיקה הבאת ילדים לעולם שהינם תוצר של מפגש רצונות שאינו בו-זמני וכן על ידי שני אנשים שאינם מכירים זה את זה, כך למשל,

<sup>4</sup> מקור: עיבוד נתונים מה' מחקר משפחה חדשה על בסיס נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, משרד הבריאות, המוסד לביטוח לאומי.

<sup>5</sup> "ויאמר יהודה לאונן בא אל אשת אחיך ויבם אתה וקהם זרע לאחייך" (בראשית ל"ח ח')



# מדינת ישראל

## STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

באמצעות בנק הזרע, פונדקאות וכו'. די בכך שתהא חפיפה במהות – כלומר שתהיה לשני הצדדים זה שנפטר, באמצעות שליחיו המוציאים לפועל של רצונו וזה החי מטרה משותפת להביא ילד לעולם, ולא נדרש כי הכוונה תהיה להוליד ילד עם בן זוג ספציפי. ידיעה זו מספיקה כדי שרצונו של המת ימומש ועצם העובדה כי מותו בטרם עת מנע ממנו להגשים את רצונו אינו סיבה לשלול אותו.

אנו איננו דורשים לומר כי השימוש בזרעו של נפטר, צריך ויכול להיעשות במועד כזה או אחר, במקרים בהם הוצא הזרע בעוד האדם בחיים יש לראות כאילו התכוון בזמן זה או אחר להביא ילדים לעולם, משמע השימוש בזרעו צריך להיעשות ותו לו. ישנם טעמים טובים לחשוב על אי שימוש בזרע כלל או אף השמדתו, גם אם איננו מקבלים כי האדם היה אחראי למעשיו. אולם השאלה, הן מן ההיבט הפילוסופי, הן מן ההיבט המעשי, נשארת מציקה: האומנם, יכולים וצריכים אנו לתרום אחריות מוסרית, למנוע שימוש בזרע, להשמיד את הזרע וכד', האם מהלך שכזה אין פירושו סיכול המהלך הטבעי שלשמו הוציא מאן דהוא את זרעו מגופו. רוצה לומר הוא גם היה יכול שלא להוציא את הזרע, או לבקש שיוציאו ממנו זרע לאחר מותו. כל זה לא נעשה. הנפטר פשוט הוציא את הזרע בחייו, בהיותו מודע וצלול בדבר הפוטנציאל המעשי של הזרע הזה וכך יש לראות זאת.

### הצעתנו ;

להשתית את הוצאת הזרע של אדם בחייו באמצעות נוהל כללי לבנקי הזרע, אשר לפיו תיעשה הפרוצדורה של הוצאת הזרע כפוף להכנת "צוואה ביולוגית" בה יציין אדם את רצונו להמשכיות, כאמור ללא כל תלות בהיות בת זוג. (מסמך זה ייערך בדרך שנערכת צוואה ועל פי הוראותיה אצל עו"ד. איננו ממליצים כי יוכן טופס סטנדרטי מטעם בנק הזרע, זאת על מנת להבטיח נוסח שיעמוד בתנאי החוק). עם זאת ייתכנו מצבים חריגים (שכיב מרע"י) בהם תהא הבקשה בעל פה, תקפה לצורך הוכחת כוונתו ורצונו של המת בהמשכיות.

### זרע המוצא מגופו של אדם לאחר המוות

למעשה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מדברות בעיקר בסיטואציה של הוצאת הזרע לאחר המוות ושם מובעת ביתר שאת הגישה, לפיה פריבילגיית הוצאת הזרע לאחר המוות שמורה אר ורק לאלו שחיו קודם לכן בזוגיות.

רק יותר לנו להעיר, כי עד היום נהגו בתי המשפט לדון בבקשות למתן צווים להוצאת זרע לאחר המוות ונעתרו כמעט לכל הבקשות, בין אם היו הנפטרים נשואים ובין אם לאו.

הערה זו נועדה להבהיר כי גם בסיטואציה בה נעשית הוצאת הזרע לאחר המוות, דרישת המדינה, כי לא ייעשה בו שימוש אלא אם חי הנפטר חיי זוגיות טרם פטירתו. לא נשוב גם כאן על טיעוני

האפליה בין מי שנפטר בעוד הוא חי חיי זוגיות למי שנפטר רווק, **כי הרצון להמשכיות איננו תלוי זוגיות, הזוגיות היא אחת הדרכים לממשו אולם אין זו הדרך היחידה.**

שימוש בזרע שהוצא מאדם לאחר מותו

#### כאשר הייתה בת-זוג

במצב של פטירה בה מתבקשת שאיבת הזרע לאחר המוות, קיימת עדיפות בלעדית לבת זוג להגיש את הבקשה לשאיבת הזרע ולאחר מכן השימוש בה. אלא לא כך נוהגים כלפי רווקים וזהו שינוי מתחייב.

#### בהעדר בת זוג

**אם השאיר הנפטר "צוואה ביולוגית"** בה ציין במפורש הוראות מדויקות על חפצו כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו – יש לנהוג על פי רצונו בגדר כיבוד כבוד המת ועל כך ראוי שלא תהא מחלוקת. (בפרשת ברוך פוזניאנסקי ז"ל המנוהלת בימים אלו על ידי הח"מ, קיבלה המדינה את הגישה כי הצוואה הביולוגית שהשאיר אחריו המנוח, בבקשו לעשות שימוש בזרעו, אף שהיה רווק, ראויה לכיבוד)

עם זאת מוצע להכליל הוראה זו במסגרת חוק שיחוקק על מנת שהדברים יהיו ברורים ולא משתמעים ועל מנת לאפשר את מימושם על פי רצון הנפטר ולא להכפיפם להיותה של בת זוג. בשולי הדברים יש לומר, כי יכול אדם להשאיר אחריו צוואה ביולוגית בה הוא יביע רצונו לא רק לשימוש בזרע, אלא יבקש את הוצאתו של הזרע בפועל לאחר פטירתו, במקרה כזה כמובן שקיים סיכון מסוים שהוצאת הזרע כלל לא תתאפשר, אולם ככל שתתאפשר, יש לאפשר הליכים מקוצרים ומהירים על מנת שלא יפגע טיב הזרע והאפשרות לשאוב אותו לאחר המוות.

#### אם לא השאיר הנפטר "צוואה ביולוגית"

**אם הייתה לו בת זוג** – המדיניות כיום לאפשר לה לבקש לשאוב זרע ומאוחר יותר גם לעשות בו שימוש.

**אדם שלא הייתה לו בת זוג** - במקרה בו לא השאיר אדם צוואה ביולוגית, כתובה ומנוסחת כדין, יש לאפשר בכל זאת שימוש בזרעו, לאחר קיום דיון משפטי מעמיק, אשר יוכיח כי על אף שנעשתה הפרוצדורה של שאיבת הזרע לאחר המוות, היא נועדה לממש את רצונו של הנפטר. במקרים בהם לא צפה הנפטר את מותו הפתאומי, אולם הספיק לשתף את קרוביו וסביבתו ברצונו העז

להמשכיות, יהא זה בלתי סביר בעליל אם לא תינתן לקרוביו לרבות הוריו הזכות להגיש בקשה לשימוש בזרעו.

### **בקשה מטעם הוריו של נפטר לאפשר שימוש בזרעו**

על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אין מעמד משפטי להורי הנפטר שהשאיר את זרעו או שהזרע נשאב ממנו לאחר מותו. הנחת היסוד לפי גישה זו, אומרת, כי כשם שאין זה ראוי שהורים יתערבו בהחלטות של ילדיהם בנוגע להבאת ילדים בחייהם כך התערבותם ונוכחותם איננה רלוונטית גם במותם.

זה המקום לעשות אבחנה מדויקת וליתן טעם, מדוע יש להבחין בין דרישתו של מאן דהו להפוך לסב או סבתא לבין רצונו של מאן דהו, להגשים את רצון ילדו, יוצא חלציו, להמשכיות, על פי **צוואתו הביולוגית**, שמסר הנפטר בכתב או בעל פה.

מעמדם של ההורים במקרה זה, הוא כשליחיו של המנוח. מעמדם של ההורים במקרה זה, מתבסס על סמך היותם הוריו מולידיו של המנוח, אשר גילה את רצונו להמשכיות בפניהם. בעשותו כן, ביקש את הוריו לדעת ולקיים את רצונו וכך הם עושים, תוך שהם עוברים מסע קשה והרואי בדרך הגשמת רצונו של בנם.

הוריו של המנוח הם שליחיו, הם קרוביו והם היחידים שהכירו את כל צפונות ליבו וככאלה באים הם לסייע בדרך האמינה ביותר על אישיות של המנוח רצונו וטבעו.

מעמדם של ההורים על פי המלצתנו חייב להילקח בחשבון, יש לרענן את הנחיות היועץ המשפטי בעניין זה ולהתיר להורי אדם שלא הייתה לו בת זוג, לתבוע את המשכיותו, לאחר שיוכחו כי זה היה רצונו. בקשת הורים לשימוש בזרעו של נפטר, יש לה מקום ובירורה יהיה בבית משפט.

הזכות להמשכיות הינה זכות שאין עליה עוררין, זוהי זכות מתמשכת מאב לבן וכן הלאה. **"הרצון של אדם להיבנות, ובדרך זו להבטיח המשכיות לעצמו לאחר מותו, לא פחות מאשר הסיפוק מגידול ילדים בחייו, היא ללא ספק עובדה פסיכולוגית ידועה"** (ראה שיפמן "דיני המשפחה בישראל", כרך ב', עמ' 151).

נוכח העובדה, כי מדובר בתופעה הולכת וגוברת כאשר לצד הצרכים והביקוש לה, מתפתחת הטכנולוגיה הרפואית המאפשרת אותה. ונדמה כי רחשי ליבן של המשפחות השכולות לא הגיעו לאוזני קובעי המדיניות עד כה.

חשוב לנו לגלות את עיני ועדה זו, כי מספרם של הורים המבקשים לעשות שימוש בזרע יקיריהם הולך וגדל. בארגון משפחה חדשה, הקמנו "בנק לצוואות ביולוגיות" המאכלס כיום מאות צוואות של אנשים חיים, אשר ביקשו להורות בכתב ליקיריהם, כי ידאגו לעשות שימוש בזרעם בעתיד לאחר מותם.

נדמה לי, כי האתיקה והפרקטיקה המתפתחת לצידה כיום, מחייבים אותנו להיערך למתן פתרונות הולמים לנו סבורים כי, כפי שמתנהלים הדברים כיום, נופלים בהם מספר פגמים מהותיים שיש לתקנם, כך למשל, נוצרה פרקטיקה משפטית (על אף הנחיות היועץ המשפטי לממשלה) שבאותם מקרים בהם לא הייתה למנוח בת זוג, יוצרים ההורים, עוד טרם הפנייה לערכאות, קשר עם אישה פנויה המבקשת להרות מזרעו של יקירם שנפטר. זוהי פרקטיקה מוטעית לדעתנו ובמידה מסוימת גם אכזרית והיא נוצרה עקב דרישות היועץ המשפטי לממשלה. אנו סבורים, כי צירופה של האישה "האם המיועדת" לניהול המאבק המשפטי הוא מיותר מייגע ואינו מבטיח תוצאות. כאשר ניסינו לנהל את הדברים בשם ההורים השכולים, בא היועמ"ש בדרישה, ואנו הסכמנו לה, כי תימצא אישה (כך בפרשת כהן ושניר) אשר תסכים להרות מן הזרע.

כיום ברור לכל, כי אין מחסור בנשים המבקשות להרות בדרך זו (מזרע של תורם ידוע). אין איפוא כל סיבה לשתף את האם המיועדת בהליך משפטי על מנת להוכיח כי היא נוכחת ומעוניינת. מה גם שההליך הוא ממושך ולעיתים ההמתנה עד תומו, מהווה עבודה איום של ממש בשל מגבלות גיל הפוריות. הסדר הנכון הוא אפוא לקיים דיון באשר לעצם היתר השימוש בזרע ולאחר מכן לאשר את האם המיועדת.

### העדפת יצירת החיים על פני אינותם

בדיון בשאלה זו מוטלים על כף המאזניים שני אינטרסים הנוגעים לטובת הילד, האינטרס להיוולד מאב ידוע, באמצעות שימוש בזרעו של נפטר, או האינטרס להיוולד מתרומה אנונימית. נדמה שאין ספק מוסרי ומצפוני שעדיף האינטרס להיוולד למקור הורי ידוע. בעניין זה ידוע גם ידוע ממחקרים ומטיפולים פסיכולוגיים, כי אי הידיעה אודות המקורות הגנטיים טורדת את מנוחתו של הילד במישור הרגשי והנפשי אף מעבר לסנקציות ההלכתיות החלות עליו<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> The Power of Gametes versus the Tyranny of Tyranny of Master Narratives: Commentary, Jane C. Hood, The

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

אולם לגבי שאלת העדפת יצירת החיים על פני אי יצירתם, ישנה רק תשובה אחת, כחברה חפצת חיים יש להעדיף את החיים על פני אי יצירתם. המגיד מדובנא הסביר בנושא הזכות להיוולד "בעל כורחך" את המשנה במסכת אבות:

*"על כרחך אתה חי*

*ועל כרחך אתה מת*

*ועל כרחך אתה עתיד ליתן דין וחשבון*

*לפני מלך מלכי המלכים"*

אם האדם נולד על כורחו הרי הוא יכול להיפטר, לכאורה, מן הדין בטענה שהולדתו היתה בעל כורחו ומאחר שהוא מעדיף שלא היה נולד, לכן אין להענישו על מעשיו בעולם קשה אליו נקלע שלא מרצונו. התשובה על כך היא: "על כרחך אתה מת!" כלומר לאחר שנולדת לא רצית למות שהרי על כרחך אתה מת! הרי שלמרות הלידה בעל כרחך רצית את החיים והעדפתם על החידלון. עיקרון זה קובע כי בשאלה אם להעדיף לידת ילד עם סיכון להתייתם בגיל צעיר או למנוע את לידתו – הילד יעדיף תמיד את המשך חייו על כל המשתמע מכך.

שאלה זו הייתה יכולה להישאל באותה מידה, כאשר מדובר בהולדה באמצעות השימוש בבנק הזרע, הולדה באמצעות טיפולי IVF והולדה בכלל, משום שההולדה עצמה איננה נתונה לרצונו של האדם הנולד. כל שעלינו לדאוג הוא שהילד יזכה לחיים טובים ובשלב זה, עלינו מוטלת ההחלטה המוסרית בדבר זהות אביו של הילד העתיד להיוולד מזרעו באם ידע מי הוא אביו או שמא לא!

ונבקש לסיים סוגייה זו בציטוטו מלא החוכמה של השופט המנוח חיים כהן:

*"למעשה טובת הילד היא עניין לנבואה, ואין השופטים בנביאים."*

ובנימה אנושית ואישית יותר. בפני ועדה זו ניצבת טרגדיה אנושית של משפחה אחת, המאבדת את יקירה שלא צלח את החיים ולא זכה להמשכיות. אולם מן העבר השני, ניצבת תקווה גדולה ואושר

---

University of California Press, 2002

מדינת ישראל  
STATE OF ISRAEL

משרד הבריאות  
Ministry Of Health  
ירושלים Jerusalem

לשכת היועצת המשפטית  
Office of the Legal Advisor

גדול. האושר של הוריו של נפטר, האושר של אם מיועדת שתזכה לילד בו היא כל כך חפצה, וילד שייוולד ויביא עימו את האושר הזה, ושללא ספק יהיה מאושר גם הוא כשיגדל במשפחה אוהבת וחמה כל כך, מוקף באהבת אימו, סבתו, סבו וקרוביו האחרים.

עניינה של השאלה בסוגיה זו מסתכם בשאלה, האם תחצה החברה את הקו המפריד שבין חברה המבקשת המשכיות רואה בזכות לצאצאות זכות יסוד הראויה להגנתה, לחברה המונעת יצירת חיים, גם מקום שהטבע בגד בהם ;

*"The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance."*

*John Rawls - "A theory of justice"*

**לסיכום**

הבאנו בפני ועדה זו תמציתן של סוגיות בוערות בתחום הפיריון וההולדה אשר הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת מזמנת אותם לפתחנו, אנו מבקשים להודות ולנצל את ההזדמנות שניתנת לנו כאן ולבקש את התייחסותה של ועדה זו לכל אחד מן הנושאים החשובים הללו, מתוך שאנו מכירים אותם היטב, מן המגע היומיומי שי לארגונו עם הציבור, הנזקק לשירותי הפיריון בישראל.

אנו מבקשים לציין כי קצרה היריעה מלהביא טיעונים נוספים ומעמיקים בכל אחת ואחת מן הסוגיות ביחס להיבטים כמו זכות האדם למשפחה, טובת הילד ועוד, אשר נחיצותם וחשיבותם ברורה מאליה ויש להניח כי ועדה זו תחקור ותדרוש בהן רבות.

מסמך זה נועד לשמש חומר גלם על סדר יומה של ועדה זו שיש בו לסייע לה במידע חשוב שנצבר אצלנו מהלך הפרקטיקה והמגע היומיומי עם ציבור הנזקק לשירותי פיריון והולדה בישראל ומחוצה לה.

אירית רוזנבלום עו"ד

מנכ"ל

ארגון משפחה חדשה