

שלילת אבהות בהסכמה

מאת

שחר ליפשיץ*

מאמר זה עוסק בשלושה מצבים שבהם גבר ואישה שהם הורים גנטיים לילד מסכימים שלהורות הגנטית של האב לא תהיה משמעות מעשית ומשפטית, ושהאם תשמש כהורה בלעדי, על כל הזכויות, האחריות והחובות הכרוכות בכך: (1) הסכם לשלילת הורות, הנערך בשלב שהאם בהיריון, או זמן קצר לאחר הלידה (2) תרומת זרע מתורם אנונימי ו־ (3) תרומת זרע מתורם ידוע.

בשלב ראשון המאמר מציג שלושה קווי חשיבה לצורך ההבחנה בין המצבים: קו חשיבה אחד מבוסס על נקודת המבט החזוית; השני ממוקד בטובת הילד ובהבחנה בין טובת הילד העתידי לטובת הילד הקונקרטי; השלישי ממוקד בזכות להורות. נמצא כי כל אחד מן ההסברים שהוצעו לעיל איננו מספיק כדי לתת הסבר קוהרנטי לעמדה הקיימת, או לספק קווי מדיניות מספיקים לדרך הראויה להסדרת כל אחד משלושת המצבים הללו. בעקבות זאת, בשלב השני של הניתוח המאמר מציג כחלופה לגישות שהוצגו לעיל, שאליהן הוא מתייחס כאל "גישות פרטיות", גישה אחרת – רשת חשיבה רחבה על הורות, המכונה: "הגישה המוסדית-ציבורית להורות".

המאמר מסביר כי המשפט הישראלי דוחה את ההסכם לשלילת ההורות, שכן הוא מנוגד לצורך לעצב את ההורות כמוסד המשקף אחריות לא הפיכה, לא מסחרית, הממוקדת בטובת הילד ובקשרים שבינו לבין ההורה.

עוד נטען שלנוכח תמיכתם בזכות להורות של האם היחידנית המשפט הישראלי והמערכי מבקשים לבנות קטגוריה חברתית של "תורם", העוסקת באדם הנכון לסייע לנשים או לזוגות לממש את כמיהתם להורות. המאמר מציג כמה מנגנונים ומגבלות שעשויים לאפשר את מנגנון התרומה מבלי לפגוע ב"מוסד ההורות" ובאתוס שהוא מייצג. העמדה השוללת תרומה מתורם ידוע מוצדקת בכך שהיא יוצרת קטגוריה של הורות חלקית שעלולה לפגוע בטובת הילדים המעורבים. כמו כן היא מטשטשת שלא כראוי את קו הגבול שבין הקטגוריות השונות ופותחת פתח לכך שאדם ש"קווי חשיבה" חברתית ומשפחתית כמעין הורה לא יקבל עליו אחריות מלאה לילדיו, ובכך היא פוגעת במוסד ההורות.

מבוא. א. התמיהה: כיצד ניתן להתנגד נחרצות להסכמים שוללי הורות ובר־זמנית לתמוך בתרומת הזרע מתורם אנונימי עבור אם יחידה? ב. התורם הידוע: תורם או הורה מתכחש? ג. כיוונים "פרטיים" לפתרון: יישוב הלגיטימציה של תרומת הזרע מן התורם האנונימי עם אי־ההכרה בהסכמים שוללי הורות והשלכותיהם על סוגיית התורם הידוע. 1. נקודת המבט החזוית: הצורך בהסכמה ביישוב הדעת. 2. גישת טובת הילד וההבחנה בין הילד העתידי

* פרופ' מן המניין באוניברסיטת בר־אילן. אני מודה לארז אלוני, לאריאל בנדור, לאיתי בר סימן־טוב, לאורי אהרונסון, לדודי הר, לאסף הראל, לרות זפרן, לחזי מרגלית, לחגי קלעי, למיכל טמיר, לליאור משאלי, לדני סטטמן, לנעם פלג, לרם ריבלין, לשירי רגב ולחברי מערכת **משפטים** על הערות והפניות. תודה להגר ששון, לדקלה שמש וליובל זילבר על סיוע במחקר.

ליד הקיים. 3. הזכות להורות כהצדקה לתרומה האנונימית. 4. סיכום הפרק. ד. "ההורות כמוסד חברתי" והבחנה בין קטגוריית ההורה לקטגוריית התורם. 1. על ההורות כמוסד חברתי. 2. אתיקה הורית ואתוס ההורות. 3. הגישה המוסדית להורות כבסיס להבחנה בין הסכמים לשלילת הורות לבין תרומת זרע. 4. הבניית ההורה והתורם כקטגוריות נפרדות ומעמדה של התרומה הידועה. ה. סגירת מעגל: ביקורת מהותית, חוקתית ומנהלית על ההסדרה המשפטית הקיימת של תרומות זרע בישראל לנוכח הגישה המוסדית. ו. דברי סיום.

מבוא

מאמר זה עוסק בשלושה מצבים שבהם גבר ואישה שהם הורים גנטיים לילד מסכימים שלהורות הגנטית של האב לא תהיה משמעות מעשית ומשפטית, והאם תהיה הורה בלעדי לילד, על כל הזכויות, האחריות והחובות הכרוכות בכך.

במצב הראשון מדובר בילד, במרבית המקרים "לא מתוכנן", שנוצר בעקבות קיום יחסי אישות.¹ במצב זה, לאחר קיום היחסים, בזמן שהאישה בהיריון, או אפילו לאחר לידת הילד,² בני הזוג מתקשרים בהסכם שלפיו האב הגנטי יצא מן התמונה והאם תקבל עליה אחריות מלאה לילד. מצב זה יכולה להלך: "ההסכם לשלילת הורות" או "המצב הראשון".

במצב השני, מדובר בילד שנולד בהליך של הזרעה מלאכותית, שבו נעשה שימוש בתרומת זרע מצד תורם "אנונימי" שאינו מעוניין לתפקד כאב עבור נתרמת המבקשת להיות אם יחידנית.³ האם שעברה טיפולי הזרעה בבנק זרע אינה מודעת לזהות התורם, והתורם אינו מודע לזהות הנתרמת או לזהות הילד שיוולד. למותר לציין שבעקבות מצב דברים זה האחריות הבלעדית על גידול הילד תוטל על האם והתורם יצא מן התמונה. מצב זה יכולה להלך: "התורם האנונימי" או "המצב השני".

ברומה למצב השני, המצב השלישי עוסק אף הוא בילד "מתוכנן" שנוצר מתרומת זרע מצד תורם שכבר בעת מתן התרומה לא התכוון להיות אב מן הבחינה המשפטית, והדבר עוגן בהסכם בין התורם לנתרמת. ברם, שלא כבמקרה של התורם האנונימי, במצב זה עוד בטרם החל תהליך ההפריה זהות התורם מוכרת לנתרמת ולהפך. לעיתים זוהי היכרות "פרטית" מוקדמת, כאשר הנתרמת פונה לתורם ומבקשת ממנו לתרום את זרעו לצורך הפרייתו. במקרים אחרים ההיכרות נערכת לצורך ההפריה באמצעות תיווך של בנק זרע,

1 לצורך הדיון נניח שמדובר בהיריון לא מתוכנן, מבלי שמהלך הדברים היה כרוך בהטעיה מצד מי מהצדדים. מובן שבפועל קיימים גם מצבים אחרים, כגון מקרים שבהם האישה תכננה מראש את ההיריון והטעתה את הגבר בנושא. דיון במצבים הללו ובשיקולים הנוספים שהם מעוררים חורג מהיקפו של המאמר הנוכחי.

2 מרבית הדיונים במאמר זה על המצב הראשון, רלוונטיים הן למקרים שבהם ההסכם נערך בזמן שהאישה בהיריון והן למקרים שבהם הוא נערך לאחר לידת הילד. עם זאת, כשהדיון במאמר ידרוש הבחנה בין תתי-המצבים הללו אתייחס לכך במהלך הדברים.

3 תרומת זרע מאת תורם אנונימי או ידוע נעשית לא רק עבור אימהות יחידניות, אלא גם עבור אימהות שיש להן בני או בנות זוג המבקשים לקבל עליהם את התפקיד ההורי במקום התורם. במאמר הנוכחי לא אתייחס למקרים הללו, המעוררים היבטים נוספים, ואתמקד במקרים שבהם התורם מבקש לצאת מן התמונה ולא נמצא הורה חלופי.

למשל, במקרים שבהם האם בוחרת את התורם מתוך "קטלוג" של תורמים שהציג לה בנק הזרע. אוסיף ואומר כי רוב גדול של המקרים במצב השלישי, הממוקד כאמור בתרומה מתורם ידוע, עוסק בילד שנולד בהליך של הזרעה מלאכותית במסגרת מרפאה. עם זאת במקרים מסוימים ההזרעה נעשית גם בהסדר פרטי בשיטת "עשה זאת בעצמך", כשלצד זאת קיימים גם מקרים של תרומה מתורם ידוע שנערכת בדרך של קיום יחסי אישות; במקרים אלו, שלא כבמצב הראשון שעסק בילד לא מתוכנן, הגבר והאישה תכננו מראש לקיים יחסי אישות לצורך הולדה, והוסכם מראש שהילד שייוולד יהיה באחריות הורית בלעדית של האם.

ככלל, כל קשת המצבים שבהם הוסכם בין תורם ידוע לנתרמת מלכתחילה כי מדובר בתרומת זרע וכי התורם לא יחשב לאב מן הבחינה המשפטית יכונן במאמר זה **"התורם הידוע" או "תרומה ידועה"**, או **"המצב השלישי"**.⁴ עם זאת בהמשך מאמר זה, בעת שנדון בשאלה אם מנקודת המבט הנורמטיבית נכון להתייחס למצב השלישי של התקשרות עם תורם ידוע כאל תרומה או כאל הסכם לשלילת הורות, אבחן אם לשאלת ההיכרות המוקדמת בין הנתרמת לתורם ואם לדרך שבה נעשתה ההפריה (מרפאה, עשה זאת בעצמך או יחסי אישות) צריכה להיות השפעה על היחס הנורמטיבי אליה.

המאמר יעסוק בשלושת המצבים הללו, יציף מתחים בין העמדות הקיימות של המשפט הנוהג בישראל ובמדינות נוספות במערב,⁵ ויציע עמדה קוהרנטית בדבר ההסדרה המשפטית הראויה לשלושת המצבים.⁶

בפרק א אציג בפירוט את העמדה הרווחת בשיטות המשפט המערביות ואת עמדת המשפט הישראלי **כלפי המצב הראשון (ההסכם לשלילת הורות) והמצב השני (תרומת הזרע של התורם האנונימי)**. אטען כי הן מנקודת מבט הממוקדת בטובתם של ילדים ובזכויותיהם, הן מנקודת מבט העוסקת בחובות המוסריות של אבות גנטיים לילדיהם והן מנקודת מבט העוסקת באינטרסים ציבוריים, קיים מתח בין הפסילה הגורפת של הסכמים לשלילת הורות הנהוגה כמעט בכל שיטות המשפט לבין התמיכה הקיימת ברוב הגדול של אותן שיטות משפט בפרוצדורה של תרומת הזרע מן התורם האנונימי עבור נתרמות שיהיו לאימהות יחידניות. אוסיף ואטען כי מתח זה מתקיים במרבית שיטות המשפט במערב, אך הוא חריף במיוחד בישראל, שבה, בהיעדר חוק נוגד, ההגדרה המקובלת לאבהות היא

4 אוסיף ואומר כי ייתכן גם מקרה ביניים, שבו הנתרמת – ועל פי רצונה גם הילד – מודעים לזהות התורם, אך התורם אינו מודע לזהותם של הנתרמת ושל הילד שנולד. עם זאת, כדי לא לסבך את הדיון המורכב ממילא, אזי הדיון במאמר בעניין **המצב השלישי** יתמקד במקרים של היכרות דו־צדדית.

5 עיקר העיסוק ההשוואתי יבוסס על המצב בארצות הברית, באנגליה, בקנדה ובאוסטרליה. עם זאת מפעם לפעם נפנה גם לשיטות המשפט בקונטיננט (כגון גרמניה ובלגיה), וכן למצב במדינות נוספות.

6 הדיון במאמר משלב אפוא מהלך פרשני שמטרתו הצדקת ההסדרים המשפטיים הקיימים עם יצירת המצע להסדרה חקיקתית עתידית ראויה בנושא. במובן זה, המאמר משקף מתודולוגיה דומה לזו שמציע רונלד דבורקין (Dworkin), המבקש לפרש את החוק באורו המיטבי, אך בה בעת בתהליך של היות חוזר להציע תיקונים למצב המשפטי לפי הפרשנות הראויה (ראו RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986)). אציין בהקשר זה שהדיון במאמר מניח במרבית המקרים את ההבחנה בין ההסכם לשלילת הורות לבין מתן האפשרות לתרומת זרע אנונימית כנתונה ומנסה להצדיק אותה בדרך הטובה ביותר האפשרית. לעומת זאת, הדיון במאמר אינו מקבל כנתון את דחיית האפשרות לתרומה ידועה ובוחן בנפש חפצה את היחס הראוי למקרה זה לפי דרכי החשיבה השונות המוצגות במאמר.

ביולוגית-גנטית. לכן, לפחות תאורטית, מוגדר התורם האנונימי כהורה מן הבחינה המשפטית, אך האבהות המשפטית אינה נאכפת.

בפרק ב תוצג ההתלבטות כיצד ראוי לנהוג **בתורם הידוע**, אם כתרומת זרע אנונימית שיש לתמוך בה ולהסדירה או כהסכם לשלילת הורות שיש לדחותו. בפרק זה אציג בפירוט את מגוון העמדות הקיימות במשפט המערבי כלפי התורם הידוע. לאחר מכן אציג את עמדת המשפט הישראלי, המזהה בין מצב התורם הידוע לבין הסכם לשלילת הורות, ובכלל זה אציג את פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ **התורם הידוע**,⁷ שבו נאסר על קיום הליך של תרומת זרע ידועה באמצעות בנק זרע.

בפרק ג אציע שלושה כיווני מחשבה ליישוב המתח בין הדחייה הנחרצת של הסכמים לשלילת ההורות, הן במשפט הישראלי והן במשפט המערבי, לבין תמיכת שיטות המשפט הללו בתרומת הזרע של התורם האנונימי עבור אם יחידנית. שלושת ההסברים חורגים מגישה ביולוגית נוקשה הרואה באב הגנטי אב משפטי-טבעי בכל מקרה שבו לא נערך הליך אימוץ פורמלי, והם נכונים לשלב הגדרות נוספות להורות ולשיקולים נוספים לשאלה מי יוגדר כהורה.

הסבר אחד יאמץ נקודת מבט חוזית להורות ויבחין בין הסכמה מתוכננת – שאותה יש לכבד – לבין הסכמה המגיבה למצב בדיעבד – שבה אין להכיר בשל החשש שהיא חשופה לפערי כוחות וללחצים רגשיים המקשים את האפשרות לגבש החלטה מושכלת. **קו חשיבה שני** יתמקד במקומם של **שיקולי טובת הילד** בעת קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה. קו זה מבוסס על טיעון פילוסופי המבקש לצמצם את האפשרות לבסס רגולציה של הולדה על שיקולי טובת הילד העתידי למקרים נדירים שבהם טוב לו לילד העתידי שלא נולד משנולד, אך מבקש לשקול שיקולים אלה בנוגע להסכם העוסק בילד קונקרטי שכבר נולד, או עתיד להיוולד ללא קשר לרגולציה האמורה. **קו החשיבה השלישי** יתמקד **בזכות להורות** של האם היחידנית הנזקקת לתרומת הזרע הניצבת כנגד זכותו של הילד העתידי לתמיכה כלכלית ולקשר עם שני הוריו. הדיון בפרק זה יבחן אם כיווני החשיבה הללו אכן מצדיקים את ההבחנה בין **הסכם לשלילת הורות לבין מצב התורם האנונימי**. נוסף על זה, הדיון בפרק יבחן, לנוכח כיווני המחשבה המוצגים בו, מהי העמדה הראויה כלפי מקרי התורם הידוע על גזניהם השונים. מסקנתי תהיה כי שני קווי החשיבה הראשונים – זה המגביל את תחולת שיקולי טובת ילד עתידי לצורך רגולציה של הולדה וזה המבחין בין הסכמה מלכתחילה לבין הסכמה בדיעבד – מציגים הסבר אנליטי מתקבל על הדעת, אף כי לא נקי מפגמים, להבחנה בין דחיית ההסכם לשלילת הורות לבין התמיכה בתרומת הזרע האנונימית. עם זאת אראה כי שני קווי החשיבה הללו מבוססים על הנחות עבודה שאינן מקובלות על המשפט הישראלי, כמו גם על מרבית שיטות המשפט המערבי, בתחומים אחרים של דיני ההורות. לכן קשה להצדיק את עמדת המשפט הישראלי והמערבי בנוגע לסוגיה על בסיס קווי החשיבה הללו.

נוסף על זה אטען כי על פי שני קווי החשיבה העוסקים בהבחנה בין מועדי ההסכם ובתוחלת של טיעוני טובת הילד, דינה של התרומה מן התורם הידוע צריך להיות כדין

7 ראו בבג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות (נבו 13.2.2019) (להלן: **בג"ץ התורם הידוע**).

התרומה מן התורם האנונימי, בניגוד למצב המשפטי בישראל ובחלק גדול של מדינות המערב. לעומת זאת מסקנתי תהיה כי קו החשיבה השלישי, הממוקד בזכות להורות, מציג הסבר אנליטי מוצלח יותר בהצדקת ההבחנה בין ההסכם לשלילת הורות לתרומה מן התורם האנונימי, בדרך המשתלבת עם צורת החשיבה המנחה את דיני ההורות בתחומים נוספים. קו חשיבה זה אף מספק בסיס ראשוני להצדקת מהלך התומך בתרומה מן התורם האנונימי אך פוסל את התרומה מן התורם הידוע, וזאת משום שהאיסור על תרומה ידועה, בשונה מאיסור כולל על שימוש בתרומת זרע, אינו פוגע בליבת הזכות להורות. עם זאת על פי ניתוחנו, אף קו חשיבה זה אינו יכול לעמוד בפני עצמו ללא נדבכים נוספים שטרם פותחו או הוצגו בשיח המשפטי הקיים. ראשית, קו חשיבה זה אינו מסביר מדוע הזכות להורות של האם היחידנית גוברת על הזכות של הילד העתידי לתמיכה כלכלית ולקשר עם שני הוריו. שנית, בהנחה שהזכות להורות מצדיקה את הפגיעה בטובת הילד במקרה של התרומה האנונימית, יש צורך בהצבעה על נזק נוסף לילדים או לציבור כדי להצדיק את הפגיעה, ולו המוגבלת, בזכותו של ההורה לקבוע את זהות ילדו ואת זכותו של הילד להכיר את אביו הגנטי.

לצד הביקורת הנקודתית על כל אחת מן הגישות הדיון בפרק זה יחדד כי שלוש הגישות ממוקדות בשחקנים הרלוונטיים ישירות למקרה: ההורים המיועדים על פי הגישה ההסכמית, הילד שכבר נולד על פי גישת טובת הילד והאם המיועדת על פי גישת הזכות להורות. במובן זה שלוש הגישות הללו, למרות ההבדלים הניכרים ביניהן, מייצגות גישה "פרטית" להורות. לעומת זאת כלל הגישות הללו אינן רגישות לתפקיד המדינה באסדרתה ובהסדרתה של ההורות, ואינן מביאות בחשבון את האינטרסים הציבוריים המעורבים בהורות. כמו כן, שלוש הגישות מתעלמות מההיבט החברתי של ההורות, מן האחריות הציבורית לפיתוח "אתיקה של הורות" ומההשלכות שעשויות להיות להסדרים הוריים נקודתיים על עיצוב מוסד ההורות בכללותו.

בפרק ד, שבו אציע את גישתי לסוגיה, אבקש להשלים את החוסר בקווי הטיעון שהוצגו בפרק השלישי ולהציג כחלופה להם רשת חשיבה רחבה יותר על הורות, שאותה אני מכנה: "הגישה המוסדית-ציבורית להורות".⁸ רשת חשיבה זו מדגישה את תפקידו של המשפט בכלל, ושל דיני קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה בפרט, בעיצוב המוסד החברתי של ההורות – ובכלל זה התודעה העצמית של ההורים ושל הילדים.

מן הבחינה הנורמטיבית, הדיון בפרק יבהיר את חשיבותו של עיצוב קטגוריות מובחנות וברורות של תפקידים משפחתיים בכלל ושל תפקידים הוריים בפרט, את חשיבותן של פרוצדורות מובנות לקביעת הורות ואת הצורך בשילובם של אינטרסים חברתיים נוסף על אלו של הצדדים המעורבים ישירות. הגישה המוסדית-ציבורית מייחסת חשיבות רבה לדרך שבה ייתפסו יחסי הורים וילדים בחברתנו (להלן אכנה תפיסה זו: "אתוס ההורות"). גישה זו מבקשת שהרגולציה של ההורות ודיני קביעת הורות ישקפו ויעצבו תפיסה ראויה של יחסי הורים וילדים ושל מוסד ההורות, ובכלל זה אתיקה העוסקת בהתנהגות ההורית הראויה. הדיון בפרק יציע מהלך פרשני של דיני הורים וילדים, שממנו ניתן לגזור את התפיסה

8 לדיון מוקדם שלי בעניינים הללו ראו Shahar Lifshitz, *Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. 297 (2014) (להלן: (Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*).

הנורמטיבית הראויה לעיצוב יחסי הורים-ילדים ואת תפקיד המדינה בהקשר זה; תפיסה נורמטיבית זו שבמרכזה העצמת ההורה, כיבוד האוטונומיה שלו והגדרתו כאחראי לילד, ובה בעת מיקוד האחריות ההורית בדאגה לטובת הילד. על פי הגישה, ההכרה בהיבט המוסדי-ציבורי של ההורות ובאתוס ההורות בחברתנו, ובראשם תפיסת האחריות ההורית והדאגה לטובת הילד, אמורים להשפיע לא רק על דיני הורים וילדים לאחר שהילדים כבר נולדו ונקבעה זהות ההורה המשפטי, אלא גם על תכניה המהותיים של הזכות להורות עצמה, ובכלל זה על הרגולציה של ההולדה, ועל הדין העוסק בקביעת הזהות של ההורה המשפטי. מצוידיים בכלים שמקנה התפיסה המוסדית להורות, נבחן מחדש במבט ביקורתי את ההבחנות ההסכמיות, הממוקדות בטובת הילד הפרטי ובזכות להורות ונציע לכל אחת מן ההבחנות הללו רבדים נוספים המשקפים את נקודת המבט הציבורית.

כהמשך לביקורת ולרבדים שיתווספו, אציע הבחנה בין המצבים השונים, המבוססת על הגישה הציבורית. בבסיס גישתי עומדת הטענה כי על המשפט לבדל את הקטגוריה של "הורה" מן הקטגוריה של "תורם" ולעצב אתוס חברתי שונה לכל אחת מן הקטגוריות. על בסיס טענה זו אסביר כי המשפט הישראלי דוחה את ההסכם לשלילת ההורות, שכן הוא מנוגד לצורך לעצב את ההורות כמוסד המשקף אחריות לא הפיכה, לא מסחרית, הממוקדת בטובת הילד ובקשרים שבינו לבין ההורה, כזו שאינה תלויה בהכרח ברצונו של ההורה לקבל עליו מחויבות הורית מלכתחילה ובוודאי שאינה תלויה בנכונותו להמשיך ולדבוק בה. כהמשך לכך אראה שבו-זמנית, לנוכח תמיכתם בזכות להורות של האם היחידנית, המשפט הישראלי והמערכי מבקשים לבנות קטגוריה חברתית של "תורם", העוסקת באדם הנכון לסייע לנשים או לזוגות לממש את כמיהתם להורות, הן כאשר מדובר בתרומה אלטרואיסטית והן כאשר מדובר בתורם המקבל פיצוי "מפוקח" על תרומתו. אציע כמה מנגנונים ומגבלות שעשויים לאפשר את מנגנון התרומה מבלי לפגוע במוסד ההורות ובאתוס שהוא מייצג. עוד אציע כי ניתן להצדיק את העמדה השוללת תרומה מתורם ידוע הן בכך שהיא יוצרת קטגוריה של הורות חלקית שעלולה לפגוע בטובת הילדים המעורבים, והן בכך שהיא מטשטשת שלא כראוי את קו הגבול שבין הקטגוריות השונות ופותחת פתח לכך שאדם שייחווה חברתית ומשפחתית כמעין הורה לא יקבל עליו אחריות מלאה לילדיו, ובכך פוגעת במוסד ההורות.

בפרק ה ינוע הדיון מהדיון העקרוני העוסק בהסדרה הראויה של הסוגיה בישראל ובעולם מנקודת מבט של מחוקק עתידי, ללא מחויבות להסדרים המשפטיים הקיימים, לזירה המקומית ולדיון הנערך בצילה של ההסדרה המשפטית הקיימת. הפרק יתמקד בעיקר בכג"ץ התורם הידוע וינתח את פסק הדין בשני רבדים. ברובד אחד ינותח פסק הדין ברמה המהותית לנוכח השיקולים השונים שהועלו בפרקים הקודמים. לאחר מכן נוסיף לדיון לגופו של עניין גם דיון בקושי החוקתי-מנהלי שנגרם מהסדרת הסוגיה בחקיקה משנית ללא הסמכה ברורה ומפורשת בחקיקה הראשית.⁹ עיון בפסק הדין ילמד שלמרות הבדלים

9 בהקשר של ניתוח המצב המשפטי הקיים, במרבית המאמר אתייחס להסדר הקבוע בתקנות הנוכחיות כאילו מדובר היה בהסדר חקיקתי ואניח לשאלות החוקתיות והמנהליות המתעוררת מאי-הסדרת הסוגיה בחקיקה ראשית. בניגוד לכך (כאמור להלן בפרק ה), אתייחס גם לקושי הנובע מכך שההסדר הקיים קבוע בתקנות.

עיוניים בין העמדות התאורטיות של השופטים בדבר תוקפן של התקנות, ואף שכל השופטים הביעו מורת רוח מהמצב המשפטי הקיים שבו תרומות הזרע אינן מוסדרות בחקיקה ראשית, הם אישרו בסופו של דבר את ההסדר הקבוע בתקנות המתיר תרומת זרע אנונימית עבור אם יחידנית ודוחה תרומת זרע מתורם ידוע. אסביר מדוע מצב זה יוצר קושי מיוחד מנקודת מבט מוסדית המבקשת לבסס את תפיסת ההורות ואת הזכות להורות על המחויבות לטובת הילד ועל האחריות ההורית כלפיו. עוד אצביע על קשיים שמעורר המצב הקיים מנקודת המבט החוקתית-מנהלית. אטען כי גם אם לא בשלה העת לביטול אופרטיבי מיידי של התקנות הקיימות, אין להסתפק במחאה רפה על המצב הקיים ויש לנקוט טכניקות מנהליות וחוקתיות תקיפות יותר המצויות בארגז הכלים החוקתי-מנהלי.

בטרם נצא לדרך אבקש להבחין בין שני מובנים של תרומות "לא אנונימיות". הסוג האחד, **שבו מתמקד המאמר הנוכחי**, עוסק כאמור בתורם זרע המוכר לנתרמת, ולהפך, עוד בטרם החל תהליך ההפריה. סוג זה של תרומה מאפשר לתורם, לנתרמת ולילד להכיר זה את זה כבר בילדותו של הילד (סוג זה של תרומה לא אנונימית מכונה כאמור: **התורם הידוע**). סוג אחר של תרומה לא אנונימית מתחיל כמקרה של תרומה מתורם אנונימי, ועל כן בזמן התרומה וההפריה נשמרת האנונימיות הדו-צדדית. עם זאת, בסוג תרומה שכזה פרטי התורם נשמרים בבנק הזרע, ובהגיע הילד שנולד מן התרומה לבגרות, ובמדינות מסוימות אפילו בשלב מוקדם יותר, הוא יהיה זכאי לקבל את פרטי התורם. רות זפרן, התומכת בהסדרת אפשרות כזו להיכרות בין הילד לתורם בהגיע הילד לבגרות, מכנה אותה "זכות ההתחקות".¹⁰ בהקשר זה, האפשרות של ילד שבגר להתחקות על תורם הזרע האנונימי אינה מוכרת כיום בישראל. בעולם המערבי קיים מנעד רחב של אפשרויות בהקשר של חשיפת זהות התורם, החל מאיסור מוחלט על חשיפה כזו,¹¹ עובר במתן אופציה לתורם לבחור בעמדתו כלפי החשיפה בעת מתן התרומה, כאשר הנתרמת יכולה לבחור בין תרומות אנונימיות לכאלה החשופות לאפשרות התחקות, וכלה בשיטות משפט שבהן תרומה אנונימית מלאה אינה מתאפשרת עוד וזכות ההתחקות של הילד על ההורה עם הגיעו לבגרות מוכרת כזכות יסוד.¹² קיימת ספרות מחקר ענפה העוסקת בשאלה אם לאפשר זכות

10 ראו רות זפרן "סודות ושקרים" על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות על זהות אביו הביולוגי "משפטים" לה 519 (2005) (להלן: זפרן "סודות ושקרים"). כן ראו בהקשר זה גם את נוסח ס' 7 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה), שלפיו: "The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents" (ההדגשה הוספה).

11 איסור שלפחות מעשית קשה לאוכפו בשל השימוש הגובר בבדיקות גנטיות עצמיות.

12 ראו דינה צדוק **חקיקה להסדרת תרומת זרע – סקירה משווה** (הכנסת, הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי, 2017). לסקירה עדכנית ראו Elodie Decorte, *Donor Conception: From Anonymity to Openness*, in PLURALITY AND DIVERSITY OF FAMILY RELATIONS IN EUROPE 143 (Katharina Boele-Woelki & Dieter Martiny eds., 2019); Heleen Weyers, *Mandatory Sperm Donor Registration: Instrumental, Symbolic or Somewhere in Between: A Comparison of Laws*, 3 EUR. J. COMP. L. & GOVERNANCE 24 (2016); Nadia M. Alfonso-Aleman, *Children Conceived through Assisted Reproduction: The Extent and Limits of Their Right to Know Their Genetic Origins. A Comparative Legal Approach among the Jurisdictions of United*

התחקות על התורם בעת בגרות, ואם התשובה חיובית, האם לעשות זאת כמסלול אפשרי המותנה בהסכמת הצדדים או כחובה. המאמר הנוכחי לא יעסוק בשאלה חשובה זו, אף כי אשתמש בחלק מן התובנות שעלו בנוגע לסוגיה זו, בשינויים המחויבים,¹³ לצורך ניתוח סוגיית התורם הידוע שבה מתמקד המאמר הנוכחי. הבחנה נוספת שתלווה אותנו בהמשך הדרך היא בין **התורם הידוע לאב המיועד**. בניגוד לתורם הידוע המבקש מלכתחילה שלא להיחשב האב המשפטי, האב המיועד הוא מי שמספק זרע באמצעות הזרעה מלאכותית לבת זוג, אישה יחידה שאינה בת זוגו או זוג נשים, מתוך כוונה והסכמה משותפת להיחשב אב משפטי. סוגיית האב המיועד מעוררת שיקולים שונים לחלוטין מאלו המתעוררים בנוגע למצבי שלילת ההורות בהסכמה שבהם עוסק המאמר הנוכחי, ואני מקווה להזדקק להם בהזדמנות אחרת. לבסוף אציין שהמאמר ממוקד בהסכמה לשלילת אבהות גנטית. מצבים של תרומת ביצית ושל פונדקאות שניתן במידה מסוימת לסווג אותם כהסכמים לשלילת אימהות גנטית במקרה של תרומת הביצית ושל אימהות פיזיולוגית במקרה של הפונדקאות, מעוררים שאלות נוספות החורגות מתחום עיסוקו של המאמר הנוכחי.

Kingdom, Sweden, Netherlands, United States, Spain, and Argentina, 25 ILSA J. INT'L & COMP. L. 435 (2019). כך למשל, בשוודיה, שהייתה חלוצה בנושא גילוי זהות התורם לילדים משבגור, מדובר בחובה מנדטורית והיא אינה מאפשרת לשמור על אנונימיות התורם. מדינות נוספות שבהן קיים איסור על שימור האנונימיות לאחר שהילדים הגיעו לבגרות הן בריטניה, גרמניה, נורווגיה, אוסטרליה והולנד. עם זאת, בהולנד אם לתורם טעמים כבדי משקל נגד החשיפה בית משפט עשוי לכבד את בקשתו שלא להיחשף (ראו Eric Blyth & Lucy Frith, *Donor-Conceived People's Access to Genetic and Biographical History: An Analysis of Provisions in Different Jurisdictions Permitting Disclosure of Donor Identity*, 23 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 174, 182 (2009)). עמדה קיצונית נגד אנונימיות קיימת בויקטוריה שבאוסטרליה, שבה חובת הגילוי על זהות התורם הוחלה בשלב מסוים גם רטרואקטיבית על תורמים שלא היו מודעים לכך בזמן התרומה. ראו Fiona Kelly et. al, *From Stranger to Family or Something in Between: Donor Linking in an Era of Retrospective Access to Anonymous Sperm Donor Records in Victoria, Australia*, 33 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 277 (2019). לעומת זאת בספרד, בבלגיה ובצרפת מוגנת האנונימיות של התרומה לחלוטין. ראו Guido Pennings, *Belgian Law on Medically Assisted Reproduction and the Disposition of Supernumerary Embryos and Gametes*, 14 EUR. J. HEALTH L. 251, 255 (2007). מתגבשות הצעות חקיקה הקוראות לשינוי המצב הקיים. ראו Oliver Hallich, *Sperm Donation and the Right to Privacy*, 23 NEW BIOETHICS 107, 109 (2017). כמו כן, ברוב מדינות ארצות הברית ברירת המחדל היא של תרומה אנונימית. עם זאת תיקון חדש לקוד האחיד בארצות הברית משנת 2017 מאפשר בכל זאת לשאול את התורם מראש אם יסכים לחשיפת זהותו בהגיע הוולד לבגרות. ראו Unif. Parentage Act §§ 901–905 (UNIF. LAW COMM'N (2017)). הסדרים נוספים הכוללים שני מסלולים, לפי בחירת התורם, קיימים גם בדנמרק (ראו Janne Rothmar-Herrmann, *Anonymity and Openness in Donor Conception: The New Danish Model*, 20 EUR. J. HEALTH L. 505 (2013)), וכן באיסלנד (ראו Hallich, שם, בעמ' 109). לדין בקנדה ולהבחנה בין הפרובינציות השונות ראו Vanessa Gruben & Angela Cameron, *Donor Anonymity in Canada: Assessing the Obstacles to Openness and Considering a Way Forward*, 54 ALBERTA L. REV. 665, 667–668 n. 11, 675 (2017).

13 ראו המחקרים המובאים להלן בה"ש 34 (המתארים את הוויכוח הנורמטיבי על זכות ההתחקות), ואת הדיון שם על השלכותיהם על הנושאים הנדונים במאמר הנוכחי.

א. התמיהה: כיצד ניתן להתנגד נחרצות להסכמים שוללי הורות ובזמנית לתמוך בתרומת הזרע מתורם אנונימי עבור אם יחידה?

בשנים האחרונות אני פותח את סדרת השיעורים שאני מלמד בקורס בידיני משפחה בנושא "מיהו הורה?" בהצגת התרחיש הזה: גבר ואישה מקיימים יחסי אישות מזדמנים ובעקבותיהם האישה הרה, הגבר מבהיר כי אינו מוכן להיות אב לילד ומפציר באישה לעבור תהליך של הפלה. האישה מסרבת, וחלף זאת היא מצהירה כי בכוונתה לגדל את הילד כאם יחידה. כהמשך לכך הם מתקשרים בהסכם שתכנון כדלקמן: הגבר מצהיר כי אינו רואה עצמו כאב ומתחייב שלא יתבע בעתיד הכרה במעמדו כהורה. הוא אף מוותר על כל טענה עתידית לאפטרופסות, להחזקה, לזמני שהות ולמעורבות בגידול הילד. מנגד, האישה מצהירה כי בכוונתה להיות אם יחידה עבור הילד, וכי יש לה הכישורים והאמצעים המאפשרים מימוש הצהרה זו. כמו כן האישה מתחייבת לא ליזום בעצמה, או באמצעות הילד שייוולד, הליך משפטי שמטרתו הצהרה שתכיר בגבר כאב, וכן לא לתבוע בעצמה או בשם הילד תביעות שונות הנובעות מהורותו של האב, כגון תביעות למזונות ילדים. האישה אף מתחייבת לפצות את הגבר בכל נזק שייגרם לו אם יופרו מחויבויותיה בהסכם, אם ביוזמתה, ואם ביוזמת הילד או צדדים שלישיים.

תגובת הסטודנטים בכל הכיתות בהן אני מלמד זהה: אסור למשפט ליתן תוקף משפטי להסכם שכזה, המשחרר את האב הביולוגי מאחריותו כלפי ילדו ומותיר את האם אחראית יחידה לילד, משום שההסכם פוגע בטובתם הכלכלית¹⁴ והרגשית¹⁵ של ילדים¹⁶ ומטיל על

14 לביסוס ההתנגדות על הפגיעה הכלכלית ראו למשל ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח (3) 837, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1994); ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח (3) 857 (1994); בע"מ 3984/15 פלונית נ' פלוני (נבו) 13.9.2016. כן ראו מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה הפרקליט לט 21 (1989); מאקרו – המרכז לכלכלה מדינית משפחות חד הוריות בישראל 15–11 (2017). לכתובה מחוץ לישראל ראו Marsha Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 HARV. L. REV. 835, 886–889, 892–895 (2000) (להלן: *Law Making* (Garrison)) (המתייחסת לדין בארצות הברית, באוסטרליה וכן באמנות בין-לאומיות). על העוני של ילדים למשפחות חד-הוריות כסיבה לשלילת תוקף הסכמים לשלילת הורות ראו גם – Yehezkel Margalit, *Artificial Insemination from Donor (AID)*, 21 B.U. J. SCI. & TECH. L. 69, 97–98 (2015). *From Status to Contract and Back Again?*

15 כך למשל יש הטוענים לחשיבותה של נוכחות שתי דמויות הוריות בחיי ילדים. ראו לדוגמה Paul R. Amato, *The Impact of Family Formation Change on the Cognitive, Social, and Emotional Wellbeing of the Next Generation*, 15 FUTURE OF CHILDREN 75 (2006); משרד המשפטים דו"ח הוועדה לבחינת חוק אימוץ ילדים החשמ"א – 1981 והליכי אימוץ ילדים בישראל – בראשות כב' השופט (בדימוס) יהושע גרוס 111–112 (2016) (להלן: *דוח גרוס*); קרול גיליגן "מהיכן אנו באים/ות ולאן אנו הולכים/ות? הרהורים על חייהן של נשים" המשפט טז 13, 19–25 (דנה פלג מתרגמת, 2011). להצגת הצורך של ילדים להכרת הוריהם כזכות ראו ע"א 5464/93, לעיל ה"ש 14, פס' 7–8 לפסק דינו של הנשיא שמגר. עוד ראו את הדיון המקיף שערך השופט שפירא בה"פ (מחוזי י-ם) 25340-04-11 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הבריאות (נבו) 6.6.2011; ס' 7 לאמנה; שמגר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 37–38, Garrison, *Law Making*, לעיל ה"ש 14.

16 ראו את סקירת המחקר אצל Marsha Garrison, *Is Consent Necessary – An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligation*, 52 UCLA L. REV. 815, 861–864 (2005). ליתרונות

הציבור את הנטל הכלכלי של גידולם, שהיה אמור להיות מוטל על שני ההורים.¹⁷ סוג נוסף של הנמקות מעגן את ההתנגדות למתן תוקף להסכמים הללו בביקורת מוסרית על אב המבקש להתנכר לילדיו.¹⁸ תגובתם של התלמידים משקפת את המשפט הנוהג כמעט בכל העולם המערבי,¹⁹ ובכלל ישראל,²⁰ שאינו מכיר בהסכמים שוללי הורות בנסיבות שהוזכרו ובשל הנימוקים שהוצגו.

- הגדילה אצל שני הורים ראו Timothy J. Biblarz & Judith Stacey, *How Does the Gender of Parents Matter?*, 72 J. MARRIAGE & FAM. 3, 15–17 (2010); Nanette Gartrell & Henny Bos, *US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*, 126 PEDIATRICS 28 (2010). אף ועדת גרוס שעסקה באימוץ התבססה על ממצאים אלה (ראו דוח גרוס, לעיל ה"ש 15, בעמ' 110–113). ברוח דברים אלו נוסח גם ס' 3 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981 (המאפשר אימוץ רק על ידי איש ואשה נשואים ולמעט החריגים הקבועים בו אינו מאפשר אימוץ על ידי הורים יחידים). אף תזכיר חוק אימוץ ילדים (תיקון מס'). (כשירות לאמץ והתאמת מאמצים לילד), התשע"ט–2019 שפורסם לאחרונה, אומנם מאפשר אימוץ בידי הורים יחידים, אך קבע כהמשך להמלצות עדיפות לאימוץ בידי בני זוג. ראו שם, בעמ' 13 (ס' 15 להצעת החוק שהוגשה במסגרת התזכיר). אולם השוו Susan Golombok & Shirlene Badger, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adulthood*, 25 HUMAN REPRODUCTION 150 (2010) (מדבריהן במחקר עולה כי כאשר מדובר בהורות יחידנית מלכתחילה לא ניתן לדבר על השפעות שליליות על חיי הילדים, במובחן מן המחקרים שעסקו בתוצאות השליליות של גדילה במשפחות חד-הוריות בגלל פרדה). לזיכרון המחקרי בנושא ראו גם להלן ה"ש 173.
- 17 ראו Peregood v. Cosmides, 663 So. 2d 665 (Fla. Dist. Ct. App. 1995), שם נקבע כי ההסכם שחרר את האב מחובתו לתמוך בילדו, ובכך אילץ את הילד להיות תלוי במדינה לעזרה ציבורית.
- 18 על המחויבות המוסרית של הורים לילדיהם ועל אי-היכולת לוותר עליה בהסכמה ראו Seana Valentine Shiffrin, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, 5 LEG 117, 141–144 (1999). ראו גם תמ"ש (משפחה חד') 44235-01-12 פלוגית נ' פלוגי, פס' 79 לפסק הדין (נבו) 23.7.2015; ע"א 5464/93, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר.
- 19 ראו בעניין זה את הסקירה ההשוואתית המופיעה אצל יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 872–868 (2012) (להלן: מרגלית "הורות משפטית בהסכמה"). כן ראו את הדוגמאות הללו מן הפסיקה בצפון אמריקה: Estes v. Albers, 504 N.W.2d 607 (S.D. 1993); Straub v. B.M.T. by Todd, 645 N.E.2d 597 (Ind. 1994); Bassett v. Saunders, 835 So. 2d 1198 (Fla. Dist. Ct. App. 2002). כן ראו Johnson-Steeves v. T.F. v. B.L., 813 N.E.2d 1244 (Mass. 2004); Lee, [1997] 203 A.R. 192, para. 53–54 (QB) (Alta. Can.) על פי מיטב ידיעתי, מקרב מערכות המשפט המערביות המערכת היחידה המכירה בהסכם לשלילת הורות של ילד שנולד מקיום יחסי מין – ואף זאת באופן עקיף, מוגבל ומפותל – קיימת בקוויבק. ראו Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 538.2 (Can.) לדין בסעיף ודין בקוויבק ככלל ראו Angela Campbell, *Conceiving Parents through Law*, 21 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 242 (2007). עוד ראו בהקשר זה את ההסדר החוקי שהתקבל באונטריו – שלפיו אב לילד מיחסי מין יכול שייחשב תורם, ובלבד שההסכם בנושא נערך עוד לפני קיום יחסי המין: All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), 2016, S.O. 2016, c. 23 (Can.) M.R.R. v J.M., 2017 ONSC 2655 (Can.); Robert Leckey, *One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act*, 2016, 33 INT'L J.L. POL'Y & FAM. 298 (2019). על פי הדין באונטריו מקרה של ילד שנולד מיחסי מין, כאשר הוסכם מראש שהגבר לא ישמש אב אלא תורם יסווג כתורמה ידועה ולא

העמדה החד-משמעית של המשפט הישראלי והמערכי כלפי הסכמים שוללי אחריות הורית הופכת להיות פחות מובנת מאליה כאשר נכנסת לתמונה עמדת המשפט הישראלי כלפי תרומות זרע אנונימיות בכלל, ובנסיבות של תרומות זרע עבור אימהות יחידניות בפרט. במדינות רבות בעולם המערבי קיימת חקיקה המסדירה את פרוצדורת תרומת הזרע של תורם שאינו מתכוון לשמש אב. במרבית המדינות, אף כי לא בכלן, תרומת זרע כזו אפשרית הן עבור בני זוג ממין שונה והן עבור בנות זוג מאותו המין;²¹ בשנים האחרונות זו גם המגמה הדומיננטית עבור אימהות יחידניות.²² ברוב הגדול של המקרים נקבע בחקיקה

כהסכם לשלילת הורות. במונחי מאמר זה מדובר במקרה המסווג כמצב השלישי, דהיינו תרומה מתורם ידוע ולא הסכם לשלילת הורות.

20 ראו תמ"ש (משפחה חד') 44235-01-12, לעיל ה"ש 18, פס' 76, 79, 81 לפסק הדין. כן ראו ע"א 5464/93, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בע"מ 3984/15, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק דינו של השופט מזוז. לשלילת האפשרות של אם לוותר על האפטרופסות על ידיה בהתקשרות חוזית, ראו עמ"ש (מחוזי ים) 23883-05-10 **פלונית נ' אלמוני** (נבו 30.1.2011).

21 לסקירה הממוקדת במדינות שונות בארצות הברית ראו Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 YALE L.J. 2260, 2296, 2367–2369 (2017); Kristen Joy Downey, *You Are Not the Father! – Parental Liabilities and Rights of Sperm Donors in Tennessee*, 47 U. MEM. L. REV. 597 (2016), Margalit; לעיל ה"ש 14. לסקירה הממוקדת במדינות האיחוד האירופי ראו Francesco Paolo Busardò et al., *The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members*, 2014 J. BIOMED. & BIOTECH. 1. לביקורת על המצב המשפטי העמוס בקנדה בנושאים הללו בשל מתח בין הוראות פדרליות למדינתיות ראו Gruben & Cameron, לעיל ה"ש 12, בעמ' 668, 675. לתיאור המצב באונטריו בעקבות חקיקה חדשה ראו Leckey, לעיל ה"ש 19. לסקירה השוואתית ראו צדוק, לעיל ה"ש 12.

22 כך למשל בשוודיה שונה החוק ב-2016 והוא מאפשר כיום תרומת זרע גם עבור אם יחידנית. ראו *Votering: betänkande 2015/16: SoU3 Assisterad befruktning för ensamstående kvinnor*, förslagspunkt 1, SVERIGES RIKSDAG, (Jan. 13, 2016) (Swed.), <http://bit.ly/3hMVq5K>. אף בהולנד החוק מאפשר תרומת זרע עבור אם יחידנית מבלי לקבוע תנאים מגבילים שאינם נדרשים ממי שמצויה בזוגיות. ראו Heleen Weyers, *Mandatory Sperm Donor Registration: Instrumental, Symbolic or Somewhere in Between: A Comparison of Laws*, 3 EUR. J. COMP. L. & HUMAN FERTILISATION AND GOVERNANCE 24, 30–31 (2016). אף באנגליה חל שינוי בחוק. ראו *Embryology Act 2008*, c. 22 §14(1), 14(2) (Eng.) "A woman shall not be provided with treatment services... unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for supportive parenting, and of any other child who may be affected by the birth)" (ההדגשות הוספו – ש"ל). לעומת זאת, על פי הנוסח הישן האישור לטיפול חייב התייחסות לצורך של הילד באב. ראו *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, c. 37, § 13(5) (Eng.). לזיכרון בין אנשי המקצוע לאחר קבלת החוק ראו ERIN NELSON, LAW, POLICY AND REPRODUCTIVE AUTONOMY 275 (2013). לדרך ההתמודדות של סוכנויות קליניות עם הצורך לבדוק את איכות ההורות במקרה של אם יחידנית ראו Natalie Gamble, *Considering the Need for a Father: The Role of Clinicians in Safeguarding Family Values in UK Fertility Treatment*, 19 REPRODUCTIVE BIOMED. ONLINE 15, 17 (2009); Gordana Kovaček Stanić & Sandra Samardžić: *Assisted Reproductive Technologies: New Family Forms and Welfare of Offspring in Comparative Family Law*, in FAMILY LAW AND FAMILY REALITIES 235 (Carol Rogerson et al. eds., 2019) כאמור, בארצות הברית במרבית המדינות תרומה תאפשר הן עבור נשים נשואות והן עבור נשים

כי תורם הזרע לא יהיה אב מן הבחינה המשפטית.²³ כמו כן בחלק מן המדינות הללו, אף כי לא בכולן, נקבעו כללים בדבר האיסור/האפשרות או יצירת ההכרח לאפשר לילדים שנולדו מן התרומה לקבל מידע על זהות התורם שעד כה היה אנונימי, עם הגיעם לגיל 18 ולעיתים גם בגיל מוקדם יותר.²⁴ לעומת זאת, פרוצדורה של שימוש בזרע לצורך הפריה והכללים בדבר קביעת ההורות בעקבות הפרוצדורה טרם הוסדרו בידי המחוקק הישראלי.

המציאות לא המתונה למחוקק, ובפועל – בגיבוי חלקי של חקיקת משנה, נהלים והנחיות שהוצאו מטעם משרד הבריאות²⁵ – התפתחו בישראל שני מסלולים מרכזיים בעניין תרומות זרע: המסלול הראשון עוסק במי שמבקש להפרות ביצית של אישה שעומה הוא מבקש להוליד ילד משותף, אף אם אינו מקיים עימה קשר זוגי, מתוך כוונה להיות אב לכל דבר (**מסלול האב המיועד**); המסלול השני, שהוא החשוב לעניינו, עוסק בתרומת זרע מאת תורם אנונימי התורם את זרעו דרך בנק זרע עבור אם יחידה, או אם המצויה בזוגיות, מתוך הכנה שהוא לא יהיה לאב ושלמעשה גם אם לא להלכה, הוא לא יישא בזכויות, בחובות ובאחריות המוטלות ברגיל על אבות (במונחי מאמר זה: **מסלול התורם האנונימי או התרומה האנונימית**).²⁶ בתי המשפט בישראל הביעו מפעם לפעם אי-נחת מכך שנושא תרומות הזרע בכלל והמסלול האנונימי בפרט לא הוסדרו בחקיקה,²⁷ ובמקרים מסוימים הם אף פסלו תקנות ספציפיות העוסקות בתרומות זרע בשל טענות של חוסר סמכות, דוקטרינת ההסדרים הראשוניים²⁸ או פגיעה בזכויות.²⁹ עם זאת, חרף מורת הרוח מהיעדרה של

יחידניות, אך עדיין קיימות מדינות רבות שבהן תרומת זרע תותר רק עבור נשים נשואות. ראו Downey (לעיל ה"ש 21), המונה בה"ש 92 מדינות שבהן החוקים העוסקים בתרומת זרע מוגבלים לנשים נשואות. ראו לדוגמה בארצות הברית את הפרק החמישי של Uniform Parentage Act (לעיל ה"ש 12), הקובע במפורש כי התורם לא ייחשב להורה. זהו המצב במרבית מדינות ארצות הברית (ראו Downey, לעיל ה"ש 21).

24 ראו לעיל ה"ש 12.

25 ראו תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987; תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979; חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007). כן ראו עדי ענבר סוגיות מרכזיות בפעילות בנקי זרע בישראל ובמדינת ויקטוריה שבאוסטרליה 4-8 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2017).

26 לניתוח ההסדר הקיים לעת הזאת בישראל בנושא הפריית זרע ראו בג"ץ **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 7, פסק דינו של השופט הנדל. כן ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב' 223 (2005) (להלן: זפרן "משפחה בעידן הגנטי"); פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" **משפטים** י' 63, 76-77 (התש"ס) (להלן: שיפמן "קביעת אבהות").

27 ראו למשל ביקורתה של השופטת ברק-ארז בבג"ץ 4077/12 **פלוגית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274 (2013). אף בבג"ץ **התורם הידוע** (לעיל ה"ש 7), מתחו כל השופטים ביקורת על המצב החקיקתי הקיים.

28 לדיון מנהלי וחוקתי ראו להלן פרק ה.

29 בבג"ץ 5087/94 **זכרו נ' שר הבריאות** (נבו 17.7.1995), נקבעה בטלותן של תק' 11, 13 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), משום שההוראות מושא תקנות אלו מקומן בחקיקה ראשית ולא בתקנות שהותקנו מכוח חוק בריאות העם; בבג"ץ 998/96 **ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות** (לא פורסם, 11.2.1997) (להלן: עניין **ירוס-חקק**), על פי פסיקת בג"ץ שנתנה בהסכמת המדינה נקבע כי יש לצמצם את המגבלות הקיימות על תרומת הזרע בכלל ועל תרומת זרע עבור אימהות יחידות בפרט כפי שהם נקבעו בטרם הבג"ץ בכללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית. בהקשר דומה, בבג"ץ 2078/96 **ויץ נ' שר הבריאות** (לא פורסם, 18.2.1997) נקבע כי תק' 8(ב) לתקנות בריאות

הסדרה חקיקתית, עד היום אפשרו בתי המשפט את המשך קיומו של מסלול התורם האנונימי בכלל,³⁰ ואף עמדו על זמינותו עבור נתרמת שהיא אם יחידה בפרט, כאשר בעקבות דיון בבית המשפט העליון בוטלו פרוצדורות מגבילות ייחודיות שנקבעו למקרה זה.³¹

תמיכתו של המשפט הישראלי במסלול התרומות האנונימיות בכלל, וכאשר מדובר בנתרמת שהיא אם יחידה בפרט, מעוררת את השאלה מהו היחס שבין סלידתו מהסכמים שוללי מעמד הורי מאב גנטי של ילד שנולד מקיום יחסי מין מחד, לבין בניית מערכת של תרומות אנונימיות המאפשרת דה פקטו להגשים באמצעות התרומה את הניתוק המשפטי בין האב הגנטי לילד שנולד בעקבות התרומה, ושצפוי לגדול בתא משפחתי חד-הורי מאידך. ודוק, על פי אפשרות אחת, הקושי בהסכמים שבהם מוותר אב גנטי על אחריותו ותפקידו כהורה הוא בפגיעה בטובת הילד ובזכויותיו או בציבור, בשל ניתוק המחויבות הכלכלית והרגשית של האב כלפי הילד והותרת הילד באחריות בלעדית של האם היחידה.³² אולם, אם מה שמגונה היא התוצאה של ניתוק הקשר והאחריות הכלכלית והרגשית של האב לילדו, כיצד ייתכן שהמשפט הישראלי והמערכי מאפשרים תוצאה מעשית זהה באמצעות המכניזם של תרומת זרע אנונימית בכלל ושל תרומת זרע אנונימית עבור אם יחידנית בפרט?³³ יתרה מזו, מנקודת המבט של טובת הילד בסיטואציה של התרומה האנונימית מתהווה איום נוסף על טובת הילד, לנוכח הניתוק של הילד משורשיו הגנטיים.³⁴ הקושי

העם (הפריה חוץ גופנית), שדרשה מאם מיועדת יחידה לעבור בדיקת מסוגלות כלכלית ואישית כתנאי לאישור הפריה, בוטלה. עוד ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 7172/08 פלונית נ' שר הבריאות (נבו 12.8.2008). פסק דין זה עסק באדם נשוי ובאישה רווקה שביקשו להוליד יחדיו באמצעות הפריה במסלול של הורה מיועד. נקבע שתקנות 1, 5 לתקנות בריאות העם, שמהן עולה שרווקה אינה זכאית לקבל טיפול הפריה במסלול האב המיועד אלא רק במסלול התורם האנונימי אינן תקפות. ערעור על פסק הדין נמחק בהסכמה ועימו ערעורים על פסקי דין נוספים שעסקו בסוגיה לנוכח הקמת ועדה להסדרת הנושא. להותרת השאלה העקרונית בדבר תוקף התקנות בצריך עיון ולמתן סעד אופרטיבי המאפשר בפועל לרווקה ולאדם נשוי לקבל טיפולי הפריה מבנק זרע למרות לשונן של התקנות הנ"ל ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, פ"מ התשס"ד(1) 625 (2005). לתמיכה אקדמית בטענה שההסדרה הקיימת בחקיקת משנה אינה תקפה ראו שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 26.

30 ראו בג"ץ התורם הידוע, לעיל ה"ש 7.

31 ראו עניין ירוס-חקק ועניין ויץ, לעיל ה"ש 29.

32 ראו המקורות המצוינים לעיל בה"ש 14, העוסקים בתוצאות הכלכליות והרגשיות של גדילה במשפחה חד-הורית עבור ילדים. כן ראו לעיל ה"ש 17, הממוקדת בעומס שיוטל על הציבור.

33 לטענה כי יש לבסס את הגדרת ההורות על משפחה בת שני הורים ולהסתייגות ממתן אפשרות לתרומת זרע אנונימית עבור אם יחידנית המנתקת את הקשר בין התורם לילד, בין היתר בשל הפגיעה הכלכלית והרגשית הנגרמת לילדים במשפחות חד-הוריות, ראו למשל Garrison, Law Making, לעיל ה"ש 14. להתנגדות לפרקטיקה של תרומת זרע מאת אב לא מיועד במקרים של אימהות יחידניות מטעמים של טובת הילד, או למצער לבחינה מחודשת שלה, ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 19, בעמ' 871. כן ראו Margalit, לעיל ה"ש 14.

34 החששות הכלליים מפני ניתוק הילד משורשיו, שהופיעו בספרות המתנגדת להסכמים שוללי הורות (ראו לעיל ה"ש 15), מקבלים משקל נכבד בספרות העוסקת בתרומות זרע. נושא זה שב ומתעורר בוויכוח אם לאפשר או לכפות את מתן האפשרות לילד שנולד מן התרומה להתחקות על אביו בהגיעו לבגרות. על כך ראו זפרן "סודות ושקרים", לעיל ה"ש 10. כן ראו Naomi Cahn, The New Kinship, 100 GEO. L.J. (2012) 367, הסבורה כי יש לחייב כל תורם לאפשר לילד הנתרם לדעת את זהותו עם הגיעו לגיל 18.

ביישוב בין המדיניות הפוסלת הסכמים שוללי הורות, לבין המדיניות המאפשרת תרומת זרע אנונימית מתעורר גם לפי החלופה הנוספת, שלפיה פסילתם של הסכמים שוללי הורות משקפת ביקורת מוסרית על האב הגנטי המתנער מאחריותו הטבעית לבנו. הלא אם התנערות כלכלית ורגשית מילד שהבאת לעולם היא עוולה מוסרית, עולה שוב השאלה כיצד המשפט הישראלי יוצר את התנאים המעשיים המאפשרים לאב ביולוגי להתנער מבנו באמצעות יצירת מכניזם של תרומת זרע אנונימית. יתרה מזו, כשאנו עוסקים בחשיבה דאונטולוגית, בשונה מחשיבה תוצאתנית, אנו נוטים בדרך כלל להחמיר בביקורת מוסרית על מי שפעל במכוון לעומת מי שפעל ברשלנות. כיצד ייתכן אפוא שאנו מגנים את האב ה"מתנער", המבקש להתנער מהורותו באמצעות הסכם לשלילת הורות, שכניסתו למצב הפוטנציאלי של ההורות נבעה לכל היותר מרשלנות או מחוסר זהירות, אך תומכים בתורם הזרע שבמודע היה חלק מפרוצדורה שתהפוך אותו לאב שאינו נושא באחריות לילדיו?³⁵ ודוק, על פי הגישה המקובלת במשפט הישראלי, הגדרת הורות היא ביולוגית, שבמקרה של גברים חופפת את הגדרה הגנטית, ובמקרה של נשים כוללת לצד ההגדרה הגנטית גם את

לביקורת ראו I. Glenn Cohen, *Response: Rethinking Sperm-Donor Anonymity: Of Changed Selves, Non-identity, and One-Night Stands*, 100 GEO. L.J. 431 (2012) הרגישות של תרומת זרע אנונימית ראו Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Informing Offspring of Their Conception by Gamete or Embryo Donation: A Committee Opinion*, 100 FERTILITY & STERILITY 45 (2013) כן ראו Hallich, לעיל ה"ש 12; Lucy Frith, *Gamete Donation and Anonymity the Ethical and Legal Debate*, 16 HUMAN REPRODUCTION 818 (2001). זכות הילד להתחקות על שורשיו היא שמונת בבסיס המגמה המודרנית במדינות דוגמת שוודיה וגרמניה למנוע תרומה אנונימית לחלוטין ולעמוד על זכות הילד משבגר להכיר את התורם. על כך ראו Decorte, לעיל ה"ש 12; Gruben & Cameron, לעיל ה"ש 12. לעמדת המשפט העברי ראו ירדנה קופ-יוסף ועמנואל נהון "זכות האדם להתחקות אחר שורשיו הגנטיים" **פרשת השבוע ברוח המשפט 477** (התשע"ח). לטענה שלפיה הטיעונים בדבר זכות ההתחקות על ההורה הגנטי – המצדיקים את הפרת האנונימיות של התורם בעת הגיע הילד לבגרות – רלוונטיים אף ביתר שאת בעת הילדות ראו Hallich, לעיל ה"ש 12. עם זאת, מסקנתו של Hallich אינה לאסור על פרקטיקת תרומת הזרע, אלא שיש לדרוש מכל התורמים לגלות את זהותם לילדים שייוולדו, כבר מגיל ילדות (ראו שם, בעמ' 112–116). במילים אחרות, בניגוד למצב המשפטי בישראל, המתיר תרומה אנונימית ואסור תרומה מתורם ידוע, Hallich מבקש להפוך את המצב על פיו, להתיר תרומה מתורם ידוע ולאסור תרומה אנונימית. לטענה כי מנקודת המבט של הילד עדיף הורה מוכר על פני תורם אנונימי ראו גם את פסקי דינו של השופט שפירא בה"פ (מחוזי י-ם) 25340-04-11, לעיל ה"ש 15. כן ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 3419/04, לעיל ה"ש 29. עוד ראו את הצהרת האספה הפרלמנטרית של מועצת אירופה (PACE) מ-2019, כי יש לוותר על אנונימיות בכל תרומות הזרע העתידיות במדינות החברות המועצה (להצהרה זו ראו Decorte, שם, בעמ' 145–146).

35 בהקשר מעט אחר ראו *In re: Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280, 292 (Ct. App. 1998) שם הצהיר בית המשפט כי מוליד מכוון הוא אחראי לא פחות מאשר מאורע מזדמן. כן ראו תמ"ש (משפחה חד') 44235-01-12, שם מציג השופט פפרני טיעון של קל וחומר, לפיו יש לחייב את התורם הידוע במזונות מקל וחומר למקרה של ילד שנולד ללא כוונה. השופט פפרני אינו מסביר מדוע הטיעון שלו אינו מצדיק גם איסור על תרומת זרע אנונימית. לביקורת על חסינות מוחלטת של תורמים ממחויבות כלפי ילדיהם ראו גם Shifrin, לעיל ה"ש 18.

האם היולדת.³⁶ חריגה מן ההגדרה הביולוגית דורשת הוראת חוק מפורשת דוגמת זו הקבועה בחוקים העוסקים באימוץ,³⁷ בהסכמי פונדקאות³⁸ ובתרומת ביציות.³⁹ על זה יש להוסיף מקרים שבהם הפסיקה מכירה בנסיבות מסוימות בהורות מכוח קשר זוגי להורה ביולוגי-גנטי המלווה בהסכמה להורות משותפת.⁴⁰ לעומת זאת המשפט הישראלי דחה עד היום בתוקף הגדרות משפטיות של הורות שאינן מבוססות על ההורות הביולוגית, כגון הורות פסיכולוגית, הורות תפקודית⁴¹ או הורות הסכמית-כוונתית,⁴² כאשר הן אינן מעוגנות בחקיקה קונקרטית.

36 ראו ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, פס' 36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1995) ("ילדו" של אדם הוא ילדו הטבעי, יוצא-ירכו. אין ילד 'חוקי' ובצדו ילד 'בלתי חוקי'"); תמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98 **פלוני (קטין) נ' אלמוני**, פ"מ התשס"א 97 (2001), שבו השופט סיוון קובעת שהמבחן לקביעת אבהות, בשונה מן המבחן לקביעת אימהות, הוא המבחן הגנטי. לנוכח המבחן הגנטי, בע"א 449/79 **סלמה נ' סלמה**, פ"ד לד(2) 779 (1980) (שעסק בתביעת מזונות כלפי בעלה של מי שהולידה באמצעות תרומת זרע), סירב בית המשפט העליון להכיר בבעלה של הנתרמת כאביו של הילד וחלף זאת חייב אותו במזונות בדרך עקיפה באמצעות קונסטרוקציית חזוית. ראו גם תמ"ש (משפחה י-ם) 10681/98 **פלונים נ' אלמוני** (נבו 19.9.2000), שבו סירב בית המשפט למשפחה לראות בבן זוגה של הנתרמת אב ובמקרה זה לנוכח הנסיבות הספציפיות אף נמנע בית המשפט מהשתתף חובת מזונות על בן הזוג מכוח קונסטרוקציית חזוית.

37 ראו ס' 16 לחוק אימוץ ילדים.

38 ס' 12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996. יש לשים לב שחוק ההסכמים דבק בדרישה שיסוד ביולוגי יתקיים לפחות באחד מן ההורים המיועדים.

39 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010. יש לשים לב שאומנם אף חוק זה חורג מן ההגדרה הגנטית, אך לפחות במקרה של אם יחידינית דבק בהגדרה הביולוגית, שכן הוא דורש שזו תהיה היולדת.

40 ראו בג"ץ 566/11 **ממט מגד נ' משרד הפנים**, פ"ד סו(3) 493 (2014), שבו הכיר בית המשפט העליון בצו ההורות הפסיקתי. כן ראו לאחרונה בע"מ 3518/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני** (נבו 3.2.2020), שבו נקבע כי צווי הורות מכוננים את ההורות אך אינם מכריזים עליה וכן קבע את אמות המידה אימתיות יוכרו צווי ההורות רטרואקטיבית. על החלטה זו הוגש דנ"א 1297/20 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שטרם נדון. במידה מסוימת זהו גם המצב בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (בנוגע למעמד בת זוגו של האב הביולוגי).

41 כך למשל, בספרות המחקר יש המבקשים להוסיף להגדרות הקיימות גם את ההגדרה התפקודית, שלפיה הורה הוא מי שמשמש בפועל כהורה. ראו למשל: Jill Handley Andersen, *The Functioning Father: A Unified Approach to Paternity Determination*, 30 J. FAM. L. 847 (1991). כן ראו פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" **עיוני משפט** כח 643, 657-661 (2005) (להלן: שיפמן "משפחה חדשה"); וזרן "משפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 238-241; איילת בלכר-פריגת ורפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" **משפטים** מ 5, 19-20 (2011). עוד ראו לאחרונה Courtney G. Joslin, *De Facto Parentage and the Modern Family*, 40 FAM. ADVOC. 31, 32-33 (2018); Douglas NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261 (2019). לביקורת על הגדרה זו ולהצבעה על הקשיים שהיא מעוררת ראו Robin Fretwell Wilson, *Relational Parents: When Adults Receive Rights in Children Because of Their Relationship with a Parent*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CHILDREN AND THE LAW 12-14 (James G. Dwyer ed., 2019). מכל מקום, הגדרה זו רלוונטית בעיקר במקרים שבהם סוגיית ההורות מתעוררת בדיעבד לאחר הולדת הילד כאשר המטפל בילד והאחראי לו אינו הורה ביולוגי או גנטי. היא רלוונטית פחות במקרים הנדונים במאמר זה, שבו הדיון בתוקף ההסכם נערך בטרם נולד הילד או כאשר הדיון הוא על מתן אפשרות מלכתחילה להשתמש בפרוצדורות מסוימות של הולדת ילדים. ראו על כך שיפמן "משפחה חדשה", שם, בעמ' 660.

אם כך, במקרה דנן, לנוכח המבחן הגנטי, ובהיעדר חריג הקבוע בחוק או בפסיקה, הן האב במקרה ההסכם לשלילת ההורות והן התורם האנונימי נחשבים הורים על פי המשפט הישראלי, ומשום כך יש לדחות את הניסיון של האבות בשני המקרים להתנער ממחויבותם ההורית.⁴³

ב. התורם הידוע: תורם או הורה מתכחש?

בטרם אנסה ליישב את המתח בין אי-ההכרה של המשפט המערבי והישראלי בהסכמי שלילת הורות לבין התמיכה של המשפט הישראלי ומרבית שיטות המשפט המערבי במנגנון התרומה האנונימית,⁴⁴ אבקש להוסיף לנושא מורכבות בהצגת ההתלבטות המשפטית כיצד לנהוג במצב השלישי שאותו כינינו מסלול התורם הידוע או ההסכם לתרומה ידועה. מחד, בדומה למקרה של ההסכם לשלילת הורות, מדובר בגבר ואישה שהסכימו כי ילד שייוולד מזרעו של הגבר ייחשב לילדה של האישה בלבד, ולגבר לא תהיה אפוא מחויבות כלפי הילד אך גם לא יהיו לו זכויות הוריות. מאידך, בניגוד למקרה של ההסכם לשלילת הורות, אין מדובר בהסכם שנערך בדיעבד לאחר שהאישה הרתה אלא בגבר שהסכים עוד בטרם נוצר הוולד, לסייע לאישה להרות בדרך כלל באמצעות הזרעה מלאכותית מבלי שהוא ייחשב לאב; בכך דומה המקרה של התורם הידוע למקרה של התורם האנונימי. עם זאת בניגוד לתורם האנונימי, שאינו מוכר לאם המיועדת (הנתרמת), מדובר בתורם שזהותו ידועה לאם, ולהפך. בכך דומה המקרה של התורם הידוע דווקא למקרה של ההסכם לשלילת הורות. הדמיון בין מקרה התורם הידוע להסכם לשלילת הורות מתחזק באותם מצבים שבהם הקשר בין התורם לנתרמת נוצר בהסדר פרטי ללא תיווך של בנק זרע, ובוודאי במקרים שבהם תהליך ההזרעה נעשה בהסדר פרטי בשיטת "עשה זאת בעצמך".

מעמד הביניים של התרומה מן התורם הידוע משתקף היטב ביחס הנורמטיבי אליה: בניגוד לעמדה הנחרצת של המשפט המערבי נגד הסכמים שוללי הורות,⁴⁵ לפחות עד לאחרונה, לא הייתה עמדתן של שיטות משפט שונות כלפי הסכמים העוסקים בתרומה מתורם ידוע ברורה די הצורך.⁴⁶

42 לדין נרחב בגישה זו ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט המתלווה אליה.

43 מעניין שבפסיקה מובאים דבריו של השופט חשין בדבר מרכזיות המבחן הגנטי (שהובאו בע"א 3077/90, לעיל ה"ש 36), כהצדקה לאימתן תוקף להסכמי תרומה ידועה. ראו דברי השופט פפרני בתמ"ש (משפחה חד') 44235-01-12, לעיל ה"ש 18, פס' 80. עם זאת השופט פפרני אינו מסביר מדוע הדברים הללו אינם רלוונטיים גם כלפי תורם אנונימי, הלא גם במקרה זה מדובר בלשונו של חשין "בילדו הטבעי וביוצא ירחו".

44 כאמור, לפחות בחלק מן המדינות המערביות האפשרות לתרומה האנונימית אינה מוחלטת והיא מלווה בדרישה למתן זכות התחקות בשלב כל שהוא בחיי הילד (ראו לעיל ה"ש 12).

45 ראו לעיל ה"ש 19.

46 סקירה של פסיקה מגוונת שהגיעה לתוצאות שונות בנושאים אלה בארצות הברית ראו, Alexa E. King, *Solomon Revisited: Assigning Parenthood in the Context of Collaborative Reproduction*, 5 UCLA WOMEN'S L.J. 329, 349-355 (1995); Martha M. Ertman, *What's Wrong With a Parenthood Market?: A New and Improved Theory of Commodification*, 82 N.C. L. REV. 1, Harvey L. Fiser & Paula K. Garrett, *It Takes Three, Baby: The Lack of* ch. 5 (2003). עוד ראו

בכמה מדינות, ולפחות על פי הפסיקה הדיונית זה גם המצב הקיים בישראל,⁴⁷ בדומה להסכם לשלילת הורות, הסכם לתרומה ידועה נפסל לחלוטין, ומנקודת המבט המשפטית התורם נחשב לאב לכל דבר. דהיינו: מחד הוא חשוף לתביעה בשם הילד למזונות, ומאידך הוא יכול לתבוע זכויות הורות שונות.⁴⁸ לעומת זאת, במדינות אחרות התורם הידוע אינו

Standard, Legal Definitions of Best Interest of the Child and the Right to Contract for Lesbian Potential Parents, 15 CARDOZO J.L. & GENDER 1 (2008). לסקירות מן השנים האחרונות ראו Deborah L. Forman, *Exploring the Boundaries of Families Created with Known Sperm Providers: Who's in and Who's Out?*, 19 U. PA. J.L. & SOC. CHANGE 41, 47–58 (2016) (לסקירה פרטנית של פסקי הדין שעסקו בתורם ידוע ואימהות יחדניות ראו שם, בעמ' 47–51). כן ראו Jennifer Nadraus, *Dodging the Donor Daddy Drama: Creating a Model Statute for Determining Parental Status of Known Sperm Donors*, 53 FAM. CT. REV. 180 (2015). הכותבים במסגרת כך מבקרים את אי-האחידות במצב המשפטי הקיים. לעמימות ששררה בעבר בנוגע לנושא בקנדה ראו למשל Cameron & Gruben, לעיל ה"ש 12, בעמ' 668. כן ראו את הביקורת אצל Fiona Kelly, *Equal Parents, Equal Children: Reforming Canada's Parentage Laws to Recognize the Completeness of Women-Led Families*, 64 U.N.B.L.J. 253 (2013). עם זאת, כפי שנראה בהמשך, חקיקה חדשה באונטריו ניסתה להפוך את הכללים לברורים יותר. לעמימות בנוגע למצב באנגליה ראו Leanne Smith, *Tangling the Web of Legal Parenthood: Legal Responses to the Use of Known Donors in Lesbian Parenting Arrangements*, 33 LEGAL STUD. 355 (2013).

47 ראו תמ"ש (משפחה חד') 44235-01-12, לעיל ה"ש 18. כן ראו פסק דינה של השופטת סיוון בתמ"ש (משפחה ת"א) 3521/98, לעיל ה"ש 36, שאומנם עסק במקרה שבו ההסכם הרשמי בין הצדדים היה במתכונת של אב מיועד, אך האב המיועד טען שמדובר בהסכם פיקטיבי, וההבנה האמיתית בין הצדדים הייתה שהוא יהיה תורם ידוע. בית המשפט פסק כי הסכם כזה – אף אם היה נחתם – היה חסר תוקף בדומה להסכם רגיל לשלילת הורות; תמ"ש (משפחה ק"ג) 40995-11-12, **פלונית נ' אלמוני** (נבו) 3.8.2015. במקרה זה בני הזוג פעלו פורמלית במסלול של אב מיועד, אך בית המשפט התרשם שהכוונה הייתה לסוג של תרומת זרע. על פי בית המשפט, הסדר כזה אינו אפשרי כדי לשלול לגמרי את ההורות, אך הוא יכול להיות שיקול בעת שנקבעת חלוקת הנטל בין ההורים, ובלבד שזכויות הקטין לא ייפגעו.

48 ראו לדוגמה C.M. v. C.C., 377 A.2d 821 (N.J. J. & D.R. Ct. 1977), שבו למרות הסכמת הצדדים המקורית הכיר בית המשפט באב כהורה; Kesler v. Weniger, 744 A.2d 794 (Pa. Super. Ct. 2000); *re Parentage of J.M.K.*, 119 P.3d 840 (Wash. 2005), שאף בו נדחה ההסכם בין תורם ידוע לתרומת המשפט ציין שגם אם הייתה מתקבלת טענת האב שכוונתם הייתה ליצור הסכם, לא יינתן לו תוקף; *In* (משפחה) 355–349, בעמ' 46, לעיל ה"ש 46, **שבהם** היא ולפיו לא יוכר התורם כאב. לטענה כי העמדה הדוחה את תוקף ההסכם במקרה של תורם ידוע היא העמדה הרווחת במרבית מדינות ארצות הברית, ראו King, לעיל ה"ש 19, בעמ' 46, לעיל ה"ש 46, **שבהם** היא מצביעה על פסקי דין ספורים שהם חריגים למגמה הכללית הזו). בעבר זו הייתה הגישה גם בקנדה ראו עניין Johnson-Steeves, לעיל ה"ש 19, שם הילד נוצר מתרומת זרע אנונימית דרך קיום יחסי מין, אך השופטת בפסק דין זה קובעת שהחלטתה אינה קשורה לדרך שבה הילד נוצר, והיא הייתה מגיעה למסקנה וזהו אם היו משתמשים בהפריה חוץ-גופית. כן ראו Caufield v. Wong, 2007 ABQB 732, 162 ACWS (3d) 973 (Can.). עם זאת דומה כי הדין בקנדה השתנה, ולפחות בחלק מן הפרובינציות תרומה ידועה מנתקת את הזיקה המשפטית בין התורם לילד, ואפילו קיום יחסי מין לא תמיד ימנע את הסיווג המוסכם של הפעולה כתרומה (ראו ה"ש 52 להלן). באוסטרליה קיימת מורכבות פרשנית הנובעת מכך שנושא ההורות מוסדר הן בחקיקה מדינתית והן בחקיקה פדרלית. עם זאת, מפסק דין שניתן לאחרונה עולה כי ההגדרה הביולוגית-גנטית של ההורות תוליך לכך שתורם ידוע יוגדר כאב מן הבחינה המשפטית. ראו Masson v. Parsons & Ors, [2019] HCA 21, p.26.

נחשב לאב.⁴⁹ עם זאת, גם במדינות שבהן מוכרת האפשרות לתרומה ידועה קיימים הבדלי גישות באשר למצבים שבהם התורם מבקש לחזור בו מן ההסכם המקורי ולהיות אב מתפקד. בחלק מן המדינות חזרה כזו אינה אפשרית והתורם לא יוכל להפוך לאב, ואילו במדינות אחרות הוכרו תורמים שביקשו להפוך להורים כהורים, או למצער קיבלו זכויות הוריות מסוימות למרות התנגדות האימהות.⁵⁰ עוד אציין כי בחלק משיטות המשפט

49 כך למשל *Ferguson v. McKiernan*, 940 A.2d 1236, 1239 (Pa. 2007), שעסק בהסכם פרטי לקבלת תרומת זרע מתורם מוכר, ולפיו לא יוגדר התורם כאב ולא יישא באחריות הורית. הערכאות הנמוכות סברו, כמו גם שופט המיעוט בבית המשפט העליון של פנסילבניה, כי מדובר בהסכם לשלילת הורות שאין לאוכפו. לעומת זאת בית המשפט העליון של פנסילבניה הכיר בדעת רוב בהסכם ופטר את האב ממוזנות והדגיש שהוא גם לא יהיה זכאי לזכויות הוריות. לתמיכה בדעת הרוב ולהצעת הסדר חקיקתי שלפיו התורם לא ייחשב אב אלא אם יסכימו הצדדים במפורש ובכתב אחרת ראו *Nadraus*, לעיל ה"ש 46. לפסיקה דומה, המגיעה למסקנה כי התורם הידוע אינו נחשב הורה, ראו *L.O. v. S.J.*, 2006 QCCS, 2006 QCCS 361 (Can. Que.); *A. v. B, C & X*, 2007 QCCA 361 (Can. Que.); *M.R.R.*, לעיל ה"ש 19. אף החקיקה באונטריו קבעה כי הסכם בטרם ההליך המקבע את מעמדו של התורם כתורם יוכר בבית המשפט, והתורם לא יוכר כאב (ראו *Leckey*, לעיל ה"ש 19). לפתיחת הפתח להכרה בתורם ידוע כתורם שאינו אב בדנמרק ראו *Herrmann*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 509. אף בגרמניה חקיקה חדשה פתחה את הפתח להכרה בתורם ידוע כתורם שאינו אב. ראו *MÜNCHNER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH FAMILIENRECHT II* 173–175 (Franz Jürgen Säcker & Rolan Rixecker eds., 7th ed. 2017).

50 כך למשל ב-*Thomas S. v. Robin Y.*, 599 N.Y.S.2d 377 (Fam. Ct. 1993), אחת הפרשות המפורסמות שנדונו בארצות הברית, זוג לסביות התקשרו בהסכם עם תורם ידוע שלפיו יתרום זרע עבור אחת מהן אך לא ישמש הורה. במשך שלוש השנים הראשונות לא יצר התורם קשר, אולם לאחר שלוש שנים התעניינה הבת באביה הביולוגי, ולכן האימהות יצרו עימו קשר. התורם נפגש עם בתו כמה פעמים בהסכמת האימהות ובנוכחותן, אולם בשלב מסוים ביקש התורם לשמש אב. בית המשפט לענייני משפחה בניו יורק סירב לבקשתו וכיבד את ההסכם המקורי. השופט קבע שהתורם לא הביע שום עניין במימוש זכותו כאב על פי הקשר המוגבל שניהל עם בתו בשנותיה הראשונות. אולם פסק הדין נהפך בערעור בבית המשפט העליון בניו יורק. ראו *Thomas S. v. Robin Y.*, 209 A.D.2d 298 (App. Div. 1994). לדוגמה נוספת למקרה שבו בשל הקשרים שהתגבשו בין התורם לילד ביטל בית המשפט את ההסכם המקורי ראו *Tripp v. Hinckley*, 736 N.Y.S.2d 506, 507 (App. Div. 2002). עוד ראו *L.F. v. Breit*, 736 S.E.2d 711 (Va. 2013), שם על פי החוק הפורמלי בווירג'יניה לא היה מעמדו של התורם כאב, אולם בית המשפט התרשם שכוונת הצדדים הייתה אחרת ונתן תוקף לכוונה זו; *Jason P. v. Danielle S.*, 171 Cal. Rptr. 3d 789, 796–797 (Cal. Ct. App. 2014), שבו נתן בית המשפט תוקף להתנהגות מאוחרת של הצדדים ועל בסיסה הכיר בתורם כאב; *McIntyre v. Crouch*, 780 P.2d 239 (Or. Ct. App. 1989), שם נקבע כי הסכם פרטי המאפשר הותרת זכויות ראייה משמעותיות ביד האב הגנטי, שוללת את מעמדו כתורם, ובמקרים מסוימים יש להכיר בו כאב חוקי. לעומת זאת בפסק הדין הקנדי בעניין *L.O. v. S.J.*, לעיל ה"ש 49, אישר בית המשפט את ההסכם המקורי שהתייחס לאב הגנטי כתורם לבקשת בנות הזוג שגידלו את הילד גם כאשר ביקש האב הגנטי לחזור בו ואף יצר קשר עם הילד. לדוגמה נוספת של פסיקה בקנדה שנתנה תוקף לכוונה המקורית של הצדדים גם במקרים שבהם הביטוי הפורמלי שלה נערך בתקופת ההיריון וגם כאשר התורם ביקש לחזור בו מן ההסכם ולהיות מעורב בחיי הילד שנולד ראו עניין *L.O. v. S.J.*, שם. למקרה אחר, שבו הפסיקה הקנדית נתנה תוקף לכוונה המקורית בין הצדדים אף שמעולם לא נחתם בין הצדדים הסכם בכתב ראו עניין *M.R.R. v. J.M.*, לעיל ה"ש 19. בניגוד למקרים שהוזכרו לעיל, במקרים אחרים כאשר נוצר קשר בין התורם לבין הילד הגדירה הפסיקה את התורם כאב. ראו *Droit de la famille – 07527*, 2007 QCCA 362 (Can. Que.), שם דובר על תורם דרך קיום יחסי מין, כאשר

מסתמנת הבחנה בין תרומה בהליך ממוסד באמצעות בנק זרע לבין התקשרות פרטית. על פי גישות אלו, יש לייסד מסלול ציבורי של תרומה במרפאה מוסדרת מתורם ידוע, שבעקבותיה התורם לא יוגדר כאב מן הבחינה המשפטית, אך אין להכיר בהתקשרות פרטית בין נתרמת ותורם, שבמסגרתה הם מגדירים את האב הגנטי העתידי כתורם ופוטרים אותו מאחריות הורית.⁵¹ שיטות משפט אחרות אינן מתעקשות על ההיבט המוסדי כתנאי להכרה בהסכמת הצדדים, והן מסתפקות בחוזה כתוב בין הצדדים.⁵² בדומה למגמה המאפשרת ריכוך

בפועל דווקא בת הזוג המקורית של האם נפרדה ממנה ולא שמרה על קשר עם הילד, ואילו בעידוד האם החל התורם לשמור על קשר עם הילד. בית המשפט התעלם מהכוונה המקורית של הצדדים וקבע כי האב הגנטי ייחשב לאב. הנטייה להתייחס לתורם ששמר קשר עם הילד כאל אב מתחזקת במצבים שבהם מדובר באם יחידה. ראו עניין *Johnson-Steeves*, לעיל ה"ש 19. על פי *Kelly* (לעיל ה"ש 46), בקנדה ניתן לאתר הבדלי גישות בנושא. אם מעמד התורם מוסדר בחקיקה, תגבר נטיית בית המשפט לכבד את ההסכם המקורי גם כאשר התורם מבקש לתפקד כאב. לעומת זאת במצבים שבהם הנושא אינו מוסדר נוטים בתי המשפט לדבוק במבחן הביולוגי למרות הסכם נוגד. למתן זכות להסדרי ראייה לתורם ידוע שלא נחשב לאב באנגליה ראו *Re G; Re Z*, [2013] EWHC 134 (Fam).

51 לדרישה לפרוצדורה ציבורית ממוסדת באנגליה למן שנת 2008 ראו *Smith*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 374–373. משמולאה באנגליה הפרוצדורה בחוק התורם הגנטי, לא יוכר כאב משפטי, ואילו בת הזוג של האם הביולוגית, אם קיימת כזו, תוכר כאם בהסכמתה ובהסכמת האם הביולוגית. לעומת זאת כאשר הפריה מתורם ידוע נעשית שלא על פי הפרוצדורה הממוסדת שנקבעה בחוק התורם יוגדר כאב משפטי או למצער התורם חשוף לקביעה כזו. להסדר המורכב בהולנד בנושא ראו *Machteld Vonk, The Role of Formalised and Non-Formalised Intentions in Legal Parent-Child Relationships in Dutch Law*, 4 *UTRECHT L. REV.* 117, 131–132 (2008). לתמיכה בייסוד מסלול פורמלי של תורם המוכר לילד מלכתחילה ראו גם *Hallich*, לעיל ה"ש 12. כן ראו את הפרוצדורה שהייתה נהוגה בקליפורניה לצורך הכרה בהסכם התקשרות בין תורם ידוע לנתרמת המתוארת אצל *King*, לעיל ה"ש 48, בה"ש 90–92 ובטקסט המתייחס אליהן. על פי מאמר זה, החוק מיסד פרוצדורה המאפשרת לנתרמת ולתורם לא אנונימי להתקשר בהסכם לתרומת זרע המסיר את האחריות ההורית כלפי הילד מהתורם. אולם כאשר הצדדים המעורבים לא עקבו אחר הפרוצדורה ההסכם שלהם לא כובד. לטענה כי גם מדינות נוספות צריכות לאמץ פרוצדורה זו ראו גם *Ertman*, לעיל ה"ש 46. עוד ראו בהקשר זה את פסק הדין בעניין *Steven W. v. Martha Andra N.*, S033179, 1993 Cal. LEXIS 3846 (July 21, 1993). המדגים את התעקשותם של בתי המשפט בקליפורניה שהפרוצדורה הקבועה בחוק תתממש כתנאי לאי-הכרה בתורם כאב. למקרים נוספים שבהם הקפיד בית המשפט על קיום הדרישות הפורמליות הממוסדות ושלל מעמד של תורם כאשר דרישות אלה לא התממשו ראו *E.E. v. O.M.G.R.*, 20 A.3d 1171 (N.J. Super. Ct. 2011); *Bruce v. Boardwine*, 770 S.E.2d 774, 775 (Va. Ct. App. 2015); *Ch. Div.* (2011). ללא מעורבות רופא). לדרישה לפרוצדורה ממוסדת בגרמניה ראו לעיל ה"ש 49.

52 למפנה בקוד האחד בארצות הברית ולהשפעתו על מדינות שונות המסתפקות כיום בהסכם כתוב ואינן דורשות מרפאה ממוסדת ראו *Forman*, לעיל ה"ש 46 ובמקורות המצוינים שם בה"ש 15. עם זאת פורמן (שם, בה"ש 16) מצביעה גם על מדינות אחרות שבהן הדרישה למרפאה שקיבלה אישור ממוסד עוננה בתוקף. נוסף על זה, במרבית מדינות ארצות הברית לא תעניק הפריה ללא מעורבות רופא בשיטת עשה זאת בעצמך מעמד של תורם. לביקורת על כך ולהצעה לאפשר הכרה במעמד של תורם גם כאשר ההזרעה נעשית בהסדר פרטי ראו *Nadraus*, לעיל ה"ש 46. דרך נוספת למסד תרומה – נוסף על דרישת המרפאה, או במקומה – היא השימוש בטפסים מדינתיים. לדיון בדרך זו ראו *Forman*, שם. לגישת ביניים – שלפיה כאשר מדובר במרפאה ובדרך ממוסדת ברירת המחל היא של תורם ונדרש הסכם נוגד כדי להגדיר את התורם כאב אך כאשר מדובר במרפאה ובדרך לא ממוסדת ברירת המחל היא שהתורם יוגדר כאב אך ניתן להסכים בכתב אחרת – ראו את החוק הנוכחי של קליפורניה *CAL. FAM. CODE § 7613(a)(12)* (West 2015). לתיאור מפורט של הסדר בוויקטוריה שבאוסטרליה המעודד בחירת תורם

דרישות פורמליות בהקשרים משפטיים רבים, נמצאו גם פסקי דין שבהם חרף היעדרו של הסכם בכתב הסיק בית המשפט על כוונה לתרומה והגדיר את האב הביולוגי כתורם.⁵³ יתרה מזו, כחלק מן האופי הפרטי של הסכם התרומה בחלק מן הפרובינציות בקנדה למשל מתאפשר בנסיבות מסוימות להחשיב הורה גנטי שקיים יחסי מין עם אישה – מתוך רצון לסייע להולדה אך בלא אחריות הורית, כתורם שאינו נחשב לאב מן הבחינה המשפטית.⁵⁴ ומה באשר למיסוד פרוצדורה של תרומה ידועה בישראל? כבר הזכרתי כי במשפט הישראלי מוכרים על פי התקנות שני סוגים של הפריה: הפריה באמצעות אב מיעוד-ידוע המבקש לתפקד כאב, והפריה באמצעות תורם אנונימי שאינו מתכוון לשמש אב. אולם לאחרונה עסק בית המשפט העליון בבג"ץ **התורם הידוע**,⁵⁵ במקרה בו תורם ידוע שהגיע לכתחילה להסכמה עם הנתרמת שלפיה אינו מתכוון לקבל עליו אחריות הורית לילד שצפוי

מראש ראו *Finding a Donor*, VARTA (last visited, Jan. 6, 2020), <http://bit.ly/39as0dM>; ענבר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 34–35. לאפשרות באוסטרליה לקחת מתורם ידוע את מעמדו כאב באמצעות התקשרות הסכמית ראו Smith, לעיל ה"ש 46, בעמ' 358. עוד בנוגע למצב באוסטרליה ראו Federal Family Law Act 1975, §60H. לאינטראקציה המורכבת בין הדין הפדרלי לבין הדינים בפרובינציות השונות ולמסקנה שלפיה בסופו של תהליך בנות זוג המשתמשות בתורם ידוע חשופות לכך שהוא יוכר כאב על פי המבחן הגנטי ראו לאחרונה [2018] FamCAFC 115 Parsons and Anor & Masson, בספרות המחקר, ראו Polikoff (להלן ה"ש 64), המציגה תמיכה מוחלטת בהסדרים חוזיים בנושא, לרבות הסכמים שבהם התורם הידוע יוצא לחלוטין מן התמונה, כמו גם הסכמים המעניקים לתורם זכות להסדרי ראייה חלקיים עם הילד. כפי שראינו, גם בפסק הדין בעניין Ferguson, לעיל ה"ש 49, הביע בית המשפט עמדה חוזית פרטית שהכירה בהתקשרות פרטית לקביעת הורות. ראו גם Kelly, לעיל ה"ש 46, תומכת במתן אפשרות להתקשרות פורמלית שבמסגרתה מוגדר תורם זרע ידוע כתורם ונשללות ממנו הזכויות ההוריות.

- 53 ראו למשל באונטריו *M.R.R. v J.M.*, לעיל ה"ש 19, פסק דינה של השופטת Fryer.
- 54 ראו לדוגמה *L.B. & E.B. c G.N.*, 2011 QCCS 348, p.7 [L.B] (Can.). אומנם בפסק דין זה נדחתה הטענה שהאב הגנטי הוא תורם בלבד, אך בית המשפט הכיר באפשרות זו אשר מוכרת בחוק בקוויבק. כן ראו באונטריו עניין *M.R.R. v J.M.*, לעיל ה"ש 19. לחוק באונטריו ראו *All Families Are Equal Act* (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), S.O. 2016, c. 23 – Bill 28 (Can.). למאמר על החוק באונטריו ראו Leckey, לעיל ה"ש 19. לאפשרות להכיר בפרויקט הורי באוסטרליה וכפועל יוצא מכך לשלילת מעמדו של התורם הידוע כאב אפילו מדובר בקיום יחסי מין ראו Damian H. Adams, Shahid Ullah & Sheryl de Lacey, *Does the Removal of Anonymity Reduce Sperm Donors in Australia?*, 23 J.L. & MED. 1 (2016); Assisted Reproductive Treatment Act Artificial Conception Act 1985 (WA) sec. 6A (Austl.); 2008 (Austl.). אשר שימש בסיס להחלטת בעניין *W v. G.*, [1996] 20 Fam. L.R. 49 (Austl.). (שם נקבע שתורם ידוע אינו האב הביולוגי אלא אם היה נשוי לאם הביולוגית בעת מתן התרומה). עוד ראו את פסקי הדין *Re B & J.*, [1996] 21 Fam. L.R. 579 (Austl.); *Re Patrick*, [2002] 28 Fam. L.R. 186 (Austl.); שבהם נקבע כי תורם ידוע לא נחשב הורה ביולוגי. עם זאת עמדות אלה הן החרגי, ודומה כי במרבית המדינות קיום יחסי מין שולל את מעמדו של האב הביולוגי כתורם. ראו על כך למשל *Tripp v. Hinckley*, 736 N.Y.S.2d 506 (App. Div. 2002), שם קבע בית המשפט כי טובת הילד גוברת על ההסדר המקורי בין הצדדים, ולכן דחה את טענתה של האם שהאב הביולוגי הוא בגדר "תורם זרע", ואין לחרוג מההסכם בין הצדדים. כן ראו גם מקורות המצוינים אצל Forman, לעיל ה"ש 46, בה"ש 18, של מדינות בארצות הברית שבהן הליך רפואי, בשונה מקיום יחסי מין או אפילו הזרעה פרטית ללא מעורבות רופא, אינו נחשב לתרומה. לדין בהולנד, המאפשר בתנאים מסוימים הכרה במי שהיה עם אישה כתורם ראו Vonk, לעיל ה"ש 52.
- 55 ראו בג"ץ **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 7.

להיוולד, והדבר עוגן בהסכם משפטי בין הצדדים. לצורך הדיוק נציין שבמקרה הספציפי, שבו דן בית המשפט העליון, לא הודה התורם בכך שאין בכוונתו לקבל עליו אחריות הורית לילד, אולם משרד הבריאות, בגיבוי בית המשפט העליון, הסיק זאת הן מכך שדובר בתורם זרע "סדרתי" שהביא לעולם 35 ילדים מנשים שונות, והן מתוכן ההסכם בין התורם לנתרמת. בשל הנוסח הקיים של התקנות והנהלים סירב בית החולים לאפשר את התרומה מפני שחש שמדובר בניסיון ליצור "תרומה ידועה". הנתרמת הפוטנציאלית עתרה נגד סירוב בית החולים לאפשר את התרומה בשתי טענות מרכזיות: הטענה הראשונה הייתה כי התקנות המגבילות את אפשרות השימוש בהפריה מלאכותית מגבר ידוע ניתנו בחוסר סמכות; הטענה השנייה הייתה כי תקנות אלה פוגעות בזכותה להורות.

בית המשפט העליון דחה את הטענות הללו בתקיפות.⁵⁶ בית המשפט הסביר מדוע הפגיעה בזכות להורות הנובעת מאיסור על תרומת זרע מתורם אנונימי היא פגיעה פריפריאלית, שכן היא אינה פוגעת בעצם הזכות להביא ילד לעולם אלא לכל היותר בזכות להביא לעולם ילד עם אדם מסוים.⁵⁷ עוד קבע בית המשפט כי פגיעה זו ניתנת להצדקה אף אלמלא התקנות הקיימות, משיקולים של טובת הילד העתיד להיוולד, רווחת הציבור והגנה על מוסד ההורות.⁵⁸ באשר לשאלת הסמכות, בית המשפט הביע אי־נוחות מן העובדה שהסדרת ההולדה באמצעות הפריה מוסדרת בחקיקת משנה ועל פי הסמכה שאינה חד־משמעית. עם זאת בסופו של דבר הוא קבע שלפחות לעת הזאת התקנות עומדות תקפות. עם זאת השופטים הפצירו במחוקק לסיים את מלאכת החקיקה בנושא.⁵⁹

כאמור, לצורך פרשת התורם הידוע די היה במתן תוקף לתקנות הקיימות כדי לדחות את התביעה. עם זאת ההכרה בתוקפו החוקי של ההסדר הקיים שאינו מאפשר תרומה מתורם ידוע אין משמעה בהכרח כי לא ניתן להציע גם הסדר משפטי שונה המאפשר מסלול של תרומה מתורם ידוע. השאלה אם ראוי לייסד מסלול כזה היא בעלת חשיבות מעשית רבה בשל העיסוק המתחדש של רשויות החקיקה בנושא הן בוועדות חקיקה והן בתזכיר חוק בנקי הזרע שפורסם לא מכבר.⁶⁰ מאמירות בפסק הדין המדובר ניכר כי עמדת השופטים היא כי גם במישור הראוי הכרה בתרומת זרע של תורם ידוע אינה רצויה, אף כי הם לא רצו

56 ראו שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל ("מדובר במקרה המבקש לרוקן מתוכן את מוסד ההורות, באופן שחותר תחת תקנת הציבור וטובת הילד שטרם נולד, וזאת מבלי שנגרמת מן העבר השני פגיעה של ממש בליבתה של זכות כלשהי. על כן יצוין כבר בפתח הדברים כי דין העתירה להידחות").

57 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל. על ההבחנה בין הזכות הכללית להבאת ילד לבין הזכות להביא ילד מתורם ספציפי ראו בג"ץ 4077/12, לעיל ה"ש 27.

58 ראו את דבריו של השופט הנדל בבג"ץ התורם הידוע, לעיל ה"ש 7, פס' 8 ("למעשה מדובר באי־הורות או בהורות על־תנאי מצד העותר. האינטרס הציבורי וטובת הילד שיוולד אינם עולים בקנה אחד עם מודל הורות שכזה, כך בין אם הדבר נאסר על־פי דין ספציפי ובין אם על־פי דין כללי מכוח תקנת הציבור"). כן ראו שם, פסק דינה של השופטת ברון ("בנסיבות שנתבררו נראה כי אין בכוונת העותר לשמש כאב לילד או לילדה שיוולדו לעותרת, וטעמים של טובת הילד ותקנת הציבור אינם מאפשרים כי ישמש לעותרת כתורם זרע שאינו אנונימי").

59 שם, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל, פס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז, פסק הדין של השופטת ברון.

60 ראו משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדר חקיקתי של נושא הפריין והולדה בישראל 34–36 (2012) (להלן: דוח ועדת מור יוסף); תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז–2016.

להביע עמדה נחרצת בנושא.⁶¹ דומה שזו גם העמדה המסתמנת של המחוקק, שכן בדומה לתקנות הקיימות בעניין תרומות זרע, גם הנוסח הקיים של תזכיר חוק בנקי הזרע אינו כולל מיסוד מסלול של תרומה ידועה,⁶² וכמו כן, נכון לשעת כתיבת שורות אלו, אין אנו יודעים על יוזמת חקיקה המבקשת להסדיר מלכתחילה, או בדיעבד, התקשרות פרטית לתרומה ידועה.

הנה כי כן נראה כי השיח המשפטי הקיים מבחין בין שלושה מצבים:

(1) **הסכם בין הורים לשלילת הורות של אב גנטי של ילד שנולד או עומד להיוולד** מקיום יחסי מין – שאינו מוכר כהסכם בר־תוקף במרבית שיטות המשפט המוכרות, ובכלל זה – המשפט הישראלי.

(2) **תרומה זרע אנונימית** עבור זוג בכלל, ועבור אם יחידנית בפרט, המותרת כמעט בכל שיטות המשפט המערביות; אף כי בחלק מן המדינות קיימת מגבלה על האפשרות לתרומה עבור אם יחידנית, ובמדינות רבות תרומה כזו מלווה בזכות התחקות של הילד, משבגר, על התורם. בחלק גדול משיטות המשפט המערביות, כחלק מהסדרת התרומה מובהר כי התורם אינו נחשב הורה. זהו גם המצב הצפוי בישראל אם תתקבל הגרסה הקיימת של תזכיר הצעת חוק בנקי הזרע. לעומת זאת במצב המשפטי הקיים בישראל, בהיעדר חוק הקובע אחרת, התורם שהוא האב הגנטי-ביולוגי עודנו נחשב פורמלית-טכנית לאב, אך למעשה אין הוא מתפקד ככזה והמשפט מאפשר זאת.

(3) **תרומת זרע מתורם ידוע**, הן בתהליך ממוסד ומפוקח מצד הרשויות והן בתהליך של התקשרות פרטית. הליך כזה אינו מוכר בתקנות הקיימות בישראל, נפסל בבג"ץ התורם הידוע, והגרסה האחרונה שפורסמה של תזכיר הצעת חוק בנקי הזרע אינה מאפשרת אותו. בעולם המערבי, עד לאחרונה מרבית המדינות לא הכירו במסלול כזה. עם זאת היחס אליו אינו חד-משמעי כאל שני המקרים הקודמים, ובשנים האחרונות מתפתחת הכרה במסלול במדינות רבות, אך תנאי ההכרה, ובכלל זה ההבחנה בין המסלול הפרטי למסלול הממוסד ומשמעותה, אינם אחידים.

ג. כיוונים "פרטיים" לפתרון: יישוב הלגיטימציה של תרומת הזרע מן התורם האנונימי עם אי-ההכרה בהסכמים שוללי הורות והשלכותיהם על סוגיית התורם הידוע

בפרק זה אציע שלושה קווי מחשבה שמטרתם ליישב את הלגיטימציה של תרומת הזרע מן התורם האנונימי עם אי-ההכרה בהסכמים שוללי הורות. נבחן את השלכותיהם של כל אחד מכיווני החשיבה הללו על ההסדרה הראויה של מסלול התורם הידוע, כשכל אחד מהם

61 ראו את דבריו של השופט הנדל בבג"ץ התורם הידוע (שהובאו לעיל בה"ש 57, 59).

62 כך ס' 2 (סעיף ההגדרות) להצעת חוק בנקי הזרע, מגדיר "תורם" כמי שזהות הנתרמת אינה ידועה לו. סעיף 28 לנוסח הקיים של החוק, מאפשר לרופא לתת מידע כללי על מאפייניו האישיים של תורם הזרע, ובלבד שלא יהיה במידע זה כדי לגלות את זהות התורם.

דורש חריגה מן הגישה הביולוגית המגדירה את האב הגנטי כהורה המשפטי.⁶³ ועדיין, כפי שיובהר במהלך הדיון, חרף החריגה מן הגישה הביולוגית, כל צורות החשיבה שיוצגו בפרק זה מתוחמות לדיון בצדדים הקונקרטיים המעורבים ובאינטרסים הישירים שלהם, ובכך הם משקפים גישה פרטית להורות. בפרק הבא ארחיב את המבט אל מעבר לנקודת המבט הפרטית של הצדדים המעורבים ואציע מבט מוסדי ציבורי על ההורות בכלל ועל הסכמה לשלילת אבהות בפרט.

1. נקודת המבט החוזית: הצורך בהסכמה ביישוב הדעת

קו החשיבה הראשון שעשוי להצדיק את ההבחנה בין ההסכם לשלילת הורות לבין התמיכה בתרומה מן התורם האנונימי עשוי להתבסס על הגישה ההסכמית להורות או על הגישה המבססת את ההורות על הכוונה לתפקד כהורה. לעומת ההתנגדות של המשפט הישראלי להגדרה הסכמית של הורות, בספרות המחקר קיימת מגמה המבקשת להכיר בהגדרות נוספות של הורות, שהמרכזית שבהן לצורך הנסיבות והמקרים שבהם עוסק המאמר הנוכחי היא **ההורות ההסכמית**, או בגרסה דומה – זו המבוססת על הכוונה לתפקד כהורה (להלן נתייחס לשתי הגרסאות כ**מודל ההסכמי-כוונתי**).⁶⁴ על פי המודל ההסכמי-כוונתי, כחלק מן התפיסה הליברלית על המשפט להכיר ביכולת של אדם להחליט שברצונו לתרום זרע בלא לתפקד כאב, ובד בבד על המשפט לכבד את זכותן של נשים יחידניות לקבל עליהן את האחריות הבלעדית לגידול ילד במשפחה חד-הורית. לכאורה, גישה כזו הייתה אמורה לכבד גם הסכם לשלילת הורות שנערך לאחר שקוימו יחסי מין והאם הרתה, שכן גם במקרה זה

63 ראו להדגיש כי לפחות ברמה הרטורית המשפט הישראלי מביע מחויבות גבוהה להגדרה הביולוגית של ההורות, ובהיעדר הסכמה חוקית מפורשת הוא רואה בה את ברירת המחדל להגדרת ההורות (ראו לעיל ה"ש 36 והטקסט המתייחס אליהן). משום כך החריגה מהגישה הביולוגית וההתבססות על הגדרות חלופיות של הורות עלולה לעורר קושי מנקודת מבט פרויטיבית המבקשת להסביר את הדין הקיים על פי אמות המידה הנהוגות בו (וראו בהקשר זה להלן ה"ש 67–68). עם זאת ההסברים המובאים בחלק זה עשויים להוות בסיס לחקיקה עתידית, ואולי גם לפיתוח פסיקתי מעין-חקיקתי (וראו הפיתוח של צו ההורות הפסיקתי שבו עוסק פסק הדין בעניין **ממט מגד**, לעיל ה"ש 40). נוסף על זה, לנוכח הכישלון של הגישה הביולוגית להסביר את העמדה הקיימת של המשפט הישראלי, אין מנוס מהצורך לבחון שמא המשפט הישראלי הנוהג מהדהד, גם אם הוא מתקשה להכיר בכך, גם גישות נוספות לא ביולוגיות.

64 ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 19; יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** 1, 553, 576–580 (2012) (להלן: מרגלית "הורות הסכמית"); Marjorie Maguire Schultz, *Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality*, Wis. L. Rev. 297 (1990); Nancy D. Polikoff, *Breaking the Link between Biology and Parental Rights in Planned Lesbian Families: When Semen Donors are Not Fathers*, 2 Geo. J. Gen. & L. 57 (2000); Martha M. Ertman, *Love's Promises: How Formal and Informal Contracts Shape the Family*, ALL KINDS OF FAMILIES (2015) Margalit; לעיל ה"ש 14. עם זאת קיימים הבדלים בין הגישות המובאות בה"ש זו. מרגלית, ובמידה מסוימת הרטמן (Ertman), תומכים בפיקוח ציבורי הדוק על ההסכמים הפרטיים, לעומתם פוליקוף (Polikoff) ושולץ (Schultz) תומכים בחופש חוזים רחב יותר. לעמדה הקרובה לגישה החוזית הנובעת מתפיסות ליברליות המתנגדות להגבלה ציבורית של הזכות לפריין ולהורות, ראו John A. Robertson, *Children of Choice: Freedom and the New Reproductive Technologies* (1994).

האב המיועד אינו מתכוון לתפקד כהורה, ואילו האם נכונה לקבל עליה הורות יחידנית. ועדיין, ניתן לסבור כי הגישה ההסכמית עשויה להבחין בכל זאת בין המקרים. בסיטואציית התרומה האנונימית מדובר בהחלטה מושכלת ומודעת של שני ההורים הגנטיים להשתתף בתהליך של הולדת ילד שרק האם תקבל עליה אחריות הורית לו. לעומת זאת בסיטואציית ההסכם לשלילת הורות הצדדים לא תכננו מלכתחילה לתרום או לגדל את הילד במשפחה חד-הורית אלא "נקלעו לסיטואציה". בנסיבות אלה לא ניתן לקבל את החלטת האב להתנער מן ההורות והחלטת האם לקבל עליה הורות יחידנית כהחלטה מודעת ומושכלת.⁶⁵ הצדקה נוספת להבחנה עשויה להתבסס על פערי כוחות מגדריים ועל החשש שנשים יחידניות פגיעות יותר בזמן היריון או אחרי לידה ללחצים המשקפים פערי כוחות ושעשויים להוביל להסכמים שאינם משקפים את רצונן האמיתי.⁶⁶ לנוכח ההבחנות הללו בין החלטות שקדמו להליך ההפריה לבין הסכמים מאוחרים לו, על פי גישה זו, מתן תוקף להסכמה, או לכוונה לשלילת הורות, חייב להיות מוגבל לשלב שלפני יוזמת ההליך של הבאת ילד לעולם ולא ניתן לתת תוקף להסכמה כזו בדיעבד.

בהתייחס לדברים אלו, אינני כופר בכוח ההסבר של ההבחנה בין ההסכם לשלילת ההורות לתרומה האנונימית מנקודת המבט של הגישה ההסכמית-כוונתית, ובכל זאת, ברצוני להציג שתי הסתייגויות מדרך חשיבה זו, הן מנקודת המבט הדוחה את נקודת המבט ההסכמית להורות, והן מנקודת המבט המאמצת אותה.

ראשית אציין כי לפחות עד היום, למרות כמה "מובלעות" בעלות מאפיינים חוזיים, כגון הסכמי פונדקאות והסכמי תרומת ביצית,⁶⁷ מרבית שיטות המשפט, ובכללן המשפט הישראלי, דחו את ההגדרה החוזית של ההורות, הן כאמצעי מספיק או הכרחי ליצירת הורות משפטית והן, ביתר שאת, כאמצעי לשלילתה או להפסקתה.⁶⁸ משום כך שיטות משפט אלו

65 ראו ברוח דומה את הציטוט הזה מפסק דין באונטריו בעניין *M.R.R. v. J.M.*, לעיל ה"ש 19, פס' 164 לפסק הדין: "Decisions as to whether or not to be a parent to a child are far better reached in a dispassionate setting rather than in the emotional place following the conception and birth of the child". לחשיבות ההסכמה במקרים של הפריה מלאכותית, ראו גם עניין *L.B. & E.B. c G.N.*, לעיל ה"ש 54, פס' 64 לפסק הדין.

66 לחשש מפני השלכות של פערי כוחות מגדריים על הסכמים זוגיים ראו שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" **קריית המשפט** ד' 271, 286–295 (התשס"ד) (להלן: ליפשיץ "פערי כוחות מגדריים"); *Orit Gan, Contractual Duress and Relations of Power*, 36 HARV. J.L. & GEN. 171 (2013); רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח" **משפטים** מח 333, 342–344 (2019).

67 לטענה כי דוגמאות אלה משקפות אימוץ חלקי של הגישה ההסכמית להורות, ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 19. לתמיכה בהרחבת ההגדרה החוזית ראו המאמרים שצינו לעיל בה"ש 64. להתנגדות לכך ראו *Garrison, Law Making*, לעיל ה"ש 14; *Lifshitz, Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 8; בע"מ 1118/14 **פלוגית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים** (נבו 1.4.2015) (להלן: פרשת **מור יוסף**).

68 גישה חוזית מלאה להורות כוללת את הרכיבים האלה: (1) כניסה לקטגוריה משפטית של הורות מחייבת הסכמה של ההורה המיועד אף אם מדובר בהורה ביולוגי; (2) הסכמה להיות הורה יוצרת הורות גם ללא זיקה נוספת; (3) בני הזוג יכולים להסכים על שלילת ההורות של מי מבני הזוג. לפחות עד היום המשפט הישראלי דחה את כל הרכיבים הללו. אשר לרכיב הראשון ראו את עמדת המשפט הישראלי בדבר

לא יוכלו להתבסס על המבחן החוזי שהוצע כהסבר להבחנה בין הסכמים שוללי הורות לתרומת זרע, שכן הסכמת הצדדים שהאב הגנטי לא יתפקד כאב משפטי אינה מכריעה, לא לעניין ההסכם לשלילת ההורות ולא לעניין התרומה האנונימית. לעומת זאת, בעיני הדוגלים בגישה החוזית להורות הסכמת הצדדים הייתה אמורה לא רק להוליך למתן הלגיטימציה לתרומה האנונימית אלא גם לפתוח פתח להכרה בהסכם לשלילת ההורות. אכן, כפי שהסברתי, מנקודת המבט ההסכמית ניתן להצביע על כמה הבדלים בין הסיטואציות. ועדיין, אין מדובר בהבחנה נחרצת, שכן אם המשפט מכיר בתפיסה הסכמית של הורות, ובכלל זה הוא מכיר באפשרות להסכים שאב גנטי לא יתפקד כהורה כפי שמצביע המקרה של ההפריה אנונימית, היה אפשר להתמודד עם הקשיים החוזיים המאפיינים את סיטואציות ההסכם לויתור על ההורות באמצעות שימוש מרחיב בדוקטרינות חוזיות העוסקות בפערי כוחות ובלחצים שונים כמו עושה, הטעיה וכפייה. ייתכן גם שהיה אפשר לדרוש פיקוח על תהליך ההתקשרות דוגמת זה הקיים בעניין הסכמי ממון,⁶⁹ אך לא היה מקום לאסור הסכמים אלו איסור גורף.⁷⁰

אוסף ואומר שאף אם הגישה החוזית הייתה מצדיקה את ההבחנה בין ההסכם לשלילת הורות לבין התרומה האנונימית, היא אינה מסבירה את ההבחנה בין התרומה האנונימית לבין התרומה מהתורם הידוע, שכן גם במקרה של תורם ידוע מדובר בתורם ובאם מיועדים שתכננו את צעדיהם עוד בטרם נוצר ההיריון ולא במי שמגיבים בדיעבד לסיטואציה לא מתוכננת. לכן עקרונית על פי הגישה, אם ניתן להצדיק מסיבות חוזיות תרומה אנונימית שבמסגרתה מוסכם שאב גנטי לא יתפקד כאב משפטי, על אחת כמה וכמה שאין הצדקה לאיסור על מסלול של תרומה ידועה, ויש לתמוך במיסודו של מסלול כזה. יתרה מזו, בשל הדגשת הגישה את ההיבט הפרטי, הלא מוסדי של ההורות, אין להתעקש על תיווך של בנק זרע ממוסד בין התורם לבין הנתרמת, ויש להכיר בהתקשרות פרטית בין תורם ידוע לנתרמת שנערכה עוד בטרם יצירת הוולד.⁷¹

משום כך המבקשים להצדיק את העמדה המשתקפת בתקנות הקיימות והעולה מפסק הדין בפרשת התורם הידוע, כמו גם זו העולה מהצעת החוק הקיימת, המתירה את התרומה האנונימית אך אוסרת את ההסכם לשלילת ההורות ואת מיסוד ההליך של תרומה ידועה,

המקרים המכונים בעגה "גנבת זרע", להלן ה"ש 158. אשר לרכיב השני ראו את פרשת מור יוסף, לעיל ה"ש 67. לדחיית הרכיב השלישי ראו את הפסיקה המאוזנת לעיל בה"ש 14–20.

69 ראו ס' 1, 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973.
70 להצעת דיני חוזים משפחתיים המפגינים רגישות מיוחדת כלפי פערי כוחות ושיקולים רגשיים ייחודיים למשפחה ראו ליפשיץ "פערי כוחות מגדריים", לעיל ה"ש 66.

71 ואכן, רבים מהתומכים בהכרה במסלול התורם הידוע כתורם מתבססים על הגישה החוזית להורות. ראו בעניין זה Margalit, לעיל ה"ש 14; Elizabeth E. McDonald, *Sperm Donor or Thwarted Father? How Written Agreement Statutes are Changing the Way Courts Resolve Legal Parentage* Issues in Assisted Reproduction Cases, 47 FAM. CT. REV. 340 (2009). עם זאת, ייתכן שגם מנקודת המבט החוזית תיתכן הבחנה בין תרומה ידועה במסלול ממוסד המבטיח התקשרות מסודרת בהסכם מוקדם לאחר קבלת המידע הרלוונטי, לבין התקשרות פרטית בשיטת עשה זאת בעצמך שבעניינה מתעורר חשש שהצדדים אינם מודעים לחלוטין למשמעותה של ההתקשרות המוקדמת.

יידרשו להעניק הסבר נוסף מעבר להסבר שניתן על ידי הגישה החוזית, להבחנה בין המצבים המדוברים.

2. גישת טובת הילד וההבחנה בין הילד העתידי לילד הקיים

קו החשיבה השני שברצוני להציע כדי ליישב את התמיהה בדבר היחס הלא קוהרנטי לכאורה להסכמים שוללי הורות מחד ולתרומות זרע אנונימיות מאידך, בנוי על ההבחנה בין טובת ילד קיים לבין טובת ילד עתידי היפותטי. הסכמים שוללי הורות הם פסולים משום שהם פוגעים בטובתו של הילד הקונקרטי העומד להיוולד מקיום יחסי המין, וקל וחומר כאשר מדובר בילד שכבר נולד, בכך שהם מנתקים בינו לבין אביו ופוגעים בזכותו לתמיכה כלכלית ולקשר רגשי עם אביו. לעומת זאת תרומה אנונימית – הגם שהלכה למעשה תוליד לפגיעה הנטענת בילד בעקבות הסכם לשלילת הורות – מותרת, משום שטענות בדבר טובת ילד עתידי, שאם יתקבלו ימנעו את היוולדו של אותו הילד, אינן קבילות.

קו חשיבה זה שואב עומק פילוסופי משאלה עקרונית המכונה *Non-identity Problem* ומהסוגיה הנזיקית הידועה כ"הולדה בעוולה" שבמרכזן עומדת ההתחבטות כיצד יש להתייחס למעשה הגורם נזק לאדם שלא נולד, ושאלמלא אותו המעשה לא היה נולד.⁷² כך במחקר בעל השפעה טען פרופ' גלן כהן מאוניברסיטת הרווארד בהקשר של הרגולציה של פריזון,⁷³ כי למעט מקרים קיצוניים בחריגותם שבהם טוב לו לילד שלא נברא משנברא, שיקולי טובת הילד העתידי לא יוכלו להצדיק הגבלה של שימוש בטכניקות מסוימות של הולדה ככלל, או אפילו טכניקת הולדה ספציפית עבור הורים מיועדים ספציפיים. כך למשל, על פי כהן, כלל שיאסור שימוש בטכניקה מסוימת של הולדה מעל גיל מסוים משיקולי טובת הילד שלא נולד, ימנע מההורה הספציפי המבקש להשתמש בטכניקה להוליד, ומשכך – הילד המסוים לא ייוולד. משום כך לא ניתן למנוע הליך בשם טובת הילד העתידי, הליך שכאמור אם יימנע תסוכל הבאתו של הילד העתידי עצמו לעולם. יישום קו החשיבה שמציע כהן למקרה שלפניו,⁷⁴ יבהיר כי במקרה של ההסכם לשלילת ההורות היה הילד אמור

72 ראו DEREK PARFIT, REASONS AND PERSONS (1987). ראו עוד את קובץ המאמרים HARMING THE FUTURE PERSONS (David Wasserman & Melinda Roberts eds., 2009). כן ראו מאמרו של דוד הר "הזכות לא להיוולד בפגם? תגובה פילוסופית לעמוס שפירא" *דילמות באתיקה רפואית* 255 (רפאל כהן-אלמוג עורך, 2002); והשוו עמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" *דילמות באתיקה רפואית* 239 (רפאל כהן-אלמוג עורך, 2002). בשיח המשפטי בישראל, הבעיה התעוררה בעוצמה רבה בהקשר של ויכוח שהיה בדיני הנזיקין בנוגע לסוגיה הידועה כ"הולדה בעוולה". ראו על כך ע"א 518/82 *זייצוב נ' כץ*, פ"ד (2) 85 (1986); ע"א 1326/07 *המר נ' עמית* (נבו 28.5.2012); רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" *מחקרי משפט* כט 61 (2013).

73 ראו I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 423 (2011) (להלן: Cohen, *Regulating Reproduction*).

74 להדהוד הטענה השוללת רגולציה מטעמי טובת הילד כתמיכה למתן תוקף להסכם תרומה אנונימית ראו את פסק הדין של שופטי הרוב בפרשת *Ferguson*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1248.

להיוולד בין כה וכה,⁷⁵ ולכן ההסכם פוגע בטובת הילד שבדרך, שכן מחד אם יינתן להסכם תוקף ייוותר הילד כבן לאם חד-הורית ללא תמיכה כלכלית ורגשית מאביו, ומאידך ביטול הסכם שכזה לא יגרום לילד לא להיוולד משום שהאישה כבר הרתה.⁷⁶

שונים הם הדברים כשמדובר בתרומה האנונימית. אם תתאפשר פרוצדורה של תרומה אנונימית, יבוא הילד ה"נתרם" לעולם למשפחה חד-הורית, ולא יהיה לו קשר עם אביו, על כל המשמעויות השליליות הכלכליות, הרגשיות והזהותיות הנלוות לכך. אולם אם יאסור החוק על תרומה שכזו, התוצאה לא תהיה שהילד הספציפי ייחנה מקשר עם שני הוריו, אלא שהילד הספציפי, שנולד מהפריה אנונימית של תורם עבור אם יחידנית, לא ייוולד כלל. מאחר שחיים במשפחה חד-הורית, גם לדעת מי שמדגישים את המגרעות שבהם, הם ללא ספק חיים ששווה לחיותם, אי אפשר לאסור על תרומה אנונימית בשם טובתו של הילד העתידי.

קו החשיבה העקרוני שמציע כהן הוא חריף ומאתגר, ועם זאת ברצוני להציע כמה הסתייגויות הרלוונטיות הן לקו החשיבה העקרוני כבסיס לגישה משפטית ראויה והן כהצדקה או הסבר לדין הקיים.

הטיעון המבקש לערוך מעין חישוב אריתמטי השוקל את התועלת ליילוד שנולד מעצם קיומו אל מול הסבל הצפוי לו מתאים לדיני הנזיקין שבמרכזם יחסים פרטיים בין מעוול לנפגע. הטיעון מניח כי רק אם התועלת פחותה מהסבל ניתן לראות בהולדה עוול מוסרי שיש לפצות בגינו בדיני הנזיקין. ברם, ניתן לגרוס שבהקשר של ההולדה עצם האחריות של אדם על הבאת ילד לעולם, ובוודאי כאשר מדובר בהעמדת ילד במצב החושף אותו לסכנה ולסבל, מטילה דרישה לקבלת אחריות לילד, גם אם הילד הנקודתי "הרוויח" בחישוב האריתמטי מכך שנולד למרות הסבל.⁷⁷ מסיבה זו למשל סבורה הפילוסופית Seana Shiffrin (שיפריין) שניתן לשקול איסור גורף על תרומת זרע אנונימית, משום שהיא שוללת מן

75 לכאורה, המקרים שבהם ההסכם לשלילת הורות נערך בזמן שהאם בהיריון מהווים מצב ביניים, שכן ניתן לטעון במצבים מסוימים ששלילת ההורות של האב הגנטי היא כה חיונית לאם, עד שאלמלא ההסכם לא היה הילד בא לעולם.

76 אציין כי מנקודת המבט הפרטית הממוקדת בילד ובהורים הקונקרטיים, יש מקום לסברה כי מקרה שבו אב המבקש שלא להכיר בהורותו, שכן הוא אינו מעוניין בה (כלומר מבקש שלילת הורות, השקולה לתרומה מתורם ידוע), אך ההורות נכפית עליו בכל זאת, עלול להיות פוגעני מבחינת הילד שיחווה ניכור הורי מהחלופה של גידולו בידי אם יחידנית בלבד. לכן מנקודת המבט של טובת הילד ייתכן שבחינה פרטנית של המקרה עדיפה על פני מדיניות גורפת של פסילת ההסכמים הללו. בניגוד לכך, כפי שאסביר להלן מנקודת המבט הציבורית-מוסדית, עצם הלגיטימציה להתנערות של אדם ממי שהביא לעולם היא בעייתית גם אם במקרה הקונקרטי התנערות כזו עשויה לשקף את טובת הילד.

77 טיעונה של שיפריין (Shiffrin) בהקשר זה הוא חלק מתאוריה רחבה יותר המצדיקה ביקורת על מעשה שגרם סבל לאדם שלא היה נולד אלמלא המעשה, מנקודת מבט מוסרית הממוקדת באיסור על גרימת סבל, ללא הסכמת הסובל גם אם גרימת הסבל מלווה בתועלת מבחינת היילוד העתידי. על בסיס קו חשיבה זה ניתן להצדיק רגולציה של הולדה שמטרתה מניעת סבל או אתגרים לא סבירים לנולדים גם כאשר מדובר בחיים שראוי לחיותם (ראו Shiffrin, לעיל ה"ש 18). לביסוס הטענה שחשש מפני גרימת סבל לילדים עתידיים היא שיקול רלוונטי בעיצוב אתיקה ורגולציה של הולדה ראו, בין היתר, Hallvard Lillehammer, *Reproduction, Partiality, and the Non-identity Problem*, in HARMING FUTURE PERSONS (David Wasserman & Melinda Roberts eds., 2009).

הילדים העתידיים את התמיכה הכלכלית והרגשית של האב, אף שניתן להניח שאותם ילדים לא היו נולדים אלמלא התרומה. על פי שיפריין, לא ניתן לאפשר לאב אנונימי להביא להולדת ילדים לעולם מבלי שהוא נמצא שם עבורם ומקבל עליו אחריות לסבל שנגרם להם.⁷⁸

כפי שאסביר בפרק הבא, ביקורת זו עשויה לפתוח פתח לביקורת רחבה יותר על קווי החשיבה הפרטיים המבקשים לפתח רגולציה של הולדה המנותקת מן האתיקה של ההורות ומן האחריות הגלומה בה. זאת ועוד, ההתמקדות בשאלת הנזק או הרווח ליילוד הספציפי מחמיצה עניין נוסף. כאשר מדובר בתכנון מדיניות ציבורית רוחבית, עלינו לבחון אילו פעולות ישפרו רוחבית את איכות החיים של הדור הבא, ואילו פעולות יפגעו בה.⁷⁹ משכך, בהקשר של רגולציה של הולדה, כאשר הדיון הוא במדיניות רוחבית בנוגע לסוג מסוים של הפריה או שיטת הולדה, קו הבסיס להצדקת ההתערבות בשם טובתם של ילדים אינה בת-השוואה למקרים שבהם ילדים שלא נולדו, אלא לציבור הילדים הממוצע הרלוונטי. הרצון להגן על טובת הילד בהקשר זה אינו בא כ"תביעה ייצוגית" בשמו של הילד הנקודתי או בשמה של קבוצה מסוימת של ילדים, אלא כאחריות ציבורית רחבה כלפי העולם העתידי בכללותו. על פי קו חשיבה זה ניתן לגרוס כי אם אכן במרבית המקרים טובתם המובהקת של ילדים היא לקיים קשר עם שני הוריהם ולהיתמך על ידיהם, לא ראוי לעצב עולם שבו קבוצה גדולה של ילדים תחיה מלכתחילה במשפחה חד-הורית.⁸⁰ יתרה מזו, לעומת קו החשיבה הפרטי, הממוקד בהתמודדות עם מגבלות על הולדה המועלות בשם הילד שיוולד, הגבלות על הולדה בשל חששות לאיכות החיים של הילד שיוולד עשויות להיות מוצדקות על פי השיקול הציבורי, לפיו הנטל של התנערות ההורה הן במקרה של ההסכם שולל ההורות, והן במקרה של התרומה האנונימית עלול ליפול על הציבור בכללותו במקרים שבהם להורה

78 ראו Shiffrin, לעיל ה"ש 18, בעמ' 119–120. להתמודדות של כהן (Cohen) עם טיעוני שיפריין ראו I. Glenn Cohen, *Beyond Best Interests*, 96 MINN. L. REV. 1187, 1244–1260 (2012). הוויכוח בין כהן לשיפריין מורכב ועדין והמסגרת הנוכחית אינה המקום הראוי להיכנס לפרטי. אסתפק בהעלת הטענה של כהן שאם אכן גרימת תועלת אינה מתקזזת עם גרימת סבל, ומשום כך ניתן להצדיק רגולציה של הולדה מתוך רצון למנוע את הסבל ליילוד, אזי ניתן להתנגד לכל פרוצדורה של הפריה מלאכותית, שכן כמעט בכל מקרה של הולדה קיים ממד מסוים של סבל. כפי שאראה בהמשך, הבחנה אפשרית בין הטענות נגד הפריה אנונימית לבין מצבים אחרים שבהם הולדה באמצעות הפריה עלולה להוביל לסבל ליילוד קשורה לנכונות של התורם לקבל עליו ישירה או עקיפה לסבל שנגרם. לכך אשוב בהמשך הדברים (ראו פרק ד', חלק 2(3) להלן), שם אטען כי קבלת מחויבות הורית היא תנאי מוקדם להחלת הזכות להורות.

79 סוג חשיבה דומה מהדהד בהקדמת העורכים של HARMING FUTURE PERSONS, לעיל ה"ש 72.

80 לצורת חשיבה דומה ראו DEREK PARFIT, *REASONS AND PERSONS* 358–359 (rev. ed. 1987). כן ראו Dan W. Brock, *The Non-Identity Problem and Genetic Harms – The Case of Wrongful Handicaps*, 9 BIOETHICS 269 (1995). להתמודדות של כהן עם הטענות הללו ראו Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 73, בעמ' 474–504. המסגרת הנוכחית אינה מאפשרת לי להתייחס לכל ההסתעפויות של הטענות של פרפיט וברוק והמענה שנתן להם כהן. אסתפק בכך שאטען שכמדובר בטענה פרטית בשם ילד נקודתי, כהן משכנע בכך שהמעבר מיחיד לרבים אינו יכול להצדיק טענה למניעת הפריה בשם ילד שלא היה נולד אלמלא ההפריה. לעומת זאת לדעתי כשמדובר במדיניות ציבורית כוללת ובכלל זה עיצוב המרחב הציבורי של ההורות, אזי ניתן להבחין בין דיון ביחיד לבין דיון בקולקטיב. על כך ארחיב להלן בתת-פרק 2.ד(ב).

היחידני אין אמצעים מספיקים לתמוך בילד.⁸¹ במילים אחרות, כשמדובר בגישה פרטית הממוקדת בטענה של הילד העתידי, אזי בכל מקרה שבו טוב לו לילד הספציפי שיוולד משלא ייוולד טיעונו של כהן הוא בר-תוקף. לעומת זאת, כאשר מוקד הדיון הוא עיצובו של עולם עתידי בכללותו, ובכלל זה הנטלים הכלכליים שיוטלו על הנמצאים בו, אזי אמת המידה משתנה והשיקולים שעל הכף משתנים ומתרחבים, ולמעשה קיימת לגיטימציה לשקול שיקולים שאינם באים לידי ביטוי בהיבט הפרטי.

מכל מקום, תהא אשר תהא עמדתנו הפילוסופית בדבר *Non-identity Problem* ככלל, ובאשר ליישומה של בעיה זו בידי כהן בהקשר של הרגולציה בפרט, לפחות עד היום, ברמה הנורמטיבית מרבית שיטות המשפט,⁸² ובכללן המשפט הישראלי, דוחות את טיעונו זה והן נכונות לשלב שיקולים של טובת הילד העתידי בדיון על רגולציה של הולדה, אף כי במתכונת שונה מזו המקובלת בהקשרים אחרים שבהם מופעל מבחן טובת הילד.⁸³ משום כך שיטות משפט הנכונות להתחשב בשיקולי טובת ילד עתידי בהקשרים אחרים, לא יוכלו להסביר מדוע הן שוקלות שיקולים אלה כדי למנוע הסכמים שבהם ההורים מסכימים שאב גנטי לא ייחשב אב משפטי, אך מתעלמות משיקולים אלה בהקשר של תרומת הזרע האנונימית עבור אם יחידה. אוסיף ואומר שבעיני דחיית טיעונו של כהן במרבית שיטות המשפט וההתעקשות על הכללת שיקולי טובת הילד בכל הקשור ברגולציה של ההולדה, משקפות אינטואיציה עמוקה, שגם אם לא בוטאה עד היום באופן מספק, משקפת את אי-הנוחות של יישום חשיבה פרטית הממוקדת בילד ובהורים הנקודתיים כפריזמה בלעדית לעיסוק ברגולציה של ההולדה. בכך אשוב ואעסוק בהרחבה בפרק הבא.

ומה מסקנת ההבחנה בין טובת הילד הקיים לבין טובת הילד העתידי שלא היה נולד אלמלא התרומה באשר לתורם הידוע? אם הטיעון השולל התחשבות בטובת הילד העתידי כסיבה לאיסור על הפריה הוא טיעון תקף, הוא ניתן ליישום גם במקרה של התורם הידוע, שכן גם במקרה זה על פי החלופה האוסרת את התרומה מן התורם הידוע הילד הספציפי לא

81 ואכן בניגוד לדחייה המוחלטת של שיקולי טובת הילד, כהן נכון לקבל בצמצום נימוקים הממוקדים בהחצנה של עלויות על הציבור. ראו *Cohen Beyond Best Interests*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 1217–1240.

82 בכך מודה כמובן כהן שחלק ניכר ממאמרו עוסק בתיאור המצב הקיים שבו במגוון ארצות ואשר למגוון נושאים שיקולי טובת הילד מוצגים כשיקול מרכזי להגבלות על הולדה (ראו *Cohen, Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 73 בעמ' 445–447).

83 כך למשל בדוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 60, ס' 2.2, עמדתו של כהן לא התקבלה, ובמקומה אומצה בנוגע לילד שטרם בא לעולם הגישה של "סיכון גבוה לפגיעה משמעותית בילד". הוועדה מראה כי הגישה שאימצה היא המקובלת גם באירופה. למשל, בחברה האירופית לפיריון ואמבריולוגיה (שם, בעמ' 19). למקומם של שיקולי טובת הילד וטובת הציבור בהכרעות על רגולציה ראו גם Daniel Statman, *The Right to Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSPECTIVES 224 (2003). להצדקת הנכונות לשקול שיקולי טובת ילד ראו התפיסה המוצעת להלן בפרק ד. לדחיית ההבחנה בין טובת ילד שכבר נולד לטובת ילד שלא נולד ולטענה כי קיומו של אב ידוע היא זכות של הילד שטרם נולד ראו את חוות דעתו של השופט שפירא בה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (נבו 26.7.2006).

היה נולד.⁸⁴ בניגוד למסקנה זו, בישראל, הן על פי התקנות הקיימות והן על פי הגרסה הקיימת של תזכיר הצעת חוק בנקי הזרע, דינה של תרומת זרע מתורם ידוע כהסכם לשלילת הורות. יתרה מזאת, בפסק דין **התורם הידוע** התבטא השופט הנדל כי טובת הילד העתידי מצדיקה את האיסור על תרומה מתורם ידוע.⁸⁵ משום כך ברור שהשופט הנדל אינו מקבל את ההבחנה בין טובת הילד העתידי לבין טובת הילד הקונקרטי כהבחנה גורפת. לשיטתו של השופט הנדל, ההבחנה בין טובת הילד העתידי לטובת הילד הקונקרטי לא הייתה יכולה להצדיק אף את ההיתר במצב המשפטי הנוכחי לתרומה אנונימית למרות פגיעתה הפוטנציאלית בילד שאמור להיוולד. יתרה מזו, אם שיקולי טובת הילד העתידי מובאים בחשבון, ניתן לטעון שדווקא התרומה האנונימית פוגעת בטובתו ובזכויותיו יותר מהתרומה מן התורם המוכר, שכן בתרומה האנונימית לצד אובדן התמיכה הכלכלית והקשר הרגשי הילד גם מאבד את זכותו להיכרות עם שורשיו.⁸⁶ נדרשות אפוא נקודות מבט נוספות על זו הממוקדת בהבחנה בין טובת הילד הקיים לטובת הילד העתידי כדי להצדיק את ההבחנה בין התורם האנונימי להסכם לשלילת הורות, וכדי לברר את מיקומו של התורם הידוע בין השניים.

3. הזכות להורות כהצדקה לתרומה האנונימית

(א) הצגת הטיעון והשלכותיו

קו החשיבה השלישי, המבקש להבחין בין הסכמים לשלילת הורות לבין תרומות אנונימיות עבור אימהות יחידניות, ממוקד בזכות להורות של נשים יחידניות. קו חשיבה זה יונק מקו חשיבה רחב יותר, הרואה בזכות להורות את השיקול המרכזי בקביעת ההורות וברגולציה של ההולדה. כמעט בכל התרבויות המוכרות לנו הרצון להביא ילדים לעולם משקף צורך חיוני של בני אדם לאינטימיות, להמשכיות, לנתינה, למשמעות ולהקמת משפחה. בשל מאפיינים אלה הזכות להורות, הן במובן של הזכות להביא ילדים לעולם והן במובן של הזכות להיות מוכר כהורה מן הבחינה המשפטית, ובכלל זה הזכות לגדל את ילדך, מוכרת בישראל כזכות יסודית הנובעת מכבוד האדם, מאוטונומיה הרצון שלו, מהזכות לפרטיות ומהזכות לחיי משפחה.⁸⁷ על פי הדעה הרווחת מדובר לא רק בזכות שלילית הפועלת נגד מי

84 ואכן בפסק הדין בעניין *Ferguson*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1248, שעסק בהסכם "פרטי" לתרומת זרע אנונימית מתורם ידוע, דחה בית המשפט טענה לא־יתקפות ההסכם מטעמי טובת הילד, בין היתר בשל הטענה שאלמלא ההסכם לא היה הילד נולד.

85 ראו בג"ץ **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל; לטענה הפוכה ולפיה בשל שיקולי טובת הילד העתידי יש לאסור תרומה אנונימית ולחייב תרומה מתורם מוכר ראו Hallich, לעיל ה"ש 12.

86 ראו בהקשר מעט שונה Shiffrin, לעיל ה"ש 18.

87 על הזכות להורות ויישומיה בעידן של הפריה מלאכותית, ראו ROBERTSON, לעיל ה"ש 64. בחיבור בעל השפעה העמיד רוברסטון את הזכות להולדה במרכז ההסדרה של דיני ההפריה המלאכותית, ועל כן הוא תומך בצמצום למינימום של ההגבלות האפשריות על השימוש בטכניקות של הולדה בכלל ומסיבות של טובת הילד בפרט. על פי רוברסטון (שם בעמ' 30): "because of the centrality of reproduction to Personal identity, meaning, and dignity [...] the liberty to procreate [is] an important moral right". לגישה שונה, המכירה בזכות להורות אך מעניקה משקל גדול יותר לשיקולים ציבוריים

שמבקש למנוע מאדם להפוך להורה, אלא גם זכות חיובית המטילה על המדינה את החובה לסייע לאדם החפץ בכך להפוך להורה;⁸⁸ כדוגמה לכך, שלילת סיוע להורות מקבוצה מסוימת באוכלוסייה, כגון אימהות חד-הוריות או בני זוג מאותו מין,⁸⁹ או אפילו מניעת

המאפשרים פיקוח על הולדה, ראו Statman, לעיל ה"ש 83. סטטמן מכיר בכך שחלק מן ההגבלות הציבוריות היו מוצדקות תאורטית גם במקרה של לידה טבעית, אולם לדעתו השיקולים של הגנה על פרטיות, על שלמות גוף וכדומה חזקים במקרה של לידה טבעית יותר מבמקרים של הולדה מלאכותית. עוד ראו Shiffrin, לעיל ה"ש 18, הסבורה אף היא כי הזכות להורות נובעת מחשדנות כלפי המדינה ומשיקולים של פרטיות והגנה על גוף, על מיניות וכדומה. לדעתה, הזכות להביא ילד לעולם מחייבת יכולת ונכונות לקבל אחריות להם. בהקשר הישראלי להכרה בזכות להורות במובן של הזכות להפוך להורה ולעמדות השונות בדבר מקורותיה של זכות זו. ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 3.8.2017) (להלן: עניין ארד-פנקס הראשון); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס המשלים). עוד ראו את פסק דינו של השופט הנדל בפרשת התורם הידוע, לעיל ה"ש 7, פס' 7; בג"ץ 4077/12, לעיל ה"ש 27, פס' 6 כט לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 6-7 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 25-26 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 18.9.2014). מעניין כי בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996), העלה השופט טירקל את העמדה שהזכות להורות איננה נגזרת של זכות אחרת, אלא היא זכות עצמאית מן המעלה הראשונה. אף ספרות המחקר מרבה לעסוק בזכות זו. בהקשר הישראלי ראו, בין היתר, שיפמן "משפחה חדשה", לעיל ה"ש 41, בעמ' 661-669; אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה"); רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים" משפטים על אתר ח 1 (התשע"ה) (להלן: זפרן "הזכות להורות בישראל"); איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה": הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395, 398-401 (עינב מורגנשטרן, ניב לושינסקי ואלון הראל עורכים, 2016); דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996) (להלן: ברק-ארז "בעקבות פרשת נחמני"); צבי טריגר "משפחות חורגות ו'רשיון הורות': מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות" המשפט 22, 44, 46 (2006) (להלן: טריגר "משפחות חורגות ו'רשיון הורות'").

88 בספרות המשפטית הועלתה השאלה אם מדובר בזכות חיובית במובן של חובה המוטלת על המדינה לסייע להפוך להורה, כגון במקרה של אימוץ, או שמא מדובר בעיקר בזכות שלילית המונעת מן המדינה להגביל את היכולת. לגרסה השלילית, ראו את עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (נבו 24.3.2009); והשוו לדעת הרוב (שם), וכן לעמדתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין בבג"ץ 4077/12, לעיל ה"ש 27; עמדת השופט (כתוארו אז) ג'ובראן בעניין ארד-פנקס הראשון, לעיל ה"ש 87, פס' 32 לפסק דינו; זו גם עמדתם של נוספים, ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 32; זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 87; Statman, לעיל ה"ש 83. אציין כי בהקשר של הפריה אינני משוכנע שהוויכוח רלוונטי, שכן היות שלא ניתן לבצע פעילות הפריה ללא אישור מראש של המדינה, אזי, הגבלת האפשרות של קבוצה מסוימת לטיפול הפריה עלולה לפגוע בזכות להורות של קבוצה זו, גם על פי גרסתה השלילית.

פרוצדורה המאפשרת הורות הנחוצה במיוחד לקבוצות אלה,⁹⁰ עלולות לעורר טענות של פגיעה בשוויון.

קו החשיבה הממוקד בזכות להורות מקבל במשתמע את הטענה שטובתם של ילדים וזכותם לקשר עם שני ההורים ולתמיכה מהם, כמו גם אינטרסים ציבוריים, אכן עלולים להיפגע, הן במקרה של ההסכמים לשלילת הורות, הן במקרה של תרומת הזרע מן התורם האנונימי והן במקרה של התורם הידוע. ובכל זאת על פי קו חשיבה זה, בשל החיוניות של אפשרות תרומת הזרע של אבות לא מיועדים לצורך מימוש זכותן של נשים יחידניות להורות, יש להתיר את הפרוצדורה של התרומה האנונימית.⁹¹ קו החשיבה השלישי, הממוקד בזכות להורות, מסביר אפוא את ההבחנה בין אי-ההכרה בהסכם לשלילת הורות, הפוגע בזכויות הילד ובטובתו, לבין הנכונות לקיום פרוצדורה של תרומה אנונימית שאמנם עלולה להביא לאותן תוצאות מבחינת פגיעה ב"טובת הילד", אך היא חיונית לצורך מימוש הזכות להורות של נשים יחידניות. במקרה של אי-ההכרה בהסכם לשלילת ההורות של האב הגנטי לא תיפגע הזכות של האם להורות, במובן של הזכות להפוך לאם, שכן אם היא תבחר בכך היא תהפוך לאם בכל מקרה, גם אם ההסכם ייפסל. משום כך אין הצדקה להתיר את הפגיעות בזכותם וברווחתם של ילדים, כמו גם באינטרסים ציבוריים הנובעים משלילת ההורות של האב. לעומת זאת, אם תיאסר הפרוצדורה של תרומת הזרע, תיפגע הזכות להורות של הורים פוטנציאליים, ובכללן נשים המעוניינות או נאלצות להיות אימהות יחידניות. מניעת פגיעה זו בכבוד האדם ובאוטונומיה שלו גוברת כאמור על השיקולים המתנגדים.

קו החשיבה הממוקד בזכות להורות הוא הראשון מבין קווי החשיבה שהוצגו עד כה שיכול להצדיק את ההבחנה בין התרת התרומה האנונימית לבין האיסור על התרומה מן התורם הידוע, ומשום כך אין להתפלא כי קו חשיבה זה הוא שקיבל את המקום החשוב ביותר בפרשת **התורם הידוע**. איסור על תרומה אנונימית מקעקע לחלוטין כאמור את עצם האפשרות לתרומת זרע של אב לא מיועד, וככזה הוא פוגע בליבת הזכות להורות של האם הפוטנציאלית. לעומת זאת, טוען השופט הנדל בפסק הדין בבג"ץ **התורם הידוע**, שהאיסור על תרומה ידועה אינו פוגע בליבת הזכות להורות אלא רק בזכות לבחור את ההורה הנוסף,⁹² לצורך ביסוס טענתו כי הזכות לבחור את ההורה הנוסף, בשונה מעצם הזכות

השופטת (כתוארה אז) חיות (השופטת חיות מבססת את הזכות של גברים יחידים ושל בני זוג מאותו מין לפונדקאות הן על הפגיעה העצמאית בזכות להורות והן על הפגיעה בשוויון), השופט הנדל (לדעת הנדל לא ניתן לבסס את הזכות לפונדקאות על הזכות להורות, אך ניתן לבסס על הזכות לשוויון), השופט פוגלמן (המסביר את הקשר ההדוק בין השוויון לכבוד האדם בהקשר של שלילת הזכות לפונדקאות מגברים יחידים ומבני זוג מאותו מין). עוד ראו את עמדתו של השופט גובראן בעניין **ארד-פנקס הראשון**, לעיל ה"ש 87, פס' 46–49 לפסק דינו; חגי קלעי "הורים חשודים פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממט'מגד נ' שר הפנים" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם** 5, 28 (2014).

90 ראו בלכר וזפרן, לעיל ה"ש 87, בעמ' 401–400.

91 לקו חשיבה זה רומז השופט הנדל בבג"ץ **התורם הידוע** (לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינו) כאשר הוא מזכיר שביטול התקנות בשל חוסר סמכות עלול לפגוע בזכות להורות.

92 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

להפוך להורה, היא זכות פריפריאלית עורך בית המשפט אנלוגיה⁹³ בין פרשת נחמני לבין פרשה הידועה לעיתים בספרות המשפטית כפרשת בנק הזרע.⁹⁴

זכור, פרשת נחמני עסקה בזכות של בעלת ביציות מופרות, שהדרך היחידה שלה להפוך לאם גנטית הייתה מביציות אלה, להשתמש בהן חרף התנגדות האב המיועד. בסופו של דבר הזכות להורות במובנה המלא⁹⁵ גברה בפרשה זו על התנגדות האב המיועד ועל זכותו שלא להיות הורה. לעומת זאת פרשת בנק הזרע עסקה בתביעה של אם חד-הורית להשתמש בזרעו של התורם המקורי לצורך הפריה נוספת מתוך רצון ששני ילדיה יהיו בעלי מטען גנטי ממקור משותף. בית המשפט דחה את הדרישה בשל הפגיעה בזכותו של התורם שלא להיות הורה. מכאן הוכיח בית המשפט בבג"ץ התורם הידוע שהזכות הפריפריאלית לקבוע את זהות האב, שנדחתה בפרשת בנק הזרע לנוכח הזכות של התורם שלא להיות הורה, חלשה מזכות הליבה להפוך להורה, שבפרשת נחמני גברה על הזכות שלא להיות הורה. על רקע ההבחנה בין זכות הליבה להפוך להורה לבין הזכות הפריפריאלית לקבוע את זהות האב ניתן להצדיק את העמדה השוללת תרומות מתורם ידוע, שכן איסור כזה פוגע אך ורק בזכות הפריפריאלית להורות, ופגיעה זו אינה מוצדקת בשל הפגיעה בילדים, בזכויותיהם וברווחת הציבור. לעומת זאת, חרף הפגיעה ברווחת ילדים ובזכויותיהם ניתן להצדיק את התמיכה בתרומה האנונימית, שכן איסור על תרומה כזו תפגע בליבת הזכות להורות של מי שנזקק לתרומה זו.

מבין שלושת מסלולי הטיעון שהועלו עד כה, בעיניי המסלול הממוקד בזכות להורות של הנתרמת הפוטנציאלית מסביר בדרך הטובה ביותר וההולמת ביותר את תפיסת ההורות הקיימת במשפט הישראלי ואת ההבחנה בין הסכמים לשלילת הורות לבין התמיכה בתרומת הזרע האנונימית. נוסף על זה, מסלול זה הוא היחיד עד כה שהצליח להצדיק את האיסור על תרומת זרע מתורם ידוע לעומת התרת תרומת זרע אנונימית. אולם, חרף הצלחתו היחסית בהסבר ההבחנות הקיימות בדין הקיים, ברצוני להעיר כמה הערות בעניינו ולהציג כמה הסתייגויות, שגם אם אינן שוללות לחלוטין את קו החשיבה השלישי, הן לכל הפחות מבהירות שהוא עדיין דורש חשיבה ופיתוח.

(ב) הצורך באיזון בין הזכות להורות לבין טובת הילד וזכויותיו והאינטרס הציבורי
בליבת קו החשיבה השלישי קיימת הטענה כי הזכות להורות של נשים יחידניות מצדיקה קיומו של הליך תרומת הזרע האנונימית למרות הנזק לילדים העתידיים ולציבור. ברם

93 שם.

94 ראו בג"ץ 4077/12, לעיל ה"ש 27. לניתוח פסק הדין ראו נילי כהן "הסכמה וחווה הכרוכים בהולדה" ספר גבריאלה שלו (יהודה הדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021).

95 ראו עניין נחמני, לעיל ה"ש 87. במקור, פרשת נחמני עסקה בזכור באישה חשוכת ילדים שביקשה להמשיך בהליך של הפריית הביציות המוקפאות. מדובר באישה שלא הייתה לה שום אפשרות אחרת להפוך לאם, לבד מהשלמת תהליך ההפריה. לאחר דיון מורכב בשלושה סיבובים (בית המשפט המחוזי, ערעור בעליון ודיון נוסף בעליון) אישר בית המשפט את דרישת האישה להשתמש בביציות המוקפאות. על פרשה זו ראו נילי כהן "חוזים בין הבית ובין השוק – סיפורן של רותי נחמני וזהבה כנען במקרי מבחן" ספר שטרסברג-כהן 419 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2017); ברק-ארז "בעקבות פרשת נחמני", לעיל ה"ש 87.

הזכויות הליברליות בכלל והזכות להורות בפרט אינן מוחלטות, ויש לאזן כמכלול על פי המקרה אל מול הזכות של ילד לתמיכה כלכלית משני הוריו, לקשר עם שני הוריו,⁹⁶ ועל פי גרסאות מסוימות גם עם זכותו להתחקות על שורשיו.⁹⁷ מתן האפשרות לתרומת זרע אנונימית בכלל, וכאשר מדובר בנתרמת יחידנית בפרט, ללא בדיקה פרטנית של המקרה עלוה לפגוע בזכויות היסודיות הללו של ילדים.⁹⁸ משום כך ההכרה בזכות להורות אינה מצדיקה כשלעצמה את התרומה האנונימית ללא הסבר מדוע זכות זו גוברת על זכותם של ילדים לתמיכה כלכלית ורגשית, לקשר עם שני הורים ולהכרת שורשיהם. על זה יש להוסיף את האינטרס הציבורי בהגנה על ילדים ועל מוסד ההורות כמוסד הדורש ממי שהביא ילד לעולם לקבל עליו אחריות לגידולו. משום כך בדונם בנושא, על מעצבי המשפט לשקול את מכלול הזכויות והאינטרסים המעורבים ולעצב הסדר הולם.

בניגוד לקו חשיבה זה, התחושה העולה מהשיח המשפטי בנושא התרומה האנונימית היא שמעצבי המשפט מניחים כמובן מאליו שיש לאפשר את התרומה בשל הזכות להורות, או בשל הזכות לשוויון של נשים יחידות,⁹⁹ מבלי לעורר דיון ערכי שמטרתו להצדיק את דרך האיזון הנכונה בין הזכות להורות של האם היחידנית עם הזכויות של הילדים העתידיים, עם האינטרס של הציבור ועם החשש מפני הפגיעה במוסד ההורות הגלום במתן האפשרות למי שהביא ילד לעולם להתנער ממנו.¹⁰⁰ חוסר זה אנסה להשלים בפרק הבא, עת אציג את הגישה המוסדית להורות, ובמסגרתה את היחס בין הזכות להורות לזכויותיהם ולטובתם של ילדים עתידיים ולא תוסס ההורות.

96 להצגת הצורך של ילדים בהכרת הוריהם ובתמיכה כלכלית מהם כזכות אדם יסודית ראו ע"א 5464/93, לעיל ה"ש 14, פס' 7, 8 לפסק דינו של הנשיא שמגר; ס' 7 לאמנה, לעיל ה"ש 10; Garrison, Law Making, לעיל ה"ש 14. על הפגיעה הכלכלית, הרגשית והזהותית בילדים הנובעות מניתוק הקשר עם האב ועל ההתנגדות להסכמים שוללי הורות בשל כך ראו בהרחבה ה"ש 14–18 לעיל והטקסט המתייחס אליהן. דווקא, ייתכן שבמקרים מסוימים האם היחידנית היא בעלת יכולת כלכלית מספקת. נוסף על זה, ניתן לחשוב על מקרים שבהם קיימת דמות נוספת שיכולה למלא את מקום האב בחייו של הילד, כמו בן זוג של האם שמגדלו מאז נולד, אף כי הוא אינו מבקש להיות מוכר כהורה. ההתייחסות למקרים אלה צריכה להיות כאל חלק מאיזון במקרה קונקרטי. לעומת זאת העמדה המסתמנת במרבית המדינות מאפשרת הכרה גורפת בפרקטיקת תרומת הזרע האנונימית לאם יחידנית ללא בדיקה קונקרטית.

97 ראו לעיל ה"ש 34.

98 ליישום השיח על זכויות ילדים בהקשר של טיפולי הפריה ולטענה כי יש לאסור טיפולי הפריה זרע עבור נתרמות יחידניות ראו לעיל ה"ש 33–34.

99 בישראל, למשל, ביטל בית המשפט העליון עוד בשנת 1997 (בהסכמת המדינה) את התקנה שדרשה בדיקה מיוחדת של כשירות הורית של נשים יחידניות המבקשות להורות מתרומת זרע, מבלי שנערך דיון מהותי באיזון שבין זכויות נשים יחידניות לבין הפגיעה בילדים (ראו עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 29). לעומת זאת בארצות רבות תרומת זרע אינה מתאפשרת לנשים יחידניות. במדינה ליברלית דוגמת שוודיה תרומה כזו נאסרה עד שנת 2016, ובאנגליה עד היום תרומת זרע עבור אם יחידנית דורשת בדיקה מיוחדת (ראו ה"ש 22 לעיל). למגמה ששררה בארצות הברית נכון ל-1996 להקשות על נשים יחידניות לקבל שירותי הפריה ולביקורת עליה ראו Holly J. Harlow, *Paternalism Without Paternity: Discrimination Against Single Women Seeking Artificial Insemination by Donor*, 6 S. CAL. REV. L. & WOMEN'S STUD. 173 (1996).

100 ראו על כך בהרחבה להלן פרק ה.

(ג) הצורך להצביע על נזק מוגבר הנגרם מהסרת האנונימיות כתנאי לאיסור על תרומה**ידועה**

ביקורתי הראשונה על השיח המשפטי הקיים סברה כי מתן האפשרות לתרומה אנונימית אינה יכולה להתבסס אך ורק על הזכות להורות מבלי להסביר מדוע זכות זו אמורה להדוף את זכויות הילד העתידי ואת האינטרסים הציבוריים העומדים כנגד התרת התרומה. ביקורתי השנייה פועלת דווקא לכיוון ההפוך והיא סבורה כי הזכות להורות, גם במובנה הפריפריאלי של הזכות לבחור את ההורה של ילדך, עשויה להצדיק גם את התרומה מן התורם הידוע. ביקורת זו מכוונת כלפי קו החשיבה המבחין בין הפגיעה בליבת הזכות במקרה של איסור כולל על תרומת זרע לבין הפגיעה החלקית במקרה של איסור על תרומה מתורם ידוע, כפי שהציג בית המשפט בפרשת **התורם הידוע**. בית המשפט סבר ככל הנראה כי הבחנה זו מספיקה כשלעצמה כדי להצדיק את ההתנגדות העקרונית לייסוד מסלול של תרומה מתורם ידוע, ללא נדבכים נוספים.

אכן, צודק בית המשפט כי איסור על תרומה מתורם ידוע, בשונה מאיסור גורף על פרוצדורה של תרומה, אינו פוגע בליבת הזכות להורות. ועדיין, תרומה ידועה, להבדיל מתרומה אנונימית, מאפשרת לבחור את ההורה הגנטי של ילדך. הבחירה מי יהיה ההורה של ילדך היא חלק חשוב בהוויה ההורית, שבנקל ניתן להכיר בה כזכות על בסיסם של הרכיבים המרכיבים את הזכות להורות כגון כבוד האדם, ערך האוטונומיה והזכות לפרטיות. משכך, גם פגיעה בזכות זו דורשת הסבר והצדקה.¹⁰¹ לא למותר לציין בהקשר זה כי פרשת **בנק הזרע**,¹⁰² שממנה הובאה ראיה לכאורה לחולשתה של הזכות לבחור את זהות התורם, אינה דומה למקרה דנן. בפרשת **בנק הזרע** האם לא בחרה את התורם, ואף לא ביקשה לדעת את זהותו, אלא ביקשה מטעמים של קרבה גנטית שהזרע שנלקח מן התורם וששימש להולדת ילדה הראשון ישמש גם לתרומה נוספת. מדובר באינטרס נקודתי פריפריאלי, שגם אם ניתן להבינו, אין להשוות בינו לבין האינטרס של האם לבחור מי יהיה האדם שעומו תביא ילדים לעולם, שגם אם לא ניתן לסווג אותו בליבת הזכות להורות, הוא בעיניי אינטרס רחב בהרבה מהאינטרסים שהתעוררו בפרשת **בנק הזרע**.

לכאורה, ההצדקה לפגיעה בזכות האם לבחור עם מי תביא ילדים לעולם נמצאת באותם נזקים פוטנציאליים לילד העתידי או לציבור הילדים העתידיים, נזקים שכאמור קו החשיבה המוצג בחלק הנוכחי מכיר בהם. על פי קו חשיבה זה, ליבת הזכות להורות מכריעה את הכף לטובת זכות זו למרות הנזקים לילדים העתידיים ולציבור, אולם משקלה המופחת של הזכות

101 ראו בהקשר זה את הציטטה הבאה מפסק הדין בעניין *Ferguson*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 1246: "Accordingly, to protect herself and the sperm donor, that would-be mother would have no choice but to resort to anonymous donation or abandon her desire to be a biological mother, notwithstanding her considered personal preference to conceive using the sperm of someone familiar, whose background, traits, and medical history are not shrouded in mystery [...] There is simply no basis in law or policy to impose such an unpleasant choice, and to do so would be to legislate in precisely the way Mother notes this Court has no business doing" ראו דברי החוקרת סמית' (Smith), לעיל ה"ש 46, בעמ' 37) העומדת על כך שנשים לסביות יעדיפו לעיתים תורמי זרע ידועים למרות תשתית משפטית רעועה.

102 ראו בג"ץ 4077/12, לעיל ה"ש 27.

לקבוע את זהות ההורה של ילדך אינו מספיק כדי להטות את הכף. ברם אל מול צורת חשיבה זו, השוקלת בנפרד את הפגיעה בזכות להורות אל מול הנזקים הצפויים לילדים ומסיקה כי במקרה של התורם הידוע הפגיעה בזכות להורות אינה מצדיקה את הנזק, ניתן להעמיד גם צורת חשיבה חלופית. על פי צורת החשיבה החלופית יש לשקול בשלב ראשון אם הזכות להורות גוברת על הנזקים הצפויים לילדים מהההליך של הפריה באמצעות אב לא מיועד ללא קשר לשאלת האנונימיות. אם התשובה לכך חיובית, יש לבחון בשלב שני אם הפרת האנונימיות והשימוש בתורם ידוע עלולים ליצור עבור הילד העתידי או לציבור נזק נוסף, כזה המצדיק את האיסור על תרומה ידועה ואת הפגיעה, ולו החלקית הפריפריאלית, בזכות להורות הנגרמת בעטיו של איסור זה. ודוק, קו חשיבה זה אינו שולל לחלוטין את האיסור על תרומה מתורם ידוע, אולם הוא סבור שכדי להצדיק איסור זה יש להצביע על נזק נוסף או על פגיעה נוספת הנובעת מהסרת האנונימיות ומלבד התרומה עצמה, בשונה מהנזקים הרגילים הנגרמים מעצם פרוצדורת התרומה.¹⁰³

ודוק, כמענה לקו החשיבה הדורש להצביע על הצדקות קונקרטיות לאיסור על התרומה הידועה מלבד הנזקים הרגילים הקיימים בכל מקרה של תרומה, ייתכן שניתן לנסות ולפתח טיעון שיצביע על נזקים ייחודיים הנגרמים בעטיה של התרומה הידועה. אולם, פיתוח כזה לא נעשה בפסק הדין בפרשת **התורם הידוע**, אשר ביסס את ההבחנה בין המקרים אך ורק על העובדה שבמקרה של איסור על התרומה מן התורם הידוע, ליבת הזכות להורות אינה נפגעת, מבלי להצביע על נזק נוסף הנגרם במקרה של התורם הידוע שאינו קיים בתרומה אנונימית. לדעתי ללא הצבעה על נזק נוסף כאמור עצם התובנה, הנכונה כשלעצמה, כי האיסור על תרומה ידועה אינו פוגע בליבת הזכות להורות, אף כי כאמור בעיניי אין מדובר בזכות פריפריאלית זניחה, אינו מצדיק את האיסור על הפרוצדורה של התרומה הידועה. יתרה מזו, בשל ההכרה הגוברת של שיטות משפט רבות בזכות ההתחקות של ילדים על שורשיהם הביולוגיים ובשל ההצדקות הפסיכולוגיות הניתנות לזכות זו, ניתן לטעון כי מנקודת המבט של טובת הילד העתידי, תורם ידוע שיספק לילד שורשים (גם אם ללא תמיכה כלכלית וקשר) עדיף על פני תורם אנונימי, ומשום כך ייתכן שדווקא מנקודת המבט הממוקדת בטובת הילד יהיו שיטענו כי אין הצדקה להתיר את התרומה האנונימית אך לאסור את התרומה מתורם ידוע.¹⁰⁴ אף בנושא זה קו הטיעון שיוצג בפרק הבא, המבוסס על הגישה המוסדית להורות, עשוי לסייע להשלים את החסר בשיח המשפטי הקיים ולהסביר

103 אוסיף ואטען כי בעיניי דווקא האנלוגיה המובאת בבג"ץ **התורם הידוע** (לעיל ה"ש 7), לפרשת בנק הזרע כדוגמה לחולשת הזכות להורות מאב ספציפי תוכל להדגים את הקושי ביישום הטיעון בפרשת התורם הידוע. במקרה **בנק הזרע**, הזכות של התורם שלא להיות הורה לא הייתה מתעוררת אילו בחרה האם במסלול התרומה האנונימי הרגיל ולא התעקשה על שימוש בתרומה נוספת מהתורם הספציפי. על כן, סבר בית המשפט שבאיוון שבין הזכות של התורם הספציפי שלא לשמש אב לבין הזכות הפריפריאלית של האם גוברת זכות התורם. לעומת זאת בבג"ץ **התורם הידוע** (שם) לא טען בית המשפט כי הפגיעה ברווחת הילדים העתידיים ובזכותם לקשר עם האב שונה בין המצב של תרומה אנונימית לבין המצב של תרומה ידועה, ומשכך לדעתי יש צורך בהצדקה נוספת על הפגיעה הרגילה המתרחשת במצב תרומה אנונימית כדי להצדיק את האיסור על הפרוצדורה של תרומה ידועה.

104 לטיעון שלפיו יש לחייב תרומה מתורם ידוע כבר בעת ילדות ראו Hallich, לעיל ה"ש 12. להצבעה על השיקולים הסותרים בסוגיה מבלי להכריע ביניהם ראו Kovaček, Stanić & Samardžić, לעיל ה"ש 22.

מדוע בכל זאת ניתן להצדיק תמיכה בפרקטיקה של תרומה אנונימית והתנגדות לתרומה מתורם ידוע.

4. סיכום הפרק

לסיכום, בפרק זה הצגתי שלושה קווי חשיבה שביקשו להסביר קוהרנטית את היחס המשפטי ל-(1) הסכם לשלילת ההורות, ל-(2) תרומת הזרע האנונימית ול-(3) תרומת הזרע מתורם ידוע. שני קווי החשיבה הראשונים (זה המבחין בין הסכמה מלכתחילה לבין הסכמה בדיעבד וזה המבחין בין זכות ילד קיים לזכות של ילד עתידי), הציגו הסבר אנליטי מתקבל על הדעת, אף כי לא נקי מפגמים או מביקורת, להבחנה בין המצב הראשון לשני. עם זאת הראיתי כי שני קווי החשיבה הללו מבוססים על הנחות עבודה שאינן מקובלות על המשפט הישראלי, כמו גם על מרבית שיטות המשפט המערבי בתחומים אחרים של דיני ההורות. לכן קשה להצדיק את עמדת המשפט הישראלי, או אף את המערבי על בסיס קווי החשיבה הללו. נוסף על זה, הראיתי כי על פי שני קווי החשיבה הללו דינה של התרומה מן התורם הידוע צריך להיות כדין התרומה מן התורם האנונימי, בניגוד למצב המשפטי בישראל ובחלק ממדינות המערב.

לעומת זאת, קו החשיבה השלישי, הממוקד בזכות להורות, מציג הסבר אנליטי מוצלח יותר בהצדקת ההבחנה בין ההסכם לשלילת ההורות לבין תרומה מן התורם הידוע, והוא אף משתלב עם צורת החשיבה המנחה את דיני ההורות בתחומים נוספים. קו חשיבה זה, שכל הנראה הנחה את בית המשפט העליון בפרשת **התורם הידוע**, אף מספק בסיס ראשוני להצדקת האיסור על תרומה מתורם ידוע. עם זאת, על פי ניתוחי, אף קו חשיבה זה אינו עומד בפני עצמו ללא נדבכים נוספים שטרם פותחו או הוצגו. לצד הדיון הנקודתי בכל אחד מקווי החשיבה ניתן להצביע על קו משותף לשלושתם: שלושת קווי החשיבה התמקדו בצדדים הקונקרטיים העומדים על הפרק. קו החשיבה ההסכמי התמקד בהסכמה בין האב לאם הביולוגיים. קו החשיבה הממוקד בטובת הילד ובהבחנה בין הילד הקיים לילד העתידי הוסיף בנסיבות מסוימות את הילד כעוד שחקן אחד, ואילו קו החשיבה הממוקד בזכות להורות הדגיש בעיקר את הזכות להורות של האם. לעומת זאת אף לא אחד מקווי החשיבה שהוצגו עורר שאלות בדבר האינטרסים הציבוריים המעורבים והאחריות הציבורית למוסד ההורות ולאתיקה שלה, ובמידה מסוימת האחריות הציבורית כלפי דור העתיד כולו. לשם כך תוצג בפרק הבא הגישה הרואה בהורות מוסד חברתי.

ד. "ההורות כמוסד חברתי" והבחנה בין קטגוריית ההורה לקטגוריית התורם

1. על ההורות כמוסד חברתי

בפרקים הקודמים הזכרתי את ההגדרה הביולוגית-גנטית של ההורות ואת ההגדרה החוזית והתייחסתי אליהן כאל שתי הגדרות מתחרות של ההורות. אולם למרות ההבדלים הברורים

ביניהן שתי הגישות מייצגות גישה "פרטית" להורות,¹⁰⁵ והן מפחיתות מהחשיבות, ואולי אפילו מעלימות עין, מהתפקיד האקטיבי של המדינה בדבר ההכרעה מי יוגדר כהורה, מי יחווה את עצמו וייחווה בידי ילדיו כהורה, ומהי אופייה של ההורות. ההגדרה הביולוגית, הזוהה להגדרה הגנטית במקרה של אבות, משתמשת ברטוריקה של "משפט הטבע" או של "קול הדם" כדי לבטא את הרעיון שההורות הביולוגית היא עניין "טבעי" שמדינה אמורה להכיר בו ולהגן עליו.¹⁰⁶ לעומת זאת היא דוחה את התפיסה שהמדינה היא שאמורה לתת תוקף משפטי להורות, ושברמה החברתית והפסיכולוגית היא מכוננת, או לפחות משפיעה מאוד, על התפיסה העצמית והחברתית של ההורה הביולוגי באמצעות הגדרתו המשפטית כהורה.¹⁰⁷ בדומה לזה, ההגדרה החוזית-הסכמית רואה בהסכמת ההורים המיועדים בסיס להגדרת ההורות ומבקשת לסלק את ידיה של המדינה מהרגולציה של ההולדה וממערבות אקטיבית בקביעת ההורות המשפטית. אולם גישה זו מסווה לעיתים את העובדה שהכרת המדינה בהסכמת הצדדים היא שמקנה להם את התוקף המשפטי ואולי גם את הלגיטימציה החברתית. נוסף על זה, במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה ההצגה הפרטית של ההורות מתכחשת לתפקיד החשוב של המדינה ושל הסדרה ביצירת התשתית המאפשרת את ההיתכנות המעשית ולעיתים גם הכלכלית של הולדה באמצעות הטכניקות הללו, לא כל שכן להסדרי ההורות הנוצרים בעקבותיהם.

105 להבחנה בין גישות פרטיות לגישות ציבוריות להסדרת הזוגיות ולהצעת גישה מאוונת ראו Shahar Lifshitz, *The Liberal Transformation of Spousal Law: Past, Present and Future*, 13 TIL 15 (2012) (להלן: *The Liberal Transformation*); (Lifshitz, *The Pluralistic Vision of Marriage*, in *MARRIAGE AT THE CROSSROADS: LAW, POLICY, AND THE BRAVE NEW WORLD OF TWENTY-FIRST CENTURY FAMILIES* 260 (Elizabeth Scott & Marsha Garrison eds., 2012). במאמר זה, אני מצביע על כך שגישה ציבורית לזוגיות אינה חייבת להיות שמרנית ואינה חייבת להיות מונוליתית. עמדות אלה בשינויים המחויבים בין זוגיות להורות מנחות גם את המאמר הנוכחי.

106 ראו למשל את הרטוריקה של "משפט הטבע" או של "קול הדם" בפסיקה הישראלית. כגון דבריו של השופט (כתוארו אז) חשין בע"א 3077/90, לעיל ה"ש 36 ("ילדו" של אדם הוא ילדו הטבעי, יוצא-ירכו. אין ילד 'חוקי' ובצדו ילד 'בלתי חוקי'"); דבריו של השופט ברק בע"א 83/577 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 467 (1984) ("זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא ולא אחר יקיים את החובות כלפי ילדו [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטитуציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – 'קול הדם' [...] שבין הורים לילדיהם" (ההדגשה הוספה – ש"ל)).

107 ראו את הציטוט שלהלן מפסק דינו של השופט ויצמן בעמ"ש (מחוזי מר') 52550-10-18 **ע"נ נ' ד"מ**, פס' 14 לפסק דינו (נבו 22.10.2019) (להלן: פרשת **שלושת ההורים**): "רוב מערכות המשפט, דתיות וחילוניות כאחד, וכן רבות מתרבויות העולם תופסות את המשפחה הביולוגית כתא בסיס של החברה האנושית ורואות בה – תא הקודם לצורות השונות של ההתארגנות הפוליטית, הן מבחינה היסטורית והן מבחינה פילוסופית". כן ראו כרמל שלו **הסדרים לנשיאת עוברים – מבט משפטי וערכי, הריון מסוג אחר, עיון רב תחומי בהפריה חוץ-גופית** 191, 200 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996); צבי טריגר "רישון הורות" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 289, 395 (תמר מורג עורכת, 2010) ("תא זה המורכב מהורים ומילדים הקשורים לשני ההורים בקשר דם, נתפס כתבעי ולכן כנטול הטיות אידיאולוגיות או הבניות חברתיות ותרבותיות"); דברי השופטת ורבנר בעמ"ש (מחוזי חי') 28901-03-17 **היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונית** (נבו 24.5.2018): ("ההורות הטבעית אינה יציר המשפט, אלא יציר הבורא/הטבע (איש איש כפי השקפתו)").

במקום אחר ביקרתי את הגישה הפרטית, הן בגרסתה הטבעית-ביולוגית והן בגרסתה החוזית והנחתי יסודות ראשונים לגישה מתחרה.¹⁰⁸ גישתי רואה בהורות מוסד שאינו רק פרטי אלא גם **מוסד חברתי-ציבורי** (social institution),¹⁰⁹ כזה שלמדינה ולמשפט תפקיד חשוב ככינונו ובעיצובו.¹¹⁰ תפיסה זו מדגישה את התפקיד האקטיבי של המדינה ושל המשפט בעיצוב ההורות כמוסד חברתי, בעיצוב התפיסה העצמית והחברתית של האדם כהורה ובמילוי בתוכן מהותי את תפיסת ההורות.¹¹¹ ודוק, גישתי אינה כופרת בכך שבמקרים רבים, ייתכן שאפילו כברירת מחדל, ההגדרה המשפטית הראויה להורות צריכה להיות ההגדרה הביולוגית. היא גם אינה כופרת בכך שיש להביא בחשבון את כוונות הצדדים המעורבים בעת שנקבעת זהות ההורה ושלערוך האוטונומיה תפקיד חשוב, ובמקרים רבים אף מכריע, בעת עיצוב הרגולציה של ההולדה. עם זאת על פי הגישה הזאת, ההכרעה להגדיר אדם כהורה על בסיס המבחן ההסכמי, ואפילו על בסיס המבחן הביולוגי, אינה "טבעית" ואינה מובנת מאליה;¹¹² אלא היא דורשת הכרעה ערכית, קריטריונים ברורים, ובמקרים רבים גם הליך ממוסד. משום כך הגישה בוחנת בכל מקרה ומקרה מהם השיקולים הערכיים והמעשיים התומכים בהגדרה מסוימת של הורות במקרה קונקרטי. כהמשך לכך, גישה זו מוסיפה לשיקולים הממוקדים בצדדים הקונקרטיים גם שיקולים ציבוריים שאמורים לבוא לידי ביטוי בעת קביעת זהות ההורה המשפטית ובעת שמעוצבת הרגולציה של ההולדה. ההיבטים המוסדיים-ציבוריים של הגדרת ההורות המשפטית מתקיימים אפילו במקרים

108 ראו Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 8.

109 לגבי הנושאים הללו ראו PETER L. BERGER & THOMAS LUCKMANN, *THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY – A TREATISE IN THE SOCIOLOGY OF KNOWLEDGE* 72 (1966); RICHARD A. SHWEDER, *THINKING THROUGH CULTURES – EXPEDITIONS IN CULTURAL* (1991); CLIFFORD GEERTZ, *THE INTERPRETATION OF CULTURES* (1973).

110 משפטים מרבים לעסוק בדרך שבה כללים משפטיים משתלבים עם נורמות חברתיות, עם מוסדות חברתיים ועם התרבות בכללותה. הם מדגישים את התלות שבין החברה למשפט ואת העובדה שתוכני המשפט ממלאים תפקיד חשוב בקביעת הדרך שבה בני אדם מגדירים את טיבם של היחסים החברתיים שהם נתונים בהם. לדוגמאות מבין שלל העוסקים בנושאים אלה ראו ERIC A. POSNER, *LAW AND SOCIAL NORMS* (2000). בישראל ראו מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 545 (מנחם מאוטנר, רונן שמיר ואבי שגיא עורכים, 1998).

111 ראו Zvi Triger, *Introducing the Political Family: A New Road Map for Critical Family Law*, 13 TIL 361, 368–369 (2012). כן ראו זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 236–237. עוד ראו ELIZABETH O'CONNOR, *THE GAY BABY BOOM: THE PSYCHOLOGY OF GAY PARENTHOOD* 173–174 (2002).

112 וראו בהקשר זה בפרשת **היועמ"ש נ' פלונית**, לעיל ה"ש 40, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל ("אכן, גבולות המוסד המשפטי של ההורות משקפים הכרעה נורמטיבית של חברה נתונה, בזמן נתון, לגבי הנסיבות שבהן ראוי להטיל על פלוני מארג מסוים של חובות וזכויות כלפי ילדים, עקב הקשר שלו אליהם. במילים אחרות, הן כשמדובר על הורות המבוססת על זיקה גנטית 'טבעית', המוכרת לאנושות משחר קיומה, והן כשמדובר על הורות שנוצרה בזכות התפתחויות טכנולוגיות שהיו מעבר לדמיון אך לפני חמישים שנה, ההסדר המשפטי בעניינן הוא תולדת הכרה חברתית-פוזיטיבית במשמעויות שראוי לייחס לזיקות שהן מייצגות").

ה"פשוטים" של הורות שהיא תוצר של קיום יחסי מין,¹¹³ אך הם נכונים ביתר שאת כאשר מדובר במקרים מורכבים של הורות שהיא תוצר של טכנולוגיות מלאכותיות של הולדה, כגון הזרעה, תרומת ביצית ופונדקאות.¹¹⁴ אדגיש כי הגישה הציבורית אינה מספקת בהכרח תשובה אחת לשאלה כיצד תוגדר הורות במקרה ספציפי. היא מציעה נקודת מבט נוספת ומעוררת סדרה של שיקולים שאינם באים לידי ביטוי מספק בגישות המתחרות.¹¹⁵ ראשית, על פי הגישה המוסדית, לצורך הסדרת הציפיות של בני המשפחה זה מזה, ובינם לבין החברה בכללותה, נדרשת הגדרה ברורה של זהות ההורים ותפקידם והבחנה בינם לבין מבוגרים אחרים שלהם תפקיד אחר בחיי הילד.¹¹⁶ משום כך מנקודת מבט מוסדית על המשפט לגבש, רצוי באמצעות חקיקה,¹¹⁷ הגדרה ברורה לשאלה "מיהו ההורה

113 אציין כי גם ברמה ההיסטורית, בניגוד למיתוס הרווח, הניתוח ההיסטורי של דיני קביעת ההורות יוכיח כי הגדרת ההורות מעולם לא התבססה אך ורק על מבחנים ביולוגיים, וכי השאלה מי נחשב להורה אינה מייצרת תשובה טבעית אלא הבניה מלאכותית הקשורה בנורמות ובשיקולים חברתיים וערכיים. כך למשל לאורך ההיסטוריה, במערכות משפט רבות, נקבעה ההגדרה מיהו אב לפי זיקתו הזוגית לאם ולא לפי מעמדו הגנטי. זהו גם המצב היום על פי הדין המוסלמי, ובהיבטים מסוימים זהו גם המצב הקיים בישראל של היום שבה חסמים ראייתיים במקרה של חשש למזורות מונעים במקרים רבים מן הנשוי לאם להוכיח את אי-אבהותו, ומן האב הגנטי שאינו נשוי לאם להוכיח את אבהותו. ראו על כך, Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 8; רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" **הפרקליט** 311, 330–327 (2002); מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269, 300–297 (1998). כן ראו מרגלית "הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 19, בעמ' 850–851. פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** 44–51 (התשמ"ט). לדוגמה הקלאסית לשימוש ב-"Presumption of Paternity כדי להעדיף אבהות המבוססת על נישואים על פני ההורות הגנטית ראו Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989).

114 כך למשל, לפי הגישות הטבעיות הקביעה כי האב הגנטי הוא האב המשפטי אינה הכרעה ערכית אלא פשוט עובדת טבע, אך קשה למצוא תשובה "טבעית" לשאלה מיהו האב במקרה של פונדקאות או של תרומת ביצית, ועל כן להגדרה החברתית משפטית בנושא זה חשיבות מכרעת. אף במישור הנורמטיבי Statman (לעיל ה"ש 83), סבור כי קיימת הצדקה למעורבות היתר של המדינה בהולדה המבוססת על טכניקות מלאכותיות של הולדה יחסית למעורבות המדינה במקרים של הולדה טבעית.

115 היסודות הראשוניים לגישה המוסדית נפרסו במאמרי Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 8. במאמר הנוכחי אני מבקש להרחיב בנושא הגישה ולהצביע על השלכות הנורמטיביות על המצבים השונים של הסכמה לשלילת הורות. הרחבה נוספת של ההשלכות הנורמטיביות של הגישה, ובכלל זה הדיון ביחס שבין הגישה המוסדית לבין גישות שמרניות לדיני ההורות מחד וגישות ליברליות מאידך נערך במאמר שחר ליפשיץ "הטיעון המוסדי בעד הזכות להורות של בני זוג מאותו המין" **מחקרי משפט** לד(2) (צפוי להתפרסם ב-2021) (להלן: ליפשיץ "מבט מוסדי").

116 בהקשרים מעט שונים ראו Elizabeth S. Scott, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 VA. L. REV. 1901 (2000).

117 לטענות תורת-משפטיות עקרוניות נגד פיתוח תפיסות חדשות של הורות בבתי המשפט ראו את דברי השופט ויצמן בפרשת **שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 107; דבריו של השופט מזוז בבע"מ 4880/18 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 13 לפסק דינו (נבו 24.1.2019): "אציין תחילה כי עצם ההסדר של צו הורות פסיקתי, היינו צו הורות שאינו מעוגן בחקיקה, אינו מניח את הדעת ומעורר לדעתי קושי עיוני לא מבוטל. על כן נכון לראות בהסדר זה אך כפתרון זמני תוצר כורח המציאות עד להסדרת הנושא בחקיקה" (ההדגשה הוספה – ש"ל). עוד ראו את חוות דעתו של השופט מינץ בפרשת **היועצ"ש נ' פלונית**, לעיל ה"ש 40. ומעניינת בהקשר זה האנלוגיה לטענה של מריל וסמית' על עדיפותו של המחוקק

המשפטי? על פי גישה זו, למרות הפיתוי להתאים "חליפה" שתתאים למקרה קונקרטי לצורך קביעת הורות בנסיבות ספציפיות ולהגמיש את המושג "הורות", יש לשאוף להגדרה ברורה ולהישמר מהגדרות גמישות מדי שירוקנו מתוכן את ההיבט המוסדי של ההורות.¹¹⁸ שנית, גישה מוסדית מייחסת חשיבות לעיצוב פרוצדורות ברורות שבאמצעותן יוצהר קרוב ככל האפשר להולדת הילד מיהו ההורה המשפטי. פרוצדורות הנחוצות במיוחד במקרים של שימוש באמצעים מלאכותיים של הולדה נועדו הן להכריע בשאלת ההורות בין שני הורים ביולוגיים והן לתת תוקף משפטי להורותו של ההורה הלא ביולוגי.¹¹⁹ בשיח הישראלי הקיים עמדה המבקשת לרכז את הפרוצדורות הנדרשות לצורך הכרה כאמור נתפסת כגישה ליברלית, ואילו עמדה המבקשת להקשיח את הפרוצדורות הללו נתפסת כגישה שמרנית הרואה בהורה הלא ביולוגי הורה חשוד בעל מעמד נמוך מזה של ההורה הביולוגי. הגישה המוסדית עשויה להציע עמדה מורכבת שתתרום לשיח הקיים נוסף על הגישות הקיימות. על פי גישה זו, פרוצדורה שיפוטית נחוצה לא כדי להחליש את מעמדו של בן הזוג הלא ביולוגי, אלא להפך: היא נחוצה כדי לייצר ודאות בנוגע לשאלה מיהו ההורה, לחזק את הגושפנקה הציבורית להורות וכדי להבטיח שלשני בני הזוג ברור שגם אם

בפיתוח מוסדות קניינים. ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract*; אולם השווה חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 76–78 (2001) 773 COLUM. L. REV. *Interface*; (הסבור כי לבתי המשפט מקום חשוב יותר בפיתוח מוסדות אלה). (2005)

118 ואף בהקשר זה מעניינת האנלוגיה להקשר הקנייני ולטענתם של מריל וסמית' בדבר יתרון הסטנדרטיזציה של המוסדות הקנייניים. ראו Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clauses Principle*, 110 YALE L.J. 1 (2000). דומה כי אף בתי המשפט מסכימים לעניין זה וראו בהקשר זה את דבריו של השופט הנדל בפרשת מור יוסף (לעיל ה"ש 67, פס' 26): "הגדרת ההורות חייבת לכלול ממדים אובייקטיביים, כללים וסטנדרטים – על פי בחירת המחוקק". עוד ראו מרגלית "הורות הסכמית", לעיל ה"ש 64, בעמ' 556 ("נושא מרכזי ורגיש זה של קביעת הורות משפטית מצריך הסדרה מקיפה וקוהרנטית של כלל הדילמות שבהן עולה סוגיה זו כדי למנוע הכרעות שיפוטיות סותרות שיינתנו נקודתית במקרים השונים שיתגלגלו לפתחו של בית המשפט. כמו כן יש לציין כי דיני המשפחה רוויים בארץ כבעולם בהטיות ובתפיסות עולם שונות ומגוונות ופעמים רבות אף סותרות. לפיכך חקיקה שיפוטית עשויה לשקף בעיקר את תפיסת העולם של השופט שהכריע בתיק אך לא את דעת ככלל הציבור"). מעניין כי אף שמרגלית מגדיר את גישתו כחזונית, בפועל דברים אלה רחוקים מלשקף את הגישה החזונית במובנה המקובל, והם מתאימים הרבה יותר דווקא לגישה המוסדית המוצעת במחקר זה. לצורך בהסדרה חוקית של התחום, ראו גם זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 230 ובמקורות המצוינים בהערות השוליים.

119 ובהקשר הישראלי נושא זה מתעורר בעיקר במקרה של בני זוג מאותו מין שהביאו ילד לעולם באמצעות פונדקאות חו"ל וכן במקרה של זוג אימהות לסביות שהרו בהפריה מלאכותית מתורם אנונימי. במהלך שהובל במקורו בשטח ונענה לפחות חלקית בבתי המשפט הדיוניים, התפתחה הכרה בהורות של ההורה הלא ביולוגי באמצעות מה שמכונה צו הורות פסיקתי. לאחרונה נערכה חשיבה מקיפה בצוות בין-משרדי של המדינה, ובעקבותיה פורסם מסמך מקיף העוסק בתנאים ובפרוצדורה הנדרשת לצורך הוצאת צווי ההורות. ראו בהקשר זה את תקציר המסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים "צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי", משרד הרווחה והשירותים החברתיים, ואת הדיונים הרבים בפסיקה בעניינו. בד בבד, נדון הנושא בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון, שבין היתר קבע כי צווי ההורות יפעלו קונסטטיטוטיבית ולא דקלרטיבית, וכי ככלל לא ייושמו רטרואקטיבית על מי שלא נהג על פי הנהלים. ראו עניין מטט, לעיל ה"ש 40. כן ראו פסק דינו של השופט הנדל בבע"מ 3518/18, לעיל ה"ש 40.

הכניסה להורות מקורה בקשר הזוגי, ההחלטה להפוך להורים היא לא הפיכה ואינה תלויה במעמדם הזוגי של ההורים.¹²⁰

שלישית, גישה מוסדית עשויה להסדיר בדרך מסוימת טכניקה של הולדה או קביעת הורות,¹²¹ ובמקרים מסוימים אף לפסול טכניקות והסדרים שאותם בחרו הצדדים,¹²² בשל אינטרסים וערכים ציבוריים הקשורים בהורות במובנה הרחב,¹²³ גם אם במקרה הקונקרטי הטכניקה המסוימת או קביעת ההורות, הייתה יכולה לשרת את הצרכים ואת האינטרסים של הצדדים הספציפיים המעורבים.¹²⁴

2. אתיקה הורית ואתוס ההורות

הרגישות של הגישה המוסדית ליחסים המורכבים שבין המשפט לחברה מחדדת את מודעותה לכך שהסדרת ההורות, ובכלל זה קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה, עשויה להשפיע על תפיסת ההורות בחברתנו, ובמיוחד על סט המחויבויות והאחריות הנובעים מכך שאדם נושא בתפקיד הורי (להלן: קביעת אתוס ההורות). משכך, על פי הגישה אחת

120 וראו בהקשר זה את המובא להלן בה"ש 161–163 ובטקסט הנלווה להן (שם מודגם החשש מפני תפיסה הדירה של ההורות בכלל ושל הורותו של ההורה הלא ביולוגי בפרט). בנושא זה אני עוסק בהרחבה במאמרי על הגישה המוסדית להורות (ראו ליפשיץ "מבט מוסדי", לעיל ה"ש 115).

121 ראו בהקשר זה את מאמרו של יחזקאל מרגלית "ככה לא בונים הורות הסכמית" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם** מבזק 46(5) 15 (יולי 2015), שם הוא מבקר את הריכוך בתנאים הנדרשים למתן צו הורות פסיקתית. אני מסכים עם חלק מביקורתו של מרגלית על התגבשותם של צווי ההורות הפסיקתית בישראל. בנושא זה אני מרחיב במאמרי, שהוזכר לעיל (ראו ליפשיץ מבט מוסדי, לעיל ה"ש 115). עם זאת לעומת מרגלית, הרואה בבעיות שנוצרו תוצאה של יישום לא ראוי של ההורות ההסכמית, בעיניי הן חושפות את הצורך לפתח תפיסת הורות שלצד ההיבטים הפרטיים של ההורות מביאה בחשבון גם את ההיבטים המוסדיים הציבוריים של ההורות. היבטים אלה אינם מאפשרים להשתמש בחוזה כתבנית המשפטית הנכונה לחשיבה על ההורות ולהסדרתה.

122 ושוב האנלוגיה לשיח המתגבש בדבר המוסדות הקנייניים עשויה להיות מועילה, וראו בהקשר זה את התנגדותם של Merrill & Smith (לעיל ה"ש 118), לחופש חוזי בהקשר לעיצוב המוסדות הקנייניים בשל רצונם להגן על צדדים שלישיים ועל אינטרסים ציבוריים רחבים; אולם השווה לדגן **קניין על פרשת דרכים**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 78–79, הסבור כי האינטרסים הציבוריים והערכים החברתיים צריכים לשמש בסיס לקביעת ברירת מחדל ועל פיהם יכוננו ויוסדרו המוסדות החברתיים, אולם ראוי לאפשר חריגה חוזית מהסדרים אלה. עם זאת גם דגן, מקבל כי במקרים קיצוניים כאשר התפקיד התרבותי של המוסד הקנייני מכריע יש להעדיף הסדרים קוגנטיים. אני סבור שכאשר מדובר במוסד ההורות, התפקיד התרבותי והמעורבות האינרנטית של צדדים שלישיים למתקשרים החוזיים יובילו לכך שגם על פי זה יהיה מקום רחב יותר להגבלת ההתקשרות החוזית.

123 ודוק, אינני סבור כי נכון לנצל את דיני ההורות כדי להנחיל או לקדם אינטרסים וערכים שאינם קשורים מהותית להורות. מנגד, אני סבור שנכון לקבוע דיני הורות שמטרתם כיוון התנהגות הורית ראויה רוחבית מעבר לאינטרסים והערכים הנקודתיים של ההורים ואפילו הילד הספציפי.

124 וראו ברוח זו בפסק דינו של השופט ויצמן בפרשת **שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 106, פס' 12 ("וקודם שנכנס לעומקו של דיון, אנו מוצאים להבהיר כי לא מצאנו לערוך בעניינו של הנדון בדיקה באשר לסוגיית טובת הקטין בהכרח בבת הזוג כהורה נוסף [...] שכן אנו מניחים לצורך הדיון שלפנינו כי בת הזוג מיטיבה עם הקטנים וכי הם עצמם רואים בה כאם לכל דבר ועניין, וכי אפשר גם אפשר, שטובתם, ולו זו הפרטית, תהא בהכרח בת הזוג כהורה נוסף. אנו סבורים כי אף אם נקבל הנחות אלו כעובדה מוגמרת אין מקום להכיר בהורותה של בת הזוג על הקטנים מהטעמים שיפורטו להלן").

המטרות של הרגולציה של ההורות הינה עיצובו של אתוס חברתי שישקף אתיקה ראויה של הורות ושל המשולש המורכב של יחסי הורים-ילדים-מדינה.

מהי אפוא האתיקה ההורית המנחה, או למצער זו האמורה להנחות את תפיסת ההורות בחברתנו? הגם שהמסגרת הנוכחית אינה מתאימה לדיון מקיף בעניין, אני סבור שדיני הורים וילדים הקיימים עשויים להוות נקודת מוצא טובה לזיהוי אתוס זה ולפיתוחו.¹²⁵ עיון בדיני הורים וילדים של המשפט הישראלי, כמו גם מדינות נוספות במערב ובאזנות בין-לאומיות, יגלה שלמרות הבדלים בפרטים חשובים ניתן להצביע על כמה קווים משותפים לתפיסת אתוס ההורות. ראשית, אתוס ההורות המשתקף בקווים משותפים אלו כולל בראש ובראשונה דחיית הגישה המסורתית שראתה בילדים שייכים להוריהם אגב התנגדות עמוקה להחפצת ילדים והתייחסות אליהם כאל טובין.¹²⁶ חלף הגישה הבעלותית-קניינית דיני הורים וילדים מציבים את טובתם של ילדים¹²⁷ ואת המחויבות לזכויותיהם¹²⁸ כעקרונות המנחים של התחום. אף שהדין המודרני דוחה את הגישה הקניינית המסורתית, הוא מכבד את האוטונומיה ההורית,¹²⁹ ועמדת המוצא שלו היא שההורים הם המוסמכים לקבל החלטות בענייני ילדיהם, ועל המדינה למעט בהתערבות בהחלטות הנוגעות לילדים למעט במקרים של פגיעה ברורה בטובת הילד ובזכויות ילדים. בשיח המשפטי בישראל ובמדינות רבות בעולם ההכרה באוטונומיה ההורית מקבלת ביטוי בהכרה המשפטית בזכותם של הורים לגדל את ילדיהם ולקבל החלטות הנוגעות לגידולם.¹³⁰ עם זאת גם כאשר הדין המודרני מכיר בזכויות ההוריות, הוא מדגיש שאין מדובר בזכות רגילה,¹³¹ שנועדה לממש בראש ובראשונה את האינטרס של בעל הזכות,¹³²

125 אף בהקשר זה מוצע מהלך פרשני דבורקיאני המפרש את הדין הקיים באורו המיטיבי (ראו ה"ש 6 לעיל).

126 ראו Barbara Bennett Woodhouse, *From Property to Personhood: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 5 GEO. J. FIGHTING POVERTY 313 (1998).

127 ראו ס' 3 לאמנה, לעיל ה"ש 10, הקובע כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה" (ההדגשה הוספה – ש"ל). כן ראו שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 219–220. עוד ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה **דוח הוועדה: חלק כללי** 124 (2003); **זכויות הילד והמשפט הישראלי** (תמר מורג עורכת, 2010).

128 להבחנות בין גישת טובת הילד לבין הגישות הממוקדות בזכויות הילד ראו מאמרו של יחיאל קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" **המשפט** ז' 303, 305–306, 314–315 (2002). כן ראו Barbara Bennett Woodhouse, *Hatching the Egg: A Child-Centred Perspective on Parents' Rights*, 14 CARDOZO L. REV. 1747 (1992); John Eekelaar, *The Emergence of Children's Rights*, 6 OXFORD J. LEGAL STUD. 161 (1986).

129 על האוטונומיה ההורית ראו את הקדמת העורכים לקובץ RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES 4 (Rebecca Probert, Stephen Gilmore & Jonathan Herring eds., 2009).

130 על הזכויות ההוריות במשפט החוקתי האמריקאי ראו Margaret Ryznar, *A Curious Parental Right*, 71 S.M.U. L. REV. 127 (2018).

131 על המתח בין זכויות ילדים לתפיסה של זכויות הוריות על פי התפיסה הקונונציונלית של זכויות הממוקדות באינטרס של בעל הזכות ראו John Eekelaar, *What are Parental Rights*, 89 LAW Q. REV. 210 (1973).

אלא בזכות המלווה בחובה לפעול למען טובתם של ילדים.¹³³ לצד זאת יש המסתייגים מעצם ההמשגה של הזכות ההורית ומעדיפים לתאר את האחריות,¹³⁴ את הנאמנות¹³⁵ ואת

132 השוו בהקשר זה את Phillip Montague, *The Myth of Parental Rights*, 26 SOC. THEORY & PRACTICE 47 (2000) (השולל קיומו של אינטרס מוגן של ההורים באשר לדרך גידול ילדיהם ועל כן מתנגד למושג של זכויות הוריות); Samantha Brennan & Robert Noggle, *The Moral Status of Children: Children's Rights, Parents' Rights and Family Justice*, 23 SOC. THEORY & PRACTICE 1 (1997) (לדעתם ניתן להכיר בזכות ההורית ואפילו באינטרס ההורי, ובלבד שההכרה באינטרס זה משרתת במכלול הרחב יותר את הגשמת טובת הילד); HARRY BRIGHOUSE & ADAM SWIFT, FAMILY VALUES: THE ETHICS OF PARENT-CHILD RELATIONSHIPS 86–111 (2016) (המתחייחים לאינטרס ההורי ולטובת הילדים כמעורבים ומשולבים זה בזה בדרך כלל).

133 ראו בנושא זה את פסק הדין בעניין Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000), וכן פסק דין ישן בעניין שאותו הוא מצטט בעניין Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 535 (1925): "The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations" Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority and Lord faster בעניין "parental: Dep't of Health & Soc. Sec., [1986] 1 A.C. 112 (HL) (appeal taken from Eng.) rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. they exist for the benefit of the child and they are justified only in so far they enable the parent to preform his duties toward the child". עוד אזכיר את חוק היסוד בגרמניה (ראו Grundgesetz [GG] [Basic Law], "The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty" (ההדגשה הוספה – ש"ל). ברומה לזה, אף בישראל הדוגלים בשפת הזכויות ההוריות מכירים בכך שהזכות ההורית אינה זכות רגילה הממוקדת באינטרסים של בעל הזכות, אלא מדובר בזכות שהיא חובה המוטלת על הורים לדאוג להגשמת טובתם של ילדים ולמימוש זכויותיהם. ראו עניין נחמני, לעיל ה"ש 87, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן ("משהופך אדם הורה, מטיל עליו הדין חובה לדאוג לילדו. ולא בדאגה בעלמא עסקינן, כי אם בחובה להעמיד את טובת הילד בראש מעייניו"), וכן שם, דברי הנשיא ברק ("הורות היא מעמד יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. היא כרוכה בחובות ובזכויות"); ע"א 2266/93 פלוני (קטין) נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1995) ("יש המכנים את זכותו של הורה כלפי ילדו 'זכות מועברת' בשל היותה זכות הנושאת בחובה [...] והחובה האמורה היא חובתם הכללית של הורים כלפי ילדיהם [...] שניתן לסכמה כחובה הכללית של ההורים לפעול לטובת הילד, ולקבל החלטות [...] המקדמות את טובתו"); ע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1) 459, פס' 5 לפסק דינו של השופט כהן (1975) ("הזכויות שיש להורה בילדו, אף הן בגדר 'חובות' הן: ויפה קובע סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שהדאגה לצרכי הקטין היא גם חובה על ההורים וגם זכות להם"). עוד ראו בעניין זה את פסק דינה של השופטת דורנר בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 65 (1995) ("הזכויות שיש להורה הטבעי הן אפוא חובות").

134 לטענה כי מושג האחריות (Responsibility) הוא המושג המארגן בהצלחה את מעמדם של הורים כלפי ילדיהם. ראו משרד המשפטים "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" דו"ח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו 33–34 (2003), <https://bit.ly/2Xp9GIq>; האמנה, לעיל ה"ש 10, ס' 7–9. ראו גם את חוק הילדים האנגלי שאחד מחידושיו היה המעבר מטרמינולוגיה של זכויות הוריות לטרמינולוגיה של אחריות הורית Children Act 1989, p. I, §3 (Eng.). עוד ראו את אסופת המאמרים RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITIES, לעיל ה"ש 129. להגנה על מושג הזכויות ההוריות ועל שזכויות אלה עשויות לבטא אינטרסים עצמאיים של ההורים לצד אינטרסים של ילדים ראו Andrew Bainham, *Is Anything Now Left of Parental Rights?*, in RESPONSIBLE PARENTS AND PARENTAL RESPONSIBILITY 23 (2009). עם זאת גם ביניהם

האתיקה של הדאגה כמושגים המארגנים של יחסי הורים וילדים.¹³⁶ בספרות המחקר קיימת מחלוקת עד כמה ניתן להכיר באינטרס ההורי בגידול הילדים, כגון האינטרס לקבוע את מקום מגוריהם של הילדים ואת חינוכם הדתי, כאינטרס עצמאי ב־הגנה של ההורים. אולם, ומבלי להיכנס לעובי הקורה של המחלוקת, ברור לכול שטיב האינטרס ההורי אינו חפצי או בעלותי הממוקד בצורכי ההורה במנותק מן הילד, אלא מדובר באינטרס מוגן, שעיקריו הם גידול הילד, קבלת אחריות לו ודאגה לטובתו.¹³⁷

היבטים אחרים של אתוס ההורות שנרחיב בהם בהמשך הדברים קשורים בכך שהאחריות ההורית מוטלת על ההורים מעצם הגדרתם כהורים, והיא אינה מותנית בהסכמה מפורשת או משתמעת לתכנים הקונקרטיים שהדין מטיל בעקבות אחריות זו. נוסף על זה אף שהמדינה מאפשרת להורים לקבוע דגמים שונים של חלוקת אחריות הורית, עצם המחויבות של הורים כלפי ילדיהם אינה ניתנת להתנאה או לווייתור, אינה הדירה ואינה תלויה בסטטוס הזוגי של ההורים.¹³⁸

בשיח המשפטי הקיים, למרות הבדלי השקפות בעניינים ספציפיים העקרונות הבסיסיים שצוינו כמרכיבים את אתוס ההורות, ובמיוחד הדגשת האחריות ההורית והמחויבות לטובת הילד ולזכויותיו, מקובלים כמעט על הכול כעקרונות המנחים את דיני הורים וילדים לאחר שנקבעה זהות ההורים. לעומת זאת בהשראת הגישות ה"פרטיות", משקלם של שיקולי טובת הילד, זכויות הילד העתידיות והדגשת המחויבות ההורית, קטן בעת שנדונה זהות ההורה המשפטי,¹³⁹ והוא מצטמצם דרמטית כשמדובר ברגולציה של ההולדה – כל זאת בד בבד

(Bainham) מסכים כי זכויות אלו אינן בלתי מוגבלות, וכי לא ניתן לפגוע בילדים בשמן של זכויות הוריות.

¹³⁵ בשיח המשפט, יש המסתייגים מהטרמינולוגיה של זכויות הוריות המהדהדות בעיניהם את החשיבה המסורתית שאינה רגישה מספיק לעקרון טובת הילד ולזכויותיהם של ילדיהם. על פי גישות אלה הורים פועלים עבור ילדיהם כנאמנים ולא כבעלי זכויות. ראו למשל, Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 VA. L. REV. 2401 (1995).

¹³⁶ ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** 605 (2005). שלא כמו שיח הזכויות, המדגיש את האינטרס האישי ואת הנפרדות של חברי המשפחה, שיח היחסים מבוסס על אתיקה של דאגה ("ethics if care"), ומביא בחשבון את הקשרים המורכבים בין חברי המשפחה, את האינטרסים המשותפים ואת הניסיון ליישב סכסוכים בדרך המתאימה לרצונות ולצרכים של המשתתפים. על פי זפרן (שם), אף שעל המשפט להכיר באוטונומיה הנבדלת של הורים וילדים, יש להדגיש את הקשר הנמשך ביניהם ואת האינטרסים המשותפים של הצדדים.

¹³⁷ ראו BRIGHOUSE & SWIFT, לעיל ה"ש 132.

¹³⁸ בכל אלה ראו בהרחבה להלן תת-פרק ג.3(א).

¹³⁹ למקומם המוגבל של שיקולי טובת הילד בעת שנקבעת ההורות המשפטית ראו למשל David D. Meyer, *The Constitutionality of Best Interests Parentage*, 14 WM. & MARY BILL RTS. J. 857 (2006). ראו גם Naomi Cahn & June Carbone, *Which Ties Bind? Redefining the Parent-Child Relationship in an Age of Genetic Certainty*, 11 WM. & MARY BILL RTS. J. 1011, 1015–1016 (2003); NeJaime, *The Nature of Parenthood*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 2334 (המביע חשש מפני מקומם של שיקולי טובת הילד בהגבלת הורות). כן ראו עניין **ירוס-חקק**, לעיל ה"ש 29, שבו פסל בית המשפט את תוקף התקנה שדרשה בדיקת התאמת הורות של אם יחידנית. מדובר בפסק דין שניתן בסופו של דבר בהסכמה ומבלי שנושא טובת הילד נדונה בפני עצמה.

עם עלייתה של הזכות החוקתית להורות.¹⁴⁰ בניגוד למגמות הללו, ההכרה בתפקיד החברתי של המשפט ובהיבט הציבורי של ההורות מוליכה למסקנה כי להגדרת הורות במקרה נתון ולרגולציה של ההולדה יש השלכות רחב על הדרך שבה תעוצב תפיסת ההורות בחברתנו. השפעה זו יכולה להצדיק התערבות בהסדר הורי או בטכניקה של הולדה שהשפעות הרחב שלהן על תפיסת ההורות אינן ראויות.¹⁴¹ לכן גישה מוסדית לא תסתפק בהחלת אתוס ההורות על יחסי ילדים והורים לאחר שנקבעה זהות ההורה, והיא עשויה להתנגד להסדרים העוסקים בקביעת הורות או לטכניקות מסוימות של הולדה עוד בטרם היווצרות ההורות, משום שיש בהם כדי להדהד את התפיסה המסורתית שראתה בילדים רכוש של הוריהם, ובכלל זה הסדרים המתייחסים לילדים כאל נכס שניתן לסחור בו¹⁴² ולהורישו¹⁴³ או לחתור

140 על הזכות להורות ראו לעיל ה"ש 87. על צמצום תפקיד טובת הילד בפסקי הדין שעסקו ברגולציה של ההולדה ראו במאמרי ליפשיץ "הגישה המוסדית להורות", לעיל ה"ש 115. לטענה כי שיקולי טובת הילד הם בעלי תפקיד קטן או אמורי להיות בלא תפקיד כלל בעת הרגולציה של ההולדה ראו Cohen, *Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 73; ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" *דילמות באתיקה טכנולוגית* 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002). זוהי גם גישתו של ROBERTSON, לעיל ה"ש 64.

141 לדרך הראויה לעצב את אתוס ההורות ולהשפעתו הראויה על הזכות להורות ועל דיני קביעת ההורות ראו ליפשיץ "מבט מוסדי", לעיל ה"ש 115. האמור בטקסט הוא בתמצית בלבד, כאשר ההרחבות במאמר הנוכחי תהיינה רק להיבטים הנחוצים להקשר הספציפי.

142 על החששות מפני קומדיפקציה ראו ELIZABETH ANDERSON, *VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS* (1993); Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV 1850, 1851 (1987); צילי דגן וטליה פישר "על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ" *מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות* 93 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016). ליישום החששות בהקשר של דיני הורים וילדים ראו Garrison, *Law Making*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 859–866, ERTMAN, לעיל ה"ש 46, בעמ' 33–34; MARGARET J. RADIN, *CONTESTED COMMODITIES: THE TROUBLE WITH TRADE IN SEX, CHILDREN, BODY PARTS, AND OTHER THINGS* 139 (1996).

143 בהערת אגב, אבקש להדגים את חששותיי באמצעות הסוגיה של השימוש בזרע של נפטר לאחר מותו לצורך הולדה. בחברה הישראלית יש המעודדים בני אדם לשאוב זרע שישמש להפריה לאחר מותם, ופעולה כזו מלווה בהנחיות באשר לזרע, המכונות "צוואה ביולוגית" (אירית רוזנבלום "צוואה ביולוגית" *משפחה חדשה* <http://bit.ly/3oqve3f> (ביקור אחרון ביום 7.1.2020)). כהמשך לכך, השיח המשפטי בנושא ממוקד באוטונומיה של הנפטר ובקביעת חזקות שנועדו להגשים את רצונו המשווער, ראו "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" *הנחיות היועץ המשפטי לממשלה* 1.2202 (התשס"ג); בע"מ 7141/15 *פלוגית נ' פלוגית* (נבו 22.12.2016); בע"מ 1943/17 *שחר נ' מדינת ישראל* (נבו 15.8.2017); בע"מ 6046/18 *היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית* (נבו 2.9.2019). לעומת זאת שיקולים נוספים מלבד רצונו המשווער של בעל הזרע – ובכללם טובתם של ילדים עתידיים וההשלכה של הולדת ילדים ליתמות מתוכננת על מעמד ההורות – אינם מקבלים לדעתי את הביטוי הראוי להם, ובהיקף הנדרש לסוגיה זו בפסק הדין. נוסף על זה, אין נדונות ההשלכות של מתן הלגיטימציה ואפילו התמיכה באפשרות של אדם להביא ילד ללא קבלת אחריות לגידולו. שיח כזה פוגע ברצון להנחיל אתוס חברתי שלפיו ילדים אינם רכוש של הוריהם, וככאלה אינם ניתנים למסחור ולהורשה, וכי פעילות הורים בכל הנוגע לילדיהם חייבת להתמקד בטובתם של ילדיהם או למצער, כפי שאטען בהמשך, בקשר שבין הורים לילדיהם ולא רק באינטרסים וברצונות שלהם למימוש עצמי, להמשכיות לאחר מותם או להצבת זכר לקרוביהם. המסגרת הנוכחית אינה מתאימה להצעת הסדר מקיף בסוגיה, אך אסתפק בהתרעה כי ההתמקדות באוטונומיה של הנפטר וברצונו המשווער אינה מתחשבת מספיק בהשלכות שיח זה על אתוס ההורות.

תחת מרכזיות טובת הילד בכל פעולה הנוגעת לילדים. נוסף על זה, אתוס ההורות ניצב כשיקול כנגד טכניקות והסדרים אשר בשם ההגנה על האוטונומיה של ההורים וזכויותיהם ההוריות חותרים תחת היבטי החובה וקבלת האחריות שבהורות,¹⁴⁴ וכנגד אתיקת הדאגה של הורים כלפי ילדיהם.¹⁴⁵ לבסוף, גישה מוסדית תתנגד בשם אתוס ההורות להסדרים העוסקים בקביעת הורות הפוגעים בהיבט הלא הדייר שבמחויבות ההורית.

חשוב להבהיר שהגישה המוסדית להורות ונכונותה להגביל הסדרי הורות מסוימים בשל שיקולים ציבוריים, כגון העלות של הסדרי הורות מסוימים לחברה בכללותה וההשפעה הרוחבית של הסדר הורי מסוים על תפיסת ההורות בחברה ועל המוסד החברתי של ההורות, אינה זהה לגישה שמרנית המקדשת את הדרך שבה נתפסה והוגדרה הורות מאז ומעולם. להפך, הגישה מכירה בכך שההגדרות המסורתיות של הורות, התופסות אותה כמגבלת לקשר הטרוסקסואלי המושתת על נישואים בין גבר לאישה, אינן מתאימות עוד למציאות החברתית הקיימת ולערכים שהיא משקפת. משום כך הגישה המוסדית דורשת מן המשפט לסייע לחברה להתאים את המוסד החברתי של ההורות לרוח הזמן ולהתפתחויות הטכנולוגיות.¹⁴⁶

עם זאת כחלק מן ההיבט המוסדי, גם כאשר נדרשים שינויים והתאמות של הגדרת ההורות, יש לנקוט דרכי זהירות, להשתמש ב"שלד" של המוסדות הקיימים ולהימנע משינויים תכופים שאינם הכרחיים.¹⁴⁷ "גישה מוסדית" אף אינה מתנגשת עם ערך האוטונומיה ועם הזכות להורות. להפך, חלק מאתוס ההורות ומהערכים החברתיים שניתנים לקידום

להרחבה בעניין זה ראו Lifshitz, *Neither Nature nor Contract*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 329–330; זפרן "משפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26.

144 בהקשר דומה ראו R. McDougall, *Acting Unparentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 601 (2005). במאמר זה טוען המחבר שבמוקד ההורות חייבת לעמוד הדאגה לצמיחה ולפריחה של הילד, ועל כן הסדרים מסוימים של הנדסה גנטית הממוקדים ברצון של ילדים לשבט את עצמם או לחנן את ילדיהם כרצונם סותרים את ערך ההורות. עוד ראו Dena S. Davis, *Genetic Dilemmas: Reproductive Technology, Parental Choices, and Children's Futures* (2nd ed. 2010), הטוענת שניסיון של הורה לגדל ילד בדרך מסוימת המתאימה לשאיפות ההורה שיהיה כמוהו מחפיצה ילדים ופוגעת בחובה הקנטיאנית להתייחס לכל אדם כמטרה בפני עצמו.

145 ליישום גישה האתיקה של הדאגה והלוגיקה הקישורית בהקשר של סוגיית קביעת ההורות ראו זפרן "משפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26. גישתה של זפרן מפורטת ומורכבת. אני שותף לעמדותיה בהיבטים רבים אך סבור כי היא נותנת משקל פחות להיבט המוסדי של המשפט ומשום כך מעדיפה בחינה אינדיווידואלית אד הוק של המקרה על פני קביעת כללים ברורים השוקלים גם שיקולי רוחב. להתייחסות רחבה לגישתה של זפרן ראו ליפשיץ "מבט מוסדי", לעיל ה"ש 115.

146 וראו בהקשר זה את דבריו היפים של פרופ' שיפמן: "טבען של מסגרות משפחתיות חדשות שאין הן נוצרות על-פי-חוק, אלא הן מתקיימות מכוח רצונם של הצדדים להמשיך לחיות בהן. אם הן בגדר תופעות שוליות, קוריוזיות, המשפט יכול להעלים עיניו מהן. אך אם הן מתרחבות, סופן שהן כופות עצמן על המשפט, הנאלץ לאוורר את מושגיו, לקלוט רעיונות חדשים ולפרוש את חסותו עליהן לאחר שהן כבר נוצרו בלעדיו וקנו להן אחיזה של ממש במציאות החברתית" (שיפמן **משפחה החדשה**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 645).

147 השוו לדברי השופט הנדל בפרשת **מור יוסף**, לעיל ה"ש 67, פס' 25, שלפיו יש להימנע משינויים מהירים מדי, שכן חשוב "לשמור על היציבות, הרצף והעקרונות המנחים החשובים בעולם המשתנה בו אנו חיים".

באמצעות מוסד ההורות קשורים בהכרח בטיפוח השונות הקיימת בחברה וכן בהגבלת כוחה הכופה של המדינה. ברוח זו, כפי שאסביר בהרחבה להלן, קיימים שיקולים כבדי משקל התומכים במתן כבוד לבחירות שונות של פרטים בנוגע להחלטות הקשורות בהורות ולרתיעה המסורתית מביקורת ציבורית הדוקה מדי על בחירותיהם של פרטים בעניינים הללו.¹⁴⁸ ובכל זאת, על פי הגישה, גם אם לצורך מימוש האוטונומיה של הפרטים השונים, נדרש המשפט להכיר במגוון דפוסים הוריים ולרסן את עצמו מקביעת מגבלות רבות מדי על הולדה. המשפט אינו יכול להתחמק מן האחריות הטמונה במתן לגיטימציה, לא כל שכן תמיכה, בסוג מסוים של טכניקה של הולדה. ודאי שהמשפט אינו יכול לחמוק מאחריותו לקביעת הזהות המשפטית של ההורים ולהסתתר מאחורי טענות טבעיות או הסכמות, שאף הן אינן חפות מהכרעות ערכיות. על כן על המשפט לאזן בין השיקולים הציבוריים הקשורים להגדרת ההורות לבין הרצון להגביל את כוחה של המדינה ולחזק את חופש הבחירה של פרטים בכל הקשור למימוש הורות. אולם בסופו של דבר המשפט אינו יכול להעניק, בשם האינטרסים הציבוריים, צ'ק "פתוח" לכל דפוס משפחתי ולכל רצון של יחיד להיות הורה.¹⁴⁹ מבלי לבחון אותו לפי טובתם של הילדים המעורבים ולפי התאמתו למרכיב החובה והאחריות שבהורות,¹⁵⁰ ובמקרים מסוימים אף לאינטרסים ציבוריים נוספים.

ביסוס ופיתוח מלא של גישתי להיבט הציבורי-מוסדי של ההורות, ובכלל זה, הדרך שבה ראוי לעצב את אתוס ההורות ויישומו במכלול רחב של נושאים הכלולים בדיני ההורות, חורגים מהיקפו של המאמר הנוכחי, ואני מתכנן לעסוק בכך במאמרים עתידיים. במאמר זה אסתפק בכך שאראה כיצד מודעות להיבטים המוסדיים של ההורות חשובים לא רק מנקודת מבט דסקריפטיבית, המתארת את המצב הקיים, אלא גם כבסיס לחשיבה נורמטיבית עתידית על הסדרת ההורות. בהקשר של המאמר הנוכחי, הממוקד בסוגים השונים של הסכמות לשלילת אבהות, אראה כיצד שיקולים מוסדיים משלימים את הטיעונים שהועלו בחלקים הקודמים כדי להסביר מדוע, או ליתר דיוק כיצד, שיטות משפט ובכללן המשפט הישראלי דוחות את ההסכם לשלילת הורות ובו־זמנית תומכות בהליך תרומה מן התורם האנונימי. במובן זה הדיון במאמר יסייע להסיר את הלוט מההצגה הקיימת של ההורות במשפט הישראלי כמבוססת בעיקרה על גישה "ביולוגית-טבעית" ואת תפקיד המשפט בקביעת ההורות כתפקיד פסיבי, ויסייע לחשוף את התפקיד המורכב והמכונן שהמשפט מקבל עליו בעת קביעת ההורות והרגולציה שלה. נוסף על זה, בשל השיקולים המוסדיים שבבסיס הגישה אבקש לתמוך בהגבלות, וייתכן שאפילו באיסור על תרומת זרע מתורם ידוע.

148 ראו להלן תת-פרק ד.3 על הרעיון "המוסדי".

149 והשוו דבריו של השופט פוגלמן בעניין **ארד-פנקס המשלים** (לעיל ה"ש 87): "זהו מסר שלטוני פוגעני, החוטא לחובתה הבסיסית של המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו" (ההדגשה הוספה – ש"ל).

150 במאמרי ליפשיץ "מבט מוסדי", לעיל ה"ש 115, תוצג ההסתייגות מהגישה הפרטית הקיצונית כפי שהיא משתקפת בדברים הנ"ל תוך שאני מסביר מדוע דווקא גישה ציבורית טמונה התמודדות ראויה יותר עם הגישות השמרניות המדברות בשם ערכי המשפחה המסורתיים.

3. הגישה המוסדית להורות כבסיס להבחנה בין הסכמים לשלילת הורות לבין תרומת זרע

בפרק הקודם הצגתי שלוש נקודות מבט "פרטיות", האחת ממוקדת בהסכמת ההורים המיועדים להורות; השנייה ממוקדת בהבחנה בין טובת הילד הקיים לזו של הילד העתידי; השלישית ממוקדת בזכות להורות. להסכמת הצדדים הרלוונטיים, לשיקולי טובת הילד ולזכות להורות תפקיד חשוב אף על פי הגישה המוסדית. עם זאת, תפקיד זה נתפס ומפורש בדרך שונה מהתפיסה והפרשנות הניתנת להם על פי הגישות הפרטיות. בחלק זה נציג את עמדת הגישה המוסדית להבחנות הפרטיות המבוססות על הסכמה, על שיקולי טובת הילד ועל הזכות להורות. בחלק הבא אציג נקודת מבט ושיקולים חדשים שמקורם ברגישות המוסדית-ציבורית של הגישה ושמקומם נעדר מהגישות הפרטיות.

(א) הטיעון המוסדי נגד הסכמות לשלילת הורות

הגישה המוסדית מצטרפת להתנגדויות המקובלות למתן תוקף להסכמים שוללי הורות בשל פגיעתם בזכויות של הילדים לתמיכה כלכלית ולקשר עם שני הוריהם.¹⁵¹ בכך עוקבת הגישה אחר הכלל המושרש בדיני הורים וילדים שלפיו כל הסכם בין הורים הנוגע לילדיהם כפוף לעקרון טובת הילד.¹⁵² במקרים שבהם ההסכם לשלילת ההורות נערך בעת שהאשה פגיעה במיוחד, ושההורים המיועדים נתונים בטלטלה רגשית, למשל בעת ההיריון או זמן קצר לאחר הלידה, הסכמים אלה חשופים בשל נסיבות כריתתם לטענות של פגמים ברצון ושל ניצול פערי כוחות במידה רבה יותר.¹⁵³ נוסף על זה, כחלק מרגישותה לאינטרסים הציבוריים הגישה עשויה להתנגד להסכמים שוללי הורות בשל העברת הנטל מן ההורה המתנער לציבור בכללותו.¹⁵⁴ אולם נוסף על הפגיעה הפוטנציאלית בצדדים הקונקרטיים המעורבים במקרה הספציפי ובאינטרסים הכלכליים של הציבור, התנגדותה של הגישה המוסדית להסכמים שוללי הורות נעוצה בעיקרה בחשש מפני פגיעה בשני היבטים חשובים של אתוס ההורות: רכיב קבלת האחריות ורכיב אי-ההדירות.¹⁵⁵

¹⁵¹ ראו לעיל ה"ש 13–16.

¹⁵² ראו Shahar Lifshitz, *The Best Interest of the Child and Spousal Laws*, in *THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* 45 (Ya'ir Ronen & Charles W. Greenbaum eds., 2008). לאופי הקוגנטי של חובת ההורים כלפי ילדיהם ראו גם עניין *Bassett*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 1201: "The rights of support and meaningful relationship belong to the child, not the parent; therefore, neither parent can bargain away those rights". כך ראו Margalit, לעיל ה"ש 14. מרגלית מבקש להגדיר את ההורות כסטטוס מודרני. כלומר קביעת ההורות תהיה בהסכמה, אך תכניה ייכפו על פי החוק. לתיאור ההיבט הכופה של דיני הורים וילדם הקיימים ראו גם Forman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 90 (פורמן סבורה כי יש לרכך היבט זה של הדין הקיים).

¹⁵³ ראו לעיל ה"ש 66–70.

¹⁵⁴ ראו לעיל ה"ש 20.

¹⁵⁵ והשוו לטיעון הרחב יותר של אליזבט אנדרסון (ANDERSON, לעיל ה"ש 142) על שבניגוד לתפיסות המקובלות שלפיהן התקשרות חוזית נוגעת אך ורק לצדדים להתקשרות, במצבים מסוימים עצם ההכרה בהתקשרות או בסחרות של נושא מסוים כגון בדוגמה שהיא עוסקת בה ביחסי מין, תשפיע לא רק על הצדדים המעורבים אלא גם על היחס החברתי הכללי לנושא. ראו גם Radin, *Market-Inalienability*, לעיל ה"ש 142; דגן ופישר, לעיל ה"ש 142, בעמ' 93.

על פי אתוס ההורות כפי שהוא משתקף בדיני הורים וילדים, מי שהביא להולדתו של ילד נושא באחריות כלפיו,¹⁵⁶ כפי שהיא קבועה בדין – גם אם לא קיבל עליו את המחויבויות הקבועות בדין כלפי ילדיו במובן החוזי הרגיל. יתרה מזאת, אפילו הסכמת ההורה השני לקבל עליו את מכלול המחויבויות ההורות לא תסייע, שכן חלק ניכר מדיני הורים וילדים הם קוגנטיים, וכל הסכם בין ההורים כפוף לעקרון טובת הילד. נוסף על זה, על פי עמדה הרווחת במרבית העולם המערבי, לא רק התכנים הקונקרטיים של המחויבות ההורית אינה תלויה ברצונו של ההורה אלא גם עצם הנכונות להיות הורה, שכן מי שהביא לעולם ילד גם אם לא התכוון לכך, אחראי כלפיו, אפילו במקרים שבהם נטען כי האם הולכה את האב שולל.¹⁵⁷ בכך נבדלים דיני הורים וילדים מדיני הזוגיות שבהם חופש החוזים – הן בנוגע לעצם הכניסה למחויבות הזוגית והן בנוגע לתכניה – הולך וכובש מקום רב יותר, והאתוס החברתי המסתמן הוא שמדובר במחויבות רצונית התלויה בהסכמה המשותפת של הצדדים.¹⁵⁸

זאת ועוד, כחלק מן המגמה הליברלית התומכת בזכות ההתנתקות מקשרים וממסגרות, אף דיני הגירושים המערביים מקדמים את הרעיון שלפיו כל צד יוכל לנתק את הקשר הזוגי.¹⁵⁹ לעומת זאת, בתחום דיני ההורים והילדים קיימת הסכמה רחבה שהורה אינו יכול להחליט החלטה חד-צדדית על סיום מחויבותו כלפי ילדיו. אולם במציאות שבה חשיבה

156 ראו ע"א 664/71 מרחב נ' גיא, פ"ד כו(1) 701, פס"ו לפסק דינו של השופט קיסטר (1972) ("להסכם בין הורים הקובע כי ילדם לא יוכר על-ידי האב אין כל תוקף, הואיל וההורים אינם זכאים לשלול מן הילד את הזכות לבקש לקבוע מיהו אביו"). כן ראו בע"א 3077/90, לעיל ה"ש 36, פס"ו 36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין ("ילד" של אדם הוא ילדו הטבעי, יוצא-ירכו. אין ילד 'חוקי' ובצדו ילד 'בלתי חוקי'. אדם חייב במזונות יוצא-יחלציו באשר יוצא-יחלציו הם").

157 עניין זה בא לידי ביטוי בולט בעמדה הרווחת במרבית העולם המערבי שלפיה מי שהביא לעולם ילד, גם אם לא התכוון לכך, אחראי כלפיו אפילו במקרים שבהם נטען כי האם הולכה את האב שולל. לדין בעולם המערבי בנושא זה ראו Michael J. Higdon, *Fatherhood by Conscript: Nonconsensual Insemination and the Duty of Child Support*, 46 GA. L. REV. 407, 426–431 (2012); Michelle Oberman, *Sex, Lies, and the Duty to Disclose*, 47 ARIZ. L. REV. 871, 891 (2005). לדין בישראל ראו שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 173; וכן בהרחבה קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" **משפטים** מח 521 (2019) (הסוקרת שלושה דורות של הפסיקה הישראלית בעניין). כן ראו בדברי הנשיא שמגר בע"א 5942/92, לעיל ה"ש 14, בעמ' 844: "גבר המקיים יחסי מין צריך להיות ער לכך, כי בעשותו כן הוא נוטל על עצמו אחריות לכל התפתחות היכולה לנבוע בדרך הטבע מקיום היחסים. רצונו או אי רצונו בהולדת הילד אינם רלוונטיים"; תמ"ש (משפחה חי') 29051/04 **פלוני נ' אלמוני**, פס"ו 51 (נבו 29.6.2006): "אף אם נטען שהילד בא לעולם בניגוד לרצונו המפורש של האב, ואף אם אמו נתעברה בדרך שאינה הוגנת, אין הדבר פוגע בזכות הילד למזונות מאביו". לביקורת על מדיניות זו של בית המשפט ולקריאה לריכוך המחויבות של הורה בעל כרחו ראו לאחרונה חזי מרגלית "מגניבת" זרע ועד ל'זהר התורם' – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" (טרם פורסם) (טיוטת המאמר מצויה אצל המחבר). לעמדה הפוכה ראו יפת, שם. ודוק, אף אם חלק מן ההצדקות לכלל זה נעוצות בכל זאת בהטלת אחריות מעין רצונית על האב בכך שנטל את הסיכון להבאת הילד לעולם, הדבר ממחיש שאין מדובר במחויבות חוזית במובנה הרגיל.

158 ראו Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 22–23.

159 על נושא זה עמדתו בהרחבה במאמרי שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" **עיוני משפט** כח 671, 694–695 (2005).

ליברלית-אינדיבידואליסטית אטומיסטית רווחת כל כך קשה מאוד לשמר את יחסי הורים וילדים בבעה שאינה מושפעת ממגמות אלה. משום כך יש האומרים שהאווירה המקדשת את החופש של פרטים להתנתק ממחויבויותיהם חדרה ליחסי הורים וילדים והובילה להתנערות של הורים, לרוב אבות, ממחויבויותיהם כלפי ילדים.¹⁶⁰ על רקע זה היה מי שביקש לערוך קמפיין חברתי וציבורי המבקש להטמיע את חשיבותה של האחריות ההורית ואי הדירותה גם במקרה של פרדה של ההורים, או בהיעדר מערכת זוגית מלכתחילה.¹⁶¹ בשל אווירה זו ובשל תפקידו של המשפט בהבניית מוסדות חברתיים אני סבור כי אחד מהשיקולים שצריכים להנחות את דיני ההורות הוא הרצון לעצב את ההורות כמוסד המבטא מחויבות לא הדירה. עניין זה חשוב בראש ובראשונה ל"ההורות הביולוגית" כדי לשקף מסר חברתי חסר פשרות שלפיו אדם שהביא ילד לעולם, ואפילו מדובר במי שהשתתף בקיום יחסי מין ונטל סיכון להולדתו של ילד כאמור, חייב לקבל עליו אחריות לתוצאות מעשיו בלי קשר ליחסיו הזוגיים עם האם.

אתוס זה חשוב לא רק בהקשר של ההורות הביולוגית אלא גם, ואולי אפילו ביתר שאת, בהקשר של הורות המבוססת על האימוץ. קחו למשל סוכנות אימוץ הקובעת כללי "החזרת מוצר" ולפיהם יוכלו ההורים המאמצים, כעבור שנה מיום האימוץ, להחזיר את הילד לסוכנות. מלבד הפגיעה הנקודתית בטובת הילד, כלל חוזי כזה, אם יקבל תוקף על ידי המדינה, יהיה בעל משמעות רוחב לכל תפיסת ההורות של הורים מאמצים בכלל ולא תאוס משום כך גם אם ההסדר המאפשר חזרה מן האימוץ מוסכם על הסוכנות ועל ההורים, ואף אם נניח שבמקרה הנקודתי טובת הילד היא שיימצאו לו הורים חלופיים על פני הורים שאינם רוצים בו, יש להביא בחשבון גם את השפעת הסדר כזה על מוסד האימוץ בכלל. בדומה לזה, להדגשת ההיבט הלא הדיר של ההורות קיימת חשיבות רבה במקרים שבהם אחד מן ההורים הוא ההורה הביולוגי, והורותו של ההורה השני בוססה מלכתחילה על הקשר הזוגי שבינו לבין ההורה הביולוגי. במקרים מסוג זה על המשפט להטמיע את המסר כי גם אם הכניסה להורות הייתה דרך ה"שער הזוגי", ההורות עומדת בפני עצמה ובנפרד, גם אם הקשר הזוגי התפרק. לעניין זה חשיבות רבה בתקופה האחרונה במשפט הישראלי בשל התקבצותם של מקרים בעלי מאפיינים דומים, המוכרים לי אישית, הגם שרובם לא הגיעו לפסק דין סופי, של בני או בנות זוג מאותו המין, שבעת פירוד ביקשו בהסכמה לבטל את צו ההורות הפסיקתי.¹⁶² אף אם הסכם כזה תואם את רצון בנות הזוג, מתן תוקף להסכם כזה

160 ראו DAVID L. CHAMBERS, MAKING FATHERS PAY: THE ENFORCEMENT OF CHILD SUPPORT (1979); Cynthia R. Mabry, *Disappearing Acts: Encouraging Fathers to Reappear for Their Children*, 7 J.L. & FAM. STUD. 111 (2005).

161 ראו Obama's Father's Day Remarks, N.Y. TIMES (June 15, 2008), <http://nyti.ms/3q0W4iR>.
162 עם ירידת מאמר זה לדפוס התפרסם פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב עמ"ש (ת"א) 53065-11-20 ל' ב' נ' א' ב' א' (נבו 6.6.2021), שבו בהדיר בית המשפט שביטול הורות הוא צעד חריג שבחריגים. בית המשפט התבסס בין היתר על גרסה מוקדמת של המאמר הנוכחי. השוו לפסק הדין של סיגלית אופק שהכריעה בעקבות חוות דעת פסיכולוגית שתמכה בכך על ביטול צו אימוץ לאחר שבנות זוג מאותו המין נפרדו. פסק דין זה בוטל בהסכמה בבית המשפט המחוזי בתל אביב. ראו אמ"צ (ת"א) 25973-10-17 פלונית נ' אלמונית (נבו 27.10.2020).

מאת הרשויות יחתור תחת אתוס ההורות כמחויבות שאינה הדירה ותחת תפיסת ההורות הלא ביולוגית כהורות שוות ערך להורות הביולוגית. לכן הגישה המוסדית תתנגד להסכם כזה גם אם הוא משתלב עם רצון בנות הזוג, ואפילו אם ניתן להעלות את הסברה שהוא תואם את טובת הילדים במקרה הנקודתי.

לנוכח המקובץ לעיל, אני סבור ששיקולים מוסדיים והגנה על אתוס ההורות מוסיפים עומק להתנגדות המושרשת במרבית שיטות המשפט כלפי הסכמים שוללי הורות. לשיטתי, מתן אפשרות למי שהביאו ילד לעולם להחליט החלטה פרטית כי אחד מהם לא יישא במחויבות הכרוכה בכך ולא יקבל עליו אחריות כלכלית ואישית לילד מנוגד לערכי האחריות והמחויבות לטובת הילד שדיני הורים וילדים מבקשים להנחיל. יתרה מזו, גם אם ניתן להעלות את הסברה שבמקרים מסוימים טובת הילד המסוים מצדיקה את שלילת ההורות מההורה שלא חפץ בילד מלכתחילה, או את הסברה שלפיה כפיית הורות על הורים שלא רוצים בה תפגע באיכות ההורות הכללית, השיקולים הרוחביים המבקשים להעצים את האחריות המוטלת על מי שהביא לעולם ילד, או אפילו על מי שנטל סיכון כי בשל מעשיו ייוולד ילד גם אם לא חפץ בכך, מצדיקים קביעת כלל משפטי רוחבי וגורף שנועד לבסס את האתוס החברתי שלפיו האחריות של אדם כלפי ילדיו אינה תלויה ברצונו המתמשך והיא אינה הדירה.

עד כה הסברתי מדוע גישה מוסדית תצטרף לגישות השוללות מכול וכול את תוקפו של הסכם לשלילת הורות. כזכור, הגישה ההסכמית ביקשה להבחין בין הסכם לשלילת הורות הנערך בדיעבד לבין ההסכמה לתרומת הזרע, הן במקרה של התורם הידוע והן במקרה של התורם האנונימי, הנערכת מלכתחילה. על פי גישה זו, בשל העובדה שהסכמה של התורם ושל הנתרמת לתרומת הזרע ולשלילת מעמדו של האב נערכת לפני יצירת הוולד מדובר בהסכמה שקולה ומודעת שיש לכבדה. ברם מנקודת המבט המוסדית הכשל בהסכמים לשלילת הורות אינו טמון בכך שההסכם אינו משקף את רצונם של כל הנוגעים בכך אלא בפגיעה בטובת הילד ובאתוס ההורות. פגיעה כזו קיימת גם כאשר מדובר בהסכם מודע ושקול שנערך מתוך רצון חופשי של כל הצדדים. משום כך עצם ההסכמה של שני ההורים הגנטיים על הסדר שישלול מן האב הגנטי את מחויבותו אינו יכול להצדיק כשלעצמו, ללא סיבות נוספות את אימוץ ההסדר המוסכם.¹⁶³ משום כך התנגדותה הנחרצת של הגישה המוסדית להסכמה לשלילת הורות אינה ניתנת לריפוי אך ורק בשל מרכיב הזמן ויישוב הדעת המתקיימים במקרים של תרומת הזרע האנונימית, כמו גם בזו שמקורה בתורם הידוע.

(ב) הגישה המוסדית וטובת הילד שלא נולד

כישלונה של הלוגיקה ההסכמית להעניק לגיטימציה לפרקטיקת תרומת הזרע מוליך אותנו לבחון אם ההבחנות המבוססות על טובת הילד עשויות להתקבל על דעתה של הגישה המוסדית. כזכור, בפרקים הקודמים הצגתי את הגישה אשר בהשראת הסוגיה הנזיקית הידועה כ"הולדה בעוולה" והגישה הפילוסופית הידועה כ-"non-identity problem" שוללת את ההתחשבות בטובת הילד העתידי כשיקול המגביל שימוש בטכניקה של הולדה, למעט

163 עם זאת הגישה המוסדית עשויה להבחין בין הסכמה חפוזה לשלילת הורות להסכמה מלווה ביישוב הדעת ובקבלת אחריות כחלק מהעיצוב המוסדי של מוסד התרומה.

מקרים קיצוניים של חיים שאין ערך לחיותם.¹⁶⁴ על בסיס גישה זו הוצע להסביר את ההבחנה בין ההסכם לשלילת הורות העוסק בילד שכבר נולד לבין תרומת הזרע האנונימית העוסקת בילד שלא ייוולד בלא התרומה, ועל כן לא ניתן להצדיק את האיסור על התרומה בשם טובתו.

הזכרתי כי מרבית שיטות המשפט אינן מאמצות גישה זו. לכן, במקרים שבהם טכניקה מסוימת של הולדה או קביעת הורות בדרך מסוימת עלולות לפגוע פגיעה קשה באיכות החיים של ילדים – שיטות משפט אלו רואות בכך שיקול חשוב להגבלת הטכניקה או לקביעת ההורות, גם כאשר טוב לו לילד הקונקרטי שנולד משלא נולד.¹⁶⁵ בעיניי, הטיעון המבוסס על non-identity problem (שעליה כאמור פורט לעיל), אכן מקשה על ביסוס רגולציה של הולדה, ובכלל זה גורם לרתיעה מתרומת זרע אנונימית לאם יחידנית על בסיס הגנה על טובת הילד העתידי הפרטי. לעומת זאת ההיבט המוסדי-ציבורי של ההורות פותח פתח רחב בהרבה לשיקולי מדיניות המבוססים על ההשפעה הצפויה של ההורות על איכות החיים של ילדים עתידיים.

ראשית, ברמה האינסטרומנטלית, הגישה המוסדית רגישה לביקורת הממוקדת באינטרס הציבורי ובחשש שללא פיקוח על הולדה האחריות על חלק מן הילדים שיוולדו תדרוש משאבים מן הציבור.¹⁶⁶ אולם בעיניי עיקר הבעייתיות בטיעון נגד התחשבות בטובת הילד שלא בא לעולם כפי שהוצג לעיל, נעוצה באתיקת ההורות ובהשפעה על אתוס ההורות. לשיטתי, הגבלה של טכניקות הולדה שעלולות להקשות במידה מוגזמת על חייהם של ילדים ולגרום להם סבל, נובעת לא רק מהגנה על ילד עתידי ספציפי אלא גם, ואולי בעיקר, מתוך רצון להבנות את ההורות כמוסד המעמיד במרכז את האחריות ההורית ואת הדאגה לטובתם של ילדים בכלל. הגם שהזכות להורות מבוססת במידה רבה על כמיהתו של אדם להיות הורה, כמיהה זו אינה יכולה להיות מנותקת מן האחריות לטובתם של כלל ילדים עתידיים ולדאגה לאיכות חייהם אגב מתן משקל לשני ההיבטים גם יחד. משום כך, גם כאשר טובתו של הילד המסוים אינה יכולה להצדיק רגולציה מסוימת האוסרת הולדה בדרכים מסוימות, שכן טוב לו לילד שיוולד משלא ייוולד, שיקולים רוחביים הקשורים בעיצוב אתוס ההורות עשויים להצדיק רגולציה ואפילו מגבלות על הולדה שעלולות להביא ללידתם של ילדים שיש חשש לאיכות חייהם.¹⁶⁷ בעיניי, כאשר הורה מבקש להביא ילד לעולם בהתעלם מסבל ממשי שממנו הילד עלול לסבול, ובמיוחד במצבים שבהם ההורה אינו נכון לקבל עליו אחריות מתמשכת לסבל זה, הוא חותר תחת ערך ההורות, ומשום כך הוא אינו יכול לחסות תחת הזכות להורות.¹⁶⁸

יישום עמדה עקרונית זו, המאפשרת התחשבות בטובת הילד העתידי בעת שמתוכננת רגולציה של הולדה, בהקשר של תרומת הזרע האנונימית עבור האם היחידנית ילמד אפוא

164 ראו את הטיעון אצל Cohen, *Regulating Reproduction* (שהוצג ונדון לעיל בה"ש 73 ובטקסט המתייחס אליה).

165 ראו לעיל ה"ש 83 והטקסט המתייחס אליה.

166 ראו לעיל ה"ש 82.

167 ראו בהקשר זה לעיל תת-פרק ד.2.

168 והשוו לטיעון של McDougall (לעיל ה"ש 144) על שלילת דרכי הולדה והתרבות המשקפים תפיסה הרואה בהורות דרך לשכפול העצמי.

שלפי הגישה הזאת האינטרס הציבורי שלא להטיל את הילדים הללו כנטל על הציבור ואתוס ההורות הם בעלי תוקף גם כאשר מדובר ברגולציה העוסקת במי שעוד לא נולד ושלא היה נולד אלמלא הרגולציה. לכן על פי הגישה המוסדית העובדה שמדובר בילדים עתידיים ואפילו כאלה שלא היו נולדים אלמלא הותרה הפרוצדורה של התרומה האנונימית לא יכולה להצדיק כשלעצמה את הפגיעה באינטרס הציבורי. יתרה מזו, על פי הגישה המוסדית, מתן אפשרות לאב ביולוגי להתנער מהקשר העתידי עם ילדיו ומהאחריות הכלכלית והרגשית הטמונה בו עלול לחתור תחת אתוס ההורות. מלבד זאת, אם אכן חיים ללא אב פוגעים באיכות חייהם של ילדים מנקודת מבט כלכלית, רגשית וזהותית, אזי גישה ציבורית עשויה לסבור כי נכונותה של האם לחשוף את ילדיה לחסכים הללו פוגעת אף היא באתוס ההורות. הנה כי כן, חרף הטיעון השולל את ההתחשבות בטובת הילד העתידי כהצדקה להגבלה על הולדה, הגישה המוסדית לא תוכל להתבסס על ההבחנה בין טובת הילד שלא נולד לבין טובת הילד הקיים כהצדקה מספקת ללגיטימציה לפרקטיקה של תרומת זרע אנונימית לאם יחידנית, חרף הפגיעה באפשרות של הילד העתידי לתמיכה כלכלית, לקשר ולזהות. לפיכך על הגישה המוסדית לפנות לקו החשיבה השלישי הממוקד בזכות להורות כדי להבין את ההצדקה לפרקטיקה זו, ובתוך כך לבחון קו חשיבה זה בראי השיקולים המוסדיים.

(ג) הגישה המוסדית והזכות להורות

הגישה המוסדית דוחה אפוא את שתי ההצדקות הראשונות ללגיטימציה לתרומת הזרע האנונימית לאם היחידנית, קרי – זו הנשענת על התפיסה ההסכמית של ההורות וזו הנשענת על ההבחנה בין ילד קיים לילד עתידי. לעומת זאת הגישה המוסדית **פתוחה יותר לטיעון השלישי** המבוסס על הזכות להורות. הזכות להורות המשקפת את האוטונומיה של ההורה המיועד ואת צרכיו העמוקים לקשר, לאינטימיות ולהמשכיות,¹⁶⁹ היא חלק מאתוס ההורות שבו תומכת הגישה המוסדית. עם זאת, בניגוד להצגה של הזכות להורות כ"ג'וקר" הגובר כמעט אוטומטית על כל שיקול אחר, על פי הגישה המוסדית יש לאזן בין הזכות להורות של האם היחידה לבין הפגיעה בטובת הילד העתידי ובזכותו לתמיכה כלכלית ולקשר עם שני הוריו ובאינטרסים הציבוריים בנושאים הללו. רצון עמוק יותר של הגישה המוסדית הוא לבנות מלכתחילה את הזכות להורות כמשקפת לא רק את האינטרסים של ההורה אלא גם את ממד האחריות שבהורות ואת האיזון שבין האינטרס האישי הטבעי הקיים ברצון להפוך להורה לבין ממד האחריות והדאגה לילדים הצפויים להיוולד.

זהו הרכיב החסר בשיח המשפטי הקיים בישראל בנושא התרומה האנונימית, שהתמקד אך ורק בזכות להורות, במובנה הצר המתייחס לאינטרס של אדם להפוך הורה ובטענות השוויון של האם היחידנית, והתעלם כמעט לחלוטין מממד האחריות כלפי הילד העתידי.¹⁷⁰ בשורות הבאות אבקש להשלים את החסר ולהצדיק את ההכרעה לטובת הזכות

¹⁶⁹ ראו לעיל ה"ש 87.

¹⁷⁰ ראו לעיל תת-פרק 3. כך בפרשת **ירוס-חקק** (לעיל ה"ש 29), ובפסק דין **ויץ'** (לעיל ה"ש 29) נמחקה הדרישה לבדיקת ההתאמה של האם היחידנית ללא התייחסות לשאלת טובת הילד. אף בבג"ץ **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל, הזכיר בית המשפט בקצרה את הזכות להורות

להורות של האימהות היחידניות גם במחיר של הפגיעה האפשרית בזכותם של הילדים העתידיים לתמיכה ולקשר עם אביהם הביולוגי:

ראשית, הגישה המוסדית דוחה את הדיכוטומיה בין הזכות להורות הממוקדת אך ורק באינטרס של ההורה לבין פעולות הנוגעות לילדים הכפופות לשיקולי טובת הילד. על פי גישה זו, שיקולי טובת הילד וכיבוד זכויותיו העתידיות חשובים לא רק לאחר שהילד נולד אלא גם כשיקול שיש לאזנו אל מול הרצון להפוך הורה, ולפחות על פי גישתי, כממלאים בתוכן את הזכות להורות עצמה. עם זאת על פי הגישה הזאת, המינון של שיקולי טובת הילד לעומת זה של הזכות להורות והפרשנות הקונקרטית של שיקולי טובת הילד משתנה בין הקשרים שונים של דיון. כאשר מדובר בילד קונקרטי שכבר נולד, אזי שיקולי טובת הילד נשקלים לא רק כחלק מקביעת אתוס ההורות אלא גם כזכות ספציפית של ילד מסוים. משום כך גם הגישות המכירות באינטרסים הוריים עצמאיים בנוגע לגידול ילדיהם מסכימות שבכל החלטה הנוגעת לילדים יש להתייחס לשיקולי טובת הילד כשיקול המכריע. בדומה לזה, גם על פי הגישות שלפיהן הזכות להורות כוללת גם את הזכות לאמץ ברור שהזכות לאמץ חייבת לקבל משקל משני לעומת שיקולי טובת הילד הקונקרטי.

לעומת זאת כשמדובר בילד שטרם נולד, ועוד יותר כאשר מדובר בשלב שלפני ההיריון כאשר אין מדובר בילד קונקרטי, אזי שיקולי טובת הילד העתידי אינם זכות פרטית של ילד קונקרטי אלא שיקולים רוחביים שנועדו לעצב את תפיסה כוללת של ההורות. בסוג זה של מקרים, הגם שהזכות להורות אינה משקפת אינטרס הורי מופשט להיות הורה אלא אינטרס להביא לעולם ילד, לקבל אחריות לגידולו ולפעול למען טובתו, הרצון של ההורה להיות הורה מקבל את המשקל המרבי, ובלבד שאין מדובר ברצון להוליד שאינו מלווה בקבלת אחריות לתנאי חייו וגידולו או ברצון להוליד העוצם עין מקשיים לא סבירים שעשויים לעמוד בפני הילד העתידי.¹⁷¹ לכן כאשר עומד על הכף מתן אפשרות לתרומת זרע לאם יחידנית בטרם נולד הילד, הנטייה הראשונית היא לתת לרצון האם משקל גדול מזה שיש לתת לחשש לטובת הילד שטרם נולד. אוסיף ואומר שעמדותי הייתה שונה לו מדובר היה ברצון להורות שאינה מלווה בקבלת אחריות הורית, כגון במקרה שבו תורם זרע פוטנציאלי היה מבקש להציג את זכותו לתרום כחלק מזכותו להורות למרות סירובו לקבל עליו אחריות לילד שייוולד. במקרה כזה ההתנערות מן המחויבות העתידית כלפי הילד מרוקנת את הזכות להורות מתוכן. לעומת זאת גם אם ילדים לאימהות יחידניות נתקלים בקשיים ייחודיים בגלל מצבם, אין מדובר באם המבקשת להתנער מאחריותה ההורית, אלא להפך – מדובר באם המבקשת כחלק מהזכות להורות לקבל עליה אחריות לילד שייוולד; קבלת האחריות היא חלק מרכזי באתוס ההורות, ובוודאי שאינה פוגעת בו.

כסיבה מדוע לא לפסול את התקנות הקיימות, מבלי שהוא מסביר כיצד המשך הפרקטיקה הקיימת מתיישב עם עקרון טובת הילד.

171 ברוח זו ראינו (לעיל ה"ש 83) כי גם מערכות משפט, דוגמת זו הישראלית, הדוחות את המבחן שלפיו ניתן להגביל הולדה משיקולי טובת הילד רק כאשר טוב לילד שלא נברא משנברא, מסכימות כי שיקולי טובת "ילד עתידי" הנדונים בהקשר של תהליכי הפריה צריכים לקבל משקל קטן מזה הניתן ברגיל לשיקולי טובת הילד כאשר מדובר בילד קיים. ראו בהקשר זה גם דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 60, בעמ' 6, 19. לתמיכה במתן המשקל המופחת לשיקולי טובת הילד בהקשר זה ראו זפרן "הזכות להורות בישראל", לעיל ה"ש 87.

עוד יש להוסיף שהתוצאה של מניעת האפשרות של נשים יחידניות לקבל תרומת זרע היא פגיעה כמעט ודאית ביכולתן להפוך לאימהות.¹⁷² לעומת זאת, לצד המחקרים המצביעים על הפגיעה בילדים הגדלים במשפחות חד-הוריות קיים גם מחקר, עדכני, המסתייג מנחרצותם של הממצאים בדבר הקשיים שבהם נתקלים מי שגדלו במשפחות חד-הוריות, ועם זאת אינו מתעלם מהקשיים ועומד על יכולתן של אימהות חד-הוריות ושל ילדיהן להתגבר על קשיים אלה בסיוע מתאים.¹⁷³ אני סבור שהקושי לקבוע על סמך ספרות המחקר ממצאים חד-משמעיים אינו מקרי והוא משקף קושי מעשי וערכי רחב יותר לנבא מלכתחילה בתוך שלל משתנים ונתונים מהם התנאים האופטימליים לצמיחה האנושית. מכל מקום, בשל הוודאות של הפגיעה בנשים היחידניות והספק באשר לפגיעה בילדים העתידיים, הרי שברוח הכלל שלפיו אין ספק מוציא מידי ודאי, אני סבור שהפגיעה הוודאית בזכות להורות של נשים יחידניות גוברת על החשש הספקולטיבי והלא ודאי מפני פגיעה באיכות חייהם של הילדים העתידיים.

נוסף על זה, החלטות בענייני הורות מערבות בדרך כלל עניינים אישיים מורכבים ועדיניים. שימוש בכוח הכופה של המדינה בעניינים אישיים מורכבים פוגע באוטונומיה האישית, בכבוד האדם ובפרטיותם של הצדדים המעורבים.¹⁷⁴ מלבד הקושי לנבא את האפשרות של אדם יחיד להיות הורה מוצלח על בסיס מאפייניו האישיים, יצירת קטגוריות נוקשות העוסקות בשאלה באלו מצבים יכולים ילדים לצמוח ולפרוח מנוגדת לאמונה ההומניסטית העמוקה באדם וביכולתו לצמוח במגוון מצבים ונסיבות. נוסף על זה, קטגוריזציה של הורים טובים ורעים על בסיס מאפייניהם מעוררת חשש מפני הפליה מובנית כלפי קבוצות מיעוט החורגות מדרכי החיים של הרוב.¹⁷⁵ לבסוף, הרתיעה מהורות יחידנית

172 מלבד חסימת האפשרות להורות ביולוגית, העדפת זכות ילדים לקשר עם שני הורים על פני הזכות להורות של נשים יחידניות תוליד גם לשלילת האפשרות שלהן לאימוץ. אומנם תאורטית נשים יחידניות יוכלו להתקשר בהסכם הורות עם גברים יחידנים, אולם נראה לי שהדרישה מנשים יחידניות להיות חלק מהורות משותפת עם אדם "זר" כדי לממש את זכותם להורות מהווה פגיעה קשה מדי באוטונומיה ובכבוד האדם שלהם, וגם לא ברור אם הורות זוגית כפויה תפעל לטובתם של ילדים.

173 I. Glen Cohen, *The Right Not to Be*, Harlow, 16; לעיל ה"ש 99, המבקשת להפריך את הטענות כאילו משפחות חד-הוריות פוגעות בטובתם של ילדים. ראו גם I. Glen Cohen, *The Right Not to Be*, 81 S. CAL. L. REV. 1115, 1133 n. 55–56 (2008) (להלן: *Cohen, The Right Not to Be*).

174 ראו שיפמן **משפחה חרשה בישראל**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 661–669. ובהקשר מעט שונה, לטענה כי שימוש בחוות דעת מומחים לצורך הערכת מסוגלות הורית חשופה להטיות ופוגעת בכבוד האדם ראו ליאור ברשק "כבוד האדם בבית המשפט למשפחה: ביקורות נוספות על חוות הדעת המקצועיות" **דין ודברים** יב 71 (2019). עוד ראו בהקשר זה רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" **עיוני משפט** לו 269 (2013) (להלן: זפרן "הקשיים בחוות-הדעת המקצועיות").

175 ראו קלעי, לעיל ה"ש 89, בעמ' 20, 25; טריגר "משפחות חורגות ו'רשיון הורות'", לעיל ה"ש 87. בהקשר של אימוץ ראו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 437, 498 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי, אלון הראל עורכים, 2016).

והדרישה לזוגיות כתנאי להולדה מעוררות את החששות מפני שימוש במשפט ובכוח המדינה כאמצעי לדיכוי ולמשטור של נשים.¹⁷⁶

אכן, המסורת הליברלית החשדנית כלפי התערבות בשאלות של התאמה להורות צמחה במקורה בהקשר של התנגדות להתערבות בהולדה טבעית, ואין להתעלם מן ההבדל בין התפקיד הפסיבי של המדינה בהולדה טבעית לבין האחריות המוגברת שלה במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, הן בהיבט המימון והן בהיבט הרישוי המאפשר את השימוש בטכניקות הללו.¹⁷⁷ ובכל זאת אני סבור שההצדקות העיקריות לעמדה המסורתית הנרתעת מבחינת התאמה להורות והגבלת האפשרות להולדה על בסיסן, כפי שפורטו לעיל, מחייבות זהירות מצד המדינה בבואה לבחון, להעריך ולהסדיר – טכניקות מלאכותיות של הולדה בכלל ותרומת זרע עבור נשים יחידיניות בפרט. בהקשר של הפרק הנוכחי הנימוקים שצינו מצדיקים את נסיגת שיקולי טובת הילד המבוססים על החשש מפני פגיעה בילדים הגדלים במשפחות חד-הוריות, מפני מימוש הזכות להורות. עם זאת בניגוד להכרעה החד-משמעית של הגישות הפרטיות בנושאים הללו, כאשר מדובר בגישה המוסדית יש להכיר בכך שמדובר בהתלבטות של ממש המחייבת דיון והכרעה.

אוסף ואומר שבמקרים הקיימים שבהם מתיר הדין בחינה של התאמה להורות, או אפילו קביעת תתי-קטגוריות של הורים העדיפים מבחינת החוק על פני קטגוריות אחרות, כגון במקרים של אימוץ, מדובר על היצע מוגבל של ילדים קיימים שהוכרוזו בני-אימוץ. במקרים אלה לעיתים אין מנוס מקביעת העדפות על בסיס שיקולי טובת הילד הקונקרטי העומד לפנינו ומהערכת מסוגלות הורית על בסיס נתונים סטטיסטיים ברורים. לכן במקרה של אימוץ ניתן להצדיק את הכיוון המסתמן בחקיקה בישראל התומכת באימוץ בידי משפחה שבה שני הורים על פני גידול ילדים במשפחה שבה הורה אחד.¹⁷⁸ לעומת זאת במקרה של תרומת זרע הדיון אינו נסב על העדפת סוג מסוים של הורים על בסיס שיקולי טובת הילד אלא על מניעה גורפת של שירות חיוני עבור נשים יחידיניות מבלי שמניעה זו מוליכה לכך שילדים מסוימים יקבלו הורים אחרים בעלי פוטנציאל רב יותר להגשים את טובתם כפי שנטען במקרה האימוץ.

לנוכח המקבץ המפורט לעיל, וכמובן כאשר מובאת בחשבון חשיבותה של ההורות לכבוד האדם של האימהות, למימוש העצמי שלהן וליכולתן לייצר המשכיות וחיי משפחה, אני נוטה להסכים שהפגיעה באתוס ההורות הקשורה בפגיעה בזכות הילדים העתידיים

176 ראו, בין היתר, דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" **עיוני משפט** כח 903, 931, 938–944 (2005); יפת, לעיל ה"ש 157.

177 ראו Statman, לעיל ה"ש 83; Joshua Shaw, *Regulating Assisted Reproduction: Discrimination and the Right to Privacy*, 14 CLINICAL ETHICS 87 (2019), המצדיק הפעלת אמות מידה שונות להתערבות באפשרות להורות במקרה של לידה טבעית, לעומת אמות המידה המופעלות במקרה של הפריה מלאכותית. אולם השוו למאמרו הפרובוקטיבי של Lafollette הקורא לרישוי של הורות גם כאשר מדובר על הורות טבעית. ראו Hugh Lafollette, *Licensing Parents Revisited*, 27 J. APPLIED PHIL. 327 (2010). לגרסה המקורית מוקדמת יותר ראו Hugh Lafollette, *Licensing Parents*, 9 PHIL. & PUB. AFFAIRS 182 (1980).

178 ראו את הכיוון המסתמן של חוק האימוץ החדש בישראל והדיונים שקדמו לו (לעיל ה"ש 15–16).

לגדול במשפחה שבה שני הורים, במקרה של תרומת הזרע האנונימית עבור אם יחידנית, היא פגיעה מוצדקת. עם זאת, כפי שאסביר להלן, לנוכח החשש לפגיעה בילדים ובעקבותיה באתוס ההורות יש מקום לעדן את הפגיעה באמצעות כללים שונים כגון מתן זכות התחקות לילדים משבגרו.

4. הבניית ההורה והתורם כקטגוריות נפרדות ומעמדה של התרומה הידועה

בחלקים הקודמים של פרק זה עסקנו בעמדתה של הגישה המוסדית בדבר הסוגיות של הסכמה לשלילת הורות, טובת הילד והזכות להורות והצבענו על נקודת המבט הייחודית של הגישה נוסף על הגישות הפרטיות בדבר כל אחת מהסוגיות הללו. בחלק זה נפסע צעד נוסף אל עבר נקודת מבט כוללת ושלמה יותר, ובו יפורטו היבטים נוספים של הגישה המוסדית שאין להם מקבילים בגישות הפרטיות, וכן הצעה לעיצוב ההסדרים הראויים לתרומת זרע הן במקרה של תרומה אנונימית והן במקרה של תרומה מתורם ידוע שמטרתם הקטנת הפגיעה באתוס ההורות.

(א) הצורך בהבניית ההורות והתרומה כמוסדות מובחנים

הגישה המוסדית מייחסת חשיבות רבה לעיצוב החברתי של האחריות ההורית כהתחייבות שאינה רצונית בהכרח ואינה הדירה. ונוסף על זה, הגישה המוסדית תומכת בהתחשבות בשיקולי טובת הילד העתידי כחלק מעיצוב אתוס ההורות. לצד זאת תומכת הגישה בזכות להורות כאשר היא מלווה בקבלת אחריות הורית, ובעקבות זאת ובהתחשב בנימוקים שהובאו בהרחבה – היא מצדיקה את הפרקטיקה של תרומת זרע אנונימית עבור אם יחידנית.

אולם, בשל רגישותה של הגישה למוסד החברתי של ההורות, גם אם הכרענו כי ראוי לתמוך בהורות היחידנית בדרך של הפריה מתורם, יש לעשות זאת בדרך שלא תחתור תחת אתוס ההורות ולא תמסור מסר שלפיו מי שהביא ילד לעולם יוכל על פי רצונו להתנער מאחריותו כלפיו. לשון אחרת, על פי הגישה המוסדית חשוב לא רק ה"מה" אלא גם ה"איך", ויש לתת את הדעת על יצירת פרוצדורה של הפריה שתוודא את גמירת דעתם של הצדדים המעורבים ושפגיעתה בילדים שעתידים להיוולד, ובעקבות זאת גם במוסד ההורות, תהיה מינימלית.

לצורך זאת, על המחוקק לייצר ולבסס שתי קטגוריות חברתיות נבדלות: ההורה והתורם. ברירת המחדל היא שמי שהביא ילד לעולם או מרצון או מתוך השתתפות בפעילות רצונית הטומנת בחובה את הסיכוי ואת הסיכון להולדת ילד יוגדר כהורה. על מי שיוגדר כהורה יוחלו הכללים הרגילים המשקפים את אתוס ההורות כמבטאת מחויבות שאינה בהכרח רצונית במובן החוזי המקובל, ותכניה וניתוקה נקבעים בחוק ולא בהסכם או בהחלטה של ההורים. לעומת זאת תורם הוא קטגוריה נפרדת, שנועדה לצרכים אחרים, ועל כן העובדה שהתורם לא חב בחובות הוריות אינה משקפת את האפשרות להתנער מן המחויבות ההורית אלא את העובדה שהתורם לא נחשב הורה מלכתחילה. אולם על פי הגישה המוסדית, עצם ההכרזה של המחוקק על קיומם של שני מוסדות חברתיים נבדלים – ה"תרומה" וה"הורות" – אינה מספיקה. על מנת לבצר את ההבחנה בין קטגוריית ה"תורם" לבין קטגוריית ה"אב"

אגב שימור האתוס של המחויבות ההורית כמחויבות לא מותנית ושלא בהכרח כפופה לרצונו של האדם, יש לשמור על כמה מאפיינים ברורים של קטגוריית התורם אגב הבחנה ברורה בינה לבין זו של ההורה. להלן אציע את המאפיינים הנדרשים לדעת.

(ב) יצירת פרוצדורה המאפשרת הגדרה מוקדמת ומיושבת של הפעולה

ההבחנה היסודית ביותר בין ההורה לתורם קשורה בהגדרה המוקדמת של הפעולה. תורם הוא מי שמלכתחילה הביא לעולם ילד מתוך הבנה שהוא לא יתפקד כהורה שלו – לא מתוך חוסר תשומת לב או חוסר זהירות של "האב הגנטי" אלא מתוך כוונת מכוון לסייע לאדם אחר או לזוג להפוך להורים ולקבל עליהם את האחריות ההורית. לעומת זאת, הורה הוא מי שהביא לעולם ילד מתוך רצון להיות לו להורה גם אם התחרט לאחר מכן, או מי שיש לו אחריות, ולו עקיפה, להבאת ילד לעולם בשותפות בקיום יחסי מין או בדרך אחרת גם אם לא התכוון לתפקד כהורה.

לכן, על פי הגישה המוסדית יש לייצר פרוצדורה שבאמצעותה יוכלו הצדדים המעורבים להבהיר מלכתחילה בבירור אם כוונתם היא לתרומה או להורות. הדרישה לפרוצדורה מסודרת המבטיחה קבלת החלטות מיושבות חשובה לא רק בעניין האב אלא גם כדי לוודא שהאם נכונה לקבל עליה לבדה את האחריות ההורית ושהיא מודעת לכך שהתורם לא יתפקד כאב. כיוצא בזה במקרה שבו מדובר בזוג מיועד, יש לשאוף לפרוצדורה שבה שני ההורים המיועדים, דהיינו הן האם הביולוגית והן בן או בת זוגה, מקבלים עליהם את תפקיד ההורה ביישוב הדעת ולא בהחלטה חפזה ובלחץ בדיעבד, וששניהם גם מודעים לאי־ההפיכות של מעמד בן הזוג הלא ביולוגי כהורה מבעוד מועד. אכן, הגישה המוסדית דחתה את ההבחנה ההסכמית בין התרומה הנערכת לכתחילה ובאופן מיושב להסכם לשלילת ההורות הנערך בדיעבד ובסערת רגשות כמצדיקה כשלעצמה את הפרקטיקה של תרומת הזרע האנונימית. עם זאת הגישה סבורה שבהצטרף לנימוקים הנוספים התומכים במתן אפשרות לתרומת הזרע, ובראשם הזכות להורות, להבחנה זו יש בכל זאת חשיבות מן הבחינה המוסדית כדי לבדל בין הפעולות השונות, וכדי לוודא אימתי מדובר בתרומה ומתי בהורה פוטנציאלי מתנער.

(ג) הדרישה למרפאה מוסדרת ושלילת האפשרות לתרומה באמצעות יחסי מין או בשיטת

עשה זאת בעצמך

על בסיס מבחן הכוונה והמוטיבציה היו שסברו כי ניתן להגדיר אב ביולוגי כתורם גם כאשר מדובר ביחסי אישות, ובלבד שעובר לקיום היחסים הוסכם בין הצדדים שמדובר בתרומה, וכי האב הגנטי לא יהיה אב משפטי; עמדה כזו מסתמנת בכמה מחוזות בקנדה ובאוסטרליה.¹⁷⁹ נוסף על זה, בכמה מדינות ילדים שנולדו מתרומת זרע שנעשתה באופן פרטי מתורם מזוהה בשיטת "עשה זאת בעצמך" ללא מעורבות של מרפאה, בוודאי לא מרפאה מורשית, נחשבים ילדים מתרומה, ללא קשר משפטי לתורם ולשאלה אם הוסכם על כך מראש בין הצדדים. אני מתנגד נחרצות למגמות הללו.

179 בנוגע להסדר החוקי בקוויבק ואונטריו – כמו גם באוסטרליה – ראו לעיל ה"ש 19.

ראשית, הדרישה להפריה בבנק זרע או במרפאה מורשית נועדה להבטיח את התקיימות הדרישה להליך מובנה ומלווה בגמירת דעת מלאה של הצדדים. מנגד, האפשרות להגדיר יחסי אישות כתרומה, גם אם תוגבל להסכם שקדם לקיום יחסי האישות, עלולה לפתוח פתח למניפולציות וללחצים שיופעלו על הצד החלש בהתקשרות להגדיר בדיעבד את יחסי האישות כתרומה.¹⁸⁰ לצד זאת נשים עלולות למצוא את עצמן אימהות יחידניות עם אחריות בלעדית לילדיהן מבלי שהחלטה כזו לוותה בגמירת הדעת הנדרשת. מלבד הבטחת גמירת הדעת של הצדדים המעורבים, מנקודת המבט המוסדית יש לייחד את המונח "תורם" אך ורק לאב ביולוגי שהשתתף בהפריה מלאכותית במרפאה מוסדרת מתוך רצון לבדל את קטגוריית ההורה מקטגוריית התורם בשל החשש שהרחבת קטגוריית התורם, אפילו למי שנולד מיחסי אישות, תשטש את ההבחנה בין תורם להורה ותחתור תחת תפיסת ההורות כמחויבות לא הפיכה. ודוק, עקרונית ייתכן מצב עניינים שבו אנשים יסכימו על הבאת ילד לעולם בדרך של קיום יחסי מין מתוך הבנה שמדובר בתרומה. בדומה לזה, ניתן להעלות על הדעת גם מצב עניינים שבו מי שקיים יחסי מין שלא מתוך כוונה להביא ילד לעולם יסכים בכל זאת לאחר קיום יחסי המין לשמש תורם, בהסכמת האם המיועדת. משום כך ייתכן שגישה הסכמית-פרטית הממוקדת בפרט תסכים לאשר הסכמה לתרומה בדרך של יחסי מין, ואפילו כשמדובר בהסכמה לאחר מעשה, כל עוד יובטח בבירור שזהו הרצון המשותף של הנוגעים בדבר, למשל בחתימה על נוסח מסוים בנוכחות שופט, עורך דין או נוטריון. גם גישת טובת הילד הממוקדת בפרט תוכל להצדיק זאת כל עוד תבטיח את טובת הילד הקונקרטי. לעומת זאת גישה מוסדית מייחסת חשיבות לא רק להסכמה הקונקרטית של הצדדים אלא גם לאינטרס הציבורי. הגישה המוסדית-ציבורית ממוקדת בוודאות, ואף יותר מזה – בצורך בבידול ניכר בין הקטגוריות השונות של הורה ותורם, מתוך מטרה להשריש נורמות ותפיסות רוחביות בעניין אתוס ההורות והתפיסה הציבורית של ההורות. לכן הגישה נכונה לוותר במודע על האפשרות לכבד ניואנסים הסכמיים, מתוך רצון לשמור על הבידול בין הקטגוריות השונות ועל האתוס החברתי הנלווה לכל אחת מהן.¹⁸¹

(ד) שלילת האפשרות להתקשרות הסכמית פרטית הקובעת הורות חלקית

ברוח הגישה ההסכמית להורות, בכמה מדינות אפשר המחוקק לצדדים להתקשר בהסכם "פרטי" שבאמצעותו קבעו אם מדובר בהורה מיועד או בתורם. בחלק מן המדינות הללו מאפשר החוק לקבוע גם הסדרי ביניים של הורות חלקית.¹⁸² אני מתנגד לצעד שכזה מכמה סיבות צורניות ומהותיות.

180 לא מיותר להזכיר בהקשר זה עד כמה הסדרה פרטית חשופה לויתור על דרישות "פורמליות" עד שאפילו הדרישה להסכם כתוב המגדיר את האב הגנטי כתורם עלולה להישחק וכך אב גנטי נחוש שיחליט בסופו של דבר כי אינו מעוניין בהורות יוכל להתחמק ממחויבותו ההורית על חשבון ילדיו. וכפי שראינו בפרשת *M.R.R. v J.M.* (לעיל ה"ש 19), אין מדובר בחששות תאורטיים, והדרישה להסכם כתוב קודם לקיום יחסי המין באונטריו כבר החלה להישחק. לחשש דומה ולביקורת על המצב המשפטי בעניינים אלה ראו Leckey, לעיל ה"ש 19.

181 וראו בהקשר זה את דיוננו (לעיל ה"ש 116–123) והטקסט המתייחס אליהן) בדבר החשיבות של מוסדות קשיחים הן בהקשר החברתי הן בהקשר הקנייני והן בהקשר ההורי.

182 ראו לעיל ה"ש 52, 54.

ראשית, מנקודת המבט הממוקדת בגמירת הדעת של הצדדים, אין להסתפק בכך שהליך ההפריה נעשה במרפאה מוסדרת, ויש לעמוד על כך שיעוצב הליך ממוסד בעל גוון ציבורי המלווה בטפסים מובנים ואפילו בפרוצדורה של שיחה בעל פה עם איש מקצוע שנועדה לוודא את הבנת הצדדים הרלוונטיים לטיב ההליך.¹⁸³ שנית, מלבד הצורך להבטיח את גמירת דעתם של הצדדים המתקשרים, העדפת הליך ממוסד על פני התקשרות פרטית שעשויה לקבל בשלב מסוים גם צביון מסחרי נובעת גם מן ההתנגדות של הגישה המוסדית לקומודיפיקציה של ההורות.¹⁸⁴ לבסוף, וזוהי בעיני הנקודה החשובה ביותר, על פי הגישה המוסדית יש לדחות הסכמים שבהם נקבעים מהותית הסדרים של הורות חלקית, כגון הסדרים הקובעים שלתורם יהיה חלק בחיי הילד על פי רצונו ובמסגרת זו יהיה זכאי להסדרי ראייה עם הילד אך לא יחוב בחובות המוטלות ברגיל על האב מן הטעמים שפורטו לעיל.¹⁸⁵ הניסיון שנצבר מהתקשרויות כאלה מוכיח שבמקרים רבים הן עמומות מדי, פתוחות לתמרונים ולמניפולציות, והצדדים אינם מודעים עד הסוף למשמעויותיהן.¹⁸⁶ לכן הן חושפות ילדים באופן רוחבי לקשיים ולא־יציבות. יציבות וודאות הן ערכים חשובים בעיני הגישה המוסדית ככלל, ובוודאי שזהו המצב כאשר מעורבים ילדים קטינים. מלבד הקושי שהורות הסכמית חלקית מטילה על הצדדים המעורבים, עמדנו בחלקים הקודמים של פרק זה שבהם הוצגה הגישה המוסדית על חשיבותם של מוסדות חברתיים ברורים ומוגדרים היטב ועל הצורך להגן על מוסדות אלה, בין היתר באמצעות סטנדרטיזציה, קשיחות,

183 לדגמים ממוסדים כאלה של הסדרת תרומה מתורם ידוע, באנגליה ובקליפורניה, ראו Smith, לעיל ה"ש King; 46, לעיל ה"ש 46. כן ראו Forman, לעיל ה"ש 46. להצעה נוספת של מיסוד המבוססת על אישור מוקדם של בית המשפט או רשות מנהלית ראו Margalit, לעיל ה"ש 14, בעמ' 93.

184 ראו לעיל ה"ש 142.

185 בכך שונה עמדת מעמדתן של Kelly (לעיל ה"ש 46), ו־Forman (לעיל ה"ש 46), התומכות במתן מעמד ביניים של הורה חלקי לתורם. בעיניי, גמישותה של הגישה המוסדית להורות יכולה וצריכה להתממש באמצעות הכרה בהורות יחידנית ואולי גם בשלושה הורים. אולם הכרה בקטגוריה של הורה חלקי פוגעת פגיעה בוטה מדי באתוס ההורות.

186 ראו למשל את המקרים מארצות הברית ומקנדה (שתוארו לעיל בה"ש 49), שבכולם הסכם לתרומה ידועה לוזה בעמימות כאשר לתפקידו של התורם כבר בראשיתם. במקרים אחרים (שתוארו שם), גם כאשר ההסכם המקורי היה הסכם תרומה ברור בכל זאת נוצר קשר בין התורם לילד, וקשר זה הוליד לעמימות כאשר למעמדו של התורם. לדוגמאות נוספות ראו עניין *Caufield*, לעיל ה"ש 48; עניין *L.B. v. E.B. c. G.N.*, לעיל ה"ש 54. סוג אחר של עמימות נוצר כאשר תכנון "יצירתי" משתבש. ראו למשל את פסק הדין *M.L. v. J.C., 2017 ONSC 7179 (Can.)*, שבו תורם ביקש להפרות בזרעו שתי בנות זוג לסביות. כאשר על פי התכנון המוקדם היה ילד אחד אמור לגדול אצל בנות הזוג, ואילו הילד השני היה אמור לגדול אצל האב הגנטי, אולם בפועל הרתה רק בת הזוג שהייתה מיועדת להוליד את הילד השני, ובנות הזוג התעקשו לגדל את הילד בעצמן. כן ראו *Re. G (Children), [2005] EWCA (Civ) 462* (Eng.); ואת המאמר שמנתח אותו Julie McCandless, *Recognising Family Diversity: The 'Boundaries' of RE G.*, 13 FEM. L. STUD. 323 (2005), לעיל ה"ש 46, בעמ' 360–368. סמית מתארת שישה מקרים באנגליה שבהם הסכמים בין תורם ידוע לבין אם ביולוגית ובת זוגה הולידו לא־בהירות ולמחלוקת ולקושי של בתי המשפט באנגליה לתת מענה לסיטואציות הללו. עוד ראו את פסקי הדין מטורונטו המתוארים אצל Leckey, לעיל ה"ש 19, הממחישים עד כמה עמומה עלולה להיות קביעת הורות המבוססת על הסכמות פרטיות.

ובמקרים מסוימים – בהגבלת התנאה.¹⁸⁷ למאפיינים אלה של מוסדות חברתיים ושל הגישה הרואה בהורות מוסד חברתי, השלכה חשובה על היחס להסכמים הקובעים הורות חלקית. הסכמים כאלה חותרים תחת הרצון לבדל בין מעמד ההורה למעמד התורם, ובכך הם פוגעים באתוס ההורות כמוסד המבטא מערך כולל של זכויות ומחויבויות, שלפחות חלקן מהותיות לקיומו של המוסד, ולכן לא ניתן להתנות עליהן.¹⁸⁸ ברוח זו אני סבור שגם אם היבטים מסוימים של הורות ניתנים להתנאה, מצב עניינים שבו אדם הנתפס בעיני סביבתו כהורה יוכל להתחמק ממחויבויותיו הבסיסיות, ובכלל זה התמיכה הכלכלית בילדיו, אינו נסבל מנקודת מבט מוסדית, והוא עלול להחליש את רכיב האחריות שבהורות, רכיב שלעת הזו דורש חיזוק ולא החלשה.

(ה) ההתלבטות המוסדית אם למסד מסלול של תרומה ידועה

מן הדיון בחלק הקודם עולה בבירור שכתומך בגישה המוסדית אני מתנגד בתוקף לחקיקה שתאפשר תרומה ידועה בשיטת "עשה זאת בעצמך" או בכזו המאפשרת לצדדים לקבוע לתורם מעמד של "הורה חלקי". הדברים מורכבים יותר כאשר מדובר בהתלבטות אם לתמוך בהסדר חקיקתי שימסד את האפשרות לתרומת זרע מתורם ידוע במרפאה מוסדרת ושיגובה בכללים משפטיים ברורים שיובאו לידיעת הצדדים מראש, שינתקו את הזיקה המשפטית בין התורם הידוע לבין הילד שייוולד. אסביר את התלבטותי.

מחד קיימים כמה טיעונים נכבדים שעשויים להצדיק מיסוד הליך כזה: ראשית, מנקודת המבט של האם, הגם שהזכות לבחור את ההורה של ילדך אינה עומדת בליבת הזכות להורות, מדובר בזכות חשובה הקשורה לכבוד האדם של האם, לפרטיותה ולאוטונומיה שלה;¹⁸⁹ שנית, מנקודת המבט של הקטין ניתן לגרוס שהתרומה הלא אנונימית אינה פוגעת בקטין יותר מהתרומה האנונימית, שכן בשני המקרים הקטין מאבד את הזכות לתמיכה כלכלית ולקשר עם אביו הגנטי. לכן ההצדקות שניתנו לעיל למיסוד הפרוצדורה של התרומה האנונימית המסבירות מדוע הזכות להורות גוברת על הפגיעה הצפויה בקטין, בשל העובדה שלא יקבל תמיכה כלכלית ולא יזכה לקשר עם אביו הביולוגי,¹⁹⁰ נכונות הן בתרומה אנונימית והן כאשר מדובר בתרומה לא אנונימית.¹⁹¹ יתרה מזו, ניתן לטעון כי דווקא בתרומה הלא אנונימית הפגיעה בקטין מצומצמת יותר, שכן זכותו לזהות ולשורשים

187 וראו בהקשר זה את דיונו לעיל בה"ש 116–123 ובטקסט המתייחס אליהן, בדבר החשיבות המוסדית למוסדות קשיחים הן בהקשר החברתי הן בהקשר הקנייני והן בהקשר ההורי.

188 מעניינת בהקשר זה האנלוגיה לטענה דומה שטענתי בעבר בדבר הסדרת הזוגיות. ראו Lifshitz, *The Liberal Transformation*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 48–49. על פי טענתי, אחת ההצדקות להתערבות בתכנים של הסדרים פרטיים בין בני זוג נשואים היא ההשפעה המשוערת שלהם על מוסד הנישואים. כך למשל לשיטתי הסכם בין בני זוג נשואים הקובעים מראש נישואים לתקופה קצובה פוגע במשמעות הנישואים כהתחייבות שאינה מוגבלת בזמן, ועל כן גישה מוסדית עשויה להתנגד לתקפותו של הסכם כזה גם אם הוא משקף את רצון הצדדים.

189 ראו לעיל ה"ש 102.

190 ראו לעיל ה"ש 91.

191 וראו לעיל תת-פרק ג.3, שבו התמודדתי עם הטענות שלפיו התרומה מתורם ידוע אינה מצויה בליבת הזכות להורות, ומשום כך הנטל לשלילת תרומה כזו קל מהנטל המוטל על מי שמתנגד לתרומה אנונימית.

לא תיפגע. ודוק, בשנים האחרונות, מתוך רגישות לזכות לזהות ולשורשים עוד ועוד מדיניות מעודדות מסלולי הפריה שיאפשרו את חשיפת פרטי התורם בשלב מסוים בחיי הילד, ויש מדינות שאף אוסרות לחלוטין על תרומות אנונימיות שלא ילוו במנגנון של חשיפת פרטי התורם בשלב מסוים בחיי הילד.¹⁹² על רקע זה ניתן לטעון כי דווקא מנקודת המבט של טובת הילד אין היגיון במתן אפשרות לתרומות אנונימיות ובפסילה מוחלטת של מסלול התרומה הלא אנונימי.¹⁹³ נוסף על זה, מנקודת המבט המוסדית, הממוקדת באתוס ההורות, ניתן להעלות את הטענה שהמבנה המשפטי המאפשר לבדל בין הורה לתורם עשוי להתממש גם במקרה של תורם שהאם בחרה בו, כאשר הבחירה והתרומה נעשות בהליך ממוסד ומפוקח, וכאשר ברור לצדדים מראש כי האב הביולוגי לא יתפקד כאב. מאידך, בניגוד לקו חשיבה זה, לא בלי היסוס,¹⁹⁴ המלצתי למחוקק העתידי היא להימנע ממתן אפשרות לתרומה לא אנונימית מתורם ידוע שאינו מתכוון לתפקד כאב,¹⁹⁵ בגין הסיבות שאפרט להלן.

ראשית, **מנקודת המבט של טובת הילד**, במקרה של תורם ידוע שאינו מעורב כלל בחיי הילד, ידיעת הילד כי קיים בעולם אב היודע על קיומו ובכל זאת מתנכר לו עלולה להיות כואבת מהפגיעה בילד של תורם אנונימי שאינו יכול ליצור עימו קשר גם אם היה רוצה בכך. ודאי שזהו המצב כאשר מדובר בהיכרות פרטית בין האב לאם, והילד נחשף לאב הביולוגי במהלך חייו. סוג טיעון אחר עשוי להתמקד **בביקורת המוסרית על התורם הידוע**. על פי קו חשיבה זה, הנכונות של האב לעמוד מנגד ולא לקחת אחריות על יוצא חלציו, גם במקרים שבהם יש לו מידע על זהות הילד ועל מצוקה קונקרטית שבה הוא מצוי, חמורה מהביקורת על מי שכאמור פעל באופן חד-פעמי, אך לא מתנכר באופן מתמשך לילדו גם כאשר הוא מצוי במצוקה ונזקק לו. זאת ועוד, בהנחה הסבירה שלא יהיה אפשר לכפות על האב הגנטי או על האם לשמור בסוד את דבר ההורות, הרי שגם אם מבחינה משפטית הורה גנטי מוכר לא ייחשב הורה, בכל זאת כאשר מדובר בתורם שנבחר על בסיס היכרות פרטית עם האם והוא חלק מעולמה החברתי, הרי שמבחינה חברתית יהיו שיתפסו אותו כהורה – גם אם אין

192 ראו סקירתנו לעיל בה"ש 96, ובמיוחד את הסעיף באמנה לזכויות הילד שנדון שם.

193 וראו בהקשר זה עמדתו של Hallich, לעיל ה"ש 104, הסבור שהזכות לזהות ולשורשים חשובה כבר בגיל צעיר של הילד, ועל כן לדעתו יש לאסור תרומות אנונימיות ולאפשר אך ורק מסלול של תרומה ידועה.

194 אחת הסיבות להיסוס, היא העובדה שתורמת זרע מתורם ידוע – בשונה מתרומת זרע מתורם אנונימי – היא פרקטיקה המשמשת בעיקר בנות זוג מאותו מין ואימהות יחידניות (ראו Forman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 47). בנסיבות הללו, החשש של כפיית ערכי הרוב על זוגות המבקשים להתאים את ההורות לתנאי חייהם מתחזקת. ובכל זאת, בהתחשב באפשרות לתרומת זרע מתורם אנונימי – כמו גם באפשרות המתפתחת שבה לא עסקתי במאמר הנוכחי להכרה בשלושה הורים – אני סבור כי שלילת האפשרות לחצי הורה או לתרומה מתורם ידוע שאינו מקבל עליו אחריות לילד עורונה סבירה.

195 אף הצעת חוק בנקי הזרע (לעיל ה"ש 60), מאמצת המלצה זו. אדגיש שוב כי התנגדותי למסלול של תורם ידוע ממוקדת במקרים דוגמת פסק דין התורם הידוע שבו עוסק מאמר זה, דהיינו מקרים שבהם כבר משלב בחירת התורם, האם, ולכן גם הילד שייולד, חשופים לזהות התורם ולהפך. עמדתי בנוגע לשמירת פרטי תורם אנונימי וחשיפת פרטיו בשלב מאוחר בחיי הילד מורכבת יותר, והיא דורשת מאמר עצמאי.

לכך בסיס משפטי.¹⁹⁶ מצב עניינים שבו אדם שנתפס ומוכר בחברה כ"הורה משוחרר ממחויבויות הוריות" עלול לפגוע אנושות באתוס ההורות. חשש זה מקבל משנה תוקף באותם המקרים שבהם מוסכם בין התורם לאם על הסדרים חלקיים, הגם שלא קיבלו גושפנקה משפטית שבמסגרתם לתורם הידוע מיועדת מעורבות חלקית בגידול הילד ללא מחויבות משפטית וללא זכויות הוריות.

כך, עיון בעובדות פסקי הדין בעולם שעסקו בתורמים ידועים מגלה כי במקרים רבים ההסכמה המקורית בין התורם הידוע לאם כללה מעורבות חלקית שלו בגידול ילדים. כך בחלק מן המקרים דובר על כך שהתורם ישמש מודל גברי מבלי שהוא ישמש אב. במקרים אחרים דובר על הסדרי ראייה נדירים, כאשר לא ברור אם מדובר בזכות של התורם או בהתחייבות שלו.¹⁹⁷ במקרים אחרים התפתחה מעורבות כזו מבלי שהדבר הוסכם מראש או אפילו במקרים שבהם ההסכם, ואפילו החוק, הפקיעו את הזכויות ההוריות של התורם.¹⁹⁸ בעיניי סוג זה של מעורבות מזיק ומבלבל, והוא מוליך בסופו של דבר לסכסוכים ולהתדיינויות.¹⁹⁹ גם במקרים שבהם מן הבחינה המשפטית הפורמלית עמד התורם בכללים הפורמליים המגדירים אותו כתורם.²⁰⁰ אכן, הסדרה ממוסדת של מעמד התורם הידוע,

196 השווה Cohen, *The Right Not to Be*, לעיל ה"ש 173. ודוק, כהן עוסק בזכותו של אדם שלא להיות הורה גנטי במצבים שבהם להורות הגנטית אין משמעות משפטית. על בסיס ממצאים סוציולוגיים ופסיכולוגיים טוען כהן כי גם במקרה כזה תתקיים כלפי ההורה הגנטית תופעה חברתית של "הורות מיוחסת", וכי התופעה הזאת עשויה להצדיק את זכותו לא להסכים להיות הורה גנטי בעל כורחו. כתמונת ראי לטיעונו של כהן, אני סבור שלנוכח התופעה החברתית של הורות מיוחסת יש זכות לחברה לשלול את הזכות לתרומה ידועה שתוליד להורות גנטית לא משפטית בשל הנזקים שעלולים להיגרם מהורות מיוחסת שאינה כוללת מחויבות משפטית.

197 ראו סקירת פסקי הדין בארצות הברית בסוגיה אצל Forman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 47–57. ראו למשל Fred A. Bernstein, *This Child Does Have Two Mothers... And a Sperm Donor with Visitation*, 22 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 1, 19 (1996). לאפשרות של תורם שאינו מוכר כאב משפטי לדרוש הסדרי ראייה מוגבלים ראו A.L.I., PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS §§ 2.04, 2.08, illus. 32 & 33, 2.18(2)(b), illus. 6 (2002).

198 ראו למשל את הדוגמאות המובאות בעניין Ferguson, לעיל ה"ש 49, ובעניין Thomas S., לעיל ה"ש 50, המדגימות עד כמה רופפת היא ההסכמה בין הנתרמת לאב המיועד במקרים של תרומות מתורם לא אנונימי. לתיאור הנסיבות במקרים אחרים שבהם התעוררה מחלוקת בין תורם ידוע לבין נתרמת ראו לעיל ה"ש 64; King, לעיל ה"ש 48; Forman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 47–51. ראו למשל עניין Bruce, לעיל ה"ש 51, המדגים את הסיטואציה של אי-בהירות בין הצדדים בנוגע לחלוקת התפקידים ולמעמד של התורם הידוע.

199 השווה לעמדה האמביוולנטית יותר המוצגת בדבריה של Smith, לעיל ה"ש 46, בעמ' 360–362, בהם מוצגים פסקי דין אנגליים שהעדיפו את המשפחה הגרעינית כדי לא לבלבל את הילד ולעצור את היציבות לעומת פסקי דין אחרים המופיעים בדבריה שהעדיפו את הקשר של האב הביולוגי עם ילדו. דברים אלו מצביעים על הבדלים בין גישות של שופטים שונים בהקשר זה. לריבוי ההתדיינויות במצבים של תורם ידוע ראו Forman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 58–59. עם זאת מסקנתה של פורמן שונה מזו המוצעת במאמר הנוכחי, והיא סבורה שיש להגביר את ההסתכמות על הכוונה ולא למנוע או לצמצם אפשרות של תרומה ידועה.

200 ראו את הדוגמאות שמביאה Smith, לעיל ה"ש 46, בעמ' 375–376, שבהם היא מראה שגם קביעה משפטית ברורה לכאורה שלפיה תורם ידוע אינו הורה לא מנעה עמימות וחוסר בהירות. כך למשל,

בשונה מפתחת השוק להסדרים פרטיים, עשויה לצמצם את החשש, ועדיין לא תוכל למנוע מצבים שבהם יתפתחו מעשית קשרים בין התורם לבין המשפחה הנתרמת, קשרים שבשלב מסוים ייצרו עמימות ובלבול. עניין זה תומך בהעדפתה של הגישה המוסדית לקביעת קטגוריות ברורות ולהימנעות מגישה "גמישה" המתייחסת להורות כ"בגד" שאפשר ללבוש ולפשוט לפי הצורך.²⁰¹

זאת ועוד, **מנקודת המבט המוסדית** מלבד הנזקים הנקודתיים שתופעת התורם הידוע עלולה לעורר קיים חשש רחב ועמוק יותר. אני חושש שהשילוב של תרומה במרפאה עם הרצון המקורי של התורם שאחרים ישתמשו בזרעו **אינם מספיקים כדי ליצור חיץ מוחלט בין מוסד התורם למוסד ההורה**.²⁰² שילוב זה עשוי לחתור בסופו של דבר תחת מוסד ההורות. חשבו כאמור על המקרים המתוארים בפסיקה ובספרות של תורם זרע ידוע הממשיך לשמר את הקשר עם האם ולעיתים גם עם הילד שנולד מזרעו.²⁰³ האם בתפיסה הציבורית אדם כזה, הבא במגע יום-יומי עם ילדיו, לא ייחשב לאב? ואם זה המצב, האם מצב עניינים שבו החוק יאפשר לאדם כזה להתקשר בהסכמים המבטלים את מעמדו כהורה, או מחדשים אותו על פי רצונם, לא יחלחל בסופו של דבר גם להורות רגילה, ובכך יפגע באופייה המוחלט והלא מותנה של ההורות? על רקע זה אני מבקש להציע את רכיב האנונימיות, וכפועל יוצא מכך את רכיב הריחוק בין התורם לילד, לפחות עד גיל הבגרות,²⁰⁴ כמאפיין נוסף של מוסד התרומה.²⁰⁵ בדרך זו יחודד ההבדל בין הורה לתורם ויודגש כי אדם המודע לזהותם של ילדיו הקטינים לא יוכל להתנער מהם לחלוטין.

בעניין *Re G (A Minor); Re Z (A Minor)*, לעיל ה"ש 50, שבו הסכימו הצדדים במפורש כי האב הגנטי לא יוגדר כאב משפטי, ואף החוק תמך בקביעה זו ובכל זאת הכיר בית המשפט בזכותו של האב הגנטי לדרוש הסדרי ראייה. למקרה נוסף מסוג זה ראו *Re G (A Child)*, [2018] EWCA Civ 305 (Eng.).

201 השוו לגישתה של זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 258, 256, הסבורה כי יש לשמור את עמדת התורם בנושא, ובמצבים מסוימים אף לאמצה.

202 השוו *Pennings*, לעיל ה"ש 12, הסבור שהדין הבלגי מתנגד לא רק לתרומה ידועה אלא גם לתרומה אנונימית מלווה בזכות התחקות מתוך רצון לנתק בין התורם לבין הילד.

203 ראו לעיל ה"ש 50.

204 ודוק, מנקודת המבט של הילד העתידי יש הבדל ברמת הבגרות המנטלית והצרכים בין שלב הבגרות לבין שלב הילדות. אוסיף ואומר, שבעיניי שוני זה ממתן לא רק את החששות העוסקים בילד אלא גם את אלה העוסקים בתגובה החברתית הבעייתית כלפי אב ידוע לא מעורב, שכן תגובה זו קשורה בין היתר בהיבט הפגיעה בקטין. וראו בהקשר זה, את הסתייגותי מזכות התחקות בטרם הגיע הילד לבגרות משפט (בה"ש 205 להלן), וכן את מחשבותיי הראשונות בדבר מקומה של זכות ההתחקות ככלל, הנדונות להלן בה"ש 210–217 ובטקסט המתייחס אליהן.

205 מהסיבות המופיעות בטקסט, אני סבור שניתן לשקול הבחנה בין תרומה ידועה באמצעות קטלוג של מרפאה רלוונטית מאת תורם שאינו חלק מהסביבה החברתית של הנתרמת לבין תרומה מתורם פרטי שיש לו היכרות מוקדמת עם הנתרמת, הגם שהתרומה נעשית בסופו של דבר במרפאה מוסדרת. לטעמי, במקרה השני החששות המוצגים בטקסט מפני יצירת הורות חלקית, פגיעה בילד ובמוסד החברתי של ההורות גדולים יותר. לכן גם אם תידחה גישתי החשדנית כלפי מוסד התרומה הידועה ככלל אני סבור שיש להגביל את אפשרות הבחירה העצמאית של התורם וכן לשקול בין הפרמטרים ריחוק גאוגרפי וחברתי בין התורם לנתרמת.

אכן, האיסור על בחירת תורם הזרע/ביצית טומן בחובו צמצום של מתחם האופציות העומדות בפני גברים או נשים הנזקקים להפריה,²⁰⁶ אך הוא אינו מונע מהם כלל לממש את הורותם. בעיניי המחיר הגלום בצמצום האופציה של תרומה שאינה אנונימית **מוצדק בשל הפגיעה במוסד ההורות** – פגיעה שעלולה לנבוע ממצב עניינים שבו הדין מאפשר לאדם להתנכר ביודעין לבנו הביולוגי המוכר לו. ודאי שמחיר זה מוצדק בשל הסכנות לטובתם של ילדים שבמקום מסגרת משפחתית יציבה נחשפים למעמד הביניים של אב ביולוגי-תורם מעורב שאינו הורה מיועד/ידיד המשפחה.

אף שמאמר זה ממוקד בעיקר במקרים של תרומה עבור אם יחידנית, אוסיף ואומר כי רתיעתי מהיווצרותו של מעמד ביניים של מעין אב ביולוגי-תורם מעורב שאינו הורה מיועד/ידיד המשפחה מתחזקת במקרים שבהם קיים לצד האם הביולוגית בן זוג או בת זוג, שמלכתחילה קיבלו עליהם, בהסכמה עם האם הביולוגית, להיות הורים לכל דבר. לטעמי ההכרה בתפקיד הציבורי-חברתי של דיני ההורות מטילה על דינים אלה תפקיד כפול שאותו עליהם למלא ברגישות ובמורכבות. מחד, כפי שהרחבתי בחלקים הקודמים, על דיני ההורות לחזק את אתוס ההורות, ובכלל זה את המחויבות של ההורה הגנטי-ביולוגי במקרים של הורים גנטיים המקבלים עליהם, או שהם נדרשים לקבל עליהם אחריות הורית, ומאידך, בה בעת אחד התפקידים החיוניים של דיני ההורות על פי הגישה המוסדית הוא חיזוק מוסד ההורה הלא הביולוגי ועיצוב מעמדו כהורה לכל דבר. מצב עניינים שבו המשפחה מתנהלת בצילו של תורם גנטי שלא היה מעוניין בקבלת אחריות הורית, אך בכל זאת מעורב חלקית בחיי המשפחה והילד, עלול לאיים על התנהלותם של ההורים המשפטיים,²⁰⁷ ובמיוחד על מעמדו של ההורה הלא ביולוגי.²⁰⁸ הצורך בחיזוק המעמד של ההורה הלא ביולוגי ובהגנה על האוטונומיה של משפחות חד-הוריות או משפחות שבהן אחד ההורים אינו ההורה הביולוגי, תומך בשלילת הקטגוריה של תורם ידוע או לפחות בהמתנה עד להתגבשות ממצאים ברורים יותר על השפעתה במקומות שבהם הקטגוריה מוכרת.

את מסקנתי (הלא נחרצת) שלפיה גם חקיקה עתידית צריכה להימנע ממיסוד פרוצדורה של תרומה מתורם ידוע, יש לעדן בשלושה אמצעים:

ראשית, יש לאפשר לנתרמות פוטנציאליות לקבל מידע לא מזהה על תורמים אפשריים מבלי לחשוף את זהותם של התורמים;²⁰⁹ שנית, יש לשמור את פרטי התורמים ולפתח מנגנונים שיאפשרו לשוב אליהם במקרה של צורך רפואי חיוני וכן לצורך מניעת נישואי

206 לסיבות שבעטיין נשים בוחרות בתורם ידוע ראו Forman, לעיל ה"ש 46, בעמ' 64. סיבות אלה כוללות רצון בתמיכה כלכלית בילד, דמות גברית, רצון לבחור את ההורה של ילדך וכן חיסכון בעלויות.

207 וכפי שעלה בסיפורים העולים מפסקי הדין מאיים בפועל. ראו למשל פסק הדין בעניין Re. G, לעיל ה"ש 186; Smith, לעיל ה"ש 46, בעמ' 355–375.

208 לאיום של התורם הביולוגי על המשפחה הגרעינית החד-מינית ראו Kelly, לעיל ה"ש 46. עם זאת לצד המסקנה המשותפת שלי ושל קלי בדבר הצורך בקטגוריות ברורות של תורם והורה, קלי נכונה להכיר גם בקטגוריית ביניים של תורם מעורב, ובלבד שקטגוריה זו תוגדר היטב בחוק שיהיה ברור שהמעורבות אינה הופכת את התורם להורה. ראו בהקשר אחר את טענתה של Wilson, לעיל ה"ש 41, שלפיה מעמד הביניים הניתן בכמה מדינות בארצות הברית לבן זוג של הורה ביולוגי, המקנה לו בתקופה שלאחר הפירוד זכויות קשר ללא אחריות כלכלית, מאיים על המשפחה הגרעינית שנוצרה.

209 כך אכן מוצע בס' 28 להצעת חוק בנקי זרע, לעיל ה"ש 60.

קרובים;²¹⁰ הערתי השלישית נוגעת לזכותם של הקטינים, משבגרו, להכיר את תורם הזרע. סוגיה זו דורשת עיסוק במגוון שיקולים מורכבים ערכיים ומעשיים. מחד יש המצביעים על זכותו של אדם להכיר את שורשיו כזכות טבעית. מעין הגשמה של הציווי "דע מאין באת".²¹¹ לכן ניתן לטעון שיש לעדן את האיסור על תרומה ידועה באמצעות מתן "זכות התחקות" מנדטורית למי שנולדו מתרומה אנונימית לאחר שבגרו.²¹² לכך מצטרפים גם שיקולים פרקטיים, למשל שבעידן של מרשמים גנטיים כמעט בלתי אפשרי להימנע מחשיפת פרטי התורם, ומאידך יש המתריעים מפני הפגיעה בפרטיות של התורמים שייחשפו לקשר שלא רצו בו עם צאצאיהם הביולוגיים ושל הנתרמים שעשויים להיות מאומים מהגילוי העתידי.²¹³ נוסף על זה, יש החוששים שזכות ההתחקות תרתיע תורמים פוטנציאליים,²¹⁴ ובכך תפגע הזכות להורות. בנושאים אלה קיימת ספרות מחקר ענפה, והמסגרת הנוכחית אינה מתאימה לדיון ממצה בעניין.²¹⁵ אולם לא אתאפק ואצביע על שיקול נוסף שמקורו בנקודת המבט המוסדית וטרם קיבל משקל מספיק בשיח הקיים.²¹⁶ הגישה המוסדית מדגישה את תפקידו של המשפט בהבניית ההורות ותפיסתה בחברה. לכן על פי הגישה, מבלי לזלזל באותנטיות של הרצון להכיר את שורשיו, הצורך לדעת מאין באת אינו עומד בחלל ריק והוא משקף במקרים רבים לא רק צורך "טבעי" אלא גם תפיסה חברתית המדגישה את חשיבותו של המקור הגנטי. לכן עמדות המדגישות את זכותו של אדם להכיר את שורשיו עד כדי כך שהן אוסרות כליל תרומה אנונימית שאינה מלווה בזכות התחקות, מעצבות ומחזקות תפיסה שלפיה הורות אמיתית היא הורות גנטית-ביולוגית, ועל כן הצורך בהכרת השורשים אינו מסופק בהיכרות עם משפחות ההורים המשפטיים אם הם אינם ההורים הגנטיים. מנגד, עולם שבו אין אפשרות להתחקות אף הוא אינו ניטרלי, והוא יולך בטווח רחוק להערכת חסר של חשיבות הקשרים הביולוגיים-גנטיים.

210 ראו בהקשר זה שם, ס' 43–47. כן ראו דניאל סינקלר "הזרעה מלאכותית והפריה חוץ-גופית במשפט העברי: היבטים השוואתיים, הלכתיים-מתודולוגיים ומוסריים" **המשפט** ט 291, 311 (2004); ופרן "סודות ושקרים", לעיל ה"ש 10, בעמ' 539–541.

211 ראו שם, בעמ' 584 (מכנה זאת "חזרה לשורשים"). עוד ראו Cahn, לעיל ה"ש 34; וכן במקורות הנוספים המוזכרים לעיל בה"ש 34, התומכים במתן זכות התחקות.

212 למדינות הדורשות מתן זכות התחקות ואוסרות על תרומות אנונימיות איסור מוחלט ראו לעיל ה"ש 12.
213 ראו לדוגמה Ethics Committee of the Am. Soc'y for Rep. Med., *Informing offspring of their* (2004) 527, 528–529 FERTILITY & STERILITY 81 *Conception by Gamete Donation*.

214 זהו אחד הנימוקים שהנחה את הדין בבלגיה. ראו Cathy Herbrand & Nicky Hudson, *Information Sharing in Donor Conception: Comparing Regulations Ethics and Cultural Practices in the UK and Belgium*, 3 J. MED. L. & ETHICS 175, 184 (2015). למחקר אמפירי על השפעת מתן

האפשרות לחשיפת פרטי התורם על הנכונות לתרום ראו Adams, Ullah & Lacey, לעיל ה"ש 54.
215 להרחבה על עניינים אלה ראו את המקורות המופיעים לעיל בה"ש 10–11, 34 (שם גם נסקרו עמדות שונות שאומצו במדינות השונות).

216 השפעה נוספת של הגישה המוסדית על הזכות להתחקות קשורה בשיטות משפט שבהן נאסרת תרומה ידועה, אך קיימת זכות להתחקות וליצירת קשר עם התורם עוד בטרם הגיע הילד לבגרות. הזכרתי לעיל שהפגיעה בילד הבוגר מקימו של אב ביולוגי שאינו מתפקד כאב קטנה מפגיעה כזו בילד צעיר, וכנגזרת מזה, אף הפגיעה במוסד ההורות במקרה כזה נחלשת. עם זאת יש להודות שכשזכות ההתחקות ניתנת בתקופה שבה הילד אינו בגיר במובן המשפטי, קיומו של אב ידוע שאינו מחויב לילד עלול בכל זאת לחתור תחת מוסד ההורות גם אם במידה פחותה.

לנוכח שיקולים אלה נטייתי היא לתמוך בגישה פלורליסטית דוגמת זו הנהוגה בחקיקה חדשה בארצות הברית,²¹⁷ המכירה בשני מסלולים: האחד של אנונימיות מלאה ונמשכת לעת בגרות (במגבלת יכולת זיהוי מוגבלת לצורך רפואי ומניעת נישואי קרובים), והשני מסלול אנונימי בילדות מלווה בזכות התחקות לעת בגרות ומתן אפשרות לתורמים ולנתרמים לבחור מלכתחילה את המסלול המיועד. הכרה בשני מסלולים תבטא את החשיבות של מתן פלורליזם בסוגי הורות שונים,²¹⁸ וכן את הנטייה הליברלית לכבד את האוטונומיה ההורית ככל שהדבר אפשרי ולהעדפתה על פני קבלת החלטות מונוליתיות של המדינה.²¹⁹

לקראת סיום אזכיר שבפרק הנוכחי, ולמעשה במאמר כולו, אני מתמקד בשאלת התרומה ובאפשרות לשלילת הורות בהסכמה. שיקולים מוסדיים שונים מעוררים מקרים המכונים לעיתים בזרזין הרפואי, ואפילו המשפטי, כ"תרומה", אך למעשה הם עוסקים בהורה ביולוגי המבקש להיות הורה משפטי ומהותי משותף עם הנתרמת. כשמדובר בנתרמת שהיא אם יחידה, הדבר אינו מעורר כל קושי, בין שמדובר בנתרמת שהיא בת זוג ובין שמדובר בנתרמת שהיא והאב המיועד יהיו הורים משותפים. מורכבים יותר הם המקרים שבהם מבקש האב המיועד לספק זרע עבור אם ביולוגית ובת זוגה מתוך רצון להיות הורה נוסף לצד האם ובת הזוג. במקרים אלה מתעוררת השאלה אם על המשפט להכיר במשפחה בת שלושה הורים, שכל אחד מהם מוגדר כהורה לכל דבר,²²⁰ בשונה מן המעמד של תורם שאינו הורה מן הבחינה המשפטית או מהמעמד של הורה חלקי המתקיים דה פקטו בחלק מן המקרים שהחלו כמקרים של תורם ידוע. נטייתי הראשונית היא לתמוך במיסוד אפשרות כזו בחקיקה מתוך ההבנה כי הגדרת ההורות היא דינמית. מקרה כזה לא יפגע באתוס ההורות, שכן אין מדובר בהורה מתנער, אלא להפך – על שלושה אנשים המבקשים לקבל עליהם אחריות הורית. עם זאת שאלה זו מעוררת שיקולים שונים לחלוטין מאלו שנדונו במאמר הנוכחי, ואני מבקש להותיר את העיסוק בה ואת ההכרעה הסופית בעניינה למאמרים עתידיים.

217 ראו U.P.A, לעיל ה"ש 12, ס' 904.

218 למגמה זו של הגישה הליברלית ראו לעיל תת-פרק ד.1.

219 ראו ל לעיל תת-פרק ד.3(ב).

220 לדחיית האפשרות להכרה כזו בהיעדר הסמכה מפורשת מן המחוקק, בפסק דינו של השופט ויצמן **בפרשת שלושת ההורים**, לעיל ה"ש 107. אף השופט הנדל בבע"מ 3518/18, לעיל ה"ש 40, סבר כי בלא הסמכה מן המחוקק לא ניתן להכיר ולו זמנית בשלושה הורים. אולם השוו תמ"ש (משפחה ת"א) 1540-12-18 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו 31.12.2019), אשר הורה על מינוי אפוטרופוס שלישי לקטינים שנולדו בעקבות הסכם להורות משותפת בין בני זוג גברים לבין האם הנושאת. עוד ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 42806-05-19 **מדינת ישראל נ' פלונית** (נבו 2.4.2020), שקיבל חלקית את הערעור על החלטתו הזאת של בית המשפט למשפחה, ושלל את האפשרות להכרה בשלושה הורים או אפילו בשלושה אפוטרופסים – אך בה בעת הכיר בהסדרים מעשיים מוסכמים בין שלושת המעורבים אשר הלכה למעשה הקנו לשלושת המעורבים בענין סמכויות הוריות מבלי לכוון אותם אפוטרופסים או הורים. עוד אציין כי במדינות שונות כגון בריטיש קולומביה שבקנדה אפשרות כזו מוכרת בחוק. ראו CAL. FAM. CODE § 7612(c) (2017). Family Law Act, SBC 2011, c. 25, s. 30. זהו גם המצב בקליפורניה. ראו

ה. סגירת מעגל: ביקורת מהותית, חוקתית ומנהלית על ההסדרה המשפטית הקיימת של תרומות זרע בישראל לנוכח הגישה המוסדית

בפרק הקודם עסקתי בדרך הראויה שברוחה על המחוקק לעצב בעתיד את דיני תרומת הזרע בישראל ובעולם לנוכח הגישה המוסדית. כעת אפנה לבחינת המצב המשפטי הקיים בישראל. מן האמור עד כה ברור כי לנוכח ההיבט הציבורי של ההורות, כל עוד מעמד התורם הידוע כתורם שאינו הורה מן הבחינה המשפטית אינו מוסדר בחוק, הגישה המוסדית תתנגד לאימוצה של גישה חוזית שתאפשר לצדדים לקבוע מראש באמצעות הסכם פרטי שאב גנטי לא יהיה הורה מן הבחינה המשפטית. משכך, יש להצדיק את הפסיקה הדיונית ששללה עד היום את תוקפם של הסכמים שבהם ביקש אב גנטי לחמוק ממחויבותו בטענה שהצדדים סיכמו מראש שהוא לא יוכר כהורה.²²¹ בדומה לזה, ההתייחסות של בית המשפט בפרשת התורם הידוע לשיקולי טובת הילד העתידי,²²² לאינטרסים הציבוריים ולאתוס ההורות,²²³ כאל שיקולים התומכים בדחיית האפשרות לקבלת תרומה מתורם ידוע, מדהדים את השיקולים שבגינם אף הגישה המוסדית, המוצגת במאמר הנוכחי, מסתייגת ממסוד מסלול של תרומה ידועה ומתנגדת בחריפות להסדרה פרטית של תרומה מתורם ידוע כל עוד הדבר אינו מוסדר בחוק.²²⁴

אולם דווקא טיעונים מוצדקים אלה של בית המשפט מעוררים את הקושי: כיצד המשפט הישראלי הקיים מאפשר את תרומת הזרע האנונימית בכלל ועבור אם יחידנית בפרט, כשהוא שולל את האפשרות לבדיקה ייחודית של טובת הילד בהקשר האחרון ומבלי לעדן את הפגיעה בזכויותיו במנגנונים משלימים כגון זכות התחקות?

ודוק, בדיוננו בפרק הקודם הצדקתי, מנקודות מבט שונות, ובכללן הגישה המוסדית, מדוע בשל הזכות להורות ראוי להתיר בחוק פרוצדורה של תרומה אנונימית עבור אם יחידה. עם זאת הדגשתי כי אין מדובר בהכרעה מובנת מאליה, וכי נדרש דיון ואיזון בין הזכות להורות של האם היחידנית לבין הפגיעה באיכות חייהם של הילדים העתידיים המוליכה לפגיעה באינטרס הציבורי ובאתוס ההורות. דיון כזה נערך בפרשת התורם הידוע אך ורק בהקשר של מקרה של תרומה ידועה. לעומת זאת בהקשר של התרומה האנונימית

221 ראו לעיל ה"ש 45.

222 ודוק, לפי הגישה המוסדית המוצעת במאמר הנוכחי שיקולי טובת הילד העתידי אינם נספרים כזכות פרטית של הילד אלא כחלק מהתוכן של אתיקת ההורות ואתוס ההורות. לעומת זאת על פי השופט הנדל, לצד אתוס ההורות טובת הילד העתידי נשקלת גם כזכות פרטית של הילד. משום כך דווקא לגישתו נדרש הסבר משמעותי יותר כיצד ניתן לאפשר תרומה אנונימית הפוגעת בזכות הילד העתידי.

223 ראו לעיל ה"ש 56–59 והציטוטים המובאים בהן.

224 דוק, בפרק הקודם טענתי (בזהירות) כי שיקולי טובת הילד העתידי ושיקולים מוסדיים באשר לאתוס ההורות עשויים לתמוך בהגבלת האפשרות של תרומת זרע לתורמים אנונימיים גם כאשר מדובר בחקיקה. אולם גם מי שאינו מקבל את מסקנתי זו, ברמת החקיקה הראויה, חייב לדעתי להסכים שבמצב הברורים בדיון המצוי ובהיעדר חקיקה השוללת את מעמדו של התורם הידוע כאב, לא ניתן לכבד הסכם פרטי שבמסגרתו קובעים בני הזוג שאב גנטי ידוע לא יתפקד כהורה. ואם זהו המצב ניתן להבין את העמדה שאינה מאפשרת לקיים פרוצדורה של הפריה כאשר ברור מלכתחילה שהתורם מבקש להתנכר למחויבותו כאב.

התייחס בית המשפט במשתמע לזכות להורות כהצדקה מספקת להמשך הפרקטיקה מבלי שהוא שקל כנגדה את הפגיעה בילדים העתידיים, באינטרס הציבורי ובאתוס ההורות והסביר מדוע פגיעה זו מוצדקת, ומבלי שהוא בחן דרכים מגוונות לאיזון בין שתי הזכויות. זאת ועוד, בניגוד לחוק תרומת ביציות, שבו נקבע במפורש כי התורמת לא תיחשב לאם,²²⁵ אין בנמצא הוראת חוק, או אפילו חקיקה משנית,²²⁶ השוללת את מעמדו של תורם הזרע האנונימי כאב. אם זהו המצב, הרי שהלכה למעשה התקנות יוצרות בדיוק את מצב ה"אין הורות" שכנגדו התריע השופט הנדל ושכנינו הכריז כי היה אוסר פרוצדורה של תרומה מתורם ידוע מטעמי תקנת הציבור גם אם התקנות לא היו מתייחסות לכך. ודוק, בפרק הקודם כאשר תמכתי בסופו של דבר במיסוד חוקי של התרומה האנונימית, הדגשתי שבמקרה כזה יש לקבוע במפורש בחוק שהתורם לא ייחשב להורה המשפטי של הילד כמקובל בחלק גדול משיטות המשפט שבהן התרומה האנונימית מותרת.²²⁷

מנקודת המבט המוסדית הדרישה שהאב הגנטי יוגדר בחוק כתורם שאינו הורה אינה עניין פרוצדורלי אלא עניין מהותי הנחוץ לצורך בידול מוסד ה"הורות" ממוסד ה"תרומה", כדי לדאוג לכך שמתן האפשרות לתרומה לא תשחק את אתוס ההורות ולא תפתח את הפתח לשלילה מוסכמת של מחויבות הורית. לעומת זאת המצב המשפטי הקיים, שבו התורם האנונימי נחשב על פי המבחן הגנטי להורה המשפטי, ובכל זאת התקנות, בגיבוי של בית המשפט העליון, תומכות בפרוצדורה המאפשרת לו הלכה למעשה להתחמק מן המחויבויות המוטלות עליו על פי דין, הוא חמור מנקודת המבט של הגישה המוסדית ושל אתוס ההורות. לצד הקושי ה"מוסדי", התמיכה של בית המשפט באפשרות למתן תרומה אנונימית באופן המשחרר אב משפטי ממחויבותו מעוררת גם קושי חוקתי לא מבוטל. כפי שראינו, זכותם של ילדים לתמיכה כלכלית, לקשר עם הוריהם ולמידע על שורשיהם היא זכות יסוד הנגזרת מכבוד האדם שלהם.²²⁸ בניגוד לעמדות הפילוסופיות הדוחות את האפשרות להביא בחשבון את טובת הילד העתידי לצורכי רגולציה של הולדה, בית המשפט ציין במפורש שטובת הילד העתידי היא שיקול מכריע לטובת איסור על תרומה לא אנונימית. אם זהו המצב, כיצד ייתכן שבית המשפט נותן את ידו לפרקטיקה הפוגעת בזכות יסוד זו של ילדים כאשר מדובר בתורם אנונימי? אכן, בית המשפט הצביע על כיוון להבחנה הנעוץ בהבדל שבין הפגיעה בליבת הזכות להורות במקרה של התרומה האנונימית לבין הפגיעה בהיבט הפריפריאלי במקרה של התרומה הידועה, אולם כפי שהניתוח במאמר זה לימד, הבחנה זו אינה מספיקה אם לא נלווים לה הסברים נוספים: מחד, מדוע הזכות להורות גוברת על זכויות הילד במקרה של התרומה האנונימית, ומאידך אם אין מצביעים על נזק נוסף ייחודי הנגרם בעטייה של התרומה הידועה מלבד זה הקיים בתרומה האנונימית המצדיק פגיעה

225 ס' 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010.

226 למען הסר ספק, אציין כי אף אם החקיקה המשנית הייתה כוללת תקנה או הנחיה כזו, הרי שלא היה לה תוקף, שכן ברור לחלוטין שמחוקק המשנה הוסמך לכל היותר לעסוק בהיבטים הרפואיים והמנהליים, אך אין לו כל סמכות לשלול את ההורות המשפטית של התורם.

227 ראו לעיל תת-פרק ד.3.

228 ראו לעיל ה"ש 14-18.

בזכות הפריפריאלית של האם.²²⁹ שאלות אלה שמאמר זה ביקש להציע להן פתרון בנוגע לחקיקה עתידית נותרו ללא תשובה במצב המשפטי הקיים.

עניין זה מוליך אותי לחשוב מחדש על הדיון בפרשת התורם הידוע בשאלת תוקף התקנות הקיימות המאפשרות את התרומה האנונימית ותומכות בה. כל השופטים היו שותפים לתוצאה שלפיה יש לדחות את העתירה ולאסור על תרומת זרע מתורם ידוע. כל השופטים גם היו שותפים לדעה שהמצב הקיים אינו רצוי, ושראוי שהנושא יוסדר בחקיקה ולמרות זאת סירבו להכריז כי התקנות הקיימות אינן בתוקף. עם זאת קריאה רגישה של פסק הדין תגלה שבנושא האחרון קיימים הבדלים בין גישותיהם של השופטים מזוז והנדל.

השופט הנדל הודה בכך שהמצב הקיים מעורר קושי לא מבוטל.²³⁰ אולם לטענתו ההכרעה בעניין תוקף התקנות לא נדרשה לצורך המקרה הנוכחי, שכן היה אפשר לדחות את העתירה ולאסור פרקטיקה של תרומה מתורם ידוע בשל שיקולי טובת ציבור כלליים גם אם איסור כזה לא היה מעוגן במפורש בתקנות.²³¹ משום כך הוא בחר לדחות את העתירה לגופה על בסיס שיקולי תקנת הציבור העומדים בתוקפם – ללא קשר לתוקף התקנות והסתפק באמירה הטקטית שלפיה "אין זו העת המתאימה לקבוע כי ההסדרים הרלוונטיים בטלים". אמירה שנומקה על ידו בחשש מפני מצב של "תוהו ובוהו" שעלול להיגרם בעקבות הכרעה פוזיטיבית שלפיה התקנות אינן תקפות, ובכלל זה "פגיעה בזכות להורות".²³² אף השופט מזוז סבר כי המצב הקיים אינו ראוי, וכי מוטב היה שהנושא יוסדר בחקיקה. אולם בניגוד לשופט הנדל, השופט מזוז נקט שפה פוזיטיבית. לדעתו, חרף העובדה שהמצב הקיים אינו רצוי, מן הבחינה המשפטית התקנות המאפשרות תרומת זרע אנונימית עבור אם יחידנית אך שוללות תרומת זרע מתורם ידוע הותקנו בסמכות ועל כן הן בנות-תוקף.²³³

אני חושש שראייה נכוחה של המצב המשפטי תוליך למסקנה כי החקיקה המשנית הקיימת, המאפשרת תרומה אנונימית, אינה בת-תוקף בשל השילוב של (1) העובדה שהתקנות, הנהלים וההנחיות העוסקים בתרומות הזרע קובעים למעשה הסדר ראשוני,²³⁴

229 ראו בהרחבה בדיוני לעיל תת-פרק ג.3. כאמור, זו התוספת המרכזית של הגישה המוסדית שהוצגה לעיל בתת-פרק ד.1 ויושמה לעיל בתת-פרק ד.2 ו-ד.3, הן לסוגיית תרומת הזרע האנונימית והן לסוגיית התרומה הידועה.

230 ראו בג"ץ **התורם הידוע**, לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

231 שם.

232 שם.

233 שם, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט מזוז.

234 על דוקטרינת ההסדרים הראשוניים ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 502 (1998). על פי כלל זה: "מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מנהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה ההוראת המינהלית"; בג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25 (2002); בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סז(1) 177 (2014). עוד ראו בנושא ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליובאב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449, 451 (2012); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרונות החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012); גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5, 11 (2010).

הרווי בהכרעות ערכיות מהותיות,²³⁵ עם (2) הפגיעה בזכויות של הילדים הנולדים מן התרומות לקשר ולתמיכה כלכלית משני הוריהם ועם (3) היעדרה של הסכמה מפורשת בחוק כנדרש לסדר ראשוני בכלל ובמקרה של הסדר ראשוני הפוגע בזכויות אדם במיוחד.²³⁶ על כן צדק השופט הנדל כשנמנע מלקבוע פוזיטיבית שהתקנות הן בנות-תוקף והעדיף לבסס את פסילת ההסדר לתרומה ידועה על שיקולי תקנת ציבור כלליים שאינם מעוגנים בתקנות. אני מבין כמובן את ההבדל בין מאמר אקדמי לבין פסק דין²³⁷ ואת השיקולים המוסדיים שהולכו את השופט הנדל, כמו גם שופטים אחרים שעסקו בתקנות, לנקוט גישה שיפוטית "סבלנית", יהיו שיאמרו "פסיבית", ולא לקבוע נחרצות שהתקנות אינן תקפות.²³⁸ כפי שעולה לדעתי מניתוח משפטי של הסוגיה. ועם זאת להחלטה זו מחיר גבוה. ב-25 השנים האחרונות טענות נגד תוקפן של התקנות וההנחיות העוסקות בתרומות זרע מועלות לא רק בספרות המחקר,²³⁹ אלא גם בהליכים משפטיים מגוונים. בית המשפט העליון הביע בעבר את החשש כי התקנות אינן תקפות לנוכח טענות אלה אך נמנע מלהכריע בכך.²⁴⁰ לעומת

235 ראו ס' 33 לפקודת בריאות העם, 1940, שמכוחו נקבעה המסגרת הנורמטיבית המסדירה בתקנות ובנהלים את תרומות הזרע, אין זכר להסמכת מחוקק המשנה להסדיר את עניין תרומות הזרע. אכן, צודק השופט מזוז כי כשמדובר בחקיקה ישנה הכוללת הסמכה כללית לחקיקה משנית אין לצמצם את הסמכות לנושאים שעמדו בפני המחוקק בעת שנחקק החוק, וניתן להרחיב את הסמכות לנושאים נוספים שלא התעוררו בעת החקיקה הראשית. אולם חקיקת המשנה והנהלים שהוצאו מכוחה לא צומצמו לעניינים רפואיים ארגוניים, והיא עוסקת אף בעניינים ערכיים רחבים שאינם קשורים בהיבט הרפואי, כגון: (1) הדרישה לאנונימיות של התורם והבטחתה (ראו ס' 24 לחוק מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007)); (2) במקרה של אב גנטי ידוע שעל פי התקנות חייב לתפקד כאב מיועד, הבטחת מחויבותו הכתובה של האב לילדים שייוולדו (שם, ס' 31(3)); הסכמתו של בן הזוג של נתנם לתרומה ומחויבותו כלפי הילדים שייוולדו (ראו שם, ס' 31. כן ראו בהקשר זה את ה"פ (מחוזי ת"א) 386/07 פלונית נ' משרד הבריאות (נבו) (15.11.2007)); (4) הסכמתו של בן הזוג של נתנם לתרומה ומחויבותו כלפי הילדים שייוולדו (שם, ס' 23 לחוק מנכ"ל משרד הבריאות); (5) הסטטוס המשפחתי של האב במסלול ההורה המיועד (שם, ס' 31).
236 כלל ההסדרים הראשוניים אפילו על פי פרשנותו המצומצמת ביותר (לפרשנות מצמצמת לכלל ראו ספיר, לעיל ה"ש 234; דותן, לעיל ה"ש 234), ובוודאי על פי פרשנותו הרחבה יותר. ראו מדינה, לעיל ה"ש 234, הגורס שהסכמה לקביעת הסדר ראשוני, ובוודאי כזה הפוגע בזכויות אדם, צריכה להיות מפורשת. וראו בהקשר זה לאחרונה בג"ץ 18/1550 עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות (נבו) 30.4.2020. במובן זה המקרה דנן שונה ממקרים דוגמת עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 234, שבהם לפחות דעת הרוב הסכימה להעניק פירוש מרחיב לסעיף המסמך את מחוקק המשנה לתקן תקנות בעניינים מהותיים אך לא היה מדובר שם בפגיעה בזכויות אדם.

237 שלא כבמאמר אקדמי, שבו בשל ערך האמת מצופה מן המחבר לכתוב במפורש את מסקנות ניתוחו, גם אם מסקנות אלה עלולות להוליד לתוצאות "בעייתיות", שופטים נדרשים לשקול גם שיקולים נוספים מוסדיים ואחרים.

238 על מחויבותו של בית המשפט לריסון שיפוטי ולהימנעות מפסילת חוק כאשר ניתן להגיע לתוצאה דומה לזו של הפסילה באמצעים פרשניים. ראו למשל בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

239 ראו שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 26; זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 247-249.

240 ראו בג"ץ התורם הידוע, לעיל ה"ש 7, פס' 8 לפסק דינו של הנדל, ופסקי הדין המאוזכרים שם. כן ראו בג"ץ מדאינוסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19 (1989);

זאת בתי המשפט הדיוניים פסלו בעבר היבטים שונים של התקנות בהתבססם על טיעונים של חוסר סמכות ושל דוקטרינת ההסדרים הראשוניים.²⁴¹ במקרים אחרים בעקבות עתירות שעסקו באי־תקפות של תקנות אחרות הסכימה המדינה, בלחץ בית המשפט, למחוק חלק מן התקנות, והדבר קיבל תוקף של פסק דין.²⁴² עיון בפסקי הדין הללו יגלה שבכל המקרים שבהם התערב בית המשפט או שבהם שונו התקנות בעקבות העתירות, היה הדבר לטובת עותרים שביקשו להסיר "הגבלות" או מטלות שנקבעו בחקיקת המשנה כתנאי לקבלת טיפול הפריה מתרומות זרע. למשל, בהקשר של תרומות מאב מיועד ביטלו בתי המשפט המנהליים, בטענות של חוסר סמכות או דוקטרינת ההסדרים הראשוניים, תקנה שאסרה על מי שנשוי לאישה אחת להפוך אב מיועד באמצעות תרומה זרע לנתרמת שאינה אשתו.²⁴³ שופטים אחרים ביטלו הנחיה מנהלית שדרשה להודיע לאשתו של התורם על ההפריה הצפויה.²⁴⁴ לעומת זאת הספקות בדבר תקפותה של החקיקה המשנית לא גרמו לבית המשפט לפקפק בעצם האפשרות לעשות את טיפולי ההפריה בשל שיקולי טובת הילד או הגנה על זכויותיו, או למצער כדי לעדן את הפגיעה בו.²⁴⁵

דינמיקה דומה התפתחה גם בהליכים שעסקו בתרומת הזרע האנונימית. טלו למשל את פרשות וייץ²⁴⁶ וירוס־חקק,²⁴⁷ שנדונו במאוחד בבית המשפט העליון בשנות התשעים. בעקבות העתירות נמחקו בהסכמה תקנות והנחיות שהורו על ביצוע בדיקות מיוחדות, פסיכולוגיות וכלכליות, בנשים יחידניות כתנאי לקבלת הפריה. לעומת זאת עצם האפשרות לקבל את טיפול ההפריה נותר בעינו, חרף החשש לפגיעה בזכויותיהם של ילדים העתידים להיוולד ללא תמיכה וללא קשר עם האב כשהנטל הוא על הקופה הציבורית. ודוק, בתקופה שבה נדונו והוכרעו פרשות וייץ וירוס־חקק, בחלק גדול ממדינות המערב, ובכללן מדינות המחויבות מחויבות עמוקה לעקרונות ליברליים של שוויון ואוטונומיה כגון שוודיה, החשש מפני פגיעה בזכויות הילד העתיד להיוולד הוליך לכך שתרומת זרע לא הותרה עבור אם

בג"ץ 4077/12, לעיל ה"ש 27, פס' 33 לפסק דינה של השופטת ברק־ארו; פרשת מור יוסף, לעיל ה"ש

67; עניין ארד־פנקס הראשון, לעיל ה"ש 87; ה"פ (מחוזי י-ם) 7172/08, לעיל ה"ש 29.

241 ראו למשל שם, פס' 13–17 לפסק דינו של השופט לוי.

242 ראו עניין זכור, לעיל ה"ש 29; עניין ירוס־חקק, לעיל ה"ש 29; פרשת וייץ, לעיל ה"ש 29. לתיאור הדינמיקה בשני המקרים ראו בלכר וזפרן, לעיל ה"ש 87, בה"ש 48–55 והטקסט המתייחס אליהן.

243 ראו פסק דינו של השופט לוי בה"פ (מחוזי י-ם) 7172/08, לעיל ה"ש 29.

244 השוו פסק דינו של השופט שפירא בה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06, לעיל ה"ש 83, אשר סבר כי אין הכרח לקבל את עמדת אשת התורם הנשוי כתנאי להפריה של אישה במסלול האב המיועד. עם זאת, פסק דין זה בוטל בהסכמת הצדדים לאחר שהוגש ערעור לבית המשפט העליון. לעמדה נוגדת, המכירה באפשרות של אדם נשוי לשמש אב מיועד למי שאינה אשתו אך דורשת לשמוע את עמדת אשת התורם כתנאי מקדים לפרוצדורה כאמור בהנחיות משרד הבריאות, ראו פסק דינו של השופט שוחט בה"פ (מחוזי ת"א) 386/07, לעיל ה"ש 235. לסקירה של פסיקות סותרות בעניין של הערכאות הדיוניות ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 25340-04-11, לעיל ה"ש 15.

245 לחריג מסוים לעניין ראו שם (שבו אחד מן הנימוקים של בית המשפט להקל את פרוצדורת האב המיועד היא עדיפותה של פרוצדורה זו על פני הפרוצדורה של תרומה אנונימית מנקודת המבט של טובת הילד).

246 ראו לעיל ה"ש 29.

247 שם.

יחידנית.²⁴⁸ באנגליה הוטלו באותה תקופה על אימהות יחידניות שביקשו לעבור טיפולי הפריה מגבלות ייחודיות המזכירות את המגבלות שהיו בתקנות ונמחקו.²⁴⁹ הגם שהיום המגמה הרווחת, אף כי לא הבלעדית, היא להתיר תרומת זרע עבור אם יחידנית,²⁵⁰ הזכות החוקתית של ילדים לדעת מאין באו הולכה בעשור האחרון חלק גדול ממדינות העולם המערבי לאסור על פרקטיקה של תרומת זרע אנונימית שאינה מלווה בזכות התחקות, בין שמדובר בתרומה עבור זוג ובין שמדובר בנתרמת יחידנית.²⁵¹ לעומת זאת בישראל קיבל בית המשפט כמוכנת מאליה את האפשרות לתרום תרומה אנונימית בכלל ועבור אם יחידנית בפרט מבלי להיזקק לפגיעה בזכויות החוקתית של הילדים. הנה כי כן, בניגוד למה שנראה במבט ראשון, היחס הקיבוצי של בתי המשפט להסדרה הקיימת של תרומת הזרע איננו יחס פסיבי-סובלני מלא אשר משיקולים מוסדיים נותן תוקף לחקיקה המשנית חרף הספקות בנוגע לתוקפן. זהו יחס פסיבי וסובלני במידה חלקית, כזה הנכון לקבל טענות הנשענות על חוסר סמכות, על פגיעה בדוקטרינת ההסדרים הראשוניים ועל פגיעה בזכות חוקתית רק כאשר מדובר בזכות להורות/שוויון, אך נכון למחול על טענות אלה כאשר הנפגעים הם ילדים עתידיים והאינטרסים הציבוריים הרחבים יותר.

אם כן, אירוני שדווקא פסק דינו של השופט הנדל בפרשת **התורם הידוע**, שהיה למעשה לפסק הדין הראשון שבו התייחס בית המשפט בהקשר של תרומות הזרע לזכויותיהם של הילדים העתידיים כהצדקה להגבלת מנגנון התרומות, פותח את הפתח לשאלה כיצד ניתן לפגוע בזכויות ילדים הנולדים מתרומת הזרע האנונימית ללא הסמכה מפורשת בחוק ומבלי שהחוק מנתק את הקשר המשפטי בינם לבין התורמים.

על רקע זה אני תוהה אם ההכרעה המעשית המוצדקת על איסור התרומה הידועה כל עוד הדבר אינו מוסדר בחוק לא הייתה אמורה להיות מלווה בסעד חוקתי תקיף יותר מהמלצה עקרונית למחוקק להסדיר את התחום בחקיקה. אכן, החשש מפני תוהו ובוהו עשוי להצדיק חשש מפני קביעה פוזיטיבית אופרטיבית שלפיה התקנות אינן בתוקף, אולם בשנים האחרונות פיתח המשפט הישראלי קבוצה של מנגנוני אמצע בין הביטול הפוזיטיבי בעל התוקף האופרטיבי המידי לבין המלצות במידה משתנה של תקיפות ו"שיניים" להסדרת התחום בחקיקה.²⁵² מנגנוני אמצע כאלו כוללים את דוקטרינת הבטלות היחסית,²⁵³ קביעת

248 ראו לעיל ה"ש 99.

249 ראו לעיל ה"ש 22.

250 שם.

251 ראו לעיל ה"ש 34.

252 לסיווגן של המלצות שונות מצד בית המשפט למחוקק לתיקוני חקיקה ראו ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית המשפט העליון" **עיוני משפט** לד 437 (2011).

253 וראו בהקשר זה את הדיון הנרחב בעניין סעדים חוקתיים אצל אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301 (2017); והשוו לעמדתה של דפנה ברק-ארו "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטית" **משפטים** כד 519 (1997). עוד ראו סוזי נבות "הדיאלוג החוקתי: דו-שיח בכלים מוסדיים" **משפטים על אתר** יב 99 (התשע"ט). ראו גם את בג"ץ 5131/03 **יושב-ראש סיעת יהדות התורה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577** (2004), שבו הותיר בית המשפט העליון על כנו דבר חקיקה שנפלו פגמים פרוצדורליים מובהקים בתהליך חקיקתו. לביקורתו של איתי בר-סימן טוב על מדיניות הריסון השיפוטית בפסק הדין, ראו איתי בר-סימן טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** יט 271, 295–296 (2018).

בטלות מושהית,²⁵⁴ קביעת בטלות עתידית²⁵⁵ והתראת בטלות עתידית²⁵⁶ מובהקת ומרוככת.²⁵⁷ במקרים רבים מנגנוני אמצע מסוג זה "מתניעים" את הדיאלוג החוקתי בין בית המשפט למחוקק.²⁵⁸ במקרה של תרומת הזרע, בהתחשב במשך הזמן הארוך שבו נמנע המחוקק מלהסדיר את הנושא בחקיקה,²⁵⁹ תחושתו היא שהיה מקום לבחור באחת הדרכים הללו ולא להסתפק בהמלצה "מנומסת" נוספת למחוקק לומר את דברו. התחושה כי היה מקום לנקוט צעד תקיף מזה שננקט בפסק הדין קשורה גם בעניין נוסף. כפי שראינו, תרומות הזרע מעוררות במקרים רבים מתח בין זכויות הילדים לבין הזכות להורות: כאשר החקיקה המשנית פוגעת בזכות להורות, אזי קיים נפגע קונקרטי הדורש לממש את זכויותיו. לעומת זאת זכויות הילד העתידי לתמיכה כלכלית, לקשר הורי ולהתחקות על שורשיו נותרות ללא מייצג או טוען. המבנה הלא סימטרי בין זכויות הדורש את ההפריה, שסביר שיגיש עתירה על מנת לממש את זכותו, לבין הזכות הלא מוגנת של הילד העתידי מחדד את הצורך בסעד תקיף יותר שיעצור את המצב הקיים ויאלץ את המחוקק לחוקק הסדר שייתן את הדעת למכלול האינטרסים והזכויות הקיימים בסוגיה.²⁶⁰

254 ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39 (2005). ואולם ראו ביקורתו של אריאל בנדר "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377, 401 (2012).

255 להבחנות בין סעד הבטלות היחסית לבין סעד הבטלות המושהית והעתידית ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Time and Judicial Review in Israel: Tempering the Temporal Effects of Judicial Review*, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 207 (Patricia Popelier et al. eds., 2013) (בר-סימן טוב מעדיף את סעד הבטלות המושהית והעתידית על פני השימוש בסעד הבטלות היחסית).

256 מעניין שהשופט הנדל היה מהמובילים בפיתוח הדוקטרינה של התראת הבטלות. ראו למשל חוות דעתו בבג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד נ' ממשלת ישראל**, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 13.4.2016). עוד ראו בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל**, פסק דינו של השופט הנדל (נבו 6.9.2017); והשוו לעמדה הקשוחה יותר של בית המשפט בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017) (שבו לפחות דעת הרוב לא הסתפקה בהתראת בטלות וקבעה שיש לבטל את הליך החקיקה בשל הפגם שנפל בו); בל יוסף "שבע הערות קצרות על התראת הבטלות" **ICON-S-IL Blog** (15.5.2018) <http://bit.ly/35vOULJ>. לסקירה נרחבת של התפתחות הדוקטרינה של התראת הבטלות ולהבחנה בין הגישה הרואה בהתראת הבטלות הנחיה שיפוטית לבין זו הרואה בה סעד משפטי ראו חנן מלצר ואוריאל רוזנברג "התראת הבטלות: דוגמה לדרך האמצע של השופט אליקים רובינשטיין" **ספר אליקים רובינשטיין** 1175 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2021).

257 וראו בהקשר זה את ההבחנה שמציעים מלצר ורוזנברג (שם) בין התראת בטלות מרוככת, הדומה להנחיה שיפוטית רכה, לבין התראה מהותית, שהיא סעד שיפוטי המזכיר את דוקטרינת הבטלות המושהית.

258 ראו נבות, לעיל ה"ש 253. לתמיכתם של השופטים המכהנים בבית המשפט העליון בדיאלוג חוקתי ראו למשל את דברי הנשיאה חיות "על משילות ועל דיאלוג ענייני ומכבד בין הרשויות" 4–5 (כנס העמותה למשפט ציבורי, דצמבר 2017), <https://bit.ly/3oynw7x>. כן ראו את דבריו של המשנה לנשיאה חנן מלצר בטקס הצהרת האמונים שלו כמשנה לנשיאת בית המשפט העליון **הרשות השופטת** (בית הנשיא, 30.10.2017), <https://bit.ly/3brHWep>.

259 מבירורים לא פורמליים שערכתי, אין ננקטים לעת הזאת מהלכים לקידום הצעת חוק בנקי זרע, לעיל ה"ש 60.

260 והשוו לגישתה של בל יוסף "גבולות הדיאלוג החוקתי" **משפט וממשל** כא 189 (2020) (הסבורה כי אמצעי הביניים מתאימים כאשר נפגעים אינטרסים מוסדיים או ענייני של קבוצות חזקות, אך יש להימנע משימוש בצעדי הביניים ולנקוט קו תקיף יותר כאשר מופרות זכויות של קבוצות מוחלשות שעל בית המשפט לשמש להן פה).

לסיום העיסוק במשפט הישראלי, ברצוני להתייחס לפרקטיקה שהתפתחה לאחרונה שבמסגרתה גבר ואישה מביאים ילד לעולם מתוך הבנה שהגבר לא ייחשב לאב משפטי, והילד יהפוך לילדן של האם ובת זוגה.²⁶¹ בשלב הראשון בני הזוג אינם מודיעים לרשויות על כוונתם, ושני ההורים הביולוגיים נרשמים כהורים כמקובל. אך למעשה את הילד מגדלות האם ובת זוגה, והאב הגנטי והמשפטי אינו מעורב בגידולו. כעבור זמן פונה האב הביולוגי לרשויות ומבקש להסיר את הורותו בהליך של אימוץ בהסכמה, ובד בבד בת זוגה של האם מבקשת לקבל צו הורות. רשויות הרווחה עומדות נבוכות כנגד המהלך המבקש להעמיד אותן בפני עובדה מוגמרת שבו הן נדרשות, בשם טובת הילד, לתת חותמת פורמלית למצב שבו האם הביולוגית ובת זוגה הן הורות הילד, ולא התורם הידוע. אני סבור שגם אם הלוגיקה ההסכמית ואפילו שיקולי טובת הילד המסוים מפתים לאשר מהלך כזה בדיעבד, שיקולים רחבים-מוסדיים ואתוס ההורות ניצבים נגד הנכונות לשתף פעולה עם מהלך כזה, המייסד דה פקטו מוסד של תורם ידוע בניגוד לקבוע בדין ומשדר מסר שלפיו הורה רשמי יכול לחמוק ממחויבויותיו בהסדר פרטי לאחר שנקבע כהורה. בחרתי לחתום פרק זה בהתייחסות למקרים הללו כדי להבהיר עד כמה סוגיית תרומת הזרע הידועה והאנונימית ניצבת לפתחנו, ועד כמה חשוב שהמחוקק יאמר את דברו בעניין. נוסף על זה, בעיני קבוצת המקרים הללו ממחישה עד כמה חשוב להוסיף למגוון השיקולים הפרטיים הכוללים את רצון הצדדים הרלוונטיים ואת טובת הילד המסוים, המתעוררים בכל מקרה ומקרה, גם את היבטי הרוחב – השיקול המוסדי ואתוס ההורות.

1. דברי סיום

מאמר זה ביקש לתרום לשיח המשפטי והערכי בנושא ההורות בכמה רבדים: הרובד הראשון הוא למעשה הצגת השאלות וההצבעה על הסתירות הפנימיות בנוגע לתרומות למיניהן בין העמדות הנחרצות לכאורה של שיטות המשפט שבהן עסקנו. המאמר נפתח בהצגת תמיהה. כמעט כל שיטות המשפט בעולם המערבי מתנגדות נחרצות להסכמים שוללי אבהות משפטית בטענה שהסכמים אלה מנתקים את האחריות הכלכלית והרגשית של אבות כלפי ילדיהם ובכך פוגעים בקטינים, אינם מוסריים ופוגעים בתקנת הציבור. אם כן, כיצד ייתכן שבו־זמנית הן תומכות בתרומת הזרע מתורם אנונימי עבור אם יחידה המובילה הלכה למעשה לתוצאה משפטית ומעשית זהה? לצד זאת הוצגו גם מקרי התורם הידוע על גוניהם השונים. תיארתי את האמביוולנטיות של המשפט המערבי כלפי מקרים אלה ואת ההתנגדות כלפיהם במשפט הישראלי העכשווי והצפתי את השאלה כיצד ראוי לנהוג בתרומה הידועה – כבהסכם פסול לשלילת הורות או כבסוג נוסף של תרומת זרע לגיטימית.

הרובד השני שבו ביקש מאמר זה לתרום הוא בניסיון להשיב לשאלות ולהציע עמדה קוהרנטית בנוגע לשלושת המצבים המסדירים שלילה מוסכמת של אבהות. הניסיון נעשה

²⁶¹ קיומה של הפרקטיקה הובאה לידיעתי בשיחות שערכתי עם אנשי מקצוע שונים ב"שדה". למיטב ידיעתי המקרים הללו עדיין לא הובאו לבית המשפט, ומטבע הדברים לא פורסמו פורמלית.

בשני שלבים: בשלב הראשון הציע המאמר שלושה הסברים "פרטיים" לצורך יישוב התמיהה שפתחה את המאמר. הסבר אחד, חוזי, הבחין בין הסכמה חוזית שניתנה מלכתחילה, עוד בטרם נוצר הוולד, שאותה יש לכבד, לבין הסכמה המגיבה למצב בדיעבד, שבה אין להכיר בשל החשש שהיא חשופה לפערי כוחות וללחצים רגשיים המקשים את האפשרות לגבש החלטה מושכלת. קו חשיבה שני התמקד בשיקולי טובת הילד והבחין בין הסכם העוסק בילד קונקרטי שכבר נולד או עתיד להיוולד בכל מקרה לבין רגולציה המבקשת למנוע פרקטיקה של תרומה אנונימית בשל טובתו של מי שלא ייוולד אם תתקבל הרגולציה. **קו החשיבה השלישי** התמקד בזכות להורות של האם היחידנית הנוקת לתרומת הזרע הניצבת כנגד זכותו של הילד העתידי לתמיכה כלכלית ולקשר עם שני הוריו. לצד ניתוח הדרך שבה קווי החשיבה הללו מצדיקים את היחס השונה של המשפט הנוהג להסכם לשלילת אבהות מחד, ולתרומה האנונימית מאידך, בחנתי מהי ההשלכה של כל אחד מכיווני המחשבה שהוצגו לצורך גיבוש העמדה הראויה כלפי מקרי התורם הידוע.

מסקנת הדיון הייתה כי שני קווי החשיבה הראשונים אינם יכולים להצדיק או להסביר את העמדות הקיימות של המשפט הנוהג, ונוסף על זה, הם אינם יכולים להציע הסבר נורמטיבי מספק להסדרה ראויה עתידית של מקרה התרומה הידועה. לעומת זאת קו החשיבה השלישי, הממוקד בזכות להורות, מציג הסבר אנליטי מוצלח יותר בהצדקת ההבחנה בין ההסכם לשלילת הורות לתרומה מן התורם האנונימי, בדרך המשתלבת עם צורת החשיבה המנחה את דיני ההורות בתחומים נוספים. קו חשיבה זה אף מספק בסיס ראשוני להצדקת מהלך התומך בתרומה מן התורם האנונימי אך פוסל את התרומה מן התורם הידוע. עם זאת על פי ניתוחנו, וכפי שנומק בחלק הרלוונטי, אף קו חשיבה זה אינו עומד בפני עצמו ללא נדבכים נוספים שטרם פותחו או הוצגו בשיח המשפטי הקיים.

מכאן פנינו לשלב השני של הדיון, שבו הוצגה הגישה הציבורית-מוסדית להורות ונבחן יישומה במצבים השונים של שלילת אבהות בהסכמה. גישה זו מדגישה את תפקידם של דיני קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה בעיצוב המוסד החברתי של ההורות באופן רחב, ובכלל זה התודעה העצמית של ההורים והילדים. היא עומדת על החשיבות של עיצוב קטגוריות מובחנות וברורות של תפקידים משפחתיים בכלל ושל תפקידים הוריים בפרט, ועל הצורך בשילובם של אינטרסים חברתיים ושל שיקולי רוחב נוסף על אלו של הצדדים המעורבים ישירות. על פי הגישה המוסדית-ציבורית, דיני קביעת ההורות והרגולציה של ההולדה אמורים לשקף, לעודד ולחזק תפיסה נורמטיבית וחברתית שבמרכזה העצמת ההורה, כיבוד האוטונומיה שלו והגדרתו כאחראי לילד. בה בעת התפיסה הנורמטיבית הראויה שלפיה פועלת התפיסה המוסדית מדגישה שהאחריות ההורית אינה נובעת מבעלותם של ההורה על הילד, ושמוקד האחריות ההורית חייב להיות בדאגה לטובת הילד. עוד עמדתי על כך שיסודותיה של האחריות ההורית נטועים בדין ולא ברצון הנקודתי של ההורים, ושמדובר באחריות לא הדירה ולא תלויה במעמד הזוגי של בני הזוג.

מצויד בכלים שמקנה התפיסה המוסדית-ציבורית להורות, בחן המאמר מחדש את היחס המשפטי הראוי להסכמות הורות, לשיקולי טובת הילד, ובכלל זה טובת הילד העתידי, ואת טיבה של הזכות להורות, וראה כיצד הגישה הציבורית-מוסדית מוסיפה נדבכים שחסרו בגישות הפרטיות. כהמשך לכך ביקשתי להציע הצדקה נוספת להבחנה בין ההסכם לשלילת

הורות לבין התרומה האנונימית. הצדקה זו נעוצה בכך שלצד החששות המוצדקים לטובתם של הילדים המעורבים ושל אימהות מוחלשות המשפט הישראלי והמערכי דוחים את ההסכם לשלילת ההורות, מפני שהוא מנוגד לצורך לעצב את ההורות כמוסד המשקף אחריות לא הפיכה, לא מסחרית, הממוקדת בטובת הילד ובקשרים שבינו לבין ההורה, כזו שאינה תלויה בהכרח ברצונו של ההורה לקבל עליו מחויבות הורית מלכתחילה, ובוודאי כזו שאינה תלויה בנכונותו להמשיך ולדבוק בה.

כהמשך לכך טענתי שבו־זמנית, בשל עוצמתה של הזכות להורות של אימהות ובשל העובדה שהרצון הזה, כאשר הוא מלווה בקבלת אחריות מצד של אימהות אלה לילדים העתידיים אינו פוגע באתוס ההורות ובמרכזיותו של עקרון טובת הילד, ראוי לאפשר פרקטיקה של תרומת זרע. אולם על פי הגישה המוסדית, גם אם פרקטיקת תרומת הזרע מוצדקת, מתוך רגישות להשלכות הרוחביות על קטגוריית ההורה ועל אתוס ההורות, על המשפט לבדל את הקטגוריה של "הורה" מן הקטגוריה של "תורם" ולעצב אתוס חברתי שונה לכל אחת מן הקטגוריות. משום כך יש להתעקש על כך שתרומת זרע תיעשה במרפאה מוסדרת ומפוקחת אגב שימוש בטפסים ציבוריים המנתקים את הקשר בין התורם לילד שנולד ומבהירים מלכתחילה שאין מדובר בהורות. עוד הצעתי שניתן להצדיק את העמדה השוללת תרומה מתורם ידוע הן בשל שהיא יוצרת קטגוריה של "הורות חלקית" העלולה לפגוע בטובת הילדים המעורבים, והן בשל כך שהיא מטשטשת שלא כראוי את קו הגבול שבין הקטגוריות השונות ופותחת פתח לכך שאדם שייחווה חברתית ומשפחתית כ"מעין הורה" לא יקבל עליו אחריות מלאה לילדיו, ובכך היא פוגעת במוסד ההורות.

כאמור, המאמר הנוכחי התמקד בשאלת שלילת האבהות בהסכמה ובשלושת המצבים העיקריים שבהם שאלה זו מתעוררת. הביקורת על הגישות הפרטיות והצגתן עם הגישה הציבורית-מוסדית להורות נעשתה בצילה של מטרה זו. אולם לביקורת על ההצגה הפרטית של ההורות ולחשיפת ההיבט הציבורי-מוסדי של ההורות ולמשמעותו הנורמטיבית חשיבות רבה ורחבה החורגת מהשאלות הספציפיות שבה עסק המאמר הנוכחי. זהו הרובד השלישי שבו תורם המאמר – בהצפה ובפיתוח ראשוני, גם אם לא מלא, של הגישה המוסדית-ציבורית להורות ובחשיפת הפוטנציאל של תפיסה זו – הן להסבר תופעות קיימות בדין והן בנוגע לפיתוחו העתידי.

מזווית אישית, בעקבות מאמר זה אני שוקד כעת על מחקרי המשך העוסקים בגישה המוסדית-חברתית של הורות. מחקרים אלו מבקשים לדייק את הגישה המוסדית וליישמה בסוגיות שונות שבהן נתקל לאחרונה המשפט הישראלי, כגון נגישותם של טיפולי פונדקאות לזוגות להט"ב לגברים יחידים, ולאמהות לא ביולוגיות. עוד אני מקווה לעסוק בהכרה במעמדם של בני זוג של הורים ביולוגיים, ובזכות להמשכיות כפי שהיא משתקפת בפסיקה על שימוש בזרע של מי שנפטר לצורך הולדה ונושאים נוספים. דומה כי הניתוח במאמר הנוכחי עשוי ללמד על הפוטנציאל של הגישה המוסדית לפיתוח עתידי של הדין. בהקשר הישראלי, הניתוח במאמר לאורה של הגישה המוסדית-ציבורית של המצב המשפטי הפוזיטיבי, שבו כל נושא תרומת הזרע לא הוסדר בחקיקה, לימד על המחירים הכבדים שהמשפט הישראלי משלם, ועשוי לשלם בעתיד, על הימנעותו מקבלת אחריות ציבורית

כוללת לסוגיית תרומת הזרע כמו גם לסוגיות נוספות הקשורות בהורות, כמתחייב מן הגישה הציבורית-מוסדית.

בטרם אסיים ברצוני להעיר הערה אחרונה על הטון הספקני המאפיין את המאמר ועוד יותר את מסקנותיו. השיח המשפטי בישראל על דיני המשפחה בכלל ועל דיני ההורות בפרט מאופיין בפסקנות ובסימני קריאה. גישות "ליברליות" מסוימות דורשות מן המדינה לכבד כל צורת חיים וכל תא משפחתי שמבקש אדם לעצמו;²⁶² גישות שמרניות מסוימות דורשות מן המשפט לדבוק בערכי המשפחה המסורתיים. בשל רגישותה לשיקולים ציבוריים ולמשמעות החברתית של ההורות, הגישה המוסדית אינה יכולת להבטיח כי תכבד כל הסדר הורי שיבקש אדם או זוג לעצמו ואינה יכולה להתחשב בטובתו האישית של כל פרט. בה בעת הגישה מבקשת לכבד את האוטונומיה של הפרט והיא מזהירה את עצמה מפני מגבלות המקדשות את הקיים, ובמיוחד כאלה החשודות בהטיות כלפי מיעוטים וקבוצות מוחלשות. בטווח שבין השיקולים הללו ביקשתי להציע גישה המכבדת את הזכות להורות של נשים יחידות, ומשום כך תומכת, לא בלי התלבטות ומבלי להסתיר את המחירים הגלומים בכך, בתרומה האנונימית המיועדת עבור נשים אלה. בה בעת גישתי נכונה להגבלות מסוימות על דרך ביצוע התרומה הזאת, כגון איסור על תרומה במרפאות לא מוסדרות, שימוש בשיטת "עשה זאת בעצמך", הסדרי הורות חלקיים, ולא בלי היסוס – איסור על תרומה ידועה. מגבלות אלה, ובמיוחד האיסור על תרומה ידועה, פוגעות בהיבטים מסוימים של הזכות להורות – אף כי לא בליבת הזכות – ועם זאת הן מוצדקות בשל הגנתן על האינטרסים הציבוריים הרחבים הקשורים בהורות, ובראשם "אתוס ההורות". דרך זו, המוצעת במאמר, מחייבת היסוסים ובחינה עצמית לפי הידע ולפי נסיבות חדשות, ובכל זאת בעיניי דרך זו עדיפה על פני פסקנות, "סימני קריאה" וביטחון עצמי מדומה, המסווה נקודות עיוורון ומבט חלקי של המציאות הרחבה.

262 ראו לדוגמה עניין ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 87.