

אם פונדקאית

הרב ד"ר מרדכי הלפרין

רקע רפואי

שני בני זוג שהם בעלי כושר פריה מבחינה גנטית (אשכים ושחלות מתפקדים) אך לאשה אין אפשרות לשאת את העובר עקב העדר רחם, או עקב ליקוי ברחם או מחמת בעיה רפואית אחרת (אורגנית או נפשית) - הינם מועמדים לתהליך העמדת צאצאים באמצעות אם פונדקאית.

הטכנולוגיה הרפואית הקיימת מאפשרת ביצוע הפריה חוץ-גופית (IVF) של ביצית האשה עם זרע הבעל, והשתלת העובר ברחמה של אשה זרה - "אם פונדקאית".¹

הסכם חוזי מראש אמור להקנות להורים הגנטיים את הזכות לגדל את צאצאם הגנטי אותו תלד האם הפונדקאית.

הערה: המינוח "אם פונדקאית" ישמש להלן אך ורק ל: Surrogate gestational mother: women who gestate a genetically unrelated embryo, ולא לאשה המזרעת בורע האב במטרה למסור את בנה לאב ולאשתו החוקית.

ראשי פרקים והיבטים

1. "הזכות" להעמדת צאצאים.
2. קביעת ההורות המשפטית.
3. הליכי אימוץ של בן הפונדקאית.
4. הדמיון למכירת אברים.

5. שאלת המזורות.
6. תוקפו של חוזה הפונדקאות.
7. הגבלות על התנהגות הפונדקאית.
8. "המדרון החלקלק".
9. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית תשמיז 1987).
10. המלצות.

1. ה"זכות" להעמדת צאצאים

המצב בארה"ב

בארה"ב קבעו בעבר בתי המשפט כי "החופש להנשא ולהעמיד צאצאים (Procreation) הינו בין הזכויות הבסיסיות של האדם".² אולם עיון בפסקי הדין של בית המשפט העליון בארה"ב העוסקים בזכות זו, מעלה כי הדין בזכות ההולדה מתייחס באופן מעשי לזכות בני זוג להנשא ולהעמיד צאצאים ע"י יחסים טבעיים.³

קיימות היום גישות המגבילות זכות זו למערכת הולדה טבעית, לעומת גישות אחרות המרחיבות לגבי זכות בני הזוג להנות מהפריה חוץ גופית ומאם פונדקאית.⁴ אולם גם לגישה המרחיבה, מקובל בארה"ב שהרחבת הזכות לפוריות טכנולוגית איננה מחייבת את החברה בכיסוי הרצאות, כשם שאיננה מחייבת רופא או טכנאי לבצע את הפרוצדורה.

ההסבר המקובל הוא ש"זכות" זו הינה בעלת אופי שולל - בכוחה למנוע הפרעה להעמדת צאצאים, ולא מחייב - להטיל התחייבות על גורם אחר.⁵

* תזכיר שנכתב בהתאם להחלטת שר הבריאות, בסיכום דין הנהלת משרד הבריאות ביום 4.1.91, דונוש לשר ביום 4.2.91; התזכיר מתפרסם, בהסכמתו האדיבה של שר הבריאות, מר אהוד אולמרט.

- א. בהריון ולידה לאחר תרומת ביצית והפריה חוץ-גופית - האם המשפטית היא היולדת, מקבלת התרומה.
- ב. בהריון ולידה של אם פונדקאית (לאחר הפריה חוץ-גופית והעברת העוברון לרחם הפונדקאית) - האם המשפטית היא היולדת הפונדקאית. לכן: צאצא הנולד לפונדקאית, אביו החוקי הוא בעלה של נותנת הביצית; אימו החוקית היא - הפונדקאית, למרות היותה זרה מבחינה גנטית.

אלטרנטיבות לקביעת אימהות:

- א. תיאורטית, ניתן לקבוע בחוק יחס אימהות גנטי, על פיו נותנת הביצית תחשב כאם החוקית.

המשמעות:

- (1) תרומת ביצית, כיום תהליך נפוץ, תיהפך לפעולה המחייבת אימוץ
- (2) הגדרה כזו נוגדת את התחושה הסובייקטיבית החזה של האם היולדת מקבלת התרומה.
- (3) הגדרה זו מנוגדת, קרוב לוודאי, לעמדת המשפט העברי.

לאור זאת, קביעת אימהות גנטית ללא לידה אינה מומלצת.

- ב. אלטרנטיבה נוספת: קביעת אימהות גמישה לפי הצרכים. כאשר נדון זוג הזקוק לתרומת ביצית - תוגדר האם היולדת כאם החוקית. אך כאשר נדון זוג הזקוק לרחם פונדקאית - תוגדר האם הגנטית כאם חוקית.

להערכתי, "גמישות" בהגדרת אימהות מסוכנת מבחינה חברתית, וכאשר יתקיים מצב של ניגוד אינטרסים חריף יוצרו בעיות משפטיות, אתיות ודתיות קשות, לכן קביעת הגדרה גמישה ליחס האימהות אינה מומלצת.

הגדרת אימהות - סיכום

מומלץ לקבל את הקביעה על פיה היולדת את הוולד תוגדר כאם מבחינה משפטית, כפי שמקובל בעת תרומת ביצית. הגדרה זו מחייבת הליכי אימוץ (לגבי האם) כדי לאפשר לזוג ההורים הגנטי לגדל, כהורים, את צאצאם לאחר קבלתו מידי הפונדקאית שילדתו.

המצב התחוקתי בישראל שונה, כמובן מהמצב בארה"ב, וקשה לדבר על זכויות יסוד בעלות תוקף מחייב ללא מקור חוקי. אולם מאז 1980 ניתן להשתמש בחוק יסודות המשפט תשי"מ-1980⁶ ולהסיק ממנו מסקנות.

במסורת ישראל אנו מוצאים שלושה עקרונות הלכתיים התומכים בהפעלת טכנולוגיות מגבירות פריין⁷.

א. מצוות פרו ורבו המוגדרות כמצווה חשובה במיוחד.

ב. השאיפה לשמור על שלמות המשפחה. ככלל, צאצא משותף תורם לשלום הבית.

ג. חובת הסיוע לזולת - גמילות חסדים - מחייבת סיוע להגברת אושרו של הזולת. העמדת צאצאים תורמת לאושר זה.

אולם, עקרונות אלה ישימים אם אינם גורמים להולדת צאצא פגום הסובל קשות מבחינה רפואית או חברתית (למשל "ממור"), ואם התהליך עצמו אינו כרוך בעבירה.

2. קביעת ההורות המשפטית

קביעת אבהות ואימהות בצאצא שנולד בעזרת מניפולציות מגבירות-פריין הינה קביעה משפטית.

אם קיימת לקונה במשפט הישראלי לגבי קביעת ההורות החוקית - אזי חוק יסודות המשפט מפנה אותנו למסורת ישראל⁸.

קביעת אבהות

על פי ההלכה המקובלת במשפט העברי, צאצא נחשב כבנו של נותן הזרע⁹. לכן גם כאשר מדובר באם פונדקאית - נותן הזרע הוא אביו החוקי של הילד.

קביעת אימהות

למרות ויכוח קיים בספרות ההלכתית, רווחת בקרב גדולי הפוסקים הנטייה להסתמך על המקורות מהם נובע שהלידה קובעת את יחס האימהות ולא התרומה הגנטית כשאינה מלווה בהריון ולידה¹⁰. פסיקה זו תואמת גם את ההרגשה הסובייקטיבית של האם הנרשאת את העובר ברחמה ועוברת איתו את תהליך הלידה.

3. הליכי אימוץ של בן הפונקאית

חובת תיווך פקיד הסעד

בניגוד לתהליך אימוץ רגיל, המותר על פי החוק רק באמצעות פקיד סעד¹⁰, אימוץ מאם פונקאית לזוג ההורים הגנטיים אינו מחייב התערבות פקיד סעד, שכן "הוראה זו (הצורך בפקיד סעד) לא תחול על מסירה למאמץ שהוא בן זוגו של הורה המאומץ"¹¹.

לכן, מאחר ואביו החוקי של הצאצא הינו נותן הזרע - בעלה של נותנת הביצית - תהליך האימוץ האימהי אינו נזקק לתיווך פקיד סעד.

איסור תמורה

בהתאם לחוק, "המציע או נותן או מבקש או מקבל תמורה בכסף או בשווה כסף בעד אימוץ או בעד תיווך לאימוץ שלא ברשות בית המשפט, דינו מאסר 3 שנים"¹².

יש מקום לעיון אם סעיף זה חל גם על קבלת תמורה עבור נשיאת עובר ברחם פונקאית, על סבל ההריון והטיפול הרפואי כשמטרת הפונקאית היא מסירת הצאצא להורים הגנטיים לאחר הלידה. נראה שיש מקום לפרש היתר זה ע"י תיקון חוק האימוץ.

4. הדמיון בין פונקאית בשכר למכירת אברים

מכירת איברים

העקרונות האתיים המקובלים בעולם המערבי, אוטרים בדרך כלל מכירת איברים להשתלה¹³. לכן, אסורה מכירת כליות או אונות כבד להשתלה, משתי סיבות¹⁴:

א. הסכנה החברתית של הפיכת בני מעמד עני למאגר איברים לריפוי בני המעמד העשיר.

ב. העדר הסכמה מודעת אמיתית של התורם המוכר, עקב הקושי האוביקטיבי להעריך מראש את הכאב והסבל העתידיים של תורם האיבר.

פונקאות מסחרית

פונקאות מסחרית מהווה בעיה דומה לזו של מכירת איברים.

א. עלול להוצר מצב שבנות מעמד עני "ישכירו" את רחמן לפונקאות עבור בני מעמד עשיר.

ב. העדר הסכמה מודעת מראש למשמעות הרגשית של הפרידה מהתינוק הנולד בעת מסירתו לאימוץ.

ג. נזק מצטבר לרחם בעקבות כל לידה. הסכמה לפונקאות עלולה להנתן ללא מודעות לנזק מצטבר זה ולהשפעתו על הפוריות בעתיד.

הברלים בין פונקאות למכירת איברים

ההבדל עקרוני בין פונקאות לבין מכירת איבר נעוץ בעובדה שבפונקאות לא נכרת איבר מגופה של הפונקאית אלא היא משתמש ברחמה.

הבדל זה קיים גם בין מכירת איברים לבין תרומת ביצית בשכר (כלומר: קבלת שכר עבור הסכמה לגירוי שחלתי, שאיבת ביציות להפריה חוץ-גופית והעברת העובר לרחם ה"משלמת").

הבדל אפשרי נוסף, נובע מ"חווית הלידה" אותה עוברת הפונקאית, שאיננה דומה ל"חווית" ניתוח כריתת איבר.

פונקאות בשכר - סיכום

כל היתר לפונקאות חוקית חייב להביא בחשבון שרוב הפונקאיות יסכימו לכך תמורת תשלום, גלוי או נסתר. שמירת אונימיות כמעט ואינה מעשית. לכך משמעות חברתיות-מוסריות מחד, וקשיים בהסכמה מודעת אמיתית - מאידך.

5. שאלת הממזרות

פונקאית פנויה

כאשר הפונקאית אינה נשואה - אין מקום לשאלת ממזרות של הצאצא עקב תהליך הפונקאות.

ההפריה נעשתה בין גמטות (זרע+ביצית) של זוג נשוי כחוק, ובהמשך תהליכי ההחזרה וההריון של הפנויה אין עלילת ממזרות.

פונקאית נשואה

הפונקאית הנשואה נשאת ברחמה עבור שאביו איננו בעלה של הפונקאית, אלא אדם זר.

בספרות הפוסקים ישנו ויכוח אם "ממזרות" הנה תולדה של מעשה ניאוף או של עירוב גנטי¹⁵.

לויכוח זה השלכה מיידית על מעמד צאצא של אישה נשואה מתרומת זרע, כאשר קיים עירוב גנטי זר ללא מעשה ניאוף.

צאצא של פונקאית נשואה אינו תולדה של מעשה ניאוף. מסתבר, שהוא איננו נחשב אפילו לתולדה של

רפואה ומשפט

עירוב גנטי זה, שכן מבחינה גנטית העובר נוצר מגמטות של זוג נשוי כחוק⁶. לכן נראה לי שאין כאן עילת ממורות.

אמנם, מאחר וכתם ממורות אינו ניתן לחיקוק⁷, וחומרתו רבה גם בספק ממורות, לכן יש צורך לוודא מראש קיום קונצנזוס הלכתי רחב לפני מתן היתר לפונדקאית נשואה.

העדר קונצנזוס עלול להסתיים בלידת צאצא פגום מבחינה חברתית ודתית, שלא תמיד יהיה בר תיקון.

דתו של הצאצא

כאשר האם הפונדקאית הנה בת דת שונה מדתו של אבי הצאצא, קיים ויכוח חריף בספרות הפוסקים מהי דתו המשפטית של הצאצא.

לפי חוק אימוץ ילדים, "אין מאמץ אלא בן דתו של המאומץ"⁸. מכאן שצאצא של פונדקאית לא יהודיה חייב לעבור תהליך גיור לפני תהליך האימוץ.

6. חוזה הפונדקאות

ניתן להסתכל על חוזה פונדקאות בשתי צורות עיקריות:

א. התחייבות לויתור על זכות גידול הצאצא לטובת האב, ולהסכמה לאימוץ הצאצא ע"י אשת האב.

ב. חוזה ל"השכרת" רחם.

גם חוזה מהסוג השני (השכרת רחם) איננו יכול לשנות את יחס האימהות המשפטי, ולכן איננו מונע את הצורך בהסכמה לאימוץ עתידי ו/או לויתור על זכות האם היולדת לגדל את הצאצא. לכן, בכל מקרה, קיים בחוזה פונדקאות אלמנט של "דבר שלא בא לעולם".

הצר המשפטי של חוזה פונדקאות מחייב, איפוא, דיון מקצועי נפרד בתוקפו המשפטי, בזכות הצדדים לחזרה בשלבי ההריון או לאחר הלידה, ובגורלו של וולד פגום ששני הצדדים מסרבים לקבלו כבן.

7. הגבלות על התנהגות הפונדקאית במהלך ההריון ולאחריו

כאן מתעוררות שאלות אתיות ומשפטיות:

א. האם לנותני הגמטות (זרע+ביצית) יש זכות להתערב בחייה האישיים של הפונדקאית במהלך ההריון?

לדוגמא: האם ניתן למנוע ממנה עישון המזיק לעובר, קיום יחסי מין מחשש להידבקות במחלות המסכנות או מזיקות לעובר, שתיית אלכוהול וכדומה?

האם זכאית האם הפונדקאית להפסיק את ההריון על פי אינדיקציות מקובלות?

ב. האם חייבת הפונדקאית להסכים לניתוח קיסרי בעת מצבי דחק עובריים?

ג. האם יש להתיר, לחייב או לאסור קשר בין האם הפונדקאית לבין הצאצא, לאחר האימוץ?

8. "המדורן החלקלק", או: היכן הגבול?

היתר גורף לפונדקאות עלול לעורר וליצור בעיות חדשות, כגון:

א. אם גנטית רווקה

האם אשה רווקה זכאית להעמיד צאצאים באמצעות אם פונדקאית?

עומדים כאן לדיון היבטים נוגדים של רצון הרווקה לגדל ילד במשפחה חד-הורית, מול טובת הילד, שאיננה בהכרח זהה. יתכן שאף הקשר הנפשי של האם הגנטית הרווקה יהיה נמוך במידה רבה מזו של היולדת הפונדקאית, נקודה שחייבת להלקח בחשבון.

יש להבדיל בין הימנעות מהגבלת אשה ללדת באופן טבעי לבין הקצאת משאבים של החברה העלולים להביא ליצירת צאצא מאומץ במשפחה חד-הורית לאחר לידה לאם פונדקאית. אולם, מאחר וכיום מותר לנשים רווקות לעבור תהליכי הפרייה מלאכותיים כולל הפריה חוץ-גופית (IVF) כתנאים מסויימים⁹, יקשה בעתיד למנוע הרחבת היתר הפונדקאות גם לרווקות.

אמנם מבחינה משפטית, לפי חוק האימוץ יש הבדל ברור בין אימוץ מפונדקאית ע"י זוג נותני הגמטות לבין אימוץ ע"י רווקה.

במקרה ראשון מדובר באימוץ לבן זוג של האב - ההורה החוקי, מצב שאינו מצריך אימוץ באמצעות פקיד סעד¹⁰.

לעומת זאת, אימוץ ע"י רווקה מחייב ע"פ החוק את תיווכו של פקיד הסעד¹¹, על כל המשתמע מכך.

ב. פונדקאית פנויה

האם יש להתיר לאשה רווקה להיות פונדקאית?

רפואה ומשפט

שהביאה לעולם. רק לאחר תהליך אימוץ נוצר קשר משפטי עם האם הגנטית המאמצת.

לכן, יש מקום לפרשנות שהתקנה איננה אוסרת פונדקאות, כל זמן שיחס האימהות של הילדת איננו נשלל מראש ע"פ חוק. קבלת פרשנות זו איננה נזקקת לשינוי בחוק או לכיטול סעיף 11 שבתקנות.

סעיף 13

סעיף 13 בתקנות קובע: "לא תושלל באשה ביצית שנטלה מתרומה אלא אם הופרתה בזרע בעלה של האשה".

על פי הגדרת "תורמת" בסעיף 1 לתקנות, סעיף 13 אוסר למעשה החזרת הביצית לאם הפונדקאית לאחר שהופרתה בזרע בעלה של נותנת הזרע.

שינוי בהגדרת "תורמת" בסעיף 1 יכול לאפשר פונדקאות חוקית גם ללא ביטול סעיף 13.

פגם בתקנות

סעיף 3 בתקנות אוסר נטילת ביצית אלא אם נועדה "למטרה של הפריה חוץ גופית והשתלתה לאחר הפרייתיה". סעיף זה יוצר איסור על שאיבת ביציות לצורך GIFT, בו מוחזרות לחצורות האשה ביציות לא מופרות + זרע הבעל.

פעולה זו מתבצעת בפועל במרכזים רפואיים רבים בישראל, ובמקרים המתאימים עם סיכויי הריון טובים יותר מאשר בהפריה חוץ-גופית. ראוי לתקן ליקוי זה בהקדם.

10. המלצות

לאור מורכבות הבעיה, כאשר היכולת הטכנולוגית להעניק אושר לזוג חשוך ילדים עומדת, לעיתים, מול נזקים אפשריים לצאצא או לחברה, מוצע:

א. להקים וועדת מומחים לליבון שקט של הנושא במסגרת משרד הבריאות. הועדה תכלול את אנשי המקצוע הבאים:

(1) מומחה מקצועי רפואי,

(2) משפטן מומחה,

(3) מומחה הלכתי,

(4) נציג בכיר של המנהל,

(5) מומחה להיבטים הרב-תחומיים.

ב. לפנות למועצת הרבנות הראשית כדי שתפעיל את הוועדה שהוקמה על ידה לדיון בבעיות פוריות חרישות, על מנת לקבל החלטות.

לפי התקנות הקיימות (נתעלם מענין תוקפן המשפטי של תקנות אלה) לא תושלל ביצית מופרית באשה רווקה "אלא אם כן הביצית היא שלה..."¹⁹. מכאן נובע איסור לרווקה פונדקאית.

עיון בלשון התקנות מראה שפרט לסעיף 13 בהן (ראה להלן סעיף 9) אין מניעה בהחזרת ביצים נתרמת מופרית לאשה פנויה שאינה "רווקה" אלא גרושה או אלמנה. כך שאם תותר פונדקאית (ראה להלן) - לא תהיה למעשה הגבלה על פונדקאית שאיננה רווקה.

עקב השינויים הבלתי הפיכים העוברים על האשה במהלך הריון ולידה, נראה שמבחינה אתית יש למנוע רווקה שטרם הרתה וילדה מלהיות אם פונדקאית. היבט זה פחות חריף באלמנה או גרושה שכבר ילדה בעבר.

ג. קרבת משפחה

כיצד להתייחס לפונדקאית קרובת משפחה?

במקרים רבים תתרחש פונדקאות ממניעים אלטרואיסטיים ולא מסחריים. מניעים אלה באים לידי ביטוי בתוך משפחה.

מבחינת טובת הילד, נראה שיש עדיפות לפונדקאות במשפחה, פרט לאותם מקרים בהם עלולה להיווצר שאלת ממזרות.

כיום, התקנות אוסרות השתלת ביצית מופרית לקרובת משפחה של נותנת הביצית²⁰.

9. תקנות בריאות העם -

(הפריה חוץ גופית) תשמ"ז-1987

איסור בתקנות

בהתאם לסעיף 11 של התקנות: "לא תושלל ביצית מופרית אלא באשה שתהיה אם הילד". תקנה זו אוסרת, לכאורה, את כיצוע העברת העוברונים (ET) לרחם האם הפונדקאית.

תקפות התקנה

קיים ויכוח משפטי על התוקף החוקי של ההגבלות הלא-רפואיות בתקנות הנ"ל, אולם מסיבות ענייניות ראוי להתייחס לתקנות כתקפות, כל זמן שלא יוכרע אחרת בבית המשפט.

פרשנות מתירה

מסעיף 2 לעיל נובעת המסקנה הבאה: האם הפונדקאית היא, ורק היא, אימו החוקית של הצאצא

רפואה ומשפט

"תפקיד הועדה לבחון את ההיבטים החברתיים, האתיים, ההלכתיים והמשפטיים של השיטות הטיפוליות הקשורות לנושא הנ"ל, מתוך התייחסות בין היתר, להסכמים ולנשיאת עוברים" (מתוך כתב המינוי).

ביום ר' תמוז תשנ"א (18.6.91) מינו יחדיו, שר המשפטים ושר הבריאות ועדה ציבורית-מקצועית בראשות השופט שאול אלוני "לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית על כל הבטוי".

מקורות

1. ב"ד 1985 דיווחו לראשונה Ulan WH וחב' על הרוץ של עובר ור שהושלל ברחם פונדקאית בקליניקה "הר סיני" קליבלנד, ארה"ב (NEJM 313:1351).
2. הלידה הראשונה של פונדקאית באפריל 1986 דווחה ע"י Chargo P. וחב' [Detroit Free Press (April 17, 1986), p 1A]. רחמיה של האם הגנטית ניכרת בעבר עקב קרעים ברחם.
3. 2. (a) Skinner v Oklahoma, 316 US 535, 541(1942).
4. (b) Stanley v Illinois, 405 US 645, 651(1972).
5. 3. Fertility and Sterility 53, No. 6 Supp. 2 p. 4S (1990).
6. 4. שם.
7. 5. שם, 5S.
8. 6. ג' רקובר, קווים לשילובו של המשפט העברי במשפט הישראלי (משרד המשפטים, שבט תשמ"ט, ינואר 1989), עמ' 14.
9. 7. Halperin M., In-Vitro Fertilization, Embryo Transfer and Embryo Freezing, Assia - Jewish Medical Ethics 1, 1:25 (1988).
10. 8. ר' משה לימא ביחלקת מחוקק אבן העזר א, ח, וכן חיד"א, "ברכי יוסף" אבן העזר א' יד.
9. הרב ו'ג גלדברג, יחוס אמהות בהשתלת עובר ברחם של אחרת. תחומין ה:248 (1984).
10. חוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981 סעיף 12(א).
11. שם.
12. שם, סעיף 32.
13. WHO EB 87/12, 19 November 1990.
14. מ' הלפרין, איברים להשתלה מתורם חי, אסיא מה"מו: 34 (1989).
15. א' שטיינברג, הזרעה מלאכותית לאור ההלכה, ספר אסיא א', עמ' 128-141, בעמ' 135-136 שם (מהדורה רביעית, 1989).
16. הרב מ' בלייכר, הפריית מבחנה לעניין דין "הלך אחר הפגוס", אסיא מ"ט: 68 (1990).
17. משנה, חגיגה, א, ו וכן משנה קידושין, ג, יג.
18. חוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981 סעיף 5.
19. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) תשמ"ז-1987, סעיף 8(ב).
20. שם, סעיף 12(א).

רפואה ומשפט