

# צוואה ביולוגית והזכות להורות לאחר המוות

## עבודה סמינריונית

סמינריון בנושא: תיאוריה ופרקטיקה בדיני משפחה

מרצה: השופט שאול שוחט

נכתב ונערך ע"י:

אתי ברגר      ת.ז. 029491610

אלישבע ברנדט      ת.ז. 025141524

לימודי תואר שני במשפטים

הקריה האקדמית אונו

מס' אסמכתא: 513021

## תוכן עניינים

3	מבוא
5	1. צוואה ביולוגית - הבטים
6	הורות ביולוגית לעומת הורות משפטית
9	העמדה ההלכתית
11	העמדה המוסרית
12	2. הולדה לאחר המוות - בין הורות טבעית למשפטית
13	הסוגיות המשפטיות
14	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
16	פסיקה זרה
18	3. צוואה ביולוגית
19	המצב המשפטי
20	רצונו של המת
23	4. מעמד האלמנה או בת הזוג
26	5. מעמד ההורים
27	ההסדר המשפטי
29	הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
30	משפט משווה
32	6. יתמות מתוכננת
32	המצב המשפטי
34	טובת הילד
36	7. סיכום
38	8. ביבליוגרפיה

## מבוא

יש הטוענים, כי במוותו של אדם, מתים עמו כל רצונותיו. לשיטתם, אדם מת אינו יותר מאשר שרידי גופתו. בהיעדר סובייקט, אין משמעות לוגית לעיסוק בזכויות המת ובאינטרסים שלו. בהתאם לטענה זו, המונח "רצון המת" חסר היגיון ומכאן שאין שאלה של מימוש רצון זה או התעלמות ממנו<sup>1</sup>. התא המשפחתי המוכר לנו עובר שינוי דרמטי ומהפכני במאה ה-21. לצד המשפחה המסורתית המוכרת לנו, נוצרו בשנים האחרונות תאים משפחתיים חדשים, קבלתם נובעת מההסכמה שהזכות להביא ילד לעולם ולהמשיך את זרעו של אדם, היא זכות יסוד ללא קשר ישיר למבנה המשפחתי שלו.

הטענה היא כי הצורה הקדומה ביותר של הורות שאינה גנטית, דהיינו, אימוץ, פינתה את מיקומה במידה רבה להורות המושגת באמצעות שימוש בטכנולוגיות פיריון שונות. כתוצאה מכך, מתאפשרת כיום הולדה לאחר המוות של תינוק שאחד מהוריו לא היה בין החיים בזמן הפקת תאיי הרבייה, ההפרייה או ראשית ההיריון.

המאבק לשימור הזרע והביצית הוא חלק מהמהפכה של המשפחה החדשה, העוברת שינוי, אך עדיין מהווה את היחידה הגרעינית החשובה ביותר ויסוד איתן של החברה האנושית<sup>2</sup>.

השינוי במבנה התאים המשפחתיים בשילוב טכנולוגיות רפואיות מתקדמות מעוררת שאלות ודילמות מוסריות, אתיות וחברתיות בבחינת "עוד זה מדבר וזה בא". טרם התרגלנו למבנה המשפחה החדש אשר אינו מתבסס על "הורות המסורתית" וכבר עלינו להתרגל להורות חסרה.

במסגרת עבודת סימנריון זו, נדון ונחקור אודות התפתחותו של המושג "צוואה ביולוגית" במשפט הישראלי תוך התבוננות השוואתית למדיניות הנהוגה, ככל שנהוגה כזו, בשיטות משפט זרות באשר לאפשרות של הולדה לאחר המוות. בנוסף, נתבונן ונסקור את זכויותיהם של הנפטרים ובני משפחותיהם (בניו/ות זוג, הורים, סבים וסבתות) בין אם הנפטר השאיר צוואה ובה פירוט רצונו ובין אם לאו, והאם צפויים לחול שינויים בתחום זה לאור הסדרים חקיקתיים עדכניים.

בפרקי עבודה זו, ניסקור את הנושאים הבאים:

**בפרק הראשון** את התפתחות המושג "צוואה ביולוגית" וכן כיצד יש להתייחס לרצון המת בנוגע לשימוש בזרעו לאחר מותו. למושג זה תיערך השוואה בין ההורות הביולוגית לבין ההורות המשפטית וכן נסקור את הנהוג בישראל לבין הנהוג בעולם תוך התייחסות לדיון אתי (הלכתי ומוסרי) ומשפטי כאחד – כבוד המת אל מול טובת הילד/ה העתיד לבוא לעולם יתום מאב, ודאגה לשלומם של האלמנה או ההורים האבלים.

**בפרק השני**, את סוגיית ההולדה לאחר המוות כאשר נקודת המבט הינה השוואה בין ההורות הטבעית לבין ההורות המשפטית, תוך השוואה של המצב בישראל לבין המצב בחו"ל. כמו כן, תצוץ המורכבות המשפטית, המוסרית והאתית של הולדה בעזרת שימוש בזרע או בביצית של נפטר או נפטרת – סוגיה אשר איננה מוסדרת בחקיקה ראשית, אלא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

<sup>1</sup> James Stacey Taylor, The Myth of Posthumous Harm, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 42, No. 4 (Oct., 2005), p. 311-322

<sup>2</sup> "צוואה ביולוגית" מאת עו"ד אירית רוזנבלום מתוך מגאזין "בדלתיים פתוחות", לשכת עורכי הדין – מחוז מרכז, גיליון מס' 33, פברואר-מרץ 2010, עמוד 22

**בפרק השלישי**, נרחיב את היריעה בשיח אודות הצוואה הביולוגית תוך שימת דגש על המצב המשפטי ועל רצונו של המת כאשר המת אינו נושא זכויות וההולדה אינה חירות מוחלטת.

**בפרק הרביעי**, נקיים דיון בדבר מעמדה של בת הזוג (אלמנה/חברה). מהן ההנחיות לשימוש בזרעו של הנפטר הן כאשר מצוייה צוואה כתובה בעיניין והן אם לאו. מהן הדילמות אשר בת הזוג צריכה להתמודד איתן מול המערכת המשפטית ומול רצון בן זוגה המת כאשר היא מבקשת לעשות שימוש בזרע המת.

**בפרק החמישי**, נסתכל על משתנה נוסף הקיים במשוואת הבעייה של המשכיות המת והוא מעמד ההורים של הנפטר. במקרה זה, נתבונן במצב בו מצויים ההורים של הצעירים שנפטרו בעודם רווקים והשאירו זרע ולעיתים גם הנחיות וצוואות בכתב. הוריי הנפטר היו מבקשים לראות נוכחות המשכית של הבן המת באמצעות הפריית זרעו ונוכחות דור המשך. אמנם מדובר במקרה קיצוני יותר מכיוון שהילד שיוולד יהיה יתום משני הוריו, אם לנפטר לא הייתה בת זוג, או אם בת הזוג קיימת אך מתנגדת לנטילת הזרע, וההורים רוצים לעשות זאת בלעדיה, בעזרת פונדקאות. עם זאת ילד כזה בכל זאת יגדל במשפחה תומכת (סבא וסבתא, ולא אם חד הורית), ורבים מהשיקולים התומכים בשימוש בזרע הנפטר בידי בת הזוג חלים גם לגבי ההורים.

**בפרק השישי**, נגיע לדון במעמד הילד שנולד למצב בו הינו יתום מלידה, יתמות מתוכננת. הילד או הילדה שיוולדו, הם בוודאי בעלי עניין מרכזי ומושפעים עיקריים מההחלטה על שימוש בזרעו של אביהם לאחר המוות. סוגיה המתעוררת במלוא עוצמתה והינה האם ראוי שהמדינה תעודד הולדת ילדים אשר ידוע מראש שיהיו יתומים מאב. אין להקל ראש במחקרים המצביעים על כך שלהיעדר דמות אב יכולה להיות השפעה שלילית מאוד, ושילדים יתומים מגלים קשיים חברתיים ורגשיים רבים יותר שמפריעים להם בתפקודם בחברה. קשיים אלו מוחמרים עקב תפקודו הלקוי של ההורה החי, אשר שרוי עדיין באבלו.

## 1. צוואה ביולוגית - הבטים

"ויברך אותם, אלוהים, ויאמר להם אלוהים, פרו ורבו ומלאו את הארץ..."<sup>3</sup>  
נושא הפיריון וההולדה בישראל הוא בעל חשיבות חברתית, דתית ותרבותית עצומה. הביטוי הברור ביותר לכך הוא שישראל היא המדינה המובילה בעולם בשיעור טיפולי ההפריה לנפש<sup>4</sup>.

בימינו, הפקת תאיי רבייה, הפרייה והיריון, אינם חייבים להתרחש עוד בסמיכות זמנים. טכנולוגיות פיריון שונות ניתקו את הקשר ההכרחי בין יחסי מין להולדה<sup>5</sup>. כיום, מתאפשרת דרך נוספת להולדה, והיא הדרך המאפשרת הולדה לאחר המוות של תינוק שאחד (ובאופן פונציאלי אפילו שניים) מהוריו, לא היו בין החיים בזמן הפקת תאי הרבייה, ההפרייה או ראשית ההיריון. רבייה לאחר המוות מתממשת, הן באמצעות שימוש בזרע של מת שהוקפא עוד בחייו, והן באמצעות קצירת זרע מהמת ושימוש בו.

רבייה לאחר המוות מעוררת דיון אתי ומשפטי ער, כאשר הנימוקים שעולים ולתוכם יוצקים פרשנות ותכנים מתנגשים כוללים את: כבוד המת, טובת הילד/ה העתיד לבוא לעולם יתום מאב, ודאגה לשלומם של האלמנה או ההורים האבלים<sup>6</sup>.

אחת השאלות המשפטיות והמעניינות שעולה בעקבות היכולת לאפשר הבאת ילוד לאחר מות אחד מהוריו הפוטנציאליים הינה – מדוע המשפט הישראלי משער, כמובן מאליו, את קיומו של רצון המת להולדת ילדים מזרעו לאחר מותו, ומהיכן שואבות הנורמות הקיימות, המעוגנות בעיקר בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ובפסיקה בתי המשפט, את הביטחון שיש להתיר הולדה לאחר המוות?

בעבודה הזו, ננסה להראות כי ההנחה בדבר רצונם המשוער של גברים מתים בצאצאים גנטיים שייולדו מזרעם לאחר מותם, מתבססת על התפיסה התרבותית המושרשת בדבר קיומם של הבדלים מהותיים בין גברים לנשים בכל הנוגע להורות, ובפרט – שגברים זקוקים ו"נוטים" להמשכיות זרעם, ופחות חשוב להם להיות הורים פעילים. הנחה זו מובלעת בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר שאיבת זרע מהמת ושימוש בו, ובפסיקה העוסקת בסוגייה זו.

היועץ המשפטי לממשלה נידרש לדיון בסוגיית השימוש בזרע לאחר המוות ופירסם את הנחיותיו באוקטובר 2003<sup>7</sup>. במיסמך בני"ל הובאה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה לגבי הצורך בהסכמה, רצון או לפחות עמידה על רצון משוער של המת לעצם ההורות כלהלן: "עמדתו של הפרט, אשר בזרעו מתבקש השימוש לאחר מותו, אינה מהווה גורם בלבדי לצורך גיבוש העמדה בסוגיה, כי אם גורם אחד מבין מכלול הגורמים, הנבחן על-פי ערכי החברה וראייתה את נושא ההולדה בכללותו, והאינטרס החברתי למתן אפשרות למימוש הזכות להורות של הפרטים בחברה. כמובן שלרצונו של הנפטר ניתן משקל משמעותי, ומקום שהוא התנגד לשימוש בזרעו לאחר מותו ייתן לכך משקל מכריע. אולם, בהעדר אינדיקציה להתנגדות כאמור, ובמצב בו בת-זוגו מעוניינת בהולדת ילד מזרעו של הנפטר, ראוי יהיה להתיר לה שימוש זה."

<sup>3</sup> בראשית, פרק א' פסוק כ"ח

<sup>4</sup> משרד הבריאות - המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל, ערכה: עו"ד אביטל וינר-אומן, ירושלים, אייר תשע"ב, מאי 2012

<sup>5</sup> רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים, יעל השילוני-דולב, דפנה הקר, חגי בועז, סוציולוגיה ישראלית ט"ז (1) עמ' 33, תשע"ד 2014

<sup>6</sup> אבי וינרוט, "נטילת זרע מנפטר", רפואה ומשפט 27, עמ' 100 (2002)

<sup>7</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מספר הנחייה: 1.2202, מתאריך א' חשוון התשס"ג, 27 אוקטובר 2003

"ההנחה הבסיסית היא שהולדה, בדרך כלל, היא פרי רצונם של שני בני הזוג. כאשר אנו דנים בשימוש בזרע לאחר המוות, עלינו להחליט על מנגנון לקביעת רצונו של הנפטר. רצון הנפטר יכול להילמד כמוֹבן מהסכמה מפורשת שנתן בחייו לשימוש בזרעו לאחר מותו, בין הסכמה ניתנה בכתב או בעל-פה, או כמוֹבן-מהתנהגות מפורשת.<sup>8</sup>" עולה מכך כי, היועץ המשפטי לממשלה רואה את נטילת זרע לאחר המוות כאפשרית, כל עוד ניתן ללמוד על הסכמתו של הנפטר לכך.

### הורות ביולוגית לעומת הורות משפטית

"המשפחה בישראל מיוחדת. מי מאיתנו יגיד פה שהוא היה מוותר על ילד? - אף אחד. אולי חלקיקי אחוז מהאוכלוסייה והם מופרעים. המשפחה היהודית והערבית חייבות ילד, ועושים הכל כדי לעשות זאת"<sup>9</sup>

כבר נאמר כי "הורות ביולוגית בישראל ניתפסת כחובה מוסרית-אזרחית בסיסית וכמשימה פטריוטית ממדרגה ראשונה"<sup>10</sup>, ומפורסמת גם אמירתו של דוד בן-גוריון כי "הגברת הילודה היא תנאי הכרחי לקיומה של ישראל, ואישה יהודית שאינה מביאה לעולם לפחות ארבעה ילדים [...] מועלת בשליחות היהודית"<sup>11</sup>.

בתרבויות רבות במזרח הקדום ההורות הייתה משפטית ולא טבעית. כלומר, התינוק לא נחשב לילדם של הוריו-מולידיו באופן אוטומטי; היה צורך בהכרה של ההורים בתינוק כדי שזה ייחשב לבן משפחה.<sup>12</sup>

בעולם המודרני דרך המלך להפוך להורה היא באמצעות "הורות טבעית": הורות גנטית והולדה. אפשר כמוֹבן לטעון שמכיוון שהמשפט הוא זה שקובע שההורות היא טבעית, הרי שההורות הטבעית גם היא, הלכה למעשה, הורות משפטית.

ההורות במשפט הישראלי היא תערובת של הגישה הטבעית ושל הגישה המשפטית. סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע ש"ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". הגישה הטבעית סבורה כי מי שנחשב להורה של הילוד הוא בדרך כלל ההורה הגנטי והוא נחשב כזה מעצם ההולדה.

למרות המורכבות המוסרית והאתית של הולדה באמצעות שימוש בזרע או בביצית של נפטר או נפטרת, הסוגיה איננה מוסדרת בחקיקה ראשית, אלא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.<sup>13</sup>

בעוד שאצל נשים עוצמת הרכיב הטבעי גוברת, כלומר האם היא מי שהתינוק יוצא מרחמה ולא מי שמהביצית שלה הוא נוצר. לעומת זאת, אצל האב, הרכיב המשפטי גובר (אחת הדוגמאות הינה כאשר הגבר והאישה אינם נשואים זה לזה. דהיינו, על פי נוהלי משרד הפנים, היולדת היא האם, בעוד הגבר הוא רק "הטוען לאבהות"<sup>14</sup>).

ה"טבעיות" של האימהות לעומת ה"משפטיות" של האבהות במשפט הישראלי מהווה נידבך בהבניית האימהות כהורות פעילה הנמדדת על-פי אמות מידה של טיפול ודאגה כמו גם אמות מידה גופניות-ביולוגיות הצריכה להיות מוגנת ככזו על ידי המשפט. לעומת הבניית האבהות כנתינת זרע ותו לא וכקשר בין אב לילוד אשר ניתן למחוק ולבטל בנקל כדי לשרת מטרות אחרות הנחשבות חשובות יותר בעיני המדינה.

<sup>8</sup> ראה הערה 7 לעיל

<sup>9</sup> פרוטוקול מס' 44 משיבת הוועדה לקידום מעמד האישה, 18 בספטמבר 2003 (פורסם בנבו).

<sup>10</sup> אורנה דונת, ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל (2011), בעמ' 25-26

<sup>11</sup> לסלי הייזלטון צלע אדם: האשה בחברה הישראלית 52-74 (נעמי גל מתרגמת, 1978), עמוד 52

<sup>12</sup> יוסף פליישמן, הורים וילדים במשפטי המזרח הקדום ובמשפט המקרא, (1998) 43-44

<sup>13</sup> למשל, זרע שהוקפא לפני המוות ונטילת זרע לאחר המוות: הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 1.2202 מיום 27.10.2003

<sup>14</sup> נוהל רישום לידה בארץ מיום 24.03.2011 (מספר הנוהל: 2.2.0001)

הנחת היסוד בכל הקשור בשימוש שגרתי בטכנולוגיות הפרייה היא כי נדרשת קבלת הסכמה מדעת מראש מכל המעורבים בתהליך, כאשר כולם בין החיים (הוריי הילד והאם שנושאת את ההיריון). השימוש בחומר גנטי לאחר המוות מעלה שאלות מיוחדות הנוגעות להסכמה הדרושה<sup>15</sup>.

כיום החוק אינו מתייחס במפורש לשאלת השימוש בזרע של אדם לאחר מותו, בין אם ניטל לפני פטירתו או בסמוך לאחריה (שלא בהקשר של תרומת זרע). כאשר הועלו לראשונה בקשות לשימוש בזרע לאחר המוות, נידרש היועץ המשפטי לממשלה לסוגיה והוציא הנחייה מפורטת בנושא<sup>16</sup>. הקו המנחה בהנחיית היועץ הוא שניתן לעשות שימוש בזרעו של אדם לאחר מותו רק בהתאם לרצונו, המפורש או המשוער, ולצורך הפרייתו של אשתו בלבד. נתייחס להנחיה זו ביתר פירוט בהמשך הדברים.

פטירת אדם מבלי שהפקיד זרע ומבלי שהותיר הוראות מוקדמות מפורשות - הינו המקרה השכיח ביותר. עיקרון ההסכמה מדעת מורה שלא ייעשה שימוש בזרעו, וממילא לא יינטל ממנו זרע למטרה זו או לכל מטרה אחרת. אולם, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מאפשרת נטילת זרע ושימוש בו לאחר תקופת המתנה מוגדרת, בכפוף להוכחת רצונו המשוער של הנפטר. הסיבה העיקרית לכך הינה כי גם כאשר מדובר באדם שיש לו בת זוג, ויש עדות לכך שרצונו היה להביא ילדים לעולם יחד עם בת הזוג, אין הדבר מצביע בהכרח על רצונו להביא לעולם ילדים לאחר מותו, ילדים שהוא לא יראה ולא יגדל. מסיבה זו, יש הנוקטים בדעה כי אין ליטול זרע של אדם לאחר מותו, שכן הוא אינו יכול לתת הסכמה לשימוש בזרעו לשם הפרייתו של אישה ויצירת ילד<sup>17</sup>.

הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל המליצה, בין היתר, כי<sup>18</sup>:

- כאשר מדובר בשימוש בתאי רבייה לאחר המוות, בהבאה לעולם של יילוד שהורהו אינו עוד בחיים, סברה הוועדה כי יש לחייב קבלת ייעוץ מעו"ס המלווה את המחלקה ומבעלי מקצוע אחרים כפי שיידרש.
- לגבי אדם שהפקיד זרע בבנק הזרע בחייו

- הוועדה ממליצה כי במצב זה יש לפעול על פי הוראותיו המפורשות של האדם בלבד. לכן, בעת הפקדת זרע בבנק הזרע יתבקש בעל הזרע לקבוע במפורש את השימוש שהוא מבקש שייעשה בזרעו לאחר מותו. כמו כן, הוועדה ממליצה לכבד כל הוראה שנתן, שאינה סותרת את הדין, לרבות השמדת הזרע, שימוש בו לצורך הפרייתו (לבקשתה, כמובן) של מי שהיא בת זוגו בשעת מותו או של אישה אחרת, מתן רשות להורים או לקרוב אחר לקבוע את דרך השימוש בזרע וכן שימוש בזרע בדרך של תרומת זרע אנונימית או לא-אנונימית, על פי הכללים החלים על תרומות זרע. במקרים אלה, למעט, כאמור, במקרה של תרומת זרע, ייחשב המנוח לאביו של היילוד.

- שימוש להפרייתו של מי שלא הייתה בת זוגו של המנוח בעת הפטירה יחייב אישור בית משפט.
- בהתאם לאמור בסעיף 32 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ההנחייה לבנקי הזרע הינה כי יש לעדכן את טפסי ההסכמה כך שתופיע פסקה שבה המפקיד קובע מה הוא מבקש שייעשה בזרעו לאחר מותו.
- בקשה לשימוש בזרע של נפטר תוגש תוך חמש שנים מיום הפטירה (לאחר חמש שנים יש לדון בבקשה כבקשה חריגה בפני הוועדה הארצית).

<sup>15</sup> משרד הבריאות, המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל, בעריכת עו"ד אביטל וינר-אומן, ירושלים, אייר תשע"ב, מאי 2012

<sup>16</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מספר הנחייה: 1.2202, מתאריך א' חשוון התשס"ג, 27 אוקטובר 2003

<sup>17</sup> באנגליה, הדין אינו מאפשר שמירה של זרע או שימוש בו במוסד רפואי ללא הסכמה מפורשת.

Schedule 3 of the Human Fertilisation and Embryology Act (1990)

<sup>18</sup> ראה הערה 19 לעיל

- אדם שנפטר בלי שהפקיד זרע בבנק זרע - אם הנפטר השאיר הוראות מוקדמות בכתב המביעות במפורש רצון שיינטל ממנו זרע לאחר מותו והוראות בדבר השימוש בזרע, ניתן לפעול על פי הוראותיו, לבקשת בן זוגו או של אדם אחר שהמנוח קבע לצורך כך בהוראותיו. האמור יחול לגבי השימוש בזרע, בשינויים המחויבים.
- אדם שנפטר בלי שהפקיד זרע ובלי שהשאיר הוראות מוקדמות מפורשת –
  - נטילת הזרע - את ההחלטה בדבר הנטילה יש לקבל בסמוך למועד הפטירה ובזמן קצר ומוגבל והיחידה שיש להרשות לה לבקש את נטילת הזרע מן המת, היא בת הזוג.
  - באשר לשימוש בזרע - הוועדה ממליצה להמשיך ולקיים את האפשרות של שימוש בזרע על פי רצונו המשוער של הנפטר ולאפשר לבת זוגו הקבועה של הנפטר לעשות שימוש בזרעו. כמו כן ממליצה הוועדה שלא להפקיד בידי הוריי הנפטר, אחיו או ילדיו את הזכות להחליט בדבר השימוש בזרע.
  - הוועדה ממליצה כי בת הזוג הקבועה של הנפטר לא תידרש לקבל צו מבית המשפט לשם נטילת הזרע או השימוש בו, אלא אם כן לצוות הרפואי ספק אם המבקשת היא אכן בת הזוג הקבועה של הנפטר.



## העמדה ההלכתית

שאלת נטילת זרע מהמת מעוררת לא מעט שאלות הלכתיות, בעיקר מפני שפעולה זו דורשת פעולה רפואית פולשנית מסוימת בגופת המת, דבר הפוגע לכאורה, בעקרונות יסוד הלכתיים בנוגע לחילול המת<sup>19</sup>, כדלקמן:

- קדושת המת - בגמרא נאמר שמי שעוסק בגופתו של המת לא ייתן את עצמות המת בתוך שק וירכיבם על גב חמור, מפני שהדבר מבזה את המת<sup>20</sup>. כמו כן, מותר לעשות תכריכים למת ממטפחות של ספרי תורה שבלו, למרות שיש בהם קדושה ואסורים בהנאה, שכן הדבר נעשה לכבוד המת<sup>21</sup>. התורה מלמדת אותנו שכשאדם מת עדיין נותרת בגופו קדושה כלשהי, כיון שהגוף הוא נרתיק לנשמה<sup>22</sup>. מכאן ניתן ללמוד כי קדושת הגוף נמשכת גם לאחר המוות; ואם כך, אזי יש לבדוק, האם נטילת זרע מהמת מהווה פגיעה בקדושת גופו?
  - ניוול המת - משמעותו של מושג זה היא פעולה או מחדל הגורמים ביזיון למת. המקור לאיסור זה הוא הפסוק "ואהבת לרעך כמוך"<sup>23</sup>. גם הצורך להביא את המת לקבורה נובע אף הוא מאיסור ניוול המת. לפי רוב הדעות האיסור נאמר רק על מצב בו יש כוונה של ביזיון<sup>24</sup>. נשאלת השאלה, האם נטילת זרע מהנפטר מהווה משום ניוול המת וביזיונו?
  - הלנת המת - האיסור להלין את המת נלמד מהפסוק "לא תלין נבלתו"<sup>25</sup> וכידוע מצווה שלא להשתהות בהבאת המת לקבורה. מעבר לעניין הלנת המת, ההלכה קובעת שאם הקובר שייר חלק מן המת ללא קבורה, הוא לא קיים את מצות הקבורה בחלק זה; לכן עולה גם השאלה, האם יש בנטילת זרע מן המת, כלומר, שהוא איננו לכאורה נקבר במלואו, משום ביטול מצות הקבורה?
  - הנאה מן המת - האיסור ליהנות מן המת נלמד בגזרה שווה מפרשת עגלה ערופה<sup>26</sup>: כשם שעגלה אסורה בהנאה, גם גוף המת אסור בהנאה. איסור ההנאה מן המת שייך בכל גופו<sup>27</sup>, ולאור איסור ההנאה מן המת עולה השאלה, האם מותר לזכות בטובת הנאה הנובעת משימוש בזרעו של הנפטר?
- לארבעת הסעיפים ההלכתיים הללו, ניתן להוסיף שאלה מסכמת - האם משאלות ליבם של בני משפחתו של הנפטר, ובעיקר משאלות ליבה של אלמנתו או בת זוגו, נעלות ככל שיהיו, מצדיקות את הפגיעה בכבודו של המת! לגבי השאלה האם מאפשרת ההלכה לכתחילה ליטול מזרעו של המת – שאלה שכאמור התעוררה בעיקר בזמננו אנו, עקב ההתפתחות הטכנולוגית-רפואית, קיימות בהלכה שתי גישות עיקריות:
- הגישה הראשונה מתירה ליטול מזרעו של המת לצורך הפרייה חוץ גופית. לדידם של הפוסקים המצדדים בשיטה זו, "פגיעה" בגופו של המת מותרת לא רק בגלל פיקוח נפש, אלא גם מסיבות אחרות, כגון צער גדול; כך מותר ליטול קרנית מעינו של מת על מנת להשתילה בעינו של אדם עיוור, כיוון שגם צער גדול כעיוורון (הכרוך כמובן באיכות חיים ירודה) נחשב כפיקוח נפש, כדברי הרב צבי פסח פרנק<sup>28</sup>. בהיקש מכך, גם מניעת לידת ילדים מאשה היא צער גדול, כפי שסבור הרב משה פינשטיין בהתבססו על דברי רחל אמנו ליעקב: "הבה לי בנים, ואם אין מתה

<sup>19</sup> נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית מאת חנן שני, עמוד 61, 63

<sup>20</sup> מסכת ברכות דף י"ח פיסקה ע"א

<sup>21</sup> מסכת מגילה דף כ"ו פיסקה ע"ב

<sup>22</sup> שו"ת חתם סופר יו"ד חלק ב' זימן שלי"ו

<sup>23</sup> ספר ויקרא פרק י"ט פסוק י"ח

<sup>24</sup> שו"ת משפטי עוזיאל יו"ד סימן כ"ח, מתוך המאמר "נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית, חנן שני, עמוד 64

<sup>25</sup> ספר דברים כ"א כ"ג

<sup>26</sup> ספר דברים כא א-ט

<sup>27</sup> רמב"ם הלכות אבל פרק י"ד סעיף כ"א

<sup>28</sup> נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית, חנן שני, עמוד 65

אנכי<sup>29</sup> - על כן יש מקום להתיר הוצאת זרע מהמת לשם הפריית אלמנתו ומניעת צערה העמוק. מעבר לכך, איסור ניוול המת קיים רק כאשר הפעולה נעשית לשם ביזיון וללא תועלת, וודאי שנטילת זרע לצורך קיום מצות פרו ורבו היא תועלת נעלה, ולכן אין בכך משום ניוול המת, וגם לא משום הנאה מהמת (בדומה לקרנית). בנוסף, באשר לשאלת גזל המת, לא מתקיים כאן גזל משום שאין למת קניין על גופו לאחר המוות; ובמקרה בו המת עצמו חפץ בדבר (כגון במכתב או בצוואה), בוודאי שמותר לנתחו ואין זה נחשב לפגיעה בכבודו.

הגישה השנייה מתנגדת לנתיחתו של המת גם לשם נטילת זרעו לצורך הפרייה. גישה זו רואה בכך זלזול בכבוד גופו של האדם, עליו אנו מחויבים הן בחייו והן במותו. לפי גישה זו ניתן לוותר על כבוד המת רק במקרים של פיקוח נפש וסכנת חיים ממשית, ואלו אינם מתקיימים בנידונו. צערה של האישה על אי קיום צאצאים מבעלה המנוח אינו נכנס על-פי גישה זו, בגדר פיקוח נפש, וגם בלעדי זאת לא נחתם עליה הגולל להיות אמא<sup>30</sup>. ישנם רבנים הקובעים כי אסור ליטול זרע מגופו של המת, משום שמשאלות ליבם של בני משפחת הנפטר אין מספיקות כדי להצדיק שימוש בגוף המת וניוולו; יתרה מכך, אפילו אם נעשה כבר מעשה, וניטל זרע מן המת, הוא אסור בשימוש.

<sup>29</sup> בראשית ל' א'

<sup>30</sup> ר.ח. גראזי וי.ב. וולוסקי, "הורות מהקבר – על ההלכה ואתיקה בשאלות רפואיות חדשות"

## העמדה המוסרית

"החובה לקיים את צוואתו של אדם לאחר מותו, אינה נופלת בערכה המוסרי מן החובה להניח לו לממש את רצונו החופשי, במסגרת זכויותיו הבסיסיות בחייו"<sup>31</sup>.

התפיסה המוסרית העומדת בבסיס ההצעה לאפשר לאדם לבחור להקפיא את זרעו ולהחליט מה יעשה עימו, נובעת בין היתר מההכרה בזכותו של אדם על גופו ויכולתו לקבל החלטות הנוגעות לגופו. ביטוי לזכות זו היא האפשרות להעניק לאדם את היכולת להעמיד לעצמו צאצאים.

על פי תפישה זו, יש להתייחס להיבטים הבאים הקשורים לתורם<sup>32</sup>:

- יש לבחון את גבולות כיבוד רצונו של אדם והאם יש לקבל את הנחיותיו בכל מקרה? כך לדוגמה, אם אדם יבקש שזרעו ישמש להפריית אשת-איש<sup>33</sup>.
- יש לבחון את ההשלכות הפסיכולוגיות והמוראליות הנובעות מהתמודדות של בחור צעיר עם סוגיות הכרוכות בהקפאת זרעו לצורך עתידי<sup>34</sup>.
- יש להבטיח שהפנייה לחייל בהצעה להקפיא זרע תיעשה לאחר הסבר רציני ומקיף, ולאחר שתינתן לו האפשרות לשקול ולהבין את כל המשמעויות הנובעות ממעשה זה.
- יש לבחון מה יהיה התהליך שבסופו תינתן תרומת הזרע. תרומה ביום החיול עצמו עשויה להיות בעייתית וליצור מצב של "לחץ חברתי" אצל החייל אשר מעלה בסימן שאלה את עיקרון "ההסכמה מדעת" עליו יש להקפיד.
- יש לבחון את סוגיית החיסיון של מידע אודות החייל אשר יתגלה כתוצאה מלקיחת הזרע ובדיקתו (בתהליך הבדיקה נבדקות מחלות כגון איידס, והפטיטיס B).

<sup>31</sup> כשר אסא, "יתמות מתוכננת – התמונה המאוזנת", **ספר הדילמות באתיקה רפואית**, בעריכת רפאל כהן-אלמגור, הוצאת הקיבוץ המאוחד/מכון ון-ליר בירושלים, התשס"ב-2002

<sup>32</sup> ראה הערה 34 לעיל, עמ' 6.

<sup>33</sup> שלו כרמל, "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?", **אתיקה רפואה ומשפט**, 27, **נובמבר 2002**

<sup>34</sup> מסמך רקע לדיון בנושא: הקפאת זרע של חיילים במועד גיוסם לצבא, מוגש לוועדה לפניות הציבור, כ"ח בחשוון תשס"ג 3 בנובמבר 2002, כתיבה: איילת ברק-מדינה, עמוד 6

## 2. הולדה לאחר המוות - בין הורות טבעית למשפטית

"זעקת הדממה של חנה ה"מדברת על ליבה רק שפתייה נעות וקולה לא ישמע" (שמואל א, א, י"ג) ומתפללת "אל הנער הזה" (שמואל א, א, כ"ז), ודברים אין ספור בספרות שלנו ושל עמים אחרים, הם ביטוי מרשים לעוצמתה 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 שנולדו ואלה שטרם נולדו; אהבה של "מי ייתן מותי אני תחתיך" (שמואל ב, י"ט, א), הגוברת על תשוקת החיים שלו עצמו"<sup>35</sup>.

הולדה לאחר המוות משמרת מצד אחד את התפיסה הגנטית של ההורות, אך מוותרת לגמרי על מימד ההורות הפעילה/החברתית, וזאת בשם ההורות ה"טבעית". הולדה לאחר המוות היא חידוש, לפחות כשהיא נעשית בכוונה תחילה (ולא כתוצאה ממותו של האב בזמן ההיריון), ואשר על כן יש לתת את הדעת על המאפיינים הייחודיים ועל ההשלכות הנובעות ממנה.

ההורות שלאחר המוות מסתמכת על הקשר ה"טבעי", שאיפת הוריי הנפטר או בת זוגו היא לילד שהנפטר יהיה אביו הגנטי, אלא בשל מותו, נחוץ המשפט כדי להורות על שאיבת זרע מגופו של נפטר וכן כדי להכריע במחלוקת, אם זו מתעוררת, באשר לרצונו של הנפטר שיולידו צאצא מזרעו. המבקשים להוליד צאצא גנטי לנפטר לא קוראים תיגר על ההורות ה"טבעית", ולא מבקשים להירשם כהורים ולהחיל עליהם את מכלול החובות והזכויות שהחוק הישראלי מחיל על הורים (למשל כשמדובר בהוריי הנפטר)<sup>36</sup>. כמו אימהות חד הוריות הם קוראים תגר על הצורך בשני הורים מגדלים, ובמיוחד בצורך באב. במסווה של משפחה "מסורתית", המבקשים להוליד צאצא מזרעו של גבר מת קוראים תגר על הורות פעילה של האב וכמובן קוראים תגר גם על ההפרדה בין החיים למוות. כל אלו נמחקים למול חשיבות המשכיות הזרע<sup>37</sup>.

למרות המורכבות המשפטית, המוסרית והאתית של הולדה בעזרת שימוש בזרע או בביצית של נפטר או נפטרת, הסוגיה אינה מוסדרת בחקיקה ראשית, אלא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה. ביוני 2014 אף פורסם בעיתונות שהמדינה החליטה להכיר ב"צוואות ביולוגיות" שבהן אנשים מצווים כי יעשה שימוש בחומר הגנטי שלהם לאחר מותם לצורך הולדה<sup>38</sup>.

בקשות של בנות זוג לטול זרע מבן זוגן המת, סמוך לאחר מותו כדי להפרותן הונחו על שולחן בתי המשפט בארץ ובעולם. אלמנות וחברות עתרו לבית המשפט לקבל לידיהן לצורך הפרייה את זרעו של בן זוגן המת שהופקד בבנק הזרע בחייו<sup>39</sup>. בתי המשפט נתבקשו לקבוע את מעמדם של ילדים שנולדו לאחר מות הוריהם<sup>40</sup>; ואף להכריע בבקשות של רופאים לילד נשים הרות לאחר מותן בניגוד לרצון בני זוגן<sup>41</sup>. ברוב המקרים הכריעו בתי המשפט (יש שהסתיימו בפשרה ויש שעדיין תלויים ועומדים). עם זאת, קשה להצביע על מדיניות משפטית ברורה ועל הלכה

<sup>35</sup> דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פד"י נ(4) 661, 737 – מפי כבוד השופט טירקל

<sup>36</sup> סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

<sup>37</sup> סמך רקע לדיון בנושא: הקפאת זרע של חיילים במועד גיוסם לצבא, מוגש לוועדה לפניית הציבור, כ"ח בחשוון תשס"ג 3 בנובמבר 2002, כתיבה: איילת ברק-מדינה

<sup>38</sup> עידו אפרתי, "הורים שבנם מת יוכלו להוליד ילד מזרעו עם אישה זרה" הארץ 16.6.2014

<sup>39</sup> ה"פ (תל אביב יפו) 1922/96 פלונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ואח' (לא פורסם) וכן R v. Human Fertilisation and

Embryology Authority, ex p Blood [1997] 2 All ER 687 CA 1, BMLR 35 (1997)

<sup>40</sup> תמ"ש 18120/02 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם)

<sup>41</sup> מ"א (י-ם) 38/89 ביה"ח הדסה נ' חיים ממן, 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

מחייבת כל עוד לא נידרש בית המשפט העליון לכך. קשה שבעתיים כיוון שהמחוקק טרם אמר את דברו בעניין בצורה ברורה. אמנם פרסם היועץ המשפטי הנחיות בעניין זה<sup>42</sup>, אך הותיר את ההכרעה בידי בית המשפט. הצורך בהבהרת המצב המשפטי הוא, אפוא, כורח המציאות אף שאין בכך כדי למצות את הדיון בסוגיה מורכבת זו.

"זכותה וחובתה של המדינה להגן על ענייניהם של מי שאינם יכולים להגן על עצמם"<sup>43</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 להטיב עם בני האדם בכלל ועם זוגות המתקשים להעמיד צאצאים בפרט, הם חשובים וראויים לעידוד, אולם היישום והשימוש בטכנולוגיות המתקדמות מצריך שיעשו בזהירות מרבית, בהתחשב באינטרסים האחרים, ובעיקר באינטרס של היילודים שלא להביאם לעולם בכל מחיר, ותהא הורתם בדרך אשר תהא"<sup>44</sup>.

### הסוגיות המשפטיות

הסוגיות המשפטיות המתעוררות עם השגת היכולת ליצור היריון לאחר מיתה, מתאיי רבייה שהופקו לפני מיתה או לאחריה, מקיפות למעשה את מרבית ענפי המשפט. לדוגמה, המשפט החוקתי – האם הזכות להיות הורה על שני היבטיה, להיות הורה ושלא להיות הורה, עומדת לאדם גם לאחר מותו, בין שתאיי הרבייה הופקדו קודם הפטירה ובין לאחריה? לכאורה, שאלה רטורית, שכן אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד למותו<sup>45</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 נידרש לעשות מעשה. הזכות מתממשת מגופו בעזרה רפואית, כאשר הזרע הופקד בבנק הזרע בחייו.

הטעם האחר, המת מפסיק את חברותו הפיסית בתא המשפחתי אך לא את חברותו הרוחנית המורשתית. שכן, הסכם הנישואים המקים את התא המשפחתי, מלווה לכאורה, 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 בכוח המת למנוע מבן הזוג הנותר בחיים לממש את זכותו להורות שהיא, כאמור, חלק בלתי ניפרד מהסכם הנישואים, אלא אם הכוונה לעשות זאת מתאי הרבייה שלו והוא אסר בחייו את השימוש בהם לאחר מותו. יתירה מזו, מערכת המשפט מעניקה זכויות גם למי שאיננו אישיות משפטית המצויה פיסית בעולם, כגון עובר קודם לידתו<sup>46</sup>. ניתן אולי מכך להסיק, על דרך ההיקש ובשינויים המחויבים, כי גם למת עומדות זכויות

<sup>42</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 1.2202 מיום א' חשוון התשס"ד (27 אוקטובר 2003)

<sup>43</sup> רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן איכר (קטין), פד"י נא(4) 830, 861

<sup>44</sup> ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פד"י מ(2) 85, 96

<sup>45</sup> סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

<sup>46</sup> סעיפים 3(ב), 57(ד) לחוק הירושה; סעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968

מסוימות לאחר פטירתו, זכויות שרכש בחייו, דוגמת הזכות להורות לבד מזכותו המוגנת לכבוד<sup>47</sup> וכדברי כב' השופט ד"ר גבריאל קלינג :

" בהילכת נחמני נקבע<sup>48</sup>, כי גם אם האב המיועד בחיים, הרי משנתן הסכמתו לא יכול היה לחזור בו ממנה :

ניתן ללמוד מעצם מתן הזרע על ידי המנוח, שעה שלקה במחלה קשה. גם אם קיווה כי השימוש בזרע, לצורך הפרייה, ייעשה בחייו, הריי במחלתו, יש להניח כי ראה לנגד עיניו את האפשרות כי הזרע המוקפא ישמש להפריה, כאשר הוא עצמו לא יהיה בין החיים. מאוד ייתכן כי דווקא שאיפה זו, של הותרה בן אחריו, שהיא שאיפה טבעית נחלת רבים, היא שהניעה אותו לעסוק במתן הזרע, על אף חוליו. בנסיבות העניין די בהסכמה משמעותית זו כדי לראות את המנוח כמי שהסכים לשימוש בזרע על ידי המבקשת"<sup>49</sup>.

### הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

בשנת 2003 פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, הנחיות העוסקות בנטילת זרע לאחר המוות ובשימוש בו<sup>50</sup>. הנחיות אלו (שאינן נגזרות מהחקיקה) גובשו לאחר סידרה של דיונים שהתקיימו במשרד המשפטים, בהשתתפות נציגי רשויות המדינה הנוגעות בדבר ובשיתוף מומחים מתחומי הרפואה והמשפט. הנחיות אלו התוו את מודל הרצון המשוער, לפיו, בהיעדר אינדיקציה אחרת, יש להניח כי גבר שנפטר במפתיע היה רוצה כי זרעו ישמש את בת זוגו להולדה לאחר מותו, ולפיכך אין דרישה להבעת רצון מפורש של הנפטר טרם מותו בנוגע למה שיעשה בתאיי הרבייה שלו לאחר הסתלקותו מן העולם. זאת להבדיל ממצב שבו אדם השאיר "צוואה ביולוגית" בחייו שהורה בה מה לעשות בתאיי הרבייה שלו לאחר מותו.

תפיסת ה"רצון המשוער" מבוססת מחד גיסא, על מציאות החיים, לפיה אדם מן השורה אינו נידרש בחייו לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, ומאידך גיסא על ההנחה, שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, ובמיוחד כאשר בת זוגו רוצה בכך. לפיכך, נתגבשה העמדה, כי אין לעמוד על דרישת הסכמה מפורשת ומודעת, אלא ניתן להסתפק גם באינדיקציות ראויות מהן ניתן להסיק על רצונו המשוער של הנפטר.

בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה מתבטאת עמדת היועץ שמבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים: היסוד האחד, שיש לכבד את רצונו של הנפטר, הנובע מעיקרון המחייב לכבד את האוטונומיה של הפרט ואת זכותו של האדם לשלוט על גופו. היסוד השני הוא כיבוד רצונה של בת זוגו של הנפטר לממש את שאיפתה ותוכניתה ללדת ילד משותף לה ולבן זוגה, שאיפה אשר נקטעה באיבה בשל המוות.

נכונותו של היועץ המשפטי להכיר באינטרס של בת הזוג, מושתת על ההנחה, כי היא המייצגת הנאמנה ביותר של רצון בן זוגה המת, שכן היא הייתה האדם הקרוב אליו ביותר ושותפתו הטבעית לעניין. על כן, הרי היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של הנפטר באשר לעמדתו ולרצונו בצאצאים בכלל, ולשימוש בזרעו לאחר מותו בפרט<sup>51</sup>. אם לא היתה לנפטר בת זוג קבועה ומסוימת בחייו, לא ניתן יהיה – ככלל – לייחס רצון משוער לנפטר להביא צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו<sup>52</sup>. לכל קרוביו האחרים של הנפטר, לרבות הוריו, אין מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם לאחר מותו, כשם שאין להם מעמד בעניין אינטימי זה בחייו<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים, יוסי גרין, עמוד 13

<sup>48</sup> דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני ו-2 אח', פ"ד (4) 661

<sup>49</sup> ה"פ (ת"א) 1922/96 אלמונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ס.י ישראל בע"מ (לא פורסם) ניתן ב-28.10.1997

<sup>50</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מספר הנחיה: 1.2202, מתאריך א' חשוון התשס"ג, 27 אוקטובר 2003

<sup>51</sup> ראה הערה 44 לעיל - סעיף 17 להנחיות היועמ"ש

<sup>52</sup> ראה הערה 44 לעיל - סעיף 19 להנחיות

<sup>53</sup> ראה הערה 44 לעיל סעיפים 20-22 להנחיות

כאן נשאלת השאלה האם משתרעת הזכות להורות גם לאחר מיתה?<sup>54</sup>

המת כבר איננו כשיר ואיננו יכול לבצע פעולות משפטיות. לכן, גם אם עומדת לו זכות כלשהי, היא מתבצעת על ידי אחרים המגנים על זכויותיו. בין היתר, להעמיד צאצאים לאחר מותו. האומנם? 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, התשובה ברורה, שהרי זכויותיו של אדם פוקעות במותו<sup>55</sup> אך נראה כי לא היא. ישנם מצבים בהם עומדת לאדם הזכות לכבוד גם לאחר מותו, כפי שסובר פרופ' אהרון ברק<sup>56</sup>:

*"כמו בדבר תחילת החיים, כך גם בעניין 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, 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 ותוכניות שהחל בהם בחייו, ככל שקיימות 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 המפורד או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר"*<sup>57</sup>.

עם זאת, אין להסיק מן ההכרה במימוש ההורות לאחר המיתה כחלק מכבוד המת, היתר גורף להיעתר לכל בקשה לעשות שימוש בתאי רבייה של נפטרים. יש לכבד את רצונו של המת ולאפשר את ההפריה מתאי רבייה שהותרו אחריו או ניטלו ממנו סמוך לאחר מותו, כל עוד אין הדבר נוגד את טובת הכלל או פוגע ברגשות או אינטרסים לגיטימיים של הזולת. ברם, המתים נעדרי יכולת לקיים את רצונם ולהגן על כבודם. על כן נוטל בית המשפט על עצמו לקיום רצונו ושמירת כבודו של המת<sup>58</sup>.

מכאן, הכלל: *"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 ליש המתה לשלוט בחיים ללא הגבלה"*<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים", יוסי גרין, עמוד 32

<sup>55</sup> סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

<sup>56</sup> השופט אהרון ברק, *פרשנות במשפט פרשנות חוקתית* (כרך שלישי, תשנ"ה), 437

<sup>57</sup> ע"א 1482/92 אסתר הגר נ' חנה הגר, פד"י מז(2) 793, 801

<sup>58</sup> ע"א 1182/94 שחם נ' רוטמן, פד"י מו(4) 330, 347

<sup>59</sup> ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' משה לישיצקי, פד"י נה(1) 88, 116

## פסיקה זרה

למרות התקדמותה של הטכנולוגיה הרפואית, בפסיקה האמריקאית והאנגלית קשה למצוא התייחסות להולדה מזרע שניטל ממת סמוך לאחר הפטירה. לעומת זאת, נקבע כי מותר להשתמש בזרע שנילקח בחיים להפריה לאחר המיתה<sup>60</sup>.

לשאלת ייחוסם של ילדים שנולדו לאחר מות אביהם נידרש לאחרונה בית המשפט העליון במסצ'וסטס בעניין Woodward<sup>61</sup>. הגב' Woodward, ילדה תאומות מזרעו המוקפא של אביהן (זרע שהופקד בבנק הזרע עוד בחייו) שנתיים לאחר שנפטר מלוקמיה. האם פנתה למוסד לביטוח לאומי בתביעה לקבל את קצבאות הילדים עבור בנותיה, אך מנהל המוסד דחה את הבקשה 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 נידרש להכריע בה, הייתה אם לילדיה של אישה שהרתה מזרעו של בעלה המת לאחר פטירתו, זרע שהופקד ליצירת היריון בדרך של הזרעה מלאכותית, זכויות ירושה כמו ילדים טבעיים. 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:

*"In certain limited circumstances, a child resulting from posthumous reproduction may enjoy the inheritance rights of "issue" under the Massachusetts intestacy statute"*.<sup>62</sup>

נסיבות אלה יתקיימו בהתמלא שני תנאים: התנאי האחד, שההורה או התובע יוכיחו כי המנוח נתן את הסכמתו המפורשת 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<sup>63</sup>.

באנגליה ניתן לשאוב זרע מאדם שנפטר רק אם נתן לכך הסכמה מפורשת לפני מותו. אין ילד שנולד מהיריון שנוצר מזרעו של אדם לאחר מותו מתייחס אחריו כבנו<sup>64</sup>. פסק הדין המנחה באנגליה ניתן בעניינה של הגב' Blood<sup>65</sup>. שלוש שנים לאחר נישואיהם החלו בני הזוג Blood בניסיון להוליד ילד. אך עוד לפני שהספיקה הגב' Blood להרות, חלה בעלה בסרטן. כשמצבו של מר Blood החמיר והוא שקע בתרדמת סופנית, ביקשה אשתו מהרופאים המטפלים ליטול ממנו זרע בתקווה לעשות בו שימוש להפריה חוץ גופית אחריי מותו וללדת ילד מזרעו. הרופאים נטלו זרע ממר Blood סמוך לפטירתו, אך סירבו לבצע את ההפריה בטענה כי היא מנוגדת לחוק<sup>66</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

<sup>60</sup> Griswold v. Connecticut, 381 U.S 479 (1965)

<sup>61</sup> L. Woodward v. Commissioner of Social Security, 435 Mass. 536 (2002)

<sup>62</sup> Griswold v. Connecticut, 381 U.S 479 (1965), p.537

<sup>63</sup> Griswold v. Connecticut, 381 U.S 479 (1965), p.557

<sup>64</sup> Human Fertilization and Embryology Act 1990, c 37

<sup>65</sup> R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex p Blood [1997] 2 All ER 687 CA 1 BMLR 35 (1997)

<sup>66</sup> Human Fertilization and Embryology Act, section 4(1) 5



הסכמת שני בניי הזוג, הסכמה שמר Blood לא יכול היה לתת בשל מצבו הרפואי. ואכן, בית המשפט דחה את הבקשה בשל היעדר הסכמה מפורשת של המנוח, וכן משום שנטילת זרע מותרת לשימוש מיידי ולא להקפאה:

*"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>67</sup>

החוק בקנדה, בצרפת, בגרמניה ובשוודיה אוסר הפריה לאחר המוות. המועצה הלאומית של הפדרציה של רופאים באיטליה קבעה בראשית 1995 שאסור לגניקולוגים, בין היתר, לסייע בהפריית נשים פנויות (כולל אלמנות).

בשוודיה הזרעה מלאכותית מותרת רק אצל אישה נשואה או אישה הנמצאת במצב של קו משפחתי יציב (למשל, סטטוס של ידועים בציבור), ורק לאחר קבלת הסכמתו הכתובה של בן זוגה. על ההזרעה להתבצע בבית חולים ציבורי לאחר בדיקה, שבה לא רק הרופא, אלא גם נציג שירותי הרווחה ופסיכולוג מאבחנים אם הטיפול המבוקש מתאים בנסיבות הפסיכו סוציאליות של הזוג הנדון. ההזרעה תתבצע רק אם סביר להניח שהילד יגדל בתנאים טובים. הנורווגים הרחיקו לכת עוד יותר. הם מאפשרים הפריה חוץ גופית רק לזוגות נשואים.

בית המשפט הגבוה לצדק בטולוז, צרפת<sup>68</sup>, קבע בשנת 1991 כי רצון לגיטימי בילד איננו יוצר זכות בלתי מותנית לילד. גורמים כגון טובת הילד לטווח ארוך, כולל הצורך של הילד באב, קודמים לזכות להורות. התרת הפריה לאחר המוות תעודד יצירת "מזכרות של ילד", תשתמש בהן כאמצעי ותשנה לחלוטין את משמעות ההפריה וההורות.

התקדים של הולדת יתום מתוכנן באיטליה הביא בעקבותיו פעולה של המועצה הלאומית של הפדרציה של רופאים. הקמתה של הוועדה לדיון בהפריה בסיוע הרפואה בשוודיה, כבר בשנת 1981, היתה ביוזמת החברה השוודית לרפואה. בישראל, בנק הזרע, שאליו הופנתה בקשת האלמנה לקבלת הזרע של בעלה ז"ל, לא מצא שיש בפנייה חריגות המצריכה חשיבה. גם הרופאים והמוסדות הרפואיים המעורבים בתהליך ההפריה לא מצאו שיש בנסיבות המקרה מקום לדיון. קולה של ההסתדרות הרפואית בעניין לא נשמע. ועדת אלוני ממליצה להסיר את כל המגבלות בנושא.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> I. Kennedy & A. Grubb, Medical Law (3<sup>rd</sup> Ed., London, 2000), 1308 – 1314, p.697

<sup>68</sup> Time, The Weekly News Magazine (17 April, 1995), p.12

<sup>69</sup> ד"ר רות לנדאו- "יתמות מתוכננת", דילמות באתיקה רפואית, 203 (2002), עמוד 214, 215

### 3. צוואה ביולוגית

במהלך מבצע "עמוד ענן" בנובמבר 2012, התפרסמה ב"הארץ" ידיעה על עלייה במספר חיילי המילואים המבקשים להקפיד את זרעם למקרה שייהרגו בלחימה, וזאת כדי שבנות זוגם תוכלנה להרות מהזרע המוקפא<sup>70</sup>. ה"עלייה" לכאורה במספר המבקשים דווחה לכתבי עיתון "הארץ" על ידי אירגון "משפחה חדשה".

ארגון "משפחה חדשה", הוא ארגון אשר החל את דרכו בייצוג בני זוג בני אותו מין אשר ביקשו להכיר בהם כבני זוג לכל דבר ולקבל תנאים השמורים היו רק לבני זוג נשואים ב"מודל" הקלאסי.

בשנת 1998 עת הוקם הארגון לא היתה החברה בארץ מוכנה רעיונית לקבל את המצב בו זוגות בני אותו מין יינשאו בטקס חתונה, יצהירו בפומבי על זוגיותם ויבקשו לעצמם זכויות אשר עד אותה עת היו שמורות כאמור רק לבני זוג נשואין באופן המסורתי והמקובל. הנושא היה חדש ולא פשוט לעיכול. לזכות מייסדת הארגון יש לומר כי היא זיהתה את הפוטנציאל הגלום בייצוג אוכלוסייה אשר לא היה לה עד אותה עת מי שיאזין לקולה באוזן קשבת וראש פתוח ונתוח בפני זוגות אלה את הדלת. ברבות השנים כאשר מודלים משפחתיים שונים הפכו נפוצים וגלויים יותר והמושג משפחה במובנו המסורתי קיבל פנים חדשות כדוגמת זוגות בני אותו מין, זוגות מעורבים, אמהות יחידניות וכו' עשה לעצמו הארגון שם כגוף המייצג משפחות אלה ודואג לזכויותיהם.

ערב הקמתו אף ניסח הארגון, הצעת חוק בשם "חוק יסוד המשפחה" תוך שהוא מבקש לעגן בחוק יסוד את הזכות להורות כזכות יסוד לכל אדם שהגיע לפרק<sup>71</sup>. הצעה זו לא באה לידי מימוש יש להניח גם בשל המבנה הפוליטי של ממשלות ישראל מאז ועד היום.

שורה ארוכה של טקסטים משפטיים – פסקי דין, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, חיבורים אקדמיים ועוד – מניחה שהכמיהה לילד טבועה בכל בני האדם, ושהיא אחת מהכמיהות האנושיות החזקות ביותר. המסקנה הנגזרת מכך בספרות המשפטית היא שעל המשפט להכיר בה ולאפשר ככל הניתן את מימושה.

ארגון משפחה חדשה הגה את רעיון הצוואה הביולוגית בשנת 2001 ואף רשם סימן מסחר על מושג "הצוואה הביולוגית". הצוואה הביולוגית היא צוואה הנערכת בדרך בה נערכת צוואה עפ"י חוק הירושה, אלא שבניגוד לצוואה המוכרת לנו בה אדם מצווה מה יעשה בנכסיו לאחר מותו, מתייחסת הצוואה הביולוגית לרצונו של אדם להוריש ליקיריו את החומר הגנטי שלו, ממנו ניתן להמשיך את החיים לאחר הסתלקותו מן העולם. הצוואה עוסקת בהקמת דור המשך לנפטר מזרעו, לאחר מותו<sup>72</sup>.

בצוואתו הביולוגית כותב המצווה הוראות מעשיות, באמצעותן קובע מה יעשה בזרעו במקרה שילך לעולמו: האם בת זוגו תוכל לעבור טיפוליי הפריה מהזרע ולהוליד לו ילדים? אם כן, זה יאפשר הקמת דור המשך לנפטר על ידי האישה שחלקה איתו את חייה לפני שהלך לעולמו; שכן אם הנפטר היה נותר בחיים, אותה אישה היתה יולדת את ילדיו בדרך טבעית.

<sup>70</sup> דן אבן ורוני לינדר-גנץ, "עשרות מילואימניקים ביקשו הקפאה או שאיבת זרע לאחר המוות", הארץ 19.11.2012.

<sup>71</sup> הצעת חוק יסוד המשפחה סעיף 3 כדלקמן: זכות ההורות – זכות להיות הורה היא זכות יסוד לכל אדם שהגיע לפרקו.

<sup>72</sup> מתוך משפחה חדשה, הארגון לקידום זכויות המשפחה, מדריך לזכויות המוריש והיורש עמוד 25

אפשרות אחרת שקיימת למצווה היא לתת הרשאה להוריו למצוא, לאחר מותו, אישה שתהיה "אם מיועדת". אישה זו תעבור טיפוליי הפרייה ותלד ילדים, שיהיו ילדיו הביולוגיים של המנוח ונכדים ביולוגיים להוריו, כאשר האם המיועדת תהיה זו שתגדל אותם.

הארגון הפיץ את דבר קיומה של הצוואה הביולוגית במהלך מבצע "צוק איתן" יש להניח מתוך כוונה שהחיילים היוצאים למילואים או נמצאים בשירות סדיר והיוצאים למבצע צבאי ממנו קיים חשש כי לא ישובו או ישובו בגועים בדרך כלשהי אשר תפגע ביכולתם להביא ילדים בדרך טבעית, יוכלו להקפיד את זרעם.

כיום מדווח ארגון "משפחה חדשה" על כ- 800 צוואות ביולוגיות המופקדות בידי. יש לזכור כי ארגון "משפחה חדשה" קם במקור כדי לתת תמיכה לצורות השונות של משפחות אשר התפתחו בשנים האחרונות. בעיקר אלו של בני אותו מין. הדבר ראוי לציון כיון שהוא מעורר תהיות לא מעטות בעניין הבסיס עליו הושתת רעיון הצוואה הביולוגית ומה הוא נועד לשמש כמחשבה ראשונית.

הצוואה הביולוגית במתכונתה הנוכחית, לוקחת את הכוונה המקורית ועושה בה שימוש אשר מייצר בהכרח משפחות מסוג חדש אשר לא ניתן להתייחס אל המשמעות שלהן בקלות ראש ויש ליתן את הדעת על משמעותן מרחיקת הלכת לא רק בכאן ועכשיו אלא על הדורות הבאים.

### המצב המשפטי

בפרשת נחמני<sup>73</sup>, אולי אחת הפרשות המפורסמות ביותר שעסקה בזכות להורות לעומת הזכות שלא להפוך להורה, מתוארת ההורות כ"כמיהה אנושית בסיסית".

כיום לא קיים חוק המסדיר את השימוש בזרעו של הנפטר – לא בארץ ולא במדינות אחרות בעולם. יחד עם זאת, ישראל היא כנראה המדינה הראשונה בעולם שהתייחסה לנושא בהנחיות מפורטות וברורות שהוציא היועץ המשפטי לממשלה בחודש אוקטובר 2003. ההנחיות מסדירות את הטיפול בבקשות של נטילת זרע לאחר המוות, ושימוש בזרע זה לצורך הולדת ילדים למנוח לאחר מותו. ההנחיות אינן מהוות חוק או פסיקה מחייבת, אלא הן עמדה של המדינה, הקובעת כיצד יש להתייחס לבקשות בעניין שימוש בזרע של אדם שמת, אם יוגשו לבתי המשפט.

בפסק דין נוסף<sup>74</sup>, פלוניס נ' היועמ"ש, שעסק בבקשה לצו עשה וקיום "צוואה ביולוגית", טען ב"כ היועמ"ש כי "לא קיימת מניעה חוקית לאשר למבקשת את השימוש המבוקש בזרע המנוח. בין השאר, מאחר שמן הבקשה ומנספחיה עולה לכאורה כי המנוח הפקיד את זרעו בחייו, וציין מפורשות כי רצונו הוא שייעשה בו שימוש לאחר מותו, גם בדרך המבוקשת בבקשה שבפנינו". המנוח הותיר אחריו צוואה בכתב, שנחתמה על ידו ביום 4/11/08, שלושה ימים לפני מותו. בצוואה נכתב כדלקמן: "במידה ואין לי בת זוג או שבת זוגי לא תהיה חו"ח בין החיים היא כוחה של הרשאה זו כלפי הוריי או מי מהם, אשר יוכלו לפעול למציאת אישה פנויה שתשמש אם מיועדת לצאצאי שיוולדו מן הזרע המוקפא".

נראה כי הצורך האנושי להביא צאצאים בדמותו של האדם, ולהנציח אותו, הוא זה שעומד מאחורי הרצון שיוולד ילד לאב שאינו בין החיים<sup>75</sup>. מי שעשוי ליזום, בין היתר, לקיחת זרע ממת, הם הורים שכולים שבנם נפטר ממחלה, תאונה או מלחמה, שמתקשים להשלים עם האובדן ומאמינים שילד עשוי להקל על ההתמודדות עם הכאב או שהם

<sup>73</sup> דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, פסקה 34, עמ' 697

<sup>74</sup> תמ"ש (חד) 7930-11-09 פלוניס ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (10 באפריל 2011)

<sup>75</sup> אבהות לאחר המוות "יתמות מתוכננת", עדנה כצנלסון, עמוד 33

רוצים שיהיה לו המשך. לשם כך הם מוכנים להיות ספק סביבם ספק הורים לילד של הבן שאיננו. הם רואים את עצמם כשליחיו של בנם שמת וכממלאים את רצונו להמשכיות זרעו.

גם אלמנה או חברתו של המת יכולה ליזום מהלך כזה: לעיתים כי זו הייתה צוואתו המפורשת או הנרמזת של המת, לעיתים כדי להנציח אותו או את אהבתם המשותפת, רצון לא ממומש לילד, צורך פסיכולוגי להתכחש למוות (הוא לא מת אם ילדו חי) או כתוצאה מלחצם של הורי המת שהאלמנה או החברה לא יכולות לעמוד מולם ולהתנגד. גם מגיע כלכלי יכול ויהווה שיקול: רצון לזכות בירושה של המת.

במקרים של בקשה ללדת ילד אשר ידוע מראש כי יהיה יתום מאב, בתי המשפט בודקים מה הוא רצון המת. רצון המת עשוי להיות מפורש: קיום "צוואה ביולוגית" (צוואה ביולוגית מבטאת את רצונו של אדם להוריש את החומר הגנטי שלו, שממנו ניתן ליצור חיים) או רצון משתמע: המנוח רצה ילדים והביע רצונו בכך שדיבר על ילדים עם בני משפחה ו/או חברים. הצעת החוק של "בנק זרע לחיילים" מכוונת לפתור מצב נוסף, הוא המצב של אובדן פוריות (ולא רק מקרה של מוות) – גם אם החייל יפצע כך שתיפגע פוריותו, הוא יוכל להשתמש בזרע שלו שנישמר מראש, ובכך לממש את זכותו להורות למרות הפגיעה הפוגענית.

לרציונאל להצעה להקים בנק זרע לחיילי צה"ל ולאפשר את קיום הזכות ללדת יתום, צריך שיתווסף ההיבט המשפטי ויש לבחון את הנושא לאור החוקים הבאים<sup>76</sup>:

1. **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** – סעיף 4: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". כבוד האדם בענייננו משמעו, בראש ובראשונה כבוד המת, רצונו המפורש או המשוער של הנפטר. וכבוד החיים, הינו רצון משפחת הנפטר, אהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר".
2. **חוק האנטומיה והפתולוגיה** – המסדיר את הטיפול בגוויות המתייחס לניתוחים שלאחר המוות. כדי ליטול זרע מן הנפטר, יש צורך בביצוע פעולה פולשנית, המהווה ניתוח וכפופה לחוק הנ"ל. החוק מאפשר נטילת איבר מגופו של אדם מת, אך ורק לצורך הצלת חיים, אך לא לצורך יצירת חיים חדשים.
3. **תקנות בריאות העם** – תקנות אלו מסדירות את השימוש בזרע, לצורך ביצוע ההפריה, גם לאחר שכבר נשאב הזרע מן המת.
- ישנו טיעון כי "יש להשמיד את הזרע לאחר פטירתו של האדם, אלא אם כן הגיעה בקשה בכתב של אשתו, וזאת לא יאוחר משנה מיום פטירתו" (תיקון משנת 1990). קיימת סתירה בין שתי התקנות – ויש מידה רבה של הקלה עבור תרומת ביצית (או זרע) מאדם פנוי, לעומת תרומה מאדם נשוי. כל עוד החוק לא תוקן, אין אפשרות לעשות שימוש בזרע של חייל פנוי, שנפל בעת שירותו, אלא אם המחוקק הקל את תנאיי ההתרמה של תורמים פוטנציאליים, בלתי נשואים ועל כן יש ללמוד מכך.
4. **"כבוד האדם"** – הטיעון הינו כי ייתכן ומתן אפשרות זו היא נגד רצונו של החלל, גם אם הסכים להפקיד את זרעו, עם גיוסו ומשפחתו, בוחרת לקבל החלטות שכולן כולן הן אגואיזם צרוף.

## רצונו של המת

אמנם צוואת הנפטר לעשות שימוש ב"חומר הגנטי" שלו, אם היא קיימת, מבטאת רצון בהמשכיות ללא קבלת האחריות ההורית לתוצאותיה<sup>77</sup>, אבל חשוב להבהיר כי לנפטר אין זכויות. אדם כשיר לזכויות וחובות מלידתו ועד מותו. אבל למרות שהמת אינו נושא זכויות, קיימות חובות כלפיו, בהיותו אדם שניברא בצלם.

<sup>76</sup> מתוך נייר העמדה: הזכות ללדת יתום", ד"ר יונה ושרית ברגור

חירות ההולדת אינה מוחלטת. יש צורך לתת את הדעת על הצורך להתחשב בדת היהודית אשר בה, יש איסור ניוול המת, וכן איסור הנאת המת. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בבירור כי לא זו בלבד שלאדם יש זכות על גופו אלא יש לו גם זכות להגנת המדינה על גופו. יש לשאול, את האינטרסים של מי משרתת ההולדה? מה היה הרצון של המת? האם הרצון הזה ידוע? האם ניתן לשער מהו?

יש טוענים שחזקה על אדם שהוא רוצה בהמשכיות של העמדת צאצאים לאחר מותו. האומנם כן? שמא החזקה צריכה להיות הפוכה – כלומר, חזקה על אדם שאינו רוצה בלידתם של ילדים שלא יזכה לגדל בעצמו. אם כך, כדי לסתור את החזקה יש לדרוש ראייה לרצון המת, בין בכתב ובין בעל פה. יש להיזהר מהסקת מסקנות מהתנהגויות ומהוכחות נסיבתיות אחרות לרצונו המשווער – למשל, העובדה שהנפטר השתתף בטיפולי פוריות לפני מותו. יש בכך להעיד על רצונו להיות הורה בחייו, אבל לא ניתן ללמוד מכך מה היה רצונו לאחר מותו.

אפילו הביע המת רצון מפורש בעודו בחיים, לא די בכך. האדם אינו הבעלים של תאיי הזרע או הביציות. לכל היותר יש לו זכות, בעודו בחיים, לקבוע אילו שימושים ייעשו בו. צוואה של זרע (או של ביציות מופרות) איננה כצוואה של רכוש. הזרע אינו נכס סחיר. כמו כן ציווי של זרע איננה דומה לכרטיס אדי לתרומת איברים. מטרות השימוש בו אינן הצלת חיים, אלא יצירת חיים חדשים. אפילו אם אדם תרם את גופו למדע, ייתכן כי יש צורך בהוראה מפורשת שהוא מסכים להנצלה של תאיי הרבייה שלו לצורכי מחקר ובמיוחד מחקר שנושאו קשור לרבייה.

שאלת רצונו של המת מורכבת משני מישורים: האחד, רצונו להביא צאצא לעולם; והשני ביצוע פעולה זו על ידי תהליך רפואי שכרוך בו טיפול פולשני בגוף הנפטר.<sup>78</sup>

בשנת 2003 פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות העוסקות בנטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו.<sup>79</sup> הנחיות אלו, התוו את מודל הרצון המשווער: בהעדר אינדיקציה אחרת, יש להניח כי גבר שמת במפתיע היה רוצה שזרעו ישמש את בת זוגו להולדה לאחר מותו.<sup>80</sup> תפיסת הרצון המשווער היא למעשה קביעה בדבר ברירת המחדל במקרים בהם אדם מת צעיר, בלא שהרהר בהורות שלאחר המוות או הביע את עמדתו בנידון. במצב זה, ההנחה היא כי רוב הגברים בחברה יהיו מעוניינים להעמיד צאצאים מבת זוגם, גם לאחר מותם, אלא אם כן הביעו עמדה מפורשת או משוערת נגד שימוש כזה בזרעם טרם מותם (ולמה שיעשו זאת?). ההנחיות מסבירות במפורש כי מכיוון שדרישה להסכמה מדעת של המת בלתי אפשרית במקרים רבים, אילו הייתה מוצגת כתנאי היה מספר ההיתרים הפוטנציאליים מצטמצם עד מאוד. לפיכך הנחיות היועץ המשפטי אינן דורשות רצון מפורש של המת לעשות שימוש בזרעו.

מצב משפטי זה, כפי שמשקף בהנחיות היועמ"ש, הוא ככל הנראה המתירני ביותר בעולם. למעשה, ברוב המדינות אין התייחסות לנושא בחוק או בתקנות פורמליות. כאשר קיימת התייחסות משפטית, לרוב היא אוסרת, כמו בגרמניה, צרפת, שוודיה, קנדה, הונגריה וסלובניה. מדינות אחרות כמו בלגיה, אנגליה וחלק מהמדינות בארצות הברית מתירות הולדה לאחר המוות רק על סמך הסכמה בכתב של המת. ההנחיות הישראליות משנת 2003, שאף קיבלו משנה תוקף בשנת 2012 במסגרת המלצות ועדת מור-יוסף<sup>81</sup>, ייחודיות בהשוואה בין – לאומית: הן היחידות המאפשרות הפריה לאחר המוות גם בהעדר הסכמה כתובה של המת.

<sup>77</sup> ד"ר רות לנדאו- "ייתמות מתוכננת", **דילמות באתיקה רפואית**, 203 (2002), עמוד 214

<sup>78</sup> מאמר דיעה של הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני, הפריית אישה מזרע חברה שנירצח, **המרכז ליישומי משפט עיברי** (ישמ"ע), 12.6.05

<sup>79</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202, נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו, 27.10.2003

<sup>80</sup> רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים מאת יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז, תשע"ד-2015

מתוך **סוציולוגיה ישראלית טז(1) עמוד 40**

<sup>81</sup> המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייה וההולדה בישראל (2012), ירושלים: **משרד הבריאות**

כאמור, הנחיות היועץ המשפטי מתירות שימוש בזרע ממת רק למי שהייתה בת זוגו בחייו, אלא שהן מופנות לגופים של הרשות המבצעת בלבד, ואינן מהוות מסגרת נורמטיבית מחייבת לרשות השופטת.

מאז שנת 2000 דנו בתי המשפט לענייני משפחה בכמה בקשות פרטניות לשימוש בזרעו של מת. בעשרה מקרים נבעה הבקשה מהתקשרות בין הורים שביקשו לעשות שימוש בזרעו של בנם המנוח לבין אישה שלא הכירה אותו או אותם בימי חייו. במקרים אלה, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי, נטו בתי המשפט להרחיב את תחולת ההיתר להשתמש בזרע ממת. בשלב ראשון התירו להורים של נפטרים לשאוב זרע מבנם המנוח. לאחר מכן התירו לאישה זרה למנוח להרות מזרעו, ובכך להפוך את הוריו לסבא ולסבתא ולהפוך בעצמה לאם יחידנית לילד או לילדה מאב ידוע, שמשפחתו מעורבת בגידול הילד. לאחרונה פורסם כי כמו בתי המשפט לענייני משפחה, גם היועץ המשפטי הנוכחי, עו"ד יהודה וינשטיין, הרחיב את תחולת ההיתר לנשים שלא הכירו את המנוח ומעוניינות להיות מופרות בזרעו, בתיווך הורי המנוח, בניגוד לעמדתו של אליקים רובינשטיין משנת 2003. הליך ההחלטה נוהל בדלתיים סגורות וחוות הדעת הזו אינה נגישה עדיין לניתוח.

המקרה התקדימי בעניין זה הוא מקרה עידן שניר, שחלה בסרטן, הקפיא זרע לפני שהחל בטיפולים ונפטר בגיל 82<sup>22</sup>. בית המשפט לענייני משפחה בחיפה התיר באופן תקדימי לאישה רווקה בת 40 לעשות שימוש בזרעו של הבחור אותו מעולם לא פגשה. פסק הדין ניתן בעקבות פנייתה של האישה, ביחד עם ארגון "משפחה חדשה", להוריו של המנוח שאישרו לה להרות מזרעו. תקדימיות הפסיקה היא בכך שהאישה אינה מתכננת להיות אם פונדקאית של הילד, אלא לגדל אותו כאם. עד כה, במקרים דומים, היה נהוג כי הורי המנוח היו אלה שגידלו את התינוק. הנחיות היועץ המשפטי משנת 2003 מהוות תשתית לעמדתה הייחודית של מדינת ישראל. בראשיתן מסבירות הנחיות היועץ כי: "שאלה זו [נטילת זרע ממת] מחייבת התמודדות בהיבט הכולל של הנושא, מנקודת מבט מוסרית-חברתית רחבה, המייחסת משקל רב לרצונו הקונקרטי של הפרט בו מדובר (הנפטר), וזאת תוך בחינת מכלול הערכים החברתיים והמוסריים המעורבים בסיטואציה זו והתחשבות בהם, כמו גם ביתר השאלות הקשורות בהולדה בכלל".<sup>83</sup>

<sup>82</sup> תמ"ש (קריות) 13530/08 "משפחה חדשה" נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.09)

<sup>83</sup> רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים מאת יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז, תשע"ד-2015 עמוד 41

## 4. מעמד האלמנה או בת הזוג

בעשור האחרון, אנו עדים לפניית של נשים לבית המשפט בבקשה שיתיר להן לעשות שימוש לצורכי הפריה בזרע של בן זוגם שנפטר. במרבית המקרים מדובר בבני זוג, שבהם הגבר מפקיד את זרעו בבית החולים לאחר שהתגלתה אצלו מחלה, שהטיפול בה עלול לפגוע בפוריותו. כך היה למשל בעניין פסק הדין "פלונים"<sup>84</sup>, ובפסק דין "פלונית"<sup>85</sup>. יצויין, כי אין מניעה שבת הזוג תבקש שישאבו זרע מבן זוגה בסמוך לאחר פטירתו, במידה שהוא נפטר בנסיבות פתאומיות כתוצאה ממלחמה, תאונת דרכים, דום לב וכיו"ב<sup>86</sup>. יש להניח, שבמקרים בהם בעל הזרע נותן הסכמה מפורשת לבת זוגו להשתמש בזרעו לצורכי הפריה, על בית המשפט להיעתר לבקשה. כך, למשל, בפרשת פלונים אישר בית המשפט המחוזי בחיפה, ונתן תוקף של פסק דין להסכמה שהייתה בין בעל הזרע ומשפחתו לחברתו, לפיה היא תהא רשאית לעשות שימוש בזרעו לצורכי הפריה במידה שהוא ימות במהלך טיפולים שעבר בעקבות מחלת הסרטן.

במקרים אחרים, בהם אין כל הסכמה מפורשת של בעל הזרע, אימץ בית המשפט את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובאה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, וקבע כי: "ראוי ללכת בנתיב ההנחה הבסיסית שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, כאשר בת זוגו מעוניינת בכך אלא אם הביע אותו אדם התנגדות מפורשת או משוערת נגד המשכיות כזו".

ככל שאין עולה אחרת מנסיבות העניין, ההנחה היא שבת הזוג היא המייצגת הנאמנה ביותר של רצון בן-זוגה המת, שכן היא היתה האדם הקרוב אליו ביותר, ושותפתו הטבעית לעניין הנדון, ועל כן הרי היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של הנפטר באשר לעמדתו ולרצונו בצאצאים בכלל, ולשימוש בזרעו לאחר מותו בפרט.

לעניין זה יפים דבריה של כבוד השופטת שטרסברג-כהן<sup>87</sup>:

"ניתן לסווג את ההסכמות שבין בני זוג נשואים להסכמה כללית, עיקרית ומרכזית, שהיא הסכמה לחיים משותפים כבני זוג ולהסכמות תכליתיות להשגת מטרה ספציפית במסגרת חיי הנישואין, שהחשובה בהן היא ההסכמה להביא ילדים לעולם".

כל האמור לעיל, ייבחן, כמובן, בכל מקרה לפי נסיבותיו הקונקרטיים, שהרי המציאות האנושית מגוונת ורבת פנים, ויש לנהוג בזהירות רבה בכל הכללה לעניין זה.

מקום שלנפטר לא היתה בת זוג קבועה ומסויימת בחייו, לא ניתן יהיה – ככלל – לייחס רצון משוער לנפטר להביא צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו. רצון לצאצא כרוך, מטבע הדברים, גם בבת הזוג למעשה יצירה זה. בהעדר בת זוג כאמור אין להיענות לבקשה, וזאת בשל צירוף של היעדר אפשרות של ייחוס רצון משוער קונקרטי לנפטר, והיעדר אינטרס ציבורי להתיר שימוש בזרע שלאחר המוות כאשר אין בת זוג המבקשת לממש את ההורות מבן זוגה שנפטר.

ההנחיה של היועץ המשפטי נותנת מעמד עליון לבת הזוג מכוח זכותה העצמאית להורות<sup>88</sup>, בניגוד להורי הנפטר, שזכותם לנכד איננה מוכרת בדין<sup>89</sup>. עולה השאלה אם הזכות להורות כוללת זכות ספציפית להורות מבן הזוג הנפטר דווקא,

<sup>84</sup> ה"פ 429/96, פלונים נ' בנק הזרע ואח' (לא פורסם)

<sup>85</sup> ה"פ 1922/96, פלונית נ' פלוני ואח' (לא פורסם)

<sup>86</sup> ראה פסקי דין, ה"פ 10440/99, פלונית נ' היועץ המשפטי (לא פורסם), בש"א 1130/01, פלונית נ' בית החולים רמב"ם ואח' (לא פורסם), ותמ"ש 11870/03, י.ש. נגד מדינת ישראל

<sup>87</sup> בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 685

שהרי האישה, שהיא בדרך כלל עדיין צעירה, יכולה להגשים זכות זו בדרכים אחרות, ולכן אין זו משוואה פשוטה של זכותה של החיה מול רצונו המשוער של המת.

מנגד, אפשר לטעון שלאישה שבחרה לקשור את גורלה בגורלו של אחר, צריכה להיות זכות להרות מאותו אדם<sup>90</sup>, ושהמדינה צריכה לעזור לה לממש זכות זו ולא להתערב בבחירת אבי ילדה, אם לא מתעורר אינטרס ציבורי נוגד. מדיניות מימון טיפולי ההפריה הקיימת כיום<sup>91</sup> מבטאת חובה זו של המדינה, ויכול להיות שניתן להסיק מכך לגבי חשיבותה של הזכות גם כשמדובר במקרה שאין הסכמה מפורשת.

ההנחיה אינה דורשת שבני הזוג יהיו נשואים, אלא שיתקיימו ביניהם יחסים ממושכים ושטבעי להניח שהיו באים ילדים לעולם מקשר כזה<sup>92</sup>. אמנם דרישה זו מצמצמת במידה רבה את הזכאות לשימוש בזרע הנפטר, שאם לא כן לכל אישה תהיה עילת תביעה לשימוש בו (למשל מעריצותיו של זוהר ארגוב ז"ל היו מבקשות את זכות השימוש בזרעו לולא תנאי זה, ולמרות זאת יש לחשוב אם דרישה זו איננה מקילה מדי, והאם לא ראוי לדרוש קשר נישואים כדי לאפשר את השימוש בזרעו של הנפטר, שכן ייתכן שלאדם מסוים היו מספר בנות זוג רציניות בסמוך למותו. הרי עצם הנישואים מהווים הצהרת כוונות ברורה יותר מחיים זוגיים להבאת ילדים לעולם, אף ללא קשר למשך היחסים לפני המוות.

לדעתנו, ניתן יהיה להכריע בכל מקרה לגופו, ולכן ראוייה עמדת היועץ כי אין לדרוש נישואים ככלל מוחלט. במציאות החיים המודרנית בישראל ישנם בני זוג שמקימים משפחות ללא נישואים, ויש לכבד את זכותם השווה להורות. עמדה זו גם תאפשר בעתיד את הרחבת תחולת ההנחיה גם על זוגות חד מיניים, אם כי במקרה כזה אולי תעלה שוב השאלה אם אכן מוצדק מעמדו של בן הזוג מאחר שלילד לא יהיה כל קשר ביולוגי אליו.

מעמדה של בת הזוג על פי ההנחיות עלול גם לפגוע בה, ואפשר לטעון שיש להגן עליה בזמנה הקשה מפני קבלת החלטות לא רציונליות כתוצאה מאבלה או מאי השלמה עם עובדת מותו של בן זוגה<sup>93</sup>.

לדעת פרופסור אסא כשר<sup>94</sup>, הטיעון הזה לוקה בכל אחת מהנחותיו ואין בו אף לא רמז להצדקה מוסרית אפשרית של ההחלטה המעשית שלא לבצע טיפול רפואי לפי בקשתה של האישה, האלמנה. הליקוי העיקרי הוא בהנחה הראשונה, המתיימרת להצביע על המצב הנפשי של האדם האבל על אובדן בן זוגו. כל הצבעה על עמדה נפשית מסוימת של האדם האבל על בן זוג או על אדם יקר אחר, היא ביטוי ערכי, שמבחינה מוסרית אדם רשאי לאמץ אותו בשתי ידיו כשם שהוא רשאי לדחות אותו מכל וכל. כל אחד מהם יכול ורשאי להחליט לדבוק במצבו או לנסות להשתחרר ממנו או להניח לעצמו להתפתח ללא החלטות מכוונות. אין שום עדיפות אובייקטיבית לסגנון אבלות אחד על פני סגנון אבלות אחר. אלמנה יכולה ורשאית שלא להינתק מדמותו של בעלה, יכולה ורשאית להחליט להקדיש את חייה, או חלק משמעותי שלהם, לקשר הרגשי שבינה לבין בעלה שנפטר או לדמותו. היא יכולה ורשאית להחליט להתמסר לגידולו של ילד, שיהיה משל בעלה המנוח ומשלה, כדי לקיים את מקומו של בעלה בעולם, לא רק בחלקת קבר, בלבה או בתמונות אלבום, אלא יותר מכל כדמותו של ילד חי, בשר מבשרו, בשר

<sup>88</sup> ו' רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפרייה הטכנולוגית", **דילמות באתיקה רפואית** (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 137, 145

<sup>89</sup> סעיף 22 להנחיות היועמ"ש

<sup>90</sup> תמ"ש (כ"ס) 11870/03 ח"ש נ' **מדינת ישראל** (לא פורסם); ניתן ב- 29.9.2003

<sup>91</sup> ראה הערה 89 לעיל, בעמוד 147

<sup>92</sup> סעיף 24(ג) להנחיות היועמ"ש

<sup>93</sup> ר' לנדאו "יתמות מתוכננת" **דילמות באתיקה רפואית** (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 203, 206

<sup>94</sup> אסא כשר "יתמות מתוכננת": התמונה מאוזנת" **דילמות באתיקה רפואית** 221, 232, רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב- עמוד 229



מבשרה, ילד שלו שהוא גם ילד שלה. כדי לערער את תוקפה של החלטה מעשית הנשענת על הטיעון האמור להגנת האלמנה, די להראות עד כמה אין ממש בהנחת המוצא הראשונה של הטיעון הזה<sup>95</sup>.

בהנחיות יש מודעות לבעייתיות וניסיון לוודא שהחלטתה של האישה מתבצעת מתוך רצון חופשי ואמיתי, ולא כתגובה רגשית זמנית. על בית המשפט לקבוע מרווח זמן שרק לאחריו תוכל האישה להשתמש בזרע, ולוודא שניתנה לאישה תמיכה פסיכולוגית וסוציאלית שתבטיח שהחלטה התקבלה מתוך מודעות מלאה להשלכותיה<sup>96</sup>. למרות אמצעי זהירות אלו קיים חשש נוסף, שהמעמד שניתן לבת הזוג עלול לחשוף אותה ללחצים חיצוניים מצד ההורים או מצד החברה לעשות שימוש בזכותה זו, והחריג יהפוך לנורמה מקובלת, וכך לא תוכל האישה לפתוח פרק חדש בחייה גם אם תרצה בכך<sup>97</sup>. מעבר לכך, אם הליך בדיקת הכשירות וטובת הילד העתידי יהיה ארוך ומסובך, ובסופו תקבל האישה "חותמת הכשר" לביצוע ההפריה, ישנו חשש שתחוש מחויבות להליך ותעשה את הצעד המצופה ממנה גם אם נחישותה התערערה במשך הזמן שעבר.

<sup>95</sup> ראה הערה 94

<sup>96</sup> סעיפים 29-31 להנחיות היועמ"ש

<sup>97</sup> כ' שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על מישכבו!" **רפואה ומשפט** 27 (תשס"ב) 96, 98

## 5. מעמד ההורים

ביום שישי, 14 ליוני 2013, התפרסמה ידיעה בעיתון "ידיעות אחרונות"<sup>98</sup>, כי לראשונה בישראל נולדה ילדה מזרעו של גבר שנפטר, שש שנים לאחר מותו. התינוקת, ר', היתה התינוקת הראשונה בארץ שנולדה מזרעו של אדם מת. ההורים שאיבדו את בנם, החליטו לבחור אישה שתישא ברחמה את בתו – וכעת זכו בעצמם בנכדה. יש לציין, כי ההורים של הנפטר לא היתה צוואה ביולוגית, אלא רק משאלתו שנאמרה להם מצידו, בעל-פה.

העניין הנ"ל מעלה מספר שאלות מהותיות, במעמד הבשורה לסבים ולסבתות, שחבר עליהם עולמם כאשר בנם או ביתם נפטרו, ולמרות זאת עדיין יוכלו לזכות בהמשכיות. שאלות כמו:

- האם התהליך הנ"ל הינו אתי ומוסרי, או האם הוא עלול לפגוע בכבוד הנפטר?
- האם במצב זה נעשה הדבר רק על מנת לספק את רצונם של הסבים והסבתות?
- האם לא נחצה הגבול וישנו כאן תחליף לבריאה הטבעית?

בפרק זה נבחן את ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים לסיטואציה שלפנינו, ונעמוד על היקף ההגנה שזוכה לה המעמד של סבים וסבות בארץ ובעולם והאם ראוי להכיר באינטרס של סבים וסבות בהקשר זה<sup>99</sup>.

בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה 1.2202, מאוקטובר 2003, נקבע כי להוריו של אדם, כמו לקרוביו האחרים, זולת בת זוגו, אין מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם בחייו. החלטה אינטימית זו של הבאת ילדים לעולם, היא של האדם ושל בת-זוגו בלבד. בדומה, אין להוריו של נפטר, או לקרוב משפחה אחר, זולת בת הזוג, מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם מזרעו של אדם לאחר מותו.

אבל, עם זאת, רצונם של הורים לראות המשכיות לבנם הוא רצון אנושי ומובן, אך ההורים אין כל מעמד חוקי בשאלת הפוריות של ילדיהם, לא בחייהם, וקל וחומר לא לאחר מותם. על-פי דין, החלטות על הולדת ילדים מתקבלות בדרך כלל, על-ידי האדם ובת זוגו, אשר יכולים לבחור האם ומתי, יביאו ילדים לעולם, ואין להורים כל מעמד בהחלטה זו. פתיחת פתח להורי בן הזוג, להיכנס לתחום אינטימי ופרטי זה מעוררת שאלות קשות ביותר ובעיות מורכבות, ויש להימנע מכך. לפיכך, נקבע בהוראות היועץ המשפטי לממשלה<sup>100</sup>, כי למרות האמפתיה להוריו של אדם שנפטר, שצערם וכאבם אינם יודעים גבולות, אין להעניק להורים זכות או מעמד חוקי לעניין השימוש בזרע לאחר המוות, לא מעמד חוקי ליתן הסכמה, מקום שהנפטר התנגד, ולא התנגדות, מקום שקיימת הסכמה מפורשת או משוערת של הנפטר.

<sup>98</sup> <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4390311,00.html>

<sup>99</sup> על השיקולים להכרה במעמד הסבות מאת ליבת סומך ואורן טרגש, הארת דין ד(2) 168 (התשס"ז)

<sup>100</sup> עמוד 6 בהוראות היועמ"ש

## ההסדר המשפטי

בבואנו לדון בהסדר המשפטי, יש לבדוק את נקודות ההשקה האפשריות של החקיקה הישראלית עם מתן תוקף לאינטרס של סבים וכן את התנגשות הזכויות והאינטרסים השונים שיווצרו לכשימומש האינטרס של הסבים. מהצד האחד, קיים מתח בין זכותו של הנפטר לשמירת כבודו אף במותו, לבין השאיפה לממש את רצונו כפי שהובע עוד בחייו. מהצד האחר, מדובר במתח בין האינטרסים של הורי המת – המשכיות הדור, הזכות למשפחה, והזכות לחיות בדרכם שלהם – לעומת זכויות הילד שטרם נולד, על אף הקושי לייחס זכויות למי שטרם נוצר.

אחד מפסקי הדין שדנו בעניין הינו, פסק הדין פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז<sup>101</sup>, שם ביהמ"ש לענייני משפחה נתן צו עשה המתיר להורי מנוח לעשות שימוש בזרע המוקפא של בנם לשם הפרייתו עם אישה שאיננה אלמנת המנוח, בניסיונות בהן האלמנה בחרה שלא להרות מהזרע שהוקפא בהסכמתה והתנגדה להפרייתו באמצעות אישה זרה.

ביהמ"ש לענייני משפחה קיבל את התביעה מהטעמים הבאים:

- זרעו של המנוח אינו קניין הניתן להורשה. אופן ההסדרה של השימוש בתאי זרע של אדם שנפטר נקבע בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לפיהן, בין היתר, שימוש בתאי זרע של אדם שנפטר מבוססת על הנחה בדבר רצונו המשוער, יפים לעניין זה דבריה של כבי' השופטת ד' ברק-ארז<sup>102</sup>:  
*"ההסדר החל על תרומות זרע מכיר באפשרות להעביר זרע לשימוש של בנק הזרע – כנגד תמורה מסוימת, שאינה בגדר "מחיר" שוק מלא. אולם, אין בכך כדי לומר שהזרע הפך בכך למוצא סחיר רגיל. ההימנעות מהחלתו של משטר קנייני מלא על תאי זרע באה לידי ביטוי גם באופן ההסדרה של השימוש בתאי זרע של אדם שנפטר. התשובה לשאלה של שימוש בתאי זרע בניסיונות אלה ניתנת בשים לב לרצונו של האדם שממנו נטלו, ולא על יסוד עקרונות קנייניים..."*

- יתמות מתוכננת מאב אינה מצב אופטימאלי עבור העשוי להיוולד<sup>103</sup>. יחד עם זאת, מתן גושפנקא משפטית ליתמות מתוכננת מראש אין משמעה דווקא פגיעה בטובת העשוי להיוולד והוא הדין בענייננו, שעה שביהמ"ש התרשם כי התובעים (הוריי הנפטר) מסוגלים להיטיב עם העשוי להיוולד ולהעניק לו את מירב האהבה והתמיכה לה יזדקק, בלא תנאי ובכל מקום. לו יתגלו קשיים במהלך חייו של העשוי להיוולד, הפתרון לכך הוא טיפול ותמיכה ולא מניעת הולדה;

- בכל הנוגע לרצונו של המנוח, על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, בת הזוג של המנוח היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו בעניין. ברם, להנחיות היועץ המשפטי לממשלה אין תוקף משפטי מחייב. דווקא הורי המנוח הם המייצגים נאמנה את רצונו של בנם המנוח ופועלים כשלוחיו. לשיטת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה "יש לבחון את רצונו של המנוח נכון למועד בו נפטר – באותה העת היה נשוי לאלמנה ועימה רצה להקים משפחה ולא עם אחרת"<sup>104</sup>.

בפסק דין נוסף<sup>105</sup>, מ' א' נגד ה' מ', ביהמ"ש המחוזי אישר את פס"ד של ביהמ"ש לענייני משפחה הקובע כי הוריו של מנוח שניטל מגופו זרע לאחר מותו, רשאים לעשות שימוש בזרעו לשם הפריית אישה זרה שהסכימה לכך, המוכנה להרות מזרעו ולגדל את פרי ביטנה, כאשר המשיבים יהיו לוולד לסב ולסבתא. זאת חרף התנגדות אלמנת המנוח, לעשות שימוש כלשהו בזרע.

<sup>101</sup> תמ"ש 31344-09-13 בפני כבי' השופטת מרים קראוס, פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז

<sup>102</sup> בג"ץ 4077/12 פלונית נגד משרד הבריאות ואח', [פורסם בנבו] פסקה 14 ואילך

<sup>103</sup> מאמרה של ד"ר רות לנדאו- "יתמות מתוכננת", *דילמות באתיקה רפואית*, 203 (2002)

<sup>104</sup> ר' סעיף 36 לסיכומי ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

<sup>105</sup> עמ"ש 7457-05-15 מ' א' נגד ה' מ', 17 אוקטובר 2015 בפני כבוד השופט אילן ש' שילה

ההנחיות קובעות, בין השאר, כי שימוש בתאי זרע של אדם שנפטר ייעשה על פי רצונו המשוער. עוד קובעות ההנחיות כי אין ליתן מעמד חוקי להורי הנפטר "ליתן הסכמה... או להתנגד". בהקשר זה פוסק ביהמ"ש, בדומה לשורה של פסי"ד שניתנו בביהמ"ש לענייני משפחה, כי מצווים אנו לכבד את רצון המת, וכי אין בהנחיות כדי למנוע מהוריו של נפטר מעמד שיביא לכיבוד רצונו, הן בנסיבות שבהן אין בת זוג לנפטר, הן כאשר בת הזוג אינה מעוניינת להרות מזרעו.

ביהמ"ש מוסיף, כי מצב דברים כבענייננו, כאשר בת זוגו של המנוח לא מוכנה להרות מזרעו של המנוח, מדובר במצב דברים שלא נחזה בהנחיות. לגישת ביהמ"ש במצב דברים שכזה אין לבת הזוג מעמד להתנגד, אלא רק להעיד על רצונו של המנוח. מה היה רוצה המנוח אילו יכול היה לדעת את דבר מותו הקרב, ואת אי הסכמתה של אשתו-אלמנתו להרות מזרעו, להקים לו זרע ולממש את רצונו להוליד ילדים.

לפיכך ונוכח כך שבתי המשפט הכירו גם בזכותם של הורים לעשות שימוש בזרע של בנם המנוח, במקרים בהם שוכנעו שזה היה רצונו של המנוח, ובחלק מהמקרים בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, הרי שגם בענייננו יש להתיר למשיבים לעשות שימוש בזרעו של בנם המנוח ולא לאפשר את השחתתו. לפיכך הוחלט לדחות את הערעור ולקיים את פסק דינו של בית משפט קמא, כפוף להסכמת בעלי הדין כי המשיבים זכאים לקבל את כל המבחנות שבהן זרעו של המנוח ולא רק את מחציתן.

בית המשפט קבע כי: " אין לפרש את הבעת רצונו להעמיד צאצאים יחד עם האלמנה כרצון השולל הבאת ילדים לעולם יחד עם אישה אחרת".

עקרונית, החוק הישראלי אינו מקנה מעמד רשמי לסבים של ילד כל עוד הוריו בחיים וכשירים מהבחינה המשפטית. סעיף 14 לחוק הכשרות והאפוטרופסות<sup>106</sup> קובע חד משמעית, כי אפוטרופוסיו הטבעיים של ילד הינם הוריו. לפיכך ובהיעדר הוראה חוקית מפורשת אחרת, הרי שבנסיבות שבהן שני ההורים כשירים, לא יהיה לסבים כל מעמד חוקי<sup>107</sup>. עם זה, כאשר אחד מההורים נפטר, סעיף 28א' לחוק הכשרות והאפוטרופסות מקנה לבית המשפט סמכות לתת הוראות בדבר המגע שבין הילד לבין הורי המת<sup>108</sup>. בית המשפט, ביישמו את הוראת החוק האמורה, בוחן את טובת הילד על פי ממצאים שבעובדה ולא כמושג ערטילאי<sup>109</sup>. ביסוד בחינה זו, בית המשפט שם בראש מעייניו את ההשקפה שלפיה למשפחה הנרחבת, ובפרט לסב ולסבה, יש חשיבות רבה בחיי הילד והם תורמים לא רק להתפתחותו התקינה, אלא הם אף מקנים תוקף לחשיבות המשכיות הדורות וקשרי הילד אל עברו ומתפקדים כמוקד תמיכה פוטנציאלי<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120

<sup>107</sup> תמ"ש (משפחה ת"א) 1290/03 פלוני נ' פלונית פ"מ תשס"ג (3) 529, 535 (2003)

<sup>108</sup> סעיף 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

<sup>109</sup> בג"ץ 4238 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד נח(1) 481, 488 (2003)

<sup>110</sup> וולף אריה "הורים שכולים נאבקים על הזכות לבקר אצל נכדם" בטחון סוציאלי 22, 111, 112 (1981)

## הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

לעניין הורי הנפטר, קובע היועץ המשפטי לממשלה שאין להורי הנפטר זכות או מעמד חוקי לעניין שימוש בזרע בנם לאחר מותו, ומכאן שההנחיות מכירות בזכות להורות אך לא באינטרס של הסבים. יצוין כי פרשת כהן קדמה לפרסום ההנחיות, ולכן היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד לבקשה<sup>111</sup>.

עקרונית, החוק הישראלי אינו מקנה מעמד רשמי לסבים של ילד כל עוד הוריו בחיים וכשירים מהבחינה המשפטית. סעיף 14 לחוק הכשרות והאפוטרופסות<sup>112</sup> קובע חד משמעית, כי אפוטרופוסיו הטבעיים של ילד הינם הוריו. לפיכך ובהיעדר הוראה חוקית מפורשת אחרת, הרי שבנסיבות שבהן שני ההורים כשירים, לא יהיה לסבים כל מעמד חוקי<sup>113</sup>. דוגמה נוספת הינה חוק הסכמים לנשיאת עוברים ותקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית)קנה 10 לתקנות בריאות העם<sup>114</sup> אוסרות שימוש בביצית של אישה שנפטרה (שנלקחה טרם פטירתה), אלא אם כן היא נתנה את הסכמתה המפורשת מבעוד מועד. מכוח סעיף 1 לחוק שווי זכויות האישה<sup>115</sup>, יש להחיל את הדין גם על זרעו של הגבר. לכלל מסקנה דומה ניתן להגיע באמצעות בחינת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, שכן הוא מגביל את השימוש בו להורים מיועדים בלבד.

לעומת זאת, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>116</sup>: על הזכות להקמת משפחה כמעוגנת בזכות לכבוד כבר עמדה השופט פרוקצ'יה: "הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה"<sup>117</sup>. דברים אלה יכולים לחזק הן את זכותו של המנוח להשאיר אחריו משפחה והן את האינטרס של הורי המנוח בהמשכיות הדור. העיקרון הבסיסי שעליו מבוסס אגד הזכויות הללו הינו ההכרה בצורך הבסיסי של אדם לראות את זרעו נותר וממשיך אחריו.

<sup>111</sup> תמ"ש (ת"א) 4940/05 כהן נ' המרכז הרפואי המשולב שיבא (טרם פורסם), 15.2.2007.

<sup>112</sup> חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

<sup>113</sup> תמ"ש (משפחה ת"א) 1290/03 פלוני נ' פלונית פ"מ תשס"ג (3) 529, 535 (2003).

<sup>114</sup> תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035.

<sup>115</sup> סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ס"ח 82.

<sup>116</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – סעיף 7.

<sup>117</sup> בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, ניתן ביום 13.6.2006) (להלן: עניין דוברין), פנחס שיפמן "הזכות להיות הורה" באוניברסיטה 5, 22, 22 (1991), ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד כג(4) 526, 570 (1999).

## משפט משווה

ההסדרים הספציפיים במשפט הישראלי אינם מכירים בזכותם של הסבה והסב לנכד. יתרה מזו, נראה שלסבים יכולת מועטה בלבד לממש את האינטרס שלהם להיות סבים לנכד ולראות בהמשך הדור. בהשוואה לישראל, להלן השוואה למצב המשפטי במספר מדינות:

**אנגליה** - מבחינה עקרונית אין באנגליה זכויות לסבים. ניתן לטעון שלסבים הוענק מעמד מפורש בחוק באמצעות ה- Children Act of 1989 שכן סעיף 8 מקנה לבית המשפט סמכות להעניק "צו מפגשים" לאדם שאינו מתגורר עם הילד<sup>118</sup>. הסבים יכולים לנצל סמכות זו כדי להגיש בקשה לראות את נכדיהם במקרים שהורי הילדים מנסים למנוע פגישות אלו. אבל סעיף זה אינו מאפשר את הפגישות מתוך הכרה במעמד הסבים ורצון לקדמו אלא מתוך הגנה על טובת הילד.

**קנדה** - ברמה החוקתית קיימת מחלוקת אם ניתן ללמוד על מעמד הסבים מסעיף 7 לצירטר הזכויות והחירויות הקנדי<sup>119</sup>. אף שבקנדה לא הוכרו במפורש זכויות מפגשים וביקור לסבים עם נכדיהם, במהלך השנים ניתן לראות מגמה המרחיבה את מעמד הסבים. החוק הקנדי מניח שברירת המחדל היא קיומו של קשר בין הנכדים לסבים ושעל ההורים להימנע מלהפריע לקשר זה, אלא בהתעורר נסיבות מיוחדות. כמו באנגליה, תפיסה זו באה מהרצון להגן על הילד ולקדם את טובתו. במשך השנים, כאמור, חלה מגמת חיזוק של הקשר סבים-נכדים. לדוגמה, ב-1998 תוקן החוק, באופן שבהתעורר סכסוך הנוגע למשמורתו של נכד, בית המשפט חייב להתחשב בקשר עם הסבים כשיקול התומך בטובת הילד. בתיקון נוסף, ניתנה לבית המשפט סמכות להוציא צווים לקביעת משמורות והסדרי ראייה לסבים.

**ארצות הברית** - בארצות הברית ישנן מדינות אשר בהן מעמד הסבים רחב יחסית. הדבר בא לידי ביטוי בכך שלעיתים ניתנות זכויות לסבים לתביעת הסדרי ראייה גם במקרים שבהם ההורים עדיין בתמונה. כך, לדוגמה, המצב בפלורידה<sup>120</sup>. שם, בית המשפט יכול לתת זכויות לסבים רק כאשר אחד ההורים או שניהם אינם מעורבים בחיי ילדיהם (למשל מחמת מוות, גירושין, נטישה). גם היקף הזכויות מצומצם, שכן מדובר בזכויות שהן "סבירות".

נוכחנו בפרקים הראשונים כי הזכות להורות היא זכות יסוד חוקתית המוכרת במשפטנו כחלק מהזכות לכבוד<sup>121</sup>. זכות זו מהווה אגד של זכויות, שהחשובות בהן הן הזכות להביא ילדים לעולם והזכות לגדל אותם<sup>122</sup>. זכות זו נחשבת לאחת מזכויות האדם החשובות ביותר וקודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק ולצנעת הפרט<sup>123</sup>. אף שכאמור נוטים לראות אותה כנגזרת מהזכות לכבוד, יש הסבורים כי מדובר בזכות שהינה כל כך בסיסית וטבעית עד שהיא מהווה זכות עצמאית. מקור חשיבותה המרובה של הזכות הוא הערך המוסף שהיא מעניקה לחייו של אדם על פני האדמה.

<sup>118</sup> Children Act (CA) 1989 סעיף 8

<sup>119</sup> Dan L. Goldberg, Grandparent-Grandchild Access: A Legal Analysis - [http://justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-if/famil/2003\\_15/pdf/2003\\_15.pdf](http://justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-if/famil/2003_15/pdf/2003_15.pdf)

<sup>120</sup> Fla. Stat. §752 (2001)

<sup>121</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 2 ו-4

<sup>122</sup> ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421 (1978)

<sup>123</sup> בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים (טרם פורסם), ניתן ביום 21.4.2005

הצדקות אלו ניתן להכיל גם בבסיס הזכות להורות על מעמד הסבות, כאשר ההורה אינו רלוונטי. הדחף הבסיסי של האדם להוליד צאצאים הינו משותף לבני אדם רבים. הצורך של סבים בנכדים מגיע מאותו מקור שממנו מתעורר גם הצורך של הורים בילדים, שהרי גם הם היו רוצים לראות את הדורות הבאים עומדים על רגליהם וממשיכים להביא ילדים משלהם. כאשר מדובר בזוג אנשים שבנם היחיד מת, והם מבוגרים מכדי להוליד ילדים נוספים משלהם, הבאת נכד עונה על צורך בסיסי זה, שכן זרעם "מדלג דור". הקשר הגנטי<sup>124</sup>, עדיין קיים חרף מות ההורה ולכן יש בהולדת הנכד לספק את אותו צורך בסיסי. בנוסף, עקב קיום קשר גנטי מתקיימים תנאים נוחים לחינוך הילד וקידומו כפי שכבר נטען.

אשר לזכות לאוטונומיה – היא נתונה כמעט לכל אדם, גם לסבים. ניתן לראות את מימוש האוטונומיה של הסבים בכך שתינתן להם האפשרות, במקרים הראויים לכך, להחליט אם להביא נכד לעולם אם לאו. ביחוד במקרים שבהם ההורה הנפטר היה בן יחיד, התערבות באוטונומיה תשנה את גורלם באופן קיצוני – בלא משפחה הם עלולים להיוותר גלמודים בְּקִנְתָּם. כאשר הסבה והסב מקבלים אחריות לנכד ודואגים לכל מחסורו יחד עם אמו, תהיה זו פגיעה קשה באוטונומיה שלהם, לדעתנו, אם לא יעוגן מעמדם באופן הולם.

השיקולים שאותם יש לשקול בהינתן הכרה במעמד ההורים כוללים את:

1. **רצון הנפטר** - במקרים שבהם מוגשת בקשה ייחודית לבית המשפט להוציא זרע מן המת ולהקפיא אותו לצורך הפריה מלאכותית בעתיד, בית המשפט מחשיב מאוד את שאלת רצונו של הנפטר<sup>125</sup>. התוצאה היא אפוא שלרצון הנפטר השפעה מכרעת על מעמד הסבים בשאלה, אם ראוי לאפשר להם לעשות שימוש בזרע בנם לאחר מותו.

2. **טובת הילד** - החשש הגדול הוא שמעמד הסבות יאפשר להשתמש בנכד כגלעד זיכרון לבן המת<sup>126</sup>. הפיתרון הינו התמתנה של פרק זמן כלשהו מעת התרחשות המוות ועד להחלטה להביא את הילד לעולם. תקופת זמן זו תאפשר לקרובי המת לשקול את הרעיון בכובד ראש, כאשר הם אינם נתונים בסערת רגשות. כך, כאשר ברור בעליל שהילד לא יובא לעולם מתוך רצון להנציח את המת אלא את זרעו, הדבר לא בהכרח יפגע בטובת הילד.

3. **מסוגלות הסבים** - ישנם מקרים שבהם ראוי לשקול הצבת הגבלות למעמד הסבות. עם מקרים אלו ניתן למנות מצב כלכלי ירוד או גיל מופלג. יש לבדוק אפוא את היכולת המעשית של הסבה והסב לתמוך בנכד ולספק להם את כל מחסורם.

ההכרה באינטרס מורחב של הסבים תשפיע לא רק על משפחת הנפטר, אלא אף תגרור בהכרח משמעויות משפטיות. נזכור כי כיום אין לסבים מעמד חוקי מוכר, למעט במקרים חריגים. טענה שנוכל לעלות אם יוכר מעמד הסבים הינה, כי בכך תיפתח פְּרִצָה לסבים להתערב בדרך גידול הילד אצל הוריו, אף כשהם בחיים. קשה יהיה לדמיין מצב שבו יעדיף בית המשפט את עמדת הסבים מעמדת האם הביולוגית. ייתכן שבמחלוקת בין הצדדים, שבה יעמוד החוזה לזכות הסבים, יעדיף בית המשפט לבטל את החוזה בנימוק שהוא נוגד את תקנת הציבור, ולא ליתן צו נגד האם הביולוגית, אשר זכויותיה עדיפות.

<sup>124</sup> ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 791, 800 (1955)

<sup>125</sup> "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג), עמוד 6

<sup>126</sup> רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב), בעמ' 206

## 6. יתמות מתוכננת

"אני לא אתן לבן שלי להפוך לאנדרטה"<sup>127</sup> – ואכן, על רקע היכולת הקיימת היום מצד הטכנולוגיה הרפואית לאפשר הולדה של ילד לאחר מות אחד מהוריו, או במילים אחרות – "יתמות מתוכננת", עולה שאלת זכותו וטובתו של הילד להיוולד והחיוב של האפוטרופוסים עליו לפעול למען יצירת חיים חדשים בתנאים הטובים ביותר שניתן לספק. הווה אומר, אישה שיכולה להגשים את היכולת לאימהות, ילד שיידע מהי מורשתו ויזכה בסבתא, סבא ודודים, הורים שיגשימו את רצון בנם או את רצונם שלהם להמשכיות. יש פה הגשמה מלאה ויפה של כבוד האדם וחירותו.

זכר הנפטר, המשומר ביתום או ביתומה, חורף את גורל הילד/ה לחיי רגש וזהות כפולים, כאשר היתומים חיים בעת ובעונה אחת בתור עצמם וכן בתור ההורה שנועדו להנציח, מה שעלול לגרום אצל היתום לבלבול בגיבוש זהותו העצמית. האפשרות של נישואין מחדש של ההורה הנוותר מהווה בעיה נוספת עבור היתומים; הם עלולים להיקרע בין נאמנותם להורה הנפטר לבין געגועים לתחליף בעל תוקף<sup>128</sup>.

לאור זאת, האם רצון האדם הבוגר לממש את רצונות להולדת ילד יתום עולה על זכותו של הילד לשני הורים חיים? האם רצון זה, הנובע מכאב על האובדן, מצדיק את יצירת האדם שלעולם לא תינתן לו ההזדמנות להכיר את ההורה החסר, אובדן אשר ילווה אותו כל ימיו חייו?<sup>129</sup> מהו הנק הגדול יותר: אי חיים, או חיים שכמתוכנן יש בהם חשיפה לחיסרון יחסי מהותי, שעיקר ביטויו הם הכאב והסבל של היתומים, שחייהם היו בלתי אפשריים ללא סיועה הפעיל של הרפואה<sup>130</sup>.

### המצב המשפטי

בקנדה, בצרפת, בגרמניה ובשוודיה החוק אוסר הפרייה לאחר המוות<sup>131</sup>.

**באנגליה** - החוק הרלוונטי קובע שהגבר שבזרעו נעשה שימוש לאחר פטירתו לא ייחשב לאבי הילד. כמו כן, מצויין במפורש שבכל החלטה הנוגעת לשירותי הפרייה מוסתת יש להתחשב בטובת הילד כתוצאה משירות זה, כולל הצורך של הילד באב וברוחות הילדים האחרים, שעשויים להיות מושפעים על ידי הלידה<sup>132</sup>.

**בשוודיה** - הזרעה מלאכותית מותרת רק אצל אישה נשואה או אישה הנמצאת בסטאטוס של ידועים בציבור, ורק לאחר קבלת הסכמתו הכתובה של בן זוגה. על ההזרעה להתבצע בבית חולים ציבורי לאחר בדיקה, שבה לא רק הרופא, אלא גם נציג שירותי הרווחה ופסיכולוג מאבחנים אם הטיפול המבוקש מתאים בנסיבות הפסיכו-סוציאליות של הזוג הנדון. ההזרעה תתבצע רק אם סביר להניח שהילד יגדל התנאים טובים. הנורווגים הרחיקו לכת עוד יותר: הם מאפשרים הפרייה חוץ גופית רק לזוגות נשואים<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> אורי שביט הוא התינוק הראשון בעולם שנולד במסגרת "צוואה ביולוגית", מזרע שנלקח מאביו לפני מותו מתוך: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4486549,00.html>

<sup>128</sup> רות לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב), 205

<sup>129</sup> רות לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב), 210

<sup>130</sup> רות לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב), 211

<sup>131</sup> E. Aziza-Schuster, "A Child at All Cost: Post-Humous Reproduction and the Meaning of Parenthood", 9 Human Reproduction 11 (1994), 2185-2195,

<sup>132</sup> רות לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב), 214

<sup>133</sup> T. Sverne, "Bio-Technological Developments and the Law", 126 International Social Science Journal (1990), 465-475



**בצרפת** - בית המשפט הגבוה לצדק בטולוז, קבע בשנת 1991 כי רצון לגיטימי בילד איננו יוצר זכות בלתי מותנית לילד. גורמים כגון טובת הילד לטווח ארוך, כולל הצורך של ילד באב, קודמים לזכות להורות. התרת הפרייה לאחר המוות תעודד יצירת "מזכרות של ילד", שתמש בהן כאמצעי ותשנה לחלוטין את משמעות ההפרייה וההורות. בהסתמך על פסק דין צרפתי משנת 1984, ובהיעדר התייחסות לקיומו של פסק דין צרפתי מאוחר יותר משנת 1991, קבע בית המשפט העליון בקליפורניה שניתן לצוות זרע<sup>134</sup>. ההסכמה להזרעה מלאכותית לאחר פטירת בעל הזרע, שניתנה על ידי בית המשפט הצרפתי בשנת 1984, אושרה בשל העובדה שבעת הקפאת הזרע בבנק הזרע לא נימסר לבניי הזוג כי הזרע לא יעמוד לרשותם לאחר פטירת הגבר.

התקדים של הולדת יתום מתוכנן באיטליה הביא בעיקבותיו פעולה של המועצה הלאומית של הפדרציה של רופאים. הקמתה של הוועדה לדיון בהפרייה בסיוע הרפואה בשוודיה, כבר בשנת 1981, הייתה ביוזמת החברה השוודית לרפואה<sup>135</sup>.

**בישראל** – בתחילת 1991 מונתה וועדת אלוני ע"י שר המשפטים, בעקבות עתירה של בניי זוג שלא איפשרו להם פונדקאות, לבדיקת נושא ההפרייה החוץ גופית והשלכותיה. הוועדה המליצה לא לאסור על פונדקאות, אך גם לא להתיר אותה ללא מגבלות, ולבחון כל מקרה לגופו. האישה הנושאת את ההיריון צריכה להיות כשירה לכך, נפשית וגופנית<sup>136</sup>.

סוגייה אחרת היא, האם יתמות מתוכננת נמצאת בהלימה עם אמנת האו"ם בנושא זכויות הילדים, הכוללת, בין היתר, סעיפים בנושא מניעת אפלייה כלפיי ילדים והבטחת זכויותיהם באשר לרווחתם. האמנה אושררה על ידי מדינת ישראל<sup>137</sup> וסעיף 3 בה קובע<sup>138</sup>:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות על ידי הציבור או על ידי אירגוני סעד פרטיים, בתיי משפט, רשויות מינהליות וגופים מחוקקים, האינטרסים הטובים ביותר של הילד הם שיהוו את השיקול המרכזי".

אנגליה, למשל, רואה סעיף זה כקו מנחה למדיניותה בתחום סיוע הרפואה בהפרייה<sup>139</sup>, למרות שמוכרת גם עמדה אחרת, לפיה יש להבחין בין יצור אנושי קיים לפוטנציאלי, כשלאחרון אין זכויות ואינטרסים, מפני שעדיין אינו קיים ולכן מחוסר זהות<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Time, The Weekly News Magazine (17 April, 1995), p. 12

<sup>135</sup> Time, The Weekly News Magazine (17 April, 1995), p. 12

<sup>136</sup> דין וחשבון הוועדה הציבורית-מיקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית (ירושלים: משרד המשפטים, 1994)

<sup>137</sup> "Israel and the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child", 4 The Israel Children's Rights Monitor (1994), 16

<sup>138</sup> UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, UN Document A/Res/44/23 (New York: The Author, 1989)

<sup>139</sup> T. Sverne, "Bio-Technological Development and the Law", 126 International Social Journal (1990), 465-475

<sup>140</sup> ד' הד, "אתיקה ורפואה" (תל אביב) משרד הביטחון, 1989

## טובת הילד

הילד או הילדה שייולדו, הם בוודאי בעלי עניין מרכזי ומושפעים עיקריים מהחלטה על שימוש בזרעו של אביהם לאחר המוות. בהנחיות היועמ"ש אין כמעט התייחסות לטובתם העתידית, למעט קביעה שיש לרשום את הנולד כבנו של המנוח<sup>141</sup>. קיימות סוגיות שונות בעניין שלא זכו כלל להתייחסות בהנחיות. אפשר שסיבה לכך היא שבעת קיום הדיון בשאלת השימוש בזרע עדיין אין קיום לילד, ולכן הוא איננו נחשב משפטית כבעל זכויות<sup>142</sup>. מעבר לכך, הגנה על טובתו האפשרית של ילד על ידי מניעת הבאתו לעולם אינה הגיונית, וישנם אף הסבורים כי סירוב להפריח לאחר המוות על רקע שיקול זה הוא מעשה בלתי נסלח<sup>143</sup>. אף על פי כן אין, לדעתנו, הצדקה להתעלם מהאינטרסים האפשריים של הילד גם אם הדיון לגביו הוא תיאורטי בלבד.

סוגיה ראשונה המתעוררת במלוא עוצמתה היא האם ראוי שהמדינה תעודד הולדת ילדים אשר ידוע מראש שיהיו יתומים מאב<sup>144</sup>. יש הטוענים כי אפילו רצוי להימנע מיתמות מתוכננת בשל פגיעתה בעקרון כבוד האדם וחירותו, בעקרון הרווחה ובעקרון הצדק, מנקודת ראותם של המעורבים בתהליך בכלל, ומנקודת מבטו של הילד היתום, שהוא היעד של ההתערבות הרפואית, בפרט. כמו כן, באמנה הבינלאומית לזכויות הילד, שישראל חתומה עליה, נקבע כי לילד זכות להכיר את שני הוריו, שישאו באחריות לגידולו ולחינוכו<sup>145</sup>. גם אם אין תומכים בדעה כי הבאת ילד לעולם ללא שני הורים היא פשע מוסרי כנגד הילד והחברה, אין להקל ראש במחקרים המצביעים על כך שלהיעדר דמות אב יכולה להיות השפעה שלילית מאוד<sup>146</sup>, ושילדים יתומים מגלים קשיים חברתיים ורגשיים רבים יותר שמפריעים להם בתפקודם בחברה<sup>147</sup>. קשיים אלו מוחמרים עקב תפקודו הלקוי של ההורה החי, אשר שרוי עדיין באבלו<sup>148</sup> ורואה בילד זיכרון של המת.

סוגיה שנייה הינה, האם אובדן קרוב של אחד מבני הזוג מהווה עיתוי מתאים לקבלת החלטה משמעותית כמו קבלת החלטה הנוגעת לחייו של אחר? מהי משמעות החלטה עבור היתום או היתומה שייולדו כתוצאה מהחלטה זו? יש מקום לבחון האם הזכות להורות היא בלתי מותנית, והאם על החברה לסייע בהשגת יעד ההורות גם בנסיבות של יתמות מתוכננת. הרצון בהולדת ילד/ה בתנאים אלה פירושו אי קבלת סופיות המוות ובה בעת מתן ביטוי לשני צרכים סותרים: מחד גיסא רצון בהמשכות, ומאידך גיסא רצון בהנצחת הנפטר/ת. במקרים מסוימים הבחירה בהולדה לאחר מיתה מעידה כי האישה לא הטמיעה עדיין את סופיות המוות, והיא משתמשת בתינוק כדרך להתמודד עם אובדן בן זוגה או כניסיון להמשך הקשר ביניהם גם לאחר מותו. במקרים אלה ישנו חשש שהילד ישמש כאנדרטת הנצחה לזכרו של המת<sup>149</sup> או כמעין "תינוק למזכרת"<sup>150</sup> שהאישה משאירה לעצמה מיחסיה עם האב. הילד הופך אמצעי להגשמת רצונה של האישה<sup>151</sup> לשמר את זכר המת, ולא מטרה בפני עצמה. ילד שיחשוב כי אין רואים אותו כאדם בפני עצמו, ייחשף לבעיות קשות של הערכה עצמית<sup>152</sup>. במקרים קיצוניים

<sup>141</sup> סעיף 35 להנחיות היועמ"ש

<sup>142</sup> סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962

<sup>143</sup> א' כשר "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת" *דילמות באתיקה רפואית* (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 221, 234

<sup>144</sup> ר' לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 203, 206-209

<sup>145</sup> סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221

<sup>146</sup> י' אריאל "הפרייה לאחר המוות, היבטים מישפטיים והילכתיים" הרפואה 139 (תשס"א) 331, 334

<sup>147</sup> ר' לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 203, 207

<sup>148</sup> ר' לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 203, 208

<sup>149</sup> י' אריאל "הפרייה לאחר המוות, היבטים מישפטיים והילכתיים" הרפואה 139 (תשס"א) 331, 334

<sup>150</sup> C. Strong "Ethical and Legal Aspects of Sperm Retrieval After Deth or Persistent Vegetative State" 27 J.L.M.E. (1999)

347, 406

<sup>151</sup> ר' לנדאו "יתמות מתוכננת" *דילמות באתיקה רפואית* (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002), 203, 209

<sup>152</sup> E. Shuster "The Posthumous Gift of Life: The World According To Kane", 411

אף עלול להיווצר מצב של תביעות של "הפריה בעוולה" - הילדים היתומים מיום היוולדם יתבעו רופאים בגין סיועם להפריה לאחר המוות. וכן את אמם, שבחרה להביאם לעולם ללא אב.

בחברות סגורות או מסורתיות עולה החשש שהילד יהיה "חשוד" לעד בשאלת זהותו של אביו עקב ההפריה לאחר המוות (גם אם הייתה הסכמה) משום שלא כולם יידעו את נסיבות הולדתו, מלבד זאת שנוולד לאחר מות אביו, והדבר עלול להקשות עוד יותר את חייו עד כדי זהותו כתינוק ממזר<sup>153</sup>.

טיעונים אלו אכן כבדי משקל הם, אך לרוב אין בהם כדי לשלול לחלוטין הפריה לאחר המוות. נקודת המוצא להשקפה זו מצויה בהלכה הפסוקה שלעולם לא עדיף לילד שלא היה נולד, עד כמה שמצבו הנפשי או הגופני קשה<sup>154</sup>. אף שאובדן הורה יכול להיות טראומטי ולגרום לקשיים לילד העתידי, ניתן לטעון שילדים רבים נולדים לתוך מצבים קשים, ושגם ילדים הנולדים לתוך משפחות רגילות עלולים לסבול מכל הקשיים הפסיכולוגיים שיכול לחוש הילד היתום, והפתרון לכך הוא טיפול ותמיכה, ולא איסור הולדה<sup>155</sup>.

כמו כן, יהיה ניתן בעזרת תקופת הצינון והבדיקה שלגביה מנחה היועץ<sup>156</sup>, לוודא שהאישה יציבה בנפשה, ושמניעה בדבר הולדת הילדים תואמים את טובתם, והם לא ייפגעו מעצם ההחלטה לאשר הפריה לאחר המוות. בעזרת הליווי הפסיכולוגי לתהליך נולדא שהאישה אינה מקבלת את ההחלטה בגלל שאינה מכירה בסופיות המוות של בן זוגה, אלא מתוך הגשמת רצונם המשותף להביא ילדים לעולם<sup>157</sup>. כך יבוא לעולם ילד רצוי ביותר ואהוב שיוכל להתמודד עם המצב הקשה של היתמות ויזכה לחיים מלאים ומאושרים<sup>158</sup>.

לדעתנו, כאשר הדיון סובב סביב טובת הילד, אין לצאת מנקודת הנחה שרצון האם חופף בהכרח את טובת הילד, אלא לקבוע זאת בכל מקרה לאור נתוני הייחודים, גם אם בדיקה זו תהייה כרוכה בעיכוב ניכר של ביצוע ההפריה.

<sup>153</sup> ה"פ (ת"א) 1922/96 אלמונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ס.סי (ישראל) בע"מ (לא פורסם, ניתן ב-28.10.1997)

<sup>154</sup> ע"א 518.82 זייצוב ואח' נ' כץ ואח', פ"ד מ(2) 85, 125 – דיברי השופט לוין

<sup>155</sup> א' כשר "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת". **דילמות באתיקה רפואית** (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 221, 234

<sup>156</sup> סעיף 30 להנחיות היועמי"ש – הנחייה 1.2202 מיום 27.10.2003

<sup>157</sup> א' כשר "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת". **דילמות באתיקה רפואית** (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 221, 230

<sup>158</sup> א' כשר "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת". **דילמות באתיקה רפואית** (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 221, 234

## 7. סיכום

*"לא למות אנו חוששים, אלא למות נשכחים בתוך ההמון הגדול" (מחבר לא ידוע).*

הקידמה הטכנולוגית והרפואית מאפשרת כיום למתוח ולעיתים אף לנצח את מגבלות הטבע. דברים אשר לא ניתן היה לדמיין את קיומם בעבר הופכים היום לדבר שבשגרה. כך הבאת ילדים לעולם במשפחות בהן ההורים הינם בני אותו מין, משפחות חד הוריות, נשים לאחר גיל הפיריון הביולוגי, משפחות מעורבות וכו'.

הורגלנו לחשוב במושגי המשפחה "המסורתית" שפירושה - אב, אם וצאצאיהם וזאת במבנה ידוע בו לכל אחד תפקיד וייעוד מוגדר בחיי הצאצאים והיחסים בין הגורמים המשפחתיים השונים ידועים וברורים. העשורים האחרונים חייבו אותנו להתרגל למושג ומבנה חדש של משפחה ולבחון אותו בעיניים אחרות.

הטכנולוגיה לעולם תהיה מתקדמת יותר מאשר המוסר והאתיקה ואלו האחרונים, ינסו, לא תמיד בהצלחה, להתאים עצמם לקצב ההתקדמות ובעיקר לשינויים שהקידמה מביאה עימה.

דוגמא מובהקת לכך היא הטכנולוגיה הרפואית המאפשרת הולדתם של ילדים למשפחות של הורות חסרה וליתמות מתוכננת.

מדינה למודת מלחמות אנו ויתומי מלחמה חיים בקרבנו מאז קום המדינה. האובדן של הבנים במלחמות השונות הוא עצום ורב וזכרם הוסיף לחיות בליבם של המשפחות אשר איבדו את היקר להם מכל. איבדו והמשיכו את חייהם כל אחד באופן בו בחר תוך שהם מנציחים את בניהם בדרכים המקובלות.

רק בעשור האחרון נחשפנו לצורת הנצחה חדשה בדמות ההחלטה להוליד ילד מזרעו של המת, ילד אשר יהיה יתום מתוכנן. החלטה זו יש בה כדי לשקף אי השלמה עם סופיות המוות ורצון להמשכיות הנפטר. כאן בא לידי ביטוי המרדף של האתיקה והמוסר אחר הטכנולוגיה הרפואית מרדף אשר טרם הוכרע ע"י מערכת המשפט.

בעבודה זו נוכחנו לראות כי היצר לבניית המשכיות למת ובכך להשאירו למעשה בינינו כאילו מעולם לא הלך, הוא יצר חזק מכל היגיון. נשאלת השאלה, אשר עליה לא הצלחנו לתת מענה ברור ומוחלט לעצמנו, האם תפקידה של מערכת המשפט לצעוד בעקבות הטכנולוגיה המתקדמת אם לא?

בנוסף, אמנם לא בעבודה בפסיכולוגיה עסקינו, אך לא ניתן שלא להתייחס ולו במילה לעובדה שישנן תיאוריות פסיכולוגיות וחברתיות וממצאים מחקריים המצביעים על כך שמוטב להשלים עם סופיות האובדן על כל הקושי הכרוך בכך ושעל החברה והרופאים למנוע מצב של הבאת ילדים ליתמות מתוכננת ולהפיכתם למצבה חיה למת שלא ישוב.

דבר אחד ברור, והוא כי האמירה "כל מקרה לגופו" איננה באה לשקף חוסר רצון לקבוע כללים ברורים וחד משמעיים אלא טומנת בחובה אחריות גדולה המוטלת על כתפי מערכת המשפט לבחינת כל מקרה הבא בפניה במנותק מהיכולת הטכנולוגית והרפואית הקיימת, אלא לשאלת ההשלכה הרחבתית אשר יש בהחלטתה לקבוע.

שאלות ודילמות כגון עיתוי ההחלטה להולדת ילד ע"י הורים שכולים שאולי טרם הסתגלו למצבם החדש, טובת הילד בראייה משפחתית רחבה, ההשפעה שיכולה להיות על חייו של הילד בבגרותו ואף במועד בו יבחר להקים משפחה ולהביא ילדים משלו, באיזו סביבה הילד יגדל, מה תהיה מערכת היחסים שבין האם הייעודית וההורים השכולים? האם יישמר תפקידם הברור והמסורתי א שמה גבולותיו יטושטשו ואם כך מה ההשפעה שתהא לכך על הילד אשר מראש מעמידים אותו במצב של נחיתות יחסית ובצורך לא פשוט שלא להכיר את אחד מהוריו.

כפי שנאמר ע"י פרופ' שאקי: " מכלול הסיכויים, כפי שהם נתפשים ומוערכים על-פי שיקולי בית-המשפט לאור מכלול ממצאיו, להבטיח מרב הדאגה, בנסיבות כל מקרה, לצרכיו הגופניים, החומריים והנפשיים של הילד, בהתחשב בגילו ובצרכיו המיוחדים. צרכים שונים ומשתנים אלו מורכבים מתערובת של תנאי מגורים נאותים, תנאי כלכלה סבירים, אווירה חינוכית, תרבותית וחברתית הולמת, טיפול מסור ונכון, כשירות גופנית ונפשית של ההורה לטיפול בילד, נכונות ויכולת נפשית ומעשית של ההורה להעניק לילד תחושת קרבה, אהבה, חום, רגש, ביטחון ואמון, ומעל לכל - את ההרגשה שהוא רצוי על-ידי הוריו וסביבתו"<sup>159</sup>.

לעניות דעתנו על מערכת המשפט לנהוג באפשרות הזו במסורה שכן הרחבות נוספות בתחום זה עלולות לפתוח פתח אף להבאת ילדים יתומים משני הורים ועוד אפשרויות שלא את כולן אפשר לדמיין היום.

הדיון בכל מקרה לגופו איננו קלישאה ויש לנהוג בו בזהירות המתבקשת בעיקר בשל העובדה כי למעשה חוברים כאן יחד העולם המשפטי מחד והקידמה הטנולוגית רפואית מאידך, וזאת על מנת לתת למעשה מעטפת אתית ומוסרית לשאיפות ויכולות שלא היו יכולות להתקיים באופן טבעי.

<sup>159</sup> א"ח שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים - תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד", עיוני משפט י (תשמ"ד), עמ' 15

## 8. ביבליוגרפיה

### פסיקה ישראלית

- דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פד"י נ (4)
- ה"פ (תל אביב יפו) 1922/96 פלונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ואח' (לא פורסם)
- תמ"ש 18120/02 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם)
- 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
- רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' בן איכר (קטין), פד"י נא(4) 861, 830
- ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פד"י מ(2) 85, 96
- ה"פ (ת"א) 1922/96 אלמונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ס. סי ישראל בע"מ (לא פורסם)
- ע"א 1482/92 אסתר הגר נ' חנה הגר, פד"י מז(2) 801, 793
- ע"א 1182/94 שחם נ' רוטמן, פד"י מו(4) 347, 330
- ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' משה לישיצקי, פד"י נה(1) 116, 88
- תמ"ש (חד') 7930-11-09 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (10 באפריל 2011)
- תמ"ש (קריות) 13530/08 "משפחה חדשה" נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.09)
- ה"פ 429/96 פלונית נ' בנק הזרע ואח' (לא פורסם)
- ה"פ 10440/99 פלונית נ' היועץ המשפטי (לא פורסם)
- בש"א 1130/01 פלונית נ' בית החולים רמב"ם ואח' (לא פורסם)
- תמ"ש (כ"ס) 11870/03 ח"ש נ' מדינת ישראל (לא פורסם)
- תמ"ש 31344-09-13 פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז
- בג"ץ 4077/12 פלונית נגד משרד הבריאות ואח', [פורסם בנבו]
- עמ"ש 7457-05-15 מ' א' נגד ה' מ', 17 אוקטובר 2015
- תמ"ש (משפחה ת"א) 1290/03 פלוני נ' פלונית פ"מ תשס"ג (3) 535, 529 (2003)
- בג"ץ 4238 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד נח(1) 488, 481 (2003)
- תמ"ש (ת"א) 4940/05 כהן נ' המרכז הרפואי המשולב שיבא (טרם פורסם)
- בג"ץ ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם)
- ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד כג(4) 570, 526 (1999)
- ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421 (1978)
- בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם)
- ע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, פ"ד ט 800, 791 (1955)

### הוראות חוק ודין ישראלי

- הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מספר הנחייה : 1.2202, מתאריך א' חשוון התשס"ג, 27 אוקטובר 2003
- נוהל רישום לידה בארץ מיום 24.03.2011 (מספר הנוהל : 2.2.0001)
- חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962
- חוק הירושה, התשכ"ה – 1965
- פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח – 1968
- הצעת חוק יסוד המשפחה
- תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035
- חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951
- חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו

### מאמרים וספרות ישראלית

- דין וחשבון הוועדה הציבורית-מיקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוץ-גופית (ירושלים : משרד המשפטים, 1994)
- "צוואה ביולוגית" מאת עו"ד אירית רוזנבלום מתוך **מגאזין "בדלתיים פתוחות"**, לשכת עורכי הדין – מחוז מרכז, גיליון מס' 33, פברואר-מרץ 2010
- משרד הבריאות - **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל**, ערכה : עו"ד אביטל וינר-אומן, ירושלים, אייר תשע"ב, מאי 2012
- **רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים**, יעל השילוני-דולב, דפנה הקר, חגי בועז, **סוציולוגיה ישראלית** ט"ז (1), תשע"ד 2014
- אבי וינרוט, "נטילת זרע מנפטר", **רפואה ומשפט** 27, (2002)
- פרוטוקול מס' 44 משיבת הוועדה לקידום מעמד האישה, 18 בספטמבר 2003 (פורסם בנבו).
- אורנה דונת, **ממני והלאה : הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל** (2011)
- לסלי הייזלטון **צלע אדם : האשה בחברה הישראלית** (נעמי גל מתרגמת, 1978)
- יוסף פליישמן, **הורים וילדים במשפטי המזרח הקדום ובמשפט המקרא** (1998)
- שו"ת משפטי עוזיאל יו"ד סימן כ"ח, מתוך המאמר "נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית", חנן שני
- ר.ח. גראזי וי.ב. וולוסקי, "הורות מהקבר – על ההלכה ואתיקה בשאלות רפואיות חדשות "
- כשר אסא, "יתמות מתוכננת – התמונה המאוזנת", **ספר הדילמות באתיקה רפואית**, בעריכת רפאל כהן-אלמגור, הוצאת הקיבוץ המאוחד/מכון ון-ליר בירושלים, התשס"ב-2002
- שלו כרמל, "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?", **אתיקה רפואה ומשפט**, 27, **נובמבר 2002**
- מסמך רקע לדיון בנושא : הקפאת זרע של חיילים במועד גיוסם לצבא, מוגש לוועדה לפניית הציבור, כ"ח בחשוון תשס"ג 3 בנובמבר 2002, כתיבה : איילת ברק-מדינה
- עידו אפרתי, "הורים שבנם מת יוכלו להוליד ילד מזרעו עם אישה זרה" הארץ 16.6.2014
- "ההולדה לאחר מיתה : ההורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים , יוסי גרין
- השופט אהרון ברק, **פרשנות במשפט פרשנות חוקתית** (כרך שלישי, תשנ"ה)
- ד"ר רות לנדאו- "יתמות מתוכננת", **דילמות באתיקה רפואית**, 203 (2002)

- דן אבן ורוני לינדר-גנץ, "עשרות מילואימניקים ביקשו הקפאה או שאיבת זרע לאחר המוות", הארץ 19.11.2012
- אבהות לאחר המוות "יתמות מתוכננת", עדנה כצנלסון
- "הזכות ללדת יתום", ד"ר יונה ושרית ברגור
- מאמר דיעה של הרב יוסי שרעבי וד"ר יובל סיני, הפריית אישה מזרע חברה שנרצח, המרכז ליישומי משפט עיברי (ישמ"ע), 12.6.05
- ו' רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפרייה הטכנולוגית", דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002)
- על השיקולים להכרה במעמד הסבות מאת ליבת סומך ואורן טרגש, הארת דין ד(2) 168 (התשס"ז)
- וולף אריה "הורים שכולים נאבקים על הזכות לבקר אצל נכדם" בטחון סוציאלי 22, 111, 112 (1981)
- פנחס שיפמן "הזכות להיות הורה" באוניברסיטה 5, 22, 22 (1991)
- ד' הד, "אתיקה ורפואה" (תל אביב) משרד הביטחון, 1989
- י' אריאל "הפרייה לאחר המוות, היבטים מישפטיים והילכתיים" הרפואה 139 (תשס"א)
- א"ח שאקי, "אפיונים בדיני משמורת קטינים - תוך דגש על יישום עקרון טובת הילד", עיוני משפט י' (תשמ"ד)

#### מאמרים זרים

- James Stacey Taylor, The Myth of Posthumous Harm, American Philosophical Quarterly, Vol. 42, No. 4 (Oct., 2005)
- Griswold v. Connecticut, 381 U.S 479 (1965)
- L. Woodward v. Commissioner of Social Security, 435 Mass. 536 (2002)
- Human Fertilization and Embryology Act 1990, c 37
- Kennedy & A. Grubb, Medical Law (3<sup>rd</sup> Ed., London, 2000)
- Time, The Weekly News Magazine (17 April, 1995)
- Children Act (CA) 1989
- Dan L. Goldberg, Grandparent-Grandchild Access: A Legal Analysis
- Fla. Stat. §752 (2001)
- "Israel and the Implementation of the UN Convention on the Rights of the Child", 4 The Israel Children's Rights Monitor (1994)
- UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, UN Document A/Res/44/23 (New York: The Author, 1989)
- T. Sverne, "Bio-Technological Development and the Law", 126 International Social Journal (1990),



- C. Strong "Ethical and Legal Aspects of Sperm Retrieval After Deth or Persistent Vegetative State" J.L.M.E. (1999)
- E. Shuster "The Posthumous Gift of Life: The World According To Kane"

פללי

מקורות אינטרנטיים שונים.