

## ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים

יוסי גריין\*

### ראשית דבר

פרק ראשון: ההולדה לאחר מיתה: על טכנולוגיה ומשפט

- א. על טכנולוגיות ההולדה שלא בדרך הטבע
- ב. הולדה לאחר מיתה מהי?
- ג. הולדה לאחר מיתה: הבעיות המשפטיות

פרק שני: הולדה לאחר מיתה: המסגרת הנורמטיבית

- א. ההסדר המשפטי הנוהג בארץ
- ב. סקירת הפסיקה
- ג. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

פרק שלישי: הורות ומיתה: האם לאדם הזכות להעמיד צאצאים לאחר מותו?

- א. הזכות להיות הורה: מקורה, מהותה והיקפה
- א.1 הזכות ומקורה

- א.2 על הזכות להרות בדרך של הפריה חוץ-גופית
- א.3 על הורות, מיתה וכבוד המת

א.1.3 האם משתרעת הזכות להורות גם לאחר מיתה?

א.2.3 האם ליילד עובר מנושאת הריון שנפטרה?

ב. על יצירת ההריון לאחר מיתה

ב.1 יצירת הריון מתאי רבייה שהוקפאו לפני מיתה: ההסדר החוקי

ב.2 יצירת הריון מזרע שניטל סמוך לאחר המיתה

ב.1.2 על נטילת זרע מן המת – היבט רפואי

ב.2.2 נטילת זרע לאחר מיתה, כבוד המת והחוק

ב.3.2 האם ניתן לייחס למת "רצון משוער" להעמיד צאצאים לאחר מיתה?

ג. למי הבעלות על תאי רבייה בהקפאה?

פרק רביעי: הולדה לאחר מיתה: היבטים משפטיים

א. הערות מבוא

ב. היחס הורה-ילד: יציר הביולוגיה או יציר המשפט?

ג. האם מתייחס ילד שנולד לאחר מיתה למולידו המת?

---

\* ד"ר, מרצה בכיר, ראש המרכז למשפט ורפואה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. שלמי תודה לחברי ד"ר ישראל צבי גילת, עורך המשנה של כרך זה, על הערותיו ותרומתו למאמר זה. כמו כן נתונה תודתי לגב' פרסמן ורדה על עזרתה הרבה באיסוף החומר למאמר זה.

- ד. האין טובת היילוד שלא להיוולד לאחר מיתה מאיינת את ה"רצון המשוער" להולידו?  
 1. האם משתרעת טובת הילד על השלב שלפני הלידה?  
 2. "טובת הילד", מהי?  
 ה. זכויות הילד שנוולד לאחר מיתה  
 1. ירושה ומזונות כחלק מזכויות הילד  
 2. על הזכות לירושה  
 3. על הזכות למזונות  
 פרק חמישי: האם הולדה לאחר מיתה נוגדת את תקנת הציבור?  
 א. התא המשפחתי המסורתי כערך  
 ב. תקנת הציבור מהי?  
 ג. דיון: הילכו תקנת הציבור והולדה לאחר מיתה יחדיו?  
 פרק ששי: הולדה לאחר מיתה בפסיקה הזרה בקצירת האומר  
 סוף דבר

### א. ראשית דבר

"זעקת הדממה של חנה ה'מדברת על-לבה רק שפתיה נעות וקולה לא ישמע' (שמואל א, א, י"ג) ומתפללת 'אל-הנער הזה' (שמואל א, א, כז), ודברים אין ספור בספרות שלנו ושל עמים אחרים, הם ביטוי מרשים של עוצמתה של הכמיהה לילד, שאין עזה ממנה. בכמיהה זאת מקופל רצונו של האדם להמשיך דרך צאצאיו את הקיום, הפיזי והרוחני, שלו, של משפחתו ואף של עמו. בה טמונה שאיפתו להגשים את עצמו ואף לממש את חלומותיו שלא נתגשמו. בה אצורה אהבתו לצאצאיו, אלה שנוולדו ואלה שטרם נולדו; אהבה של 'מי-יתן מותי אני תחתיך' (שמואל ב, י"ט, א), הגוברת על תשוקת החיים שלו עצמו".<sup>1</sup>

דברים אלה של השופט טירקל בפסק דינו בפרשת נחמני משקפים, בהבדל אחד, את הדילמה נשוא מאמר זה. קולו של בן הזוג הנותר בחיים או קרוביו של מי שנפטר לבית עולמו נשמע באוזני הרופא והשופט. רועם הוא הקול בעוצמתו: אנא אפשרו לי לממש את זכותי להורות, זכות שהיא לי כחובה, להקים שם למי שקשרתי עמו את חיי ואהבתי, קשר שנגדע באיבו; אנא אפשרו לנו להקים שם לאהובנו המת. אכן, קשה היא ההחלטה. מחד גיסא, השתכללה טכנולוגיה ההפריה החוץ גופית עד כדי יכולת להעמיד צאצאים גם למי שכבר אינו בעולם. ההתקדמות הרפואית בשטח הפיריון מאפשרת לפצל בין יצירת ההריון ליחסי אישות, כך שמותו של אדם איננו פוגע ביכולתו של בן הזוג הנותר בחיים להעמיד, בעזרה רפואית, צאצא משותף לו ולמת. מאידך גיסא, טכנולוגיה מתקדמת זו, בדומה לרבות אחרות, מוחקת את הגבולות הבטוחים ומטשטשת את הדרכים הסלולות בהן הלכו המדען, הרופא והמשפטן ותחומים מוגדרים היו למרחבים פתוחים ומפחידים. נוצר מתח, ואולי

1 דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פד"י נ(4) 661, 737.

גם קרע, בין הישגי המדע והרפואה לבין הערכים שהתפתחו במשך ההיסטוריה האנושית.<sup>2</sup>

בקשות של בנות זוג ליטול זרע מבן זוגן המת, סמוך לאחר מותו כדי להפרותן הונחו על שולחן בתי המשפט בארץ ובעולם. אלמנות וחברות עתרו לבית המשפט לקבל לידיהן לצורך הפריה את זרעו של בן זוגן המת שהופקד בבנק הזרע בחייו.<sup>3</sup> בתי המשפט נתבקשו לקבוע את מעמדם של ילדים שנולדו לאחר מות הוריהם,<sup>4</sup> ואף להכריע בבקשות של רופאים ליילד נשים הרות לאחר מותן בניגוד לרצון בני זוגן.<sup>5</sup> ברוב המקרים הכריעו בתי המשפט,<sup>6</sup> אך יש שהסתיימו בפשרה<sup>7</sup> ויש התלויים ועומדים.<sup>8</sup> עם זאת, קשה להצביע על מדיניות משפטית ברורה ועל הלכה מחייבת כל עוד לא נדרש בית המשפט העליון לכך. קשה שבעתיים כיון שהמחוקק טרם אמר את דברו בענין בצורה הברורה. אמנם, היועץ המשפטי לממשלה פירסם הנחיות בענין זה,<sup>9</sup> אך הותיר את ההכרעה בידי בית המשפט. הצורך בהבהרת המצב המשפטי הוא, איפוא, כורח המציאות אף שאין בכך כדי למצות את הדיון בסוגיה מורכבת זו.<sup>10</sup>

הכמיהה לילדים טבועה בנפש האדם. "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי" מתריסה רחל ביעקב.<sup>11</sup> כמיהה זו היא איננה חולפת עם פירוקו של התא המשפחתי בשל מותו של אחד מבני הזוג. אפשר שאף תגבר נוכח רצונו של בן הזוג הנותר להקים שם לנפטר ולממש את רצונם המשותף בילד, רצון שנקטע במיתה. רחל נענית ככעס: "התחת אלקים אני כי מנע ממך פרי בטן"<sup>12</sup>, יעקב ננזף על ידי האל: "כך עונית את המעיקות?"<sup>13</sup>. אף

- 2 י' טירקל, "תיקון הלב", הפרקליט מ (תשנ"א), 34.
- 3 ה"פ (תל אביב – יפו) 1922/96 פלונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ואח' (לא פורסם).  
*R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood* [1997] 2 All ER 687  
35 BMLR 1 CA (1997).
- 4 תמ"ש 18120/02 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם); *L. Woodward v. Commissioner of Social Security*, 435 Mass. 536 (2002).
- 5 מ"א (י"ם) 38/89 ביה"ח הדסה נ' חיים ממון, פורסם באסיא מט-נ (תמוז תש"ן) 96; מ"א (י"ם) 103/92 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פורסם באסיא סה-סו (אלול תשנ"ט) 13.
- 6 ה"פ (תל אביב – יפו) 10440/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם); תמ"ש 11870/03 י"ש נ' מדינת ישראל (טרם פורסם); מ"א (י"ם) 38/89, לעיל הערה קודמת; מ"א (י"ם) 103/92, הערה קודמת.
- 7 ה"פ (חיפה) 429/96 פלונית נ' בנק הזרע שליד בית החולים רמב"ם (לא פורסם).
- 8 בש"א 1130/01 פלוני נ' בית החולים רמב"ם (לא פורסם).
- 9 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 1.2202 מיום א' חשון ה'תשס"ד (27 אוקטובר 2003) (להלן – "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה").
- 10 להיבטים ההלכתיים הכרוכים בהולדה לאחר המיתה, ראו י' גרין, "ואתם פרו ורבו (בראשית א, כח), גם לאחר מיתה? הרהורים על ההולדה לאחר מיתה בדין העברי", מאזני משפט ג (תשס"ג-תשס"ד) 119.
- 11 בראשית ל, א. רחל היתה אחת משבע נשים עקרות המוזכרות במקרא. ראו, פסיקתא דרב כהנא (מנדלבוים) פרשה כ, ד"ה: "מושיבי עקרת הבית".
- 12 שם.
- 13 הסבר על נזיפת האל ביעקב ראו רמב"ן, בראשית ל, א. כדי להבין עד כמה הקשתה העקרות על

כי במקורותינו נחשב דו שיח זה בין בני זוג אוהבים לחריג, אך אין ספק כי הוא משקף את מצוקת העקר החשוב כמת<sup>14</sup>, כמו גם את מצוקת בן זוגו<sup>15</sup>. העקרות נתפסה ביהדות כנוגדת את הטבע האנושי<sup>16</sup>. לכן, אפריורי, יש בהשתכללות הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פריה ורבייה ברכה גדולה לזוגות הסובלים מבעיות פוריות. דא עקא, הקידמה המדעית מחייבת עובר ליישומה פתרונות לבעיות המשפטיות, ההלכתיות, המוסריות, הפסיכולוגיות, החברתיות והכלכליות שהיא מעוררת, בעיות שהן מן הקשות והמורכבות ביותר הנוגעות במישרין בעצב החשוף של ההווה האנושית. רובן המכריע של הסוגיות המשפטיות קשורות מטבען בחיים, אך יש עניינים התוקפים את הבעייתיות של קיומנו האנושי באופן חזיתי, במרכז ולא בעקיפין<sup>17</sup>. כשם שהחברה ומערכת המשפט שואלות את עצמן יותר ויותר אם להאריך חיים בכל מחיר, עליהן לשאול את עצמן אם ליצור חיים בכל מחיר. אין התשובה לשאלה זו יכולה להיוותר בתחום המשפטי הצר והפורמלי, "שאינן מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוקה היא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתרה; נשמה זו תמצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות"<sup>18</sup>. "יוצרי החיים" הם בני זוג המרכיבים בדרך כלל תא משפחתי בסיסי. הרכבו של תא ראשוני זה של החברה הוא אב, אם וילדיהם. אלה נולדים על פי רוב בדרך הטבע, אך לעתים נזקקים בני הזוג לעזרת הרופאים ואף לעזרתם של תורמי תאי רבייה (=זרע או ביצית). זכות בני הזוג לאוטונומיה ולעיצוב חייהם כראות עיניהם אינה נתונה במחלוקת. גם לא זכותם להחליט על מעשיהם ולפעול על פי בחירתם. זכויות אלה,

מערכת היחסים בין רחל ליעקב כפי שעולה מחילופי הדברים ביניהם, ראוי להשוות את תשובתו של יעקב לזו שהשיב אלקנה לחנה במצב דומה: "הלא אנכי טוב לך משבעה בנים" (שמואל א, א). על הכמיהה לילדים ראו עוד דנ"א 2401/95 לעיל, ליד הערה 1, בעמ' 736.

14 עבודה זרה ה, א; נדרים סד, ב.

15 ראו לענין זה, ח' גילא-גינור, "מטיפולי הפריה אל המשפחה", בתוך: ש' אלמוג וא' בן זאב, הריון מסוג אחר (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996), 69; ר' לוי-שיף וט' הנמן, "היבטים פסיכולוגיים של התמודדות גברים עם קשיי פוריות", שם, 91.

16 ראו ברכות לא, ב: "וחנה היא מדברת על לבה. אמר רבי אליעזר משום רבי יוסי בן זמרא: על עסקי לבה. אמרה לפניו: ריבוננו של עולם, כל מה שבראת באשה לא בראת דבר אחד לבטלה, עינים לראות ואזנים לשמוע, חוטם להריח פה לדבר ידים לעשות בהם מלאכה, רגלים להלך בהם, דדים להניק בהם. דדים הללו שנתת על לבי, למה, לא להניק בהן? תן לי בן ואניק בהן". מעניינת במיוחד ההשוואה שמצינו במדרש בין אכילה ושתיה שהם צורך טבעי להולדה שאף היא צורך טבעי. וכך מסופר במדרש (ילקוט שמעוני, ח"ב, רמז): "אמרה חנה לפני הקב"ה: רבוננו של עולם, יש צבא למעלה ויש צבא למטה. הצבא של מעלה לא אוכלים ולא שותים ולא פרים ולא רבים ולא מתים אלא חיים לעולם ועד, והצבא של מטה אוכלים ושותים ופרים ורבים ומתים ואינם חיים, איני יודעת מאיזה צבא אני, אם מצבא של מעלה אני, לא אהא ולא אוכלת ולא שותה ולא מולידה ולא מתה אלא חיה לעולם, ואם מצבא של מטה אנכי, אהא מולידה ואוכלת ושותה".

17 מ' שמגר, "סוגיות בנושאי הפריה ולידה", הפרקליט לט (תש"ן-ג"א) 21.

18 ע"א 391/80 מירה ומיכאל לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פד"י לח(2) 237, 247. הובאו הדברים בהסכמה בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פד"י מט(1) 485, 494.

הנגזרות מזכות האדם לפרטיות, הוכרו ומוגנות במשפט הישראלי<sup>19</sup>. אף על פי כן, אין הזכות לאוטונומיה חזות הכל ואין היא עדיפה, בכל מצב ובכל תנאי, על כל זכות אחרת המתנגשת עמה.

התעברות, הריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט. אין המדינה מתערבת בתחום זה אלא מטעמים כבדי משקל, הנעוצים בצורך להגן על זכות הפרט או על אינטרס ציבורי רציני<sup>20</sup>. ואכן, ככלל, ממעטת החברה להתערב בהחלטות התא המשפחתי כל עוד אין החלטות אלה מערערות את הסדר החברתי ויסודות דיני המשפחה. הולדה לאחר מיתה מקימה עילה להתערבות הדין מכמה טעמים: הראשון שבהם, החשש לערעור התא המשפחתי המסורתי כיחידה אורגנית המורכבת מאב, אם וילדיהם. הטעם השני היכול להצדיק את התערבות הדין הוא, חשש לפגיעה אפשרית בטובת הילד העתיד להיוולד ליתמות מתוכננת. הטעם השלישי המחייב התערבות הדין בהולדה נעוץ באי הבהירות אם הזכות להעמיד צאצאים ולתכנן את המשפחה השמורה לכל אדם, עומדת גם לאחר מיתה. ספק אם הזכות להורות, מקנה לבן הזוג הנותר בחיים את הזכות להעמיד צאצאים משותפים דווקא מבן או בת הזוג שנפטר, בין שתאי הרבייה הופקדו לפני המוות ובין שהופקו לאחר הפטירה. למרות יחסיותה של הזכות לחוות הורות, זכותו של בן הזוג הנותר בחיים איננה נפגמת רק בשל פטירת בן זוגו, אך אין היא מקנה לו כדבר מובן מאליו, את הזכות לכפות הורות על מי שאולי לא רצה בה. הזכות להורות מוקנית לכל אדם, לרבות למי שאין לו בן זוג, אך לא בהכרח "עם" אדם שנפטר.

השגת היכולת הרפואית להתערב ולסייע בתהליך ההולדה, איננה מקנה לרופא את החופש לסייע לכל המבקש את עזרתו בהעמדת צאצאים<sup>21</sup>. ההחלטה אם להעמיד צאצא למת לאחר פטירתו יורדת לשורשה של כל שיטת משפט, ועל כן איננה בסמכותם

19 ע"א 2781/93 מיאסה עלי דאקה נ' בית החולים "כרמל", פד"י נג(4) 526, 575; ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פד"י מח(3) 837.

20 ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פד"י לה(3) 57, 81.

21 יוער, כי אין עניינו של חיבור זה בדיון במעמדו, חבותו ואחריותו של הרופא המשתתף ב"יצירת החיים". בכל הקשור להיבט ה"טכני" של יצירת החיים הרופא ניטרלי ביחס לזהותם של תורמי תאי הרבייה, מעמדם המשפטי והקשר המשפטי המתקיים ביניהם. לא כן בנוגע למערכת יחסיו עם המטופלים. אין הרופא יכול וחייב להעתר לכל פניה של מטופל לקבל את שירותיו. המסגרת החוקית היא חלק בלתי נפרד בעבודתו של הרופא, אך אין במסגרת החוקית הפורמלית למצות לכוון ולתחום את הרופא בעשייה הרפואית. הרופא מכפיף את עצמו מרצונו למערכת נורמטיבית נוספת המכוונת את דרכו, היינו למערכת כללי האתיקה הרפואית. לכן, גם אם החוק איננו שולל, ואף מתיר, לבצע פרוצדורה רפואית מסוימת, אין די בכך כדי לחייב את הרופא לבצע אותה (ראו לדוגמא סעיף 318 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין). גם בית המשפט לא יכפה על הרופא לבצע פעולה הנוגדת את מצפונו או שיקול דעתו הרפואי. בית המשפט איננו מחליף את שיקול דעתו בזה של הרופא (ראו המ' 759/92 מרים צדוק נ' בית האלה בע"מ, פס"מ נב(2) 485). עוד על החלטות בית המשפט ושיקול דעת רפואי ראו בג"צ 70/80 ראובן טיבט נ' שר הבריאות, פד"י לח(2) 353.

הבלעדית של הרופא, קרובי המנוח וכל המבקש לעשות שימוש בתאי הרבייה של המת, בין שהופקדו לפני המיתה ובין שהופקו לאחריה. לכן, ראוי כי כל הסדר, בין הסדר המתיר את ההולדה מן המת ובין הסדר האוסר אותה, יעוגן בחקיקה ראשית.

זכותה וחובתה של המדינה להגן על ענייניהם של מי שאינם יכולים להגן על עצמם<sup>22</sup>. הדרך הטובה ביותר היא להלבישה צורה חוקית המשקפת איזון בשתי רמות: ברמה האחת, האישית, ההסדר המוצע צריך להגן על זכותו של כל אחד מבני הזוג לפרטיות, לרבות על זכותו לאי התערבות הדין, בין במישרין ובין בעקיפין, במערכת היחסים בתוך המשפחה. יחד עם זאת, על ההסדר האמור להכיר באינטרס של החברה להגן על עצמה מפני פגיעה בלתי נמנעת במבנה התא המשפחתי הראשוני שלה, ובכלל זה להגן על הילד העתיד להיוולד לתוך אותו התא. ברמה השנייה, הציבורית חברתית, על ההסדר לשקף את האיזון בין האינטרס החברתי בקידום המחקר והידע הרפואי, לאינטרס המחייב לתחום את ההתקדמות המדעית ולהכפיפה למסגרת הנורמות החוקיות והמוסריות המקובלות בחברה. מחקרים בשטח הפוריות, שמטרתם להיטיב עם בני האדם בכלל ועם זוגות המתקשים להעמיד צאצאים בפרט, הם חשובים וראויים לעידוד, אולם היישום והשימוש בטכנולוגיות המתקדמות מצריך שיעשו בזירות מירבית, בהתחשב באינטרסים אחרים, ובעיקר באינטרס של ילודים שלא להביאם לעולם בכל מחיר, ותהא הורתם בדרך אשר תהא<sup>23</sup>.

מטרתו של מאמר זה לבחון את ההיבטים המשפטיים של הולדה יזומה לאחר מותו של המוליד. בשל מורכבותה של ההחלטה אם להתיר העמדת צאצא למת לאחר מותו אם לא, אין ולא יכולה להיות תשובה אחת. שני טעמים בדבר: הטעם האחד, שניתן להעמיד צאצא למת בכמה דרכים. כך למשל, אינה דומה הולדה מזרע שהופקד בבנק הזרע על ידי חולה לפני פטירתו במטרה לשמר את יכולתו להעמיד צאצא ביולוגי אם תיפגע פוריותו במהלך הטיפול, כהרי הולדה מזרע שניטל מאדם סמוך לאחר מותו. כיוצא בזה, אינה דומה הולדה מביצית מופרית שנוצרה והוקפאה לפני מותו של אדם להוצאת עובר מגופה של נפטרת. לכן, התשובה לשאלה אם לאפשר הולדה לאחר לאחרי מיתה, אמורה להיגזר משיקלול מספר גורמים, בהם הנסיבות המיוחדות של המבקשים להתיר את ההולדה, ההסדר המשפטי השורר, אפשרויות הולדה חלופיות וכמות הראיות שבידי המבקשים המוכיחים את רצינות כוונתו של המת בילד לאחר מותו<sup>24</sup>.

הטעם השני, שבתהליך ההולדה "מעורבים" למעשה ארבעה בעלי אינטרסים שיש לאזן ביניהם: המנוח או המנוחה, בן או בת זוגו או שאריו של המת, הילד העתיד להיוולד והחברה, קרי המדינה באמצעות רשויותיה השונות<sup>25</sup>. לכל אחד מהם

22 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן איכר (קטין), פד"י נא(4) 830, 861.

23 ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פד"י מ(2) 85, 96.

24 על עמדת ההלכה ביחס להולדה לאחר מיתה, שאף בה יש להתחשב, ראו גרין, לעיל ליד הערה 10.

25 כאן המקום להעיר כי במונח "חברה" הכוונה לציבור ככלל ולא לסך כל היחידים המרכיבים את

אינטרסים הראויים להגנת הדין. לעתים מתנגשים אינטרסים אלה ולעתים משלימים זה את זה. לפיכך, ברור ההכרעה השיפוטית היא תוצאה של איזון ושיקלול האינטרסים המתחרים. לבושם המשפטי של אינטרסים אלה, אשר להם גם היבטים לבר משפטיים, משקפים את ההכרה בצורך לכבד את האוטונומיה ההורית, את כבוד המת, את ההגנה על הילד העתיד להיוולד, מעמדו וזכויותיו, וכן את האינטרס למנוע פגיעה בתקנת הציבור.

בכל החלטה שהיא פרי איזון בין אינטרסים מתחרים, צפויה נקודת האיזון להשתנות מאדם לאדם, מחברה לחברה ומתקופה לתקופה. לא הרי נקודת האיזון אליה יגיעו השופט ופוסק ההלכה כנקודת האיזון על פי השקפתו של הרופא, ולא הרי התוצאה אליה יגיעו הפסיכולוג והסוציולוג כתוצאה אליה יגיע האתיקן. נקודת האיזון של חברה שמרנית שונה מזו של החברה הליברלית ונקודת ההכרעה של החברה הדתית אינה דומה לזו של החברה החילונית. כל חברה וערכיה, כל חברה והשקפת עולמה. ואף שישתנה המשקל הניתן לאינטרסים המתחרים, הם כשלעצמם, זהים פחות או יותר בכל חברה.

ברקע הדברים, כמובן מאליו, עומדות ארבע הנחות: ההנחה האחת, כי, אף שמערכת המשפט איננה נוטה להתערב בהחלטות התא המשפחתי, היא שולטת בעקרון גם על התא המשפחתי ותכנונו<sup>26</sup>. ההנחה השנייה, היא, כי אין מותו של אחד מההורים פוגמת באפוטרופסותו של האחר על ילדם המשותף<sup>27</sup>. מכאן, שהמיתה כשלעצמה איננה עילה להתערבות הדין באוטונומיה של התא המשפחתי<sup>28</sup>. ההנחה השלישית, היא, כי, במצב

ה"חברה". לחברה במובנה זה יש אינטרסים ברורים הראויים להגנת הדין והם משתקפים לרוב בעמדתו של המחוקק או של הגופים השלטוניים. אולם, אפשר שהאינטרס החברתי ישתקף גם ב"תקנת הציבור". לפיכך, ברור, כי אינני מקבל את דעתו של פרופ' א' כשר הסובר כי "כאשר מוצג טיעון על יסוד טענה כלשהי בדבר "טובת החברה", ראוי שלא לקבל אותו כמו שהוא ולא להלך בשדה המוקשים של התמונות המטעות של "ישות כוללת" או של "הרבים", אלא לדרוש שהטיעון יתורגם מן הלשון של ה"הגנה על טובת החברה" ללשון אחרת, של הגנה על טובתו של אזרח זה או אחר, או על טובתו של כל אזרח הנמנה עם קבוצת אזרחים מסוימת, או על טובתו של כל אזרח, אם במישרין – במונחים של טעמו של כל אזרח הנוגע בדבר – ואם בעקיפין, במונחים של הסדרים ההוגנים הבאים להגן על האזרחים". ראו א' כשר, "יתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת", בתוך: דילמות באתיקה רפואית, ר' כהן-אלמגור עורך (הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ב) 221, 235.

26 ראו סעיף 2 לחוק הנוער (טיפול והשגחה) התש"ך-1960; בסעיפים 27-30 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות); סעיף 5 לחוק גיל הנישואין, התשי"ג-1950; סעיפים 3-5, 13 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן – חוק אימוץ ילדים); סעיפים 2, 5, 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953; סעיפים 313-316 לחוק העונשין; סעיף 2 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1981.

27 סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 (להלן – חוק שיווי זכויות האשה); סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

28 בכפוף להוראות סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה.

המשפטי השורר בארץ, לבית המשפט ענין לענות בסוגיה זו, אף כי ספק בעיני אם הוא הפורום הראוי, בודאי לא היחיד, להכריע בשאלה זו<sup>29</sup>. ההנחה הרביעית, היא, כי זכותו של כל ילד, שהחברה לתוכה הוא צפוי להיוולד, תעשה כל אשר לא ידה כדי להבטיח לו סיכוי לגדול במסגרת משפחתית רגילה, חמה והרמונית, הרוצה להעניק לו את התנאים החומריים והפסיכולוגיים, הדרושים לו לגידולו ולחינוכו, והמסוגלת למלא תפקיד זה בהצלחה<sup>30</sup>.

### פרק ראשון: הולדה לאחר מיתה: על טכנולוגיה ומשפט

#### א. על טכנולוגיות ההולדה שלא בדרך הטבע

צער ושמחה, ציפיה ואכזבה, חרדה ותקווה משמשים בערבוביה משעה שקיבלו בני זוג את ההחלטה להעמיד צאצא ועד צאתו לאור העולם בריא ושלם. הכמיהה, המלווה לעתים בכאב פיזי ונפשי גם יחד, היא מנת חלקם של בני זוג רבים עד להשגת ההריון המיוחל. אולם, לא רק חווית ההריון שנוצר, לעתים "בעמל רב", מלווים את בני הזוג. גם החשש לשלומם הם ולשלום העובר אינם מרפים מהם, על אחת כמה וכמה כאשר אחד מהם לוקה במחלה. אמנם, הכל נשכח ומתגמד לאחר הלידה, אך עד שמאמצת היולדת את הרך הנולד לחיקה, נדרש מהמעורבים בתהליך ההולדה ידע, נסיון, שיקול דעת, אחריות ויכולת קבלת החלטות. בין ההחלטות, ההחלטה על העמדת צאצאים בידיעה כי אחד מבני הזוג לא יזכה לראותו.

אחד ההישגים הגדולים של הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פרייה ורבייה הוא הפיצול בין יצירת הריון ויחסי אישות. עד להכנסתה של טכנולוגית ההפרייה החוץ-גופית כשיטת טיפול, נגזרה עקרות על בני זוג פוריים<sup>31</sup> אשר מסיבות שונות נבצר מהם לקיים

29 ההנחה כי בית המשפט מוסמך להכריע בענין זה, מעוגנת בסמכותו הכללית ליתן סעד (סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). יחד עם זאת, ההכרעה בשאלה זו היא הכרעה ערכית לא פחות ממשפטית, ואף כי בית המשפט איננו מתעלם משיקולי צדק ומוסר (ראו בהרחבה דנ"א 2401/95 לעיל, הערה 1), אפשר כי ההכרעה צריכה להיות בידי ועדת אתיקה שחבריה מומחים מהתחומים הרלבנטיים להחלטה (משפטנים, רופאים, אישי דת, אתיקנים, פסיכולוגים ועובדים סוציאליים). מודע אני לקושי לכנס ועדה מסוג זה, אך למעט ההחלטה בענין שאיבת הזרע מן המת, ובהנחה כי הדבר אפשרי מן הבחינה החוקית (ראו להלן הדיון בסעיפים ב.2.2 ו-ב.2.2 בפרק השלישי) אין דחיפות שתמנע את כינוס הועדה בהרכבה המלא. למותר לציין כי הדבר מחייב עיגון חוקי. על צדק ומשפט ראו עוד ד' הד, "משפט, צדק וצדק מוסרי – עיון נוסף בפרשת נחמני", משפטים כט (תשנ"ח), 507. השוו' גרין, משפט ורפואה (חושן למשפט, תשס"ג), 289.

30 ע"א 522/87 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מא(4) 436, 442.

31 "זוגות פוריים" הם בני זוג שמערכת הרבייה אצלם תקינה. הזכר מייצר זרע תקין והאישה מבייצת ואף מסוגלת לשאת הריון.

יחסי אישות. משהשתכללה יכולתם של הרופאים לסייע בהולדה שלא בדרך הטבע, תחילה בדרך של הזרעה מלאכותית ולאחר מכן בדרך של הפריה חוץ גופית, התאפשר לזוגות אלה להתכרך בילדים. היכולת ליצור את שלבי ההריון הראשונים, על ידי הפרייה הביצית בזרע מחוץ לגוף האישה, הרחיבה את מעגל ההורים על ידי מתן אפשרות גם לזוגות שאינם פוריים, או שאחד מהם איננו פורה, להעמיד צאצאים בעזרת תאי רבייה (זרע או ביצית) מתורמים ובכך לחוות את ההריון והלידה. השתכללות הטכנולוגיה איפשרה גם למי שאיננה יכולה לשאת הריון ללדת את ילדה הביולוגי בעזרתה של אם נושאת (פונדקאית).

כאשר ההתוויה הרפואית היא להולדה בדרך של הזרעה מלאכותית, נותן הבעל זרע, או ניטל ממנו זרע ישירות מן האשך. הזרע מועבר למעבדה, עובר הכנה מתאימה שלאחריה הוא מוחדר ישירות לצוואר הרחם (או לחלל הרחם) כדי להשיג הריון (*In Vivo Fertilization*). הזרע המשמש ליצירת ההריון יכול שיהיה, כאמור, של בן זוגה של נושאת ההריון (*Artificial Insemination From Husband*) ויכול שיהיה מתורם זר (*Artificial Insemination From Donor*).

כאשר האבחנה הרפואית היא כי בני הזוג יכולים להיכנות בדרך של הפריה חוץ-גופית (*In Vitro Fertilization*), נשאבות ביציות מגופה של האישה (לאחר גירוי שחלתי). הביציות מועברות למעבדה, שם הן "מופגשות" עם זרע שניטל מבן הזוג או מבנק הזרע. שתים או שלוש (לכל היותר) מהביציות המופרות שנוצרו מוחזרות כעבור יומיים לגוף האישה והביציות המופרות העודפות נשמרות בהקפאה. אם לא נקלט ההריון, מופשרות שוב שתים או שלוש ביציות מופרות המצויות בהקפאה ומוחזרות (לאחר הכנה מתאימה) לרחמה של האישה וחוזר חלילה עד להשגת ההריון המיוחל. אם האישה איננה מבייצת, היא יכולה להרות מביציות של תורמת<sup>32</sup>.

המאפיין את ההולדה בדרך זו, הוא המעבר לתהליך הולדה אשר ראשיתו בטיפולי הפוריות והפקת תאי הרבייה וסופו בלידה. אם בדרך הטבע נוצר הריון ספונטני לאחר "ארוע חד פעמי" (לרוב, כאשר יחסי האישות מתקיימים סמוך למועד הביוץ), הרי שיצירת ההריון שלא בדרך הטבע הוא תהליך רב שלבי, לעתים ממושך, הכרוך בסבל רב. היכולת המדעית ליצור את תחילת ההריון (או בלשון אחרת ליצור טרום עובר) מחוץ לגוף האישה, הביאה לכך שהרופאים (יחד עם בני הזוג) "שולטים" במידה רבה על הכוונת השלבים השונים בתהליך ההולדה. הרופאים, בשיתוף בני הזוג קובעים את השיטה בה ינסו להשיג את ההריון המיוחל. הם מציינים למטופלים את שלבי הטיפול והשלכותיו גם כדי לעמוד בדרישת החוק לקבל את הסכמתם המודעת

32 סקירה מקיפה אודות הרקע ההסטורי של התהליך ראו, א' לוין וע' ספרן, "הפריה חוץ-גופית – תשנ"ה", אסיא נה (טבת תשנ"ה) 5; א' שטיינברג, אנציקלופדיה הלכתית-רפואית, כרך א, ערך "הזרעה מלאכותית", 148; שם, כרך ב, ערך "הפריה חוץ-גופית", 115 (להלן – "אנציקלופדיה הלכתית-רפואית"); א' לייטמן, "מהו הריון מסוג אחר", בתוך: ש' אלמוג וא' בן זאב, הריון מסוג אחר (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996) 13.

של כל אחד מהם, אך גם כדי להשיג את שיתוף הפעולה ההכרחי להצלחת הטיפול. הם יסבירו להם את הצורך בהשראת הביציות, את המועד הצפוי לשאיבתן, את תהליך השאיבה ומתן הזרע, ביצוע ההפריה במעבדה והחזרת הביציות המופרות לגוף האישה שתשא את ההריון<sup>33</sup>. גם אם כל שלבי הטיפול מתבצעים ללא תקלות, אין ערובה כי ההריון יקלט כבר במחזור הטיפולים הראשון, או גם אם נקלט כי יסתיים בלידת חי, על אחת כמה וכמה כאשר מתעוררות בעיות (רפואיות, פסיכולוגיות ואחרות), כדי להבין כי תהליך ההולדה צפוי להימשך מעבר לתשעה ירחי הלידה המקובלים<sup>34</sup>.

### ב. הולדה לאחר מיתה מהי?

משהשיגו הרופאים את ה"שליטה" על תהליך ההולדה איבד הזמן מחשיבותו בתהליך. ב"שליטת" הרופאים יחד עם בני הזוג, אין הכוונה לשליטה הטכנית על הפעולות הכרוכות ביצירת ההריון, אלא לשליטה ופיקוח על לוח הזמנים המשוער להשגת ההריון, מועד הלידה הצפויה ואופן הלידה. ה"שליטה" יכול שתביא להארכת תקופת הפוריות באופן מלאכותי, ובמידה מסוימת אף הפיכת תהליך ההולדה מקשר אינטימי בין בני הזוג, אשר אווירת קדושה נסוכה בו, לתהליך טכני "קר" ומבוקר.

אכן, ההולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית, הגם שקשה להודות בכך, חסרה את האינטימיות בין בני זוג, לפחות בשלבים הראשונים ביצירת הוולד. אמנם, חוויית ההריון שחווים בני הזוג, אמורה להשלים ולתקן חסר זה, אך התהליך עצמו הוא טכני בעיקרו. כך למשל, אי אפשר להשיג הריון בדרך זו ללא הכנת הרחם לקליטת הזרע או הביצית המופרית, מועד הנקבע על ידי הצוות הרפואי. אי אפשר לשאוב ביציות מגוף האישה אלא לאחר הכנה מתאימה. היכולת ליצור ביציות מופרות, להקפיאם, להפשירם ולהחזירם לרחם אישה, מובילים לכך שדי מן הבחינה הרפואית בתאי רבייה ורחם אישה, כדי להעמיד צאצא בלי קשר למועד בו נאספו תאי הרבייה, לזהותם של תורמי תאים אלה, למעמדם המשפטי ולקשר המשפטי ביניהם וכן לזהותה של נושאת ההריון. לכן, הייתה זו רק שאלה של זמן עד שתעלה הבקשה לאפשר להעמיד

33 תקנה 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז 1987 (להלן – "תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית)").

34 יוער כי התמשכותו של תהליך ההולדה ורב שלביותו, מעוררים קשיים משפטיים לא מבוטלים ביחס להסכמה, מהותה והיקפה. מהאמור בטופס ההסכמה עליו חותמים שני בני הזוג, לא נתבאר האם ההסכמה היא להוליד ילד, היינו, הסכמה מתמשכת מתחילת הטיפול עד ללידה, או שמא ההסכמה ניתנת לשלב הראשון או למחזור הטיפולים הראשון בלבד, וכל פעולה במסגרת מחזור טיפולים חדש מחייב הסכמה מחודשת כעולה, לכאורה, מלשון התקנה ("כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ גופית"). נפקא מינה כאשר אחד מבני הזוג מבקש לחזור בו מההסכמה. ראו ה"פ 599/92 נחמני נ' נחמני, פס"מ נד(1), 142; ע"א 5587/93 לעיל ליד הערה 18; דנ"א 2401/95 לעיל ליד הערה 1. ראו עוד בהרחבה י' גרין, הפריה החוץ-גופית בראי ההסכמה (פרלשטיין – גינוסר, 1995).

צאצאים לאדם לאחר מיתה, בין על ידי בן הזוג הנותר בחיים, בין על ידי ההורים או קרובים אחרים, לרבות בקשה ליטול זרע מהנפטר סמוך לאחר מותו. ככל שהדבר צריך למאמר זה, ב"הולדה לאחר מיתה" הכוונה להולדה מהריון שנוצר או נקלט לאחר מותו של המוליד<sup>35</sup>. קודם שהוכנסה טכנולוגית ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול בזוגות עקרים, הולדה לאחר מיתה התרחשה רק כאשר ההריון נוצר לפני המוות ולרוב בדרך הטבע. המקרים השכיחים היו לידות אחר פטירת אבי העובר, אך ידוע על מקרים שהרופאים יילדו אישה שנפטרה, בין שהתערבות להוצאת העובר התרחשה סמוך לאחר המיתה ובין ששימרו את ההריון על ידי חיבורה של נושאת ההריון למיכשור רפואי תומך עד שיהיה העובר בר חיות ויוכל היילוד לשרוד מתוך לרחם<sup>36</sup>. המחוקק צפה את האפשרות שתידרש התערבות להוצאת עובר מגופה של נפטרת וקבע הסדרים בחוק<sup>37</sup>, מה שאין כן לגבי הריון שנוצר מתאי רבייה שנאספו לפני המיתה, לא כל שכן זרע שהופק לאחריה.

לידת ילד לאחר מות מולידו (או מולידיו) מהריון שנוצר או נקלט לאחר מיתה אפשרית באחד משלושה מצבים: המצב האחד, כשבני זוג המתקשים להעמיד צאצאים בדרך הטבע, החלו בהסכמה בתהליך הולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית<sup>38</sup>, אך למצער נפטר אחד מהם (או אפילו שניהם) במהלך הטיפול כשבקפאה נותרו ביציות מופרות<sup>39</sup>.

35 למעשה, הגדרה זו תואמת את דעתי כי ברגע ההפריה מתחיל ההריון, אף בטרם הוחדרה הביצית המופרית לרחם. גישה זו איננה מקובלת על כולם, ובכלל זה על הרופאים, לכן נזקקתי להגדרה הרחבה יותר לפיה ההולדה לאחר מיתה היא הולדת ילד מהריון שנוצר או נקלט לאחר מותו של המוליד, או מהריון שהתפתח מביצית מופרית שהוחזרה לרחם לאחר מות תורם הזרע או תורמת הביצית מהם נוצרה. ראו לענין זה 'גריין', "ולא תהא הביצית המופרית עובר לירוש"ה", מאזני משפט א (תש"ס) 393.

36 *University Health Services v. Piazz* הגב' דינה פיאצ'י, בחדשי הריונה המתקדמים, שלא מבעלה, מתה מוות מוחי. בית המשפט של מדינת ג'ורג'יה התיר לבית החולים האוניברסיטאי "להחזיק" את הגב' פיאצ'י בחיים עד שאפשר יהיה ליילד את עובריה, חרף התנגדות בעלה ומשפחתה ובניגוד לרצונו של אבי העובר. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שנושאת ההריון לא השאירה צוואה מחיים (*Living Will*) או כל הוראה אחרת כיצד לנהוג בה לאחר שיקבע כי מתה מוות מוחי. על פסק הדין ראו R. Rao, "Property, Privacy And The Human Body", *Boston University L. Rev.* 80 (April 2000) 359.

37 סעיף 36 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן – "חוק האנטומיה והפתולוגיה"). ראו עוד לענין זה מ"א (י"ם) 38/89 ומ"א (י"ם) 103/92, לעיל ליד הערה 5.

38 כהוראת ת' 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

39 יוער, כי, נכון לכתיבת שורות אלה אין אפשרות להקפיא ביציות של אישה צעירה הנזקקת לטיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותה. לפיכך, אי אפשר שיוותרו בהקפאה אלא ביציות מופרות או זרע. אף על פי כן, למיטב ידיעתי, נוטלים הרופאים רקמת שחלה מאישה צעירה לפני טיפולים העלולים לפגוע בפוריותה ומקפאים אותה. לא ידוע על הצלחות בענין זה, למעט דיווח על רקמת שחלה שהופשרה, הושתלה מתחת לרקמת העור של החולה, ובעזרת זריקות הורמונליות החלה לשחרר ביציות. אחת מהביציות הופרטה במעבדה מזרע בעלה, הושתלה ברחמה והיא הרתה. זה נסיון ראשון ויחיד בו הצליחו רופאים ליצור עובר בריא מרקמת שחלה שהוקפאה. התקוה בהצלחת התהליך מובנת, אך יש להזהר מציפיות שווא, מה עוד שמצבם של הילדים

את הביציות המופרות ניתן להחזיר לרחמה של בת הזוג (אם בן הזוג נפטר) או לרחמה של פונדקאית (אם בעלת הביצית נפטרה<sup>40</sup> או שניהם). המצב השני, בו יכול להיוולד ילד לאחר מיתה, הוא מזרעו של אדם שהפקיד (כדבר שבשיגרה) זרע בבנק הזרע לפני טיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותו<sup>41</sup>, ובזרע נעשה שימוש לאחר מותו של החולה<sup>42</sup>. האפשרות השלישית להולדת ילד לאחר מיתה היא על ידי נטילת זרע מגופו של אדם סמוך לאחר פטירתו, להקפואו ולהחזירו לאחר מכן לרחמה של בת זוגו או כל אישה אחרת.

### ג. הולדה לאחר מיתה: הבעיות המשפטיות

ההולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית לצורותיה השונות מוסדרת במשפט הישראלי בחקיקה ראשית, בחקיקת משנה ואף בחקיקה שיפוטית. אולם, אין בהסדרים אלה למצות את הבעיות המשפטיות הרבות שמעוררת פרוצדורה זו, בעיות המשליכות על זכויות חוקתיות והיקפן (כגון, הזכות לפרטיות ונגזרותיה: הזכות להורות, הזכות לאוטונומיה ולהגשמה עצמית וכיוצא באלה). אמנם, ההולדה באמצעות אם נושאת הוסדרה בחקיקה ראשית (נוהל אישור ההסכם<sup>43</sup>, הרישום<sup>44</sup>, חזרה מן ההסכם<sup>45</sup> ומעמד הילד<sup>46</sup>), אך גם הסדר זה אינו שלם, ואפילו בעייתי<sup>47</sup>. ההסדרים הנוגעים לשימוש בביצית שהופרתה בחוץ לארץ<sup>48</sup>, להקפאתה של ביצית

העתידים להיוולד בדרך זו עדיין אינו ברור. מן הסתם יאלצו להיות תחת השגחה רפואית. עוד יש לציין, כי נכון להיום, אין אפשרות לשאוב ביציות מאישה שנפטרה, למעט מאישה שהיתה בטיפולי פוריות תחת גירוי שחלתי ונהרגה ביום הביוץ או בסמוך לו וידוע על כך. במקרה כזה ניתן לשאוב מגופה ביציות ולהקפואן, אך ספק אם הביציות הללו כשירות להפריה.

40 למען הסר ספק יובהר, כי הדברים אמורים מן הבחינה הרפואית בלבד. שכן, מן הבחינה המשפטית הדבר נוגד את תקנה 10(ג) (ב) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית). ראו להלן הערה 69.

41 תקנה 2 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979 (להלן – תקנות בריאות העם (בנק זרע)).

42 יוער, כי חוזר מנכ"ל משרד הבריאות (מס' 4/90 מיום 7.2.90 בנושא "ניהול בנק זרע") קובע שעל אלמנה המבקשת לעשות שימוש בזרע בעלה המנוח המצוי בבנק הזרע, להגיש בקשה בכתב לא יאוחר משנה מיום פטירתו של הבעל, שאם לא כן על מנהל בנק הזרע להשמידו לאחר פטירתו של אדם.

43 סעיפים 2-7 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד העובר), תשנ"ו-1996 (להלן – "חוק ההסכמים לנשיאת עוברים"); תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד העובר) (הודעות בקשות וצווים), תשנ"ח-1998.

44 תקנות הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד העובר) (רישום בפנקס), תשנ"ח-1998.

45 סעיף 13 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

46 סעיפים 8-14 לחוק הנ"ל.

47 ראו בג"צ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פד"י נ"ז(1) 419.

48 תקנה 2 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

מופרית<sup>49</sup> וכמובן דרישת ההסכמה המודעת הנדרשת עובר להולדה בדרך זו<sup>50</sup>, מוסדרים בחקיקת משנה. הוא הדין בהסדר הקבוע בתקנות בנוגע לשימוש בתאי המין לאחר פטירת האשה או הבעל<sup>51</sup>. אין תימה כי סכסוך בין בני זוג ביחס להולדה או לחזרה מן ההסכמה להעמיד צאצא משותף בעזרה רפואית, הונח לפתחו של בית המשפט<sup>52</sup>.

השאלות המשפטיות המתעוררות עם השגת היכולת ליצור הריון לאחר מיתה, מתאי רביה שהופקו לפני מיתה או לאחריה, וכן היכולת ליצור את התנאים הנדרשים להחזרת ביצית מופרית לרחם לאחר מיתה והשתרשותה לקראת התפתחות ההריון, מקיפות למעשה את מרבית ענפי המשפט. ברם, כדי לקבוע עמדה בשאלה אם להתיר את הפרוצדורה (מנקודת מבט משפטית בלבד), יש להשיב תחילה על שתי שאלות השלובות זו בזו. רק תשובה חיובית לשתי השאלות המקדמיות תסלול את הדרך לדין בשאלה אם להתיר את ההולדה לאחר מיתה.

השאלה הראשונה מתחום המשפט החוקתי, היא, האם הזכות להיות הורה על שתי פניה (להיות הורה ושלא להיות הורה), עומדת לאדם גם לאחר מותו, בין שתאי הרביה הופקדו קודם הפטירה ובין לאחריה? לכאורה, שאלה רטורית, שכן אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד מותו<sup>53</sup>. אף על פי כן, אפשר, שייחודית היא הזכות להורות בהשוואה לכל זכות אחרת והיא תשתרע גם לאחר מיתה, וזאת משני טעמים: הטעם האחד, שכדי לממש אותה, המת איננו נדרש לעשות מעשה<sup>54</sup>. הזכות מתממשת מגופו בעזרה רפואית, על אחת כמה וכמה כאשר הזרע הופקד בבנק הזרע בחייו. הטעם האחר, כי המת מפסיק את חברותו הפיסית בתא המשפחתי אך לא את חברותו הרוחנית המורשתית. כי זאת יש לזכור, הסכם הנישואים המקים את התא המשפחתי, מלווה בהסכם מכללא להעמיד צאצאים במסגרת חיי הנישואים. אמנם, חזקה זו ניתנת לסתירה, אך מקובל אצל רוב בני האדם הנישואים כי תכלית הנישואין להעמיד צאצאים. לכן, אין בכח המת למנוע מבן הזוג הנותר בחיים לממש את זכותו להורות שהיא, כאמור, חלק בלתי נפרד מהסכם הנישואים, אלא אם הכוונה לעשות זאת

49 תקנה 9 לתקנות הנ"ל.

50 תקנה 14 לתקנות הנ"ל. יוער, כי לתקנה זו משנה חשיבות לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן – "חוק זכויות החולה"). שכן, סעיף 13(א) לחוק קובע כי לא ינתן טיפול רפואי לחולה אלא אם נתן לכך את הסכמתו המודעת. הוראה זו אינה חלה לכאורה על בן הזוג, שהרי הטיפול החודרני מתבצע בגופה של האשה (שאיבת הביציות, החזרתן לרחם). אמנם, בדוחק, ניתן לומר כי גם בן הזוג הוא מטופל המבקש טיפול רפואי (סעיף 2 לחוק), אולם, נראה, כי אין צורך לפרשנות הדחוקה, כיון שסעיף 29(1) לחוק זכויות החולה קובע שאין בהוראות החוק לגרוע מהוראות כל דין, לכן התקנה עומדת בתוקפה, וכאמור, מחייבת גם הסכמת בן הזוג לטיפול. על ההסכמה לטיפול הפרייה חוץ גופית ראו עוד י' גרין, לעיל ליד הערה 34, בעמ' 83-112.

51 תקנה 10 לתקנות הנ"ל.

52 דנ"א 2401/95 לעיל, ליד הערה 1, בעמ' 736.

53 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות.

54 יושם לב כי נקטתי לשון זכר, אך הוא הדין, בשינויים המחויבים, ובכפוף לאמור לעיל בהערה 39, גם ביחס לנקבה.

מתאי הרביה שלו והוא אסר בחייו את השימוש בהם לאחר מותו. יתרה מזו, מערכת המשפט מעניקה זכויות גם למי שאיננו אישיות משפטית המצויה פיסית בעולם, כגון עובר קודם לידתו<sup>55</sup>. האין להסיק על דרך ההיקש, ובשינויים המחויבים, כי גם למת עומדות זכויות מסוימות לאחר פטירתו, זכויות שרכש בחייו, דוגמת הזכות להורות לבד מזכותו המוגנת לכבוד<sup>56</sup>?

בהנחה כי התשובה חיובית, וכי הזכות להורות משתרעת גם לאחר מיתה, וכי אין מניעה משפטית להשתמש בתאי רביה של המת, יש לבחון את השלכות הפרוצדורה על מעמדם וזכויותיהם של המעורבים בתהליך ההולדה בכלל, ועל יציבותו של התא המשפחתי בפרט. בהקשר זה השאלה (השנייה) היא, אם בין מי שנוצר לאחר מות מולידו מתקיים היחס המשפטי הורה-ילד, בין שהורתו הייתה לפני המיתה ובין לאחריה? אם גם התשובה לשאלה זו חיובית, יש טעם לעמוד על התוצאות המשפטיות הנובעות מיחס זה. לשם כך יש לברר אם רצה המנוח בילד לאחר מותו? אם התשובה חיובית, תישאל השאלה אם די בהסכמה המשווערת המיוחסת למת כדי להתיר את השימוש בתאי הרביה שלו על מנת להופכו להורה לאחר מותו? אם כן, אילו ראיות נדרשות להוכיח רצון זה ומה כמות הראיות? האם די בהסכמה לטיפול פוריות שניתנה בחיים כדי ללמד על כוונה להוליד גם לאחר המוות? האם נכון לומר כי משניתנה ההסכמה להפריה החוץ-גופית הוחל בתהליך ההולדה, ודי בגילוי חיצוני זה כדי להעיד על רצונם של בני הזוג בילדים משותפים גם לאחר מותם? לכאורה, התשובה חיובית, שהרי חזקה על כל בני האדם, ובעיקר על המבקשים עזרה רפואית בהולדה, כי רצונם בהמשך קיומו של התא המשפחתי. דא עקא, אדם בחייו איננו מקדיש מחשבה לאפשרות שילדו יוולד לאחר מותו, ובדרך כלל איננו מגלה את דעתו בענין זה, לא לחיוב ולא לשלילה. כיצד, אם כן, נפרש את מחשבותיו וכוונותיו של המנוח בשעה שהפקיד זרע לפני הטיפול הרפואי? האם גילה דעתו בהפקדת הזרע כי רצונו שבת זוגו תעשה בו שימוש גם לאחר מותו, או שמא כוונתו באותה השעה אינה אלא לשמר את האפשרות להוליד ילד ביולוגי אם ייפגע כושר הפיריון שלו במהלך הטיפול? האם ההסכמה שנתנו בני זוג לפני שהחלו בתהליך ההולדה בדרך של הפריה חוץ-גופית, היא הסכמה נמשכת עד להולדת הילד, ולכן מותו של אחד מהם איננו פוגם בתוקפה, או שמא הסכמתם ניתנה לכל פעולה רפואית חודרנית בפני עצמה, הסכמה האמורה להתחדש ככל שמתקדם תהליך ההולדה<sup>57</sup>,

55 ראו סעיפים 3(ב), 57(ד) לחוק הירושה; סעיף 78 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.  
56 יודגש כי הצד השווה בהיקש, ולא בכדי, הוא אי הקיום הפיסי בעולם. הדגשה זו חשובה, כיון שלא יהיה זה נכון להתעלם מהצד השונה המערער את הבסיס להיקש. העובר הוא ישות קיימת, בעלת פוטנציאל להתפתח ולהיוולד לרכוש זכויות. המת חסר פוטנציאל ויכולת לרכוש זכויות כלשהן. לשאלה אם הזכות להורות נגזרת מזכותו של המת לכבוד כחלק מכבוד האדם, ראו להלן בסעיף 3.א בפרק השלישי.

57 יעויין בהקשר זה לנכתב לעיל ליד הערה 34.

ולכן, בשעת המיתה פוקעת ההסכמה ולא ניתן להמשיך בתהליך אלא אם הורה כן המנוח במפורש קודם מותו.

למותר לציין, כי, כאשר הבקשה היא ליטול זרע סמוך לאחר מיתה, אין כל גילוי חיצוני, לכאורי, המעיד על רצונו של המנוח, לא הסכמה ולא התנגדות לנטילת הזרע ושימוש בו. סביר להניח כי כמות הראיות שתידרש על מנת לייחס למנוח רצון משוער בילד לאחר מותו תהיה גבוהה ביותר<sup>58</sup>.

גם אם יוכח רצונו המשוער של המת, וגם אם יתייחס היילוד אחר מולידו המת, ואף אם תתפרש הפקדת תאי הרבייה כהסכמה להולדה גם לאחר המיתה, אין בכך כדי להבטיח כי בתי המשפט יעתרו לבקשה להתיר הולדה לאחר מיתה. על בית המשפט לבחון אם אין בהולדה לתוך יתמות מתוכננת פגיעה בזכויות הילד ובטובתו, וכן אם אין ההולדה לאחר מיתה נוגדת את תקנת הציבור<sup>59</sup>?

### פרק שני: הולדה לאחר מיתה: המסגרת הנורמטיבית

#### א. ההסדר המשפטי הנוהג בארץ

"בכל סכסוך על מעמדו של קטין טובתו של הקטין היא עמוד האש ועמוד הענן המוליך את הדרך. טובתו של הקטין הוא שיקול-על, והוא שיכריע"<sup>60</sup>. מעיקרון זה נגזרת זכותו של קטין לדעת מיהו אביו ומה מוצאו<sup>61</sup>. זכותו של הקטין לדעת מיהו אביו מעוגנת אף בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>62</sup>.

58 לפיכך, על בית המשפט ל"הגן", הן על האינטרסים של המת והן על האינטרסים של הצאצא העתיד להיוולד מתאי הרבייה שלו אם יעשה בהם שימוש לאחר מותו. יוער, כי על פי הנקבע בפסיקה, בית המשפט הוא הפורום הראוי להעריך ולקיים את רצונו של המת כדברי השופט חשין: "רצונו של אדם הוא כבודו – הוא כבוד האדם – אך מתים נעדרי יכולת הם לקיים את רצונם ולשמור על כבודם. עשינו איפוא אנו [בית-המשפט] לקיום רצונו ולשמירת כבודו של המנוח... ומשהגענו עד הלום נוכל לומר שלום לעפרו". ראו ע"א 1182/90 שחר נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 347. הועתקו הדברים בהסכמה בע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נז(1) 69, 82. בכל הכבוד הראוי, ככל שהדבר צריך לענין ההולדה לאחר מיתה, אינני רואה מדוע ועדת אתיקה איננה פורום ראוי להעריך את רצונו של המת. ראו הנכתב בהערה 29 לעיל ובטכסט הנסמך עליה.

59 על ניטרליות שיפוטית ראו ד' ברק-ארז, "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני", עיוני משפט כ (1996) 197, 203.

60 בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פד"י נה(1) 453, 460.

61 ע"א 326/73 פלונית נ' אלמוני, פד"י כח(2) 612. ראו עוד ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פד"י מט(2) 578; תמ"ש 3521/98 פלוני (קטין) נ' אלמוני, פס"מ סא 98; מ' הלפרין, "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים", בתוך: דיאלוג באתיקה רפואית, ר' כהן-אלמגור, עורך (הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ב) 161.

62 סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עוד יוער כי הזכות עומדת לקטין גם מכח האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989, אותה אשררה ישראל בשנת 1991.

מערכת היחסים הורה-ילד גוררת אחריה תוצאות בדין<sup>63</sup>. לכן נודעת חשיבות רבה לייחוסו של ילד אחר מולידיו ולאופן בו נוצר יחס משפטי זה. לרוב יתייחס ילד אחר מולידיו אם נוצר ונולד בחיי מולידיו ולאחר שהוכח קשר הדם בינו לבין הנטענים כהוריו. כחריג לכלל זה הכיר המחוקק בקיומו של היחס הורה-ילד, במגבלות מסוימות, גם בין מי שלא היה בעולם בעת פטירת מולידיו כיון שיצירתו של היילוד הייתה בחיי מולידו<sup>64</sup>. כמו כן, הוסמך בית המשפט להקים יחס זה גם בין מי שאין ביניהם קשר דם<sup>65</sup> ואף נקבעו בחוק הסדרי רישום במירשם האוכלוסין לרישום ילדים אחר הוריהם למרות אינם הוריהם הביולוגיים<sup>66</sup>.

כאשר ההולדה היא בדרך של הפריה חוץ-גופית, ניתן לשמר בהקפאה זרע, ביצית וביצית מופרית. כמו כן ניתן להשתמש בהם להפריה לאחר מותו של בעל הזרע או בעלת הביציות. הישג זה יכול שיגרום להתמשכות תהליך ההולדה למשך שנים, אך גם נוטע תקווה בלב המטופלים, כי כשלונם בהשגת הריון בטווח הקצר איננו סוף פסוק. הוא הדין בחשש לפגיעה בפרייה במהלך טיפול רפואי. הטכנולוגיה הקיימת מאפשרת לאדם העלול להיפגע במערכות ייצור הזרע כתוצאה ממחלה להפקיד זרע קודם הטיפול לשימור בבנק הזרע<sup>67</sup>. הזרע ישמר לתקופה של חמש שנים, ולבקשת בעל הזרע לחמש שנים נוספות. נפטר בעל הזרע, יושמד הזרע אלא אם תבקש אלמנתו (בכתב) להשתמש בזרע וזאת לא יאוחר משנה מיום פטירתו<sup>68</sup>. אם הוחל בתהליך ההולדה,

63 בג"צ 591/88 טארק נאדל טאהה (קטיין) נ' שר הבטחון, פד"י מה(2) 45.

64 סעיף 1 לחוק הירושה קובע כי עזבונו של אדם עובר ליורשיו במותו. היורשים על פי דין הם צאצאיו של המוריש (סעיף 10 לחוק). בכלל היורשים גם ילד שלא היה בעולם בשעת הפטירה, אם נולד תוך 300 יום ממות מולידו (סעיף 3(ב) לחוק). יוער כי הדרישה כי הילד יולד בתוך 300 יום ממות המוריש הושמטה בכל הנוגע למונות היילוד מן העזבון (סעיף 57(ד) לחוק). הסדר זה נקבע כדי להגן על זכויות היילוד הנרכשות בשלב העוברי ומתגבשות לאחר הלידה.

65 ראו סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים; סעיף 11 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים; סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

66 סעיפים 20, 20א, 21 ו-24 לחוק מרשם אוכלוסין, תשכ"ה-1965.

67 תקנות בריאות העם (בנק זרע). יצוין, כי מחוקק המשנה איננו מבחין בין תרומת זרע מטעמים אלטרואיסטיים, ממניעים כלכליים או מחשש לפגיעה בפוריות עקב טיפול רפואי או מכל סיבה שהיא, ובלבד שלא תהיה מניעה רפואית לקבלת הזרע. בהקשר זה, ובהמשך לאמור בהערה 39 לעיל, יש לקוות כי לא ירחק היום שאף אשה העלולה להיפגע עקב טיפול רפואי תוכל להפקיד ביציות בבנק ביציות לשימור עד שתחלים. עוד יוער, כי היכולת לשמר זרע בהקפאה ולהפשירו כעבור זמן, עוררה מטבע הדברים, הורים המבקשים לאפשר לצעירים העומדים לפני גיוסם להפקיד זרע בבנק הזרע. למותר לציין, כי הקושי המשפטי מתגמד לעומת הבעיות המוסריות, האתיות ובעיקר החברתיות הכרוכות בהיענות להצעה זו. על מקצת מן ההיבטים של ההפריה חוץ-גופית והשכול ראו ר' רייכר-עתי, "הורים שכולים המבקשים לשוב למעגל הפוריות באמצעות IVF", אסיא סה-סו (אלול, תשנ"ט) 31.

68 כלל 28 מהכללים בדבר ניהול בנק זרע והזרעה מלאכותית המובאים בחזר המנהל הכללי של משרד הבריאות מס' 34/92 מיום י"ז בחשון ה'תשנ"ג (13.11.92). יוער, כי על פי כללים אלה רשאית האלמנה לבקש לעשות שימוש בזרע המופקד בבנק הזרע. האם תישמר זכות זו גם לחברתו לחיים של בעל הזרע? של הידועה בציבור שלו? הדעת נותנת שכן. האמנם?

כלומר, הופרתה ביצית בזרעו של המנוח אך טרם הושתלה ברחם אישה, יתבטל ההסדר שאיפשר השתלת הביצית המופרית כאמור<sup>69</sup>.

זאת ועוד, בהעדר איסור הסדר מפורש בחוק לנטילת זרע מן המת, עולה כי אין במוחו של בעל הזרע כדי לאסור את ההפריה<sup>70</sup>. דא עקא, נטילת הזרע מגופו של המת כרוכה בפעולה חודרנית הנוגדת את חוק האנטומיה והפתולוגיה. החדרת המחט לשק האשכים לצורך שאיבת הזרע, לא כל שכן הפקת הזרע מהאשך שנקצר מן המת בניחוח<sup>71</sup>, עולה כדי נתיחת גויה שאיננה בכלל "ניתוח גויה" המותרת בחוק<sup>72</sup>. אמנם, המחוקק נוקט גם בלשון "ביתור גויה" וכן בלשון "הצלת עובר"<sup>73</sup> שאינה עולה כדי "ניתוח", אף שהיא ללא ספק פעולה פולשנית, אך אין ספק כי רשימת המקרים המנויים בחוק המתירים לנתח גויה היא רשימה סגורה<sup>74</sup>. נטילת זרע לצורך הולדה אינה מנויה בין העילות המצדיקות פגיעה בגוף הנפטר גם בהסכמתו<sup>75</sup> וגם בהסכמת בת זוגו. אשר על כן, כפי שיתבאר בהמשך, ספק אם בסמכותו של בית המשפט לאשר נטילת זרע מן המת סמוך לאחר פטירתו. אם סמכות בית המשפט לאשר שאיבת זרע מן המת מוטלת בספק – סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה, או באי כוחו במשרד הבריאות, על

69 תקנה 8(ב)(2) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית). כמו כן, רשאית האלמנה לתרום את הביצית (תקנה 10(ב) לתקנות הנ"ל) אולם אם האישה נפטרה אין האלמן יכול לעשות שימוש בביצית המופרית (תקנה 10(ג)(2) לתקנות הנ"ל). יש הגיון באי השוויון בין זכותה של אלמנה להמשיך בתהליך לבין זכותו של אלמן. זה האחרון איננו נושא ברחמו את העובר העתיד להיוולד מהביצית המופרית. אולם, בכל הכבוד הראוי, ספק אם ניתן להצדיק את הפגיעה בעקרון השוויון. שכן, הטכנולוגיה הרפואית השתכללה דיה לאפשר הולדה גם על ידי פונדקאית, ומדוע למנוע מאלמן להעמיד צאצא משותף לו ולאשתו המנוחה? מדוע להתיר את ההמשכיות של התא המשפחתי כאשר בעל הזרע נפטר ולא כאשר בעלת הביצית נפטרה? הלא עקרון השוויון נגזר מכבודו של האדם ומעוגן בחוק יסודי, האם כבודו של האלמן פחות מכבודו של אלמנה? יוער כי תקנה 8(ב) בוטלה, אך אין בכך כדי לשלול את הפרשנות האמורה. ראו בג"צ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות ואח', תק-על 95(2) 1073. לענין איסור הפליה וחשיבות השוויון ככל שהדבר צריך להולדה, ראו פסק דינו של השופט חשין בבג"צ 2458/01 משפחה חדישה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פד"י נז (1) 433.

70 ראו לענין זה שמגר, לעיל ליד הערה 17.

71 ראו להלן פרק שלישי, סעיף ב.2.

72 סעיפים 2 ו-6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. ראו עוד בתוספת השניה לתקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954.

73 סעיף 6(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

74 על ההצדקים לניתוח גויה המפורטים בחוק האנטומיה והפתולוגיה ראו להלן בסעיף ב.2.2 בפרק השלישי. עילה נוספת, שאינה מענייננו, המצדיקה ניתוח גויה היא, לבירור סיבת המוות, ועל פי הוראתו שופט חוקר. ראו סעיף 26 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958. לענין ההסכמה לניתוח הגויה ראה סעיפים 6(ב), 6(ג) ו-6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

75 ראו סעיפים 2, 6(א) ו-6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה המצמצמים מאד את סמכותו של המנוח להסכים לנתח את גוויתו. ראו לענין זה בהרחבה א' וינרוט, "נטילת זרע מנפטר – היבטים משפטיים", רפואה ומשפט 27 (נובמבר, 2002) 103, 106.

אחת כמה וכמה. ואכן, לא נתבאר על יסוד מה נטל לעצמו היועץ המשפטי לממשלה סמכות זו.

## ב. סקירת הפסיקה

הפסיקה בארץ בסוגיית ההולדה לאחר מיתה מועטת ואף לא נבחנה על ידי בית המשפט העליון. לכן, קשה להצביע על מדיניות משפטית ברורה ועל הלכה מחייבת. אף על פי כן, כדי לגבש עמדה בסוגיה זו, ראוי לסקור, ולו בקצירת האומר, את ההחלטות שניתנו עד כה על ידי בתי המשפט בארץ.

את פסקי הדין ניתן לסווג לשלוש קבוצות: הקבוצה הראשונה כוללת את שני פסקי הדין שניתנו בעתירת רופאי בית החולים הדסה להתיר להם להוציא עובר מגופה של נושאת הריון שנפטרה. לקבוצה השנייה ניתן לשייך את שני פסקי הדין שניתנו בעתירתן של בנות זוג אשר ביקשו לקבל לידיהן את זרעו המוקפא של בן זוגן המת אשר הופקד על ידו בבנק הזרע קודם פטירתו. לקבוצה השלישית שייכות הבקשות להתיר את נטילת הזרע מן המת ואת השימוש בזרע שניטל לאחר מיתה.

מעניין, כי דווקא בשאלה היותר קלה להכרעה, אם ליילד עובר מגופה של נושאת הריון שנפטרה, חרף התנגדות בעלה, ניתנו בבית המשפט המחוזי בירושלים שתי החלטות סותרות. במקרה האחד סירב בית המשפט לבקשת הרופאים לאפשר להם להוציא את העובר מרחמה של האם שמתה מוות מוחי בעוד אשר במקרה האחר נענה לבקשה.

בפעם הראשונה עתרו רופאי מחלקת נשים בבית החולים הדסה לבית המשפט המחוזי בבקשה להתיר להם להוציא מגופה הגב' ממן המנוחה, עובר כדי לאפשר לו חיים<sup>76</sup>. הגב' ממן נשואה, אם לשניים שהיתה בשבוע ה-26 להריונה, הובאה לבית החולים מחוסרת הכרה לאחר שנפלה ונחבלה בראשה. מצבה התדרדר עד שמתה למעשה מוות מוחי. סריקת על קול של העובר הראתה עובר חיוני במשקל מוערך של 950–1150 גרם. כשביקשו רופאי בית החולים לילד את נושאת ההריון כדי להציל את העובר שברחמה נתקלו בהתנגדות בעלה. בית המשפט התבקש ליתן "צו בהתאם לסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות להוציא ילוד מגופה של ... כדי לאפשר לו חיים.

בית המשפט דחה את בקשת הרופאים משני טעמים: הטעם האחד, בשל חוסר סמכות כיוון ש"הבקשה חורגת ממסגרת סעיף 68 לחוק משום שאין מדובר בקטין, פסול דין או חסוי, אלא בעובר שטרם יצא לאויר העולם. הטעם השני, לגופו של ענין, כיוון "לא ניתן לנקוט אמצעי רפואי זה או אחר, יען כי הדבר אינו דרוש לשמירת שלומה של האם הנושאת את הילוד".

76 מ"א (י"ם) 38/89 לעיל ליד הערה 5.

כעבור כשלוש שנים, שוב עתרו רופאי בית החולים הדסה לבית המשפט, והפעם בעניינה של חולה בסביבות השבוע ה-28 להריונה.<sup>77</sup> החולה מאושפזת במצב קשה אך יציב, בשל סיכון קשה בריאותיה כתוצאה מכשלון נשימתי, בנוסף לפגיעות במערכות אחרות. הרופאים חוששים כי בכל רגע תבוא התדרדרות במצבה של החולה, התדרדרות העלולה להסתיים במותה. סריקת על קול של העובר הראתה על עובר בחיים שמשקלו מוערך בכקילוגרם אחד. לדעת הרופאים, אם יקבע מותה הקליני של החולה, ניתן יהיה להוציא את העובר דרך חיתוך דופן כאשר הוא בחיים ובריא עם סיכוי לתוחלת חיים של אדם רגיל. יחד עם זאת, אף שהעובר יולד חי, קיימים סיכונים של כ-20% שהוא ימות לאחר הלידה בגלל פגותו וסיכון של 40% שיסבול מהפרעות בהתפתחותו, הפרעות שקשה להעריך היום. בעלה של החולה הביע התנגדות נחרצת להתערבות שתידרש להצלת העובר אם וכאשר תמות החולה מוות קליני. למרות שהחולה בהכרה וכשרה משפטית ליתן הסכמה, לא ניתן לשאול אותה, כיון שאם תישאל על דעתה, חוששים הרופאים כי מצבה עלול להתדרדר.

בית המשפט, בניגוד להחלטה בעניינה של הגב' ממן, קובע כי הדין החל על הוצאת עובר מגופה של נפטרת הוא חוק האנטומיה והפתולוגיה. השאלה העומדת להכרעה איננה אם להפסיק הריונה של אשה אלא אם להציל את חייו של עובר הנתון במצוקה. לכן, אין לבעל מעמד בהחלטה, ואין חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות רלבנטי לדיון. אשר על כן, נעתר לבקשה וקובע כי:

"הנושא איננו בסוגיה של הפסקת הריון כלל, השאלה היחידה אם רשאים (ושמא חייבים) הרופאים להציל את חיי העובר לאחר שיתברר שאמו מתה מוות קליני, מוות מוחי. התשובה המשפטית לכך מצויה בחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 ולא בחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, תשכ"ב-1962. אילו היה מדובר כיצד לנהוג באם בעודה בחיים, היה עלינו לפנות לחוק הכשרות המשפטית, התשכ"ב-1962, כדי לשאוב משם את הפתרון לבעייתנו, ואולם משעה שהאם חדלה מלחיות, הפתרון לבעייתנו הוא במסגרת חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953. ... יחד עם זאת נקבע בסעיף 6'ג' – שנחקק בשנת תשמ"א-1981 לאמור: 'הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו בה ניתוח לענין חוק זה'. אין איפוא ספק כי רשאים הרופאים לנתח גווייה כדי להציל את העובר"<sup>78</sup>.

77 מ"א (י"ם) 103/92 לעיל, ליד הערה 5.

78 יוער, כי הדיון המשפטי נשאר בגדר דיון תיאורטי, כיון שהיולדת ילדה באופן ספונטני בת בריאה. כאמור, על שתי ההחלטות לא הוגש ערעור לבית המשפט העליון, לכן אין הלכה מחייבת בענין. אולם, אי אפשר שלא להעיר על ההחלטה בענין גב' ממן המנוחה, החלטה שגויה משלושה טעמים: הטעם האחד, שמשוחרר המוות המוחי במשפט הישראלי כקריטריון הקובע מיתה (ע"פ 341/82 בלקר נ' מדינת ישראל, פד"י מא(1) 1), היה על בית המשפט לסמוך על קביעת הרופאים כי החולה במצב של מוות מוחי ולהורות על הצלת העובר. דווקא בשל קביעתו של בית המשפט

בשני מקרים נתבקש בית המשפט להורות לבנק הזרע ליתן את זרעו המוקפא של אדם שנפטר לבת זוגו<sup>79</sup>. במקרה האחד היה זה לבקשת אלמנתו של המנוח ובמקרה האחר לבקשת חברתו.

במקרה הראשון, עתרה אלמנתו של חולה שנפטר ממחלת הסרטן לקבל זרע שמסר בעלה המנוח להקפאה לפני מותו<sup>80</sup>. בני הזוג עשו במשך שנים עשרה שנות נישואיהם נסיונות להביא ילד לעולם והדבר לא עלה בידם. חדשים ספורים לפני פטירתו, נמצא בבדיקה זרע איכותי. בשל החמרה במצב בריאותו החליט המנוח למסור מזרעו להקפאה. למרות שאין בסיס ראייתי כי על פי צוואת המנוח יש להשתמש בזרע להפריית האלמנה המבקשת, קבע בית המשפט כי בנסיבות המקרה ניתן לייחס למנוח הסכמה קונסטרוקטיבית<sup>81</sup>:

כי הטיפול איננו דרוש לשלומה ולטובתה של נושאת ההריון (כיון שמתה) היה עליו לדחות את התנגדות הבעל ולהורות לרופאים לפעול על פי הוראות סעיף 66 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. בכל הכבוד, ההיצמדות של בית המשפט לא היתה, לעניות דעתי, במקומה. השאלה לא היתה אם לטפל בחולה ללא הסכמתה, אלא אם לאפשר חיים לעובר בעל כושר שרידות המצוי בגופה של אמו שנפטרה ומונעת ממנו (שלא מרצונה) חיים. לכן, בצדק קבע בית המשפט, בענין פלונית כי המדובר בהוצאת עובר מגופה של נפטרת ולא בטיפול בנושאת ההריון. הטעם השני, טמון בכך שאין בית המשפט מבחין בין הפסקת הריון לבין מניעת לידה. אכן, הלכה פסוקה כי אין לעובר זכות מוקנית להיוולד (ע"א 413/80, לעיל ליד הערה 20), אך אין זאת אלא כאשר נושאת ההריון, באישור הועדה להפסקת הריונות, מבקשת להפסיק את התפתחותו, מה שאין כן במקרה הנדון. האם "מבקשת" להמשיך את ההריון ולהגיע ללידת חי, אך שלא מרצונה היא נאלצת להפסיק אותו, אך בד בבד, ושלא מרצונה היא מונעת ממנו להיוולד. ולפי שהעובר נצפה על ידי הרופאים כבעל סיכויי שרידות גבוהים, הרי שברגע שאמו עצמה את עיניה, קנה זכות להיוולד, זכות שנמנעה ממנו על ידי בית המשפט. הטעם השלישי, מוסבר בהלכה בפסקה כי לאבי העובר אין מעמד בהחלטה על הפסקת התפתחותו, לא כל שכן מניעת לידתו (ע"א 413/80, שם). החלטה זו בתחום סמכותם הבלעדית של הרופאים, ואלה סברו כי יש ליילד את הגב' ממך. ראו עוד בהקשר זה י" בוק, "מעמדו המשפטי של העובר בהלכה היהודית ובמשפט הישראלי", סיני קטו (תשנ"ה), עמ' ריז; ט' שטרסברג-כהן, "מעמד העובר במשפט הישראלי", רפואה ומשפט 28 (מאי 2003) 8.

79 לאחר שנחתם מאמר זה הובא לידיעתי פסק דין נוסף אשר ניתן לאחרונה על ידי בית משפט מחוזי. הבקשה היתה להתיר לעותרת לעשות שימוש בזרעו של בן זוגה המת השמור בבנק הזרע "לצורך הפריה והבאת ילד מזרעו לעולם". לאחר שהוגש תסקיר של פקידת סעד, ולאחר שהמדינה לא התנגדה (מבלי שיהיה בכך "הסכמה כלשהי למקרים נוספים או הבעת אישור לפניו נוספות כלשהן"), נעתר בית המשפט לבקשה "בכפוף למילוי הוראות כל דין ונוהל". כמו כן הורה למשרד הפנים לרשום את הילדים שיוולדו כילדיו של המנוח, "בכפוף להצגת אישורים מתאימים מבית החולים, המעידים על השימוש בזרעו של המנוח לשם לידתם של הילדים". בשולי פסק הדין הדגיש בית המשפט כי "פסק דין זה מסדיר את המקרה הנוכחי ואין בו כדי להשליך על מקרים אחרים, ככל שיהיו".

80 ה"פ 1922/96 לעיל ליד הערה 3.

81 שם, פסקא 6 לפסק הדין. עוד מוסיף בית המשפט וקובע בהסתמך על הלכת נחמני (דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1), כי גם אם היה המנוח בחיים, הרי משנתן הסכמתו לא יכול היה לחזור בו ממנה. עוד יושם לב כי בית המשפט איננו מכריע בשאלה אם הזרע בגדר נכס הנמנה על נכסי העזבון. אבי המנוח, אשר צורף לדיון מכח חברתו הכלכלית כלפי הילד (על פי סעיף

"ניתן ללמוד מעצם מתן הזרע על ידי המנוח, שעה שלקה במחלה קשה. גם אם קיווה כי השימוש בזרע, לצורך הפריה, ייעשה בחייו, הרי במחלתו, יש להניח כי ראה לנגד עיניו את האפשרות כי הזרע המוקפא ישמש להפריה, כאשר הוא עצמו לא יהיה בין החיים. מאד יתכן כי דווקא שאיפה זו, של הותרת בן אחריו, שהיא שאיפה טבעית נחלת רבים, היא היא שהניעה אותו לעסוק במתן הזרע, על אף חוליו. בנסיבות הענין די בהסכמה משמעותית זו כדי לראות את המנוח כמי שהסכים לשימוש בזרע על ידי המבקשת".

במקרה אחר נתבקש בית המשפט על ידי חברתו והוריו של חולה, אשר עם גילוי מחלת הסרטן הפקיד זרע בבנק הזרע, ליתן פסק דין הצהרתי לפיו זרעו המצוי בבנק הזרע הוא קניינה, וכי היא רשאית לעשות בו שימוש לצרכי הפרייה<sup>82</sup>. בית המשפט לא הוצרך להכריע בבקשה כיון שהצדדים הגיעו להסכמה, שקיבלה תוקף של פסק דין, לפיה הזרע המצוי בבנק הזרע שליד בית החולים ימסר למבקשת עם קבלת דרישה ממנה. המבקשת רשאית לעשות שימוש בזרע לצרכי הפרייה.

בשני מקרים התבקש בית המשפט להתיר שימוש בזרע של נפטר שנלקח ממנו לאחר מיתה, על מנת לנסות להתעבר. במקרה הראשון עתרה אלמנתו של הרוג בתאונת דרכים לאשר לה ביצוע הפריה מלאכותית מזרעו של בעלה המת שנשאב במכון לרפואה משפטית מיד לאחר פטירתו<sup>83</sup>. הבקשה נומקה בכך ששני בני הזוג תכננו במשותף להרחיב את המשפחה ולהביא ילדים משותפים לעולם, תכנית שנגדעה באיבה.

בית המשפט מקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי "אדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע לאחר מותו, כאשר בת הזוג מעוניינת בכך, אלא אם הביע אותו אדם התנגדות מפורשת או משוערת נגד המשכיות כזאת". בית המשפט קובע כי ככלל כדי לקבל תמונה כוללת ומקיפה, על הרצון המשוער של הנפטר, על הרצון האמיתי והחופשי של בת הזוג ועל עמדת הקרובים הישירים של הנפטר, יש מקום, בנסיבות מקרה זה או אחר, לבקש התייחסות ישירה מהם או על ידי תסקיר פקיד סעד. ואכן, לאחר ששמע את כל הצדדים, לרבות הורי המנוח שלא צורפו כצדדים ישירים

4 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט-1959. להלן – "חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות)", טען כי הזרע הוא נכס העובר בירושה ועל כן בא הוא כיוורש בעל אינטרס כלכלי לטעון בדיון על גורל הזרע. בית המשפט דחה טענה זו, אף כי כאמור אינו מכריע בשאלה זו, כיון שגם אם הזרע הוא נכס הרי ניתן לתיתו במתנה. לפיכך ניתן לראות את המנוח כמי שנתן את זרעו במתנה לאשתו וזו זכאית לעשות בו שימוש כרצונה (פיסקא 8 לפסק הדין). בכל הכבוד, טעה בית המשפט בקביעה זו, כיון שהתחייבות לתת מתנה טעונה מסמך בכתב (סעיף 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968. (להלן – "חוק המתנה"). מסמך כזה לא הוצג לבית המשפט. אם רוצה אדם ליתן מתנה על מנת שתוקנה למקבל רק לאחר מותו, יש לעשותה בדרך של צוואה (סעיף 8(ב) לחוק הירושה). ואף אם נאמר כי בעת הפקדת הזרע היה המנוח שכיב מרע עקב התפרצות המחלה, היה עליו לצוות את מתנתו בפני שני עדים (סעיף 23 לחוק הירושה).

82 ה"פ 429/96, לעיל ליד הערה 7.

83 ה"פ 10440/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ליד הערה 6.

לבקשה, מגיע בית המשפט למסקנה כי "עז רצונם של כל הצדדים שבית המשפט ייעתר לבקשה" ללא צורך בתסקיר סעד. אשר על כן, נעתר בית המשפט לבקשה ומתיר לבית החולים בו מצוי הזרע... להעביר את הזרע לשימושה של המבקשת<sup>84</sup>. במקרה אחר עתרה אלמנתו של אדם לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה להתיר לה לקבל את זרעו המוקפא של בעלה כדי לנסות להרות ולהעמיד צאצא לבעלה המנוח<sup>85</sup>. העותרת ובעלה המנוח החלו בטיפולי פוריות במספר מרכזים רפואיים העוסקים בהפריה חוץ גופית, אך למרבה הצער נפטר בעלה. זרעו של המנוח הוקפא כבר באותו היום על ידי תהליך קצר ומזורז בבית חולים "מאיר". בית המשפט נעתר לבקשה לאחר שהשתכנע כי רצונו של המנוח בילד משותף עם המבקשת, רצון שמצא ביטוי מובהק בהשתתפותו יחד עמה בטיפולי פוריות קשים וממושכים. על רצון מוכח זה של המנוח בחייו, יש להחיל את החזקה כי חפץ היה בהעמדת צאצאים גם לאחר מותו. לכן, בהעדר כל אינדיקציה שהמנוח היה מתנגד לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו, ניתן לייחס לו רצון בילד גם לאחר מותו. בית המשפט מסתמך על החלטה קודמת של בית המשפט המחוזי בתל אביב בענין פלונית וקובע:

"ראוי ללכת בנתיב ההנחה הבסיסית שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, כאשר בת זוגו מעוניינת בכך, אלא אם הביע אותו אדם התנגדות מפורשת או משוערת נגד המשכיות כזאת".

כן תומך בית המשפט את החלטתו בדברים שאמרה השופטת שטרסברג-כהן בפרשת נחמני:

"כאשר קיימת הסכמה עיקרית לקשר זוגי, כל החלטה בעלת משמעות מהותית משני הצדדים לקשר הזוגי הנגזרת מאותו קשר, איננה יכולה להתקבל על ידי אחד השותפים. והסכמה בין בני זוג נשואים לתהליך המוביל להורות, שהיא החשובה שבהסכמות התכליתיות, מחייבת שתכליתו של התהליך יהיה בהסכמה והמשכו יהיה בהסכמה"<sup>86</sup>.

עוד מייחד בית המשפט דברים לזכותה של האלמנה להעמיד צאצא דווקא מזרעו של בעלה המנוח, למרות שפתוחה לפניה הדרך לעשות שימוש בזרעו של תורם. בית

84 ראוי להדגיש בהקשר זה את הערתו של בית המשפט הדין בסוגיה כזו, כי ההחלטה מתמקדת בהיתר להעביר את הזרע למבקשת. אין לבית המשפט ענין להתערב בביצוע הפרוצדורה הרפואית המתאימה לשם הפרייתו של המבקשת. עוד חשוב להדגיש כי בית המשפט קיבל את בקשת המבקשת כיון שהיתה הסכמה כללית לאפשר לה את ההולדה. בית המשפט איננו נוקט עמדה בשאלה כיצד יש לפסוק כאשר יש חילוקי דעות בין קרוביו של המנוח והאלמנה.

85 תמ"ש 11870/03, לעיל ליד הערה 6.

86 דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1, בעמ' 685.

המשפט קובע כי נקיטה בדרך שכזו, הייתה שוללת מהמבקשת בדרך בלתי צודקת את זכותה להרות מהאיש אשר קידשה לו לאישה, מאדם שאהבה נפשה, מהציפייה והתקווה כי בכך שיוולד תינוק מזרעו, תתגשמה תכונותיו ומורשתו הגנטית של אהוב שחייו תמו, ומשלילת הזכות לקיים מבעלה זרע, המהווה את המשך קיומו הגנטי עלי אדמות, קיום שלשמו נחקקו אף חוקי התורה, בדבר ייבום, בעת שנעדר הפתרון המדעי של הפרייה<sup>87</sup>.

שתי החלטות נוספות של בית המשפט לענייני משפחה בחיפה ראויות לציון. ההחלטה האחת, המתירה לבקשת אלמנתו של אדם שנהרג בתאונת דרכים להורות על נטילת זרע מגוויתו<sup>88</sup>. בית המשפט נעתר לבקשה "כיון שאם לא ייעתר הרי לא יהיה טעם בכל הענין, ומפאת הדחיפות, אני מורה לבית החולים רמב"ם להוציא את הזרע כמבוקש ולשמור אותו במצב של הקפאה כפי שצריך. כל ענין אחר לגבי השימוש באותו זרע, יובא להכרעתו של בית המשפט לאחר שישמע את כל הצדדים הקשורים בענין".

87 פסקא 10 לפסק הדין. פסק דין נוסף ניתן לאחרונה בבית המשפט השלום לענייני משפחה. ההחלטה ניתנה לבקשת אלמנתו של אדם שנפטר מדום לב זרע שנשאב ממנו סמוך לאחר מותו מצוי בבנק הזרע. האלמנה מבקשת לעשות שימוש בזרע הנ"ל. המדובר בזוג נשוי ללא ילדים שהיו בטיפולי פוריות. האשה הרתה, אך למצער הפילה בנסיבות טרגיות. לאחר ההפלה הם הפסיקו את הטיפולים. חדשים ספורים לפני פטירת הבעל החלו שוב בטיפולים. באחד הימים, בעודם בטיול עם חבריהם, התמוטט הבעל ונפטר מיד. גופתו הועברה לבית החולים לשם נקראו גם הוריו ואחיו. כל בני המשפחה הסכימו לבקשת האלמנה ליטול ממנו זרע לפני הקבורה. הזרע ניטל ללא פניה לבית המשפט. בנתיחה שלאחר המוות נמצא כי המנוח סבל מבעיות בלבו. האלמנה עתרה לבית המשפט בבקשה ליתן את הזרע להפרייתה כדי להקים שם לבעלה המת. המשפחה המורחבת נתנה את הסכמתה. גם ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לא התנגדה. לאחר שנתקבל תסקיר סעד, ניתן פסק הדין המתיר להעביר את הזרע המוקפא להפריית האלמנה. בית המשפט הורה למשרד הפנים לרשום את הילדים שיוולדו כילדיו של המנוח בכפוף לאישור רפואי כי ההריון נוצר מזרעו של הבעל המת. פסק דין זה איננו חורג מהמדיניות המסתמנת המתירה את השימוש בזרעו של המת. אף על פי כן, מהמסכת העובדתית שנפרשה בבית המשפט ניתן לאבחן אותו מההחלטות האחרות שניתנו. המנוח לא נפטר מתאונה, אלא מבעיה בלבו. אינני יודע אם בית המשפט או ב"כ היועץ המשפטי לממשלה עוררו את השאלה אם המחלה ממנה נפטר המנוח עוברת בתורשה ובאיו הסתברות. אולם, אם המחלה ממנה סבל ונפטר המנוח עוברת בתורשה, הדעת נותנת כי היה על ב"כ היועץ המשפטי לממשלה להתנגד לבקשה. אין די בהסכמת המשפחה המורחבת למסור את הזרע לאלמנה כדי להתיר את ההולדה. בית המשפט, כאביהם של יתומים (גם בכח), היה צריך לעורר את השאלה אם טובת הילד איננה צריכה למנוע את הולדתו. זאת ועוד, אם אמנם סבל המנוח ממחלה העוברת בתורשה, יש מקום לפקפק אם ניתן לייחס לו רצון משוער להעמיד צאצא לאחר מותו (על הרצון המשוער ראו להלן בהערה 100). שכן, ספק אם אדם שנפטר בגיל צעיר ממחלה, היה רוצה שאלמנתו תלד ילד פגום כאשר ביכולתה להינשא וללדת ילדים בריאים. זאת ועוד, לו ידעו של הורי המנוח כי נכדם העתידי עלול לסבול מהפגם ממנו סבל בנם, היו מתנגדים ליתן את הזרע לכלתם האלמנה, גם מחשש שיצטרכו לשאת בהוצאות גידולו (ראו סעיף 4 לחוק לתיקון דיני משפחה (מוזנות) וה"פ 1922/96 לעיל ליד הערה 3).

88 בש"א 1130/01, לעיל ליד הערה 8. לא ידוע בעת כתיבת שורות אלה כיצד נסתיים ההליך. מכל מקום, נראה כי בית המשפט חרג מסמכותו והורה על ביצוע פעולה הנוגדת את חוק האנטומיה והפתולוגיה. ראו להלן, פרק שלישי, סעיף ב.2.

במקרה השני נעתר בית המשפט לבקשתה של אם לילדים שנולדו לה בהפריה חוץ גופית מזרעו של בעלה המת, לרושם במרשם האוכלוסין<sup>89</sup>. בית המשפט הורה למשרד הפנים לרשום את שני הילדים הקטינים כילדיו של בעל המבקשת ואף להנפיק להם תעודות לידה בהן מצוין כי בעלה המת של אמם הוא אביהם.

### ג. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

בעתירות המוגשות על ידי בנות זוגם של נפטרים לאשר נטילת זרע מבני זוגן סמוך לאחר מותם ולאפשר את השימוש בזרע להפרייתן, נתבקש היועץ המשפטי לממשלה על ידי בית המשפט להציג את עמדתו<sup>90</sup>. בעמדה שהוצגה לבית המשפט הביע היועץ המשפטי הסכמה לכך שיעשה שימוש בזרעו של המנוח על ידי בת הזוג, ובשים לב לנסיבות המיוחדות של כל אחד ואחד מן המקרים. בהמשך לאותם דיונים ובהתחשב במציאות המשתנה, החליט היועץ המשפטי "ליצור כללים מנחים ברורים ואחידים במקרים העשויים להתעורר בעתיד" ולפרסם את עמדתו זו במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה<sup>91</sup>.

בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ארבעה חלקים עיקריים: בחלק הראשון, המבוא, מייחד היועץ דברים על החשיבות, המשקל והמקום שיש להולדה בחברה הישראלית, וכן על רצונו של אדם בהמשכיות לאחר המוות. החלק השני מוקדש לשאלה אם ניתן לייחס למנוח רצון משוער שעל בסיסו ניתן יהיה ליטול זרע מגוויתו. בהקשר זה מציין היועץ כי אין להתעלם ממעמד בת הזוג והורי המנוח. בחלק השלישי מציג היועץ את הבסיס המשפטי לנטילת זרע מאדם הנוטה למות או מנפטר. בחלק הרביעי הוא קובע את דרך הפעולה והטיפול בבקשות המוגשות לבית המשפט להתיר שימוש בזרע לאחר המוות. כן סוקר היועץ את פסיקת בתי המשפט ומייחד מספר מלים למעמד הילדים שיולדו.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים: היסוד האחד, שיש לכבד את רצונו של הנפטר, הנובע מהעיקרון המחייב לכבד את האוטונומיה של הפרט ואת זכותו של האדם לשלוט על גופו. היסוד השני בהנחיות הוא כיבוד רצונה של בת זוגו של הנפטר לממש את שאיפתה ותוכניתה ללדת ילד משותף לה ולבן זוגה, שאיפה אשר נקטעה באיבה בשל המוות<sup>92</sup>. ברור שכאשר אדם מביע את רצונו המפורש בילד קודם מותו, והוא מפקיד זרע

89 תמ"ש 18120/02, לעיל ליד הערה 4. השווה הערה 78 א ו-86 לעיל.

90 ראו פקודת סדרי דין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) (נוסח חדש), התשכ"ח-1968.

91 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ליד הערה 9.

92 סעיף 9 להנחיות היועץ המשפטי. במונח "בת זוג" הכוונה "לבת זוגו של האדם ממנו מבוקש ליטול זרע, ולענין זה אין חשיבות אם היו קיימים ביניהם קשרי נישואין דווקא. כובד המשקל הוא על קיום יחסים בעלי אופי נמשך, מהסוג שהבאת ילדים מהווה חלק טבעי מהם" (שם, סעיף 24(ג) להנחיות).

תוך הבעת רצונו כי בת זוגו תוכל לעשות בו שימוש לאחר מותו אם תרצה – אין מניעה לאשר זאת<sup>93</sup>. יתרה מזו, אף שרצונו של המת איננו הגורם הבלעדי, גם כאשר אין גילוי חיצוני ומפורש של דעתו, ואין אינדיקציה מפורשת שהוא מתנגד לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו ובת הזוג מסכימה – ראוי יהיה להתיר לה שימוש זה<sup>94</sup>.

לפיכך, יש צורך במנגנון אשר יאפשר לקבוע מה היה רצונו המשוער של המנוח. מנגנון זה הכרחי בהתחשב בקושי לייחס לאדם בריא עמדה בשאלה אם להשתמש בזרעו לאחר מותו כדי להעמיד לו צאצאים לאחר פטירתו. אדם בריא איננו נדרש בחייו לעניין זה. על כן, שתיקתו איננה יכולה להתפרש כהעדר הסכמה. לא כן במקרה שהמנוח הביע את דעתו המפורשת בחייו, בין בכתב בין בעל פה ואפילו דרך התנהגות, כגון חולה הלוקה במחלה סופנית המנסה למרות מחלתו להביא ילדים לעולם. לאדם כזה ניתן לייחס רצון משוער בילדים גם לאחר מותו<sup>95</sup>. אדם רוצה בדרך כלל בהמשכיותה של השושלת המשפחתית, למעט מי שהביע בחייו התנגדות להולדת ילדים לאחר מותו, בין שהביע את התנגדותו במפורש ובין בדרך התנהגות. לאדם זה לא ניתן לייחס רצון משוער בילדים לאחר המוות<sup>96</sup>. ומכיוון שברצון משוער עסקינן, "אין לעמוד על דרישת הסכמה מפורשת ומודעת, אלא ניתן להסתפק גם באינדיקציות ראיות מהן ניתן להסיק על רצונו המשוער של הנפטר"<sup>97</sup>.

באשר לזכות ההורות של בת הזוג, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי יש לה אינטרס חזק ומוכח, הן באשר להבאת ילדים מזרעו של הנפטר, שעמו נקשרה בחייו, והן באשר לשימור זכרו ולהנצחתו בדרך זו. השימוש בזרע בן הזוג המת הוא שלב בסיסי, בלעדיו אין, לאפשרות מימוש זכות ההורות של בת הזוג ביחד עם בן זוגה. שלילת אינטרס זה, בכפוף לקביעת רצונו המשוער של המנוח, יכולה להחשב

93 שם, שם.

94 שם, סעיף 10.

95 שם, סעיף 14. עוד מוסיף היועץ המשפטי כי לענין רצונו המשוער של המנוח יש לבחון כל מקרה על פי נסיבותיו, העובדות הקונקרטיות ועדויות האנשים הקרובים לו. במידת הצורך יש לשקול בחיוב בקשה לקבלת תסקיר פקיד סעד.

96 שם, סעיף 12.

97 שם, סעיף 15. היועץ המשפטי מדגיש כי "רצון משוער" פירושו שהנפטר היה נותן את הסכמתו לשימוש בזרעו לאחר מותו לצורך הפריית בת זוגו אף שלא נזקק בפועל לשאלה זו בחייו. בהקשר זה מציין היועץ, כי בעת הדיונים לגיבוש עמדתו, הובעה גם הדעה כי יש ליתן משקל מכריע בלעדי לאוטונומיה של המת. הזרע הנלקח מגופו של אדם שונה מכל איבר, רקמה או נוזל גוף המופרשים מגוף האדם, כיון שבזרע יש פוטנציאל ליצירת חיים חדשים. הזרע איננו משפר או שומר על חיים קיימים אלא "משתתף" ביצירת חיים. לכן, בכל מקרה שלא ניתן לשער את רצונו של המנוח בשאלת השימוש בזרעו, יש לחשוש ששימוש זה יהיה בניגוד לרצונו. לפיכך, ניתן להתיר שימוש בזרע רק כאשר יש אינדיקציה פוזיטיבית להסכמת הנפטר. גישה זו נדחתה, כיון שאדם בריא איננו נדרש כאמור לענין זה בחייו, ולכן הדרישה לקבלת אינדיקציה פוזיטיבית כמעט ואיננה אפשרית, מה גם שיישום דרישה זו הלכה למעשה עלול למנוע שימוש בזרעו של מי שחפץ בכל מאודו להתיר שימוש בזרעו לאחר מותו, אלא שבדרך הטבע לא נדרש להביע עמדה בענין זה (שם, סעיף 16).

כהתערבות מוגזמת של החברה בשאלה האינטימית ביותר של אדם – עם מי הוא בוחר להביא את צאצאיו לעולם.<sup>98</sup>

נכונותו של היועץ המשפטי להכיר באינטרס של בת הזוג, נשענת על ההנחה כי היא המייצגת הנאמנה ביותר של רצון בן זוגה המת, שכן היא הייתה האדם הקרוב אליו ביותר ושותפתו הטבעית לענין הנדון. על כן, הרי היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של הנפטר כאשר לעמדתו ולרצונו בצאצאים בכלל, ולשימוש בזרעו לאחר מותו בפרט.<sup>99</sup> אם לא הייתה לנפטר בת זוג קבועה ומסוימת בחייו, לא ניתן יהיה – ככלל – לייחס רצון משוער לנפטר להביא צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו.<sup>100</sup> לכל קרוביו האחרים של הנפטר, לרבות הוריו, אין מעמד חוקי לענין הבאת ילדים לעולם לאחר מותו, כשם שאין להם מעמד בענין אינטימי זה בחייו.<sup>101</sup>

באשר לנטילת הזרע מבחינת היועץ המשפטי בין נטילתו ממת לנטילתו מפצוע חסר הכרה או מחולה הנוטה למות. נטילת הזרע מן המת חייבת להיעשות בתוך שעות מספר מהמוות. לכן, יש לחלק בין נטילת הזרע הצריכה להיעשות בדחיפות ובשל כך מתחייבת מדיניות מקלה, לבין ההחלטה על השימוש בזרע שניטל, שאלה שתוכרע על ידי בית המשפט.<sup>102</sup>

נטילת הזרע כשלעצמה, יכולה, לדעת היועץ המשפטי, להתבצע ללא פגיעה בכבוד האדם או כבוד המת כיון שאיננה מחסירה מגוף המת כל איבר. במקרה כזה איננה

98 שם, סעיף 11.

99 שם, סעיף 17. עוד מוסיף היועץ המשפטי לממשלה, בזהירות הנדרשת, כי ניתן לומר, כי כאשר האדם נשוי או שהוא קושר את חייו עם בת זוג בחיים משותפים, הרי עשוי הדבר ללמד על רצונו המשוער בילדים בצוותא עם בת זוגו (ראו לענין זה דנ"א 2401/95, לעיל הערה 1, בעמ' 685). יחד עם זאת, יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו הקונקרטיות, שהרי המציאות האנושית מגוונת ורבת פנים, ויש לנהוג בזהירות רבה בכל הכללה לענין זה (שם, סעיף 18).

100 שם, סעיף 19.

101 שם, סעיפים 20–22. אכן, בחיי אדם אין להוריו או לקרוביו מעמד בשאלה אם להעמיד צאצאים אם לאו. אולם, אין להקיש מכך כי אין להם מעמד לענין ההולדה (יזומה) לאחר מיתה, שכן להורי המנוח יש אינטרס כלכלי (ראו סעיף 4 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) ואולי אף ביחס לירושה (סעיפים 10(2) ו-12 לחוק הירושה. ראו עוד ה"פ (ת"א) 1922/96, לעיל ליד הערה 3). לכאורה, ברמה העיונית יש מקום לתהות אם נכון לשלול מעמד מהורי המנוח. האם מוצדק לשלול מעמד מהוריו של חייל שנפל בקרב בהחלטה אם להקים לו שם? ואכן, אם הטכנולוגיה קיימת, ואם ההולדה באמצעות אם נושאת מותרת, במה עדיפה בת זוגו של המנוח על הוריו? לו יצויר כי בשל פגם אין לבת הזוג ביציות והיא נזקקת לתרומת ביציות, כך שבכל מקרה לא תוכל ללדת את ילדה הביולוגי (גם אם בן זוגה היה נותר בחיים), האם אין במעמד שווה להורי המנוח? אמנם, על פי המצב החוקי השורר כיום בארץ, חוק ההסכמים לנשיאת עוברים איננו מאפשר להורי המנוח להתקשר בהסכם עם אם נושאת כדי להעמיד צאצא לבנם המת (סעיפים 1 ו-2(4) לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים), אך ברמה העקרונית (התיאורטית) אינני רואה מדוע להתיר לזו (לבת הזוג) ולא להתיר לאלה (הורי המנוח). יחד עם זאת, נראה, כי התוצאה מקביעת היועץ המשפטי, מובילה לשלילת הקשר המשפטי בין הילוד לבין מולידו ושאר קרוביו. ספק אם לזה התכוון היועץ.

102 שם, סעיף 23.

נכנסת בגדר הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה. אם נטילת הזרע מחייבת ניתוח יחולו הוראות החוק<sup>103</sup>.

על נטילת זרע מחולה או מפצוע הנמצא במצב של חוסר הכרה או אי יכולת להביע רצונו והוא נוטה למות – יחולו הוראות חוק זכויות החולה. הסעיפים הרלבנטיים לענייננו הם סעיפים 2 ו-15 לחוק. נטילת הזרע נכנסת בגדר "טיפול רפואי" כמשמעותו (הרחבה) בסעיף 2 לחוק, טיפול היכול להינתן גם ללא הסכמת החולה אם לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת עקב מצבו הרפואי וכן אין אפשרות לקבל את הסכמתו או הסכמת אפטרופסיו ולא ידוע כי המטופל או אפטרופסיו מתנגדים לקבלת הטיפול<sup>104</sup>. מכאן, שדי בעדותה של בת הזוג המבקשת לעשות שימוש בזרע, והמעידה על כך שכן הזוג המנוח היה נותן את הסכמתו לכך לו יכול היה להביע אותה, כדי להתיר את ביצוע הפעולה, ובלבד שאין אינדיקציה לסתור את עדותה.

עוד קובע היועץ המשפטי את ההסדר הפרוצדוראלי עובר להגשת הבקשה לנטילת הזרע והדיון בבקשה בבית המשפט. בקשת בת הזוג לנטילת זרע תהיה בכתב, על הרופא ביחידת ההפריה להסביר אישית לבת הזוג על הפרוצדורה הרפואית (הסבר מפורט) וכן עליה לקבל הסבר כולל על הפרוצדורה וההיבטים הכרוכים בה מפי הפסיכולוגית או העובדת הסוציאלית ביחידת ההפריה. כמו כן על הבקשה להיות מאושרת על ידי שני רופאים בכירים ביחידה.

עמדת בא כח היועץ המשפטי לקראת הדיון תיקבע בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. בגיבוש העמדה יושם הדגש על קיומו של רצון או רצון משוער של הנפטר. כמו כן יש לבדוק את כנות, חופשיות ואמיתות רצונה של בת הזוג<sup>105</sup>.

103 שם, סעיף 25.

104 שם, סעיף 24. בכל הכבוד הראוי, ספק גדול אם לזה כיוון המחוקק בסעיפים 2 ו-15 לחוק זכויות החולה. גם אם נטילת הזרע מן החולה חסר ההכרה או החולה הנוטה למות, נכנסת בגדר "טיפול רפואי" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק, דומה כי לסעיף 215(2) לחוק אין תחולה כלל לענייננו. שכן, סעיף 215(2) מאפשר לטפל בחולה ללא הסכמתו "אם נשקפת סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי שיש ליתן לו בנסיבות הענין בהקדם". כלומר, הטיפול שהחולה מתנגד לו מכוון להציל את חייו והוא מתנגד לטיפול מציל החיים. נטילת זרע מן המת איננה טיפול מציל חיים, והיא בוודאי איננה צפויה לשפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של החולה (התנאי השני משלושה התנאים המצטברים הנקובים בסעיף אשר בהתמלאם ניתן לטפל בחולה ללא הסכמתו המודעת). ה"חולה" (=המנוח) גם לא הביע את התנגדותו לטיפול. ולבסוף, מתן טיפול ללא הסכמה מותנה באישורה של ועדת האתיקה שליד בית החולים, "לאחר ששמעה את המטופל". את תורם הזרע היא איננה יכולה לשמוע. אם בכלל רלבנטי חוק זכויות החולה, כי אז נכון יותר לפעול על פי הוראות סעיף 15(1) לחוק. על סעיף 15 לחוק זכויות החולה ראו בהרחבה גרין, לעיל ליד הערה 29 בעמ' 254; א' כרמי, בריאות ומשפט (כרך א, הוצאת נבו, 2003) 1086.

105 סעיפים 27–29 להנחיות. לשם כך ראוי לבקש מבית המשפט להורות על הכנת תסקיר פקיד סעד. כן יש לבדוק שהמבקשת איננה נתונה ללחצים ולהשפעות אשר מאפילים על שיקול דעתה העצמאי ועל התייחסותה האישית לסוגיית ההולדה מזרעו של בן זוגה המת. יש לתת לה ליווי רפואי, סוציאלי ופסיכולוגי הולם בכל שלבי התהליך על מנת שהחלטתה תתקבל תוך ידיעה מלאה על העומד בפניה (שם, סעיף 3).

## פרק שלישי: האם עומדת לאדם הזכות להעמיד צאצאים לאחר מותו?

## א. הזכות להיות הורה: מקורה, מהותה והיקפה

## 1. הזכות ומקורה

אין חולק על מעמדה וחשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשונים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פריה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה ... זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט<sup>106</sup>. אף על פי כן, כיון שלאחר פטירתו אין אדם כשיר לזכויות וחובות<sup>107</sup>, על המבקשת לעשות שימוש בזרעו של בן זוגה המת להוכיח כי הזכות להורות חריגה למכלול הזכויות והחובות של האדם ועומדת לו גם לאחר מותו.

מקורה של הזכות להיות הורה בכבוד האדם ובזכותו לפרטיות<sup>108</sup>. הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם<sup>109</sup> ולא רק כנגזרת של אוטונומיה הרצון<sup>110</sup>. הזכות להיות הורה היא, על פי טיבה, מהותה ומאפייניה זכות טבעית מולדת הטבועה באדם<sup>111</sup>. היא זכות שבאה אלינו מן הטבע<sup>112</sup>. זוהי חירות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני הזוג לבין עצמם<sup>113</sup>. בזכות להורות מקופלות הזכות לאוטונומיה, הזכות להגשמה עצמית והזכות לחופש הבחירה. היא מאגדת בתוכה אגד זכויות וחובות שיש בה כדי לשנות את מעמדו האישי של האדם ולהשפיע באופן מהותי על חייו מהבחניה הנפשית, הרגשית והכלכלית<sup>114</sup>.

- 106 דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1, בעמ' 680. הובאו הדברים בבג"צ 2458/01, לעיל הערה 47 בעמ' 445. לפיכך, ברור כי ב"הורות" הכוונה להורות ביולוגית להבדיל מהורות משפטית.
- 107 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
- 108 על משמעותה המשפטית של כבוד האדם ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 5942/92 לעיל, ליד הערה 19 בעמ' 842 (הובאו הדברים בהסכמה בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נ"א(1), 160, 167): "כבוד האדם, בהקשר החוקתי, הוא מושג משפטי, אולם ביטוי המעשי, כאמור, בהוויה האנושית היום-יומית וביחסן של המדינה ושל החברה, ובכלל זה בתי המשפט, אל הפרט החי בה. כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בתור שכזה לגבש את אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן, לבחור בחירותיו הרצונית, לא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, ליהנות מן השוויון אשר בין בני אנוש...".
- 109 ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פד"י מ"ד(1) 330. דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1, בעמ' 701. זכות היא אינטרס שהמשפט מכיר בו ומגן עליו, ואינטרס הוא טובת הנאה אפשרית. ראו ח' כהן, המשפט, (ירושלים, 1991), 512.
- 110 דנ"א 2401/95 לעיל, ליד הערה 1, בעמ' 736. על האוטונומיה של הרצון ראו א' ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית, מהדורה שלישית (כרך א, ירושלים, תשנ"ה–1995), 301.
- 111 דנ"א 2401/95, לעיל, ליד הערה 1, בעמ' 682.
- 112 בג"צ 2458/01, לעיל, ליד הערה 47 בעמ' 447.
- 113 השופט שטרסברג-כהן בדנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1, בעמ' 683.
- 114 ע"א 5587/93, לעיל ליד הערה 18 בעמ' 498.

שני פנים לזכות להורות: הפן האחד, החיובי, הזכות להחליט עם מי, מתי, באיזו דרך וכמה צאצאים להעמיד. הפן האחר, השלילי, הזכות שלא להעמיד צאצאים כלל או בלשון אחרת, שלא להפוך להורה שלא מרצון.<sup>115</sup>

בדרך כלל אין לו לאדם נכס יקר יותר מן הקשר הנפשי בין הורים לילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי.<sup>116</sup> הזכות להורות חובקת איפוא שני שלבים משמעותיים בחייה של המשפחה: את הזכות להעמיד צאצאים ואת הזכות שהיא גם חובה, לגדלם. גידול הילדים מחייב את ההורים לפעול לטובת ילדם, דרישה העלולה ליצור מתח בין הקשר הביולוגי לתיפקוד ההורי, מתח היכול להוביל, ובצדק, להתערבות הדין באוטונומיה של התא המשפחתי. התערבות הדין הכרחית לעתים, גם כדי למצוא את נקודת האיזון במתח השורר בכמה רמות בין המעורבים בתהליך ההולדה לאחר המיתה. מתח שורר בין שתי נגזרותיה של הזכות הראשונית (הזכות לכבוד) ממנה נגזרת הזכות להורות: מול זכותה של בת הזוג להיות אם מזרע בן זוגה המת, עומדת זכותו של המת לא רק לכבוד, אלא גם שלא לכפות עליו הורות שאולי לא רצה בה.<sup>117</sup> מול זכותה של בת הזוג לממש את רצון בן זוגה המת, עומדת זכותה של החברה למנוע את הולדתו ליתמות מתוכנת ואולי אף לחיי סבל.<sup>118</sup>

בהיות הזכות להורות אחת מזכויות היסוד של האדם, הנגזרת גם מהזכות לפרטיות ולצנעת הפרט, מוגנת היא בחוק יסודי.<sup>119</sup> ככזו היא ניתנת להגבלה<sup>120</sup>, בין באמצעות הגבלה על הילודה (על ידי עיקור זמני או קבוע), לרבות גישה לטיפולים, בין על ידי כפייה להפסיק הריון ובין בשל אי מסוגלות הורית צפויה.<sup>121</sup>

115 ראו גרין, לעיל ליד הערה 34, בעמ' 65.

116 ע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י ל"ב(3) 421, 441.

117 בהעמדת הדברים באופן זה מובלעות למעשה שתי הנחות: האחת, כי הורות ביולוגית איננה ניתנת לניתוק, אלא הקשר המשפטי בלבד ובאישור בית המשפט (סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים; סעיף 11 לחוק הפונדקאות). ההנחה האחרת, כי המיתה איננה מנתקת את הקשר הביולוגי.

118 למי שסובר כי להורי המנוח יש מעמד בהחלטה, כי אז המתח הוא בין זכותם למנוע הולדת צאצא לבנם שיתכן כי לא רצה בו, לזכותה של האלמנה להורות. השוו לאמור לעיל בהערה 100.

119 סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו עוד סעיפים 1 ו-2(11) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981. על היחס בין הזכות להורות לזכות לאי הורות, ובעיקר אם שקולים הם, עמד בית המשפט העליון בהרחבה בפרשת נחמני. לענין זה יושם לב לפסק דינו של השופט טל הסובר כי אין הזכות לאי הורות שקולה כנגד הזכות להורות. ההורות מהווה ערך בסיסי וקיומי הן בעבור הפרט והן בעבור החברה כולה, מה שאין כן באי הורות שאין בה כשלעצמה ערך כלשהו. דנ"א 2401/95 לעיל, ליד הערה 1, בעמ' 701.

120 סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך למשל, מתערבת המדינה הגם שבעקיפין, בזכות להורות באוסרה יחסי מין עם קטינה (סעיף 346 לחוק העונשין) ובהגבילה את גיל הנישואין (סעיפים 2(א) ו-5 לחוק גיל הנישואין, תש"י-1950). כמו כן מתערבת המדינה ישירות בשליטתה על חלוקת ילדים לאימוץ. ראו בהרחבה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך שני, תשמ"ט), 139-170.

121 במסגלות ההורית הכוונה למילוי האינטרס של הילד שהוריו ידאגו לו כראוי: יתנו לו בית חם,

2. על הזכות להרות בדרך של הפריה חוץ גופית מערכת המשפט ממעטת להתערב באוטונומיה של התא המשפחתי. אין היא מגבילה, ולרוב גם איננה יכולה להגביל, את ההולדה בדרך הטבע. לא כן כאשר ההולדה אפשרית רק בעזרה רפואית. שליטת המדינה על טכניקות ההולדה שלא בדרך הטבע, הן על ידי הקצאת משאבים לפיתוח טכנולוגיות רפואיות מתקדמות והן על ידי קביעת סל שרותי הבריאות, מקנים לה את הלגיטימציה להתערב בהחלטה על ההולדה, ואף לפגוע בזכותו של אדם לחוות הורות. למדינה, באמצעות האורגנים הפועלים מטעמה, יש לעתים אינטרס למנוע את ההולדה. כך למשל, כאשר ברור, כי לא יהיה בכח ההורים המולידים, לדאוג לצרכיו של הילד העתיד להיוולד ולרווחתו והוא צפוי ליפול לנטל על החברה.

המדינה רשאית להטיל הגבלות על הזכות להורות כיוון שהיא זכות מסוג חירות. אין זה מעניינה של המדינה להתערב ולמנוע מבני האדם להיות הורים אלא במקרים חריגים, אך אין בריסון זה כדי להצדיק הטלת חבות עליה, או על מי מטעמה, לסייע לבני זוג לממש את זכותם להיות הורים. לפיכך, בסמכותה להגביל את הנגישות לקבלת טיפולי פוריות. יחד עם זאת, החלטות מסוג זה אינן יכולות להתקבל כלאחר יד. החלטה מעין זו מחייבת משנה זהירות. גם אם בכוחה של המדינה לצמצם את אוכלוסית הזכאים לטיפולי פוריות, וגם אם ניתן להצדיק זאת מוסרית, כלכלית ומשפטית, על מקבלי ההחלטה לנהוג ריסון בבואם להוסיף פגיעה על פגיעתם של אוכלוסית הנזקקים לטכנולוגיות רפואיות מתקדמות כדי לממש את זכותם להורות. לאחרונה נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלה אם זכאית אשה רווקה להתקשר בהסכם פונדקאות ולהיבנות בדרך זו. בפסק דין ארוך ומנומק הכיר בית המשפט בעקרון כי לכל אישה הזכות להיות אם בעזרתה של פונדקאית, אף שבשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה שעמד לפניו דחה את העתירה<sup>122</sup>:

יאהבו אותו, ידאגו למחסורו. ראו דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פד"י נ(1), 48, 109. ראו עוד דברי השופט גולדברג באותו ענין: המבחן לחוסר מסוגלות הורית הוא אם להורים כישורי הורות אויבייקטיביים למלא תפקידם כהורים והאם כישורים אלה לא נפגמו כתוצאה ממצבם או מהתנהגותם (שם, עמ' 85).

122 ראו בג"צ 2458/01, לעיל, ליד הערה 47 בעמ' 443. יוער, כי כפועל יוצא מההכרה החד משמעית בזכותה של אשה להתקשר בהסכם פונדקאות יפסול בית המשפט את החלטת הועדה לאישור ההסכם לנשיאת עוברים שלא להתיר לעותרת להיבנות באמצעות פונדקאית. ולא היא. העתירה נסבה סביב פסילת בקשתה של רווקה ללא בן-זוג בשנות הארבעים לחייה, שרחמה נכרת להתקשר בהסכם פונדקאות. העותרת, שלא ילדה עד לאותו מועד, יידעה את הועדה כי אין לה בן זוג, ולכן היא מבקשת להביא ילד לעולם בזרע שיילקח מבנק הזרע. בדרכה למימוש רצונה נשאבו מגופה של העותרת ביציות, ואלו הופרו בהפריה חוץ-גופית בזרעו של תורם אנונימי. העותרת ביקשה להשלים את התהליך על דרך השתלתן של הביציות המופרות ברחמה של אם פונדקאית, ולעניין זה פנתה אל ועדת האישרים שכוננה על-פי חוק ההסכמים לנשיאת עוברים בבקשה כי יינתן לה אישור להסכם פונדקאות. ועדת האישרים החליטה לדחות את בקשתה של העותרת על הסף משום שאין לה בן זוג. בית המשפט דחה את העתירה והחליט שלא להתערב בהחלטת הועדה בנימוק שהפגיעה עומדת בתנאיה של פיסת ההגבלה שבסעיף

"לעניין הפריה חוץ-גופית (שלא על דרך של פונדקאות) דין אחד הוא לכל אישה בישראל: בין שנשואה היא בין שאין היא נשואה, בין שיש לה בן-זוג בין שאין לה בן-זוג. כל אישה, באשר אישה היא, יכולה וזכאית היא להיות מטופלת בטיפול הפריה חוץ-גופית, ואין אישה נעלה על חברתה".

על דרך ההיקש נאמר כי דין אחד הוא לכל איש בישראל ולכל בני זוג להיות מטופלים בדרך של הפריה חוץ גופית. האמנם?

במישור העקרוני התשובה ברורה. לכל אדם הזכות לקבל טיפול רפואי, לרבות טיפולי פוריות. אולם, תהיה זו תשובה שטחית ולא נכונה אם נתעלם ממכלול הגורמים הכלולים בהורות, מרכיבים אותה ומשפיעים עליה וקובעים את היקפה. אם נתעלם מהחיוב הדתי, או מהמרכיבים הרגשיים, הפסיכולוגיים והחברתיים, "יצירת הורות" היא במידה רבה ענין טכני. לכן, כל עוד הוא נמנע המחוקק מהטלת הגבלות על ההולדה בדרך הטבע, נשמט הבסיס המוסרי והערכי היכולים להצדיק הטלת הגבלות על ההולדה שלא בדרך הטבע.

אכן, אם יתעלם הצוות הרפואי משיקולים לבר רפואיים (שיקולים של חוק, הלכה, אתיקה וכיו"ב), הרי שמהבחינה הרפואית גרידא, הצוות המבצע את ההפריה החוץ גופית נייטרלי באשר למקורם של תאי הרבייה, לאישיותם של תורמי הזרע והביצית ולאישיותם של המטופלים, לכשרותם המשפטית ולקשר המשפטי ביניהם. מנקודת מבטו של הצוות הרפואי נותן השרות, כל המבקש טיפולי פוריות זכאי לקבלו בכפוף לשיקולים רפואיים מקצועיים. לפיכך, אם איכות הזרע והביצית טובה ותקינה, אין נפקא מינה אם תאי הרבייה המשמשים להפריה ניטלו מן המת או מן החי, אם מתורם או מבני הזוג, אם תישא את ההריון בעלת הביציות או פונדקאית. לדידו של הרופא מבחן התוצאה הוא הקובע. ולא היא. הרופא איננו רשאי ואיננו חפץ להתעלם משיקולים לבר רפואיים. שיקולים אלה הם חלק בלתי נפרד ממכלול השיקולים עובר לטיפול. הרופא איננו טכנאי חסר רגשות, ערכים ומצפון. נהפוך הוא, בהחלטות הרפואיות בשטח הפריין, יותר מאשר בכל תחום רפואי אחר, ממלא סולם ערכי של הרופא תפקיד מרכזי.

קשה לראות החלטה רפואית המבודדת ממערכת שיקולים לבר רפואיים. כך למשל,

8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכל הכבוד הראוי, קשה להלום את החלטת בית המשפט נוכח הקביעה שלו עצמו כי יש בהחלטת הועדה (שלא חרגה מסמכותה) הפליה ברורה של העותרת ביחס לנשים שיש להן בן זוג, בין שההפליה עצמה פוגעת בזכות היסוד לשוויון ובין שההפליה פוגעת בכבוד האדם. כיצד מתיישבים דברים אלה עם הקביעה כי הפגיעה פגיעה מידתית היא, פגיעה העומדת בתנאיה של פיסקת ההגבלה (מפי השופט חשין, שם, 462 וראו עוד דברי השופט שטרסברג-כהן בעמ' 466)? הלא משהותר לאישה פנויה (רווקה או אלמנה) להרות בדרך של הפריה חוץ גופית מזרע הניטל מבנק הזרע, גם אם אין לה בן זוג. בכל הכבוד, מה ההגיון לאסור על אשה פנויה להיבנות בדרך של הפריה חוץ גופית כאשר העובר יתפתח ברחמה של אם נושאת ולא ברחמה שלה? אתמהה.

אין להעלות על הדעת כי רופא יסייע לאישה להרות בדרך של הפריה חוץ גופית כאשר קיימת הסתברות גבוהה כי ההריון יסכן את חייה. אמנם, אין לשלול על הסף את האפשרות לסייע לאישה זו להפוך לאם, לאחר שניתנה הסכמתה המודעת (ולאחר שנחשפה לכל הסיכונים, לרבות סיכונים נדירים) ולאחר שהתברר כי אין דרכים חלופיות ליצור את ההריון וכי ננקטו כל אמצעי הזהירות הדרושים להשגחה רפואית מלאה בתקופת ההריון. הוא הדין, וביתר שאת, מערכת המשפט. אין להעלות על הדעת כי מערכת המשפט תכשיר הולדה בכל תנאי. הזכות להורות, חשובה ככל שתהיה, איננה מחייבת לאפשר את ההולדה בכל מחיר ולהעתר לכל בקשה. השגחה של טכנולוגיה רפואית מתקדמת איננה מחייבת להיזקק לה בכל מקרה. על כן, רשאי המחוקק, ואף חייב, לאסור על המערכת הרפואית לסייע בהולדה אם זו תגרום לפגיעה בסולם ערכיה, ביסודות השיטה המשפטית ובמירקם החברתי.

למותר לציין, כי אין בכך כדי להכשיר פגיעה גורפת בזכות להורות. נהפוך הוא, זכות זו עומדת לכל אדם, לרבות בדרך של הפריה חוץ גופית, אך בהיותה זכות יחסית, רשאצ המדינה להגביל אוכלוסית הזכאים לטיפולי הפוריות ולהקשות על הנגישות לטיפולים כל עוד ההגבלות על הזכות תואמות את ערכיה של מדינת ישראל, וההגבלות אינן עולות על הנדרש<sup>123</sup>.

### א.3 על הורות, מיתה וכבוד המת

א.3.1 האם משתרעת הזכות להורות גם לאחר מיתה?  
 המת איננו כשיר ואיננו יכול לבצע פעולות משפטיות. לכן, גם אם עומדת לו זכות כלשהי, היא מתבצעת על ידי אחרים. מעגל הסובבים אותו, הקרובים והרחוקים, מזכים אותו ובד בבד מגינים על זכויותיו. כך זכותו, ככל שהיא קיימת, להעמיד צאצאים לאחר מותו. האמנם? האם למת זכות להורות? האם קרוביו של המת המופקדים על שמירת כבודו, ואף המדינה, רשאים לעשות שימוש בזרעו כדי לממש את זכותו להורות לאחר מותו?

לכאורה, שאלה רטורית, שהרי זכויותיו של אדם פוקעות במותו<sup>124</sup>. ולא היא. יש מצבים שעומדת לאדם הזכות לכבוד גם לאחר מותו, כפי שסובר פרופ' ברק<sup>125</sup>:

"כמו בדבר תחילת החיים, כך גם בענין סיומם יש להתמקד בערכים ובאינטרסים אשר זכות האדם מבקשת להגן עליהם. גישה "תכליתית" זו תוביל ברוב המקרים למסקנה כי עם המוות מסתיימות הזכויות של הנפטר. מסקנה זו אינה הכרח לוגי,

123 סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, המדינה עושה זאת על ידי צמצום השתתפותה במימון, איבחון וטיפול בעקרות. למשל, השתתפותה במימון טיפולי הפריה חוץ גופית לצורך הולדת ילד ראשון ושני לבני זוג שלהם אין ילדים בנישואיהם הנוכחיים בלבד (סעיף 6(ד) לתוספת השניה של חוק ביטוח בריאות ממלכתי התשנ"ד-1994).

124 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

125 א' ברק, פרשנות במשפט פרשנות חוקתית (כרך שלישי, תשנ"ה), 437.

אלא תוצאה של בחינת הערכים והעקרונות המונחים ביסודן של הזכויות. אכן, הן בישראל והן בגרמניה הכירו בתי המשפט בכבוד האדם בזכות הממשיכה לעמוד גם לאחר הפטירה".

אכן, זכותו של המת לכבוד, כחלק מכבוד האדם, איננה מסתיימת במותו. כבוד המת איננו מסתכם בהבאתו לקבורה מכובדת, בכיתוב ראוי ומכובד על מצבתו ובכיבוד זכרו על ידי משפחתו וחבריו. כבוד המת הוא גם קידום ומימוש תהליכים ותכניות שהחל בהם בחייו, אם קיימות ראיות מוכחות כי המת רצה בהמשכם גם לאחר מותו. ומה לנו יותר מהקמת שם על ידי מימוש ההורות על ידי בת זוגו, הורות המשקפת ומבטאת יותר מכל את "כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר"<sup>126</sup>.

עם זאת, אין להסיק מן ההכרה במימוש ההורות לאחר המיתה כחלק מכבוד המת, היתר גורף להעתר לכל בקשה לעשות שימוש בתאי רבייה של נפטרים. יש לכבד את רצונו של המת ולאפשר את ההפריה מתאי רבייה שהותיר אחריו או ניטלו ממנו סמוך לאחר מותו, כל עוד אין הדבר נוגד את טובת הכלל או פוגע ברגשות או אינטרסים לגיטימיים של הזולת<sup>127</sup>. ברם, המתים נעדרים יכולת לקיים את רצונם ולהגן על כבודם. על כן נוטל בית המשפט על עצמו לקיום רצונו ושמירת כבודו של המת<sup>128</sup>. מכאן, הכלל<sup>129</sup>:

"דוקטרינת כיבוד רצונו של המת – כמוה ככל דוקטרינה במשפט – אין היא מצווה אותנו ציווי ולא יעבור. החופש לצוות אין הוא חופש ללא הגבלה, והציווי לכבד את רצון המת אף הוא ממילא אין הוא מוחלט. יש אינטרסים נוגדים, יש אינטרסים נוגדים-למחצה, והפשרה מחויבת המציאות היא. כך למשל, מתרוצץ לו בחלל משפט הירושה האינטרס שלא לאפשר ליד המתה (ה-Mortmain) לשלוט בחיים ללא הגבלה".

נמצינו למדים, כי השאלה איננה אם זכות ההורות משתרעת לאחר מיתה. גם אם נקבל את הטענה כי הזכות עומדת לאדם בנסיבות מסוימות גם לאחר מותו, עדיין מתחייבת תשובה לשתי שאלות: האם גוברת היא על הפגיעה בכבודו של המת בגין החדירה לגופו להפקת הזרע? אם לא, האם רשאי בית המשפט להסיק בנסיבות הענין כי המנוח היה מוחל על כבודו ומאפשר את החדירה לגופו לצורך נטילת הזרע? האם די בכוחה של ההסכמה המשוערת של המנוח בילדים לאחר מותו כדי לשלול את הפן

126 ע"א 1482/92 אסתר הגר נ' חנה הגר, פד"י מז(2) 793, 801.

שם.

127 ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פד"י מו(4) 330, 347.

129 ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' משה לשיצקי, פד"י נה(1) 88, 116.

הפליילי הכרוך בהתערבות החודרנית, או שמא חובתה של החברה להגן על כבודו של המת גם מפני עצמו, ולכן אין הסכמתו המשווערת תועיל להתיר את שאיבת הזרע<sup>130</sup>?

א.2.3 האם ליילד עובר מנושאת הריון שנפטרה? אם לאדם שמורה הזכות להעמיד צאצאים לאחר מיתה, כי אז שמורה לו גם הזכות שלא להעמיד לו צאצאים לאחר מותו. לכן, כשם שבן או בת הזוג הנותרים בחיים משקפים, או אמורים לשקף, את רצונו המשווער של המת בצאצא לאחר מותו, כך הם או שאריו, אמורים לשקף את סירובו המשווער שלא להיכנות לאחר מיתה. מקום שאדם או אפוטרופסיו מוסמך ליתן הסכמה לפרוצדורה הרפואית, מוסמך הוא לסרב לה.

אחד המקרים בהם התיר המחוקק, ובחקיקה ראשית, את ההולדה לאחר מיתה, ללא צורך לעמוד על רצונו המשווער של המת או של קרוביו, הוא כשנדרשת ההתערבות לשם הוצאת עובר מגופה של נושאת הריון שנפטרה<sup>131</sup>. אמנם, אין המחוקק מצווה על הוצאת העובר, אך זו הפרשנות הסבירה ביותר של הוראת החוק הקובעת כי ניתוח להוצאת עובר מגופה של נפטרת איננו נחשב כניתוח לענין חוק האנטומיה והפתולוגיה<sup>132</sup>. לו חשב המחוקק כי יש צורך בהסכמה עובר ליילוד העובר מגופה של הנפטרת, היה מציין זאת במפורש. שכן, הדעת נותנת כי הוצאת עובר תואמת את הערך הבסיסי של החברה היהודית, הלא הוא קדושת החיים. כאשר הבדיקות מוכיחות כי העובר המצוי ברחמה של נפטרת חי, וכי הוא בעל כושר לשרוד מחוץ לרחם – חובה להצילו.

אכן, יילוד עובר בר־חיות מגופה של אמו שנפטרה, אמורה להיות מן ההכרעות היותר קלות, היותר צודקות והיותר מוסריות, לא רק משום שהמחוקק סלל, כאמור, את הדרך, אלא משני טעמים נוספים המשלימים זה את זה: הטעם האחד, כי העובר "מבקש" לצאת לאויר העולם אך "נעול" ברחמה של האם המתה, נתון במצוקה ובסכנת חיים ומשווער לעזרה. היעלה על הדעת למנוע את הצלתו רק בשל התנגדות אביו או מי מבני משפחתו? משל למה הדבר דומה? לאדם הננעל בתוך בית

<sup>130</sup> יוער, כי פגיעה בכבודו של המת איננה רק ניתוח גוויתו או ביזויה. פגיעה בכבודו של המת כולל גם את "ניצולו" כדי לפגוע בהוריו או בצאצאיו הקיימים או העתידים להיוולד מזרעו לאחר פטירתו. ראו ה"פ 1922/96, לעיל, ליד הערה 3.

<sup>131</sup> יודגש כי הכוונה לנושאת הריון שמותה נקבע בודאות על ידי הרופאים על פי מבחנים אוביקטיביים, למרות שהמערכות החיוניות בגופה (לב, מערכת הדם והנשימה) נתמכות על ידי מכשירים. קביעת המוות היא תנאי הכרחי להתערבות להצלת העובר (ראו ע"א 341/82, לעיל ליד הערה 78). בשל הצורך בהתערבות מיידית להצלת העובר, די במוות המוחי כקריטריון הקובע את מותה של נושאת ההריון. אם לא נקבע מותה של האם, אף אם אינה קומפיטנטית, ואם הניתוח להוצאת העובר עלול להחיש את מותה של האם, גם אם ללא הניתוח היא צפויה למות תוך זמן קצר – אין לנתחה, כיון שהדבר נוגד את הוראת סעיף 309(4) לחוק העונשין.

<sup>132</sup> סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

העולה באש ומפתחות הבית אצל בעליה שאיננה במקום. כלום ישעו כוחות ההצלה להתנגדות בן זוגה של בעלת הבית ולא יפרצו אל הבית בלא רשות כדי לחלץ את הנתון בסכנה<sup>133</sup>?

ואם ישאל השואל, כלום חב הרופא חובת הצלה כלפי העובר שאיננו אישיות משפטית? הלא הצלת אדם לכוד מחוייבת על פי החוק (ובמגבלותיו)<sup>134</sup>? על כך אישינו תשובה חיובית מן הטעם השני. לדעתי, במתח, ככל שהוא קיים, בין זכותו של העובר המפרכס לצאת לחיים, לזכותה של אמו המתה להגנה על כבודה – הזכות לחיים גוברת. שיטת משפט הרואה בחיים את אחד מהחשובים בסולם ערכיה<sup>135</sup>, איננה רשאית להתעלם מזכותו של עובר בעל כושר חיות להיוולד, גם במחיר פגיעה בכבוד אמו המתה, על אחת כמה וכמה כאשר ספק אם בהתערבות להוצאתו יש פגיעה בכבוד האם המתה. יפים לענין זה, בשינויים המחוייבים, הדברים שאמר בית המשפט בפרשת קורטאם<sup>136</sup>:

“העקרון של קדושת החיים והצלתם כערך עליון מצדיק שלא להצמד לאותם הכללים הדוגלים כמעט בנוקשות, למעט בחריגים מסוימים, באיסור התערבות בגופו של אדם שלא בהסכמתו, בלי להתחשב בתוצאות.”

ההיקש מקדושת החיים של אדם שנולד, לקדושת חייו של עובר שטרם נולד והוא חסר אישיות משפטית, הוא בלתי נמנע בנסיבות הענין. שכן, מצויים אנו במעגל

133 ההנחה המובלעת בהיקש זה, היא, כי העובר נחשב לאדם חי שחובה להצילו אם אין ההצלה מסכנת את אמו. אמנם, במשפט הישראלי אין לעובר זכות מוגנת להיוולד, אך אין זאת אלא כאשר אמו מבקשת להפסיק את הריונה באחת מן העילות הקבועות בחוק (סעיף 316 (א) לחוק העונשין; ע"א 413/80, לעיל ליד הערה 19). אולם, כאשר נושאת ההריון איננה בין החיים, ובמותה היא “מונעת” מן העובר חיים, רוכש העובר ברגע המיתה זכות להיוולד, זכות מוגנת המשתמעת מלשון סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. גם בפסיקה האמריקאית השוללת את התערבות המדינה בשיקול דעתה של נושאת ההריון בשליש הראשון להריונה, מוסכם על הכל כי משהגיע עובר לשלב החיוניות ויש לו כושר חיות (*Viability*) הוא נחשב לבר חיות (*Viable*) הראוי להגנת הדין מפני פגיעה בו (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)). לענין חיוניותו של עובר בר חיות יש להבחין בין היכולת של העובר לחיות (*ability to live*) ללא קשר למשך הזמן שיוכל לחיות מחוץ לרחם, ליכולת לגדול ולהתפתח מחוץ לרחם (*ability to grow and develop*). ראו לענין זה י' שנקר, “האם יש הצדקה להמתת עובר בר חיות ברחם מסיבות רפואיות?”, הרפואה, כרך 131, חוברת ג-ד (אוגוסט 1996) 5. על כושר שרידותו של עובר המוצא מרחם אמו המתה ראו א' שטיינברג, “הצלת עובר המצוי בגופה של נפטרת – היבטים רפואיים”, אסופת מאמרים לקראת הכינוס הבינלאומי השני לרפואה, אתיקה והלכה (תמוז, תשנ"ו) 723. על ההיבטים המשפטיים של הוצאת עובר מגופה של נפטרת ראו עוד י' דייזיס, “הצלת עובר המצוי בגופה של נפטרת – היבטים משפטיים”, אסופת מאמרים לקראת הכינוס הבינלאומי השני לרפואה, אתיקה והלכה (תמוז, תשנ"ו) 727.

134 ראו סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998.

135 ע"א 461/62 צי"ם נ' מזיאר, פד"י יז 1319; 1333.

136 ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פד"י מ(3) 673, 697.

קסמים. מחד גיסא, התגבשות אישיותו המשפטית של העובר תלויה ביילודה של אמו, בעיקר אם הוא בשל וסיכוייו לשרוד מחוץ לרחם טובים וזו מונעת (שלא מרצונה) את יכולתו לרכוש את אישיותו המשפטית ואת הזכות לחיים. מאידך גיסא, בשל היותו חסר כשירות משפטית בעודו ברחם אמו – כבודה של האם המתה עדיף על זכותו לחיים. הדרך היחידה לפרוץ מעגל קסמים זה, היא, לקבוע כי אין סימטריה בין האינטרסים המתחרים. הזכות ל"יש" (חיים של העובר) איננה שקולה תמיד ל"אין" (חיים של האם המתה) ואפילו ל"יש" (כבוד המת). "הזכות לחיים היא בעלת מעמד עדיף ... ה'יש' וה'אין' אינם תמיד בעלי אותו משקל"<sup>137</sup>. גם לא ה"יש" וה"יש". אין להציל את העובר אם הצלתו תחייב לקצר את חיי אמו, שכן במתח בין האם שחיה בסכנה לעובר שהיא נושאת ברחמה – חייה קודמים. אולם, כאשר המתח הוא בין הזכות לחיים (של העובר המפרסם לצאת) לזכות האם (המתה) לכבוד – חיי העובר קודמים.

יתרה מזו, אפשר שבנסיבות מיוחדות אלה, אין כלל מתח בין העובר לאמו. שכן, חזקה על נושאת הריון אשר נשאה את העובר ברחמה, בודאי עד לשלב בו יוכל לשרוד מחוץ לרחם, כי לו נשאלה, היתה מסכימה, ואף דורשת להינתח לאחר מותה, כדי להעניק חיים לעובר שהתפתח ברחמה. זה אינו רק רצונה המשווער של כל נושאת הריון, אלא יצר האמהות הטבוע באישה. יילוד העובר והענקת חיים לילדה הוא כבודה של האם המתה ולא העמידה על דמו של העובר הבשל המפרסם לצאת, גם אם אין "עצימת עינים" ממצוקת העובר עולה כדי עבירה פלילית<sup>138</sup>.

מכל מקום, נוכח ההסדר שקבע המחוקק, אין הדברים אמורים אלא בבחינת "תנא דמסייע" בלבד. שכן, סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה המתיר כאמור את הוצאת העובר מרחם אמו המתה, הינו הלבוש המשפטי לנורמה המוסרית המעדיפה את האינטרס של העובר לחיים על זה של אמו המתה לכבוד<sup>139</sup>. הוראה זו חריגה להסדרים הקבועים בחוק האנטומיה והפתולוגיה בכל הנוגע להסכמה לניתוח הגווייה, אך מוצדקת ביסודה. החרגת הניתוח להוצאת העובר מהצורך בקבלת הסכמה, תואמת את הגישה כי אין חלל (ואקום) בעולם המשפט. ברגע פטירתה של האם רוכש העובר מעמד עצמאי (מעין כשירות משפטית) המקנה לו את הזכות להיוולד<sup>140</sup>. ברגע פטירת האם "מתרחשים" מן הבחינה המשפטית, בו זמנית, ארבעה "אירועים" מצטברים: העובר מפסיק להיות חלק בלתי נפרד מאמו (על אף הימצאו ברחמה), אף על פי כן,

137 דנ"א 2401/95, לעיל, ליד הערה 1 בעמ' 673.

138 סעיף 308 לחוק העונשין.

139 יוער כי לא בכדי נקטתי בלשון "נורמה מוסרית", כיוון שלשון הסעיף מאפשרת פרשנות, שאיננה נראית סבירה בנסיבות המקרה, כי אין חובה ליילד את העובר ("לא יראו בה ניתוח לענין חוק זה"). השוו לטקסט הנסמך להערה 126 לעיל.

140 יצוין כי המחוקק, בכוונת מכוון, איננו מתעלם מקיומו של העובר למרות שהוא חסר כשירות משפטית. והראויה, שהוא מאפשר למנות אפוטרופס לעובר (סעיף 33(א)(6) לחוק הכשרות המשפטית) ובכך להופכו לחסוי בעל זכויות (סעיף 80 לחוק הנ"ל).

הוא איננו הופך ל"חפץ" המקבל בעלות (של אביו), שכן באותה שעה מתגבשת זכותו להיוולד וכך בכך מאבדת אמו את כשרותה המשפטית<sup>141</sup>. עובר זה הוא, איפוא, "בעל דין" (ישות עצמאית ובעל אינטרס נפרד מאמו) הזכאי לא רק להפוך לאישיות משפטית בעלת זכויות, אלא בעל זכות לחיים, זכות שאמו המתה מונעת ממנו שלא מרצונה.

פרשנות זו מייתרת למעשה את הדיון הנרחב של הד"ר הלפרין-קדרי בענין החרגתה של ההוראה להוצאת עובר מגופה של נפטרת<sup>142</sup>. בעיקר חסרת בסיס ההשוואה בין ניתוח להצלת עובר מגופה של אמו שמתה לניתוח לעיקרת לבו של אדם שמת מוות מוחי להצלת חיי בנו. הלב הוא חלק בלתי נפרד מהגוויה, בעוד אשר העובר החי איננו חלק מגוויתה של נושאת ההריון<sup>143</sup>. ממילא אין מקום למסקנה הנגזרת מההשוואה בין הלב לעובר, כי ביסוד החוק "התפיסה שהוצאת עובר מרחם אמו, על מנת להעניק לו חיים, שונה מהוצאת כל איבר אחר, כדי להציל חיים של מי שנוקק לאותו איבר, משום שהענקת חיים היא הפונקציה הטבעית של האישה. במלים אחרות, יש כאן ביטוי לתפיסת האישה ככלי להבאת ילדים לעולם"<sup>144</sup>.

בכל הכבוד הראוי, מסקנה זו מוטעית מעיקרה. גם הטרימינולוגיה בה נוקטת המחברת איננה ממין הענין. תהליך ההולדה, אשר תחילתו ביצירת ההריון וסופו ביציאת היילוד לאויר העולם, הוא תהליך משותף לשני בני הזוג. לכל אחד מהם תפקיד מוגדר בשותפות. התייחסות נפרדת לתרומתו ותפקידיו של כל אחד מבני הזוג בתהליך ההולדה, המובילה למסקנה כי האישה היא כלי המשמש לנשיאת העובר, מובילה גם למסקנה כי הזכר הוא, בלשון נקיה, "ספק" זרע, שהרי משהופרש ממנו הזרע הסתיים חלקו בהולדה. ולא היא, תפקידו של אבי העובר איננו מסתיים ביצירת ההריון. בן זוגה של נושאת ההריון חווה עמה, בדרך כלל, לטוב או לרע, את התפתחות ההריון על כל שלביו. הוא שותף עמה בלבטים, בקשיים, בייסורים ובכאבים, שאצל זוגות רבים הם חלק בלתי נפרד מטיפולים הכרוכים בנסיון להשיג את ההריון המיוחל ובעיקר שימורו עד הלידה. הוא גם חולק עמה את האכזבות והתיסכולים, בדומה למטופלים רבים אחרים, כשנכשל הטיפול או מופל ההריון<sup>145</sup>.

141 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות.

142 ר' הלפרין-קדרי, "להשאיר חיים אחריו: יילוד העובר מגוף הנפטרת – האמנם בכל מקרה?", בתוך: דילמות באתיקה רפואית (עורך: ר' כהן-אלמגור, תשס"ב, 2002) 107.

143 אמנם הלב ממשיך לפעום בעזרת מיכשור רפואי, ואלמלא התמיכה המלאכותית, הרי שהפטירה היתה גורמת להפסקת פעילותו. הלב איננו משנה את "מעמדו" ביחס ל"בעליו" ברגע הפטירה. הוא ממשיך להיות חלק מגוויה למרות שהוא ממשיך לפעום ולשמר את חיוניותם של אברי הגוף האחרים (היכולים להיתרם להצלת חיים). העובר איננו איבר. הוא 'אדם' שהושלמה צורתו, שהוא בעל כושר שרירות. אירוע המוות של האם איננו משנה עובדה זו. העובר, או חלקים ממנו, אינם יכולים להיתרם להשתלה גם אם ניתן להציל חיים באמצעותם.

144 הלפרין-קדרי, לעיל ליד הערה 142 בעמ' 127-128.

145 דומה כי ההוכחה הברורה ביותר לשותפות שני בני הזוג בהולדה ובאחריות לילד העתידי להיוולד בדרך זו, היא הדרישה לקבל את הסכמתו המודעת של בן הזוג עובר לביצוע ההפריה החוץ-גופית. הרופא חייב לקבל גם את הסכמתו המודעת של בן הזוג, אף שהבדיקות והטיפולים

בן הזוג שותף מלא בהתפתחות ההריון ובהחלטות על גורלו ואפילו נוכח בלידה. שני בני הזוג מחוייבים לפעול לטובת העובר. אבי העובר איננו יכול להחליט על נטילת חיי העובר כשם שנושאת ההריון איננה רשאית להפסיק את הריונה ללא סיבה<sup>146</sup>. גישתה של הד"ר הלפרין-קדרי מחייבת לראות באישה הנכונה מטעמים אלטרואיסטיים לסייע למי שאינה יכולה לשאת הריון (פונדקאית) כלי. האמנם? האין ערך לסיוע שנותנת הפונדקאית לבני הזוג המזמין להוליד את ילדם הביולוגי? האם נאמר על אישה הנכנסת להריון ביודעה כי לא תוכל לגדל את ילדה, או היודעת כי מיד או בסמוך ללידה, ילקח ממנה היילוד לאימוץ, כי אינה אלא כלי להבאת ילדים לעולם? אתמהה.

העולה במקובץ מן הדברים, הוא, כי בדין התיר בית המשפט לרופאים בענין פלונית להוציא את העובר מאמו שנפטרה, וטעה בפרשת ממן כשדחה את בקשת הרופאים לילדה כדי להציל את העובר<sup>147</sup>. הגב' ממן מתה על פי קביעת הרופאים מוות מוחי, לכן לא נדרשה הסכמת הבעל כלל להוצאת העובר כקבוע בסעיף 6ג לחוק האנטומיה והפתולוגיה. אולם, סבר בית המשפט כי הגב' ממן היתה בחיים בשעת הדיון, כפי שמשמע מקביעתו כי הטיפול איננו דרוש לשלומה, היה עליו לבקש חוות דעת רפואית על מנת לברר אם העובר במצוקה ואם הניתוח להוצאתו עלול לקצר את חייה. אם הצפי הוא שתשרוד את הניתוח, בעוד השעייתו גוזרת את דינו של העובר למיתה והעובר במצוקה — חיי העובר קודמים<sup>148</sup>. אם הניתוח הקיסרי עלול לקרב את מותה של נושאת ההריון — חיייה קודמים, אפילו מצוי העובר בשלב החיוניות בהתפתחותו<sup>149</sup>.

זאת ועוד, אבי העובר לא מונה כאפוטרופוס, לא על העובר ולא על רעייתו, ולכן הוא חסר מעמד לענין ההתערבות הרפואית ברעייתו<sup>150</sup>. שלילת המעמד מאבי העובר

החודרניים מתבצעים ברוב המוחלט של המקרים באישה בלבד. ראו תקנה 14 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

146 כאן אולי המקום להעיר כי אין לאישה זכות מוקנית להפסקת הריון, על אף הוראות סעיף 6א לחוק שיווי זכויות האישה. זכותה של אישה להפסיק הריונה אך ורק באישור הועדה להפסקת הריון ובעילות הקבועות בחוק. ראו סעיף 316(א) לחוק העונשין; בג"צ 831/98 התנועה לשמירת זכויות הציבור הדתי והחרדי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פדאו"ר (לא פורסם) (1)00.582.

147 מ"א 38/89, לעיל ליד הערה 5 ובטקסט הנסמך להערה 22. ראו עוד לענין זה הנכתב בערה 78 לעיל.

148 משקבעו הרופאים כי העובר במצוקה, ותהא הסיבה הרפואית אשר תהא, נכנס הוא לכאורה בגדר "מטופל" כהגדרתו בסעיף 2 לחוק זכויות החולה, שהרי מבקש הוא טיפול רפואי. אמנם, על פי פרשנות דווקנית, חוק זכויות החולה איננו חל על עובר, כיון שאיננו אישיות משפטית, מה גם שנדרשת הסכמת אמו בגופה מתבצע הטיפול בו, אך הדעת איננה סובלת לתת לעובר למות כאשר ניתן להצילו. אגב כך יוער כי ראוי לתקן את חוק זכויות החולה, באופן שיאפשר לבצע טיפולים ייחודיים לעובר בעודו ברחם אמו.

149 על גיל ההריון והשלכותיו על התערבות המדינה בהחלטותיה של נושאת ההריון, אם לשמר אותו או להפסיקו ראו פס"ד Roe, לעיל ליד הערה 132.

150 יוער כי גם במשפט האנגלי חסר אבי העובר מעמד בנוגע להפסקת התפתחותו של העובר. ראו לענין זה, Paton v. Trustees of BPAS [1978] 2 All ER 987; Cv S [1987] 1 All ER

נגזרת מהלכת פלונית<sup>151</sup> שעניינה מעמדו בפני הועדה להפסקת הריונות (הלכה שראוי לשקול מחדש<sup>152</sup>), אלא משום שאין לאיש סמכות ומעמד למנוע חיים, מקום שניתן באמצעות טיפול רפואי להעניק חיים בלי לפגוע בכבודה של האם. כדי ליטול חיים מעובר חיוני ובגיל הריון מתקדם, צריך נימוקים טובים יותר מהחשש שהעובר יוולד בפגם.

## ב. על יצירת ההריון לאחר מיתה

1. יצירת הריון מתאי רביה בהקפאה שהופקדו בחיים: ההסדר החוקי הדיון ביצירת הריון מזרע שנשאב לאחר מיתה צריך שיתנהל בשני שלבים: בשלב הראשון, יש לבחון את חוקיות ההתערבות הפולשנית להפקת הזרע המשמש להפריה. רק אם ההתערבות עומדת במבחן החוק, ניתן לדון בשאלה אם להתיר את השימוש בו. הריון יכול שיווצר לאחר מיתה כאשר נותרו בהקפאה לאחר מות אחד מבני הזוג או שניהם, זרע, ביצית או ביצית מופרית שניתן להחזירם לרחמה של אישה. אין איסור בחוק להפקיד זרע לשימור בבנק זרע. המבקש לשמור זרע, איננו נדרש לנמק את בקשתו, אף כי כדבר שבשגרה, מוצע לכל חולה לפני טיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותו לעשות זאת. כמו כן, אין הסדר לגבי השימוש בזרע המופקד לאחר פטירתו של בעל הזרע. אמנם, בעל הזרע מצהיר בעת ההפקדה, כי ידוע לו, כי מנהלי בעל הזרע יהיו רשאים להפסיק לשמור על הזרע במנגנון השימור שלהם לאחר פטירתו, אך אין התייחסות בטופס הבקשה לשימור הזרע, לגבי השימוש בזרע המוקפא<sup>153</sup>. השימוש בזרע המצוי בבנק הזרע להפריית ביצית שניטלה למטרת הפריה חוץ גופית – מותר אם הזרע יועד מראש להפריה והתקבל בהתאם להנחיות<sup>154</sup>, אך אין זאת אלא כאשר בעל הזרע בחיים בעת הפריית הביצית. לגבי השימוש בזרע לאחר מותו של בעל הזרע שותק מחוקק המשנה.

1230. יחד עם זאת, יש לציין כי כאשר נושאת ההריון בחיים, זכותה לסרב לטיפול רפואי גם אם בסירובה לטיפול היא תגרם למותו של העובר. ראו לענין זה *Re MB* [1997] 38 BMLR זה 175 (CA), 186; *Re F (in utero)* [1988] 2 All E R 193. הוא הדין במשפט האמריקאי. ראו *Arnold v. Board of Education* 880 F2d 305

151 ע"א 413/80 לעיל ליד הערה 20.

152 מ"א (ת"א) 3582/93 שיבק נ' שיבק, פס"מ נד(1), 81. ראו עוד י' גרין, לעיל ליד הערה 59 בעמ' 572; *Isr. L. Rev.* 18 ; 572. C. Shalev, "A man's Right to be Equal. The Abortion Issue", *Isr. L. Rev.* 18 ; 572 (1984), 381, 386.

153 חוזר מנהל משרד הבריאות בנושא ניהול בנק זרע מיום 13.11.92 קובע כי "זרע של גבר שנפגע או עלול להיפגע במערכות ייצור הזרע כתוצאה ממחלה ממארת, קרינה או נסיבות אחרות, ישמר לתקופה של חמש שנים, אלא אם יבקש בכתב שמירת הזרע לתקופה נוספת. יש להשמיד את הזרע לאחר פטירתו של האדם, אלא אם כן הגיעה בקשה בכתב של אשתו, וזאת לא יאוחר משנה מיום פטירתו.

154 תקנות 3 ו-5 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

כיצד לפרש שתיקה זו? מחד גיסא, ניתן לומר כי לפנינו הסדר שלילי, שהרי מחוקק המשנה קבע הסדר לגבי שימוש בביצית מופרית לאחר מיתה. הוא צפה את האפשרות שתורם הזרע ממנו הופרתה הביצית לא יהיה בחיים בעת השתלתה ברחם אישה על מנת להשיג הריון. לכן, נראה, כי שתיקתו של מתקין התקנות היא שתיקה מדעת כלשון בית המשפט<sup>155</sup>, שתיקה המלמדת על כוונה לאסור את השימוש בזרע המוקפא לאחר מיתה. מאידך גיסא, אין מחוקק המשנה מגביל את האפשרות להשתמש בזרע המצוי בהקפאה רק בחיי בעל הזרע. ההגבלה היחידה שקבע היא שהזרע ינתן לצורך הפרייה. לפי זה, שתיקת המחוקק מלמדת על חסר. יוצר הנורמה בנה חומה נורמטיבית אך שכח להשלימה<sup>156</sup>. כיוון שכלל נקוט בידינו, כי, מה שלא נאסר בחוק – מותר, אין מניעה לעשות שימוש בזרע השמור בבנק הזרע גם לאחר מותו של מפקיד הזרע.

נראה, כי הדרך שיש לילך בה, היא, לפרש את הטקסט המשפטי (פרשנות מצמצמת) על רקע תכליתו. אם כן, לו התשובה לשאלה אם להתיר את השימוש בזרע לאחר המוות לצורך הפרייה אישה, היתה מוכרעת על פי פרשנות (במובנה הצר) בלבד, היה מקום לאמץ את הפרשנות הרואה בשתיקת מתקין התקנות לקונה (חסר). ברם, התשובה לשאלה זו נגזרת משיקלול גורמים נוספים, שאינם משפטיים טהורים, שיש להתחשב בהם עובר להכרעה בסוגיה זו. כך למשל, יש ליתן משקל בטרם ההחלטה לרצונו המשווער של המנוח, לייחוסו של היילוד אחר מולידו המת, לטובתו, לזכויותיו ולמעמדו במשפחה המורחבת. כמו כן, יש לבחון את כנות כוונתה של המבקשת ומסוגלותה ההורית. אינני משוכנע אם בית המשפט צריך למלא את מקום המחוקק ולהשלים את הנורמות המשפטיות החסרות על ידי פניה לחוק יסודות המשפט או לחוקים אחרים כמו חוק זכויות החולה<sup>157</sup>.

כאמור, קבע מחוקק המשנה הסדרים ביחס לשימוש בביציות של נפטרות מהן ניטלו הביציות, נשים שהיו בטיפול עקב ליקויי פוריות<sup>158</sup>. בביצית שניטלה מאישה נשואה שנפטרה לא ייעשה שימוש<sup>159</sup>. ביצית שניטלה מאישה פנויה שנפטרה, לא תושתל באישה אחרת אלא אם כן, נתנה התורמת, טרם פטירתה, הסכמה לתרומת הביצית<sup>160</sup>. באשר לביצית מופרית שנותרה בהקפאה לאחר פטירת אחד מבני הזוג, נקבעו הסדרים ברורים. אם בני הזוג היו נשואים והביצית הופרתה בזרעו של הבעל המנוח,

155 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פד"י מט(2) 265, 323. שתיקה מדעת, אומר השופט ברק, בצטטו מדברי השופט זוסמן בענין פריצקר היא "מקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר השלילי" (ע"א 108/59 פריצקר ואח' נ' 'ניב' בע"מ (בפירוק), פד"י יד 1545, 1549). ראו עוד, עש"מ 85/01 אלי יריב נ' נציב שירות המדינה, פד"י נו(6) 411.

156 ש.ם.

157 ראו עוד לענין זה בג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פד"י יט(1) 337.

158 תקנה 4 לתקנות בריאות העם (הפרייה חוץ גופית).

159 תקנה 10(א) לתקנות הנ"ל.

160 תקנה 10(ד) לתקנות הנ"ל.

ניתן להשתיל את הביצית המופרית ברחמה של האלמנה, אם עברה שנה לפחות ממועד נטילת הביצית והפרייתה והתקבל דין וחשבון מעובד סוציאלי התומך בבקשתה<sup>161</sup>. אם בעלת הביצית ממנה נוצרה הביצית המופרית נפטרה – לא יעשה בה שימוש<sup>162</sup>.

## ב.2 יצירת הריון מזרע שניטל לאחר מיתה

### ב.2.1 נטילת זרע מן המת – היבט רפואי

כאמור, טכנולוגית ההפריה החוץ גופית מאפשרת יצירת הריון גם מזרע שנלקח לאחר מיתה. מאז שנות השמונים הוחל בהליך של שאיבת זרע מנפטר סמוך לפטירתו. תחילה היו נסיונות של שאיבת זרע באמצעות כריתת צינור מוביל הזרע (*epididymis*) לאחר המוות. אולם, בעקבות הליך זה לא הושגו הריונות. רק בשנת 1999 נולד התינוק הראשון מהפריה חוץ גופית שנעשתה באישה מזרע שנשאב מבן זוגה המת שש שנים לפני כן, הוקפא והופשר.

בכנס האיגוד הישראלי למיילדות וגניקולוגיה סניף תל אביב והמרכז בשיתוף המכללה האקדמית נתניה שנערך ביום 7.12.04 בנושא שאיבת זרע מן המת הוצגו על ידי ד"ר ר. אורבייטו מהמרכז הרפואי רבין נתונים על התהליך והשימוש בו<sup>163</sup>.

נכון לכתיבת מאמר זה (דצמבר 2004) ניטלו זרעונים משלושים וששה גברים שמתו בעשרה בתי חולים בארץ. ששה מהגברים מתו מוות מוחי. עשרים ושבעה מהם היו למטה מגיל ארבעים (שניים למטה מגיל עשרים), שלושה בטווח הגילים 41–50 וששה גברים מעל גיל חמישים. תשעה עשר מתו בתאונת דרכים, שבעה בתאונות עבודה ודום לב, שלושה בפעילות צבאית, שלושה מפעילות עבריינית וגבר אחד התאבד. מחצית מן הפניות לנטילת הזרע מן המת היו של בנות הזוג והמחצית האחרת על ידי הורי המנוח. עד כה הושגו 68 ביציות מופרות מזרע מוקפא של נפטר ושלושה הריונות.

הפקת הזרע מן המת אפשרית בארבע דרכים: הדרך האחת, ישירות ממוצא צינור הזרע באשך באמצעות מחט על ידי דיקור האשך או האפידידמוס. כלומר, "שאיבת הזרע" בעיקרה, נעשית באמצעות מחט בדיקור בדומה לאופן בו נלקח הזרע מאדם

161 תקנה 8(ב)(2) לתקנות הנ"ל.

162 תקנה 10(ג)(2) לתקנות הנ"ל. יושם לב לאפליה הקבועה בתקנות בנוגע לשימוש בביצית מופרית של בני זוג נשואים לאחר פטירתו של אחד מהם. אמנם, ההצדק ליחס השונה כלפי האלמן והאלמנה, מנומק בכך שהדרך היחידה הפתוחה בפני אלמן שלא נישא או שאין לו בת זוג, להוליד ילד מהביצית המופרית בזרעו היא לשאת אשה או להתקשר בהסכם עם פונדקאית. דא עקא, בהסכם פונדקאות יכולים להתקשר רק בני זוג (סעיף 1 לחוק הפונדקאות). לכן, אין להתיר את השימוש בביצית המופרית. כאשר הבעל נפטר, יכולה האלמנה לשאת את ההריון בעצמה וללדת את הילד המשותף. אם איננה יכולה לשאת הריון, שווה מצב לזה של האלמן.

163 נתונים אלה נאספו על ידי פרופ' חיים יעבץ, מנהל המכון לחקר הפוריות בבית החולים ע"ש ליס ליולדות. תודתי נתונה לפרופ' יעבץ ולד"ר אורבייטו ועמיתיהם ביחידות ההפריה החוץ גופית ובנקי הזרע. כמו כן תודה לחברי ד"ר נחום זילבר, כירורג אורולוג בכיר, על עזרתו הרבה בהסברת ההיבט הרפואי של התהליך.

חי. נוקטים בגישה זו ככל שהדבר מתבצע בסמיכות לשעת המיתה. הדרך האחרת, על ידי גירוי חשמלי טראנס רקטאלי בגברים שמתו מוות מוחי ומערכת העצבים ההיקפית עדין פעילה. דרך נוספת להוצאת הזרע מתבצעת בנייתוח תוך שמירה על סטריליות מלאה. בנייתוח זה נעשה חתך בשק האשכים, האשך נחשף, נכרת צינור הזרע וקטע גדול מהאשך. מיד לאחר הניתוח נעשית שטיפת צינור הזרע באמצעות נוזל מיוחד תוך כדי ביצוע עיסוי של צינור הזרע והנוזל המכיל את הזרע מועבר לבנק הזרע ומוקפא<sup>164</sup>. ככל שנטילת הזרע מתבקשת מאוחר יחסית לשעת המיתה, קשה יותר לאתר זרעונים חיוניים, ולכן נוקטים בדרך הרביעית על ידי כריתת האשך וטפולותיו. נטילת ביציות מאישה שנפטרה עדיין איננה אפשרית. הקושי העיקרי טמון בכך שכדי לשאוב ביציות יש לחשוף את האישה לגירוי שחלתי לאחר מותה ולדחות את קבורתה, וכך להתגבר על הבעיות הלא מבוטלות הכרוכות בהפשרת ביציות מוקפאות. יחד עם זאת, נטילת ביציות מגופתה של נפטרת קלה מנטילת זרע מנפטרת במובן זה, שאף ששאיבת הביציות היא פעולה חודרנית, אין היא מחייבת ניתוח.

ב.2.2 נטילת זרע לאחר מיתה, כבוד המת והחוק<sup>165</sup>  
 ההגנה על כבוד המת, היא יסוד מסד בהווייתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית<sup>166</sup>. כבוד האדם הוא גם כבוד המת<sup>167</sup>. המת איננו יכול כדבר שבשיגרה למחול על כבודו, באשר כיבודו מוטל בראש ובראשונה על משפחתו<sup>168</sup>, אך גם על החברה. ניתוח גוויה ללא היתר חוקי וללא הצדק רפואי לא רק עולה כדי פגיעה בכבוד המת, אלא חושפת את המנתח לסנקציה הקבועה בחוק<sup>169</sup>. האם נטילת זרע מן המת, לבקשת בת זוגו או הוריו, המתבצעת לרוב בדרך פולשנית, מצדיקה את הפגיעה בכבודו של המת?

המקור הנורמטיבי הוא חוק האנטומיה והפתולוגיה המתיר לרופא לנתח גויה לצרכי

M. Goldstein, *Surgical Management of Male Infertility* (Campbell's Urology 8<sup>th</sup> Ed, 164  
 2002). יוער, כי ככל שהזרע נלקח בסמיכות גבוהה יותר לרגע המוות, החיוניות של  
 הזרעונים טובה יותר. בספרות הרפואית דווח על מציאת 24 מיליון זרעונים עם תנועתיות טובה  
 שהיו בזרע שנשאב בנייתוח כ-13 שעות לאחר הפטירה. עוד דווח על זרע בעל איכות טובה  
 שנלקח בנייתוח אפילו כארבעים שעות לאחר הפטירה.

165 שני חוקים נוספים המתירים ביצוע פעולה פולשנית בגופו של נפטר, אך אינם מעניינינו הם  
 חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 (להלן – "חוק חקירת סיבות מוות") וחוק השיפוט  
 הצבאי, התשט"ו-1955. יוער כי הדיון בפרק זה מוסיף ומשלים את הדיון בסעיף א לפרק השני.

166 בג"צ 3114/02 ח"כ מוחמד ברכה נ' שר הבטחון, פד"י נו" (3) 11; בג"צ 6195/98 ישראל  
 גולדשטיין נ' משה יעלון, פד"י נג" (5) 317; על ההבחנה בין כבוד המת לרצון המת ראו ע"א  
 4660/94, לעיל, ליד הערה 124.

167 דנג"צ 3299/93 שמואל ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פד"י מט" (2) 195.

168 בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פד"י מז" (2), 812.

169 סעיף 7 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

מחקר<sup>170</sup>, לשם קביעת סיבת המוות<sup>171</sup> או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם, אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות, כי הניתוח משמש לאחת המטרות האמורות<sup>172</sup>. כמו כן מותר לנתח גוויה להציל חייו של פלוני<sup>173</sup>. במקרים מיוחדים אם הייתה סכנה מוחשית ומיידית לבריאות הציבור והתעורר צורך דחוף ומיוחד בניתוח גוויה כדי למנוע סכנה זאת, מותר לנתח<sup>174</sup>. מלשון החוק עולה בבירור, כי רשימת המקרים בהם מותר לנתח גוויה היא רשימה סגורה. אין לגרוע ממנה ואין להוסיף עליה. נטילת זרע מן המת, איננה מנויה ברשימת ההצדקים המתירים לנתח גוויה. נמצא, לכאורה, כי נטילת זרע מן המת נוגדת את החוק. זאת ועוד, המחוקק איננו מגדיר בחוק האנטומיה והפתולוגיה, ולא בחוקים אחרים, מהו "ניתוח", לא ניתוח חולה חי ולא ניתוח גוויה. אין ספק כי ניתוח הוא פעולה כירורגית חודרנית<sup>175</sup>. והראיה, שיש לקבל את הסכמת המנותח עובר לביצוע

170 סעיף 2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. ביתורה של גוויה מותרת רק אם הסכים המנוח בחייו כי גוויתו תשמש למטרות מחקר מדעיות. ההסכמה צריכה להינתן בכתב על גבי אחד מן הטפסים הקבועים בתקנות. ראו תקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954.

171 לענין זה יחולו שני החוקים. לפי סעיף 6(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה הנתיחה מחייבת חתימתם של שלושה רופאים בתנאי שבני משפחת המנוח אינם מתנגדים לנתיחה ובתנאי שהמנוח עצמו לא התנגד לנתיחה. במקרה שמתעורר חשד כי סיבת המוות איננה טבעית, או שהמוות נגרם בעבירה, וכן כי אדם בהיותו במעצר, או במאסר, או באישפוז בבית חולים פסיכיאטרי או במוסד סגור לילדים מפגרים, ניתן לנתח גוויה באישור בית המשפט חרף התנגדות בני המשפחה (סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות).

172 סעיף 6(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

173 סעיף 6(ג)(1) לחוק האנטומיה והפתולוגיה. כמו כן, כפי שנתבאר לעיל (הערה 78 ובטכסט הנמך לה), הוצאת עובר מגופה של נפטרת, איננה עולה כדי "ניתוח" כמשמעותו בחוק (סעיף 6ג לחוק הנ"ל). עוד נקבע כי בעת מלחמה או בעת פיגוע המוני או בעת תאונה או אסון שגרם למספר רב של נפגעים לא יחולו הסייגים הקבועים בסעיף 6א לחוק לגבי דרישת ההסכמה עובר לניתוח הגוויה (סעיף 6ד לחוק). עוד יוער כי שופט חוקר, בכפוף להוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה רשאי להורות על ניתוח גוויה לקביעת סיבת המוות (סעיפים 26 ו-28 לחוק חקירת סיבות מוות).

174 סעיף 10 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

175 יוער, כי ההגדרה הקרובה ביותר מבחינה משפטית היא "כירורגיה" המוגדרת כ"פעולה רפואית פולשנית באדם" (תקנה 1 לתקנות בריאות העם (רישום מרפאות), ה'תשמ"ז-1987). אמנם, בתקנות יש הבחנה בין "כירורגיה זעירה" ל"כירורגיה קטנה", "כירורגיה בינונית" ו"כירורגיה גדולה", כך שגם אם שאיבת הזרע מן המת היתה באמצעות מחט, היתה פעולה זו עולה, לדעת, כדי "ניתוח" שחוק האנטומיה חל עליו. אולם, יש הסבורים, בהסתמך על ההגדרה של ניתוח במילון אבן שושן (המילון החדש, קרית ספר, 1993 בעמ' 888-889) כי נטילת דגימת דם מגופתו של נפטר אינה בגדר ניתוח לענין חוק האנטומיה. לשיטה זו, נראה על דרך ההיקש, כי נטילת זרע באמצעות דקירת האשך אינה בגדר ניתוח. ראו ח' כספי, ת' מוריץ ות' תבורי, "הסמכות ליטול דגימות מגופות נפטרים אלמונים לצרכי זיהוי", רפואה ומשפט 27 (נובמבר 2002) 35. מסופקני. ואכן, גם המחברים מפנים לפסק דינו של בית המשפט למשפחה אשר סירב להעתר לבקשתם להיתר ליטול דגימת דם מדמו של אדם שנפטר, לשם הוכחת אבהות, בנימוק ש"בדיקת אבהות לא הוכרה בחוק כמצדיקה פלישה לגופו של נפטר". ראו תמ"ש 8029/96 פלונית נ' בית החולים וולפסון, דינים – משפחה א 74.

הניתוח<sup>176</sup>. הוא הדין בהסכמה לניתוח גוויה. זו צריכה להינתן על ידי המנוח בחייו<sup>177</sup>. טבעו של עולם שאין בני זוג משקיעים מחשבה למה שיקרה לאחר מותם ואם להעמיד צאצאים לאחר המוות אם לאו, על אחת כמה וכמה אם אינם נזקקים לטיפול פוריות. לכן, אין הם משאירים אחריהם טופסי הסכמה לנטילת תאי רבייה מגוויתם. בקשת בת הזוג או הורים של מי שמת בחטף לאפשר נטילת זרע מן המת, מעמידה את מערכת המשפט בפני הדילמה הקשה: היצמדות לכללי הפרוצדורה או התחשבות ברגשותיה של המשפחה, מה עדיף? דין או לפני משורת הדין? מחד גיסא, אין נטילת הזרע מנויה בין העילות המתירות ניתוח גוויה ולכן אין להתיר את שאיבת זרע<sup>178</sup>. מאידך גיסא, מי הוא היכול לעמוד מול יגונה של המשפחה השכולה המבקשת להקים שם למת?

אין ספק כי אימוץ פרשנות דווקנית מעלה ספקות ביחס לסמכותם של בתי המשפט להתיר במצב החוקי הנוהג בארץ נטילת זרע ממת, גם אם היועץ המשפטי איננו מתנגד. ברם, קשה למצוא בחוק שנחקק בשנת תשי"ג ותוקן בפעם האחרונה בשנת תשנ"א, התייחסות לנטילת זרע מן המת לצורך הפריה. פרוצדורה זו נתחדשה רק לאחרונה, לכן ברורכי לא הסדר שלילי עסקינן ובלשון השופט זוסמן ב"שתיקה מדעת"<sup>179</sup>. אך האם שתיקת המחוקק מעידה על חסר בחוק (לקונה)? אם כן, האם רשאי בית המשפט ליטול על עצמו את החירות למלא חסר זה בתוכן?

בהתחשב בייחודיותה של ההולדה לאחר מיתה נוטה דעתי להשיב בשלילה. ההחלטה אם להעמיד צאצא למת היא החלטה ערכית ומוסרית (והלכתית) לא פחות ממשפטית. היא החלטה בעלת השלכות חברתיות. אמנם, כיום מספר הבקשות להתיר שאיבת זרע מן המת הוא מועט, אך סביר להניח כי כשתגבר המודעות והחברה תפנים את האפשרות להנציח זכרם של אדם על ידי העמדת צאצא מזרעו גם לאחר מותו, יגבר מספרן של הפניות לבית המשפט. לכן, על המחוקק לקבוע עמדה בסוגיה ולא בית המשפט. יחד עם זאת, אינני מתעלם מהקושי (הפוליטי) בתיקון חוק האנטומיה והפתולוגיה, בד בבד עם הצורך להכריע בעתירות שהופנו לבית המשפט. על כן, בהנחה, כי אי נקיטת עמדה על ידי המחוקק בסוגיה זו, איננה מכוונת להשאיר את הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק – בית המשפט הוא הכתובת להסדרתה<sup>180</sup>. המחוקק לא העלה את האפשרות שיוולדו ילדים לאחר מיתה כיון שהטכנולוגיה לא היתה ידועה. לכן, בהסתמך

176 סעיף 13 לחוק זכויות החולה.

177 סעיפים 1 וסעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

178 יוער כי נטילת הזרע אסורה גם אם היה המנוח מורה בצוואתו ליטול ממנו זרע לאחר מותו, כיון שהסכמתו חסרת תוקף משפטי. ראו סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. ראו עוד בהרחבה וינרוט, לעיל ליד הערה 75.

179 ע"א 108/59 פריצקר נ' ניב (בפירוק), פד"י יד 1545, 1549.

180 ראו לענין זה על"ע 663/90 פלוני נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פד"י מז(3) 397, 404; עש"מ 85/01 אלי יריב נ' נציב שירות המדינה, פד"י נו(6) 411, 428. ראו עוד א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט ל"ט (תשמ"ט-תשנ"א) 267.

על ההלכה הפסוקה כי בהעדר הסדר סטטוטורי נתונה סמכות טבועה לערכאה השיפוטית לקבוע את סדר הדין לעצמה. סמכות זו, שעניינה ניהול ראוי של ההליך השיפוטי, יש להפעיל בדרך סבירה וראויה המאזנת בין מכלול השיקולים שיש להביאם בחשבון<sup>181</sup>. דא עקא, שעל יסוד פרשנות זו, מוסמך בית המשפט לדון בבקשה לשימוש בזרע המוקפא, אך לא לנטילת הזרע מן המת. שאיבת הזרע מן המת צריכה להעשות סמוך ככל האפשר לפטירה, שכן ככל שפרק הזמן החולף מהפטירה ארוך יותר, חיוניות הזרעונים ותנועתם הולכת ופוחתת ושאיבת הזרע נעשית מיותרת. לכן, בית המשפט איננו נכנס לעומקה של הבקשה להעמיד צאצא למת, אלא מאשר את שאיבת הזרע בלבד בכפוף לדיון בשימוש בו. ואכן, בדיון בבקשה לשימוש בזרע, שוקל בית המשפט את נסיבות הבקשה ומחליט לגופה. אם כן, חזרה השאלה למקומה אם מוסמך בית המשפט לאשר את הפקת הזרע מן המת.

לכאורה, התשובה ברורה. אי אפשר לדון בבקשה לשימוש בזרע ללא אישור על נטילתו. ואם כן, הנטילה היא חלק בלתי נפרד מהבקשה לשימוש. אלא שנוכח האפשרות שלא תוגש בקשה לשימוש בזרע, וגם אם תוגש אין ערובה שבית המשפט ייעתר לה – יתברר למפרע כי נטילת הזרע היתה מיותרת, ובכך נפגע כבודו של המת<sup>182</sup>. אשר על כן, מוצע לאמץ פרשנות חלופית אותה מציע ד"ר וינרוט, אשר איננה מצריכה את התערבות בית המשפט<sup>183</sup>. הצעתו נשענת על פרשנות סעיף 6(ג)(2) לחוק האנטמיה והפתולוגיה הקובע כי שימוש בקרנית להשתלה באדם להצילו מעוורון, שימוש למיעת ליקויי ראייה או בשמיעה, שימוש בכליה של נפטר ושימוש ברקמת עור של נפטר להשתלה להציל חייו של אדם פלוני, הם שימושים בחלקי גוויה להצלת חיים". אין ספק כי עקירת קרנית או כליה אינם הגדר הצלת חיים. ברוב המקרים גם שימוש ברקמת עור איננו בבחינת הצלת חיים. הם בהחלט שימוש לשיפור איכות חיים. הווה אומר, "הצלת חיים" כוללת גם "שיפור איכות חיים". מכאן, שרשימת האיברים והרקמות העשויים לשמש להצלת חיים איננה רשימה סגורה. נטילת זרע מן המת לצורך הפריית בת זוג עשויה בנסיבות המקרה לשפר את איכות חייה. כלומר, הזרע הנשאב מן המת, אף שמחייב ניתוח, יכול להחשב כשימוש בחלקי גוויה להצלת חיים כמשמעותה בחוק.

גם וינרוט סבור כי זו פרשנות רחבה ודחוקה מאד, וספק אם יש לה בסיס. "הצלת חיים" אין פירושה "יצירת חיים". אין חובה חוקית, מוסרית או דתית ליצור חיים בכל מחיר, אך יש חובה להציל חיים הגם שלא בכל מחיר. לכן, גם אם רשימת האיברים

181 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פד"י מח(2) 491, 499. הובאו הדברים בהסכמה בבג"צ 2222/99 אנז'ל (אורה) גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י נד(5) 401.

182 ער אני לאפשרות כי גם נתיחת גוויה המותרת על פי החוק תתברר כמיותרת, כגון שנתבקשה נתיחה לבירור סיבת המוות, ולא עלה בידי הפתולוג לקבוע את הסיבה, אך אין הנתיחה היא דומה לשאיבת זרע. נתיחה לבירור סיבת המוות, הגם שלא השיגה את מטרתה מותרת בחוק, בעוד שאיבת הזרע איננה מנויה בחוק כהצדק לניתוח גוויה, לכן החשש שלא ייעשה שימוש בזרע מטה את הכף שלא להתיר את השאיבה.

183 וינרוט, לעיל ליד הערה 75, בעמ' 105.

או הרקמות המנויים בחוק האנטומיה והפתולוגיה אשר עקירתם תחשב כהצלת חיים אינה סגורה, סביר להניח שהכוונה לאיברים דוגמת לב, כבד וריאה ולא לזרע. פרשנות דומה, אף היא איננה מצריכה פניה לבית המשפט להפקת הזרע, אפשרית אם נתייחס לעקרונות כאל "מחלה" (העקר מבקש טפול רפואי), להפריה החוץ גופית כ"טיפול רפואי" ולזרע כ"תרופה" למחלה<sup>184</sup>. על פי פרשנות זו, ההתערבות הפולשנית הכרוכה בנטילת הזרע מן המת נועדה לריפוי של אדם<sup>185</sup>. שהרי, מה לי עקירת שתל או נטילת רקמה מגופו של מת כדי לרפא חולה על ידי השתלתה בגופו, מה לי נתיחה לצורך נטילת זרע מן המת לריפוי מחלת העקרונות של בת הזוג. כשם שהותרה זו הותרה זו<sup>186</sup>. כך למשל, אם המנוח נפטר בעת הכנת האישה לשאיבת ביציות לצורך ביצוע ההפריה החוץ גופית, יתכן לראות בנייתוח לנטילת הזרע ניתוח לצורך ריפוי בת זוגו של המת. לא אכחד כי טיעון זה לוקה בחסר, אף כי אי אפשר להתעלם ממנו בעת גיבושה של המדיניות המשפטית הראויה. ראשית, מכלל הן שומעים את הלאו. אם בקשת בת הזוג, לא כל שכן בקשת ההורים, לנטילת זרע מן המת, איננה במהלך טיפולי הפריה חוץ גופית, או לחילופין, כאשר ההתוויה להפריה החוץ גופית הינה עקב פגם בבן הזוג ולא במבקשת, נראה, כי במצב החוקי השורר בארץ נטילת הזרע נוגדת את החוק. שנית, על בת הזוג המבקשת לקבל לידיה את הזרע, או לשאוב זרע מבעלה המת, להביא טיעונים משכנעים המוכיחים את רצונה הכן לקשור את חייה דווקא בבן זוגה המת. נכון הדבר שבעתים אם היא צעירה ויכולה לבנות את ביתה מחדשה.

3.2. האם ניתן לייחס למת "רצון משוער" להעמיד צאצאים לאחר מיתה? למרות הספק בסמכות בית המשפט להתיר במצב החוקי הנוהג בארץ נטילת זרע מן המת, נניח לצורך הדיון כי בית המשפט (ולא היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו) רשאי להתיר נטילת זרע מן המת סמוך לאחר פטירתו. כמו כן, נניח, כי לו נשאל המנוח אם היה מסכים, או מורה כי יטלו ממנו זרע סמוך לאחר מותו להפריית בת זוגו (ואפילו לבקשת הוריו), נבוא לברר את השאלה אם להתיר את השימוש בזרע המוקפא. כדי שבית המשפט ייעתר לבקשה להתיר את השימוש בזרע, עליו להשתכנע כי רצונו של המנוח בילד גם לאחר מותו, אילו רק יכול היה להביע את דעתו. שכן, ההורות היא בראש ובראשונה מעשה בהסכמה של בני הזוג. אמנם, יתכן כי ההורות תיווצר בלא הסכמה, אך חזקה על בני זוג החיים בהרמוניה בתא משפחתי חם, כי יפעלו במשותף למימוש הורותם, וכי רק המוות קטע שאיפה טבעית זו. ברם, ההורות איננה נטולת תוצאות משפטיות גם לאחר המיתה, על כן נודעת חשיבות רבה

184 ראו לענין זה גרין, לעיל ליד הערה 59 בעמ' 44–47, 582–583.

185 סעיף 6(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

186 על ההיבטים המשפטיים של נתיחת מתים ראו בהרחבה ש' ברקוביץ, "אספקטים משפטיים בשאלת ניתוחי מתים בישראל", דיני ישראל ז' (תשל"ו) עמ' קמג; דיני ישראל ח (תשל"ח), עמ' סה.

לעמוד על רצונו (המשוער) של המנוח קודם מתן הרשות ליצירת ההריון. עומד על כך השופט חשין בפרשת טייב<sup>187</sup>:

“כל אישה, כל אדם, זכאים לכתוב את סיפור חייהם כרצונם ועל פי בחירתם – כל עוד אין הם פולשים לתחמו של הזולת – והיא האוטונומיה של הרצון החופשי. כי ייכפה על אדם ללכת בדרך שלא איווה ללכת בה, תיפגע האוטונומיה של רצונו החופשי. אכן, זה גורלנו, גורל האדם, שעושים וחדלים אנו כל העת שלא מרצון חופשי, ועל דרך זו נמצאת האוטונומיה של רצונו חסרה. ואולם במקום שהפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי פגיעה עמוקה היא, או אז יתערב המשפט ויאמר את דברו.”

שנים לפני כן פסק השופט חשין בענין אחר<sup>188</sup>:

“במקום שאדם אינו יכול להביע את רצונו, ורצונו (האמיתי) אף אינו משתמע מנסיבות העניין, יש לייחס לאדם רצון, ורצון זה נבנה על-פי האינטרסים המשוערים שלו.”

דברים אלו נאמרו בנוגע לזכויותיו של אדם (קטין) חי, אשר בשל חוסר כשירותו המשפטית לא יכול להביע את דעתו<sup>189</sup>. במקרה כזה “ייכנס לכלל פעולה הפאטרנליזם הקונסטרוקטיבי והטוב של המשפט”. וכך נאמר: על דרך העיקרון, נכונים אנו להכיר ברצונו של אדם כמשקף את האינטרס שלו, וסביב רצון-אינטרס זה (ששיטת המשפט נכונה להכיר בו) נקים הגנה של “זכות”. כך בבגיר. אשר לקטין, גם על רצונו חייבים אנו ליתן דעתנו, והוא אם בשל הוא רצונו לאותו עניין שאנו מדברים בו<sup>190</sup>. אף אני אטול רשות ואפעיל את הפאטרנליזם הקונסטרוקטיבי. אף אני אמתח עקרון משפטי חשוב זה ואחיל אותו, על דרך היקש ובשינויים המחויבים, גם על ענייניו של המת חסר הכשירות המשפטית לזכויות וחובות. וכך נאמר: כיוון שחיוו של ההורה המיועד נגדעו באיבם, ומכיוון שבת הזוג טוענת כי רצונם המשותף היה בילד, אשר תאי הרבייה מהם עתיד להיווצר מצויים בשלבי התפתחות (בין בשלב הזרעי ובין כביצית מופרית) וחסרים כשירות משפטית, ומכיוון שהשימוש בהם צפוי לשנות את המצב המשפטי

187 ע"פ 115/00 טייב נ' מדינת ישראל, פד"י נד(3) 289, 330.

188 דנ"א 7015/94, לעיל, ליד הערה 120, בעמ' 96.

189 את הכשירות המשפטית הגדיר השופט חשין כ"כושרו של אדם לשפוט כראוי את המציאות הסובבת אותו; יכולתו לגבש כוונה ורצון; ולבסוף – יכולתו וכוחו לכוון את התנהגותו על-פי אותה מציאות ובהתאם לאותה כוונה ולאותו רצון". ראו ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' פליציה בינשטוק, פד"י מח(3) 705, 716.

190 דנ"א 7015/94, לעיל, ליד הערה 120, בעמ' 97. עוד על הפאטרנליזם הקונסטרוקטיבי ראו י" גרין, לעיל ליד הערה 59 בעמ' 24-27; Y. S. Kaplan, "The Right of A Minor in Israel To Participate In The Decision-Making Process Concerning His Or Her Medical Treatment", *Fordam* Vol 25, Nom 5 (June 2002) 1085, 1123-1129.

ששרר בשעת הפטירה (חלוקת העזבון ופגיעה בכבוד המת), על בית המשפט מוטלת החובה להגן על האינטרסים של המת, מפני הפיכתו להורה (יתכן בעל כורחו), אלא יובאו לפניו די ראיות כדי לאמוד את רצונו המשוער בילד.

מודע אני לקושי המובנה הקיים בהיקש זה. שהרי אינו דומה קטין חסר כשירות משפטית למת החסר כשירות דומה. חוסר כשירותו של הקטין איננה פוגמת כהוא זה בזכויותיו. לעניינן של חובות וזכויות דין קטין כדין בגיר<sup>191</sup>, על כן יש צורך בהגנת הדין. אין הדבר כן ביחס למת. אין זכותו של המת כזכויותיו של החי, למעט הזכות לכבוד ונגזרותיה. לכן, ספק אם יש מקום לפאטרנליזם הקונסטרוקטיבי של המשפט. אף על פי כן, כל עוד לא אמר המחוקק את דברו, יש מקום להיקש זה, ולו מן הטעם שדמעתם של המבקשים את ההולדה על לחיים בבואם לבקש סעד מבית המשפט. אין בית המשפט רשאי להעלים את עינו מדמעת העשוקים<sup>192</sup>. אין בכך כדי לשחרר את המחוקק מלומר דברו ובחקיקה ראשית. בתי המשפט חסרים את היכולת לבחון את השלכותיה הכוללות של המציאות הרפואית המשתנה. אולם, עד שיקבע המחוקק את עמדתו, אל לבתי המשפט להעלים עיניהם ממצוקת המבקשים והצוות הרפואי. אם כך, באילו מקרים ניתן לייחס רצון משוער לנפטר בילדים גם לאחר מותו, כדי להתיר את השימוש בתאי הרבייה שלו לאחר הפטירה?

ההסכמה הנדרשת מחולה לטיפול רפואי בכלל, ומבני זוג המבקשים ללדת בדרך של הפריה חוץ גופית בפרט, נגזרת מההכרה באוטונומיה של החולה. דרישה זו מבטאת את הכרת הדין בזכותו של אדם לשלוט על חייו ולתכננם, למעט במקרים מוגדרים שהדין מאפשר לטפל בחולה גם ללא הסכמתו<sup>193</sup>, לקבל בעצמו את ההחלטות החשובות בחייו מבלי שאלו ייכפו עליו<sup>194</sup>. מכח היות האדם אוטונומי הנושא בנטל החלטותיו ובתוצאות מעשיו, הוא זה שרשאי להחליט על ההולדה, ללא התערבות המדינה. ואכן, התניית טיפולי ההפריה החוץ גופית בהסכמתם החופשית והרצונית של כל אחד מבני הזוג לביצוע כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ גופית<sup>195</sup>, ובכתב<sup>196</sup>, נגזרת הן מזכותם לתכנון המשפחה<sup>197</sup> והן מזכותו של אדם להיות הורה.

מלשון התקנה עולה כי דרישת ההסכמה מתייחסת לבני זוג המבקשים ללדת בדרך

191 דנ"א 7015/94, לעיל, ליד הערה 120, בעמ' 95.

192 ראו לענין זה דברי השופט חיים כהן בע"א 407/60 פלונית נ' אלמוני, פד"י טו(1), 212, 217: "ושבתי אני ואראה את כל העשוקים תחת השמש, והנה דמעת העשוקים ואין להם מנחם (קהלת ד, א). שופט בישראל הרואה עשוקים ואין לאל ידו להושיע, אין זאת כי אם החוק בעוכריו".

193 סעיף 15 לחוק זכויות החולה.

194 ראו א' מרמור, "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו", עיוני משפט יט (2) (ינואר 1995) 433, 440.

195 תקנה 14(א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית).

196 תקנה 14(ג) לתקנות הנ"ל. אם האישה נשואה, אזי יש לקבל את הסכמת בעלה. ראו תקנה 14(ב) לתקנות הנ"ל.

197 ראו דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1; ת"א 733/94 רבקה דונין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (פסק הדין פורסם באתר נבו).

של הפריה החוץ גופית בחייהם, או לכל הפחות כי תחילתה של הפרוצדורה בחייהם. שאיבת הביציות, מתן הזרע, הפריית הביציות וכמובן השתלתן ברחם האישה נעשית בחיי המטופלים<sup>198</sup>. דא עקא, תהליך ההולדה בדרך זו הוא, כאמור, תהליך רב שלבי ארוך וממושך, לכן מצופה ממתקין התקנות כי יקבע הסדרים למקרה שהתא המשפחתי יתפרק במותו של אחד מבני הזוג כאשר בהקפאה מצויים זרע, ביצית או ביצית מופרית. שאיבת הביציות ומתן הזרע במהלך הטיפול, והפריית הביציות והקפאתן, מלמדים על הסכמה לכאורה להמשיך בתהליך עד להולדת הילד למרות הנסיבות הטרגיות כאמור בתקנות<sup>199</sup>. זה ההגיון שהנחה את מתקין התקנות, אך למעשה חסר, מטעמים מובנים, הסדר בנוגע לגורלו של הזרע המוקפא בעת הפטירה, וכן חסר הסדר בדבר נטילת זרע לאחר פטירה. אשר על כן, ככל שהדבר צריך לגבי שאיבת זרע, יש לתקן את החוק. כאשר להפקדת זרע עובר לטיפול הפריה וכן בעת הפקדת הזרע לשימור בבנק הזרע, מוצע כי בד בבד עם החתימה על טופס ההסכמה יערוך מפקיד הזרע צוואה בה יורה מה יעשה בזרע המופקד לאחר פטירתו<sup>200</sup>. בהעדר צוואה או התייחסות בטופס ההסכמה למקרה מוות, יהיה על המבקשים לעשות שימוש בזרע המת להוכיח בראיות ברורות כי אכן התכוון המנוח להמשיך בתהליך ההולדה גם לאחר מותו.

זאת ועוד, מאובחנת ההסכמה לביצוע הפריה חוץ גופית מהסכמה לטיפול רפואי אחר, בשל האחוריות המוטלת על המטופלים כלפי הילד העתיד להיוולד אם יוכתר הטיפול בהצלחה. לכן, אין די בכך שהרופא מבהיר לבני הזוג קודם מתן ההסכמה את שמובן להם מאליו, על מנת שניתן יהיה לייחס לנפטר הסכמה להמשיך בתהליך לאחר המיתה. ההסכמה הכתובה יכולה להיות ראייה לכאורה, אך ההחלטה אם לאפשר את המשך הטיפול צריכה להתקבל על סמך ראיות ברורות ומשכנעות יותר דוגמת הצוואה שנכתבה עם תחילת הטיפול.

בבוא בית המשפט ליישם את הפטרנאליזם השיפוטי הטוב, בהעדר הוראה מפורשת של המת, הוא מעמיד את עצמו במקום המת ומנסה לאמוד מה היה אומר המת לו יכול היה להביע את דעתו באותה השעה. אין ספק כי ייחוס כוונה לאדם בענין שאיננו עומד על סדר יומו כלל, היא משימה קשה, ואולי אף בלתי אפשרית. אך טבעי כי רצונם של הנזקקים לטיפול פוריות, העושים כל מאמץ להעמיד צאצא, ליהנות ממנו בחייהם. למרות זאת, אפשר שדווקא המאמצים הבלתי נלאים המושקעים על

198 תקנות 4 ו-5 לתקנות הנ"ל.

199 תקנות 8(ב)(2), 8(ב)(3), 10(א)(2) ו-10(ד) לתקנות הנ"ל.

200 סעיף 5(א) לחוק המתנה וסעיף 8(ב) לחוק הירושה ובכפוף לתקנה 10 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית). עם זאת, יודגש, כי ההוראה להשתמש בתאי הרבייה לאחר מיתה הניתנת במסגרת צוואה, איננה מחייבת לראות בהם "נכס" במובנו הקנייני, כיון שגוף אדם, והוא הדין בהפרשות מגוף האדם אינם מקבלים בעלות. לשם כך יהיה צורך לקבוע הסדר מיוחד בחוק הירושה. ראו לענין זה בהרחבה בפרק ג להלן. עוד יוער כי יש בהסדר הקבוע בתקנות בענין המשכת התהליך לאחר פטירה, פגיעה לכאורה בזכויות יסוד (הזכות להורות). ראו להלן הערה 206.

ידי המטופלים בתהליך הכואב, הקשה ולעתים המתסכל, מעידים יותר מכל על רצון אמיתי להעמיד צאצא בכל מחיר, גם אם יהיה זה לאחר מותם.

אמנם, הסכמה לביצוע הפריה חוץ גופית שאינה בדרך של צוואה, פוקעת עם מותו של נותן ההסכמה<sup>201</sup>. אף על פי כן, אם נותרו ביציות מופרות בהקפאה, נראה כי יש מקום להתיר את המשך התהליך כפי שקבע מחוקק המשנה ובמאובחן מהפסיקה בפרשת נחמני<sup>202</sup>. משל למה הדבר דומה? לאדם שבא על אשתו ונפטר סמוך לאחר מכן, היעלה על הדעת להפסיק את ההריון שיתפתח מאותה ביאה בטענה שהמנוח לא רצה בו? כשם שהולדה בדרך הטבע מתחילה במעשה הביאה, כך מתחיל מסע הלידה בדרך של הפריה חוץ גופית בשאיבת הביציות ומתן הזרע<sup>203</sup>. טעות היא לחשוב כי תהליך הלידה מתחיל בהפרייתן של הביציות בזרע. הפעולות המקדימות הכרוכות בהשלמת תהליך ההולדה עד להשתרשות הביצית המופרית ברחם (הפשרת הביצית המופרית, ואפילו הזרע המוקפא והחזרתם לרחם האשה) הן חלק ממסע זה. לכן, יש לאפשר לבת זוגו של אדם שהפקיד זרע בחייו, על אחת כמה וכמה אם הותיר אחריו ביציות מופרות בהקפאה להגשים את רצונם המשותף בילד.

יחד עם זאת, אין לדחות על הסף, לא רק את הטענה כי רצונו של המנוח היה בילד בחייו ולא לאחר מותו, אלא גם כי הקפאת ביציות מופרות איננה מלמדת על כוונה כזו. שכן, הקפאת הביצית המופרית נעשית מטעמי "נוחות" בלבד. אין היא מעידה בהכרח על רצון להמשיך בתהליך בכל מצב. הקפאת הביציות המופרות נועדה למנוע מהאישה שאיכות חזרות של ביציות, פרוצדורה פולשנית שאיננה נטולת סיכונים. תפקידו של בית המשפט לקבוע האם בעת מתן ההסכמה התכוונו בני הזוג, או אחד מהם, להמשיך בתהליך גם לאחר מיתה אם לאו. קביעה זו תיגזר מכמות הראיות שבידי המבקשים את ההולדה.

בפני קושי דומה ניצב בית המשפט הנדרש לקבוע את רצונו המשווער של אדם שהפקיד זרע לפני טיפול רפואי העלול לפגוע בפוריותו. מפקיד הזרע איננו מביע עמדה בשאלה אם להשתמש בזרע לאחר מותו, אלא מצהיר בטופס ה"בקשה לשימור זרע בבנק הזרע" כי מנהלי בנק הזרע רשאים להפסיק את שימור הזרע במנגנון השימור שלהם לאחר פטירתו. החולה איננו מורה להשמיד את הזרע המוקפא לאחר מותו, אך גם איננו אוסר את השימוש בו לאחר פטירתו. שתיקתו זו יכולה להתפרש באחת משתי דרכים: הדרך האחת, כהסכמה להמשיך בתהליך ההולדה גם לאחר מיתה. בנסיבות אלה הפקדת הזרע נעשית כדבר שבשיגרה. לו רצה המנוח למנוע את השימוש בזרע לאחר פטירתו, היה בודאי מורה לעשות כן. משהסמיך את מנהלי הזרע להשמיד את הזרע המוקפא ולא הורה על השמדתו, גילה דעתו שאיננו מתנגד להשתמש בזרע

201 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

202 דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1; ע"א 5587/93, לעיל ליד הערה 18; ה"פ 599/92, לעיל ליד הערה 34.

203 ראו ה"פ 599/92, לעיל ליד הערה 34.

לאחר מותו אם ייווצרו התנאים לכך. הדרך האחרת לפרש את שתיקתו של מפקיד הזרע היא, להניח כי אין רצונו שישתמשו בו לאחר מותו. דווקא משום שכדבר שבשיגרה מוצע לכל חולה העלול להיפגע במערכת יצור הזרע להפקיד זרע קודם הטיפול, יש יסוד להניח כי כוונתו של החולה המקווה להחלים ממחלתו, לשמר את האפשרות להיות הורה ביולוגי, גם אם יהיה זה בדרך של הפריה חוץ-גופית. הפקדת הזרע היא, איפוא, ביטוי לאמונתו, תקוותו וציפייתו להחלים ממחלתו ולהרחיב את משפחתו. לו רצה להתיר את השימוש בזרע המופקד בבנק הזרע גם לאחר מותו, היה מציין זאת בטופס הבקשה לשימור הזרע. משלא עשה כן, גילה דעתו שאין רצונו בשימוש בזרעו לאחר מיתה.

הוא הדין בזרע שהופקד על ידי חולה סופני הנוטה למות. מחד גיסא, הדעת נותנת כי אם לפני טיפול העלול לפגוע בפוריות ניתן לייחס למפקיד הזרע כוונה משתמעת להשתמש בזרע המוקפא להפריה כאשר הוא עצמו לא יהיה כבר בין החיים, על אחת כמה וכמה שניתן לייחס לאדם המפקיד זרע בבנק הזרע במצבו הסופני כוונה משוערת להותיר צאצא לאחר מותו<sup>204</sup>. מאידך גיסא, אם הזרע הופק מהחולה השוכב על ערש דווי בלי שקיימות בגליון הרפואי עדויות על רצונו בילד לאחר מותו, שאיבת הזרע כשלעצמה אינה יכולה לשמש ראיה להסכמתו להשתמש בזרע לאחר מותו. ראשו ומעייניו של החולה הנוטה למות נתונים להשקטת כאביו, להפחתת סבלו ולמניעת ניוולו ולא להולדת ילדים, בודאי לא לאחר מותו. יתרה מזו, אין לשלול על הסף אפשרות כי החולה במצבו הסופני, כשהוא חסר יכולת התנגדות, הושפע או שוכנע (בלשון המעטה) על ידי קרוביו הסובבים אותו, כך ש"הסכמתו" (ספק שתיקתו) איננה משקפת את רצונו האמיתי.

אשר על כן, בבוא בית המשפט לאמוד את דעתו המשוערת של המת, עליו לבחון היטב מה היו מניעיו בעת שהפקיד את הזרע. עליו לבחון וביתר הקפדה את מניעיה של המבקשת. עליו לברר האם לא פגמה המחלה בשיקול דעתו של החולה, ואם הפקיד את הזרע מרצונו החופשי בלי שהופעלו עליו לחץ, כפייה או השפעה בלתי הוגנת מכל סוג שהוא על ידי הסובבים אותו (כגון: מאבקי ירושה בין האלמנה להורי המנוח).

נמצא, כי אם ניתן לייחס הסכמה משוערת למנוח לעשות שימוש בזרעו המוקפא לאחר מותו, על אחת כמה וכמה שניתן יהיה לייחס לו רצון לעשות שימוש בביצית מופרית שהותיר במותו. "מצבה" של הביצית המופרית צריך להיות טוב יותר ממצבו של הזרע המוקפא. שכן, הביצית המופרית, שהיא תחילתו של ההריון, גם אם מחוץ לרחם אישה, מצויה בשלב מתקדם יותר בתהליך יצירת העובר, ולכן הפוטנציאל להגיע ללידת חי גבוה יותר מהסיכוי להשיג זאת מזרע מוקפא.

באשר לנטילת זרע מן המת, והנסיון לאמוד את רצונו המשוער, הקושי כפול: ראשית, האם וכיצד ניתן לאמוד רצון זה כאשר המוות בא בחטף? שנית, גם אם ניתן לקבוע רצון זה, כלום די בכך כדי להתיר ליטול זרע מגוויתו לביצוע הפריה

204 ראו ה"פ (ת"א) 1922/96 פלונית נ' פלוני, לעיל ליד הערה 3.

בבת זוגו? התשובה איננה חד משמעית. מחד גיסא, כפי שנתבאר, פרשנות דווקנית מחייבת להשיב בשלילה. רשימת ההצדקים לנתח גוויה הקבועה בחוק האנטומיה והפתולוגיה היא רשימה סגורה שאינה כוללת נטילת זרע. על כן, להסכמת המנוח בחייו לנטילת זרע מגוויתו, גם אם היתה זו "הסכמה שניתנה מרצון חופשי ומתוך דעה צלולה בטופס שנקבע בתקנות"<sup>205</sup>, אין תוקף משפטי כיון שאיננה לריפוי של אדם, על אחת כמה וכמה בטרם אובחנה בת הזוג המבקשת כעקרה<sup>206</sup>. מאידך גיסא, הולדה בדרך של הפריה חוץ גופית היא בודאי טיפול רפואי למי שאיננו יכול להעמיד צאצאים בדרך הטבע. על כן, הפקת הזרע המתבקשת על ידי בת הזוג היא לצורך טיפול רפואי ובלבד שהמבקשת אובחנה כעקרה טרם המיתה (כגון, שהמוות ארע במהלך הטיפול) וכי בידיה ראיות משכנעות כי עז היה רצונם בילד משותף.

זאת ועוד, בהנחה כי הקמת שם למת על ידי העמדת צאצאים גם לאחר מותו, היא כבודו, כי אז על דרך ההיקש, ניתן לייחס לאדם רצון בחייו שיהא לו תוקף לאחר מיתה גם אם לא נעשתה בדרך של צוואה. כך למשל, "אדם זכאי להיקבר על פי השקפתו בבית עלמין אזרחי חלופי אם בחר בכך; הבחירה יכול שתהיה בצוואה או בכל דרך אחרת"<sup>207</sup>. כלומר, דעתו של אדם בחייו רלבנטית לביצוע פעולות מסוימות גם לאחר מותו. ולפי שאין המדובר בכפיית הורות אלא מימוש רצון המת כפי שמשקפת אותו בת זוגו<sup>208</sup>, אין מניעה לייחס למת הסכמה קונסטרוקטיבית להיות הורה.

ההכרעה בענין זה נגזרת ממדיניות משפטית. ואכן, בענין פלונית מוכן היה היועץ המשפטי להסתפק ב"רצון המשוער" של המת ולא התנגד לבקשה<sup>209</sup>. בכך הקל על בית המשפט להכיר ברצון להמשכיות כחלק מהזכות להורות וללכת בנתיב ההנחה הבסיסית שאדם מעונין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, כאשר בת זוגו מעונינת בכך, אלא אם הביע אותו אדם התנגדות מפורשת או משוערת נגד המשכיות כזאת.

### ג. למי הבעלות על תאי רבייה בהקפאה?

בתקנות המסדירות את ההפריה החוץ גופית קבע מתקין התקנות הסדרים בנוגע לשימוש בתאי רבייה שבהקפאה לאחר פטירת אחד מבני הזוג. הוא איננו נוקט עמדה בשאלת מעמדם המשפטי של תאים אלה. הוא מתעלם מהשאלה אם זרע או ביצית מופרית הם מושא לבעלות, ואם כן מי בעליהם? הוא שותק ביחס לשאלה אם ניתן לראותם כ"נכס"

205 סעיף 1 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

206 טופס 3 בתוספת לתקנות האנטומיה והפתולוגיה. לענין זה השוו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל, פרק שני סעיף ג.3.

207 סעיף 2 לחוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996. תודתי נתונה לחברי ד"ר משה גלברד אשר הסב תשומת לבי לפרשנות זו.

208 ע"א 5587/93, לעיל ליד הערה 18, בעמ' 500.

209 ה"פ 10440/90 לעיל, ליד הערה 6.

(במשמעותו הקניינית<sup>210</sup>) ולשייך אותם לנכסי העזבון העוברים ליורשים הרשאים לעשות בהם כרצונם, ובכך להקל על ההכרעה אם להתיר את השימוש בהם<sup>211</sup>. הפסיקה בישראל איננה נוקטת עמדה בשאלה זו, אף כי באימרות אגב ניתן למצוא דעות שונות. כך למשל, בית המשפט המחוזי בחיפה, מפי השופט אריאל, קבע בפרשת נחמני, כי "אין צורך בהכרעה אם הביציות שהוצאו מגופה של האישה הפכו ל"רכושה" עם הפרייתן, וכי בזכות "רכוש" זה תינתן לה שליטה מלאה בעוברים אלה אף כי יש טעם בעמדה זו"<sup>212</sup>. בית המשפט המחוזי בתל אביב איננו מכריע בשאלה אם הזרע בבחינת "נכס" שחלים עליו דיני הירושה, אף כי דעתו נוטה לכך שאין ירושה בזרע, כאשר אין הזרע בגדר נכס הנמנה על נכסי העזבון<sup>213</sup>. אולם, הוסיף שאם "הזרע הוא נכס ניתן לתיתו במתנה"<sup>214</sup>.

בדיון הנוסף בפרשת נחמני לא נקטו השופטים עמדה ביחס למעמדה הקנייני של הביציות המופריות, למעט בשאלה אם הגיעה הביצית המופרית לשלב שבו ראויה היא להגנה על "חייה"<sup>215</sup>. גם בארצות הברית הפסיקה אינה מדברת בלשון אחידה. בפרשת

210 למותר לציין כי מן הבחינה המשפטית יכולה זכות קנין להתקיים רק בויקתה לנכס מסוים. מכאן, שאם אין לראות בתאי הרבייה נכס כמשמעותו המשפטית, אין הם יכולים להיות מושא לבעלות.  
211 סעיף 1 לחוק הירושה. עם זאת, ראוי לציין, כי ההנחה המובלעת בשאלה איננה נקיה מספקות, כיוון שאם למנוח לא היו ילדים, או אם בני הזוג לא היו נשואים, כי אז במעגל היורשים מצויים גם ההורים (סעיפים 10(2), 11(א) ו-12 לחוק הירושה). לכן, לכאורה, רק אם יותיר אחריו המנוח צוואה בה הוא מורה להעביר את זרעו או את הביצית המופרית שהופרתה מזרעו לשימושה של בת זוגו, או לחילופין, אם יוותרו הוריו על "חלקם" בזרע או בביצית המופרית, ניתן להעביר את תאי הרבייה לשימושה של בת הזוג. גישה זו מתבקשת, אלמלא, היתה הצוואה, ככל שהדבר נוגע לביצית המופרית, בלתי חוקית בהיותה נוגדת את התקנות (סעיף 34 לחוק הירושה). אין ספק כי התקנה המגבילה את השימוש בתאי הרבייה לאחר פטירה פוגעת בזכות ההורות של בן הזוג הנותר בחיים ואף של המת (תקנה 10(ג)(2) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית). ברם הזכות להורות, כפי שנתבאר, היא זכות יחסית הנגזרת מהזכות לכבוד ולפרטיות, המוגנות בחוק יסודי. אינני משוכנע כי יש בכוחה של חקיקת משנה להגביל זכויות מסוג זה. ראו עוד הנכתב לעיל בהערה 160.

212 המ"פ 599/92, לעיל הערה 34, בעמ' 161.

213 ה"פ 1922/96, לעיל הערה 3.

214 שם.

215 השופטת שטרסברג-כהן בפרשת נחמני סברה כי "אין מדובר בשימור חיים קיימים אלא בקידום פוטנציאל של חיים, אין מדובר בשימור חיים שנוצרו אלא ביצירת חיים יש מאין" (דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1, בעמ' 693). ואילו השופט קדמי סבר כי "הפריית הביצית אינה סתם שלב משלבי התפתחותו של העובר, אלא היא המעשה ה"יוצר אותו", וההופך את הביצית והזרעון ל"ישות" חדשה, משולבת משני הגופים שיצרו אותה, שאינה ניתנת שוב להפרדה. כפי שהזרעון והביצית נטמעו זה בזה והפכו לאחד, כך נטמעות זו בזו זכויותיהם של הגבר ובת-זוגו – "בעלי" הביצית והזרעון – והופכות ל"זכות משותפת" בכל הקשור לגורלה של הביצית המופרית. "זכות משותפת" זו זהה בטיבה ובמעמדה לזכות ההורית שהייתה לכל אחד מיוצריה בשינוי אחד: לכל אחד מבעלי הזכות שמורה זכות וטו כנגד החלטתו של האחר, באופן שרק החלטה משותפת ניתנת לביצוע ולאכיפה" (שם, 733). ראו עוד: I. Kennedy & A. Grubb, *Medical Law* (3d Ed., London, 2000), 1308–1314.

Moore שלל בית המשפט העליון של קליפורניה זכות קניינית בתאים שהוסרו מגופו של אדם<sup>216</sup>. בפרשת Davis קבע בית המשפט העליון של טנסי כי הביציות המופרות מצויות בתחום בינים שבין נכסים לאדם. הן אינן נכס ואינן אדם. הן גם אינן עובר אלא טרום עובר (Pre Embryo)<sup>217</sup>. בפרשת Hecht קבע בית המשפט בקליפורניה כי בשל הפוטנציאל הטמון בזרע ליצור חיים יש לראות בזרע "נכס"<sup>218</sup>. המחוקק הישראלי משתמש במונח "נכס"<sup>219</sup> אף כי אינו מגדיר אותו<sup>220</sup>, למעט בחוק העונשין<sup>221</sup>. פרופ' ויסמן סבור כי נכס הוא "דבר שהוא מושא לבעלות, שבעלות תיתכן בו, ושלבליהם היכולת להחליף בכסף או לנושים היכולת להיפרע מהם את חובם"<sup>222</sup>. כלומר, לדעת ויסמן תכונתו הבולטת של הנכס היא היכולת להעבירו או להמירו בכסף. אמנם, מערכת המשפט מפגרת מטבעה אחרי ההתקדמות הטכנולוגית, אך בכוחה להתאים את ההגדרות המשפטיות למציאות המשתנה. כך למשל סובר ויסמן כי "למונח זכות קניינית אין משמעות אחידה ומוסכמת, יש בו מה שהיה ענין ליצוק בו תוכן ויצקו לתוכו מה שנראה היה כמועיל להשגת תכליות ידועות בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות"<sup>223</sup>. זרע, ביצית וביצית מופרית אינם ניתנים להמרה בכסף על פי הדין הישראלי, לכן לשיטתו של ויסמן אין לראותם כ"נכס". פרופ' טרסקי סבור, כי ההמירות איננה תנאי לקיומו של נכס, אלא הבעלות המקנה

- 216 Moore v. Regents of The University of California 973 P.2D 479 (Cal. 1990); Moore v. Regents of The University of California 202 Cal. Ap 3d.1230, 249 Cal Rptr 494 1988. התובע חלה בלויקמיה מסוג נדיר וטופל בבית החולים האוניברסיטאי של קליפורניה. הוא נותח. כחלק מן הטיפול במחלה כרתו הרופאים את הטחול. הרופא המטפל השתמש בתאים שהופקו מן הטחול ללא ידיעתו של החולה. הרופא השתמש בטכניקות של הנדסה גנטית, פיתח פטנט, רשם אותו על שמו והחתיים את החולה על כתב ויתור על כל תביעה עתידית נגדו. כשנודע הדבר לחולה, הוא תבע את חלקו ברווחים שהופקו מהפטנט, בטענה כי רווחים אלה הופקו מתאים שבבעלותו. בית המשפט לערעורים של קליפורניה קיבל את טענת התובע שהמדובר בתביעה לפיצוי כספי בגין שימוש שלא כדין בנכס שלתובע יש זכויות קנייניות בו. בית המשפט העליון שנדרש לשאלה ביטל את ההחלטה וקבע כי על תאים ורקמות שהוסרו מגוף האדם אין זכויות קנייניות, ולכן פתוחה הדרך לפני התובע לתבוע בעילה נזיקית (במישור היחסיים בין החולה לרופא) או בגין אי קבלת הסכמה מודעת (Informed Consent) לשימוש בתאים לאחר הסרתם.
- 217 Davis v. Davis 842 S.w 2d 588, 597 (Tenn sup. Ct. 1992). ההחלטה ניתנה בסכסוך בין בני זוג שהתגרשו על גורלן של 7 ביציות מופרות שנוצרו בהפריה חוץ-גופית. האישה תבעה את החזקה על הביציות כדי שתוכל להמשיך בתהליך אך הבעל התנגד. בערכאה הראשונה זכתה האישה בתביעתה, אך בערעור פסק בית המשפט העליון כי החזקה בביציות משותפת לשני בני הזוג ולכן אין האישה יכולה לתרום אותן ללא הסכמת בעלה.
- 218 Hecht v. Superior Court of L. A Country 16 Cal. App. 4th 836
- 219 ראו למשל חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973; סעיף 77 לחוק הירושה.
- 220 ראו חוק הפרשנות, ה'תשמ"א-1981.
- 221 סעיף 2 לחוק העונשין: "חי או דומם היכול לשמש נושא לבעלות".
- 222 י' ויסמן, דיני הקניין, חלק כללי (ירושלים, 1993), 89. ראו גם י' ויסמן, "איברים כנכסים", משפטים טז (תשמ"ז) 500.
- 223 ויסמן (דיני קניין), הערה קודמת בעמ' 47.

את הזכות כלפי כולי עלמא ליהנות מהנכס ולהשתמש בו<sup>224</sup>. כאשר החומר מופרש מגוף האדם משתנה הזכות שיש לאדם על גופו והוא רוכש זכות קניינית גם על החומר שהופרש מגופו<sup>225</sup>.

ד"ר פרנקל סבור כי גוף אדם איננו מושא לבעלות ולכן אף איברים או רקמות שנקצרו מגופו של אדם או נזולים שהופרשו ממנו אינם מקבלים בעלות<sup>226</sup>. גם ועדת אלוני אשר בחנה את ההיבטים השונים של ההפריה החוץ-גופית המליצה שלא לנקוט בשפה קניינית באשר לביצית המופרית<sup>227</sup>.

גם הרב אביגדור נבנצאל, אשר דבריו צוטטו על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב, הביע, בהתייחס לפרשת נחמני, את הדעה כי זרע, לא כל שכן ביצית מופרית, אינם מושא לבעלות, ולכן אינם עוברים בירושה, "כיון דזרע חשיב כולד, ואין היורשים יורשים ולדות"<sup>228</sup>.

התייחסות קניינית לתאי הרבייה בהקשר נשוא דיוננו, פירושה הגדרת הזרע, הביצית או הביצית המופרית כ"נכס". קביעה זו תוביל בהכרח להכרה בזכות בני המשפחה הכלולים במעגל היורשים (העלולים להיפגע כלכלית<sup>229</sup>) להתערב בתהליך ההולדה<sup>230</sup>? יתרה מזו, התייחסות קניינית לתאי רבייה, תאפשר לא רק סחר בהם, אלא גם להטיל עיקול על זרע או ביצית מופרית המצויים בהקפאה בגין חוב, בדומה להטלת עיקול על נכסים המקבלים בעלות. היש אבסורד גדול מזה?

- 224 ג' טדסקי, "קניין ועבירות הבעלות על השתל המופק מן החי", הפרקליט לח (תשמ"ט) 282.
- 225 רעיון דומה מצינו בפסיקה הישראלית משנות השבעים. בית המשפט בית המשפט יוצר הבחנה בין זכויות קנייניות בגוף האדם שאינו מושא לבעלות, לזכויות קנייניות באיבר שנכרת מגוף האדם ובתור שכזה הופך הוא לנכס ומקבל בעלות. ראו מ"א (ת"א) 110/70 בענין הקטינה שולמית לוי (לא פורסם); תמ"א (חי') 1402/70 היועץ המשפטי לממשלה נ' נזירה לוי (לא פורסם). קטעים מפסקי הדין מצוטטים במאמרו של ד' פרנקל, "פסולי דין כתורמי אברים", משפטים ג (תשל"א), 238. ראו עוד י' גרין, לעיל ליד הערה 59 בעמ' 81-83, 481-483.
- 226 ד' פרנקל, האספקטים המשפטיים של השתלת איברים, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים (האוניברסיטה העברית, תשל"ו).
- 227 סעיף 5.6 לדו"ח הוועדה הציבורית לבהינתן הפריה חוץ גופית, ירושלים, יוני 1994.
- 228 ה"פ 1922/96, לעיל הערה 3. ראו הרב א' נבנצאל, "בעלות יורשים של זרע מוקפא", תחומין יז (תשנ"ז), 347.
- 229 כגון, יורשיו האחרים של המנוח שהיו בחיים בשעת נפילת הירושה, אשר יאלצו להתחלק בעזבונו עם מי שלא היה בחיים ואף לא הורה, אם נולד תוך 300 יום ממות המוריש (סעיף 3(ב) לחוק הירושה), ואף ליתן לו מזונות מן העזבונו (גם אם נולד לאחר 300 יום ממות המוריש (סעיפים 56 ו-57(ד) לחוק הירושה). יתרה מזו, אפשר ואם תאושר ההולדה לאחר המיתה יחוייב אבי המנוח במזונות נכדו או בהוצאות ריפוי, גם אם לא רצה בנכד (ראו סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות)).
- 230 ראו ה"פ 1922/96 לעיל ליד הערה 3.

## פרק רביעי: הולדה לאחר מיתה: היבטים משפטיים

## א. הערות מבוא

אחד הגורמים החשובים במכלול השיקולים שיש להתחשב בהם עובר להחלטה אם להתיר את ההולדה לאחר המיתה, הוא ייחוסו של היילוד למולידו המת. הכרעה ברורה בענין זה הכרחית כיוון שהיחס המשפטי הורה-ילד קובע את מערכת הזכויות והחיובים בין הורים לילדיהם. הולדת ילד ללא הורה (משפטי) אשר יחוב כלפיו אותם חובות שחב הורה כלפי ילדו, עלולה לפגוע בזכויותיו ובטובתו. מהו, אם כן, הגורם היוצר את הקשר המשפטי בין ילוד למולידו?

עד לאחרונה מקובל היה כי היחס המשפטי הורה-ילד נוצר על ידי הקשר הביולוגי בין תורם החומר הגנטי ליילוד שאת תכונותיו הוא נושא. קשר זה אינו בהכרח תוצאה של הסכמה בין הורים, והוא מתקיים גם אם המוליד לא התכוון ואף לא רצה בהורות. אולם, משהוכנסה ההפריה החוץ-גופית כשיטת טיפול, נוצרו יחסי הורות (משפטית) גם בין מי שאין ביניהם קשר דם. כך למשל, די בהסכמת בעל כי אשתו תהרה מזרעו של תורם זר כדי להטיל עליו חבות של הורה כלפי הילד שיוולד.<sup>231</sup>

נמצא, כי אם יחסי ההורות נגזרים מקשר הדם, מה לי הורות שנוצרה לפני מיתה, מה לי הורות שנוצרה לאחר מיתה. אם ההורות היא יציר החוק, רשאי המחוקק לקבוע בחוק כי בית המשפט מוסמך להקים יחסי הורות (מן הבחינה המשפטית) גם בין מי שאין ביניהם קשר דם.<sup>232</sup> יכול המחוקק לקבוע כי אף שאדם בחייו אחראי למעשיו ונושא בתוצאותיהם אין בכוחו של המת לחייב בתוצאות ההולדה צדדים שלישיים שאולי אינם רוצים בה.

גורם נוסף שיש להתחשב בו, גורם הנגזר מהיחס הורה-ילד, הוא זכויות הילד העתיד להיוולד. בלי לנקוט עמדה בשלב זה, בשאלה אם מצדיקה פגיעה בזכויות הילד כדי לפגוע בזכות ההורות, ראוי לעמוד על טובתו וזכויותיו של הנולד לאחר מיתה. אמנם, נחלקו הדעות בין שופטי בית המשפט העליון בהגדרת היחס בין "טובת הילד" ל"זכויות הילד"<sup>233</sup>, אך ברור כי אינם חופפים. "טובת הילד" או "אינטרס" של הקטין, בעוד אשר "זכויות הילד" הוא הביטוי המחייב להתייחס אל הילד כאל אדם, אמנם קטין, אך מחייב את כל העולם בכיבוד זכויותיו כבעל זכויות עצמאי גם מול הוריו.<sup>234</sup>

## ב. היחס הורה-ילד: יציר הביולוגיה או יציר המשפט?

למעשה, אין בספר החוקים הישראלי תשובה לשאלה מיהו "אב", מי היא "אם" ומי הם

231 ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פד"י לד(2) 779.

232 ראו לדוגמה סעיף 16 לחוק אימוץ ילדים וסעיף 11 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

233 ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פד"י מט(1) 221. ראו להלן בסעיף ה.1.

234 ע"א 7015/94, לעיל ליד הערה 120, בעמ' 95-97.

"הורים" 235. אין גם תשובה לשאלה כיצד נוצר היחס המשפטי הורה-ילד, למעט במקרה של אימוץ 236 או הולדה באמצעות פונדקאית 237. ההגדרות המצויות בספר החוקים הן כי "הורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" 238, וכי "האם והאב כאחד הם האפטרופסים הטבעיים על ילדיהם" 239.

הגדרות אלה משקפות את הגישה השלטת במשפט הישראלי ההולך בדרכו של המשפט העברי לפיה היחס המשפטי הורה-ילד הוא תוצאה של קשר דם 240. ואין תימה בדבר, שהרי קודם שנתחדשו הטכנולוגיות הרפואיות המתקדמות המאפשרות את ההתערבות בתהליכי פריה ורבייה, הורה לילד נחשב מי שתרים את החומר הגנטי ממנו נוצר הילד ואשר את תכונותיו הגנטיות הוא נושא, וכך מי שהורתו הייתה כתוצאה מיחסי אישות בין מולידיו. בתהליך ההולדה לא היו מעורבים יותר מאשר זכר ונקבה. לכן, האפטרופסות הטבעית הייתה של הוריו הטבעיים של הילד. ההורות הייתה ענין ביולוגי. לכן, כשנוקק בית המשפט להגדיר לפני כארבעה עשורים מי הם "הורים", יכול היה להסתפק בקביעה הבאה 241:

"לשון 'הורים' שבסיפא של סעיף 3(א) (לחוק שיווי זכויות האשה – י"ג) שהמדובר הוא במי שנטל חלק בהורותו של הילד". שנית, מעידה לשון 'טבעי' שהמדובר באפטרופסות הנוצרות דרך הטבע, ולא באפטרופסות התלויה בפעולת כל חוק (זולת חוק זה)".

רק מאוחר יותר משהשתכללה טכנולוגית ההולדה שלא בדרך הטבע, ומשנוצר הפיצול בין ההורות הביולוגית להורות המשפטית, נקבע כי 242:

235 לעומת זאת, למונח "ילד" קיימות הגדרות שונות בדברי החקיקה. "ילד" מוגדר בסעיף 1 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), "בין שנולד מנישואין ובין שלא מנישואין, לרבות מאומץ". בסעיף 57(ד) לחוק הירושה ההגדרה רחבה יותר ו"ילד" לענין מזונות הוא גם "נכד". בסעיף 2 לפקודת הנזיקין "ילד" כולל עובר.

236 סעיפים 16 ו-17 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

237 סעיף 11 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים.

238 סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות.

239 סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה. עוד נקבע כי אם "מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפטרופוס הטבעי".

240 וכך אומר בית המשפט בפרשת פלוני (ע"א 451/88 לעיל, ליד הערה 109 בעמ' 337): "הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם, והקשר הקיים בין הורים לבניהם יסודו בעובדה הטבעית, שהילד נולד להוריו מולידיו". ראו עוד ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פד"י כו(1) 701; ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פד"י לא(3) 85; פ' שיפמן, לעיל ליד הערה 119, כרך שני, עמ' 23; ר' זפרן, "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", הפרקליט מו (ב) (נובמבר 2002) 311.

241 ע"א 86/63 אל צפדי נ' בנימין, פד"י יז 1419, 1425.

242 ע"א 3077/90, לעיל, ליד הערה 61 בעמ' 597. עוד הוסיף בית המשפט ואמר כי "אב" הוא, איפוא, אב "טבעי", ו"אב" הוא ליוצאי חלציו. על דרך זו תפורשנה התיבות "אב", "ילד" ו"ילדה", "בן", "בת", "הורה", ו"הורים" וכל כיוצא באלה תיבות בעניינם של אבות, בנים

"ילד" (של מוריש) פירושו ילד טבעי, יוצא ירכו (של המוריש), בנו ה"ביולוגי" (של המוריש) ו"ילד" הוא ילד טבעי, ו"הוריו" הם ההורים הטבעיים של אותו "ילד".

מכאן שיש לפרש את המונחים "אב", "אם", "ילד", "בן", "בת", "הורה" בכל החוקים באותו מובן, קרי במובנו הביולוגי. עם זאת, אין בהעמדת ההורות על הבסיס הביולוגי כדי לשלול הרחבת ההגדרה, כאמור, ויצירת יחסי הורות גם בין מי שאין ביניהם קשר דם<sup>243</sup> מחד גיסא, ושליטת הורות גם ממי שיש ביניהם קשר דם מאידך גיסא.

להכרת מערכת המשפט ביחסי הורות גם בין מי שאין ביניהם קשר דם, משנה חשיבות בקביעת עמדתה בסוגיית ההולדה לאחר מיתה. ואף שתרומתה של הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת ליציבותו של התא המשפחתי איננה מוטלת בספק, אין בהישגיה כדי להצדיק העמדת צאצאים בכל מחיר. ההכרה בזכותו של הילד להתקיים בכבוד הביאה לכך שההורות איננה מסתכמת רק בתרומת החומר הגנטי המשמש ליצירת הילד. גם לא בנשיאת ההריון ובלידה. ההורות כוללת גם, ובעיקר, את האחריות לילד ולגידולו בבית חם<sup>244</sup>. ההורות כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם, וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום-מגוריו, והסמכות לייצגו<sup>245</sup>. ההורות היא, איפוא, צרוף של שני הרכיבים: "מעשה" ההולדה והאחריות לילד<sup>246</sup>. האחריות לצרכי הילד ולשלומו מהווים את הבסיס המשפטי ואת ההצדק להתערבותה של המדינה במקרים מסוימים באוטונומיה ההורית ובהגבלתה עד

ובנות, ילדים וילדות. אב טבעי הוא האפוטרופוס הטבעי על יוצא חלציו, וליוצא חלציו של אב זכות כי אביו הטבעי יהיה אפוטרופוסו.

243 כך למשל, על פי הדין העברי, הורה של ילד נחשב גם בעלה של אמו (גם אם אינו אביו הביולוגי), עד שלא הוכח אחרת מכה הכלל "רוב בעילות אחר הבעל". ראו סוטה כ"ז, א; רמב"ם, איסורי ביאה ט"ו, כ; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן ד, סעיף ט"ו ובהרחבה ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה רביעית, ירושלים, תשנ"ג) 360. ראו ע"א 449/79 לעיל, ליד הערה 220. ראו עוד יי גרין, "הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל", אסיא ה (תשמ"ו) 125.

244 ראו ע"א 522/87, לעיל ליד הערה 30.

245 סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

246 וכך מסביר השופט פורת את הסיפא לסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין): "זכות ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה זכות טבעית, ביטוי לקשר הטבעי בין הורים לילד, ילד שהוא בשר מבשרם... זכות זו מתבטאת בכך שאת קיום חובותיו כלפי ילדו יעשה ההורה ולא זולתו" (ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פד"י לח(1) 461, 465. הובאו הדברים בע"מ 1125/99 ד.ל נ' כ.ז (פדאו"ר (לא פורסם), 5)00 (263). ראו עוד, מ' קורניאלדי, "מגמות חדשות דיני החזקת ילדים", המשפט ז (תשס"ב–2002) 283. השוו, פירוש הרב שמשון רפאל הירש לפסוק כח בפרק א בספר בראשית: "פרו – חיבור המנים כדי להוליד את פרי האדם – את הבנים. רבו – המשפחה, רבה – להתרבות. אין די בהולדת ילדים כדי שמין האדם יתרבה. הטיפול בוולדות הוא תנאי להתרבות".

כדי שלילתה. משמעות ההורות איננה רק שינוי הסטטוס האישי של המוליד, היא גם, ובעיקר, האחריות על הילד יוצא חלציו. היא גם הזכות ליהנות מההורות. מכאן, שחזקה על המוליד ילד שרצונו "ליהנות" מהורותו בחייו<sup>247</sup>.

החזקה כי אדם רוצה ליהנות מילדיו בחייו איננה שוללת את ההנחה כי אדם "נהנה" בעולם האמת מצאצאים שהשאיר אחריו בעולם הזה. דרך הבאת הצאצא לעולם איננה מעלה ואיננה מורידה לענין ההנאה מההורות. לכן, נטל הראיה לסתור חזקה זו מוטל על המבקשים להעמיד צאצא למת. בהעדר ראיות חזקות ומשכנעות כי המנוח רצה בילד למרות הידיעה כי לא יזכה לראותו ולא ליהנות ממנו, אין די במעשה ההולדה כדי להקים את היחס המשפטי הורה-ילד.

נמצא, כי, ההורות איננה יציר הביולוגיה בלבד. ההורות היא גם יציר המחוקק. לכן, כדי שמערכת המשפט תייחס ילד שנוצר לאחר מיתה לאביו המת, נדרשת רמת הוכחה גבוהה ביותר לרצינות כוונתו של המנוח להיות הורה גם לאחר פטירתו. אם תאשש המבקשת בראיות מוצקות את טענתה כי בן זוגה המת רצה בילד משותף גם לאחר מותו, ניתן יהיה לייחס לו את ה"רצון משוער" הנדרש להתיר את ההולדה. ראיות המשקפות גילוי חיצוני ומהותי יכול שיהיו הכנות מעשיות להולדה, צוואה או הוראות בכתב בעת הפקדת הזרע המסמיכות את הרופאים להמשיך בתהליך ההולדה גם לאחר מותו, וכמובן עדויות. משקל פחות יותר, אך שלא ניתן להתעלם ממנו יכול שתהיה הפקדת זרע (אקטיבית, להבדיל משאיבה על ערש דוויה) לאחר שנודעה מחלתו הסופנית או חשוכת המרפא, כל עוד לא הוכח אחרת. אם המנוח לא הותיר אחריו ראיות "אובייקטיביות" המעידות על רצונו בילד, על המבקשת להפיק זרע מן המת או להשתשמ בתאי רבייה מוקפאים, להוכיח בראיות משכנעות ברמה גבוהה עוד יותר את רצונו המשוער של המנוח בילד שיוולד לאחר מותו<sup>248</sup>.

### ג. האם מתייחס ילד שנולד לאחר מיתה למולידו המת?

הלכה פסוקה היא כי זכותו של קטין לדעת מי אביו, על מנת שלא יישאר "שתוקי" משפטי או חסר ייחוס משפטי<sup>249</sup>. על הלכה זו חוזר בית המשפט מאוחר יותר<sup>250</sup>:

"כבודו של אדם משמיע מעצמו חופש רצון ובחירה... ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אימו, מניין בא – 'מי אני', יזעק – כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו... "לכל אדם אם ואב, וזכות של ראשית קנויה לו, זכות מן

247 ראו ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פד"י לח(1) 365, 412.

248 ראיות אלה יכולות להיות טיפוליות פוריות שהוחל בהם, או הכנות מעשיות למעבר לדירה גדולה יותר, הוכחות על מצב כלכלי איתן וכיו"ב. ראו עוד הנכתב בהערה 100 לעיל ובטכסט הנסקף עליה.

249 ע"א 326/73 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כח(2) 612.

250 ע"א 3077/90 לעיל ליד הערה 56, בעמ' 593.

הטבע, שיידע מניין בא – והיא כבודו... שתוקי זכאי לגאול עצמו משתיקה ומהשתקה, ואנו לא נעמוד בדרכו; נהפוך הוא. זכותו של שתוקי היא שיידע את מי יאהב ואת מי ישטום, את מי יחבק ואל מי יפנה גב".

בהנחה, המובנת מאליה, כי בהולדה מן המת זהותו של האב ידועה, יש לפרש את זכותו של השתוקי לידע מי הוריו, לא רק כזכותו של הילד לדעת פרטים על זהות אביו, אלא גם כזכותו שלא להיוולד להורה שאין לו עמו יחס משפטי הקיים בין הורה לילדו ("שתוקי משפטי"). מכאן, שגם אם הזכות להורות עומדת לאדם לאחר מותו, תוקפה המשפטי של ההסכמה המשוערת המיוחסת למנוח להעמיד צאצאים מזרעו לאחר מיתה, מותנה בהעדפת הגישה הרואה את ייחוסו של ילד למולידו כיציר המשפט. לאמור, ילד שנולד לאחר מיתה, בין שנוצר מזרע שהופקד לפני מיתה, ובין שנוצר והורה מזרע שניטל לאחר מיתה – מתייחס אחר מולידו המת. שאם לא תאמר כן, העדפת את זכות ההורות על זכותו של הילד שלא להיוולד "פגום" משפטית.

אכן, הכרעה בנושא אבהות, כדברי השופט מצא, "הינה גורלית לילד הנוגע בדבר. בהליך כזה לרוב, אין הילד נראה וקולו אינו נשמע, אך עניינו צריך שיימצא לנגד עינינו"<sup>251</sup>. יפים דברים אלה בשינויים המחויבים אף לעניינו, הגם שנאמרו בהקשר לבירור אבהות. עניינו של הילד העתיד להיוולד לאחר מות מולידו, מעמדו, זכויותיו וטובתו הינם מן הגורמים היותר חשובים שיש להתחשב בהם עובר להחלטה אם להתיר את ההולדה לאחר המיתה.

לייחוסו של ילוד אחר מולידו שני היבטים: ההיבט ה"חיובי", היוצר את היחס המשפטי, וההיבט ה"שלילי", המנתק את הזיקה המשפטית. כאשר ההולדה היא בדרך הטבע, בא לידי ביטוי הפן החיובי. לרוב, אין מערכת המשפט מתערבת ביחס הורה-ילד אלא משקפת אותו<sup>252</sup>. די בקשר הדם בין היילוד למולידו כדי להקים את ההורות, היא ה"הורות הביולוגית"<sup>253</sup>. מערכת המשפט תתערב גם כאשר ההולדה בדרך הטבע, אם מתעורר ספק בדבר זהות ההורה. אם הוכח קשר הדם, יצהיר בית המשפט בצו דקלרטיבי כי פלוני הוא אביו של אלמוני<sup>254</sup>. ולהיפך, אם לא יוכח קשר הדם יצהיר בית המשפט כי פלוני איננו אביו של אלמוני. אולם, אם ההולדה איננה בדרך הטבע

251 ע"א 2558/91 פלוגית נ' פלוני, פד"י מז(2) 8, 18.

252 ראו למשל סעיף 6 לחוק מרשם אוכלוסין; סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה.

253 יפים לענין זה דברי השופט ברק: "זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא ולא אחר יקיים את החובות כלפי ילדו... זכות זו של ההורים היא זכות קונסטטוציונית חשובה שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי – "קול הדם"... שבין הורים לילדיהם...". ראו ע"א 577/83 לעיל ליד הערה 235, בעמ' 467.

254 על קביעת אבהות במשפט הישראלי ראו ד' פרימר, "קביעת אבהות על ידי בדיקת סוגי הדם [במערכת A, B, O] במשפט הישראלי ובמשפט העברי", אסיא ה (תשמ"ו) 185. ראו עוד D. Frimer, "Medical Examination By Order of The Court and The Right to Privacy. Common Law And Jewish Law Experiences", 17 *Isr. L. Rev.* Vol (1982) 96

אלא בהפריה חוץ גופית יכול שיידרש בית המשפט ליצור בצו קונסטיטוטיבי את היחס הורה-ילד גם בין מי שאין ביניהם קשר דם. זו למעשה ה"הורות המשפטית"<sup>255</sup>. הקושי בייחוס ילד שנוצר והורה מזרע שניטל לאחר מיתה למולידו המת, נעוץ למעשה בשני עקרונות מנוגדים, התקפים במשפט הישראלי, ופועלים בו זמנית. מחד גיסא, קיים קשר דם בין הילוד למולידו המת, קשר הממשיך להתקיים גם לאחר מיתה. מאידך גיסא, ברגע המיתה מאבד המוליד המת את כשירותו המשפטית ואת יכולתו "ליצור" דבר בעל יחס ותוקף משפטי. המת זכאי לכבוד. הוא זכאי שיכבדו ויקיימו את צוואתו, אך הוא חסר יכולת לשנות את מצבו המשפטי לאחר המיתה. לכן, נדרשת הכרזה של בית המשפט על קיומו של קשר זה. כדי שהצהרה זו תינתן, נדרש דבר מה נוסף: הוכחה פוזיטיבית כי רצונו של המת היה להעמיד צאצא לאחר מותו. דא עקא, שהמצב החוקי השורר בארץ איננו מאפשר ליצור הורות משפטית זו. כדי להתיר את השימוש בזרע שהופק לאחר מיתה, אין איפוא מנוס מלתקן את החוק כך שישקף את האיזון הראוי בין האינטרסים המתחרים ומכלול השיקולים שיש להתחשב בהם<sup>256</sup>.

ד. האם טובת היילוד שלא להיוולד לאחר מיתה מאיינת את ההסכמה להולידו?

1. האם משתרעת טובת הילד על השלב שלפני שנוצר או הורה?  
 "זכותו של כל ילד היא, כי החברה תעשה ככל אשר לאל ידה כדי להבטיח לו סיכוי לגדול במסגרת משפחתית רגילה, חמה והרמונית, הרוצה להעניק לו את התנאים החומריים והפסיכולוגיים, הדרושים לו לגידולו ולחינוכו, והמסוגלת למלא תפקיד זה בהצלחה"<sup>257</sup>. דברים אלה של השופט בך, מהווים את התשתית הרעיונית עליה נשענת זכותה של החברה להתערב בהחלטות התא המשפחתי בכלל ובהולדת ילדים בפרט. זכותה, ואף חובתה של החברה, לפעול לטובת הילד, אפילו עד כדי הוצאתו מהבית וניתוקו ממשפחתו הביולוגית אם איננה ממלאת חובתה זו. במה דברים אמורים? בילד שכבר בעולם והוריו אינם ממלאים חובתם כלפיו כדרך שהורים מסורים היו נוהגים<sup>258</sup>. אך האם טובת הילד שטרם נוצר ואף טרם הורה מהווה עילה להתערבות הדין בהחלטה אם להביאו לעולם?  
 טובת הילד הוא שיקול מרכזי בהחלטות הנוגעות לגורלו של קטין. כלל זה חייב

255 סעיף 11 לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים. כן יכול שיידרש בית המשפט ליתן צו אימוץ בין תורם הזרע לבעל אמו של הילד.

256 שיקולים אלה יכולים שיהיו חשש מפני ערעור דיני המשפחה, הגנה על הילד העתיד להיוולד לאחר מיתה ועל זכויותיו, הגנה על הזכות לחוות הורות, ה"מחיר" שהחברה מוכנה לשלם על ההתערבות באוטונומיה של התא המשפחתי וה"מחיר" שהיא מוכנה לשלם בגין הפגיעה, ככל שקיימת, בתקנת הציבור.

257 ע"א 522/87, לעיל, ליד הערה 30, בעמ' 442.

258 סעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

להיות לנגד עיני ההורים במילוי תפקידם ההורי<sup>259</sup>. הוא הדין באפוטרופוס הממונה על הקטין<sup>260</sup>. גם בית המשפט הדין במשמורת ובענייניו של קטין מצווה לקבוע על פי מה שייראה בעניינו כטובת הקטין<sup>261</sup>. ואכן, הלכה פסוקה כי בכל מקרה בו נדרש להכריע בית המשפט בעניינו של קטין, טובתו (של הקטין) דוחה כל שיקול אחר<sup>262</sup>. בסכסוך הנסוב על מעמדו של קטין, קובע השופט חשין כי "טובתו של הקטין היא עמוד האש ועמוד הענן שיוליכנו הדרך. טובתו של הקטין הוא שיקול על, והוא שיכריע"<sup>263</sup>.

קודם לדיון בתוכנו ומהותו של העקרון הגלום ב"טובת הילד", יש לברר האם משתרע הוא על השלב בו טרם נולד הילד או טרם נוצר. לכאורה, התשובה שלילית, שהרי רק משנולד הילד קמה החובה לפעול לטובתו, אך קודם שנולד או הורה, חסר הוא מעמד בקשר להחלטה אם להביאו לעולם. יתרה מזו, כל התערבות חיצונית בהחלטת בני הזוג היא פגיעה בזכותם להורות ולאוטונומיה. ואכן, כבר נתבאר, כי אין מערכת המשפט מתערבת באוטונומיה של בני זוג שאינם נזקקים לעזרה רפואית בתהליך ההולדה אלא מטעמים כבדי משקל<sup>264</sup>. אלה חופשיים לנהוג כרצונם. אין הם זקוקים לרשיון או לאישור מאיש כדי להעמיד צאצא. אולם, משנפתחה הדרך להעמיד צאצאים שלא בדרך הטבע, הופכות מערכות הרפואה והמשפט ל"שותפות" עם בני הזוג בתהליך ההולדה.

"שותפות" בני הזוג (החי והמת) מתבטאת בתרומת תאי הרכיה ובנשיאת ההריון. "שותפות" מערכת המשפט היא במתן ההיתר לביצוע ההפריה החוץ-גופית מזרע המת או מהביצית שהופרתה מזרעו. "שותפות" הרופא היא ביצירת ההריון ובמעקב אחריו. ה"שותפות" בהולדה איננה רק שותפות במובנה החומרי והטכני (כהגשת העזרה הרפואית ובמתן ההיתר). ה"שותפות" של מערכת המשפט בהולדה מעניקה לה את המימד הערכי (ואף הדתי). שתי המערכות משולבות זו בזו ומשלימות זו את

259 סעיף 17 לחוק הנ"ל.

260 סעיף 41 לחוק הנ"ל.

261 סעיפים 24 ו-25 לחוק הנ"ל. ראו עוד סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה. ראו בהרחבה דברי השופט זילברג בע"א 209/54 שטיינר נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פד"י ט 241, 251: "מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא יימלט בו אחד מן השניים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו, ובו בלבד, כגורם החלטי, מכריע, דוחה, (במקרה התנגשות) כל שיקול אחר. פשרה לא תיתכן כאן; הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משתרום המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית – ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים – כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו. לכן צדק המחוקק הישראלי בקובעו – וזהו לדעתנו מובנו הנכון של סעיף 3 (ב) – כי טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע...".

262 ע"א 209/54 הערה קודמת; בג"צ 40/63 לורנץ נ' יושב ראש ההוצל"פ בחיפה, פד"י יז 1709, 1717.

263 בג"צ 5227/97, לעיל ליד הערה 60.

264 ע"א 413/80 לעיל ליד הערה 20; ע"א 2266/93 לעיל ליד הערה 231, בעיקר בעמ' 236–237.

זו. שתיהן יונקות את חיותן וסמכותן מגישה פטרנלית ערכית מובהקת הרואה ברופא ובשופט (ולמותר לציין במחוקק) שלוחיה של החברה להגן על בני הזוג עצמם או על אחד מהם, מפני נזק הצפוי להם בהולדה<sup>265</sup>. שלוחים הם של החברה להגן על הילד העתיד להיוולד ועל תקנת הציבור, לרבות האינטרס החברתי למנוע הולדת ילדים פגומים או ילדים שלא יהיה להם דואג<sup>266</sup>.

בהעמדת הדברים באופן זה, מובלעת ההנחה כי במצבים מסוימים טוב לילד שלא יוולד משיוולד. במצבים אחרים, בהתנגשות בין ה"יש" (מימוש הזכות להורות) לבין ה"אין" (הילד שטרם נוצר או נולד) – הכף נוטה לטובת ה"יש". הוא הדין בהעדפת זכויותיו של מי שנמצא בעולם על זכויותיו של מי שטרם בא לאוויר העולם.

אולם, מזה זמן הכירו בתי המשפט בזכות תביעה של יילוד שנולד פגום בשל רשלנות רפואית, למרות שבעת קרות הארוע הרשלני הוא לא היה אישיות משפטית. אמנם, היה בכך כדי למתוח את דיני הנזיקין מעבר למקובל באותה התקופה, אך משנעשה הדבר על ידי בית המשפט העליון, הלכה היא עד שלא תשתנה. עמדה על כך השופטת בן פורת בפרשת זייצוב<sup>267</sup>:

"העובדה שההתרשלות הרפואית התרחשה לפני ההתעברות או הלידה אינה מעלה ואינה מורידה".

על דרך ההיקש ניתן להסיק מההכרה של מערכת המשפט ב"קיומו", לאו דווקא הפיסי, של העובר או הילד חסר האישיות והכשירות המשפטית בעת שהתרחש הארוע הנזיקי, שלוש מסקנות: המסקנה האחת, כי מערכת המשפט איננה רשאית להתעלם מפגיעה אפשרית בילד, פגיעה שתתגבש לאחר היוולדו, אף כי בשעת הפגיעה הילד הנפגע לא רק שלא היה בעולם אלא יתכן שאף לא נוצר. המסקנה השנייה, היא, כי די בפגיעה צפויה בטובתו או בזכות מזכויותיו של הילד, כדי להטיל חבות על ההורים להתחשב באינטרס של הילד שלא להיוולד ולהימנע מההולדה. המסקנה השלישית, העולה מצרוף שתי המסקנות הקודמות, שאם בגין נזק שנגרם ליילוד ברשלנות אך ללא כוונת מכוון קמה עילת תביעה<sup>268</sup>, פגיעה

265 ראו שיפמן, לעיל ליד הערה 119, כרך ב, עמ' 141–170.

266 ראו עוד לענין זה ת"א (חיפה) 790/90 מדינת ישראל נ' שרית אזולאי, פס"מ נא(2) 29; על ההולדה בעוולה ראו ש' ילינק, הולדה בעוולה (תל אביב, 1997).

267 ע"א 518/82, לעיל ליד הערה 23. עוד לפני כן קבע בית המשפט כי "אין חובת זהירות כלפי כולי עלמא, אך מצד שני אין צורך שהנפגע יהא קיים וידוע בשעת המעשה או המחלל הראשוני. די בנפגע בכח ובהוכחה מותנית (ע"א 110/65 שחאדה (קטיין) נ' חילו, פד"י כ(1), 163, 169). ראו עוד לענין זה י' דייזיס, דין ופסיקה במשפט הרפואי (ירושלים, 1999), 205–214; י' אנגלרד, פירוש לחוקי החוזים – הכשרות המשפטית (מהדורה שנייה, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"ה) 20.

268 למעשה, מבחינה משפטית טהורה ליילוד יש זכות תביעה. גם כלפי הוריו מולידיו, אלא שמשיקולי מדיניות ותקנת הציבור לא הוכרה תביעה כנגד הורה בגין הולדה. עמד על כך השופט אור בפרשת אמין באומרו "על-כן, ראוי להדגיש, שעל בית-המשפט לנקוט משנה

ידועה וצפויה מראש בילד לא כל שכן מחייבת התחשבות בטובתו עד כדי הימנעות מהולדתו.

דעתי נוטה לראות בטובת הילד אינטרס המשתרע גם על השלב המוקדם ביותר בתהליך הולדתו, שלב ההחלטה אם להולידו. יש בכך הגבלת הזכות להורות, אך היא בלתי נמנעת בהתחשב בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא תואמת ערכים אלה, כיון שגם הדין העברי איננו מחייב הולדה בכל מחיר<sup>269</sup>.

#### ד. "טובת הילד", מהי?

"מושג 'טובת הילד' הוא מושג רחב הסוכל תכנים שונים. תוכנו נורמטיבי משתנה בהתאם להקשר המיוחד שבו השאלה מתעוררת, ואף היחס בינו לבין שיקולים אחרים כגון זכויות ההורים משתנה בהתאם לכך... 'טובת הילד' אינו מושג ערטילאי אשר טוב לכל סיטואציה, טובת הילד הוא פרי איזונים בין אינטרסים שונים של כל אחד מההורים ושל הילד... הילד אינו עומד בחלל הריק, קיימים גם הוריו ולא אלה זכויות שאין להתעלם מהן, כולל זכותו של כל הורה לממש את הורותו בדאגה היומיומית וקיום תפקידי האפוטרופסות"<sup>270</sup>.

ואכן, מושג טובת הילד מקפל בתוכו, לפחות ברמה העקרונית, גם תפיסות ערכיות של החברה, ובמסגרתן יש לקחת בחשבון את צרכיה ותפיסותיה של החברה<sup>271</sup>. ומכיוון שטובת הילד הוא בערכים, ברגשות ובהשקפות עולם<sup>272</sup>, יתכנו חילוקי דעות בקביעת טובתו של הילד שעניינו נדון. יחד עם זאת, אין חולק כי "הלבה של טובת הילד, הלזו של טובת הילד, היא זכותו של הילד כי תישמר בריאותו הגופנית והנפשית, כי יסופקו כראוי צרכיו הנפשיים, הגופניים והחומריים. זו זכות יסוד הקנויה לכל בוגר – כי לא ייפגע לא בגופו ולא בנפשו... ודוק, בזכותו של הילד אנו מדברים – בזכותו העצמאית – ולא בזכותם של הוריו או בזכותו של מאן דהוא המבקש לעשות לטובתו. פירוש הדברים הוא, שזכותו של הילד עשויה לדחוק במקרים מסוימים את זכויותיהם של הוריו"<sup>273</sup>.

זהירות בטפלו בסוגיות אלו ועליו להימנע מלחדור שלא לצורך אל רקמת יחסים עדינה זו. אל לו לפרוץ גדר ולפתוח פירצה בפני תביעות נזיקיות של ילדים כלפי הוריהם אשר יסודן בנסיבות חיים מורכבות אשר קשה לשפוט אותן בדיעבד. אין הורים המחוסנים בפני הפעלת שיקול-דעת מוטעה במהלך מערכת יחסים כה ארוכה ומורכבת. על בית-המשפט לשקול בזהירות הראויה את תחימת קו הגבול להתערבותו במסגרת הכרתו בקיום עילת תביעה בנזיקין לילד כלפי הורהו. מדיניות שיפוטית ראויה מכתובה את הגישה שעל-פיה רק במקרים קיצוניים יימצאו מעשים או מחדלים של הורים כהתנהגות רשלנית המולידה עילה בנזיקין נגדם" (ע"א 2034/98 יצחק אמין נ' דוד אמין, פד"י נג" (5) 69, 86). ראו עוד ילינק, לעיל ליד הערה 255, בעמ' 26. ראו עוד לענין זה: (1963) 190 N.E 2d 849 *Zepeda v. Zepeda*.

269 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, סעיף ג; שו"ת אגרות משה, חלק א, אבן העזר, סימן סז.

270 שיפמן, לעיל ליד הערה 119, כרך ב, בעמ' 217–221.

271 ע"א 2266/93, לעיל ליד הערה 231, בעמ' 250.

272 בג"צ 5227/97 לעיל ליד הערה 60 בעמ' 461.

273 שם. ראו עוד דנ"א 7015/94, לעיל הערה 120, בעמ' 99–100; ע"א 2266/93 לעיל הערה 231,

טובת הילד איננה נקבעת על פי מצבו העכשווי. טובת הילד צופה פני עתיד. על כן, בית המשפט הוא זה הממלא אותו בתוכן על בסיס הראיות שהובאו לפניו ועל פי שיקול דעתו<sup>274</sup>. ההחלטה הקובעת מהי טובתו של הילד תתקבל על יסוד מכלול מורכב של שיקולים, מהם שיקולי מדיניות חקיקתית ומהם שיקולים של מדיניות משפטית, מהם העומדים כשלעצמם ומהם המאוזנים עם שיקולים אחרים<sup>275</sup>. טובת הילד תתקבל לפי ראות עיניו של בית המשפט<sup>276</sup>. כך, הסכם בין הורים העלול לפגוע בזכויותיו של הילד, נוגד את טובתו, איננו מחייב אותו<sup>277</sup> ואף עומד בניגוד לתקנת הציבור<sup>278</sup>.

טובת הילד היא שיגדל בבית הורים המסוגלים לגדלו. מכאן, שאם צפוי כי האם או האב, או שניהם יחד, אינם מסוגלים לספק את צרכי הילד<sup>279</sup>, יתערב בית המשפט בהחלטותיהם עוד לפני בואו של הילד לאוויר העולם. אמנם, יש הסבורים כי אין להטיל מגבלות על הזכות להורות משיקולים של טובת הילד<sup>280</sup>, אך אין דעתי עמם. משהופקעה הסמכות הבלעדית של המשפחה להחליט על ההולדה, חובתה של מערכת המשפט להגן על היילוד העתיד להיוולד והוריו וכן על האינטרס החברתי.

ואכן, אחת השאלות המחייבות תשובה היא השאלה אם טוב לילד שיוולד למשפחה חד הורית מרצון? ככל שהדבר נוגע להיבט המשפטי, אין בעובדת היוולדו הצפויה של הילד למשפחה חד הורית כדי למנוע את הולדתו. עמד על כך השופט גולדברג בפרשת נחמני, בצטטו מדבריו של שיפמן<sup>281</sup>: "בהזרעה מלאכותית ענין לנו בתכנון הבאתו לעולם של ילד שטרם נולד כדי להגשים ציפיותיהם של אנשים להיות הורים. האם ניתן לקבוע קטגוריות כי עבור אותו ילד נוח לו שלא יולד יותר משיוולד? האם

בעמ' 254–259. עוד על עקרון טובת הילד ראו י. ש. קפלן, "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה", המשפט ז (תשס"ב) 303, 311–317.

274 ע"א 2266/93, לעיל הערה 231, בעמ' 268.

275 ע"א 232/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מ(1) 1, 8.

276 שרשבסקי, לעיל, ליד הערה 241 בעמ' 400, הערת שוליים 7.

277 ע"א 17/81 סער נ' סער (קטיין), פד"י לו(3) 207, 212; ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פד"י כה(1) 373; ע"א 411/76 שר נ' שר, פד"י לב(1) 449.

278 ע"א 151/85 רודן נ' רודן (קטיין), פד"י לט(3) 183; ע"א 614/76 פלוני נ' אלמוני, פד"י לא(3) 85; תמ"ש (ירושלים) 25890/99 פלוני נ' אלמוני, תק"מ 2001 (1) 73.

279 מסוגלות הורית היא למעשה יכולת ההורים למלא את צרכי הילד בתחומים רבים ומגוונים. מסוגלות הורית נמדדת במדדים אובייקטיביים, בשים לב ליכולתו של ההורה לספק את צרכיו של ילדו. לכן, ילד שהורהו אינו מסוגל לגדלו כגדל הורה את ילדו, יתערב בית המשפט ויתן לילד את שראוי לו: בית חם, אב ואם שידאגו לו ויאהבו אותו כל העת. ראו ע"א 2451/97 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י נא(3) 446, 456. ראו עוד ע"א 17/88 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מב(1) 617; ע"א 627/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מט(5), 428; ע"א 4575/00 פלוני נ' אלמוני, פד"י נה(2), 321; י"צ צדיק, "איך להעריך מסוגלות הורית?", רפואה ומשפט, ספר היובל (נובמבר 2001) 328, 330.

280 ר' רביצקי, "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית", בתוך: דילמות באתיקה רפואית (עורך ר' כהן-אלמגור, ירושלים, 2002) 137.

281 דנ"א 2401/95, לעיל, ליד הערה 1 בעמ' 726. ראו בהרחבה שיפמן, לעיל, ליד הערה 119, כך, ב, עמ' 155–160. לזכות לאי קיום, אם בכלל, ראו ע"א 518/82, לעיל, ליד הערה 23.

מצבו של אותו ילד יהיה בהכרח כה אומלל, אך באשר נולד למשפחה חד-הורית, וכיוון שכך חובה עלינו מראש למנוע הבאתו לעולם?".  
 כל עוד אין מערכת המשפט שוללת זכויות מהמשפחה החד הורית ואף מעודדת אותן<sup>282</sup>, אין לאסור הולדת ילד רק מטעם זה אף לאחר מיתה, ובלבד שהבאתו המתוכננת לעולם איננה משיקולים זרים במסווה של הזכות להיות הורה.

#### ה. זכויות הילד שנולד לאחר מיתה

1. ירושה ומזונות כחלק מזכויות הילד  
 למעשה, מן הבחינה העיונית, אין הברל בין "טובת הילד" ל"זכויות הילד". שכן, אין לך זכות של הילד שאיננה לטובתו ואין טובת הילד המתעלמת מזכויותיו<sup>283</sup>. אולם, לאחרונה קבע בית המשפט העליון כי "טובת הילד" ו"זכויות הילד" אינם מושגים חופפים<sup>284</sup>. אמנם, נחלקו דעות השופטים בנוגע ליחס בין שני מוסדות משפטיים אלה. הנשיא שמגר והשופט מצא סבורים כי "זכויות הילד" כולל בתוכו גם את "טובת הילד" ואילו דעת השופטים אור וזמיר הפוכה ומבחן "טובת הילד" כולל בתוכו גם את זכויות הילד. לדעת השופטת שטרסברג-כהן טובת הילד גובר על כל שיקול אחר, לרבות "זכויות הילד" הכרעה חייבת להעדיף את טובת הילד כאשר הוא.  
 הרציונל עליו מושתת עקרון טובת הילד, הוא, כי "הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים משל הוריו". אולם, מוסיף הנשיא שמגר, כי היקפה של אוטונומיה זו, בהתאם להיקף זכותו של הורה, אך מצומצמת ממנה. החידוש בעקרון "זכויות הילד" בהשוואה ל"טובת הילד" טמון, לדעת שיפמן, בצורך לפרט ולהגדיר במפורש מה הם האינטרסים הראויים להגנת הדין. זכויותיו הן מכח היותו אדם<sup>285</sup>. ואכן, ביחסים בין הילד לבין הוריו אפשר שתיעלם הזהות בין טובתו וזכויותיו, והקטין יעמוד מול הוריו ויתבע את זכויות שאינן חופפות את זכויות הוריו<sup>286</sup>, כפי שפסק השופט זילברג לפני יובל שנים<sup>287</sup>:

"הילד איננו אובייקט אלא הוא עצמו 'סובייקט', הוא גופו 'בעל דין' ... לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף נסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני 'זכות' של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו".

282 חוק משפחות חד הוריות, תשנ"ב-1992; סעיף 2(א)(5) לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1980.  
 283 ד' דורנר, "טובת הילד וזכויות ההורים", רפואה ומשפט 26 (מאי 2002) 101.  
 284 ע"א 2266/93 לעיל ליד הערה 231.  
 285 שיפמן, לעיל ליד הערה 119, כרך ב, בעמ' 236. ראו עוד קפלן, לעיל ליד הערה 270, בעמ' 318.  
 286 ע"א 2266/93 לעיל ליד הערה 231, בעמ' 257.  
 287 ע"א 209/54 לעיל ליד הערה 259.

כיוצא בזה פסק השופט חשין<sup>288</sup>:

"...קטן הוא אדם, הוא בן אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש גם אם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול...". הדרך בה נוצר איננה עילה לפגום בזכויותיו. ואכן, החידוש במוסד המשפטי "זכויות הילד" בהשוואה ל"טובת הילד", בצורך לפרט ולהגדיר את האינטרסים הראויים להגנה"<sup>289</sup>.

ההגנה על זכויותיו של הקטין עוד בטרם נוצר, לרבות, ואולי בעיקר, על זכותו למזונות ועל זכותו לרשת את מולידו, עלולה להעמיד אותו בהתנגשות עם האינטרסים של אמו, אביו המת ויורשיו. הקושי להכריע, כפי שכבר נתבאר, טמון באי השוויון המובנה בין המעורבים בתהליך ההולדה לאחר המיתה: מחד ניצבת בת זוגו של המנוח הטוענת לזכותה לחוות הורות ודווקא ממי שתכננה להקים עמו משפחה. מאידך, ניצב המנוח לו מתבקשת מערכת המשפט לייחס רצון וזכויות למרות שאלה פקעו במותו. מולם, ניצב היילוד שלא רק שטרם נולד, אלא אפילו טרם נוצר. האינטרסים של השלושה אינם בהכרח חופפים, לא רק משום ששנים מהם חסרי אישיות משפטית כיוון שאינם בעולם, אלא שהילוד עלול למצוא עצמו ללא דואג מול היורשים האחרים של אביו מולידו, גם אם תוכיח אמו בראיות חזקות כי היו לה ולאביו כוונות להולידו.

דרכו של עולם כי אדם מוריש את נכסיו למשפחתו הקרובה, בת זוגו וצאצאיו. לרוב הצאצא הוא ילדו הביולוגי של המוריש. ואף שהיחס המשפטי אב-ילד מתגבש בגמר הלידה<sup>290</sup>, הרי שהזכות לירושה קמה מכח אותו יחס מרגע שנוצר העובר (רגע ההפריה). הוא זוכה בירושה עוד לפני צאתו לאוויר העולם, אף שהזכות מתגבשת עם הלידה, ובלבד שנולד תוך שלוש מאות יום ממות המוריש. הווה אומר, אין די בקשר הדם כדי לזכות בירושה על פי דין. על היורש להיות בחיים או להיוולד בתוך 300 יום ממות המוריש. לפיכך, במצב המשפטי השורר בארץ, יכול שתישלל ירושה על פי דין מבנו הביולוגי של אדם, אף שהיה בעולם (כביצית מופרית), בשעת המיתה, השעה בה רוכש יורש את הכושר לרשת. אולם, יכול שיזכה צאצא בירושת אביו אף שלא היה בעולם בשעת הפטירה, ואף לא נוצר בשעת המיתה. אינני סבור כי ראוי שמצבו של יורש שלא היה בעולם בשעת פטירה, יהיה טוב יותר ממצבו של יורש שהוחל בתהליך הולדתו בחייו של מורישו. ה"תלות" בלידה תוך שלוש מאות הימים ממות המוריש, מכפיפה את זכויותיו המהותיות של היילוד להליכים ול"מרוץ" טכנולוגי, מצב שאיננו ראוי. ואכן, בנוגע לזכותו של יילוד למזונות מן העזבון, השמיט המחוקק את הדרישה

288 ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מח(2) 833, 836. בית המשפט עומד בהרחבה על ההבחנה בין זכויות האזרח של הקטין, זכויות הנתונות לכל אדם באשר הוא אדם, לזכויות הנובעות מקטינות. ע"א 2266/93 לעיל ליד הערה 231.

289 שיפמן, לעיל ליד הערה 119, כך א, בעמ' 236; קפלן, לעיל ליד הערה 270 בעמ' 318.  
290 על דרך הפרשנות של סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות וסעיף 308 לחוק העונשין.

כי הילד יהיה בחיים במות המוריש או כי יוולד תוך שלוש מאות יום ממות המוריש. די בקשר הביולוגי המוכח כדי שילד יזכה במזונות מן העזבון על פי מבחני הזכאות. שלילת זכויות ירושה מילד, שלא בדרך צוואה, ושלא על דעת מולידו, היא בודאי פגיעה בזכויותיו. האם די בפגיעה כדי למנוע את הולדתו?<sup>291</sup>

## ה.2 על הזכות לירושה

עקרונות דיני הירושה במשפט הישראלי עוצבו בחוק הירושה. ככל שהדבר צריך לענייננו, אלה הכללים הנוהגים: אדם רשאי לצוות את רכושו כראות עיניו<sup>292</sup>. יורשים על פי דין הם, בין השאר, ילדיו של המנוח<sup>293</sup>. היורש זוכה בחלקו בירושה מיד עם נפילתו בחלקו<sup>294</sup>. הכשירות לרשת את המוריש היא של מי היה בחיים במות המוריש<sup>295</sup>. לענין זכותו של ילד לרשת את הוריו, אין נפקא מינה אם בשעת לידתו היו הוריו נשואים זה לזה אם לאו<sup>296</sup>. ההיגד "היה בחיים" תוחם את הכשירות לרשת בין שתי נקודות זמן: בין תחילת החיים לסוף החיים. הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת הציבה סימני שאלה לגבי שני מועדים אלה. אמנם, "תחילת החיים" לענין זכויות משפטיות היא

291 סעיפים 3(ב) ו-57(ד) לחוק הירושה. יוער, כי, היחס אב – עובר אינו מובהר דיו במשפט הישראלי. כך למשל, אף שקשר הדם בין העובר לבעל הזרע ממנו נוצר אינו מוטל בספק, ואך טבעי כי אבי העובר יקבע כאפוטרופוס עליו, שהרי מזרעו נוצר, אין המחוקק הישראלי מקנה לו עדיפות על כל אפוטרופוס ממונה אחר (סעיף 33(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות). זאת ועוד, קביעת אפוטרופסות על עובר מעידה על הכרתה של מערכת המשפט במעמדו המשפטי של העובר כישות בעלת זכויות. אולם, דווקא בתחום האזרחי, ואף זאת על דרך הפרשנות, מוגנות זכויותיו של העובר בעודו ברחם אמו (ע"א 413/80 לעיל הערה 20 בעמ' 63) בעוד אשר הזכות הבסיסית ביותר, היינו הזכות להיוולד איננה מוגנת (שם, בעמ' 82). שתיקת המחוקק בענין זה, יוצרת נתק בין האב לעובר מרגע ההפריה ועד גמר הלידה. ההבחנה בין השלב העוברי לשלב שלאחר גמר הלידה לענין היחס הורה-ילד היא מלאכותית. יחס זה נוצר מרגע ההפריה, כיוון שיצירת האדם הוא תהליך שתחילתו בהפריה. על כן, כל מועד אחר שיקבע כמקים את היחס הורה-ילד, גם אם יהיה זה בהסכמה, מתעלם מקיומה של ישות מתפתחת אשר פוטנציאל ההתפתחות שלה מקנה לה את הזכות להיוולד, כל עוד איננה עומדת בסתירה לזכותם של אחרים. למותר לציין, כי, גישה זו נוגדת, לא רק להלכה המחייבת כפי שנקבעה בפרשת פלונית, אלא שהיא סותרת גם את הצעת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כפי שפורשה על ידי בית המשפט (שם). דא עקא, שהצעת החוק גובשה בראשית שנות הששים, ופסק הדין ניתן בתחילת שנות השמונים, כאשר המודעות למעמדו של העובר לא הייתה כשל היום. ההתקדמות המדעית העצומה, לא רק ביכולת לצפות אחר התפתחות העובר בכל שלב, אלא גם לטפל בו ולתקן פגמים בעודו ברחם אמו, אינם דומים לידע שהיה בתחילת שנות הששים ואפילו השמונים. הזכות להורות, השותפות ביצירת הוולד וההתקדמות הטכנולוגית מצדיקים שינוי קונספטואלי ביחס למעמדו של העובר.

292 סעיף 40 לחוק הירושה.

293 סעיף 10(2) לחוק הנ"ל.

294 סעיף 1 לחוק הנ"ל. באשר לחלוקת העזבון והזכיה בנכס מסוים מנכסי העזבון, ראו סעיף 107 לחוק הנ"ל.

295 סעיף 3(א) לחוק הנ"ל.

296 סעיף 3(ג) לחוק הנ"ל.

"גמר לידה"<sup>297</sup>, אך, כאמור, רואים גם עובר מתפתח כמי שהיה בעולם (בחיים) בשעת הפטירה אם נולד תוך שלוש מאות יום ממות המוריש זולת אם הוכח שהורתו הייתה אחרי כן<sup>298</sup>.

אם נדייק בלשון הסעיף, נמצא, כי אין הכוונה לשלוש מאות ימי הריון, אלא ליציאתו של הילד לאוויר העולם בתוך שלוש מאות יום ממות המוריש. לכן, אין לכאורה נפקא מינה, בין מי שנולד מזרע שהופקד לפני מיתה לבין מי שנולד מזרע שנלקח לאחר מיתה, ובלבד שנולד בתוך שלוש מאות הימים ממות המוריש. אלא שפרשנות זו, איננה מתיישבת עם לשון החוק כאשר ההולדה היא בדרך של הפריה חוץ-גופית. מילות המפתח הן ביחס לכשירות לרשת והן ביחס לחריג של שלוש מאות הימים הן "היה בחיים". עם הכנסתה של טכנולוגית ההפריה החוץ גופית כשיטת טיפול, צריך ההיגד "היה בחיים" להתפרש כ"נוצר" או כ"הורה". יצירת העובר או תחילת ההריון הוא ברגע ההפריה, קרי במעבר מתאי רבייה (זרע וביצית) לאורגן בעל פוטנציאל להתפתח לעובר (ביצית מופרית). לכן, הפרשנות הנכונה של הסעיף צריכה להיות, שאם בשעת המיתה הילד היה בשלב הזרעי, לא כל שכן אם נולד מזרע שנלקח לאחר המיתה, לא יוכל לרשת את אביו הביולוגי גם אם נולד תוך שלוש מאות יום ממותו. לעומת זאת, אם נולד מביצית מופרית שנוצרה והוקפאה בחיי המוריש, צריך הוא לרשת את אביו, אף אם נולד לאחר שלוש יום ממותו. ברם, המחוקק, משיקולי מדיניות המחייבת להגן גם על זכויותיהם של היורשים האחרים, צמצם את זכות הירושה למי שנולד תוך שלוש מאות יום ממות המוריש<sup>299</sup>.

הקניית הכושר לרשת למי שנולד אחר מות המוריש, אך תוך שלוש מאות יום ממותו, ניתנת לסתירה כאמור בסיפא: "זולת אם הוכח שהורתו היתה אחרי כן". פרופ' שילה סבור כי הפרשנות הנכונה של הסעיף מלמדת כי סתירת החזקה היא רק בכיוון השלילי. לאמור, אפשר להוכיח כי ילד שנולד תוך שלוש מאות יום ממות המוריש אינו בנו, ברם אין אפשרות משפטית להוכיח כי מי שנולד לאחר שלוש יום הוא ילדו של המנוח<sup>300</sup>. אלא שבמקרים נשוא דיוננו אין צורך בהוכחה, כיוון שבתי החולים מקפידים שלא לערב תאי רבייה השמורים אצלם. לכן, ההורות איננה נתונה במחלוקת. אף על פי כן, לא יירש הילד שיוולד את מולידו המת, אם נולד לאחר שחלפו שלוש מאות יום ממותו<sup>301</sup>.

שלילת זכות ירושה מירש על פי דין מהווה פגיעה חמורה בו. אף על פי כן,

297 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. לענין הריגת אדם תחילת החיים היא משיצא הולד כולו חי (סעיף 308 לחוק העונשין).

298 סעיף 3(ב) לחוק הירושה.

299 יעויין לענין זה בהרחבה, גרין, לעיל ליד הערה 35.

300 ש' שילה, פירוש לחוק הירושה (חלק א, ירושלים, תשנ"ב), 51.

301 יוער כי חזקת 300 הימים אומצה על ידי המחוקק מהחוק האיטלקי הקובע תקופה קצובה. העובדה שהמחוקק לא אימץ את הגישה האמריקאית, לפיה רואים את העובר כמי שהיה בחיים מבלי לקצוב את התקופה ללילה, מחייבת פרשנות דווקנית. ראו שילה, הערה קודמת.

אין להסיק מכך בהכרח כי הפגיעה מצדיקה לאסור את ההולדה. מחד גיסא, הלכה פסוקה כי הסכם בין הורים הפוגע או עלול לפגוע בזכות מזכויותיו של ילד איננה מחייבת את הילד<sup>302</sup>, אך אין זאת אלא כשהילד בעולם והפגיעה בו היא מוחשית, מה שאין כן בנידון דידן. הילד טרם בא לעולם, ולעתים אף טרם הורה בשעה שהחליטו הוריו להביאו לעולם. מאידך גיסא, גם אם נניח כי שלילת זכויות ירושה מהילוד תפגע בו, מה בכך? הלא רשאי אדם להדיר את ילדיו מירושתו? יתרה מזו, מניעת ההולדה בשל פגיעה כלכלית בילד העתיד להיוולד איננה מצדיקה בהכרח פגיעה בזכות להורות.

### ה. על הזכות למזונות

זכות הילד למזונות איננה תלויה ביחסים המשפטיים הקיימים בין הוריו<sup>303</sup>. אב חב במזונות ילדו מכח אבהותו<sup>304</sup>. חובה זו היא חובה עצמאית שאיננה נגזרת מחובת הבעל למזונות אשתו. זכותו של ילד לקבל מזונות מאביו באשר הוא אב. אולם, הזכות למזונות פוקעת עם מות החייב<sup>305</sup>. יחד עם זאת, אלמנתו, וכן ילדיו של מוריש, הזקוקים למזונות זכאים למזונות מן העזבון<sup>306</sup>.

על זכות הילד למזונות מן העזבון יחולו הוראות חוק הירושה בלבד<sup>307</sup>. בחוק הירושה נקבע כי "ילד" לענין זכאות למזונות מן העזבון הוא גם ילד שנולד לאחר מות המוריש<sup>308</sup>. אין המחוקק מתנה את זכות הילד למזונות מן העזבון בהולדתו בתוך שלוש מאות יום ממות המוריש<sup>309</sup>. לפיכך, נראה לכאורה, כי ילד הנולד לאחר מות מולידו, בין שנוצר מזרע שהופקד לפני מיתה, או מביצית מופרית שנוצרה קודם המיתה, וכן ילד שנולד מזרע שהופק לאחר מיתה זכאי למזונות מן העזבון. אלא שפרשנות זו מתעלמת מכך שחוק הירושה הוחק בשנת תשכ"ה, שנים רבות לפני שנודעה הטכנולוגיה המאפשרת להעמיד צאצא למת. לכן, אף שאין שתיקת המחוקק יכולה להתפרש כהסדר

302 יוער, כי הלכה זו מתייחסת להסכמים בין הורים במסגרת הליכי גירושין, אך אין מניעה, בשינויים המחוייבים, להרחיבה ולהחילה על "הסכמי הולדה" בין הורים ובכך לאפשר לקטין לתבוע את הוריו בתביעה נפרדת ועצמאית לא רק בנושא מזונותיו. סוגיה זו ראויה לדין בפני עצמה, ולא כאן המקום להרחיב. ראו לענין זה בהרחבה, ילינק, לעיל ליד הערה 252. לענין תביעת המזונות ראו ע"א 411/76 שר נ' שר, פד"י לב(1) 449; ע"א 210/82 גלבר נ' גלבר, פד"י לח(2) 14; ע"א 259/75 שטראוס נ' שטראוס, פד"י לב(2) 358; ע"א 56/77 חטב נ' חטב, פד"י לב(2) 479; תמ"ש (תל-אביב-יפו) 28407/98 אנג'ל נ' אנג'ל, תק"מ 2002(2), 203. וכן א' רוזן צבי, דיני משפחה בישראל – בין קודש לחול (פפירוס, תש"ן), 58; שיפמן, לעיל, ליד הערה 119, כרך ב, 257.

303 שרשבסקי לעיל, ליד הערה 241 בעמ' 375.

304 בדין העברי רק האב חב במזונות ילדו. שרשבסקי, שם, בעמ' 372.

305 סעיף 15(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

306 סעיף 56 לחוק הירושה.

307 סעיף 148 לחוק הנ"ל.

308 סעיף 57(ד) לחוק הנ"ל.

309 סעיף 3(ב) לחוק הירושה.

שלילי, ספק אם רשאי בית המשפט לאחוז בפרשנות דווקנית ולהשלים את החסר הקיים בחוק. ההסדר המזכה קרובים במזונות מן העזבון הוא הסדר תחיקתי המאזן בין שליטת המוריש על נכסיו, לרבות הדירת יורש מן הירושה, לאינטרס של היורשים לזכות במזונות מן העזבון לבין האינטרס של היורשים האחרים לחלק את העזבון סמוך ככל האפשר למות המוריש<sup>310</sup>. כיצד תתפרש, איפוא, העובדה כי המחוקק צפה את האפשרות כי יכול שיולד ילד לאחר מות המוריש בלא שתלה את זכאותו למזונות בלידתו בתוך שלוש מאות הימים ממות המוריש?

לדעתי, הפרשנות המתבקשת לאור התנאי המחיל את חוק הירושה רק על מי שהיה בחיים במות המוריש, למעט ילד שנולד מזרע או ביצית שהוקפאו לפני מיתה, היא שהילד זכאי למזונות מן העזבון. הוא הדין בילד שנולד מביצית מופרית שהוקפאה בחיי המוליד והופשרה לאחר מותו. הולדת ילד לאחר מות מולידו, בידיעה כי לא יזכה במזונות מן העזבון, עלולה להתברר כפגיעה בילד, בודאי אם לא יהיה בכוחה של אמו לפרנסו<sup>311</sup>.

### פרק חמישי: האם הולדה לאחר מיתה נוגדת את תקנת הציבור?

#### א. התא המשפחתי המסורתי כערך

הכרעה בשאלה אם להתיר הולדה לאחר מיתה, תלויה במידה רבה גם ברמת הפגיעה שיש בה בתקנת הציבור. "נקודת המוצא העקרונית, היא, כי המשפחה הטבעית היא היחידה הבסיסית של החברה"<sup>312</sup>. לכן, השאלה היא, האם אין הולדה מתוכננת של ילדים לאחר מות מולידם מערערת את בסיסו התא המשפחתי המסורתי המורכב מהורים וילדיהם? האם אין הולדת חסר יחוס הורי (שתוקי משפטי), ואולי למצוקה כלכלית

310 יוער, כי, בקביעת הזכות למזונות מן העזבון מונחה בית המשפט להתחשב במספר גורמים, בין השאר, בשווי העזבון ובמה שהזכאי למזונות עשוי לקבל מן העזבון כיוורש על פי דין או כזוכה על פי צוואה (סעיף 59 לחוק הירושה). ילד שנולד לאחר מות המוריש זכאי למזונות מן העזבון בדרך כלל עד גיל שמונה עשרה (סעיף 57(א)(2) לחוק הירושה). ובתנאים מסוימים עד גיל עשרים ושלוש (סעיף 57(א)(3) לחוק הנ"ל). ובלבד שהילד זקוק למזונות, ובמידה שיש לעזבון את היכולת לשלם מזונות, שכן חובות העזבון עדיפים על מזונות מן העזבון (סעיף 104(ד) לחוק הירושה). המבחן היחיד לקביעת זכאות ילד זה למזונות הוא "מבחן הנזקקות ראו בין השאר, ע"א 393/93 פלוני נ' עזבון ישראל לויט, תק"על 94 (3), 446; ע"א 632/89 ליו סעדון (קטיין) נ' עזבון ג'ורג' סעדון, תק"על 90(3), 681; ש' שילה, לעיל ליד הערה 288, בעמ' 28; ת"ע 7721/00 פ.י. נ' מ.ר. ואח' (טרם פורסם).

311 אפשר שהולדה מתוכננת של ילד למצוקה כלכלית או להורים שאין ביכולתם למלא את חובותיהם כלפיו, נוגדת גם את תקנת הציבור. ראו ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, פד"י מח(3), 857, 861.

312 ע"א 577/83 לעיל, ליד הערה 235 בעמ' 467.

מבלי יכולת לפרנס אותו אפילו מן העזבון, איננה נוגדת את סולם הערכים החברתי, קרי את תקנת הציבור<sup>313</sup>?

מחשובי ערכיה של החברה בכלל והחברה היהודית בפרט, הוא הערך הגלום בקיומה ושימורה של המשפחה המסורתית. מקובל להגדיר משפחה זו כמורכבת מבני זוג הטרוסקסואליים נשואים. כלומר, גבר ואשה נשואים וילדיהם הביולוגיים או המאומצים. אין בכך כמובן כדי לפגוע במשפחה החד הורית, בעיקר כאשר זו נוצרה עקב פירוק התא המשפחתי המסורתי כתוצאה מגירושין או מאסון שהתרחש. נהפוך הוא, המשפחה החד הורית זכאית לכבוד, לתמיכה ולהגנה אף יותר מהמשפחה המסורתית, אך יש להודות כי המשפחה החד הורית איננה אידיאל שיש לשאוף אליו. התא המשפחתי הנחשב כערך בתרבות היהודית הוא התא השלם. וכך ראה זאת וכתב בפסק דינו לפני למעלה מארבעה עשורים השופט זילברג<sup>314</sup>:

“אין אני סבור כי כיוון התקדמותו של המין האנושי הוא לעבר השתחררות מכבלי הקשר המשפחתי. רק כאשר ילדים יגדלו על העצים, תרחש ישועה שכזאת! כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו והאם זקוקה לחבר, שישתף אותה בצער גידול הבנים, לא תוסיף המשפחה ולא תעבור מן העולם. אין קיום לחברה האנושית אלא אם כן שומרים כבכת העין על התא הראשוני שלה, תא המשפחה.”

כיוצא באלה דברים כתב השופט אלון בהכרעתו בענין ניתוקו של ילד ממשפחתו ומסירתו לאימוץ<sup>315</sup>:

“התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית, הלוא הוא המשפחה הטבעית, צאצאיה ענפיה ופארותיה ובוודאי ובוודאי שכך הוא בתולדותיה של האומה העברית, שבה היה התא המשפחתי, במובנו המצומצם והרחב, המוסד המרכזי להבטחת קיומה ורציפותה, ובוודאי שכך מצוים אנו בימינו אנו עת רוחות סוערות ומשברים חדשים לבקרים פוקדים את מוסד המשפחה הטבעית ומחלישים את כושר תפקודה.”

חשיבותה של המשפחה כערך איננה נחלתה של החברה היהודית בלבד. גם החברה

313 בהנחה כי אחד מערכיה של מדינת ישראל הוא מתן זכויות אנוש לכל נולד. ראו ע"א 5464/93, לעיל, ליד הערה 299 בעמ' 861.

314 ע"א 337/62 רוזנפלד נ' יעקובסון, פד"י יז 1009, 102. השוו לדברים שכתב גולאק, מראשוני החוקרים במשפט העברי שנים לפני כן: "ייחוס הקירבה נקבעים כדרך שהם קיימים בטבע ואין הם משתנים על פי רצון האדם או על ידי מעשים מלאכותיים שהוא עושה" (א' גולאק, יסודי המשפט העברי (חלק ג, תל אביב, תרפ"ב) 11.

315 ע"א 488/77 לעיל ליד הערה 114 בעמ' 434.

האנושית הכירה בתפקידה של המשפחה בחברה וכערך הראוי להגנת המשפט הבינלאומי<sup>316</sup>:

The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state.

### ב. תקנת הציבור מהי?

תקנת הציבור היא מכלול הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולקדם<sup>317</sup>. את תקנת הציבור קובע הנשיא שמגר, יש לבחון על פי השקפת עולמה של החברה. אין היא נבחנת אלא בהתחשב בזמן ובמקום. היא נגזרת מהשקפת עולמה של החברה הישראלית<sup>318</sup>.

"אין ספק כי הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסת עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה וכי התוויית תחומיה של עילת פסלות זו ודרכי יישומה לנסיבותיו של כל מקרה הן מלאכתה העצמאית והייחודית של כל שיטת משפט. זאת ועוד, אך מובן שהתפיסות ככגון דא משתנות עם חלוף העתים ומבטאות תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה".

תקנת הציבור היא מוסד ערכי המתמלא תוכן על ידי בית המשפט<sup>319</sup>. באמצעותה של "תקנת הציבור" מבטיחה שיטת המשפט זרימה בלתי פוסקת של ערכי היסוד לתוך

316 סעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האזרח אשר נעשתה בניו יורק ביום 16.12.66, אושרה בישראל ביום 18.8.91 ונכנסה לתוקף ביום 3.1.90. פורסמה בכתבי אמנה 1040.  
317 ט' שטרסברג-כהן, "עקרונות כלליים במשפט הפרטי", המשפט ז (תשס"ב) 523, 525. ראו עוד ע"א 5587/93 לעיל, ליד הערה 21 בעמ' 502; ע"א 5715/95 וינשטיין נ' פוקס, פד"י נד(5) 792, 808. בפסק דינו מצטט השופט טירקל בהסכמה דברים שאמר השופט זילברג בפרשת צים (ע"א 461/62 לעיל ליד הערה 129, בעמ' 1332) עוד לפני שהוכנס לספר החוקים בישראל הערך הגלום ב"תקנת הציבור": "על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תיקנות' אין!". השופט לנדוי אמר באתו ענין כי המסגרת הכללית של מושג הסדר הציבורי תתמלא תוכן עצמאי מתוך מושגי יסוד של צדק ומוסר ומתוך צורכי המשטר החברתי והכלכלי המשתנים והולכים (ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יוסף יעקב, פד"י נא(5) 433, 462).

318 ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פד"י לא(3) 85, 94.

319 ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פד"י לה(2) 785. נחלקו הדעות אם כדי למלא מושג ערכי זה בתוכן על בית המשפט להיזקק לחוק יסודות המשפט ולערכי מורשת ישראל. השופט ברק סבר כי אין השופט ניצב בעניינים אלה בפני "שטח ריק", ואין אפשרות להיזקק בעניין זה להוראות חוק יסודות המשפט. לעומתו סבר השופט אלון כי מושגי משפט, שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות כגון תקנת הציבור, צריך שיתפרשו על-פי השקפות היסוד, המורשתיות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי.

המשפט הפרטי. המקור שממנו שואב בית המשפט את תוכנה המהותי של תקנת הציבור הוא השקפות המוסר והתרבות שלנו<sup>320</sup>. הכלל החל על תקנת הציבור הוא אחד העקרונות הגלומים בשיטת משפטנו, בהיותו סייג כללי להכרת הדין באוטונומיה הפרטית על כל היבטיה<sup>321</sup>. יש ויתור על זכויות יסוד נוגד את תקנת הציבור, ויתור שאין מערכת המשפט משלימה עמו<sup>322</sup>.

"תקנת הציבור" משמעותה הערכים האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח<sup>323</sup>. היא פרי האיזון והשיקולים של ערכים מתנגשים<sup>324</sup>. תקנת הציבור משקפת בעצם מהותה את מכלול תפיסות היסוד של החברה ובהן משקלן ומעמדן של זכויות אדם<sup>325</sup>. יחד עם זאת, תקנת הציבור הוא מושג עמום "ואין הוא מקרין מתוך עצמו – על רקע תכליתי – משמעות ברורה. כמו לעניין מושגי שסתום אחרים, כך גם לעניין תקנת הציבור, מוטל על בית המשפט לקבוע את תוכנו בכל חברה נתונה ובכל עת נתונה. שיקול-דעתו של בית המשפט בנדון אינו שרירותי"<sup>326</sup>.

### ג. דיון: הילכו הולדה לאחר מיתה ותקנת הציבור יחדיו?

על אף מקומו הגבוה של התא המשפחתי המסורתי בסולם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לא ניתן להתעלם מהתהליכים העוברים על החברה בישראל. ההרכב הראשוני של התא המשפחתי, קרי אב ואם וילדים איננו מקודש עוד. מספרן של המשפחות החד הוריות הולך וגדל. מקצתן בשל אי יכולת להינשא, אך רבים המוותרים במודע על הנישואין. אלה גם אלה אינם מוותרים על רצונם בילד. תרמה לכך במידה רבה ההתקדמות העצומה בטכנולוגיה הרפואית בתחומי פריה

320 ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פד"י נא(5) 433.  
321 ג' טדסקי, "שליחות לאחר המוות", עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 257, 272. צוטטו הדברים בהסכמה על ידי השופט ברק בפרשת אנגלמן (ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פד"י מג(1) 772, 783).

322 דנ"א 2401/95 לעיל ליד הערה 1.

323 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פד"י מז(1) 749, 778.  
324 ראו ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' ליונל אריה קסטנבאום, פד"י מו(2) 464, 534. ואומר על כך השופט ברק בית המשפט אינו נותן ביטוי לתחושותיו הסובייקטיביות. הוא חייב ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה בה הוא חי ופועל ולהשקפות המקובלות על הציבור הנאור, המבטאות את המצפון הציבורי והכללי ואת השכנוע הערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה ביחסים החוזיים בין הפרטים. שכנוע זה יונק חיותו ממסמכי היסוד של החברה – חוקי היסוד והצהרת העצמאות – ומעקרונותיה, כפי שמצאו ביטוי בחקיקה ובהלכות הפסוקות לדורותיהן. ראו עוד ע"א 245/85 לעיל ליד הערה 320, בעמ' 785; ע"א 427/86 בלאס נ' קיבוץ השומר הצעיר "דן", פד"י מג(3) 323, 336.

325 א' ברק, "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים תשנ"ג) 161, 200.

326 ע"א 294/91 לעיל הערה 322, בעמ' 532.

ורביה, אך גם פתיחותה של החברה בישראל. בשימוש הגובר בטכניקות ההולדה, גם כאשר אין התוויה רפואית ברורה, טומנת בחובה ברכה מרובה, אך גם סכנה לא מבוטלת ליציבותה של החברה.

אחת הסכנות לקיומה של החברה הבריאה ביישום בלתי מבוקר של הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת בשטח הפיריון, טמונה בהיתר גורף להעמדת צאצאים גם כאשר זו איננה עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור. דוגמא לכך היא ההולדה לאחר מיתה. האם היא נוגדת את תקנת הציבור?

התשובה תלויה בנכונותה של החברה בישראל לקבל את השינויים בהרכב התא המשפחתי. יש להודות, הגם בצער, כי ההשקפה הרואה במשפחה המסורתית ערך הולכת ומפנה את מקומה לגישות ליברליות (כביכול) ביחס לתא המשפחתי. ריבוי המשפחות החד הוריות מבחירה איננו נתפס עוד כפגיעה אנושה במוסד המשפחה. הולדת ילד שלא במסגרת הנישואין איננה נתפסת כשלעצמה כפגיעה בלתי סבירה במוסד המשפחה. נהפוך הוא, שלילת הזכות מאישה לא נשואה לממש את זכותה להורות, היא היא הפגיעה במשפחה ויותר מזה בכבודה כאדם. לכן, נראה, ברמת העקרון, כי העמדת צאצאים לאחר מיתה כשלעצמה, איננה נתפסת עוד כפגיעה במוסד המשפחה וממילא איננה נוגדת את תקנת הציבור. אלא שאין די בכך. כדי שההולדה לאחר מיתה לא תעמוד בסתירה לתקנת הציבור, יש לקבוע הסדר המייחס את הילד למולידו המת. אין בהסדר זה ערובה להכרה גורפת בזכות להעמיד צאצאים לאחר מיתה, אך הגבלה מידתית בזכות להורות איננה מהווה פגיעה בתקנת הציבור. הגבלה שרירותית שלהזכות להורות היא פגיעה בתקנת הציבור, הגבלה הנובעת מהגנה על מוסד המשפחה או על זכויות הילד העתיד להיוולד, יכולה להחשב כלגיטימית.

בשולי הדברים אעיר, כי אף שתקנת הציבור משתנה עם הזמן ועם הקידמה הטכנולוגית, ומה שנחשב לפני עשור או שניים כנוגד את תקנת הציבור, איננו נוגד אותה בימינו אלה, ראוי לזכור כי תקנת הציבור דומה ל"סוס פרא" שהעולה עליו לעולם אינו יודע לאן יגיע<sup>327</sup>, על כן יש לעשות שימוש זהיר ביותר ב"תקנת הציבור" ולא לאסור להתיר בשמה תהליכים חברתיים ולפגוע בזכויות הפרט. על "תקנת הציבור" להגן על ערכי החברה ולמנוע פגיעה בהם, אך גם לאפשר ליחידים המרכיבים את החברה לממש את זכויותיהם ובראשם את הזכות טבועה בהם, הזכות להורות. מלאכת האיזון קשה אך אפשרית<sup>328</sup>.

327 ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פד"י לא(3) 85, 98. ראו בהרחבה ג' שלו, "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור?", קרית המשפט ב (תשס"ב) 21; ע' פרוש, "תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול-הדעת של השופט והמוסר האישי שלו", משפטים יט (תשמ"ט-תש"ן) 325; שטרסברג-כהן, לעיל ליד הערה 316, בעמ' 527.

328 ע"א 294/91, לעיל ליד הערה 322, בעמ' 508.

## פרק ששי: הולדה לאחר מיתה בפסיקה הזרה בקצירת האומר

למרות התקדמותה של הטכנולוגיה הרפואית<sup>329</sup>, לא מצאתי בפסיקה האמריקאית והאנגלית התייחסות להולדה מזרע שניטל ממת סמוך לאחר הפטירה. לעומת זאת, נקבע כי מותר להשתמש בזרע שנלקח בחיים להפריה לאחר המיתה<sup>330</sup>. לשאלה ייחוסם של ילדים שנולדו לאחר מות אביהם נדרש לאחרונה בית המשפט העליון במסצ'וסטס בענין *Woodward*<sup>331</sup>. הגב' Woodward, ילדה תאומות מזרעו המוקפא של אביהן (זרע שהופקד בבנק הזרע בחייו) שנתיים לאחר שנפטר מלויקמיה. האם פנתה למוסד לביטוח לאומי בתביעה לקבל את קצבאות הילדים עבור בנותיה, אך מנהל המוסד דחה את בקשתה בנימוק כי לא הוכיחה שהתאומות מתייחסות לאביהן המנוח כמתחייב מחוק הביטוח הלאומי (הדורש ייחוס ביולוגי). הגב' Woodward ובעלה היו מבוטחים כדין. מכאן העתירה כנגד המוסד לביטוח לאומי. השאלה המשפטית אשר בית המשפט נדרש להכריע בה, הייתה אם לילדיה של אישה שהרתה מזרעו של בעלה המת לאחר פטירתו, זרע שהופקד בחייו ליצירת הריון בדרך של הזרעה מלאכותית, זכויות ירושה כמו ילדים טבעיים (*Natural Children*). בית המשפט משיב בחיוב וקובע כי בנסיבות מסוימות זכויות הירושה של ילד שנולד בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של אדם שנפטר שוות לזכויות הירושה של ילד טבעי שנולד בחיי אביו<sup>332</sup>:

In certain limited circumstances, a child resulting from posthumous reproduction may enjoy the inheritance rights of "issue" under the Massachusetts intestacy statute.

נסיבות אלה יתקיימו בהתמלא שני תנאים: התנאי האחד, שההורה או התובע יוכיחו כי המנוח נתן הסכמתו המפורשת (*Affirmative Consent*) כי אשתו תהרה מזרעו לאחר מיתה וכי הוא מתחייב לתמוך בילד שיוולד. התנאי השני, כי יוכח קיומו של קשר גנטי בין הילד שנולד לאביו המנוח (*Genetic Relationship*)<sup>333</sup>.

329 המקרה הראשון שהגיע לבית המשפט בענין זה היה בענין *Parpalaix* בצרפת בשנת 1984. באותו מקרה עתרה אלמנה לקבל את הזרע שהפקיד בעלה חולה הסרטן לפני שהחל בטיפול הכימותרפי. מנהל בנק הזרע סרב אך בית המשפט הורה לתת את הזרע לאלמנה. בית המשפט הצרפתי התעלם מהשלכות ההחלטה על הילוד. ראו *Parpalaix v. CECOS*, 104 Gaz. Pal. 560, France 1984. עוד על פסק הדין ראו: S.E. Kahan, GAZETTE DU PALAIS 15, 1984; A.D. Seftel, M.I. Resnick, "Postmortem Sperm Procurement: A Legal Perspective", *The Journal of Urology*, Vol. 161 (June 1999) 1840; D. Jones, "Artificial Procreation, Social Reconceptions: Legal Insight From France" 36 *American Journal of Comparative Law* (1988) 525.

330 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S 479 (1965)

331 ראו ענין *Woodward* לעיל ליד הערה 4.

332 שם, 537.

333 שם, 557.

למסקנה זו מגיע בית המשפט מאיזון בין שלושה האינטרסים המתחרים: האינטרס של הילד (*Best Interests of the Child*), האינטרס של המדינה בניהול תקין של נכסיה (*The State's Interest in the Orderly Administration of Estates*) והאינטרס המגן על זכויות ההולדה של הורים ביולוגיים (*Reproductive Rights of Genetic Parents*)<sup>334</sup>.

בית המשפט ער לעובדה כי יש בהחלטתו משום התליית חלוקתה של הירושה לזמן בלתי מוגבל, אך בנסיבות הענין איננו מכריע בשאלה זו. ואכן, במקרה זה המדובר באם צעירה שאיננה תובעת את חלק הבנות בעזבונו שיש להניח שהיה קטן, אלא את זכות הבנות לקיצבאות מכח אבהותו של המנוח.

באנגליה ניתן לשאוב זרע מאדם שנפטר רק אם נתן לכך הסכמה מפורשת לפני מותו. אין ילד שנולד מהריון שנוצר מזרעו של אדם לאחר מותו מתייחס אחריו כבנו<sup>335</sup>. פסק הדין המנחה באנגליה בסוגיה זו ניתן בעניינה של הגב' *Blood*<sup>336</sup>. שלוש שנים לאחר נישואיהם החלו בני הזוג *Blood* בנסיון להוליד ילד. אך עוד לפני שהצליחה הגב' *Blood* להרות, חלה בעלה בסרטן. כשהחמיר מצבו של מר *Blood* והוא שקע בתרדמת סופנית, ביקשה אשתו מהרופאים המטפלים ליטול ממנו זרע בתקווה לעשות בו שימוש להפריה חוץ-גופית אחרי מותו וללדת ילד מזרעו. הרופאים נטלו זרע ממר *Blood* סמוך לפטירתו, אך סירבו לבצע את ההפריה בטענה שהיא נוגדת את החוק<sup>337</sup>.

הגב' *Blood* עתרה לבית המשפט אך העתירה נדחתה. בית המשפט אף נזף ברופאים על נטילת הזרע והקפאתו בניגוד לחוק. אחד הנימוקים לדחיית הבקשה היה חוסר הבהירות ביחס למצבו של מר *Blood* בעת נטילת הזרע. שכן, אם הוא היה בתרדמת, הרי הוא כחי, אך לא ניתן לבצע את ההזרעה המלאכותית כיוון שלביצועה נדרשת הסכמת שני בני הזוג, הסכמה שמר *Blood* לא יכול היה לתת בשל מצבו הרפואי. אם מת מוות מוחי, אי אפשר לבצע את ההזרעה המלאכותית, כיוון שהמבקשת לא הוכיחה כי בעלה המנוח הסכים בחייו לתת את הזרע לצורך ההפריה.

ואכן, בית המשפט דחה את הבקשה בשל העדר הסכמה מפורשת של המנוח, וכן משום שנטילת זרע מותרת לשימוש מידי ולא להקפאה<sup>338</sup>:

“In any event, the exception to the need for written consent in the case of gametes for ‘treatment’ together only applies where the sperm is used at once and so does not need to be preserved”<sup>339</sup>.

334 שם, 545.

335 Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c 37.

336 ראו ענין *Blood* לעיל ליד הערה 3.

337 סעיף 5(1)4 ל-Human Fertilisation and Embryology Act.

338 פס"ד *Blood*, לעיל ליד הערה 3 בעמ' 697. יוער כי הגב' *Blood* נסעה לבלגיה ושם הופרתה, הרתה וילדה ילד בריא.

339 עוד על פסק הדין ראו בהרחבה Kennedy & Grubb לעיל ליד הערה 215 בעמ' 1301–1306.

## סוף דבר

מקדמת דנא מקובל לראות את התא המשפחתי הראשוני כמורכב מבני זוג הטרוסקסואלים הנשואים זה לזו וילדיהם. משברי החיים והמהפכה החוקתית העוברת על החברה בישראל מחד גיסא והתפתחות הטכנולוגיה הרפואית מאידך גיסא, קראו במידה רבה תיגר על מסגרת זו. יותר ויותר אנשים נוטים להקים משפחה חד הורית (מרצון), מוסד שאיננו דחוי כשלעצמו. יותר ויותר בני זוג בוחרים לחיות כתא משפחתי ללא נישואין. הישגי הטכנולוגיה הרפואית בשטח הפרייון, המאפשרים לפצל בין הולדה לנישואין, בין הולדה ליחסי אישות, הובילו גם לפיצול בין ההולדה מחיים להולדה לאחר מיתה. ההולדה איננה עוד תופעה ייחודית לאנשים חיים. גם המת יכול להשאיר אחריו צאצאים שלא רק נולדו לאחר מותו אלא אף נוצרו לאחר פטירתו, לרבות מזרע שניטל לאחר הפטירה. על מערכת המשפט האזרחית והדתית נכפתה, איפוא, התמודדות עם מציאות שלא צפו אותה ולא הכירו אותה.

שלוש הן הדרכים האפשריות להעמדת צאצאים לאחר מיתה. הדרך האחת, להמשיך בהריון, בין שנוצר בדרך הטבע ובין שנוצר שלא בדרך הטבע, גם לאחר מותו של אבי העובר, או לשמר את ההריון, ככל שניתן, גם לאחר פטירתה של נושאת ההריון. הדרך השנייה, ליצור הריון מזרע שהפקיד אדם לפני מותו, או מביצית מופרית שנוותרה בהקפאה לאחר מותו או מותם של בעלי תאי הרבייה מהם נוצרה. הדרך השלישית, על ידי יצירת הריון מזרע שניטל מן המת סמוך לאחר פטירתו.

למעורבים בתהליך ההולדה לאחר מיתה, ה"נימנים" על שלושה מעגלים, אינטרסים שונים ומתנגשים<sup>340</sup>. בעלי האינטרסים במעגל הראשוני, המצומצם, הם חברי התא המשפחתי (או הזוגי), בן או בת הזוג (ואף ילדיהם) המבקשים להעמיד צאצא מתאי רבייה שהופקדו על ידי בני הזוג או אחד מהם קודם הפטירה. האינטרס הראשוני של כל אחד מהם, יחד ולחוד, למנוע את ההתערבות של גורם חיצוני בהחלטותיהם. רצונם הוא כבודם, כבודם הוא רצונם ועל מערכת המשפט והרפואה לכבד רצון זה, על אחת כמה וכמה כאשר ניתן להוכיח בראיות מוצקות את כוונתם המשותפת או את רצונם של המנוח בילדים, רצון שלא זכה לממש בחייו.

על המעגל השני נמנה מי שטרם בא לעולם בעת קבלת ההחלטה, אך עתיד להיוולד ולשאת בתוצאות הולדתו. האינטרס שלו מתמקד למעשה בדרישה להתנות את הולדתו ב"טובתו" בלי פגיעה כלשהי בזכות מזכויותיו. טוב לו שלא יברא מאשר יברא פגום, בין בשל פגיעה פיסית, בין בשל פגיעה מנטלית ובין בשל צפי לפגיעה כלכלית. במעגל השלישי, מצוי הציבור הרחב שהאינטרס שלו הוא להגן על הערכים

340 למעשה, מעורבים בתהליך גם הצוות הרפואי האמור להגיש עזרה בכיוצו תהליך ההולדה לאחר המיתה. עניינו לא נדון במאמר זה, כיוון שסוגיה זו ראויה לדיון מיוחד. כך למשל, האם חובתו של הרופא לסייע בהולדה בכל תנאי? האם הדבר ראוי גם אם אין איסור בחוק?

החברתיים והמוסריים המוסכמים, עליהם מושתתת ומתקיימת החברה. רוצה לומר, האינטרס הציבורי למנוע פגיעה בתקנת הציבור ובערכי היסוד של החברה. נכון לכתיבת שורות אלה, מספר הבקשות שהוגשו לבית המשפט להתיר הולדה לאחר מיתה איננו גדול. אולם, אין ספק כי המודעות הציבורית לאפשרויות השימוש בטכנולוגיית הפרייה החוץ גופית ההולכת וגוברת, תביא בסופו של דבר למספר גדל והולך של בקשות להתיר את ההולדה לאחר מיתה. עד שציבור גדל והולך יפנים את האפשרות להעמיד צאצא לאחר מיתה, יש לנצל את הזמן לגיבוש הסדרים חוקיים האמורים לשקף את האיזון בין האינטרסים המתחרים. ההסדר שיתגבש צריך לכבד את פרטיותם של היחידים המרכיבים את התא המשפחתי, אך גם להגן על מי שעתיד להיוולד לתוך יתמות מתוכננת. ההסדר צריך לעודד את המחקר הרפואי ובו כבד לשמור שלא ייפרם החבל הדק הקושר ומאחד בין הקבוצות השונות בחברה הישראלית המפוצלת והמפולגת. לו נדרש המחקר להעדיף נורמה גבוהה יותר על נורמה נמוכה, הייתה מלאכתו קלה. אולם, היכולת הרפואית להעמיד צאצאים לאחר מיתה מחייבת לעצב נורמות משפטיות, רובן בעלות מעמד זהה הנגזרות לעתים מאותו מקור חוקתי ולאזן ביניהן.

ברקע הדיון הארוך, ולעתים במרכזו, עמדה למעשה השאלה, האם ועד כמה ראוי ומותר בשם הקידמה המדעית, לפרום ולכרסם במסגרת התא המשפחתי ודיני המשפחה. לדעתי נודעת חשיבות רבה לקיומו של התא הראשוני של החברה (=התא המשפחתי) ולקשר ההורות בין הילד למולידו. "עומקו ועוצמתו של קשר ההורות האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר"<sup>341</sup>. הולדה לאחר מיתה עלולה לפרום ולערער קשר זה. לכן, עד שיקבע הפורום הראוי להחליט בסוגיה זו, על מערכת המשפט מוטלת החובה לשמור על התא המשפחתי ולהגן ככל האפשר על האוטונומיה ההורית. השגתה של טכנולוגיה רפואית איננה חזות הכל. השתכללות טכנולוגיה רפואית איננה מכשירה אותה כשלעצמה. תרומתה הרבה של טכנולוגיית הפרייה החוץ-גופית לשלמות תא המשפחתי חשובה ככל שתהיה, איננה מצדיקה פגיעה בדיני המשפחה. התרת הרסן והפיכת מעשה ההולדה לפרוצדורה טכנית, קרה, מנוכרת וחסרת רגש, רק משום שהטכנולוגיה הרפואית קיימת, עלולה להתגלות כמסוכנת והרסנית הרבה יותר מהתועלת הצפויה ממנה. אשר על כן, מחובתה של מערכת המשפט להתערב, ויפה שעה אחת קודם. על החברה באמצעות מערכת המשפט לקבוע את גבולות השימוש בה: הולדה כן, בכל מחיר לא. במצבים מסויימים הפגיעה באוטונומיה של המעורבים בתהליך ההולדה היא "מחיר" שראוי לשלם על מנת לאסור את ההולדה לאחר מיתה. אכן, אין בהולדת ילד שנוצר בחיי מולידו שנפטר כשלעצמה, בין שנוצר בדרך

341 ע"א 3009/02 פלונית ר"א 2' אה' נ' פלוני ואח', פד"י נו(4), 872, 895.

הטבע ובין בעזרה רפואית, פגיעה בערכי היסוד של החברה. ונכון שכן. פגיעה בזכות הילד שמולידו נפטר להיוולד, או סירוב להתיר הוצאת עובר מגופה של נפטרת הם הפוגעים במוסריותה ובערכיה של החברה היהודית. ההולדה מתאי רביה של נפטרים שהופקדו בחייהם, לא כל שכן מביצית שהופרתה במהלך טיפולי הפוריות קודם מיתה, אינה נוגדת את ערכיה של המדינה היהודית הדמוקרטית. אין בהולדה כשלעצמה פגיעה בכבוד המת ולא בזכויותיו של הילד. היילוד מתייחס אחר מולידו כיון שנוצר בחייו ובהסכמתו. השאלה אם להתיר את ההולדה אם לאו, היא אם טובתו של הילד להיוולד באותן הנסיבות. אם ההערכה ברמת וודאות גבוהה כי הילד צפוי להיוולד בפגם או כי אין אמו מסוגלת לגדלו – ראוי, ואף חובה, לאסור את ההולדה. אולם, אם הילד צפוי להיוולד למשפחה תומכת וחמה, ואין הוא צפוי להיפגע בהולדתו, וכי הבקשה לאפשר את ההולדה אינה נגועה בשיקולים זרים – אינני רואה מניעה לאפשר את ההולדה<sup>342</sup>. יחד עם זאת, רצוי כי המחוקק יקבע בחקיקה ראשית את ההסדרים הדרושים כדי למנוע פגיעה בילד העתיד להיוולד לאחר המיתה ולא לקבוע נורמות בשאלות מסוג זה בחקיקה שיפוטית.

הקושי העיקרי טמון בהולדת ילד מזרע שניטל מן המת סמוך לאחר פטירתו. הקושי איננו רק משום שבמצב המשפטי השורר בארץ נטילת הזרע נוגדת כנראה את חוק האנטומיה והפתולוגיה, אלא משום שיש בה כדי לערער את יציבותה של החברה, מוסדותיה המשפטיים ואף לפגוע בילד העתיד להיוולד. למרות שהיועץ המשפטי לממשלה איננו נוקט עמדה בשאלת ייחוסו של הילד אחר מולידו המת, שאלה שיש לה התוצאות בדיון, שתיקתו עלולה להטעות, כיון שלדעתי, הילד שנוצר לאחר מיתה איננו יכול להתייחס אחר מולידו למרות קשר דם ביניהם. אין בכח ה"רצון המשוער" המיוחס למנוח להעמיד צאצא ולשנות סטטוס. המת איננו בעל זכויות ואיננו בעל מעמד משפטי. לכן, אם לא ישונה החוק, ספק אם בכח בית המשפט לשנות את העובדה כי היילוד חסר אב משפטי, גם אם ייוחס למת הרצון המשוער להעמיד צאצא לאחר מותו. בהעדר יחסי הורות בין הילד למנוח, אין הוא יכול ליהנות מהזכויות המוקנות לילד ממולידו, היינו הזכות למזונות וזכויות הירושה<sup>343</sup>. זאת ועוד,

<sup>342</sup> יחד עם זאת, עד שיקבע ההסדר החוקי הרצוי, על בית המשפט לבדוק ראיות אלה ולעמוד על מניעי המבקשים את ההולדה לאחר המיתה. שכן, דרך העולם שהמוות קוטע את ציפיות בן הזוג הנותר בחיים להיות הורה דווקא מבין הזוג המת. אף על פי כן, אינני שולל על הסף מקרים בהם לא יהיה בכוחו של המוות לפגוע באהבתם של בני הזוג וברצונם בילד פרי החלטה משותפת גם לאחר מותו של אחד מהם. כך למשל, אם הותיר אחיריו המת תאי רבייה, יכולה עובדה זו להוות ראיה כי המנוח נתן את דעתו לאפשרות שהשימוש בתאי הרבייה יהיה לאחר מותו. אולם, יתכן גם כי המניע האמיתי לבקשה להמשיך בתהליך ההולדה איננו להקים שם למת אלא להעביר את ירושתו במלואה לאלמנה במסווה של הזכות להורות.

<sup>343</sup> למעשה, יירש הילד את אביו מולידו בעקיפין. תחילה תירש אמו את אביו ולאחר פטירתה יירש אותה הבן. אלא שאם תינשא (ואין בכח הבן למנוע זאת ממנה) ותלד ילדים אחרים, יתחלקו אף הם בירושת אביו ובכך ייפגעו זכויותיו.

ההולדה ליתמות מתוכננת עלולה להתברר כפגיעה בו וביורשי מולידו. על כן, גם אם ניתן יהיה להתגבר על הבעיות המשפטיות הכרוכות בתהליך, יש לשקול היטב אם להתיר את הפרוצדורה, בעיקר בשל העדר מחקרים על השלכות ההולדה לאחר מיתה. שיקולים לבר משפטיים (חברתיים, מוסריים, כלכליים ופסיכולוגיים) לגיטימיים בקביעת מדיניות בסוגיה נשוא דיוננו. כך למשל, יכולתה של בת הזוג להינשא ולהקים את ביתה מחדש, הוא שיקול לגיטימי בהחלטה. אשר על כן, נוטה אני לדעה כי יש לאסור את ההולדה מזרע שניטל לאחר מיתה, למעט במקרים חריגים במיוחד, וגם שאת לאחר שינויי חקיקה.

על סף חיתום מספר הערות. ראשית, ההתקדמות המהירה בתחומי הרפואה השונים, ובעיקר בשטח העקרונות וטיפולי הפוריות, העמידה פתרונות המאפשרים להתגבר על עקרות בני זוג בדרכים אשר עד לפני זמן לא רב היו בגדר מדע בדיוני. היכולת ליצור הריון מחוץ לגוף האישה ובלי שקדמו לכך יחסי אישות הוא דבר בעתו, אך ראוי כי יושמו גבולות לשימוש בטכנולוגיות הרפואיות המתקדמות. שימוש בלתי מבוקר טומן בחובו סכנות גדולות.

שנית, אין בידינו, לפחות לגבי מקצת מן הנושאים, הכלים המשפטיים והחוקיים להתמודד עם הבעיות שהיא מעוררת. אלא שכצפוי, חסרונו של הסדר חוקי איננו מרתיע את קרובי הנפטרים (אלמנות, חברות, הורים) מלבקש סעד מבית המשפט על מנת שיתיר את ההולדה מזרע שניטל מיקירם המת סמוך לאחר פטירתו, או מתאי רביה (זרע או ביצית מופרית) שהותיר בהקפאה, על מנת להשתמש בו להפריה ולהקים שם למת. שלישיית, קשה לעמוד רגשית מול קרובי נפטר שכל בקשתם להנציח את זכר יקירם המת. אף על פי כן, נוכח הסכנה לעתידו של התא המשפחתי המסורתי, הבנוי בעיקרו כיחידה אורגנית טבעית, יש לשקול היטב איזו פרוצדורה להתיר ובאילו מקרים ואיזו לאסור. פגיעה במשפחה המקובלת מדורי דורות, היינו משפחה המורכבת מהורים וילדים שיש ביניהם קשרים משפטיים (והלכתיים) ברורים ומוגדרים היא קו הגבול. ייחוס ילד למולידו הוא החלק הקושר בין הילד להוריו. הולדת שתוקי משפטי איננה ערך מוגן. ללמדנו, כי ההולדה איננה חזות הכל. גם לא זכויות הפרט חשובות ככל שתהיינה. זכויותיו של הנותר בחיים אינם בהכרח גוברות על זכותו של הילד העתיד לשאת בתוצאות. הגנה על זכויות הפרט איננה הרשאה גורפת לפגוע באינטרס הציבורי לקיים את התא המשפחתי המקובל מדורי דורות.

רביעית, ברור, כי מבין שלוש הדרכים להתמודד עם האתגר שבהולדה לאחר מיתה, בחרתי בדרך האמצעית. לא היתר גורף חרף הפגיעה הצפויה בתא המשפחתי המקובל ולא איסור גורף למרות הפגיעה בזכות להורות. דרכי היא דרך הביניים, להתיר את ההולדה לאחר מיתה בכפוף לכך שלא ייפגעו עקרונות היסוד של המשפט והחברה. חלקי עם המאמצים את דרך הביניים. חלקי עם אלה המוכנים להתמודד עם השאלה מדוע ילד שנולד מזרע או ביצית מופרית שניטלו דקות לפני שאביו או אמו עצמו את עיניהם, על אחת כמה וכמה אם היו בהקפאה בשעת המיתה, מתייחס אחריהם

ונחשב ככנס לכל דבר וענין, ואילו הילד הנולד מזרע שנשאב מאביו המת סמוך לאחר הפטירה איננו מתייחס אחריו. חלקי עם המוכנים לנסות וליישב בין חוקי הביולוגיה האומרים דבר אחד (ילד ביולוגי תמיד יתייחס אחר מולידו תורם החומר הגנטי ממנו נוצר) והחוק האומר, או יכול לומר, דבר אחר (ילד הנולד לאחר מיתה איננו מתייחס אחר מולידו, כיוון שהיחס הורה-ילד יכול להיווצר רק מהריון שנוצר בחיי המוליד). מטלה זו מוטלת על המחוקק. עליו לקבוע את הקריטריונים על פיהם ניתן יהיה להתיר את המותר ולאסור את האסור. קריטריונים אלה צריכים להתגבש תוך שיתוף פעולה בין מומחים מתחומי המשפט (וההלכה), מומחים מדיסציפלינות לבר משפטיות (מוסריות), פסיכולוגיות, חברתיות, כלכליות) ומומחים מתחום הביולוגיה והרפואה.

חמישית, עד שהמחוקק יאמר את דברו, וכדי שלא לטעות בדברי, כאשר קיים חסר בדיון, מוטלת על בית המשפט החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה המובא לפניו. אין ספק כי בית המשפט יעשה זאת בדרך הטובה ביותר, אך לא הרי הכרעה בסכסוך מסוים כהרי החלטה עקרונית בעלת השלכות מרחיקות לכת על המרקם החברתי. למותר לציין, כי ביכולתו של בית המשפט לאזן בין האינטרסים המתנגשים ולגבש מדיניות משפטית ראויה, אך עדיף כי בשל ייחודיותו ומהותו של ההסדר המתבקש, ייקבע זה על ידי המחוקק בחקיקה ראשית ולא על ידי הרשות השופטת בחקיקה שיפוטית<sup>344</sup>.

ולבסוף, מודע אני כי "לא לכל סכסוך אפילו הוא שפיט יש פתרון משפטי, ולא לכל פתרון משפטי, אפילו יש כזה, הוא פתרונו האמיתי של הסכסוך"<sup>345</sup>. יתכן וה"סכסוך" נשוא מאמר זה בין מרכיבי התא המשפחתי המורחב והמתפרק (החיים, המת, והיילודים העתידיים) לחברה, הוא מסוג הסכסוכים שאינם שפיטים. או אז, כדברי השופט טירקל, "כאשר לא קיים לגבי המקרה דטרמיניזם משפטי, המחייב תוצאה אחת, אין טעם בניסיון ללכת מלכתחילה ב"דרך של משפט", אשר אין מותר לה על "דרך הצדק". וכן, הצדק שעושה ומקרין בית המשפט צריך להיות צדק אנושי שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני, אלא גם נובע ממעמקי הלב"<sup>346</sup>. חושבני כי זו הדרך שיש לילך בה. דרך הצדק לחוד ודרך משפט לחוד ויכולתה של החברה לקבל את המציאות המשתנה לחוד. ספק אם החברה בישראל בשלה להתיר את ההולדה מתאי רבייה של נפטרים, אף שהדעת נותנת כי תפנים ותשלים זאת עם הזמן. עד אז יכריע בית המשפט בכל מקרה על פי נסיבותיו, על "דרך המשפט", על "דרך הצדק", ואולי ובעיקר, תוך שימוש ב"שכל (האנושי) הישר".

344 ע"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1 בעמ' 699. ראו גם א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 267, 286.

345 בג"צ 4712/96, סיעת מר"צ ואח' נ' מפקד משטרת ירושלים ומשטרת ישראל ואח', פד"י (2) 822, 835.

346 דנ"א 2401/95, לעיל ליד הערה 1, 740.