

המעמד המשפטי של יילוד מהפריה מלאכותית

מאת

פרופ' מיכאל קורנאלדי*

המעמד המשפטי של יילוד בדרך הפרייה מלאכותית (conception sine concubito = הריון ללא קיום יחסי מין) נושא בחינות שונות ומגוונות: מן הבחינה הרפואית-אתית, דרך הבחינה הסוציולוגית-דתית ועד הבחינה המשפטית. מוקד המאמר הינו החידושים בחקיקה ובפסיקה ובירור נושאים שטרם הוסדרו בחקיקה.

המאמר דן בעמדת המשפט העברי בשאלת ייחוס היילוד אחר **תורם הזרע**. דעת מיעוט בפוסקים היא כי בתרומת זרע ללא קיום יחסי מין היילוד הוא מחוסר אב. הדעה המקובלת היא, כי תורם הזרע הוא אבי הילד על יסוד הייחוס הטבעי. אולם, אבהות זו של תורם הזרע היא "אבהות תיאורטית" המשאירה חלל לאימוץ בפועל של הילד על-ידי בעל אימו של הילד.

במשפט הישראלי השאלה היא האם צריך וכיצד לנתק את אבהותו הביולוגית של תורם-הזרע, והאם וכיצד לייחס "אבהות חוקית" לבעל-אמו של הילד. לדוגמא עומדת השאלה, בהנחה שתורם הזרע ייחשף, האם ניתן לחייב אותו בתשלום מזונות הילד. למעשה אין בחקיקה הראשית מענה לבעיות האבהות והאמהות של היילוד מהפריה מלאכותית וכל הזכויות והחובות הנגזרות מהן.

מסקנת המחבר היא, כי אין לראות את תורם הזרע כאבי היילוד מהפריה מלאכותית. מאידך, יש מקום למסקנה לפיה, בעקבות ההסכמה, השם, חזקת אבהות הבעל, האפוטרופסות למעשה והאבהות הפסיכולוגית, נוצרים יחסים משפטיים בין בעל האם לילד, הדומים לאימוץ בפועל.

כמו כן, המאמר עוסק בשאלת היילוד **מהפריה חוץ גופית** (תרומת ביצית). מסקנת המשפט העברי היא, כי יש לייחס את האמהות ליולדת, דהיינו, לאם

* פרופ' לדיני משפחה וירושה בקריה האקדמית ובאוניברסיטת בר-אילן. מאמר זה הוא עיבוד של פרק מספרו של מ' קורנאלדי דיני אישים משפחה וירושה, שיצא לאור בהוצאת נבו, 2004.

הביולוגית ולא לאישה התורמת. גם במשפט הישראלי האמהות נקבעת לפי הלידה. יתרה מזאת תקנות ההפריה החוץ גופית מתירות תרומת ביציות בחו"ל (מאת נשים נוכריות).

הגדרה מסכמת של ההורות החוקית בעידן ההפריה הטכנולוגית היא יצירתו של ילד הקשור בקשר גנטי או פיסיוולוגי (הריון במקרה של תרומת ביצית) לפחות לאחד מהוריו המיועדים, תוך כוונה להורות וקשר פסיכולוגי-רגשי של ההורה החסר קשר גנטי לילד. מטעם זה (היעדר קשר הפסיכולוגי) יוצאים מגדר ההורות החוקית תורם הזרע ותורמת הביצית ואפילו הפונדקאית (בכפוף לאפשרות המוגבלת של חזרת הפונדקאית מההסכם). עם זאת, המשפט הישראלי קולט מטעמי דת ורפואה (מומים גנטיים) את איסור גילוי עריות של נישואי אח ואחות שנולדו מתורם גנטי משותף או תורמת גנטית משותפת.

מן הראוי, כי זכות האדם להורות תזכה להכרה, הלכה למעשה, על-ידי חקיקה ראשית ברוח "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

א. מבוא

- ב. הזרעה מלאכותית (תרומת זרע) — עמדת המשפט העברי
- ג. הזרעה מלאכותית (תרומת זרע) — עמדת המשפט הישראלי
- ד. "אבהות חוקית" ליילוד מהזרעה מלאכותית (תרומת זרע)
- ה. יילוד מהפריה חוץ-גופית (תרומת ביצית) — עמדת המשפט העברי
- ו. היילוד מהפריה חוץ-גופית (תרומת ביצית) — עמדת המשפט הישראלי

א. מבוא

המעמד המשפטי של יילוד בדרך של הפרייה מלאכותית (conception sine concubito) = הריון ללא קיום יחסי מין) נושא בחינות שונות ומגוונות: מן הבחינה הרפואית-אתית, דרך הבחינה הסוציולוגית-דתית ועד הבחינה המשפטית. הטכנולוגיה הרפואית המודרנית העמידה את החברה בפני עובדות מוגמרות, שטרם זכו להסדר משפטי ראוי ותהליכי החקיקה והפסיקה הם בעיצומם. תחילה נידונה שאלת הלגיטימציה של הסדרי ההפריה המלאכותית לסוגיהם, על-ידי וועדה בראשות השופט שאול אלוני (1992–1994)¹. לאחר מכן, נידונו ענייני הפריה חוץ-גופית (תרומת ביצית) על ידי ועדה ציבורית נוספת (בראשות הרב ד"ר מ' הלפרין)².

1 דו"ח הוועדה הציבורית — מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית (ירושלים, משרד המשפטים, 1994), בראשות השופט ש. אלוני (להלן: "ועדת אלוני").

2 ועדה ציבורית בראשות הרב ד"ר מ. הלפרין (יועץ שר הבריאות, ד"ר לגניקולוגיה ומומחה

המחוקק הישראלי הסדיר את הטכניקה המורכבת ביותר של הפונדקאות³, אך מאז החוק (1998–2002) היו בסך הכל 41 לידות של פונדקאות. לעומת זאת, מדי שנה נולדים בארץ למעלה מ-2000 "תינוקות מבחנה" (לידות מהפריה חוץ-גופית) ותרומת זרע ו/או תרומת ביצית היא הפתרון העיקרי לעקרות בני הזוג⁴. היקף התופעה הולך ומתרחב, אולם, עד היום טרם הוסדרו בחקיקה ראשית טכניקות פריון אלו. במקביל, מאחר שטכניקות הפריון של תרומת זרע או תרומת ביצית התפשטו, שר הבריאות התקין תקנות שונות לענייני הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית, והתקין לתקנות כולל היתר הפרייה חוץ-גופית על ידי תרומת ביציות מחו"ל⁵.

מוקד דיוננו הוא החידושים בחקיקה (לרבות חקיקת המשנה) ובפסיקה ובירור נושאים שטרם הוסדרו בחקיקה. כרקע לדיון, נפתח בהסבר תמציתי של הסדרי ההפריה המלאכותית, הקיימים בפרקטיקה הרפואית בארץ ובחלק ממדינות אירופה וארה"ב. א. הפרייה מלאכותית מהבעל (artificial insemination husband = AIH) – בטכניקה זו של הפרייה מזרעו של הבעל, הבעל הוא אביו הגנטי של הילד וההפריה המלאכותית אינה גורעת ממעמדו כאבי הילד לכל דבר ועניין⁶.

בענייני רפואה והלכה (2000–2001). הועדה גיבשה "הצעת חוק ההסכמים לתרומת ביציות" (2001) (להלן – "הצעת ועדת הלפרין לחוק הסכמים לתרומת ביציות 2001"), שפורסמה, בליווי סיכום ביניים של הרב הלפרין, "תרומת ביציות בישראל – דילמות והמלצות", רפואה ומשפט, ספר היובל (2001 – התשס"ב), עמ' 165–174. הצעה זו משמשת בסיס להצעת חוק שמשרדי הבריאות והמשפטים עורכים בעניין.

3 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו–1996, ס"ח 1577 (להלן – "חוק הפונדקאות").

4 על נתוני הלידות לפי חוק הפונדקאות, ראו דו"ח של עו"ד גלי בן אור, ממונה (ייעוץ וחקיקה), משרד הפנים (1.1.2003). היקף לידות "המבחנה" נמסר לי מאת הרב ד"ר מ. הלפרין. בעיית הזוגות חשוכות הילדים מקיפה כ"ששה עשרה – עשרים אחוז מהזוגות במדינת ישראל סובלים מבעיות פוריות" (מ' הלפרין, לעיל הערה 2, עמ' 165). נוסף כי שמונה אחוזים מהנשים סובלות מאי ספיקה שחלתית ועוד נשים רבות נזקקות לתרומת ביצית מטעמי מחלות גנטיות או מסיבות רפואיות אחרות. (ניירות עמדה ודפי הסבר של החברה הישראלית למיילדות וגניקולוגיה, ההסתדרות הישראלית לרפואה, תשנ"ז–תשס"ב). במקביל, ליקויי פוריות מתייחסים, כידוע, גם לגברים הסובלים מעקרות. יש להוסיף לידות מתרומת זרע בהזרקה תוך רחמית ישירה, שלגביהם אין דיווח מרוכז וכן את התופעה של משפחות חד-הוריות. רבים מהזוגות חשוכי הילדים, מעדיפים תרומת זרע ו/או תרומת ביצית על פני הסדרים של אימוץ ילדים או פונדקאות: "אלפי זוגות חשוכי ילדים מחכים לתרומת ביצית" (דפי הסבר, תשס"ב, של יחידה להפריה מלאכותית, בית החולים אסותא).

5 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז–1987, ק"ת 5035 (להלן – תקנות הפריה חוץ גופית) ותקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) (תיקון), התשס"ב–2001, ק"ת 6143 (להלן – תיקון תשס"ב) (תחולה בפברואר 2002); לענייני הזרעה מלאכותית ראו: אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), התשל"ט–1979 (ק"ת 3996); תקנות בריאות העם (בנק הזרע), התשל"ט–1979 (ק"ת 3996). וראו גם ה"כללים בדבר הזרעה מלאכותית", להלן הערה 20.

6 וכך גם פשוט על פי עמדת המשפט העברי, עיינו, למשל, בית שמואל וחלקת מחוקק, אבן העזר,

ב. תרומת זרע (artificial insemination donor = AID). תרומת זרע נעשית על-ידי הזרקה תוך רחמית ישירה (in vivo) או על-ידי הפריה חוץ-גופית (במבחנה) בביצית של האשה התורמת ולאחר ההפריה מחזירים את העובר לרחמה של הנתרמת. הבעל שותף להתהליך מכוח הסכם בין בני הזוג להפרייה מלאכותית מתרומת זרע.

תרומת הזרע המותרת בארץ היא באמצעות "בנק זרע" מוכר, בפניו חותם תורם הזרע, כנגד תשלום מסוים, על טופס הסכמה לפיו ייעשה שימוש בזרעו להזרעה אישה, שזהותה אינה ידועה לו (יצוין, כי פועלים במסגרת בתי החולים שלושה עשר "בנקי זרע" מורשים). תרומת זרע תיקרא להלן "הזרעה מלאכותית". הפרקטיקה המקובלת היא כי בעל, שהסכים ללידת אשתו מהזרעה מלאכותית, נרשם כאבי הילד במרשם האוכלוסין וזאת מכוח חזקת אבהות הבעל⁷. כמו כן, אושר בפסיקה, התוקף המשפטי של התחייבות הבעל, מראש, למזונות היילוד מההזרעה המלאכותית⁸.

ג. תרומת ביצית (oocytes donation). תרומת ביצית נועדה לאישה שאינה מייצרת ביציות תקינות, היכולה לשאת ברחמה הריון. תורמת הביצית מסכימה, כנגד תשלום מסוים, כי ייעשה שימוש בביציתה להפרייה אישה, שזהותה אינה ידועה לה. התהליך נעשה על-ידי הפריה חוץ-גופית (in vitro fertilization = IVF): שאיבת ביציות מהשחלות של התורמת והעברתן למבחנה; מזריקים לביצית זרע של בעל היולדת או זרע מתורם, ולאחר שמתרחשת ההפריה במבחנה, שותלים את העובר ברחם האשה (ER = embryo replacement). הנתרמת-היולדת היא האם הביולוגית אך לא האם הגנטית של הילד. מאחר שאין הפריה על-ידי תרומת ביצית אלא במבחנה (להבדיל מהזרעה מלאכותית האפשרית גם בהזרקה תוך-רחמית, כאמור), קרויה טכניקה זו, "הפריה חוץ-גופית" והיא אינה מסווגת כפונדקאות.

א', וכן פוסקים גדולי ההלכה בזמננו, ראו: הרב מ. פיינשטיין, אגרות משה, אבן העזר, חלק ב', סימן י"ח; הרב עובדיה יוסף, יביע אומר, חלק ב', אבן העזר, סימן א' וראו אסמכתאות נוספות אצל: י. אינדיג, "חיוב מזונות בנוולד מהזרעה מלאכותית", דיני ישראל ב (תשל"א) עמ' 93-85; הרב ד"ר מ. הלפרין, דילמות באתיקה רפואית (עורך רפאל כהן-אלמגור, מו"ל: מכון ון ליר, ירושלים/הקיבוץ המאוחד, 2002), עמ' 161, בהערה 35. אמנם, יש מקורות בהלכה שבהם הועלה ספק לגבי מעמד היילוד מהזרעה מלאכותית מהבעל (AIH) בנימוק שאין יוחסין בהפריה במבחנה (ראו י. אינדיג, שם), אולם הספק מופרך לאור חזקת אבהות הבעל ("רוב בעילות אחר הבעל").

7 על פי "הודעה על לידה", בהתאם לסעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 וראו הטופס להודעת לידה לפי תקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), התשל"ב-1972, ק"ת 2858.

8 ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד ל"ד (2) 779 וראו להלן ליד הערה 118 וראו גם א' בן דרור, אימוץ ופונדקאות (תל אביב, תשנ"ד), ו' גרין, הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (הוצאת פרלשטיין - גינוסר, 1995), עמ' 107-108.

- ד. אם נושאת — "פונדקאית" (host mother). אשה שהושתל ברחמה עובר, שהופרה מזרע וביצית של זוג הורים מיועדים, היולדת עבורם, על פי הסכם לנשיאת עובר. טכניקה זו מכונה בספרות המשפטית full surrogacy ("פונדקאות מלאה"). אישור הסכם פונדקאות מותנה בכך שההסכם נעשה בין הפונדקאית לבין בני זוג ("איש ואישה שהם בני זוג") וכן "כי הזרע הוא של האב המיועד"⁹. המחוקק אינו דורש שהביצית המושתלת תהיה של האם המיועדת דווקא אלא הדרישה היא שלילית: האם הנושאת לא תהיה האם הגנטית ("הביצית אינה של האם הנושאת"). כלומר, החוק מתיר בפונדקאות, תרומת תא רבייה אחד — ביצית (שאינה של האם הנושאת) ולא תרומת זרע.
- ה. אם תחליפית. אישה שהרתה בדרך הזרעה מלאכותית, ושביציתה הופרתה בזרע איש מזמין שאשתו עקרה. האם יולדת, על פי הסכם, עבור הזוג המזמין¹⁰. וכך נהגו אמהות ואבות האומה:

"ותאמר שרי אל-אברם הנה-נא עצרני ה' מלדת בא-נא אל שפחתי אולי אבנה ממנה..."
 "... ותאמר [רחל] אל יעקב הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי... ותאמר הנה אמתי בלהה בו אליה ותלד על ברכי ואבנה גם אנוכי ממנה"¹¹.

טכניקה זו, שבה היולדת היא האם הגנטית (הפריה חוץ-גופית), מכונה בספרות המשפטית גם "הסכם תחלופה" או "פונדקאות חלקית" (partial surrogacy)¹².

9 סעיף 2(4) לחוק הפונדקאות. וראו גם בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (פסק דין מיום 23.12.2002, פ"ד נז(1) 419) (להלן: משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים). פסק דין זה, שניתן על ידי הרכב של שבעה שופטים, כולל, בנימוקים הנפרדים של השופטים, את עיקרי האסמכתאות בענייני פונדקאות, מתוך הספרות המשפטית בארץ ובחור"ל.

10 במקרה של אם תחליפית או פונדקאית, נשואה, מעורבים או נוגעים בתהליך, בנוסף לתורם הזרע ו/או תורמת הביצית והזוג "המזמין", גם בעלה של האם התחליפית או הפונדקאית. כמו כן ניתן למנות כ"הורים", מבחינת זכויות הילד, גם את בעלה של תורמת הביצית או אשתו של תורם הזרע. לא אכנס כאן לשאלה מי מהצדדים עשוי להתחייב במזונות הילד, מכוח החובה למזונות ילדיו של בן הזוג (ההורה הביולוגי), לפי סעיף 3 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959, ס"ח 276.

11 לעניין שרה ראו בראשית, ט"ז, ב. "אבנה", מגזרת "בן" או יתכן מגזרת "בנה": "שהבן הוא כדמות בנין והאב כמו היסוד" (אבן עזרא, שם). לעניין רחל ולאה ראו בראשית, ל, א'-ג' ואילך, וכך ילדה בלהה את דן ואת נפתלי וכך נהגה גם לאה, ששפחתה זלפה, ילדה את גד ואת אשר.

12 השופט מ. חשין (הלכת משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 9), מגדיר את המתואר בפסקים אלה "פונדקאות של ימי קדם". יש להעיר כי אין מעשה האבות בגדר "פונדקאות" אלא "תחלופה" (אם תחליפית), ואף זאת תוך כדי ריבוי נישואין. על הסכם תחלופה עיינו א' וילצ'יק, "האם התחליפית", משפטים ז' (תשמ"ח) 534; שיפמן ב', עמ' 168-157, 131-155; א' בן דרור, לעיל הערה 8, עמ' 301 ואילך ואסמכתאות שם. וכן ראו גם מ' קוריאנאלי, "לשאלת הפונדקאות בישראל — הערות אחדות בשולי דו"ח ועדת אלוני", המשפט,

הסגרנו מילים אלה במרכאות כפולות ("פונדקאות חלקית"), שכן האם התחליפית אינה "פונדקאית" כל עיקר, אלא אם גנטית וביולוגית – אם טבעית לכל דבר. ההבדל בינה לבין אם המוסרת ילדה לאימוץ הוא רק במרכיב ההסכם עם ההורים המיועדים, שנעשה טרם כניסתה להריון. ועדת אלוני הציעה, ברוב דעות, להתיר את הסדר "התחלופה" (אפילו על-ידי אם תחליפית נשואה), אך חוק הפונדקאות הגביל את ההיתר ל"פונדקאות מלאה". אישור הסכם לנשיאת עוברים מותנה בכך כי הביצית "אינה של האם הנושאת". לאור הוראה זו, הסדר "תחלופה" אינו מותר בישראל וחסר תוקף חוקי¹³.

ו. אם רווקה. חוק הפונדקאות אינו מתיר לרווקה להשתמש בשירותי פונדקאות¹⁴. אולם, אין מניעה חוקית או רפואית לביצוע הפריה מלאכותית ברווקה על ידי תרומת זרע או תרומת ביצית, ובלבד שהרווקה היא היולדת¹⁵. נוסף על כך, בהנחיות שניתנו לבתי החולים מטעם משרד הבריאות, בעניין "טיפול הפריה מזרעו של אדם שאיננו אנונימי", נאמר כדלקמן:

"ככלל ניתן לבצע פעולות פוריות באישה, לפי בקשתה, גם מזרעו של אדם המוכר לה, שאיננו בעלה, או בן זוגה החי עימה. כל זאת מקום שהאישה היא גם האם המיועדת של הקטין ואיננה 'אם נושאת'¹⁶.

היתר זה הותנה בשלושה תנאים עיקריים:

- א. האישה או הגבר אשר מזרעו היא תופרה אינם נשואים (לאחר);
- ב. התהליך נעשה מרצונם, ולא כנגד תמורה כספית או אחרת, לגבר או לאישה;
- ג. על השניים להציג הסכם ביניהם, שיכלול תנאים אלה וכן תנאי

כרך ג', (1995) עמ' 63–70. וראו משפטי המשמורת המפורסמים בתחום זה: *In Re Baby M*, Supreme Court of New Jersey, 109 N.J. 396 (1988); *Anna J. v. Mark C. (Johnnosn v. Calvert)*, 286 Cal Rptr. 369 (1991).

13 סעיף 2 (4) לחוק הפונדקאות. הסדר "תחלופה" אפשרי, מבחינת טכניקת הפריה, גם על ידי תרומת זרע עבור הזוג המזמין, אך חוק הפונדקאות מחייב כי "הזרע הוא של האב המיועד" (סעיף 2(4) לחוק הפונדקאות). ראוי להזכיר, בהקשר זה, גם את האפשרות לאימוץ ילד חורג על ידי בן זוג של ההורה הטבעי (נישואין שניים) – סעיף 12 (א) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א–1981, אך הסכם מוקדם, לפני לידה, אינו תקף (סעיף 32 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א–1981). בגדר האיסורים, יש להזכיר את איסור השיבוט, ראו חוק איסור התערבות גנטית (שיבוט אדם בשינוי גנטי בתאי רבייה), התשנ"ט–1999 (שתוקפו לחמש שנים).

14 סעיפים 2(1) ו-4 לחוק הפונדקאות. וראו הלכת משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 9.

15 ראו להלן סעיף ו' וכן שיפמן ב', עמ' 155–157.

16 חוזר היועצת המשפטית של משרד הבריאות, עו"ד מירה היבנר הראל, מיום 17.1.2001. יודגש כי האמור מעלה מתייחס למשפחה חד הורית (ראו גם חוק משפחות חד הוריות, תשנ"ב–1992, ס"ח 1390). כמובן אין מניעה לפעולות פוריות כאשר לאשה אדם ה"ידוע בציבור" כבן זוגה.

לפיו הגבר מודע לחובותיו כלפי היילוד, כהורה ביולוגי. על ההסכם להתייחס גם לשאלת החזרה ומה ייעשה בחומר הגנטי המשותף".

מבחינת ההלכה היהודית עומדת שאלה מקדמית – האם טכניקות הפריה, על צורותיהן, מותרות בנסיבות של בני זוג חשוכי ילדים. אולם, אין אנו דנים כאן בדיני איסור והיתר לפי ההלכה, אלא בתוצאות ההלכתיות והמשפטיות, בדיעבד, של הפריה מלאכותית, שבוצעה למעשה¹⁷. כמו כן, עולה שאלת הכשירות לנישואין של יילוד מהפריה מלאכותית.

להלן נביא סיכום תמציתי של העמדות השונות בדיני יוחסין שבמשפט העברי לאבהות שמקורה בהזרעה מלאכותית ואמהות שמקורה בהפריה חוץ-גופית¹⁸ ונוסיף את התפתחות דיני המשפחה במדינת ישראל בנושאים אלה. הבעיה המשפטית העיקרית היא – אחר מי מתייחס הילד ומה היחסים המשפטיים בין כל אחד מההורים לבין הילד; כלומר, שאלת האבהות של יילוד מתרומת זרע ושאלת האמהות של יילוד מתרומת ביצית וכל התוצאות המשפטיות הנובעות מכך ביחסי הורים ילדים, כגון: אפוטרופסות, מזונות, ירושה ועוד. הנושא נדון, החל משנות השישים ואילך, בחקיקה בארצות הברית ומדינות שונות באירופה ותהליכי החקיקה והפסיקה, במדינות שונות, עדיין בעיצומם¹⁹. ההסדר החוקי בנושאים אלה (פרט לחוק הפונדקאות), עדיין מצוי בראשיתו: אין חקיקה ראשית המסדירה את ההפריה המלאכותית מתרומת זרע או מתרומת ביצית. היתר או איסור של טכניקות פריה אלה הוסדר בחקיקת משנה²⁰, שהיא חסרת

17 הבחנה זו בין תחומי המחקר מקורה גם בכך שקליטת הדין הדתי בעניינים אלה אינה כוללת את הצד האיסורי שבהלכה, מה גם שאין למנגנון הרבני לכפות איסורים אלה, ראו: א. רוזן צבי, דיני המשפחה בישראל, עמ' 133 ואסמכתאות שם. עם זאת ברור כי התוצאות האישיות, מבחינת הכשירות לנישואין, לגבי יילוד מהפריה מלאכותית, נקבעות על פי הדין הדתי, וזאת מכוח סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

18 ניתוח מקורות ההלכה בהרחבה נכלל במאמר קודם של מחבר הספר: מ. קורניאלדי, "מעמד המשפטי של ילד הנולד בהפריה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית", שנתון המשפט העברי, כרך י"ח-י"ט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 295-327 והאסמכתאות, שם. עיינו גם א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך א' (תשמ"ח), ערך "הזרעה מלאכותית", עמ' 141-148 וביחוד כרך ב' (תשנ"א), ערך "הפריה חוץ גופית", עמ' 115-150.

19 נושאים אלה עומדים על הפרק בחקיקה, פסיקה ופרסומים מדעיים במדינות המערב וקצרה היריעה מציון ביבליוגרפיה מפורטת. ראו, לדוגמא, בארצות הברית Uniform Parentage Act (1979) וסקירת החקיקה בארצות אירופה: Council of Europe, Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo – Comparative Study of the Situation, 39 (Strassburg) 1998 ועיינו גם International Digest of Health Legislation.

20 אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), התשל"ט-1979 ותקנות בריאות העם (בנק הזרע), התשל"ט-1979 (לעיל הערה 5); תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987 (ק"ת 5035); "כללים בדבר ניהולו של בנק הזרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (מנכ"ל משרד הבריאות, 1992). כללים אלה ייקראו להלן, לשם הקיצור, "הכללים בדבר הזרעה מלאכותית". נוסח מעודכן של כללים אלה, שלא פורסמו ברשומות, לרבות טפסי

תוקף חוקי, בהעדר הסמכה לכך בחקיקה ראשית. אין לשר הבריאות סמכות להתקין תקנות בעניינים מהותיים, להבדיל מסדרים אדמינסטריטיביים בדבר "פתיחתם, רישומם, הנהגתם ופיקוחם של בתי חולים, לרבות טיפול רפואי בחולים"²¹. לפיכך התקנות, הכוללות איסורים שונים לגבי טכניקות הפרייה, חסרות תוקף חוקי²². בניגוד להסכמי "פונדקאות מלאה", שזכו להסדר סטטוטורי מניח את הדעת, נותרו הסדרי תרומת זרע ותרומת ביצית, פרוצים לכל רוח.

נעמוד על נושאים אלה במשפט העברי ובמשפט הישראלי, נתמקד בשאלות העקרוניות והכלליות ולא בפרטי הדינים²³.

ב. הזרעה מלאכותית (תרומת זרע) – עמדת המשפט העברי

לפי מקורות ההלכה ברור, כי היילוד מהזרעה מלאכותית אינו מתייחס אחר בעלה של היולדת והדיון מתרכז בשאלה האם היילוד מתייחס אחר תורם הזרע. עוד בתלמוד נזכר הריון ללא יחסי מין – "עיבור באמבטי" (עיבור בתולה תוך רחצה באמבטיה שבה רחץ קודם גבר שהפריש מזרעו)²⁴. הבסיס העיקרי למחלוקת בהלכה בעניין מעמדו של היילוד מהזרעה מלאכותית הוא תשובת רבנו פרץ²⁵, הדנה

- הסכמת התורם והזוג, ראו דו"ח ועדת אלוני, נספח ג', עמ' 122–126 ועיינו גם פ' שיפמן, "קביעת אבהות ביילוד מהזרעה מלאכותית", משפטים, י' (תש"ס) 63, 87–93.
- 21 סעיפים 33 ו-65(ג) לפקודת בריאות העם, 1940.
- 22 הלכת סלמה, לעיל הערה 8, וכן בג"צ 5087/94 מיכל ושלמה זכור נ' שר הבריאות (לא פורסם). וראו גם: שיפמן ב', עמ' 127–129; מ' שמגר, "סוגיות בנושאי הפריה ולידה", הפרקליט ל"ט (תש"ן) 21, 25; י' גרין, לעיל הערה 8, עמ' 52–53 על פרטי הטעמים לבטלות התקנות והכללים השונים בנושא ראו גם להלן סעיף ג'.
- 23 על שאלת זכות הבעל להתנגד להפסקת הריון של אשתו ראו ע"א 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד ל"ה (3) 57; ועל נושא חזרת הבעל, טרם הלידה, מהסכם בין בני זוג להפרייה חוץ-גופית של עוברים ראו פרשת נחמני: ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מ"ט (1) 485 רדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ (4) 661.
- 24 חגיגה, י"ד, ב'–ט"ו, א': "בתולה שעברה מהו לכהן גדול? ... חיישינן [חוששים] שמא באמבטי עברה" [כהן גדול אסור בנישואי אישה שאינה בתולה (ויקרא כ"א, י"ג–ט"ו), אך לפי התלמוד (שם), מעוברת שעדיין בבתוליה, כאמור, מותרת לכהן גדול]. ראו גם מדרש אלפא ביתא דבן סירא, י"ד אייזנשטיין, אוצר המדרשים (1928), עמ' 43 ועיינו גם ע' יעקובוביץ, הרפואה והיהדות (מהדורה עברית, מוסד הרב קוק, 1966), עמ' 230 ואסמכתאות, שם, שם וכן מ. הלפרין, לעיל הערה 6, ליד הערות 22–30.
- 25 רבנו פרץ (בן אליהו מקורביל), מחשובי בעלי התוספות במאה ה-13, מזכיר כאן (בשורות שהושמטו) את אגדת בן סירא (אגדה כי בן סירא נולד לבתו של ירמיהו שקלטה זרע דרך אביה באמבטיה ובשל דרך משונה זו קראוהו "בן סירא" ולא בן ירמיהו ו"סירא" הוא בגימטריה "ירמיהו").

בעיבור אקראי של אשת איש משכבת זרע שהופרשה על סדין ששכב עליו איש זר, וזו לשונה:

"... דודאי אין לחוש דכיון דליתא ביאת איסור ועבירה — הוולד כשר [ודאי אין לחשוש למזירות כיוון שאין ביאת איסור ועבירה — הוולד כשר — מ'ק'] ומה שנהגו שלא לשכב בסדינים ששכב איש אחר אין זה אלא כדי להבחין של מי יהיה הולד דמש"ז של איש אחר, קפדינן אהבחנה כדאיתא ביבמות [כי משכבת זרע של איש אחר מקפידים על הבחנה, כפי שאנו גורסים במסכת יבמות מב, א — מ'ק'], גזירה שמא ישא אחותו מאביו"²⁶.

נימוקי האיסור לפי תשובת רבנו פרץ הם: ראשית, הבחנה בין זרע לזרע. שנית, החשש מפני עיבור אשת איש מזרעו של איש אחר — "גזירה שמא ישא אחותו מאביו". כלומר, מאחר שהילד מיוחס בטעות לבעלה של אמו, הוא עלול לישא, עקב טעות יחוס זו, את אחותו מאביו (בת אביו, בעל הזרע, מאשה אחרת). אחרונים מסיקים, לפי הטעם השני, כי היילוד מתייחס אחר בעל הזרע הזר²⁷ ועל כל פנים, "לחומרא", לעניין איסורי עריות, רואים את היילוד כמתייחס אל בעל הזרע²⁸. לעומת זאת, החיד"א מפרש כי רבנו פרץ התכוון לטעם של הבחנה בין זרע לזרע והטעם השני ("גזירה שמא ישא אחותו מאביו"), לא שייך לעניין, כלשונו:

"דהכא, הגם דלא שייכא [כאן, הגם שלא שייכת] גזירה שמא ישא אחותו מאביו, ואין אב, מכל מקום, יש להקפיד בדין עירובא זרע, הבא ממקום אחר..."²⁹.

כלומר, היילוד משכבת זרע שהופרשה על סדין אינו מתייחס אל בעל הזרע, אלא הוא מחוסר ייחוס מצד האב ("ואין אב") ולא שייכת לעניין "גזירה שמא ישא אחותו מאביו". במילים אחרות: אף על פי שמבחינה גנטית, היילוד מוצאו בזרע של זר, לדעת החיד"א בעל הזרע אינו אביו. אין צריך לומר כי בעלה של אותה אישה (להלן

²⁶ הגהות סמ"ק, מובא אצל הב"ח על טור, יו"ד, סי' קצ"ה. הגירסה שלפנינו מובאת אצל החיד"א (הרב חיים יוסף דוד אזולאי — החיד"א, המאה ה-18), ברכי יוסף, אה"ע, סי' א', אות י"ד והועתקה בנושאי הכלים על השו"ע.

²⁷ בית שמואל על שו"ע, אה"ע, סי' א', ס"ק י'. אך בעל חלקת מחוקק (שם, שם, ס"ק ח'), פתח בעניין בלשון "יש להסתפק". יצוין, כי קדמו במסקנה זו (שהבן מתייחס לבעל הזרע) התשב"ץ, ח"ג, סימן רס"ג, ועיינו גם משנה למלך על הרמב"ם, הלכות אישות, ט"ו, ד' ואחרים.

²⁸ ראו, למשל, ט"ז, אבן העזר, סימן א', ס"ק ח'.

²⁹ ברכי יוסף, לעיל הערה 26. האמור בסיפא לתשובת רבינו פרץ "גזירה שמא ישא אחותו מאביו", אינו, לדעת החיד"א, אלא לשון יתירה ["סירכא דלישנא"]. יתר על כן, הגירסה הנכונה של תשובת רבינו פרץ לא כללה מילים אלה ("גזירה שמא ישא אחותו מאביו"), וזאת כפי שמוכח אצל מ' קוריןאלדי, לעיל הערה 18, בעמ' 303. ראו כתב יד של רבי אברהם ב"ר שלמה נבטוי ("כתב יד פריז", ראש דף רע"ג) וכן צ"ה פריעדמאן, "משפט הנולדים מהזרעה מלאכותית", הפרדס, ספר היובל (ניו-יורק, תשי"א), עמ' 217, 221.

— "בעל-האם") — שהיילוד אינו מזרעו — אינו אביו של היילוד. הטעם לאיסור האשה לשכב על סדין ששכב עליו איש אחר הוא למנוע עירוב זרע, שגורם לטעות בדבר ייחוס היילוד לבעל-האם. יש להעיר כי שלילת האבהות המשפטית, לפי שיטת החיד"א, כאמור, אינה גורעת מהבעיה הכרוכה בנישואי אח ואחות גנטיים מאב משותף.

עוד ראוי להדגיש, כי לפי תשובת רבנו פרץ, היילוד לאשת איש משכבת זרע של זר — שלא מבעילת איסור כגון על ידי קליטה דרך סדין — אינו ממזר ("הולד כשר"), שאין כאן ביאת איסור וערווה. תשובת רבנו פרץ היא היסוד העיקרי לפסק של גדולי הפוסקים בדורנו, ובראשם הרב משה פיינשטיין, כי יילוד לאשת איש מהזרעה מלאכותית, מתורם יהודי — אינו ממזר³⁰. עם זאת, אף על פי שהיילוד אינו ממזר, רואים חכמי ההלכה טכניקת פיריון זו מתורם יהודי זר כמכוערת ואסורה מלכתחילה, גם מחשש נישואי אח ואחות מאב גנטי משותף ("גזרה שמא ישא אחותו מאביו")³¹.

הטעמים לשיטת החיד"א וההלכים בעקבותיו, לפיה הנולד מעיבור מקרי אינו בנו של בעל הזרע, נסמכים וסובכים על ארבעה יסודות עיקריים, הכרוכים זה בזה:

- א. היקש מדין הפקרת זרע האב בביאת תערובת;
- ב. קביעת הייחוס חלה רק בקיום יחסים כדרך הטבע;
- ג. יצירת קשר היוחסין היא רק בהפריה טבעית ולא בהפריית מבחנה;
- ד. פקיעת קשר יוחסין באיבר אדם שנותק ממקומו ותהליכו הטבעי.

30 ראו הרב מ. פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, אה"ע, ח"א, סימנים י' וע"א, המגדיר את דברי האומרים כי היילוד מהזרעה מלאכותית ממזר כ"דברי הבל" וראו גם שו"ת מנחם משיב, ח"ב סימן כ"ו. יש חולקים וסוברים שהיילוד הוא ממזר או ספק ממזר (מדין "שתוקי"). ראו: שו"ת מערכי לב, סימן ע"ג; שו"ת חלקת יעקב, חלק א, סימן כ"ד; שו"ת מנחת יצחק, ח"ד סימן ה'; שו"ת שרידי אש, ח"ג, סימן ה'; הרב ש"ז אויערבאך, "הזרעה מלאכותית", נועם א' (תשי"ח) קמ"ה, קנ"ז וציץ אליעזר, ח"ט, סימן נ"א, שער ד' (עמ' רמ"ה) וחלק י"ג, צ"ז. עיינו גם א. שטיינברג, "הזרעה מלאכותית לאור ההלכה", אסיא, א (מכון שלזינגר, ירושלים, מהדורה רביעית, 1989), עמ' 135–136; א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך א' (תשמ"ח), עמ' 157. לאור דעתו של הרב משה פיינשטיין (הנחשב גדול הפוסקים בדורות האחרונים, עיינו גם ש"ז אויערבאך, מנחת שלמה, סימן ח'), ניתן לקבוע, למרות חילוקי הדעות, כי יילוד מהזרעה מלאכותית מתורם יהודי — אינו ממזר. וראו גם ערעור תשנ"א / 597, בהרכב בראשות הרב הראשי לישראל דאז, הרב א"כ שפירא (לא פורסם). כאסמכתא לשיטת הרב פיינשטיין, ראו גם חגיגה י"ד, ב' (לעיל הערה 24), שכהן גדול רשאי לשאת מעוברת (שעיברה באמבטי), משמע כי האיסור מתייחס לבעולה דווקא.

31 ראו, לדוגמא, שו"ת משפטי עזריאל, אה"ע, סי' י"ט; שו"ת חלקת יעקב, שם, שם, וח"ג סימן נ"ב; שו"ת ציץ אליעזר, כרך י"ג, סימן צ"ג; תיק בית הדין הרבני הגדול לערעורים תשמ"ה / 49 (לא פורסם) וכן רשימת אסמכתאות נוספת אצל א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, שם. יש להדגיש כי חששות הממזרות לא חלות בהזרעה מלאכותית מנוכרי ועל כן המתירים טכניקת פיריון זו, לבני זוג חשוכי ילדים, מפנים אותם לתרומת זרע מנוכרי (ראו שו"ת אגרות משה, שם, שם).

לעניין היסוד הראשון – ההיקש מדין הפקרת זרע האב בביאת תערוכת – לפי ההלכה התלמודית, היילוד מביאת תערוכת (ישראל ונוכריה או נוכרי וישראלית) אינו מתייחס אחר אביו הביולוגי. נוכרי הבא על בת ישראל – הבן אינו מתייחס אחריו, שכן דין תורה הפקיר את זרעו³². כמו כן, ישראל הבא על הנוכרית "הולד כמותה" – נוכרי³³, "ואינו קרוי בנו לשום דבר"³⁴.

בייחוד הרחיב הרמ"ע מפאנו³⁵, כי הגורם ביוחסין אינו טיפת הזרע ומקורה, אלא תפיסת הקידושין [קדושת ישראל] בשעת ההפריה; "בהרכבה זרה" [ביאת תערוכת] אין כלל תפיסת קידושין, באופן שנוכרי הבא על בת ישראל, לא נוצר כלל קשר יוחסין בין העובר למקורו³⁶. מדינים אלה בדבר הפקרת זרע בביאת תערוכת, מקישים לעניין הפקרת זרעו של אדם מישראל, "התורם" את זרעו בכסף, "שאם נתעברה מזרע הפקר ממש [כלומר, על ידי הפריה מלאכותית מתורם], איך ייתכן שיהא להזרע יחס ובוודאי הפקר ממש עדיף"³⁷ [כמו הפקר מן הדין, של זרע נוכרי הבא על ישראלית]. ויש אומרים כי "עוד [טרם] שבא לכלל שותף הפקיר זרעו ושפכו על העצים ועל האבנים, מובן שויתר חלקו באותה שותפות"³⁸. בדיעבד, לאחר הביאה, "רק התורה יכולה להפקיר זרעו ולא הוא עצמו", אך לכתחילה, קודם הביאה, אף הפקר של בעל הזרע מועיל³⁹.

היסוד השני – קביעת הייחוס חלה רק בקיום יחסים כדרך הטבע – נזכר מפורשות בדברי החיד"א, כי אין בעיבור אקראי קיום של מצוות פרייה ורבייה "דלא כיוון משום אקרוי ולא קרב זה אל זה אלא אשה כלל והוא יגע לריק באמבטי"⁴⁰. בזמננו, רבנים חשובים פסקו כשיטה זו, שיילוד מעיבור אקראי אינו מתייחס אחר בעל הזרע. לדוגמא, נציין את דברי הרב הראשי, הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, וזו לשונו:

"בהזרקה על ידי שפופרת שאין בה קרבת בשר ודאי שוולד זה אינו כבנו של בעל שכבת זרע זה, הואיל ואין זה בעילה כדרך כל הארץ. והכי מסתברא [נוכח מסתבר] שאין תולדותיו של אדם מתייחסות לו, אלא כשהן נוצרים כדרך כל הארץ בקירוב בשר ... וכל המשנה דרכו של עולם זה – מעשיו בטלים"⁴¹.

32 יבמות צח, א, וראו גם: יבמות סב, א, בכורות מז, א–ב; נזיר סא, א.

33 קידושין, ס"ח, ע"ב–ס"ט, ע"א וכן יבמות, צ"ח, ע"א.

34 תוספות, קידושין, שם, ד"ה "ולדה כמותה מנלן".

35 רבי מנחם עזריה מפאנו (Da Fano), איטליה, 1548–1620.

36 שו"ת רמ"ע מפאנו, סימן קט"ז.

37 הרב יהושע מנחם עהרנברג, הפוסק, חלק א', סי' תתלב (עמ' תשע"ט).

38 שו"ת הלל פוסק, סי' כ"ד.

39 עיינו הרב מ. כשר, תורה שלמה, כרך יז, עמ' רמ"ב.

40 ברכי יוסף, לעיל הערה 26.

41 שערי עוזיאל, ח"ב, עמ' רל"ד וראו גם: שו"ת משפטי עוזיאל, אבן העזר, סימן י"ט; שו"ת בר ליואי, חלק ב', סימן א'; שו"ת זקן אהרון, חלק ב', סימן ס"ז; דברי מלכיאל, חלק ד', סימן ק"ד וכן מקורות ומאמרים רבים של חכמי ההלכה בדורנו, ראו אנציקלופדיה הלכתית רפואית, לעיל

וכן כתב הרב מ' כשר כי:

"דין ייחוס של תורה חל רק בזיווג כדרך העולם"⁴².

כיוצא בזה כתב הרב אליעזר יהודה ולדינברג והדגיש, שאין היילוד מתייחס אחר בעל זרע, שלא התכוון ולא פעל לעיבורו של היילוד, כלשונו:

"... לא קרב זה מיהת אל אשה כלל ובעד בצע כסף הוא שנתן מזרעו לכך והאשה נתעברה, על כל פנים, מבלי פעולה של קום עשה מצידו להפעלת העיבור. יתר על כן, הרי בכאן באה אחר כך פעולת הרופא... ובלי זה הרי השכבת זרע של האיש הזה מושלכת כאילו על העצים והאבנים ואיך נוכל לזקוף איפוא, כמעשה מצד נותן הזרע"⁴³.

היסוד השלישי — קשר יוחסין אינו נוצר בעיבור במבחנה — נידון בהמשך בהקשר להפריה מלאכותית מתרומת ביצית⁴⁴ והדברים, שיסודם בשו"ת הרמ"ע מפאנו⁴⁵, חלים גם בענייננו, כפי שפסק הרב א"י ולדינברג:

"ייצור הנוצר במקום שאין התייחסות ... שכל ההריון נעשה במבחנה, כאילו הוא יתום מאב ואם גם יחד"⁴⁶.

קל וחומר כי דברים אלה חלים כלפי הפרקטיקה הנהוגה כיום בדבר "תרומת" הזרע כנגד תשלום, באופן שאין לתורם עניין בשימוש שיעשה בזרעו. להיפך, התורם עומד על כך כי שמו לא יקושר לעולם ליילוד מזרעו וחותר על טופס הסכמה לשימוש בזרעו⁴⁷. הסכמת התורם היא חיזוק נוסף לניתוק המוחלט של הקשר בין התורם ליילוד מזרעו. לעניין היסוד הרביעי — פקיעת קשר יוחסין באיבר אדם שנותק ממקומו ותהליכו הטבעי — ניתוק של האיבר ממקומו ותהליכו הטבעי גורם לכך שאין לבעליו עוד שייכות עליו. לפיכך, אדם התורם את זרעו, כמוהו כתורם דם או כתורם כל איבר אחר. הפוסקים התומכים בנימוק זה מביאים כראיה לכך את דברי הרמב"ם:

"אי אפשר שיימצאו אברי האדם בפני עצמם והם אברי אדם באמת"⁴⁸.

הערה 18, כך א', ערך "הזרעה מלאכותית". עם זאת, יש להעיר כי חלק מאחרוני האחרונים הדנים בעניין לא הזכירו כלל את שיטת החיד"א.

42 נועם, כך א', עמ' קכ"ה-קכ"ו.

43 שו"ת ציץ אליעזר, ח"ט, סי' נ"א, שער ד, עמ' רמ"ט.

44 להלן סעיף ה'.

45 שו"ת הרמ"ע מפאנו, סי' קט"ז.

46 שו"ת ציץ אליעזר, לעיל הערה 43.

47 ראו נספח ב' ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

48 רמב"ם, מורה נבוכים, ח"א, פרק ע"ב. מובא כאסמכתא לענייננו אצל הרב ולדינברג, ציץ אליעזר, לעיל הערה 43.

רוצה לומר, איברים שנותקו מגופו של אדם אינם נחשבים עוד כאיברי אדם. וכך משמע גם לענייננו, כי טיבו של הזרע משתנה, מבחינה ערכית ומשפטית, באופן שנפקע הקשר המשפטי בין מקור הזרע לזרע, שאינו משמש עוד נשוא ליצירת יוחסין של היילוד אחר התורם. וכך כותב הרב מ' כשר:

"זרע וכיוצא בזה בכלי הוא כמו שאר דבר מגופו של אדם, כגון שערות או שיניים... שאדם יכול להפקירם או למכרן ואם משהו בא ועושה בתחבולות בעל חי, יש שפיר מקום לומר שאין לו יחס לבעל הזרע"⁴⁹.

וכיוצא בזה כותב גם הרב י"א ליעבס (לעניין תרומת ביצית):

"שאיין לבעלת האברים שום שייכות לולד כמו תרומת דם"⁵⁰.

מטעמים אלה יש מקום להבחין — אף לשיטה בהלכה שהיילוד מהזרעה מלאכותית נחשב כבנו של בעל הזרע, בין עיבור מקרי, שלגביו יש מחמירים, לבין עיבור מתרומת זרע, בייחוד כשהעיבור מתרומת זרע אינו נעשה בגוף האשה אלא במבחנה. לסיכום סעיף זה יש לומר, כי בהלכה תופסת מקום גם שיטה לפיה תורם זרע, המסכים כי הרופא או בנק הזרע יעשו שימוש בזרעו לאישה בלתי ידועה — דינו כמפקיר זרעו, באופן שנפקע היחס הטבעי ולא נוצר קשר יוחסין בינו לבין היילוד, הנחשב כמחוסר ייחוס מצד האב. "מאזן" הדעות השונות בהלכה, סוכם על ידי ועדת אלוני בלשון זו:

"דעת רוב הפוסקים היא שתורם הזרע הוא אבי הילד. לדעת המיעוט, אין יחוס לתורם הזרע, אם ההולדה לא היתה תוצאה של יחסי מין"⁵¹.

לעניין איסורי עריות, הדעה המקובלת, לחומרא, כי היילוד מתייחס אחר בעל הזרע. אולם, "אבהות לחומרא" זו של תורם הזרע, גם מטעם "גזירה שמא ישא אחותו מאביו" היא אבהות "תיאורטית", המשאירה חלל לאימוץ בפועל של הילד על ידי בעל-אמו של הילד, מבחינת המשפט הישראלי.

ג. הזרעה מלאכותית (תרומת זרע) — עמדת המשפט הישראלי

עניין קביעת היוחסין של היילוד מהזרעה מלאכותית, גולש מקביעה עובדתית לשאלה מהותית והמשפט הישראלי, המבוסס על שיטת האבהות הטבעית, דן בשאלת הפקעת מעמדו המשפטי של תורם הזרע כ"אב". כמו כן, שאלה היא האם ניתן לייחס

49 נועם, לעיל הערה 42.

50 הרב י"א ליעבס, "בעניין השתלת איברים", נועם, י"ד (תשל"א), עמ' כ"ח וראו להלן סעיף ה'.

51 דו"ח ועדת אלוני, עמ' 25.

לבעל-האם המסכים כי אשתו תבצע הזרעה מלאכותית, סטטוס של " אבהות חוקית" או לפחות אבהות "מעין חוקית" ("מעין סטטוס"). במילים אחרות: האם צריך, וכיצד, לנתק את אבהותו הביולוגית של תורם-הזרע, והאם וכיצד לייחס "אבהות חוקית" לבעל-אמו של הילד ומי יירשם במרשם האוכלוסין כאביו של הילד?

אין צריך לומר, כי כאשר מדובר באישה פנויה ונותן הזרע מעוניין באבהות על הילד, היילוד מההזרעה המלאכותית הוא ככל ילד שנולד מחוץ לנישואין והגבר, אשר מכיר באבהותו, הוא האב⁵². הבעיה המשפטית מתרחשת במקרים שבהם אישה פונה ל"בנק זרע" לתרומת זרע מ"תורם" אנונימי ("תורם" במרכאות כפולות, משום שמדובר בתרומת זרע בכסף). היילוד מההזרעה הוא ילדם הגנטי של תורם – הזרע ושל האישה, אולם, למעשה, אי אפשר לחשוף את זהותו של תורם הזרע. אין צריך לומר כי העדר הסדר סטטוטורי מעורר בעיות קשות, בשני כיוונים: מעמדו של הילד ביחס לתורם הזרע ("אביו" הביולוגי), מחד גיסא; ומעמדו של הילד ביחס לבעלה של אמו, שהוא, למעשה, "אביו החוקי", מאידך גיסא.

השאלה אינה דיונית – האם יש לחשוף את זהות תורם הזרע (שבנק הזרע הבטיח לו סודיות), אלא מהותית – האם תורם הזרע, בהנחה ששמו ייחשף, חייב במזונות הילד ובכל חיובי אב לילדו, אם לאו. אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, ילך הסעד אחר הזכות (*ubi jus ibi remedium*). חשיפת שמו של תורם הזרע תוכרע, איפוא, לפי התשובה אם הוא חייב לזון את הילד. נשווה לפנינו מקרה שבו הצליחה האם לחשוף את זהות התורם, והיא מגישה נגדו תביעה למזונות הילד. כל עוד שולט הדין האישי על תביעת מזונות בין יהודים, עשויה לעלות טענה, כי בעל הזרע חייב במזונות הילד (טענה מופרכת, לדעתנו כפי שיפורט בהמשך). ניתן למנוע את הסבך המשפטי הקשור בתורם הזרע, באמצעות הליכי אימוץ היילוד מהזרעה מלאכותית על ידי האם. אולם, פרקטיקה כזו אינה מקובלת, שכן, למעשה, בעל-האם שילדה מהזרעה מלאכותית מתורם, נרשם במרשם האוכלוסין כאביו של הילד. לפיכך, אין תימה כי בני הזוג אינם נוקטים בהליכי אימוץ הילד לבעל אימו.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁵³ קובע עקרונות חוקתיים כלליים בענייני שמירה והגנה על החיים, הגוף וכבוד האדם וכן פרטיות וצנעת חיים⁵⁴. עקרונות-על אלה טומנים בחובם את ההגנה על חופש האדם להיות הורה. הכוונה להגנה נגטיבית של אי התערבות המדינה⁵⁵. עם זאת, יש מקום להצדיק את ההגבלות והאיסורים המכוונים למנוע טכניקת

52 סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

53 ס"ח 1391, התשנ"ב-1992, עמ' 150.

54 ראו סעיפים 2, 4 ו-7 (א) לחוק יסוד: כבוד אדם וחירותו.

55 לא אכנס כאן לשאלת ההגנה הפוזיטיבית על זכות ההורות. למעשה הסיוע למשפחות חשוכות ילדים על ידי הפריה מלאכותית נכלל בסל הבריאות: טיפולי הפריה חוץ-גופית לילד הראשון והשני ואף לאשה פנויה עד גיל 51. על זכות ההורות ראו גם שיפמן ב', עמ' 139 ואילך וכן *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535, 541 (1942); *Stanley v. Illinios*, 405 US 645 (1972).

פריזון הכרוכה בפגיעה בכבוד האדם⁵⁶ ולחתור לאיזון ראוי בין העקרונות השונים. אולם, אין מקום לאיסורים כאלה בחקיקה משנה, והוראת שמירת דינים לא תחול עליה, מה גם שאין הסמכה לחקיקת משנה, כפי שיפורט בהמשך. להוציא פונדקאות, אין בחקיקה הראשית מענה לבעיות האבהות והאמהות של היילוד מהפריה מלאכותית וכל הזכויות והחובות הנגזרות מהן. הנושא משוער להסדר חקיקתי שיקבע בבירור את מעמדו של בעל-האם כאב חוקי, בדומה לצו הורות בחוק הפונדקאות⁵⁷.

חקיקת משנה הכריזה על הזרעה מלאכותית כעל שירות בר פיקוח, וקבעה חובת רישוי ("הכרה") וניהול "בנק זרע" בבית חולים⁵⁸. בשנת 1989 נוספה תקנה בדבר איסור הזרעה מלאכותית שלא באמצעות "בנק זרע":

"(3) הזרעה מלאכותית מתורם לא תבוצע אלא בבית חולים שיש בו בנק זרע ומזרע שהתקבל מבנק הזרע"⁵⁹.

התכלית העיקרית של הוראת תיקון זו היא למנוע שימוש בזרע טרי להזרעה מלאכותית, ללא תקופת המתנה הדרושה כדי לבדוק אם הזרע אינו נגוע במחלת איידס⁶⁰. חובות הניהול בבית חולים והרישוי, כאמור, מונעות מגורמים פרטיים לקבל תרומות זרע, שלא באמצעות "בנק זרע" מוכר, דבר המבטיח מנגנון של רישום תרומות הזרע, כנהוג ב"בנק זרע" וכנדרש ב"כללים בדבר הזרעה מלאכותית". כללים אלה מוסיפים סדרת הוראות פורמליות וגם מהותיות לניהול טכניקת פריזון זו. אולם, אין בכוח התקנות והכללים "לקבוע את מעמד המשפטי של ההורים, של התורם או של היילוד מן ההפריה מזרעו של תורם"⁶¹.

יתרה מזאת, חקיקת משנה זו מחוסרת תוקף חוקי. מתקין התקנות חרג מסמכותו, בהכרזה הקובעת כי שירותי הזרעה מלאכותית הם שירות בר פיקוח לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, שכן אין בכך "פעולה חיונית" במובן סעיף 3 לחוק זה, המבוסס על אכרזת קיום מצב חירום במדינה⁶². גם "הכללים בדבר הזרעה

56 עיינו מ' שמגר, לעיל הערה 22. נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), מתייחס לעקרונות יסוד אלה שכבר היו ערך מוגן, לפי התפיסה המקובלת בפסיקה וזכו, לאחר פרסום המאמר, לגושפנקא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

57 ראו סעיפים 11 (ב) ו-12 (א) לחוק הפונדקאות, וראו להלן סעיף ו'.

58 תקנות בריאות העם (בנק הזרע), התשל"ט-1979 וראו לעיל הערה 5.

59 תקנות בריאות העם (בנק הזרע) (תיקון), התשמ"ט-1989, ק"ת 5156.

60 כרמל שלו, "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה", מעמד האשה בחברה ובמשפט (בעריכת פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי, ירושלים ות"א, תשנ"ה-1995) 503 (ד"ר כרמל שלו פעלה תקופה מסוימת כיועצת משפטית במשרד הבריאות).

61 מ' שמגר, לעיל הערה 22, עמ' 36. אמנם, השופט שמגר מוסיף בהמשך דבריו (שם) כי "יש בתקנות ובכללים, אולי, כדי לחזק ולתמוך בהנחות משפטיות בעניין האבהות, שעלו וקמו עוד לפני התופעה החדשה של ההפריה המלאכותית וללא קשר עמה, אך בכך כמובן לא סגי".

62 ראו: הלכת סלמה, לעיל הערה 8; שיפמן ב', עמ' 127-129 וכן מ' שמגר, לעיל הערה 22, עמ' 25.

מלאכותית" חסרי תוקף חוקי: הם כוללים עניינים מהותיים ללא הסמכת המחוקק. נוסף על כך, הכללים נושאים אופי של "תקנות בנות פועל תחיקתי", אך הם לא פורסמו ברשומות כנדרש בחוק⁶³. עם זאת, חקיקת המשנה וההנחיות המנהליות נוהגות, למעשה, עד היום, שכן המוסדות הרפואיים העוסקים בהפריה מלאכותית זקוקים ל"הכרה" של משרד הבריאות והכללים מקובלים ככללי אתיקה רפואית⁶⁴. אולם, דרושה חקיקה ראשית, שתכלול הסמכה לחקיקת משנה, לרבות סמכויות פיקוח מתאימות⁶⁵. בינתיים, עד שהמחוקק יאמר את דברו, יש למצוא פתרון במסגרת מקורות המשפט. הלכה פסוקה היא, כי קביעת אבהות אינה מ"ענייני המעמד האישי"⁶⁶, ולפיכך לא חל בעניין זה הדין האישי-הדתי. לאור הלאקונה (חסר) בחקיקה, עלינו לפנות למקורות משפט משלימים לפי הסדר הבא: הלכה פסוקה, היקש, ועקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל⁶⁷. מאחר שאין תשובה בהלכה הפסוקה או בדרך של

- 63 סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], דיני מדינת ישראל [נוסח חדש], 1: "תקנות בנות פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, תחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה".
- 64 כרמל שלו, לעיל הערה 60, בעמ' 519. עם זאת, ספק בעיני אם יש מקום לדין משמעותי על הפרת הכללים בדבר הזרעה מלאכותית, שכן, כאמור, אין לכללים תוקף חוקי.
- 65 על הפעלת דיני העונשין בתחום זה ראו, לדוגמא, ת"פ (ת"א) 854/80 מדינת ישראל נ' ד"ר דולברג, פסקים מחוזיים, תשמ"ז (ב), עמ' 446. עניין נוסף שעלה לכותרות היא פרשת פרופ' ציון בן רפאל שהחקירה בה החלה בשנת 2000. לפי ממצאי החקירה השתמש פרופ' רפאל בביציות של נשים שטופלו אצלו לצורך הפריית נשים עקרות, וזאת תוך קבלת הסכמה בכתב מצד תורמת הביצית שלא כנגד תשלום. מונתה בעניין ועדה רפואית מקצועית בראשות פרופ' שלמה מור יוסף שהמליצה להסתפק בהליכים משמעותיים והיועץ המשפטי לממשלה קיבל את המלצותיה והחליט בשנת 2003 כי אין מקום להגשת כתב אישום פלילי נגד פרופ' בן רפאל. העניין תלוי ועומד עתה בהליכים משמעותיים נגד ד"ר בן ציון רפאל.
- 66 במובן סימן 51 לדבר המלך, 1922 (Drayton, vol III p. 2581) ראו בג"ץ 283/72 הרצל בוארון נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, ו-יציונה קרשניקר, פ"ד כו (2) 727 (להלן: "הלכת בוארון"). פסק דין זה הכריע בספיקות שהועלו בעניין זה, מאז פסק דינו של השופט זילברג בע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה' 1341 (ראו גם א. רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל, עמ' 95). בית המשפט העליון סטה בהזדמנות אחת (בג"צ 539/79 בוזגלו נ' ביה"ד הרבני האזורי באר-שבע — [טרם פורסם]) מהלכת בוארון (שם) וכן נמתחה בקורת על הלכת זו, עיינו פ' שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", משפטים ד' (תשל"ב) 664, 668–670; שרשבסקי, דיני משפחה, עמ' 351; י' מירון, "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי — השיפוט בענייני אבהות", עיוני משפט ז' (תשל"ט) 729; הנ"ל, התחמקות מהכרעה (שיפוט בענייני אבהות בהרכב חסר), הפרקליט ל"ח (תשמ"ח) 172. גם השופט שיינבוים ז"ל הצטרף לביקורת זו בפסה"ד בעניין מ.א. 114/85 לנדסמן נ' לנדסמן (טרם פורסם), להלן — "הלכת לנדסמן". אולם הלכת בוארון אוזכרה ואושרה בע"א 201/82 פרץ נ' אסולין, פ"ד ל"ז (2) 838 (להלן — "הלכת פרץ נ' אסולין"); ע"א 620/74 מור נ' פלוגית, פ"ד ל' (1) 218–220; ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד ל"א (1) 29–34, וכן לאחרונה בבג"צ 3023/90 פלוגית נ' בית הדין הרבני, פ"ד מ"ה (3) 808, והיא עומדת בעינה.
- 67 חוק יסודות המשפט, תש"ם–1980, ס"ח 978, סעיף 1. על המחלוקת בעניין פרשנות חוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, ראו להלן הערה 74.

היקש⁶⁸, חלים בעניין עקרוניתה של "מורשת ישראל"⁶⁹ ו"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"⁷⁰.

עם זאת, יש ליישם פתרון על פי "מורשת ישראל", במידת האפשר, תוך הרמוניזציה של הדין הדתי והדין האזרחי, באופן שימנעו סיטואציות של "פיצול סטטוס"⁷¹. הכוונה להרמוניזציה דו-סטריית, "תוך התחשבות במידת התאמתן למטרות העומדות מאחורי החקיקה החילונית"⁷². ראוי לקלוט את החזקות שבמשפט העברי, תוך התחשבות בצרכים ובדינמיות של ההתפתחויות בחיי המעשה. כך, לדוגמא, כלל חזקת אבהות הבעל חל בבתי המשפט האזרחיים, מכוח היקש, גם לגבי ילד מנישואי תערובת (שנערכו בחו"ל). לפיכך, אפילו אם השיטה בהלכה בדבר שלילת היוחסין של היילוד אחר תורם הזרע אינה השיטה המכרעת⁷³, ניתן, לאור חילוקי הדעות בהלכה, לאמץ שיטה זו במשפט האזרחי במדינה, מכוח עקרונות "מורשת ישראל" במובנם הרחב או מכוח התכלית הדו-ערכית — הסינתזה של ערכי היהדות וערכי הדמוקרטיה, במובן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷⁴. על השופט לבחור, מתוך ריבוי הדעות בהלכה, את הפרשנות המתאימה, לפי נסיבות הזמן והמקום:

68 אפשר, אולי להקיש בנושא מחוק אימוץ ילדים, תשמ"א–1981 או מחוק הפונדקאות, היוצרים סטטוס של הורות חוקית. אולם, אין הנדון דומה לראיה, שכן יצירת האימוץ או צו הורות (בחוק הפונדקאות) כרוכים בצו קונסטטוטיובי, ואילו ההורות של בעל המסכים להפרייה מלאכותית, היא הסדר דה-פקטו ללא התערבות בית משפט. והשוו לעניין האימוץ והלגיטימציה שנכללו בסימן 51 לדבר המלך, 1922, מה שאין כן האבהות. ראו הלכת בוארון, לעיל הערה 66.

69 ראו הלכת לנדסמן, לעיל הערה 66, וראו גם ט' שטרסברג-כהן, "הפריה מלאכותית — היבטים משפטיים מזווית הילד", ספר יצחק כהן (ירושלים, תשמ"ט), עמ' 380, ועיינו גם שיפמן ב', עמ' 22–27, בייחוד בעמ' 25.

70 סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

71 השוו המגמה הקיימת במשפט הבינלאומי הפרטי למניעת פיצול הסטטוס: א' לבונטין, נישואין וגירושין שנערכו מחוץ למדינה (1957), עמ' 7; מ' שאוה, הדין האישי בישראל, בעמ' 53–55, 57 וכן אסמכתאות, שם.

72 שיפמן ב', עמ' 27.

73 ראו מ. קוריאנאלי, לעיל הערה 18 וכן לעיל סעיף ב'.

74 ראו המחלוקת, שראשיתה לענין פרשנות המושג "מורשת ישראל". השופט מ. אלון, סובר כי יש לפנות למקורות המשפט העברי, במובן הרחב: מ. אלון, המשפט העברי, כרך ג', עמ' 1538 ואילך; ע"ב 3/84, 2/84, ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פ"ד לט (2) 225, 297; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 בעמ' 98; בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ"ב(2) 221, 270. לעומת זאת, לדעה החולקת ראו לדוגמא: פסק-דין של השופט מ' לנדוי, ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם, פ"ד ל"ה(2) עמ' 798–799: "המחוקק הישראלי נמנע מלהזכיר (= את המשפט העברי) בשמו המפורש ותחת זאת בחר במושג 'מורשת ישראל' שאותו עצמו יש עדיין למלא תוכן של ממש בדרך הפרשנות". מחלוקת זו נמשכה, לאחר מכן, בעיקר בין השופטים מ' אלון וא' ברק, גם על פרשנות המושג "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", ראו בג"צ 35/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מ"ה(1) 749. בפסיקה שלטת, בדרך כלל, שיטתו של השופט ברק כי "אין לזהות ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי, אלא כוונת החוק לערכי היסוד של היהדות שהפכו

"ייתכן גם ייתכן, איפוא, שהמושג ערכיה של מדינה יהודית יכול שיתפרש בפרשנות זו או אחרת מתוך מורשת ישראל"⁷⁵.

מסקנתנו בדבר תחולת השיטה בהלכה, הגורסת את ניתוק קשר היוחסין המשפטי של יילוד מתרומת זרע, מתיישבת עם מסקנתו של שיפמן, לפיה המבחן הכללי לאבהות תורם הזרע הוא, כלשונו:

"אם אותו אדם נטל חלק פעיל בהריונה של האישה. לפי זה אין לראות כאבי הילד תורם אנונימי שמסר את זרעו לרופא לשם ביצוע הזרעה מלאכותית באשה נשואה בלתי ידועה לתורם"⁷⁶.

אולם, שיפמן, אינו מציין מהו, לשיטתו, המקור המשפטי למילוי הלאקונה. גם נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), השופט מ' שמגר, הגדיר את פעולת תורם הזרע כהפקדת הזרע בידי הרופא "שדינה כדין הפקרה", אך העיר "על הקשיים העיוניים בהבטחת יישום תיאוריה זו"⁷⁷. הערות אלה אינן גורעות מן המסקנה, כי לפי המשפט הישראלי, תורם הזרע, על אף הקשר הגנטי, אינו אביו של הילד. תרומת זרע מותנית בכך שה"זרע יועד מראש להפריה" ועל תורם הזרע לחתום על טופס "הסכמת תורם", "לשם שימוש בו בהזרעה מלאכותית של אישה שאינה אשתו". הטופס כולל גם ויתור של התורם על זכותו לקבל פרטים בדבר זהות הנתרמת או משפחתה. גם ההורים

לערכים אוניברסאליים" (א. ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א', תשנ"ב-תשנ"ג, 9-36, וכן פרשנות במשפט, כך ב', תשנ"ג, 429). השופט ברק מציין את עקרונות מורשת ישראל "העתיקה והחדשה", כלשונו: "תורתם של ישעיהו וירמיהו – כמו גם של שפינוזה ואחד העם, ז'בוטינסקי ובן-גוריון, בובר ושלום, אגרנט וזילברג – מעצבת את דמותנו כעם וכמדינה" ("חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", שנתון המשפט העברי, י"ג (תשמ"ז) 265, 278, וכן פרשנות במשפט, שם, 443). ועיינו שורת המאמרים בנושא פרשנות חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שפורסמו בשנתון המשפט העברי, כך י"ג (תשמ"ז); וכן א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת החסר ופיתוח המשפט", הפרקליט ל"ט (תש"ן-תשנ"א) 267; י' אדרעי, "חוק יסודות המשפט כמקור סטטורי לאקטיביזם שיפוטי ולמגמות חדשות בפירושה של פקודת מס הכנסה", עיוני משפט י"ז (תשנ"ג) 597. עם זאת, אף השופט ברק מדגיש את האופי היהודי של המדינה בענין חוק השבות, מועדי ישראל וכיוצא בזה (פרשנות במשפט, שם, 451-453). על שיטתו של השופט מ. אלון, לעניין התכלית הדו-ערכית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ערכי יהדות וערכי דמוקרטיה) ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח(1) 87.

75 מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה", עיוני משפט י"ז (תשנ"ג) 659, 669. וראו גם מ' קורנאלדי, "דברי מבוא למפתח הפסיקה של השופט אלון", נספח למשפטים כ"ה (תשנ"ה) ואסמכתאות שם.

76 שיפמן ב', עמ' 118.

77 מ' שמגר, לעיל הערה 22, עמ' 37. הלכת אל-צפדי (ע"א 86/63 אל-צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419, 1425), בדבר הורות כקביעה עובדתית-ביולוגית, התייחסה לאבהות על ילד מחוץ לנישואין ולא להורות ליילוד מהפריה מלאכותית (פרקטיקה רפואית שטרם החלה בתחילת שנות ה-60). וראו גם י' גרין, לעיל הערה 8, עמ' 104-107.

המיועדים חייבים להסכים "בכתב ומראש" להפריה מזרעו של תורם.⁷⁸ אמנם, אבהות טבעית אינה נושא להתנאה,⁷⁹ אך ראוי להוציא מכלל זה "תרומת" זרע. שאלה נוספת מתייחסת לאנונימיות המוחלטת של התורם. ההנמקה לכך היא – שלא יירתעו התורמים הפוטנציאליים, וזאת על אף הפגיעה בזכות הילד לדעת את מוצאו. אכן, אנונימיות זו, הנהוגה למעשה, שוללת את האפשרות לזיהוי התורם, באופן שזכויות הילד כלפי אביו הביולוגי אינן ניתנות למימוש, אך שיקולים מעשיים אלה אינם מיייתרים או מקלים את פתרון הסוגיה העקרונית. תופעת ההזרעה המלאכותית החלה בארץ בשנות השבעים, שאז הושגו תרומות זרע באמצעות רופאים פרטיים, ובראשית הדרך היו מקרים של הזרעה מלאכותית תוך העלמת זהות התורם. כתוצאה מדרישת הרישוי ("ההכרה") ל"בנק זרע" במסגרת בית חולים, נרשם במוסדות הרפואיים, שהורשו לכך, מידע גנטי חסוי של התורמים,⁸⁰ שהוא חיוני מבחינה גנטית-רפואית (מחלות גנטיות וכיוצא בזה). מאחר שאין חקיקה ראשית בעניין מרשם רפואי מרכזי, הנושא מוסדר בתקנות והנחיות מנהליות של משרד הבריאות. ההנחיות המנהליות מחייבות ניהול "כרטסת תורמים" וכן "כרטסת זרע", בשיטה של קוד מספרי, תוך שמירת הסודיות. הכרטסת כוללת פרטים כגון: סוג הדם, צבע העור והשערות ופרטים אחרים הדרושים לדעתו של האחראי לצורכי ההזרעה המלאכותית⁸¹. למעשה, משרד הבריאות מאפשר לרופאי הנישואין הצגת שאילתא למידע הממוחשב הקיים במאגר "בנק הזרע", והתשובה, המצליבה את נתוני בני הזוג המועמדים לנישואין, שוללת או מאשרת קרבה גנטית מדרגה ראשונה, וזאת ללא חשיפה של זהות התורם⁸². עם זאת, בהיעדר חובה חוקית בישראל לעריכת בדיקות רפואיות טרם הנישואין, הבירור הגנטי תלוי ביוזמת בני הזוג או מי מהם, ובלעדיה הקרבה הגנטית שביניהם, אם קיימת, לא תיחשף. משרד הבריאות מתעתד ליזום הצעת חוק לעניין מרשם רפואי מרכזי של תרומת ביציות⁸³, ותמהני מדוע ההצעה אינה מרחיבה את המרשם המוצע, אף לעניין לידות מתרומת זרע. ועדת אלוני המליצה תחילה על "סדרי רישום נאותים הן של זהות ההורים הגנטיים והן של זהות ההורים המשפטיים של הילד, תוך הגבלת זכות העיון"⁸⁴. אולם, בדו"ח

78 תקנות 5–6 לתקנות ההפריה החוץ גופית (תיקון תשס"ב) ונספח 3 ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

79 ראו, לדוגמא, ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו (1) 701, 704 (להלן – "הלכת מרחב נ' שרלין"), ואין צורך לומר שכך הדין גם בהלכה ועיינו גם שיפמן ב', עמ' 109.

80 תקנות הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק זרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט–1979, ק"ת 3996 ותקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט–1979, ק"ת 3996, על תיקוניהם בשנת תשמ"ט. ראו גם לעיל הערה 59.

81 סעיפים 9–14 ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

82 הלפרין, לעיל הערה 6, ליד הערות 75–76.

83 בעקבות הצעת ועדת הלפרין לחוק ההסכמים לתרומת ביציות (2001).

84 סיכום ביניים של ועדת אלוני (דצמבר, 1992), בעמ' 9.

הסופי חזרה בה ועדת אלוני והסתפקה ברישום המידע הגנטי: "מרשם רפואי מרכזי של תרומות תאי רבייה, ללא מידע מזהה לגבי התורמים"⁸⁵. יישום המלצה זו נעשה בינתיים רק לגבי הסדר הפונדקאות (שעוגן בחוק הפונדקאות) ולא לגבי לידות אחרות מהפריה מלאכותית (תרומת זרע או תרומת ביצית).

לעומת זאת, הרב ד"ר מ' הלפרין הציע כי לידות מהזרעה מלאכותית תירשמה בפנקס מרכזי חסוי, שיכלול מידע מזהה של התורמים⁸⁶ (להלן – "מרשם רפואי מרכזי"), בדומה לפנקס האימוצים הנהוג לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981⁸⁷ וכן הוצע לעניין לידות מתרומת ביצית, כשבראש המרכז לרישום יעמוד שופט⁸⁸, ואלה הטעמים לכינון מרשם רפואי מרכזי:

ראשית, זכות אנושית בסיסית היא, כי אדם יוכל לדעת את שורשיו הגנטיים ויחוסו המשפחתי ובפסיקה מבוססת זכות זו אף על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. קטין, כדברי מ' שמגר:

"...[רשאי] שלא לרצות להחשב לבן בלי-אב-ידוע אלא לדרוש לדעת מי אביו... הרי, יש אף טוענים כי מותר האדם מן הבהמה, בין היתר בידיעת האדם על מוצאו... רצונו של הקטין כילוד אנוש לדעת מוצאו, כדי לשמור על זכויותיו הקניניות, המשפחתיות והאנושיות"⁸⁹.

כך גם כתב השופט מ' חשין כי:

"...אכן, כבוד האדם באשר הוא – בליבתו – מזכה אדם בהליך המיועד לידעו מי הוא אביו מולידו..."⁹⁰.

דברים אלה, שנאמרו לעניין קביעת אבהות וילדי אימוצים, יפים גם לגבי זכות ילד שנולד מהפריה מלאכותית לאתר את שורשיו הגנטיים⁹¹. נוסף על כך, זכות זו היא, לעיתים, בעלת חשיבות חיונית גם מבחינה גנטית-רפואית (מחלות גנטיות וכיוצ"ב). עם זאת, אין מקום וצורך לאפשר לילד שנולד מהפריה מלאכותית "לחשוף" את הוריו הגנטיים, ואפשר להסתפק במתן פרטים על שורשיו הגנטיים. שנית, דרוש מרשם לידות מהפריה מלאכותית, שיהא פתוח בפני רושמי הנישואין,

85 דו"ח ועדת אלוני, 1994, עמ' 25–28, 55.

86 מ' הלפרין, לעיל הערה 6 והשווה החוק השבדי, לעיל הערה 80.

87 ס"ח 1028, תשמ"א, בעמ' 293. וראו על הצעה זו בניאל-רונן, אבות בעל כורחם (ת"א, תשנ"ב), עמ' 211.

88 סעיף 15 להצעת ועדת הלפרין לחוק ההסכמים לתרומת ביציות (2001).

89 ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מ"ח (3) 846, 837 (להלן – "הלכת פלוני נ' אלמוני"). והשוו: J. Eekelaar, *Family Law and Social Policy* (London, 1978) 272–273. ראו גם סימן

8 לאמנת זכויות הילד (1989) והשווה החוק השבדי: Act on Insemination (1984: 1140).

90 ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט (2) 578 (להלן: "הלכת פלונית נ' פלוני").

91 ראו גם מ' הלפרין, לעיל הערה 6.

כדי למנוע, הלכה למעשה, גילוי עריות של נישואי אח ואחות, שנולדו מאב גנטי משותף (תורם הזרע) או אם גנטית משותפת (תורמת הביצית).
 שלישית, בית הדין הרבני עלול להורות, כשעניין ההזרעה המלאכותית ייחשף בפניו, כגון בהליכי גירושין, על בירור כשירות הקטין לנישואין או אפילו על רישומו ברשימת פסולי או מעוכבי החיתון במשרד הדתות⁹², מדין "שתוקי" – ילד שאין יודעים את זהות אביו הביולוגי (המושג 'שתוקי' יסודו בכך שכשהילד שידוע שאותו אדם אינו אביו הביולוגי קורא לאדם 'אבא', משתיקים אותו)⁹³. "שתוקי" עלול להיות "ספק ממזר", שנאסר עליו להינשא לישראל⁹⁴. כמו כן, קיים חשש כי הרבנות לא תאשר את הכשירות של מועמדים לנישואין שמוצאם מהפריה מלאכותית, בלי גילוי פרטיו של תורם הזרע, מדין "שתוקי".
 למעשה, החליט בית דין רבני אזורי בירושלים (בראשות אב"ד הרב ע' בצרי), להורות למרכז רפואי הדסה בירושלים לחשוף פרטים מזהים של תורם זרע, שמזרעו נולד ילד מהזרעה מלאכותית. החלטה זו נוגדת את חוק המידע הגנטי, התשס"א–2001. תרומת זרע כרוכה בבדיקה ומידע גנטי שחלה לגביו חובת סודיות מוחלטת של מידע גנטי:

"אדם שהגיע אליו מידע גנטי הנוגע לנבדק, תוך מילוי תפקידו או במהלך עבודתו, ישמרו בסוד ולא ייעשה בו כל שימוש, אלא אם כן קיבל את הסכמת הנבדק לכך, ולפיה"⁹⁵.

אמנם, חוק המידע הגנטי לא התייחס מפורשות לתרומת זרע. עם זאת, ברור שהחוק חל גם על כך, שכן "בדיקה גנטית להורות" מוגדרת כ"בדיקה גנטית לשם קביעת קשרי משפחה של אדם" (סעיף 2 לחוק המידע הגנטי). כל תרומת זרע, מעצם טבעה, כוללת מסירת מידע גנטי המשקף את הייחוס המשפחתי ("קשרי משפחה") של תורם הזרע. בכל אופן, הנורמות שבחוק המידע הגנטי, חלות גם על תרומת זרע, מכוח

92 ראו, לדוגמא, החלטת בית הדין הרבני האזורי חיפה בתיק 2037 / תשמ"ה, שם נפסק בהקשר להליכים שהתנהלו בין הורי יילוד מהפריה מלאכותית מתורם, שהילד יהיה מותר "להתחתן אך ורק עם גיורת" (מובא אצל רוזן צבי, דיני המשפחה בישראל, בעמ' 97). על רשימת מעוכבי החיתון ושאלת תוקפה החוקי ראו מ' בן זאב, "רישום מרכזי של פסולי-חיתון", הפרקליט (תשל"ו), עמ' 249–257, וכן בג"צ 825/03 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, התלוי ועומד.
 93 קידושין, ס"ט, א'; רש"י, שם, שם, ד"ה "שתוקי" וכן קידושין, ע"ד, א'; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, ט"ו, י"ב. ועיינו ערוך השולחן, אה"ע, ד', מ"ז ושרשבסקי, דיני משפחה, עמ' 357, הערה 43.

94 קידושין, שם; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, כ"א, כ"ב; שו"ע, אה"ע, ד', ל"ו ועיינו פד"ר ח', עמ' 283–293 ושרשבסקי, דיני משפחה, שם, בעמ' 357.

95 סעיף 18(א) לחוק המידע הגנטי, התשס"א–2001, ס"ח, תשס"א, עמ' 62. סעיף 38(א)(1) לחוק קובע כי הפרת הסודיות היא עבירה פלילית וראו גם תקנות מידע גנטי (סדרי דין בהליך אישור בדיקה גנטית בחסוי או בפסול דין), התשס"ג–2002, ק"ת 6217.

היקש, שכן בחקיקה הישראלית יש לקאונה בענייני הזרעה מלאכותית (למעט התקנות, שאין להן תוקף חוקי, כאמור). איסור גילוי הפרטים המזהים של תורם הזרע לפי חוק המידע הגנטי, הוא חיסיון בפני זיהוי תורמי הזרע, אשר נכונים לתרום זרע בהסתמך על סודיות העניין.

ההחלטה של בית הדין הרבני חושפת את המחדל של היעדר חקיקה, שעה שבעקבות התפתחות טכניקות ההולדה, מתפשטת והולכת ההפריה המלאכותית בארץ, במימדים רחבים. מרשם רפואי מרכזי של תרומות זרע, עם מידע מזהה של התורמים — כהצעת הרב ד"ר הלפרין — עלול להרתיע תורמים פוטנציאליים, בהיעדר אנונימיות מוחלטת. עם זאת, יש אומרים, כי ההתפתחות שאירעה במדינות אחרות שהנהיגו מרשם מסוג זה (כגון, שבדיה) מוכיחה, כי על אף המידע המזהה אין קשיים בהשגת תורמים, אף כי נשתנה הפרופיל הסוציו-אקונומי של התורמים (אנשים מבוגרים ומבוססים יותר, שאינם חוששים שהילוד עשוי אי פעם לאתר אותם)⁹⁶. אמנם, רצויה האנונימיות של תורמי הזרע, כדי שלא יירצו מתרומתם, אך אין מנוס, בשיטת הנישואין הדתית הנהוגה במדינת ישראל, כי הנושא יוסדר בחוק שיכלול פנקס חסוי של לידות מתרומת זרע, בדומה לפנקס הלידות מפונדקאות ופנקס האימוצים, שסודיותם מובטחת הלכה למעשה.

יש מקום להעדיף, את המלצת ועדת אלוני. הרי אפילו פנקס האימוצים אינו מספק את המידע הדרוש לרושמי הנישואין ולפיכך, כשהילד מגיע לבגרות ונרשם לנישואין הם נזקקים, לחקירות בנושא כשירותו לנישואין. עריכת חקירות אלה, לאחר עבור תקופה ארוכה מזמן הלידה, מכבידה ומקשה מאוד, באופן שאפילו מרשם רפואי מרכזי, עם מידע מזהה חסוי של התורמים, לא יפתור את הבעיות העוללות להתעורר בקשר לכשירות הנישואין של היילוד מהזרעה מלאכותית.

כדי למנוע חקירות יוחסין בשעת הרישום לנישואין, מן הראוי להנהיג הסדר חדש, לפיו ייערך הסכם בין משרד הבריאות לבין הרבנות הראשית לישראל⁹⁷, שעיקרו אישור מראש לפני ביצוע ההזרעה המלאכותית, של כשירות התורם מבחינת ההלכה (כגון באמצעות רב בית החולים). בדרך זו ניתן להסיר מראש את חשש "שתוקי" ולא תתעורר שאלת כשירות היוחסין של היילוד מהזרעה מלאכותית, שכן מעמדו מבחינת ההלכה, אפילו במצב של אי ידיעת זהות האב הביולוגי, הוא "שתוקי כשר"⁹⁸ (=התרומה נלקחה מיהודי כשר לנישואין). דרך אחרת, היא הסמכה בחוק של רב (על ידי מועצת הרבנות הראשית), שיפקח על המרשם הרפואי המרכזי המתוכנן, ויאשר מראש, בסמוך ללידה, את כשירות המועמד לנישואין.

96 מ' הלפרין, לעיל הערה 6.

97 השו"ו, להבדיל, חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 (לעניין ניתוחי מתים), ס"ח 134, שנעשה על פי הסכם עם הרבנות הראשית. וראו דברי הסבר להצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, ה"ח 162.

98 ראו ערוך השולחן, אה"ע, ד', ל"ב; שרשבסקי, דיני משפחה, עמ' 357, הערה 43.

כל אלה לא ימנעו את החשש הרחוק "שמא ישא הילד את אחותו מאביו" הביולוגי או יחסים בין איסורי עריות (עם קרובי משפחה האסורים בחיתון עמו). נישואי אח ואחות גנטיים גורמים לסכנת מומים לצאצאיהם, "החשופים לתחלואה ולתמותה גבוהים ביותר"⁹⁹. לפיכך, בשלב הרישום לנישואין, יהא צורך לברר – כשמדובר במועמד לנישואין שנולד מהפריה מלאכותית – אם בן הזוג המיועד הוא קרוב משפחה גנטי מדרגה ראשונה. בדיקה כזאת יהא ניתן לעשות בנקל, אם יוסדר פנקס לידות מתרומת זרע, באמצעות שאילתה, ללא חשיפת זהות התורם. כמו כן, במקרה שההזרעה המלאכותית נעשתה מנכרי, לא קיים חשש כלשהו לכשרות היוחסין של הילד שנולד לאם יהודיה והוא כשיר לנישואין. עם זאת, כיום, אף על פי שמשרד הבריאות הנחה, למעשה, להתיר לרושמי נישואין לברר קרבה גנטית, הרי בטרם נוסד המרשם הרפואי המרכזי, המידע מפוזר בין מוסדות רפואיים שונים וכדי לוודא שאין חשש נישואי אח ואחות גנטיים, רושם הנישואין צריך לאתר כי בני הזוג המיועדים, או מי מהם, הוא יילוד מהפריה מלאכותית, וגם מהו בנק הזרע שבו מצוי המידע הגנטי הרלוונטי¹⁰⁰.

יתרה מזאת, מומחי רפואה מתריעים על המצב הנוכחי לפיו –

"...לאורך השנים הארוכות של פעילות בנקי הזרע אין רישום ומעקב מקבילים לאלה המוצעים לגבי תרומת ביציות. מעבר לכך אין מעקב מדויק ואמין אחר מספר הילדים שנולדו לכל תורם זרע וכן אין תיאום בין בנקי הזרע השונים כדי למנוע מתורם אחד לעבוד מול מספר בנקים"¹⁰¹.

עד כאן מסקנתנו כי היילוד מהזרעה מלאכותית מחוסר אב. עתה נעבור לדון בשאלה האם וכיצד בעל-האם זוכה למעמד של "אב חוקי", ומה חובותיו כלפי הילד.

ד. "אבהות חוקית" ליילוד מהזרעה מלאכותית (תרומת זרע)

חקיקה ראשית חסרה אף בתחום זה והפסיקה נוטה למלא חלל זה על ידי יצירה שיפוטית¹⁰². ההסדר החוקי של "הודעה על לידה" מטיל על בית החולים את חובת ההודעה:

99 ראו א. פנחס-חמיאל וב. רייכמן, "גילוי עריות – עוון אבות על בנים", הרפואה, כרך 121, חוברות ז'–ח' (אוקטובר 1991), עמ' 252–253.

100 השוו סעיף 24 להצעת ועדת הלפרין לחוק ההסכמים לתרומת ביציות (2001), המתיר לאיש ואשה שבכוונתם להיות בני זוג לשלוח שאילתא למרשם הרפואי המרכזי המתוכנן של תרומות ביציות, אך, כאמור, אין עדין תכנון למרשם רפואי מרכזי של תרומות זרע.

101 ד"ר שחר קול (מנהל היחידה להפרייה חוץ גופית מרכז רפואי רמב"ם), "תגובה למאמרו של ד"ר הלפרין", רפואה ומשפט, ספר היוכל (2001 – התשס"ב) עמוד 404.

102 ראו הלכת סלמה, לעיל הערה 8, ומ' שמגר, לעיל הערה 22, בעמ' 40.

"הודעה על לידה שאירעה בישראל תמסר לפקיד הרישום תוך עשרה ימים. ההודעה תמסר על ידי האחראי על המוסד שבה אירעה הלידה..."¹⁰³.

הסדר זה חל, למעשה, גם במקרים של יילוד מהזרעה מלאכותית, אף על פי שידוע לבית החולים כי היילוד הוא מהזרעה מלאכותית. הבעל נרשם במרשם האוכלוסין, על פי "הודעת הלידה" – הנמסרת מטעם בית החולים – כאביו של היילוד מתרומת זרע. יש להוסיף, כי לפני ביצוע ההזרעה המלאכותית, הבעל חותם בפני הרופא האחראי, על טופס "הסכמה להזרעה מלאכותית עם זרע של תורם", הכולל הצהרה כי "הילד שייוולד יחשב לכל דבר כאילו היה ילדו הטבעי, לרבות לעניין מזונות וירושה וישא את שם משפחתו"¹⁰⁴.

הצהרה זו, כי בעל-האם יחשב כאבי הילד לכל דבר ("הילד יחשב לכל דבר כאילו היה ילדו הטבעי"), אינה מועילה, שכן אין אדם יכול ליצור סטטוס בהסכם. ההנחיות וטופס ההסכמה, דנות במפורש רק בשם המשפחה של הילד ומשוות את מעמד היילוד מהזרעה מלאכותית לילד טבעי בכך שהוא מקבל את שם משפחת הוריו (שם משפחת האב, שהוא, בדרך כלל, שם המשפחה המשותף של בני הזוג)¹⁰⁵. לעומת זאת, לעניין השם הפרטי של אבי הילד, לפי האמת העובדתית, הילד נכנס לגדר "אדם שהשם הפרטי של אביו אינו ידוע"¹⁰⁶. לפיכך, קביעת השם הפרטי של אבי הילד כשם הבעל, כפי ההסדר הנהוג למעשה, הוא, לכאורה, רישום לא נכון וקמו עוררין על הסדר זה¹⁰⁷. אולם, לאור חזקת אבהות הבעל, רישום שם אבי הילד כשם הבעל במרשם האוכלוסין הוא לגיטימי אף-על-פי שהאמת העובדתית, הידועה לנוגעים בדבר, היא שונה, והכל רשאים לנהוג על פי החזקה הכללית בנושא זה.

עם זאת יש להשיג על הנחייה אחרת ב"כללים בדבר הזרעה מלאכותית", לפיה "במידת האפשר יש להשתמש בזרע הבעל כשהוא מעורב בזרע של תורם", וזאת לאחר שנתברר כי "אין האישה יכולה להרות מזרע בעלה בלבד"¹⁰⁸. הנחייה זו נקבעה כדי לחזק, מבחינה פסיכולוגית את הרגשת האבהות של הבעל, וגם כדי להגן על מירשם הבעל כאבי הילד לפי חוק השמות, בהסתמך על חזקת "רוב בעילות אחר הבעל". אולם הנחייה זו אינה חוקית: ראשית, הזרעה מלאכותית מבצעים במקרה של בעל עקר,

103 ראו סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה–1965 ותקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה) התשל"ב–1972, ק"ת 2858.

104 נספח ב' וסעיף 25 ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

105 סעיף 3 לחוק השמות, תשט"ז–1956, ס"ח 207.

106 מצוות החוק היא כי במקרה זה יש לרשום את שם אבי הילד כשם אבי אמו (סעיף 9א לחוק השמות, תשט"ז–1956), אך מנוסח סעיף 24 ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית" והסכמת הבעל כי "הילד יחשב כבנו לכל דבר ועניין כאילו היה ילדו הטבעי", עולה הסדר אחר כמפורט בסמוך.

107 בניאל-רונן, לעיל הערה 87, עמ' 211.

108 סעיפים 19 ו-22 ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

ולפיכך, ברור שהיילוד אינו בנו הגנטי. שנית, ההלכה מקפידה על ההבחנה בין זרע לזרע בכלל, ובין זרע זר לזרעו של הבעל בפרט¹⁰⁹. שלישית, הנחייה זו סותרת את זכות האדם לאתר את שורשיו הגנטיים, המעוגנת, לפי פרשנות הפסיקה, גם בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. רביעית, יש להפנות, אף בהקשר זה, לחוסר התוקף החוקי של ה"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

רישום הבעל כאבי הילד במרשם הוא ראייה לכאורה¹¹⁰, אך בכל אופן, שאלת האבהות עלולה להתעורר במקרים של פירוד או גירושין בין בני הזוג, בדרך של הכחשת אבהות מצד הבעל או טענות האשה כנגד אבהות הבעל, בהקשר לזכויות אפוטרופסות והחזקת ילדים. בעבר, כל זמן שהטכניקה של הזרעה מלאכותית מתורם טרם פשטה, טענות הכחשת האבהות מצד הבעל, הושקו, על יסוד החזקה ההלכתית של "רוב בעילות אחר הבעל"¹¹¹. כיום קביעת אבהות נפסקת, לא רק על-פי הודעת והודאת הצדדים וראיות, אלא, בעיקר, באמצעות בדיקת רקמות¹¹². אכן הכחשת אבהות של הבעל לא תשמע במקום שעלול להתעורר כתם של ממזרות הילד¹¹³, אך לאור פסיקתו של הרב פיינשטיין¹¹⁴, הוסר, במקרים של הזרעה מלאכותית, חשש הממזרות ואין מניעה הלכתית לברר את האמת העובדתית. בעקבות התפשטות טכניקת פירון זו, בתי הדין הרבניים אינם גורסים כי הבעל מנוע מהכחשת אבהותו, בסיטואציה של יילוד מהזרעה מלאכותית.

לעומת זאת, ההתפתחות בפסיקה האזרחית היא בכיוון שונה. בעל-האם, חייב במזונות הילד מדין צדקה¹¹⁵ או מכוח חיוב לילד של בן זוגו¹¹⁶. על כך יש להוסיף את התחייבות בעל-האם מכוח ההסכמה להזרעה מלאכותית, כלשון הלכת סלמה:

109 רבינו פרץ, לעיל הערה 25, וראו המקורות בהלכה בזמננו: הרב ש"ז אויערבך, לעיל הערה 30; יביע אומר, ח"ב, אהע"ז, סימן א'; מנחת יצחק, ח"א, סימן נ'; אגרות משה, אה"ע, ח"א, סימן ע"א; ציץ אליעזר, ח"ט, סימן נ"א, שער ד. ועיינו גם הר צבי, טור, אהע"ז, בית יוסף, סימן א'. סעיפים 2 ו-3 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965.

110 ראו לדוגמא, פסק דין בית הדין הרבני הגדול לערעורים (תיק ערעור תשל"ב / 72 — לא פורסם). פרטים על תיק זה בדרגה ראשונה (ביה"ד הרבני האזורי חיפה) ובערעור ראו: י' גרין, "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל", אסיא ה' (תשמ"ו), בעמ' 125, 129-131.

111 ראו גם ע"א 2558/91 פלונית נ' פלוני, פ"ד מ"ז(2), עמ' 8, 13. לעניין שיטת הבדיקה של תיאום וסיווג הרקמות (HLA) ראו גם: ע' קפלן, ח' בראוטבר, ד' נלקן, "אבהות כשאלת מדעי הדם", עיוני משפט ז' (התשל"ט-תש"ס), עמ' 46; H.D. H.D.Krause, "Scientific Evidence and the Ascertainment of Paternity", 5 Fam. L. O. (1971) 252.

112 ע"א 1354/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד מ"ח (1), 711, וראו גם ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד ל"ה (1), 736, 748-749.

113 אגרות משה, לעיל הערה 109. וראו גם פסק דין בית הדין הרבני הגדול (ערעור תשנ"א / 597, לעיל הערה 30).

114 סעיף 3 (א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959. הלכת סלמה, ראו לעיל הערה 8. וכן י' אינדיג, לעיל הערה 6.

115 סעיף 3 (ב) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

"מההסכם בין הבעל והאישה בדבר קיום הזרעה מלאכותית משתמעת התחייבות הבעל לזון את הילד שייוולד כדרך שחייב אב לזון את ילדו"¹¹⁷.

סוגיית שלילת אבהותו של תורם-הזרע, לא נידונה בהלכת סלמה; כנראה בשל אנונימיות התורם או החיסיון המוטל, למעשה, על זהותו. הפסיקה פתרה את ייחוס האבהות לבעל-האם, דרך קונסטרוקציה "חוזית": רואים את בעל-האם, שהסכים להזרעה המלאכותית, כמי שהתחייב לשאת במזונות הילד, "כדרך שחייב אב לזון את ילדו".

בפרשת סלמה בני הזוג התגרשו ולכן החיוב מכוח החוק נפל, אך נותר בעינו החיוב מכוח הסכם. אין צריך לומר שקונסטרוקציה זו מעוררת קשיים. חיוב מזונות על בסיס התחייבות – ולא על בסיס סטטוטורי – הוא עניין חוזי רגיל, כשם שתביעה למזונות הסכמיים בין "ידועים בציבור" שערכו "הסכם חיים משותפים" – ולא נישאו כחוק – הן עניין חוזי, אולם המוסד לביטוח לאומי מחיל את הבטחת תשלום מזונות¹¹⁸, כמובן על פי הסכם שאושר כפסק דין על ידי בית המשפט, גם על מזונות בין "ידועים בציבור". בית המשפט בהלכת סלמה, לא נתן דעתו להבדלים בין מזונות מכוח אבהות לבין מזונות מכוח התחייבות. לשיטתנו בדבר אבהות כ"סטטוס", יש לראות את חיוב המזונות של בעל-האם כחיוב מזונות רגיל, לכל דבר ועניין. יתר-על-כן: שלילת האופי החוזי של חיוב המזונות לטובת ילד שנולד מהפריה מלאכותית, יסודה גם בכך שההורים אינם רשאים להתנות שהבעל לא יהא חייב במזונות ילד שנולד בתקופת הנישואין, מה גם שקביעה כזו נוגדת, כמובן, את תקנת הציבור. יצויין כי קודם הלכת סלמה, הפסיקה הרבנית חייבה את בעל-האם במזונות הילד שנולד מהזרעה מלאכותית וזאת מכוח הסכמת הבעל להזרעה; אלא שמהות החיוב "כדין ערב" ובית הדין הרבני הוסיף כי:

"בעוד החיוב הרגיל הינו חיוב המוטל על האב כלפי ילדו... הרי בנידון דידן זו היא התחייבותו כלפי האישה, [למזונות הילד]... מכוח היותה היא עצמה בת עמידה כתובעת ולא כאפוטרופסית של הילד"¹¹⁹.

מאידך בית הדין הרבני הגדול פסק בכיוון הפוך ושלל זכות מזונות מבת שנולדה מהזרעה מלאכותית מתורם, שנעשתה בהסכמת ואף ביוזמת הבעל¹²⁰. בפסק דין הרוב,

117 הלכת סלמה, לעיל הערה 8 עמ' 784. וראו P. Shifman, "First Encounter of Israeli Law with Artificial Insemination", 16 *Israel Law Review* (1981) 250.

118 ראו חוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972, ס"ח 654.

119 תיקים מספר תשל"ה/5016, תשל"ו/1366, אוזכר בהלכת סלמה, לעיל הערה 8, בעמ' 783 וראו י. גרין, לעיל הערה 108, בעמ' 132-135.

120 תיק בית הדין הרבני הגדול לערעורים תשמ"ה 49 (לא פורסם).

באה לביטוי מדיניות הלכתית¹²¹, כלשונו של הרב עובדיה יוסף, כי "נבלה נעשתה בישראל"¹²².

למעשה, הורה משרד הבריאות לבתי החולים העוסקים בהזרעה מלאכותית מתורם, לדרוש כי הבעל יחתום על טופס הסכמה, שבו נאמר, מפורשות, בין היתר:

"הבעל מסכים ומצהיר כי הילד שייוולד כתוצאה מהזרעה מלאכותית ישא את שמו וייחשב כבנו לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות וירושה"¹²³.

התחייבות זו של בעל-האם היא בלתי תלויה בקיומם של הנישואין ועומדת בעינה, לעניין מזונות הילד, גם לאחר הגירושין. אולם הבעיה העיקרית היא שרוב ענייני המעמד שבין אב לילד אינם יכולים להיות נושא להסכם כל עיקר. מזונות מן העיזבון, וכמובן ירושה – אינם יכולים כלל להיות נושא להסכם; התוצאה, היא איפוא, כי הקונסטרוקציה החוזית ליחסי בעל-האם והילד תגרום, אם הדבר יחשף, שהילד לא יירש את בעל-אמו. יתר-על-כן, הסכם קונסטרוקטיבי כזה הוא, מעצם מהותו, חד-צדדי ואינו מחייב את הילד; אין צריך לומר, למשל, כי בעל-האם אינו זכאי לרשת את הילד.

לפיכך, הקונסטרוקציה החוזית אינה תשתית מספקת ליחסי בעל-האם והילד, שהרי התחייבות בעל-האם (כגון, לעניין ירושה או אפוטרופסות), חסרה הגושפנקא החוקית ליצירת סטטוס האבהות: "אב" אינו אלא אב טבעי או מאמץ או על פי קביעת אבהות (בדרך פסק דין הצהרתי). נקיטת הליכי אימוץ, לצורך הסדר האבהות של בעל-האם, במקרה של יילוד מהזרעה המלאכותית, אינה פתרון ראוי שכן היא עלולה לגרום ל"ריחוק משפטי" של "האב", אשר על אף הסכמתו ומעורבותו המלאה בתהליך הפריה ולאחר מכן בגידול הילד, הוא יזקק לגושפנקא משפטית על כך¹²⁴. אולם בפרקטיקה המשפטית רואים את בעל-האם, הרשום, כאבי הילד במרשם האוכלוסין, כאבי הילד לכל דבר ועניין. ואכן גם בהליכי ירושה, בדרך כלל, לא מתעוררת הטענה שבעל-האם אינו אביו של הילד, מה גם שהמתנגד לזכות הירושה של היילוד מהפריה, מנוע לעורר טענת התנגדות זו, לאור חזקת אבהות הבעל¹²⁵.

121 על מדיניות הלכתית כמקור משפטי בפסיקה ההלכתית ראו: מ' דרורי, תחומין א' (תש"מ) 280, בעמ' 294–296 וכן י. שפירא, "התייחסות ההלכה לקראים – מדיניות או מסורת משפטית", מחקרי משפט י"ט (תשס"ב), עמ' 285.

122 ועיינו גם שו"ת ציץ אליעזר, כרך י"ג, סימן צ"ז, המכנה את ההזרעה מלאכותית מתורם כ"תועבה". עם זאת, באותו מקרה ההזרעה נעשתה שלא בהסכמת הבעל, אך לשיטת הרב וולדנברג הסכמת הבעל אינה גורעת מחומרת מעשה ההזרעה המלאכותית.

123 נספח ב' ל"כללים בדבר הזרעה מלאכותית".

124 מ' שמגר, לעיל הערה 22, עמ' 32.

125 אין צריך לומר כי אין לראות התחייבות זו כצוואה, משום שאין היא ממלאת אחר אף אחת מצורות הצוואה שבחוק הירושה, התשכ"ה–1965, מה גם שהתחייבות לעריכת צוואה, בטלה, מכוח סעיף 27(א) לחוק הירושה, התשכ"ה–1965.

מאידך, במקרים של גירושין, מתעוררת, לעתים, על פי טענת אמו של ילד שנולד מהזרעה מלאכותית, שאלת הבסיס המשפטי לזכות הבעל (הגרוש) לביקור הילד¹²⁶. הפסיקה הרבנית קבעה, כי "האב" (הגרוש) אינו אביו של היילוד מהזרעה מלאכותית ואינו זכאי לביקור הילד, וכי יש לבטל את רישומו כאביו במרשם האוכלוסין¹²⁷. תוצאה זו מבוססת על גישת האבהות הטבעית בדין-תורה, לפיה לבעל-האם אין מעמד כאב. על פסק דין רבני זה יש להעיר: ראשית, לבית דין רבני נתונה סמכות שיפוט, אגב גירושין, בעניין קביעת אבהות¹²⁸. כמו כן, ענייני החזקת ילדים של בני-הזוג, לרבות הסדר ביקור הילדים נחשבים ככרוכים מטבעם בגירושין, וממילא, נמצאים הם בסמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני. לפיכך, הסכם גירושין שאושר כחוק, יכול להקנות, לבעל-האם, את האפטרופסות על הילד. אולם, במקרה שקביעת האבהות (ליילוד מהפריה מלאכותית) לא נידונה במפורש אגב הליכי הגירושין, נשמט, לאחר הגירושין, הבסיס לסמכות בית הדין¹²⁹. לפיכך אין תוקף להוראות האופרטיביות של פסק הדין הרבני הנידון, לרבות לעניין ביטול רישום האבהות במרשם האוכלוסין.

שנית, המשפט האזרחי מיישם בעקביות את הכלל ההלכתי "רוב בעילות אחר הבעל" (חזקת אבהות הבעל) ולפיכך, בפסיקה האזרחית בעל-האם יוכר כאביו החוקי של הילד. נוסף על כך, הילד, שלא היה צד להליכי הגירושין בין הוריו, רשאי להגיש תובענה נגד בעל-האם ("אביו החוקי") (באמצעות אחד מהוריו או נציג מתאים), מה גם שיש לראות את הילד כבעל דין עצמאי הזכאי להיות צד בנושא¹³⁰. שלישית, הפסיקה האזרחית קובעת לעניין אב מוסלמי לילד מחוץ לנישואין "אבהות אזרחית"¹³¹ — וניתן על פי היקש להחיל "אבהות אזרחית" זו — שהיא "סטטוס" או "מעין סטטוס" — גם לעניין אבהות חוקית של בעל-האם ליילוד מהזרעה מלאכותית.

רביעית, לפי עובדות המקרה, בני זוג התגרשו, בהיות הילד (שנולד מהזרעה מלאכותית, כאמור) כבן שש. אפשר שמסקנת בית הדין הרבני היתה שונה בבני זוג

126 והשוו הדוקטרינה בחקיקה ובפסיקה בבריטניה על הורות חברתית (Social Parenthood), וכן ראו: J. Dewar, *Law and the Family* (1992) ch 3 (p. 70 ff) ch. 11. וכן בפסיקה ובחקיקה בארה"ב ראו C. Shalev, *Birth Power* (1989) p. 76 ff. ועוד ראו לציין את המושג — הורה מדיני היושר, *Atkinson v. Atkinson*, 160 Mich. App. 601 408 N.W. 2d 51 Mich. App., 1987.

127 תיק ערעור תשנ"א / 597, לעיל הערה 30.

128 הלכת בוארון, לעיל הערה 66.

129 ראו הלכת פרץ נ' אסולין, לעיל הערה 66. יתכן שיש מקום לטענה כי שלילת אבהות מפסיקה את סמכות בית הדין לדון ביחסים המשפטיים בין בעל-האם לבין הילד. השוו בג"צ 214/64 אוה בסן לבית אהרנפלד נ' דייני בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד יח (4) 309 (שלילת סמכות בית הדין הרבני במקרה של ספק יהודי).

130 ראו הלכת פרץ נ' אסולין, לעיל הערה 66.

131 ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט (2), 578.

שעודם נשואים, כפי שעולה מנימוקי פסק הדין, שבו מכונים היחסים בין בעל-האם לילד, בטרם הגירושין, כ"אימוץ", והכוונה לאימוץ בפועל במובן ההלכתי. כמובן, אפשר שהנושא יעבור אותה מטמורפוזה שעברה הלכת שיתוף נכסים בין בני הזוג, בדרך של "משפט מקובל נוסח ישראל": מקונסטרוקציה חוזית לפיקציה חוזית, וממנה להלכה שיפוטית כמקור נורמטיבי עצמאי. על כל פנים, למעשה, במקרים של יילוד מהזרעה מלאכותית, יש מקום למסקנה לפיה, בעקבות ההסכמה, השם, חזקת אבהות הבעל, האפוטרופסות למעשה והאבהות הפסיכולוגית, נוצרים, יחסים משפטיים בין בעל-האם לילד, הדומים לאימוץ בפועל (לרבות חיוב מזונות ולהוציא ירושה). ההתפתחות בשיטתנו המשפטית, בדומה לתקדימים בארצות אחרות¹³², ובשינויים המחויבים, היא בכיוון של "אבהות חוקית" או "אבהות מעין חוקית" וראויה התערבות המחוקק בנושא זה, ויפה שעה אחת קודם. בינתיים, עד שהמחוקק יאמר דברו, מן הראוי, כתנאי מוקדם לרישום בעל-האם כאבי הילד, לחייב את בני הזוג לערוך הסכם מתאים (בנוסף לטופס ההסכמה הסטנדרטי הנדרש על ידי משרד הבריאות) ולהגיש את ההסכם, בטרם ביצוע ההזרעה המלאכותית, לאישור בית המשפט למשפחה (בדומה להסכם יחסי ממון בין בני זוג והסכם מזונות קטין)¹³³. אישור בית המשפט כמוהו "מעין אימוץ" לפני לידה. הסדר מסוג זה, מתיישב עם רוח ההלכה ועקרונות "מורשת ישראל" ודומה לשטר אימוץ שהיה נהוג בשעתו בבתי הדין הרבניים¹³⁴, וזאת ללא נקיטת המונח והפרוצדורה של אימוץ, העלולים לפגוע, מבחינה פסיכולוגית, באנשים המעורבים. לפיכך, אם בני הזוג יתקשרו בהסכם, שיאושר ויקבל תוקף של פסק דין על ידי בית משפט למשפחה, ובנוסף לכך הילד יקבל את שם המשפחה של בעל-האם, המוחזק כאביו (מכוח חזקת אבהות הבעל), ובעל-האם מגדל את הילד ופועל כאפוטרופוס למעשה¹³⁵, כל אלה, אף ללא נקיטת הליכי אימוץ או אפוטרופסות חוקית, עולים כדי "אבהות חוקית".

132 השו: J. Dewar, *Law and the Family* (1992) p. 71 "There is now evidence of a move towards constructing relationships status like around new organising concepts"

133 ראו סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 וסעיף 12(א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959. דרך זו אפשרית במסגרת החקיקה והפסיקה הקיימת (ראו הלכת סלמה, לעיל הערה 8).

134 ראוי להוסיף כי מאחר שההלכה אינה מאפשרת הפקעת קשר היוחסין הטבעי של ההורים, נהגו בתי הדין הרבניים, לפני חקיקת חוק האימוץ, תש"ך-1960, לקבוע, מכוח התחייבות המאמצים, מערכת יחסי אימוץ למעשה ("מעין אימוץ"), הדומה בתוכנה לאימוץ חוקי (למעט עניין הירושה). עשיית שטר התחייבות מסוג זה מתיישבת עם הדין הדתי, לפחות בענייני מזונות (להוציא ירושה).

135 ראו סעיף 67 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. לעניין סעיף זה (ללא קשר להפריה מלאכותית), ראו שרשבסקי, דיני משפחה, בעמ' 432-434 ואסמכתאות, שם. שיפמן, מצביע על סעיף זה כפתרון מה למעמד בעל-האם לעניין יילוד מהזרעה מלאכותית (שיפמן ב', עמ' 119), אך נראה שזהו רק מרכיב אחד במכלול היחסים המשפטיים שבין בעל-האם לילד, אשר, כאמור למעלה, עולים עד כדי "אבהות חוקית".

לאחר שביררנו את מעמד היילוד מהזרעה מלאכותית (תרומת זרע) נעבור לבדיקת השווה והשונה במעמד היילוד מהפריה חוץ-גופית (תרומת ביצית). נברר תחילה את עמדת המשפט העברי ולאחר מכן את עמדת המשפט הישראלי.

ה. יילוד מהפריה חוץ-גופית (תרומת ביצית) – עמדת המשפט העברי

שותפות האב אינה אלא בהורותו של היילוד בשלב ההפריה, ואילו תרומת הביצית היא רק חלק מהשותפות האמהית, הכוללת, הן את ההפריה והן את שלבי ההריון והלידה. אף כאן מתעוררת, שאלת היחס בין הנתרמת-היולדת לבין היילוד מתרומת ביצית, הנושא תכונות גנטיות של התורמת. לעניין האבהות אין לך אלא שאלת קביעת אבהות טבעית לגבי אדם אחד, ממנו מוצא הזרע; ואילו לעניין האמהות מתעוררת שאלת קביעת אמהות טבעית לגבי שתי נשים: האם הגנטית – תורמת הביצית והאם הביולוגית-היולדת. בהנחה שאין אפשרות משפטית שיהיו לאדם בו-זמנית שתי אמהות, הרי קביעת אמהות, של אחת מהן, מוציאה את רעותה מכלל אמהות¹³⁶. לפיכך, אפילו לשיטה בהלכה כי תורם הזרע נחשב כאב, יש מקום להבחין בין תרומת זרע לתרומת ביצית. אכן, הפסיקה ההלכתית המקובלת, לרוב הדעות, קובעת כי היולדת היא אם הילד. הראיות לכך הן שתי סוגיות מהתלמוד¹³⁷.

הסוגיה הראשונה – "שני אחים תאומים":

"שני אחים תאומים... היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה לא חולצין ולא מייבמין, אבל חייבין משום אשת אח"¹³⁸.

כלומר, בשעת ההפריה שני ההורים היו נוכרים ותוך כדי ההריון אמם התגיירה ולפיכך, אף על פי שהורתם של התאומים נעשתה שלא בקדושה – לידתם בקדושה. מצוות היבום נקבעת על פי יחוס מהאב ואשת האח אינה זקוקה ליבום או חליצה,

¹³⁶ יש נוקטים, בהקשר זה, לעניין יולדת שאינה אימו הגנטית של הילד, מונח חדש "מקצת אם", ראו הרב א"י כלאב, "מיהי אמו של ילוד ההורה או היולדת", תחומין ה' (תשמ"ד), עמ' 260–267 ועיינו דברי הביקורת של, מאת הרב הראשי לישראל, הרב י"מ לאו המוסיף כי חילוק זה הוא "עניין מאוד מיוחד שאפשר שיהיו לו לאדם שתי אמהות" (שו"ת יחל ישראל, חלק ראשון, סי' כ"ט, עמ' קע"ג). לדעתנו אין מקום למונח החדש ("מקצת אם") שכן המסקנה ההלכתית המקובלת, כמפורט בהמשך כי היולדת היא האם.

¹³⁷ על ראיות ממדרשי האגדה לא אתעכב כאן, מה גם שעל אף זיקת הגומלין הכללית בין הלכה לאגדה (מ. אלון, המשפט העברי [מהדורה ג', תשמ"ח], כרך א', עמ' 84–93), אין למדין, דברי הלכה מדברי אגדה. בכל אופן, מן הראוי להזכיר את מדרשי האגדה לעניין חילופי העוברים (יוסף ודינה) בין רחל ולאחא, ראו תרגום יונתן בן עוזיאל (=תרגום ירושלמי א'), בראשית ל: כ"א וכן ברכות ס', א'.

¹³⁸ יבמות צ"ז, ב.

שכן אחים גנטיים מאב נוכרי, נחשבים מחוסרי אב ואינם, מבחינת הלכה, אחים מן האב. לעומת זאת – וכאן החידוש הגדול לענייננו – האחים אסורים בחיתון עם אשת האב, כי הם אחים מצד האם, שכן משעה שנתגיירה אמם, טרם לידתם, הרי היא "ישראלית שילדה בנים"¹³⁹. מכאן משמע שתולים את ייחוס האם בלידה והוא הדין בעובר שנולד מתרומת ביצית – היולדת היא אמו לכל דבר – שכן, כאמור, הייחוס לאם נוצר בשעת הלידה, ולא בשעת העיבור.

מסקנה זוהי עולה מהסוגייה השניה לענייננו – "נוכרית מעוברת שהתגיירה":

"אמר רבא: נוכרית מעוברת שנתגיירה – בנה אין צריך טבילה"¹⁴⁰.

כלומר, טבילת הגיור של האם מועילה גם לעובר – היילוד הוא שאר בשרה של אמו יולדתו – שהפך לישראל ברחמה ולכן לידתו היא בקדושה והיילוד הוא ישראל גמור, לכל דבר וענין, ככל יילוד שנולד לאם יהודיה. דברים אלו אמורים הן לשיטה שהעובר ישות נפרדת ("עובר לאו ירך אמו")¹⁴¹, והן לשיטה שהעובר הוא חלק בלתי נפרד מגוף המעוברת ("עובר ירך אמו"). גיור המעוברת, מפקיע, לכל הדעות, את הנוכריות של העובר (= "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי"¹⁴²). אפשר לומר כי הגיור של המעוברת, כמוהו כגיור כפול, הן לגבי האם והן לגבי העובר.

כאן בא לביטוי, מבחן משפטי של יוחסין (להבדיל ממבחן הקשר הגנטי) – הגיור גורם לתוצאה נגטיבית של הפקעת היחס הטבעי של האם הגנטית הנוכרית. היחס הטבעי נוצר בשלב ההפריה, אך המעוברת נחשבת כאימו של העובר משעת הלידה ולא משעת ההפריה: האמהות נקבעת בשעת הלידה¹⁴³. בשעת הלידה נוצרים היוחסין בינה לבין הנולד ממנה, כאם יהודיה. העובר, אף שהורתו שלא בקדושה, נתקדש, עקב טבילת "אמו", בקדושת ישראל, ולידתו בקדושה. לפיכך, בשעת הלידה הוא, כאמור, ישראל גמור כאמו יולדתו, ואף מכאן משמע כי האמהות נקבעת בשעת הלידה¹⁴⁴.

הוא הדין בעניין היולדת מתרומת ביצית. רבים מצדדים בכך שהיולדת היא האם,

139 רש"י, יבמות, שם.

140 יבמות, ע"ח, א'.

141 הגמרא (יבמות, שם), מוסיפה כי האם אינה נחשבת כחציצה לעובר ("שאני עובר דהיינו רביתיה" = שונה עובר שזה טבע גידולו).

142 יבמות כ"ב, א'.

143 ראו קהילות יעקב (יבמות, סוף סי' לו), כי תולים את היחס בלידה וכן הרב ז"נ גולדברג, "יחס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת", תחומין ה' (התשמ"ד) 248, 252, 254 ועיינו גם י. בן מאיר, "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה", אסיא, מ"ז–מ"ח (תש"ן), 80, 85.

144 מאידך, נוכריה שנתעברה מיהודי, הוא אינו נחשב כאבי הילד, אפילו לאחר שהמעוברת התגיירה וילדה, שכן לעניין ייחוס האב, צריך שהן לידתו של היילוד תהא בקדושה והן הורתו (שעת העיבור) תהא בקדושה. הלכות גדולות (כ"י רומי, עמ' 309) וראו גם מבי"ט, קרית ספר, הלכות יבום וחליצה, פרק א': "משעה שבא עליה הופקר זרעו אף על פי שילדו בקדושה".

ובהם פוסקים חשובים מאז המחצית הראשונה של המאה העשרים¹⁴⁵. הרב ולדינברג כותב כי דנים, כלשוננו, לפי:

"גמר מלאכה של ההריון והלידה נעשית על ידי האשה מקבלת השתלת הביציה... בוודאי הוולד מתייחס אחריה"¹⁴⁶.

לשיטת הסוברים כי הקשר עם תורם הזרע מתנתק, כמפורט לעיל, יש מקום לקבוע כי מסקנת ההפקרה – הניתוק מבעלת הביצית ואי היווצרות קשר של יוחסין אחריה, חלה, מטעמים דומים, גם לגבי יילוד מתרומת ביצית. אולם, אפילו לדעה המקובלת בהלכה כי תורם הזרע הוא האב, יש מקום להבחין בין תרומת זרע לתרומת ביצית, בשל התהליכים הביולוגיים השונים. וכך כותב הרב ולדינברג:

"ויש אפילו מקום לומר ובמיוחד בקשר לביצית האשה דמכיוון שדרכה הטבעית של הביצית להיות מחוברת לגוף האשה ולפרות שם, אם כן ברגע שתולשים אותה מגופה ומנתקים אותה ממקום גידולה מתבטל הקשר היוחסין בינה לבין האשה"¹⁴⁷.

עם ניתוק הביצית ממקומה הטבעי [על ידי שאיבה והשתלה בגוף אישה אחרת] נפקע הייחוס אל התורמת. להשלמת ההבחנה יש לומר כי דרכו של הגבר המזריע להפריש את זרעו ועל כן תרומת זרע אינה מפקיעה את קשר היוחסין הנוצר בהזרעה מלאכותית. לעומת זאת, מיעוט פוסקים מתוך הסוברים כי בעל הזרע (תורם זרע) נחשב כאב, מקישים כי הוא הדין בתורמת ביצית, הנחשבת כאם ולדעתם אין מקום להבחין, לעניינינו, בין תרומת זרע לתרומת ביצית¹⁴⁸. שיטה זו לפיה תרומת הביצית היא האם, מסתמכת, בין היתר, על מקור בתלמוד (נדה לא, א):

"שלשה שותפין יש באדם: הקב"ה ואביו ואמו אביו מזריע הלובן שממנו עצמות וגידים וכו', אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר וכו' והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וקלסתר פנים וראיית העין ושמיצת האוזן ודבור פה..."

הרב הראשי דאז, הרב שלמה גורן, מפרש ואומר:

"ישנה השוואה בין קביעת יחוסו של האב לוולד ליחוסה של האם, ששניהם

¹⁴⁵ ראו לדוגמא, הרב בצלאל זאב שפרן, שו"ת הרב"ז (ח"ב, אה"ע, סי' ה'); הרב י"ש אלישיב, נשמת אברהם, כרך ד' (השלמות לד' חלקי השו"ע), אה"ע, סי' ב', ס"ק ב'; הרב ז"נ גולדברג, לעיל הערה 144 וכן אסמכתאות נוספות המובאות אצל קורנאלדי, לעיל הערה 18.

¹⁴⁶ שו"ת ציץ אליעזר, חלק כ' (תשנ"ד), סימן מ"ט וראו גם הרב שאול ישראלי, תשובה שפורסמה אצל א. שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית רפואית, כרך ד' (תשנ"ד), עמ' כ"ז, ל"ו.

¹⁴⁷ שו"ת ציץ אליעזר, חלק ט"ו, סימן מה ושו"ת ציץ אליעזר, שם, שם, וראו תשובת הרמ"ע מפאנו, לעיל הערה 45.

¹⁴⁸ 108 (1997) *David J. Bleich, Contemporary Halakhic Problems, I*.

משיגים זאת על ידי הזרע דהיינו על ידי ה'בכח' ולא על ידי ה'בפועל' [=העיבור], כי האב אין לו חלק בתהליך ה'בפועל', כך שהאמהות נקבעת על ידי ה'בכח' של האם ולא על ידי ה'בפועל', דהיינו על ידי בעלת הביצית ולא על ידי האשה שילדה אותם"¹⁴⁹.

לפי שיטה זו כשם שאבהות נקבעת על פי בעל הזרע, כך האמהות נקבעת על פי בעלת הביצית. אולם, יש להשיג על היקש זה. ראשית, תהליכי השותפות של האב והאם ביצירת הוולד שונים לחלוטין: האם שותפה לא רק בהפריה אלא גם בעיבור. שנית, שעת הייחוס לאם היא שעת הלידה ולא שעת העיבור (כפי שעולה מסוגיית "שני אחים תאומים", שנידונה לעיל) ואילו שעת הייחוס לאב היא שעת העיבור. שלישית, השוואה זו אינה שוללת את הדעה כי גם "תרומת" ביצית כנגד תשלום, כמו תרומת זרע, מפקיעה את ה"שותפות".

סיכומו של דבר: "מאזן" הדעות השונות בהלכה, תואר על ידי ועדת אלוני בלשון זו:

"מסתמנת הדעה ליחס את האמהות לאם הביולוגית, דהיינו היולדת, ולא לאם הגנטית, דהיינו תורמת הביצית"¹⁵⁰.

יתירה מזאת, הדעה שייחוס האמהות נקבע לפי הלידה, היא הדעה המקובלת, בקרב גדולי הפוסקים בימינו:

"למרות ויכוח קיים בספרות ההלכתית, רווחת בקרב גדולי הפוסקים הנטיה להסתמך על המקורות מהם נובע שהלידה קובעת את יחס האמהות, ולא התרומה הגנטית שאינה מלווה בהריון ולידה"¹⁵¹.

עם זאת, לאור המחלוקת, יש מקום להחמיר לעניין דיני עריות ולאסור נישואי אח ואחות גנטיים (שנולדו מתרומת ביצית של אם משותפת) וזאת גם בשל הסכנה למומים גנטיים. לאור דעה זו, שהיילוד מתייחס אחר היולדת, הותרה במשפט הישראלי, החל משנת 2002, הפריה חוץ-גופית על ידי תרומת ביציות מחו"ל (תרומת נוכריה), כמפורט להלן.

149 "השתלת עוברים לאור ההלכה", הצופה, 17/12/84. יש לציין כאן את דברי הרב ש"ז אויערבאך, שהובאו בנשמת אברהם, כדרך ד' (השלמות לד' חלקי השו"ע), חלק אה"ע, סי' ב', ס"ק ב' "אין ראיה ברורה בדבר כדי להכריע מי האם".

150 דו"ח ועדת השופט אלוני (1994), עמ' 25.

151 תזכיר שהוגש לשר הבריאות מאת הרב ד"ר מ. הלפרין (1991).

ו. מעמד היילוד מהפריה חוץ-גופית (תרומת ביצית) – עמדת המשפט הישראלי

גם לעניין טכניקת הפריה של תרומת ביצית, להבדיל מפונדקאות, אין חקיקה ראשית (כמו שאין חקיקה ראשית לעניין תרומת זרע) ואף נושא זה הוסדר בחקיקת משנת 1987 (על תיקוניה משנת 2001, להלן: "התקנות")¹⁵². נציין כי בישראל הגישה היא ליברלית לנושא בהשוואה לחקיקה בכמה ארצות מערב אירופה, האוסרות תרומת ביצית¹⁵³. כללי האיסור וההיתר של טכניקות הפריה השונות המפורטים בתקנות אלה, הם, כמו התקנות בענייני תרומת זרע¹⁵⁴, חסרי תוקף חוקי, מטעמים דומים. תקנות ההפריה החוץ-גופית הותקנו מכוחה של פקודת בריאות העם¹⁵⁵, המסמיכה את מנהל שירותי הבריאות להתקין תקנות בעניין פתיחתם, רישומם, הנהגתם ופיקוחם של בתי חולים ובתי מרפא בעניינים שונים (כגון סידורים סניטריים, סידור שעות עבודה ותנאי עבודה לאחיות ובדיקות רפואיות שונות וכיוצא בזה). אולם, כוונת המחוקק היא להסדרים טכניים-מנהליים ולא להסדרים מהותיים. התקנות "מתיימרות לקבוע סייגים חברתיים ומוסריים החורגים, כמדומה, מכוחו של מתקין התקנות"¹⁵⁶. אין ספק כי מתקין התקנות חרג מסמכותו וההסדרים המהותיים שבתקנות הם *ultra vires* ובטלים. לדוגמא, נכלל בתקנות איסור כי "לא תושתל באשה, ביצית שניטלה מתורמת אלא אם הופרתה בזרע בעלה של האישה" (תקנה 13)¹⁵⁷. התקנות מחייבות, איפוא, כי הביצית תופרה בזרע הבעל דווקא.

אולם, בהפרייה חוץ-גופית אפשרית תרומה של שני תאי רבייה – הן של זרע והן של ביצית. בסיטואציה זו, של תרומה כפולה, היילוד נושא תכונות גנטיות של שני התורמים והביצית המופרית מושתלת באשה המזמינה, שהיא היולדת. אולם תקנה 13 הנ"ל אוסרת, לגבי זוג נשוי, תרומה כפולה (הן של ביצית והן של זרע, באותה

152 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035 (להלן: תקנות הפריה חוץ גופית). ועליהם נוסף תיקון מדצמבר 2001 (שנכנס לתוקף בפברואר 2002): תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) (תיקון), התשס"ב-2001, ק"ת 6143 (להלן: תיקון תשס"ב).

153 א. שבדיה: In Vitro Fertilization, 1988.

154 ב. נורבגיה: The Norwegian Act 1994: 56.

155 ג. גרמניה: The Embryo Protection Act, 1990.

156 ראו לעיל סעיף 2.

157 סעיפים 33 ו-65 לפקודת בריאות העם, 1940.

158 שיפמן ב', עמ' 155. וראו גם י' גרין, לעיל הערה 8, עמ' 53.

159 ראו גם איסור הסכם תחלופה: "לא תושתל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם היילוד" (תקנה 11) ועוד. עם זאת, סעיף 2(4) לחוק הפונדקאות, מאמץ את תוכן ההוראה שבתקנה הנ"ל. על תקנות אלה ראו גם, A. Shapira, "Law, Religious Orthodoxy and Reproductive Technologies In Israel", *The Hastings Center Report* (1987) 1: 151-168; א' וילצ'יק, לעיל הערה 12, וכן א' בן דרור, לעיל הערה 8, וראו גם מ' קורנאלדי, "לשאלת הפונדקאות בישראל – הערות אחדות בשולי דו"ח ועדת אלוני", המשפט, כרך ג' (1995), עמ' 40-43 וכן כרמל שלו, לעיל הערה 60.

הפריה)¹⁵⁸. הסיבה לכך היא מחשש ממזרות, אך כפי שפסק הרב פינשטיין, לא קיים חשש ממזרות מהזרעה מלאכותית באין בעילה על ידי זר¹⁵⁹. תכלית תקנות ההפריה החוץ-גופית היא להגביל את ההפריה המלאכותית לתרומת תא רבייה אחד, אך אין תוקף לסייג כי התרומה המותרת היא דווקא תרומת ביצית ולא תרומת זרע. מעבר לכך, בסיטואציה ששני בני הזוג עקרים, אין כלל מקום להגבלת הפריה מלאכותית לתרומת תא רבייה אחד בלבד. יחידות IVE בבתי החולים, מבצעות, למעשה, הפריה והשתלה באם התרומת אפילו כששני תאי הרבייה אינם של ההורים המיועדים (תרומת ביצית + תרומת זרע). מאחר שהתקנות חסרות תוקף חוקי, אין מניעה חוקית לטכניקת פרוין מסוג זה.

כמו כן יש מקום למסקנה בדבר היתר תרומת שני תאי רבייה מחו"ל, כשם שהותרה מלפני חוק הפונדקאות, הפונדקאות בחו"ל וזאת לפי הודעת פרקליטות המדינה בפני בג"צ כי ההגבלות שבתקנות אינן חלות לגבי ביצית המופרית בארץ שתושלת ברחם פונדקאית בחו"ל¹⁶⁰. בהקשר לפונדקאות יש להזכיר את הפסיקה בדבר ביטול תקנות 11 ו-13 לתקנות ההפריה החוץ-גופית, האוסרות את הפונדקאות בישראל. המדינה אישרה בהודעה לבית המשפט כי תקנות אלה בטלות וסוגיית הפונדקאות תוסדר בחקיקה ראשית¹⁶¹. ואכן, בסופו של דבר, נתקבל בכנסת "חוק הפונדקאות". נוסף על כך התקנות מפלות בין אשה נשואה לאשה רווקה, בכך שנשואה זכאית להשתלת ביצית "שלה או של תורמת" ואילו השתלת ביצית באישה רווקה, מותרת אך ורק אם "הביצית היא שלה" (תקנה 8 (ב)). בית המשפט פסק והצהיר, בהסכמת המדינה, כי תקנה זו בטלה¹⁶².

158 שיפמן מנמק איסור זה "בטשטוש יחסין" (שיפמן ב', 152–155) ואכן מעורבים, במקרה של תרומה כפולה, ארבעה "הורים": תורם הזרע, תורמת הביצית, האם היולדת ובעלה (המסכים להפריה).

159 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א', סימן י' וראו לעיל הערה 30.
160 בג"צ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות. העתירה נסתיימה מבלי שניתן פס"ד לגופו של עניין. נוסח הודעת פרקליטות המדינה: "אין כל מניעה או איסור חוקיים לביצוע טיפול להפריה חוץ גופית בביצית של רות נחמני בזרע בעלה בישראל, לשם השתלת הביצית המופרית בחו"ל, ברחמה של פונדקאית". לאחר מכן, עקב סכסוך שפרץ בין בני הזוג נחמני, הגיע הנושא שוב לערכאות: הבעל התנגד להמשך תהליך השתלת הביציות בפונדקאית והאישה עתרה להתיר לה להמשיך את התהליך בחו"ל. בית המשפט נעתר לתביעתה (ה"פ 599/92 של בית המשפט המחוזי בחיפה), והסתמך, בין היתר, על תקנות ההפריה החוץ-גופית, והשאיר בצריך עיון את שאלת תקפות תקנה 11 הנ"ל, בדבר איסור פונדקאות בארץ, שכן המדינה הסכימה, בבג"צ 1237/91, להשתלה בגוף פונדקאית בחו"ל. פסק הדין שבוטל תחילה בערעור אושר, ברוב דעות בדיון נוסף ראו: ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מ"ט (1) 485 ו' דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ (4) 661. לעומת זאת, בארה"ב נפסק בכיוון שונה כי אין לבצע תהליך השתלה בלא הסכמת הבעל, ראו *Davis v. Davis*, Tenn. Sup. Ct., 1992, Lexis 400.

161 בג"צ 5087/94 מיכל זכרו נ' שר הבריאות, תקדין עליון 95(2), 1073.

162 בג"צ 998/96, 2078, 2444 ורד ויין נ' שר הבריאות (פברואר 1997, לא פורסם). בית המשפט קבע כי תחילת תוקף הבטלות תהא 6 חודשים מיום פסק הדין, זאת במגמה לאפשר למשרד הבריאות לפרסם נוהל שיויוני לנשים נשואות ונשים רווקות, אך הנוהל לא תוקן. ועיינו גם

בעקבות המסקנה כי תקנות ההפריה החוץ-גופית חסרות תוקף, יש למצוא פתרון לנושא. שיפמן מרחיב, את המבחן המוצע על ידו, לעניין תורם זרע, אף לגבי הגדרת אמהות, ואומר: "אין לראות כאם תורמת ביצית אנונימית, אם זו מסרה ביצית לשם הפרייה של אישה אחרת, בלתי ידועה לה"¹⁶³. אולם, מאחר שאף בעניינו יש לאקונה בחקיקה, יש לבסס מסקנה זו על מקור משפטי משלים. יש לפנות, כמו לעניין מעמד היילוד מתרומת זרע¹⁶⁴, בשינויים המחוייבים, לעקרונות "מורשת ישראל" במובנם הרחב וכן לתכלית הדו-ערכית – הסינתזה של ערכי היהדות וערכי הדמוקרטיה, בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶⁵. יש לבחור, מתוך הדעות בהלכה, את הפרשנות המתאימה, לפי נסיבות הזמן והמקום. קביעת היולדת מהפריה חוץ-גופית כאם היילוד, תואמת הן את הדעה המקובלת בהלכה, והן את הגדרת הזהות היהודית בחוק השבות¹⁶⁶. לפיכך, יש מקום למסקנה כי היולדת מוכרת כאם לכל דבר ועניין. לעומת זאת, לתורמת הביצית אין כלל מעמד משפטי לעניין – היילוד אינו מתייחס אחר התורמת אלא אחר אימו-יולדתו.

למעשה, משרד הבריאות מחייב את יחידות IVF בבתי החולים, לפעול על פי תקנות ההפריה החוץ-גופית. תקנות אלה כוללות טפסי הסכמה של התורמת וכן של בני הזוג או האשה הרווקה (בנוסף דומה לטופס ההסכמה בתרומת זרע), שזו לשונם:

"אני/ו מסכימה/ים ומצהירה/ים כי הילד שיוולד מתרומת הביציות ישא את שמי/ נו וייחשב כבני/ נו לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות וירושה".

הסכמת היולדת שהיילוד יחשב כבנה, מחזקת את מעמדה כאם, אך אין בה כדי ליצור את סטטוס האמהות, שיסודו במבחן משפטי, כאמור. כמו כן, לעניין חוק השמות, תשט"ז–1956, מעמד היילוד מהפריה חוץ גופית שווה למעמד ילד טבעי, בכך שהוא מקבל את שם משפחת הוריו (שם משפחת האב, שהוא, בדרך כלל, שם המשפחה

שיפמן ב', ע' 157. כמו כן, משתמע מהתקנות כי רווקה שאין לה בן זוג, אינה זכאית להיוקק לתרומת זרע. השוו חוק הפונדקאות, המתיר הסכם פונדקאות דווקא כשמדובר בבני זוג ולא ברווקה וראו הלכת משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 9. עם זאת, ניתן להקיש ולהתיר תהליך זה גם לאשה לא נשואה, שיש לה בן זוג ידוע בציבור. ראו חוזר משרד הבריאות, לעיל הערה 16 וכן יש מקום להגביל איסור תרומת זרע לרווקה בפונדקאות דווקא ולא בהפריה חוץ-גופית, מה גם שאף תקנה 13 לתקנות ההפריה החוץ-גופית, בטלה.

163 שיפמן ב', עמ' 132, וראו הערתנו על שיטתו בדבר העדר מקור משפטי משלים, לעיל ליד הערות 76–77.

164 ראו לעיל סעיף 2.

165 ראו לעיל הערה 74.

166 סעיף 4ב לחוק השבות, התש"י–1950, על תיקוניו בשנת תש"ל–1970: "יהודי – מי שנולד לאם יהודיה...". על סוגיה זו ראו מ. קורנאלדי, חידת הזהות היהודית (הוצאת נבו, 2001), עמ' 25–36.

המשותף של בני הזוג)¹⁶⁷. לעניין השם הפרטי של אם-היילוד, האמת העובדתית, בדבר תרומת ביצית אינה גורעת, שכן לפי החוק, היולדת נרשמת, במרשם האוכלוסין, כאם הילד¹⁶⁸.

תקנות ההפריה החוץ גופית כוללות גם הגבלות לנטילת ביצית בארץ, למקרים שהתורמת נמצאת בטיפול רפואי עקב ליקויי פוריות וכי יש בנטילת הביצית משום קידום הטיפול בתורמת¹⁶⁹. הרקע להגבלה זו הוא הסיכון שהיה כרוך בשעתו (1987), בתהליך שאיבת הביציות. אולם, בינתיים הרפואה התקדמה והסיכון ירד עד לכדי 1:100000¹⁷⁰. עתה על הפרק במשרדי הבריאות והמשפטים, הצעת חוק בנושא, המבוססת על הצעת ועדת הלפרין, משנת 2001, לחוק הסכמים לתרומת הביציות¹⁷¹. עקב מחסור בתרומות של ביציות בארץ, שהיתרן הוגבל, כאמור, מתפשט, מאז 2002 תופעה פריון של תרומת ביציות מחו"ל כפתרון לנשים עם ליקויי פוריות. יודגש כי, הסכמת הנתרמת, כוללת, למעשה, תנאי מפורש כי ידוע לה כי התורמת "לא תהיה יהודיה". גם לעניין זה, אין חקיקה ראשית, אך שר הבריאות דאז, התקין תיקון לתקנות ההפריה החוץ גופית (דצמבר 2001)¹⁷², לפיהן הותרה הטכניקה של תרומת ביציות בחו"ל:

"... רשאי אדם להשתיל ביצית שניטלה ושהופרטה מחוץ לישראל, בגופה של אשה בישראל, אם יתקיימו התנאים כמפורט להלן..."¹⁷³.

היתר תרומת ביציות מחו"ל מתייחס בדרך כלל לתורמת נוכריה, וההיתר נעשה על דעת גדולי הפוסקים בדורנו. הדעה המקובלת בהלכה היא כי אימו של יילוד מהפריה חוץ גופית היא אימו-יולדתו, אף אם אינה אימו הגנטית (כלומר, אף אם נולד מתרומת ביצית)¹⁷⁴. מאידך, חוק הפונדקאות מחייב כי "האם הנושאת היא בת דתה של

167 סעיף 3 לחוק השמות, תשס"ז-1956, ס"ח 207.

168 סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 וראו הטופס להודעת לידה לפי תקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), התשל"ב-1972, ק"ת 2858. באשר לרישום שם האב, בהנחה שמקור הזרע מבעל היולדת — הרי הוא אביו הטבעי ואילו למקרה שהזרע הוא מתורם, ראו לעיל סעיף 2.

169 תקנה 4 לתקנות ההפריה החוץ גופית (תיקון תשס"ב).

170 ראו מ. הלפרין, לעיל הערה 4, בעמ' 166.

171 ראו לעיל הערה 2 ואכן הועלו הצעות חוק פרטיות להיתר תרומת ביצית. ראו הצעת חוק פ/2204 (שהועלתה בכנסת ה-14).

172 תקנות בריאות העם (הפרייה חוץ גופית) (תיקון), התשס"ב-2001, ק"ת 6143. התקנות נחתמו ביום 18.12.2001, ותחילתן נקבע ליום 5.2.2002. להלן תקנות ההפריה החוץ גופית (תיקון תשס"ב). תיקון זה נחתם על ידי הרב ניסים דהן, שר הבריאות דאז — נציג מפלגת ש"ס, שנועץ בעניין עם הרב עובדיה יוסף.

173 תקנה 2(א)(1) לתקנות ההפריה החוץ גופית (תיקון תשס"ב).

174 ראו לעיל ליד הערות 148-150.

האם המיועדת¹⁷⁵, וזאת בשל הדין הדתי היהודי כי דתו של היילוד נקבעת לפי האם (היולדת). אולם אין להקיש מהוראה זו לעניין תרומת ביצית שכן בטכניקה זו (להבדיל מפונדקאות), האם המיועדת היא היולדת. על כן, לגבי יהודים, תרומת הביצית אינה גורעת מדתו של היילוד, שהיא כדתה של אמו יולדתו ("נולד לאם יהודיה").

תקנות ההפריה החוץ-גופית (תיקון תשס"ב) בדבר היתר תרומת ביציות מחו"ל, כוללות, בנוסף לכתבי הסכמה של התורמת והנתרמת דרישות רפואיות: השתלה במחלקה מוכרת; התאמת הביצית להשתלה, לאחר שבוצעו בתורמת שורה של בדיקות (כגון טיי זקס); נקיטת אמצעים להגנה על בריאות הנתרמת והתורמת; תרומה של שלוש ביציות לפחות, "כדי להגדיל את סיכויי הקליטה" של ההפריה החוץ-גופית. יש מקום לביקורת על דרישה אחרונה זו, שהיא עניין טכני רפואי, ואין מקום בחקיקת משנה להנחיה מסוג זה. הדרישה גם נוגדת את העמדה הרפואית המקובלת והמעודכנת להגביל את ההשתלה (implementation rate) לשני עוברים, שכן ריבוי עוברים ברחמה של הנתרמת עלול להביא ללידת פגים, המגדילה את סיכויי המומים של היילוד¹⁷⁶.

לפי תקנות ההפריה החוץ-גופית, הוטל על מוסד רפואי המבצע פעולות הפריה חוץ-גופית, איסור מסירת מידע הנוגע לזהות התורם¹⁷⁷. עם זאת, על פי המרשם הרפואי המרכזי המתוכנן (בעניין תרומת ביציות), "איש ואשה שבכוונתם להיות בני זוג או מיופה כוחם, יהיו רשאים לשלוח שאילתא למנהל מרכז הרישום על מנת לוודא שבני הזוג אינם קרובים גנטיים מדרגה ראשונה"¹⁷⁸. למעשה, על פי הנחיות חדישות של משרד הבריאות, רושמי נישואין רשאים, להציג לבית החולים שאילתא על מנת לוודא שאין בין המועמדים לנישואין קרבה גנטית מדרגה ראשונה, וזאת ללא חשיפת זהות התורמת¹⁷⁹.

יש להוסיף כי הפרקטיקה הרפואית כוללת אפשרות של ביצוע ההפריה החוץ-גופית בחו"ל. לצורך כך נוסעים ההורים המיועדים לארצות שבהן מותרת תרומת ביציות (למשל: אוקראינה ורומניה). בבית החולים בחו"ל מבצעים את ההפריה, באמצעות תרומת ביצית (של תורמת נוכריה), המופרית בזרע הבעל. לאחר מכן השתלת הביצית המופרית מבוצעת בארץ. ביצוע טכניקת פיריון זו אפשרית גם על ידי הבאת ביציות של תורמת מחו"ל והפרייתן בישראל, מזרע הבעל או אפילו מזרע של תורם.

175 סעיף 2(5) לחוק הפונדקאות, עם אפשרות של סטייה לגבי לא יהודים, כאמור בסיפא לסעיף זה.

176 על פי נתונים שנמסרו על ידי הרב ד"ר מ. הלפרין, ראו לעיל הערה 2 וכן ניירות עמדה של החברה הישראלית למיילדות וגניקולוגיה, ההסתדרות הרפואית בישראל (1999–2003).

177 תקנה 15 (א) לתקנות הפריה החוץ-גופית.

178 סעיף 24 להצעת ועדת הלפרין לחוק ההסכמים לתרומת ביציות (2001).

179 נוהג זה סותר, לכאורה, את התקנה בדבר איסור מסירת מידע, אך ברור שתכלית התקנה היתה לשמור על סודיות התורם, מבלי לגרוע מהאפשרות למניעת נישואי אח ואחות גנטיים. עם זאת, ראוי, אף בטרם חקיקת חוק ההסכמים לתרומת ביציות, לתקן חקיקת משנה זו, מה גם שהיא חסרת תוקף חוקי, כאמור לעיל.

יתירה מזאת, תקנות ההפריה החוץ-גופית (תיקון תשס"ב) מתירות את ההפריה בחו"ל של "ביצית שניטלה מאשה, שבה מיועדת להתבצע השתלת הביצית המופרית"¹⁸⁰. הכוונה היא לסיטואציה שבה למטופלת יש ביצית תקינה, אך היא אינה מסוגלת להתעבר אלא בדרך של הפריה חוץ-גופית מתרומת זרע והשתלה. אומנם תרומת זרע מחו"ל אינה נזכרת מפורשות בתקנות אלה, אך משתמע מהתקנות כי הן מתירות גם תרומת זרע מחו"ל, שאם לא כן לשם מה מבוצעת שאיבת ביצית בארץ והפריה בחו"ל¹⁸¹. ההפריה בחו"ל היא בדרך כלל מנוכרי, אך אין הדבר גורע מיהדותו של היילוד, שכן היילוד לאם יהודיה – יהודי הוא. תרומת זרע מנוכרי עדיפה, מבחינת ההלכה, ואף מבחינה גנטית, על תרומת זרע מיהודי בארץ, מן הטעם "גזירה שמא ישא אחותו מאביו"¹⁸². לאור תיקון תשס"ב, ניתן לבצע אפילו תרומה כפולה מחו"ל, הן של זרע והן של ביצית, לרבות מנוכריים, והשתלה בישראל באם המיועדת.

עוד יש לציין כי לפי הפרקטיקה המצויה המעוניינים בהפריה חוץ גופית מקבלים רשימות של תורמות פוטנציאליות ובהן פרטים כגון: גיל, מצב משפחתי, מקצוע, שנות לימוד והשכלה, צבע העור, העיניים, השיער ופרטים נוספים. אולם, זהות התורמת נשארת אנונימית. כמו כן, המעוניינים חותמים על וויתור בנוסח כדלקמן:

"על כל טענה או תביעה מסוג כלשהו בכל הקשור או הנובע מן הבדיקות והטיפולים שיעשו לשם ביצוע ההפריה, מבחירת הביצית והתורמת או סגולותיה האישיות, התורשיות, הרוחניות, הגופניות, ארץ מוצאה או העדה עימה היא נמנית וכן לגבי הילד שיוולד, אם יולד, מינו, מראו החיצוני, אופיו, סגולותיו או מצב בריאותו, למרות המאמץ שיעשה לבחירת התורמת ו/או להתאמת התורמת לנתרמת".

נסיים סעיף זה בפרטים אחדים על הצעת ועדת הלפרין לחוק הסכמים לתרומת ביציות (2001)¹⁸³. הצעה זו כוללת עשרים ואחד תנאים לתרומת ביצית, ובהם תנאים כגון, "השתלת ביציות בישראל תבוצע אך ורק בביציות שנשאבו בישראל על פי חוק זה"¹⁸⁴. הצעה זו אוסרת תרומת ביציות מחו"ל, שהותרה, כאמור, על פי תקנות ההפריה החוץ-גופית (תיקון תשס"ב). תרומת הביציות מחו"ל מקדמת את הפיריון בישראל ואין מקום לנסיגה מוצעת זו, מה גם שבתי החולים נוקטים בשורת בדיקות על מנת להבטיח את בריאות הנתרמת (היולדת) והיילוד. שאיבת ביציות מתורמת בארץ אינה תחליף מספיק לתרומת ביציות מחו"ל וזאת עקב שורת ההגבלות המוטלות על כך (הן לפי

180 תקנה 2(א)(2) תקנות ההפריה החוץ גופית (תיקון תשס"ב).

181 ראו תקנות 5–6 לתקנות העיקריות וכן תקנות ההפריה החוץ גופית, החלות גם על תרומת זרע בחו"ל.

182 ראו אגרות משה, לעיל הערה 109.

183 דו"ח ביניים על דיוני הועדה פורסם על ידי מ. הלפרין, לעיל הערה 2.

184 סעיף 2(20) להצעת ועדת הלפרין לחוק הסכמים לתרומת ביציות (2001).

תקנות הפריה חוץ-גופית והן לפי הצעת ועדת הלפרין), מה גם שתורמת ביצית מחו"ל מונעת את החשש של נישואי אח ואחות גנטיים (מתורמת משותפת). כיום, נמשכים דיונים בין המשרדים הממשלתיים הנוגעים בעניין, בדבר גיבוש הצעת חוק רשמית בענייני הפריה חוץ-גופית (תורמת ביצית).

לפיכך, מן הראוי להרחיב את הצעת החוק המתוכננת אף לעניין תרומת זרע ולהשלים חקיקה ראשית שתסדיר את הטכניקות של הפריה מלאכותית, לרבות האיסורים וההיתרים הראויים. יודגש, כי בהתאם להמלצות ועדת אלוני, יש לקבוע הסדר של הורות חוקית ("הורה מכוח הדין")¹⁸⁵, וראוי להחיל הורות חוקית זו על שני בני הזוג, אפילו אחד מהם אינו שותף גנטי או ביולוגי להורות, כגון, בגלל עקרות. כן ראוי להזכיר כאן את הצעת החוק, לפיה "בני זוג שנתנו הסכמתם ונולד להם ילד מהפריה מלאכותית יראו אותם כהורים טבעיים של הילד שנולד מהפריה"¹⁸⁶. הצעות אלה ראויות אף למקרים של הורות לא גנטית, וזאת בהמשך להורות כסטטוס חוקי ("אבהות חוקית" או "אמהות חוקית"), כדוגמת חוק אימוץ ילדים.

185 דו"ח ועדת אלוני, לעיל הערה 1, עמ' 55.

186 סעיף 4 להצעת חוק פרטית, רכ"ט (ח"כ שחל, 1978). הצעת החוק נפלה בדיון בכנסת (1980).