

מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו – בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן

רות זפרן*

אפשרות הבחירה של מין העובר באמצעות אבחון גנטי טרום-השרשתי מעלה שאלות אתיות, משפטיות וחברתיות כבדות-משקל, בפרט ככל שמדובר בבחירה נטולת הצדקה רפואית – בחירה שנהוג לכנותה "בחירה מטעמים חברתיים". הרשימה תעסוק בבחינת השיקולים העומדים ביסוד הקריאה להתרת בחירה של מין היילוד מטעמים חברתיים, וכן תצביע על שיקוליהם של אלה המבקשים למונעה. היא תציג את הטיעונים המקובלים בהקשר זה בספרות, ותבחן את תוקפם באופן כללי ובזיקה למציאות הישראלית. לצד המסקנה הגורסת כי רוב הטיעונים המקובלים אינם חזקים דיים להצדיק מניעת הגשמה של רצון ההורה בהולדת ילד בן המין הרצוי לו, תבקש הרשימה להדגיש שיקול אחד אשר עשוי להטות את הכף – השיקול המתמקד בילד. שיקול זה, הנוגע במעמדו של הילד העתיד להיוולד, בציבור הילדים בכללותו ובטיבם של ילדים-הורים, עשוי להצדיק, כפי שתטען הרשימה, הסדרה שתמנע כליל את אפשרות הבחירה האמורה. לאור העמדה העקרונית שתציע הרשימה, ייבחן ההסדר הישראלי שנקבע בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות בחודש מאי 2005. ייחודו של ההסדר והקשיים שהוא מעורר לנוכח תוכנו יתבררו במאמר.

מבוא

פרק א: האמצעים לבחירת מין העובר

פרק ב: בחירת מין העובר מטעמים רפואיים

פרק ג: בחירת מין העובר מטעמים חברתיים – המוטיווציה לבחור

פרק ד: בחירת מין העובר מטעמים חברתיים – ההצדקות להתרתה

פרק ה: בחירת מין העובר מטעמים חברתיים – החששות הכרוכים בהתרתה

* מרצה, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודה לפרופ' דניאל זיידמן, שאפשר לי להיוועץ עימו בסוגיות רפואיות. תודה לחברי המערכת על עבודה מקצועית ונעימה. תודה מיוחדת לחנית לוגסי על העזרה במחקר ובעריכה.

- פרק ו: כבוד, אחריות ויחסי משפחה – ההצדקה למניעת בחירה של מין העובר מטעמים חברתיים
- פרק ז: סיכום-ביניים – מניעת בחירה של מין העובר מטעמים חברתיים
- פרק ח: ההסדר המשפטי בישראל
- פרק ט: הערה לסיום

מבוא

ההתפתחויות המדעיות בתחום ההולדה והפריון והרחבת הידע הגנטי פורשים לפני הורים מגוון אפשרויות הנוגעות בבחירת מאפייני העובר העתיד להיוולד. אם עד היום נדרשו הורים לקבל הכרעות רק במהלך ההיריון, לנוכח ממצאי הבדיקות הנערכות במהלכו, ולהכריע רק בשאלה אם להפסיק את ההיריון או להמשיכו, בימים אלה ההכרעות מורחבות גם לשלבים הקודמים להיריון ונוגעות בשאלות נוספות. באופן מעשי ניתן כיום לבחון את הביציות המופרות – שהופקו בהליך של הפריה חוץ-גופית – בשלב מוקדם של חלוקתן, להעבירן אבחון שיספק מידע ביחס למאפייניהן הגנטיים (לרבות נתונים בריאותיים ושיך מיני) ולבחור איזו מן הביציות, אם בכלל, להחדיר אל רחם האם לצורך השגת היריון. האפשרות האמורה, המגלמת יתרונות ברורים, טומנת בחובה דילמה אתית לא-פשוטה. היתרון להורה העתידי, כמו-גם לחברה כולה, במניעת לידה של ילד החולה במחלה קשה, ואשר עתיד למות זמן קצר לאחר לידתו או לאחר שנות סבל, אינו מצריך שכנוע כמעט. היתרון הגלום בהקדמת האבחון לשלבים שלפני ההיריון (להבדיל מאבחון במהלך ההיריון, המחייב התערבות והפסקת ההיריון, לעיתים בשלב מתקדם שלו) ברור אף הוא, אם כי אינו נקי מקשיים (בעיקר העלות הגבוהה של טיפולי ההפריה החוץ-גופית הנדרשים לשם האבחון המוקדם, והסיכונים הרפואיים הגלויים להם). אולם האמצעי המשמש לאבחון מוקדם של מחלות קשות מאפשר לאבחן גם נתונים אחרים, שאינם רפואיים בהכרח, דוגמת מינו של העובר, מידת התאמתו כמקור לתרומה של איבר או רקמה לקרוב-משפחה, ואף מאפיינים אישיותיים או חיצוניים שאבחונם הגנטי יתאפשר ככל הנראה בעתיד. היתרון הברור הגלום באפשרות בחירה מטעמים רפואיים (לפחות בנסיבות של חשש בריאותי כבד-משקל) מוטל בספק ככל שמדובר בבחירה שמקורה בטעם אישי של ההורה או בהעדפה חברתית. רשימה זו תתמקד במאפיין אחד, אם כי מרכזי, מבין המאפיינים הניתנים לבחירה – שיוכו המיני של העובר. בחירת מין העובר נמצאת על התפר שבין בחירה מטעמים רפואיים לבין בחירה מטעמים חברתיים, שכן לפחות בהקשרים מסוימים ניתן להצדיק בחירה זו גם בטעמים רפואיים, לנוכח העובדה שפגמים גנטיים מסוימים קשורים לכרומוזומי המין.¹ במובן זה בחירת עובר ממין מסוים עשויה לנבוע מן הרצון להבטיח את היותו בריא. אולם בחירת מין העובר ללא סיבה שמקורה רפואי מציפה את הדילמה הרחבה הכרוכה בבחירת

1 ראו להלן טקסט ליד ה"ש 7 ואילך.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

עובר בשל מגוון העדפות אישיות או טעמים חברתיים, ובכך היא יכולה לשמש מודל לדיון במגוון בחירות הנשענות על טעם או העדפה. עם זאת, בחירת מין העובר (להבדיל מבחירה של מאפיין חיצוני או תכונת אופי או כישורים) שזורה גם בהיבטים רעיוניים ייחודיים הנוגעים, בין היתר, במעמדן של הנשים בחברה. רשימה זו תבקש להציג את מגוון ההיבטים האמורים, לבחון את השפעותיהם ומשקלם, ולהציע קווים להכרעה בדבר הלגיטימיות של עצם הבחירה, קרי, אם ראוי לאפשר להורה להכריע מה יהיה שיוכו המיני של הילד העתיד להיוולד לו, ובאילו נסיבות. הרשימה תטען כי אף שרוב הטיועונים המושמעים בספרות נגד התרת בחירה בין עוברים (לרבות בחירת מינו של העובר) אינם משכנעים, טיעון אחד הנוגע ביחסים בין הורים וילדים עשוי להצדיק את שלילתה. החשש שרשימה זו מתרכזת בו נוגע בפגיעה שעלולה להתלוות למתן אפשרות הבחירה (כל בחירה, למעט זו הנוגעת בכריאותו של הילד העתידי) בטיבם של יחסי הורים-ילדים.

בפרק א אציג תיאור קצר של ההתפתחויות המדעיות-הטכנולוגיות המאפשרות בחירה של מין העובר באמצעות אבחון שנערך בשלב הקודם להיריון. בפרק ב יוצגו היתרונות הגלומים בבחירת מין העובר, ככל שהם נוגעים בפרופיל הגנטי-הרפואי של העובר, ותיבחן בקצרה מידת הלגיטימיות של בחירה זו. בפרק ג אעבור לדון בשאלה הניצבת במרכז רשימה זו – בחירת מין העובר מטעמים חברתיים. בפרקים ד ו-ה אציג את שיקולי המדיניות הכרוכים בבחירה זו, את היתרונות הגלומים בה ואת הסכנות הצפויות ממנה (או שנטען כי צפויות ממנה). בפרק ו אנסה להצביע על מה שנתפס בעיניי כרכיב המרכזי בעיצוב ההסדר – השפעתו האפשרית על יחסי המשפחה. לאור רכיב זה אציע, בפרק ז, למנוע לחלוטין את בחירת מין העובר מטעמים חברתיים. לבסוף אציג בפרק ח את ההסדר הישראלי שעוצב לאחרונה, ואבחן את הוראותיו לאור המדיניות המוצעת.

פרק א: האמצעים לבחירת מין העובר

הרצון לבחור את מינו של הילד העתיד להיוולד הינו עתיק-יומין, ככל הנראה, וכך גם המאמצים להגשמתו. הספרות שוטחת שיטות אינספור שהוצעו במהלך השנים במטרה להשפיע על מין העובר – ביניהן כאלה הקשורות לתזמון האקט המיני, לתזונה, לתנוחה או לעונות השנה – אך אף לא אחת מהן הוכחה כמהימנה.² כיום ידוע כי מינו של העובר נקבע לפי מאפייני הזרע: ביצית שהופרתה על-ידי זרע הנושא כרומוזום X עתידה להתפתח לעובר נקבי (XX), ואילו ביצית שהופרתה על-ידי זרע הנושא כרומוזום Y עתידה להתפתח לעובר זכרי (XY). בהתאם לנתון בסיסי זה פותחו מגוון שיטות (הנתונות עדיין לפיתוח ולשכלול) הפועלות

2 רינה צפריירי "בן או בת בהזמנה" גלילאו 38, 40 (2000); Owen D. Jones, *Sex Selection: Regulating Technology Enabling the Predetermination of a Child's Gender*, 6 HARV. J. L. & TECH. 1, 4-6 (1992).

לאבחון תאי הזרע ולהפרדה ביניהם על-פי שיוכם ה"מיני" (קרי, כנשאי הכרומוזומים X או Y). הפרדה מהימנה בין תאי הזרע תוכל להבטיח קיום הזרעה (מלאכותית) באמצעות תאי זרע מן הקבוצה האחת והשגת עובר מן המין המבוקש. שתי טכניקות מרכזיות משמשות כיום לאבחון ולהפרדה של תאי זרע: שיטה המתבססת על תנועתיות שונה של שני הסוגים של תאי הזרע (אשר מעלה, לפחות על בסיס חלק מן המחקרים, את הסיכוי להולדת צאצא בן המין הרצוי עד ל-75% בקירוב); ושיטת צביעה, המתבססת על גודלם השונה של הכרומוזומים X ו-Y, אשר שיעור הצלחתה גבוה יותר, לפחות בכל הנוגע להולדת בנות.³ שיעור ההצלחה של שיטות אלה ואחרות שנוי במחלוקת, אך ברור כי נכון להיום אין בטכניקות הקיימות למיון תאי הזרע כדי להבטיח תוצאה ודאית ביחס לשיוכו המיני של העובר. טרם הובהרה גם מידת בטיחותן של שיטות אלה לעובר. חלק מן השיטות מחייבות הפריה חוץ-גופית לצורך השגת היריון, שכן כמות הזרע הראוי לשימוש שנותר בסופו של תהליך המיון אינה מספיקה לקיום הזרעה מלאכותית.⁴ אולם בכך מאבדות שיטות אלה את היתרון המרכזי הגלום בטכניקה של מיון תאי זרע, שכן עדיפותה העקרונית של טכניקה זו על טכניקת ה-PGD, שתתואר להלן, נעוץ בכך שהיא אינה מצריכה אבחון ביצית מופרית שהושגה בהפריה חוץ-גופית. אבחון יעיל של תאי הזרע ושמירה על תקינותם מאפשרים השגת היריון באמצעות הזרעה מלאכותית, שמידת הפולשניות, אי-הנעימות והסיכון שהיא גורמת לאישה פחותים מאלה הכרוכים בהפריה חוץ-גופית. נחזור להיבטים אלה בהמשך.

מכל מקום, השיטה האמינה ביותר בשלב זה לקביעת מין העובר היא אבחון הביצית המופרית לפני החזרתה אל רחם האם, בטכניקה המכונה "אבחון גנטי טרום-השרשתי" – PGD.⁵ בשיטה זו, המערבת לעולם הפריה חוץ-גופית, ביצית שנשאבה מן האישה מופרית בתנאי מעבדה בזרע האיש, ולאחר שהפריית המבחנה הצליחה והביצית המופרית החלה להתחלק (לרוב כעבור ימים ספורים), נוטלים ממנה תא אחד לצורך אבחון. אבחון הגנטי

3 לאמצעים למיון תאי זרע ולמידת הצלחתם בקביעת מין העובר ראו: F. Vidal, J. Blanco, E.F. Fugger, K. Keyvanfar, M. Norton, J.D. Schulman & J. Egozcue, *Preliminary Study of the Incidence of Disomy in Sperm Fractions after MicroSort Flow Cytometry*, 14 HUMAN REPRODUCTION 2987 (1999); J.H. Check & D. Katsoff, *A Prospective Study to Evaluate the Efficacy of Modified Swim-Up Preparation for Male Sex Selection*, 8 HUMAN REPRODUCTION 211 (1993); G. Alan Rose & Anthony Wong, *Experiences in Hong Kong with the Theory and Practice of the Albumin Column Method of Sperm Separation for Sex Selection*, 13 HUMAN REPRODUCTION 146 (1998); Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Preconception Gender Selection for Nonmedical Reasons*, 75 FERTILITY AND STERILITY 861 (2001).

4 שחר קול "בחירת מין העובר" (2003) www.health-pages.co.il/article.php?article_.id=269

5 Pre-Implantation Genetic Diagnosis. להסבר נהיר של הטכניקה האמורה ראו דניאל זיידמן "איבחון גנטי בעובר שטרם עבר השרשה (PGD)" (2004) www.doctors.co.il/m/Doctors/ S. Matthew Liao, *The Ethics of Using Genetic Engineering for Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 116 (2005).

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

של תא אחד שנלקח מן הביצית מעיד במידה רבה על הפרופיל הגנטי של העובר העתידי, לרבות שיוכו המיני. נטילת תא אחד לצורך אבחון אינה פוגעת, ככל הידוע, בבריאותו של העובר העתידי להתפתח מן הביצית המופרית. אחרי אבחון הגנטי של התא, מחדירים לגוף האם את הביצית שנבחרה על-פי הפרופיל הגנטי הרצוי. בהנחה שהביצית נקלטה וההיריון תקין, צפוי להיוולד בסופו ילד מן המין הרצוי.

לשיטתם של חלק מן הכותבים, לאופן ההגשמה של בחירת מין היילוד – באמצעות שיטה המערבת הפריה חוץ-גופית או באמצעות הזרעה מלאכותית – יש נפקות לעניין העמדה המוסרית והמשפטית שיש לנקוט כלפיה.⁶ הפריה חוץ-גופית, הכרוכה בהליך רפואי יקר ופולשני ואשר עלולה להוביל להשמדת ביציות מופרות (עודפות), מעוררת קשיים אתיים, דתיים, כלכליים ובריאותיים מורכבים יותר מן השיטה המתבססת על הזרעה מלאכותית של זרעים שמויננו. כפי שאבקש לטעון ברשימה זו, אין בהפריה החוץ-גופית כשלעצמה כדי לשנות את מידת הלגיטימיות של עצם הבחירה. גם בחירה הנעשית באמצעות מיון של תאי זרע והזרעה מלאכותית (המאפשרת לכל-היותר בחירה על בסיס השיוך המיני, אך לא על בסיס פרמטרים גנטיים אחרים) כרוכה באותו קושי שרשימה זו מבקשת להדגיש, ואשר יובהר בהמשך.

פרק ב: בחירת מין העובר מטעמים רפואיים

יש שבחירת מין העובר נועדה לשרת את הבטחת בריאותו.⁷ כרומוזום המין נושא על-גבי גנים האחראים להופעתן של מחלות, חלקן קשות. חשש בריאותי המתעורר על רקע הופעת מחלות במשפחה, וקושי באבחון גנטי ישיר של אותן מחלות, עשויים להצדיק בחירה בעובר ממין מסוים מטעמים בריאותיים, חלקם מהותיים. עוברים זכרים מועדים יותר לחלות במחלות שנישאות על-גבי כרומוזום המין. הסיכוי להתפרצות מחלה גנטית הנישאת על-גבי כרומוזום X גבוה יותר בלידת בן (בעל כרומוזום XY) מאשר בלידת בת (בעלת כרומוזום XX), אשר יכולה להיות נשאית בלבד, ללא התפרצות המחלה. לכן כאשר קיימים ליקויים גנטיים תלויי-מין ניתן להבטיח כי היילוד לא יחלה על-ידי החזרת עוברים ממין נקבה בלבד והימנעות מלידת בן זכר.

הסכמה רחבה קיימת בדבר הלגיטימיות (ואולי אף ההכרח) של בחירת מין העובר בנסיבות שבהן הבחירה נועדה להבטיח הולדת ילד נטול מחלה קשה וסופנית. שיטת המשפט הישראלית הכירה עוד בפרשת זייצוב כי בנסיבות של קיום בחולי קשה ובסבל רב יהיה

6 ראו להלן טקסט ליד ה"ש 52 ואילך.

7 על אבחון ובחירה לפני השרשה מטעמים רפואיים, לאו דווקא בויקה למין העובר, ועל הקשיים הכרוכים בכך ראו: Rebecca Knox, *Preimplantation Genetic Diagnosis: Disease Control or Child Objectification*, 22 St. Louis U. Pub. L. Rev. 435 (2003).

אפשר להכיר בעדיפות של העדר קיום, ולומר כי עדיף לו לילד כי לא היה בא לעולם.⁸ הקביעה האמורה, לפחות ככל שמדובר במניעה מוקדמת ובבחירה בין עוברים לצורך הבטחת הולדה של ילד בריא, משקפת קונסנזוס חברתי-מוסרי רחב יחסית.⁹ על-פי העמדה האמורה יש הצדקה לבחירת מין העובר כאשר אי-אפשר לאבחן את המחלה בנפרד מן השיוך המיני. המחלוקת נוגעת בשאלה מתי ובאיזו דרך יש לפעול להשגת היעד האמור – אם לפני השרשת העובר ברחם האם או שמא באמצעות הפסקת היריון לאחר שכבר החל. נדמה שניתן לומר כי הבחירה בכל אחת מן החלופות, לנוכח היתרונות והחסרונות הגלומים בהן, צריכה להיות נתונה באופן מלא להורים, ובפרט לאם. האם היא שצריכה לעבור את טיפולי הפריזון ולשאת בהשלכותיהם האפשריות, מחד גיסא, או להפסיק את ההיריון לאחר שהתברר מינו הלא-רצוי של העובר, מאידך גיסא. מאחר שההשפעה המרכזית של הבחירה בין החלופות היא על גופה של האם, ההחלטה צריכה להישאר בידיה באופן עקרוני.

יועזר כי גם הסוגיה של בחירת מין העובר מטעמים רפואיים אינה נקיה ממחלוקת. גם אם קיימת הסכמה רחבה יחסית כי ראוי למנוע הולדתו של ילד הצפוי לחיי סבל קשים, ניתן להטיל ספק אם ראוי למנוע הולדתו של ילד שעתידי לחלות (בסבירות זו או אחרת) במחלה שתתפרץ רק בבגרותו או שניתנת לריפוי (ברמת ודאות זו או אחרת), אף אם מדובר במחלה שתסמיניה קשים. אולם מאחר שנושא רשימה זו אינו שאלת גבולותיה של חירות הבחירה בנוסחות של לקות או מחלה, אבקש להשאיר שאלה זו ללא הכרעה. חלקיה הבאים של הרשימה יתמקדו בשאלת בחירת המין כאשר אין לה כל הצדקה רפואית.

פרק ג: בחירת מין העובר מטעמים חברתיים – המוטיווציה לבחור

חלק מן ההורים העתידיים מביעים משאלת-לב או רצון מפורש כי ייוולד להם ילד ממין זה או אחר. אף שייתכן כי מספרם של אלה המחזיקים מראש בהעדפה מסוימת אינו מבוטל,

8 ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85, 97, 127 (1986).

9 לתמיכה בבחירה מטעמים רפואיים ראו: Giuseppe Benagiano & Paola Bianchi, *Sex Preselection: An Aid to Couples or a Threat to Humanity?* 14 HUMAN REPRODUCTION 868 (1999); Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *Sex Selection and Preimplantation Genetic Diagnosis*, 72 FERTILITY AND STERILITY 595 (1999); John A. Robertson, *Extending Preimplantation Genetic Diagnosis: The Ethical Debate*, 18 HUMAN REPRODUCTION 465 (2003). להתנגדויות אפשריות לבחירה מטעמים רפואיים ראו Knox, לעיל ה"ש 7, בעמ' 435; Lindsey A. Vacco, *Preimplantation Genetic Diagnosis: From Preventing Genetic Disease to Customizing Children – Can the Technology be Regulated Based on the Parents' Intent?* 49 ST. LOUIS L.J. 1181, 1186–1189 (2005).

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

רובם אינם מוכנים, כך נדמה, לפעול באופן פוזיטיבי להשגת היעד האמור, לפחות באמצעים הקיימים לכך כיום.¹⁰ אחרים, בפרט לאחר שנולדו/ו להם ילד/ים בני המין האחד, יתפצו לפעול להשגת ילד מן המין האחר.¹¹ הרצון בילד ממין מסוים עשוי לנבוע מהעדפה אישית, מחוויית חיים מסוימת ואף להיות נטוע בהקשר חברתי-תרבותי. המוטיווציה לפעול להשגת ילד בן המין האחד חלשה יחסית במדינות המערב, ומתחלקת בהן באופן דומה בין בנים ובנות, אך בחברות מסורתיות יותר ניכרת העדפה לבנים. ישראל, כפי שנראה מייד, מתאפיינת ככל הנראה בדומה ליתר מדינות המערב.¹²

מקובל לחשוב כי מעמדן הנחות של נשים, הבולט במיוחד בחברות מסורתיות, הוא שמוכיל להעדפת בנים. השערה זו זוכה באישוש במדינות אסיה, ביניהן הודו וסין, אם כי עיקר מימושה של העדפה זו אינו נעשה שם, בשלב זה, באמצעות אבחון לפני היריון.¹³ במדינות אלה העדפת צאצאים בנים מובילה להפסקת היריון של עוברים שאובחנו כנקבות (באמצעות טכניקת האולטרסאונד), ולעיתים אף באמצעות רצח של תינוקות בנות עם לידתן או הזנתן באופן המוביל להגדלה משמעותית בשיעור התמותה שלהן בשנים הראשונות לחייהן. כתוצאה מפרקטיקות אלה מספר הבנות באותן חברות נמוך ממספר הבנים – תופעה שהתחדדה בשנות השמונים עם הגברת השימוש בטכניקת האולטרסאונד.¹⁴ העדפת בנים בחברות אלה נובעת לא רק ממעמד החברתי העדיף, אלא גם מפרקטיקות

10 לדוגמה, ממחקר שנערך בגרמניה עולה כי ל-58% לא משנה מה יהיה מין היילוד, ל-75.6% אין העדפה לגבי מין ילדם הראשון, ורק 6% מוכנים לשקול הליך של בחירת המין באמצעות אבחון טרום-השרשתי. למחקר זה ולמחקר נוסף אשר משקפים את המוטיווציה לבחירת מין היילוד במדינות שונות ומעידים על פערי רצון ממדינה למדינה, ראו: Edgar Dahl, Manfred Beutel, Burkhard Brosig & Klaus-Dieter Hinsch, *Preconception Sex Selection for Non-Medical Reasons: A Representative Survey from Germany*, 18 HUMAN REPRODUCTION 2231 (2003); Edgar Dahl, Klaus-Dieter Hinsch, Manfred Beutel & Burkhard Brosig, *Preconception Sex Selection for Non-Medical Reasons: A Representative Survey from UK*, 18 HUMAN REPRODUCTION 2238 (2003)

11 על הרצון בהולדת ילד בן המין האחר לאחר הולדת ילד מן המין האחד ראו: Guido Pennings, *Ethics of Sex Selection for Family Balancing – Family Balancing as a Morally Acceptable Application of Sex Selection*, 11 HUMAN REPRODUCTION 2339 (1996)

12 ראו להלן טקסט ליד ה"ש 18.

13 על המצב בהודו ובסין ראו רועי שפירא "חדשות בנושאי הנדסה גנטית, אווירונאוטיקה, מיקרוביולוגיה ועוד" גליליאו 6, 2 (1994); Benagiano & Bianchi, לעיל ה"ש 9; Jones, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12; Kenan Farrell, *Where Have All the Young Girls Gone?*, 13 IND. INT'L & COMP. L. REV. 253, 256–259 (2002); Zeng Yi, Tu Ping, Gu Baochang, Xu Yi, Li Bohua & Li Yongpiing, *Causes and Implications of the Recent Increase in the Reported Sex Ratio at Birth in China*, 19 POPULATION DEVELOPMENT REV. 283 (1993); Baochang Gu & Krishna Roy, *Sex Ratio at Birth in China, with Reference to Other Areas in East Asia: What We Know*, 10(3) ASIA-PACIFIC POPULATION J. 17 (1995)

14 ראו את הנתונים המובאים בספרות המאוזכרת לעיל בה"ש 13.

קונקרטיים. לנוכח חלוקת התפקידים המסורתית, צאצאים בנים צפויים להכניס ממון למשפחתם, בעוד בנות צפויות לגרום להוצאות. בנים צפויים לצאת לעבוד ולעזור בפרנסת המשפחה, בעוד בנות צפויות להכביד על התקציב בשל הצורך לשלם תמורת נישואיהן למשפחת הבעל. בחברות אלה סביר להניח כי הטמעת אמצעי אבחון קדם-הריוניים תמשיך את המגמה הקיימת ותוביל להטיה מובהקת לכיוון בחירה בביציות שעמידות להתפתח לעוברים זכרים.¹⁵

המצב במדינות המערב שונה ככל הנראה.¹⁶ המחקר אינו מאשש את החשש שרווח תחילה כי אפשר בחירה של מין העובר יוביל גם במדינות אלה להעדפה גורפת של צאצאים זכרים, אם כי מסתמן שככל שמדובר בבחירה של הילד הראשון, קיימת עדיפות לבנים זכרים. רצון זה משתנה כאשר הבחירה מתאפשרת החל בילד השני – במצב זה מסתמן רצון להבטיח גיוון משפחתי.¹⁷ מחקר פיילוט שנעשה בישראל לפני שנים מספר, על-ידי מכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות (משרד הבריאות), מלמד כי מספר המתנגדים לבחירת מין היילוד גדול ממספר התומכים בכך. רובם המכריע של הנשאלים לא רצו לבחור בעצמם את מין העובר, אך בקרב אלה שהביעו רצון כזה הייתה עדיפות מסוימת להולדת בנים זכרים.¹⁸ מחקר רחב-היקף בשאלה זו מתנהל בימים אלה במכון גרטנר, אולם ממצאיו טרם התבררו. על רקע העמדות האמורות, ועל בסיס ההנחה שהן ישקפו את המציאות גם לאחר שיותר – אם יותר – לבחור את מין העובר בישראל, חלק מן החששות הכרוכים בהתרת הבחירה נעלמים. החשש מפני פגיעה באיזון הדמוגרפי שתיגרם כתוצאה מעלייה לא-פרופורציונלית בשיעור הזכרים, והחשש מפני פרקטיקה שתושפע ממעמדן הנחות של נשים ואולי אף תשעתק אותו¹⁹ – חששות אלה מאבדים את משמעותם אם

- 15 חשוב להבהיר כי אין בדברים אלה כדי להוביל בהכרח לשלילת הפרקטיקה של בחירת מין העובר. אפשר שבנסיבות אלה דווקא תסתמן עדיפות (כבררה בין רעות) לביצוע אבחון בשלב שלפני ההיריון על הפסקות היריון או רצח תינוקות.
- 16 לממצאי מחקרים שנערכו בארצות-הברית ובאירופה (שחלקם בחנו את הסוגיה מנקודת-מבט היפותטית) ראו Farrell, לעיל ה"ש 13, בעמ' 264–266; Dahl, Beutel, Brosig & Hinsch, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2231; Kimberly Kristin Downing, *Pregnancy Domestic Violence*, and the Law: The Interface of Medicine, Public Health and the Law: A Feminist is a Person who Answers "Yes" to the Question "Are Women Human? An Argument Against the Use of Preimplantation Genetic Diagnosis for Gender Selection, 8 DePaul J. Health Care L., 431, 445–446 (2005).
- 17 ראו Robertson, לעיל ה"ש 9, בעמ' 465; John A. Robertson, *Extending Preimplantation Genetic Diagnosis: Medical and Non-Medical Uses*, 29 J. Med. Ethics 213 (2003).
- 18 נתונים אלה נמסרו לי על-ידי ד"ר יעל השילוני-דולב, העורכת בימים אלה מחקר רחב-היקף, במסגרת מכון גרטנר, ביחס לעמדותיו של הציבור בישראל בנוגע לבחירת מין העובר. וראו גם את ממצאיו של סקר שנערך לאחרונה לקראת הוצאת המדריך "סודות ההורים" באמצעות מכון מחקר marketwatch שלימד על עדיפות מסוימת להולדת בנות. חשוב עם זאת לציין שהסקר, שפרטיו מצויים בידי, נערך בקרב אוכלוסייה יהודית בלבד.
- 19 בהקשר זה ראו עוד להלן טקסט ליד ה"ש 56 ואילך.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

בפועל תישמר החלוקה הטבעית, קרי, התפלגות שווה (בקירוב) של הצאצאים בין המינים.²⁰

ניתן להעריך כי בישראל, כמו גם ברוב מדינות המערב, התרת בחירה של מין העובר לא תשפיע בתחילה באופן מהותי על המאזן הדמוגרפי. אחוז הפונים לקבלת השירות האמור, שיבקשו לבחור לעצמם את מינו של העובר, אינו ידוע כרגע, אך הוא צפוי להשתנות עם חלוף הזמן. אפשר להעריך כי עצם הלגיטימציה לבחירה תעלה את המודעות לאפשרות האמורה ותגביר את הרצון לעשות בה שימוש. גם שכלול האמצעים, שיוליך לשיפור אחוזי ההצלחה ולהפחתת הסיכונים הכרוכים בבחירה (שכלול שייעושה ככל שהבחירה תהיה רווחת יותר ולכן גם רווחית יותר למפתחיה), עשוי להגביר את השימוש בה. שתי האפשרויות (שינוי או העדר שינוי ביחס המספרי בין המינים באוכלוסייה) יתבררו בחלק הדין בטיעונים המושמעים נגד התרת הבחירה.

פרק ד: בחירת מין העובר מטעמים חברתיים – ההצדקות להתרתה

האינטרס העומד ביסוד הבחירה של מין העובר התברר למעשה בחלק הקודם. הרצון הסובייקטיבי של ההורה העתידי והכמיהה לילד ממין מסוים הם שעומדים ביסוד הקריאה להתרת הבחירה של מין העובר מטעמים חברתיים. לצד הרצון של ההורים ניתן להצביע על בעלי אינטרס נוספים, ובעיקר על מי שעשויים להרוויח כלכלית או מקצועית מן השימוש בפרקטיקה האמורה, אם כי הללו אינם עומדים במוקד רשימה זו.

20 מעניין להזכיר תמריץ אפשרי נוסף לבחירת מין העובר, שאינו בריאותי או מעמדי בהגדרתו, אף שנראה כי הוא אנקדוטי מטיבו. במקרה מסוים שהתרחש בישראל (על-פי הפרסומים באמצעי התקשורת) הובע רצון בבחירת מין העובר מטעמים חברתיים הכרוכים במניעים דתיים אישיים (דליה מזורי "דוקטור, תעשה שייוולד לנו בן" מעריב 20.10.2002; תמרה טאוברמן וחיים שדמי "תקדים בישראל בחירה מראש של מין התינוק" הארץ 18.10.2002). על-פי הפרסום ביקש זוג חרדי, שנוזקק לתרומת זרע לצורך הולדה בשל בעיות פרויון, לערוך אבחון קדם-השרשתי שיבטיח החזרת ביצית מופרית שתפתח לעובר ממין נקבה, וזאת על-מנת להבטיח כי עובדת השימוש בתרומת הזרע תישמר בסוד. באותו מקרה היה בן-הזוג (הוא האב המיועד) "כהן" בייחוסו. שימוש בתרומת זרע, המונעת (מבחינה הלכתית) את זיקת האבהות של בן-זוגה של האם, תוצאתה ילד שאינו זוכה בייחוס של "כהן". הסיווג לכהן מתבטא, בין היתר, במנהגי בית-הכנסת, ולפיכך אילו נולד לבני-הזוג בן זכר, העובדה שהוא אינו בנו הביולוגי של האב הייתה נחשפת סביב נוהג העלייה לתורה. על-מנת להימנע מחשיפת העדר הייחוס (או לאלץ לשקר ולהציג את הבן ככהן כאשר הוא אינו כזה מבחינה הלכתית), ביקשו ההורים – ואף נענו ככל הנראה – לערוך אבחון מוקדם שיבטיח להם הולדת בת. ראוי לשים לב כי הפרשה התרחשה לפני הסדרת הנושא בהנחיות משרד הבריאות (ראו להלן ה"ש 96–97). לביקורת על פרשה זו ראו רות לנדאו "סוגיות אתיות באבחון גנטי טרום השרשה" רפואה ומשפט 28, 77, 81–82 (2003).

באופן בסיסי, התרת הבחירה מגשימה את חירות הפרט לעצב את חייו כרצונו.²¹ בנסיבות שבהן מין היילוד נתפס (סובייקטיבית) כמהותי לעיצוב חייו של הפרט במישור המשפחתי, המהווה כשלעצמו מישור רב-חשיבות להגשמת הפרט, נדמה שלא יכול להיות ספק כי אפשר בחירתו משרת את הגשמת האוטונומיה, שהרי זו בעיקרה מבטיחה את החירות לקבל החלטות משמעותיות ולפעול על-פיהן.²²

החלטות הנוגעות בהקמת משפחה, בפיריון ובהולדה נחשבות לא רק חשובות לפרט ולזוג, כי אם גם כאלה שראוי לה למדינה לא להתערב בהן.²³ מקובל לקשור בין החלטות מן הסוג האמור לבין הזכות לפרטיות, ולהבטיח כי יישמר בהקשרם מתחם אי-התערבות מצד התברה.²⁴ יפים לעניין זה דבריה של השופטת בן-ענתו – שזוכים באזכור חוזר בפסיקה – שלפיהם "התערבות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט; אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנוצצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני."²⁵

אפשר שאף הזכות להורות פורשת את כנפיה על הבחירה במין היילוד.²⁶ על-פי טענה זו, ככל שהזכות להורות, שהוכרה אף בישראל,²⁷ מעניקה לפרט חירות להחליט אם להוליד, וככל שהחלטתו אם להוליד כרוכה במאפייניו הגנטיים-המגדריים של הילד העתידי, יש לו, לפרט, זכות לעשות שימוש במידע גנטי ביחס לילד העתידי בבואו להחליט אם להוליד.²⁸ אולם על-אף מקומה המרכזי של הזכות להורות במשפט הישראלי,²⁹ אין זה ברור כלל כי

21 ראו Robertson, *Genetic Selection of Offspring Characteristics*, 76 B.U.L. REV. 421 (1996), לעיל ה"ש 17, בעמ' 213-214.

22 אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנוז" עיוני משפט יט 433, 440 (1995).

23 להסתייגות מהקו הקורא להבטחת אי-התערבות תמידית ראו דפנה ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 204 (1996).

24 כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח על משכבו בשלום?" רפואה ומשפט 27, 96 (2002).

25 ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57, 81 (1981).

26 על הזכות להורות באופן כללי ראו ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); דפנה ברק-ארוז, לעיל ה"ש 23, בעמ' 199-201; כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האישה בחברה ובמשפט 503, 508 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

27 ראו בהקשר זה בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נו(1) 419, 447 (2003); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 719 (1996); ולאחרונה בג"צ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פס' 12, 15 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (טרם פורסם, 20.3.2006) (להלן עניין דוברין).

28 ראו Robertson, לעיל ה"ש 21, בעמ' 421-423.

29 הזכות להורות זוכה עם השנים בחיזוק במשפט הישראלי. בשיר הלל לזכות להורות ולמשפחה קובעת השופטת פרוקצ'יה, בפרשת דגימת הזרע של יגאל עמיר, כי זכות האדם להורות ניצבת בתחומיה של הזכות לכבוד. השופטת ממשיכה ומציינת כי "הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות,

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

היא כוללת את הזכות להיות הורה לילד מסוים דווקא, ולצורך העניין – הורה לילד ממין מסוים.³⁰ הזכות להורות כרוכה בוודאי במימוש הורות ביחס לילד שכבר נולד, וכפי הנראה אף תומכת בחתירה של בני-זוג ללדת ולהוליד, אך ספק אם היא עשויה לעמוד ביסוד התביעה לקבוע את פרטי זהותו של ילד שטרם נולד.

זכות אחרת שניתן להציג, באופן משכנע יותר, כתומכת בהתרת בחירה של מין העובר היא הזכות לתכנון המשפחה.³¹ תחת זכות זו מקובל לכלול, בין היתר, את הזכות להכריע כמה ילדים להביא לעולם, אם בכלל, ומתי. זכות זו לא הוכרה אומנם בישראל באופן מלא, בין היתר בשל קיומה של ההוראה המגבילה את האפשרות הנתונה לאישה להפסיק את הריונה,³² אולם זכתה בהכרה פסיקתית מסוימת. כך, למשל, ציין בית-המשפט העליון בפרשת זייצוב כי להורים מוקנית הזכות לתכנן את משפחתם, והכיר במסגרת זו בזכותם להבטחה מפני הסיכונים הכרוכים בהתעברות, בהיריון, בהפלה ובלידה.³³ זכות זו זכתה בהכרה אף בפסיקת בתי-המשפט בערכאות הדיוניות. בפרשה שעסקה בכישלון של הליך עיקור שהוביל להולדת ילד לא-מתוכנן, מציין בית-המשפט כי "בארץ ניתן למצוא את ההכרה בזכות זו [זכות ההורים לתכנן את משפחתם – ר' ז'] בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, כחלק מכבוד האדם – ההכרה בזכות ללדת עפ"י החלטה בלעדית של בני הזוג עפ"י מיטב הכרתם והשיקולים המנחים אותם בתכנון גודל המשפחה הרצוי להם."³⁴ גם הזכות לתכנון המשפחה, בדומה לקודמתה (הזכות להורות), אינה מובילה במישרין

ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי המשכיית הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה. ובהמשך היא מוסיפה: "במידג זכויות האדם החוקתיות, לאחר ההגנה על הזכות לחיים ולשלמות הגוף, באה ההגנה החוקתית על הזכות להורות ולמשפחה. הזכות לשלמות הגוף נועדה להגן על החיים; הזכות למשפחה היא הנותנת משמעות וטעם לחיים."

ראו עניין דוברין, לעיל ה"ש 27, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

30 ראו Farrell, לעיל ה"ש 13, בעמ' 277; Vicki G. Norton, *Unnatural Selection: Nontherapeutic Preimplantation Genetic Screening and Proposed Regulation*, 41 *UCLA L. Rev.* 1581, 1629 (1994).

31 הזכות לתכנון המשפחה זכתה בהכרה בכמה הקשרים ובמגוון של שיטות משפט, לרבות בדיון הבין-לאומי. ראו: Marianne E. Scott, *Parent-Child Testimonial Privilege: Preserving and Protecting the Fundamental Right to Family Privacy*, 52 *U. Cin. L. Rev.* 901, 904–908 (1983); Yuval Merin, *The Right to Family Life and Civil Marriage under International Law and Its Implementation in the State of Israel*, 28 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 79, 82–86 (2005); Iraida J. Alvarez, *A Critique of the Motivational Analysis in Wrongful Conception Cases*, 41 *B.C. L. Rev.* 585 (2000); Luke T. Lee, *Population: The Human Rights Approach*, 6 *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y* 327 (1995).

32 ס' 312–321 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

33 ראו עניין זייצוב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113.

34 733/94 דונין נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית של העובדים, נבו, כרך כו(5) 457, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת יהודית צור (לא פורסם, 19.9.1996).

למסקנה כי לזוג יש הזכות ליטול חלק ב"עיצוב" זהותו של הילד העתיד להיוולד, אולם לא יהא זה מופרך לטעון כי בחירת מין העובר (להבדיל אולי מהיבטים אחרים בעיצובו הגנטי של הצאצא העתידי) ראויה להיכלל באינטרס המוכר לתכנון המשפחה. שאלת זהותו המינית של הצאצא עשויה להשפיע על מספר הילדים במשפחה. אפשר – והמציאות מלמדת זאת לעיתים – כי בני-זוג המבקשים להבטיח ייצוג של מין כלשהו במשפחה "ינסו את מזלם", יהרו מספר פעמים העולה על זה שתכננו מראש (ואשר היו מסתפקים בו אילו זכו כבר בילד מהמין המבוקש) ולעיתים אף ילדו מספר גדול יותר של ילדים מזה שרצו מלכתחילה. אם כך, אפשר שיש צדק בתביעתו של זוג, אשר מבקש, למשל, ללדת שני ילדים בלבד אך שואף לייצוג של שני המינים (או כפי שמקובל לכנות זאת – לאיזון בין המינים במשפחה), לבחור את מינו של הילד השני שייוולד לו.

הניסיון להסתמך על הזכות לפרטיות, על הזכות להורות ועל הזכות לתכנון המשפחה לצורך הצדקת התביעה לבחירת מין העובר מעורר שאלה משותפת. לא ברור עד כמה זכויות הבאות להבטיח את חירותם של הפרט או הזוג להביא ילד לעולם ללא מגבלה, הזכות בעיגון ובהגנה בשיטתנו בהקשר של הולדה טבעית, תקפות גם בהקשר של הולדה בסיוע. ככל שמדובר בהולדה טבעית, החברה אינה יכולה לחדור למתחם אינטימי זה, ואף אינה רוצה לעשות זאת.³⁵ אולם ככל שמדובר בבחירת מין העובר – לפחות בשיטות הכרוכות במעורבות חיצונית, רפואית או אחרת – התערבות המדינה אפשרית מבחינה מעשית. אלא שיכולתה של המדינה להתערב ולהסדיר את השימוש באמצעים האמורים אינה מצדיקה בהכרח את התערבותה בפועל. אף שאני סבורה כי הזכות להורות והזכות לתכנון המשפחה מתקיימות אף בהקשר הטכנולוגי-המדעי של הולדה בסיוע, ואף שלגישתי אין באותה יכולת מעשית של הרשות להתערב ולהפעיל סמכויות פיקוח כדי להצדיק כשלעצמה הפעלה של סמכויות אלה, אפשר שתתבסס הצדקה לכך. שאלת קיומה או העדרה של הצדקה זו תתבהר בהמשך, לאחר שיוצגו מלוא השיקולים הרלוונטיים, ובפרט אלה הנוגעים בצדדים שלישיים – הילד העתיד להיוולד וציבור הילדים בכללותו.

היבט אחר שיש בו כדי לחזק את התביעה לבחירת מין העובר נוגע בזכות לטיפול רפואי נאות או מיטבי.³⁶ בימינו אין מדובר עוד בזכות צרה לסיפוק שירותי ריפוי או להקלה בסבל, כי אם בזכות המבטיחה חתירה לשיפור איכות החיים.³⁷ לאפשר הבחירה של מין העובר יש השלכות ישירות ועקיפות על איכות חייו של הפרט. באופן עקיף אנו מדברים על מימוש שאיפתו של הפרט לילד ממין מסוים ולהשלכות הפוגעניות (מבחינה רגשית)

35 ראו והשוו: עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 419, 448; ע"א 5587/93 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד מט(1) 485, 497-499 (1995).

36 גם אם במסגרת מגבלות תקציביות (ראו להלן טקסט ליד ה"ש 63). על הזכות לטיפול רפואי נאות ראו ס' 2 ו-5 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 1591 (להלן: חוק זכויות החולה). כן ראו אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" המשפט 14, 59-61 (2002); אייל גרוס "בריאות בישראל: בין זכות למצרך" זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל 437 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

37 השוו ע"א 2934/93 יחזקאל סורוקה נ' אברהם הבאבו, פ"ד נ(1) 675 (1996).

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

שעולות להיות (כביכול) לשלילת מימושה.³⁸ בדומה לטיעונים שניתן להעלות ביחס להכללת ניתוחים פלסטיים שתכליתם אסתטית בלבד במסגרת הזכות לטיפול רפואי, כך גם ביחס להגשמת הרצון לבחור את מין העובר. אלה גם אלה נוגעים ברווחתו (אושרו/מידת סיפוקו) של הפרט וכרוכים בפרוצדורה רפואית. במובן זה הזכות לטיפול רפואי מיטבי מתמזגת עם החתירה להגשמת האוטונומיה. זיקה הדוקה יותר קושרת בין אפשרות הבחירה של מין העובר לבין הזכות לטיפול רפואי של האישה. במובן זה הזכות לטיפול רפואי כרוכה בזכותה של האישה לקבל החלטות אוטונומיות ביחס לגופה. כפי שנראה בהמשך, טענה כבדת-משקל קוראת להגביל את בחירת מין העובר בשל החשש הרפואי הגלום בהפריה החוץ-גופית הנדרשת לצורך הפעלת חלק מן האמצעים לבחירת מין העובר. ניתן לטעון כי האישה רשאית, כחלק מחירותה לנהוג בגופה כרצונה, לבחור להסתכן לצורך הבטחת מין העובר, ובלבד שתקבל מידע שיאפשר לה לקבל החלטה מושכלת ומודעת.³⁹ אולם פן אחר, משמעותי יותר, קושר באופן פוזיטיבי בין קידום חירותה לבין אפשרות הבחירה שלה. שהרי אם אוסרים נקיטת אמצעים רפואיים לבחירת מין העובר, אזי אישה שרוצה או מצופה ללדת בן זכר, למשל, עשויה לבקש להיכנס להיריון שוב ושוב על-מנת להביא לידי הולדת הבן המיוחל. באופן זה היא עלולה למצוא עצמה יולדת מספר גדול יותר של ילדים מכפי שחפצה תחילה או נאלצת להפסיק הריונות שתוצאתם בלתי-רצויה. במובן זה איסור בחירה של מין העובר עלול להוות פגיעה ישירה בזכותה של האישה לשלוט בגופה, ובאופן עקיף לפחות לפגוע בזכותה לטיפול רפואי מיטבי.

מקור תמיכה אפשרי נוסף להתרת בחירה של מין העובר נעוץ בצד אחר של המשוואה – הילד העתיד להיוולד. ברור בעיניי כי הסדרת השימוש בטכנולוגיות הולדה מתקדמות מחייבת, ראשית כל, התחשבות ברווחת הילד העתידי, בצרכיו ובטובתו.⁴⁰ בהקשרן של טכנולוגיות הולדה מתקדמות מקובל לרוב לטעון נגד הפעלת אמצעי זה או אחר, מתוך חשש שהפעלה כזו תפגע בטובת הילד העתיד להיוולד. אולם בהקשרנו ניתן עקרונית לטעון כי הפעלת האמצעים לבחירת מין העובר לא רק לא תפגע בטובתו של הילד העתידי, אלא אף תקדמה. ברוח זו ניתן לטעון – אם כי בהמשך נראה כי הטיעון הנגדי חזק יותר⁴¹ – כי טוב לו לילד שיוולד להורים הרוצים בהולדתו. ילד המשתייך למין שנבחר על-ידי הוריו עשוי לזכות בטיפול מסור יותר, בעוד ילד שנולד ל"מין הלא-נכון"

38 אכן, הנחיות משרד הבריאות, שיידונו להלן, התנו את מתן ההיתר לבחירת מין העובר בנסיבות שבהן אי-מתן ההיתר יהיה כרוך ב"סיכון ממשי וניכר לפגיעה מהותית ומשמעותית בבריאות הנפשית של ההורים או אחד מהם, או של הילד העתיד להיוולד." ראו להלן טקסט ליד ה"ש 101 ואילך.

39 ס' 13 ו-14 לחוק זכויות החולה.

40 מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט (לטא) 21, 32 (1989); J. Eekelaar, *Families and Children: From Welfarism to Rights*, in *INDIVIDUAL RIGHTS AND THE LAW IN BRITAIN* 301, 317, 326–327 (Christopher McCrudden & Gerald Chambers eds., 1994); R. SNOWDEN & G.D. MITCHELL, *THE ARTIFICIAL FAMILY: A CONSIDERATION OF ARTIFICIAL INSEMINATION BY DONOR* 75–79 (1981).

41 הטיעון הנגדי, הקורא לשלילת הבחירה בשם טובת הילד, יידון להלן במסגרת פרק ו.

עלול לעורר אכזבה, כעס ותרעומת אצל הוריו, ולהוביל לניכור מצד שניהם או אחד מהם.⁴² במקרים הקיצוניים המתועדים במדינות מזרח אסיה, הולדה למין הלא-רצוי עלולה כאמור להוביל אפילו לרצח. אולם גם בנסיבות קיצוניות פחות, כאשר חייו של הילד אינם נתונים בסכנה, יש ממש בעמדה התומכת בבחירה האמורה מעצם היותה תואמת את רצון הוריו (ומכאן גם, כפי שנראה בהמשך, עיקר הפגם הטמון בה).

ברי, עם זאת, כי הטיעון התומך בבחירת מין העובר מן הטעם של טובת הילד מוקשה מבחינה לוגית.⁴³ הילד שנולד בסופו של דבר כתוצאה מהפעלת הבחירה אינו אותו ילד שהיה נולד אלמלא ההתערבות הטכנולוגית. למעט במקרים קיצוניים של רצח או התעללות, קשה לומר כי טוב לילד הספציפי שלא היה נולד משנולד, גם אם נולד למין שאינו רצוי להוריו.⁴⁴

כך או כך, הטיעון המבקש לתמוך בהתרת בחירה של מין העובר מן הטעם של טובת הילד נדחה לנוכח טיעון-הנגד. כפי שיוסבר בהרחבה בהמשך הרשימה, ניתן לטעון כי הסרת ההגבלות על שימוש באמצעים של בחירת מין העובר עלולה דווקא לאיים על מעמדם של כלל הילדים ואף על הילד הקונקרטי שיוולד בעידן שלאחר הנהגת הבחירה,

42 אלה שגיאה "טובת הילד וזכויותיו" הריון מסוג אחר 161, 168 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996); רות לגדאו "תכנון משפחה, הפריה בסיוע וביטחון האישי של הילד במשפחתו" בטחון סוציאלי 44, 23, 25-26 (1995).

43 על האפשרות העקרונית לטעון בשם טובת הילד שטרם נולד, ראו והשוו דוד הד "הזכות שלא להיוולד בפגם?" דילמות באתיקה רפואית 255 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); אסא כשר "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221, 231-234 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); רביצקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 152-153; MELINDA A. ROBERTS, CHILD VERSUS CHILDMAKER: FUTURE PERSONS AND PRESENT DUTIES IN ETHICS AND THE LAW (1998); Philip. G. Peters Jr., *Harming Future Persons: Obligations to the Children of Reproductive Technology*, in LEGAL AND ETHICAL ISSUES IN HUMAN REPRODUCTION 375, 438 (Bonnie Steinbock ed., 2002). עם זאת, בהקשרים שאינם נוגעים בעצם ההיתר והאפשרות להוליד בדרכים מלאכותיות, על ההסדר להביא בחשבון את טובת הילד, את טובת המבוגר העתיד להתפתח ממנו ואת האינטרסים שלהם.

44 גם אם בסופו של דבר נדחה את הטיעון המצדד באפשרות הבחירה בשם טובת הילד, ראוי לעמוד בקצרה על השוני בין מקומו של טיעון זה בהקשרנו לבין מקומו בהקשר של בחירת העובר מטעמים רפואיים. בהתעלם מן הקושי הלוגי שהוצג לעיל, שלפיו כמעט לעולם (ובחריג אפשרי של חולי רפואי אנוש) טוב לילד שנולד משלא היה נולד, קשה לומר שעצם בחירת ההורים במינו של הילד (להבדיל מבחירה שבאה להבטיח את בריאותו) משפרת כשלעצמה את איכות חייו. ביחס לבריאותו ניתן להניח כהנחה שבעובדה, אשר אינה שנויה כמעט במחלוקת, כי יש בבחירה שתוביל להולדתו של הילד הבריא ביותר כדי להיטיב עימו. טוב לו לילד שיהיה בריא מאשר חולה, אף אם מדובר במחלה חולפת או בת-טיפול. מאידך גיסא, בחירה במין זה או אחר אינה מכתובה (אלא במצבים חריגים או בחברות שבהן מצבן של הנשים קשה במיוחד) את איכות חייו של אדם על סקלה קבועה. לרוב אי-אפשר לומר באופן קטגורי כי עדיף להיות בן, ולא בת (או להפך). זאת, להבדיל מן העדיפות הברורה הצומחת מהיות אדם בריא, ולא חולה.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

בפרט כאשר נולד (בשגגה) בניגוד לבחירת הוריו, קרי, כאשר חרף האמצעים שנקטו הוא משתייך למין שאינו רצוי להם.

לסיכום הטיעונים התומכים בהתרת בחירה של מין העובר, ניתן לומר כי הרצון להבטיח את הבחירה ניתן לעיגון בתשתית עיונית ומשפטית המתמקדת בעיקרה בחירות הפרט לעצב את חייו כרצונו ובחתיירה להגשמה עצמית. בפרק הבא אפנה לבחון את השיקולים הקוראים למניעת הבחירה, ואציג את עמדתי ביחס לתוקפם ולמשקלם היחסי. בחינת שיקולי-הנגד תאפשר לגבש מסקנה ביחס לגבולות שראוי לקבוע ביחס להתרת הבחירה.

פרק ה: בחירת מין העובר מטעמים חברתיים – החששות הכרוכים בהתרתה

באופן עקרוני, שלילת השימוש באמצעי שיש בו כדי לשפר את איכות חייו של הפרט ולהרחיב את גבולות הבחירה הנתונים לו מחייבת הצדקה. ההצדקה האמורה מתגלמת במגוון רחב של טיעונים המועלים בספרות לתמיכה בעמדה המבקשת למנוע את הבחירה האמורה.⁴⁵ הטיעונים המושמעים לשלילת אפשרות הבחירה – ביניהם שיקולים אתיים, דתיים, חברתיים, בריאותיים וכלכליים – מגלמים חששות שחלקם תיאורטיים ורחוקים וחלקם קונקרטיים ומיידיים. כפי שנראה לאורך חלק זה, לא כל טיעון שמקובל להשמיע בהקשר זה משכנע או רלוונטי לכל שיטה שבה נשקלת התרת הבחירה. רובם רלוונטיים לכל סוגי הבחירות שיבקשו הורים לקבל ביחס לילדיהם העתידיים, ואחרים נוגעים בבחירת מינו בלבד. השיקולים ותוקפם ייבחנו להלן בפירוט.

חלק מהטיעונים שחוזרים ועולים בספרות נגד התרת הבחירה אינם משכנעים בעיניי.

45 זו העמדה השלטת בספרות שנכתבה בנושא, והיא מאפיינת את רוב השיטות שהסדירו את הדברים בחוק, ביניהן אנגליה, גרמניה ואיטליה. ברי כי מדינות שבחרו להימנע מהסדרה, ובראשן ארצות-הברית, התירו למעשה את בחירת מין העובר גם מטעמים חברתיים, לפחות ככל שהדבר מתאפשר במסגרת מרפאות פרטיות. על הדין בארצות-הברית ובאירופה ראו Aaron R. Fahrenkrog, *A Comparison of International*; 1181 בעמ' 9, *Vacco Regulation of Preimplantation Genetic Diagnosis and a Regulatory Suggestion for the United States*, 15 *TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS.* 757 (2006); Giuseppe Benagiano & Luca Gianaroli, *The New Italian IVF Legislation*, 9 *REPRODUCTIVE BIOMEDICINE ONLINE* 117 (2004); John A. Robertson, *Protecting Embryos and Burdening Women: Assisted Reproduction in Italy*, 19 *HUMAN REPRODUCTION* 1693 (2004); U. Meister, C. Finck, Y. Stöbel-Richter, G. Schmutzer and E. Brähler, *Knowledge and Attitudes Towards Preimplantation Genetic Diagnosis in Germany*, 20 *HUMAN REPRODUCTION* 231 (2005) www.hfea.gov.uk; www.bionews.org.uk; www.ethikrat.org; כמו-כן עיינו; www.asrm.org.

טיעונים המובאים בשם הדת או עקרונות המוסר מתחלקים לשני סוגים. האחד נוגע במוכן המטפיו של תהליך ההולדה, ומשקיף על בחירת מין העובר כעל התערבות מלאכותית ולא-לגיטימית במעשה הבריאה.⁴⁶ סוג זה של טיעונים מעלה הסתייגות מעצם הבחירה, ללא קשר לדרך מימושה.⁴⁷ ההיבט הדתי הכרוך בשאלה המטפיו של התערבות במעשה הבריאה אינו נטול צדדים מוסריים כלליים הנוגעים בגבולות ההתערבות הרפואית. על-פי עמדה זו, יש מקום להגביל את ההתערבות הרפואית ככל שאין בה תועלת לבריאותם של הפרט או הציבור. היבט מוסרי זה נוגע בגבולות תפקידו של הרופא, ומבקש לתחום אותם בטיפול הנדרש לצרכים בריאותיים או רפואיים מסורתיים.⁴⁸

סוג הטיעונים האחר נוגע בפרוצדורה של הבחירה ובתוצאותיה הנלוות. טיעונים אלה עשויים להשתנות בהתאם לאמצעי המשמש להגשמת הבחירה של מין העובר – פְּרִירַת ביציות מופרות או מיון תאי זרע⁴⁹ – ובהתאם לשימוש שנעשה בעודפים של תאי הזרע או הביציות לאחר השלמת הפרוצדורה.⁵⁰ ככל שמדובר באבחון טרום-השרשתי, ההתנגדות מתרכזת בפגיעה שהוא גורם לביציות המופרות. הליך הבחירה כרוך לעיתים בהשמדת ביציות מופרות עודפות אשר אינן עומדות בתנאי הבחירה ולפיכך אינן מותרות לגוף האדם. הביציות המופרות העודפות (המכונות "עופרים" או "קדם עופרים" על-ידי אלה המבקשים לספק להן הגנה מוגברת), שאינן עומדות בסיווג המיני הרצוי, נותרות בהקפאה ללא שימוש, מושמדות בצורה יזומה או מועברות למחקר, אם כי הן עשויות עקרונית להימסר גם כתרומה לצורכי פרויקט. בנסיבות אלה, מי שמאמין בקדושתן ורואה בהן את ראשית החיים עשוי להעלות התנגדות נחרצת לבחירה. התנגדות זו עשויה לפחות כאשר בחירת מין היילוד מושגת באמצעות הזרעה מלאכותית ומבלי להיזקק להפריה חוץ-גופית, שכן קדושתו של תא המין הראשוני (תא הזרע בהקשר זה) קטנה מזו של הביצית המופרית, ופוטנציאל החיים הטמון בו מצומצם יותר.

לדתות השונות יש השקפות שונות ביחס למועד המציין את תחילת החיים וביחס למידת הקדושה המיוחסת לחומרים המרכיבים את נקודת-הציון האמורה. היהדות אומנם אוסרת השחתת זרע,⁵¹ אולם מתירה את הוצאתו לצורכי רבייה, ובכל מקרה אינה רואה בזרע ואף

46 לטיעון זה בהקשרים קרובים ראו דוד הד "בני אדם 'על פי הזמנה'" הריון מסוג אחר 219, 221 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996); שרון בסן "השלכות עתידיות של התערבות גנטית בתאי נבט – היבטים מוסריים" רפואה ומשפט 18, 23, 24 (1998); אבינועם בן-זאב "מה שניתן לתקן בטבע ראוי שיתוקן" הריון מסוג אחר 233, 234–236 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996).

47 David Heyd, *Male or Female, We will Create Them: The Ethics of Sex Selection for Non-Medical Reasons*, 10 ETHICAL PERSPECTIVE 204, 205 (2003).

48 שם, בעמ' 208.

49 על סוגי האמצעים לבחירת מין העובר ועל ההבדל ביניהם ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 3 ואילך.

50 Heyd, לעיל ה"ש 47, בעמ' 206–207.

51 הרב שלמה יוסף זיון, 'השחתת זרע', אנציקלופדיה תלמודית, יא, עמ' קכט; אברהם שטיינברג, 'דיני השחתת זרע האיש', אנציקלופדיה הלכתית רפואית, ב, עמ' 407–423.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

לא בביצית המופרית את ראשית החיים, ולפיכך סלחנית יותר בהתייחסותה להשמדתם.⁵² עמדה אחרת, דוגמת זו המאפיינת את הכנסייה הקתולית, עשויה להערים קשיים רבים יותר בפני הליך הכרוך באבחון מין באמצעות הפריה חוץ-גופית. לפי שיטה זו, הסוברת כי הביצית המופרית מהווה קדם-עובר הזכאי להגנה על החיים, בחירת מין העובר באמצעות אבחון טרום-השרשתי, אשר תוצאתה המסתברת היא השמדת ביציות מופרות שאינן מן המין המבוקש, פסולה מכל וכל.⁵³ עם זאת, נראה כי אפילו היהדות, המקפידה פחות על שמירתם של תאי הזרע והביצית, תתנגד לרוב להליך שיוביל להשמדת ביציות מופרות עודפות רק במטרה להבטיח את מין העובר.⁵⁴

טיעון מרכזי אחר המושמע נגד התרת בחירה של מין העובר, ואשר עלה בדיון שהובא לעיל בשאלת המוטיווציה של הורים לבחור את מינו של ילדם, נוגע בהשפעתה של התרת הבחירה על מאזן המינים באוכלוסייה. טיעון זה חובר לחששות שונים הכרוכים במעשה הבחירה ובעיקר בהשלכותיו לטווח ארוך. ברי כי השפעותיו של מעשה יחיד של בחירה הן שוליות. עם זאת, ההשפעות הפוטנציאליות הגלומות בהיתר גורף אינן ידועות. היתר לבחירה שיוכנס לשימוש על רקע חברתי-תרבותי המקנה עדיפות לבני המין האחד (זכרים לרוב) עלול ליצור שינוי מהותי במציאות ואף להיות בעייתי מבחינה רעיונית. שימוש ניכר באפשרות הבחירה תוך מתן עדיפות מובהקת לבני המין האחד עלול להשפיע על המאזן הדמוגרפי, פשוטו כמשמעו.⁵⁵ כך, מנסיונן של מדינות מזרח אסיה

52 לעמדת ההלכה ביחס להיבטים שונים הכרוכים במיון של ביציות מופרות ראו אברהם שטיינברג, 'הפריה חוץ גופית', אנציקלופדיה הלכתית רפואית, ב, עמ' 115, 140, 143; משה דרורי "ההנדסה הגנטית: עיון ראשוני בהיבטים המשפטיים וההלכתיים" תחומין א 280 (התש"מ); יוסי גרין הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה 58-60 (1995); שלמה דיכובסקי "ברירה טרום-עוברית ומעמדו של קדם-עובר" אסיא עז-עז 73, 74 (2006); אברהם שטיינברג "בחירת מין העובר" אסיא עז-עז 76-80 (2006); Richard V. Grazi & Joel B. Wolowelsky, *Genetic Screening and Preimplantation Sex Selection in Halakha*, 36 LE'ELA (1993) www.daat.ac.il/daat/english/ethic/genetic_1.htm.

53 ראו והשוו Robertson, לעיל ה"ש 9, בעמ' 465; Liao, לעיל ה"ש 5, בעמ' 116; Judith F. Daar, *ART and the Search for Perfectionism: On Selecting Gender, Genes, and Gametes*, 9 J. GENDER RACE & JUST. 241, 252 (2005); Sherylynn Fiandaca, *In Vitro Fertilization and Embryos: The Need for International Guidelines*, 8 ALB. L.J. SCI. & TECH. 337, 358-365 (1998); David M. Smolin, *Does Bioethics Provide Answers? Secular and Religious Bioethics and Our Procreative Future*, 35 CUMB. L. REV. 473, 508-513 (2004-2005).

54 לעיל ה"ש 52.

55 לחשש זה ראו Farrell, לעיל ה"ש 13, בעמ' 253; Sonia M. Suter, *Genetics and the Law: The Ethical, Legal, and Social Implications of Genetic Technology and Biomedical Ethics: Sex Selection, Nondirectiveness, and Equality*, 3 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 473 (1996); Rachel E. Remaley, "The Original Sexist Sin": *Regulating Preconception Sex Selection Technology*, 10 HEALTH MATRIX 249, 277-279 (2000).

למדנו כי שימוש באמצעים טכנולוגיים לבחירת מין העובר (על-ידי אבחון אולטרסאונד והפסקות היריון מלאכותיות) אכן השפיע באופן משמעותי על מאזן המינים באוכלוסייה. אולם אפשר שנסיון של מדינות אלה מוביל דווקא למסקנה שונה מזו המתבקשת כביכול באופן אינטואיטיבי ביחס לשאלת אפשר הבחירה. במדינות שבהן ניכר השינוי האמור במאזן המינים, התרחש השינוי עוד בטרם הוכנסו לשימוש אמצעי בחירה קדם-הריוניים. אם כך, המציאות מקדימה את הטכנולוגיה (לפחות את זו שנידונה כאן) ואינה נדרשת לה. בכל הנוגע למדינות המערב, תוקפו של הטיעון המבוסס על החשש להפרת המאזן הדמוגרפי אינו משכנע מסיבה אחרת. כפי שכבר טענתי לעיל, האוכלוסייה במדינות המערב אינה מביעה רצון נלהב לממש את אפשרות הבחירה (לפחות לא באמצעים הקיימים לכך כיום), וגם כאשר מובע רצון כזה, הוא אינו מלמד בהכרח על העדפתם של צאצאים בני המין האחד דווקא, לפחות לא בשיעור שעלול להשפיע באופן מהותי על מאזן המינים.⁵⁶

אף שניתן להניח באופן סביר כי מתן אפשרות הבחירה לא יוביל לשינוי מהותי במאזן המינים באוכלוסיית ישראל, ראוי לברר מה תהיה המסקנה בנסיבות שבהן תלמד המציאות על תוצאה שונה. על-מנת לענות על השאלה האמורה יש לברר מהו הפגם בהעדפה קטגורית של הולדת בנים. הפן המעשי והפן הרעיוני כרוכים בהקשר זה יחדיו. הבחירה בזכרים משקפת את העדיפות המוקנית להם בחברה. היתר לבחירה (שיוביל להעדפת זכרים) יש בו כדי להעניק לגיטימציה להעדפה זו, ואף לקבע אותה ולחזקה. כביכול, ניתן לתמוה כיצד בחירה שתשנה את המאזן הדמוגרפי תשעתק את מבנה הכוח הקיים. האם התוצאה המסתברת אינה הפוכה? ההיגיון מחייב, כביכול, כי ירידה ניכרת בשיעור הנשים תוביל להעלאת כוחן היחסי, שהרי "חסר" אמור להוביל ל"עליית ערך".⁵⁷ אולם הלוגיקה התקפה להשלכות של מחסור על מצבו של מוצר בתנאי שוק מסחרי אינה מתאימה בהכרח למצבם של בני-אנוש, ובפרט למצבן הנחות של נשים. המציאות באותן מדינות שבהן נוצר פער מספרי משמעותי בשיוך המיני אינה מלמדת על שיפור במצבן של נשים, ואפשר שחלה אף הרעה במצבן. "חוסר" בנשים על רקע מציאות חברתית מקפחת כרוך בפגיעות אופייניות – הוא עלול להוריד עוד יותר את גיל הנישואים ולהגביר את האלימות כלפיהן, את הפגיעה המינית בהן ואת מעשי החטיפה, וזאת כדי למלא את צורכי הגברים, שמצאו עצמם נאבקים בינם לבין עצמם על ה"משאב" החסר.⁵⁸ במובן זה יש במתן אפשרות הבחירה כדי להחמיר את נחיתותה של הקבוצה החלשה ממילא – הנשים.⁵⁹

החשש כי התרת הבחירה של מין העובר תוביל להעדפה של בני אחד המינים ובכך תסכן את המאזן הדמוגרפי אינו מחייב בהכרח את שלילת הבחירה. גם תחת שיטה המאפשרת

56 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 16 ואילך.

57 לטיעון זה ולמידת תוקפו ראו והשוו Downing, לעיל ה"ש 16, בעמ' 445-446; Marcia Guttentag & Paul F. Secord, Too Many Women? The Sex Ratio Question (1983).

58 Nicole M. Skalla, *China's One-Child Policy: Illegal Children and the Family Planning Law*, 30 Brooklyn J. Int'l L. 329 (2004).

59 Beijing Declaration and Platform for Action, Fourth World Conference on Women, Sept. 15, 1995, Ch. 4, para. 259, www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/girl.htm.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

בחירה של מין היילוד, ובנסיבות שבהן קיימת עדיפות ברורה לבחירת בני המין האחד, ניתן להבטיח את שימור המאזן באמצעות קביעת תנאים להפעלת מנגנון הבחירה. פרופסור הד, למשל, מציע לקבוע כי הורה שביקש לבחור את מין העובר יידרש להעביר לתרומה את כל הביציות המופרות המשתייכות למין שאינו רצוי לו, או לעצב הסדר המחייב את הקליניקה בשמירה על "איוון בחירות", באופן שעל כל בחירה בעובר ממין זכר תובטח בחירה בעובר ממין נקבה.⁶⁰ אף שהצעות אלה אינן נקיות מקשיים,⁶¹ הן חשובות בשל החלופה שהן משרטטות לעמדה המבקשת לשלול לחלוטין את אפשרות הבחירה.

אף אם ניתן לשלול את ההשלכות המעשיות של התרת הבחירה בנסיבות שבהן אין עדיפות ברורה לבחירת מין זה או אחר, או כאשר ניתן לנטרל את העדיפות באמצעות קביעת תנאים גלויים במסגרת מנגנון הבחירה, מבחינה רעיונית ניתן לטעון כי מתן היתר לבחירת מין העובר עלול להוות סנונית ראשונה לבחירות אחרות שהשלכותיהן אינן קלות-ערך. על-פי טיעון זה, היענות לדרישה לבחירת המין – הווכה באהדה ציבורית מטעמים של תכנון ילודה והבטחת מאזן המינים במשפחה ובשל כך שניתן ממילא לממשה כבר עתה באמצעים אחרים – עלולה להוות צעד ראשון במה שנהוג לכנות "מדרון חלקלק" של תביעות והיתרים שמידת הלגיטימיות שלהם פחותה. התרת הבחירה של מין העובר תכשיר את הדרך, מבחינה תודעתית, לסוגים מגוונים של בחירה בין עוברים, שהרי אם בחירת המין מותרת, אזי מדוע לא תותר גם בחירה של המראה החיצוני או רמת המשכל, של הנטייה המינית או המזג האישי, של הכישרון המוזיקלי או הכישרים המתמטיים? נדמה שהחשש הכרוך ביתר סוגי הבחירה נעוץ במשמעות האאוגנית הטמונה בהם. החששות מפני השאיפה להשבתת הגזע (אאוגניקה), שאינם רלוונטיים בהקשר של בחירת מין העובר, יתעוררו בעתיד – עם השתכללותם של אמצעי האבחון והעמקת המידע הגנטי – כאשר תתבקש כמו מאליה הבטחת הולדתו של צאצא "מוצלח יותר". יש לציין כי גם אם אין בבחירות אלה כדי להוות התערבות פוזיטיבית בגנום האנושי (שהרי מדובר בבחירה בין עוברים שהושגו בהליך של הפריה טבעית, ולא בעיצוב מאפייניו הגנטיים של עובר על-ידי התערבות או מניפולציה גנטית), יש בכירה מסוג זה כדי להוביל בעקיפין לסוג של השבתת גזע, שהרי רק העוברים "הטובים ביותר" יזכו להגיע לעולם.

הטיעון בדבר "המדרון החלקלק", הרווח בכתביה המבקשת לתחום את גבולות המותר והאסור ביחס לשימושים טכנולוגיים ומדעיים, אינו משכנע בעיניי.⁶² הצורך לאסור שימוש

60 Heyd, לעיל ה"ש 47, בעמ' 209.

61 קשה להתעלם מן המעמסה הכרוכה בהסדר המטיל על הורים חובה למסור את "שארית" ביציותיהם המופרות לתרומה לצורכי הולדה, וניתן אף לפקפק בלגיטימיות של הסדר כזה. אף שהסדר כזה עשוי לענות גם על הביקורת המושמעת מצד אלה המבקשים להגן על עודפי הביציות המופרות מפני השמדה בשל מעמדן כעוברים אנושיים (יהיו אלה זכרים או נקבות), הדרישה להעבירן והאפשרות שייולדו לתורמים ילדים גנטיים שיטופלו על-ידי הורים אחרים אינה קלת-ערך.

62 לטיעון בדבר "המדרון החלקלק" בהקשר זה ובהקשרים אחרים ראו דוד הד אתיקה ורפואה 67-68 (1989); ליאון קאס "השיבוט ועתיד האנושות" תכלת 12, 25, 38-39 (2002); לנדאו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 80-81; שמואל ילינק "המדרון החלקלק: מציאות או דמיון"

מסוים בפיתוח טכנולוגי, שימוש שפגיעתו האישית או השלכותיו החברתיות קשות, אינו מצדיק איסור שימוש אחר, שאינו כרוך בפגיעה האמורה. אף אם יש טעם להציב את השימושים השונים על סולם מתמשך של דרגות חומרה, אין בעיניי סיבה משכנעת לאסור שימוש מסוים, אשר אינו כרוך בפגיעה שראוי למונעה, רק משום שבהמשכו של אותו סולם קבועה פרקטיקה שראוי להימנע ממנה, שהרי ניתן להסתפק במניעתה של האחרונה. מכאן שיש למנוע את בחירת מין העובר רק אם היא עצמה אינה ראויה. אולם כפי שיוסבר מאוחר יותר, מידת הלגיטימיות (או נכון יותר – מידת אי-הלגיטימיות) של בחירת מין העובר דומה בעיניי לזו הנוגעת בבחירת מאפיינים אחרים של העובר.

טיעון אחר המבקש לשלול את התרת הפרקטיקה האמורה נעוץ במקומו של עקרון השוויון ובשאיפה להבטיח צדק חברתי. ככל שתותר בחירה של מין העובר, ובפרט אם היא תיגזר מן הזכות להורות ולתכנן המשפחה, יהיה אפשר לטעון כי היא ראויה להגשמה באמצעות מימון ציבורי. ברור כי מתן אפשרות לבחירת מין העובר מן התקציב הציבורי, המוגבל מטיבו, יפגע ביכולת לספק שירותי בריאות אחרים, שחלקם חשובים ככל הנראה יותר.⁶³ גם ישראל, ככל מדינה, נאלצת להתמודד עם הקשיים הכרוכים בקיומו של תקציב מוגבל. הקצאת המשאבים הקיימים צריכה להיעשות באופן הוגן וסביר, כך שלא תיגרע הרווחה של כלל האוכלוסייה. אף שהקצאתם של משאבים בתנאי מחסור הינה מלאכת מחשבת על-פירוב, נדמה שניתן להסכים בקלות רבה כי הקצאת משאבים לצורך הגשמת היעד האמור (בחירת מין העובר מטעמים חברתיים) על-חשבון שירותי בריאות אחרים (ביניהם חיסונים, תרופות ומגוון של טיפולים רפואיים) אינה ראויה, ונוגדת מושכלות יסוד של צדק חברתי.⁶⁴ נדמה שלמדרג האמור – המעדיף מניעת מחלות וטיפול יעיל בהן על מימון טיפולים שיבטיחו להורים הולדת ילד בן המין הרצוי להם – יצטרף רובו המכריע של הציבור.

אולם האם המימון חייב להיעשות מן הקופה הציבורית? מי שמבקש לצדד בבחירה עשוי לטעון כי התרתה אינה מכתיבה את הגשמתה על חשבון הקופה הציבורית דווקא, וכי אפשר שהתשלום יוטל על כתפיהם של מי שמבקשים לעשות בה שימוש במישרין.⁶⁵ בנסיבות אלה ניתן להשמיע טענה אחרת בשם עקרון השוויון. עלותה של הפרוצדורה הכרוכה בבחירת מין העובר אינה מבוטלת, ולא תתאפשר למי שהממון אינו מצוי בכיסו.⁶⁶ בנסיבות אלה אפשר

זמן הרפואה (19)2 (2005) 50; Julian Savulescu & Edgar Dahl, *Sex Selection and Preimplantation Diagnosis: A Response to the Ethics Committee of the American Society of Reproductive Medicine*, 15 HUMAN REPRODUCTION 1879 (2000); Heyd, לעיל ה"ש 47, בעמ' 204.

63 על שיקולים של צדק ושוויון בחלוקת תקציב הבריאות ראו באופן כללי כרמל שלו "מה לי ולגלובליזציה: בריאות" נגה 41, 35 (2002); כרמל שלו "ביטוח בריאות ממלכתי: עדכון סל השירותים הבסיסי" רפואה ומשפט גליון היובל (25) 190 (2001); כרמל שלו "זכויות בריאות" דילמות באתיקה רפואית 37 (2002).

64 לנדאו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 81.

65 Savulescu & Dahl, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1879.

66 בישראל עלות הטיפול מוערכת בכ- 20,000 ש"ח, ובארצות-הברית היא מגיעה לכדי 10,000

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

לטעון שעקרון השוויון מכתוב מניעה מוחלטת של השימוש באמצעי האמור. לגיטימי, גם טיעון זה אינו משכנע. בחירת מין העובר מטעמים חברתיים אינה בגדר פרוצדורה שיש הכרח כי תהיה פתוחה לפני הכל, בהנחה שהיא פתוחה בכלל לשימוש. מניעתה מבני קבוצה אחת לא תיצור הבחנה או הבדל מהותי בין הקבוצות העולה כדי הפליה פסולה. בדומה לניתוחים פלסטיים לצרכים קוסמטיים, שהגישה אליהם פתוחה כבר כיום רק לבעלי ממון, אין מדובר בפרוצדורה בעלת חשיבות רפואית של ממש, ואין הכרח מוסרי להבטיח ביחס אליה גישה שווה לכל. להבדיל מבחירת עוברים על רקע מאפיינים בריאותיים או אף על רקע כישורים אישיים, אין מדובר בהליך שהשימוש בו עלול ליצור פער בין הקבוצות ולהפוך את הקבוצה המועדפת מבחינה כלכלית גם לקבוצה מושבחת מבחינה גנטית.⁶⁷ מכאן שככל שמדובר בבחירת מין היילוד, אשר השלכותיה על עיצוב הקבוצה מוגבלות, קשה לטעון באופן משכנע נגד הגשתה באמצעות מקורות מימון אישיים. השיקול שיוצג מייד, המצביע על הסיכונים הבריאותיים הכרוכים בפרוצדורה האמורה, אינו משנה את מסקנתי לעניין שאלת המימון. נהפוך הוא, אם שוכנענו כי בפרוצדורה המאפשרת בחירה של מין העובר גלום יותר נזק רפואי מאשר תועלת, אזי ההצדקה להתיר אותו במימון ציבורי נחלשת עוד יותר.

מבין מגוון השיקולים שניתן להציג נגד התרת הבחירה, אחד השיקולים המשכנעים יותר הוא השיקול הבריאותי, בפרט זה הנוגע בבריאותה של האישה. כפי שהוסבר, ודאות בבחירת מין העובר מושגת, בשלב זה, רק על-ידי אבחון טרום-השרשתי, אשר מחייב הפריה חוץ-גופית. גם חלק מן השיטות הממיינות את תאי הזרע על-פי "שיוכם המיני" מחייבות בסופו של דבר שימוש בהפריה חוץ-גופית לצורך השגת היריון, וזאת לנוכח מיעוט תאי הזרע הראויים להזרעה שנתורים בתום תהליך המיון. הפריה חוץ-גופית הינה פרוצדורה שאינה נקיייה מסיכונים רפואיים. אישה שעוברת הפריה חוץ-גופית נדרשת לעבור טיפול הורמונלי, שהשלכותיו העתידיות על בריאותה אינן ברורות, ולאחריו פרוצדורה פולשנית של שאיבת ביציות הנעשית בהרדמה. כבר כיום ידוע כי לטיפול ההורמונלי עלולות להיות השלכות בריאותיות מיידיות, ואפילו השלכות קטלניות, אם כי במקרים נדירים ביותר. שיעור ההצלחה של הטיפולים אינו גבוה, והשגת היריון מצריכה לא פעם כמה וכמה החזרות. לאחר שימוש בכל הביציות התקינות שהופקו בשאיבה הראשונה, האישה נדרשת לעבור שוב טיפול הורמונלי ושאובת ביציות עד להשגת היריון, המושג לעיתים (אם בכלל) רק לאחר כמה מחזורי טיפול.⁶⁸

עד 17,500 דולר. בהקשר זה ראו Vacco, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1189, הערת-שוליים 57; DEBORA L. SPAR, THE BABY BUSINESS: HOW MONEY, SCIENCE AND POLITICS DRIVE THE COMMERCE OF CONCEPTION 53, 63 (2006).

67 לטיעון המבקש להתנגד לבחירת עוברים, בין היתר בשל החשש מפני "מדרג גנטי", ראו: FRANCIS FUKUYAMA, OUR POSTHUMAN FUTURE: CONSEQUENCES OF THE BIOTECHNOLOGY REVOLUTION 218 (2002).

68 לסקירת חלק מן הסיכונים ולהצגת סימני שאלה לגבי אחרים, ראו והשוו שטינברג, לעיל ה"ש 52, בעמ' 77-78; יורם אברהמוב "תסמונת גריית-היתר של השחלות" הרפואה 140, 323 Reija Klemetti, Tiina Sevon, Mika Gissler & Elina Hemminki, *Complications*; (2001)

גם השלכותיה של הפרוצדורה האמורה על הילד העתידי טרם התבררו עד תום. מן המחקרים שפורסמו בשנים האחרונות עולה כי חלה עלייה בסיכון למומים מלידה אצל ילדים שנולדו כתוצאה מהפרייה חוץ-גופית. על-פי המחקר הקיים, לא כל הסיכונים לעובר קשורים למאפייני האוכלוסייה הנעזרת בהולדה מלאכותית (כגון נשים מבוגרות יותר בממוצע) או למאפייני ההיריון (כגון היותו מרובה עוברים בשיעור גבוה יותר), אלא חלקם נעוצים ככל הנראה בטכניקת ההפרייה המלאכותית עצמה.⁶⁹ אם בטיפולים הכרוכים באבחון מין היילוד אכן גלומה סכנה לפגיעה בילד העתיד להיוולד, אזי יש בכך משום הצדקה למניעתם. עם זאת, אין בטיעון זה כדי לסתום את הגולל על הליך הבחירה, באשר עצם אבחון הביצית (בהליך של PGD או בהליך דומה לו) אינו פוגע ככל הנראה בעובר (על-פי הדיווחים הקיימים כיום). לפיכך, ככל שהפרייה חוץ-גופית נעשית ממילא מטעמים אחרים (ומוצדקים), אין בטיעון הבריאותי כדי למנוע את ההליך הנוסף של אבחון מין העובר. עם זאת, אם יתברר כי יש ממש בהשערה שהועלתה לאחרונה, ואשר טרם אוששה, כי לפרוצדורה האבחונית יש השפעה על קליטת ההיריון, יהא עלינו להביא בחשבון גורם זה ככל שמדובר בהגנה על בריאות האישה וגופה, שהרי כתוצאה ממנו היא עלולה להידרש למספר רב יותר של טיפולי הפרייה.⁷⁰

לכאורה, ככל שמדובר בפגיעה באישה, ניתן לטעון כי גם אם יש לטכניקות האמורות השפעה לרעה על בריאותה, ראוי להותיר לבחירתה את ההחלטה אם לעשות בהן שימוש אם לאו. אולם סבורתני כי בדומה למצב ככל שמדובר בטיפולי פרייה בכלל, גם בהקשר זה קשה לדבר על "בחירה חופשית ומלאה" של האישה. החשש הוא שנשים נדחפות או נדחקות לטיפולים אלה בשל לחצים משפחתיים-חברתיים, והטענה היא כי אין זה ראוי להעמידן מול ההכרח לבחור.⁷¹ במובן זה ניתן להעלות את החשש שמא מתן אפשרות בחירה

of IVF and Ovulation Induction, 20 HUMAN REPRODUCTION 3293 (2005); H. Klip, F.E. van Leeuwen, R. Schats & C.W. Burger, *Risk of Benign Gynaecological Diseases and Hormonal Disorders According to Responsiveness to Ovarian Stimulation in IVF: A Follow-up Study of 8714 Women*, 18 HUMAN REPRODUCTION 1951 (2003)

69 לסיכום המחקר בסוגיה זו ראו אורי הלמן ויעקב בנטוב "הסיכון למומים מלידה בילדים שנולדו לאחר טיפולי הפרייה חוץ גופית" הרפואה 144, 852 (2005). לסקירה הגורסת כי עיקר העלייה בשיעור המומים נעוצה בגורמים הוריים, ולא בטכניקה עצמה, ראו טל עימבר, אבי צפריר, אחינועם לב-שגיא, אריה הורביץ, נרי לאופר וחננאל הולצר "טכנולוגיות הפרייה מלאכותית – האם הן מעלות סיכון לעוברים פגועים?" הרפואה 145, 223 (2006). כן ראו שטינברג, לעיל ה"ש 52, בעמ' 78–80.

70 ההשערה האמורה הוצגה בכנס שנערך בחיפה, ביום 7.2.2006, מטעם היחידה לגנטיקה, אתיקה ומשפט, המרכז הבינלאומי לבריאות, משפט ואתיקה שליד אוניברסיטת חיפה. כותרת הכנס הייתה "איזה מין בחירה?". ראו: www.law.haifa.ac.il/events/events_index.asp?a=1; www.law.haifa.ac.il/events/events_index.asp?a=1&pos=&fname=&fType=evtdet&eid=144&lang=heb&show=2

71 על הלחץ שנשים נתונות בו בהקשר של טיפולי פרייה בכלל, ראו: SUSAN MARTHA KAHN, *REPRODUCING JEWS: A CULTURAL ACCOUNT OF ASSISTED CONCEPTION IN ISRAEL* (2000); GENA COREA, *THE MOTHER MACHINE: REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES FROM ARTIFICIAL*

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

לא רק לא יקל את הלחץ המשפחתי-החברתי המופעל על נשים להביא לעולם ילד ממין מסוים, אלא אף יגביר אותו. מרגע שתותר הבחירה, בן-זוג שיבקש להבטיח הולדת ילד בן המין האחד עלול ללחוץ על בת-זוגו להגשים את משאלתו, אפילו במחיר טיפולים שתצטרך לעבור. נראה לי כי לחצים תוך-משפחתיים מסוג זה אינם ניתנים לוויסות אלא על-ידי מניעת השימוש באמצעים אלה כליל. כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי הפעלת לחץ לעשות שימוש באבחון קדם-הריוני לבחירת מין העובר עדיפה על לחץ להביא לעולם ילדים נוספים מתוך רצון לייצוג המין המבוקש, ואף על לחץ לבצע הפסקות הריון כאשר התברר כי האישה נושאת עובר מן המין הלא-רצוי. הכרעה ביחס לעדיפות האמורה אינה אפשרית בשלב זה, שכן בהעדר בסיס-נתונים אי-אפשר לדעת כיצד התרת הבחירה של מין העובר תשפיע על מארג הלחצים הקיים ממילא, קרי, על הלחץ התוך-משפחתי ועל זה החיצוני, הגלום במאפייניהן של החברה והתרבות המקומיות. חשוב עם זאת לציין כי אף אם יתברר שהתרת בחירה של מין היילוד תגביר את הלחץ המופעל על נשים לפעול להולדת בן המין הרצוי, נקיטת עמדה הקוראת למניעת בחירה מתוך הגנה על האישה אינה נקייה אף היא מפגיעה בנשים, בהפעילה קנה-מידה גורף ופטרנליסטי.

פרק ו: כבוד, אחריות ויחסי משפחה – ההצדקה למניעת בחירה של מין העובר מטעמים חברתיים

מסקירת שיקולי-הנגד עד כה הצטיירה תמונה שיש בה אך בקושי כדי להצדיק את מניעת אפשרות הבחירה. רוב השיקולים נמצאו בלתי-משכנעים או שתוקפם במציאות הישראלית הוטל בספק, אולם נדמה לי כי טיעון אחד יש בו כדי לשנות את המסקנה האמורה. אפשר כי במתן אפשרות הבחירה כרוך פגם יסודי כבד-משקל: למתן חירות בחירה בנוגע לפרופיל הגנטי של הילד עלולה להתלוות פגיעה ביחסי המשפחה. אף אם התרחשותה לא תהיה מיידית או ישירה, השלכותיה על אחד מנדבכיה של המשפחה – יחסי הורה-ילד – עלולות להיות משמעותיות.⁷²

יחסי הורה-ילד, כפי שמקובל להבינם כיום, הינם יחסים ייחודיים. ביסוד יחסים אלה ניצבת הנחה של קבלה ללא תנאי.⁷³ הורה מצופה לטפל בילדו ולדאוג לו, יהיה אשר

INSEMINATION TO ARTIFICIAL WOMBS 272–324 (1985); Margaret J. Radin, *Market-Inalienability*, 100 HARV. L. REV. 1849 (1987); Elizabeth Bartholet, *Beyond Biology:*

The Politics of Adoption and Reproduction, 2 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 5 (1995)

72 להרהורים ראשונים ברוח זו ראו שמגר, לעיל ה"ש 40; שלו "מה לי ולגלובליזציה: בריאות",

לעיל ה"ש 63, בעמ' 35; שלו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 98–99; קאס, לעיל ה"ש 62, בעמ'

Remaley; לעיל ה"ש 55, בעמ' 270–271.

73 Guido Pennings, *The Right to Choose Your Donor: A Step Towards Commercialization*

or a Step Towards Empowering the Patient? 15 HUMAN REPRODUCTION 508 (2000)

יהיה ויקרה אשר יקרה. ילד שהולדתו אינה רצויה, ילד חולה, ילד פגוע, ילד שאינו עומד בסטנדרטים שהציבו הוריו – כל אלה מצופה שיקבלו טיפול מסור ויחס שווה-ערך. בנסיבות יוצאות-דופן הדין מאפשר להשתחרר ממעמד של הורות, על-דרך של ניתוק הקשר המשפטי ומסירה לאימוץ, אך הדבר מתאפשר עקרונית רק כאשר הובהר כי הדבר לטובת הילד ונמצא הורה אחר שמוכן ויכול למלא את התפקיד ההורי הטיפולי.⁷⁴ כך או כך, מדובר במהלך חריג ויוצא-דופן מבחינה משפטית ומבחינה חברתית כאחד.

ברי כי המשפט אינו מסוגל להבטיח יחסי משפחה אידיאליים. המשפט, על מכלול תצורותיו, אינו אוהז ביכולת לכפות רגש של אהבה או להבטיח חום אנושי. עם זאת, הוראות הדין מסוגלות לתרום את תרומתן הצנועה ליצירת התנאים לצמיחתם של יחסים אלה, ליטול חלק בעיצוב הרקע או האווירה שעל בסיסם ירקמו בני המשפחה את יחסיהם, ולוודא כי אין בהם כדי לפגוע בפוטנציאל לרקימת יחסים אלה. כפי שטענתי בהרחבה במקום אחר, הוראות דין המעוצבות תוך תשומת-לב לחוויה האישית והמשפחתית עשויות למנוע – או לכל-הפחות למתן – קונפליקטים המתעוררים בזירה המשפחתית.⁷⁵ עיצוב לא-רגיש של הדין (הן מבחינת תוכנו המהותי והן מבחינת סדרי הדין) עלול לתרום להסלמת קונפליקטים קיימים.

גם בהקשרנו יש למשפט מקום בעיצובם של יחסי ההורות ומאפייניהם המצופים. להערכתי, הימנעות הדין מרגולציה, ובוודאי קביעת היתר לשימוש בטכניקה האמורה, עלולות ליטול חלק בקיבוע העמדה התרבותית-החברתית שלפיה הורה "זכאי" לילד על-פי הזמנה ובהתאם לפרופיל שיכתיב. הסדר שיאפשר בחירה בין עוברים על-פי מאפייניהם החיצוניים או האישיותיים (העתידיים) – מאפיינים החורגים מבריאותם התקינה – יוביל להשרשת תפיסה הקושרת בין הזכות להורות לבין הזכות להורות מסוימת – הורות ביחס לילד פלוני בעל פרופיל גנטי נבחר ומוקפד. החשש הוא כי בנסיבות אלה ינבטו רגשות אהבה, סיפוק וקורת-רוח (רק או בעיקר) לנוכח מילוי הדרישות שהוכתבו – הן הדרישות המשתקפות בפרופיל הגנטי של הילד והן אלה המשתקפות בעולם המעשה, קרי, באופן שבו הילד מתנהל במציאות חייו.⁷⁶ בנסיבות שבהן לא תתמלא הציפייה מן הילד, יחוש ההורה מרומה, והוא עלול להפנות רגשות של כעס, אכזבה ותסכול כלפי ילדו, אשר לא עמד במצופה ממנו.⁷⁷ בנסיבות שבהן לא יתמלאו הדרישות שהציבו ההורים מצאצאם, תתגבש אולי אף תביעה להשתחררות מן המחויבויות ההוריות ולניתוק הקשר עם הילד מצד הורה. על רקע זה הקשר ההורי נהפך למותנה ולאינסטרומנטלי. ברי כי התיאור האמור מוקצן,

74 באופן התואם אף הוא את הבנתנו ביחס ליחסי הורים-ילדים, קרי, ככאלה המגלמים אחריות ללא תנאי מצד הורה כלפי ילדו.

75 רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה – מספר הערות על דאגה וצדק", משפט, חברה ותרבות: "נפלאו ממני" – משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

76 כך, למשל, עובר שנבחר להיות ילדה יתקבל על-ידי הוריו בשמחה אם אכן ייוולד כילדה ואם עמד בצפייה המשפחתית-חברתית ומימש "את מאפייניו כילדה", יהיו מאפיינים אלה אשר יהיו – מראה חיצוני, תכונות אופי, התנהגות או נטיית-לב.

77 ראו Farrell, לעיל ה"ש 13, בעמ' 275.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

וכי ברוב המקרים לא תועלה תביעה לניתוק הקשר. עם זאת, שינוי הדין באופן שיאפשר בחירה עלול לזרז לכרסם באופן הדרגתי בתפיסת מערכת היחסים בין ההורה לילד כמערכת המושתתת על אחריות מוחלטת ובלתי-מותנית של ההורה כלפי ילדו. שינוי הדין עומד אם כן בניגוד לשאיפה לשמירת יחסי המשפחה כיחסים קרובים המגלמים דאגה, טיפוח ואחריות ארוכת-טווח. ביחסים אלה אין מקום לקני-מידה מסחריים או לחישובים תועלתניים. עיצוב גנטי על-ידי ברירה גנטית הופכת את זירת היחסים שבין ההורה והילד לזירה שבה הרצון הטוב, הכוונה והדרך שהילד בוחר לפעול בה מאבדים מחשיבותם ומפנים את הבמה למבחן התוצאה ולספירת ההישגים שהצליח לקצור.⁷⁸ הולדה המשלבת בחירה צפויה להשפיע לא רק על יחסים של ההורים אל ילדם, אלא גם על יחסו של הילד אליהם. ילד שנבחר להיות בעל מאפיינים גנטיים מסוימים (להבדיל מילד שגורלו נחרץ בהליך ברירה טבעי של הולדה) עלול לבוא בטענות אל הוריו על טיב הבחירה שעשו (או זו שממנה נמנעו). ילד כזה עלול לקבול על החלטתם לתחום את מאפייניו הגנטיים בדרך שבה בחרו, לחוש כבול בקביעות שחלקן אינן הפיכות או לחשוש מנטל הציפייה המקופלת בבחירה האמורה.⁷⁹

החשש המתואר, אשר קשה בשלב זה לעגנו במחקרים אמפיריים, כרוך בשינוי המציאות הצפוי להתרחש עם מתן האפשרות לבחירת מין העובר. השינוי האמור, הנובע משינוי תודעתי בהבנת יחסי הורה-ילד, עלול להתרחש לא רק אם וכאשר תיהפך בחירת מין העובר לפרקטיקה מקובלת, אלא גם אם הפרקטיקה לא תופעל בהיקף נרחב אך שימושיה יזכו בנראות ציבורית גבוהה. סביר להניח כי השימוש באפשרות לבחור את מין העובר יזכה בהדים בשיח הציבורי, וזאת על-ידי פרסום חוזר ומובלט באמצעי התקשורת, אשר צפוי להתרחש בשל מידת האטרקטיביות של הנושא. בנסיבות אלה, גם אם לא תיהפך בחירת מין העובר לפרקטיקה שגרתית, קיומה כאפשרות העומדת לשימושם של ההורים עלול ליצור את השינוי התודעתי המתואר.

התמורה שעשויה להתרחש כתוצאה מהשינוי התודעתי האמור, הכרוך בהחדרת הפרקטיקה האמורה לשימוש ובעצם התרתה, אינה רצויה. היא תפגע במה שנתפס כיחסי משפחה רצויים – כאלה היוצרים סביבה המאפשרת קיום בנועם, מפלט מן החוץ, התפתחות אישית ושגשוג רגשי. ברי כי תוצאות אלה סותרות את טובת הילד: התפתחותו של הילד לפרט כשיר מוסרית, בוגר ועצמאי תלויה בטיפול ובדאגה המסופקים לו. אלה מובטחים באופן מיטבי במסגרת יחסי משפחה מטפחים, בסביבה שבה מופעלים סטנדרטים של אינטימיות ואי-אנוכיות.

יש להודות כי כבר כעת לא כל ילד זוכה באהבת הוריו רק מעצם היותו ילדם. אם לבדד את הקושי הרלוונטי להקשרנו, ניתן לחשוש כי כבר כיום יש בין ההורים מי שכורכים את מידת אהבתם לילדם ואת תמיכתם בו למידת הצלחתו במישורים שונים. אפשר שילד "מוצלח" זוכה כבר עתה ביחס מועדף לעומת ילד "כושל" שאינו עומד בשאיפות שהוצבו

78 השוו: Daniel L. Tobey, *What's Really Wrong with Genetic Enhancement: A Second Look at Our Posthuman Future*, 6 YALE J. L. & TECH. 54 (2003).

79 זאת, אף שלו עצמו לא הייתה אפשרות להיוולד אחרת, שהרי אילולא בחרו בו (בשל מאפייניו אלה), אולי לא היה בא לעולם כלל.

על-ידי הוריו. אולם קיומה של רעה אחת אינו מאיץ את הצורך לטפל באחרת. ככל שמדובר בבחירה המוקדמת של מאפייניו הגנטיים של הצאצא (אשר נדמה לי כי היא שונה באופן מהותי מן המאמץ לשפר את הישגיו לאחר שנולד), בכוחו של הדין – בעצם הכרעתו אם להתירה או למונעה – למנוע את החמרת המצב. עד כמה שאפשר ברגולציה עקיפה למנוע פגימה (ואפילו נוספת) ביחסי הורים-ילדים, כן ייטב. מניעת בחירה של מין היילוד (כמו-גם מאפיינים גנטיים-חברתיים אחרים) משרתת לעניות דעתי את התכלית האמורה. הטיעון שהובא לעיל, המתמקד בהשפעה של אפשר הבחירה והגשמתה על יחסיו של הילד עם הוריו, רחב יותר מהטיעון המתמקד בהשפעה של אפשר הבחירה על הילד עצמו או על מעמדו החברתי.⁸⁰ הטיעון האחרון מבקש לשלול את מתן חירות הבחירה מן הטעם שיהיה בה כדי לפגום בילד הן במובן הרעיוני והן במובן התוצאתי – להופכו מתכלית לאמצעי, מישות אנושית ל"מוצר" הנמדד על-פי תכונותיו הגנטיות.⁸¹ במובן זה, מינו של הילד הוא רק אחד מבין מגוון המאפיינים ב"מפרט" שיבקשו הוריו להרכיב מתוך שאיפה למושלמות גנטית או לפחות למקסום מאפייניו על-פי טעמים. ברור שככל שתגבר הדרישה "לספק" את הילד בהתאם לתנאים אלה כן תגבר הציפייה ממנו (ככל שהיא נוגעת במאפייניו הגנטיים ובביטוייהם במציאות קיומו), ותיגרם לו, פוטנציאלית לפחות, פגיעה – הן כאשר עמד בציפייה (כתוצאה מהנטל הרגשי הכרוך בה) ובוודאי כאשר לא עמד בה.⁸² בחירת מין היילוד משקפת – אך גם מובילה – מגמה המדגישה (יתר על המידה) את מקומם של הגנים בעיצובו של הפרט ובעיצוב יחסיו עם אחרים.⁸³ חשוב לציין בהקשר זה כי מניעת בחירה של מין העובר אינה בגדר אמצעי למניעת "מדרון חלקלק", המבטא חשש מפני בחירות שיתאפשרו בעתיד, דוגמת בחירות הנוגעות בכישורי הילד ובתכונותיו. בחירה זו כשלעצמה מעוררת חשש לפגיעה במעמד הילד וביחסיו עם הוריו.

יש להבהיר כי בחירות גנטיות מסוימות הנוגעות בעובר עשויות לא לפגוע ביחסי ההורות. יתר על כן, הן עשויות אף לנבוע מהם. אותה אחריות המצופה מהורה בעיצוב יחסיו עם ילדו מכתובה כי תתאפשר (ואולי אף תתחייב) בחירה הנובעת מחובת הטיפול המסור המוטלת עליו ביחסיו עם ילדו. למשל, בחירת מין העובר מטעמים רפואיים עשויה להיכלל במסגרת חובתו של הורה לפעול באופן סביר למניעת מחלות קשות אצל ילדו.⁸⁴

80 לטיעון זה ראו Robertson, לעיל ה"ש 9, בעמ' 465.

81 לעמדה קיצונית שלפיה מתן פתח לבחירה עלול להוביל לראיית הילד כסוג של נכס (דוגמת בהמה או עבד), הניתן לעיצוב על-פי צורכיהם הכלכליים של הוריו ולשם ניצולו, ראו Norton, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1606.

82 לנדאו, לעיל ה"ש 42, בעמ' 26.

83 להיבט זה ראו באופן כללי: Rochelle Cooper Dreyfuss & Dorothy Nelkin, *The Jurisprudence of Genetics*, 45 VAND. L. REV. 313 (1992); DOROTHY NELKIN & SUSAN M. LINDEE, *THE DNA MYSTIQUE: THE GENE AS A CULTURAL ICON* (1995); GENES AND HUMAN SELF-KNOWLEDGE: HISTORICAL AND PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON MODERN GENETICS (Robert F. Weir, Susan C. Lawrence & Evan Fales eds., 1994).

84 במסגרת רשימה זו לא אוכל לדון בשאלות המורכבות הסובבות נושא זה, כגון מהם סוגי המחלות או הנכויות המצדיקים פעולת מניעה מצד ההורים, מהם האמצעים הסבירים שהורים

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

בניגוד לכך, בחירת מין העובר מטעמים חברתיים לא רק אינה מתחייבת מקנה-מידה של אחריות קונקרטי, אלא גם אינה מקדמת יעד של הורות מסורה ואחראית, ובהסתכלות כללית אף נוגדת אותה שכן היא עלולה כאמור לפגוע בטיב היחסים בין הצדדים. אם מתן חירות הבחירה עלול לפגוע במערכת היחסים בין ההורה לילד, אזי העמדה הגורסת כי אין זה ראוי להתירה מקבלת חיזוק על בסיס תשתית חלופית. כפי שמציע לנו אמנון רייכמן, ניתן – ולשיטתו אף נכון – לפרש את כבוד האדם כמייצג את חברותו של כל אדם בחברה האזרחית.⁸⁵ בחברה זו בני-האדם ממלאים תפקידים מגוונים זה כלפי זה, כגון עובד-מעביד, בני-זוג, ובהקשרנו – הורה-ילד. כבוד האדם, לשיטתו של רייכמן, מובן כ"תביעה ליחס שאינו חורג מההרשות הנובעת מהתפקידים הללו וממערכות היחסים המקימות אותן."⁸⁶ הזכות לכבוד, החולשת הן על יחסיו של הפרט עם הרשות והן על יחסיו של הפרט עם האחר, מכתובה אם כן הענקת אותו יחס המתחייב ממערכת היחסים שהפרט נתון בה.⁸⁷ לפי גישה זו, הסדר שתוכנו פוגע בטיבם של יחסי הורים-ילדים יש בו כדי לפגוע בכבודם של ילדים בדיוק משום שאין הוא מגלם כלפיהם יחס שהם ראויים לו, אלא רואה בהם דבר-מה שמתקיים לצורכי ההורים.⁸⁸ זכותו של הפרט לכבוד (ובהקשר זה זכותו הפוטנציאלית לכבוד, שהרי הילד טרם בא לעולם) עשויה אם כן להטיל על הרשות חובה להתחשב – במסגרת שיקולי המדיניות שהיא שוקלת בבואה להסדיר את התחום – בהשלכות של ההסדר על יחסיו של הפרט עם אחר. קרי, ככל שתחום הפיריון נתון להסדרת הרשות,⁸⁹ מוטלת עליה החובה, בעצבה את ההסדר הנורמטיבי, לתת תוקף לזכותו הפוטנציאלית של היילוד לכבוד, קרי, להגשים את יחסיו עם האחר שעומו ימצא במערכת יחסים, ככל שמערכת יחסים זו רלוונטית להסדר המעוצב. מן האמור עולה כי על הרשות, בעצבה את ההסדר הראוי, לבחור בזה שמבטיח במידת האפשר את הולדת הילד למציאות המגשימה את טובתו ואת זכויותיו, לרבות כבודו. לנוכח הפרשנות האמורה של הזכות לכבוד, ומכוח עיגונה אצלנו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרשות מחויבת לשמר את יחסיו של הילד (כל ילד) עם הוריו. מכאן שאם יש ממש באמור לעיל, והתרת הבחירה של מין העובר עלולה לפגום, לפחות בטווח הארוך, במהותם של יחסי הורה-ילד כיחסים

מחויבים לנקוט כדי למנוע לקויות אלה, וכיצד יש לנהוג כלפי הורה שהפר את חובתו האמורה.

85 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז' 469 (2004).

86 שם, בעמ' 470.

87 יובהר כי מעמדה זו אין נובעת בהכרח תחולת הזכות לכבוד במשפט הפרטי. כפי שיוסבר, הכוונה לחובה המוטלת על הרשות להבטיח את הגשמת זכותו של הפרט לכבוד במסגרת יחסיו עם פרטים אחרים. במובן זה, מדובר בחובה המוטלת על הרשות בפעילותה במסגרת המשפט הציבורי.

88 מבחינה רעיונית, הפגיעה האמורה נוגעת גם בהורים, בהיותם צד ליחסים. ככל שהיבט זה כרוך בטיב היחסים ובמהותם, אין נתונה להם חירות לוותר עליו.

89 ואפשר שמקומה של הזכות לכבוד אף יטיל חובה על הרשות להסדיר את הסוגיה.

המגלמים אחריות ודאגה בלתי-מותנות, אזי הזכות הפוטנציאלית של הילד לכבוד מכתובה הטלת איסור על הבחירה במאפייניו הגנטיים, ובכלל זה במינו.⁹⁰ כנגד הגישה המבקשת למנוע את אפשרות הבחירה של מין העובר בשם הילד, בשם האינטרסים שלו ובשם ההגנה על יחסיו עם הוריו, ניתן לכאורה לטעון כי השיוך המיני אינו כה מהותי בעיצוב זהותו של הילד, וכי בבחירה קלת-ערך כבחירה במין – שיש בה (לפחות בחברות המערב) משום עניין של טעם, ולא עדיפות של מהות או איכות – אין כדי לפגוע במערכת היחסים בין הורים לילדים או במעמדם של כלל הילדים. הטיעון האמור מושתת על ההנחה כי לשיוך המיני אין משמעות מעצבת, וכי הוא מאפיין ניטרלי שאין בו כדי להשפיע מהותית על נתיב חייו של אדם, למעט אולי בכל הנוגע להיבטים הביולוגיים. אולם במציאות של חיינו, אפילו אם נגביל את הדיון לשיטות המערב, הבחירה של מין הילד אינה בחירה שולית או קלת-ערך. השיוך המיני (או כפי שנכון לכנותו בהקשר זה – המגדר) מהווה גם כיום היבט משמעותי בעיצוב חייו של הפרט. לשיוך המגדרי יש השפעות מהותיות – חלקן אפילו בעלות היבטים דטרמיניסטיים – על נתיב חייו של הפרט. למעשה, משמעות זו היא אשר מתמרצת את ההורים לבקש לעצמם את הבחירה האמורה. במובן זה הבחירה במין העובר אינה יוצאת-דופן. ניתן לחשוב על בחירות נוספות שהשפעותיהן על נתיב חייו של אדם משמעותיות. כך בוודאי ניתן לחשוב על בחירה הנוגעת בנטייה המינית של הפרט (עד כמה שהיא ניתנת לעיצוב גנטי) או על בחירות הנוגעות ברמת המשכל ובמוגו האישי. אף בחירות קלות-ערך כביכול הנוגעות במראה החיצוני, כגון גובהו של הילד או צבע שערו תהיה של הילדה, עשויות ליטול חלק של ממש בעיצוב נתיב חייהם, ולו באופן עקיף.⁹¹ אפשר כי אף בחירה שהשלכותיה על הפרט קלות-ערך בלבד (למשל, צורת האצבעות בכף-היד או מבנה הגבה) אינה ראויה בשל אותה פגיעה קונספטואלית ביחסי הורים-ילדים שעלולה לצמוח ממנה. שאלה זו היא תיאורטית מטיבה, שהרי ככל הנראה לא יימצא מי שיהיה מוכן לשאת בנטל הכרוך בהגשמת הבחירה לצורך הבטחת מאפיין נטול חשיבות, ולפיכך נותר אותה פתוחה לעת עתה.

90 אם מקבלים את העמדה שלפיה יש להיתר השפעה מצטברת שעלולה להפוך את הילד לאובייקט – קרי, לחפץ הנתון לעיצובו של ההורה – אזי מתגבשת פגיעה בכבוד האדם על-פי הגישה הקלסית ההולכת בעקבות כתיבתו של קנט. ראו והשוו *Tobey*, לעיל ה"ש 78, בעמ' 54; Roger Brownsword, *Genomic Torts: An Interest in Human Dignity as the Basis for Genomic Torts*, 42 WASHBURN L.J. 413 (2003).

91 ראו, למשל, את הספר העוסק בהשפעות גובהו של אדם על חייו במגוון מישורים: STEPHEN S. HALL, *SIZE MATTERS: HOW HEIGHT AFFECTS THE HEALTH, HAPPINESS, AND SUCCESS OF BOYS — AND THE MEN THEY BECOME* (2006).

פרק ז: סיכום-ביניים – מניעת בחירה של מין העובר מטעמים חברתיים

בסיכומו של דיון נראה כי בחינת מארג הזכויות והאינטרסים מצביעה על העדפת הסדר המונע באופן מוחלט בחירה של מין העובר מטעמים חברתיים. אף שניתן לעגן את האינטרסים הגלומים בהתרת בחירה של מין העובר בתשתית חוקתית ועיונית, האינטרסים הנוגדים – ובפרט אלה של הילד, המהווה צד לכל תהליך של בחירה – מכריעים את הכף לטובת שלילת הבחירה.

הפגיעה הפוטנציאלית בבריאות הנשים ובגופן, הגלומה בהליכים הנלווים לבחירת מין העובר, אינה שוכנת אומנם רק מעצם הטענה כי נתונה להן אפשרות הבחירה המושכלת אם להעמיד את עצמן בסיכונים הכרוכים בתהליך, אולם אין בפגיעה זו כשלעצמה כדי לשאת על כתפיה את איסור הבחירה. אומנם במציאות שבה נשים נתונות בלחצים משפחתיים וחברתיים תמידיים ללדת, הוספת הנטל של בחירת מין העובר עלולה להקשות – ולעיתים למנוע כליל – את מימוש אפשרות הבחירה האמורה, אולם גם בטעונון זה כשלעצמו אין כדי להצדיק מניעה חוקתית של אפשרות הבחירה. אפשר שיתברר – ויש להמתין בהקשר זה לתוצאות מחקרים שייערכו – כי זכות האישה לאוטונומיה דווקא תחזק תחת הסדרה המתירה בחירה. בהנחה שהלחץ הקיים כבר עתה על נשים ללדת ילד ממין מסוים (בין שמקור הלחץ משפחתי או חברתי) הוא רב ומניע אותן להריונות ואף ללידות שאינם רצויים להן, ובהנחה שלחץ זה לא יגבר כתוצאה מאימוץ אמצעי לבחירת מין היילוד, אפשר שדווקא התרת הבחירה תגביר את שליטת האישה בגופה ותבטיח את זכותה להגשמת האוטונומיה. נוסף על כך, כאשר ישוכללו האמצעים להגשמת הבחירה של מין העובר ולא יאיימו עוד על בריאות האישה – ועד אז בכל אותם מקרים שבהם האישה עוברת ממילא את תהליך ההפריה החוץ-גופית לצורכי פריון – לא יהיה באינטרס לשלמות גופנית ולשמירה על הבריאות כדי להצדיק (גם לא באופן פטרנליסטי) את מניעת הבחירה.

ההכרעה שהצעת, התומכת במניעה מוחלטת של בחירת מין העובר מטעמים חברתיים, מתמקדת אם כן בילדים, באינטרסים שלהם ובטובתם. הדגש בעיניי הוא ביחסיהם של הילדים עם הוריהם, ונעוץ בחשש לפגיעה בהם בטווח הארוך. במובן זה, ההתנגדות האמורה חורגת ממרכיב השיוך המיני הנידון במסגרת רשימה זו. אפשר לטעון כי במגוון רחב של תמרונים גנטיים שיתאפשרו בעתיד (למעט באלה שמטרתם למנוע מחלות קשות, אשר מתחייבים דווקא מאחריותו של ההורה לילדו) טמונה פגיעה פוטנציאלית במערכת היחסים המאפיינת הורה-ילד, ולפיכך טמונה בהם פגיעה בכבודם של ילדים. כפי שהוסבר, הפגיעה המשוערת הינה תוצאה של שינוי תודעתי שייגרם עם השרשת הפרקטיקה האמורה או עם הבלטתה בשיח כתוצאה מעניין ציבורי מוגבר. אף-על-פי שגם היבט זה אינו מבוסס על ראיות ישירות או על מחקר אמפירי, נדמה לי כי פוטנציאל הנזק הטמון בו והשלכות העומק שלו על הפרט ועל החברה הינם רבים עד כדי כך שראוי לשקלל אותו מראש בעת קביעת המדיניות הרצויה. הנהגת חירות בחירה ביחס למין העובר, כמו גם ביחס למאפייניו הגנטיים האחרים, אינה יכולה להיעשות לשיעורין או באורח נסיוני. "תוצאות" ניסוי מעין

זה לא יתבהרו מייד, לעניות דעתי, ומשיתבהרו (לאחר שינוי מהותי בתפיסת יחסי המשפחה) יהיה זה מאוחר מכדי להשיב את הגלגל לאחור. אין זה אומר כי לא נוכל לעשות שימוש בממצאים שייאספו בשיטות משפט אחרות שאפשרו את הפרוצדורה האמורה, כדי ללמוד בעתיד על השלכותיה.

מן הטעם הזה, ובשל החשיבות הטמונה בקביעת מסר אחיד וחד-משמעי, סבורתני כי אין מקום לאפשר את הבחירה האמורה גם כאשר האישה עוברת ממילא הליך של הפריה חוץ-גופית בשילוב (או ללא) אבחון גנטי קדם-השרשתי לצרכים רפואיים.⁹² גם בנסיבות שבהן האם נדרשת לאבחון הביצית המופרית לצרכים רפואיים עתידיים של הילד (מניעת מחלות קשות שאינן כרוכות בשיוך המיני) או כאשר הפרוצדורה משמשת לשיפור הסיכויים לקליטת ההיריון, מתן חירות להורים לבחור את מינו של העובר, רק בשל כך שזה רצונם, אינה פטורה מן החשש העקרוני לפגיעה בכבוד הילד ובטובתו. אף ששיקולים אחרים עשויים להתוות במקרה זה את הכף לכיוון התרת הבחירה, בפרט נטרול החשש לפגיעה בכריאות האישה או בגופה,⁹³ ואף שהאינטרס של ההורים בבחירת מין העובר עשוי להתגבר במקרה זה,⁹⁴ יש טעם במניעת הבחירה גם בנסיבות אלה. אף שהשיקול המתמקד בילד מתעצב במובן המעשי רק על רקע פתיחת השימוש באמצעי לקהל הרחב,⁹⁵ ואף שמספר הנשים הנדרשות לאבחון טרום-השרשתי בשל טעמים רפואיים שאינם נוגעים בשיוכו המיני של הילד הינו קטן, וכך אף מספרן של אלה הנעזרות בהפריה חוץ-גופית באופן כללי, יש חשיבות בקביעת איסור כללי מבחינת המסר שהוא משדר ולשם שמירה על שוויונות.

פרק ח: ההסדר המשפטי בישראל

לאחר שנפרש מכלול שיקולי המדיניות האמורים ליטול חלק בעיצוב ההכרעה בשאלת תוכן ההסדרה, ולאחר שהוצגה העמדה שראוי בעיניי לקבוע, יהיה מעניין לבחון, לפני סיום, את ההנחיות שהוצאו בעניין זה בישראל. ההנחיות העדכניות, שפורסמו מטעם משרד הבריאות במאי 2005, קובעות תנאים מגבילים למתן אפשרות בחירה של מין העובר מטעמים

92 ראו בהקשר זה את עמדתו של פרופ' דוד הד, שהיה חבר בוועדה המייעצת לעיצוב נוהלי משרד הבריאות בנושא: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/mada/2005-03-16.rtf.

93 שהרי היא נדרשת להליכי הפריה המלאכותית והאבחון לצרכים אחרים, אשר הוכרו על-ידי החברה כראויים.

94 בשל טיפולי הפרייון, הולדתו של כל ילד כרוכה מבחינת הורים אלה במאמצים פיזיים, נפשיים וכלכליים לא-מבוטלים. בשל קשיי ההולדה, מספר הילדים שייוולדו להם צפוי להיות קטן ממספר הילדים שייוולדו לזוג באופן טבעי. נראה אם כן כי האינטרס שיש להורים אלה בבחירת מין העובר מתעצם, שהרי קשה להם לקדם את השאיפה לאיזון משפחתי באמצעים אחרים.

95 לא רק במובן המספרי, אלא גם במובן הסמלי, לנוכח אופן עיצובם של גבולות ההיתר.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

חברתיים.⁹⁶ נוהל זה החליף נוהל קודם, מספטמבר 2003, שלפיו נאסרה כליל בחירת מין העובר מטעמים לא-רפואיים כאשר הבחירה כרוכה בהפריה חוץ-גופית.⁹⁷ הנוהל ממאי 2005 מבקש להסדיר את השימוש באבחון טרום-השרשתי (PGD) לצורך בחירת מין העובר, וקובע – לצד איסור עקרוני של בחירת מין שאינה למטרה רפואית⁹⁸ – הסדר מפורט המאפשר בכל-זאת בחירה כזו "במקרים יוצאי דופן, חריגים, נדירים ומיוחדים",⁹⁹ ולאחר קבלת אישור מראש מן הוועדה הארצית המיוחדת שהוקמה לשם כך על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות. הוועדה, שחברים בה שבעה – פסיכולוג, ביו-אתיקאי, עובד סוציאלי, משפטן, שני רופאים ואיש דת¹⁰⁰ – רשאית לאשר בקשות שהופנו אליה לבחירת מין העובר בהתקיים כמה תנאים מצטברים. התנאי הראשון והמרכזי הוא שהוועדה שוכנעה כי אם לא יאושר ההליך, יתקיים "סיכון ממשי וניכר לפגיעה מהותית ומשמעותית בכריאות הנפשית של ההורים או אחד מהם, או של הילד העתיד להיוולד".¹⁰¹ לתנאי מהותי זה מצטרפות הדרישות הבאות: למבקשים יש כבר ארבעה ילדים משותפים מאותו מין ואף לא ילד אחד בן המין האחר (דרישה שניתן לחרוג ממנה במקרים "נדירים ביותר"); המבקשים קיבלו מידע מלא ביחס להליך ולסיכונים, ונתנו את הסכמתם המודעת בכתב; והובהר למבקשים כי אישור למחזור הפריה נוסף לצורך יצירת עוברים לא יינתן אלא לאחר שעשו שימוש בכל העוברים התקינים שנוצרו במחזור הקודם (כלומר, במשתמע, גם בעוברים מן המין האחר). גם בהתמלא כל התנאים האמורים לא תאשר הוועדה את הבקשה אלא אם שוכנעה, "לאחר שקילת ההיבטים המקצועיים והאתיים", כי "קיימת הצדקה כבדת משקל לבחירת מין היילוד במקרה הנדון".¹⁰² בשוקלה את הבקשה, הוועדה מונחית להביא בחשבון כמה שיקולים, ביניהם היוקקות המבקשים להליך של הפריה חוץ-גופית ללא קשר להליך בחירת המין, והיוקקותם להליך של אבחון טרום-השרשתי לצרכים גנטיים שאינם קשורים לשיוך המיני. כמו-כן על הוועדה להביא בחשבון את מצבם המשפחתי והחברתי של המבקשים, לרבות גילם, ואת הסיכון שהאישה נוטלת על עצמה בפרוצדורה האמורה.¹⁰³ מעניין שלמרות הדרישה להתחשב במצבם המשפחתי של המבקשים, נקבע במפורש כי לא

96 "נוהל לבחירת מין היילוד באבחון גנטי טרום השרשתי", חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 21/05 (9.5.2005) abush.health.gov.il/download/forms/a2692_mk21_05.pdf (להלן: הנוהל).

97 "נוהל בחירת מין היילוד בתהליכי I.V.F", חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 17/03 (14.9.2003) www.health.gov.il/download/forms/a1265_mk17_03.pdf.

98 מטרה רפואית מוגדרת בס' 1 לנוהל כ"מטרה של מניעת מומים מולדים חמורים ביילוד, התלויים במין היילוד."

99 ס' 2 לנוהל, לעיל ה"ש 96.

100 להרכב הוועדה ראו שם, ס' 3 לנוהל.

101 שם, ס' 2.2.1 לנוהל.

102 שם, ס' 2.2.5 לנוהל.

103 שם, ס' 2.3 לנוהל.

רק בני-זוג נשואים זכאים לפנות בבקשה לבחירת מין העובר, אלא גם בני-זוג ידועים בציבור ואף אישה פנויה.¹⁰⁴

הקו המצטייר מקריאת הנוהל אינו חד-משמעי. מחד גיסא, תחום השתרעותו של הנוהל הוגבל מהותית מראש. הנוהל מתייחס מפורשות לבחירת מין העובר שנעשית על-ידי אבחון גנטי בהליך של PGD,¹⁰⁵ ואינו מתיימר להסדיר טכניקות אחרות של בחירת מין העובר. הנוהל אינו מונע בחירת מין שאינה מערבת PGD, אף אם היא כרוכה בהפריה חוץ-גופית. כאמור, קיימות טכניקות אחדות המאפשרות להגדיל באופן מהותי את הסיכוי להשגת עובר ממין מסוים ללא אבחון טרום-השרשתי, אולם חלקן מצריכות היעזרות גם בהפריה חוץ-גופית, לנוכח מיעוט תאי הזרע הנותרים. נוהל זה אינו מתיימר להסדיר את השימוש באמצעים אלה, ובמובן זה הוא מקל יותר מן הנוהל שפורסם בשנת 2003, אשר לפי שמו ("בחירת מין הילוד בתהליכי I.V.F")¹⁰⁶ ותוכנו, ביקש למנוע שימוש בהפריה חוץ-גופית למטרות של בחירת מין העובר.¹⁰⁷ יוצא כי בחירת מין היילוד שאינה כרוכה באבחון טרום-השרשתי אינה אסורה, בין שהיא נעשית על-דרך הזרעה מלאכותית ובין שהיא נעשית באמצעות הפריה חוץ-גופית ובלבד שלא עורב בה אבחון גנטי קדם-השרשתי. ראוי לציין כי שימוש בהפריה חוץ-גופית כשלעצמו מחייב עקרונית הוריה רפואית.¹⁰⁸

עם זאת, בכל הנוגע לבחירת מין באמצעות אבחון טרום-השרשתי, ההסדר משמר עמדה זהירה. לאיסור העקרוני של בחירת מין היילוד מטעמים חברתיים נקבע רק חריג צר, המחייב התמלאותם של כמה תנאים מצטברים, ומעל הנוהל כולו "מרחפת" מעין אזהרה הקוראת לשימוש זהיר וקפדני בשיקול-הדעת למתן היתרים. לשון הנוהל מדגישה את חריגות הנסיבות שבהן יינתן האישור, ונמנעת אפילו מקביעת היתר בנסיבות שבהן נערך ממילא אבחון טרום-השרשתי לצרכים רפואיים שאינם בזיקה לשיוך המיני.

בבסיס ההיתר הצר שהנוהל משרטט ניצבת ההכרה ברצונם העז של בני-הזוג בהולדת ילד ממין מסוים, רצון אשר אי-מימושו עולה כדי פגיעה ממשית בבריאות הנפשית של הנוגעים בדבר. הנוהל קובע כי הפגיעה האמורה תוכר ככזו המצדיקה מתן היתר לבחירה רק בנסיבות שבהן יש כבר לבני-הזוג המבקשים את ההיתר ארבעה ילדים בני אותו מין. יוצא כי הנוהל מכיר בשילוב של שני אינטרסים כבסיס להיתר: האחד, כמיהה רגשית לבן זכר או לבת; והאחר, גיוון משפחתי. רק שילוב ביניהם עשוי להצדיק מתן היתר, וגם זאת, עקרונית, רק בנסיבות יוצאות-דופן.

על-אף ההיתר העקרוני שהנוהל משרטט, ניתן לומר כי הזהירות העולה מן ההנחיות תואמת את הקו המוצע ברשימה זו, הקורא עקרונית למניעת הבחירה. נדמה כי מגמת

104 שם, ס' 3.2 לנוהל.

105 שם, ס' 1 לנוהל.

106 IVF – In Vitro Fertilization, משמע, הפריה במבחנה, הפריה חוץ-גופית.

107 ס' 4 לנוהל משנת 2003, לעיל ה"ש 97, קבע כי "...אין לבצע פעולה של בחירת מין הילוד בויקה לתהליכי הפריה או בכל הקשר אחר, שלא לצורך מניעת מומים מולדים הקשורים למין הילוד."

108 ת' 4 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035. נראה כי חריג אחד אפשרי בהקשר זה, והוא כאשר ההפריה נעשתה מחוץ לישראל.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

הצמצום משקפת רצון לקדם את האינטרסים העומדים כנגד מתן ההיתר. השימוש הנדיר באמצעי הבחירה, המתחייב כתוצאה מהפעלת התנאים המגבילים שנקבעו למתן ההיתר, יבטיח כי מאזן המינים לא יופר. שמירת בריאותה והגנת גופה של האישה מובטחים על-ידי התנאים המחייבים את הוועדה לשקלל את הנתונים בדבר גילה, מצבה הבריאותי והשימוש שנעשה (אם נעשה) בהפריה חוץ-גופית בשל טעמים אחרים. עם זאת, ראוי לשים לב כי אמות-המידה שנקבעו בנוהל מותרות לוועדה מרחב משמעותי של שיקול-דעת. למעשה, אף לא אחד מן התנאים שנקבעו לצורך מתן ההיתר מהווה משוכה נחרצת המונעת מתן היתר. אפילו התנאי האובייקטיבי היחיד – קיומם של ארבעה ילדים בני אותו מין ואף לא ילד אחד בן המין האחר – אינו נחרץ, במובן זה שניתן לסטות ממנו בהתקיים נימוקים חריגים. במובן זה הנוהל כשלעצמו אינו מהווה מסגרת קפדנית לקבלת הבקשות, והיה אף מי שהתריע על כך.¹⁰⁹ לנוכח הוראות אלה של הנוהל ברי כי ההכרעה תעוצב בעיקרה על-פי שיקול-דעתה של הוועדה והאופן שבו תבחר לנהוג. אופן ההכרעה ומידת ההחמרה שתפעיל הוועדה עשויים כמובן להשתנות עם השנים בהתאם להרכב האנשים בה ולשינויי העמדות שיתרחשו בנוגע לסוגיה האמורה.

איי-אפשר אומנם לקבל מידע מלא על פעילות הוועדה, בשל קביעת הנוהל כי הפרוטוקולים של דיוני הוועדה יהיו חסויים, אולם על פעילותה (נתונים בדבר מספר הבקשות שהוגשו ומספר ההחלטות שניתנו) ועל תוצאות החלטותיה (כמה מן הבקשות נדחו וכמה התקבלו) אפשר ללמוד מן הדוח שהגישה בתום שנה וחצי של פעילות.¹¹⁰ מהנתונים שהוצגו בכנסת על-ידי יושב-ראש הוועדה הארצית, בשילוב הנתונים שנמסרו לי מאת משרד הבריאות בשלב מאוחר יותר, עולה כי עד כה נענו ארבע בקשות מבין מאה ארבעים ותשע שהוגשו, אולם רק ארבעים ושבע נדחו, ויתר הבקשות נמצאות עדיין בבדיקה. מעניין כי נתון זה הוצג באמצעי התקשורת – ואף על-ידי חברי הוועדה עצמם בדיון משותף של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת וועדת המדע והטכנולוגיה של הכנסת – כמשקף מדיניות קפדנית ביותר של הוועדה. בפועל, שקלול מספר הבקשות שנדחו אל מול מספר הבקשות שהתקבלו מלמד כי שיעור הבקשות המתקבלות עומד על 7.8%. לנוכח נתון זה איני משוכנעת שתחושתם של חברי הוועדה (כפי שהשתקפה בדיון בכנסת)¹¹¹ כי מדיניות מתן ההיתרים מחמירה ביותר אכן עולה בקנה אחד עם הנתונים המספריים. תמונה מדויקת יותר על פעילות הוועדה תוכל להתקבל עם פרסום החלטותיה ביחס ליתר הבקשות, שהרי רובן טרם הוכרעו.

מעבר לאופן ההפעלה של שיקול-הדעת, אשר יתברר עם חלוף הזמן ויוכל ללמד

109 ראו נציבות הדורות הבאים "נייר עמדה בנושא אבחון גנטי למטרות בחירת מין היילוד" www.knesset.gov.il/sponsorship/future/data/About2005_55.pdf (5.7.2005)

110 עותק של הנתונים הועבר אליי מטעם דוברות משרד הבריאות ביום 16 בנובמבר 2006, ומצוי בידי. עותק זה משקף נתונים מעודכנים יותר מאלה שפורסמו בדוח השנתי שנערך בחודש ספטמבר 2006 ואשר הובא לפני הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/...mada/2006-10-30.rtf

111 ראו, למשל, את דבריהם של הרב יובל שרלו ופרופ' נועם זהר, חברי הוועדה העוסקת במתן ההיתרים לבחירת מין היילוד, במסגרת דיון לפני ועדות הכנסת, שם.

על מידת הזהירות בהגשמת לשון הנוהל, ראוי להסב את תשומת-הלב להיבט נוסף. התנאי היסודי המאפשר על-פי הנוהל מתן היתר לבחירת מין העובר מגלם, לשיטתי, את החשש העקרוני הכרוך באפשרור הבחירה. עצם ההצהרה כי יישקל מתן היתר כאשר קיים "סיכון ממשי וניכר לפגיעה מהותית ומשמעותית בכריאות הנפשית של ההורים או אחד מהם, או של הילד העתיד להיוולד, אם לא יבוצע ההליך המבוקש" משקף – ובעיניי אף משעתק – את התפיסה כי מלידתו של ילד עשוי להיגרם נזק רגשי רב-עוצמה. היעלה על הדעת שבלידת ילד שכל פשעו הוא שנולד מן המין הלא-רצוי להוריו ייגרם נזק כה רב? עצם ההכרה בעילה האמורה, המחייבת את ההורים העתידיים להצביע על נזק זה ולהוכיח את קיומו במסגרת בקשתם להיתר, מהווה פגיעה בציבור הילדים ובכבודם. ראשית, יש כאן פגיעה בציבור הילדים בכללותו, שכן מוצהר כי הולדתם עשויה לגרום נזק זה. שנית, גם ילדיהם של בני-הזוג הפונים לקבלת היתר, הן ילדיהם הנוכחיים והן ילדיהם העתידיים, עלולים להיפגע במישרין, שהרי הפנייה לקבלת היתר מותנית בכך שלפונם יהיו ארבעה ילדים בני אותו מין ואף לא ילד בן המין האחר. במסגרת הבקשה יהיה על ההורים להוכיח, באמצעות חוות-דעת של מומחים לבריאות הנפש, כי ייגרם להם נזק מהולדתו של ילד נוסף בן אותו מין – החמישי במספר. באופן בלתי-נמנע עולה כי קיומם של הילדים הנוכחיים (או לפחות האחרון מביניהם) כבר מסב כשלעצמו פגיעה נפשית או לכל-הפחות עוגמת-נפש של ממש. בכל אותם מקרים שבהם הוגשה בקשה אך הוועדה לא שוכנעה בצדקתה ונמנעה ממתן ההיתר, הילד החמישי, אם ייוולד בכל-זאת (כאשר הוא משתייך למין ה"לא-נכון"), עלול להיווכח (בדיעבד) כי הוריו ראו בהולדתו המשוערת פגיעה חמורה. נוסף על כך, אפשר שהכעס, האכזבה והתסכול הטמונים בהולדתו של ילד מן המין שאינו רצוי אף יתעצמו בנסיבות שבהן הרשות מקצה עקרונית היתרים אך סירבה לתיתם במקרה שלהם. הסדר זה יש בו, לפי שיטתי, לא רק כדי לפגוע בציבור הילדים בכללותו, אלא אף בילדיהם הממשיים של הפונים בבקשה – בוודאי באלה שנולדו עד כה ואפשר שאף בילדיהם העתידיים, ככל שנולדו כאלה לאחר שבקשת ההורים נדחתה, כאשר הם משתייכים למין שאינו רצוי להוריהם.

פרק ט: הערה לסיום

ההתפתחויות הטכנולוגיות המאפיינות את העידן הגנטי אינן פסולות כשלעצמן. נהפוך הוא, הן מגלמות הבטחה לשיפור איכות החיים של הפרט ורווחת החברה בכללותה, הן אמצעי ראשון במעלה להבטחת הכמיהה והצורך של הפרט להקים משפחה, וטמון בהן פוטנציאל להבטחת בריאותם של חבריה. אולם התפתחויות אלה מחייבות בחינה מדוקדקת. לא כל מה שניתן להיעשות מבחינה טכנית ראוי למימוש. הסדרה משפטית מאוזנת ורגישה של ההתפתחויות המדעיות האמורות – כזו המשקללת את ההשלכות שיהיו לקליטתן על החברה, על הפרט ועל יחסיו עם האחר – היא שתוביל להגשמת הבטחה זו במישור המעשה.

משפט ועסקים ו, התשס"ז מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו

הפתרון טמון בהסדרה רגישה של הדין, שתאפשר לרתום את טכניקות ההולדה – כמו גם את ההתפתחויות הטכנולוגיות האחרות ליצירת משפחה – להבטחת גשוג היחסים בין חברי המשפחה ולשמירה על רווחתו של כל אחד מפרטיה. נדמה כי המפתח טמון בשימוש אחראי, כזה שיפעל להבטחת בריאותן ורווחתן של נשים וישרת את טובתם של ילדים ושל החברה בכללותה. במקרה שלפנינו – בחירת מינו של העובר מטעמים חברתיים – סברתי כי בשקלול של מגוון היתרונות הגלומים בבחירה והפגיעות שעלולות לצמוח ממנה, איסור משקף את ההכרעה האחראית. ראוי לציין כי הטענה המרכזית שהשמעתי נגד מתן ההיתר – החשש מפני פגיעה בילדים וביחסיהם עם הוריהם – מבוססת על הערכה בלבד. הערכה זו תוכל להתברר במחקרים ארוכי-טווח שייערכו בשיטות משפט שבהן נקבע היתר לבחירת מין העובר, תוך עריכת ההתאמות הנדרשות כתוצאה מהשוני בין שיטות המשפט ומן ההבדלים בין הסכיבות התרבותיות השונות. עד אז, וכל עוד לא הוכח כי הפגיעה המשוערת לא תיגרם, סברתי כי ראוי לקרוא למניעה של בחירת מין העובר, וזאת על-מנת לא להעמיד בסכנה את יחסי המשפחה, המצויים בלב החוויה האנושית – האישית והחברתית.

