

יעל ויילר

האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות פיצול - הפשטה - איון¹

ראשי פרקים:

פרק א: פיצול ההורות

1. פיצול הורות ואימוץ
2. פיצול הורות וחומר גנטי
3. פיצול הורות ופונדקאות

פרק ב: הפשטת ההורות

1. הפשטת ההורות ואימוץ
2. הפשטת ההורות וחומר גנטי זר
3. הפשטת ההורות ופונדקאות

פרק ג: איון ההורות

1. איון ההורות על ידי אימוץ
2. איון ההורות וחומר גנטי זר
3. איון ההורות ופונדקאות

הקדמה

שאלות שנשאלות בסוגית אם פונדקאית:

'אם פונדקאית' היא מי שקולטת לרחמה ביצית מופרית של זוג אחר ומגדלת בו את העובר עד ללידה. בכוונתה להעביר לאחר הלידה את הנולד לאביו ולאמו הגנטיים. 'אם תחליפית' היא מי שמפרה ביצית משלה בזרעו של איש, בן זוג של אשה אחרת. בכוונתה להעביר לאחר הלידה את הנולד לאביו הגנטי ולבת זוגו.

יש הרואים, את מעשה ה'אם הפונדקאית' כ'פונדקאות מלאה', לעומת הפונדקאות החלקית של האם התחליפית. האם הפונדקאית 'מארחת' ברחמה עובר שאיננו פרי בטנה, לעומת זאת, האם התחליפית מוותרת על ילדה הגנטי לטובת האשה העקרה. תחליפאות עשויה להיווצר, עקרונית, על ידי הפריה מלאכותית או על ידי הפריה בדרך הטבע. פונדקאות תלויה בהפריה מלאכותית ובשימוש בטכנולוגיה רפואית חדשנית. המונח האנגלי Surrogate Mother חל על שני הכינויים בעברית: פונדקאות ותחליפאות².

1. נר לזכרו היקר של מורי הדגול פרופ' ישעיהו ליבוביץ', איש חסד ואיש אמת, אוהב צדק ואוהב שלום.

2. הגדרה משפטית לפונדקאות ראו: פנחס שיפמן, **דיני המשפחה בישראל**, המכון למחקרי חקיקה למשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תשמ"ט, כרך ב, [להלן: שיפמן תשמ"ט], עמ' 131. הגדרה רפואית לפונדקאות ראו: ציון בן רפאל, דניאל זיידמן (בהשתתפות חנה גילאי-גינור), **המדריך המלא לפריון**, ירושלים ותל-אביב תשנ"ג, עמ' 187-184; אייבי לוי ועת

1. המושג. עצם השימוש במושגים פונדקאות ותחליפאות מהווה הסכמה לתפיסת עולם שונה של הורות. האם השינוי בתפיסת ההורות הוא מהותי ושורשי? האם השינוי בתפיסת ההורות, המתבטא בשימוש במושגים החדשים, הינו המשגה פונקציונאלית של מושג ההורות וראייתו כמשהו מכשירי (אינסטרומנטלי), למול מושג ההורות של אתמול, אשר נתפס, בעיני רבים, כמהות 'טבעית' ושלמה וכערך כשלעצמו? ואולי מושגים חדשים אלו הם רק שמות, רק 'כיסוי' המשווק היטב דחף עמוק 'פרימיטיבי' המושרש היטב מקדמת דנא? אולי השינוי בתפיסת ההורות אינו אלא גלגול מודרניסטי של צרכים ומוסדות עתיקים עד מאוד?

2. האמהות הכפולה. הפונדקאות והתחליפאות מעלה אצל משפטנים את השאלה 'מי היא האם?'. אך, שאלה זו, כאשר היא נשאלת במימד הישותי (אונטולוגי) ובמימד ההכרתי (אפיסטמולוגי), כבר נשאלה בעבר הרחוק. מאז ומעולם התרחשו מקרים של נטישת ילדים או החלפתם סמוך ללידה. עם זאת, במשפט האוניברסלי מקובל היה לסבור כי 'בדרך כלל השאלה מי היא אמו של ילד ניתנת עקרונית להוכחה על ידי הבאת עדויות על זהות האשה שילדה את הילד'³. האפשרות החדשה של הפונדקאות מערערת כלל זה ויוצרת מצב של שתי אמהות לגיטימיות לכאורה: האם הגנטית והאם היולדת.

שאלת 'מי היא האם?' מתחדדת בשימוש בביצית שניטלה מעוברית לא-חיה ליצירת עובר חדש. המציאות החדשה מתוספת למציאות קיימת סבוכה ורב-משמעית לכתחילה. משפטנים קובעים כי 'מערכת היחסים המשפטיים שבין הורים לילדים משקפת מתח מתמיד בין הקרבה הטבעית לבין שיקולים חברתיים... המעמד המשפטי של ההורות עלול להיות בר-חלוף ובר-שינוי'⁴. וכן, 'השיפוט והמשפט לגבי קביעת ההורות הוא נושא בו שוררת מבוכה לא מעטה'⁵.

למרות זאת, נוצרו, בתקופה הקצרה שבה הפך הנושא לסוגיה נידונה, כמה שיטות עיקריות. השופטים בבתי משפט ב'מערב' סוברים בדרך כלל שהביסוס לקביעת אמהות במקרה של פונדקאות הוא הקשר הגנטי, ולא הילדני, עם הנולד. בתחליפאות, האם, לשיטתם, היא מי שמקבלת את התינוק מהאשה שהסכימה למסור לה את תינוקה תמורת תגמול. לעומתם, יש הסוברים, שהאם היא האם היולדת, גם במקרה של פונדקאות. בספרות ההלכה נידונה בשנים האחרונות

ספרן, הפריה חוץ-גופית - תשנ"ה (1995), אסיא, נה, טבת תשנ"ה (דצמבר 1994), (כרך י"ד, ג), [להלן: לויין וספרן תשנ"ה], עמ' 13, לעיל עמ' 198.

3. שיפמן תשמ"ט. עמ' 40.

4. הנ"ל, שם, עמ' 11.

5. הנ"ל, שם, עמ' 21.

בהרחבה ההבחנה החדשה בין אמהות הורית (גנטית) לאמהות ילדנית, ומושמעת קשת של דעות: יש הסוברים שהאם היא האם הגנטית, יש הסוברים שהאם היא האם הפונדקאית, יש הסוברים שחיצוניותה של פעולת ההפריה החוץ-גופית (in-vitro) לרחם ולעיבור מבטלת יחסי הורה-צאצא, ויש המציעים אפשרות של תינוק בנן של שתי אמהות⁷⁶.

הרצון לקבוע זהות אמהית חד-משמעית המנחה משפטנים אלה מבטא, לדעתי, צורך להחיל, לאכוף ולסדר 'כללי משחק' ישנים על מציאות הורית העוברת שינויים מהותיים מהפכנים. טכניקות ההולדה החדשניות נועדו לשרת צרכים אנושיים עמוקים, שורשיים ומובנים בתרבות האנושית מאין כמותם: הצורך להיות הורה, הצורך בזרע ובהמשך, אשר תוארו ובוטאו בהרחבה בספרות ובאומנות מאז היותן: אולם מימוש ההורות החדשני גרם וגורם לתהליכי שינוי מואצים בתפיסת ההורות עצמה ובדפוסיה ההורות.

3. אפיונים של שינוי. ההורות, הנתפשת כדבר מסוים (קונקרטי), דואלי, והכרוך במגע גופני, הופכת לדבר מופצל פונקציות, הנתפס יותר ויותר כמופשט, וחלקים חשובים ממנו אף מוסתרים ומועלמים⁸. השינויים הם:

6. ראו: הרב אליעזר יהודה ולדינברג, שו"ת **ציץ אליעזר**, ירושלים תשמ"ה-תש"ן, חלק ט"ו, סימן מ"ח; הנ"ל ופרופ' דוד מאיר, הפרייה במבחנה, דיון רפואי והלכתי, **ספר אסיא**, ה', ירושלים תשמ"ו, עמ' 84-92; הרב זלמן נחמיה גולדברג, יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת, **תחומין**, כרך ה', תשד"מ, עמ' 248-259; הרב אברהם יצחק הלוי כלאב, מיהו אמו של ילוד, ההורה או היולדת, **תחומין**, שם, עמ' 260-267; הנ"ל והעורך (איתמר ורפהטיג), קביעת אמהות (בשולי הדברים), **תחומין**, שם, עמ' 268-274; משה הרשלה, תינוק מבחנה בהלכה, **תורה שבע"פ**, תשס"ד, עמ' קכ"ד-קכ"ט; יהושע בן-מאיר, הפרייה במבחנה - יחוס עובר הנולד לאם פונדקאית ולאם ביולוגית, **אסיא**, מ"א, י"א א', תשמ"ו, עמ' 25-40; זאב לב, בענין ילוד מאם פונדקאית, **אור המזרח**, ל"ז, א', תשמ"ט, עמ' 160; אהרון כ"ץ, אם פונדקאית, **מגל**, ח-ט, תשנ"ב, עמ' 15-18; יהושע בן-מאיר, הורות משפטית והורות גנטית בהלכה, **אסיא**, מ"ז-מ"ח, (י"ב, ג-ד) כסלו תש"ן, [להלן: בן-מאיר תש"ן], עמ' 80-88; הרב מרדכי אליהו, ראיון - חיי אשה ומשפחה לאור ההלכה, **אמונה** - בטאון תנועת האשה הדתית לאומית, כסליו תשנ"ב, נובמבר 1991, עמ' 13-14; אברהם שטיינברג, **אנציקלופדיה הלכתית רפואית**, מכון שלזינגר לחקר הרפואה על פי התורה ליד המרכז הרפואי שערי צדק, ירושלים תשמ"ח-תשנ"ג, כרך ב', ולהלן: שטיינברג תשנ"ג], עמ' 138-129; הרב ישראל לאו, **יחל ישראל**, שו"ת עיונים וברורי הלכה, חלק א', ירושלים תשנ"ב, עמ' קסא-קע; אמנון בן-דרור, **אימוץ ופונדקאות**, תל-אביב תשנ"ד, [להלן: בן-דרור תשנ"ד], עמ' 284-292; צבי אלוש, "יש לגייר תינוק שנולד מאם פונדקאית גויה", ידיעות אחרונות, יום ו' כ' בטבת, תשנ"ה, 23.12.1994, עמ' 12.
7. ליבוביץ סבר כי האם היחידה היא האם היולדת. על פי שיחה עמו מכ"ו בסיון תשנ"ד (5.7.94) ועוד פעמים.
8. משום שאינו כרוך בהכרח במגע גופני ואף בזויגה כמו, למשל, בשיבוט [Cloning]. על המינוח, ראה: יוסף הירשברג, הנדסה גנטית מהי?, מילון מונחים בהנדסה גנטית, **הביוספירה**, ירחון המשרד לאיכות הסביבה, כרך כ"ג/6-7, ניסן-איוני תשנ"ד, מרס/אפריל 1994, עמ' 2-6. על נושא זה, ראו: דוד הר, **אתיקה ורפואה**, תל-אביב תש"ן, [להלן: הד תש"ן], עמ' 63. אני מודה לפרופ' דוד הר על עצותיו המועילות בשלל סוגיות הקשורות בעבודה זו. הרב אליעזר וולדינברג, **ספר אסיא**, ה', ירושלים תשמ"ו, עמ' 90; שיפמן תשמ"ט, עמ' 127, הערה 92; מאיר שמגר, סוגיות בנושאי הפרייה ולידה, **הפרקליט**, ל"ט,

1. פיצול (דיפרנציאציה) ההורות.
2. הפשטת (אבסטרקציה) ההורות.
3. איון (ביטול, איפוס, ניהיליזציה) ההורות.

השינויים במושג ההורות, בין שהם מבטאים תמורה מרחיקת לכת ומהפכה, בין שהם רק גילגולים של מושגים ומוסדות עתיקי יומין, ובין שהם מהפכה והמשך גם יחד, מאלצים את המתבונן בהם לפשפש מחדש בקרביו של מושג ההורות.⁹ נשאר על כנה עמדתה הקיומית, החד-פעמית, הפנימית של נפש האדם מול הידע המדעי החיצוני, המתרחב במהירות, שנקלט על ידה. כיצד תוכל את התרחבות הידע המדעי והשלכותיו הסביבתיות? האם תוכל לעבדו בדרך שתהיה רצונית, חיובית, הולמת ומתאימה לאכויותיה?¹⁰

פרק א: פיצול ההורות

משמעות הורית רבת פנים הופכת לענין מצוי ולגיטימי בתפיסת ההורות האנושית. יש לשער, כי המבנה ההורי הדואלי ישאר כאב-טיפוס קלאסי בלבד. מענין להשוות זאת למאמר חז"ל בו נתפסת ההורות כשותפות של שלושה: הבורא, האב והאם.¹¹ ברור, שאין הכוונה לשותפים שווי ערך, אלא זו אמירה הפותחת ומפלשת את הדואליות ההורית הטבעית הקבועה והמוכנת מאליה. הבורא הוא האינסופי, היודע כל והנמצא בכל. הזכרתו כגורם מובנה במערכת כל שהיא מאפשרת שדה פעולה פתוח ליצירת דפוסים חדשים. ועוד, מעמדם הרוחני והנפשי של ההורים מצומצם יותר כאשר הם שותפים לבורא ולא בלעדיים.

א', התשמ"ט-התשנ"א, [להלן: שמגר תשנ"א], עמ' 21; הרב ד"ר מרדכי הלפרין, תרומת חומר גנטי בטיפולי פוריות הבטים רפואיים והלכתיים, **תורה שבע"פ**, 33. תשנ"ב, [להלן: הלפרין תשנ"ב], עמ' ק"ט; אסא כשר, קדושת החיים והמוסר, **האוניברסיטה**, תל-אביב תשנ"ה, עמ' 8-10. כן, ברצוני, להודות מאד לפרוס' עמיה ליבליך ולפרופ' זאב קליין ששוחחו עימי בנושאים אלו.

9. ישעיהו ליבוביץ אמר לי, בשיחה מכ"ו בסיון תשנ"ד 5.7.94. שלדעתו, עובר שיוולד מרחם מלאכותית הוא חסר הורים לחלוטין. כלומר, אין לעובר זה שיון פרטני משפחתי. האם, על כן, שיוכו כוללני למדינה או לגוף הכלכלי שיצר אותו? שמה, נעמוד על כך שיצירת אדם מחייבת תמיד שיון פרטני ואז נשייכו למומחי הביו-טכנולוגיה האחראים ליצירתו, בין שהם 'טכנאים' ובין שהם 'מדענים'? אף מעבדה לא תוכל להחליף את הקשר שבין עובר לאמו.

10. ביחסים בין שתי הישויות, המדע והנפש, עוסקת הבעיה הפסיכופיסית. ראו: ישעיהו ליבוביץ, **בין מדע לפילוסופיה**, ירושלים תשמ"ז. [להלן: ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 137-260; הנ"ל, גוף ונפש, תל-אביב תשמ"ג. קיית קמפבל, גוף ונפש, ירושלים תשנ"ג; יוסף נוימן, המהפכה הקופרניקאית בביו-טכנולוגיה וייחודו של האדם, בתוך: **ישעיהו ליבוביץ עולמו והגותו**, [עורך: אבי שגיא], ירושלים תשנ"ה, עמ' 323.

11. 'שלושה שותפים יש באדם - הקב"ה, אביו ואמו'. תלמוד בבלי, מסכת נידה, ל"א ע"ב. במדרשי חז"ל מוזכרות 'שותפויות' נוספות עם הקב"ה בעשיה האנושית, כמו יצירת התורה שבע"פ הכוללת את ספרות הפסיקה.

לעומת תפיסת זהות אמהית חד-משמעית, הנלקחת כענין מובן מאליו בדיונים הנושאים אופי משפטי מעשי, ברצוני להציע גישה אחרת המבוססת על מקורות המשפט העברי. אני מניחה כי התשובה על השאלה, ההכרתית (האפיסטמולוגית) בעיקרה: 'האם יש לאדם אם אחת בלבד?', איננה חד-משמעית. יתכן, כי גישתי זו מושפעת מהלכי רוח 'פוסט-מודרניסטיים' התומכים בפרשנויות רב-ערוציות בעת ובעונה אחת; אך עובדה היא כי בימי קדם אנו מוצאים ריבוי אמהי המבוסס על פרשנות רב-משמעית בת-הזמן של מושג האמהות. 'תופעה מקבילה (לפונדקאות י.ו.) היתה מוכרת בשיטות משפט עתיקות, ומוצאת ביטוי אף במקרא'¹². שרה בהיותה עקרה ביקשה מאברהם שיקח לאשה את הגר שפחתה כדי שתוכל להיבנות באמצעותה¹³. נשותיו של יעקב נתנו לו את שפחותיהן. רחל נתנה ליעקב את בלהה ו'ותלד על ברכי ואבנה גם אנכי ממנה'¹⁴. כך, עשתה גם לאה עם שפחתה זלפה¹⁵. ילדי השפחות, גם אלה הקשורות ביחסים עם עבדים, נקראים בפי המקרא 'יליד בית'. זהו פעוט השייך ל'בית' על נשיו, שפחותיו ועבדיו השונים¹⁶.

בנוסף לצורות הורות גופניות שונות (גנטית, ילדנית), ישנה הורות מופשטת לגיטמית נוספת והיא ההורות הפסיכולוגית, אשר אדון בה בהרחבה בפרק הבא. בפסיקה המשפטית ב'מערב' קימת במקרים מסוימים הכרה בהורות פסיכולוגית כהורות לכל דבר. אמנם ההורות הפסיכולוגית היא הורות אל-טבעית, כלומר היא לא התחילה בדרך של הריון ולידה, אך כאמור, שורשים לה בתרבויות העתיקות¹⁷.

1. פיצול הורות ואימוץ

במושג האימוץ קיים פיצול הורי מובנה בין ההורים הביולוגיים להורים המאמצים, ולא רבעתם אנו קוראים הורים, הממלאים את תפקידי ההורות. התחליפאות, ויש הסוברים גם הפונדקאות, משתמשת בדפוס האימוץ, כאשר ההבדל בין אימוץ לתחליפאות הוא ההבדל שבין מעשה שבדיעבד – אימוץ ילד שכבר נולד, לבין מעשה שמלכתחילה – אימוץ ילד שתוכנן להאמץ. מכיון ש'מוכרת בהחלט זכותו העקרונית של ההורה הבלתי-נשוי להתנגד לאימוץ', גם אם הוסכם עליו, על יסוד המשפט

12. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 158 וביבליוגרפיה שם.

13. בראשית פרק ל', פסוק ט'.

14. שם, שם, פסוק ג'.

15. שם, שם, פסוק ט'.

16. שם, פרק י"ז, פסוקים י"ב-י"ג. ועיינו: רש"י שם.

17. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 19 וביבליוגרפיה שם; נעם זהר, הולדה ואוטונומיה אישית: זהות ואינדיבידואציה ביחסי ההורות, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור. האוניברסיטה העברית נובמבר 1990, עמ' 25-30. השור לפיצול בצורות הנישואין אצל: פנחס שיפמן, מי מפחד מנישואין אזרחיים, מחקרי מכון ירושלים לחקר ישראל, מס' 62, ירושלים תשנ"ה, עמ' 98-91. אני מודה לפרופ' פנחס שיפמן על הערותיו המאירות.

העברי,¹⁸ יכולה להיות מוכרת זכותה של האם התחליפית להתנגד למסירת ילדה למרות שהיא מפרה חוזה.

הפיצול ההורי כתופעה נחווית על ידי הילד קיים במצב של 'אימוץ פתוח', בו נשמר הקשר של הילד עם המשפחה הטבעית או עם חלק ממנה.¹⁹ השופטים ויועציהם השונים (עובדים סוציאליים, פסיכולוגים וכו') מודעים למתח שיוצר ריבוי ההורות באימוץ פתוח. בפסק-דין של השופט ברק הוגדר האימוץ הפתוח כ'חוסר ודאות, סיבוכים נפשיים ובלבול',²⁰ ובפסק-דין של השופטת בן-פורת כ'מלאכותי ומבלבל, תלישות משני העולמות'.²¹ עמדתם של ברק ובן-פורת ניזונה מהתפיסה המקובלת בתרבותנו המעניקה מעמד ייחודי לבלעדיות האם 'הטבעית'. לעומתם, ישנם משפטנים הטוענים שאת 'האימוץ הפתוח', בו הפיצול ההורי גלוי לפני הילד בקטנותו, אין לפסול על הסף בגישה 'דוגמטית' הגורסת 'אימוץ סגור' בלבד.²² הם משתמשים בקביעתו המשפטית העקרונית של שר המשפטים פנחס רוזן ז"ל: 'כשם שאם אחת יכולה לאהוב עשרה ילדים, כן ילד יכול לאהוב שתי אמהות'.²³ גישת משפטנים אלו דוגלת, אם כן, במיסוד מחושב של פיצול ההורות ובהטמעתה לתוך חיי החברה, על אף מורכבויותה וחסרונותיה. יתרונותיה של גישה זו הם בהיותה גמישה ופלוראליסטית, בהניחה שקיימת מסוגלות אנושית לרב-הורות.

2. פיצול הורות וחומר גנטי זר

סוג אחר של פיצול הורות הנפוץ למדי בימינו, נגרם על ידי הזרעה מלאכותית מתורם זר.²⁴ להבדיל מהשתלת ביצית הכרוכה בהתערבות כירורגית או בהזרקה באמצעים טכניים חדשניים, הזרעה מלאכותית והתעברות מזרע ללא מגע מיני היתה ידועה כבר לקדמונים.²⁵

18. שיפמן תשמ"ט, עמ' 34 והערה 12 שם.

19. שיפמן תשמ"ט, עמ' 70-71 והערות 6, 7 שם. בן-דרור תשנ"ד, עמ' 41.

20. בתוך: שיפמן תשמ"ט, עמ' 77 והערה 26.

21. בתוך: שיפמן תשמ"ט, עמ' 79 והערה 38.

22. שיפמן תשמ"ט, עמ' 77-81. בן-דרור תשנ"ד, עמ' 190-192, 231-232.

23. דברי פנחס רוזן, דו"ח הוועדה לבריקת חוק אימוץ ילדים, משרד המשפטים, תש"ם 1979, עמ' 14.

24. בתוך: בן-דרור, תשנ"ד, עמ' 93. "15 אחוזים מכלל הילדים שאומצו בישראל ב-1993,

אומצו בשיטת האימוץ הפתוח"; ברוריה אבידן-בריר, אימוץ מן הסוג השלישי, לאשה,

13.2.95. עמ' 10-13, 102; הנ"ל, ההורים הכפולים של שרית, שם, גליון מספר 2501, 20.3.95,

עמ' 20-21, 106; גרעון ברוידא, חד מי יודע?, שם, גליון מספר 2510 - 22.5.95, עמ' 70;

אביטל גולדגרט, שתי אמהות לסיגלית, עולם האשה, אוגוסט '95, עמ' 4-6.

25. רשימת ספרות משפטית העוסקת בהזרעה מלאכותית, ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 110, הע' 1.

26. אפשרות להתעברות בתולה מאמבטי מוזכרת בתלמוד הבבלי, מסכת חגיגה ט"ו ע"א. ישנה

דעה במקורות שבן-סירא הוא בנו של הנביא ירמיהו מבתו אשר התעברה ממנו באמבטי.

מובא בילקוטים בסוף ספר מהרי"ל. השווה: יהודה דוד אייזענשטיין, אוצר מדרשים,

ניוארק תרע"ה, עמ' 43. וראו: בן-מאיר תש"ן, עמ' 84-85. לויין וספרן תשנ"ה, עמ' 12.

השימוש בזרע הנלקח מאדם אחר נועד בעיקר למקרים בהם הבעל עקר לחלוטין²⁶. בסיטואציה זו פועלות חמש נפשות והם: האשה, הבעל, הרופא, התורם והילד²⁷. האב הגנטי הוא נותן הזרע.

משפטנים קובעים כי קביעת אבהות בפרט, וקביעת הורות בכלל, קשורות לשאלות אשר לא זכו עדיין לבירור והעמקה מהותיים על ידי הפסיקה המשפטית²⁸. נוסף לחוסר ההתלבטות המהותית בקביעת ההורות, קיימת כיום מציאות זוגית כללית רעועה או שבירה למדי, וב'מערב' קימת סטטיסטיקה המנבאת פרידה לכל זוג שני. למרות זאת מאשרים בתי המשפט את אבהותם החוקית של בעלים לנשים שעברו הזרעה מתורם זר. האבהות החוקית נשענת, למעשה, על הסכם הנישואים של בני הזוג.

יש לזכור, כי חלק מן המשפט הישראלי מבוסס או מושפע מן המשפט העברי. בבתי-הדין הרבנים בארץ ובדיונים הלכתיים ניכר רצון מפורש להסתייג מן ההזרעה המלאכותית הזרה אצל אשה נשואה, הסתייגות אשר בין היתר נרתעת, לדעתי, מפיצול הורות, ונצמדת להורות 'הטבעית', המלאה ככל שניתן, והמסורתית²⁹. אבל, ניתן למצוא בין חכמי ההלכה גם כאלה המגלים הבנה למניעי בני הזוג ומוצאים דרכים להתיר מתוך כללי ההלכה עצמם³⁰.

3. פיצול הורות ופונדקאות

בהצעה להכיר במצב של שתי אמהות, אם גנטית ואם יולדת, לילוד אחד, יש משום היענות הלכתית ומשפטית לאתגר החדש של אפשרויות ההפריה החוץ-גופית³¹.

אם כן, אפשר וניתן לראות בהסכם התחליפאות (והפונדקאות) שלושה הורים :

26. הכינוי 'תורם' [באנגלית: donor] אינו הולם כלל, משום שנתנית הזרע היא תמורת בצע כסף. עדיף ממנו הכינוי: 'נותן' או 'נותנת'. ראו: שיפמן, תשמ"ט, עמ' 103. שמגר, תשנ"א, עמ' 35. בספרות ההלכה, למשל, אין מקור האוסר תרומת רקמות לשם מצווה תמורת שכר. ראו: מרדכי הלפרין, מכירת רקמות ואיברים, מאור התורה, ח', אביב תשנ"ג, עמ' 29; שחר אילן, מכירת כליה - המצווה ושכרה, הארץ, 10.3.95, עמ' 4; בהחלטת הועדה העליונה לניסויים רפואיים בבני אדם משנת 1988, נאמר כי 'תרומת רקמות מאדם אחד למשנהו מותרת רק כאשר התורם הוא קרוב משפחה מדרגה ראשונה של מקבל האבר, ופעולת הוצאת האבר והשתלתו תעשה רק לאחר קבלת האישור על-ידי בית החולים'.

27. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 102.

28. ראו: הנ"ל, שם, עמ' 25 והערה 25 שם.

29. ראו, למשל: הרב אליעזר יהודה ולדינברג, תשובה, ספר אסיא, ה, תשמ"ו עמ' 90.

30. שיפמן תשמ"ט, עמ' 105, 107, 120-121 וביבליוגרפיה בהערות שם. בן-דרור תשנ"ד, עמ' 294-297.

31. בן-מאיר תש"ן, עמ' 86-88 וראו הערת העורך מרדכי הלפרין שם עמ' 86 על דו-אמהות ביולוגית האפשרית על ידי איחוי שני עוברונים לאחד. הלפרין תשנ"ב, עמ' ק"ט.

1. האב, הוא הורה גנטי ופסיכולוגי.
2. האם הראשונה היא אשתו של האב, והיא גם האם הגנטית כשמדובר בפונדקאית, ומיועדת להיות האם הפסיכולוגית.
3. האם השניה היא האם היולדת שהיא גם האם הגנטית כשמדובר בתחליפאית.

לעומת זאת, השאלה הנשאלת באם פונדקאית: 'מהו מעמדה וזכויותיה המשפטיות של האם הגנטית לעומת מעמדה וזכויותיה של האם היולדת?' יוצאת מנקודת מוצא של תפיסה חד-אמהית ללא פשרות. והנה, שאלה זו ניתן לשאול מכמה היבטים. מההיבט האינטואיטיבי, יתכן, שהאם היא מי שנשאה את הילד תשעה חדשים ברחמה וילדה אותו. מההיבט המשפטי, יתכן, שהסדרים קודמים בין ההורים 'המזמינים' והאשה שנושאת ברחמה את החומר הגנטי, דהיינו, הביצית המופרית, השייך להם, הם שיקבעו במקרה של סיכסוך. מההיבט הפסיכולוגי, יתכן, שקביעת עובדות בשטח כמו עיכוב התינוק אצל היולדת או קביעת המקום שבו הרך הנולד גדל ומעוצב, שלא כפי שהוסכם מראש, תקבע את תחושתו הנפשית לגבי מיהותה של אמו. האם תורמת עובדה פסיכולוגית זו לתובנה מעמיקה יותר של ההיבט האינטואיטיבי או ההיבט המשפטי של בעית מיהות האם בעידן של פונדקאות?

האם ובאיזה מידה רשאית החברה המאורגנת או המדינה להתערב על ידי חקיקה בשאלות אינטימיות של פריה ורבייה, שהן שאלות מתחום צנעת הפרט, כמו אימוץ הזרעה זרה וילודה על ידי אם פונדקאית או אם תחליפית?³² שאלה זו היא סעיף מעשי בשאלה רחבה יותר, אשר בהישאלה ללא פשרות – משפטנים, אולי, לא יאהבוה, באשר 'חוק הוא תמיד "אזיק" אפילו הוא מגן עליך מפני כבילתך בשלשלאות כבדות מאלה של החוק'.³³

השיקול המנחה את בית המשפט בשאלות אלו הוא בעיקר השיקול החברתי. חלק מהחלטות בית המשפט מבטאות את האינטרס של 'המדינה', ענין שאינו חופף בהכרח את האינטרס של 'החברה' או של 'היחיד'. לדעתו

32. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 141, Shalev. C. Birth Power Yale University, Press 1989, p. 1-9 [Shalev 1989] הד תש"ן, עמ' 64. בארה"ב הגיע נושא זה לראשונה לדעת הקהל הציבורית במקרה של התינוקת Baby M, שנולדה ב- 27.3.86, אשר יולדתה לא הסכימה לוותר עליה לטובת בני הזוג: האב הגנטי והאם הגנטית אשתו. בישראל התערבה המדינה בשימוש בהפריה חוץ-גופית בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) התשמ"ז-87. תקנה 11 קובעת: 'לא תושלל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם הילוד'. ביטול התקנות (בג"ץ 5087/94) וקבלת חוק הפונדקאות פותח דיון במכלול השאלות המועלות בעבודה זו. ישעיהו ברלין, ארבע מסות על חירות (תרגום: יעקב שרת), תל-אביב תשל"א, עמ' 175.

של שיפמן, אין לנקוט 'הגדרה נוקשה וחד-משמעית' ולא ניתן לפתור, על פי מבחן חד-משמעי, את השאלה מי היא אמו של הילד³⁴.

גישתו של שיפמן הינה חלק מתהליך עליית משקלם של עקרונות, על פני הצמדות למודלים חוקתיים מוכנים מראש³⁵. מבחינה חברתית ומבחינת חופשיות הכרעותיו של בית המשפט – גישה זו היא גישה מועילה, ויתכן שתשמור על ההתחשבות בצרכיו הנפשיים של היחיד.

פיצול ההורות בהיבטים הביולוגיים, הפסיכולוגיים, המשפטיים והחברתיים, לדעתי, ילך ויגבר. הוא עלול, ושמא גם עשוי, למנוע חד-משמעות, לטשטוש משמעותו הברורה של מושג ההורות על הזכויות והחובות שהוא כולל, לחוסר יכולת להכריע באופן ברור לחלוטין מי הורה, ולצמצום (רדוקציה) של מקבלי האישורים מהחברה (ומוסדות השיפוט והבקרה שלה) לבצע פיצול הורות שכזה. מאידך, היתרון בשידוד מערכות זה הוא בחייבו אותנו בבדיקה מעמיקה ויסודית של ערכי יסוד.

בפרק הבא אסביר כיצד תהליך פיצול ההורות גרם לתהליך נוסף אשר התפתח ממנו והגיב עליו, והוא תהליך הפשטת ההורות.

פרק ב: הפשטת ההורות

אם הורות 'טבעית' המתקיימת ב'תנאים סבירים' היא ממושגי היסוד של התרבות האנושית, הרי שלהורות 'חלקית', המפוצלת, שתוארה לעיל, המעונינת להכות שורש ולהתבסס, יש נטיה ל'רגנרציה' (regeneration), להשלים את עצמה להורות כמעט מלאה, כמו 'טבעית'. ההורות החלקית עשויה להתחיל ממרכיב בודד של ההורות ה'טבעית' המלאה: רכיב נפשי (= פסיכולוגי), רכיב משפטי, רכיב חברתי (הכרת הסביבה בפלוגני כאביו של אלמוני) או רכיב ביו-פיסי חלקי (כמו, למשל, היולדת תינוק מביצית זרה) התלוי בטכנולוגיה תוך-גופית (in vivo). כאשר ההורות החלקית מעונינת להתקיים, היא מצמיחה ומשלימה את רובם של שאר הרכיבים, המהווים בהורות 'טבעית' ו'סבירה' מיקשה אחת שאינה מעוררת מחשבה או שאלה מיוחדת. רגנרציה, השלמה או לידה מחדש (generation re-), זו, הינה הצמחה של חלקים מופשטים³⁶, או בלשון תחום

34. שיפמן תשמ"ט, עמ' 131.

35. ראו: מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, עיוני משפט, י"ז (3), ינואר 1993, עמ' 503-596.

36. ערך: מפשט, אוצר המונחים הפילוסופיים, [עורך: יעקב קלצקי]. ברלין תרפ"ח, כרך 2, עמ' 250: 'הענין הכללי שאין לו מציאות אלא בשכל' [Abstract]. הערך: מפשט, המילון החדש, כתב וערך: אברהם אבן-שושן, ירושלים תשמ"ב, עמ' 751: 'אבסטרקטי, נטול גשמיות, הקיים בשכל ובעיון (להבדיל מן מוחש, קונקרטי).

השיווק: 'הדמייתיים', פנטומביליים (מלשון פנטום, כאב באבר שאינו נמצא). מנקודת המבט של הלכתחילה, הם נוצרו כהשלמה, כתוספות לגרעין שהוא רכיב חלקי, והינם מעין מבנה-על של הפשטה והתפשטות הגרעין, ובלעדי אותו הרכיב החלקי לא היו נוצרים ומתהווים. להורות כזו, שהיא מבנה על שצומח מן הגרעין, שהינו רכיב פיצולי של הורות, מוקדש פרק זה.

הקשרים ההדדיים בין הרכיבים השונים אינם רק בדרך ההצמחה של 'האישיות ההורית' ה'רגנרטיבית', אלא יש ביניהם השפעה הדדית תיאורטית. תהליך נתינת אישור חברתי להורות מופשטת התחזק עקב השפעת הפסיכולוגיה, אשר התפתחותה כמדע גרמה לתמורות בתפיסת מושג ההורות המשפטי.

יסודות קדומים לתהליך הפשטת ההורות המודרני קיימים במשפט הקדם-מודרני. 'מערכת היחסים המשפטיים שבין הורים לילדים משקפת מתח מתמיד בין הקרבה הטבעית לבין שיקולים חברתיים'³⁷.

בתנ"ך מסופר על שרה אשת אברהם שבקשה להבנות מהגר שפחתה על ידי שאברהם ישא אותה לאשה³⁸. מנהג זה, המבליע למעשה אמהות מופשטת, משתקף במעשיהן של נשות יעקב אשר נתנו לו את שפחותיהן, והילודים נחשבו לבניהן. רחל נתנה ליעקב את בלהה 'ותלד על ברכי ואבנה גם אנכי ממנה'³⁹, כך עשתה גם לאה עם שפחתה זלפה⁴⁰. הילד הנולד נחשב לבנה של אשת האב, ולדוגמא: לאה היא אשר נתנה לבני זלפה את שמם⁴¹. במצוות היבום נרמזת, על אף הקרבה הגנטית, הפשטת הורות. האלמנה מתחנת עם אחיו של בעלה שנפטר, ובכך הם מקימים לו זרע⁴².

במשפט העברי, ובמשפט הישראלי ההולך בעקבותיו, קונה הילד את מעמדו אצל הוריו מכח ההולדה הטבעית גרידא. עם זאת במשפט העברי, למשל, הקביעה המשפטית ההלכתית: 'רוב בעילות אחרי הבעל', הקובעת חזקה לייחוס הילד לבעל האם⁴³, ממלאת גם מטרה חברתית מופשטת בקביעת מעמד הילד. הזיקה הטבעית הביולוגית של הילד מתנתקת כמעט

37. שיפמן תשמ"ט, עמ' 19, ביבליוגרפיה בהערה 1

38. בראשית, פרק ט"ז, פסוקים א-ג

39. בראשית, פרק ל'.

40. שם.

41. שם.

42. 'והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו המת', דברים פרק כ"ה, ה'-ו'. רמב"ם, משנה תורה, הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה א'. ספר החינוך, מצוה תקצ"ח (תקנ"ד). וראו: בן-ציון שרשבסקי, דיני משפחה, ירושלים תשנ"ג, עמ' 17.

43. תלמוד בבלי, מסכת סוטה, כ"ז ע"א. ועיינו: רמב"ם, משנה תורה, ספר נשים, הלכות איסורי ביאה ט"ו, כ'. ר' יוסף קארו, שולחן ערוך, אבן העזר סימן ד', סעיף ט"ו. ביבליוגרפיה נוספת, ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 24.

לגמרי בענייני גיור. במקרה של נישואי תערובת מתייחס הילד אחר אמו, ובמקרה של ילד שהתגייר, זיקתו למשפחתו הלא-יהודית מופקעת עם הגיור.

בית המשפט החילוני המודרני מבטל, מצמצם או מעלים את הקשר ההורי הביולוגי של הילד, ומעמיד את יחוסו על בסיס עקרון חברתי מופשט. אנו רואים זאת במסגרת האימוץ, ובאבהות הנוצרת על-ידי הזרעה מלאכותית זרה שם נקבעת האבהות מכח משפטי-חברתי⁴⁴.

כמובן, קיים הבדל בין שתי השיטות המשפטיות. ההבדל ביניהן הוא במשמעות השונה הניתנת להתרת הזיקה הטבעית הביולוגית. המשמעות שנותנת שיטת המשפט העברי היא המשמעות הדתית הטרנסצנדנטית. המשמעות שנותנת הפסיקה החילונית המודרנית היא בעיקר המשמעות של אושר היחיד (individuum) כחלק מהחברה. הבדלי משמעויות אלו הם שיגורו את רוב ההבדלים בהחלטות המשפטיות המעשיות בסוגיות אם פונדקאית ותחליפית ובסוגיות 'חדשניות' אחרות.

1. הפשטת ההורות ואימוץ

האימוץ הוא מקרה אופיני של יצירת יחסי הורות מופשטים פסיכולוגיים על בסיס הרכיב המשפטי, בגיבוי פעיל של המדינה, אשר מקבלים לגיטימציה על ידי החברה⁴⁵. ואכן, שיפמן כותב כי 'באימוץ ניתן על ידי החברה "סיוע פוזיטיבי" לרצונם של בני הזוג להיות הורים'⁴⁶. אולם, במחקרים שנעשו לאחרונה על ידי החוקרים יבלונקה ואביטל נטען שקימת אצל יונקים 'התנהגות נלמדת תורשתית', והאימוץ, לכן, אינו רק כלי חברתי להנאה הדדית בין המאמץ למאומץ, אלא מהווה כלי רב עוצמה להשפעה והעברת מידע התנהגותי שיתפשט בדור שיקים המאומץ⁴⁷.

ההורות הפסיכולוגית, הקשורה באימוץ, נמצאת בדברי המדרש: 'משל ליתומה שהיתה מתגדלת אצל אפוטרופוס, והיה אדם טוב ונאמן. גדלה ושמרה כראוי. ביקש להשיאה, עלה הבלר לכתוב הכתובה. אמר לה: מה שמך? אמרה פלונית. אמר לה: ומה שם אביך? התחילה שותקת. אמר לה

44. שיפמן תשמ"ט, עמ' 20, 26, 38.

45. חוק אימוץ ילדים התשמ"א - 1981, סעיף 16 קובע כי 'האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקימות בין הורים ובין ילדים'.

46. שיפמן תשמ"ט, עמ' 150. Shalev 9891, עמ' 37-57.

47. Avital, E. & Jablonka, E., Social learning and the evolution of behaviour, *Animal Behaviour*, Association for the study of animal behaviour, London, Part Five, November 1994, p. 1195-1199.

מחקר זה זכה לתהודה רבה, ראו, למשל: אלכס דורון, תורשה זה לא רק גנים, מעריב, יום א', ד' באייר תשנ"ה, 7.5.95, עמ' 11. אם נאמץ את גישת המחקר הרי שאם פונדקאית איננה 'זר גנטי' מוחלט ואינה 'אינקובטור אנושי'.

אפורופוס שלה, למה את שותקת? אמרה לו מפני שאיני יודעת לי אב אלא אותך, שהמגדל נקרא אב ולא המוליד⁴⁸.

במשפט המודרני מופיע המושג 'הורות פסיכולוגית', לעיתים קרובות, כאנטי-תיזה ל'הורות ביולוגית'. אמנם, מעיר שיפמן: 'חוק אימוץ ילדים אינו מכשיר לחלוקה מחדש של אוכלוסית הילדים במדינה'⁴⁹. אך בהערה זו, מכלל לאו אתה שומע הן. האימוץ החוקי של ילד זר הוא הליך משפטי שפותח בחברה המודרנית ומאפיין אותה. זו מבקשת לבצע רציונליזציה והפשטה של מוסד המשפחה, כמו גם של מוסדות מסורתיים אחרים. זו אותה חברה מודרנית שהעלתה לשיאים חדשים את כוחה של המדינה, אשר לה אינטרס עליון בהון אנושי צעיר⁵⁰.

2. הפשטת ההורות וחומר גנטי זר

הורות מופשטת משפטית קיימת בסיטואציה של הפריית אשה נשואה או פנויה מזרעו של זר. ההפריה הזרה נעשתה נפוצה יותר, בין השאר, כתוצאה מהצטמצמות ההיצע של ילדים לאימוץ. פסקי דין בבתי משפט במערב קובעים שבעלה של האשה שהוזרעה הוא האב החוקי היחיד של הילד. הסכמתו להפריית אשתו מזרע זר הופכת אותו לאחראי לילד⁵¹, כמו כן, יהיה חייב לספק מזונות לילד מכח היותו בנה של אשתו⁵².

הלגיטימציה המשפטית והחברתית להזרעה זרה מתבססת על הטענה, שאקרא לה 'טענת בטן', שעדיף להביא ילד המתייחס ביולוגית לפחות לאחד מבני הזוג. והנה, אומרים משפטנים, ש'טענת הבטן' לוקה בסתירה פנימית עמוקה⁵³. היא מבליטה בתוקף את הזיקה הביולוגית ככל שהדבר נוגע לייחוס הילד לאמו, אך מבליעה ומנמיכה את חשיבותה של הזיקה הביולוגית ככל שמדובר בייחוסו של הילד לתורם. הורותו של האב במקרה זה היא הורות מופשטת משפטית. אם נראה בתרומת זרע וביצית עניינים שווים ונאחדם תחת השם: חומר גנטי, ואם האם הגנטית היא האם היחידה ולא האם היולדת, הרי שאשה אשר תלד תינוק מביצית של אשה אחרת, אשר הופרתה מזרע בעלה, הינה אם מופשטת משפטית גם היא, והלידה הינה ביטוי לרצונה הטוב להיות מעורבת בגידול העובר, לעתיד הרך הנוול, מהרגע שביכולתה להתערב. אך, אם נאמר שלידת יצור אנושי הופכת את

48. מדרש שמות רבה מ"ו ה'.

49. שיפמן תשמ"ט, עמ' 223.

50. ראו, פסק דין מבית משפט בארה"ב הסובר כך, אצל: בן-דרור תשנ"ד, עמ' 32.

51. שיפמן תשמ"ט, עמ' 117. כרמל שלו, דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה, בתוך: **מעמד**

האשה בחברה ובמשפט, ירושלים ותל-אביב תשנ"ה, [להלן: שלו תשנ"ה], עמ' 515-522.

52. שיפמן תשמ"ט, עמ' 119.

53. הנ"ל, שם, עמ' 104, וראו: הערות שם.

היולדת לאם, גם אם החומר הגנטי – הביצית – בא מבחון, הרי שפונדקאות, למשל, דורשת גם היא אקט של אימוץ מוסדר בחוק על ידי האם הגנטית. ואולם, אם נאמר שקיימים סוגים שונים של אימהות לגיטימית, המהווים כל אחד רכיב שונה של האמהות ה'טבעית' השלמה, ולכן, המקנים כל אחד מהם בנפרד זכויות וחובות שונים, נצליח לאחד צורות פיזיולוגיות ופסיכולוגיות שונות תחת קורת גג אחת ובאופן עקיב.

ביסודה של ההורות המופשטת ה'רגנטיבית' עומד, לדעתי, משהו מאוד מהותי וחשוב ביחסי אנוש בכלל והוא 'הרצון הטוב'. אין זה משנה אם הגיע ההורה המופשט להורותו מן הרכיב המשפטי, הפסיכולוגי או בעזרת טכנולוגיה חדשנית, הורותו נשענת על כוונת מכוון ותלויה בה. לכן, יש מקום להבין עמדה עקרונית השוללת הזרעה זרה (אצל אשה נשואה) אשר מושמעת מפיהם של חכמי ההלכה היהודית, משום שהיא מבוססת בעיקר על חשש מטישטוש הייחוס האישי הביולוגי, דהיינו להעלמת והכחשת הרכיב הגנטי, ולכן להריסת המובדלות הפסיכולוגית של המשפחה המסורתית בעיני עצמה, למרות שניתן למצוא דרך להקל מבחינה הלכתית מעשית ולהתיר הזרעה זרה בתנאים מסוימים, כפי שכתבו כמה מגדולי הפוסקים בימינו⁵⁴. לעומת זאת, במישור הנפשי והרוחני עולה ממקורות ההלכה גישה חיובית עקרונית להפשטת הורות. בתלמוד הבבלי ר' שמואל בר נחמני מפרש את הפסוק: "אשרי עושה צדקה בכל עת", "זה המגדל יתום ויתומה בתוך ביתו ומשיאם"⁵⁵. וכן, ש'כל המלמד תורה לבן חברו כאילו ילדו'⁵⁶.

הבאתי את השאלות הכרוכות בסוגית ההזרעה המלאכותית הזרה כדוגמא לסדרת שאלות העולות מהשפעתה של טכנולוגיה חדשנית על חיינו. זו מאפשרת הפשטה (אבסטרקציה) הורית דו-צדדית. ההורים הביולוגיים והפיזיולוגיים אינם בהכרח ההורים המשפטיים או הפסיכולוגיים של הילד. אפשר שאינם מכירים זה את זה בשלושת המישורים: הגנטי, הגופני והמשפטי. הטכניקות החדשות של ההולדה גורמות למצבים קיומיים שאין להם תקדים היסטורי.

3. הפשטת ההורות ופונדקאות

הפיצול בין האם הגנטית לאם היולדת הוא למעשה הפרדת שתי פונקציות, שעד כה היו מאוחדות כדבר שאין להרהר אחריו. כתוצאה מעירעור 'חוק הטבע' האימהי הלזה נוצרת תהייה פילוסופית עקרונית,

54. ראו: הנ"ל, שם, עמ' 105, הערות 16, 17.

55. תלמוד בבלי, מסכת כתובות נ' ע"א. מקור הפסוק בתהלים פרק ק"ו פס' ג'.

56. תלמוד בבלי, מסכת מגילה י"ג ע"א. ובמקורות הלכה נוספים.

וכנגזרת ממנה נוצרת תהייה משפטית עקרונית, מי היא האם ה'אמיתית', הראשונית והבלעדית.

מבחינה הכרתית (אפיסטמולוגית), אנו עומדים כיום במצב שונה למדי ממצבם של מנסחי הקביעה המשפטית הרומית החד-משמעית: Mater semper certa est – 'לעולם אין ספק מי היא האם'. הלידה שוב אינה מהווה ראיה ועדות חד-משמעית לאמהות מלאה, משום שיתכן שחומר גנטי זר, דהיינו ביצית מאשה אחרת, השתתפה ביצירת הולד.

במסורת משפט שלמה מובנת מהות האמהות כמשהו שבדקים אותו בדרך הפסיכולוגית, המופשטת. בהתחכמות זריזה, המבררת את כוונות שתי הנשים. כלפי הילד, קובע השופט המלך שלמה את זהות האם. רצונה של האשה לוותר על בנה ובלבד שלא יקופדו חייו קובעת הורות, מוכיחה את אימהותה ה'טבעית'. (ואולי הכרתנו, ותפישתנו המערבית את מושג ההורות, מושפעת ממשפט שלמה יותר ממה שאנו משערים). ההורות, בשיטה משפטית זו, מתבררת מתוך הכוונה, שהיא דבר מופשט ושאינו ניתן למדידה מדויקת, ולא מתבססת על עדויות או על דמיון חיצוני. בהעדר ידיעה מי היא האם ה'טבעית', מבודד הרכיב הפסיכולוגי, ומשמש ככלי לבחינת והשוואת הקשר הרגשי של שתי הטוענות לאמהות. אומנם, יש לציין ששחזור האמהות ה'טבעית' על ידי שלמה נעשה בדרך רגנרטיבית הפוכה או על ידי הפשטה מלאכותית, שהרי ישנה אמהות 'טבעית' מלאה, אלא שצריכים לאתרה. מכל מקום, עקרון ה'רגנרטיביות', נוסף על היותו תופעה אנושית, יכול להיות לפי זה גם כלי בידי השופט לקביעת עדיפות בזמן סכסוך בין הורים 'רכיביים', למשל בין אם יולדת לאם גנטית, בבודקו למי תהיה היכולת ההפשטית ליצור הורות מלאה יותר.

(א) זכויות האם היולדת

במקרה של אם פונדקאית, נטיית הלב הראשונית היא לומר שהאם היולדת ולא האם ההורית (הגנטית) היא האם בעלת הזכות הראשונית על הילד.

לדעת שיפמן, אין לנקוט הגדרה נוקשה וחד-משמעית העלולה להיות בבחינת 'קוב הדין את ההר', ומוטב לגבש פתרון כולל, גמיש, המביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. יש מקום לבחון את כוונותיהם המוקדמות של שלושת השותפים ביצירת הילד. בשיטה זו רוצים לתת תוקף משפטי מחייב לכוונה המופשטת, ל'רצון הטוב'. אמנם, להבדיל ממשפט שלמה, מדובר כאן על כוונה כלפי ילד שעוד לא נוצר ולא על כוונה כלפי יצור חי⁵⁷ לדעת משפטנים, במקרה של אם תחליפית, יש צורך באקט של

57. ובכך, ישנה סתירה עקרונית פנימית מסוימת.

אימוץ מצד האם המזמינה. כלומר, יש 'אפוטרופוסות טבעית' של האם התחליפית אשר הופרתה מזרע הבעל 'המזמין'. כלומר, בסיטואציה של אם תחליפית אין ממליצים להשתמש בכוונה המוקדמת על מנת לקבוע הורות. נראה שרבים עדיין מתלבטים בשאלה זו. אפשרות 'האם התחליפית' יוצרת מצב של אמהות מופשטת פסיכולוגית בלבד אצל האם 'המזמינה' – אשתו של הבעל. אמנם, מבחינה משפטית אין אפשרות לאכוף על האם התחליפית לוותר על זכויותיה בילד. 'מעמדה של היולדת כאם חזק הרבה יותר ממעמדו של הבעל – המסכים בתור אב (במקרה של הזרעה זרה. י.ו.), שהרי היא נשאה את העובר ברחמה וילדה אותו'. אחת הסיבות לכך היא, שבבסיס השיטה המשפטית ה'מערבית' מונחת ההשקפה שהילד 'שייך' לאמו ו'פחות' לאביו⁵⁸.

אפשרות מיסוד ההתקשרות החוזית בין ההורים המזמינים לפונדקאית או לתחליפית נתמך על ידי אלה הסוברים כי האם התחליפית נותנת שירות או מוכרת שירות מועיל לאב ולאשתו. זו היא זכותה כאדם חופשי בין שהיא עושה זאת תמורת תגמול כספי או תגמול רגשי. לפי דעה זו יש להכיר ב'*Distinguish between the sale of a baby and the sale of female reproductive service*⁵⁹ בימי קדם שילמו לשפחה אשר היתה, כפי שהראתי, מעין אם פונדקאית, על ידי נישואין. היום יש המציעים, למשל עו"ד בן-דרור, לשלם לאם תחליפית בדרך של תגמול, השתתפות בהוצאות, שכר טרחה או שכר שירות חד-פעמי. בעלי דעה זו לוקים, לדעתי, בחוסר עקיבות חשיבתית מסוימת, הם פוסלים רב-אמהות ודורשים כתובת אנושית אחת תחת הכותרת אם. כמו כן, הם פוסלים את הישארותה של הפונדקאית או התחליפית כחלק מן המשפחה, אפשרות שתיצור מעין פוליגמיה. בו בזמן, הם מחייבים פוליגמיה של ממש על ידי מאבקם לגיטימציה חברתית

58. ראו: אלי וילצ'יק, האם התחליפית, משפטים, י"ז, תשמ"ח, עמ' 536-549; שיפמן תשמ"ט, עמ' 132, 165, 162; על החלטה בועדת אתיקה בקולג'ים למיידות וגניקולוגיה בארה"ב להשאיר את התינוק אצל האם הפונדקאית או האם התחליפית לפרק זמן מסוים אחרי הלידה לשם נתינת החלטתה הסופית למוסרו, ראו: בן-דרור תשנ"ד, עמ' 324.

Scottie B. Rae, *The Ethic of Commercial Surrogate Motherhood*, Westport 1994 Rae 1194, p. 114. ומציע הגדרת התחלופה כסוג של אימוץ. אני מודה לד"ר יעל באב"ד, על שהפנתה אותי לספר זה, ועל העיון המשותף בסוגית הפונדקאות.

59. Shalev 1989, p. 10. האם הבדלה זו היא במימד המהותי או במימד הצורני? האם כל מסוגלות אנושית ניתנת למיסחור? האם אין מיסחור של אמהות מצמרר לא פחות ממיסחור של ילדים? האם שאלות אלו נותרות פתוחות? וראו: בן-דרור תשנ"ד, עמ' 365-382, 426-421; שרית ישילוי, נעמה רוצה ללדת לכם ילד, עולם האשה, ספטמבר 1995 אלול תשנ"ה, עמ' 10-15; מעינה שנהר, אני לא הולכת להרוס משפחה, אלא לעשות אותה מאושרת, את, ספטמבר 1995 אלול תשנ"ה, עמ' 30-34; Geoffrey Cowley, *the future of birth*, *newsweek*, September 4 1995, p. 38-41 גליון 2535, 13.11.95, עמ' 32-33; צפורה רומן, רחם להשכיר ורחמי החוק, שם, גליון 2550, 26.2.96, עמ' 14-16.

ותחיקתית ל'ידועה בציבור' בנוסף לאשה החוקית⁶⁰. ואולי, בנוסף לחוסר עקיבות יש בכך התחמקות ממחשבה כוללת על בעיות המשפחה העכשוויות, ובריחה מהתעמקות ראויה בשורשיהן.

לעומתם, יש הטוענים, למשל, השופט שמגר, כי המעשה הכלכלי המתלווה לפונדקאות ולתחליפאות הוא בגדר מיסחור והצגה ברבים של מעשה אנושי אינטימי. לכן, קיים לדעתם חשש כי מכך תצמח 'בנאליזציה וזילות של הקשר המוליך ללידה'⁶¹.

הבה נעיין בדעות אלו. התגמול הכספי המוצע לאם התחליפית (במקום לאמצה אל המשפחה) או האם הפונדקאית הינו, לכאורה, חלק ופרי אופייני לתפיסת החירות המודרנית. ג'ון ס' מיל בספרו על החירות כותב: 'מי שבוחר בתוכניתו לעצמו מביא לידי שימוש את כל כוחותיו. נחוץ לו להשתמש בכוח-ההסתכלות כדי לראות את המצב כמו שהוא; ... וגם לאחר שיבוא לידי החלטה, נחוצים לו עוז רוחני ושלטון-בעצמו כדי שישאר נאמן להחלטה שקיבל מתוך שיקול-דעת'⁶².

האם נוכל להבטיח שכל המתעדת להיות פונדקאית תעשה זאת מתוך שימוש בכל כוחותיה הנפשיים והשכליים? כיצד נוכל לדאוג שתהיה בעלת עוז רוח לקבל החלטה על שימוש בגופה למטרה מסוימת, עוז רוח עד כדי אי-חזרה מאותה החלטה? ואם תחזור בה ותבוא לידי החלטה לגדל את פרי בטנה ולא למוסרו להורים המזמינים – האם נוכל להיות בטוחים בשיקול הדעת שלה כאם, לאחר שהפרה את ההסכם החוזי והמוסרי עם ההורים המזמינים? והאם לא היה מן הראוי למנות לפונדקאית ליווי פסיכולוגי, בנוסף לליווי הרפואי, לפרק זמן מסוים אחר הלידה, למשל שנה, כדי לוודא את חזרתה למנגנונים ולמערכות הגופניות, הנפשיות והחברתיות הרגילות?

ואולי, אין לנו להתלונן על הבדידות, הניכור וההעדר או ניתוק יחסים טבעיים ואורגניים כמו יחסי אם וילדה, שהולידו הפונדקאות והתחליפאות, כי החלופה האפשרית להפסקת הקשר בין היולדת לתינוק היא האפשרות של שיעבוד (למשל, שפחה), כפיה והתערבות בחיי הפרט, במקרה זה חיי האשה היולדת.

אנו חיים בדור שמכריז לפחות על זכותה של האשה להחליט בעצמה ולעצמה אם 'תשכיר' את רחמה לשם יצירת הכנסה, בין במעשה המיני ובין במעשה הפריוני. אם 'תשכיר' את רחמה במעשה הפריוני, בו עסקינן,

60. ראו, למשל: בן-דרור, **הידועה בציבור**, תל-אביב תשנ"ג, עמ' 67-69, 203-206, 240-246, 306-305.

61. שמגר תשנ"א, עמ' 42. ראו: Rae 1994, p. 66.

62. ג'ון סטיוארט מיל, **על החירות**, [תירגום: אריה סימון], ירושלים תשמ"ו, עמ' 102-103.

טוענים אחדים, לא יחייבה הדבר להתקשרות רגשית ארוכת טווח עם העובר-האורח' או עם הוריו המזמינים, אשר אינם רוצים בקשר איתה כלל וכלל. האם בכך היא מממשת את 'רעיון החופש החיובי', עליו כתב ישעיהו ברלין: 'אני מבקש שחיי והחלטותיי יהיו תלויים בי עצמי, לא בכוחות חיצוניים כלשהם. אני מבקש להיות מכשיר של פעולותיי הרצוניות שלי, לא של זולתי. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט... כאילו הייתי חפץ או בעלי חיים או עבד שאינו יכול למלא תפקיד אנושי, כלומר ללא יכולת לעצב מטרות ומדיניות משלי ולהוציאן לפועל'⁶³?

נכון, מבחינת זכויות הקנין אין האם התחלפית או האם הפונדקאית קנינו של איש, והיא חופשית ללכת לדרכה אחרי הלידה. היא שהחליטה מרצונה החופשי על ההתקשרות עם ההורים 'המזמינים' ובתגמול הכספי תעשה כרצונה⁶⁴.

אם כך, מדוע אמהות פונדקאיות רבות התנגדו למסור את ילדם הלאגנטי להורים 'המזמינים'? וקל וחומר שנשאל זאת במקרה של תחליפאות – האם זהו כשל החירות, 'מגוס מחופש'? האם נכון להעריך או למדוד את 'האוטונומיה האישית' בציר סבילות-פעילות? אולי יש גבולות לשאיפת החירות בתוך שאיפת האושר הכללית? אולי נוצר בפונדקאות ניגוד מובנה, בסיסי, בין עקרון החירות האישי כאדם לבין עקרון החופש של הדחף האימהי? ואז, ההסכם של הפונדקאית עם ההורים המזמינים הוא התחייבות להתנהגות חירותית, והבטחה להימנעות מן החופש של היצר האימהי אשר יצר את כל ההסכם הלזה? ואם אין כאן עימות תוך-ערכי, כאשר הערך הוא החופש והחרות, אולי יש מקום לבוא ולטעון, שמעשה הפונדקאות הוא הכליה (מלשון: כלי, אינסטרומנטליזציה) של הגוף הנשי, ואז 'הייתי חפץ או בעל חיים'? האם שאלות אלו היו מתעוררות אם יכולנו לגדל עובר אנושי ברחם פרה, למשל?

63. ישעיהו ברלין, **ארבע מסות על חירות**, [תרגום: יעקב שרת], תל-אביב תשל"א, עמ' 185. עוד על בעיה זו, עיינו: עמנואל קאנט, **הנחת יסוד למטפיזיקה של המידות**, [תרגום: מ' שפק, ירושלים תשכ"ה, עמ' 59-60. נשים בעלות הכרה פמיניסטית הביעו חשש ואף התנגדות לחוק הפונדקאות החדש בארץ. עיינו: טל אור, החוק עובד לרעתנו, את, גיליון 361, מאי '96, עמ' 128; אליס שלוי [עורכת], פונדקאות - חוק הסכמים לנשיאת עוברים, שדולת הנשים בישראל, ידיעון מס' 96-3, אייר תשנ"ו מאי 1996, עמ' 4-5.

64. שאלות דומות, ראו: שלו תשנ"ה, עמ' 526, 524, 531. אנדריי מרמור, העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו, **עיוני משפט**, כרך י"ט (2), שבט תשנ"ה, ינואר 1995, עמ' 440.

(ב) זכויות הילד

מעיקה השאלה: האם הרחקת ילד מאמו ההורית (הגנטית) והיולדת, דהיינו האם התחליפית, הוא דבר מוסרי לכתחילה? הזמנת ילד אצל אם תחליפית עשויה להצטייר כ'מכירת ילד', וכניתוק תינוק מזרועות אמו!

הסכסוך על זכויות ההחזקה בילד שנולד לאם תחליפית, נשען על הסתירה בין הזיקה ההורית הביולוגית של האב לבין העובדה המשפטית שהתחייבותה של האם התחליפית לוותר על זכויותיה בילד איננה בתאכיפה. המשפטנים מציעים לפתור קונפליקט זה על פי 'עקרון טובת הילד'⁶⁵. על פי עקרון זה, למשל, אם התעכב התינוק מעל לזמן מסוים אצל האם היולדת: פונדקאית או תחליפית, והוא מזהה אותה כאמו, אזי נבכר להשאיר אותו אצלה.

עקרון 'טובת הילד' מבוסס על עקרונות הפסיכולוגיה המודרנית, המחשיבה את נוכחות האם לילד בגיל הרך, מדגישה את חשיבות הדוהוריות על פני החד-הוריות להתפתחות התקינה של הילד, וטוענת לנזק הנגרם משבירת סטאטוס-קוו שנוצר בין הילד לבין אחד מהוריו, ובית המשפט לא יפר עקרונות אלו אלא 'מסיבות כבדות משקל'⁶⁶. על כך, יש השואלים, האם יש תוקף מדעי מוחלט למדע הפסיכולוגיה עליו נשענות החלטות בית המשפט? 'בשעה שכל אובייקט של מחקר מדעי הוא בחינת res publica (= רשות הרבים), כל אובייקט של הפסיכולוגיה הוא בחינת res privata (= רשות היחיד)'⁶⁷.

יש משפטנים המסבירים כי מבחן 'טובת הילד' נותן לבית-המשפט שיקול דעת רחב. לעומתם, סוברים משפטנים אחרים כי עקרון טובת הילד אינו יכול להיות כלל עקרון מנחה, והוא ענין הקשה להכרעה מעצם טיבו הלא-ניתן להגדרה חד-משמעית.⁶⁸

מנקודת מבט משפטית, עקרון 'טובת הילד' הוא ריאקציה לגישות משפטיות קדומות שראו בילד רכוש השייך להוריו. העלאת 'טובת הילד' לראש שיקולנו, מבטאת את התפיסה שהילד איננו בבחינת אובייקט או חפץ

65. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 165.

66. הנ"ל, שם, עמ' 166.

67. ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 183. ודעה מעט שונה אצלו, ראו: שם, עמ' 229, 238, 283.

68. 'מבחן טובת הילד אינו מבחן אובייקטיבי, אף בית המשפט אינו מפרשו כאורח אובייקטיבי אלא, כפי שננסה להוכיח להלן, פירוש סובייקטיבי המודרך על ידי השקפת עולמו של בית המשפט והערכים המנחים את שופטיו. יוסף בן-אור, על משמעות מושג "טובת הילד", ראו: הפרקליט, כ"ט, ד', ניסן תשל"ה, עמ' 610. וראו: ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 273, בן-דרור תשנ"ד, עמ' 312, מילי מאסס, "טובת הילד" - על הבחירה הערכית ותפקיד המומחים, חברה ורווחה, רבעון לעבודה סוציאלית, תמוז תשנ"ה יולי 1995, עמ' 415-430.

השייך להוריו, אלא יש להכיר בו כבן-אדם בעל זכויות וצרכים משלו⁶⁹. בית המשפט המודרני משתמש, אם כן, בעקרון המופשט של 'טובת הילד' גם כאשר הוא נוגד את הזיקה הביולוגית אשר מקנה הורות זכות משפטית 'טבעית'. אך דא עקא, 'מבחינה פילוסופית, המעבר מתפישה ביולוגית של הורות לתפישה חברתית וחוזית יוצר בעיה בפירוש הזכות להורות... כאשר הרפואה מסייעת באופן מלאכותי בהולדה, נוטלת החברה לעצמה חרות נרחבת להתערב גם בזכות ההורות עצמה', כותב הד⁷⁰. נראה לי, שהתערבות החברה בזכות ההורות מחד, וטיפוח זכות הילד מאידך, שוחקים את מעמד התא המשפחתי כשלעצמו. נוסף לכך, התערבות החברה בזכות ההורות פוגעת בלי ספק בחרות הפרט. אך מאידך, עקרון 'טובת הילד', כפי שכתבתי לעיל, עלול להיות מושג מעורפל ושנוי במחלוקת, הגם שמדובר בקטין שדעתו נחשבת באופן מוגבל, ולכן, מפוקפקת החירות שכביכול ניתנת לו.

במציאות, עלולה התחשבות בית המשפט בעקרון 'טובת הילד' לחרוץ מלכתחילה את גורל הסכסוך הפוטנציאלי: האשה שאליה בני הזוג יעדיפו לפנות תהיה אִם שהיעדר מסוגלותה לטפל בילד לא תהיה מוטלת בספק: מעורעתר בנפשה, בעלת עבר פלילי, מטופלת בילדים הסובלים מהזנחה וכו'. כלומר, העיקרון המופשט של 'טובת הילד', והאפשרות המובנת מאליה בחברתנו להורות מופשטת, יילקחו בחשבון ברמת התכנון והביצוע הפרטנית. אבל, בהורות מופשטת למיניה המחויבות המובנת מאליה בין הורה לילדו אינה קיימת כמו בהורות 'טבעית', לפחות מהבחינה המשפטית. לכן יש להמליץ על בירור מראש של פרטי הנוגעים בדבר, דהיינו הזוג המזמין והפונדקאית, וכן יש לדאוג לפיקוח ובדיקה צמודים של תהליך הפונדקאות או התחליפאות, כל מקרה לגופו.

אעבור לנימוקים נוספים להעברת הילד מ'האם התחליפית' לאביו ואשתו. בהעדר שיקולים מיוחדים הנוצצים ב'טובת הילד', עדיין סוברים משפטנים כי על בית המשפט לפסוק לטובת בני הזוג שיזמו את הולדת הילד. ראשית, בגלל תועלתם של בני הזוג היוזמים, בהיעדר אפשרות אחרת לפנייהם להיות הורים. שנית, בגלל ציפיותיהם וכוונותיהם המקדימות של בני הזוג להיות הורים, לעומת אי כוונתה המוצהרת המקדימה של האם התחליפית להיות אם, כפי שנוסחו בהסכם או בחוזה שנחתם ביניהם⁷¹.

69. ראו: ליבוויץ תשמ"ז, עמ' 218, ובהערה 4 ביבילוגרפיה מן המשפט העברי המראה פנים לכאן ולכאן.

70. הד תש"ן, עמ' 65.

71. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 168. ההסכם או החוזה מחייב את 'שני' הצדדים. אך, מהו הדין המהותי שינחה אותנו כאשר 'אחד' הצדדים, דהיינו, זוג המזמינים, מתפרק ומתחבר לצד 'שני', דהיינו, האם התחליפית? כמו במקרה שהתפרסם לאחרונה בכתבתו של יחזקאל

הנימוק הראשון עוסק, לדעתי, ב'טובת ההורים', תועלתם והנאתם, בשמו אפשר להרחיק לכת. אין לנימוק זה מחויבות ל'טובת הילד'. הנימוק השני, עוסק בכוונות ההורים, ובעקיפין מנסה להתמודד עם טובתו הנפשית של ילד המנותק מזרועות אמו הורתו ויולדתו לזרועות אשה אחרת. נשאלת השאלה, האם הנזק הפסיכולוגי הפוטנציאלי הנעשה לו גדול יותר מנזקם של בני הזוג המזמין אם לא יימסר להם? האם ניתן בכלל להשוות שני סוגי נזקים פסיכולוגיים אלה ו'לעשות צדק' ביניהם?

מכל מקום ברור, כי עקרון 'טובת הילד', שהוא עקרון פסיכולוגי מופשט, מצריך הגנה יותר מעקרון 'טובת ההורים', שגם הוא עקרון או טענה פסיכולוגיים מופשטים. הילד הוא חסר ישע. הוא נולד לתוך מציאות שאחרים עיצבוה עבורו, ויעברו עוד שנים עד שיוכל, אם יוכל, להשתתף כיצור אוטונומי בעיצובם של חייו. לעומת זאת מאנשים בוגרים אנו מצפים לשיקול דעת, לאחריות, כמו גם להתאפקות ולהתחשבות, ולא רק סיפוק צרכים רגשיים עצמיים בלבד. ויש עוד לברר: האם עקרון טובת הילד חל מרגע הוולדו? מהחודש החמישי להיותו עובר? מרגע היווצרות העובר? או אולי מרגע החלטתם של אביו ואימו, לכל הפחות הגנטיים, ליצור אותו? אם נלך לפי ההצעה האחרונה המרחיבה, הרי שאנו מטילים אחריות מוסרית ואולי גם משפטית על ההורים, העלולים לגרום לו עול בהולידם אותו בדרך שתגרום לו נזק מובטח מראש. אם נלך לפי ההצעה הראשונה המצמצמת, נוכל לומר שאין אפשרות לעקרון טובת הילד למנוע תנאי הולדה מעווליים⁷². לדעתי, במקרה של תחליפאות או פונדקאות יש להטיל את האחריות על ההורים המזמינים, ולדרוש מהם לתכנן מראש תנאי הולדה אופטימליים לנולד, על מנת למנוע סבל מיצור אנושי עתידי עד כמה שידם משגת⁷³.

לסיכום, תפיסת ההורות ב'מערב' כדבר מופשט תהפך לתופעה נפוצה יותר ויותר. שתי מגמות מנוגדות למראית עין יובילו אותה. האחת: כרסום מתמיד בהולדה הטבעית. השנייה: עליית חשיבותה של המשפחה המופשטת, חשיבות הנתמכת על ידי המדינה. לטכנולוגיה הרפואית המתפתחת חלק חיוני במגמות אלו.

ברצוני לכתוב עוד כמה מילים על תהליך הפשטת המושגים הכללי. ניתן לראות תהליכי הפשטה מקבילים במושגים כמו תקשורת או מימון⁷⁴.

אדירם, לראשונה בישראל יכריע בית משפט: האם ילדים מאם פונדקאית שייכים לאמא או לאבא?, ידיעות אחרונות, יום שישי, כ"ח באב תשנ"ד - 5.8.1994, עמ' 12.

72. השוו לסוגיית 'הולדה בעוולה': הד תש"ן. עמ' 66-67.

73. ישום משפטי לדרישה כזו קיים בהחלטת בית משפט למנות אפוטרופוס לעובר. ראו, למשל: בן דרור תשנ"ד, עמ' 342-333.

74. ראו, למשל: הרצל כהן, סניף בנק במציאות מדומה, גלובס, יום שישי, ג' באדר א' תשנ"ה, 3 בפברואר 1995, עמ' 55; עמי בן-בסט, ואולי כל מציאות היא מדומה, גלובס, יום שישי, י"ט

לפני מאה שנה דו-שיח בין שני אנשים נעשה מפה לאוזן ועין במקומות סמוכים. לאחר מכן, הופיעו הטלגרף, הטלפון והוידיואופון, וכעת כל אדם יוכל לטלפן מפלאפון זעיר לכל אדם בעולם. בעתיד הלא-רחוק ניתן יהיה להחדיר שבב תקשור זעיר מתחת לעור אצל כל החפץ בכך (כמו השתלת קוצב לב). השתלת שבכים תגרום לשינוי הפנוטיפ האנושי בדרך פיזית (להבדיל מביולוגית). ההפשטה (אבסטרקציה) של המודל הטבעי הישן היא באמצעים טכנולוגיים 'מלאכותיים'. זוהי הפשטה מבחינת הרגשתנו. אנו משוחחים עם אדם שני אך משוחחרים מן הצורך להימצא בקרבתו, וניידותנו לא מוגבלת. כלומר, בודד רכיב מסוים מן השיח ה'טבעי' המלא והוא הרכיב הקולט את הקול ומתרגמו לאוזננו באמצעים אלקטרוניים. רוב שאר רכיבי השיח ה'טבעי' המקורי מושלמים במוחנו, בדמיוננו.

אין כוונתי לומר, שהתפתחות טכנולוגית זו תשפר את התקשורת הבינאישית. להיפך, היא תציב אתגרים נפשיים עצומים. הסרת המחסומים החומריים לתקשורת בין-אנושית מתמדת תיצור עומס מוגבר על הנפש האנושית, על יכולותיה ומסוגלויותיה לתקשור בין-אנושי משמעותי.

לבסוף, אציג שאלה העולה מענינים אלו. אחד הזרזים (=) הקטליזטורים) החשובים לתהליך ההפשטה של מושגים הוא שאיפת האדם המודרני לחרות אישית, לביטוי עצמי מלא, להתגברות על 'פגעני' או 'אינתי' הטבע, חתירה לאוטונומיה של הפרט וכו'. כלי חשוב להגעה למטרות אלו הוא, כפי שטענתי לעיל, היכולת האנושית להפשיט רכיבים חסרים, אשר הינם חלקים מהמהות ה'טבעית' השלמה⁷⁵. דרך זו, שקראתי לה רגנרטיבית, צומחת מתוך הגרעין, שהוא רכיב חלקי קיים: משפטי, פסיכולוגי, חברתי, גנטי או פיזיולוגי מן ההורות המלאה.

כמובן, ישנם רכיבים הוריים אשר לא ניתנים להפשטה. הם עדיין אי-רגנרטיביים, בלתי-חזירים, לכאורה, ועובדה זו 'מעלה את ערכם' החד-פעמי. רכיבים אלו ממקדים אליהם תשומת לב ונראים, כינתיים, כ'גרעין הקשה' של ההורות ה'טבעית', לפחות מן הבחינה ההמונית, הכמותית, ומן הבחינה הפוליטית, החברתית. העלמה או הכחשה של רכיבים אלו, המכונים 'קשרי דם', לא תבטל את העובדה שהם עדיין חלק קשיח למדי בתרבות האנושית, חלקם בעל משמעויות דתיות, משפטיות, לאומיות-שבטיות

באייר תשנ"ה; 19 במאי 1995, עמ' 51; מציאות לא מדומה ברובוטיקה רפואית, גלובס, יום שלישי, כ"ג באייר תשנ"ה; 23 במאי 1995, עמ' 55; הנ"ל, צרות משפטיות במציאות המדומה, גלובס, יום שישי, י"ח בסיון תשנ"ה; 16 ביוני 1995, עמ' 51; יואב בלום, דוקטור תחבר את החולה למחשב, כל העיר, י"ח בסיון תשנ"ה, 16.6.95, עמ' 74-75; עמי בן-בסט, איזה עולם קטן, גלובס, יום שישי, א' באב תשנ"ה; 28 ביולי 1995, עמ' 51.
75. העיר לי פרופ' שמואל אלמוג שעקרונ דומה פועל במנגנון הראיה של העין, המשלים את מה שאין הרשתית קולטת במישרין.

ופסיכולוגיות עמוקות. משום כך, עשויה לעניין, אך גם להביך, לנכר ולאיים המציאות ההכרתית בה רכיבים אלו אינם משוייכים כלל ל'כתובת' מסוימת, ובכך עוברים איון הכרתי, ידיעתי. אלה הם:

1. הרכיב הגנטי. הגנוטיפ של עוברון בן כמה ימים מוגבל, בינתיים, באפשרות השינוי.

2. הרכיב הילדני. לאחר הלידה, אין אפשרות לשנות את העובדה שעובר אלמוני גדל ברחמה של אם אלמונית.

בניסיון לאיין את הימצאותם, חשיבותם ומעמדם של רכיבים אלה מסיבות שונות, אעסוק בפרק הבא.

פרק ג: איון ההורות

האיון ההורי עליו ידובר בפרק זה נוגע בעיקר לרכיבי ההורות הגנטי והילדני שאיונם נגרם משום שאי אפשר היה להפשיטם כמו רכיבי הורות אחרים, לאחר הפיצול המהותי המזורז שעבר מושג ההורות. נראה שההעלמה נובעת מהרצון לממש את ההורות האנושית למרות קשיים ומעצורים 'טבעיים' ולכן, יתכן לומר, באורח פאראדוקסלי, שהעלמתם ההכרתית של הרכיבים ההוריים הגנטי והילדני מגינה ו'מצילה' ערכי הורות בדרך משלה.⁷⁶

תקדים מושגי לאיון הורי הכרתי קיים במונח התלמודי אסופי, שמשמעותו 'תינוק הנאסף מן החוץ, שאין מכירים לא את אביו ולא את אמו'.⁷⁷ לעומת זאת, במציאות הטכנולוגית החדשנית האיון ההורי נעשה בכונת מכוון, לכתחילה, ומקבל אישור חוקי מהמדינה.

76. בעבודה זו אינני עוסקת באיון ישותי [אונטולוגי של הורות אשר טכניקות הולדה חדשניות כמו שיבוט (Cloning)], הנדסה גנטית ורחם 'מעבדתית' עלולים ליצור, וראו: הערה 4. נפריד את סוגית השיבוט מסוגית הנדסה גנטית אנושית כוללת 'על פי הזמנה', וכן, מסוגית האפשרות לרחם 'מעבדתית' עד ללידה. ואז נוכל להניח, שההורה או ה'אפוטרופוס הטבעי' בהתרבות אלמינית זו היא בעלת הביצית שהופרתה. כלומר, ישנה בשיבוט איון 'כתובת' הורית מסוימת. טכניקה זו מאפשרת למין האנושי להתרבות ללא זוגיות ומאפשרת ביטול הזוגיות. אמנם, גם ללא טכניקה זו, הולך ומתרבה מספרן של המשפחות החד-הוריות על הבעיות הכרוכות בכך. בטכניקה זו אפשר ליצור אדם בצלמה ובדמותה הגנטי המדויק של היולדת או של אחד הילדים שכבר ילדה. נראה כי הגורם המרתיע באפשרות זו הוא, מה שנתפס, ככוח המתעצם של האדם לעצב את העולם באופן 'מרחיק לכת'. כביכול, ניתן בטכנולוגית השיבוט בידי האדם מעשה בראשית. אבל, עיון במקורות יהודיים: המקרא והתלמוד מגלה, כי רעיון הנדסת ילודים וולדות חיה עתידיים כבר הועלה, ולדעת הקדמונים, נוסה. הבעיה העקרית בגידול בני-אדם היתה, וכנראה תשאר, היכולת להעניק להם ביטחון, אהבה וצרכים בסיסיים.

77. הערך: אסופי, **אנציקלופדיה תלמודית**, [עורך: הרב זיין], כרך ב', ירושלים תשי"ב, עמ' ע"א.

מהו אדם שהוריו מאוינים? זהו אדם שהמידע על זהות הוריו הגנטיים או זהות אמו היולדת סגורים בפניו לחלוטין. איון הזהות ההורית הוא דוסטרי: הוא קיים גם אצל "ההורים" לגבי צאצאיהם, והוא קיים אצל השותפים להורות, נותני חומר גנטי: זרע וביצית, ומשכירות רחם כחלק מגוף, אשר אינם יודעים מיהו שותפם להורות.

1. איון ההורות על ידי אימוץ

ההנחה המקובלת ב'מערב' היא, שבדרך כלל, האימוץ מחייב ניתוק פסיכולוגי של הילד ממשפחתו הטבעית. הניתוק המשפטי הוא פועל יוצא של הניתוק הפסיכולוגי המתבקש. מטרת הניתוק הפסיכולוגי היא לטעת בילד תחושת השתייכות ברורה לדמות קבועה של הורה. האיון ההורי הנעשה באימוץ 'מנתק' שכזה הוא איון של דמות ההורה ה'טבעי', וסגירה הרמטית של תקשורת חוזרת אליו. לכן, מוסד האימוץ מנסה להעניק לילד הורה חליפי, לא-טבעי אך הולם או 'מוצלח' יותר.

הכרתו של חוק האימוץ הישראלי, שהושפע מן ההלכה היהודית, בזכות המאומץ לעיין בפנקס האימוצים, היתה בשעתו יוצאת דופן. בשנים האחרונות החלו משפטנים בארצות שונות להכיר יותר ויותר בזכותו של הילד להתחקות אחר מוצאו הטבעי⁷⁸. נראה לי, כי זכותו של מאומץ לדעת מי הם הוריו הטבעיים מכה שורש יותר ויותר. התמיכה המתגברת של משפטנים באימוץ פתוח תעודד הכרה ויישום של זכות זו.

2. איון ההורות וחומר גנטי זר

אנונימיות של חומר גנטי נוצרה לראשונה על ידי 'תורם הזרע', שמוטב לכנותו 'מוכר זרע' או 'נותן זרע', המשתף פעולה כדי לקבל תשלום כספי עבור זרעו⁷⁹. נתינת הזרע אינה מחייבת את הנותן באחריות חברתית

⁷⁸ ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 153, Shalev 1989, 43-48 p.

⁷⁹ סיכון רפואי קיים בשימוש תדיר בזרעם של אותם אנשים. ראו: שיפמן, תשמ"ט, עמ' 103, והערה 10 שם. וכן בעמ' 101, הערה 19 מתארת את הנעשה בארץ בתחום הזרעה על פי עדויות רופא המנהל מחלקה גניקולוגית באחד מבתי החולים בארץ; יוסף גרין, הזרעה מלאכותית [A.I.D.]. בפסיקה הישראלית, אסיא, ה', תשמ"ו, עמ' 139; קימת רגישות רבה למקורו של החומר הגנטי, המשותפת לחוגים שונים בארץ ובחוץ-לארץ, ראו: שושנה כרמון, הפריה תחת השגחה, לאשה, 30.1.95, עמ' 19-23; ברוריה אבידן-בריר, זרעי המהפכה, לאשה, 30.1.95, עמ' 6-10, 91; דב אלבוים. משרד הדתות מקים יחידה של רבנים "משגיחי זרע", ידיעות אחרונות, יום שישי, כ"ד אדר א' תשנ"ה - 24.2.1995, עמ' 16; דליה בן-ארי, ילד בהזמנה, לאשה, גליון מספר 2501, 20.3.95, עמ' 6-8, 104-105; הזורעים ברמעה. לאשה, גליון מספר 2512 - 5.6.95, עמ' 61-64; פגי אורנסטין, סליחה, האם אתה אבא שלי?, מוסף הארץ, 7.7.95, עמ' 35-42; שירלי יובל, דרוש גבר לכמה דקות, מוסף הארץ, 21.7.95, עמ' 77-80; דרור ירון, עבודת גמר, בנק הזרע, כל העיר, 21.7.95, כ"ג בתמוז תשנ"ה, עמ' 30; ברוריה אבידן-בריר, יש לו 14 ילדים שאותם לא יראה לעולם, לאשה גליון 2548, 12.2.96, עמ' 6-9, 142.

על ילד, שהוא אביו מבחינה גנטית. ה'פטור' המשפטי שניתן לנותן הזרע בהזרעה מלאכותית זרה מבוסס על הטענה המשפטית כי נותן הזרע מפקיר, נותן במתנה או מוכר את זרעו. אין הוא מכיר את האשה שלה מיועד הזרע, לא הוא אשר מחדיר זרע זה לגופה של האשה ואין הוא מסמיך את הרופא להחדיר את זרעו לגופה של אשה מסויימת.

האפשרות לשתול ביצית מרחמה של אשה אחת ברחמה של אשה שניה מאפשרת אנונימיות לנותנת הביצית. נוסף לכך, קיימת האפשרות להשתמש בביציות מעוברית מתה אנונימית. כך ניתן להעלות את רמת האנונימיות של חומר רבייתי לרמה גבוהה יותר מאשר בנתינת זרע. אלה הסוברים כי האם הגנטית היא אם לכל דבר, יבחינו שנתינת לגיטימציה לאנונימיות הביצית עומדת בסתירה מסוימת להכרה באם הגנטית במצב אחר⁸⁰.

לדעת רוב שיטות המשפט החילוניות במערב, האנונימיות ואי-הכוונה הגלומה בה מפקיעים מנותני הזרע או הביצית, אשר לשניהם אותו הדין, את הוורתם. 'ההורה הוא אותו אדם שנטל חלק פעיל בהבאתו של הילד לעולם'⁸¹. למרות זאת, טוענים משפטנים: 'אין אפשרות להתכחש לאבהות הגנטית של התורם על הילד, אף על פי שמבחינה מעשית קשה או בלתי אפשרי לברר את זהותו'⁸². ובסיכום: 'עצם אחריותו של תורם זר בנסיבות אלה, היא גופה שאלה חברתית שנויה במחלוקת'⁸³. לסיכום: המצב ברמה המשפטית הוא שהפסיקה בבתי-המשפט ראתה ורואה עצמה פטורה מהתלכטיות פורמליות לגבי הדין המהותי בענין זה⁸⁴. ואולי אין בירור מהותי זה מתפקידם של המשפטנים כלל, אלא מתפקידם של הוגי דעות ופילוסופים.

במדינות שוייץ, שוודיה ואוסטריה, למשל, חל איסור על הפריה מלאכותית מזרע תורם לאשה נשואה. ראו:

The Swedish In Vitro Fertilization Act, Ministry of Health and Social Affairs, 1988, ובשוודיה יכול כל ילד לקבל פרטים על אביו הביולוגי. ראו: הלפרין תשנ"ב, קי"ג-קט"ו; מרדכי הלפרין, הגדרת הורות וזכות איתור השרשים הביולוגיים, **רפואה ומשפט**, בטאון האגודה לרפואה ולמשפט בישראל, 12, אפריל 1995, עמ' 31; אמנון כרמי, הפריה מלאכותית והפסקת הריון בראי החקיקה הבינלאומית, **רפואה ומשפט**, 10, אוגוסט 1994, עמ' 62-59; איריס מילנר, בקליניקה, ואף אחד לא ידע, מוסף הארץ, 23.12.94, עמ' 25-26, 86. ראו: צפורה רומן, הצד השלישי של הביצית, לאשה, גליון 2534, 6.11.95, עמ' 20-25, 140. 80. Rex Dalton, The clinic of lost children, *Vogue*, March 1996, p.330-332 אגב, בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תקנה 10, נאסרה השתלת ביצית של נפטרת. אין בתקנה זו התייחסות ללקיחת ביצית מעוברית מתה. במחקר דעת קהל שנערך לאחרונה בבריטניה פוסלים מרבית הנשאלים שימוש כל שהוא בקמות רביה כאלו. ראו: Bulletin of Medical Ethics', no.99, June-July 1994, p.3

81. שיפמן תשמ"ט, עמ' 132.

82. הנ"ל, שם, עמ' 115.

83. הנ"ל, שם, עמ' 104. Shalev 1989, p.58-85.

84. שיפמן תשמ"ט, עמ' 155, וראו: ביבליוגרפיה בהערות שם. שמגר תשנ"א, עמ' 38.

יש השוללים השוואה בין גילוי מידע על זהותם של ההורים הביולוגיים של ילד שנמסר לאימוץ לבין גילוי מידע על זהותו של תורם חומר גנטי. לטענתם, באימוץ נפרדים ההורים הביולוגיים מילד עמו נוצר קשר לפחות כתוצאה מן ההריון והלידה, ואילו בהזרעה מלאכותית נפרדת התורם/ת רק מחומר גנטי. יש הטוענים, שתביעות ערכיות ואתיות, העלולות להיות שנויות במחלוקת לגבי זכות הילד להתחקות אחר מוצאו, אינן ניתנות להטען בכיסוי פסיכולוגי הדורש שמירה מרבית על בריאותו הנפשית של ילד הנולד מחומר גנטי אנונימי.⁸⁵

לעומתם, יש המתחיים ביקורת קשה על פעולתו של התורם מנקודת מבט מוסרית. לדעתם, עדיף שבני זוג חשוכי זרע יאמצו להם ילד, מאשר יכנסו לתסבוכת מוסרית ודתית הכרוכה, לפי דעה זו, בהפריית האם מזרעו של זר.

פוסקי הלכה יהודים מביעים התנגדות עקרונית עזה להזרעה זרה, מסיבה הלכתית-מעשית ומסיבה רוחנית דתית. חששם הוא מטישטוש הייחוס הנגרם מהזרעה מלאכותית זרה, המסתמך על מקורות הלכתיים המסתייגים מ'בני ערבוביה',⁸⁶ אלו ילודים שלא ידוע מי אביהם או מי אמם. היחוס תופס מקום מרכזי בתודעה הדתית מבחינה עיונית, לא פחות מן החשיבות המעשית לשמירתו במסגרתן של הלכות דתיות מסוימות. ומבחינה מעשית, אי הידיעה מיהו האב או האם הגנטיים יוצרת מצב בו יתאפשר קשר נישואין ומגע מיני בין אחים, בסבירות זו או אחרת.⁸⁷ מאידך, אפשר למצוא בין חכמי ההלכה כאלה שפתחו פתח לקולא בנסיבות מסוימות.⁸⁸ יש לציין שהכמיהה לילד והזכות הבסיסית של כל אדם להוליד הם בעלי ערך עליון בתרבות היהודית. אזכיר את הכלל ההלכתי על פיו יכולה אשה לדרוש גט מבעלה בטענה שלא זכתה ל'היבנות' ממנו, אף על פי שאשה פטורה ממצות פרו ורבו. ההנמקה היא שהאשה זכאית לבקש 'חוטרא לידה ומרה לקבורה'. פירוש רש"י שם: עץ שתשען עליו לעת זקנתה ואם תמות יקברנה.⁸⁹ מאמר חז"ל זה מנמק את הזכות לשבירת חיי

⁸⁵ ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 25, והערות שם.

⁸⁶ פירוש רש"י על תלמוד בבלי, מסכת נדרים כ' ע"ב. ד"ה: בני ערבוביא: 'שבא על אשה אחת בין הנשים ואין ידוע על איזו מהן בא. לשון אחר שבאו עליה אנשים הרבה ואין ידוע בן מי הוא'. ועדת רפואית משפטית באירופה הציעה אנלוגיה משפטית בין הזרעה אנונימית למגע מיני בין אשה לבין מספר גברים באותו פרק זמן. ועיינו: שמגר תשנ"א, עמ' 38, אשר מנסה להפריך השוואה זו. נעם זהר, עד כמה 'קנויה' האשה לבעלה? על הדיון ההלכתי בהזרעה מלאכותית, **שדמות**, אב תשמ"ט, אוגוסט 1989, גליון ק"י, עמ' 91-99.

⁸⁷ השו"י: 'לא ישא אדם אשה במדינה זו ואשה במדינה אחרת שמא יאריכו הימים ונמצא בן נושא אחותו ואחות אמו ואחות אביו וכיוצא בהן ואינו יודע'. רמב"ם, משנה תורה, הלכות איסורי ביאה, כ"א, כ"ט. וראו: פסיקת בית הדין הרבני האזורי בחיפה, (תיק שמ"ה / 2037), כ"ו באייר תשמ"ה, 15.5.85.

⁸⁸ למשל, כאשר משתמשים בזרעו של גוי. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 105, הערות 16 ו-17.

⁸⁹ תלמוד בבלי, מסכת יבמות ס"ה ע"ב.

הנישואין ונטישת הבעל העקר, ומביע לדעתי, בעקיפין, לגיטימציה מסוימת ליחס תועלתני של הורים כלפי ילדים ולהבאת ילדים לעולם.

התנגדות פוסקי ההלכה מבוססת על ערכי תורה ומצוות. בכך היא שונה מהותית מהתנגדות הרואה את עצמה מבוססת על ערכים הומניים, 'רציונאליים' או פסיכולוגיים. לפסיכולוגיה מדדים ודרכים משלה לקבוע מהם תועלת ונוק לנפש האדם, אך ידוע כי מדדים אלו משתנים מעת לעת⁹⁰. מכל מקום, הדת, ובמידה רבה הפסיכולוגיה, עוסקות שתיהן בערכים מטפיזיים, המפרשים ומאירים את משמעות הקיום האנושי. האם ניתן להשתמש בערכים מטפיזיים ככלים, כמכשירים, באופן שהם הופכים לאמצעי המעניק אישור לעשייה זו או אחרת?

ונשאלת השאלה: האם ניתן להתייחס לחומר גנטי אנושי: זרע וביצית, כחומר סתמי להשתלה, תרומה או ניסוי במעבדה? שאלה זו נשאלת על ידי הוגי דעות ממניעים פילוסופיים-אתיים ודתיים⁹¹. מחד, קימת גישתם של אלה הסוברים כי יש ברקמות אדם אלו יסוד (חלקי אומנם) של קדושת החיים. לדעתם, המתכחש לעובדה זו סותר את מישמוע חיי האדם, את הערך 'בצלם אלוקים', המהווה בסיס חיוני לרוב הטענות המוסריות עליהם מבוססת תרבות המערב.

מאידך, יש טוענים, שכוונת האדם ורצונו הם הקובעים והם הנותנים משמעות לתרומתו, ויתורו, מתנתו, או הפקרתו של חלק אורגני שנוצר בו וממנו. לכן, זרע או ביצית שהתכוונו בעליהם ליצור מהם צאצא מקבלים תוקף של קניין ועלינו לחרוד לשלומם וטובתם, ואילו זרע וביצית שניתנו ללא כוונה שהיא, מלבד הרצון להעבירם לאחר, מאבדים כל זיקה לנותנם. הגישה האחרונה היא עדיין די בעיתית, שכן, אם נגלה שתורם זרע או תורמת ביצית הסתיר או הסתירה נתונים כמו מחלה תורשתית, תרומות זרע נוספות וכו' עלינו למוצאם ולזהותם.

3. איון ההורות ופונדקאות

איונה המוחלט של זהות היולדת קשה יותר לביצוע, לכאורה, מהעלמת זהות תורמי חומר גנטי, אך מעשית הדבר ניתן בהתקיים תיווך מלא בין ההורים 'המזמינים' לפונדקאית או לתחליפית, ורק לאחר הלידה מטלפנים מהסוכנות לאמהות-פונדקאיות ומודיעים להורים הגנטיים לבוא לקחת את התינוק. מיסחור הרחם והחומר הגנטי הוא תעשייה מפותחת

90. ראו: ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 181-185.

91. ראו, למשל: Peter Braude, Research on early human embryos in vitro, Doctors.Decisions, Ethical Conflicts in Medical Practice, ed. G. R. Dunstan & E. A. Shinebourne, Oxford, 1989 37..p. הלפרין תשנ"ב עמ' ק"ט.

ומתפתחת שלא ניתן למונעה או לעוצרה. אך ניתן להציע עיצוב, גבול ומשמעות למציאות האנושית הנצרכת והצורכת מוצרים מתעשייה זו⁹². זאת להבדיל, מאנונימיות הורית (בדרך כלל של האב), 'אשר אותן מקבלת המערכת החברתית כעובדה מוגמרת לאחר מעשה, ואשר החברה משלימה עמן, כיום גם בעבר... בהפריה המלאכותית המדובר במעשה במחשבה-תחילה של מרפאה רפואית, ההופכת את אי-הידיעה המוחלטת מצד הילד, שהיא בלתי הפיכה, לעקרון מדעת'⁹³.

מותר וצריך לשאול: האם מותר להחליט עבור אדם שלא ידע לעולם מי היתה אמו יולדתו, זו שנשאה אותו או אותה ברחמה תשעה חדשי הריון? יתכן שבעקבות שאלה זו ימנעו הורים מזמינים מניתוק מוחלט מהאם היולדת, פונדקאית או תחליפית, ובכך ייצרו מעין משפחה מורחבת. אפשר להציע שותפות מתמשכת בין הזוג המזמין לבין הפונדקאית או התחליפית. ניתן להציע קשת אפשרויות תיגמול, כאשר התיגמול הכספי המלא וניתוק של הפונדקאית מן התינוק והזוג המזמין – בקוטב האחד, והמשך קשר הדוק של בני הזוג והתינוק עם האם הפונדקאית, בכעין משפחה מורחבת – בקוטב השני. הפיתרון האחרון נראה לי אנושי יותר וטבעי יותר, ולא מרתיעה אותי העובדה, שהוא מזכיר מודלים משפחתיים עתיקים. כמה השתנתה מהות נפש האדם מאז העת העתיקה?⁹⁴

טענות אתיות, פילוסופיות, דתיות ופסיכולוגיות שונות הועלו בספרות רחבת היקף כנגד הסתרת מידע מילד על הוריו הגנטיים. הסתרת זהותם של בעלי החומר הגנטי: זרע או ביצית, פוגעת, על פי דעות אלו, בזכות היסוד של הילד ובכבודו האנושי. מבחינה פסיכולוגית, סביר להניח שיגרם נזק נפשי לאדם אשר חלק מהוריו ישארו עבורו אנונימיים לתמיד. כאשר האדם אינו יכול לדעת, לשחזר ולהעביר לחבריו ולבניו את זהותו הגנטית או ההורית המלאה, אלא רק 'חצי' או 'שני שלישי', הוא נעשק ממהו מאוד בסיסי. עושק זה קורה, למרבה הפליאה, בעידן התייעוד, השיחזור והשימור המופלגים, בעידן 'התפוצצות המידע'.

92. ראו: Shalev 1989, p. 86-87. עמיר רפפורט, איש עסקים מב"ש הקים חברה לשירותי פונדקאות, ידיעות אחרונות, יום שישי, כ"ח באב תשנ"ד - 1994, 5.8 עמ' 12; נעמי לבנון-קשת, דרוש רחם במצב טוב, לאשה, גליון 2524, 28.8.95, עמ' 10-12; תמר טרבלסי-גלעד, שש צעירות חתמו על חוזה: מוכנות להיות פונדקאיות, ידיעות אחרונות, יום שישי, י"ט בתשרי תשנ"ו - 13.10.1995, עמ' 7.

Helen Bransford, 'Surrogacy: a mother's story', Vogue, July 1995 p. 134-177
93. שמגר תשנ"א, עמ' 38, המצדד במקרים מסוימים באלמוניות מסיבות 'אנושיות, פרגמטיות וציבוריות-חברתיות'. שם, עמ' 43.

94. ראו: אלווין טופלר, אבחנות והנחות, תל-אביב תשמ"ז, עמ' 132-133. כמו למשל, השלישיה שנולדה לאם פונדקאית, אחותו של האב, בבריטניה פברואר 1994, ראו: We Three Are One, The Mail On Sunday, February 19 1995, p.13.

לדעת, מחקרים פסיכולוגיים רציניים על האיון ההורי יערכו רק כאשר יגיע 'הדור המאוין' לבגרות ולמודעות מחקרית ויתבע מחקר כזה. לעת עתה, גם משפטנים אינם דנים בזכות הילד או האדם הבוגר לדעת מהם הוריו העלומים, אולי מחמת צעירותם וקטינותם של רוב התובעים הפוטנציאליים⁹⁵. עד שלא יתבגר הדור שנולד להורות חלקית מאוינת, ויתבע את זכותו לדעת, יהיו הדיונים המשפטיים מנקודת ראות של ההורים בלבד, ועד אז 'קצרה ידו של בית המשפט'⁹⁶.

למעשה, להורים יש יתרון או עמדת פתיחה עדיפה על ילדם באורח בולט. זה הוא היתרון שיש לחיים על פני אלה שעדיין לא נולדו. יתרון יחסי זה גורם לעקרון 'טובת ההורים' להתגבר, לכתחילה, במציאות על עקרון 'טובת הילד'. סוגיה זו נידונה במאמריהם של לנדאו ושל שמגר הסובר כי 'האלמוניות נוצרה למען התורם ובני הזוג, אך הילד יוצא נפגע'⁹⁷, ויש בה עוד פינות חשוכות רבות.

במקרה של 'אם פונדקאית' ו'אם תחליפית' פועל במציאות אותו יתרון 'עמדת הפתיחה', ולא עקרון מוסרי או עקרון פסיכולוגי הוא המשמש את בני הזוג והחברה. ההורים מביאים לעולם ילד באמצעים שונים: שימוש בחומר גנטי אנונימי או פונדקאות ותחליפאות, ילד אשר חלק מהוריו עלולים להיות עלומים בפניו לכתחילה⁹⁸.

מדובר על תופעה ההולכת ומתרחבת יותר ויותר. אנשים צעירים ידעו, אם ירצו בכך, הרבה על תרבויות רחוקות ונשכחות, אולם מיקטעים חשובים הנוגעים לחייהם האישיים, דהיינו הוריהם, לא יודעו להם לעולם. האיון של הרכיבים ההוריים הגנטי והילדני מביא, אם כן, לפיצול וחלקיות מקובעת בתודעת הצאצא, נקרא לו: פיצול צאצאי. נפיצות ההזרעה המלאכותית מפיצה את הפיצול הצאצאי והופכת אותו לענין שמלכתחילה.

אנו רואים כאן היווצרות של 'תרבות סודיות' חדשה: הסודיות המאפיינת חברה דתית ומסורתית, שהובסה בידו החילון ה'בהיר והנאור' של מרקס, פרויד, ובר ואחרים, חוזרת במהדורה חדשה. Ignorance is Power. היא סיסמא אורוליאנית המבטאת מבנים של סוד היצוקים ומבוססים על

95. הספרות המשפטית דנה בעיקר בסיכסוך בין הורים על החזקה והאפוטרופסות של ילד.

96. ראו: שיפמן תשמ"ט, עמ' 154, 167.

97. רות לנדאו, טכנולוגיות הפרייה חדישות: זכות להורות או זכות להורים ביולוגים מזוהים? חברה ורווחה תמוז תשנ"ה, טו, 4, עמ' 367-378; שמגר תשנ"א, עמ' 39. וראו: חנה גילאי-גינור, טיפולי פרויון: ההיבט הנפשי, בתוך: ציון בן רפאל, דניאל זיידמן (בהשתתפות חנה גילאי-גינור), המדריך המלא לפריון, ירושלים ותל-אביב תשנ"ג, עמ' 230; ברכה טל, אבא שלי היה תורם זרע, עולם האשה, גליון 138, אפריל 1995, עמ' 48-50.

98. אינני עוסקת כאן בהתערבות המדינה או החברה באמצעי ההולדה, אלא בהשלכות קיומם של אמצעי ההולדה החדשים.

מניעים שלטוניים, ולכן הם עלולים להיות זרים ומנכרים⁹⁹. מאז הועלה דגל 'הרציונאליות' שוייכה וזוהתה ה'סודיות' עם הדת והאמונות התפלות. עתה, כפי הנראה, האדם הוא שיוצר בכליו הוא את הסוד, והוא עושה זאת בבחירתו ובשליטתו,¹⁰⁰ זאת למרות שלמעשה עדיין לא פתר את הסודות הבסיסיים של הקיום המציקים לו כבר אלפי שנים. אולי השתיקה והסודיות אינם ניתנים להשתק ולהעלם, אפילו ודווקא בסופה של המאה ה-20.

האם היה ביכולתו של האדם, מנקודת המבט של הילד ולא של ההורים, מזוית הראיה של 'הדור המאוין', לתת, עם כל זאת, לאיון ההורי החדש משמעות לכל הפחות הומנית (שם זמני), אם לא טרנסצנדנטאלית? האם המשמעות שתינתן תבטל את הסתמיות המנכרת של הסוד הבלתי-ניתן לפיענוח? האם תסכול התודעה האנושית המודרנית את הסתירה הפנימית, את הפאראדוקס האימננטי שהצמיחה בתוך עצמה: מחד, תביעה לידעה, למודעות, ל'רציונאליות', לשקיפות ובהירות, ומאידך, יצירת מבנים חדשים של הסתרה, ערפול, בלתי-נגישות, נעלמות¹⁰¹? ואולי פאראדוקס פנימי זה יפעל כפצצת זמן שתפוצץ את התודעה האנושית מבפנים, ותביא אותה לתובנות חדשות?

סיכום

טכניקות ההולדה המלאכותיות מעצבות מציאות חדשה ולא מוכרת. מציאות זו מחדדת בעיות פילוסופיות ויוצרת בעיות פסיכולוגיות וחברתיות חדשות ייחודיות. הן הטכנולוגיה הרפואית והן המערכת המשפטית, החורצת גורלות בדרכה היא, אינן יכולות וגם אין מתפקידן להעריך ולמשמע את המציאות החדשה מבחינה עיונית פילוסופית ומבחינה פסיכולוגית¹⁰². תפקיד זה מיועד להוגים ולמעיינים.

ועוד, לדעת משפטנים: 'המשפט אינו מדביק את קצב התפתחות המדע'¹⁰³. המשפט האחרון ניתן לשתי פרשנויות, אשר יכולות להתקיים זו בצד זו:

99. עמוס פונקנשטיין ועדין שטיינזלץ, הסוציולוגיה של הבערות, תל-אביב תשמ"ח, [להלן: פונקנשטיין ושטיינזלץ תשמ"ח], עמ' 12.

100. השו: ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 234-239. וראו, תופעה דומה בתקשורת מחשבים: אורי רדלר, internet, מקינטוש עכשיו, גליון 21, עמ' 17-16, 36.

101. וחומר, אם 'אין לרציונליות שום הגדרה אחרת פרט להגדרה החברתית', פונקנשטיין ושטיינזלץ, תשמ"ח, עמ' 20.

102. על ההבדל המהותי בין המדע העובדתי לבין הפילוסופיה והדת הממשעות, ראו: ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 267-271, 276-285, 293-300; ישעיהו ליבוביץ, אמונה, היסטוריה וערכים, ירושלים תשמ"ב. עמ' 234-239.

103. שיפמן תשמ"ט, עמ' 127.

1. המשפטנים אינם מצליחים לעכל וללמוד את כל החידושים המדעיים הטכניים חדשות לבקרים. לכן, עבודתם העוסקת בדיני נפשות איטית ולקויה¹⁰⁴.

2. המשפטנים והרופאים זקוקים לניסוח עקרונות מעמיק מחודש אשר יגע בשינויים המתחדשים של הטכנולוגיה הרפואית. המשפטנים והרופאים זקוקים, כמו כל אחד אחר, למישמוע נוגע (רלבנטי) וממוקד של עשייתם המקצועית, בה מעורבים מדע וערכים ללא הפרדה¹⁰⁵.

לכאורה, נוצרה סוגיית האם הפונדקאית כתוצאה מהתרחבות ידע טכני. אך אין לראותה כחוליה בודדת, אלא כרכיב בלתי נפרד מתהליכים אשר הידע הטכני משמש כלי מתאים ליישומם.

בעבודתי זו ניסיתי להראות תהליכים של שינוי במושג ההורות המשפיעים זה על זה הדדית. בעית הפונדקאות היא פרט, האחוז והארוג בשלושה תהליכים מרכזיים: תהליך פיצול ההורות משפיע על תהליך הפשטת ההורות, הפשטת ההורות משפיעה על תהליך איון ההורות, אשר יוצר מצידו פיצול חדש. מתברר ששלושת תהליכים או מהויות אלו מושרשים, למרות חדשנותם המובהקת, בתרבות האנושית. הפיצול, ההפשטה והאיון מדגישים מחדש בדרכם שלהם, דפוסי התקשרות, מישמוע, ונעלמות עתיקים, שנראה היה כי נזנחו.

המבנה המשולש, שהצגתי, הוא אחד האופנים של שאלות עיקריות במחשבה האנושית. הפיצול הוא פרט בשאלה הכללית של ההגדרה העצמית של האדם. ההפשטה היא צורה אפשרית להכרת העולם ולפעולה בו. האיון מזכיר את נעלמותו של הא-ל¹⁰⁶, ואת המצאות ה'אין' הנעלם במציאות האדם מרצונו ושלא מרצונו^{107, 108}.

מקור: אסיא נז-נח, עמ' 141-172 (1996)

104. השווה: ליבוביץ תשמ"ז, עמ' 312.

105. להבדיל מתחומי מדע אחרים. ראו: ליבוביץ תשמ"ז, 281, 293-300.

106. "נעלם וגם אין סוף..." (מתוך סידור התפילה, פיוט "יגדל", הפיוט חובר במאה ה-13 ע"י ר' דניאל בן יהודה הדיין מרומא).

107. עיינו: אבי שגיא, ליבוביץ: הגות יהודית לנוכח המודרנה, בתוך: ישעיהו ליבוביץ עולמו והגותו [עורך: אבי שגיא], ירושלים תשנ"ה, עמ' 162-175.

108. השווה ברכות י, יא, הני חמשה ברכי נפשי וכו'.