

ולא תהא הביצית המופרית כעופר לדיני הירושה?

יוסי גרין*

א. אקדמות מילין ב. הצגת הבעיה והתיקון הראוי ג. על הכושר לרשת ד. האם הביצית המופרית תיחשב לעובר במות המוריש? ה. העיבון וחלוקתו – מאזן אינטרסים ו. סוף-דבר

א. אקדמות מילין

ההתקדמות המהירה של הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פרייה ורבייה¹ הציבה לפני מערכת המשפט סוגיות כבודות-משקל הדורשות פתרון. ההתערבות הרפואית בתהליך ההולדה והסיכויים להיבנות הטמונים בה לזוגות עקרים מחייבים את מערכת המשפט לבחון מחדש את ההסדרים הנהוגים במערכת דיני המשפחה² כדי ליתן מענה, הן בטווח המיידי והן בטווח הארוך, לבעיות המשפטיות הכרוכות בה.³

* מרצה, המכללה האקדמית נתניה וראש המרכז למשפט ורפואה.

¹ על ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול והתפתחותה, ראו ב' פיש וע' בן רפאל "הפריה חוץ גופית – עבר הווה ועתיד", **רפואון הכללית**, גיליון מס' 6, דצמבר 1998; א' לוי וע' ספרן "הפריה חוץ גופית – תשנ"ה" **אסיא** נה (תשנ"ה) 5; א' לייטמן "מהו הריון מסוג אחר" בתוך: ש' אלמוג, א' בן-זאב (עורכים), **הריון מסוג אחר** (תל-אביב, 1996) 13-45; י' דור וד' זיידמן "טכנולוגיות חדשניות בהפריה חוץ גופית – פריצת הגבולות ברביית אדם", **שם**, בע' 46-66.

² ענייננו במאמר זה בהשלכות ההפריה החוץ-גופית על דיני המשפחה, אך דומה כי אין טכנולוגיה רפואית מתקדמת שהשלכותיה על כל ענפי המשפט כטכנולוגיה זו. ראו לעניין זה א' בן-דרור **אימוץ ופונדקאות** (תל-אביב, 1994) 241-249; פ' שיפמן **דיני המשפחה בישראל** (ירושלים, 1989) כרך ב, 130-135; י' גרין **ההפריה החוץ גופית בראי ההסכמה** (תל-אביב, 1995) (להלן: גרין). סקירה על ההסדרים המשפטיים בכלל בתחום זה בישראל ובעולם, ראו ג' בן-אור "שכפול גנטי וטכנולוגית הפריה מלאכותית" **אסיא** ס"א-ס"ב (תשנ"ח) 10-26.

³ השוו' י' טירקל "תיקון הלב" **הפרקליט** מ (תשנ"ב-נ"ג) 34.

ייחודה של טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית מתבטאת בניתוק תהליך ההולדה מיחסי אישות. היריון הנוצר בדרך זו עשוי להתמשך לאורך פרקי-זמן ארוכים יותר מן ההיריון המושג בדרך הטבע, ומשכו אינו ידוע תמיד מראש. כך, למשל, היריון לפי הגדרה זו⁴ עשוי להימשך שנים, מה שהיה בלתי-אפשרי עד לפני כשני עשורים. עד שהתחדשה ההולדה בדרך זו, הושג ההיריון בתהליך ההפריה שהתקיים בגוף האשה סמוך או לאחר קיום יחסי אישות. מאז הוכנסה ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול, תהליך ההולדה, להבדיל מן הבחינה המשפטית, מתחיל בהפגשת הזרע והביצית מחוץ לרחם, ואחריה הביצית המופרית מושתלת ברחם האשה המיועדת לשאת את ההיריון. המפגש בין הזרע והביצית יכול שיעשה לאחד זמן, כל עוד הזרע נשמר בהקפאה. הוא הדין בביצית המופרית: השתלתה ברחם יכולה להתבצע כעבור חודשים *דכים*, ובלבד שתישמר בהקפאה. שיעורי הצלחתו של ההליך בהשגת היריון נעים סביב 16% לידות חי.⁵ שיעורי ההצלחה בישראל גבוהים יותר.⁶ רב-שלביותו של תהליך ההולדה, לצד השתכללות הטכנולוגיה הרפואית, מעמיד, בין השאר, את עולם המשפט לפני שני מצבים בעייתיים הנגזרים מהיכולת לשמר זרע ו/או ביצית מופרית.

⁴ נעיר כי במשפט הישראלי אין למעשה הגדרה של ההיריון. חוק העונשין קובע את כללי האסור והמותר בהפסקת היריון (ראו סימן ב בפרק י לחוק העונשין). הוא קובע את ההצדקים המתירים הפסקת היריון (סעיף 313 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), אך אינו קובע את המועד בו המשפט רואה את תחילת ההיריון. נשיא ביה"מ העליון, השופט שמגר, מסיק מכאן "כי לפי תפיסתנו תחול ההגנה המשפטית בהקשר הפלילי של איסור הפלות מרגע ההפריה הטבעית או המלאכותית בגוף האשה, דהיינו, בהפריה המלאכותית, החל מרגע ההשרשה המוצלחת של העובר החי שהושרש ברחם בין *In vivo* (בדרך של הזרעה מלאכותית תוך רחמית ישירה) ובין *In vitro* (הפריה חוץ גופית בתנאי מעבדה)". ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד (3) 57; ראו מ' שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט (תש"ן) 21 (להלן: שמגר).

⁵ ראו: J. Mandelbaum et al. "Cryopreservation in human assisted reproduction is now routine for embryos but remains a research procedure for oocytes" 13 *Hum. Reprod.* (1998) 161-174

⁶ ראו: Y. Yaron et al. "Oocyte donation in Israel: a study of 1001 initiated treatment cycles" 13 *Hum. Reprod.* (1998) 1819-1824

טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית פתחה פתח לאדם הרוצה לשמר את האפשרות להעמיד צאצאים, אך נפגע או עלול להיפגע במערכות ייצור הזרע כתוצאה ממחלה ממארת, קרינה או בנסיבות אחרות, להפקיד זרעו קודם לטיפול.⁷ מוצע לחולה להפקיד את זרעו בבנק הזרע ולהקפואו לפני הטיפול,⁸ עד להחלטה על ההולדה לאחר החלטתו או חלילה לאחר מותו.⁹ אם אין הטיפול מצליח והחולה מסתלק מן העולם בהותירו זרע בהקפאה וקודם שהופרתה הביצית בזרע זה,¹⁰ כי אז, אם תבקש

⁷ על אפשרויות של שמירת ביציות מוקפאות שנוצרו מתאי מין של חולים הזקוקים לטיפול כימותרפי, ראו: J. Donnez, S. Bassil "Indications for cryopreservation of ovarian tissue" 4 *Hum. Reprod.* (1998) 248-259

⁸ גם לנשים שחלו ונוקקו לטיפול נוגד-סרטן מוצעת תוכנית לשימור הפוריות לפני הטיפול. ההליך המוצע הוא לבצע הפריה חוץ-גופית לפני תחילת הטיפול נוגד-הסרטן, ולהקפוא את העוברים במטרה להחזירם לרחמה בעתיד. ראו ד' קרויזר ואח' "שימור הטיפקוד השחלתי והפוריות בנשים וגברים העוברים טיפולים נוגדי סרטן" **הרפואה**, כרך 134, חוב' יא, 871.

⁹ ראו כלל 28 מהכללים המעודכנים בדבר ניהול בנק זרע והזרעה מלאכותית המובאים בחוזר המנהל הכללי של משרד הבריאות מס' 34/92 מיום י"ז בחשון ה'תשנ"ג (13.11.92) (להלן: כללים בדבר ניהול בנק זרע).

¹⁰ האפשרות שאדם יותיר זרע ו/או ביצית מופרית בהקפאה לאחר מותו תיתכן לנוכח התמשכות טיפולי הפוריות ושיעורי הצלחתם. בדרך-כלל שואבים מגוף האשה מספר רב יותר של ביציות מהנדרש לביצוע ההפריה. הביציות מופרות בזרע הבעל ומושתלות ברחם האשה. הביציות המופרות העודפות, דהיינו, אלה שלא הוחדרו לרחם, מוקפאות. בכך נחסכת מהאשה פעולה פולשנית חוזרת לשאיבת ביציות למקרה שלא נקלט היריון במחזור הטיפולים.

האלמנה לעשות שימוש בזרע ולהוליד ילד, בעצמה או בעזרת פונדקאית,¹¹ האם יירש הילד שיוולד מאותו זרע את אביו, בעל הזרע, גם אם ייוולד שלוש מאות יום לאחר מותו של בעל הזרע?¹² המצב האחר, הבעייתי יותר, מתעורר כאשר בני-זוג עקרים החלו בתהליך ההולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית *בהסכמה*, ואחד מתורמי תאי המין נפטר מן העולם בהותירו ביציות מופרות בהקפאה. האם היילוד שיוולד מאותן ביציות לאחר שיופשרו ויוחדרו לרחם (אלמנה או פונדקאית) כשיר לרשת את הנפטר גם אם ייוולד שלוש מאות יום לאחר מותו, מכיוון שהיה בשעת המיתה בשלבי התפתחותו לקראת לידתו? במישור העיוני, איננו רואים הבדל מהותי בין שני

¹¹ אכן, שאלה זו התעוררה בת"א 1922/96 **פלונית נ' שירוהים רפואיים בינלאומיים ה.א.מ.סי (ישראל) בע"מ** (טרם פורסם). בעלה של המבקשת נפטר ממחלת הסרטן. בני-הזוג היו נשואים שנים-עשרה שנים. חודשיים לאחר נישואיהם חלה המנוח בסרטן. במשך שנים-עשרה שנות נישואיהם ניסו בני-הזוג ללא הצלחה להביא ילד לעולם. במקביל לטיפול במחלת הסרטן, נועצו בני-הזוג ברופא בקשר לטיפול הפריה. חודשים ספורים לפני מותו נמצא בבדיקה זרע איכותי. בינתיים התדרדר מצבו הבריאותי במהירות, וכשבועיים לפני מותו מסר המנוח זרע להקפאה, המצוי אצל המשיבה 1. המבקשת עתרה לבית-המשפט בבקשה להורות למשיבה 1 למסור לה את הזרע. בשל העניין הציבורי שעשוי להיות להחלטה, הורה בית-המשפט לזמן לדיון את יורשיו של המנוח, וכן להזמין את היועץ המשפטי לממשלה. בעקבות החלטה זו ביקש אבי המנוח להצטרף כמשיב. היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד לבקשה. אבי המנוח, שכותב שורות אלה הצטרף לבא-כוחו בשלב הסיכומים, התנגד משלושה טעמים: הטעם הראשון, היעדר הוכחה שהזרע הוא של המנוח. הטעם השני, כי לדעתו, המניע היחיד לרצונה של המבקשת הוא להשתלט על רכושו של המנוח, שבא לו מאביו. הטעם השלישי, שהוא חושש כי הילד שיבוא לעולם מזרעו של המנוח, שהיה חולה ונתון לטיפול, ילקה במומים, והוא, הסב, יחויב במזונותיו. ככל שהדבר צריך לענייננו, בית-המשפט קבע כי אין הוא רואה צורך לקבוע אם הזרע הוא של המנוח, "באשר אם אין הזרע של המנוח, אין לאביו פתחון פה להתנגד למבוקש. חששו של אבי המנוח, כי היענות למבוקש תגרור עמה את חיובו במזונות הילד או לעניין ירושת המנוח, אכן חשש ראוי הוא. אלא שאין בהיענות לבקשה משום קביעה כי הזרע של המנוח, ואין צורך בהכרעה זו. כל הכרעה בעניין זה היתה פוגעת בזכויותיו של היילוד למזונות או לירושה, וזאת כאשר אין הוא בעל דין בפניו" (**שם**). בסיכומו של דבר, ולאחר שבית-המשפט הוסיף דברים בנוגע להסכמת המנוח ולסיכויי היילוד להיולד פגום, הוא הורה על מסירת הזרע למבקשת לשם הפרייתו. אבי המנוח נפטר מייד לאחר שניתנה ההחלטה. בדיון בבקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה, שהגישה אחות המנוח, בקשה שנדחתה, נידונה, בין השאר, השאלה אם לא כדאי למשוך את הבקשה לעיכוב ביצוע, לאפשר את ביצוע ההפריה ולהתנגד לצו הירושה, כאשר תוגש על-ידי המבקשת ובנה, על-יסוד סעיף 3(ב) לחוק הירושה.

¹² בהעמדת השאלה באופן זה איננו נוקטים עמדה בשאלה הרחבה יותר אם נכון להעמיד צאצאים אחר המוות. דיוננו יתמקד רק ב*תוצאות* המשפטיות של פקיעת הנישואין עקב מותו של בעל הזרע. על הבעייתיות שבהולדה לאחר מיתה, ראו ' שנקר "העמדת צאצאים לאחר המוות" **מכתב לחבר** (ינואר 1998) 16.

המצבים. בשני המקרים הוחל בתהליך ההולדה, ובשעת מיתת המוריש יש בעולם פוטנציאל להולדת ילד פרי הסכמת בני-הזוג. אומנם, ההסתברות למימוש הפוטנציאל וללידה חי גבוהה יותר כאשר בהקפאה ביצית מופרית, אך אין להתעלם מהסיכוי להולדת ילד גם מזרע מוקפא. יחד עם זאת, יהא זה מרחיק-לכת לטעון, לפחות על-פי שיעורי הצלחה של ההליך נכון לשעת כתיבתן של שורות אלה, כי ילד הנולד מזרעו של המוריש שהוקפא עובר למותו יירש את בעל הזרע אם ייוולד שלוש מאות יום לאחר מותו. לא כן הנולד מביצית מופרית שהיתה בהקפאה במות המוריש. היכולת להפרות ביצית אשה במעבדה הינה שלב מתקדם (יותר) בתהליך ההולדה, שלב שיש בו היגיון לראות בביצית המופרית עובר אפילו קודם השתרשותו ברחמה של נושאת ההיריון המיועדת.¹³

שאלות אלה הינן חלק מן הבעיות הקשות שהציבה טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית לפני המחוקק. יש בהשתכללות טכנולוגיה זו כדי לערער את אושיות דיני המשפחה, ומכאן נובע הצורך הדחוף להתאים את ההסדרים המשפטיים מציאות המשתנה.¹⁴ אומנם, בתי-המשפט נדרשו זה מכבר להכריע בהיבטים אחדים שעוררה טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית,¹⁵ אך התאמה זו אינה יכולה להיעשות בחקיקה שיפוטית. לא ירחק היום ותידרש ההכרעה גם בזכויותיו של הנולד בדרך זו.

¹³ לעוברת השתרשותה של הביצית המופרית ברחם אשה יש נפקות לגבי הגדרת ההיריון ותחילתו: האם ההיריון מתחיל ברגע ההפריה באופן בלתי-תלוי במקום בו ההפריה מושגת (אם בגוף האשה, אם בצלוחית שבמעבדה) ובו העובר המתפתח מצוי (בהנחה שהביצית המופרית היא עובר), או שמא ההיריון מתחיל על-פי הגדרה משהשתרשה הביצית המופרית ברחם אשה ללא קשר למועד ההפריה ומקומה? שכן, נכון למועד של כתיבת שורות אלה, ביצית מופרית לא תתפתח לעובר מחוץ לגוף האשה. חשיבות רבה נודעת למועד של תחילת ההיריון לדיני הירושה. עיינו לעניין זה בע"א 413/80, לעיל הערה 4; שמגר, לעיל הערה 4; גרין, לעיל הערה 2, בע' 118.

¹⁴ נעיר כי ההתערבות הרפואית בתהליכי פרייה ורבייה מוסדרת כיום בחקיקת-משנה, למעט הולדה באמצעות פונדקאית. אומנם, חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, הסדיר את דרישת ההסכמה עובר לטיפול הפריה חוץ-גופית, אך ההסדר המשפטי הנוהג מצוי עדיין בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987, למעט תקנות 8(ב) שבוטלה על-פי הוראת בג"צ (בג"צ 2078/96, 996, 2444 ורד ויץ נ' שר הבריאות, לא פורסם) וכן תקנות 11 ו-13 שבוטלו עוד קודם-לכן על-ידי בג"צ (בג"צ 5087/94 מיכל זכרו נ' שר הבריאות, לא פורסם). יחד עם זאת חשוב להזכיר כי ההולדה בדרך של פונדקאות הוסדרה בחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996.

¹⁵ ראו פרשת נחמני על גלגוליה השונים: המ"פ 599/92 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פס"מ נד(1) 142; ע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רותי נחמני, פ"ד מט(1) 485; דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661.

ראוי איפוא למחוקק לומר את דברו בסוגיות אלה בחקיקה ראשית. מטרתן של שורות אלה היא להציע פתרון בתחום דיני הירושה.

ב. הצגת הבעיה והתיקון הראוי

הארכת תהליך ההולדה ומשך ההיריון מעבר לתשעת ירחי הלידה תקשה ללא ספק על חלוקת העיזבון במות אחד ההורים. מחד גיסא, הולדת יורש זמן רב לאחר מיתת המוריש עלולה לקפח את זכויות היורשים הקיימים כבר בעולם והרוצים בחלוקת העיזבון שנפל בחלקם. מאידך גיסא, חלוקת העיזבון קודם שבאו לעולם כל היורשים על-פי דין תקפח את הילד העתיד להיוולד לאחר מיתת המוריש. קיים איפוא מתח בין האינטרסים של היורשים הקיימים בעולם בשעת המיתה – לקבל את חלקם בעיזבון, ומוקדם ככל האפשר, לבין האינטרס של היורש העתיד לבוא לעולם (זמן רב) לאחר מות המוריש – לקבל את חלקו.

עד להכנסתה של טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול, נקבע בחוק הירושה הסדר המשקף את האיזון בין האינטרסים המתחרים: *דק מי שנולד בתוך שלוש מאות יום ממות המוריש נחשב למי שהיה בחיים לעניין הזכות לרשת*.¹⁶ מי שנולד *לאחר* שלוש מאות יום ממות המוריש אינו כשיר לרשת את המוריש. הסדר זה עמד במבחן הסבירות, הגם שהמחוקק הכיר בזכות למזונות מן העיזבון גם של מי שנולד *לאחר* שלוש מאות יום ממות המוריש.¹⁷ ההנחה היתה שמכיוון שחובת אב במזונות ילדו הינה מכוח היותו אב, בין שנולד בחייו בין שנולד לאחר מותו, כיוון שמזונות הילד הן *חוב* הרובץ על העיזבון, לא ראה המחוקק צורך להגביל את זכות למזונות מן העיזבון בסד הלידה בתוך שלוש מאות יום ממות המוריש.

¹⁶ סעיף 3(ב) לחוק הירושה. המחוקק הישראלי הלך בנושא זה בעקבות המחוקק האיטלקי, בקוצבו את התקופה שבה ניתן לייחס את היילוד למוריש כדי להימנע מלהתדיין בכל מקרה לגופו. דא עקא, בכך הפגין המחוקק הישראלי חוסר איזון משוע באפשרו לסתור את חזקת שלוש מאות הימים רק בכיוון אחד: להוכיח שילד שנולד בתוך שלוש מאות יום אינו בנו של המוריש, אך לא להוכיח כי הילד שנולד לאחר שלוש מאות ימים הוא בנו של הנפטר המוריש גם אם תוכח חד-משמעית הורותו של המוריש. המסקנה המתבקשת, כאמור, היא כי מי שנולד לאחר שלוש מאות יום אינו כשיר לרשת. ראו לעניין זה בהרחבה ש' שילה *פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965* (ירושלים, 1995) 50, ליד הערה 31 (להלן: שילה); ד' חלק *הוכחת אבהות* (חיפה, 1978) 92-95. וראו עוד לעניין זה סעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965.

¹⁷ סעיף 57(ד) לחוק הירושה. הכל, כמובן, כפוף לשיוך המשפחתי ולהוראות סעיפים 56-59 לחוק הירושה. ראו ע"א 616/87 *אנגלמן נ' אנגלמן*, פ"ד מז(1) 621; ע"א 393/93 *פלוני נ' עזבון ישראל ליט*, תק-על 94(2) 563.

פרשנות זו תאמה את הידע הרפואי שהיה מונח לפני המחוקק במחצית הראשונה של שנות הששים: לא היה אפשר ליצור ולקיים היריון מחוץ לגוף אשה. ומכיוון שמשכו של היריון לא עלה על עשרה חודשים, בהכרח כל מי שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש לא היה קיים בשעת מיתה, וממילא אינו כשיר לרשת אותו. נוסף על כך, הידע המדעי המוגבל למדי בקביעת אבהות והרצון להימנע מהתדיינות בכל מקרה ומקרה לגופו הניעו את המחוקק להעדיף את הגישה הקונטיננטלית,¹⁸ לפיה מי שנולד שלוש מאות יום לאחר מות המוריש אינו יכול להיות צאצאו, ועל-כן אינו זכאי לרשת אותו.¹⁹ אולם זכויותיו של מי שכבר היה קיים בתוך תקופה זו ראויות להגנה, הגם שיתגבשו בגמר לידתו.²⁰

עם הכנסתה של טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול נפוצה לזוגות עקרים, התערער בסיסו ההגיוני של הסדר זה. שכן, לפחות מן הבחינה העיונית, ניתן לראות בכשירות לרשת את המוריש במותו ייחוד חלק מן העיזבון גם לטובת היורש העתידי, כשם שרכישת זכות למזונות מן העיזבון של מי שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש משמעה הקצאת חלק מן העיזבון לטובת היורש שלא היה בעולם במות המוריש.²¹ בשני המקרים באה הקצאה זו על-חשבון היורשים האחרים שהיו בעולם.²²

18 שם.

¹⁹ היבט נוסף להגבלה של שלוש מאות הימים, הנשענת, בין השאר, על הידע הרפואי באותה תקופה, מצינו בסעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, הקובע כי "לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאשה שהיתה נשואה לאדם זולתו בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך". בתוך שלוש מאות יום קיימת חזקה שילד הנולד לאשה נשואה הוא מבעלה, ועל הרוצה לסתור חזקה זו נטל ההוכחה.

²⁰ ראו סעיף 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית).

²¹ השוו תמ"א 265/91 עמית (עמרי) גרינברג נ' עזבון ישראל לויט ז"ל, פס"מ נג(2) 79.

²² השוו בש"א 338/94 אסתר בר נהור נ' עזבון המנוח גבריאל אוסטרליץ (לא פורסם).

היש הצדקה מוסרית לשלול את הזכות בירושה ממי שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש, אך להכיר בזכותו למזונות מן העיזבון של מי שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש?²³

איננו רואים הצדק משפטי ו/או מוסרי להותיר הסדר זה על כנו. ולפי שאנו סבורים כי יש להגן לא רק על האינטרסים של היורשים שכבר מצויים בעולם, ובעיקר על האינטרסים של המוריש וקניינו,²⁴ יש לשנות את ההסדר החוקי הנוהג כיום. יש, לדעתנו, לכלול במעגל היורשים גם את היורש שייולד בדרך של הפריה חוץ-גופית מזרע המוריש לאחר חלוף שלוש מאות יום ממות המוריש, ובלבד שיוכח כי הורתו של הילד מתאי המין של המוריש, וזה היה רצון המוריש עובר להסכמתו להפקיד זרע או להעמיד צאצאים בדרך זו. יחד עם זאת, בתיקון המוצע יש לקבוע שלושה תנאים מגבילים: התנאי הראשון, כי התליית חלוקתה של הירושה תחפוף את המועד המרבי המותר לשמירת ביצית מופרית על-פי התקנות.²⁵ התנאי השני, שבהסכמה לתחילת התהליך יינתן ביטוי מפורש לרצונו של המוריש לשתף את היילוד בין היורשים. התנאי השלישי, כי נטל הראיה להוכיח את זכאות היילוד היורש היא עליו, באמצעות אפטרופסו, ובתוך שנה מיום היוולדו.

²³ דומה כי שאלה זו מתחדדת יותר לנוכח העובדה שהמשפט הישראלי הכיר בזכות ירושה גם למי שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש. בסעיף 42 לחוק הירושה קבע המחוקק חריג להגבלת הכשירות לרשת, והכיר באופן יוצא מן הכלל בזכותו לרשת של מי שלא היה בחיים במות המוריש אף אם נולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש. חריג זה מקנה ליורש שני, שטרם נולד במות המצווה, זכות לרשת אותו גם אם נולד לאחר שלוש מאות יום ממות המצווה. וזו לשון סעיף 42 לחוק הירושה שעניינו זכותו של יורש אחר לרשת בעיזבון: "(א). המצווה רשאי לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי שזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה, הכל לפי המוקדם יותר. (ב). הראשון רשאי לעשות במה שקיבל ככתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה ששייר הראשון; אולם אין הראשון יכול לגרוע מזכותו של השני על ידי צוואה. (ג). השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצווה בשעת זכייתו, אף אם לא היה כשר לכך במות המצווה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת." בהקשר זה יושם-לב לשתי הערות: ההערה הראשונה, כי היורש הראשון יהיה בחיים במות המוריש והוא זכה בחלקו בעיזבון. ההערה השנייה, כי הוראות סעיף 3 לחוק הירושה חלות הן על ירושה על-פי דין והן על ירושה על-פי צוואה. ראו ע"א 172/78 ישראל ניזוני נ' שבע קורץ, פ"ד לג(2) 22.

²⁴ זכות המוגנת בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992.

²⁵ תקנה 9 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987. נעיר, כי דרישה זו נגזרת מדעתנו ש"היא זה מרחיק-לכת לטעון כי ילד הנולד מזרעו של המוריש שהוקפא עובר למותו יירש את בעל הזרע אם יולד שלוש מאות יום לאחר מות המוריש" (לעיל ע' 3). אולם לפי הדעה כי ראוי שגם בן הנולד מזרע שהוקפא קודם מותו של מוריש יירשנו גם אם ייולד לאחר שלוש מאות יום, יש להתלות את הירושה עד למועד המרבי של שמירת הזרע המוקפא.

ג. על הכושר לרשת

חוק הירושה קובע כי כמות אדם, עזבונו עובר ליורשיו.²⁶ היורשים הם יורשים על-פי דין או זוכים על-פי צוואה.²⁷ בין היורשים על-פי דין ילדי המוריש וצאצאיהם,²⁸ ובלבד שהיו בחיים כמות המוריש. שכן, "כל מי שהיה בחיים כמות המוריש" כשר לרשת את המוריש.²⁹

²⁶ סעיף 1 לחוק הירושה. פרשנותו הנכונה של הסעיף, על-פי פסיקת בית-המשפט העליון, היא כי אין חלל בין רגע מיתתו של המוריש לבין מעבר (או נפילת) העיזבון ליורשים. שעת המיתה היא שעת נפילתו של העיזבון ליורשים. הוזה אומר, ליורשים קמו זכויות בעיזבון ברגע המיתה, אף אם גיבושן הסופי של אותן זכויות יהיה בשעת חלוקת העיזבון. ראו ע"א 499/85 **עזבון המנוחה אהובה שפייר נ' מנהל מז שבח חיפה**, פ"ד מד(3) 256, 262. יצוין כי לענייננו, אין נפקא מנה אם רכשו היורשים זכויות בעזבון או בכל אחד ואחד מנכסי העזבון כחלקם בעיזבון. ראו ג' טדסקי "חלוקת העזבון – הצהרתית או העברתית?" **עיני משפט ז** (תשל"ט-תש"מ) 438.

²⁷ סעיף 2 לחוק. אולם ככלל, הירושה היא על-פי דין זולת אם היא על-פי צוואה.

²⁸ סעיף 10(2) לחוק הירושה וכן סעיף 12. עוד נקבע בסעיף 3(ג) לחוק כי "לענין זכויות הירושה של ילד אין נפקא מינה אם בשעת לידתו היו הוריו נשואים זה לזה, ואם לא". נעיר בהקשר זה כי חוק הירושה מעניק זכויות ירושה גם לילד טבעי - שאינו ילד "חוקי" על-פי משפטו האישי של המוריש. ילדו של מוריש פירושו ילד טבעי, יוצא-ירכו של המוריש, בנו ה"ביולוגי" של המוריש. "ילד" מתפרש בחוק לתיקון דיני משפחה מזונות), תשי"ט-1959, כ"ילד" טבעי, ו"הוריו" הם ההורים הטבעיים של אותו "ילד". ראו ע"א 3077/90 **פלונית (חמדה) נ' פלוני (יתנס)**, פ"ד מט(2) 578, 600. וכן שילה, **לעיל** הערה 16, בע' 52; **שם**, בע' 119-121; שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, לעיל הערה 2, בע' 23-24; א' לבונטין **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, תשי"ז-1957) 21. אכן, בהנחה שיש רישום מדויק בבנק הזרע ו/או בבית-החולים, כי אז מוריש שהותיר אחריו זרע ו/או ביצית בהקפאה מאותו זרע הוא אביו הביולוגי של הילד שייולד מאותו זרע ו/או ביצית מופרית. לפיכך אין מניעה להחיל אותן הוראות גם על הילד הנולד בדרך של הפריה חוץ-גופית.

²⁹ **שם**, סעיף 3(א). נעיר כי הכושר לרשת של מי שנולד בתוך שלוש מאות הימים לאחר מות המוריש אינו מתייחס רק למי שנולד לאלמנתו של המוריש בתוך תקופה זו, אלא לכל יורש על-פי דין. כך, למשל, בנו של מוריש שנפטר לפני המוריש, והותיר אשה בהיריון שילדה בתוך שלוש מאות יום ממות המוריש, הנכד כשיר לרשת את סבו. ראו סעיף 14 לחוק הירושה.

במילים אחרות, זכויותיו של היורש קמות ועולות בעת פטירת המוריש³⁰ למי שהיה בחיים באותו זמן.³¹ כלומר, הושווה דינו של מי שנולד בתוך שלוש מאות יום לאחר מות המוריש לדינו של מי שהיה בחיים במות המוריש, זולת אם הוכח שהורתו היתה אחרי-כן.³²

המחוקק מביע איפוא בהוראות אלה, בלשון שאינה משתמעת לשני פנים, את רצונו שלא יהיה ניתן להוריש למי שטרם נולד בעת פטירת המוריש או למי שטרם החלה הורתו בעת הפטירה.³³ הווה אומר, מי שהחלה הורתו קודם פטירתו של המוריש זכאי לרשת אותו גם אם לא היה בחיים במות המוריש.³⁴ ההיגיון העומד ביסוד הוראה זו הוא מעבר הירושה ליורשים כרגע הפטירה, שאם יוכל לזכות בירושה גם מי שאינו בחיים במות המוריש, אי-אפשר שהירושה תעבור ליורשים בשעת הפטירה, שהרי חלקם טרם נולדו.

הדעת נותנת כי בית-המשפט לא צפה את השתכללות הטכנולוגיה הרפואית בכל הקשור להתערבות הרפואית בתהליך ההולדה והשלכותיה על דיני הירושה. סביר להניח שבית-המשפט לא צפה, ולא היה יכול לצפות, כי אפשר שלא תהיה זהות בין המועד של תחילת החיים למועד של תחילת ההיריון. ברם, משהתקדמות הטכנולוגית בתחום הרפואה מאששת הבחנה זו, על המחוקק לקבוע את עמדתו ביחס לשתי שאלות השלובות זו בזו: השאלה האחת, אימתי מתחילים חיי היורש המכשירים אותו לרשת כדי להחשיבו בחיים במות המוריש? השאלה האחרת, אימתי מתחילה הורתו של אדם המזכה אותו בירושה אף שלא היה בעולם בפטירת המוריש?

לכאורה, התשובות ברורות: חיי אדם מתחילים מגמר לידתו של אדם,³⁵ והורתו של אדם מרגע ההפריה. ולא היא. המחוקק רצה כי עזבונו של אדם יחולק, ככל שהדבר ניתן, ליוצאי-חלציו גם אם טרם יצאו לאוויר העולם בשעת פטירתו, אך עתידים להיוולד סמוך לאחר מותו. הפיקציה כי "מי שנולד תוך 300 יום ממות

³⁰ ראו הצעת חוק הירושה, תשי"ב-1952, ולפיה מות המוריש היא העובדה המרכזית בדיני הירושה. ע"א 212/78 פלד נ' מ"י, פ"ד לג(1) 540, 545; ע"א 6283/97 אלכסנדרוב יאניקה נ' מ"י, תק-על, כרך 212(2)98.

³¹ ע"א 108/86 עזבון לויט ראובן ז"ל נ' אלקה קרמרסקי, פ"ד (מ) 670.

³² ע"א 172/78, לעיל הערה 18, בע' 27.

³³ שם. ההדגשה שלי. ראו שילה, לעיל הערה 16, בע' 49.

³⁴ כאן המקום להעיר כי המחוקק, ובעקבותיו בית-המשפט, מצמצמים את תחולת המבחן הביולוגי בין יילוד לאביו (יחסי הורה-ילד) כמכשירים את הילד לרשת את הוריו לתחום שלוש מאות הימים. אם נתקבל הצעתנו, יש לאמץ את המבחן הביולוגי וליתן לו משקל בעת מתן צו הירושה.

³⁵ סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית).

המוריש נחשב כחי לענין הירושה³⁶ שיקפה גישה ליברלית מסוימת של המחוקק. אולם גישה זו נהפכה לנטל ככל שהשתכללה טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית. הווה אומר, משניתן לקיים חיי עובר מחוץ לרחם האשה, איבדה מגבלת שלוש מאות הימים את משמעותה, ואין היא עוד אלא קביעה שרירותית.

אכן, על המחוקק לקבוע את המועד, כהגדרת בית-המשפט, בו הוחל בהורותו של הילד: האם היא זה בעת מתן ההסכמה על-ידי בני-הזוג לתחילת הטיפול? עם השגת ההפריה? או שמא אין היריון יכול להתחיל על-פי הגדרה שלא בגוף אשה. לכן, רק משהשתרשה הביצית המופרית ברחם אשה, שהוא מועד תחילת ההיריון על-פי הגדרה רפואית,³⁷ מתחילה הורותו של הילד גם מבחינה משפטית. דא עקא, אם נקבל את ההגדרה האחרונה, לאמור, הורותו של אדם מתחילה עם השתרשות הביצית המופרית ברחם, הייתכן שעל-אף קיומו של עובר בהקפאה, טרם הוחל בהורותו של הילד?³⁸

איננו סבורים שמערכת המשפט מחויבת בדיני הירושה להגדרות הרפואיות.³⁹ לפיכך, אין ההגדרות המשפטיות צריכות לחפוף בהכרח את ההגדרות הרפואיות ע"מ לקבוע כי תחילת החיים במועד ההפריה. הוא הדין ביחס לתחילת ההיריון. הישות הנוצרת מהמפגש בין תאי המין היא עובר על-פי ההגדרה הרפואית (Pre-embryo). הדעה השלטת בפסיקה היא כי עובר זה הנוצר כתוצאה מהפריית הביצית מחוץ לרחם אינו ראוי להגנה מפני המשך התפתחותו.⁴⁰ האם משום כך אין אותה ישות זכאית לרשת כאשר יוחלט לממש את זכותה להיולד? הוא הדין ביחס להגדרת ההיריון ותחילת הורותו של אדם. תנאי הכרחי להמשך ההתפתחות לקראת לידת חי הוא השתרשות הביצית ברחם אשה. כל עוד לא הוכנס הרחם המלאכותי לשימוש, ההיריון מתחיל על-פי אותן הגדרות במועד השתרשותה של הביצית המופרית ברחם. יש מניעה להחשיב את הביצית המופרית כתחילת היריון כדי לרכוש זכויות בעיזבון שהותירו בעלי תאי המין במותם? אשר על-כן, די במועד ההפריה לקבוע את כשירות הירושה של היילוד, במגבלות שיפורטו בהמשך: כי

³⁶ סעיף 3(ב) לחוק הירושה. וראו לעיל הערה 11.

³⁷ ראו: M.L. Pernoll & R.C. Benson *Current Obstetric & Gynecologic Diagnosis & Treatment* 1987 (California, 1987) 161.

³⁸ נעיר כי אף שנראה לנו שקיימת סתירה לוגית בטיעון זה, הרי שמבחינה משפטית אין מניעה לקבוע, קביעה שאיננו שותפים לה, שההיריון מתחיל עם השתרשות הביצית ברחם, והביצית המופרית אינה ישות משפטית בעלת מעמד כלשהו בדין, למעט פוטנציאל לילד.

³⁹ כך, לדוגמה, סעיף 16 לחוק הירושה קובע כי ילד מאומץ יורש את הוריו המאמצים אף שאין ביניהם קשר דם.

⁴⁰ ע"א 5587/93; דנ"א 2401/95, לעיל הערה 14.

יילוד שהיה כמות המוריש בשלב שלאחר מועד ההפריה, קרי, בשלב הביצית המופרית, זכאי לרשת את המוריש.⁴¹

בדרך זו אנו מרחיבים את מעגל הכשרים לרשת על-ידי הפרשנות המרחיבה של ההיגד "היה בחיים". הכשרות לרשת נרכשת עוד לפני גמר הלידה, ובלבד שהיורש- בכוח הולדה בעת פטירת המוריש, גם אם נולד לאחר עבור שלוש מאות יום ממות המוריש. ולפי שעובר ברחם אימו הוא ישות הקיימת בשעת פטירת המוריש – בדין שיירשנו.

ד. האם הביצית המופרית תיחשב לעובר במות המוריש?

דומה כי התשובה נגזרת מפרשנות ההיגד "היה בחיים". לכן יש לברר את מהותה של דרישת המחוקק כי היורש יהיה בחיים במות המוריש. האם די בקיום פסי במות המוריש לרכוש את הכושר לרשת, או שמא נדרשים חיים אנושיים כדי להכליל את היילוד במעגל היורשים? נפקא מינה אם במות המוריש מצויה ביצית מופרית בהקפאה. שאם נאמץ פרשנות דווקנית, שרק מי שחייו הם חיים אנושיים במות המוריש זכאי לרשתו, כי אז אין לביצית המופרית חיים אנושיים. אך אם נאמץ פרשנות מרחיבה, גם מי שהיה במות המוריש בשלבי התפתחותו לקראת חיים אנושיים - יירשנו, והנולד מביצית מופרית שהיתה בהקפאה במות המוריש ממלאת אחר דרישה זו.

כבר נתבאר כי אין בספר החוקים הישראלי הגדרה של היריון,⁴² מתי הוא מתחיל. אין גם התייחסות לגיל ההיריון.⁴³ הוא הדין ביחס לעובר: המחוקק אינו מגדיר מהו עובר ומתי מתחילים חייו.⁴⁴ אומנם, בפסיקה נקבע כי עובר אינו בכלל אדם,⁴⁵ אך הגדרה פוזיטיבית המתייחסת לזהותו ו/או אישיותו המשפטית של העובר לא מצאנו.

⁴¹ בכך איננו קובעים דבר לעניין מעמדה המשפטי של הביצית המופרית. על מעמדה של הביצית המופרית והתוצאות המשפטיות הנוספות בדין, ראו גרין, לעיל הערה 2, בע' 117.

⁴² ראו שמגר, לעיל הערה 3.

⁴³ שם.

⁴⁴ אומנם, בסעיף 1 לחוק הכשרות נקבע כי הכשרות לזכויות וחובות מתחילה מגמר הלידה, אך אין בכך נקיטת עמדה ביחס לתחילת החיים.

⁴⁵ ראו שמגר, לעיל הערה 3; ת"א (ת"א) 290/78 כהן נ' אוהנה, פס"מ תשל"ט (א) 171; תפ"ח 854/80 מ"י נ' דולברג, פס"מ מ"ז(ב) 466.

ישות משפטית אנושית בעלת זכויות וחובות מוכרת במשפט הישראלי רק מגמר לידה, ללא קשר לגיל ההיריון.⁴⁶

יחד עם זאת, המחוקק מכיר בזכויותיו של עובר, אף שהן מתגבשות בלידתו.⁴⁷ אומנם, לעניין הפסקת התפתחותו של העובר, ההלכה הפסוקה היא שהעובר, כמו גם אביו, חסרי מעמד,⁴⁸ אך כבר קדמנו בית-המשפט המחוזי בהצעה לבחון מחדש הלכה זו ואולי לשנותה.⁴⁹ ברם, כל זה אמור בעובר *שהורה ומתפתח* ברחם אימו ובעת שהמחוקק ובתי-המשפט לא הכירו באפשרות קיומו של טרום-עובר מחוץ לרחם. עתה, משהשתכללה הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פרייה ורבייה וניתן לקיים עובר מחוץ לרחם, אנו סבורים כי יש להחיל אותם דינים החלים על עובר גם על הביצית המופרית.

הרציונל המונח ביסוד גישתנו הוא כי תחילת החיים ברגע ההפריה, ומשכך, ראוי אותו אורגן, קרי, הביצית המופרית, להגנה על חייו. הגדרה זו היא בבחינת פוסטולט. העיקרון של קדושת החיים משתרע גם על השלב העוברי, ובנסיבות העניין אף על השלב הטרומ-עוברי. לפיכך, לעניין זה, דין הביצית המופרית כדין עובר. להשתרשותה ברחם האשה אין משמעות משפטית, שכן, כל הגדרה אחרת תניב תוצאה בלתי-סבירה לפיה עובר מתפתח ללא היריון בשלב כלשהו.⁵⁰ אשר על-כן, השאלה אינה מהי מהות חייה של הביצית המופרית, אלא האם פוטנציאל החיים שבביצית המופרית דיו לייחס לה חיים אנושיים גם לעניין דיני הירושה?

למעשה, שאלת זהותה של הביצית המופרית הוכרעה בפרשת **נחמני**:⁵¹ "אין לביציות המופרות זכות לחיים הראויה להגנה. הביצית המופרית איננה מצויה בשלב שבו ראויה היא להגנה על "חייה", משום שאין בה חיים במובן המקובל של ביטוי זה."⁵² [ההדגשה שלי - י"ג].

⁴⁶ סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית. והשוו לסעיף 308 לחוק העונשין לעניין הריגת אדם. וראו א' בן-דרור, **לעיל** הערה 2; בע' 328.

⁴⁷ ראו סעיף 3(ב) לחוק הירושה; סעיף 57(ד) לאותו חוק; סעיף 78 לפקודת הנזיקין; סעיף 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית.

⁴⁸ ע"א 413/80, **לעיל** הערה 3. וראו עוד כ' שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** (ירושלים, 1995) 503, 511.

⁴⁹ מ"א (ת"א) 3582/93 **שיבק נ' שיבק**, פס"מ נד(1) 81.

⁵⁰ נעיר כי אי-סבירות זו תקפה לטכנולוגיה המצויה כיום בשימוש. אולם אם וכאשר יפתחו המדענים רחם מלאכותי, יצטרכו קביעות אלה להיבחן מחדש.

⁵¹ ע"א 5587/93, **לעיל** הערה 15, בע' 520; ה"פ 599/92, **לעיל** הערה 15, בע' 160.

⁵² ראו גם ד"ח הוועדה הציבורית לבחינת נושא ההפריה החוץ-גופית (ועדת אלוני), המלצות 28-30. כן נראית גישת המחוקק בהתירו השמדת ביציות מופרות כעבור עשר שנים. ראו תקנה 9(א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז-1987 (להלן: תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית)).

עוד קבע בית-המשפט כי אין מקום להכיר בזכות הביצית המופרית כבזכות פוזיטיבית המטילה חובה על "הוריה" להמשיך בתהליך שיביא אותה לידי התפתחות חיי אנוש, ואין למדינה אינטרס להגן על "חיייה" על-ידי כפיית אחד מתורמי המטען הגנטי להמשך התהליך.⁵³ אף-על-פי-כן ובכל הכבוד הראוי, איננו שותפים לדעה זו. אומנם, בדיון הנוסף השופטת שטרסברג-כהן חוזרת על עמדה זו "כי אין מדובר בשימור חיים קיימים, אלא בקידום פוטנציאל של חיים".⁵⁴ הסכים עימה השופט טירקל שיש לראות בביצית המופרית "חיים" – או "פוטנציאל חיים".⁵⁵ אך כפי שהגדיר השופט קדמי, "הפריית הביצית אינה סתם שלב משלבי התפתחותו של העובר, אלא היא המעשה היוצר אותו, וההופך את הביצית והזרעון ל'ישות חדשה', משולבת משני הגופים שיצרו אותה, שאינה ניתנת שוב להפרדה".⁵⁶ אם רואים את תהליך ההולדה כמכלול מרגע ההפריה ו"יצירתה" של הישות החדשה, הרי שזכותה של אותה ישות להיוולד. ניתן לשלול זכות זו רק לתכלית ראויה, כגון סיכון חיייה של נושאת ההיריון או העובר העתיד להיוולד מאותה ישות. אולם, גם אם היינו משתכנעים כי אין להגן על הביצית המופרית מפני השמדתה, אין בכך כדי לשלול ממנה את הכושר לרשת אם וכאשר תופשר ותוחדר לרחם אשה. על אחת כמה וכמה כאשר אנו סבורים כי יש להגן עליה מפני השמדתה.⁵⁷ הימצאותה בעולם של אותה ישות חדשה במות המוריש די בה להקנות לה את הכשירות לרשת.

⁵³ יצוין כי בית-המשפט מכריע במעמדה של הביצית המופרית לעניין הגנה על "חיייה", אך משאיר בצ"ע את השאלה בדבר זכותן של ביציות מופרות להגנה מפני מניפולציות גנטיות ומפני סחר בהן וכיוצא בזה. לשאלה אם סעיפים 2 ו-41 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקנים הגנה על חיי אדם, מקנים גם הגנה על חיי עובר, ראו ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיונים בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו" הפרקליט, ספר היובל, 9.

⁵⁴ דנ"א 2401/95, לעיל הערה 15, בע' 693.

⁵⁵ שם, בע' 734.

⁵⁶ שם, בע' 733. ההדגשה אינה במקור.

⁵⁷ כאן המקום להעיר כי לדעתנו, כאשר אותה ישות (= הביצית המופרית) נוצרת במטרה מוצהרת להעמיד צאצא, היא לא רק ראויה להגנת הדין מפני השמדתה, אלא היא רוכשת את הזכות להיוולד מרגע היווצרה. הביצית המופרית היא ישות פיסית, בעלת נוכחות כאן ועכשיו, ויש בה את הכושר להתפתח לעובר ולילד. היא מהווה חוליה בשרשרת ההתפתחות של העובר. ההיריון הוא תהליך שראשיתו בהפריה וסופו בלידה. כל שלב בהתפתחות ההיריון מותנה בסיום התפתחותו של השלב הקודם לו. אשר על-כן, מרגע ההפריה ענייננו במאזן הסתברויות בתהליך של התפתחות ההיריון עד לידת חי, ולא בהגדרת מהותו של עובר. ראו גרין, לעיל הערה 2, בע' 119 ואילך.

ולא זו אף זו, אם ההיגיון העומד ביסוד ההכרה בכשרות העובר לרשת, במגבלות שלוש מאות הימים, הוא כפי שאנו טוענים: *קיומו הפיסי בעולם והפוטנציאל הטמון בו להיוולד*, כי אז גם הביצית המופרית היא ישות קיימת בעלת פוטנציאל להיוולד, אף כי בהסתברות נמוכה יותר. לעניין זה, חיי עובר ברחם אימו שווים לחיי הביצית המופרית לפני השתלתה ברחם. כל הבחנה ביניהם הינה

הבחנה שרירותית במידה רבה. שהרי, אם המבחן הוא מבחן ההתפתחות וההישרדות עד הלידה, מה טעם לשלול מהביצית המופרית את הכושר לרשת כאשר בינה לבין העובר ברחם אימו מפרידים רק סיכויים נמוכים יותר להגיע ללידה? האם תהליך ההפשרה וההחדרה של הביצית לרחם משנים מהותית את קיומה הפיסי בעולם? כלום הגיוני הדבר שייולד לאדם צאצא שאינו יורשו על-פי דין?⁵⁸

אשר על-כן, ההתייחסות לעובר ולכושרו לרשת צריכה להיבחן על-פי מבחן *הקיום הפיסי בעולם והכושר להפתח לילד*. העובדה שהביצית המופרית מצויה מחוץ לרחם אינה משפיעה על עובדת קיומה, אלא על סיכוייה להגיע לסוף ההיריון.

ההיגד "היה בחיים" במות המוריש יתפרש איפוא כהיה בעל פוטנציאל חיים במות המוריש מרגע ההפריה, לרבות בשלב הטרומ-עוברי. למקום הימצאה ולרמת התפתחותה של הביצית המופרית אין נפקות לעניין הכשירות לרשת. על-ידי פרשנות מרחיבה זו יוגמשו ההסדרים המתייחסים לעובר ויוחלו גם על טרום-עובר השמור בהקפאה. תבוטל המגבלה שבסעיף 3(ב) לחוק הירושה בדבר מועד הלידה לאחר מות המוריש. בדרך זו ניתן להתגבר על הקושי בהענקת מעמד משפטי ו/או זכויות וחובות למי שהורה, אך התפתחותו הוקפאה. דא עקא, יש בכך התעלמות מזכויותיהם של בעלי אינטרסים נוספים בעיזבון ובחלוקתו, ולכן יש להוכיח כי באיון בין בעלי האינטרסים בחלוקת העיזבון, הפתרון שאנו מציעים הוא הנכון.

ה. העיזבון וחלוקתו⁵⁹ מאזן אינטרסים

שלושה בעלי אינטרסים בעיזבון ובחלוקתו: הראשון הוא המוריש, בעל האינטרס לשלוט ברכושו גם לאחר מותו. השני הוא היורשים *המצויים בעולם*, שהעיזבון עובר אליהם בשעת מיתת המוריש. האינטרס שלהם הוא חלוקת העיזבון *מוקדם* ככל האפשר. בעל האינטרס השלישי הוא היורשים שטרם באו לעולם, אך *מצויים כשלבי התפתחותם* לקראת בואם לעולם. עניינם: להקפיא את חלוקת העיזבון עד לגמר לידתם.

⁵⁸ סעיף 2 לחוק הירושה.

⁵⁹ "חלוקת עזבון" כאמור בסעיף 107 לחוק הירושה, לאמור, לאחר סילוק כל החובות של העיזבון.

חוק הירושה משקף את האיזון בין ההכרה שיש לכבד את רצון המת לבין צורך להגביל את יכולת המת לשלוט בחיי היורשים.⁶⁰ מחד גיסא, "רעיון העל של חוק הירושה הוא, שיש לתת תוקף לרצון המת. בבסיס הצוואה מונחת ההכרה בזכותו של אדם לשלוט על חלוקת נכסיו לאחר מותו".⁶¹ מאידך גיסא, אי-אפשר שהמת ישלוט בחיים: "הרצון שלא לתת ליד המתה לשלוט בחיים, לאפשר לחיים לעצב חיים כרצונם, לאפשר דינמיות בהעברת נכסים מיד ליד וכיוצא בזה".⁶²

יתר על-כן, חוק הירושה משקף גם את האיזון בין האינטרסים של היורשים השונים. ליורשים שכבר נולדו אינטרסים שיש להגן עליהם ולהתחשב בהם; בראש ובראשונה, אינטרס הוודאות בחלוקת הירושה והאינטרס שכל היורשים יירשו כאותה שעה.⁶³ אינטרסים אלה מבטאים את רצון המחוקק לא להתלות את חלוקת העיזבון לזמן בלתי-מוגבל. הם גם מבטאים את האינטרס של המחוקק לעודד את השמירה על התא המשפחתי החדש שתקים או הקימה האלמנה. הולדת ילד מזרעו של מת שנים לאחר מיתה אינה, בלשון המעטה, מרשם לשמירת התא המשפחתי החדש. החשש כי ייצא שכר החידושים הטכנולוגיים בהפסדם אינו מבוטל; על אחת כמה וכמה אם יש בהם כדי לפגוע בטובת היילוד.⁶⁴ יחד עם זאת, כאשר המחוקק מאפשר שמירת זרע וביצית מופרית בהקפאה עד עשר שנים,⁶⁵ ומשהוכרה הולדה בדרך זו כפרקטיקה מקובלת להעמדת צאצאים, אין מנוס מלהכריע לטובת ההגנה על זכויותיו של היילוד שייולד בדרך זו גם לאחר שלוש מאות הימים ממות אביו.

השתכללות ההתערבות הרפואית בתהליך ההולדה והפיכת ההפריה חוץ-גופית לשיטת טיפול נפוצה, על אחת כמה וכמה הקפאת זרע לפני טיפול הפוגע בפוריות, עלולות לערער איזון זה. לדעתנו, פרשנות מרחיבה המגינה על זכויות הירושה של מי שהוחל בלידתו בדרך של הפריה חוץ-גופית, אפילו ללא הגבלת זמן, אינה סותרת את המדיניות העומדת ביסוד דיני הירושה: לא לאפשר העברת חלקים מהירושה לאנשים שטרם נולדו או *טרם נוצרו* בעת פטירת המוריש.

⁶⁰ השוו בבלי גטין, יד, ב: "מצוה לקיים דברי המת." על משמעותה של מצווה זו, ראו י' רבלין **דיני הירושה במשפט העברי** (1999) 198.

⁶¹ ע"א 122/86 **שפיר נ' קליבנסקי**, פ"ד מד(1) 738, 743. הדברים הובאו בהסכמה בע"א 1182/90 **דורית שחם נ' מרים רוטמן**, פ"ד מו(4) 330, 335.

⁶² ע"א 1182/90, **שם**, 336. נעיר כי אינטרס זה אינו מצטמצם למעגל היורשים בלבד, אלא זה אינטרס חברתי לאפשר יציבות כלכלית וחברתית.

⁶³ סעיף 1 לחוק הירושה.

⁶⁴ בהנחה שטובת הילד משתרעת גם על השלב הטרומ-עוברי.

⁶⁵ תקנה 9 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית).

לפיכך, מחסום הליכי, דהיינו, מועד הלידה, אינו יכול להוות שיקול בקיפוח מי שנוצר – לשיטתנו, *הודה* – במות המוריש.

במתח שבין אינטרס היורשים הקיימים במות המוריש ליטול את חלקם בעיזבון לבין אינטרס המוריש לקבוע מי יזכו בעזבונו והאינטרס של היורש העתיד להיולד מזרעו, הכף נוטה, במגבלות מסוימות, לטובת האחרונים. הפועל היוצא מגישה זו הוא כי בהתנגשות שבין זכותם של היורשים הקיימים ליטול את חלקם בעיזבון מוקדם ככל האפשר לבין זכותו של יורש שהורה ונוצר כי לא ינושל ויודר מחלקו בעיזבון, הכף נוטה לטובת היורש העתידי. אנו בדעה כי גישה זו משקפת את האיזון הראוי בין כוחו של מוריש לשלוט *בזהות היורשים*, אך לא בנכסי העיזבון, לבין חובתם של היורשים לכבד את רצון המוריש ולשתף בירושה יורש אשר טכנולוגית רפואיות האריכו את מועד בואו לעולם.⁶⁶ אין מניעה שעזבונו של מוריש שהותיר אחריו בשעת פטירה ביצית מופרית יחולק מייד, והיילוד העתיד להיולד ייטול את חלקו באמצעות אפוטרופסו.⁶⁷ אם יתברר שהצוות הרפואי לא הצליח להעמיד צאצא מהביצית המופרית או שהביצית הושמדה לאחר התקופה הקבועה לשמירתה, יתקן בית-המשפט את צו הירושה מכוח סמכותו לתקן צו ירושה וצו קיום צוואה.⁶⁸

אולם, כדי לקבוע הסדר זה יש צורך בדרישה מהותית, במקום דרישה הליכית-טכנית. לא עוד מבחן טכני, אלא מבחן מהותי. במקום הדרישה שהיילוד ייולד בתוך שלוש מאות יום ממות המוריש, תבוא דרישה מהותית: *הוכחה ברורה וחד-משמעית כי המוריש התכוון להוליד ילד בדרך זו ושככוונתו היה להקנות לו זכויות בירושה*. כן תידרש הוכחה ברורה כי הביצית המופרית הופרתה מזרעו של המוריש בחייו, והיילוד הוא בנו של המוריש, ולא אדם זר לו הבא לגזול מהיורשים האחרים את חלקם בירושה. אין כל הצדקה לשלול ממי שהוא אונו ובשרו של המוריש ובעל שיוך ומעמד ביולוגי זהה לאחיו היורשים את חלקו בירושה רק משום שגמר את לידתו לאחר שעברו שלוש מאות יום ממות המוריש.

⁶⁶ או נכון יותר לומר שרק טכנולוגיות רפואיות מתקדמות איפשרו את בואו לעולם.

⁶⁷ ולשיטתנו, אם ניתן להחיל על ביצית מופרית את הכללים החלים על העובר, כי אז ניתן למנות לביצית המופרית אפוטרופוס על-פי הוראות סעיף 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית.

⁶⁸ סעיף 72 לחוק הירושה. על סמכות בית-המשפט, מועד הגשת הבקשה לתיקון וההשלכות של תיקון הצו, ראו ע"א 601/88 *עובון המנוח מיכאל רודה נ' רודה שרייבר*, פ"ד מז(2) 441, 459.

ו. סוף-דבר

מטרתו של מאמר זה היתה לבחון את השלכותיה המשפטיות של טכנולוגיית ההפריה החוץ-גופית על מעמד יורשיו של אדם שהותיר במותו זרע ו/או ביצית מופרית בהקפאה. האם עובדת ההתמשכות של ההיריון מעבר לארבעים ושלושה שבועות שוללת ממי שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש את חלקו בירושה, אף שבשעת מיתה היה בשלב התפתחות ראשוני והוא כוחו ואונו של המוריש?

דומה כי אין מנוס מלהשיב בשלילה. אין הצדק להדיר יילוד שנולד בדרך של הפריה חוץ-גופית מחלקו בירושת המוריש רק משום שנולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש. יש להשתחרר מדפוסי החשיבה שהורגלנו בהם, ולהתאים את החוקים למציאות המשתנה. היכולת לקיים את הזרע ולשמר את הביצית המופרית קודם החדרתה לרחם והתפתחותה שם מוליכה למסקנה שיש לראות בביצית המופרית ישות קיימת בעולם במות המוריש וכמי שהיתה בחיים במיתת המוריש. הביצית המופרית היא תחילת ההיריון גם אם היא מצויה מחוץ לרחם. פוטנציאל החיים שבה דיו לזכות את היילוד שיבוא לעולם לאחר הפשרתה והחדרתה לרחם האשה, דיו לזכות את היילוד בחלקו בעיזבון באופן בלתי-תלוי במועד היוולדו. כשירות לרשת אינה מצריכה חיים אנושיים בשעת פטירת המוריש. די בקיום הפיסי. איננו רואים כל הצדקה לשלול מהיילוד שייולד מהביצית המופרית את זכותו בירושה גם אם ייולד לאחר שלוש מאות יום ממות המוריש. כל זאת כפוף להוכחה ברורה וחד-משמעית כי המוריש התכוון בתחילת הטיפול להוליד ילד שיוקנו לו זכויות ירושה גם אם ימצא במות המוריש בשלב הטרום-עוברי.

מוצע איפוא ליתן פרשנות מרחיבה להיגד "היה בחיים", ולהגדירו ככולל גם את מי שהיה במות המוריש בשלבי התפתחותו הראשוניים, לרבות מחוץ לרחם. אפשר שלפי פרשנות מרחיבה מאוד יכלול בהגדרה זו גם מי שהיה במות המוריש בשלב הזרעי, ובלבד שהכוונה בהפקדת הזרע היתה להעמיד צאצאים באופן בלתי תלוי במצבו של מפקיד הזרע. בכך נייתר את הצורך בפיקציה הקבועה בסעיף 3(ב) לחוק הירושה. הגדרה זו תהיה בבחינת פוסטולט ככל הגדרה אחרת ביחס לתחילת החיים. תהיה זו קביעה עקרונית שאינה צריכה הנמקה, ולו מן הטעם שכל הגדרה וכל קביעה בנידון דידן ניתן לחלוק עליה ולערער על תקפותה.

המציאות המתחדשת והטכנולוגיה המתקדמת בתהליכי פרייה ורבייה מחייבים את תיקון חוק הירושה על-ידי הרחבת מעגל היורשים הביולוגיים. היכולת להעמיד צאצאים ביולוגיים חודשים ושנים לאחר פטירתו של תורם הזרע מניעה אותנו להציע לתקן את סעיף 3(א) לחוק הירושה באופן שההיגד "שהיה בחיים" יכלול, לכל הפחות, ביצית מופרית, גם אם טרם השתרשה ברחם. כן מוצע לתקן את סעיף 3(ב) באחת משלוש דרכים, ואולי יותר: להשמיט את ההגבלה של שלוש מאות הימים על-ידי ביטול הסעיף והרחבת ההגדרה של ההיגד "היה בחיים"; או להשאיר

את חזקת שלוש מאות הימים ולהתיר סתירה דו-סטריית; או לכתוב במפורש כי מי שנולד בדרך של הפריה חוץ-גופית או שנולד מזרע שהושאר בהקפאה לפני טיפול, ואבהות המוריש הוכחה, דינו כדין מי שהיה בחיים במות המוריש.

אין ספק כי הטכנולוגיה החדשה בתחומי פרייה ורבייה יוצרת מציאות שלא שיערוה חכמי המשפט. הבעיות המשפטיות ששיטות הטיפול החדשות מעוררות רבות ומגוונות. אנו משוכנעים שאין בתיקון המוצע פגיעה כלשהי בעקרונות המשפט, אך יש בו חיזוק של מוסד המשפחה, שמירה על יציבותו בעידן הרפואה המתקדמת והגנה על זכויות הילד.