

# הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית

ד"ר כרמל שלו\*

## מבוא

בחודש יוני 1991 מינו שר המשפטים ושר הבריאות ועדה ציבורית-מקצועית לבחון את הצורך בחקיקה בקשר לנושא ההפריה החוץ-גופית ושיטות טיפוליות קשורות, לרבות הסכמים לנשיאת עוברים (פונדקאות). הוועדה, בראשות השופט בדימוס שאול אלוני הגישה דין וחשבון והמלצות בחודש יולי 1994. שניים מחברי הוועדה כתבו דעות מיעוט. רשימה זו מציגה בקצרה את ההמלצות העיקריות של הוועדה, ואת הנקודות המרכזיות שהיו שנויות במחלוקת בין דעת הרוב לבין דעות המיעוט. הנושא של הסכמים לנשיאת עוברים זכה לתשומת לב ציבורית רבה, אבל דו"ח הוועדה כולל נושאים רבים נוספים בעלי עניין בקשר להפריה רפואית בכלל. רשימה זו תאיר עניינים אלה.

הרפואה הישראלית היא בין המובילות בעולם במחקר ופיתוח של שיטות ההפריה הרפואית, הכוללות שתי שיטות מרכזיות – הפריה חוץ-גופית (IVF – in vitro fertilization) והזרעה מלאכותית (artificial insemination). בנוסף, ההיקף של טיפולי הפוריות הניתנים בישראל הוא מהגבוהים בעולם. יש בישראל היום שמונה עשרה מרפאות להפריה חוץ-גופית, משמע, יחידת טיפול לכל מאתיים חמישים אלף תושבים בערך. בארה"ב, לשם השוואה, יש יחידה לכל מליון תושבים. ניתן לייחס את הצריכה הגבוהה של שירותי רפואה אלה, בין היתר, למרכזיות של המשפחה בתרבות שלנו. יש לזכור, כי אין בחברה הישראלית – לעומת חברות מערביות אחרות – אופציה לגיטימית לאנשים לבחור מרצונם שלא להוליד ילדים.

הטכנולוגיה של ההפריה הרפואית הוסדרה מבחינה משפטית עד כה בתקנות שהתקין שר הבריאות מכוח פקודת בריאות העם, 1940<sup>1</sup>, וכן בהנחיות מינהליות של המנהל הכללי של משרד הבריאות<sup>2</sup>. ההמלצה הראשונה של ועדת אלוני היתה, שראוי

\* מורה מן החוץ, בית הספר למשפטים, המכללה למינהל.

1. ע"ר תוס' 1 (ע) 191, (א) 239. ראו בעיקר את תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית),

התשמ"ז-1987, ק"ת 5035 (להלן – תקנות ההפריה החוץ-גופית).

2. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 34/92, כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לכביצוע הזרעה מלאכותית (להלן – כללי ההזרעה המלאכותית). נושא ההזרעה המלאכותית מוסדר

לעגן את ההסדרה של נושאים אלה בחוק של הכנסת, תוך שמירה מירבית על זכות היסוד של כל אדם לפרטיות ולצנעת חייו.<sup>3</sup> עמדת הוועדה היתה, שאין בנמצא חוק קיים אשר מסמיך את שר הבריאות או את מנכ"ל משרד הבריאות להגביל את זכות הגישה (right of access) לטיפול פוריות. מכיון שהגבלה מעין זו פוגעת בזכות הפרט לפרטיות, היא אינה יכולה להיות תקפה ללא חקיקה מפורשת של הכנסת.<sup>4</sup>

### זכות היסוד לפרטיות

עקרון היסוד אשר הנחה את הוועדה בדיוניה היה הכבוד לזכותו של כל אדם לקבל החלטות אוטונומיות בעניינים אינטימיים של התעברות, הריון ולידה.<sup>5</sup> זכות זו מוגנת חוקתית כזכות היסוד לפרטיות, כפי שכבר הוזכר. בהתאם לגישה זו המליצה הוועדה כי תהיה התערבות מינימלית של המדינה בזכות הגישה לטיפול פוריות. דעתה היתה, שכל אדם בגיר זכאי לקבל טיפול, ללא כל קשר למעמדו האישי, ואולם ייתכנו חריגים הנעוצים בטעמים כבדי משקל – למשל, אם קיים חשש ממשי לפגיעה בשלום הילד העתיד להיוולד. הוועדה בחרה שלא לפרט חריג זה, אלא להשאיר את ההחלטה בדבר סירוב טיפול לשיקול הרעת של ועדה סטטוטורית מקצועית בכל מקרה ומקרה לגופו. כמו כן, החליטה הוועדה שלא לנקוט עמדה בקשר לשאלת המימון של הטיפולים. מתוך הכרה בשאלות הקשות של חלוקה הוגנת של משאבים בתחום הבריאות, השאירה הוועדה את נושא המימון לקובעי המדיניות הנוגעים בדבר, אם כי היא סברה, שראוי שקופות החולים יתנו לכך כיסוי כלשהו, כמו גם לאמצעים רפואיים אחרים של תכנון המשפחה.

### הסכמה מדעת

הוועדה הקדישה תשומת לב מיוחדת לנושאים של מידע וייעוץ. במקרים רבים, טיפולי פוריות דורשים השקעה גופנית ונפשית משמעותית מצד המטופלים, כאשר סיכויי ההצלחה הם נמוכים יחסית. הנתונים שבידי משרד הבריאות מצביעים על כך, ששיעור לידות החי למחזור של טיפול הפריה חוץ-גופית הוא בערך עשרה אחוזים וחצי. משמעות הדבר, שיעור כשלון של כתשעים אחוזים למחזור טיפול. נשים מטופלות באופן מיוחד עשויות לסבול אי-נוחות רבה ושיבוש משמעותי של שגרת חייהן כדי לממש את הפוטנציאל של האמהות, עם הערכה מועטה של הסיכונים הכרוכים בטיפול. לפיכך, המליצה הוועדה, כי לשם קבלת הסכמה מדעת של מטופלים, ימסור להם

בנוסף, בין היתר, בתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979, ק"ת 3996. יצויין עוד, שהשירות של בנק זרע והזרעה מלאכותית הוכרז כשירות בר-פיקוח לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, ס"ח 240.

3. סעיף 7 (א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.

4. חקיקה זו צריכה לעמוד במבחן האיוונים לפי סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5. ע"א 413/80 פלוגית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57, 81.

הרופא המטפל מידע מלא ומהימן על הטיפול המוצע, לרבות סיכויי ההצלחה, הסיכונים ותופעות הלוואי, וכן מידע בדבר טיפולים רפואיים חלופיים או העדר טיפול רפואי. לשם כך, המליצה הוועדה, כי למטופלים תהיה זכות, לפי בחירתם, לקבל שירותי ייעוץ ותמיכה מקצועיים, אשר יסייעו להם בקבלת החלטות אוטונומיות במהלך הטיפול הרפואי.

### ניסויים וטיפולים חדשניים

הוועדה הדגישה את הצורך ליידיע מטופלים, כאשר הטיפול המוצע הוא חדשני או נסיוני. היא ציינה, בהקשר זה, כי יש לתת תשומת-לב מיוחדת לאמנת הליסינקי בדבר ניסויים בבני-אדם<sup>6</sup>. הרושם הוא, שכאשר מתייחסים לאופי החדשני או הנסיוני של טיפול פוריות, המבט מתמקד בעיקר בשיטת ההפריה ובמעמדו של הטרומ-עובר כסובייקט של הניסוי. הניסוי מסתיים, כביכול, בקצה צלוחית המעבדה. יחד עם זאת, אין להתעלם מכך, כי ההשתתפות של האשה המטופלת בשלבים הבאים של תהליך ההולדה היא גורם חיוני שבלעדיו אין, והמעמד שלה כסובייקט של הניסוי חייב להילקח בחשבון. הדברים אמורים, בין היתר, ביחס לשיטות חדשות של הפריה, וכן ביחס לתרופות נסיוניות, או אפילו ביחס להריון באשה מעל גיל ארבעים ושתיים. הוועדה המליצה להקפיד על הכלל, כי הסכמה לטיפולים חדשניים או נסיוניים צריכה להינתן לרופא בלתי תלוי, שאין לו קשר טיפולי עם הסובייקט, ושאינו עניין במחקר ופיתוח של השיטה הטיפולית החדשה<sup>7</sup>.

### השלכות דתיות

בהקשר של ההסכמה מדעת לטיפולים התייחסה הוועדה בנוסף, לשאלות הנוגעות למניעות נישואין של הילד העתידי לפי הדין האישי הדתי. דעת הרוב בוועדה היתה, כי יש לתת למטופלים מידע מלא ומהימן לגבי השלכות דתיות אפשריות, ולהשאיר להם את האחריות לקבלת החלטות על בסיס אותו מידע<sup>8</sup>.

### הגדרת ההורות

הוועדה נדרשה לשאלת המעמד המשפטי של ילדים הנולדים מהפריה רפואית במונחים של הגדרת ההורות המשפטית. המלצתה לעניין זה היתה, כי יש לקבוע שאדם העובר טיפול פוריות בתאי-רבייה שלו יחשב כהורה של הילד שיוולד, ודינו של הילד יהיה כדין

6. הצהרת הליסינקי, משנת 1964, מופיעה כנספח לחקנות בריאות העם (ניסויים רפואיים בבני אדם), התשמ"א-1980, ק"ת 4189.

7. ראו סעיף 10 להצהרת הליסינקי. והשוו עם תקנה 14 לתקנות ההפריה החוץ-גופית, אשר אינה מבחינה בין ההסכמה מדעת של המטופלת, שבגופה נמשך הניסוי, לבין הסכמתו של בן-זוגה.

8. ראו עוד להלן, בדיון על נושא "הרישום".

ילד שנולד מקיום יחסי מין, לכל דבר ועניין. כמו כן, מקום שנעשה שימוש בתרומה של תאי-רבייה (בין זרע ובין ביצית), יחשב הילד מרגע הלידה כאילו היה ילדו הטבעי של מקבל התרומה, שהוא יהיה הורהו מכוח הדין, וכל קשר משפטי בין הילד לבין נותן התרומה יינתק. כאשר מקבל התרומה הוא אדם נשוי, הסכמת בן זוגו תידרש גם כן קודם ההפריה. כל העניינים הנוגעים למעמדו המשפטי של הילד צריכים להיקבע בחקיקה של הכנסת<sup>9</sup>.

### תרומות תאי-רבייה

הוועדה המליצה לקבוע בחוק, שלא תותר כל תרומה של זרע או ביציות ללא ההסכמה מדעת של התורם או התורמת. כל תרומה תעבור סריקה לגילוי מחלות תורשתיות וזיהומיות. ביחס לתרומות של ביציות למדה הוועדה, כי הסיכונים הרפואיים היום אינם גדולים, ואינם עולים על הסיכונים הכרוכים בתרומות של איברים, שלגביהן לא חלה כל הגבלה משפטית. לפיכך, היא המליצה להסיר את ההגבלות הקיימות היום בתקנות בעניין זה, אשר קובעות, כי רק נשים שעוברות טיפול בעצמן תוכלנה לתרום ביציות לנשים אחרות, וכי אין לקבל תרומות מקרובת משפחה של המטופלת<sup>10</sup>.

הוועדה המליצה עוד להתיר תשלום אישי לתורמים של תאי-רבייה בסכומים אחרים שייקבעו בתקנות, בתור פיצוי על הסבל, ההוצאות, וביטול הזמן הכרוכים במעשה התרומה. הסכומים האחרים שייקבעו צריכים לשקף את ההבדל במאמץ ובהשקעה של תרומת ביצית לעומת תרומת זרע. כל תשלום מעבר לסכום האחיד, וכן מכירה מסחרית של תאי-רבייה, יאסרו באיסור פלילי. איסור זה יחול גם על הפרקטיקה הבלתי-רשמית הנהוגת היום במרפאות מסוימות של מתן תמריץ למטופלות לתרום ביציות עודפות על-ידי מימון הטיפול ההורמונלי שלהן. לדעת הוועדה, יש בפרקטיקה זו סיכון של אילוף המטופלות וניצולן. בנוסף העירה הוועדה, כי יתכן שיש השלכות רפואיות לתרומות ממטופלות, בהתייחס לליקויי פוריות תורשתיים.

אשר לכלל המקובל בדבר האנונימיות של תורמי זרע או ביציות, דעת הרוב בוועדה היתה, כי יש להקפיד על העיקרון של הסודיות ביחס לזהות התורמים. יחד עם זאת, ניתן לוותר על האנונימיות במקרים של תרומות אישיות, אם הסכימו לכך כל הצדדים המעורבים. באותם מקרים יהיה צורך באישור של הוועדה הסטטוטורית שהזכרה לעיל, כדי למנוע סחיטה או לחץ על קרובי משפחה, ובמיוחד על נשים. האישור רצוי גם לאור חוסר הידע בדבר ההשלכות הרגשיות של תרומות אישיות על הילד העתידי.

לבסוף, המליצה הוועדה, כי מספר התרומות מתורם יחיד יוגבל לשלוש לידות חי, כדי להקטין את ההסתברות של נישואים עתידיים בין אחים למחצה, וכן כדי למנוע תופעה של תורמים "מקצוענים".

9. לעניין ההורות בהסכמים לנשיאת עוברים, ראו להלן בפרק הרלבנטי.

10. תקנות 4 ו-12 (א) לתקנות ההפריה החרץ-גופית.

### שימוש בטרומ-עוברים

לאור העיקרון של הזכות לפרטיות ביחס להחלטות הולדה, לא מצאה הוועדה כל בסיס משכנע לאיסור הקיים על תרומה של טרום-עוברים, משמע, ביצית מתורמת שהופרתה בזרע מתורם<sup>11</sup>.

אשר לשמירה של ביציות מופרות ערופות והשימוש בהן, המליצה הוועדה בדומה, לאור עקרון הפרטיות, כי הסמכות לקבל החלטות בעניינים אלה צריכה להינתן בידי המטופלים עצמם. בתחילת הטיפול הם צריכים להכיע בכתב את רצונם המשותף ביחס לתקופת השמירה, וכן ביחס לשימוש בביציות המופרות לאחר תום תקופת השמירה המוסכמת או במקרה של פטירתו של מי מהם – השתלה, תרומה למטופלים אחרים או למחקר, או השמדה. כאשר המטופלים הם בני זוג, לא יעשה כל שימוש בביציות המופרות ללא הסכמתם המשותפת. ההסכמה הראשונית, אשר ניתנה בתחילת הטיפול, תיראה כנמשכת כל עוד לא חזר בו בכתב אחד מבני הזוג.

הוועדה המליצה להמשיך את ההסדר הקיים לפיו לא תוקפא ביצית מופרית לתקופה העולה על חמש שנים, עם אפשרות הארכה לחמש שנים נוספות<sup>12</sup>. בתום תקופת השמירה, או בהעדר הסכמה משותפת לגבי שימוש לאחר פטירה, יהיה המוסד הרפואי רשאי להשתמש בביציות המופרות לצורך מחקר בלבד. אחרת יש להשמידן<sup>13</sup>. עוד המליצה הוועדה לאמץ בחקיקה את הנורמה המקובלת בקהילה הבין-לאומית, האוסרת ביצוע של מחקר בטרומ-עוברים אלא בתוך ארבעה-עשר הימים הראשונים שלאחר ההפריה. ביצית מופרית אשר שימשה למחקר תושמד בתום תקופה זו, ולא יעשה בה כל שימוש אחר.

אשר לשימוש לאחר פטירה, של זרע או ביציות מופרות שנשמרו בידי בן הזוג שנותר בחיים, המליצה הוועדה לקבוע בחוק, שכאשר הריון נוצר כתוצאה מהשתלה (או הזרעה) שבוצעה לאחר פטירתו של אחד מבני הזוג, לא יהיו לילוד זכויות ירושה כלפי המנוח, כדי למנוע התערבות של יורשים אחרים, וכדי למנוע עיכובים בחלוקה הסופית של העזבון. הוועדה ציינה, כי גם לפי הדין הקיים לא ניתן לצוות בצוואה למי שטרם נולד.

### רישום

הוועדה היתה חלוקה בקשר לשאלת הרישום. לפי דעת המיעוט של הרב ד"ר מרדכי הלפרין, יש לנהל מרשם מרכזי של תרומות זרע, ביציות וביציות מופרות ושל הסדרים

11. תקנה 13 לתקנות ההפריה החוץ-גופית.

12. תקנה 9 לתקנות ההפריה החוץ-גופית.

13. המלצות אלה התייחסו בנוסף לשמירה של זרע בהקפאה, נושא שהוא מוסדר באופן חלקי בלכר היום, לגבי שמירה של זרע "של גבר שנפגע או עלול להפגע במערכות ייצור הזרע כתוצאה ממחלה ממארת, קרינה או בנסיבות אחרות", בסעיף 28 לכללי ההזרעה המלאכותית. יצוין, שלא ניתן היום מבחינה טכנית לשמר בהקפאה ביצית שלא הופרתה.

לנשיאת עוברים, בדומה לפנקס האימוצים לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981<sup>14</sup>. כדי למנוע סטיגמטיזציה של ילדים שנולדו מהפרייה רפואית, הוא הציע לכלול במרשם גם ילדים שלא נולדו בדרך זו. מרשם זה היה מבטיח את הזכות של הילד להתחקות אחר מוצאו הביולוגי בהגיעו לגיל בגרות, והיה מונע נישואין בין אחים למחצה שנולדו מתורם אחד. לפי גישה זו, היתה מוענקת לרושמי נישואין הזכות לעיין במרשם כדי לפתור שאלות של מניעות חיתון לפי הדין הדתי. המרשם המוצע היה מגלה רק מידע אשר שולל או מאשר קירבה גנטית בין מועמדים לנישואין, מבלי לתת מידע מזהה מקום שאין איסור חיתון.

הצעה זו נכללה בסיכום-ביניים של עבודת הוועדה, אשר הופץ לקבלת הערות מן הציבור. התגובות שהתקבלו מאנשים שעיסוקם בתחום זה היו נחרצות בהתנגדותן, ודעת הרוב בוועדה היתה לבסוף, שהתסרונות של המרשם המוצע גוברים על יתרונותיו. אף-על-פי שמלכתחילה ראתה הוועדה בחיוב את ההכרה בזכות הפרט לקבל מידע על מוצאו הביולוגי, היא הגיעה למסקנה, כי הענקת זכות עיון לרושמי נישואין עלולה לפגוע בזכות היסוד לפרטיות במידה שהיא למעלה מן הנדרש. הוועדה לקחה בחשבון את האפשרות הבלתי נמנעת של טעויות ברישום ובהעברה של מידע ממוחשב, כמו גם את הסיכון של חזירה למאגר המידע על-ידי גורמים בלתי מוסמכים. יתירה מזו, התברר כי ההשוואה לאימוץ ביחס לזכות הילד לדעת אינה מתאימה. לאחר למעלה מארבעים שנים של נסיון עם תרומות זרע, אין כל אינדיקציה בדוקה כי לילדים שנולדו מהזרעה מלאכותית יש אותו צורך נפשי למידע כשל ילדים מאומצים מבחינת זהותם העצמית. לבסוף, מומחים אשר הופיעו בפני הוועדה טענו כי ההסתברות הסטטיסטית של נישואין עתידיים בין אחים למחצה בשל הפרייה רפואית אינה עולה על הסיכוי הקיים באוכלוסייה הכללית בשל נישואי בני דודים או בשל יחסי מין מחוץ לנישואין. כמו כן, נטען, כי ניתן למזער את הסיכון על-ידי הגבלה של מספר הלידות מתורם יחיד, כפי שהוזכר. במקרה של שאלה או חשש ביחס לקירבה הביולוגית של בני-זוג המועמדים לנישואין, הרי שברמה הטכנולוגית הקיימת הם יוכלו לעבור בדיקה גנטית מרצונם ומבחירתם.

כפי שכבר הוזכר, הוועדה הדגישה את הצורך לתת למטופלים מידע מלא ביחס לאפשרות של מניעות לנישואין של הצאצא לפי הדין הדתי. מידע זה צריך לכלול הסבר בדבר המחלוקת ההלכתית בדין היהודי בשאלה, האם איסור הניאוף חל לא רק לגבי יחסי מין אסורים אלא גם לגבי עירוב של חומר גנטי זר, דבר העלול להביא לתוצאה של ספק ממזרות בילד שנולד לאשה נשואה אשר התעברה מזרע של איש שאינו בן-זוגה מנישואין. הובהר לוועדה, כי הדעה הרווחת בין פוסקי ההלכה היא שהממזרות היא תוצאה של קיום יחסי מין, כאשר רק מיעוט של הפוסקים מעורר את הספק שמא גם עצם העירוב של חומר גנטי זר מביא לתוצאה זו. במשך הדיונים ביססה הוועדה את שיקוליה בהתאמה לגישת הרוב המקלה, שאינה רואה בעיית ממזרות בהפרייה רפואית. דעת הרוב

בוועדה היתה, כי יש להסתפק במתן מידע למטופלים בעניין האפשרות של מניעה לנישואין על-פי הדין הדתי — אם בגלל אפשרות של קירבה ביולוגית (איסורי עריות) ואם בגלל המחלוקת בין הפוסקים בקשר למזורות — במסגרת מסירת המידע שקודמת למתן הסכמה מדעת לטיפול, כדי שיוכלו לקחת בחשבון גם שיקולים אלה בבחירת האופציה המתאימה להם לפתרון אי-הפוריות.

בסיכום, דעת הרוב היתה, כי הנזק שעלול להיגרם מניהול מרשם מרכזי לשם מניעת נישואין אסורים לפי הדין הדתי, כאשר הסיכונים ההסתברותיים הם נמוכים יחסית, גובר על התועלת שתצמח מבחינת רצונם של ילדים למידע. עם זאת, הוועדה המליצה לנהל מרשם מרכזי, רפואי ובלתי-מזהה, אשר ישמש אך ורק לצרכים סטטיסטיים, לקביעת מדיניות, או למחקר.

### הסדרים לנשיאת עוברים

חלק גדול של התגובה הציבורית לדין וחשבון של ועדת אלוני התמקד בהמלצותיה ביחס להסדרים לנשיאת עוברים (פונדקאות). הוועדה היתה ערה לעובדה, שבמדינות אחרות אין חקיקה המתירה נושא זה, ושבחלק ממדינות המערב קיימת חקיקה או פסיקה של בתי-משפט האוסרת הסדרים אלה, במיוחד מן ההיבט המסחרי, כאשר רואים בתשלום לאם הנושאת משום עבירה על תקנת הציבור (public policy) נגד הסחר בילדים. שאלה נוספת של תקנת הציבור מתעוררת גם ביחס לאכיפות (enforceability) של הסכם כזה, מבחינת הזכות של האם הנושאת לחזור בה מן ההסכם ולסרב למסור את הילד להורים המזמינים לאחר הלידה.

הוועדה הכירה במורכבות של נושא זה, הן מבחינת יחסי האנוש והן מבחינת היחסים המשפטיים של המעורבים בהסכם, ויחד עם זאת, הגיעה למסקנה שאין לנקוט עמדה קיצונית. משמע, מצד אחד, אין לאסור את הנושא באופן מוחלט, ומצד שני, גם אין לעודד אותו ולהתירו ללא הגבלות. שניים מחברי הוועדה כתבו דעות מיעוט בדבר ההיקף של ההגבלות הרצויות, כאשר הם חולקים על הפרטים של ההסדר החקיקתי שהציעה דעת הרוב.

המלצת הרוב היתה, שיש להתיר הסכמים לנשיאת עוברים כאישור של הוועדה הסטטוטורית, שיינתן לפני ההתעברות (ההפריה או ההזרעה), כלומר, לפני התחלת התהליך של יצירת הילד העתידי. דעת הרוב לא קבעה מבחנים כלליים למתן האישור הנדרש, אלא השאירה זאת לשיקול-הדעת של הוועדה הסטטוטורית בכל מקרה ומקרה לגופו. לפי ההסדר המוצע, על הוועדה הסטטוטורית לוודא, כי הצדדים להסכם הבינו את כל המשמעויות של התחייבויותיהם, מבחינת הסיכונים והחובות והזכויות המשפטיות. לא ינתן אישור, אלא אם כן קיימת הוריה (אינדיקציה) רפואית ברורה, לאחר שכל הצדדים עברו בחינה פסיכולוגית, ולאחר שההורים המזמינים בחנו את כל האלטרנטיבות במסגרת יעוץ מקצועי מתאים. פרופ' יוסף שנקר, בדעת מיעוט, סבר כי יינתן אישור רק במקרים שההורים המזמינים הם בני-זוג נושאים המשתמשים בתאי הרבייה שלהם. דעת הרוב היתה, שהבחירה לגבי שיטת הטיפול הרפואי — הזרעה

מלאכותית או הפריה חוץ-גופית, וכן השימוש בתרומות של תאי-רבייה — צריכה להישאר בידי המטופלים.

תוך כדי שקילת האפשרות של חזרת האם הנושאת מן ההסכם, נדרשה הוועדה לשאלות שונות ביחס לכשירות (eligibility) של האם הנושאת. היה ברור מאליה שקטינה אינה כשירה להתחייב בהסכם כזה, משום שהיא בכל מקרה איננה בעלת כשרות משפטית. הוועדה דנה בשאלה, האם יש לקבוע שאשה אשר לא עברה בעצמה חוויה של הריון ולידה לא תוכל להיות אם נושאת, אך הגיעה למסקנה, כי אין כל בסיס עובדתי לטעון, כי ההסתברות שאישה תחזור בה מן ההסכם גדולה יותר אצל אשה שלא ילדה קודם. יתירה מזו, אם לאם הנושאת יש ילדים משלה, מתעוררת שאלה לגבי תגובתם למסירה של היילוד להורים המזמינים, ושאלה זו מוסיפה עוד מימד למורכבות של היחסים האנושיים שנרקמים סביב ההסכם, הקיימת בלאו הכי.

הרב ד"ר הלפרין, בדעת מיעוט, הדגיש את הסיכונים הגופניים של הריון ואת הסיכונים הנפשיים של התקשרות האם הנושאת לעובר, והציע כי רק אשה לא-נשואה שאין לה קירבה משפחתית להורים המזמינים תוכל לשמש כאם נושאת. ביסוד הצעה זו קיים שיקול הלכתי, מבחינת החשש לממזרות בילד שנולד לאשה נשואה שלא מבין-זוגה לנישואין או לקרובת משפחה בדרגה של איסורי עריות. גם פרוץ שנקר הציע להגביל זאת לנשים לא-נשואות בלבד, מן הטעם כי "אם הפונדקאית נשואה, היא חשה רגשות אשמה כלפי בעלה, ואם יש לה ילדים, כלפי ילדיה". אולם רוב חברי הוועדה גרסו, כי הסיכונים הפיזיים של הריון קיימים בכל מקרה, בין אם האשה נשואה ובין אם לאו. כמו כן, הביע הרוב חשש שהגבלה לגבי נשים נשואות תמעיט מכבודה של האשה הלא-נשואה ותיצור דעה ציבורית שלילית על האם הנושאת. הגבלה זו יכולה להתפרש כאמירה שהנשים הפנויות אמורות לשרת את הצרכים של הנשים הנשואות<sup>15</sup>. יתירה מזו, הרוב בוועדה לא מצא טעם טוב למנוע מקרובת משפחה או חברה נשואה של האשה חשוכת הילדים להסכים לשאת הריון עבורה כמעשה של חסד והזדהות עם מצוקתה. לפיכך, הסיק הרוב, כי אין מקום לקבוע בחוק אמות-מידה כלליות לגבי הכשירות של אשה להיות האם הנושאת, מלבד הדרישה שלא תהיה קטינה.

העניין של התשלום לאם הנושאת מעלה שאלות של תקנת הציבור, הן ביחס לאיסור נגד סחר בילדים והן ביחס לפוטנציאל של ניצול האשה. בהקשר האחרון ציינה הוועדה את החשש כי תהיינה נשים אשר תמצאנה בנשיאת עוברים עיסוק חוזר שיש בו כדי לספק אמצעי לפרנס את משפחותיהן, בגלל הפיתוי הכספי. עלולה להיווצר תופעה חמורה מן הזנות המינית, שכן העשייה של האם הנושאת היא מורכבת ויקרה יותר הן מבחינה פסיכולוגית והן מבחינה פיזיולוגית.

15. הביקורת הפמיניסטית מעלה חשש, כי יש בהתרה של הסכמים לנשיאת עוברים סיכון ממש של ניצול נשים משכבות חלשות לצרכים של נשים בעלות מעמד חברתי מבוסס ושל יצירת זנות מסוג חדש. הגבלה, שרק נשים לא-נשואות תוכלנה להתקשר בהסכמים אלה מגבירה סיכון, שיווצר מעמד נחות עם דימוי שלילי, כפי שתארה הסופרת הקנדית מרגרט אטווד בספרה הבדיוני מעשה השפחה.



ואולם, העמדה הסופית של הרוב בוועדה היתה, כי האם הנושאת צריכה להיות זכאית לתשלום עבור שירותיה, להבדיל מתשלום עבור הילד ככזה, כשם שראוי לפצות תורמים של תאי־רבייה עבור הזמן והמאמץ שהם משקיעים. במלים אחרות, הוועדה הסטטוטורית תוסמך לאשר תשלומים חודשיים לאם הנושאת בסכומים שייקבעו בתקנות, כדי לכסות את ההוצאות שלה, ולפצות אותה עבור הזמן, הסבל ואובדן כושר ההשתכרות שלה. הוועדה המליצה עוד, כי לא יותר לאשה לשמש כאם נושאת יותר מפעם אחת, אלא אם כן מדובר בהריון שני עבור אותו זוג מזמין. לאור החשש מן המסחור והניצול, היא המליצה גם לקבוע איסור פלילי נגד כל תשלום למתווכים, אלא באישור הוועדה הסטטוטורית.

פרופ' שנקר, בדעת מיעוט, הציע להחיל את הנורמה של האנונימיות גם לגבי הסכמים של אם נושאת. כמו כן הציע שהוועדה הסטטוטורית תהיה אחראית לבחירה של הפונדקאית המתאימה לזוג המזמין. הרוב היה בדעה, כי לא ראוי שרשות מטעם המדינה תפעל כסוכנות תיווך, וכי האנונימיות עלולה להפוך את האם הנושאת למכונת לידה חסרת אישיות. לפי גישה זו, דווקא בהיכרות האישית של האם הנושאת יש משום ערובה לשמירת כבודה כאדם. הוועדה המליצה, לפיכך, כי יש לאפשר לצדדים לבחור בעצמם האם הם מעוניינים בהסדר אנונימי או בהסדר של היכרות אישית, עם מידה זו או אחרת של פתיחות ביחסים לפני הלידה ולאחריה.

שני החברים במיעוט היו בדעה, כי האם הנושאת היא האם המשפטית של הילד וכי העברת ההורות תיעשה בהליך של אימוץ. דעת הרוב היתה, כי עם מסירת הילד לידי ההורים המזמינים, בנוכחות פקיד סעד או שופט, יחשבו הם להורי הילד, והילד יחשב לילדם הטבעי, לכל דבר ועניין. היתה תמימות דעים בוועדה, כי אין לאכוף את ההסכם בניגוד לרצון האם הנושאת. משמע, היא תהיה זכאית לחזור בה מן ההסכם במהלך ההריון (לפי העילות החוקיות הקיימות להפסקת הריון)<sup>16</sup>, ומיד לאחר הלידה. ואולם, מרגע המסירה של הילד, כאשר נוצר הקשר הפיזי הראשון בינו לבין ההורים המזמינים, היא לא תוכל עוד להתחרט.

אשר לאכיפות של ההסכם כנגד ההורים המזמינים — למשל, אם הילד נולד בעל מום — דעת הרוב היתה, כי הם צריכים להיות אחראים מבחינה משפטית כאילו היה הילד ילדם הטבעי. הרב ד"ר הלפרין סבר, כי האחיות היא של האם הנושאת, ואילו פרופ' שנקר הציע להטיל את האחיות על המדינה. הוועדה המליצה, עם זאת, כי במקרה שההורים המזמינים מסרבים לקבל את הילד למשמורתם, או מבקשים למסור אותו למשפחה אומנת או לאימוץ, תהיה לאם הנושאת זכות ראשונה לקבל את הילד למשמורתה.

לסיכום, ראוי לתת את הדעת להמלצה, בתמימות דעים, כי הוועדה הסטטוטורית לא

16. הרב ד"ר הלפרין, במיעוט, הציע שלהורים המזמינים תהיה זכות שמיעה בקשר לבקשת האם הנושאת להפסקת הריון חוקית. יצויין שלפי פסיקת בית המשפט העליון בע"א 413/80 לעיל הערה 5, אין אפילו לאבי העובר זכות שמיעה לפני הוועדה להפסקת הריון לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864.

תהיה מוסמכת לאשר הסכם לנשיאת עובר, אלא אם כן כל הצדדים לו הינם תושבי ישראל וההסכם יבוצע במלואו בתוך ישראל. כל הסדר אחר יאסר. כפי שנאמר, גישת הוועדה לנושא זה נבעה מסובלנות לבחירות פרטיות ולביקוש צרכני, להבדיל מעידודם של עניינים כה מורכבים. לאור האיסור על הסכמים לנשיאת עוברים בארצות אחרות והאפשרות של חיפוש אחר פורומים משפטיים נוחים ברמה הבין-מדינית, כוונה המלצה זו כדי למנוע תיירות למטרה זו ממדינות אחרות ולהבטיח את שמירתם של מנגנוני הבקרה השונים כנגד תקלות.