

פרשת החלפת העוברים: האם על המשפט לתת עדיפות לזיקה הגנטית או לזיקה הפיזיולוגית?

מאת

ד"ר עדי ניב-יגודה*

פרופ' רועי גילבר**

מבוא

פרשת החלפת העוברים במרכז הרפואי אסותא הינה הנושא של רשימה זו (להלן: פרשת אסותא). תחילתה בדיווח שהתקבל מבית חולים ממשלתי במרכז הארץ כי אגב ביצוע פרוצדורה רפואית לעובר ברחם בוצעה גם בדיקה גנטית אשר חשפה ממצא קשה: אין התאמה גנטית בין העובר לבין האם הנושאת אותו ובן זוגה.¹ דיווח זה נמסר למרכז הרפואי אסותא (להלן: אסותא) שם עברה האם הנושאת סדרה של טיפולי פוריות.² עם קבלת המידע החלו באסותא בהליך בדיקה תוך עדכון משרד הבריאות בפרטי האירוע החרגי. בתגובה לדיווח זה הקים משרד הבריאות ועדת בדיקה מכוח סעיף 21 לחוק זכויות החולה,³ הכוללת אנשי מקצוע רלוונטיים ובכלל זה מומחים בתחומי הפוריות והלידה. במקביל, ולאחר תחקיר ומיפוי ההליך הרפואי הצליחו באסותא לאתר ולגדר קבוצה של כ-10 נשים. כשבוע 18.9.2022 עדכן אסותא כי תתבצע פנייה לבית המשפט לענייני משפחה על מנת לקבל צו לביצוע בדיקות גנטיות לקשרי משפחה לבני הזוג שבסבירות גבוהה העובר עשוי להיות שלו.

פרשה זו מעלה לדיון סוגיות רבות מתחומי המשפט, האתיקה והמדיניות בנושאי פוריות ופריון. נוכח הפרסומים בתקשורת, לפיהם שתי הנשים, האם הנושאת והאם הגנטית, מעוניינות לגדל את העובר לכשייוולד, אנו מעריכים כי המחלוקת הזו תגיע להכרעה שיפוטית. הערכה זו מובילה אותנו להתמקד בשיקולים השונים הרלבנטיים לצורך הכרעה שכזו.

לאורך השנים, התפתחויות בטכנולוגיות הפיריון העלו לדיון את הסוגייה של זהות ההורים, כמו גם את הצורך לבצע במצבים מסוימים אקט משפטי פוזיטיבי באמצעות בתי המשפט לקביעת זהותם. בהקשר זה, נקודת המוצא שלנו היא הקביעה של בית המשפט העליון בפרשת **פלונית** אשר הכיר בארבע זיקות להכרה בהורות משפטית.⁴ **זיקה גנטית** המכירה בקשר הגנטי שמתקיים בין הילד לבין האנשים אשר הביצית והזרע שלהם הובילו ללידתו.⁵ **זיקה פיזיולוגית** מתקיימת מכוח ההנחה שהאישה אשר נשאה את הילד ברחמה וילדה אותו היא אימו. הזיקה הפיזיולוגית מבטאת את הקשר הקרוב והייחודי שנוצר בין האישה אשר נושאת את ההיריון לבין העובר. **זיקה חברתית** מכירה במצב שבו אישה או זוג המגדלים את הילד הינם הוריו לכל דבר ועניין, בין אם יש קשר פיזיולוגי ו/או גנטי ביניהם ובין שלא. הכרה משפטית לכך ניתן למצוא

* מרצה בבית הספר לרפואה באוניברסיטת תל-אביב; בית הספר לניהול מערכות בריאות, המכללה האקדמית נתניה.
** מרצה בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

אזכור מוצע: עדי ניב-יגודה ורועי גילבר "פרשת החלפת העוברים: האם על המשפט לתת עדיפות לזיקה הגנטית או לזיקה הפיזיולוגית?" **פורום עיוני משפט (תגובות משפט)** מז' (25.10.22)

https://www.taulawreview.sites.tau.ac.il/post/nivyagoda_gilber

¹ עידו אפרתי, "החלפת העובר באסותא: הגילוי נדיר, השתלשלות האירועים- לא בהכרח", **הארץ** (19.9.2022), <https://www.haaretz.co.il/health/2022-09-19/ty-article/premium/00000183-561f-d35d-a3ff-5e3ff5b00000>

² ההגדרה של האישה אשר נושאת את ההיריון תיקרא האם הנושאת או האם הפיזיולוגית. ההגדרה של האישה אשר הביצית שלה הופרתה וממנה נוצר העובר תיקרא האם הגנטית.

³ חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591, עמ' 327, סעיף 21.

⁴ בע"מ 1118/14 **פלונית נ' המשרד לשירותים חברתיים** (נבו, 1.4.2015).

⁵ יחזקאל מרגלית, "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של היסוד הגנטי בקביעת הורות משפטית", משפט רפואי וביו אתיקה, כרך 3 125 (2010).

למשל בחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 המסדיר את נושא האימוץ. **זיקה לזיקה** מכירה בהורות של בן/ת הזוג של הגבר או האישה בעלי הזיקה הגנטית לילד.⁶

במקרים רבים, יש זיקה גנטית ופיזיולוגית בין הילד לבין הוריו. לא רק שמהביצית והזרע שלהם הילד נולד, אלא שאימו הגנטית גם נשאה אותו ברחמה והולידה אותו. המשפט הישראלי מייחס חשיבות רבה לקיומן של שתי הזיקות כשאין ביניהן התנגשות.⁷ אבל, בפרשת אסותא אין הלימה ביניהן. זהו שורש העימות – כפי שעולה מהדיווחים בתקשורת – שבין האם הגנטית לבין האם הפיזיולוגית.

במתח הזה שבו צריך להכריע קשה למצוא עמדה חד-משמעית של המשפט הישראלי. בחקיקה ובפסיקה הישראלית ניתן למצוא תימוכין לכל אחת מנקודות המבט – זו המבקשת לתת עדיפות לזיקה הגנטית וזו המבקשת לתת עדיפות לזיקה הפיזיולוגית. ברם, במסגרת מצומצמת זו נוכל להציג רק את העקרונות והמקורות המשפטיים אשר לתפיסתנו הם הרלבנטיים והחשובים ביותר. חשוב לציין, כי שיקול רלבנטי ודומיננטי בהקשר דיוננו הינו הגנה על האינטרסים של הילד. שיקול זה מקבל ביטוי ממשי בפסיקותיהם של בתי המשפט, הן במקרה דנן והן בפרשות אחרות שחלקן יובאו ברשימה זו. שיקול זה עשוי לעיתים בנסיבות מקרה מסוים להכריע את הכף בשאלה איזו זיקה עדיפה – גנטית, פיזיולוגית או חברתית.

מעבר להיותה טרגדיה אנושית, פרשת אסותא מציפה סוגיות ודילמות משפטיות מורכבות שמערכת המשפט תידרש להכריע בהן. נראה כי נכון להיום טרם גובשה עמדה משפטית ברורה ממנה ניתן להקיש למקרה דנן, ובפרשות שונות הגיעה מערכת המשפט לתוצאות שונות, שלא לומר הפוכות. מכאן שמאמר זה מבקש להציג את הטענות של שני צדי הוויכוח המשפטי, והתימוכין בחקיקה ובפסיקה. תחילה נסקור את העמדה המשפטית אשר נותנת עדיפות לזיקה הפיזיולוגית, ולאחריה תוצג העמדה המשפטית אשר מעדיפה את הזיקה הגנטית. בסופו של המאמר, ולאחר שנצעד במסלול משפטי מפותל נבקש לסמן עקרונות איזו זיקה עדיפה (פיזיולוגית או גנטית), וכיצד לדעתנו ראוי שתסתיים הפרשה.

ביטויים לזיקה פיזיולוגית

מתוך מטרה להגן על הילד, במיוחד בסיטואציה של ילד הנולד להורים יהודים, מכיר המשפט הישראלי בכלל ההלכות של "רוב הבעילות אחר הבעל".⁸ הדבר בא לידי ביטוי בקשיים שמציב החוק לבן-הזוג הנשוי הטוען כי הוא אינו האב הגנטי של הילד אשר הולידה בת זוגו. פרק ה1 לחוק מידע גנטי קובע כי כדי לבצע בדיקה גנטית לצורך בירור הקשר שבין הילד לבין בן הזוג הנשוי, יש לבקש אישור של בית-משפט לענייני משפחה.⁹ החוק מתייחס אף לסיבה העומדת בבסיס יצירת המנגנון של פיקוח שיפוטי – חשש מקביעת ממזרות. החשש הוא שאם ייקבע שאין קשר גנטי בין הילד לבין בן הזוג הנשוי של האישה שהולידה אותו הרי שהילד עלול להיות מוכרז כממזר על כל ההשלכות השליליות הנובעות מכך. לכן, לפני קבלת החלטה אם להורות על קיומה של בדיקה גנטית לקביעת קשרי משפחה מורה החוק כי יש לקבל חוות דעת מנשיא בית הדין הרבני הגדול.¹⁰ במידה ולאור חוות דעת נשיא בית הדין הרבני עולה חשש ממזרות, הרי שעל השופט להפנות את הצדדים – לפני שהוא מוציא את הצו לביצוע הבדיקה – ליחידת הסיוע של בית-המשפט, וזאת במטרה שאנשי המקצוע יסבירו לצדדים את המשמעויות של ביצוע הבדיקה הגנטית.¹¹ החוק ממשיך וקובע כי ממצאי בדיקה גנטית שנערכה ללא צו שיפוטי לא יוכלו לשמש כראייה בבית משפט אזרחי או בבית דין דתי.

⁶ בג"ץ 566/11 ממשל מגד נ' משרד הפנים (נבו, 28.1.2014).

⁷ ה"פ (חי) 599/92 נחמני נ' נחמני, פסי"ם תשנ"ד (1) 142, 153; ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (6).

⁸ משנה תורה לרמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק טו, הלכה כ'; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד'; שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים (ירושלים תשכ"ז), עמ' 363.

⁹ חוק מידע גנטי, התשס"א – 2000. ס"ח 1766, עמ' 62, סעיף 28א (להלן: החוק).

¹⁰ שם, בסעיף 28ה.

¹¹ שם, סעיף 28ה(ב).

בענייננו, סעיף 28 לחוק מתייחס לבדיקת קשרי משפחה בזמן ההיריון וקובע כי בית-משפט מוסמך להורות על ביצוע בדיקה בעובר רק לאחר ששקל את הצורך בעריכת בדיקה שכזו עוד בתקופת ההיריון, והאם הנושאת נתנה הסכמה מדעת לעריכת הבדיקה לאחר שהוסברו לה הסיכונים שבעריכתה. יש לציין כי נראה שתכלית סעיף 28 לחוק היא בעיקר למנוע ביצוע פרוצדורה רפואית בניגוד לרצונה של האישה ההרה, בעוד שבענייננו החומר הגנטי נלקח מהעובר בידעית האם והסכמתה במסגרת בדיקת מי שפיר שכבר נעשתה. כך, בפועל בית המשפט נתן אישור לביצוע בדיקה גנטית לזיהוי קשרי הורות מחומר ביולוגי קיים, ומבלי שנדרש היה להעמיד את האם ו/או העובר בפני סיכונים פרוצדורה רפואית חדשה. בנוסף, סעיף 128 לחוק מסמיך את בית-המשפט לענייני משפחה להורות על עריכתה של בדיקה כזו בכפוף לשני התנאים הבאים: (1) בית המשפט שוכנע כי יש סיכוי סביר לנכונות טענות המבקש בדבר קשרי המשפחה הנטענים; (2) ניתנה לנבדק הזדמנות להשמיע את התנגדותו למתן הצו. בפרשת אסותא שבפנינו, בית המשפט הורה על קיומה של בדיקה גנטית לקביעת קשרי משפחה בין העובר למי שנחזה כהורים הגנטיים תוך שהוא מצייין כי "זכותו של העובר כי כבר מעת צאתו לעולם ידע מי הוריו או למצער למי שייך 'קול הדם' הקורא לו. ידיעת מוצאו הגנטי של העובר כבר עתה תסייע במיסוד ההורות לכאן או לכאן בהקדם ומיד בסמוך לאחר הלידה".¹² החלטה זו של בית המשפט משקפת הכרה לא רק בטובתו של העובר או של הזוג שבסבירות גבוהה הם הוריו הגנטיים, כי אם גם את האינטרס הציבורי של עשרות רבות של זוגות אשר עוברים טיפולי IVF באסותא ושהטיפול בהם נעצר בעקבות האירוע.¹³ כאמור לעיל, הבדיקה הגנטית מהווה רכיב יסודי ובסיסי לבירור עובדתי לקראת דיון עתידי בשאלת ההורות, ואין בהחלטה על ביצוע הבדיקה או לתוצאות לכשעצמן כדי להעיד איזו זיקה תקבל עדיפות בנסיבות המקרה בשאלת ההורות.

נחזור לדיון בעמדה המשפטית המעדיפה את הזיקה הפיזיולוגית. בהקשר זה, נבקש להציג את עמדת המדינה בפסק דין ייחודי שניתן לאחרונה בבית המשפט לענייני משפחה.¹⁴ שתי נשים אשר קיימו קשר זוגי פנו לטיפול פוריות במטרה להביא ילד משותף. הליכי הפוריות כללו שאיבת ביצית של אחת מבנות הזוג והפרייתה בזרע של תורם (אנונימי), והעברת העובר לרחמה של בת הזוג השנייה. במהלך תקופת ההיריון עלו היחסים בין בנות הזוג על שרטון והן נפרדו. בשנת 2021 נולדה בתן. על מנת להסדיר את ההורות נפתח הליך משפטי במסגרתו הציגו שתי הנשים חזית אחידה ולפיה יש להצהיר כי יש להכיר באם הגנטית (שמגופה נשאבה הביצית) כאם המשפטית של התינוקת. זאת בניגוד לעמדת המדינה כי כל עוד לא ניתן צו הורות פסיקתי רק האם הנושאת (הפיזיולוגית) תוכר כאם התינוקת. נציגי היועצת המשפטית לממשלה טענו כי במשפט הישראלי אין להורות הגנטית נפקות משפטית. בנוסף, הם טענו כי הכרה בהורות גנטית במסגרת הליכי פוריות עשויה לזמן מצבים שהחוק הישראלי טרם הכיר בהם, כמו הכרה בשלושה הורים. נדגיש, משמעות ההכרה בשלושה הורים אינה תיאורטית בלבד, שכן במספר מדינות מערביות כבר קיימת הכרה משפטית במצבים בהם לילד אחד יש יותר משני הורים.¹⁵

עמדה זו של היועצת המשפטית לממשלה, אף שלא התקבלה במסגרת המקרה המסוים הזה, הינה חשובה לדיון שבפנינו. כידוע, לעמדתה של היועצת המשפטית לממשלה כפרשנית של החוק הישראלי יש משקל רב, גם אם אינו מכריע. פעמים רבות בעבר, במיוחד בתחום המשפט הרפואי, עמדתו של היועץ

¹² עמ"ש 16877-10-22 פלוני ואח' נ' אסותא ראשון בע"מ ואח' (פורסם ביום 19.10.2022) (להלן: פרשת אסותא).

¹³ שם, פסקה 29. לציין, ביום 24.10.2022 דווח לבית המשפט ולצדדים כי הבדיקה הגנטית לקשרי משפחה לא מצאה קשר בין העובר לבני הזוג שהייתה הערכה שבסבירות גבוהה הם ההורים הגנטיים. ברם, אין בדיווח זה כדי לשנות מהפרשנות המשפטית המוצגת במאמר זה. כמו גם מהחשיבות של בירור עובדתי וזיהוי של ההורים הגנטיים. זיהוי מקור הרקע הגנטי של העובר/ילד שיוולד עומד בפני עצמו (בין היתר לאור עקרון טובת הילד) ובמנותק מסוגיית ההורות.

¹⁴ תמ"ש 956-06-21 ה.ל. נ' היועצת המשפטית לממשלה (נבו, 1.5.2022) (להלן: פרשת ה.ל.).

¹⁵ Haim Abraham, *A family is what you make it: Legal recognition and regulation of multiple parents*, 25 (4) Bill Cameron & Samantha Brennan, *How Many*; JOURNAL OF GENDER, SOCIAL POLICY & THE LAW, 405–444 (2017) *Parents Can a Child Have? Philosophical Reflections on the Three Parent Case*, 54 (1) DIALOGUE 45–61(2015); Katharine K. Baker, *Homogenous rules for heterogeneous families: The standardization of family law when there is no standard family*, 2 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 319-372 (2012); Government Committee on the Reassessment of Parenthood (2016) *Child and Parents in the 21st Century*.

המשפטי לממשלה התקבלה והפכה לכלל אשר לאורו פוסקים בתי המשפט.¹⁶ בהקשר זה, יש בעמדת היועצת המשפטית לממשלה היגיון. הטענה היא כי החקיקה והפסיקה הם אלה שמכירים מבחינה משפטית בהורות גנטית במקרים מסוימים אך לא כברירת מחדל. דוגמא לכך היא ההכרה בהורות הגנטית של ההורים המיועדים לפי חוק הפונדקאות.¹⁷ הטענה היא כי כל עוד לא ניתן צו שכזה עפ"י החוק האם הנושאת היא מבחינה משפטית אמו של הילד שנולד. תימוכין נוסף לטענה זו הינו חוק תרומת ביציות אשר אינו מכיר בתורמת הביצית כאם המשפטית של הילד. נקודת המוצא היא שהאם הנושאת שעוברת הליכי הפריה של הביצית ומולידה את הילד היא האם המשפטית.¹⁸

לסיכום, בבסיס העמדה התומכת בזיקה הפיזיולוגית כזיקה העדיפה במשפט הישראלי נשמע הטיעון לפיו כדי להכיר בהורות גנטית נדרשת התערבות שיפוטית. בהעדר התערבות שכזו, או כל עוד אין התערבות שכזו, האם הפיזיולוגית היא אמו המשפטית של הילד. אם ניישם זאת לנסיבות פרשת אסותא, הרי שהביטויים שנדונו כאן תומכים בעמדתה של האם הנושאת המבקשת לגדל את העובר לכשייוולד. אם נוסיף לעמדה זו את נקודת המבט המדגישה את הקשר הרגשי שנוצר בין האישה לעובר שברחמה,¹⁹ המבוססת על תפיסה פילוסופית פמיניסטית של אתיקה של דאגה (ethics-of-care),²⁰ ועל מחקרים אמפיריים המצביעים על קיומו של קשר רגשי שכזה,²¹ העמדה של האם הנושאת במקרה שבפנינו עומדת על קרקע יציבה.

ביטויים של זיקה גנטית

ניתן להבחין הן בחקיקה והן בפסיקה במתן עדיפות לזיקה הגנטית, גם כאשר היא עומדת אל מול הזיקה הפיזיולוגית. עדיפות זו מקבלת ביטוי בעמדת בית המשפט בפרשת אסותא (בנוגע לבקשה לערוך בדיקה לקשרי הורות) "זכותו של העובר והאינטרס הברור שלו [הם] לדעת את מקורותיו הגנטיים, הן מטעמים גשמיים – בריאות ורפואה, הן מטעמים דתיים ואתיים – מניעת נישואי קרובים, והן מטעמים שבנפש וברוח – עצם הידיעה מנין בא..."²² כאמור, בפסיקותיו מכיר בית המשפט בחשיבות הזיקה הגנטית מטעמים בריאותיים, נפשיים וחברתיים. נציג חלק מהפסיקה להלן.

אסמכתא ראשונה ניתן למצוא בחוק הפונדקאות. הבסיס עליו מושתת החוק הינו הכרה ברצון של זוגות ויחידים להביא לעולם ילד הנושא את המטען הגנטי שלהם. הכרה זו עולה כבר בסעיף 2 לחוק הקובע מפורשות שלכל הפחות הזרע חייב להיות של האב המיועד, ובמקרה שבו לאישה אין בן זוג, הביצית חייבת להיות שלה.²³ סעיף 2 מדגיש מפורשות כי הביצית אינה יכולה להיות של האם הנושאת. בהמשך לכך, קובע סעיף 10 לחוק כי עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו. כלומר, ההורות המשפטית של ההורים הגנטיים לא רק שלא מוטלת בספק אלא היא נקודת המוצא והכלל. אמנם, על ההורים המיועדים לקבל צו הורות אשר יכיר באופן רשמי בהורות שלהם, אבל נראה כי מדובר בצו הצהרתי בלבד, שכן מהותית ההורים המיועדים נושאים בחובות הורות כלפי הילד מרגע היוולדו והוא אף נמסר למשמורתם.

זאת ועוד, האם הנושאת אשר מבקשת לשמור על הילד שאותו נשאה ברחמה ומבקשת לחזור בה מההסכם היא זו אשר צריכה לפעול באופן אקטיבי, כאשר נראה שסיכויי הצלחתה נמוכים. סעיף 13 לחוק קובע כי "ביקשה אם נושאת לחזור בה מהסכם לנשיאת עוברים ולהחזיק בילד, לא יאשר זאת בית המשפט

¹⁶ ראו למשל: ה"פ (מחוזי ת"א) 16813-11-14 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו, 23.11.2014).

¹⁷ חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, התשנ"ו-1996, ס"ח 1577, עמ' 176 (להלן: חוק הפונדקאות).

¹⁸ חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 2242, עמ' 620.

¹⁹ קשר רגשי שמקבל ביטוי מוחשי גם ברצון האישה לתת חיים לעובר שברחמה, וכפועל יוצא החלטתה לעבור פרוצדורה רפואית מורכבת לתיקון מום משמעותי לעובר שברחמה.

²⁰ VIRGINIA HELD, THE ETHICS OF CARE (2006); MICHAEL SLOTE, THE ETHICS OF CARE AND EMPATHY (2007).

²¹ Amy Salisbury, Karen Law, Lyn LaGasse. & Barry Lester, *Maternal-Fetal attachment*, 289(13) JAMA 1701 (2003).

²² פרשת אסותא, לעיל ה"ש 12.

²³ חוק הפונדקאות, לעיל ה"ש 17, סעיף 2(2).

אלא אם כן נוכח לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים, כי חל שינוי בנסיבות שיש בו כדי להצדיק חזרתה של האם הנושאת מהסכמתה, וכי אין בכך כדי לפגוע בטובת הילד.²⁴ מכאן ניתן להבין כי כאשר יש התנגשות בין בעלי הזיקה הגנטית לבעלת הזיקה הפיזיולוגית ידם של בעלי הזיקה הגנטית על העליונה.

נחזור לפרשת אסותא. יש – כמונו – הרואים במקרה זה כפונדקאות כפויה.²⁵ האישה שברחמה הושתלה בטעות ביצית מופרית שאינה שלה לא רצתה כמובן להיות אם נושאת לזוג אחר. ודאי שגם ההורים הגנטיים לא רצו בכך. שתי הנשים רצו לשאת את העובר שהינו שלהן מבחינה גנטית. לכן יש כאן פונדקאות אשר נכפתה על שני הצדדים, והמנגנון הרלבנטי ביותר קבוע בסעיף 13 לחוק הפונדקאות. מנגנון זה אינו הולם את נסיבות המקרה בצורה מלאה שכן הוא עוסק בחזרה של האם הנושאת מההסכם עם ההורים המיועדים, ואילו בנסיבות המקרה שבפנינו לא הייתה הסכמה להליך וכל שכן לא היה ואין הסכם.²⁶ אבל, דה-פקטו יש כאן סירוב של האם הנושאת למסור את הילד שנשאה ברחמה לאם הגנטית. בהתאם ללשון הסעיף, בית המשפט יאפשר לאם הנושאת לקבל את הילד למשמורתה רק אם יש נסיבות אשר מצדיקות זו. נסיבות אלה נוגעות לעקרון העל של שמירה על טובת הילד. לכן, ככל שבנסיבות המקרה בית המשפט יגדיר את המקרה כפונדקאות כפויה ויפנה ליישום הוראות החוק הרלוונטיות, ובהנחה שמסירת העובר לכשייוולד להורים הגנטיים לא תפגע בשלומם או ברווחתו הרי אנו נתקשה לראות מצב שבו בית המשפט ייתן עדיפות לאם הנושאת על פני ההורים הגנטיים.

ביטויים המדגישים את החשיבות של הזיקה הגנטית לצורך קביעת הורות משפטית נמצאים גם בפסיקה הישראלית. אחת הפרשות אשר הנסיבות שלה דומות מאוד לנסיבות המקרה שבפנינו היא פרשת תינוק המריבה משנת 2016.²⁷ מדובר היה בילד אשר נולד לאישה צעירה מיחסים שהיא קיימה עם בן זוגה שממנו נפרדה עוד לפני הלידה. מייד בסמוך לאחר הלידה נתנה האם את הסכמתה למסירת הילד לאימוץ. כאשר הילד היה כבן ארבעה חודשים ובמשמורתם של הוריו המאמצים, נודע לאב הפיזיולוגי על לידת בנו. הוא (יחד עם האם הפיזיולוגית) הגישו בקשה לביטול צו האימוץ ולקבלת הילד למשמורתם. בסופו של הליך משפטי ארוך, וכאשר הילד היה בן 13 חודש, קבע בית המשפט העליון בדעת רוב כי צו האימוץ בטל וכי בהעדר עילת אימוץ אחרת, הילד יוחזר למשמורת של אביו הגנטי (שבאותה עת כבר חי בנפרד מהאם הגנטית).

בפסק הדין עוסקים השופטים במקרים בהם קיים עימות בין הזכות של האב הפיזיולוגי שהינו גם האב הגנטי לגדל את ילדו לבין זכויותיהם של ההורים החברתיים/הפסיכולוגיים. ההכרעה מושפעת בצורה משמעותית מעקרון טובת הילד. השופטים, בין מפורשות ובין באופן משתמע, נותנים משקל רב לזכותו של האב הגנטי-פיזיולוגי. ראייה לכך היא כי במבחן התוצאה, חרף העובדה שחלק גדול מהשיקולים הכלולים בעיקרון טובת הילד מטעים את הכף לקבלת עמדתם של ההורים המאמצים, הרי שכל עוד אין חשש ממשי לשלומם של הילד אם יוחזר לאב הגנטי-פיזיולוגי, זכותו עדיפה על זו של ההורה המאמץ. הביקורת אשר עשויה להישמע כנגד הסתמכות על פרשת תינוקת המריבה משנת 2016 ביחס לפרשת אסותא היא כי בסופו של דבר התנגשות בפרשת תינוק המריבה אינה בין הזיקה הגנטית לזיקה הפיזיולוגית אלא בין הזיקה הגנטית-פיזיולוגית לזיקה החברתית.

ביקורת נוספת מפנה אותנו להכרעת שופטי בית המשפט העליון בפרשה כמעט זהה, מוקדמת יותר, משנת 2004. פרשה זו עסקה אף היא במאבק משפטי בין הורים פיזיולוגיים ובין הורים מאמצים על הזכות

²⁴ שם, בסעיף 13.

²⁵ שרון כידון וישי שנרב, "משפט שלמה המודרני: מהי עמדת היהדות בפרשת החלפת העובר", YNET (19.9.2022), <https://www.ynet.co.il/judaism/article/hj8nsrrbs>.

²⁶ לתפיסתנו דרישת ההסכם שבסעיף 13 מייצגת שתי מטרות אשר משרתות ומחזקות אחת את השנייה. מטרה אחת היא חזית-שמירה על וודאות; הכרה בעקרונות הצעה וקיבול וכיבוד הסכמי. מטרה שנייה לסמן את עקרון טובת הילד כשיקול מרכזי, בין היתר במצב של שינוי נסיבות והכרה משפטית בחזרת האם הנושאת מהסכמתה.

²⁷ בע"מ 9447/16 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה- משרד הרווחה (נבו, 28.2.2017).

לגדל תינוק. לאחר הליך משפטי מורכב וממושך קבע בית המשפט העליון בדעת רוב כי יש להכריז על הקטין כבר אימוץ ולהשאירו ברשות ההורים המאמצים.²⁸ בפסק הדין מציבים שופטי דעת הרוב את עקרון טובת הילד כערך וכשיקול מרכזי בהכרעה השיפוטית הספציפית, בין היתר תוך אמירה עקרונית שאין להעדיף מראש את ההורות הגנטית-פיזיולוגית על פני ההורות החברתית/פסיכולוגית, אלא כל מקרה צריך להיבחן לגופו. כך, בעוד שדעת המיעוט בפרשה זו נתנה משקל מכריע ל"קול הדם", הרי שבנסיבות המקרה משנת 2005 הוביל היישום של עקרון טובת הילד למתן עדיפות להורות החברתית/פסיכולוגית.

בין אם הפסיקה העוסקת בתינוקות המריבה מסייעת לתומכי הזיקה הגנטית ובין אם לא, תימוכין למתן עדיפות לזיקה הגנטית ניתן למצוא בפרשת ה.ל. בה דנו לעיל.²⁹ כאמור, עמדת היועצת המשפטית לממשלה לפיה המשפט נותן עדיפות לזיקה פיזיולוגית על פני זיקה גנטית לא התקבלה. מבחינה קונקרטית, בקשתה של בת הזוג שתרמה את הביצית (האם הגנטית) כי אימהותה תוכר מבחינה משפטית התקבלה. מבחינה עקרונית חשוב לצטט מדבריו של השופט בר יוסף: "זכותה של האם הגנטית להכרה משפטית באימהותה לגבי הקטינה מובנת מאליה. המשפט מכיר אפריורית בזכותו של כל פרט לקשר הורי עם צאצאו, ובכך מהדהד קול המשפט את 'קול הדם'. זו היא זכות טבעית בעלת ממד חוקתי. זכות זו איננה מותנית במאומה, מאחר שהיא חלק מזכויות הליבה של כל אדם, מעצם היותו... ככל שהמדינה סבורה, שמתקיימים תנאים המצדיקים לפגוע בזכות לאימהות ובהיעדר חוק המצר את גבולה של זכות זו, עליה נטל השכנוע."³⁰ שלילה של הורות כזו מבחינה משפטית, ממשיך השופט וקובע, יכולה להיעשות רק מכוח עקרון טובת הילד. במילים אחרות, ההכרה המשפטית בהורות גנטית תיסוג רק אם יוצגו עובדות המעלות חשש לפגיעה בשלומו של הילד.³¹

מסקנות וסיכום

פרשת אסותא מעלה לדיון מספר סוגיות מנקודות מבט שונות, אשר המקום כאן צר מלהכיל. בחרנו להתמקד בהתנגשות שבין הזיקה הפיזיולוגית לזיקה הגנטית שכן להערכתנו העניין יגיע להכרעה שיפוטית. כפי שראינו שני הצדדים לפרשה נקלעו לסיטואציה טרגית בעל כורחם, ולכל אחד מהם יש טיעונים משכנעים. כיוון שהמשפט הישראלי, לפי תפיסתנו, טרם הכריע בין הזיקות השונות, ונוכח הייחודיות של המקרה, תהיה המשימה של בית המשפט אשר יתבקש להכריע בעימות הזה קשה לא רק מבחינה ערכית ומוסרית אלא גם מבחינה משפטית.

בבחירה שבין זיקה גנטית לזיקה פיזיולוגית, אנו סבורים כי **עקרונית** יש להעדיף את הזיקה הגנטית שכן המקור של העובר הוא במטען הגנטי של הוריו, והם אלה שיצרו אותו מתוך הנחה שיגדלו אותו בעתיד. תכונותיו הפיזיות והבריאותיות – של העובר מקורן בהורים הגנטיים, כמו גם ההכרה בטעמים שבנפש וברוח³² ומכאן, לדעתנו, על המשפט להעניק עדיפות לזיקה הגנטית. אנו לא מתעלמים מהקשר הרגשי שנוצר בין האם הנושאת לעובר ולא לפעולות שהאם הנושאת נוטלת על עצמה – תוך סיכון לעתים משמעותי לבריאותה וחייה – כדי להוליד את הילד. אבל, כאשר אנו בוחנים מקרוב את החוק והפסיקה אנו סבורים כי אלה, בסופו של דבר, מעניקים עדיפות לזיקה הגנטית.

בהקשר זה עשויה להעלות הטענה כי האם הפיזיולוגית רצתה בעובר ופעלה כדי לממש רצון זה. אבל, אנו סבורים כי להיבט של הרצון אין יכולת להכריע בעימות זה שבין שתי הזיקות שכן גם ההורים הגנטיים, ודאי בנסיבות פרשת אסותא, רצו להביא ילד לעולם ונקטו בפעולות להוציא רצון זה אל הפועל. לכן, אם אנו

²⁸ בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' הוריו הפיזיולוגיים, פ"ד ס (1) 124 (2005).

²⁹ ראו לעיל פרשת ה.ל., ה"ש 14.

³⁰ שם, בפס' 12.

³¹ שם, בפס' 13.

³² לדוגמא: הכרה בהשפעות נפשיות עתידיות על הילדה; כמיהה לדעת את הזהות הגנטית והרצון להכיר את השורשים הטבעיים. לעניין זה ראו לעיל **פרשת אסותא**, ה"ש 12, פס' 28 לפסק דינו של השופט ויצמן ופס' 2 לפסק דינו של השופט גורמן.

נותרים עם המטען הגנטי שמהווה את הבסיס ליצירתו של הילד ולחיו מצד אחד ולקשר הרגשי והפיזי שנוצר בין האם הנושאת לעובר מצד שני, הרי שבעימות הבלתי נסבל הזה, אנו סבורים כי לזיקה הגנטית יש עדיפות. עם זאת, מעבר למתח המובנה והעקרוני שנוצר בין שתי הזיקות, ייתכן שנסיבות ספציפיות של מקרה מסוים שיגיע להכרעה שיפוטית יעלה שיקולים רלוונטיים ייחודיים נוספים שיהיה להם מקום בדיון המשפטי. כך לדוגמא, יכולתה של האם הפיזיולוגית להרות שוב בעתיד, ויכולתה של האם הגנטית לשאת בעתיד היריון של עובר/ים נוספים שכבר הקפיאה. שיקול ייחודי נוסף עשוי להיות מצבו הבריאותי של הילד לכשיוולד. אם האם הנושאת-הפיזיולוגית יודעת במהלך ההיריון כי לעובר יש מומים הרי שהחלטתה שלא להפסיק את ההיריון, משפיעה ישירות על ההורים הגנטיים, שהרי אם ייוולד הילד וההורים הגנטיים יוכרו כהורים המשפטיים, הרי שייכפה עליהם לגדל ילד שייתכן והם היו מחליטים במהלך ההיריון שלא להביאו לעולם. מכאן, ייתכן ששיקולים ייחודיים, התלויים בנסיבות המיוחדות של המקרה, יטו את הכף להכרעה שיפוטית שמנוגדת לעמדתנו העקרונית המעניקה עדיפות להורות הגנטית.

כך או כך, אנו מאמינים שעדיף לסיים פרשה מצערת זו בהסדר של הסכמה, באמצעות הליך של גישור בין שני הצדדים מחוץ לכותלי בית המשפט, הסכמה אשר תעוגן בצו שיפוטי. ברם, לאור העמדות שהציגו כל אחד מהצדדים בתקשורת ביחס לרצונם לגדל את התינוקת לכשתיוולד, נראה כי הכרעה שיפוטית תהיה בלתי נמנעת. מכאן, ובהתאם לעקרון טובת הילד ראוי שהכרעה שיפוטית שכזו תתקבל סמוך ככל שניתן לאחר הלידה. אנו מקווים כי הניסיון הרב שצברו השופטים בבתי המשפט לענייני משפחה, יחד עם אנשי המקצוע שמלווים אותם, יסייעו במציאת פשרה אשר ממנה התינוקת שתיוולד תוכל לממש את מלוא הפוטנציאל ההורי שיכול להינתן לה ומשגרת חיים יציבה וטובה.