



בבית המשפט העליון

בע"מ 7141/15

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז

המערערת: פלונית

נגד

המשיבים: 1. פלונית
2. פלוני
3. היועץ המשפטי לממשלה
4. המרכז הרפואי שיבא-תל השומר

בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום 13.10.2015 בתיק עמ"ש 7457-05-15 שניתן על ידי כב' השופטים א' שי שילה; מ' נד"ב וד"ר שי בורנשטיין

תאריך הישיבה: ל' בניסן התשע"ו (08.05.16)

בשם המערערת: עו"ד דיינה הר-אבן

בשם המשיבים 1-2: עו"ד דורית ארבל
בשם המשיבים 3-4: עו"ד רות גורדין

פסק-דין

השופטת א' חיות:

האם יש לאפשר להוריו של נפטר שהייתה לו בת זוג בחייו, לעתור לעשיית שימוש בזרעו על מנת להפרות בו אישה אחרת מקום שבת הזוג אינה חפצה בכך? זוהי השאלה העיקרית הניצבת בפנינו בהליך דנן.

הרקע העובדתי וההליכים המשפטיים הרלוונטיים

1. ש.מ. נהרג בשנת 2004 בתאונת דרכים שהתרחשה במהלך שירות מילואים והוא כבן 28 שנים. כשלושה חודשים טרם מותו נשא ש.מ. את המערערת לאישה וזאת לאחר מערכת יחסים זוגית ארוכת שנים שידעה עליות ומורדות ולאחר שגרו יחד וקיימו משק בית משותף כשנתיים טרם נישואיהם. סמוך לאחר מותו, הודיעו שלטונות הצבא למערערת כי אם רצונה בכך ניתן באותו שלב לשאוב זרע מגופו של המנוח ולשמרו לצורך הפריה. המערערת, בעידודם של המשיבים 1 ו-2, הוריו של ש.מ. (להלן: ההורים), החליטה לעשות כן ומשכך נשאב זרעו של המנוח והוקפא ב-19 מבחנות המאוכסנות עד היום בבית החולים שיבא-תל השומר - המשיב 4 (להלן: בית החולים).

הוריו של ש.מ. ביקשו ועודם מבקשים מאז מותו להקים לו זרע. המערערת מצדה התלבטה בעניין זה ובשנים הראשונות שלאחר מות המנוח התקיימו בינה ובין ההורים שיחות ומגעים בנושא והצדדים אף פנו להליכי גישור במטרה להגיע לפתרון מוסכם, אלא שניסיונות הגישור לא צלחו ובשלב כלשהו קשרה המערערת את חייה בבן זוג קבוע אחר ונולדו להם שני ילדים (הבכור נולד בשנת 2010). הורי המנוח אימצו לאחר מותו שני ילדים (אח ואחות) בתום תהליך אימוץ שהחל עוד טרם מותו, ואותם גידלו יחד עם שלושת אחיו של ש.מ. ומהם אף נולדו להם נכדים ברבות הימים.

2. בשנת 2013 לאחר שלטענתם הבינו כי התלבטותה של המערערת היא הלכה למעשה החלטה שלא להרות מזרעו של המנוח, הגישו ההורים תביעה בבית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה נגד המערערת, היועץ המשפטי לממשלה ובית החולים להצהיר כי הם הבעלים של מחצית מהמבחנות המכילות את זרעו של המנוח וכן לצו עשה המתיר לכל גורם רפואי העוסק בהפריה לעשות שימוש בזרעו בין על מנת להפרות בו אישה המוכרת להם והחפצה להרות מזרעו ובין אם להתיר את מבחנות הזרע לשימוש של תרומת זרע אנונימית "ובלבד ש[למנוח] יהיה המשך כלשהו". היועץ המשפטי לממשלה התנגד למתן הסעדים שנתבקשו וטען כי בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 מיום 27.10.2003 בדבר נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו (להלן: הנחיית היועץ או ההנחיה), אין להורים מעמד בכל הנוגע לשימוש בזרע שניטל מן המנוח. המערערת התנגדה אף היא לסעדים שביקשו ההורים בתביעתם. היא העלתה טענות מקדמיות בדבר היעדר מעמד להורים ובדבר התיישנות התביעה ולגופם של דברים טענה כי ככל שמדובר ברצונו המשוער של המנוח ערב מותו, הוא רצה אמנם להוליד ילדים אך זאת במסגרת התא המשפחתי המשותף שהקימו ולא מאישה זרה שלא הכיר בחייו.

3. בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה (השופטת מ' קראוט) קיבל את תביעת ההורים והצהיר כי הם הבעלים של מחצית מהמבחנות המכילות את זרעו של המנוח וכי הן תימסרנה לידיהם לצורך הפריה לאחר הליך מתאים שייזמו יחד עם האם המיועדת. טענות הסף שהעלו היועץ המשפטי והמערערת בדבר היעדר מעמד להורים ובדבר התיישנות נדחו על ידי בית המשפט לענייני משפחה. בית המשפט התייחס בפסק הדין להנחיית היועץ הקובעת כי שימוש בזרע של נפטר אשר לא השאיר הנחיות לשימוש שייעשה בזרעו, ייעשה על פי רצונו המשוער וכי ההנחה היא שבת זוגו של הנפטר, ככל שלא עולה אחרת מנסיבות העניין, היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו באשר להעמדת צאצאים בכלל ולשימוש בזרעו לאחר המוות בפרט. בית המשפט קבע כי להנחיית היועץ אין תוקף מחייב וכי אף שיש היגיון בהנחיה לפיה בת הזוג של הנפטר היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו בנדון, יש להחיל הנחיה זו רק במקרים שבהם בת הזוג מעוניינת לנסות ולהרות מזרעו. במקרה דנן, כך הוסיף בית המשפט לענייני משפחה וקבע, השאלה העומדת להכרעה שונה היא וכך ניסח אותה בית המשפט - "האם המנוח היה מביע הסכמתו להעמדת צאצאים מזרעו לאחר מותו מאישה שאינה האלמנה". לאחר שסקר את מכלול העדויות והראיות שהציגו בפניו הצדדים בהקשר זה ובהן, בין היתר, עדויות חבריו של המנוח, יומן מסע שכתב בהודו, והחלום שחלם על "הילדה הג'ינג'ית", הגיע בית המשפט לענייני משפחה אל המסקנה כי "קיים סיכוי סביר יותר כי [המנוח] היה מביע הסכמתו להעמדת צאצאים מזרעו גם לאחר מותו וגם מאשה שאינה האלמנה". בית המשפט הוסיף וקבע כי רצונה של המערערת שלא להרות מזרעו של המנוח – כבודה, אך אין להתעלם מכך שבחירתה עלולה לסתום את הגולל על רצונו של המנוח להמשכיות. עוד קבע בית המשפט כי מן הראיות עולה שהמערערת הקימה משפחה חדשה, נולדו לה שני ילדים וכי היא התרחקה ממשפחתו של המנוח ואינה מגיעה לאזכרות ולימי הזיכרון. על כן, כך קבע בית המשפט "ספק אם היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של המנוח באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו על ידי אישה אחרת". בהקשר זה ציין בית המשפט כי העובדה שהמנוח הביע רצון להוליד ילדים עם המערערת לא מבטלת את רצונו להוליד ילדים עם אישה אחרת, כי הקשר בין המערערת והמנוח עבר תהפוכות ופרידות, בין היתר, ביוזמתו של המנוח וכי במהלכן אף הכירו השניים בני זוג אחרים. עמדת ההורים, כך הוסיף וקבע בית המשפט לענייני משפחה, נתמכת בעדויות של ארבעה עדים אובייקטיביים ומהימנים – חבריו של המנוח – ומנגד עמדתה של המערערת לא נתמכה אף לא בעדותם של בן זוגה ואחותה שהעידו מטעמה. עוד ציין בית המשפט

לענייני משפחה כי המערערת עצמה סיפרה בעדותה שהוריה קיוו מאוד כי תעשה שימוש בזרעו של המנוח וכי חזקה על המערערת שאילו היו לה עדים התומכים בגרסתה הייתה פועלת להביאם לעדות. מטעמים אלה כולם, קבע בית המשפט לענייני משפחה כי ההורים ולא המערערת הם המייצגים נאמנה במקרה דנן את רצונו המשוער של המנוח והורה, כאמור, כי הם הבעלים של מחצית מהמבחנות המכילות את זרעו וכי אלה תימסרנה לידיהם לצורך הפריה לאחר הליך מתאים שייזמו יחד עם האם המיועדת.

על פסק דין זה הגישה המערערת ערעור לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד ובפתח הדיון בערעור הוסכם בין הצדדים כי היה והערעור יידחה - יהא דין אחד לכל 19 המבחנות.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי בערעור

4. בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (סגן הנשיא השופט א' ש' שילה, השופטת נ' נד"ב והשופט ש' בורנשטיין) דחה את הערעור שהגישה המערערת, בציינו כי היועץ המשפטי לממשלה לא הגיש ערעור על פסק הדין והסכים במהלך הדיון בערעור שעמדו התומכת במערערת היא עמדה כללית וכי השאלה המרכזית העומדת לדיון היא שאלה שבעובדה הנוגעת לרצונו המשוער של המנוח להביא ילדים לעולם לאחר מותו בדרך של הפריה אישה שאינה בת זוגו מזרעו. בית המשפט המחוזי סקר את הנחיית היועץ וציין כי סעיף 20 להנחיה מקיש ממעמד המשפטי של הורים לעניין הבאת צאצאים מילדיהם במהלך חייהם למקרה שבו ילדם נפטר ובת זוגו מבקשת להפרות עצמה מזרעו לאחר מותו. קיים ספק, כך ציין בית המשפט המחוזי, אם יש להקיש מהיעדר מעמד להורים לעניין הולדת נכדים במהלך חיי ילדיהם למקרה שבו ילדם נפטר ואלמנתו אינה מעוניינת לעשות שימוש בזרעו, וציין כי "ההוראות בדבר העדר מעמד להוריו של נפטר, אינן מתאימות למקרה שבו הנפטר לא השאיר אחריו בת זוג, או כאשר בת הזוג אינה חפצה לעשות שימוש בזרעו של המנוח להריונה שלה, ולא כל שכן כאשר ילדה ילדים לאחר". בית המשפט ציין בהקשר זה כי מאז פורסמה הנחיית היועץ הסכים היועץ המשפטי לממשלה לבקשות של הורים לעשיית שימוש בזרעו של בנם שנפטר ללא בת זוג, ואף היו מקרים שבהם התנגד לכך אך בתי המשפט דחו את עמדתו. בית המשפט המחוזי עמד בפסק דינו על העיקרון לפיו אנו מצווים לכבד את רצון המת וקבע כי הנחיית היועץ אינה שוללת מהוריו של נפטר מעמד שיביא לכיבוד רצונו הן במקרה שבו אין לנפטר בת זוג והן במקרה שבו בת הזוג אינה מעוניינת להרות מזרעו של בן זוגה המנוח.

5. בכל הנוגע למקרה דנן, סבר בית המשפט המחוזי בדומה לבית המשפט לענייני משפחה כי משחלפו 11 שנים מאז מות המנוח, התלבטותה של המערערת באשר לשימוש בזרעו אינה אלא החלטה שלא לעשות בו שימוש ולא להרות ממנו. זאת בפרט משהקימה משפחה חדשה. בית המשפט ציין בהקשר זה כי המערערת לא טענה לעניין מעמדה בהליך בנסיבות שנוצרו, אף שהורה לה לעשות כן, וקבע כי משהחליטה המערערת שלא לעשות שימוש בזרעו של המנוח אין לה מעמד כבעלת דין ומעמדה הוא כעדה בלבד לעניין רצונו המשוער של המנוח. מטעם זה, דחה בית המשפט את טענות הסף של המערערת – התיישנות והעדר מעמד להורים, בקובעו כי הגורם המוסמך להעלות טענות אלו הוא היועץ המשפטי לממשלה, אשר כאמור לא ערער על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה. מכל מקום, כך הוסיף וקבע בית המשפט המחוזי, יש לדחות את טענות הסף של המערערת גם לגופן, שכן עילת התביעה של ההורים נולדה רק מעת שהתברר כי המערערת אינה חפצה להרות מזרעו של המנוח. בנסיבות אלה, כך נקבע, יש להורים מעמד להגן על כבודו של בנם המנוח ולהבטיח את קיום רצונו המשוער שההתחקות אחריו עומדת בלב המחלוקת בין הצדדים. בית המשפט המחוזי שב וסקר את הראיות שהוצגו בפני בית המשפט לענייני משפחה בהקשר זה ואימץ את קביעותיו העובדתיות בדחותו את טענות המערערת ובקובעו כי ראיות אלה מצביעות באופן חד משמעי על כך שהמנוח, שהאבה לילדים והרצון להולידם היו נטועים בו, היה מבקש להביאם לעולם גם אם היה נגזר עליו שלא להולידם עם המערערת. בית המשפט הוסיף וקבע כי טענת המערערת שהמנוח חפץ בילדים ממנה בלבד מתעלמת מניסיון החיים ומהנסיבות הקונקרטיות של המקרה בהדגישו כי השאלה העומדת להכרעה איננה מה היה רצונו של המנוח בעת שחיו בצוותא והוא ציפה לשנים ארוכות ומשותפות עמה, אלא מה היה רוצה המנוח אילו ידע כי מותו קרב וכי היא אינה מסכימה להרות מזרעו לאחר מותו. בבחינת למעלה מן הצורך הוסיף בית המשפט המחוזי וקבע כי מן הראיות שהוצגו עולה כי המנוח והמערערת כיבדו את ההורים והתייעצו עמם, הן בשל הנוהג לעשות כן והן בשל אישיותם של ההורים. בן שכיבד כך את הוריו, קבע בית המשפט המחוזי, חזקה עליו שהיה תומך ברצונם של הוריו הרואים בכך כיבוד של רצונו שלו, וזאת בהינתן העובדה שהמערערת אינה חפצה להרות מזרעו.

בית המשפט המחוזי דחה, אפוא, את הערעור. בשולי הדברים ציין בית המשפט כי במסגרת הערעור הוא אינו רואה מקום לדון בטענות שהעלתה המערערת באשר לשיקולים הנוגעים לטובתו של הילד העשוי להיוולד ל"יתמות מתוכננת", משום שטענות אלה לגישתו ראוי להן כי תתבררנה בהליך נפרד הנוגע לאישור האם המוצעת.

אשר לחיוב בהוצאות, ציין בית המשפט כי שקל האם בנסיבותיו המיוחדות של מקרה זה ראוי שלא לפסוק הוצאות, אך נוכח טענות המערערת שהיו בעיקרן טענות נגד ממצאים שבעובדה וכן טענות סף אשר לגישתו לא היה להן מקום לכתחילה, חייב אותה בית המשפט לשלם להורים שכר טרחת עו"ד בסך של 10,000 ש"ח.

6. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הגישה המערערת ביום 25.10.2015 בקשת רשות ערעור לבית משפט זה ועמה בקשה לעיכוב ביצוע פסק-הדין. ביום 26.10.2015 עיכב בית משפט זה (השופט מ' תימן) את ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי וביום 8.12.2015 הוסיף וקבע כי הבקשה תועבר לדיון בפני הרכב.

תמצית טענות הצדדים

7. בבקשתה נסמכת המערערת על הנחיית היועץ וטוענת כי הנחיה זו אומצה בהמלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל, מאי 2012 (להלן: ועדת מור יוסף) וכן בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/7 ועל כן מן הדין לפעול על פיה. המערערת שבה וטוענת כי בהתאם להנחיית היועץ אין להורי המנוח מעמד בשאלת השימוש בזרעו וכי מעמד זה מוקנה לה בלבד. בהקשר זה מלינה המערערת על קביעת בית המשפט המחוזי כי מעמדה הוא כשל עדה והיא מוסיפה כי עד היום - אף שחלפו 11 שנים ויותר מאז מות המנוח - היא עודנה מתלבטת אם לעשות שימוש בזרעו על מנת להרות ולהוליד ילד המשותף לה ולמנוח. לגישת המערערת השאלה אותה יש לבחון היא רצונו המשוער של המנוח בחייו בכל הנוגע לשימוש בזרעו, שכן אין לדעת מה היה רצונו אילו ידע כי הוא עומד למות וכי בת זוגו לא תסכים להרות מזרעו. המערערת טוענת בהקשר זה כי המנוח לא היה רוצה להוליד ילדים אשר לא יוכל לגדלם וכן היא טוענת כי לא היה מעוניין בילדים מאישה אחרת אלא ממנה בלבד. המערערת מוסיפה כי פסק הדין המתיר להורי המנוח את השימוש בזרעו מהווה "תקדים מסוכן" אשר יוביל להולדת צאצאים של נפטרים ל"יתמות מתוכננת" והיא מוסיפה וטוענת כי מתן היתר כאמור הוא למעשה התערבות באוטונומיה של הפרט להחליט האם הוא רוצה להעמיד צאצאים בכלל ולאחר מותו בפרט.

8. ההורים מצידם סומכים ידיהם על פסקי הדין של הערכאות קמא, וטוענים כי יש לדחות את הבקשה. לטענת ההורים אין למערערת מעמד להתנגד לתביעתם ככל שהיא אינה מבקשת לעשות בעצמה שימוש בזרע והם מוסיפים כי היריבות שלהם היא מול היועץ המשפטי לממשלה - אשר לא ערער על פסק דינו של בית המשפט לענייני

משפחה. ההורים מציינים כי המערערת הייתה נשואה לבנם המנוח כשלושה חודשים בלבד לאחר שניהלו מערכת יחסים שהייתה רצופת תהפוכות ולטענתם העובדה שחיי בנם נגדעו מבלי שהותיר אחריו ביטוי מפורש לרצונו להביא ילדים לעולם, אינה משנה את העובדה כי חפץ בהמשכיות. אשר להנחיית היועץ טוענים ההורים כי היא אינה מותאמת לחיים המודרניים ומבטאת "גישות מקובלות ומושרשות במשפט שפסו מן העולם", וכי מאז כתיבתה חלו תמורות בתא המשפחתי המצדיקות סטייה מגישות מסורתיות אלה. עוד טוענים ההורים כי גם להם ולא רק למערערת יש מעמד בשאלת השימוש שייעשה בזרעו של המנוח וכי טענת המערערת לפיה המנוח לא היה רוצה שייוולדו מזרעו ילדים שאותם לא יוכל לגדל, אינה מתיישבת עם הסכמתה לשאוב זרע מגופו לאחר מותו ואף לא עם הטענה בדבר התלבטותה הנמשכת באשר לעשיית שימוש בזרע שנשאב, כאמור.

9. היועץ המשפטי לממשלה טען בתגובתו לבקשת רשות הערעור כי הנחיית היועץ מבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים - כיבוד רצון המת וכיבוד רצונה של בת זוגו. לגישתו כפי שהובאה באותה התגובה בת הזוג מייצגת נאמנה, יותר מכל אדם אחר, את רצון המנוח בכל הנוגע לשאלה האינטימית של הבאת ילדים לעולם בחייו ומכך יש להקיש גם לעניין רצונו המשוער לאחר מותו. על כן, סבר היועץ כי בהיעדר הצהרה מפורשת וברורה של נפטר שהיה נשוי, הדעת נותנת כי תידרש רמת הוכחה גבוהה ביותר לשם הוכחת רצונו המשוער להביא ילדים מזרעו לאחר מותו ממי שלא הייתה בת זוגו והוא הפנה בהקשר זה לאמור בסעיף 20 להנחיית היועץ. עם זאת, ציין היועץ כי לאחר פרסום ההנחיה משנת 2003 ובעקבות מקרה מסוים שנדון בבית המשפט לענייני משפחה בשנת 2009, קבע היועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד יהודה וינשטיין, כי יש לפרש את הנחיית היועץ כך שאין מניעה להיעתר לבקשת הוריו של אדם שנפטר ערירי לעשות שימוש בזרעו אם יוכח שזהו רצונו. על כן, במקרים מסוג זה לא התנגד היועץ לבקשת ההורים והשאיר את הבירור וההכרעה בדבר רצון הנפטר לבית המשפט, תוך המלצה להיעזר לצורך כך בתסקיר שייערך על ידי עובדת סוציאלית לסדרי דין.

לסיכום, העמדה שהציג היועץ המשפטי לממשלה בתגובתו לבקשת רשות הערעור הייתה כי כאשר הייתה למנוח בת זוג קבועה בעת פטירתו, חזקה היא כי בת הזוג היא האמונה, ככלל, על הבעת והבאת רצונו הקונקרטי של המנוח בשאלת הבאת ילדים מזרעו לאחר מותו באמצעות אישה שלא הכיר בחייו, בפני בית המשפט. ואולם חזקה זו ניתנת לסתירה". עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה באותה התגובה כי בהינתן

הממצאים העובדתיים המפורשים שקבע בית המשפט לענייני משפחה במקרה דנן - אותם אימץ גם בית המשפט המחוזי בערעור - ולפיהם קיים סיכוי סביר כי המנוח היה מסכים להעמדת צאצאים מזרעו לאחר מותו מאישה שאיננה המערערת, אין הוא רואה מקום להביע עמדה לכאן או לכאן בסוגיה ראייתית זו וכי עמדתו לגבי הבקשה מתמצית באמירה העקרונית המפורטת לעיל.

מהלך הדיונים בהליך והטיעון המשלים

10. דיון ראשון בבקשת רשות הערעור התקיים ביום 10.3.2016 (השופטים א' חיות; י' עמית ו-מ' מזוז) ובהסכמת הצדדים ניתנה למערערת רשות ערעור. בתום אותו הדיון הוחלט כי ההליך דנן מעורר שאלות עקרוניות אשר מן הראוי כי תתבררנה בפני הרכב מורחב של בית משפט זה ולאחר שהרכב כאמור נקבע על-ידי הנשיאה (ר' החלטתה מיום 23.3.2016), נשמעו ביום 8.5.2016 טיעוני הצדדים בפני ההרכב המורחב. במהלך הדיון עמדה באת כוח היועץ המשפטי לממשלה, בין היתר, על כך כי מאז פרסום הנחיית היועץ בשנת 2003 התברר כי לעתים "המציאות עולה על כל דמיון" וכי בבתי המשפט נדונות בקשות מגוונות לשימוש בזרע של נפטר ומכאן, לדבריה, החשיבות שיש לייחס להכרעה בסוגיות העקרוניות העולות בהליך דנן. בתום הדיון האמור הורינו ליועץ המשפטי לממשלה להגיש טיעון משלים בכתב בשאלות שונות שעלו במהלכו וכמו כן ניתנה למערערת ולהורים האפשרות להתייחס לאמור בהשלמת הטיעון שתוגש.

11. לאחר מספר בקשות להארכת מועד שהוגשו על ידו, הודיע היועץ המשפטי לממשלה ביום 11.7.2016 כי נמסר לו משרד הבריאות שיש בכוונתו לפעול לגיבוש מתווה חקיקתי בסוגיה הרגישה נושא ההליך דנן וכן כי בכוונתו לסיים את הכנת החקיקה לקריאה ראשונה בתוך שלושה חודשים. על כן, ביקש היועץ המשפטי באותו שלב לעכב את הגשת עמדתו בנושא עד לאחר גיבוש המתווה החקיקתי האמור. בהחלטתנו מיום 13.7.2016 קבענו כי בהינתן העובדה שמדובר בהליך ערעורי ובהליכים הנמשכים מזה זמן רב בערכאות השונות, על היועץ המשפטי לממשלה להגיש את עמדתו לא יאוחר מיום 20.7.2016. עוד נקבע כי בטרם שיינתן פסק דין בהליך דנן וככל שאכן תהיינה התפתחויות משמעותיות בהליך החקיקה המתכונן, כאמור, תתאפשר הגשת הודעה מעדכנת בעניין זה לא יאוחר מיום 13.10.2016.

12. בטיעונים המשלימים שהגיש היועץ המשפטי ביום 21.7.2016 הוצגה על ידו עמדה שונה מזו שאותה הציג תחילה בתגובתו לבקשת רשות הערעור וכן בפני בית

המשפט המחוזי. זאת, בעקבות דין ודברים שהתקיים בינו ובין משרד הבריאות אשר הודיעו כאמור כי בכוונתו לגבש בהקדם הצעת חוק המאמצת במלואן את המלצות ועדת מור יוסף בנדון. היועץ המשפטי ציין כי בשונה מן העמדה שאותה הציג בעבר ולפיה לא היה בדעתו להתנגד לכך שניתן להציג בבית המשפט ראיות הסותרות את עדות בת הזוג בדבר רצונו המשווער של המנוח שלא להביא לעולם ילדים מזרעו לאחר מותו מאישה שאינה בת זוגו, עתה הוא סבור כי בכל הנוגע לנפטר אשר לא הותר צוואה או הנחיות מקדימות בכתב והייתה לו בת זוג קבועה בחייו - בת הזוג הקבועה היא הרשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייתה, על יסוד ההנחה שרצונו של הנפטר היה להוליד ילדים עם בת הזוג הקבועה שהייתה לו בחייו ועמה בלבד. עוד סבור היועץ המשפטי לממשלה כי ככל שבת הזוג אינה מעוניינת לעשות שימוש בזרע יש לראות בכך משום הבעת רצונו של הנפטר ואין לאפשר שימוש בזרע על מנת להפרות בו אישה אחרת. לענייננו טוען היועץ כי על פי עמדתו המעודכנת המערערת והיא בלבד רשאית לעשות שימוש בזרעו של המנוח לצורך הפרייתה ועל כן, יש לקבל את הערעור ולבטל את פסיקתן של הערכאות קמא שאפשרו להורים לעשות שימוש בזרעו של המנוח.

13. המערערת סומכת ידיה על עמדתו העדכנית של היועץ המשפטי לממשלה ואילו ההורים שבים וטוענים כי במקרים שבהם בת הזוג אינה מעוניינת לעשות שימוש בזרעו של המנוח, יש לאפשר להוריו לעתור לבית המשפט על מנת להוכיח כי היה זה רצונו המשווער של המנוח שבמקרה כזה ייעשה שימוש בזרעו על מנת להביא ילדים לעולם לאחר מותו מאישה שאינה בת זוגו. לטענתם כך אכן הוכח במקרה דנן והם מלינים על השינוי שחל בעמדתו של היועץ המשפטי, אשר עד להגשת הודעתו המעודכנת תמך לגישתם בדחיית הערעור. לטענת ההורים עמדתו העדכנית של היועץ המשפטי אינה מתחשבת בנתונים הקונקרטיים של המקרה הנדון ומבוססת על הנחות יסוד שאין להן מקום בהינתן ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום ההולדה והתמורות שחלו בתפישות החברתיות בכל הנוגע למוסד המשפחה. לטענתם ההנחה כי קשר הנישואין הוא לבדו מהווה אינדיקציה לרצון המת בסוגיה העומדת להכרעה בהליך זה, אינה תקפה עוד ועל כן אין לשלול מהם כהוריו של המנוח את המעמד להביא בפני בית המשפט את רצונו המשווער בהקשר זה.

הערות מקדימות למען שלמות התמונה

14. למען שלמות התמונה ובטרם נפנה לדון בסוגיות העומדות להכרעה בערעור זה, יצוין כי ביום 13.10.2016 הגישה המדינה הודעה מעדכנת אליה צירפה תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016 (להלן: תזכיר החוק או התזכיר) שגיבש משרד הבריאות,

אשר נועד להסדיר באופן מקיף את כלל הפעילות של בנקי הזרע בישראל. התזכיר כולל פרק הנוגע ל"הקפאת זרע לשימוש עתידי" (פרק ט' לתזכיר) וכן יוחד בו פרק ל"נטילה ושימוש בזרע נפטר" (פרק י' לתזכיר), המאמץ בעיקרו את המלצותיה של ועדת מור יוסף שעליהן נעמוד בהמשך הדברים. תמציתן של הוראות התזכיר ככל שהן נוגעות לענייננו היא כי בהיעדר הוראות בכתב שהותיר הנפטר "אשתו או בת זוגו הקבועה בלבד רשאית להרות מזרע הנפטר או להפרות את ביציותיה בזרעו בהתאם להוראות סעיף 67(1)" (סעיף 70(2) לתזכיר). עוד נקבע בתזכיר כי "לקרובי הנפטר, זולת אשתו או בת זוגו הקבועה, לא יהיה כל מעמד לעניין שאיבת זרעו או שימוש בזרעו, אלא אם הנפטר לא היה נשוי או לא הייתה לנפטר בת זוג קבועה בעת פטירתו ורק אם הוא הורה על כך בכתב, כאמור בסעיף 67(ב) [צ"ל 66(ב)-א.ח.]" (סעיף 74 לתזכיר).

15. בהודעותיו הקודמות ציין היועץ המשפטי לממשלה כי הסוגיות העומדות להכרעתנו בערעור דנן הן עקרוניות ורגישות ועל כן מן הראוי לאפשר את הסדרתן בחקיקה. ובמילים אחרות, היועץ המשפטי סבור כי מן הראוי שבית משפט יימנע ממתן פסק דין בערעור דנן עד אשר יושלם הליך החקיקה שיזם משרד הבריאות. אלא שכפי שתיארנו לעיל, יוזמת החקיקה החלה את צעדיה הראשונים כתזכיר חוק רק עתה לאחר שהדיונים בערעור כבר הסתיימו ונראה כי ההסדרה החקיקתית המקיפה שאליה מכוון התזכיר בכל הנוגע לבנקי הזרע, מבורכת ורצויה ככל שתהיה, תיארך זמן וסופה מי ישורנו (לביקורת על היעדר הסדרה בחקיקה בסוגיות ערכיות ועקרוניות אלה ראו: בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה ס"ח לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, פסקה 33 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (5.2.2013) (להלן: עניין פלונית 2013)). כמו כן ניתן להניח כי התזכיר שצורף להודעת היועץ המשפטי מיום 13.10.2016 יעבור שינויים ותיקונים כאלה ואחרים עד לגיבוש נוסחו הסופי של החוק שיאושר, ככל שיאושר. בנסיבות אלה ובהינתן העובדה כי בפנינו בעלי דין אשר עניינם נדון בערכאות השונות מאז שנת 2013 וכן בהינתן רגישותו של העניין והחשיבות שיש בו לממד הזמן, אנו סבורים כי אף שיש ליתן את הדעת לעמדת משרד הבריאות כפי שבאה לידי ביטוי בתזכיר ואומצה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אין במהלך טרומי זה של יוזמת החקיקה שבה נקט משרד הבריאות בשלב כה מאוחר של הליך הערעור, כדי להצדיק הימנעות ממתן פסק דין עד להשלמת הליכי החקיקה (ראו והשוו: ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 23 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (17.3.2016)).

16. עוד יצוין למען שלמות התמונה כי טרם התכנסות ההרכב המורחב לדיון בערעור, ביקשנו וקיבלנו התייחסות מטעם המדינה בשתי שאלות אינפורמטיביות אשר נועדו לוודא כי איננו עוסקים בעניין תיאורטי גרידא. בתשובה לשאלותינו הגישה המדינה בהודעתה מיום 20.3.2016 את מכתבו של ד"ר מיכה באום, מנהל שירות בנק הזרע בבית החולים, ממנו עולה כי המועד שבו נשאב הזרע במקרה דנן מן המנוח נחשב פרק זמן תקין ומקובל המאפשר קבלת זרע באיכות סבירה. עוד צוין באותו מכתב כי למרות שמדובר בתקופת הקפאה ממושכת (מאז שנת 2004) ככלל, הזרע אינו צפוי להיפגע רק מהסיבה שהוא קפוא. ולבסוף, צוין במכתבו של ד"ר באום כי בבית החולים אותרו 19 מנות זרע של המנוח שהוקפאו בהליך קצירה לאחר מותו ובהן תאי זרע בני חיות אם כי בכמות מועטה. בעקבות תשובות אלו ומשלא ניתן לקבוע כי מדובר בערעור תיאורטי, החלטנו לקיים דיון בערעור לגופו.

דיון והכרעה

17. המקרה דנן והסוגיות המורכבות העומדות להכרעה בו, הם דוגמא מובהקת לכך שבתחומי הטכנולוגיה והרפואה אנו עדים לא אחת למצב דברים שבו המשפט אינו משיג את קצב החיים ואינו נותן מענה בחקיקה לסוגיות השונות המתעוררות כתוצאה מהמציאות החדשה הנוצרת בעקבות התפתחויות וחידושים מדעיים בתחומים אלה (ראו עניין פלוני 2013, בפסקה ב' לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; אסתר חיות "גבולות המשפט" ספר לוי (צפוי להתפרסם במהלך 2017) והדוגמאות המובאות שם). אלא שכאשר מובא לפתחו של בית המשפט סכסוך נתון, אין הוא יכול לפטור עצמו תמיד מהכרעה בו בשל היעדר חקיקה מתאימה וישנם מצבים שבהם מחויב בית המשפט ליתן לצדדים מענה ולו בדרך של "חקיקה שיפוטית", אם כי זו מן הראוי כי תהיה מדודה וזהירה תוך שימת לב למכלול השיקולים הצריכים לעניין (ראו: רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי. טי. סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 664 (2010); ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012); דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (18.3.2013)).

הטכנולוגיה המודרנית שינתה מן היסוד את ה"גבולות הטבעיים" של האדם

בכך תמותה (SHARON KAUFMAN, *In the shadow of 'death with dignity': medicine and cultural quandaries of the vegetative state*, *American Anthropologist*, vol. 102(1) 69, (2000) pp. 76-78; אורי כץ עד טיפת הזרע האחרונה: בקשות למימוש זרע מוקפא של מת,

בעמ' 16 (עבודת גמר לתואר "מוסמך בסוציולוגיה ואנתרופולוגיה" האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למדעי החברה, 2012) (להלן: כפ)). כך למשל, טכנולוגית הפריזון וההולדה מאפשרת לאישה שבעבר נגזר עליה להיות עקרה לשאוב ביציות ולהפרותן במטרה להרות מהן בעתיד (עניין נחמני השני) או להפרות בהן אם "פונדקאית" הנושאת ברחמה ביצית מופרית שאינה שלה (בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2003); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (18.9.2014) (להלן: עניין משה)). עוד התאפשרה בזכות הטכנולוגיה המודרנית יצירת "בנק זרע" ממנו תוכל אישה המבקשת להרות לקבל תרומת זרע ואף לבחור בתורם הרצוי לה (עניין פלונית 2013). ההתפתחויות הטכנולוגיות המאפשרות הולדת ילדים של נפטר לאחר מותו פורצות אף הן "גבול טבעי" אשר אותו מסמן המוות. בשנת 1980 דווח המקרה הראשון בו הצליחו רופאים לשאוב זרע מגופתו של אדם (DOSTAL J, UTRATA R, LOYKA S, BREZINOVA J, SVOBODA M, SHENFIELD F., *Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: case report.*, Hum Reprod. Vol. 20, No. 8 pp 2359 (2005)) ומאז אותה שנה ועד שנת 1999 דווח בארצות הברית על למעלה מתשעים מקרים בהם ביקשו משפחותיהם של נפטרים לשאוב מגופם זרע מתוך כוונה כי אלמנתם, בת זוגם או אישה אחרת תופרה בזרע זה (CARSON STRONG, *Ethical and Legal Aspects Of Sperm Rerieval After Death or Persistent Vegetative State*, Journal of Law, Medicine & Ethics, 27 pp. 347 (1999) כן ראו הערת שוליים 3 והאסמכתאות שם) (להלן: Carson). בכל הסכסוכים המתעוררים בהקשרים אלה נדרש בית המשפט לעצב נורמה משפטית בסוגיות אשר מעצם טיבן וטבען טובלות עד צוואר בהיבטים מוסריים, חברתיים, דתיים ופילוסופיים (השוו: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 718 (1996) (להלן: עניין נחמני השני); מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט(א) 21 (1989)).

נטילת זרע מנפטרים והשימוש בו – הנחיית היועץ והדין הנוהג בישראל

18. המקרה שלפנינו מעורר אף הוא שאלות מורכבות מסוג זה אשר לא היו מתעוררות כלל אלמלא ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים בתחום ההולדה המאפשרות, כאמור, שאיבת זרע מגופו של נפטר והבאת ילדים לעולם לאחר מותו תוך הפריית אישה מזרע זה. ההורים עתרו לסעד הצהרתי הקובע כי הם זכאים לקבל לידיהם את מחצית המבחנות המכילות את זרעו של המנוח וכן עתרו לצו עשה המתיר לכל גורם רפואי העוסק בהפריה לעשות שימוש בזרעו על מנת להפרות בו

אישה המוכרת להם והחפצה להרות מזרעו או לחלופין להותיר את מבחנות הזרע לשימוש של תרומת זרע אנונימית "ובלבד ש[למנוח] יהיה המשך כלשהו". משהונחה תביעתם זו של ההורים בפני בית המשפט לענייני משפחה ובהיעדר דבר חוק הקובע נורמות משפטיות שיש בהן משום מענה למחלוקות שנפלו בין בעלי הדין בתביעה זו, פנה בית המשפט לענייני משפחה ובעקבותיו גם בית המשפט המחוזי אל הנחיית היועץ בה ראה הסדר נורמטיבי אשר גם אם אינו מחייב את בית המשפט ניתן בהחלט להיעזר בו כאמת מידה מנחה (לעניין מעמדן של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 910 (2002); בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים, פסקה ה' לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (14.1.2007) והאסמכתאות שם). הנחייתו של היועץ היא פרי יוזמה של היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, אשר נולדה משהלכו והצטברו המקרים שהעלו שאלות הנוגעות לשימוש בזרעו של נפטר ובסוברו כי יש צורך לגבש הנחיה אשר תשמש אמת מידה נורמטיבית מנחה בהקשר זה. על השיקולים שעמדו ביסוד החלטת היועץ בהוצאת ההנחיה האמורה עמדה עו"ד בן אור, אז ממונה במחלקת ייעוץ וחקיקה, בדיון שהתקיים סמוך להוצאתה בוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי בכנסת:

אין ספק שזה נושא שמעורר שאלות כבדות משקל מנקודת מבט חברתית, מוסרית ורפואית. אנחנו לא חושבים שנכון להיחפז ולחוקק דברים מהסוג הזה. אנחנו מנסים לתת לזה את מירב שיקול הדעת והמחשבה על-מנת לעשות את הדברים בזהירות. כשאנחנו כותבים חוק זה דבר מאוד כבד. לשנות אותו עם נסיבות החיים זה לא תהליך פשוט ... יתר על כן, אנחנו גם לא נוטים לחוקק חוקים למקרים שהם כל כך נקודתיים וספורים. [...] אנחנו מנסים לגבש את הכללים על ידי למידה של כל מקרה לנסיבותיו. כמו שכתבנו בהנחיה שאנחנו רוצים שבית המשפט יבחן כל מקרה לנסיבותיו, כך גם המלצנו שיוגש תזכיר פקיד סעד כדי ללמוד על רצונו של הנפטר. זאת כיוון שמדובר בדרך כלל במוות בחטף של אדם צעיר שלא הותיר דברים כאלה בכתב. אנחנו פירשנו את הרצון של אותו נפטר. היינו מוכנים גם לקבל רצון משוער שנלמד מנסיבות חייו, מהתנהגותו, מדברים שאמר. דבר כזה יכול להילמד מסביבתו הקרובה (פרוטוקול מס' 97 משיבת הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי של הכנסת מיום 30.9.2002, בעמ' 13-14) (להלן: פרוטוקול 97).

19. הנחיית היועץ מבוססת בעיקרה על שני יסודות – "האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו; והשני, רצונה של בת-זוגו

של הנפטר בהמשכיות שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם" (פסקה 9 להנחיית היועץ). לגישת היועץ, אשר קיבלה ביטוי בהנחיה, תפיסת הרצון המשוער של הנפטר מבוססת על מציאות החיים לפיה אדם מן השורה אינו נדרש בחייו לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, אך מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, במיוחד כאשר בת זוגו רוצה בכך. עם זאת, צוין בהנחיה כי מקום שלנפטר לא הייתה בת זוג קבועה בחייו לא ניתן יהיה, ככלל, לייחס לנפטר רצון משוער להביא צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו. עוד צוין בהנחיה כי להוריו של הנפטר, כמו גם לקרוביו האחרים, אין מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם בחייו ועל כן אין להם מעמד כזה גם לעניין הבאת ילדים לעולם לאחר מותו. משמע - אין להם, כך ההנחיה, זכות או מעמד חוקי ליתן הסכמה מקום שהנפטר התנגד ואף לא זכות או מעמד חוקי להתנגד מקום שקיימת הסכמה מפורשת או משוערת של הנפטר (פסקאות 20 ו-21 להנחיית היועץ; השוו להסדר בסעיף 6א בחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 לפיו מקום בו מתעורר צורך לנתח גופה או ליטול איבר להשתלה, המחוקק רואה בבת הזוג של המת כמי שמשקפת נאמנה את רצונו, ורצונה גובר על רצונם של בני משפחה אחרים). למען שלמות התמונה יצוין כי בשנת 2003 הוגשה עתירה ציבורית נגד הנחיית היועץ, אשר נמחקה בהמלצת בית המשפט תוך שמירת טענות העותר "אם וכאשר תתעורר שאלה קונקרטי" (בג"ץ 10224/03 הקואליציה האזרחית נ' היועץ המשפטי לממשלה (22.9.2004)).

בשנת 2007 אומצה הנחיית היועץ, כלשונה, בסעיף 30 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 מיום 8.11.2007 שכותרתו "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית". כמו כן, אומצה הנחיה זו על ידי הוועדה הציבורית בראשות פרופסור שלמה מור יוסף לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל (להלן: ועדת מור יוסף או הוועדה), שמסקנותיה פורסמו בחודש מאי 2012, אשר דנה בסוגיות שונות הנוגעות לפריון והולדה שאינן מוסדרות בחקיקה, ובהן: תרומות חומר גנטי, פונדקאות, קביעת הורות וכן שימוש בחומר גנטי לאחר המוות. באמצעה את הנחיית היועץ בנושא אחרון זה ציינה הוועדה כי:

"על אף הספקות, יש יסוד לייחס לאדם שיש לו בת זוג קבועה (נשואה או ידועה בציבור) רצון להביא איתה ילד לעולם, אם היא תחפוץ בכך, גם לאחר מותו. עם זאת, אין להרחיב אפשרות זו, שהיא חריג לעקרון ההסכמה מדעת להולדה, מעבר לגבולות הצרים שהותוו בהנחיית היועץ, לפיהם הותר שימוש בזרע רק להפרייתה של בת הזוג ולבקשתה. התבססות על רצון משוער יכולה להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא

מובהקת, שוות ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת" (עמ' 44 לדו"ח הוועדה מחודש מאי 2012).

הוועדה הוסיפה וקבעה כי אין "להפקיד בידי הורי הנפטר, אחיו או ילדיו את הזכות להחליט בדבר השימוש בזרע" ואילו חבר הוועדה, פרופסור אסא כשר, סבר בדעת מיעוט כי אין לאמץ את הנחיית היועץ המשפטי במקרה שבו לא הייתה לנפטר בת זוג והוא הלך לעולמו מבלי להותיר צאצאים. במקרה כזה ציין פרופסור כשר כי לדעתו:

חזקה גם על אדם לא נשוי שהלך לעולמו ולא הותיר אחריו צאצאים שהיה רוצה להביא ילד לעולם. אם לא הורה במפורש אחרת, הוריו יכולים להיות אלה שיקימו לו זרע לאחר מותו, אם ימצאו אישה שתהיה מוכנה להרות מזרעו ולגדל את ילדו, בקשר נאות עם הוריו של המנוח. לפיכך, אם הוריו של אדם שלא היה נשוי ולא הותיר אחריו צאצאים מעוניינים להשתמש בזרעו כדי להביא לעולם ילד משלו, חובה היא לאפשר להם לעשות זאת, בעזרת אישה מתאימה. (שם, בעמ' 47)

20. המקרה שלפנינו הוא המקרה הראשון מסוגו שעלה בפני בית משפט בישראל אשר בו התגלעה מחלוקת בין מי שהייתה בת זוגו של המנוח - שאינה חפצה לעשות שימוש בזרע שנשאב מגופו על מנת להביא לעולם ילד מזרעו לאחר מותו - ובין הוריו החפצים לעשות שימוש בזרעו לצורך כך ולו בדרך של הפריית מי שלא הייתה בת זוגו בעת פטירתו. עם זאת, וכפי שפירט היועץ המשפטי בתגובתו לבקשת רשות הערעור, נדונו בעבר בפני בתי משפט בישראל שני סוגים של מקרים הנוגעים לשימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו - האחד, נוגע לשימוש בזרעו של נפטר על ידי מי שהייתה בת זוגו במועד הפטירה והשני נוגע לנטילת זרעו של נפטר ולשימוש בו על ידי הוריו כאשר לנפטר לא הייתה בת זוג במועד פטירתו. כך למשל, בבג"ץ 2254/02 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.8.2002) הגיעה המדינה להסכם פשרה עם אמו של חייל שנהרג בפעילות מבצעית (מבלי שהייתה לו בת זוג קבועה), לפיה תתאפשר שאיבת זרע מגופתו והוא יישמר. בתמ"ש 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.2009) (להלן: עניין משפחה חדשה) נדונה בקשתה של אישה לאשר את הפריית זרעו של אדם שנפטר ממחלת הסרטן ולא הייתה לו בת זוג קבועה בעת מותו. הורי הנפטר תמכו בבקשה ובית המשפט קיבל את הבקשה בניגוד לעמדה שהציג היועץ המשפטי לממשלה באותו מקרה, וקבע כי בנסיבות העניין הפקדת זרעו של המנוח טרם לכתו בבנק הזרע ועדות הוריו מלמדים כי המנוח רצה בהמשכיות. זאת, בין היתר, בהינתן העובדה כי בראיון לעיתון שנתן המנוח טרם מותו אמר: "הושטתי להורים שלי את הנכדים שלי" וכן בהינתן אמירתו לאביו "אבא אני

מבטיח לך, החיים לא ייפסקו, יהיה להם המשך, אי אפשר לעצור את החיים". פסק דין זה הפך חלוט לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה בחר שלא לערער עליו.

מקרים דומים נדונו גם בתמ"ש (חדרה) 7930-11-09 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.4.2011), בתמ"ש 14217-06-14 משפחה חדשה נ' בית החולים הדסה עין כרם (15.4.2015) ובתמ"ש 28130-07-14 מ.פ. נ' משרד הבריאות (17.11.2014). שני המקרים האחרונים שהינם מאוחרים למקרה שנדון בעניין משפחה חדשה, עסקו בעניינו של חולה סרטן שנפטר בלא שהייתה לו בת זוג, ובהם הותיר היועץ המשפטי לממשלה את ההכרעה בדבר השימוש בזרעו של הנפטר לשיקול דעת בית המשפט. לעומת זאת בתמ"ש 12977-01-14 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (6.1.2015) התנגד היועץ המשפטי לממשלה לבקשת אם המנוח, שזרעו נשאב לבקשתה לאחר מותו במהלך השירות הצבאי (על פי הפשרה שהושגה בבג"ץ 2254/02 הנזכר לעיל), לעשות שימוש בזרעו באמצעות אישה שלא הכיר בחייו. בית המשפט דחה את התנגדות היועץ המשפטי לממשלה לאחר ששוכנע מן הראיות שהוצגו בפניו כי המנוח ביקש להביא צאצאים לעולם וכי בקשת אמו והסכמת האם המיועדת עולים בקנה אחד עם רצונו המשווער. פסק דין זה הפך אף הוא חלוט לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה בחר שלא לערער עליו.

המקרה הקרוב ביותר לעניינו נדון לאחרונה בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים בתמ"ש 27169-11-13 פלונית נ' פלונית (20.1.2016), שם הגישו הוריו של אדם שנהרג בתאונת דרכים בעודו נשוי לבת זוג (לה היה נשוי מספר חודשים), בקשה להפרות בזרעו שניטל לאחר מותו אישה אחרת. באותו מקרה הודיעה האלמנה כי אין בכוונתה לעשות שימוש בזרע שניטל מן המנוח והותירה את ההכרעה בבקשת ההורים לשיקול דעתו של בית המשפט, אך העידה כי לדעתה רצונו המפורש של בעלה המנוח היה שלא להביא ילדים לעולם אלא עמה. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לבקשת ההורים וטען כי יש לדחות את בקשתם. בפסק הדין (שניתן לאחר מתן פסק הדין בעניינו בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד), קיבל בית המשפט לענייני משפחה בירושלים את בקשת ההורים ובדחתו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה קבע כי שוכנע מן הראיות שהיו בפניו כי אילו "יכול היה המנוח לדעת את דבר מותו הקרוב ואת אי הסכמתה של אשתו – אלמנתו להרות מזרעו, היה הוא מכבד את רצון הוריו בהמשכיות משפחתו". פסק דין זה הפך אף הוא חלוט משלא הוגש עליו ערעור.

האם יש להורים מעמד בהליך מכוח הזכות לסבות?

21. בטרם נבחן את השאלות הצריכות הכרעה במקרה דנן חשוב להדגיש כי לא בכל מקרה שבו מתאפשרת פעולה מסוימת בעקבות התפתחות טכנולוגית מצמיח הדבר בהכרח זכות בשדה המשפטי. עמדה על כך השופטת ד' ברק-ארז בעניין פלונית 2013 שם נדונה בקשתו של תורם זרע לבנק הזרע לחזור בו מתרומתו, בציינה:

מצבים אלה חוזרים ומעוררים את השאלה האם כאשר אפשרות פעולה מסוימת קיימת, כעניין מדעי וטכנולוגי, משמעות הדבר היא שאף קיימת זכות לעשות בה שימוש, וכן שאין להגביל את השימוש בזכות זו. בענייננו, מאחר שקיימת אפשרות טכנית לעשות שימוש במנות הזרע הנוספות של התורם, ההנחה שביסוד העתירה הייתה שניתן יהיה אף לעשות בהן שימוש, ללא הגבלה. אכן, הטכנולוגיה פותחת בפנינו אופקים חדשים, ומעניקה לנו אפשרויות בחירה נוספות. אולם, העובדה שאפשרויות טכנולוגיות ומדעיות מאפשרות נקיטת צעדים מסוימים אינה מקנה, כשלעצמה, זכות לעשייתם (שם, בפסקה 32 לחוות דעתה)

מהי הזכות אשר עליה ביקשו ההורים לסמוך במקרה דנן את תביעתם לקבלת הסעדים שלהם עתרו? מתוך הטיעונים שהגישו ההורים בשלב הערעור עולה כי לצד עמדתם לפיה יש לאמץ את נימוקיהן של הערכאות קמא אשר נעתרו לתביעה תוך הסתמכות על רצונו המשוער של המנוח, סבורים ההורים כי הזכות לעשות שימוש בזרע באופן שנתבקש על ידם נתונה להם גם מתוקף הזכות לסבות. זאת לאחר שהשלימו עם קביעתו של בית המשפט לענייני משפחה אשר דחה את הטענה כי יש להם כהורים זכות קניינית מכוח הורשה במבחנות הזרע של המנוח (לעניין זה ראו גם סעיף 79 לתזכיר החוק). בהקשר זה של הזכות לסבות מפנים ההורים, בין השאר, למאמרם של ליבת סומך ואורן טרגש "על השיקולים להכרה במעמד הסבות" הארת דין ד(2) 168 (התשס"ו) (להלן: טרגש וסומך) וכן לדעת המיעוט של פרופסור אסא כשר בדוח ועדת מור יוסף עליה עמדנו לעיל. הדברים מכמירי הלב שנכתבו על-ידם בהקשר זה בסעיף 32 ו-33 לטיעונייהם, ראוי להם כי יובאו כלשונם:

הורים אשר היו ראויים דיים לגדל ילדים ולשלוח אותם אלי קרב, זכותם מתגמדת נדחקת ולא קיימת, ההורים טובים מספיק כאשר בנם בין החיים, אולם הופכים לחסרי משמעות עם מותו. אנחנו מגדלים ילדים, אוהבים אותם, מטפחים אותם, דואגים להם, משקיעים בהם, הם כל חיינו, תמצית ולשד קיומנו, ובהגיעם לגיל 18 אנחנו מוסרים אותם למדינה, לשירות הצבאי, וכאם קורה להם משהו נגזלת מאיתנו ההורות, הזכות והחובה, אנחנו מתאיינים. לשיטת המערער ולשיטת המדינה, זהו מצב

תקין. את המעמד האיתן שלנו כהורים אנחנו מאבדים יחד עם אובדן ילדינו ובת זוג, ללא קשר לטיב היחסים או לזמן המשכם, היא לשיטת המדינה, מי שיכולה להעיד על רצון או היכרות בלבדית. ובכל זאת, גם להורים יש מעמד, גם לסבים ולסבתות, זניח אמנם מבחינת המדינה, אולם אין זה אומר שהמדינה אינה טועה ושלא הגיעה העת לשנות ולרענן ולהתאים למציאות הישראלית ובכלל, את הנחיותיה". [ההדגשה במקור]

22. אכן, בהקשרים מסוימים ומצומצמים יחסית הכיר הדין הישראלי בזכויות הנתונות להורי ההורים בכל הנוגע לנכדיהם (ראו: סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות המשפטית), ע"א 121/79 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(2) 253, 260 (1980); ע"א 783/81 פלוני נ' פלמוני, פ"ד לט(2) 1 (1985); בע"מ 9417/09 פלוני נ' פלונית (16.2.2010); סומך וטרגש, בעמ' 173-174; כן ראו סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית; סעיף 11 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 ולעניין חובות המוטלות על הורי ההורים ראו: סעיף 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959)). אולם, ככלל אין הדין הישראלי מקנה להורי ההורים מעמד כל עוד ילדיהם ובני זוגם בחיים וכשירים מבחינה משפטית וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית קובע בהקשר זה כי "ההורים הם האפטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". מכל מקום, גם בהוראות הנזכרות לעיל המקנות מעמד או זכות להורי ההורים, מדובר בזכות לקיים קשר עם נכדים שכבר נולדו (ראו: ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב 147 (התשס"ט) (להלן: דורון ולינצ'יץ); כן ראו סומך וטרגש בעמ' 175-176 באשר לדין הנוהג בהקשר זה באנגליה, קנדה וארצות הברית), ואין המדובר בזכות לסבות אשר משמעותה הכרה בזכותם של הורי ההורים לתבוע את הולדת הנכדים.

23. עקרונות אלה של הדין הישראלי קיבלו ביטוי בהנחיית היועץ, בה צוין כי:

להוריו של אדם, כמו לקרוביו האחרים, זולת בת-זוגו, אין מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם בחייו ... בדומה, אין להוריו של נפטר, או לקרוב משפחה אחר, זולת בת הזוג, מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם מזרעו של אדם לאחר מותו.

מדיון של שאלות ותשובות שקיימו חברי הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים עם הרב זלמן נחמיה גולדברג עולה כי עקרונות דומים מעוגנים גם בדין העברי. הרב גולדברג נשאל על ידי חברי הוועדה האם על פי הדין העברי מותר לשאוב זרע

מכיס האשכים של גבר מת על מנת להפרות את אשתו ולהשאיר לו זכר בעולם ובתשובתו קבע כי "ללא הסכמה של הנפטר, כמובן שהדבר אסור, אך אם קיימת הסכמה מפורשת, או אפילו אומדן ברור שזה רצונו, אז אין בכך איסור" והוסיף כי "ליוורשים אחרים של הנפטר אין שום מעמד בשאלה זו" (זלמן נחמיה גולדברג "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת" אטיא סה-סו 45, 47 (אלול, תשנ"ט); לדעות של פוסקי הלכה השוללים לחלוטין נטילת זרע מנפטר ושימוש בו ראו: חנן שני "נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית" עלוני ממדא 61 120, 69-71 (התשס"ז); כן ראו: יוסי גריין "ואתם פרו ורבו (בראשית א', כ"ח), גם לאחר מיתה? הרהורים על הולדה לאחר מיתה בדין העברי" מאזני משפט ג 119 (התשס"ה)).

ודוקו - היעדר מעמד להורים על פי העקרונות שפורטו לעיל, מתייחס בעיקרו למצב דברים שבו הייתה לנפטר בת זוג ואין להוציא מכלל אפשרות כי בכל הנוגע לזכותם של הורי הנפטר לסבות מקום שבו לא הייתה לנפטר בת זוג בעת מותו והוא לא הותיר אחריו צאצאים, יש מקום להרהר בפיתוח זכות זו אשר בשנים האחרונות זוכה להכרה מסוימת כזכות ראויה, אם כי לא בהקשר האמור (ראו: דורון ולינצ'י; STEPHEN F. BEINER, LUDWIG LOWENSTEIN, ABE WORENKLEIN, AND S. RICHARD SAUBER, *The American Journal Grandparents' Rights: Psychological and Legal Perspectives*, JUDITH L. SHANDLING, *The Constitutional*; of Family Therapy Vol. 42, Iss. 2, 2014 *Constraints on Grandparents' Visitation Statutes*, 86 Columbia Law Review, 118 (1986)). על מצבים אפשריים שונים של הפריה והולדה לאחר המוות, בהם עשוי להתעורר הצורך להישען על זכות הורי הנפטר או הנפטרת לסבות, משום שההתחקות אחר רצון הנפטר או הנפטרת אינה מעשית, עומד כן בעבודתו הנזכרת לעיל בצינו:

הטכנולוגיה והידע התרבותי, המושכים זה את זה, עשויים לרמוז אלו שינויים עוד עשויים להתרחש. כך למשל, רק לאחרונה פורסם על טיפול שימור פוריות, במסגרתם הוקפאה רקמת אשך של ילד בן 10 החולה בסרטן (רוזנבלום 2011). במקום אחר דווח על אפשרות לכרות ולהקפיא שחלות של פעוטות חולות סרטן, טיפולים אשר מבוצעים כבר כיום בילדות בנות שלוש, אולם כעת פרסם צוות מומחים שניתן לבצע אותם החל מגיל שנה (רוזנבלום, 2012). בשלב זה מדובר בטיפולים שיאפשרו לפעוטות להפוך לאמהות לאחר שיגדלו ויחלימו. אולם אותן שחלות עשויות להישמר גם לאחר מותן האפשרי של הפעוטות. או אז, עשויה הטכנולוגיה לשוב ולייצר, תוך תהליך דיאלקטי עם הידע התרבותי הקיים, פרקטיקה חדשה של הפריה לאחר המוות. עד אז, עשוי הידע התרבותי המקנה לגיטימציה למימוש זרע של מת להעמיק, ולהפוך את הפרקטיקה הזו למובנת מאליה. במילים אחרות, יושלם תהליך הנורמליזציה ותהליך

הטבעון, בדומה לתהליך שעבר בנק הזרע. [ההדגשה אינה במקור-א.ח.]. (כץ, בעמ' 50-51).

והדברים בהחלט מעוררים למחשבה.

האם יש מעמד להורים בהליך מכוח זכותו של הנפטר לכבוד ?

24. משהגענו אל המסקנה כי אין בידי ההורים להסתמך במקרה דנן על זכות עצמאית לסבות, יש להוסיף ולבחון האם משלא נתן המנוח ביטוי מפורש וכתוב לרצונו כי ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו בדרך של הפריית אישה שלא הייתה בת זוגו, יש מקום להקנות להוריו מעמד לצורך התחקות אחר רצונו המשווער בעניין זה, מכוח הזכות לכבוד הנתונה לכל אדם והמבוססת על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד יש לבחון כיצד מושפעת ההכרעה בשאלה זו מן העובדה כי בעת מותו הייתה למנוח בת זוג קבועה.

כבוד האדם בענייננו משמעו כבוד המת, המורה אותנו כי לאחר מותו של אדם יש לקיים את רצונו המפורש או המשווער כביטוי להגשמת האוטונומיה של רצונו הפרטי (ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפורטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 825 (1999); ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 520 (1992); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802 (1993); לזכותו של המת לכבוד במובן של שם טוב ראו: סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 832 (1999). לדעה אחרת ראו: מ' בירנהק, "זכויות המתים וחופש החיים", עיוני משפט לא 57 (תשס"ח)).

ככל שמדובר בקיום רצונו המשווער של נפטר, להבדיל מרצון מפורש שהביע באשר לשימוש שייעשה בזרעו לאחר מותו להבאת ילדים לעולם, מן הראוי להדגיש כי בעניין זה פרצו הפסיקה הישראלית והנחיית היועץ לאורך השנים דרך "לא סלולה", אשר כמעט שלא ניתן למצוא לה אח ורע בעולם (TREMELLEN, KELTON, *A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception*, (2015) 6, 7, Issue 1, Volume 30, Reproductive BioMedicine Online) (להלן: Tremellen). כך למשל, מדינות רבות כמו גרמניה, צרפת, קנדה ושבדיה אוסרות קטגורית על נטילה ושימוש בתאי רבייה לאחר המוות (SHELLEY SARIG & NILI TABAK, *An Unusual Petition for Posthumous Sperm Retrieval? What Does It Add to the Debate?*, (2008) 27 Med. & L. 463, 467). בהקשר זה לא למותר לציין עם זאת כי תקנה 10(א)

לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987 אוסרת אף היא באופן קטגורי על שימוש בביצית שניטלה מאשה נשואה שנפטרה (להוראות נוספות בהקשר זה הקבועות באותן תקנות ולגזירה שווה אשר יש הסוברים כי יש לגזור מכך גם לעניין שימוש בזרעו של נפטר, ראו אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר – היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27, 100, 103 (2002) (להלן: וינרוט)). באנגליה מתנה ה- Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (להלן: חוק ה-HFEA) שימוש בתאי רבייה לאחר המוות בהסכמה מדעת (Effective consent) בכתב שנתן הנפטר בחייו (Chapter 3, סעיף 1). באוסטרליה ניתן למצוא גישות שונות בחקיקה המדינתית בהקשר זה (ראו: RE H, AE (No 3) [2013] SASC 196 (16 December 2013) - אשר בה אין חקיקה פדראלית או מדינתית בסוגיה זו, מיושמת על ידי בתי המשפט השונים בעיקרו של דבר גישה הדומה לגישה הישראלית, המתחשבת ברצונו המשוער של המת (CATHERINE ROBEY, *Posthumous semen retrieval and reproduction: an ethical, legal and religious analysis*, A Thesis for the degree of Master of Arts – Bioethics (2015) (להלן: Robey)). כמו כן ראוי להזכיר את ההנחיות שניסחה האגודה האמריקאית לרפואת פריון (the American Society for Reproductive Medicine (ASRM)) (להלן: הנחיות ה-ASRM) בסוגיית נטילת תאי רבייה לאחר המוות והשימוש בהם. לפי אותן ההנחיות ניתן לעשות כן כאשר המנוח או המנוחה השאירו הנחיות כתובות ובהיעדר הנחיות כאמור לבקשת בן או בת הזוג ולבקשתם בלבד. לעומת זאת, נשללת באותן ההנחיות האפשרות לפיה יינתן להורי המנוח או המנוחה מעמד בשאלת נטילת תאי הרבייה לאחר המוות ועשיית שימוש בהם, ובלשון ההנחיות:

The desire of a surviving partner to have a child with the gametes of the deceased, in light of their intention to have a family together, may be viewed with sympathy. A more troubling situation is when the request for gametes for posthumous reproduction does not come from a spouse or life partner, but from the parents of the deceased, who see this intervention as promulgating the legacy of their child or as the only way to become grandparents. Ethically, these situations are not comparable. In the case of a surviving parent, no joint reproductive project can ever be said to have existed. Nor do the desires of the parents give them any ethical claim to their child's gametes (שם, בעמ' 1844) (כן, שם, בעמ' 58) (Carson, 58)

הנחיות דומות ניסחה המחלקה לאורולוגיה שליד אוניברסיטת קורנל במטרה להנחות את בתי החולים בניו-יורק (Cornell Guidelines, New York hospital)
guidelines for consideration of requests for post-mortem sperm retrieval,
(להלן: הנחיות קורנל). <https://www.cornellurology.com/resources/guidelines>

25. מודל הרצון המשוער המעוגן בהנחיית היועץ והמיושם בפסיקה הישראלית, אשר כפי שהראינו לעיל אין לו כמעט אח ורע בעולם, אף זכה להתייחסות ביקורתית מצד מלומדים בישראל. במאמרם "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית טז(1) 31 (2014) הציגו המלומדים יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז (להלן: דולב, הקר ובוועז) שלוש גישות התייחסות פילוסופיות למונח "רצון המת". הגישה הראשונה היא כי במותו של אדם, מתים רצונותיו ועל כן אין משמעות ל"רצון המת". הגישה השנייה היא כי האינטרסים והזכויות של האדם שורדים לאחר מותו, ולטענת האוחזים בעמדה זו יש משמעות לעיסוק ברצון המת ובשאלה אילו מרצונות המת על החברה לכבד ואלו יאלצו לסגת מפני אינטרסים וזכויות של אחרים. הגישה השלישית היא כי אין משמעות לעיסוק בזכויות המת ובאינטרסים שלו, אך ניתן לשקול מתן מעמד לזכויות המת מתוך הכרה בזכויות החיים. במילים אחרות, הנותרים בחיים הם שיוכלו להמשיך ולחתור למימוש רצון המת, מכיוון שרצון זה הפך לרצונם שלהם. דולב, הקר ובוועז מוסיפים ומתייחסים במאמר לשאלה הספציפית הנוגעת לשימוש בזרע שניטל מן המת כאחד ממקרי המבחן שבהם דן המאמר, ומבקשים לערער את הנחת היסוד שעליה מבוססת הנחיית היועץ ולפיה כל גבר, ובוודאי מי שבעת מותו הייתה לו בת זוג, מעוניין בהקמת זרע בין שהוא חי ובין שהוא מת. לגישתם אין כל וודאות שאכן כך הוא, בפרט משאין בנמצא מחקרים אמפיריים בנושא והם מציינים במאמר כי ממצאים ראשוניים של עבודות בהנחיית דולב מגלים "תמונה מורכבת בנוגע לשאלה מה חושבים גברים צעירים על האפשרות שלאחר מותם יישאב מהם זרע שישמש להולדה". דולב, הקר ובוועז מוסיפים כי היועץ מגביל את "אפשרות מימוש ההורות" לבת זוגו של המנוח, ולגישתם לרצונם הידוע של קרוביו הנותרים בחיים של הנפטר השפעה גדולה מאוד, אולי גדולה מהרצון המשוער של המת וכך למעשה, רצונה של בת הזוג החיה שהוא ידוע ומפורש, גובר על רצונו של המת במצבים שבהם ייתכן שהייתה ביניהם סתירה שלעולם לא תתברר ובלשונם:

התרה של שימוש בזרע מן המת אינה מתמקדת בשאלה מה היו רצונותיו של המת בחייו (פרט למקרים יוצאי הדופן שבהם נכתבה צוואה ביולוגית), אלא נסמכת על מודל הרצון המשוער. השערת הרצון מסתמכת על טקסטים עתיקים ועל הנחות אבולוציוניות פופולריות,

ללא בסיס אמפירי עכשווי, או על פרשנות מרחיבה של דברים שאמר המת בחייו (במקרים שבהם לא הותר צוואה ביולוגית). כך נוצרת מציאות שבה הזכות להורות מבוססת על רצונם של החיים, בעיקר בנות זוג אך גם נשים זרות למת ולהוריו, ואילו רצון המת אינו ידוע או שהוא משוער. ייתכן כי בדרך זו של קבלת החלטות נרמס לעתים רצון המת (שם, בעמ' 45).

בטענה זו תומכת גם המלומדת כרמל שלו מהיחידה לאתיקה וזכויות בריאות במכון גרטנר לחקר אפידמיולוגיה ומדיניות בריאות במרכז הרפואי ע"ש שיבא, תל השומר, הסבורה כי:

יש טוענים שחזקה על אדם שהוא רוצה בהמשכיות של העמדת צאצאים לאחר מותו. האומנם כן? זוהי שאלה אמפירית. שמא החזקה צריכה להיות הפוכה – כלומר, חזקה על אדם שאינו רוצה בלידתם של ילדים שלא יזכה לגדל בעצמו. ייתכן שסקר היה מגלה הבדלים בין גברים ונשים. בכל מקרה, לא פחות סביר להניח שאדם אינו רוצה בלידת ילדים שלא יגדל כהורה ואולי זוהי חזקה יותר אחראית. 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 המשוער – למשל, העובדה שהנפטר השתתף בטיפולי פוריות לפני מותו. יש בכך כדי להעיד על רצונו להיות הורה בחייו, אבל לא ניתן ללמוד מכך מה היה רצונו לאחר המוות (כרמל שלו "הזרע לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" רפואה ומשפט 27, 96, 97 (נובמבר 2002); לעמדה דומה ראו גם וינרוט, בעמ' 109 ולעמדה נוגדת ראו אסא כשר "יתמות מתוכננת" התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב) (להלן: כשר); ופרוטוקול 97, עמ' 42).

26. ביקורת נוספת מזווית אחרת המעוררת, בין היתר, שאלות הנוגעות ל"טובת הילד" שיולד להורה שאינו בין החיים, מעלה פרופסור רות לנדאו במאמרה "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב). לגישה, הולדתו של "יתום" מעמידה אותו מראש במצב של נחיתות יחסית ובצורך להתמודד עם העובדה שלעולם לא יכיר אחד מהוריו, ולעמדתה יש לשלול קטגורית הבאת ילדים מזרעו של נפטר, גם לבקשת בן או בת הזוג, וכי עדיף שקרובי הנפטר ישלימו עם סופיות אובדנם. לנדאו גורסת כי "בשם חירויות הפרט ורעיון המשפחתיות, המתפרשים כצורך בהשגת הורות בכל אמצעי, נוצרות בהדרגה יחידות חברתיות שבשל העדר הקשר המשפחתי המסורתי הן זקוקות ליותר וליותר סוגים של סיוע חברתי-כלכלי

מהחברה. וכך באופן פרדוקסלי, ככל שתגבר תלותן של יחידות חברתיות אלה בחברה, נפגע למעשה יישום חירויות הפרט בהן וסבלן גדל" (ראו לעניין זה גם RUTH LANDAU, *Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: An ethical and psychosocial critique*, Human Reproduction 19(9), 1952 (October 2004). במאמרו "יתמות מתוכננת" התמונה המאוזנת" מתמודד פרופסור אסא כשר עם הטענות שהעלתה פרופסור לנדאו במאמרה הנ"ל בהדגישו כי עמדה זו מתעלמת מן ההיבטים החיוביים שבהבאת צאצא לאדם שנפטר ומתייחסת אך ורק להיבטים השליליים בהקשר זה. המלומדת עדנה כצנלסון במאמרה "אבהות לאחר המוות – יתמות מתוכננת" כוורת 23, 33 (2015), חולקת אף היא על עמדתה הקטגורית של פרופסור לנדאו ומציגה לצד החסרונות גם את היתרונות הקיימים בהולדת ילד מזרעו של אב שנפטר בציינה כי בשונה מילד שנולד מתרומת זרע אנונימית, הילד שייוולד במקרים כאלו יזכה למשפחה מצד אביו שלעתים קרובות רואה בו מרכז חייה ומשקיעה בו משאבים אין סופיים ובנוסף לעתים הילד ייוולד למצב של הוקרה חברתית משמעותית לאביו – חייל שנפל או אדם עם יכולות והישגים בתחומים מגוונים ואף יהיה לו מידע גנטי של משפחת מוצאו (לפסיקה בארצות הברית לפיה הולדה לאחר המוות אינה נוגדת את תקנת הציבור, *Hecht v. Superior Court*, 50 Cal. App. 4th 1289, 59 Cal. Rptr. 2d 222, (1996), as modified (Nov. 19, 1996); *SHAPIRO & SONNENBLICK, The Widow and the Sperm: The Law of Post-Mortem Insemination* (1983) 1 J. Law and Health 229, 232; *Inst. of New Orleans*, 647 So. 2d 1348, 1350 (La. App. 4 Cir. 1994); *GILBERT, Fatherhood from the Grave: An Analysis of Postmortem Insemination*, Hofstra Law Review 22.2 522 (1993) pp. 41-42; AHUJA, MAMISO, EMMERSON, BOWEN-SIMPKINS, SEATON A, SIMONS, *Pregnancy following intracytoplasmic sperm injection treatment with dead husband's spermatozoa: Ethical and policy considerations*, Human Reproduction, 12, 1360-1363 (1997)

כמו כן ראוי להוסיף כי טיעון ה"יתמות המתוכננת" אשר עליו נסמכת, בין היתר, המערערת בענייננו מתבסס במידה לא מבוטלת על הקשיים הצפויים לצאצא למשפחה חד-הורית, אך הוא מתעלם מקיומן של משפחות חד-הוריות רבות ומאפשרות המכלכלות את עצמן בכבוד ואינן נזקקות לסיוע לצד משפחות שאמנם אינן חד הוריות, אך נזקקות לסיוע חברתי-כלכלי. עם זאת, אין ספק כי הולדת ילד להורה שנפטר עשויה

לעורר סוגיות מורכבות גם במישורים אלה אשר מן הראוי ליתן עליהן את הדעת. כך למשל, התעוררה לאחרונה בבית הדין הארצי לעבודה השאלה האם ילד שנולד בהפריה מלאכותית מזרעו של גמלאי שירות המדינה שנפטר, זכאי לקצבת שאירים לפי חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, ובית הדין פסק, בניגוד לעמדת המדינה, כי הילד זכאי לקצבה זו (ע"ע 40755-05-10) (לשאלות נוספות המתעוררות בהקשר זה ראו: יוסי גרין "הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ-גופית והשלכותיה על דיני יבום וחליצה, מאזני משפט ב 207 (התשס"ב); BRIANNE M. STAR, *A matter of Life and Death: Posthumous Conception*, 64 Louisiana Law Review, 614 (2004); DEVON D. WILLIAMS, *Over My dead body: the legal nightmare and medical phenomenon of posthumous conception through postmortem sperm retrieval*, 34 Campbell law review, 181 (2012); LAURA A. DWYER, *Dead Daddies: Issues in Postmortem Reproduction*, 52 Rutgers Law Review, 881 (2000); KRISTINE S. KNAPLUND, *Postmortem Conception and a father's last will*, 46 Arizona Law Review, 91 (2004).

27. על רקע הגישות הנוהגות בעולם כמתואר לעיל, ונוכח העמדה "החלוצית" שנקט הדין הישראלי בסוגיה זו, נשאלת השאלה האם יש מקום לצעד מרחיק לכת נוסף, אותו צעדו הערכאות קמא במקרה דנן. ובמילים אחרות, האם יש מקום להרחיב את מודל הרצון המשוער כפי שהותווה בהנחיית היועץ, ולקבוע כי בכל מקרה שבו בת הזוג של הנפטר אינה חפצה לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו, יש ליתן להוריו מעמד ולאפשר להם להוכיח כי רצונו המשוער של הנפטר במצב דברים זה היה - עשיית שימוש בזרעו על מנת להפרות בו אישה אחרת.

ככלל, אינני סבורה כי יש לאמץ גישה זו להוציא מקרים חריגים ונדירים אשר המקרה דנן אינו נמנה עמם.

הנחיית היועץ שעליה עמדנו לעיל יוצאת מתוך הנחה הניתנת לסתירה כי "ככלל, העמדת צאצאים לאדם מבת זוגו, גם לאחר מותו, עולה בקנה אחד עם רצונו, בייחוד מקום שהוא חשוך ילדים". כפי שצוין בדוח ועדת מור יוסף ובביקורות המלומדים שהובאו לעיל, הנחה זו אינה נקייה מספקות. בשל כך ובשל טעמים נוספים שפורטו במאמרי הביקורת המפורטים לעיל, מדינות לא מעטות בעולם קבעו בחקיקה איסור מוחלט על נטילת תאי רבייה מגופם של נפטרים או למצער התנו זאת בהסכמה מפורשת מדעת שנתן הנפטר בחייו. מנגד, התומכים במודל הרצון המשוער מבקשים לסמוך בעניין זה על ניסיון החיים המלמד כי בדרך כלל אדם נקשר בקשר זוגי, בין היתר, מתוך כוונה להוליד ילדים עם בן או בת הזוג וכי אותו אדם מודע לאפשרות כי

ייתכן שבן או בת הזוג ייאלצו לגדל את הילדים שייוולדו להם לאחר מותו, בלעדיו. כמו כן קיימת אפשרות שבת הזוג תהרה לאדם בחייו אך תלד את ילדו לאחר מותו. תפיסה זו היא העומדת גם ביסוד הנחיות ה-ASMR והנחיות קורנל שעליהן עמדנו לעיל, המאפשרות נטילת תאי רבייה ושימוש בהם לאחר המוות גם בהיעדר הסכמה כתובה של הנפטר, אך זאת רק לבקשת בן או בת זוג. ממצאים ממחקרים אמפיריים שנערכו בעת האחרונה בארצות הברית תומכים בתפיסה זו. כך למשל, במחקר אמפירי שערך המלומד Hans (Jason D. Hans, *Posthumous Posthumous gamete retrieval and reproduction: Would the deceased spouse consent?* 119 *Social Science & Medicine* 10–17 (2014)), נערך מדגם טלפוני בקרב 2064 אנשים ונשים שנשאלו – "נניח ותמותו בגיל צעיר ובן או בת זוגכם יחפוץ להוליד את ילדכם הביולוגי. האם תהיו מעוניינים שבן או בת הזוג יוכל להשתמש בזרע/ביציות לאחר מותכם על מנת להוליד מהם ילדים?", תוצאות המחקר העלו כי:

"In the event of an early death, the majority of reproductive-aged Americans would want their gametes to be retrieved posthumously to produce a child if that is the wish of their surviving spouse" (למחקרים אמפיריים נוספים התומכים במסקנה זו ראו PASTUSZAK, LAI, HSIEH, LIPSHULTZ, *Posthumous sperm utilization in men presenting for sperm banking: an analysis of patient choice*, *Andrology* 1, 251–255 (2013); NAKHUDA, WANG, SAUER, *Posthumous assisted reproduction: a survey of attitudes of couples seeking fertility treatment and the degree of agreement between intimate partners*, *Fertil. Steril.* 96, 1463–1466 (2011))

28. תוצאות המחקרים האמפיריים הללו "מתכתבות" עם פרי דמיונו של הסופר מאיר שלו בספרו "יונה ונער". שם מתוארת נטילת זרע על ידי לוחם הגוסס למוות לאחר שנפגע בקרב על מנזר סן סימון אותו הוא שולח לאהובתו באמצעות יונת דואר על מנת שתהרה ממנו לאחר מותו. מששואל ד"ר לאופר הוטרניר את האהובה שבחרה להשלים את תהליך ההפריה מה מעשיה, היא משיבה לו:

"זה מה שרציתי וזה מה שהוא רצה. דיברנו על ילד בפגישה האחרונה, ילד שנעשה אחרי המלחמה, וזה מה שהוא שלח" (שם, בעמ' 291).

האהובה מבינה כי בשולחו אליה את זרעו בחר הנער להוליד עמה ילד לאחר מותו, וכמי שחפצה בכך בכל מאודה היא מממשת את רצונו זה. והנה, תהליך הפריה

שבימי מלחמת השחרור יכול היה להתרחש רק בדמיונו הפורה של הסופר מאיר שלו, הפך בימינו לאפשרות ממשית בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות.

29. מעניין לציין בהקשר זה כי גם במדינות אשר בהן נאסרו לחלוטין נטילה או שימוש בזרעו של נפטר להולדת ילדים לאחר מותו או שהנטילה והשימוש כאמור נאסרו בהיעדר הסכמה מדעת של הנפטר טרם מותו, מצאו בתי המשפט דרך לאפשר לבת הזוג לעשות שימוש בזרעו של המנוח מקום שבו שוכנעו כי זה היה רצונו טרם מותו. כך למשל, אף שהחוק הצרפתי אוסר קטגורית על נטילת זרע מן המת ועל השימוש בו להפריה, במהלך יוני 2016 אישר ה-Conseil d'Etat, בית המשפט העליון הצרפתי לעניינים מנהליים, להעביר לספרד זרע של נפטר שניטל ממנו בחייו, על מנת להפרות בו את בת זוגו וזאת משום שהוכח כי יישום של החוק כלשונו במקרה הקונקרטי יביא ל"תוצאות לא מידתיות בעליל" (*conséquences manifestement disproportionnées*) ולפגיעה בזכותה של בת הזוג לחיי משפחה כמשמעותם בסעיף 8 לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם. בית המשפט העליון הצרפתי שוכנע כי הזוג רצה ילדים וביקש עוד בחיי הנפטר ליטול ולהקפיא את זרעו על מנת להעבירו לספרד ולעשות בו שימוש, אך הדבר לא התאפשר בשל התדרדרות שחלה במצבו הרפואי אשר נגרמה ממחלת הסרטן שממנה סבל וממנה נפטר (ספרד, בניגוד לצרפת, מאפשרת הפרייה מזרעו של המת בתוך 12 חודשים מיום מותו - CE, 31 mai 2016, Mme C. A. - N° 396848, פסקה 12 זמין ב: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis> Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-31-mai-2016-Mme-C.-A

באנגליה, קיבל בית הלורדים בעניין *Regina v Human Fertilisation and Embryology Authority ex parte Blood*, 2 All E R 687 (C A 1997) (להלן: עניין Blood) את ערעורה של אישה אשר רופאי בית החולים נטלו לבקשתה זרע מגופו של בן זוגה כשהיה מחוסר הכרה. בן הזוג נפטר והיא ביקשה לעשות שימוש בזרעו על מנת להרות ממנו, אך בהפנותה לחוק ה-HFEA, סירבה הרשות להפריה ואמבריולוגיה לאפשר זאת, בין היתר, מכיוון שהמנוח לא השאיר הסכמה בכתב לכך כנדרש על פי אותו החוק. בית הלורדים קבע כי החלטה זו מתעלמת מזכותה של האישה כאזרחית האיחוד האירופי לעבור טיפול רפואי במדינה אחרת באיחוד (בלגיה) ועל-כן, קבע כי היא רשאית להוציא את זרעו של המנוח לשם. בית הלורדים דחה באותו מקרה את טענת הרשות כי קבלת הבקשה עלולה ליצור תקדים שיעקר מתוכן את הוראות חוק ה-HFEA. אשר לרצונו המשוער של המנוח קבע בית הלורדים כי בת זוגו הציגה ראיות

משכנעות לפיהן בעלה היה נותן את הסכמתו בכתב אילו הייתה לו הזדמנות לעשות כן לפני מותו (שם, בעמ' 702). באוסטרליה, הולכה הנחה דומה את בתי המשפט לקבוע כי יש לאפשר לבת הזוג לעשות שימוש בזרעו של נפטר אם הוא הביע רצון להוליד עמה ילדים בחייו, וזאת גם אם לא התייחס מפורשות לשימוש בזרעו לאחר מותו. ובלשונו של בית המשפט העליון של מדינת ויקטוריה ב- *Re YZ and Infertility* :Treatment Authority (2005) VAR 1.

It follows that the issue of whether a direction has been expressed with sufficient clarity in a particular case will be partly a matter of judgment. In the present case there is ample evidence that XZ wished to have a family with YZ. In other words, there is evidence that XZ wished to produce a child, or children, using the gametes of XZ and YZ. This evidence was clearly expressed and witnessed. (ראו לעניין זה גם: פסק דינו של בית המשפט העליון במדינת ניו סאות' ויילס ב- *Edwards; Re the estate of the late Mark* Edwards (2011) 81 NSWLR 198. וכן פסק דינו של בית המשפט העליון של אוסטרליה הדרומית ב- *RE H, AE* (No 3) [2013] SASC 196 (16 December 2013).

30. חריגים ונדירים הם לעומת זאת המקרים אשר בהם ניתן יהיה לסתור בראיות את ההנחה שעליה מבוססת הנחיית היועץ כי רצונו המשוער של אדם שהייתה לו בת זוג בחייו הוא העמדת צאצאים, גם לאחר מותו, מבת זוגו. זאת, שכן גם אם מקבלים את ההנחה לפיה יש לאדם דחף בסיסי להוליד צאצאים על מנת להוריש את מטענו הגנטי ולהגשים את רצונו להמשכיות ולמימוש עצמי (עניין נחמני השני, בעמ' 680; ברק-ארז, בעמ' 200; סומך וטרגש, בעמ' 178; שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות יסוד" היריון מסוג אחר 115, 117 (שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב עורכים, 1996)), הנחת המוצא היא, כאמור, שהיה מבקש לעשות כן עם מי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו. ככל שבת הזוג מבקשת לממש את הרצון המשוער המקופל בהנחת המוצא הזו, עשויה להתעורר השאלה האם יש לאפשר להורי המנוח הבאת ראיות לסתור על מנת למנוע נטילה או שימוש בזרעו כאמור. לדעתי, ייתכנו מצבים חריגים שבהם יהיה מקום לאפשר להורים לעשות כן, למשל אם יש בידם להראות כי המנוח לא חפץ גם בחייו להביא ילדים לעולם או למשל אם יש בידם להראות כי המנוח היה בהליכי גירושין או פרידה מבת הזוג ואין להניח כי היה מעוניין בהבאת צאצאים עמה בחייו או במותו. במקרה מעניין שנדון בקליפורניה בהקשר דומה (*In re Estate of Kievernagel*, 83 Cal. Rptr. 3d 311, 312 (Cal. 2008)) דן בית המשפט בבקשת אישה

לעשות שימוש בזרעו של בן זוגה המנוח אשר טרם מותו שימר זרע בבנק הזרע. אלא שבאותו מקרה חתם המנוח על טופס אשר מבין שתי האפשרויות שהופיעו בטופס בנוגע לשימוש בזרע לאחר מותו (הפריית בת זוגו או השמדת הזרע), בחר באפשרות כי הזרע יושמד. הוריו של המנוח התנגדו לבקשת האישה להרות מזרעו לאחר מותו וזאת בהסתמך על רצונו המפורש של המנוח כי לא ייעשה שימוש בזרעו לאחר המוות. בית המשפט קיבל את התנגדותם וקבע כי "Using the intent of the donor to determine the disposition of gametic material upon the donor's death is consistent California law .in this area" (id, pp 316).

31. בענייננו, אין למעשה מחלוקת בין המערערת להורים בדבר אהבתו של המנוח לילדים ובדבר רצונו המשווער בהמשכיות ובהעמדת צאצאים גם לאחר מותו. אלא שלעמדת המערערת, התואמת את עמדת היועץ ואת ההנחה העומדת בבסיס ההנחיה, רצונו זה מתמצה בהבאת ילדים עמה כמי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו ומשהיא אינה חפצה בכך, אין לאפשר עשיית שימוש בזרעו להפרייתה של אישה אחרת. ההורים מבקשים לסתור עמדה זו וטוענים כי כמיהתו של המנוח לילדים הייתה כה עזה עד שהיה רוצה בהבאתם לעולם לאחר מותו גם באמצעות הפרייתה של אישה אחרת, ככל שבת זוגו אינה חפצה בכך.

כפי שצוין, ייתכנו מצבים חריגים ונדירים שבהם מן הראוי לאפשר להורים לסתור את ההנחה שבבסיס הנחיית היועץ. אפשרות זו קיימת לא רק כאשר הם מבקשים להתנגד לבקשת בת הזוג לעשות שימוש בזרעו של הנפטר, במקרים דוגמת אלה הנזכרים לעיל, אלא גם כאשר ההורים מבקשים להוכיח כי רצונו המשווער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו לא התמצה בהבאת ילדים רק עם מי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו. כך למשל, אם יש בידי הורים להראות כי לפני הפטירה היחסים בין בני הזוג היו עכורים והמנוח אף הביע רצון להוליד ילדים שלא במסגרת התא המשפחתי שלהם או אפילו עשה צעד לקראת מהלך כזה וניסה לאתר אישה אשר תהיה נכונה לשתף עמו פעולה לצורך כך. אך חשוב להדגיש כי פתח כזה להצגת ראיות לסתור חייב להיות מבוסס על מצב דברים ועל אינדיקציות להבעת רצון משוער של המנוח ערב פטירתו שכן זוהי נקודת הזמן הקובעת לצורך כך. בענייננו, לא כך נהגו הערכאות קמא. מפסקי הדין שניתנו על ידן ניכר כי ליבן - כמו ליבנו - יצא אל ההורים, אך בכך אין כדי להצדיק את ההנמקה לפיה משהמערערת שהייתה בת זוגו של המנוח בעת הפטירה קשרה את חייה לאחר מותו בבן זוג אחר והולידה לו ילדים, היא מאבדת את מעמדה כבת זוג של המנוח ועל כן יש להידרש לתביעת ההורים מתוך נקודת מוצא שמדובר במנוח שאין לו בת זוג. הנמקה זו שגויה בכל הכבוד, שכן היא מבוססת כל כולה על

התרחשויות שאירעו לאחר מות המנוח ואשר אין בהן כדי להקרין או ללמד דבר על מהות וטיב היחסים בין בני הזוג בחייו. הנמקה זו תאפשר למעשה להוריו של הנפטר, אף שהייתה לו בת זוג בחייו, לעתור לעשיית שימוש בזרעו להפריית אישה אחרת בכל מקרה שבו בת זוגו תבקש לשקם את חייה לאחר מותו ולא תחפוץ להביא ילדים מזרעו. בהקשר זה יש ליתן את הדעת לכך שבמקרים רבים מדובר באנשים צעירים אשר ספק אם העסיקו את עצמם כלל בשאלות הנוגעות להבאת ילדים לאחר המוות (ראו סעיף 13 להנחיית היועץ). כמו כן, יש הסוברים כי הסתמכות בהקשר זה על עדות ההורים או בת הזוג, מעוררת קושי על פניה, בהיותם בעלי עניין *ANNA SMAJDOR, perimortem gamete retrieval: should we worry about consent?*, 41 Journal of Medical Ethics pp:437-442 (2015); לגישה הגורסת כי יש קושי להסתמך גם על עדות של בת זוג בהיותה בעלת עניין ראו *Parpalaix V. CECOS Tribunal de Grande Instance de Creteil (1 ch. Cir)* August 1 (1984) *GAIL A. KATZ, Protecting Intent in Reproductive Technology*, 11 Harv. J.L. & Tech. 683, 687 (1998).

32. מטעמים אלו כולם, אציע לחבריי לקבל את הערעור ולקבוע כי בנסיבות המקרה דנן לא היה מקום לאפשר להורים לקבל את המבחנות לידיהם על מנת שייעשה בהן שימוש להפרייתתה של אישה אחרת.

לפני סיום ולמעלה מן הצורך - מנוח שנפטר ללא בת זוג

33. כפי שצוין בפתח הדברים, במהלך השנים ובעקבות הליכים שונים שבאו בפני הערכאות הדיוניות לאחר פרסום הנחיית היועץ בשנת 2003, נדרש היועץ המשפטי לממשלה להתייחס לסוגיית הנטילה והשימוש בזרעו של נפטר על ידי הוריו, כאשר לא הייתה לנפטר בת זוג בעת פטירתו והוא לא הותיר אחריו צאצאים. כך, לאחר פסק בעניין משפחה חדשה שניתן בשנת 2009, קבע היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודה וינשטיין, כי יש לפרש את הנחיית היועץ באופן שאינו מונע נטילת זרע של אדם לאחר מותו ושימוש בו לבקשת הוריו לשם הפרייתתה של אישה שלא הכיר בחייו, אם יוכח שזהו רצונו המשוער של המנוח. ואולם, מן העמדה העדכנית שהגיש היועץ המשפטי הנוכחי ביום 21.7.2016, עולה כי הוא אינו תומך עוד בפרשנות זו וכי הוא מאמץ בהקשר זה את דעת הרוב בדו"ח ועדת מור יוסף לפיה רק במקרים שבהם הייתה לנפטר בת זוג בחייו, תוכל בת הזוג לבקש ליטול את זרעו לאחר מותו ולעשות בו שימוש לצורך הפרייתתה שלה. גישה דומה קיבלה ביטוי גם בתזכיר החוק (ר' סעיפים 68 ו-70). השאלה האם יש לאפשר להורים נטילת זרעו של נפטר ושימוש בו לאחר מותו מקום שבו לא הייתה לו בת זוג בחייו והוא לא הותיר אחריו צאצאים ואף לא הנחיות

מפורשות בעניין זה, אינה צריכה הכרעה במקרה דנן אך דומני כי מוטב שלא לטעת מראש מסמרות קשיחים מדי בכל הנוגע אליה והמקרה שנדון בעניין משפחה חדשה יוכיח. כך גם בכל הנוגע למקרים חריגים אפשריים נוספים העשויים להתעורר בסוגיה רגישה ומורכבת זו של נטילת זרעו של נפטר ושימוש בו (ראו פסקאות 30 ו-31 לעיל; למקרים חריגים אפשריים ראו גם: סומך וטרגש, בעמ' 183; איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א(1) 11 (2004); In re Mr & Mrs M v HFEA; In re Estate of Nikolas Colton Evans, Deceased, 2009 WL [2016] EWCA Civ 611; In re Daniel Thomas Christy, Johnson County Case) No.EQVO68545; 7729555 BETHANY SPIELMAN, *Pushing the Dead into the Next*; (September 14, 2007) *Reproductive Frontier: Post Mortem Gamete Retrieval under the Uniform Anatomical Gift Act*, Journal of Law, Medicine and Ethics (summer 2009) 331.

נראה כי המקרים החריגים העשויים להתעורר בהקשר זה מן הראוי כי ייבחנו ויישקלו לגופם בעתיד על פי הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ועל כן אני סבורה כי לצד ההסדר הנורמטיבי שיאומץ בסוגיה זו, יש מקום ליצור מודל מתאים שיאפשר את בחינתם של מקרים חריגים כאמור. פתח כזה למקרים חריגים הותיר היועץ המשפטי עצמו בהנחיה משנת 2003 בהתייחסו לכך כי נסיבות החיים עשויות לזמן לנו מקרים מורכבים שלא נצפו ובצינו כי באלה יצטרך בית המשפט להכריע (פסקה 24(ד) להנחיה). עתה משהונח על ידי משרד הבריאות תזכיר חוק אשר מתייחס כאמור בפרק י' לסוגית "נטילה ושימוש בזרע נפטר", ומשיש לקוות כי הסוגיה תזכה במהרה להסדר בחקיקה, נראה כי הותרת פתח כזה שייתן מענה למקרים מיוחדים וחריגים מן הראוי כי תישקל אף היא בעת ליבון הוראות התזכיר ובעת גיבוש נוסחו הסופי. על חשיבותה של הוראה המאפשרת מציאת פתרון הולם במקרים חריגים עמד השופט (כתוארו אז) מ' חשין בצינו:

חוק נועד למקובל, לבינוני, לממוצע, והצורך בגמישות נדרש מאליו ולו כדי שלא לרמוס את המיעוט ואת היוצא-דופן ... מכאן הגמישות הנדרשת, להתאמת הכללים - אשר מעיקרם נוצרו לבינוני ולממוצע - למי שאינו בינוני או ממוצע (ע"א 1165/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(1) 69, 79 (2002)).

דברים באותה רוח כתב השופט (כתוארו אז) חשין בעניין אחר באומרו:

מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מסבים בלא שמן
 להסיקה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן
 דין המדיניות. (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד
 נג(2) 794, 728 (1999))

גישה זו הגיונה עמה ומן הראוי כי תעמוד לנגד עיניה של כל רשות בעת שהיא
 מבקשת לקבוע הסדרים נורמטיביים.

סיכום

34. מכל הטעמים אשר פורטו לעיל אציע לחברי לקבל את הערעור, לבטל את
 פסקי הדין של הערכאות קמא ולקבוע כי משהייתה למנוח בת זוג בחייו ומשלא הוכחו
 במקרה דנן נסיבות חריגות ומיוחדות המצדיקות זאת, אין לאפשר להורים לעשות
 שימוש בזרעו של המנוח לשם הפרייתה של אישה אחרת. עוד אציע לחברי כי בנסיבות
 העניין לא ייעשה צו להוצאות.

לא אוכל לסיים את חוות דעתי מבלי לבטא את ההבנה ואת האמפתיה הרבה
 שאני חשה כלפי ההורים במקרה דנן. ואולם, לא תמיד אנו כשופטים יכולים להוליך את
 תוצאת ההתדיינות למקום שאליו יוצא ליבנו כבני אנוש. במקרה דנן לא נמצאה לי
 לצערי דרך משפטית כזו וכפי שכבר ציינתי בפרשה יוצאת דופן אחרת בהקשר זה
 "קוצר ידו של המשפט הוא גם קוצר ידו של השופט" (בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ
 המשפטי לממשלה, בפסקה 1 לחוות דעתי (19.9.2012)).

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

"... אמר רבי יוחנן יעקב אבינו לא מת. אמר
 ליה וכי בכדי ספדו ספדניא וחנטו חנטייא
 וקברו קברייא [ספדו הסופדים, חנטו החונטים
 וקברו הקוברים], אמר ליה... מה זרעו בחיים אף
 הוא בחיים" (בבלי, מסכת תענית דף ה ע"ב).

1. עיינתי בחוות דעתה המקיפה והמנומקת של חברתי, השופטת א' חיות, ואולם,
 לצערי, אינני יכול להצטרף לחלק מטעמיה, ולפיכך אף לא לתוצאה המוצעת על ידה.
 לשיטתי אין מקום להתערב בהכרעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד המתירה להוריו

של המנוח ז"ל (להלן גם: המשיבים 1 ו-2) לעשות שימוש בזרעו. להלן אפרט את נימוקי לעמדתי זו.

2. בפתח דבריה חברתי מציינת כי המקרה דנן והסוגיות המורכבות העומדות להכרעה בו הם דוגמה מובהקת לכך שבתחומי הטכנולוגיה והרפואה אנו עדים לא אחת למצב דברים שבו המשפט אינו משיג את קצב החיים ואינו נותן מענה בחקיקה (ההדגשה שלי – ח"מ) לקשיים המתעוררים כתוצאה מהמציאות החדשה הנוצרת בעקבות ההתפתחויות והחידושים המדעיים בתחומים אלה. לקביעה זו אני מסכים, וב- בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (18.09.2014) (להלן: עניין משה), שבו הצטרפתי לדעת המיעוט של חברתי שם, ציינתי, בהקשר זה, כך:

" הטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הבסיסיים הקיימים, הטובים והמבוססים – לקננים משפטיים חדשים (משל אלה היו יין המשתבח עם הזמן, הזקוק רק לכלי מודרני יותר. השוו: Stephen Breyer ACTIVE LIBERTY 64 (2009). עיינו: חוות דעתי ב-ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.05.2012) (ראו: שם, פסקה 5א) לחוות דעתי; ההדגשה במקור).

דרכינו נפרדות עם זאת כאן, שכן חברתי, כמו בתי המשפט הנכבדים קמא – פנתה בניתוח הדברים בראש ובראשונה אל הנחית היועץ המשפטי לממשלה בנושא משנת 2003 (להלן: הנחית היועץ), וזאת בהיעדר דבר חוק הקובע נורמות משפטיות שיש בהן משום מענה למחלוקות שנפלו בין בעלי הדין שבפנינו. אני סבור מאידך גיסא, כי באין תשובה בדבר חקיקה לשאלה משפטית הטעונה הכרעה – יש לפעול על פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 (להלן: חוק יסודות המשפט), הקובע בסעיף 1 שבו כדלקמן:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

דומני, כי זהו המצב שלפנינו, ויושם אל לב כי בהוראה האמורה – אין הפניה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת גם לגישתי ניתן להיעזר בהנחית היועץ ובחוזר מנכ"ל משרד הבריאות לצורך ניתוח התפיסה המקובלת ובירור המצב הנוהג בשטח, ואולם תוקפם של כל אלה הוא כשל הנחיות פנימיות בלבד, שממילא ניתן

לסטות מהן במקרה המתאים (ראו: בג"צ 2390/10 חליחל נ' שר הפנים, פסקה 10 לחוות דעתי (23.5.2010) והאסמכתאות המובאות שם; עע"מ 9890/09 נוואה נ' משרד הפנים, פסקה 16 ד' לחוות דעתי (11.07.2013); עיינו עוד: יואב דותן "ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה והמקרה הפרטי המיוחד" משפטים כ"ד 425, 439 (תשנ"ה); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (כרך א) 223 (מהדורה שנייה, 2010); דפנה ברק-ארוז, משפט מינהלי (כרך א) 201 (2010)).

זאת ועוד – אחרת. הנחית היועץ ניתנה בשנת 2003, ובינתיים ההתפתחות הטכנולוגית הואצה והציבה אתגרים חדשים והיא לפיכך, בין כה וכה, טעונה עדכון, מה גם שהסיטואציה בה אנו דנים איננה מוזכרת ואיננה נדונה בהנחית היועץ, ועל כן ארחיב בהמשך (ראו: פסקה 4 סיפא להלן).

3. נוכח האמור לעיל – אצא בחוות דעתי מההנחה כי ב-"לקונה" שנוצרה כאן – כל עוד לא תמצא לה תשובה בדבר חקיקה – ההכרעה צריכה להיגזר מההלכה הפסוקה, או בדרך של היקש, או לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. זה המקום להקדים ולהדגיש עוד שתי תובנות:

א. ההכרעה שצריכה להיגזר מההלכה הפסוקה תואמת אף שיח חוקתי בדבר הזכויות והאינטרסים הרלבנטיים, על נפקויותיהם.
 ב. כל אחד מהנתיבים החלופיים הנזכרים בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, לרבות הניתוח החוקתי – מובילים להצדקת עמדת הורי המנוח דווקא. בהקשר זה אזכיר השקפה אותה הבעתי לא פעם, כי אם בירור של סוגיות משפטיות בסיסיות מנקודות ראות נבדלות הבאות בחשבון מוביל – בכל תוואי – למסקנה דומה, וכך הוא הדבר, לשיטתי, במקרה דנן – אות וסימן הוא שמכוח תורת המשפט הכללית, התוצאה המתקבלת היא נכונה (עיינו: ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ניצב אפרים ברכה, פסקה 38 לפסק דיני (19.02.2014); עניין משה, פסקה 9 לחוות דעתי).

בשים לב לדברים הנ"ל – הילוך הטיעון בחוות דעתי יתנתב, איפוא, כדלקמן:

בפרק א' אעמוד על טיבם של הזכויות והאינטרסים העומדים במוקד הסוגיה שבפנינו, תוך פניה לעקרונותינו החוקתיים ולהלכה הפסוקה;
 בפרק ב' אדבר על תשובות אפשריות מכוחו של היקש;

בפרק ג' אפנה לפתרונות מכוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל;

בפרק ד' אשול את הנימוקים המסתמכים על טיעון של "יתמות מתוכננת", ועל טיעון של "הקפאת" רצונו המשוער של המנוח לנסיבות שהתקיימו בעת פטירתו, שהועלו כדי להדוף את תביעת המשיבים 1 ו-2;

בפרק ה' אראה כי גם נימוקים של מניעות, ואיסור הפליה מצדיקים את דחיית הערעור;

בפרק ו' אציג התייחסויות נוספות בעקבות דברי חבריי;

בפרק ז' אביא סיכום ומסקנות.

אפרט לפיכך עתה ראשון-ראשון, ואחרון-אחרון.

פרק א': טיבם של הזכויות והאינטרסים העומדים במוקד הסוגיה שבפנינו, תוך פניה לעקרונותינו החוקתיים ולהלכה הפסוקה

4. התפיסה המקובלת שעולה מהנחית היועץ, כפי שעמדה על הדברים חברתי, השופטת א' חיות בחוות דעתה, היא שההכרעה בשאלת השימוש בזרע שניטל ממת מבלי שהביע את דעתו המפורשת בנושא – תיעשה על ידי התחקות אחר רצונו המשוער של המנוח. על פי הנחית היועץ, ההתחקות זו תיעשה בעזרת הכלל לפיו: "העמדת צאצאים לאדם מבת זוגו, גם לאחר מותו, עולה בקנה אחד עם רצונו, בייחוד מקום שהוא חשוך ילדים" (ראו: פסקה 27 לחוות דעתה של חברתי). על פי הנחית היועץ, ביסודו של כלל זה עומדת בראש ובראשונה השאיפה לכבד את המת, וזאת על ידי מימוש רצונו להמשכיות. כך בלשונה של הנחית היועץ:

"3. במסגרת בחינה זו יש לייחס משקל ניכר לעובדה, שההולדה מהווה נושא חשוב ומהותי בחברה הישראלית. מוקדשים לכך מאמצים ומשאבים רבים, רגשיים וכספיים, הן של הפרטים והן של החברה בכללותה. גם הנושא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית.

4. הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על-ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה. סיפורי האבות בספר בראשית, דור אחר דור – אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ורחל – נסבים על כמיהתם לזרע ולפרי בטן. במובן אחר, הקמת זרע למת

היא יסודם של דיני הייבום. יוזכר גם כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה.

[...]

15. תפיסת ה"רצון המשוער" מבוססת אפוא... על ההנחה, שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, ובמיוחד כאשר בת-זוגו רוצה בכך" (ההדגשות שלי – ח"מ).

זה המקום להדגיש, לשם שלמות התמונה, כי בהנחית היועץ אף מוזכר עקרון נוסף, והוא רצונה של בת-זוגו של הנפטר בהמשכיות שאיפתם בילד משותף שנקטעה באיבה בשל המוות (ראו: פסקה 9 להנחית היועץ). בהקשר זה צוין בהנחית היועץ כי אין להעניק זכות או מעמד חוקי להוריו של אדם שנפטר, שצערם וכאבם אינם יודעים גבולות "ליתן הסכמה, מקום שהנפטר התנגד", או להביע "התנגדות מקום שקיימת הסכמה מפורשת או משוערת של הנפטר" (ראו: שם, בסעיף 21). יחד עם זאת, לא הועלתה בהנחית היועץ אפשרות שההורים הם שירצו לעשות שימוש בזרע כדי לקיים את רצון ילדם המנוח בהמשכיות, כאשר בת הזוג איננה מעוניינת לעשות שימוש בזרע, או מתנגדת לבקשת ההורים – היא הסיטואציה שבפנינו. הנה כי כן מסתבר כי גם בהנחית היועץ יש "לקונה" לגבי מצב הדברים הנדון בערעור שבכאן.

לאחר הערות ראשוניות אלו – אפנה, אפוא, עתה לניתוח הזכויות והאינטרסים החוקתיים הרלבנטיים ולבירור נפקויותיהם ביחס למחלוקת שנתגלעה בין הצדדים, וזאת על פי ההלכה הפסוקה.

5. לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בית משפט זה עמד לא אחת על מעמדה של הזכות למשפחה, הנגזרת מזכותו החוקתית של האדם לכבוד, ועל הזכות להורות, הנגזרת מן הזכות למשפחה (ראו, למשל: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 719, 661 (1996) (להלן: עניין נחמני 2); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, פ"ד נז(1) 419 (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה 2002)); בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' הוריו הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 171, 186 (2005); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, בחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (13.06.2006) (להלן: עניין דוברין); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקאות 17-18 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (24.03.2009)). בהמשך לכך, ב-בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (05.02.2013) (להלן: עניין פלונית) נקבע כך:

"כיום אין עוד מחלוקת בדבר מעמדה העקרוני של הזכות להורות" (ראו: שם, פסקה כ"ו; ההדגשה במקור).

ב-עניין פלונית הנ"ל נפסק גם כי: "הזכות להורות כוללת ערך ליבה העומד בפני עצמו – להביא צאצאים לעולם..." (ראו: פרשת פלונית, פסקה ל'; ההדגשה במקור). בדומה לכך, ב-עניין דוברין נקבע שבמרכזה של הזכות להורות עומד: "היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו של הפרט בחברה" (ראו: שם, פסקה 12; ההדגשה שלי – ח"מ); ראו גם: בג"ץ 7052/03 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 1, 202 (2006)). גם ב-עניין משפחה ח"מ (2002) עמד בית המשפט על הצורך הבסיסי להמשכיות, העומד ביסודה של הזכות להורות. השופט (כתוארו אז) מ' חשין התבטא שם כדלקמן:

"החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פריה ורבייה הוא מצווה דתית מהתורה. זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט... אותו אינסטינקט שבאדם, אינסטינקט-בראשית של החי לקיום ולהישרדות על דרך העמדת דור חדש הנושא את מטענו הגנטי. אותו צורך קמאי ממלא את הגוף וממלא את הנפש, והוא אף העומד ביסודה של הזכות להורות. מי לא יזכור את קריאתה הנואשת של רחל העקרה בקוראה אל יעקב אישה: "הִבָּה לִי בָּנִים וְאִם אֵין מִתָּה אֲנֹכִי" (בראשית, ל, א). (וגם לא נשכח את תשובתו הנוגזת והקשה של יעקב (בראשית, ל, ב): "נִיתַר-אִף יַעֲקֹב בְּרַחֵל נִיאֲמַר הִתַּת אֵלֵהִם אֲנֹכִי אֲשֶׁר-מָנַע מִמֶּךָ פְּרִי-בֶטֶן"). קריאה זו, קריאת יצר-הקיום שֶׁבְּתִי היא, יצר אשר עם בוא היילוד יקיים את "קול הדם" שבין הורים לבין ילדיהם (כדברי מ"מ הנשיא השופט ש' ז' חשין בע"א 50/55 הרשקוביץ נ' גרינברגר, בעמ' 799) (ראו: שם, 445-447; ההדגשות שלי – ח"מ).

ב-עניין נחמני 2 נקבעו דברים דומים באשר לחשיבותו של הצורך בהמשכיות,

וכך נאמר שם, בדעת רוב, מפי השופט א' גולדברג:

"יש לזכור כי לממד הביולוגי של ההורות, הינו העברת המטען הגנטי מדור לדור, חשיבות רבה... משאלת הפרט להגשמת הורות ביולוגית צומחת משורש ההווה האנושית. חוויית ההורות נתפסת כסם החיים, בבחינת "הבה-לי בנים ואם-אין מתה אנכי" (בראשית ל, א). עמד על כך פרופ' שיפמן באומרו: "הרצון של אדם להיבנות, ובדרך זו להבטיח המשכיות לעצמו לאחר מותו, לא פחות מאשר הסיפוק המקווה מגידול ילדים בחייו, הוא ללא ספק עובדה פסיכולוגית יסודית" (שיפמן, בספרו הנ"ל, כרך

ב, בעמ' 151) ובעניין זה יפים גם דבריה של דפנה ברק-ארז כי: "מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בו מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... היא מבטאת צורך קיומי בסיסי" (ברק-ארז, במאמרה הנ"ל, בעמ' 200) (ראו: שם, עמ' 726).

השופטת ט' שטרסברג-כהן, בדעת המיעוט שלה, הציגה בנקודה זו השקפה דומה:

"החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה (ראה: רמב"ם, אישות, טו, ב [א]; טור, אה"ע, א, א [ב]; שו"ע, אה"ע, א, א [ג]; ח' ה' כהן, המשפט (מוסד ביאליק, תשנ"ב) 579, 580). זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט" (ראו: שם, עמ' 675; ההדגשה שלי – ח"מ).

מהקביעות הנ"ל ניכרת הכרה רחבה של בית משפט זה בצורך הבסיסי להמשכיות. ב-דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1), 48 (1995) השופט מ' חשין נדרש לתיאור האופן בו המשפט מתרגם צרכים בסיסיים – לזכויות בסיסיות, וקבע כך:

"זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - "קול הדם", ערגת קדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. "גם-תנין (תנים - מ' ח') חלצו שד היניקו גוריהן" (איכה, ד, ג [ד]) (ראו עוד ע"א 549/75, בעמ' 463-462). קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה. תנאי המקום והזמן - הם והנפשות המעורבות - יקבעו את מועד הפרידה של ילדים מהוריהם, אך עמדת המוצא תישאר כשהייתה. משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין... (ראו: שם, עמ' 102; ההדגשות שלי – ח"מ).

דברים אלו בוודאי שיפים הם גם לענייננו. מהסקירה הנ"ל עולה כי יצירת המשכיות מהווה צורך כה בסיסי – עד כי ראוי, ואף נדרש, ליתן לו, מעמד של זכות עצמאית (עיינו: שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות-יסוד" בתוך הריון מסוג אחר: עיון רב תחומי בהפריה חוץ גופית 115, 116 (שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב עורכים, 1996); וראו גם: ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705,

723 (1994), שם הוזכרו: "אינסטינקט ההישרדות ו(ה)כורח (ב)המשכיות כאבות-יוצרים לזכויות ולחובות במשפט".

6. הזכות האמורה להמשכיות היא אצלנו זכות נגזרת מהזכות לכבוד. במקרה שאדם נפטר – הטעם הפילוסופי להישענות על זכותו לכבוד נומק ע"י פרופ' אסא כשר בכתביו כך:

"רצונו של אדם בחייו, הוא כבודו, במותו, גם אם לא הניח אחריו צוואה, גם אם לא גילה את דעתו או אפילו לא נתן את דעתו בדבר פני העולם לאחר מותו. רצונו של אדם שלא הניח אחריו אף מילה בדבר הימים שיבואו לאחר מותו, גם הוא רצונו של אדם, שהוא צדודית שלו, בהיעדרו, שניתן לכבד אותה במותו".
(אסא כשר ספר קטן על משמעות החיים, 122 (2002) (להלן: כשר – על משמעות החיים)).

"What a man wants in life is what brings him honor in death, even if he didn't leave a will, even if he never made his desires known, and even if he never considered how the world would look after his death. Man's will, even if he left not a word regarding the days following his death, is nevertheless his will, his silhouette, that can be honored, though he is no longer" (Asa Kasher, *Life in the Heart*, 8 JOURNAL OF LOSS AND TRAUMA, 247-269 (2003))

הנסיבות שלפנינו (בהן תאי הזרע ניטלו מהמנוח מיד לאחר מיתתו, על דעת המערערת והוריו) – מדגימות את הייחודיות שבזכות זו, בהשוואה לזכות להורות ולזכות לחיי משפחה, שאף הן זכויות הנגזרות מהזכות לכבוד (ראו: אהרן ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (כרך ב) 675-676 (תשע"ד-2014) (להלן: ברק – כבוד האדם (ב)) והאסמכתאות המובאות שם).

זה המקום להוסיף כי פרופ' ברק בספרו הנ"ל סבור כי:

"יש להכיר גם בזכותם של הסבים והסבתות כזכות חוקתית – הנגזרת מכבוד האדם – כנגד המדינה להכרה במעמדם (אפשר לראות בכך זכות-נכדה לסבאות הנגזרת מהזכות להורות). "קול הדם" הוא גם קולם" (ראו: שם, בעמ' 676 ובה"ש 293).

אני מרשה לעצמי להצטרף, בכל הכבוד, לדעה זו, שדומה כי אף חברתי, השופטת א' חיות, וחברי, השופט י' דנציגר, נוטים לה.

7. זה המקום לציין כי בית משפט העליון האמריקני הכיר ב-"Right to Procreate" עוד בשנות ה-50 של המאה הקודמת (ראו: Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535, 86 L. Ed. 1655, 62 S. Ct. 1110 (1942); באשר ל-"Posthumous Right to Procreate" עיינו: Kirsten R. Smolensky, *Rights of the Dead*, 37 HOFSTRA L. REV. (2009), 763, 783), אלא שעל פי המשפט האמריקני מקורה של הזכות האמורה של ה-"Right to Procreate" הוא בזכות החוקתית לחירות:

"In construing the phrase "liberty" incorporated in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, we have recognized that its meaning extends beyond freedom from physical restraint. [...] we have held that the term "liberty" included... a right to procreate, Skinner v. Oklahoma.."
 (ראו: Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); ההדגשה שלי – ח"מ).

עיינו גם: Szafranski v. Dunston, IL App (1st) 122975, p. 6 (2013), ובספרות – ראו לאחרונה: Doron Dorfman, *The Inaccessible Road To Motherhood – The Tragic Consequence of Not Having Reproductive Policies for Israelis With Disabilities* 30 COLUM. J. GENDER & L. 49, 51-55 (2015).

פה יש להוסיף כי הן במשפט האמריקאי והן אצלנו ביססו, לעיתים, את הזכויות החוקתיות להתרבות ולהמשכיות גם על הזכות לפרטיות.

8. הנפקא מינה באשר להכרה בזכות להמשכיות כנובעת מהזכות לחירות, או מהזכות לכבוד האדם היא באשר להיקף ההיבטים השונים של הזכות:

אם הזכות להמשכיות נובעת מכבוד האדם – כי אז היא מוגנת בצורה כפולה: מחד גיסא חל עליה סעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המבטא את ההיבט השלילי של הזכויות, ומורה כדלקמן:

" אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" (ההדגשה שלי – ח"מ)

מאידך גיסא, חל עליה ההיבט החיובי של הזכויות, המבוטא בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כהאי לישנא:

”כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו”
(ההדגשה שלי – ח”מ)

הנה כי כן, מכוחו של ההיבט החיובי של הזכויות מוטלת על רשויות השלטון החובה להגן על החיים, הגוף והכבוד של האדם, מפני פגיעה בהם על ידי צדדים שלישיים (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה, 516 - 517 (תש”ע-2010)). ואכן, באחת הפרשות ציין הנשיא א’ ברק כך:

”שני ההיבטים (ה”שילי” (הפסיבי) וה”חיובי” (האקטיבי)) הם חלקים שונים מן השלם, שהוא הזכות החוקתית לכבוד. שניהם נובעים מפירושה של הזכות לכבוד כפי שהיא מעוגנת בחוק היסוד. אין בכורה להיבט זה לעומת היבט אחר (ראו ר’ גביון “על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות”, בעמ’ 40-48). איסור הפגיעה בכבוד וחובת ההגנה על הכבוד מטילים שניהם חובות משמעותיות על המדינה ועל הפרטים החיים בה” (ראו: בג”ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ’ שר האוצר, פ”ד ס(3) 464, 479-480 (2005)).

מנגד, אם הזכות להמשכיות נובעת מחירותו של האדם – נראה כי חל עליה רק ההיבט השילי של הזכות, שכן סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כך (בלבד):

”אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת” (ההדגשה שלי – ח”מ).

יושם אל לב כי ביחס לזכות לחירות אישית – אין בחוק היסוד הנ”ל הוראה דומה לסעיף 4 שצוטט לעיל (ויתכן שאין אף אפשרות כזו), ומכאן שלא קיימת לגביה חובה כי היא תוגן פוזיטיבית, לרבות מפני צדדים שלישיים (עיינו: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (כרך א) 346-344 (תשע”ד-2014); ברק – כבוד האדם (ב), שם).

יחד עם זאת – כל רשות מרשויות השלטון (לרבות הרשות השופטת) חייבת לכבד את הזכות להמשכיות, בין אם היא נובעת מהזכות לכבוד, בין אם היא נובעת

מהזכות לחירות, זאת מכוח האמור בסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן אין לפגוע בזכות זו, שלא בתנאים הקבועים בפיסקת ההגבלה, הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (עיינו: ברק – כבוד האדם (ב), בעמ' 676).

9. האם זכותו של אדם להמשכיות עומדת לו גם לאחר מותו? הנחת המוצא של חברתי, השופטת א' חיות, לה אני שותף, כאמור, היא שזכות האדם לכבוד משמיעה גם את זכותו של המת לכבוד (ראו: פסקה 24 לחוות דעתה של חברתי, והאסמכתאות המובאות שם). מעמדן החוקתי של הזכות והחובה לכבד את המת נדון בפירוט ב-בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' **Simon Wiesenthal Center Museum Corp.**, (29.10.2008). חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, קבעה שם כך:

"החברה מגינה באמצעות המשפט על היבטים שונים של כבוד הנפטר לאחר המוות. ברמה החוקתית, קבע בית משפט זה, לא אחת, כי הזכות לכבוד האדם החי ממשיכה לעמוד לו גם לאחר פטירתו מן העולם... ליבתה של הזכות לכבוד המת טמונה באינטרס הנפטר בעודו בחיים, בהגנה על כבודו לכשיילך לעולמו. שורשיו של אינטרס זה בציפייתו הלגיטימית של אדם, בעודו בחייו, כי כבודו, ציפיותו, רצונותיו ומורשתו, יישמרו ויכובדו גם לאחר פטירתו" (ראו: שם, פסקאות 137-139; ההדגשה שלי – ח"מ).

הנה כי כן – מקום בו הנפטר הביע את רצונו במימוש זכות מסוימת בעודו בחיים, או שיש לייחס לו רצון כזה בעודו בחייו – הרי שמוטלת על בית המשפט החובה לפעול להגנה על זכותו זו גם לאחר מותו. יתרה מכך, נראה כי חובה זו חלה, לעתים, גם במקום בו רצונו של המת מתנגש עם רצונם של החיים. כך, למשל, נקבע ב-ע"א 7918/15 פלונית נ' פרידמן (24.11.2015) (להלן: עניין פרידמן):

"הגיון החוקתי שנושאת חובה זו (חובת ההגנה על כבוד המת – ח"מ) מעניק לה עליונות נורמטיבית על פני האינטרסים של בני המשפחה, ומוביל להעדפת רצון המת במקרה של התנגשות... " (ראו: שם, פסקה 4; ההדגשה שלי – ח"מ).

כלל זה בדבר העדפת רצונו של המת יחול, בדרך כלל, גם כאשר האינטרסים הסותרים הם של בני משפחתו. כך קבע חברי, השופט נ' הנדל, ב-עניין פרידמן הנ"ל:

“לעיתים, בני המשפחה אף עשויים לסייע לבית המשפט לאתר ולזהות את רצונו הממשי של המת. אך אין לטעות. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מציב את רצון המנוח במרכז הבמה – שם הוא ניצב בדרך כלל לבדו” (ראו: שם, פסקה 4; ההדגשה שלי – ח”מ).

10. העולה מן המקובץ מלמד כי זכותו החוקתית של הנפטר להמשכיות, אשר הוחל במימושה עם נטילת זרעו של המנוח בסמוך לאחר מותו לבקשת אלמנתו, המערערת, על דעת הוריו, המשיבים 1 ו-2 – אין לפגוע בה, ולו מן הטעם שמוסכם על הכל כי אין, בשלב זה, חוק כלשהו המסדיר את הסוגיה, המתיר פגיעה כאמור. מכאן שכבר התנאי הראשוני של פסקת ההגבלה איננו מתקיים (מה גם שאף ספק בעיני אם שאר התנאים מתקיימים פה). יתר על כן – ככל שהזכות החוקתית של המנוח להמשכיות נובעת מכבוד האדם, כי אז קיימת אפילו חובה פוזיטיבית להגן עליה.

גישה חוקתית-פרשנית זו עומדת לעצמה ומכתיבה את דחיית הערעור, לצד תשובה מקבילה המתבקשת מכוח ההלכה הפסוקה, במשמעות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. ואולם גם אם לא תאמר כן – לתוצאה דומה ניתן להגיע גם בדרך של היקש, כפי שיובהר מיד בסמוך.

פרק ב': תשובות אפשריות מכוחו של היקש

11. משעמדתי על אופייה ומהותה החוקתית של הזכות להמשכיות מכח ההלכה הפסוקה ועל החובה לפעול להגנה על זכות זו גם לאחר מותו של אדם – אדרש עתה, לשאלה מהי הדרך שיש לילך בה כדי לקבוע, לאחר מותו של אדם, האם הוא רצה במימושה של זכותו זו להמשכיות, וזאת מכוחו של היקש, שהוא החלופה השניה הנזכרת בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט.

12. פעולת ההיקש היא פעולה סבוכה, שכן: “אין השופט מפרש טקסט נתון אלא יוצר אותו, וזאת על-פי הרשאה, שניתנה לו על-ידי המחוקק” (ראו: ע”א 804/80 Sidaar tanker corporation נ’ חברת קו צינור אילת אשקלון בע”מ, פ”ד לט(1) 393, 441 (1985) (להלן: עניין Sidaar)). פעולה זו נעשית על ידי בחינת הסדרים שונים וקביעת ההסדר הקרוב ביותר ברוחו לסוגיה שאליה מבקשים להיקש, תוך התאמה ושינוי, המתחייבים לשם יישום אותו הסדר במקרה הספציפי הנדון (ראו: עניין Sidaar, פסקה 30; עע”מ 4927/08 הממונה על המחוז משרד הפנים נ’ אפרמיאן, פסקאות 49-50 (16.06.2011) (להלן: עניין אפרמיאן)). הדמיון בין המקרה הנדון, לבין ההסדר הקיים,

בהקשר אחר, שממנו מבקשים להקיש אל אותו מקרה, הינו: "הציר המרכזי עליו סובב ההיקש" (ראו: עניין אפרמיאן, פסקה 49, והאסמכתאות המובאות שם).

13. בעניין שלפנינו, מלאכת ההיקש דרושה בעיקר כדי להסיק כיצד יש להתחקות אחר רצונו של המנוח ז"ל. משכך, "הציר המרכזי", שעליו ייסוב ההיקש בענייננו הוא המנגנון באמצעותו יש להתחקות אחר רצונו של אדם במקרה בו אותו אדם ביטא בעבר את רצונו (במפורש, או במשתמע), או שיש להסיק את רצונו מהנסיבות, אך עתה איננו יכולים לעמוד עוד על רצונו זה מפיו שלו. במשפטנו ניתן למצוא מספר דברי חקיקה, המסדירים פעולות הנעשות בגופו, רכושו, או זכויותיו של אדם שנבצר ממנו להביע את רצונו העדכני (ראו, למשל: חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953; חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה); חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1992; חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996; חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005 (להלן: חוק החולה הנוטה למות)). עם זאת, רק שני חוקים מתוך החוקים הנ"ל – חוק הירושה, וחוק החולה הנוטה למות, והתקנות שנתקנו מכוחו – מכילים חזקות או הוראות המתוות את האמצעים שיש לנקוט בהם כדי להתחקות אחר רצונו המשווער של האדם שנדרשת הכרעה בעניינו, תוך התייחסות למצב בו נפלה מחלוקת בדבר רצונו של אותו אדם. אפרט את הדברים מיד בסמוך.

14. חוק החולה הנוטה למות בא להסדיר את הטיפול בחולים, הסובלים מבעיה רפואית חשוכת מרפא, שתוחלת חייהם אינה צפויה לעלות על שישה חודשים (ראו: סעיפים 1 ו-8 לחוק החולה הנוטה למות; ועיינו: דברי ההסבר להצעת חוק החולה הנוטה למות, התשס"ה-2004, ה"ח 145, 454). עקרון היסוד העומד בבסיס חוק זה הוא כי: "בקביעת הטיפול הרפואי בחולה הנוטה למות, מצבו הרפואי, רצונו ומידת סבלו הם השיקולים הבלעדיים" (ראו: סעיף 2 לחוק החולה הנוטה למות; ההדגשות שלי – ח"מ). בהתאם לכך, הוראותיו השונות של החוק האמור קובעות, בין היתר, כיצד ניתן לעמוד על רצונו של חולה כאשר הוא איננו כשיר להביע את רצונו. כך, למשל, נקבע כי כאשר החולה חסר כשירות להביע את רצונו, ולא השאיר הנחיות מקדימות לעניין אופן הטיפול בו, ואף לא מינה מיופה כוח לדבר – ההכרעה תתקבל בהתחשב בהצהרה מפורשת של "אדם קרוב" לעניין רצונו של החולה (ראו: סעיפים 5(ב) ו-14(ב) לחוק החולה הנוטה למות). בנוסף לאמור – חוק החולה הנוטה למות קובע כי במצבים בהם: "...קיימת מחלוקת ביו הנוגעים בדבר או מתעורר ספק כיצד לנהוג בחולה..." ניתן לפנות לוועדה מוסדית, שלה הסמכות להכריע, בין היתר, במקרים מסוג זה (ראו: סעיף 47 לחוק החולה הנוטה למות). חוק זה גם קובע כי הוועדה המוסדית, בבואה להכריע במחלוקת כזו, תברר את רצונו של החולה לפי השיקולים הבאים:

"(ב) בבואה להכריע במחלוקת כאמור בסעיף קטן (א) תברר ועדה מוסדית את רצונו של החולה ביחס לטיפול הרפואי בו ותיתן הוראות למימוש רצונו על פי נתונים עובדתיים שיובאו לפניה ובכפוף להוראות חוק זה; בהיעדר נתונים עובדתיים בדבר רצונו של החולה ... תחליט הוועדה בהתאם לאומד רצונו של החולה על פי השקפת עולמו ואורח חייו, ובמידת הצורך תוך התייעצות עם אדם קרוב לחולה הנוטה למות ועם אנשים המייצגים השקפת עולם הדומה לזו של החולה..." (ראו: סעיף 47 לחוק החולה הנוטה למות; ההדגשות שלי – ח"מ).

מיהו אותו "אדם קרוב", מושא סעיף 47(ב) לחוק החולה הנוטה למות? על פי סעיף ההגדרות שבחוק זה מדובר ב:

"...אדם שלדעת רופא אחראי, על פי הוראות שקבע השר... מתקיימים בו שניים אלה:
 (1) הוא בעל קרבה משפחתית או רגשית אל החולה הנוטה למות ומסור לו;
 (2) הוא מכיר היטב את החולה הנוטה למות, על יסוד קשר רצוף ומתמשך עמו בתקופה שלפני הטיפול הרפואי בו או במהלכו" (ראו: סעיף 3 לחוק החולה הנוטה למות).

על פי תקנות החולה הנוטה למות (ועדות, מסמכים, מאגר מידע ודיווח), תשס"ח-2007 (להלן: התקנות), שהותקנו מכוח חוק החולה הנוטה למות – רופא אחראי, כהגדרתו בתקנות, רשאי לקבוע כי אדם הינו "אדם קרוב" לחולה הנוטה למות, אם הוא, בין היתר: בן זוג, הורה, או אדם בעל קרבה רגשית לחולה הנוטה למות – המצוי במערכת יחסים קרובה עם החולה הנוטה למות, ויודע פרטים על אודות מצבו המשפחתי, החברתי, והרפואי של החולה, וכן על: "רצונותיו והעדפותיו האישיות" (ראו: סעיף 12 לתקנות).

הנה כי כן ההיקש בין הסוגיות – מתבקש. עקרון היסוד, המונח בבסיס הוראות חוק החולה הנוטה למות קובע, כאמור, כי האינטרסים של החולה, ובכלל זאת רצונו, יחשבו כשיקולים הבלעדיים לקביעת אופן הטיפול בו. בסוגיה שבפנינו ההתחקות אחר רצונו של המנוח לממש את זכותו להמשכיות הינה, כפי שראינו, השיקול המרכזי לשימוש בזרע שניטל מגופו של אדם. אין לכחד, עם זאת, כי ישנן אף נקודות שוני בין הסוגיות. בצד זאת, לא ניתן להתעלם מהציר המרכזי המשותף הבולט ביניהן – בירור רצונו של אדם, אשר איננו יכולים לעמוד על רצונו זה מפיו: יהיה זה חולה הנוטה למות, מזה, או זה שהלך לעולמו, כבענייננו, מזה (השוו: ע"א 3622/96 חכס נ' קופת

חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 650 (1998); עש"מ 85/01 יריב נ' נציב שירות המדינה, פ"ד נו(6) 411, 429 (2002); עניין משפחה חדשה (2002) עמ' 448; עניין אפרמיאן, פסקה 49; ועיינו: אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" מבחר כתבים א 755, 780-781 (2000).

כאן יוער כי יש אף נקודת השקפה נוספת בין חוק החולה הנוטה למות לבין הסוגיה שאנו דנים בה, שכן חוק החולה הנוטה למות עוסק, בין היתר, בתנאים להפסקת טיפול רפואי באדם – מה שצפוי להביא למוות, ואילו כאן מדובר בזניחת תאי זרע עד כדי "המתתם". ההיקש כאן מתבקש, שהרי בזמן שבחוק החולה הנוטה למות מבררים את רצונו של החולה לצאת מחזקת הרצון לחיות (ראו: סעיפים 4-5 לחוק החולה הנוטה למות) – כאן מבררים את רצונו של האדם להיות מוחרג מהחזקה בדבר רצונו למימוש זכותו להמשכיות. הנה כי כן, במקום הוועדה המוסדית המוזכרת בחוק החולה הנוטה למות – ניצב בהקשר שלנו: בית המשפט.

15. ביישום לענייננו – בית משפט לענייני משפחה הנכבד קבע כדלקמן:

"רצונו האנושי של המנוח להשארת שם וזכר בעולם
זועק בנסיבות המקרה דנן" (ראו: פסקה 42 לפסק-הדין
שם; ההדגשה שלי – ח"מ).

בית המשפט המחוזי הנכבד, לאחר שבחן את פרטי המקרה ושמע את טענות הצדדים בערעור, מצא כי:

"הראיות מצביעות באופן חד משמעי, ואין חולקין על כך,
שהמנוח אהב ילדים, חלם על ילדים משלו והביע את
כמיהתו לילדים שיהיו לו"

והוסיף כי:

"ממצאיו של בית משפט קמא בדבר רצונו של [המנוח],
אכן מתיישבים עם הראיות ועם הגיון הדברים,
והשתכנענו כי קיימות ראיות מכריעות באשר לרצון זה של
המנוח"
(ראו: פסקה 8.2 לפסק-הדין; ההדגשות שלי – ח"מ).

ההכרעות של הערכאות קמא הנכבדות בענייננו התבססו, בין היתר, על עדויותיהם של בני משפחתו המצומצמת וחבריו הקרובים של המנוח ז"ל. מפאת חשיבות הדברים, אביא כאן, בקצרה, כמה קטעים מתוך תצהירי העדויות הנ"ל.

אביו של המנוח ז"ל מסר את הדברים הבאים:

"[המנוח] חלם על ילדים שנים לפני שנישא ל[מערערת] ואף שיתף אותנו בחלומו, חלום כואב שחזר על עצמו ומהדהד לי בראש כל העת 'אני רואה בעיני רוחי ילדה קטנה עם תלתלים ג'ינג'ים רצה לה על החוף עירומה'. הוא השתעשע לא אחת במתן שמות לבנים ולבנות שיוולדו לו... מטרת העל המוצהרת שלו הייתה בכל מאודו, להיות אב... אני יודע כי לו [המנוח] יכול היה להיות חלק מההליך, היה לא רק מביע הסכמתו להעמדת צאצאים לאחר מותו, אלא אף מבקש זאת" (ראו: פסקאות 34-45 לתצהיר עדותו הראשית של אבי המנוח; ראו גם: פסקאות 33-40 לתצהיר עדותה הראשית של אם המנוח).

העד מטעם המשיבים 1 ו-2 בהליך זה, מר נ.ש., שחלק חברות ארוכת שנים עם המנוח ז"ל, העיד בהקשר זה כדלקמן:

"אני יותר ממשוכנע כי אדם כמו [המנוח] היה יותר מרוצה 'להשאיר חותמו בעולם הזה' באמצעות זרעו אחריו, אפילו אסתכן ואומר כי לא היה מוכן לעזוב את העולם מבלי שה-D.N.A שלו יישאר בעולם ובכל דרך שהיא" (ראו: פסקה 17 לתצהירו עדותו).

וכך העיד מר י. פ., שהצהיר על עצמו כ-"איש סודו" של המנוח ז"ל:

"אין בי ספק כי [המנוח] היה מאוד רוצה שתביעתם של הוריו, שהיא למעשה תביעתו שלו הוא, תתקבל, זאת אומרת אין לי ספק ש[המנוח] היה רוצה ילדים. אם יורשה לי לומר, [המנוח] היה עושה ילדים בכל מצב, אין סיכוי לדעתי כי [המנוח] היה מעלה על דעתו להישאר ללא ילדים כלל" (ראו: פסקאות 15-16 לתצהיר עדותו).

מכאן, שמעדות הוריו וחבריו הקרובים של המנוח, שעונים על הגדרת "אדם קרוב", כפי שזו קבועה בחוק החולה הנוטה למות ובתקנות, עולה כי לפי השקפת עולמו ואורח חייו של המנוח – הוא רצה במימוש זכותו החוקתית להמשכיות, גם בסיטואציה שהיה נפרד מבת זוגו (כפי שקרה לו טרם נישואיו למערערת), או במקרה, כמו שלנו, שאלמנתו, כפי זכותה, בחרה שלא להרות מזרעו של המנוח.

16. אנאלוגיה דומה ניתן להסיק גם מחוק הירושה, שם באין צוואה (כמו במקרה שלפנינו) – בת הזוג של המנוח וההורים מקבלים, כל אחד מהם, חצי מהעזבון (מלבד מהמטלטלין והמכוננית השייכים למשק הבית המשותף – המגיעים לבת הזוג) – ראו: סעיף 11(א) לחוק הירושה. ואכן, בענייננו, הוצא צו ירושה שחילק כך את עזבוננו של המנוח (ראו: מש/ב). כאן יש להעיר, כי תאי זרע, ככאלה, אינם בגדר "נכסים" הנכנסים לעזבון, מה גם שפה תאי הזרע הופקו לאחר מותו של המנוח, ולכן ממילא לא חל עליהם סעיף 1 לחוק הירושה, המורה כדלקמן: "במות אדם עובר עזבוננו ליורשיו". יחד עם זאת, "הציר המרכזי" העומד בבסיסה של החלוקה הנ"ל, בין בת הזוג, האלמנה, לבין ההורים – יפה אף לענייננו.

בסיום פרק זה אציין שאף אם לא תתקבל דרך ההיקש הנ"ל – כי אז התוצאה המוצעת על ידי מתחייבת גם מכוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. על כך בפרק הבא.

פרק ג': פתרונות מכוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל

17. במצב דברים שבו אין תשובה ברורה לסוגיה המתעוררת בחקיקה, בהלכה הפסוקה, או בדרך של היקש – יש לפנות, מכוח סעיף 1 לחוק יסודות המשפט אל: "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" המגולמים במשפט העברי. ראו בעניין זה את הפולמוס שקם בין השופטים: א' ברק ו-מ' אלון (כתוארם אז) ב-ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם פ"ד לה (2) 785 (1981), וב-ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו (3) 701 (1982).

18. פרופ' ברק בכתיבתו האקדמית סבר כי חוק יסודות המשפט מפנה במקרה כזה:

"לארבעה עקרונות – חירות, צדק, יושר, שלום – של מורשת ישראל, אין הוא מפנה לעקרונות נוספים. אין הוא מפנה לדין המשלים של המשפט העברי" (ראו: אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית) 530 (1992)).

מאידך גיסא, פרופ' אלון בכתיבתו האקדמית סבר כי הוראה שבסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, המדברת במורשת ישראל צריכה להתפרש על פי מקורות היהדות כמכוונת לתורה ולכלל עולמה של תורה שבעל פה (ראו: מנחם אלון, המשפט העברי – תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (כרך ג') 1547 (מהדורה שלישית, תשמ"ח)).

לסוגיה זו בכללותה וסקירה של המקורות הרלבנטיים – ראו לאחרונה: בנימין פורת ומרדכי קרמיניצר חוק יסודות המשפט – הצעה לתיקון ודברי ביקורת, פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה – הצעה לסדר 11 (נובמבר 2016).

לעניות דעתי, יש לנקוט במחלוקת זו ב"שביל הזהב" המפורסם של הרמב"ם, ולהבין את הפסוקית: "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" כמכוונת לעקרונות הבסיסיים של מורשת ישראל, כפי שזו הוגדרה על ידי פרופ' אלון, ואולם לא בהכרח להסדרים המשפטיים הפרטניים שנקבעו בהלכה.

נוכח גישתי האמורה – יש לשאוב מהעיקרון של המשפט העברי, שהמצווה הראשונה שבו היא "פרו ורבו" (ראו: בדאשית, ט, ז), ומהעיקרון שיש להקים זרע למת שנפטר לבית עולמו ללא ילדים (ראו: דברים, כה, ו), אשר עומד ביסודם של דיני הייבום (שאינם מיושמים עוד נוכח חיוב החליצה; עיינו והשוו: יוסי גרין "הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ-גופית והשלכותיה על דיני יבום וחליצה", מאזני משפט ב 207 (תשס"ב) (להלן: גרין – הולדה לאחר מיתה)) – הנחיה לפתרון אזרחי על פיו תבנה המשכיות למת באמצעות הזרע שניטל מגופו בטכנולוגיה החדשה, המאפשרת את הדבר (זאת אף מבלי לכפות מערכת יחסים לא רצויה על אלמנתו של המנוח – היא הבעיה שאותה מרפאת החליצה).

הנה כי כן, הכלל הלקוח ממורשת ישראל שיש להקים זרע למת (שנפטר ללא ילדים), שהקדים תפיסות מודרניות – ראוי לאימוץ במשפט ארצנו, נוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות, כך שנקיים את זרעו של המת.

בהקשר זה אוסיף עוד כי הגישות מהמשפט העברי המוצגות על ידי חברתי, השופטת א' חיות בחוות דעתה, ומתמקדות בעיקרן בשלילת עצם נטילת הזרע מהמת – אינן בלעדיות, וקיימות אצל הפוסקים דעות אחרות (ראו, למשל: הרב זלמן נחמיה גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת" אסיא סה-סו, יז 45, 47 (תשנ"ט) – המאוזכר גם על ידי חברתי; הרב מרדכי הלפרין, "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה", בית הלל ט, נה (תשס"ב); מיכאל ויגודה "ירושה טכנולוגית – זכות הירושה של מי שהורותו החלה לאחר מות המוריש" דעת www.daat.ac.il/mishpat-ivri/havat/47-2.htm); חוות-דעתו של פרופ' אביעד הכהן

שהוגשה במסגרת תמ"ש (פ"ת) 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.09.2016) (להלן: עניין שחר)).

יתר על כן – בענייננו אין אנו דנים בשאלת נטילת הזרע מהמנוח, אלא בשימוש בתאי הזרע שנשאבו הימנו – אם לקיימם ולהוליד מהם חיים, או לשים לחיותם סוף. להבנתי התשובה גם ברורה וגם חומלת.

19. בחוות דעתה חברתי מאזכרת נימוקים נוספים שיש בהם כדי למנוע היענות למשיבים 1 ו-2. בפרק הבא אתמודד עם טעמים אלה.

פרק ד': שלילת הנימוקים המסתמכים על טיעון של "יתמות מתוכננת", ועל טיעון של "הקפאת" רצונו המשווער של המנוח לנסיבות שהתקיימו בעת פטירתו המועלים כדי להדוף את תביעת המשיבים 1 ו-2

20. חברתי מפנה אל מאמריה של פרופ' דות לנדאו, העוסקים בתופעה שהיא מכנה: "יתמות מתוכננת", בגדרם היא גורסת כי יש לשלול קטגורית הבאת ילדים מזרעו של נפטר, גם לבקשת בן או בת הזוג, וטוענת כי עדיף שקרובי הנפטר ישלימו עם סופיות אובדנם (ראו: פסקה 26 לחוות דעתה של חברתי). חברתי אמנם מאזכרת גם את דעתם הנוגדת של פרופ' אסא כשר במאמרו: "יתמות מתוכננת התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221 (רפאל כהן אלמגור עורך, 2002) (להלן: כשר – יתמות מתוכננת התמונה המאוזנת), ושל המלומדת עדנה כצנלסון במאמרה: "אבהות לאחר המוות – יתמות מתוכננת" כוורת 23 (2015) (להלן: כצנלסון – אבהות לאחר המוות), ואולם, בסופו של הדיון היא מציגה את השאלה: "האם יש מקום לצעד מרחיק לכת נוסף אותו צעדו הערכאות קמא במקרה דנן", ומגיעה למסקנה שלילית.

אני מרשה לעצמי לחלוק. אינני רואה, בהקשר זה, הבדל עקרוני בין ילד שיוולד כתוצאה מהפריית זרעו של המנוח בביציתה של האלמנה לבין ילד שיוולד כתוצאה מהפריית זרעו של המנוח בביציתה של אישה אחרת. זאת ועוד – היום אנו עדים לשינויים שחלים, במקרים מסוימים, בתפיסה התרבותית של מוסד המשפחה. כך למשל ילדים במשפחות חד הוריות הגדלים אצל אמם – אין להם דמות אב. אצל זוגות חד מיניים – רק לאחד מבני הזוג יש קשר גנטי אל הילד המשותף. במוסד האימוץ הקיים מזה שנים בעולם – אין כלל קשר גנטי בין הילד להוריו. כל המצבים הללו הוכשרו בפסיקה, וחברתי ואנוכי היינו שותפים לגישה מתקדמת זו. בעידן זה נראה, איפוא, כי אין מקום לשלול את הבאתו של ילד לעולם רק מן הסיבה שאביו הביולוגי

איננו עוד בין החיים. יתר על כן – במאמרים השוללים את דעתה של פרופ' רות לנדאו הוצגו נימוקים משכנעים שילד כזה לא רק שאין ודאות כי "יתמותו" תפגע בו, אלא אף שייתכן כי שיוכו לדמות האב שנפטר והתייחסות המשפחה הגרעינית של המנוח אליו כתוצאה מכך – תניב לו ערך מוסף (עיינו: כשר – יתמות מתוכננת התמונה המאוזנת; כצנלסון – אבהות לאחר המוות).

זאת ועוד – אחרת. שאלה זו הכרוכה בעקרון "טובת הילד" אמורה להיות מוכרעת בשלב מאוחר יותר, בהליך נפרד, בגדרו תיבחן התאמתה של האם המיועדת להיות מופרית מזרעו של המנוח.

21. חברתי גורסת כי יש "להקפיא" את רצונו המשוער של המנוח לנסיבות שהתקיימו בעת פטירתו וכי לפיכך אין להצדיק את ההנמקה לפיה משהמערערת, שהיתה בת זוגו של המנוח בעת הפטירה קשרה את חייה לאחר מותו בכך זוג אחר והולידה עמו ילדים – היא מאבדת את מעמדה כבת זוגו של המנוח לענייננו, ועל כן יש להידרש לתביעת ההורים מתוך נקודת מוצא שמדובר במנוח שאין לו בת זוג. חברתי סבורה כי הנמקה זו שגויה מאחר שהיא מבוססת כל כולה על התרחשויות שאירעו לאחר מות המנוח ושאינן בהן להקריין או ללמד דבר על מהות וטיב היחסים בין בני הזוג בחייו. אני מוצא עצמי מחויב לחלוק על תפיסה זו – משורה של טעמים, אותם אמנה להלן:

א. ב-עניין פלוניית בית משפט זה, על דעת כל שופטי ההרכב שם (אם כי בהנמקה שהיו לה ניואנסים שונים), התחשב בשינוי מאוחר, שחל אצל תורם הזרע, אשר ביקש, עקב חזרתו בתשובה, שלא יעשה שימוש נוסף במנות הזרע שמסר לבנק הזרע, ושממנו כבר נולדה בת אחת לנתרמת. מכאן שאף ההתפתחויות שחלו לגבי המערערת – רלבנטיות, שהרי חברתי וחבריי (למעט השופט י' דנציגר) תולים את רצונו המשוער של הנפטר במערכת היחסים הזוגית שקיים עובר למותו (היותו נשוי, או חי בזוגיות) ומתעלמים מרצונו המשוער של המנוח לו בני הזוג היו נפרדים, או שהמנוח היה יודע שאין בת הזוג מבקשת להרות מזרעו לאחר מותו.

ב. בבסיס התאוריה החוזית בדבר "חוזי יחס", שהתפתחה בעולם ה- Common Law משנת 1985 ואילך על ידי פרופ' Stewart Macaulay ולאחר מכן על ידי פרופ' Ian R. Macneil, ואומצה אצלנו ב-רע"א 1185/97 יורשי מילגרומ נ' מרכז משען, פ"ד נב(4)145 (1998) (מפי הנשיא א' ברק) וב-ע"א 9784/05 עיריית תל-אביב-יפו נ' עו"ד

ידידיה גורן (12.8.2009) (מפי חברתי, השופטת א' חיות) – עומד הצורך להתחשב בשינויים מאוחרים כדי לשנות את הבחירות שנעשו בעת חתימת החוזה (עיינו והשוו: נילי כהן, "הסכמים וחוזים הכרוכים בהולדה", עתיד להתפרסם ב-2017, בטפר של 10). יצוין כי במורשת ישראל קיים, בהקשר אחר, מוסד דומה הקרוי "פתח", ומאפשר התרת נדרים במצב בו האדם שנדר – לא היה מודע לנתון מהותי בעת שנדר, ואילו ידע באותו מועד את מה שהוא יודע בבואו להתיר את הנדר – לא היה נודר כך (ראו: הרב זלמן ברוך מלמד, "התרת נדרים בפתח ובחרטה", מאבני המקום ט"ו (תשס"ג)).

ג. הפרופוזיציה של הרצון המשוער של המנוח בהמשכיות נשענת, בעיקרה, על היפותזה לוגית ועל מסורות מושרשות בתרבות היהודית, כפי שתוארו לעיל. בתפיסה זו בהחלט ניתן להניח כי המנוח שרצה בהמשכיות והעדיף לעשות כן עם בת זוגו – היה חפץ במימוש זכותו להמשכיות גם אם אשתו חו"ח לא היתה יכולה ללדת (זאת למשל בדרך של הפריה חוץ גופית, ו/או פונדקאות), או אם היתה עוזבת אותו (זאת, למשל, בדרך של מציאת זוגיות חדשה). לפיכך לא די בכך שהמנוח הביע את רצונו להביא ילדים עם מי שהיתה באותה העת אשתו כדי להגביל את רצונו האמור להבאת ילדים עמה בלבד.

22. בצד הטעמים המהותיים שפורטו לעיל, מתקיימים פה גם נימוקים של מניעות ואיסור הפליה המצדיקים את דחיית הערעור. אלה יפורטו מיד בסמוך.

פרק ה': נימוקים של מניעות ואיסור הפליה המצדיקים את דחיית הערעור

23. בתחילת הדרך – המערערת לא טענה למעמד בהליכים (ראו: פסקה 8.2.1 לפסק הדין מושא הערעור). זאת ועוד – מזה למעלה מעשור, המערערת טוענת שהיא עדיין מתחבטת אם להתעבר מזרעו של המנוח, על אף שבינתיים היא עברה חליצה שסודרה לה על ידי אחיו של המנוח ולאחר מכן התקשרה בזוגיות עם אחר, שעמו ילדה, עד כה, שני ילדים. דומה, כי בנסיבות אלו, אליהם יש להוסיף גם את הליך הגישור הארוך שהתנהל בין הצדדים ואשר התמשך שנים, כדי כך שהמערערת טענה בסופו, כשלא נשא פרי, כי חלה התיישנות על ההליך דנן – המערערת מנועה מלטעון עתה כי היא הגורם הבלעדי שבאמצעותו יש לעשות את השימוש בזרעו של המנוח.

24. בנתונים הנ"ל – המשיבים 1 ו-2 פיתחו ציפייה סבירה כי יינתן להם לממש את זכותו של בנם להמשכיות, והם אף השקיעו בכך משאבים של ממון, שכן המערערת חדלה בשלב מסוים לשלם את התשלום השנתי בעבור שימור הזרע בזרע, ורק

הודות למשיבים 1 ו-2, הורי המנוח, שפרעו את החיובים – נשמרו תאי הזרע, כל זאת בנוסף למחיר הנפשי הכבד שהיה מנת חלקם של המשיבים 1 ו-2. כתוצאה מכך יש, למיצער, להשוות את מעמדם של ההורים למעמדה של המערערת ולדון את בקשתם של ההורים כאילו מדובר בבקשה לגבי זרע שניטל מנפטר שלא היתה לו בת זוג, בשים לב לשינויי הנסיבות שחלו לאורך השנים. במקרים אלה הפסיקה המחוזית אישרה להורים לעשות שימוש בזרע שניטל מגופו של בנם המנוח (ראו: תמ"ש (קריות) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם, פסקה 5.1.2 (06.12.2009); תמ"ש (ת"א) 14217-06-14 משפחה חדשה נ' בית החולים הדסה עין כרם, פסקה 4 (15.04.2015) (להלן: עניין משפחה חדשה 2015); תמ"ש (ק"ש) 12977-01-14 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פסקאות 85-93 (06.01.2015)), וזאת במקרים מסויימים גם לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה הביע את הסכמתו, או למיצער, את העדר התנגדותו, לשימוש בזרעו של מת להפרייתה של אישה זרה לו, לנוכח התרשמותו, כי על פי נסיבות המקרה – הדבר תואם את רצונו של המנוח (ראו: תמ"ש (חדרה) 7390-11-09 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (10.04.2011); ת"ע (כ"ס) 33065-07-11 משפחה חדשה נ' היועץ המשפטי לממשלה (01.02.2012); תמ"ש (י-ם) 28130-07-14 מ.פ. נ' משרד הבריאות (17.11.2014); עניין משפחה חדשה 2015).

קטגוריה נוספת הראויה להשוואה היא זו שבה עמדה בפני בית המשפט בקשת ההורים לעשות שימוש בזרע שניטל מבנם המנוח שלא על דרך הפריית אלמנתו, וזאת בהסכמתה, או לאחר שהשאירה את העניין לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו: עניין שחר). במקרה זה בית המשפט אישר את בקשת ההורים (ערעור על פסק-דין זה תלוי ועומד).

25. העמדות שפורטו לעיל עולות בקנה אחד גם עם החלטת היועץ המשפטי לממשלה בהליך כאן שלא להגיש ערעור על החלטות הערכאות הנכבדות קמא שהחליטו כי יש לאפשר להוריו של המנוח להשתמש בזרע של בנם המת, על אף התנגדותה הנחרצת של האלמנה, והיא אף מתיישבת עם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש ערעור על פסק דינו (החלוט, עתה) של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים ב-תמ"ש (י-ם) 27169-11-13 פלונית נ' פלונית (20.01.2016), שם, כפי שפירטה חברתי, השופטת א' חיות, התקבלה בקשת ההורים לעשות שימוש בזרע בנם המנוח, על אף עמדתה של אלמנתו, לפיה המנוח לא היה רוצה להביא לעולם ילדים מאישה אחרת.

בנסיבות אלו – קבלת הערעור תביא להפליה לרעה של המשיבים 1 ו-2, ביחס למקרים האחרים בהם ניתן היתר כאמור לעיל ולפגיעה בציפיות הלגיטימיות שלהם עקב כך, והוא גם איננו עומד בדרישות האתיות אותן הציג פרופ' אסא כשר הן במאמרו הנ"ל, הן בחוות דעת המיעוט שלו בדו"ח ועדת מור יוסף, והן בחוות הדעת שהגיש בעניין שחר. יתר על כן – האבחנה בין מי שנפטר ולא היתה לו בת זוג מלכתחילה (שאף חברתי מוכנה לראות בו מקרה מיוחד, בנסיבות המתאימות) לבין מי שנפטר והניח אחריו בת זוג שאיננה מעוניינת לעשות שימוש בזרע שניטל ממנו – איננה עומדת במבחן השונות הרלבנטית.

זה המקום להוסיף ולהעיר כי אף התנהלותו של היועץ המשפטי לממשלה ששינה את העמדה שהציג בתיקים אחרים ואף בבית המשפט המחוזי הנכבד בהליך דנן – איננה ראויה, שכן שינוי מדיניות אמור לחול מכאן ולהבא, ולא להיות מוחל לטרואקטיבית.

26. לקראת סיום מתבקשות מספר הערות נוספות באשר לעמדתה של המערערת:

א. טענתה של המערערת כי היא עדיין מתחבטת אם להיות מופרית בזרעו של המנוח איננה מתיישבת עם העובדה שקיבלה חליצה, חיה עם בן זוג וילדה בינתיים, שכן בנסיבות אלה, הרי שעל פי דין תורה הנוהג כיום – אם תהרה מזרעו של המנוח, הדבר עלול לעורר קשיים משמעותיים לילד שיוולד. עיינו: גרין – הולדה לאחר מיתתו. זו גם הסיבה שהיום, ככלל, הפרייתה של אישה יהודית נשואה הנדרשת לתרומת זרע נעשית מזרעו של תורם זר שאיננו יהודי (ראו: עניין משפחה חדשה (2002), 473-472 מפיו של השופט י' אנגלרד).

ב. גישתה הנוכחית של המערערת איננה נשענת על זכות חוקתית כלשהי, ובניגוד לפרשת נחמני (ראו: עניין נחמני 2) ובניגוד לעניין פלונית שם התבקשה כפיית הורות – משמעות בקשתה של המערערת היא פגיעה ביכולתם של ההורים להעמיד נצר לבנם המנוח, מבלי שהמערערת תניח אינטרס נגדי שכזה (הורות שנכפית עליה) על כף המאזניים. בסיטואציה מעין זו הכלל המנחה, הלקוח גם הוא ממורשת ישראל, קובע כי במצבים בהם "זה נהנה וזה לא חסר" – יש לפסוק לטובת הנהנה (ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שסג, סעיף ו). מבחן דומה של אמת מידה יחסית בין הפגיעה הנגרמת לזכויות ולאינטרסים של הצדדים ננקט לאחרונה בארצות הברית ב-"פרשת נחמני האמריקנית": Szafranski v. Dunston, IL App (1st) 122975-B (2015). אף

בפרשה הצרפתית, שנפסקה ביוני 2016, ונזכרת בפסקה 29 לחוות דעתה של חברתי – הופעל קריטריון של מידתיות, אשר הוביל בנסיבות שם להעדפת הזכות החוקתית להורות ולהמשכיות על פני החקיקה האוסרת על שימוש בזרע המת בצרפת, כך שאושר "ייצואם" של תאי הזרע לספרד כדי שהעותרת באותה פרשה תוכל להתעבר בספרד, שם הדבר מותר.

ג. העובדה שהמערערת חדלה לשלם את דמי השמירה לבנק הזרע (אשר שולמו כאמור על ידי הורי המנוח, המשיבים 1 ו-2) – ניתן לראות בה משום ויתור והמחאת הזכות שלה (ככל שהיתה לה כזו) למשיבים 1 ו-2 (ראו: סעיף 9 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, הקובע כי הוראות החוק האמור יחולו גם על המחאת זכות או חבות שאינן נובעות מחיוב).

ד. עמדתה של המערערת מזכירה את האמירה: "גם לי גם לך לא יהיה – גזרו" (עיינו: מלכים א, ג, כז) – מה שהביא בסיפור התנ"כי של "משפט שלמה" לשלילת זכותה של מי שנקטה בעמדה זו.

פרק ו': התייחסויות נוספות בעקבות דברי חבריי

27. לאחר כתיבת הדברים שלעיל באו בפני חוות הדעת המלומדות של חבריי, השופטים: י' דנציגר, י' עמית ו-מ' מזוז, ובעקבות נימוקיהם חזרתי ועיינתי עיון נוסף בעמדת חברתי, השופטת א' חיות ובטעמיה. בתגובה אני מוצא חובה לעצמי להוסיף מספר התייחסויות מיד בסמוך, מעבר לאלה שנכללו כבר בגוף חוות דעתי.

א. הערות כלליות

(1) עמדת המשיבים 3 ו-4 מייצגת פה את גישת הרשות המבצעת בלבד ולא את עמדת המדינה ככזו. במדינה שלוש רשויות וכל אחת מהן דוברת לעצמה. לכן, מעת שהמחלוקת הובאה לפתחם של בתי המשפט – הם נדרשו לפסוק בה, כמיטב הבנתם, ובעתיד אף יתכן שהרשות המחוקקת תיזקק לעניין ותחוקק במכלול, בכפוף לפיסקת ההגבלה. עד אותו שלב – גם להמלצות ועדת מור יוסף וגם לתזכיר הצעת החוק שיזמה הממשלה – אין, כמובן, משמעות נורמטיבית מחייבת, ואנו מחויבים לפסוק לפי הדין הקיים.

(2) אין לתמוה ולהצר על העובדה שאנו מקדימים את שאר העולם בנושאים שעמדו במרכז הפרשה שלפנינו וכן בפרשת נחמני ובעניין פלוניית. טעם הדבר נעוץ במספר גורמים:

- (א) היותה של ישראל מעצמה בתחום הטכנולוגיות של פריון והולדה.
 (ב) הכמיהה להולדת ילדים בחברה היהודית, שמקורות רבים לה:
 (-) העקרונות במורשת ישראל בדבר פרו ורבו ובדבר הצורך להקים זרע למת, כמפורט בפיסקה 18 שלעיל.
 (-) השלכותיה של השואה, במסגרתה נכחד חלק נכבד מהעם היהודי ונוצר רצון עז להקמת יד ושם לנספים.
 (-) המציאות הקשה של השכול בישראל, על רקע המצב הבטחוני הקשה לאורך שנים.
 (ג) תפיסות אידאולוגיות ומציאות סוציולוגית שמעודדת ילודה הקיימות גם במגזרים אחרים (לא יהודיים) בחברה הישראלית.

נוכח האמור – הגישה והפתרון שהוצעו על ידי מתבקשים הן מהתשתית החוקתית שלנו, הן ממורשת ישראל, והן מהתפיסה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

(3) חלקי עם אותם שופטים מבין ההרכב הסבורים כי באין לנפטר זוגיות, כי אז הוריו יכולים לעשות שימוש בזרעו, כאשר הדבר הולם את רצונו – המפורש, או המשוער. הנה כי כן, אני חולק על אלה מחבריי המבקשים לצמצם בנקודה זו, וכן על מי שמקבל את העמדה האמורה, אך איננו מוכן להרחבתה על דרך של החלת דין דומה גם במקרה שהאלמנה מבקשת שלא להרות מזרעו בן-זוגה הנפטר ולקיים בדרך זו את זכותו להמשכיות.

ב. הערות פרטניות

(1) חברי, השופט י' דנציגר, מבקש לפתור את הקושי המעשי, שמעורר הצורך בהתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר, על דרך של הכפפת הרצון המשוער של המנוח לקיומה של: "הצדקה נוספת אשר תטה את הכף כאמור לטובת השימוש בזרעו" (ראו: פסקה 10 לחוות דעתו). דומה עלי כי במתווה זה, אותו מכנה חברי: המודל החלקי – מגולם פתרון נורמטיבי לבעיה שבעיקרה היא ראייתית. לא זו אף זו. השוני בין סוג הבעיה לבין אופי הפתרון המוצע איננו רק במישור האנליטי. הדבר עלול להביא,

בנסיבות מסוימות, לתוצאה מעשית המנוגדת לרצונו המשוער של הנפטר. אבהיר את הדברים באמצעות דוגמה:

פלוני נפטר מבלי להביע את רצונו המפורש באשר לנטילה ולשימוש בזרעו לאחר מותו. פלוני הותיר אחריו בת זוג, שנטלה את זרעו. בינתיים חלפו השנים. בת זוגו של פלוני, לאחר לבטים רבים, מגיעה לכלל מסקנה כי היא איננה מעוניינת להרות מזרעו של פלוני – וסיבותיה עימה. עם זאת, בת זוגו של פלוני, יתר בני משפחתו, ואף חבריו הקרובים – מעידים כאיש אחד כי לפלוני היה חשוב עד מאוד להותיר אחריו ילדים. כל אלו מוסרים גם כי אכן האפשרות העדיפה על פלוני היתה לממש את זכותו להמשכיות עם בת זוגו, אולם רצונו במימוש זכותו להמשכיות לא היה מוגבל בהכרח לבת זוג מסוימת. במצב כזה, לפי המודל החלקי, המוצע על ידי חברי – לא ניתן יהיה להיענות לבקשת ההורים להביא לידי מימוש את רצונו של בנם, וזאת על אף תמימות הדעים בנוגע לרצונו המשוער של פלוני למימוש זכותו להמשכיות גם לאחר פטירתו. בנסיבות אלה, נראה כי המודל החלקי – יוביל למעשה להתעלמות מרצונו המשוער של המנוח.

(2) זאת ועוד – אחרת. לא הוברר לי מדוע על פי המודל החלקי זכותה של בת הזוג להורות יכולה לשכלל "הצדקה נוספת", ואילו זכותה של אישה אחרת להורות מנועה קטיגורית מלהוות "הצדקה נוספת". אמנם חברי, השופט י' דנציגר מציע שני טעמים לדבר, אך לגישתי לא די בהם, כפי שיובהר מיד להלן:

(א) הסבר אחד המוצע על ידי חברי הוא שלבת זוגו הקבועה של המנוח קמה זכות להרות מזרעו (ראו: פסקה 11 לחוות דעתו). אכן לבת הזוג קיימת זכות להורות, ואולם ההתחשבות ברצונה להרות מזרעו של המנוח דווקא – נובעת לשיטתי מהחובה לקיים את רצונו המשוער של המנוח, שיש להניח כי היה מעדיף שזכותו להמשכיות תמומש על ידי בת זוגו מאשר על ידי אישה אחרת. לשון אחר, התשתית להעדפת מימוש רצון המנוח בהמשכיות על ידי בת זוגו דווקא – איננה פרי זכות מיוחדת שקמה לבת הזוג, אלא היא גלומה ברצונו המשוער של המנוח שמטבע הדברים היה נותן עדיפות לבת הזוג בהקשר זה. הדבר מודגש במיוחד במקום בו בן הזוג כלל לא היה מעוניין להוליד ילדים. הנה כי כן, גם אם לבת הזוג ניתנת קדימות בשימוש בזרעו של המנוח, מכיוון שהיא ממלאת באופן מלא יותר את רצונו המשוער של המנוח – הרי שבמישור הזכויות עצם זכותה של בת הזוג להורות איננה שונה מזכותה של אישה אחרת להורות. לפיכך אין בהסבר האמור נימוק מספק לקביעה כי זכותה של אישה אחרת להורות איננה יכולה

להוות "הצדקה נוספת", ויש בה כדי להסיג את התפיסות העדכניות (המוצדקות) בנושאים אלה, כמבואר גם בפסקה הבאה.

(ב) הסבר שני המוצע על ידי חברי, אף כי בהסתייגות, לכך שזכותה של אישה אחרת איננה יכולה להוות "הצדקה נוספת", היא שהזכות להורות ניתנת דווקא לזוגות, ולפיכך מדובר בזכותם המשותפת של בני הזוג להעמיד צאצאים (ראו: פסקה 12 לחוות דעתו). חברי השופט מ' מזוז קבע דברים דומים בחוות דעתו:

"ביסוד הענקת משקל לרצונה של בת הזוג... עומדת התפיסה לפיה לבת הזוג יש זכות להורות יחד עם בן זוגה הנפטר עמו קשרה את חייה... הורות משותפת היא מרכיב מהותי ומרכזי בשותפות זו ובחירה משותפת של שני בני הזוג. לפיכך, קיים אינטרס, העומד בפני עצמו, של בת הזוג להגשים שותפות זו..." (ראו: פסקה 11 לחוות דעתו).

בהקשר זה מתחייבות שתי הערות:

ראשית, לא נהיר לי כיצד ניתן לראות באלמנה שמביאה ילד לעולם מבן זוגה המנוח כמבטאת את זכותם של שני בני-זוג להורות, או כמקיימת "הורות משותפת", שכן משנפטר המנוח – הרי שאת זכותו להורות הלה, למרבה הצער, כבר לא יזכה להגשים. הזכות היחידה בהקשר זה, שניתן להגשים עבור המנוח לאחר מותו – היא הזכות להמשכיות, שעליה עמדתי לעיל.

שנית, כפי שציינתי בפסקה 20 שלעיל, סבורני כי התפיסה לפיה הזכות להורות היא זכות המשויכת לזוגות בלבד היא תפיסה שאיננה הולמת עוד את מציאות החיים, כפי שהיא לפנינו, לרבות מקרים של הורות יחידנית. נוכח האמור, לא מצאתי גם בהסבר זה טעם מספק להבחנה בין זכותה להורות של בת זוגו של המנוח לבין הזכות להורות של אישה אחרת.

(3) חבריי: השופט י' דנציגר והשופט י' עמית, מקישים בחוות דעותיהם מחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה) לענייננו (ראו: פסקה 28 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר; פסקה 7 לחוות דעתו של השופט י' עמית). על פי חוק האנטומיה מקום בו רצונו המפורש של המנוח איננו ידוע – ההכרעה בדבר נתיחת גופו של נפטר לשם קביעת סיבת פטירתו תיעשה על פי שאלת הסכמתם של קרובי משפחתו, בשים לב לסדר הקדימות המנוי שם (ראו: סעיף 6א לחוק האנטומיה). כלומר,

בני משפחתו של המנוח לא מתבקשים להתחקות אחר רצונו המשוער של המנוח אלא לבטא את רצונם שלהם לגבי נתיחת גופתו של המנוח. חוק האנטומיה איננו נדרש איפוא כלל לשאלת רצונו המשוער של המנוח. הנה כי כן – לאחר שמצאתי כי "הציר המרכזי" שעליו נסוב ההיקש בענייננו הוא ההתחקות אחר רצונו המשוער של המנוח מקום בו רצונו זה לא הובע במפורש – אני סבור כי אין מקום להקיש מחוק האנטומיה לסוגייה שבפנינו (יוער כי דברים אלה יפים גם לתקנות בריאות העם (הפריה חוק גופית), התשמ"ד-1987, זאת בנוסף להבחנות שעליהם עמד חברי, השופט י' עמית בפסקה 10 לחוות דעתו).

(4) חברי, השופט י' עמית, סבור כי בעת עריכת ההיקש מחוק הירושה לענייננו יש לאמץ גם את רוחן של המגבלות הקבועות בחוק הירושה כדי למנוע את "שלטון היד המתה" (ראו: פסקה 8 לחוות דעתו). עם זאת, כאמור, בעת ביצוע מלאכת ההיקש – בית המשפט נדרש לעמוד על השוני והדמיון בין החוק הקיים לבין הסוגיה שבה קיימת הלקונה. בעניינינו יש להכיר בכך כי, כפי שציין השופט י' עמית בחוות דעתו כאן, ובחוות דעתו בעניין פלונית – זרע איננו "נכס" רגיל, וזאת, בין היתר: "מאחר שהגמטה הזכרית והנקבית (תאי זרע ותאי ביצית) מאפשרים להביא לעולם ילד ובכך "להנציח" את המטען הגנטי של התורם לדורי דורות" (ראו: עניין פלונית, פסקה 9 לחוות דעתו של השופט י' עמית). לפיכך, לגישת חברי, לה אני שותף – תאי זרע אינם נכללים בעיזבוננו של אדם. זו אחת מהסיבות לכך שלא ניתן להחיל בענייננו את חוק הירושה במישורו, אלא רק להקיש מחוק הירושה אל העניין שבפנינו, בשינויים המתחייבים, כפי שהובהרו הדברים על ידי, וזאת בהקבלה לירושה על פי דין. בהקשר זה יש לזכור, כי הצורך בהגבלת יכולתו של המת לשלוט בנכסיו לאחר מותו נובע מהרצון: "לאפשר לחיים לעצב חייהם כרצונם, לאפשר דינמיות בהעברת נכסים מיד ליד וכיוצא באלה" (ראו: ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 336 (1992); ההדגשה שלי – ח"מ). לפיכך דין שונה אכן צריך לחול על הזכות להמשכיות, המבוטאת בתאי זרע שאינם בבחינת "נכס" רגיל.

(5) חברי, השופט י' עמית, פותח את חוות דעתו כך: "האם יהא פסק דיננו זה "שיר לילדה שעדיין לא נולדה" (רוני סומק) ושלא תיוולד לעולם, או "שיר לילדה שכבר נולדה" (רוני סומק)?". לצערי, פסק-דיננו איננו שיר, שכן כתוצאה ממנו:

"הילד שלא נולד,
עוד לא חי,
לא התחיל,
לא נשלם"

(הילד שלא נולד/ יהונתן גפן)

– צפוי להישאר כך לעולם.

28. בסיומה של דרך הגיעה, איפוא, שעת סיכומים, ואלה יובאו בפרק הבא. בהקשר זה נזכיר כי:

”תחומי המוסר והחוק הם שני עיגולים קונצנטריים, מכסים זה את זה אך בחלקם, וככל אשר ייסוג אחורה הקו המבדיל ביניהם, כן יגדל השטח והתוכן המוסרי של החוק. האידיאל הנכסף הוא שיהיו שני העיגולים חופפים זה את זה לכל היקפם, כמים לים מכסים” (ראו: משה זילברג, כך דרכו של תלמוד 66-67 (תשכ”ד)).

פרק ז': סיכום ומסקנות

29. חברתי מצטטת בפסקה 21 לחוות דעתה את הדברים המרגשים שנכתבו מטעם המשיבים 1 ו-2 בסיכומיהם, באשר להורים בארצנו, אשר נחשבים כראויים דיים לגדל ילדים ולשלוח אותם אלי קרב, אך מאבדים, כביכול, את מעמדם כאשר בנם מוצא את מותו בצבא. ואכן, בו בזמן שההורים בהוויה הישראלית נשארים, במקרה כזה, עם האובדן עד כלות – לאלמנה עומדת האפשרות המבורכת להמשיך בחייה ולהשתקם. בנסיבות אלו, לשיטתי, לא רק הלב יוצא אל המשיבים 1 ו-2, אלא גם המשפט עומד לצידם בשימור זכותו של המנוח להמשכיות. אסכם איפוא את הדברים.

30. בפתח חוות דעתי ציינתי כי עלינו לפעול במכלול על פי הוראות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, שכן מוסכם על הכל כי אנו עומדים בפני לקונה. לפיכך –

בפרק הראשון שלעיל עמדתי על הזכויות והאינטרסים הניצבים במוקד הסוגיה שבפנינו, ובמרכזן זכותו של האדם להמשכיות, שפותחה בהלכה הפסוקה (היא החלופה הראשונה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט הנ"ל). כנגד זכות זו עומדת החובה לכבדה, וזאת גם לאחר מותו של האדם. כדי לפגוע או להגביל את הזכות האמורה יש לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה – דבר שאיננו מתקיים בענייננו.

בפרק השני הסקתי, על דרך ההיקש (היא החלופה השנייה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט הנ"ל) – מחוק החולה הנוטה למות ומחוק הירושה, כי בנסיבות העניין רצונו המשוער של המנוח היה שזכותו להמשכיות תמומש לאחר מותו, וכי רצונו זה לא

היה מוגבל למימוש באמצעות אלמנתו בלבד, כאשר זו בוחרת משיקולים שלה שלא להרות מזרעו.

בפרק השלישי פניתי למורשת ישראל (היא החלופה השלישית בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט הנ"ל), והצבעתי על עקרון "הקמת זרע למת" ועל המצווה "לפרות ולרבות", ועל נפקותם לענייננו – מכוחם יש להסיק שראוי בענייננו לקיים את הזרע (המצוי בבנק הזרע).

בפרק הרביעי שללתי טיעונים שהועלו כנגד קבלת עמדת המשיבים 1 ו-2. בתוך כך דנתי בטיעון של "יתמות מתוכננת" ועמדתי על הבעיות הטמונות בטיעון זה, בין היתר נוכח העידן בו אנו מצויים, בגדרו בית משפט זה הכיר, ובצדק, בסוגי משפחה חדשים. לאחר מכן גם שללתי את הטיעון של "הקפאת" רצונו המשוער של המנוח לנסיבות שהתקיימו בעת פטירתו, בשל מספר טעמים, ובתוכם פסיקה של בית משפט זה המתחשבת בשינוי מאוחר כדי לשנות בחירות בספירה הציבורית והפרטית, שנעשו עובר לאותו שינוי.

בפרק החמישי הוספתי מספר טיעונים משלימים, בין היתר, באשר לציפיה של המשיבים 1 ו-2, ולמה שהתבקש מהתנהלותה של המערערת ומהתפוכות שחלו בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, וכן הצבעתי על ההפליה שתיווצר, אם הערעור יתקבל.

בפרק השישי הצגתי התייחסויות נוספות והערות בעקבות חוות הדעת של חבריי שהגיעו אלי לאחר כתיבת עיקרי דברי, תוך שאני מבהיר כי גישתי תואמת את מורשת ישראל באשר להעמדת זרע למת ואת מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

31. בשולי הדברים אציין כי מקובלת עלי אף קביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד כי אין להרחיב פה בשיקולי טובת הילד, שכן נושאים אלה דינם להתברר בהליך נפרד התלוי ועומד בבית המשפט לענייני משפחה, שבגדרו מתבקש בית המשפט לאשר את האם המוצעת שאמורה להרות מזרעו של המנוח.

109 דבר

32. העולה מכל המקובץ מלמד כי כל הנחלים שבהם התנתכו טיעוני: המשפט החוקתי, ההלכה הפסוקה, פתרונות מכוח היקש, ומכוח עקרונות מורשת ישראל וכן

שאר הנימוקים המשלימים שנזכרו – נקווים כולם לאותו מקור מים חיים, והצדק שתול על פלגי מים אלה.

יחד עם זאת, לא עלה בידי לשכנע את חברתי וחבריי ולכן ראוי לצטט למשיבים 1 ו-2, לקרוביו ולאזהביו של המנוח, ולכל מוקירי זיכרו – קטע מדבריו של פרופ' אסא כשר:

“אדם חי בלבבות. במותו, מקבל חיים עלי לבבות, באין
 לו חיים עלי אדמות”
 (מתוך משפטי הסיום בפרק: חיים בלבבות, כשר – על
 משמעות החיים, עמ' 135).

ש ו פ ט

האם יהא פסק דיננו זה "שיר לילדה שעדיין לא נולדה" (רוני סומק) ושלא תיוולד לעולם, או "שיר לילדה שכבר נולדה" (רוני סומק)?

1. בעניין נחמני (דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996)) התעוררה לראשונה בעולם השאלה מה דינן של ביציות מופרות כאשר מול רצון האישה ניצב רצון הגבר שלא להיות אב בעל כורחו. בעניין פלונית (בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (5.2.2013)) (להלן: עניין פלונית) התעוררה לראשונה בעולם השאלה מה הדין כאשר מול רצונו של תורם זרע לחזור בו מהתרומה, ניצב אינטרס האישה לעשות שימוש בזרע, שבו כבר עשתה שימוש בעבר, כדי שילדיה יהיו כולם מאותו אב. בפרשה דכאן, נדונה לראשונה בעולם השאלה מה דינן של מנות זרע שנשאבו מאדם מת, כאשר מול רצון הוריו לעשות שימוש בזרעו ניצב רצון האלמנה שלא ייעשה שימוש בזרעו. ישראל היא מדינה קטנה, חצי סיכה על מפת העולם, וקשה שלא לתמוה על "הזכות" שנפלה בחלקנו להיות החלוצים הראשונים המתמודדים עם שאלות אלה, ובכך להקדים את שאר העולם בחצי צעד. דומה כי הדבר מעיד על המרכזיות של הכמיהה להולדת ילדים בחברה הישראלית, והדבר בא לידי ביטוי בכך שישראל היא מעצמה של פיריון ושל שימוש בטכנולוגיות פיריון (כך, לדוגמה, ישראל היא המדינה היחידה בעולם המממנת טיפולי פוריות עד שני ילדים – סעיף 6(ד) לתוספת השניה לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994. וראו בהרחבה צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפיריון בישראל" בתוך מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269 (ישי בלנק, דוד לוי-אור ורועי קריינר עורכים, 2016)).

2. חבריי, השופטת א' חיות והשופט ח' מלצר, פרסו יריעה רחבה ומרתקת בסוגיה הסבוכה שבפנינו, סוגיה המערבת שיקולים של מוסר ומשפט, מדע רפואה וטכנולוגיה מודרנית לצד היבטים דתיים ומורשת ישראל, היבטים פסיכולוגיים, סוציולוגיים ועוד. אם בעבר יכולים היינו לצטט מהמקורות כי "שלשה שותפין הן באדם הקב"ה ואביו ואמו" (קידושין ל ע"ב, וכן נדה לא ע"א), הרי שכיום מצטרף למשולש גם הרופא וטכנאי המעבדה (לדעה לפיה טכניקות ההולדה המלאכותיות משקפות שינויים חברתיים כמו התמקדות בפרט ולא במשפחה, וכן מחוייבות גוברת לעקרונות החירות והאוטונומיה תוך חידוד אלמנטים מפרידים וקונפליקטואליים והחדרת אלמנטים חוזיים ומסחריים, ראו רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223 (התשס"ו)).

האם ועד כמה מכיר המשפט ב"זכויות המת" וליתר דיוק בזכותו של "החי שמת" וזכויות ואינטרסים של אנשים אחרים הקשורים למת? (ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא(1) 57, 60 (2008) (להלן: בירנהק). המחבר גורס כי במקרים רבים הטענה בדבר קיומה של זכות המת היא מסווה לאינטרסים של אנשים חיים אחרים, ומכאן החשיבות בהקפדה אחר 'ייצוג אמת' של רצון הנפטר). ניתן לזהות חמישה בעלי אינטרסים בסוגיה שבפנינו: המנוח, בת הזוג, הורי המנוח, הילד העתיד להיוולד, והציבור בכללותו באמצעות המדינה ורשויותיה (יוסף גרין "הולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והילודים העתידיים" מאזני משפט ד 463, 468 (2005) (להלן: גרין הולדה לאחר מיתה)). כל אלה, על האינטרסים הזכויות והחובות שהם מייצגים, "מתגוששים" במקרה שבפנינו.

3. ניתן להצביע על קשת של מצבים אפשריים בסוגיה שבפנינו:

(-) המנוח לא הותיר אחריו בת זוג, וההורים מבקשים לעשות שימוש בזרעו.

(-) המנוח הותיר אחריו הורים ובת זוג המעוניינת להרות מזרעו, וההורים מסכימים לכך.

(-) המנוח הותיר אחריו הורים ובת זוג המעוניינת להרות מזרעו, אך הוריו מתנגדים כי יעשה שימוש בזרעו.

(-) המנוח הותיר אחריו הורים ובת זוג המעוניינת להרות מזרעו אך הוריו מתנגדים כי בת הזוג היא שתעשה שימוש בזרעו, ומבכרים על פניה אישה אחרת.

(-) המנוח הותיר אחריו הורים ובת זוג שאינה מעוניינת להרות מזרעו, אך אינה מתנגדת לרצון ההורים שאשה אחרת תהרה מזרעו.

(-) המנוח הותיר אחריו בת זוג שאינה מעוניינת להרות מזרעו, ומתנגדת לרצון ההורים כי אישה אחרת תהרה מזרעו.

מובן כי במסגרת רשימת מצבים זו, שחלקה כבר נדון בפסיקה (ראו הסקירה בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת חיות), יש ספקטרום של מצבי ביניים, הנוגעים

למשך הזמן בו נמשכה הזוגיות (למשל, בני זוג שכמעט לא הכירו קודם לנישואיהם כפי ששכיח בחוגים מסויימים, והבעל נהרג זמן קצר לאחר הנישואין); אופי היחסים בין המנוח להוריו ולבת זוגו; האם המנוח כבר העמיד צאצא/ים; האם המנוח היה בן יחיד להוריו אם לאו; גילם של ההורים ועוד. רשימת מצבים זו אינה ממצה, וניתן להוסיף שורה של מצבים בהם לכל אחד מההורים יש עמדה אחרת, או שבמקום ההורים ניצבים אחיו של המנוח, או ילדיו של המנוח המבקשים להם אח נוסף. דוגמה נוספת - מצב בו הוריו של המנוח מבקשים לגדל את הילד שיוולד בעצמם, כפי שאושר לאחרונה על ידי בית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש (פ"ת) 13-06-16699 שחר נ' פרקליטות מחוז תל-אביב אזרחי (27.9.2016) באותו מקרה, בת-זוגו וחברתו של המנוח מזה שלוש שנים וחצי קודם לפטירתו, תמכה בבקשת ההורים); וגם סיטואציות מרחיקות לכת, עליהן שמענו מפי ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, כמו גם המבקשת להתעבר מזרעו של בנה המת, או לשמש בעצמה כפונדקאית לביצית שתופרה בזרעו של בנה המת. ניתן לחשוב גם על מצבים של שאיבת זרע מחסוי בלתי שפוי או מאדם שנמצא במצב וגטטיבי ("צמח"). במציאות הדינמית וההתפתחויות הטכנולוגיות דהאידינא, אף אין צורך ב"מראה שחורה" כדי לנבא גם מצב בו יתבקש "שכפול" גנטי של הנפטר.

4. על מנת שנמצא דרכנו ביער השיקולים והשאלות הנוקבות, שחברי כה היטיבו לשרטט בחוות דעתם, עלינו לברר תחילה מהי השאלה האמיתית והמרכזית הניצבת בפנינו. ניתן להעמיד שתי שאלות נפרדות:

האחת – אל מי נוטה "מאזן הנוחות" בין הרצון של ההורים להקים זרע לבנם המנוח לבין הרצון של האלמנה שלא ייעשה שימוש בזרע? מי מבין שני הצדדים ייפגע יותר אם בקשתו תידחה?

השניה – מהו רצונו המשוער של המנוח. במסגרת שאלה זו, יש להבחין בין מספר שאלות: האם המנוח רצה להיות הורה בחייו (הרצון להורות); האם המנוח היה רוצה בילדים לאחר מותו, ילדים שהוא עצמו לא יוכל לגדלם (הרצון להמשכיות); ואם כן - האם המנוח היה רוצה בילדים לאחר מותו אך ורק מבת זוגו או גם מאשה אחרת (הרצון להמשכיות ללא תנאי). יש להבחין היטב בין שאלות אלה, באשר הרצון להורות אינו מעיד בהכרח על הרצון להמשכיות, והרצון להמשכיות אינו מעיד בהכרח על רצון להמשכיות ללא תנאי. איננו צריכים להרחיק עדותנו. המעוררת עצמה אישרה כי המנוח חפץ בילדים (הרצון להורות). התלבטותה הנמשכת אם לעשות בעצמה שימוש בזרע שנשאב, מעידים על כך שהמעוררת אינה בטוחה לגבי רצונו של המנוח בהמשכיות, אך המעוררת עומדת על עמדתה כי המנוח לא היה רוצה בילדים מאשה אחרת זולתה.

יכול הטוען לטעון כי יש להציב שאלה אחרת ונוספת הנוגעת לרצונו המשווער של המנוח - מה היה רצונו אילו היה עליו לבחור כיום בין עמדתם של הוריו-מולידיהו החפצים להקים לו זרע, לבין אי רצונה של אלמנתו שיעשה שימוש בזרעו. הד לרעיון זה, אנו מוצאים בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שסבר כי נוכח היחסים הטובים וההדוקים בין המנוח להוריו, חזקה עליו שהיה תומך ברצונם של הוריו החפצים להעמיד לו זרע, ורואים בכך כיבוד של רצונו-שלו. בדומה, כך גם בפסק הדין שניתן בתמ"ש (י-ם) 27169-11-13 פלונית נ' פלוני (20.1.2016). באותו מקרה, בת הזוג לא התנגדה לבקשת ההורים, הגם שציינה כי לדעתה רצונו של בעלה המנוח היה שלא להביא ילדים לעולם מאשה אחרת זולתה. בית המשפט נעתר לבקשת ההורים בציניו כי אם המנוח יכול היה לדעת את מצב הדברים שנוצר, קרי, אי הסכמת בת זוגו מול רצון הוריו, "היה הוא מכבד את רצון הוריו בהמשכיות משפתתו".

5. אילו הצבנו את השאלה הראשונה כמפתח לפתרון, דומה כי כף המאזניים והלב נוטים אל ה"יש הקיומי" והחיים החדשים הנובעים מעמדת ההורים, לבין ה"אין הקיומי" והסופיות המוחלטת של עמדת המערערת (לצורך להישמר מ"סימטריה" בנושאים אלה ראו דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996), וכן ראו התוצאה אליה הגיע ההרכב בעניין פלונית). בית המשפט המחוזי אף הרחיק לכת וקבע כי למערערת, כמי שאינה מעוניינת לעשות שימוש בזרע בעצמה, אין אפילו מעמד כבעלת דין, להבדיל ממעמדה כעדה לעניין רצונו המשווער של המנוח.

אלא שבין שברון הלב של ההורים אילו תימנע מהם הידיעה כי לבנם יש המשכיות על פני כדור הארץ, לבין הצער שיהא מנת חלקה של המערערת כתוצאה מהידיעה שנעשה שימוש בזרעו של המנוח, ידם של ההורים על העליונה. במהלך הדיון תהיתי על עמדתה של המערערת, שברבות השנים הקימה משפחה משל עצמה, בברכתם של הורי המנוח. גם אם המערערת אינה תמימת דעים עם עמדתם של ההורים, הרי שיש מרחק בין אי הסכמה לבין "מלחמה" טהרנית על עמדתה-שלה, שכבר נדחתה בשתי ערכאות. התקשיתי להבין לליבה של המערערת, שבמשך 12 שנים ועד עצם היום הזה מצהירה כי היא מתלבטת אם לעשות שימוש בזרע, ובמקביל מנהלת מלחמה עיקשת ונחרצת על עמדתה, כדי כך שהגיעה עד לפתחו של בית משפט זה, לאחר ששתי ערכאות אמרו את דברן.

6. כאמור, אילו היינו דנים בסוגיה שבפנינו באספקלריה של "מאזן הנוחות" או נכון יותר, "מאזן הנזק והסבל", הכף הייתה נוטה בבירור לכיוון ההורים. אלא שלא זו השאלה האמיתית בנושא העקרוני שבפנינו, אלא השאלה השנייה - מה הוא רצונו המשוער של המנוח, וכפועל יוצא, למי יש "זכות עמידה" בנושא זה. ודוק: אילו היה המנוח מורה במפורש בחייו את שייעשה בזרעו אחרי מותו, לא היינו צריכים להידרש לרצונו המשוער, ומן הסתם היינו מכבדים את רצונו, בכפוף לתקנת הציבור ותסקיר פקיד סעד לגבי ההורים המיועדים.

השופטת חיות עמדה בפסק דינה על כך, שיש שיטות משפט שאינן מתירות כלל נטילה ושימוש בתאי רבייה לאחר המוות. שיטות משפט אחרות מאפשרות זאת ובלבד שיש הבעת רצון מפורשת וכתובה של המנוח בחייו, כי ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו (ברוח זו הציע ארגון "משפחה חדשה" ליצור נוהל המאפשר לחיילים לתרום זרע ולהקפיאו בעת גיוסם, תוך חתימה של התורם על מסמך המבהיר במדויק מה יעשה בזרע במקרה של מותו – ראו איילת ברק-מדינה הקפאת זרע של חיילים במועד גיוסם לצה"ל (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2002)).

הנחיות היועץ המשפטי, ועדת מור יוסף, חוזר מנכ"ל משרד הבריאות ותזכיר הצעת חוק בנק הזרע, התשע"ז-2016 (להלן: תזכיר הצעת החוק) – כל אלה נוקטים גישה מרחיבה מזו הנוהגת ברוב מדינות העולם המערבי. לגישה זו, חלף הדרישה להסכמה מפורשת של המנוח, ניתן להסתפק בהסכמה משוערת, וכאשר יש בת זוג למנוח ניתן להתיר שימוש בזרע בהתבסס על חזקת הרצון המשוער של המנוח. בכך מוצע על ידי המדינה להרחיב את האפשרות לשימוש בזרע שניטל מן המת, לעומת הנהוג בארצות אחרות, האוסרות אפשרות זו לחלוטין או מתירות זאת רק במקרה של רצון מפורש ובכתב של המנוח. ככל שתזכיר הצעת החוק יגיע לכדי חקיקה, אלו יהיו גבולות השימוש בזרע. אציין כי גישת ועדת מור-יוסף מצמצמת במובן זה שרצונו המשוער של המנוח צריך להיות מובהק, ומכאן ניתן להניח כי הועדה לא קיבלה את "חזקת הרצון" של המנוח בהמשכיות, כפי שנתקבל בהנחיות היועץ המשפטי (לגישה לפיה נדרש רף ראייתי גבוה על מנת לייחס למנוח רצון בילד לאחר מותו ראו גרין הולדה לאחר מיתו, עמ' 477. כן ראו כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" אתיקה רפואה ומשפט 27, 96 (2002)). לדעת המחברת אין לקבל את החזקה לרצון המנוח להמשכיות ויש לדרוש ראייה לרצון המת, בין בכתב ובין בעל פה).

גישה זו, הייחודית לישראל, מרחיבה למדי. מאלף להשוות את הדרישות הקפדניות שהציבה הפסיקה להוכחת "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי, על אף החזקה שמטופל מעוניין בטיפול רפואי להקלת סבלו ומכאוביו, ואת הדרישה להסבר מפורט וקבלת הסכמה מדעת כפי שקבוע בתקנה 14 לתקנות הפריה חוץ-גופית – לעומת ההקלה בהוכחת "הסכמה מדעת" של המנוח כי ייעשה שימוש בזרעו. ניתן לחלוק על נקודת המוצא, כי ככלל, רצונו של אדם הוא בהמשכיות ובהקמת זרע מבת זוגו אף לאחר מותו, והשופטת חיות הצביעה על הדעה לפיה אין בסיס אמפירי לטענה כי קיימת חזקה על אדם שהוא רוצה בהמשכיות (פסקה 25 לפסק דינה). גישת הרצון המשוער מעוררת גם קשיים ראיתיים של ממש לגבי האפשרות להתחקות אחר רצונו המשוער של המנוח, בהינתן המורכבות והרגישות הכרוכים באינטרסים ובמאווים של קרוביו החיים.

עמדתם של ההורים מרחיבה עוד יותר את הגישה הננקטת בהנחיות היועץ המשפטי ובתזכיר הצעת החוק. הרחבה נוספת זו, המעניקה מעמד גם להורי הנפטר (שמא גם לאחיו ולילדיו), מהווה הרחבת יתר המעוררת דילמות קשות עוד יותר (לביקורת על המדיניות "המתירנית" הנוהגת בישראל בנושא זה ראו Sorin Hostiuc & Cristian George Curca, *Informed Consent in Posthumous Sperm Procurement*, 282 (Arch Gynecol Obstet 433 (2010)).

ככלל, איני סבור כי יש מקום להרחבה נוספת, כמו זו המוצעת על ידי חברי השופט מלצר. אדרבה, חושש אני ממצבים של לחצים רגשיים וחיצוניים על בת הזוג ועל ההורים, על "סחר" ועל "תן וקח" בזרעו של המנוח, אם כנגד תמורה כספית ואם, חלילה, כנגד הסכמה לחליצה. בחברה הישראלית בה ניתן מעמד מיוחד להורים שכולים, גם יש חשש ללחצים חברתיים על ההורים לעשות שימוש באפשרות להעמיד צאצא לבנם שנפטר, כך שהחריג והנדיר יהפוך לנורמה ולדרך מקובלת של הנצחה.

בנוסף, בניגוד לדעתו של השופט מלצר, ובניגוד לדעתן של ערכאות קמא, אני מסכים לגישתה של השופטת חיות, כי נקודת הזמן הקובעת לענייננו היא מועד פטירתו של המנוח, ולא התפתחויות מאוחרות לכך. בניגוד לעניין פלוניתי, הנזכר על ידי השופט מלצר (פסקה 21 לפסק דינו), הרי שהשאלה שבפנינו היא רצונו המשוער של המנוח, ולעניין זה אין נפקות לשינויים ולהתפתחויות חיזוניות שאירעו לאחר מותו. לכן, העובדה שבחלוף 12 שנה מפטירת המנוח המערערת כבר הקימה משפחה והיא אם לשני ילדים, אינה מאיינת את מעמדה כבת זוגו בעת פטירתו. שאם לא נאמר כן, כמעט

בכל מקרה של פטירה, בחלוף שנים, שבמהלכן שיקמה בת הזוג את חייה והקימה משפחה חדשה, יחזרו ההורים לתמונה בטענה כי יש להתעלם מבת הזוג.

7. נוהג שבעולם שההורים מגדלים, מטפחים ומחנכים את ילדם, והילד סמוך על שולחן הוריו. אך בשלב מסויים הגוזלים עוזבים את הקן, יוצאים לחיים עצמאיים ומקימים קן משל עצמם ו"על פן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד" (בראשית ב, כ"ד). פירושו של רש"י לפסוק מבטא הכרה בשאיפתם של בני הזוג להעמדת צאצאים כנגזרת מהקמת התא המשפחתי: "לבשר אחד – הולד נוצר על ידי שניהם, ושם נעשה בשרם אחד". לאחר הנישואין, במצב בו הבעל מוצא עצמו בין ההורים לבין בת הזוג, אומר הרמב"ן בפירושו לפסוק "ויראה שאשתו קרובה לו מהם". ודוק: אין משמעות הדבר כי עם נישואיו פטור אדם ממצוות כיבוד אב ואם, ועל כך עמדו חז"ל במדרש לפסוק "נינתם יצתק אתרי אמו" (בראשית כד ס"ז) באומרם: "מכאן אתה למד עד שלא לקח אדם אשה אהבתו הולכת אחר הוריו. לקח אדם אשה אהבתו הולכת אחר אשתו, שנאמר 'על כן יעזוב איש את אביו ואת אמו וכו'". וכי יעזוב איש את מצות כבוד [את אביך ואת אמך – י"ע]? אלא שאהבת נפשו דובקת אחרי אשתו, שנאמר 'ודבק באשתו'".

בני הזוג הם השותפים הטבעיים להחלטות האינטימיות בנושאי הולדה ופריון. הם אלה שמחליטים במסגרת האוטונומיה ההורית הנתונה להם על תכנון המשפחה – אם ומתי להביא ילדים לעולם ומה מספר הילדים שיביאו לעולם. כך בחייו של אדם ולכן, על דרך העיקרון, אני סבור כי בת הזוג היא מי שמייצגת נאמנה את רצונו המשווער של המנוח מה ייעשה לאחר מותו. מקובלת עלי אפוא העמדה העקרונית כי מקום בו למנוח הייתה בת זוג קבועה בחייו, היא זו הרשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייה-שלה, ואם אינה מעוניינת בעצמה לעשות שימוש בזרע, יש לראות בכך הבעת רצונו של המנוח שלא יעשו שימוש בזרעו. לכן, וכעמדה עקרונית, "בהתנגשות" בין הורי הנפטר לבת זוגו, אין להורים מעמד לגבי השימוש בזרע, ואין מקום לבירור עובדתי לגבי רצונו של המנוח, מקום בו בת הזוג מתנגדת לשימוש בזרע.

לצערנו, במדינתנו ידועת השכול, נדרשנו בעבר להכריע במחלוקות שנתגלעו בין הוריו של חייל שנפל לבין כלתם. בעקבות מלחמת יום כיפור, התעוררה לא אחת השאלה, היכן לקבור חלל צה"ל במקרים של חילוקי דעות בין ההורים לאלמנה, והחלטת משרד הביטחון הייתה לבכר את רצונה של האלמנה. בפסיקתנו, נדון סכסוך בין אלמנה לבין הורי בעלה המנוח לגבי צורת המצבה והכיתוב עליה, ולמעט הוספת

שם ההורים על המצבה, לכך ניתנה בשלב מסויים הסכמת האלמנה, בית המשפט פסק לזכותה בכל המחלוקות האחרות כמי ש"הבינה לרוחו וכיוונה לרצונו של המנוח" (ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 808 (1993)). גם בסעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה), ניתן מעמד בכורה לבת זוגו של המת, ורצונה גובר על רצונם של ההורים ובני משפחה אחרים.

8. ובכלל, יש להישמר מלהקיש בין זכות החי לזכות המת, בין זכויות הורים לזכויות הורים פוטנציאליים, בין זכויות סבים לבין זכויות סבים פוטנציאליים (לדעה לפיה יש להכיר בזכות החוקתית של סבים וסבות כנגד המדינה, כחלק מזכות הבת להורות ראו אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז, 13, 43 (תשע"ד) (להלן: ברק חוקת המשפחה)). הכמיהה של הורים לחבוק נכדים היא כמעט בגדר "משפט הטבע", ולא בכדי אנו שרים בדבקות "וראה בנים לבניך" (תהלים קכח ו). אלא שחלק מהזכויות נחלשות ומאבדות מכוון עם מותו של אדם, ומכל מקום, גם בהנחה שהזכות להורות משתרעת לאחר מיתה, הרי שאין כוחה וגבורתה כזכות להורות בחיים. רטוריקה חזקה מדי אודות זכות המת וכבוד המת, עלולה לדחוק רגליהם של החיים, ומכך יש להישמר (וראו ביקורתו של בירנהק על השימוש ב"כבוד המת").

חברי השופט מלצר נסמך על היקש מחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה), אך בחוק הירושה אנו מוצאים גם מגבלות והסתייגות משלטון "היד המתה" (*mortua manus*). סעיף 42(ד) לחוק הירושה מגביל את האפשרות לצוות בצוואה יורש אחר יורש לשני יורשים בלבד, אלא אם כן היורשים הנוספים הם בחיים בעת עשיית הצוואה, על מנת למנוע אפשרות של "שרשרת יורשים" וכדי להגביל את כוחו של המת לשלוט בנכסיו לאחר מותו (רע"א 3130/05 יורשי המנוחה א.ר. ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי כמנהל עזבון המנוחה מ.ר. ז"ל, פס' 9 והאסמכתאות שם (14.9.2006)). בעניין פלונית עמדתי על כך שזרע אינו "נכס" רגיל, ומכאן שאין להחיל עליו את דיני החוזים, וכפי שציין השופט מלצר, אף אין להחיל עליו את דיני הירושה, ומכאן שאין בצו הירושה כדי להביא ל"חלוקת" מנות הזרע בין ההורים למערערת. עם זאת, ועל דרך ההיקש, הרוח המנשבת מבין סעיפי חוק הירושה, אינה רואה בחיוב את "שלטון הרפאים" של המוריש.

9. חברי, השופט מלצר, מצא לפנות למורשת ישראל, הגם שלטעמי ניתן להקיש תחילה מההלכה הפסוקה ומתקנות הפריה חוץ-גופית. מכל מקום, איני סבור כי הפנייה למורשת ישראל תומכת דווקא במסקנה אליה הגיע חברי.

אכן, "מצווה לקיים את דברי המת" (גיטין יד, ב) ואף "כופין את היורשים לקיים דברי המת" (ירושלמי, גיטין א, הלכה ה; בן ציון גרינברגר "מצווה לקיים דברי המת – הכלל והשלכותיו" פרשת השבוע ויחי משרד המשפטים-המחלקה למשפט עברי (תשס"ד)). מכאן נובעת חובת הייבום, שמקורה ברצון להקים זרע "יד ושם" לנפטר, שלא יימחה שמו בישראל. מצוות פרו ורבו היא המצווה הראשונה שנזכרת בתורה, ובשולחן ערוך אף מצינו כי מי שאינו מקיים מצווה זו רואים אותו כשופך דמים (שולחן ערוך אבן העזר סימן א סעיף א).

מנגד, יש גם דעות אחרות בנושא זה. כידוע, "כיון שמת אדם נעשה חפשי מן המצוות (נדה סא ע"ב; ובדומה "שכיון שמת בטל (פטור) מן התורה ומן המצוות" שבת ל ע"א וכן שבת קנא ע"ב) והפטור מן המצוות כולל גם מצוות פרו ורבו. דומה כי בדין העברי ובדין ההלכתי המהווים חלק ממורשת ישראל, יש הרואים בקצירת זרע ובשימוש בו משום הפקת הנאה אסורה מן המת, עבירה על החובה להביא לקבר ישראל במהירות האפשרית, ועבירה על איסור ניוול המת בשל הפגיעה באיבריו האינטימיים (יוסף גרין "ואתם פרו ורבו" (בראשית א', כח) גם לאחר מיתה? הרהורים על הולדה לאחר מיתה במשפט העברי" מאזני משפט ג 119, 143-148 (תשס"ג) (להלן: גרין פרו ורבו); יעקב אריאל, משה ורמוט, פנינה אברמוביץ'-שניידר ואבינועם שופר "הפריה לאחר המוות: היבטים משפטיים והלכתיים" הרפואה 139 (2002); אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר - היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27, 100 (2002) (להלן: וינרוט)). מכל מקום, אין התלהבות יתרה מנטילת זרע מן המת, גם לשיטת דיינים ומורי הלכה המתירים זאת (וראו בפסקה 23 רישא לפסק דינה של השופטת חיות. על ההיבטים ההלכתיים בתחום הייבום והחליצה ראו יוסף גרין "הולדה לאחר מיתה באמצעות הפריה חוץ-גופית והשלכותיה על דיני ייבום וחליצה" מאזני משפט ב 207 (התשס"א)).

סיכומו של דבר, כי במישור העקרוני, במחלוקת שנפלה בין חברי, אני שותף לתפיסתה ולגישתה של השופטת חיות.

10. מאלף להצביע על היעדר השוויון בין היחס לביצית לאחר פטירה לבין זרע לאחר פטירה. בעוד שלגבי שימוש בזרע מן המת, אנו נכונים להסתפק ברצון המשוער

של המת, לא כך לגבי שימוש בביצית שנלקחה מאשה לאחר פטירתה, לגביה נקבע בתקנה 10(ד) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 (להלן: תקנות הפריה חוץ-גופית) כי "ביצית, לרבות ביצית מופרית שניטלה מאשה פנויה שנפטרה, לא תישתל באשה אחרת אלא אם כן, טרם פטירתה, נתנה התורמת הסכמה לתרומת הביצית". כאשר קיימת ביצית מופרית שנוצרה מביצית וזרע של זוג נשוי, הרי שאם נפטרה האישה טרם השתלת הביצית, הבעל לא זכאי לעשות שימוש בביצית המופרית (ראו תקנות 8(2) ו-10(ג) לתקנות הפריה חוץ-גופית). יכול הטוען לטעון כי השוואת מעמד הזרע למעמד הביצית, מחייבת גישה מצמצמת בכל הנוגע לנטילה ולשימוש בזרע שנלקח מן המת, ובהתאם, יש לאסור שימוש בזרע (וינרוט, עמ' 108).

מנגד, ניתן להסביר את ההבחנה בין השניים, לא רק בהבדלים הטכניים (ניתן לשאוב זרע מהגופה משך 24-36 שעות לאחר הפטירה, בעוד שאיבת ביציות ניתנת להיעשות תוך זמן קצר ביותר לאחר הפטירה). כאשר בביצית של נפטרת עסקינן, זהותה של האם עלולה להיטשטש בין האם הפונדקאית לאם ממנה ניטלה הביצית, בעיניו של הילד שיוולד ויום אחד יבקש להתחקות אחר מוצאו. לא כך לגבי הזרע, שייחוסו של הילד ידוע, וכידוע, זכותו של ילד לדעת מיהו אביו ומה מוצאו על מנת שלא יישאר "שתוקי" (ע"א 326/73 פלונית נ' אלמוני, פ"ד כח(2) 612, 615 (1974); גרין הולדה לאחר מיתה, עמ' 521-523); גרין פרו ורבו, עמ' 148-151; יוסי גרין "האם קיים פיתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפריזון" מאזני משפט ו 424-422 (תש"ע)).

הזכות להמשכיות – פגיעה בזכות נגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם או הזכות החוקתית לחירות?

11. יש הגורסים כי נטילת זרע לאחר המוות, מהווה פגיעה באוטונומיה האישית, בזכותו של אדם לשלוט בגורלו ולכתוב את סיפור חייו-שלו, ופגיעה בכבוד המת ובזכותו לשלמות גופו ולפרטיותו, כאשר קצירת הזרע עלולה להיות כרוכה בפגיעה באיברי הרבייה האינטימיים והמוצנעים בגופו של אדם (הוצאת תאי הזרע נעשית על ידי פעולה פולשנית עדינה של החדרת מחט עדינה לאשך, אך ככל שמתרחקים משעת הפטירה, קצירת הזרע נעשית על ידי כריתת האשך וטפולותיו – גרין הולדה לאחר מיתה, עמ' 504; איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א(1) 11 (2004) (להלן: אפטר וענבל)). מטעם זה, יש הגורסים כי הפעולה של קצירת הזרע

מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק האנטומיה והפתולוגיה (וינרוט לעיל; יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" מאזני משפט ד 463, 479 (2005)).

12. מנגד, חברי, השופט מלצר, העלה על נס את הזכות להמשכיות ואף ראה בכך זכות חוקתית.

כבוד האדם נתפרש במשפטנו כזכות מסגרת, כזכות אם שממנה נגזרות זכויות בנות. את הזכות להמשכיות ניתן לעגן בשתי זכויות-בת חוקתיות: הזכות לאוטונומיה אישית והזכות לחיי משפחה. כידוע, כל זכויות הבת החוקתיות באו להגן על ההיבט ה"דיגניטרי" של כבוד האדם, אם בגרעינו או בשוליו, אם בהיבט החיובי ואם בהיבט השלילי. כך, הפן החיובי של הזכות להורות הוא הזכות להחליט עם מי, מתי וכמה צאצאים להעמיד, והפן השלילי הוא הזכות שלא להעמיד צאצאים כלל (גרין הולדה לאחר מיתה, עמ' 491; יוסי גרין "התערבות המדינה באוטונומיה של התא המשפחתי: בין הזכות להורות לבין ערכיה של מדינת-ישראל" מאזני משפט ט 83, 112-119 (התשע"ד-2014) (להלן: גרין התערבות המדינה). המחבר עומד על כך שהזכות להורות נגזרת מהזכות לכבוד האדם ומהזכות לפרטיות. עוד על הזכות להורות כחלק מזכות הבת החוקתית לחיי משפחה, ראו ברק חוקת המשפחה עמ' 41-43).

את הזכות להמשכיות ניתן לראות כזכות בת לזכות להורות, שבתורה נגזרת מהזכות לחיי משפחה, כך שיש לראות את הזכות להמשכיות כזכות "נכדה" או "נינה" של כבוד האדם. על חשיבותה ועוצמתה של הזכות להורות במדרג הזכויות החוקתיות אין עוררין, אך דומה כי הזכות להמשכיות לאחר מותו של אדם, היא זכות שאינה נמצאת בגרעינו של שתי זכויות הבת החוקתיות הנ"ל, זכויות שבמצב הדברים הרגיל נתונות לאדם בחייו.

13. השופט מלצר העלה בפסק דינו את הרעיון המעניין כי את הזכות להמשכיות ניתן לגזור מהזכות לחירות הקבועה בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שנעשה בארצות הברית (פסקאות 7-8 לפסק דינו). בכך, הולך חברי בעקבות מלומדי משפט, שבהשראת הדין האמריקאי קראו להרחבת הפרשנות של הזכות לחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שתכלול גם את חופש הביטוי (Guy E. Carmi, *Dignity versus liberty: the Two Western Cultures of Free Speech*, 26 B.U Int'l L.J 277 (2008); Guy E. Carmi "Dignitizing" Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection,

(2012) 57 McGill LJ 793). השאלה אם ניתן לפרש את הזכות לחירות באופן מרחיב, היא שאלה סבוכה, נוכח לשונו של סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". הקשר הדברים והדבקים מצביע, לכאורה, על כך שהמחוקק התכוון לחירות במובן הצר של המילה, כאנטי-תזה למאסר, מעצר והסגרה. מנגד, המילים "בכל דרך אחרת" מאפשרות מתן פרשנות מרחיבה יותר. החירות וכבוד האדם הם שני מושגים מעורפלים. בישראל, זכות המסגרת של כבוד האדם קיבלה פירוש רחב ככוללת שורה של זכויות בלתי מנויות (כמו הזכות לשוויון ולחופש ביטוי), וניתן לומר כי בהיבטים מסויימים היא המקבילה לזכות לחירות בארצות הברית, שאף היא קיבלה פרשנות רחבה.

בהקשר בו עסקינן, יש הסבורים כי הזכות להורות היא מסוג חירות והיא שלילית בעיקרה, במובן זה שהיא מחייבת את המדינה שלא להגביל ולא להפריע במימוש הזכות, אך אינה מחייבת את המדינה לסייע במימוש הזכות (כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" מעמד האשה בחברה ובמשפט 503, 515 (פרנסים רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995)).

משהזכרנו את הפרשנות המרחיבה שניתנה לזכות לחירות בארצות הברית, אציין כי גם לזכות לפרטיות ניתנה פרשנות מרחיבה, ונראה כי שאלות הנוגעות להולדה ולהפרייה, תידונה בארצות הברית במסגרת הזכות לפרטיות (וראו פסקי הדין בארצות הברית שעסקו בשאלה אם רשאית המדינה להגביל את השימוש באמצעי מניעה, לדוגמה, פסק הדין המפורסם (Griswold V. Connecticut 381 U.S. 479 (1965))).

טובת הילד: "יתמות מתוכננת" – "נר זכרון" – "מצבה חיה"

14. הטעון בדבר יתמות מתוכננת והחשש שהילד שיוולד יהיה בבחינת גלעד מהלך להנצחת המנוח, אמצעי ולא מטרה בפני עצמה, היא שאלה הנוגעת לטובת הילד, נושא עליו נשתברו קולמוסין ונשחקו מקלדות. אכן, שאלת טובת הילד היא מהותית בסוגיה שבפנינו, ובהתאם להנחיות היועץ המשפטי, יש צורך בכל מקרה בתסקיר פקיד סעד קודם שיעשה שימוש בזרע לבקשת בת זוג. לכן, איני רואה להידרש לשאלות הערכיות כבדות המשקל הנוגעות לטובת הילד שיוולד מזרעו של המת, סוגיה בה הדעות חלוקות וניתן להצביע לגביה על שיקולים שונים המושכים לכיוונים מנוגדים (על שיקולי טובת הילד ומסוגלות הורית כשיקולים בהולדה, ראו גרין הולדה לאחד

מיתה 469-470; גרין התערבות המדינה, עמ' 124-126; אפטר וענבל, עמ' 18-19). מטבע הדברים, הילד יולד לסיטואציה מורכבת ויש הגורסים כי הוא נולד לתוך משבר זהות מיום יצירתו (וינרוט מצביע על סיטואציה בה הזרע ניטל מהמנוח, הביצית מתורמת אלמונית ונשתלת באם פונדקאית, והילד גדל אצל הסבא והסבתא הביולוגיים). מנגד, העובדה שהילד יולד לסיטואציה מורכבת, יכולה "להתאזן" במשפחה מורחבת חמה ותומכת, שתעניק לילד זהות והשתייכות משפחתית, ומן המפורסמות הוא כי התא המשפחתי המסורתי שינה בימינו את פניו.

סיכום וסוף דבר

15. במישור העקרוני, אני מצטרף אפוא לעמדתה של השופטת חיות, לפיה יש לאמץ את הגישה בהנחיות היועץ המשפטי. לכן, ככלל, במקרה שבת הזוג מתנגדת לעשיית שימוש בזרע, אין מעמד להורי הנפטר להוכיח כי רצונו המשוער של הנפטר היה כי ייעשה שימוש בזרעו להפריית אישה אחרת, שאינה בת הזוג (ונותר בצריך עיון את המצב בו אין בת זוג, או שבת הזוג אינה מבקשת לעשות בעצמה שימוש בזרעו של המנוח).

16. לפני סיום, לא אכחד כי קשתה עלי התוצאה הקונקרטית בתיק זה. נטיית הלב היא להיעתר לרצונם הכן של ההורים להקים זרע לבנם-אהובם, ויהיו שיאמרו כי במאבק בין המערערת לבין ההורים תחושת הצדק הראשונית נוטה לכיוון האחרונים. אלא שכשופטים מוזהרים אנו שתחושת הצדק לא תביא אותנו להרחיק הגבול וליתן זכות למי שאינו זכאי, וגם אם צודקים ההורים בריבם, הרי שלא כך בדינם.

ש ו פ ט

1. לאחר שקראתי בעיון את חוות דעתם המקיפות והיסודיות של חבריי, השופטים א' חיות ו-ח' מלצר, שוכנעתי כי יש לאמץ את התוצאה אליה הגיעה השופטת חיות. עם זאת, אציע נקודת מבט נוספת להתבוננות על הסוגיה דנא. סבורני כי ראוי להטעים את הבעייתיות שבניסיון ההתחקות אחר רצונו המשוער של נפטר על מנת להכריע אודות השימוש בזרעו לאחר מותו. כפי שאפרט, בעייתיות זו מובילה אף היא, עם כל הצער שבדבר, למסקנה כי במקרה דנן אין לאפשר את השימוש בזרעו של המנוח.

2. בפתח הדברים, יוטעם כי נקודת המוצא לדיון בסוגיה העומדת לפתחנו הינה, כי אין בנמצא הסכמה מפורשת מדעת שנתן הנפטר עוד בחייו – באמצעות צוואה או הוראות מקדימות בכתב – לשימוש בזרעו לאחר מותו. אילו הסכמה כזו הייתה בנמצא אזי, על פניו, לא הייתה התלבטות באשר לאופן שיש לפעול לאחר מותו. אכן ייתכן – ומבלי לקבוע מסמרות בדבר – כי אילו הייתה קיימת במקרה דנא הסכמה מפורשת של המנוח, ראוי היה לאפשר להוריו להעמיד ממנו צאצאים על אף התנגדות מי שהייתה בת זוגו הקבועה. למותר לציין כי לא זהו המצב, כאשר המנוח לא הותיר אחריו הסכמה מפורשת בכתב.

3. עוד ראוי לתת את הדעת כבר בשלב זה לשוני שיש למצוא בנימוקיהם של השופטים חיות ו-מלצר בהתייחס לשאלה מהי הזכות שבעזרתה יש לבחון את סוגיית השימוש בזרעו של הנפטר. השופטת חיות גורסת כי ערך כבוד המת – הנגזר מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הוא שעומד על הפרק. ערך זה מורה כי לאחר מותו של אדם יש לקיים את רצונותיו [ראו: פסקה 24 לחוות דעתה של חברתי]. במובן זה, סוגיית השימוש בזרע הנפטר מהווה רק אחת מהסוגיות שעלולות להתעורר בכל הקשור למימוש רצונו של אדם אשר הלך לעולמו, לרבות רצונות אשר אינם קשורים ישירות להעמדת צאצאים. לעומתה, מצדד השופט מלצר בהצבעה על זכות ייחודית באמצעותה יש לנתח את סוגיית השימוש בזרע הנפטר, ה"זכות להמשכיות" – לפיה עומדת לאדם הזכות להביא צאצאים לעולם – המצטרפת לזכותו הכללית של המת לכבוד המורה כי יש לכבד את רצונו לאחר מותו [ראו: פסקאות 5-8 לחוות דעתו של חברי].

בפער זה שנתגלע בין חבריי, רואה אני לאמץ את נקודת מבטה של השופטת חיות. דומני כי אין זה המקרה בו יש לקבוע הלכה בדבר קיומה של זכות עצמאית להמשכיות, הנגזרת מהזכות להורות ולמשפחה. בפרט, תמהני האם המקרה דנן מחייב את הניתוק שבין היבט הפריון וההולדה של הזכות להורות לבין ההיבט של הגשמת

ההורות באמצעות טיפול בילד ויצירת יחסים משמעותיים עימו. בית משפט זה כבר רמז בעבר לאופן שבו שני היבטים אלו דרים בכפיפתה האחת של הזכות להורות ולמשפחה:

"קיומו של אינסטינקט שבאדם, אותו אינסטינקט של הישרדות ושל המשכיות, אינסטינקט שראשיתו בצורך הדוחק להורות, המשכו בשמירת הורים על ילדיהם בעודם חסרי הגנה (והוא האינסטינקט שבחיה), המשך-המשכו בדאגת הורים לילדיהם משבגרו, וסופו ברצונם של הורים להיטיב עם ילדיהם לאחר-מות" [ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 723 (1994). וראו גם: רות זפרן "הזכות להורות בישראל – מימוש שוויוני בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים?" משפטים על אתר ח 1, 14 (2015) (להלן: זפרן)].

כאמור, לא שוכנעתי כי המקרה דנא הוא המקרה בו ראוי לקבוע מסמרות בדבר ההפרדה בין שני היבטים אלו של הזכות להורות, תוך העמדת היבט ההמשכיות כזכות עצמאית. יתרה מכך, דומני כי ניתוח סוגיית השימוש בזרעו של נפטר באמצעות "זכות להמשכיות" עלולה להוביל לתוצאות בעייתיות, אשר לכל הפחות יש ליתן עליהן את הדעת. אעמוד בהמשך על תוצאה בעייתית אחת שכזו.

4. הנה כי כן, סבורני כי יש לנתח את הסוגיה דנן כמעלה את השאלה האם במקרה בו לא קיים רצון מפורש של נפטר, ערך כבוד המת מחייב את ההתחקות אחר רצונו המשווער על מנת לבחון האם היה רוצה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. או אם נרצה, וכפי שאפרט, הסוגיה דנן מעלה את שאלת גבולותיה של חובת ההתחקות אחר רצונו המשווער של הנפטר.

אימוץ "מודל הרצון המשווער" בשיטת המשפט בישראל

5. כפי שהיטיבה לתאר השופטת חיות, בשונה ממדינות רבות בעולם, צועדת שיטת המשפט בישראל בדרך "לא סלולה" באמצעה את "מודל הרצון המשווער". לפי מודל זה, על אף שלא נתן הנפטר הסכמה מפורשת לשימוש בזרעו לאחר מותו, ניתן להתחקות אחר רצונו המשווער. באופן זה, במקרה בו ניתן לייחס לנפטר רצון משוער להביא צאצאים לעולם מזרעו לאחר מותו, יש לאפשר זאת. ההצדקה לכך, נעוצה בהכרעה כי ערך כבוד המת – המורה כאמור כי לאחר מותו של אדם יש לקיים את רצונותיו – כולל בחובו את רצונותיו המשווערים. זאת, כביטוי להגשמת אוטונומיית רצונו הפרטי [ראו: פסקה 24 לחוות דעתה של חברתי וההפניות שם]. עוד תיאר

השופטת חיות את האופן שבו אימוץ מודל הרצון המשוער בשיטת המשפט הישראלית מוצא את ביטוייו הן בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 מיום 27.10.2003 בדבר נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו (להלן: הנחיית היועץ. יוער כי לשם הנוחות, אתייחס בהמשך דבריי לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה כעמדתה הכללית של "המדינה") והן בפסיקה [ראו: פסקה 24 לחוות דעתה של חברתי]. איני רואה לחזור על הדברים.

6. על אף האמור, אין לכחד כי קיימים מספר קשיים באימוץ "מודל הרצון המשוער", קשיים אשר הובילו כאמור, לעת עתה, לדחייתו של מודל זה בהרבה ממדינות העולם. אעמוד בקצרה על שניים מקשיים אלו.

ראשית, יש הטוענים כי לא ניתן – ואף לא ראוי – לייחס לאדם אשר הלך לעולמו "רצון" כלשהו, ודאי וודאי שלא "רצון משוער". עם מותו של אדם, כך נטען, מתים אף רצונותיו. לפי טענה זו, אף אם קיימת חובה ערכית ומוסרית לקיים את רצונו המפורש של נפטר – נוכח החובה לכבד את אוטונומיית רצונו שביטא עוד בחייו – אזי לא קיימת חובה זהה ככל שמדובר ברצון משוער של הנפטר [ראו לדוגמא: JAMES STACY TAYLOR, *Personal autonomy, posthumous harm, and presumed consent policies for organ procurement*, Public Affairs Quarterly 20(4) 381 (2006)].

7. שנית, אף אם מסכימים כי ניתן ואף ראוי לייחס לנפטר רצון משוער, עולה השאלה מהו בדיוק תוכנו של אותו רצון שאחריו אנו תרים? על פניו התשובה לשאלה זו קלה – עלינו לנסות ולשער אם היה הנפטר רוצה כי לאחר מותו יועמדו צאצאים מזרעו. אלא שאם אכן מבקשים אנו לחשוף את רצונו המשוער של הנפטר באופן המדויק והנכון ביותר, האם לא מוטל עלינו לחקור מה הייתה עמדתו ביחס לשימוש הספציפי שייעשה בזרעו? הנה כי כן, על פניו יהיה עלינו לבחון את רצונו המשוער להעמדת צאצאים מאישה מסוימת – דוגמת בת זוגו הקבועה או לחילופין אישה אחרת. זאת ועוד, האם יש לשער מה היה רצונו של הנפטר לו היה יודע כי לאחר מותו תסרב בת זוגו הקבועה להעמיד צאצאים מזרעו וכי אף על פי כן מעוניינים הוריו לעשות זאת? שמא אף בכך לא די ויש לבחון האם היה נותן את הסכמתו לאופן שהוריו מבקשים להעמיד מזרעו צאצאים – באמצעות אישה מסוימת (שהכיר או אפילו לא הכיר בחייו) או לחילופין אישה "אנונימית" באמצעות תרומת זרע, כבמקרה דנא? והרי, לא מן הנמנע כי אף בחייו הייתה עמדתו של הנפטר שונה ביחס לכל אחד מן המצבים הללו ועל כן לשאלה כלפי איזה ממצבים אלו יש לבחון את רצונו המשוער ישנה חשיבות מכרעת.

זאת ועוד, קשה להשתחרר מן התחושה כי ככל שנבקש לבחון את רצונו המשוער של נפטר ביחס לנסיבות הספציפיות של השימוש בזרעו, אזי נאלץ להפליג אל עבר מחוזות אי-הוודאות. כך, קיים חשש כי ההכרעות בדבר רצונו המשוער של הנפטר תתקבלנה על בסיס נטיות הלב ולא על בסיס קרקע ראייתית יציבה ואיתנה. לא זו אף זו, קיים אף חשש כי ההכרעה שתתקבל תהיה מנוגדת לרצונו האמיתי כך שלמעשה מדובר יהיה דווקא בפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי.

מעניין לתהות בהקשר זה, האם לא קיים חשש כי עצם השימוש ב"זכות להמשכיות" לניתוח הסוגיה דנן, יוביל להסקת מסקנה שגויה בדבר רצונו המשוער של נפטר להעמדת צאצאים מעצם העובדה כי ביטא בחייו רצון לילדים. והרי, לא מופרך הוא להניח, בלשון המעטה, כי אדם המצהיר בחייו על רצונו לילדים מבטא את רצונו להיות הורה, קרי, לקשר עמוק ומשמעותי עם ילדיו. על פניו, אין לראות בהצהרה כזו משום הבעת עמדה בדבר רצונו של הנפטר בצאצאים שעומם לא יהיה לו שום קשר הורי. כשלעצמי, תמהני האם אין בהכרעותיהן של הערכאות הנמוכות משום דוגמא להסקת מסקנה שגויה שכזו [ראו בהקשר זה אף את עמדתה של השופטת חיות, בפסקה 31 לחוות דעתה]. האם סמוכים ובטוחים אנו כי במקרה דנן, יש בעצם העובדה שהמנוח "השתעשע" במתן שמות לבנים ולבנות כדי להוביל למסקנה כי היה רוצה להעמיד צאצאים לאחר מותו, ואף "להשאיר את חותמו בעולם", מבלי להכיר את ילדיו? [ראו לעניין זה העדויות שהובאו בפסקה 15 לחוות דעתו של חברי השופט מלצר].

8. כאמור, למרות קשיים אלו הכריעה שיטת המשפט בישראל כי במקרים מסוימים יש להבטיח לא רק את מימוש רצונו המפורש של נפטר אלא אף את מימוש רצונו המשוער. על אף הכרעה עקרונית זו בדבר אימוצו של מודל הרצון המשוער, סבורני כי הסוגיה העומדת לפתחנו מעוררת את שאלת הגבולות וההגבלות שיש להתוות ולהציב לאימוצו של מודל זה. ניתן היה לסבור כי אימוצו של מודל הרצון המשוער מוביל למסקנה כי מוטלת תמיד החובה להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר. כך, רצונו המשוער הינו השיקול היחיד והמכריע שבכפוף אליו יש לגזור תשובה לשאלה האם לאפשר את השימוש בזרעו לאחר מותו. מכיוון שגישה זו מאמצת במלואה את החובה להתחקות אחר רצונו המשוער של המת ולממשו, אכנה אותה "המודל המלא".

9. חלף המודל המלא האמור, סבורני כי ראוי יהיה להעמיד את "המודל החלקי". אגש עתה לפירוט אודות מודל זה.

מודל הרצון המשוער "החלקי" – זכותה של בת הזוג להורות

10. לפי המודל החלקי, בבואנו להכריע בסוגיה האם לאפשר את השימוש בזרעו של נפטר – אשר לא הותיר אחריו הסכמה מפורשת בכתב – רצונו המשוער הוא אמנם שיקול חשוב שיש לקחתו בחשבון. עם זאת, אין מדובר בשיקול בלעדי ומכריע. נוכח הבעייתיות הקיימת בעצם אימוצו של מודל הרצון המשוער – שבמרכזו ההכרעה להתחקות אחר רצון משוער של נפטר, כמפורט לעיל – דומני כי נכון לקבוע שרצון משוער של נפטר מהווה הצדקה חלקית בלבד לשימוש בזרעו לאחר מותו. במילים אחרות, על אף כי עומדת לנפטר הזכות כי רצונו המשוער ימומש – הנגזר מערך כבוד המת, כאמור לעיל – ברוב רובם של המקרים לא יהיה די בזכות זו בלבד על מנת להצדיק את השימוש בזרעו. במקרים אלו, כך לדידי, דרושה הצדקה נוספת, מעבר לחובת מימוש רצונו המשוער של הנפטר, אשר תטה את הכף לטובת השימוש בזרעו לאחר מותו.

11. כאשר הותיר אחריו הנפטר בת זוג קבועה, יש למצוא הצדקה נוספת אשר תטה את הכף כאמור לטובת השימוש בזרעו. מדובר בזכותה של בת הזוג להורות. בשורה של פסקי דין, הכיר בית משפט זה בזכות להורות, כמו גם בזכות למשפחה, כזכות חוקתית [ראו והשוו: ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330, 337 (1990); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235 (1995); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 790 (1996); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 444-447 (2002); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקה 6 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (14.5.2006); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקאות כה-כט לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (5.2.2013)]. בנסיבות הייחודיות של המקרים דנן – בהם הקימו בת הזוג הקבועה והנפטר תא משפחתי משלהם, אשר נקטע באיבו בטרם עלה בידם להעמיד צאצאים – יש לקבוע כי עומדת לבת הזוג הזכות להורות מזרעו.

12. איני רואה להאריך במסגרת זו אודות ההצדקות המקובלות להכרה בזכות האמורה להורות, כמו גם אודות השאלות העולות ביחס לסיווגה [ראו לעניין זה: זפרן, 19-4]. עם זאת, אף לצאת פטור בלא כלום אי אפשר. את הזכות להורות, אשר קמה לבת זוגו הקבועה של הנפטר בהקשר דנן, אפשר לתאר בשני אופנים שונים במקצת. ניתן לתאר את זכותה של בת הזוג להורות כזכות עצמאית. בהתאם לכך, בסוגיית השימוש בזרעו של נפטר יש להצביע על שתי זכויות נפרדות, אשר צירופן יחד מצדיק

את השימוש בזרע: ראשית, זכותו של הנפטר למימוש רצונו המשווער. שנית, זכותה של בת זוגו הקבועה להרות מזרעו. כאמור, זכות זו קשורה קשר בל ינתק לתא הזוגי והמשפחתי אשר נקטע באיבו. על כן, נהיר כי זכות זו איננה עומדת לאישה "זרה" – אשר תעתור לאפשר את השימוש בזרעו של נפטר מכוח זכותה העצמאית להורות – אלא אך לבת זוגו הקבועה של הנפטר. זוהי דרך המלך אשר באמצעותה יש, לדידי, לנתח את הסוגיה דנן.

לצד ניתוח זה, ניתן היה להתבונן על הסוגיה באופן שונה. יש הסבורים שהזכות להורות איננה זכות אינדיבידואלית אלא דווקא זכות הניתנת לזוגות [ראו לעניין זה: זפרן, 12-13; אהרון ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13, 37 (2013)]. על כן, חלף תיאור זכותה של בת הזוג הקבועה להורות כזכות עצמאית ואינדיבידואלית, המצטרפת לזכותו העצמאית של הנפטר, ניתן היה לתאר את סוגיית השימוש בזרעו של נפטר (ואת המודל החלקי אותו הצעתי) מנקודת המבט של מימוש זכותם המשותפת של בני הזוג להעמיד צאצאים. כאמור, לא שוכנעתי כי זוהי הדרך הנכונה ביותר לניתוח הסוגיה דנן ונקודת מבט זו הובאה אך כדי לסבר את האוזן.

יוער כי יתכן וההנמקה המוצגת בהנחיית היועץ – בשונה מזו המוצגת בעמדתה העדכנית של המדינה בהליך דנן, כפי שאפרט להלן – עולה בקנה אחד עם המודל החלקי שהצגתי. אומר בתמצית, כי בסעיף 9 להנחיית היועץ נקבע כי ההנחייה מבוססת על שני "יסודות מרכזיים": כיבוד רצונו של הנפטר כמו גם "רצונה של בת-זוגו של הנפטר בהמשכיות שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם". עינינו הרואות כי, על פניו, לפי הנחיית היועץ לא די יהיה בערך כיבוד רצונו המשווער של הנפטר בלבד על מנת להצדיק את השימוש בזרעו.

13. לשם השלמת התמונה, וכדי שלא תצא תקלה מתחת ידי, יוטעם כי אין בדבריי כדי לקבוע מסמרות בדבר האופן המדוייק בו יש להגדיר את הזכות להורות ולמשפחה ככל שמדובר בשימוש בזרעו של נפטר. כך לדוגמא, מה יהיה הדין במקרה בו בת זוגו הקבועה של נפטר אמנם מעוניינת להעמיד מזרעו צאצאים, אך מבקשת לעשות זאת באמצעות הפרייתה של אישה אחרת (קרי, בסיועה של אם פונדקאית)? לעמדת המדינה יש לאפשר את השימוש בזרעו של הנפטר אך להפרייתה של בת זוגו הקבועה. עם זאת, אימוץ המודל החלקי עשוי להוביל למסקנה כי יש דווקא לאפשר את השימוש האמור. כך, בכוא העת ניתן יהיה לתהות האם זכותה של בת הזוג הקבועה להורות הינה זכות אינדיבידואלית אשר ראוי כי תמומש אף באמצעות אישה אחרת? זאת ועוד, שמא אף

מכוח תפיסת הזכות להורות כזכות זוגית, יש לאפשר לבת הזוג להמשיך את התא המשפחתי שהקימה עם הנפטר בסיועה של אם פונדקאית? [לעיון בשאלת מימוש הזכות להורות באמצעות הסכמים לנשיאת עוברים, ראו: 197, 19-29]. דוגמא נוספת למקרה שבו עשוי בית המשפט להתחבט הינה מקרה בו הנפטר לא הותיר אחריו בת זוג קבועה אלא בן זוג קבוע. לכאורה, אף במקרה זה מוטל יהיה על בית המשפט לבחון האם בנסיבות העניין זכותו של בן הזוג להורות ולמשפחה מצדיקה את השימוש אותו הוא מבקש לעשות בזרעו של הנפטר.

14. נשוב אם כן לענייננו. מה יהיה הדין במקרה בו בת זוגו הקבועה של הנפטר איננה חפצה לעשות שימוש בזרעו? בהתאם לאמור לעיל, משמעות הדבר היא כי בת הזוג איננה מעוניינת לממש את זכותה להורות באמצעות זרעו של הנפטר. על כן, יש לתור אחר הצדקה נוספת אחרת אשר תטה את הכף לטובת ההתחקות אחר רצונו המשווער של הנפטר, על הבעייתיות שבכך. האם ניתן למצוא ברצונם של הורי הנפטר להעמיד מזרעו צאצאים הצדקה שכזו? סבורני כי עם כל הצער שבדבר, התשובה לכך שלילית. כחברתי השופטת חיות, אף אני סבור – מן הטעמים שפירטה – כי לעת הזו אין להכיר בקיומה של זכות עצמאית לסבות [ראו: פסקאות 22-23 לחוות דעתה של חברתי]. שוכנעתי כי לא נכון יהיה, בנסיבות העניין, להכיר בזכותם העצמאית של הורי ההורים לתבוע את הולדת נכדיהם. על כן, אין בנמצא שיקול אשר יטה את הכף לטובת ההתחקות אחר רצונו המשווער של הנפטר ומימושו, ולא ניתן לאפשר את השימוש בזרעו לאחר מותו.

15. סיכום ביניים. לפי המודל החלקי – אותו יש לדידי לאמץ – אין לקבוע כי בכל מקרה בו הלך אדם לבית עולמו יש להתחקות אחר רצונו המשווער על מנת לבחון האם לאפשר את השימוש בזרעו (כפי שמורה המודל המלא). על מנת להכריע כי במקרה נתון יש לאמץ את מודל הרצון המשווער, על בעיותיו, יש להצביע על הצדקה נוספת לשימוש בזרעו של נפטר. הצדקה שכזו יש למצוא בזכותה של בת הזוג הקבועה להורות, אך לא בזכותם של הורי הנפטר לסבות. על מנת לחדד את ההבדל שבין המודל החלקי והמלא, אגש להלן לבחינת סוגיית "מעמדם" של קרובי הנפטר בשאלת ההתחקות אחר רצונו המשווער. טרם זאת, אעיר שלוש הערות ביחס להעדפתי את המודל החלקי על פני המודל המלא.

16. ראשית, לא מן הנמנע (ויתכן כי גם נכון יותר) לנתח את הסוגייה דנן אף מן הכיוון ההפוך. כך, חלף העמדת רצונו המשווער של הנפטר במרכז, נקודת המוצא לדיון בסוגיית השימוש בזרעו עשויה להיות דווקא זכותה של בת הזוג הקבועה להורות

ולמשפחה. מה יהיה הדין במקרה הטרגי בו בת הזוג מבקשת להעמיד מן הנפטר צאצאים, אך הלה לא הותיר אחריו הסכמה מפורשת בכתב לכך? על מנת שלא להותיר את בת הזוג, ואת התא המשפחתי אותו ביקשו להקים, לפני שוקת שבורה חרגה שיטת המשפט בישראל מהנהוג במדינות רבות בעולם והכריעה לאמץ את מודל הרצון המשוער. כך, כל עוד לא הביע הנפטר את התנגדותו המפורשת ניתן יהיה להיעזר בקונסטרוקציה המשפטית, השמורה למקרים חריגים, לפיה יש להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר. התחקות זו נועדה, בראש ובראשונה, לשרת את זכותה של בת הזוג להורות ולמשפחה ולאפשר לה להרות מזרעו של בן זוגה אשר עבר מן העולם בטרם עת.

17. שנית, נכון להטעים כי במקרה בו הותיר אחריו הנפטר בת זוג קבועה, על פניו ההתחקות אחר רצונו המשוער איננה כה סבוכה. מדרכו של עולם, כי במסגרת זוגיות קבועה עולה מאליה שאלת הרצון להבאת ילדים משותפים לעולם. על כן, סביר להניח כי ההכרעה בדבר רצונו המשוער של נפטר להעמדת צאצאים מבת זוגו הקבועה אכן תיעשה על בסיס קרקע ראייתית יציבה ואיתנה. זאת, בשונה מהחשש, עליו עמדתי לעיל, כי ככל שמדובר בשימוש אחר בזרעו של נפטר אזי ההתחקות אחר רצונו המשוער עשויה להובילנו אל עבר מחוזות אי-הוודאות והספקולציות. מדובר אם כן ביתרון נוסף של המודל החלקי.

18. שלישית, ראוי להדגיש את ההכרעות המשפטיות הבעייתיות שעלולות להיווצר מאימוצו של המודל המלא. לכאורה, כל עוד רצונו המשוער של הנפטר מהווה את השיקול היחיד להכרעה בדבר השימוש בזרעו, יש לאפשר שימוש שכזה אף לבקשתם של מי שאינם בת זוגו או הוריו. טול לדוגמא את הצהרתו של חברו הטוב של המנוח במקרה דנא, כי הינו משוכנע שהמנוח רוצה היה "להשאיר חותמו בעולם הזה". עוד הצהיר חבר זה כי המנוח "לא היה מוכן לעזוב את העולם מבלי שה-D.N.A שלו יישאר בעולם ובכל דרך שהיא" [ראו: פסקה 17 לתצהירון]. נוכח האמור, האם נכון היה במקרה דנן לאפשר אף לחברה טובה של המנוח להשתמש בזרעו על מנת להעמיד ממנו צאצאים, זאת אף במקרה בו הוריו מתנגדים לשימוש זה? יתרה מכך, האם נכון היה גם לאפשר לאישה זרה להשתמש בזרעו של המנוח – על מנת "שה-D.N.A שלו יישאר בעולם ובכל דרך שהיא" – וזאת על אף התנגדות קרוביו? והרי, כל עוד הוכח, מבחינה ראייתית, כי זה היה רצונו המשוער של הנפטר, מניין תימצא ההצדקה לשלילת שימוש שכזה? על פניו, תוצאה זו נכונה אף ביתר שאת לשיטת השופט מלצר, שהרי בנוסף לחובה לקיים את רצונו המשוער של הנפטר עומדת לו זכותו העצמאית להמשכיות –

“המשכיות”, אף שלא בהסכמת קרוביו. סיכומו של דבר, דומני כי אימוץ המודל המלא עלול להוביל לתוצאות משפטיות אשר לפחות במבט ראשון איננו חפצים בהן.

“מעמדם” של קרובי הנפטר ומקומה של הבחינה הראייתית

19. יוטעם כי אין מחלוקת של ממש בין המודל המלא לבין המודל החלקי בכל הקשור לשאלה כיצד יש להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר, שאלה שהינה ראייתית ביסודה. עיקר השוני בין שני המודלים האמורים נעוץ בשאלה המקדמית – האם, בנסיבות העניין, נכון לצלול לנבכי הראיות על מנת לעמוד על רצונו המשוער של הנפטר? למעשה, לפי המודל המלא שאלה מקדמית זו כלל איננה מתעוררת. כל עוד קיימת בקשה לאפשר את השימוש בזרעו של הנפטר, אזי יש לבחון את רצונו המשוער. לעומת זאת, לפי המודל החלקי, רק במקרה בו קיימת הצדקה נוספת ועצמאית לשימוש בזרעו של הנפטר – דוגמת זכותה של בת זוגו הקבועה להורות ולמשפחה – ניגש לבחון את רצונו המשוער. במילים אחרות, בניגוד למודל המלא, הרי שעל פי המודל החלקי יהיה צורך לעבור על פני “משוכה ראשונית” בטרם נתחקה אחר רצונו המשוער של הנפטר.

20. ודוק, מרגע שעברנו את ה“משוכה” האמורה והוכרע כי יש לעמוד על רצונו המשוער של הנפטר אזי, על פניו, על בית המשפט להיעזר בכלל האמצעים והראיות העומדים לרשותו על מנת להתחקות אחר הרצון המשוער. בפרט, נהיר כי ניתן – ואף ראוי – להידרש לעמדתם של הורי הנפטר. אם לא כך, קיים חשש כי לא יעלה בידי בית המשפט לעמוד על רצונו המשוער “הנכון” ביותר של הנפטר וממילא ייפגע כבוד המת, המורה כי יש לממש רצון זה.

דוגמא להתחקות מלאה אחר רצונו המשוער של הנפטר, ניתן כמובן למצוא בפסקי הדין של הערכאות הנמוכות בענייננו. אף מבלי להביע את עמדתי ביחס למסקנתו הסופית של בית המשפט לענייני משפחה באשר לרצונו המשוער של המנוח, דנא, הרי שמסקנה זו התבססה על מכלול העדויות והראיות שהוצגו לפניו. בכלל זה, חלום שחלם המנוח בדבר “ילדה ג'ינג'ית”; עדויות של חבריו; ויומנו ממסע בהודו.

אף בית המשפט המחוזי החרה החזיק אחריו והטעים כי השאלה במקרה דנן היא שאלה שבעובדה הנוגעת לרצונו המשוער של הנפטר להביא ילדים לעולם לאחר מותו. עוד הטעים בית המשפט כי מצווים אנו לכבד את רצון הנפטר וקבע כי מעמדה

של המערערת לעניין רצונו המשוער של הנפטר – אשתו של המנוח בעת מותו – הינה כעדה בלבד.

21. סיכומו של דבר, כל עוד מדובר בהתחקות הראייתית אחר רצונו המשוער של הנפטר, אזי לכאורה יש לאפשר לכלל הצדדים החפצים בדבר להעיד ובכלל זה להורי הנפטר. ויוטעם, אין המדובר בהענקת "מעמד" כזה או אחר להורים, אלא אך בהבאתם כעדים לתוכנו של רצונו המשוער של הנפטר. באותו האופן, אף אין לראות בכת זוגו הקבועה של הנפטר כבעלת "מעמד" בכל הקשור לרצונו המשוער. בדומה להורים, אף בת הזוג משמשת אך כעדה לרצון זה. אכן אין חולק כי על פי רוב בת זוגו הקבועה של נפטר תדע טוב מהוריו אודות רצונו המשוער. עם זאת – וזה העיקר – משמעות הדבר היא כי ברוב המקרים יוענק משקל ראייתי רב יותר לעמדתה של בת הזוג ביחס לראיות אחרות שהובאו, ובכלל זה ביחס למשקל שיוענק לעדות ההורים. כאמור, אין בכך כדי לקבוע כי "מעמדה" של בת הזוג שונה מזה של ההורים באופן זה שיאפשר לה להעיד על רצונו המשוער של הנפטר ואילו להם לא יתאפשר הדבר.

22. נוכח האמור, מוצא אני קושי מסוים בעמדתה של המדינה. כזכור, המדינה סבורה כי כאשר הייתה לנפטר בת זוג קבועה בחייו והוא לא הותיר צוואה או הוראות בכתב, אזי היא – והיא בלבד – רשאית לעשות שימוש בזרעו לצורך הפרייתה. משכך, במקרה בו היא אינה חפצה לעשות שימוש בזרע – כבמקרה דנן – אין לאפשרו.

לטענת המדינה, ההצדקה לעמדתה זו נעוצה בעובדה כי "יש לראות ברצונה [של בת הזוג – י.ד.] משום הבעת עמדתו של המנוח, על יסוד ההנחה שהיא זו שמשקפת את רצון המנוח בעניין האינטימי של הבאת ילדים לעולם" [סעיף 27 לעמדתה המשלימה של המדינה שתאריכה 20.7.2016]. מדברים אלו עולה לכאורה כי המדינה מצדדת באימוצו של המודל המלא. לשיטת המדינה, נקודת המוצא – שלא לומר השיקול הבלבדי והמכריע – להכרעה בסוגיית השימוש בזרעו של נפטר הינה החובה להתחקות אחר רצונו המשוער. בהתבסס על נקודת מוצא זו, גורסת המדינה כי יש לאמץ "הנחה" לפיה הדרך הטובה ביותר להתחקות אחר רצונו המשוער של נפטר הינה באמצעות בת זוגו הקבועה, המשקפת את רצונו. אלא שאם אכן מדובר אך בהנחה – אשר מטבעה אף ניתנת לסתירה – אזי על פניו יש לבחון בכל מקרה לגופו האם – בנסיבות העניין הנחה זו אכן מתקיימת. בפרט, אין להסתפק אך בעמדה שהביעה בת הזוג הקבועה ביחס לתוכנו של הרצון המשוער. יש להיעזר בעמדותיהם של נוספים, דוגמת ההורים, שהרי מדובר למעשה בבחינה ראייתית לכל דבר ועניין. מכך אף נובע כי יתכנו מקרים בהם ישתכנע בית המשפט כי בנסיבות העניין ההנחה האמורה נסתרה

והוכח כי רצונו של הנפטר היה שונה ממה שהציגה בת הזוג. כך לדוגמא, ייתכן ויהיו מקרים בהם הוריו של הנפטר יצליחו לשכנע כי על אף התנגדות בת זוגו הקבועה, ניתן לשער כי הנפטר היה רוצה כי יועמדו ממנו צאצאים לאחר מותו. כאמור לעיל, זוהי המסקנה אליה הגיעו שתי הערכאות קמא במקרה דנן.

הנה כי כן, כל עוד מצויים אנו בגידרו של המודל המלא – כך שהשיקול היחיד העומד על הפרק הינו רצונו המשוער של הנפטר – קיים לכאורה קושי בעמדה שהציגה המדינה לפנינו לפיה אפריורית – ומבלי לבחון לגופן של ראיות את רצונו המשוער של הנפטר – רק בת זוגו של הנפטר היא שרשאית לעשות שימוש בזרעו (להפרייתה שלה). יוער כי עמדה זו, אף מוצאת את ביטויה בסעיף 70(2) לתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, אותו הגישה המדינה לעיוננו, בו נקבע כי "לא הותיר הנפטר הוראות בכתב, אשתו או בת זוגו הקבועה בלבד רשאית להרות מזרע הנפטר או להפרות את ביציותיה בזרעו" [ההדגשה הוספה].

23. לעומת זאת, דומני כי באימוץ המודל החלקי יש כדי לפתור את הקושי האמור. כזכור, מודל זה גורס כי לא בכל מקרה קמה ועומדת החובה למימוש רצונו המשוער של הנפטר. רק כאשר קיימת הצדקה נוספת לשימוש בזרעו של הנפטר לאחר מותו – כגון זכותה של בת הזוג הקבועה להורות – יש להתחקות אחר רצונו המשוער ולבחון האם היה חפץ בשימוש זה. במקרה בו בת הזוג הקבועה של הנפטר מתנגדת לשימוש בזרעו לאחר מותו, או לכל הפחות אינה חפצה בכך לצורך הפרייתה שלה, משמעות הדבר כי היא איננה מעוניינת לממש את זכותה להורות (לפחות לא באמצעות זרעו של הנפטר). על כן, אין בנמצא שיקול אשר יטה את הכף לטובת השימוש בזרעו של הנפטר. במקרה כזה, כלל איננו ניגשים לבחינה ראייתית של רצונו המשוער של הנפטר, שהרי לא די בו בלבד על מנת להצדיק את השימוש בזרעו. המקרה העומד לפתחנו הינו בדיוק המקרה האמור. המערערת איננה מעוניינת לעשות שימוש בזרעו של הנפטר ועל כן בהתאם למודל החלקי כלל איננו נדרשים לסוגיית רצונו המשוער של המנוח.

24. מפאת חשיבות הדברים, רואה אני להדגיש בשנית נקודה זו. הטעם להכרעה כי במקרה דנן לא ניתן להשתמש בזרעו של הנפטר, איננו נעוץ בעצם התנגדותה של המערערת או בכך שמוענק לה "מעמד" מיוחד, המתבטא בהענקת מעין זכות "וטו" על השימוש בזרעו. "מעמדה" המיוחד של בת הזוג הקבועה נובע אך מהעובדה כי ללא רצונה המפורש להשתמש בזרעו, לא נוצרת בענייננו זכותה להורות ולמשפחה ועל כן אין בנמצא שיקול נוסף אשר יצדיק, בשלב שני, את ההתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר. ודוק, "מעמד" זה אינו נובע משאלת יכולתה של בת הזוג להתחקות – בצורה

כזו או אחרת – אחר רצונו המשוער של הנפטר אלא מאותה "משוכה ראשונית" אותה יש לעבור בטרם נתחקה אחר רצונו המשוער של הנפטר.

לעומת זאת, אין לכחד כי באופן עקרוני מוענקת להורים האפשרות להביע את עמדתם בכל הקשור לרצונו המשוער של בנם הנפטר, אך במקרה דנן כלל איננו נדרשים לשאלת הרצון המשוער. כאמור לעיל, בניגוד לבת הזוג הקבועה – היא המערערת – אשר בנסיבות העניין עומדת לה הזכות להורות, הרי שלא עומדת להורי הנפטר זכות עצמאית לסבות. משכך, עם כל הצער שבדבר, אין בעובדה שהם מבקשים להעמיד צאצאים מן המנוח משום שיקול נוסף אשר יצדיק את מלאכת ההתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר – על בעיותיה – ואת מימושו של רצון משוער זה. במילים אחרות, בשונה מבת הזוג הקבועה – שכאמור, מוענק לה "מעמד" במונח זה שזכותה להורות ולמשפחה מהווה הצדקה להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר – הרי שלהורים לא מוענק "מעמד" דומה. משלא עומדת להם הזכות לסבות, אין ברצונם להשתמש בזרעו של בנם ולהעמיד ממנו צאצאים כדי להוות שיקול אשר יצדיק את ההתחקות אחר רצונו המשוער.

תוצאה חשובה הנגזרת מן האמור הינה, לשיטתי, כי כלל לא קיימת "יריבות משפטית" בין בת הזוג הקבועה לבין הוריו של המנוח. כאמור, הטעם לכך שאין לאפשר במקרה דנן העמדת צאצאים מזרעו של המנוח אינו נעוץ בהתנגדותה של המערערת כי יועמדו ממנו צאצאים. הטעם להכרעתנו נעוץ דווקא בעובדת העדר רצונה הפוזיטיבי להעמיד מהמנוח צאצאים. על כן, רואה אני להסתייג מקביעותיו של השופט מלצר כי המערערת דנא מנועה מלטעון עתה לעניין השימוש בזרעו של המנוח; כי גישתה "איננה נשענת על זכות חוקתית כלשהי", כך שחל במקרה דנן הכלל של "זה נהנה וזה לא חסר"; וכי עמדתה מזכירה את הסיפור התנכ"י של "משפט שלמה" [ראו: פסקאות 23 ו-26 לחוות דעתו של חברי]. בניגוד לאמור, נכון להטעים כי עומדת לבת הזוג הקבועה הזכות המלאה שלא לממש את זכותה להורות ולמשפחה באמצעות זרעו של המנוח. עמדתה זו – ולא התנגדותה לשימושם של ההורים בזרע והטלת "וטו" על שימוש זה – היא שמובילה להכרעה כי במקרה דנן לא ניתן יהיה לאשר את העמדת הצאצאים מזרעו של המנוח.

25. לסיכום, עמדתי היא כי יש לאמץ את מסקנתה הסופית והאופרטיבית של המדינה ולקבוע כי רק במקרה בו בת זוגו הקבועה של נפטר מביעה את רצונה לעשות שימוש בזרעו, יש לאפשר זאת. עם זאת, כעולה מן הדברים עד כה, בשונה מהעמדה אותה

הציגה המדינה בהליך דנן, סבורני כי ההצדקה למסקנה זו איננה נעוצה אך בהתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר ובהנחה כי בת זוגו הקבועה היא שמבטאת רצון זה.

26. כאן המקום להעיר, כי תקוותי היא שיש במודל החלקי שהצעתי כדי להוות חיזוק נוסף לעמדתה של השופטת חיות. לשיטתה, אך במקרים חריגים ונדירים יש ליתן להורים "מעמד ולאפשר להם להוכיח כי רצונו המשוער של הנפטר במצב דברים זה היה - עשיית שימוש בזרעו על מנת להפרות בו אישה אחרת" [פסקה 27 לחוות דעתה של חברתי. כן ראו: פסקה 31 לחוות דעתה של חברתי]. סבורני כי יש במודל החלקי כדי לספק הצדקה נוספת לעמדה זו ובכך לחזקה. זאת, שכן לפי המודל החלקי ברוב רובם של המקרים כלל איננו בוחנים בפועל את רצונו המשוער של הנפטר, כך שנהיר כי אין לאפשר להורים לנסות ולהוכיח מה היה רצונו המשוער של בנם.

27. כאן אף המקום להידרש להיקש אותו ביקש חברי השופט מלצר לבצע בין הסוגיה דנן לבין הוראות חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005 [ראו: פסקאות 14-15 לחוות דעתו של חברי]. בצדק רב הצביע השופט מלצר על כך כי ניתן ללמוד מסוגיית החולה הנוטה למות אודות האופן בו יש להתחקות אחר רצונו המשוער של אדם – באמצעות הצהרה מפורשת של "אדם קרוב". עם זאת, מהאמור עד כה עולה כי לדידי, שאלת האופן בו יש להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר איננה הסוגיה המכרעת בענייננו. חלף זאת, הסוגיה המכרעת, בכל הקשור לשימוש בזרעו של נפטר, הינה השאלה המקדמית האם יש להתחקות אחר רצונו המשוער. הנה כי כן, סומך אני את ידי על עמדתו של השופט מלצר באשר לאמצעים העומדים לרשותנו על מנת להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר. לצד זאת, בניגוד לעמדתו שוכנעתי כי בנסיבות העניין כלל איננו נדרשים להתחקות זו.

28. טרם נעילה, וככל שעוסקים אנו במלאכת ההיקש, סבורני כי מעניין יהיה להשוות בין הסוגיה דנן (והמודל החלקי אותו הצגתי) לבין סוגיית ניתוח גוויתו של אדם לשם קביעת סיבת מותו או לחילופין על מנת להשתמש באיבריו לריפוי של אדם אחר. סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 קובע היתר עקרוני לביצוע ניתוח כאמור בתנאי ש"נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות, כי הניתוח משמש לאחת המטרות האמורות". לצד היתר עקרוני זה, קובע סעיף 6א את הסייגים הבאים:

"(א) השאיר הנפטר בני משפחה, לא תנותח גווייתו לפי סעיף 6 – למעט ניתוח בנסיבות כאמור בסעיף 6(ג) – אלא אם נתקיימו גם שתי אלה:

(1) הסכים לכך בן זוגו של הנפטר, ובהעדר בן זוג – ילדיו, ובהעדר ילדים – הוריו, ובהעדר הורים – אחיו או אחותו;

(2) לא התנגד לכך בכתב בן משפחה שבאותה דרגת קרבה של מי שהסכים כאמור, או בן-משפחה שבדרגת קרבה שלאחריו בנסיבות המקרה בהתאם לסדר דרגות הקרבה שבפסקה (1).

(ב) התנגד אדם בחייו בכתב שגווייתו תנותח, הרי על אף האמור בסעיף 6 ועל אף כל הסכמה של בן-משפחה לפי סעיף קטן (א) – לא יבוצע הניתוח.

(ג) הסכים אדם שגווייתו תנותח, מותר לנתח על אף כל התנגדות של בן-משפחה.

הוראות הסעיף מבחינות אם כן בין מצב בו הביע הנפטר את רצונו המפורש לבין מקרה שלא הביע את רצונו כאמור. במקרה כזה, קובעת שיטת המשפט בישראל כי על מנת להכריע בשאלת ניתוח גוויתו או השימוש באיבריו של נפטר, יש לבחון את הסכמת קרוביו. ישנם מלומדים הסבורים כי יש בקביעה זו משום הכרעה ערכית, לפיה בתחום תרומת האיברים מעמד רצונו המשווער של הנפטר פחות ממעמד רצונו המפורש של בני המשפחה שהוא הותיר אחריו [ראו והשוו: יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית 31(1), 39 KATHERINE O'DONOVAN & ROY GILBAR, *The loved ones: Families, intimates and patient autonomy*, Legal studies 23(2) 332, 339-344 (2003)].

למותר לציין כי קיים שוני מהותי בין מערך הזכויות והאינטרסים – כמו גם השיקולים המוסריים והמשפטיים – העומדים ביסוד ההכרעה בשתי הסוגיות האמורות. עם זאת, דומני כי יש בדוגמא זו כדי להצביע על כך כי כאשר השאלה העומדת על הפרק הינה השימוש בגופו של אדם לאחר מותו, אין להעמיד את רצונו המשווער כשיקול היחיד והבלעדי להכרעה בשאלה זו. זאת ועוד, מבלי להידרש לשאלה מהן ההצדקות להקניית "מעמד" מיוחד לקרוביו של המנוח בסוגיית ניתוח גוויתו – הצדקות אשר מטבע הדברים שונות מההצדקות העומדות ביסוד ההכרעה בסוגיה דנן – קשה שלא לשים לב לקווי הדמיון שבין מעמד זה לבין ה"מעמד" שמעניק המודל החלקי לבת זוגו הקבועה של המנוח. עם זאת, כמפורט לעיל בהרחבה, השיקולים וההצדקות הייחודיים העומדים על הפרק בסוגיית השימוש בזדעו של הנפטר מובילים למסקנה כי יש להכיר אך ב"מעמדה" של בת הזוג – הנגזר מזכותה להורות ולמשפחה – ולא ב"מעמדם" של קרוביו הנוספים של המנוח.

29. לשם השלמת התמונה, אף אם למעלה מן הצורך, אדרש בתמצית למקרים אפשריים נוספים בהם עשויה להתעורר סוגיית השימוש בזרעו של נפטר.

30. ראשית, סבורני כי ייתכנו מקרים בהם על אף שהנפטר לא הביע את הסכמתו המפורשת בכתב לשימוש בזרעו לאחר מותו, נכון יהיה להכריע כי בנסיבות העניין מתקיימת הסכמה מפורשת שכזו. טול לדוגמא את המקרה שהוכרע בתמ"ש 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.2009). במקרה זה, אישר בית המשפט לענייני משפחה בקריות (השופטת א' אלון) להוריו של הנפטר לעשות שימוש בזרעו. זאת, נוכח העובדה כי טרם מותו הפקיד הנפטר את זרעו בבנק הזרע וכן התראיין לעיתון ואמר ביחס לתרומה זו: "הושטתי להורים שלי את הנכדים שלהם בתוך כוסית פלסטיק". במקרים מעין דא, נדמה כי הבעייתיות שבהתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר מתקחה ולמעשה יש להתייחס אליהם כמקרים בהם אכן קיימת הסכמה מפורשת. בפרט, לא נדרשת הצדקה נוספת – דוגמת זכותה של בת זוג קבועה להורות ולמשפחה – על מנת להצדיק את השימוש בזרעו של הנפטר, ויש לאפשר שימוש זה.

31. שנית, יוטעם כי לעמדת המדינה, כאשר המנוח לא הותיר אחריו בת זוג קבועה אין לאפשר להורים את השימוש בזרעו. על פניו, אימוץ המודל החלקי מוביל למסקנה זהה, שהרי במקרים אלו חסר אותו שיקול נוסף הנדרש על מנת להצדיק את השימוש בזרעו. על אף האמור, יש טעם בדבריה של חברתי השופטת חיות אודות פיתוח עתידי של זכותם של ההורים לסבות מקום בו לא הותיר אחריו הנפטר בת זוג קבועה [ראו: פסקה 23 לחוות דעתה של חברתי]. בבחינת הרהורי הלב בלבד, יש לתהות שמא יהיו מקרים קונקרטיים בעתיד אשר יובילו את שיטת המשפט בישראל להכיר בזכות לסבות כשיקול נוסף שיש בו כדי להטות את הכף לטובת השימוש בזרעו של הנפטר ולהצדיק את ההתחקות אחר רצונו המשוער.

32. שלישית, מעניין לציין כי מנקודת מבטו של המודל החלקי, אין הבדל של ממש בין מקרה בו בת הזוג מתנגדת לשימוש בזרעו של הנפטר לבין מקרה בו היא אינה מעוניינת להעמיד מזרעו צאצאים אך גם אינה מתנגדת לבקשת ההורים להעמיד צאצאים באמצעות אישה אחרת. בשני המקרים הללו, בת הזוג איננה מעוניינת להעמיד מזרעו של הנפטר צאצאים ועל כן זכותה להורות ולמשפחה איננה מהווה שיקול המצדיק את השימוש בזרעו. כך במקרה דנן, אין לייחס משקל של ממש לשאלה האם המערערת

מתנגדת מפורשות לשימוש בזרעו של המנוח או אך "מתלבטת" האם יש מקום לעשות שימוש בזרע.

סוף דבר

33. ליבי יוצא אל המשיבים 1-2, הוריו של המנוח, המבקשים להעמיד מזרעו צאצאים. לדאבוני, לא עלה בידי למצוא את ההצדקה המשפטית אשר תאפשר להם לממש בקשתם זו.

34. אשר על כן, מצטרף אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת חיות בפסקה 34 לחוות דעתה. אף אני סבור כי יש לקבל את הערעור, לבטל את פסקי הדין של הערכאות קמא ולקבוע כי בנסיבות העניין אין לאפשר להורים לעשות שימוש בזרעו של המנוח לשם הפרייתה של אישה אחרת. זאת ועוד, שוכנעתי אף אני כי נוכח נסיבותיו הייחודיות והמורכבות של המקרה דנא, אין לעשות צו להוצאות.

ש פ ט

1. אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת א' חיות בפסק דינה המקיף. עם זאת, הנמקתי שונה בחלקה ולפיכך אני רואה להציג בקצרה את עמדתי וטעמיה.

רקע

2. הסוגיה של נטילת זרע ושימוש בו לאחר המוות היא סוגיה רגישה המעוררת שאלות ביו-אתיות מורכבות החורגות מתחום עניינם של המעורבים הישירים. סוגיה זו מערבת שאלות של משפט ורפואה, דת ואתיקה, כבוד החי וכבוד המת, וכן שאלות הנוגעות לתפיסות בחברה לגבי מוסד המשפחה ונושא ההולדה, לרצון הקמאי-אבולוציוני של הפרט להתרבות ולהמשכיות, ולשאלות הנוגעות לטובת הילד (יתמות מלידה) ולמעמדו ביחס לאביו הביולוגי. גיבוש עמדה בשאלות מורכבות ורגישות אלה אינה יכולה להיות תוצר רק של הכרעה בשאלות משפטיות גרידא, ומטבע הדברים שהיא מערבת ומושפעת גם מערכים, נורמות חברתיות ומאמונות ודעות.

נוכח האמור, סוגיות מעין אלה ראוי להן כי יוכרעו בידי המחוקק וכי הסדרתן תיעשה בדבר חקיקה ראשית (בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פסקה ג' (5.2.2013), להלן: ענין פלונית; בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה (1.4.2015)). ברם, כל עוד המחוקק לא אמר את דברו, ומשאינן מנוס מנקיטת עמדה בסוגיה זו על ידי בית המשפט, ראוי לו לבית המשפט כי ינקוט בגישה זהירה המעוגנת בעקרונות משפטיים ידועים ומבוססים היטב, כדברי הנשיא (בדימוס) מ' שמגר:

"כל שיחה על סוגיות בענייני לידה היא מעצם טבעה יומרנית ומעוררת רגישות יתר... קיים כאן קליידוסקופ של יסודות המעוגנים בדיסציפלינות שונות, רפואיות, פילוסופיות, תיאולוגיות וחברתיות, שאינם משתבצים לתוך המידורים המשפטיים המקובלים ואינם מתמצים על ידי נקיטת אמות מידה חוקיות בלבד. בתחומים אלו טובה, על כן, הצעידה המשפטית הזהירה..."

דרושה גם גישה השבה ומדגישה את המהמורות והמלכודות שבדרכו של כל מי שמבקש להציג סיכום רעיוני: הגישה עשויה ועלולה להיות מושפעת, יותר מאשר בנסיבות אחרות, מפילוסופיית החיים, מן ההתנסות האישית, ממידת הפתיחות והחשיפה להוויה האנושית... מן הגישה הדתית האינדיבידואלית, מן היחס אל נושא המשפחה ומאמות מידה מוסריות לסוגיהן...

הסוגיות הללו מעוררות רגישות-יתר, כי הן נוגעות במישרין בעצב החשוף של ההווה. הרוב המכריע של הסוגיות המשפטיות לסוגיהן לקוח אמנם, לפי עצם טבעו, מן החיים, אך יש עניינים התוקפים את הבעייתיות של קיומנו האנושי באופן חזיתי, במרכז ולא בעקיפין...” (מאיר שמגר “סוגיות בנושאי הפרייה ולידה” הפרקליט לט(א) 21 (1989)).

3. הסוגיה של שימוש בזרע לאחר המוות טרם זכתה כאמור להסדרה חקיקתית, אף כי לאחרונה ממש הוכן תזכיר חוק בנושא. סוגיה זו התעוררה לראשונה בישראל במחצית השניה של שנות ה-90 של המאה העשרים, כאשר הוגשו מספר בקשות לבתי משפט לאישור שימוש בזרע לאחר המוות (לראשונה כנראה בה”פ (ת”א) 1922/96 פלונית נ’ שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.מ.סי (ישראל) בע”מ (21.9.1997)). היועץ המשפטי לממשלה נתבקש על ידי בית המשפט ליתן את עמדתו בהליכים אלה, ובעקבות זאת, ובהמשך לעמדות פרטניות שהוגשו מטעם היועץ המשפטי בתיקים האמורים, גובשה ופורסמה באוקטובר 2003 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס’ 1.2202 שעניינה “נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו” (להלן: ההנחיה או הנחיית היועץ). כמצוין במבוא להנחיה, זו גובשה “לאחר סדרה של דיונים שהתקיימו במשרד המשפטים, בהשתתפות נציגי רשויות המדינה הנוגעות בדבר ובשיתוף מומחים מתחומי הרפואה, המשפט והפילוסופיה”. ההנחיה קבעה עקרונות וכללים להנחיית מערכת הבריאות באשר לנטילת זרע מאדם הנוטה למות או מנפטר, ובאשר לשימוש בזרע לאחר המוות ובשאלות נלוות. הנחיית היועץ אומצה ועוגנה לאחר מכן גם בחוזר מנכ”ל משרד הבריאות מס’ 20/07 מיום 8.11.2007 בנושא “כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית” (להלן: חוזר המנכ”ל), ומאז פרסומה משמשת ההנחיה, בהעדר הסדר בחקיקה כאמור ובהעדר פסיקה של בית משפט זה, כנורמה המחייבת את מערכת הבריאות בישראל וכהסדר מנחה בדיוני בתי המשפט בסוגיה זו.

4. הסוגיה של שימוש בזרע לאחר המוות נבחנה שוב, יחד עם סוגיות נוספות בתחום הפיריון וההולדה, על ידי “הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל” (להלן: הוועדה הציבורית). וועדה זו, בהרכב שכלל 14 חברים - מתחומי הרפואה, המשפט, הפסיכולוגיה, העבודה סוציאלית, הפילוסופיה והאתיקה - פרסמה את המלצותיה במאי 2012 ובהן אימצה בסוגיה דנן את העקרונות שנקבעו בהנחיית היועץ.

בתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, שהופץ על ידי משרד הבריאות ביום 13.10.2016 (להלן: תזכיר החוק), אשר מבוסס על המלצות הוועדה הציבורית, אומצה גם כן העמדה שבהנחיית היועץ לענין נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו.

5. גם חברתי השופטת חיות בפסק דינה מאמצת בסופו של דבר את העמדה שנקבעה בהנחיית היועץ כעמדה המשקפת את הדין.

כמי שהיה לו תפקיד מרכזי בייזום, גיבוש וניסוח הנחיית היועץ (בתפקידי דאז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה), אני מבקש לעמוד על העקרונות והשיקולים שביסוד ההסדר הנורמטיבי שנקבע בהנחיה, שהם בעיקרם גם העקרונות והשיקולים העומדים ביסוד עמדתי כיום בסוגיה הנדונה לענין הערעור שבפנינו (בשינוי אחד - ראו פסקה 19 להלן).

הבסיס הנורמטיבי לנטילה ושימוש בזרע לאחר המוות

6. בהעדר חקיקה המסדירה באופן קונקרטי את גדרי המותר והאסור לענין נטילה ושימוש בזרע לאחר המוות, הסוגיה הנדונה נשלטת בראש ובראשונה על ידי עקרון האוטונומיה של הפרט הכולל את זכות האדם על גופו - שהוא עקרון היסוד המנחה בכל הנוגע לטיפול רפואי או לפעולה אחרת בגופו של אדם, לרבות שימוש באבריו או ברקמה מגופו - וכן על ידי החובה הנגזרת מעקרון זה להסכמה מדעת (informed consent) של אדם לכל פעולה בגופו או באבריו.

7. הזכות לאוטונומיה אישית, ממנה נגזרת החובה לכיבוד רצון החי ורצון המת, בסיגים מסוימים, היא הגורם המרכזי (אף כי לרוב לא היחיד) המעצב את תוכנם של ההסדרים המשפטיים בכל מגוון הסוגיות הקרובות לענייננו (כגון לענין לטיפול רפואי - פרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; או לענין תרומת אברים - סעיפים 15 ו-17 לחוק השתלת אברים, תשס"ח-2008, להלן: חוק השתלת אברים; או לענין תרומת ביצית והפרייתה - תקנות בריאות העם (הפרייה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, להלן: תקנות הפרייה חוץ גופית).

הציר המרכזי והשיקול המכריע בהסדרים שנקבעו בדין בסוגיות השונות המתייחסות לאדם לאחר מותו, הוא כיבוד רצונו של הנפטר. מקום שהנפטר לא הביע במפורש את רצונו או הסכמתו, נקבעו בחקיקה הסדרים שונים. יש פעולות להן נדרשת הסכמה פוזיטיבית מצד הנפטר בחייו, ובהעדרה שולל הדין את אפשרות ביצועה (כגון

בשימוש בגוויה לצרכים מדעיים - סעיפים 2 ו-4 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה; או לענין הסכמת אדם לנטילת אבר מגופו לאחר מותו - סעיף 28 לחוק השתלת אברים; וכן לענין שימוש בביצית של אישה פנויה שנפטרה - תקנה 10(ד) לתקנות הפרייה חוץ גופית). ויש שנקבע בדין הסדר הנותן מעמד לבני המשפחה כתחליף להבעת הסכמה מפורשת של הנפטר, תוך עדיפות ברורה לבן או בת הזוג (כגון לענין נתיחת גוויה "לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם" - סעיף 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה). כן ראו לענין זה: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נ(4) 661 (1996), להלן: ענין נחמני; ענין פלונית הנזכר לעיל; בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא נ' Simon Visental Center Museum, פסקה 132 ואילך (29.10.2008) והאסמכתאות הרבות שם; אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13 (2013); פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו - מצגי שווא לגבי שימוש באמצעי מניעה" משפטים יח 459 (תשמ"ט); יעל השילוני-דולב דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת - שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית טז(1) (2014), להלן: דולב-הקר-בועז; מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא(1) 57 (2008), להלן: בירנהק; אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר - היבטים משפטיים" רפואה ומשפט גיליון 27 (2002), להלן: וינרוט).

8. בהתאם לעקרונות האמורים, מקום בו אדם הפקיד את זרעו בבנק הזרע בטרם מותו והורה במפורש את אשר ייעשה בזרעו לאחר מותו, ככלל יש לכבד את רצונו, בכפוף לסייגים שאינם לענייננו כאן, כגון פגיעה בתקנת הציבור (פסקה 12 להנחיית היועץ; עמ' 44-45 לדו"ח הוועדה הציבורית; סעיף 66 לתזכיר החוק).

9. לא מעטים סבורים שיש לעצור כאן, היינו - כי יש להגביל שימוש בזרע לאחר המוות רק למקרה בו הנפטר הביע רצונו המפורש בחייו, וכי אין לקבל כל "תחליף" להבעת רצון מפורשת כאמור. זה אכן הדין במספר מדינות (אנגליה, בלגיה, ספרד וחלק ממדינות ארה"ב), הדורשות בין היתר הסכמה בכתב של האדם להתרת שימוש בזרעו לאחר מותו. ראוי להדגיש כאן כי מדינות לא מעטות אוסרות לחלוטין שימוש בזרע לאחר המוות, גם מקום שהנפטר הביע רצונו המפורש לכך (גרמניה, צרפת, שבדיה, הונגריה, סלובקיה וקנדה), וזאת מתוך שיקולים חברתיים-אתיים (ראו פסקה 24 לחוות דעת חברתי השופטת חיות; פסקה 16 להנחיית היועץ; עמ' 44 לדו"ח הוועדה הציבורית; דולב-הקר-בועז 40).

10. הנחיית היועץ הסתייגה משתי הגישות הנ"ל - הן מהגישה האוסרת לחלוטין שימוש בזרע לאחר המוות והן מהגישה המגבילה שימוש כזה למקרים בהם ניתנה על ידי הנפטר בחייו הסכמה בכתב לשימוש בזרעו לאחר מותו. ההנחיה אפשרה שימוש בזרע לאחר המוות גם על יסוד הרצון המשוער של הנפטר (presumed consent). בזה היה עיקר חידושה של ההנחיה, שהרחיבה את האפשרות של שימוש בזרע לאחר המוות מעבר לגישות שנהגו אז והנוהגות עדיין כיום במרבית מדינות העולם, כמצוין לעיל. גישה זו נומקה בין היתר כך -

"כיון שבמהלך הדברים הרגיל, אדם בריא לא נדרש כלל לשקול סוגיה זו, לגבש ולהביע דעתו לגביה, הרי עצם העובדה שלא הביע רצונו המפורש בעניין זה, אין משמעה בהכרח שלא רצה בכך. בנסיבות אלה אין לפרש העדר הבעת הסכמה מראש כהתנגדות דווקא, זאת לעומת אדם חולה היודע שיומו קרוב ואינו מתייחס לסוגיה מפורשות. דרישה של הסכמה מפורשת כתנאי להתרת השימוש בזרע לאחר המוות, תוצאתה הייתה שבחלק הארי של המקרים לא יותר שימוש, כאשר סביר להניח שבכך נפעל במקרים רבים בניגוד לרצונו של הנפטר..."

... יישום דווקני של גישה זו מדגיש את נקודת התורפה שלה, כי דווקא בדרך זו, ייאסר - כך הדעת נותנת - גם שימוש בזרעו של מי שהיה חפץ בכך בכל מאודו, או לכל הפחות לא היה מתנגד לכך, אלא שבדרך הטבע לא נזקק להביע את רצונו לעניין זה, ובכך עלולה גישה זו להוביל לתוצאה שברוב המקרים לא יכובד למעשה רצונו האמיתי של המת" (פסקאות 13 ו-16 להנחיה).

11. הרחבת ההיתר לשימוש בזרע לאחר המוות נעשתה אפוא על ידי ההכרעה העקרונית לפיה ניתן להסתמך על "רצון משוער" של הנפטר כתחליף ראוי לרצון מפורש (הסכמה מדעת), וזאת בנסיבות בהן ניתן לבסס היטב מבחינה עיונית-ראייתית רצון זה.

ראוי להעיר כי כאשר מדובר ב"רצון משוער" של הנפטר, התיבה "משוער" אין משמעה קביעת פיקציה לגבי רצונו של הנפטר אלא בהתחקות אחר רצונו האמיתי של הנפטר מקום שנעדרות ראיות ישירות ומפורשות באשר לרצונו. אינדיקציות כלליות וספציפיות לגבי רצונו המשוער של אדם עשויות להוות תחליף ראוי לרצונו המפורש, מקום שהן מעוגנות בניסיון החיים ובתשתית עיונית וראייתית. המשפט מכיר במצבים שונים, כולל בסוגיות הקרובות לענייננו, בהם רצונו של אדם נקבע לא רק לפי הבעת רצון ישירה ומפורשת. כך למשל קובע סעיף 14(א) לחוק זכויות החולה לענין הצורך

ב"הסכמה מדעת" לצורך מתן טיפול רפואי, כי "הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות". כך גם בחוקים שונים נקבע רצונו של אדם לפי "אומד דעתו" (ראו למשל: סעיף 54(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; סעיפים 16 ו-23 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979; וסעיף 23 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967). ואכן, בהקשר הקרוב לענייננו, בענין מחלוקת שנתגלעה בין הורים לבין אלמנת בנם שנפטר בנוגע למצבה שהציבה האלמנה על קברו ובאשר לכיתוב שעליה, העדיף בית משפט זה, בעיקרם של דברים, את עמדת האלמנה, ובין היתר נאמר שם -

"מקובל על הכול, והדבר אינו שנוי במחלוקת, כי העיקרון המנחה בסוגיה אנושית דתית רגשית זו הוא עקרון היסוד של 'כבוד האדם'. זכות יסוד זו נקבעה מימים ימימה בפסיקתו של בית-משפט זה, ועם קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הייתה היא לזכות יסוד הכתובה עלי ספר החוקים...

ואף זו הלכה פסוקה היא, כי 'כבוד האדם' בענייננו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר; כל אלה, כל עוד הדבר אינו נוגד את טובת הכלל או פוגע ברגשות או אינטרסים לגיטימיים של הזולת...

במקרה שלפנינו חשיבות מיוחדת צריך שתהא לרצונו של הנפטר, המפורש או המשוער; כלל גדול בידינו, כי 'מצווה לקיים דברי המת' (כתובות, סט, ב[ה]; גיטין, יד, ב[ו]), ועיקרון זה חשיבות רבה לו בעיני המחוקק..." (ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פסקאות 11-12 (3.6.1993), ההדגשות אינן במקור).

12. חשוב להדגיש כי בנוגע לסוגיה דנן, שאלת רצונו המשוער של הנפטר אינה מתמצה בשאלה, האם הנפטר רצה בילדים? בהקשר לסוגיה דנן שאלת רצונו המשוער של הנפטר מתפצלת לשתי שאלות נפרדות ומצטברות, שרק מענה חיובי על שתיהן יקיים את הדרישה לקביעת רצונו המשוער של הנפטר לענייננו: האחת, האם הנפטר רצה בהבאת צאצאים לעולם? והשנייה, בהנחה שכן, האם רצונו זה של הנפטר מתקיים גם בנוגע למצב של הבאת ילדים מזרעו לאחר מותו? על שאלה אחרונה זו יש להשיב בהתייחס לשני מצבים שונים: בהתייחס להבאת ילד לעולם מזרעו עם בת זוגו לחיים, ובהתייחס לאפשרות של הבאת ילד לעולם מזרעו לאחר מותו מאישה זרה, כאשר לא הייתה לו בת זוג בחייו. אתייחס להלן בקצרה לכל אחת מהשאלות.

13. השאלה הראשונה היא כאמור, האם הנפטר רצה בצאצאים בחייו, או שמא הוא נמנה על אלה (שבמדינת ישראל הם מיעוט קטן) אשר מסיבות עקרוניות או אחרות אינם חפצים כלל בילדים? לשאלה זו ניתן בדרך כלל להשיב ללא קושי, בעיקר כאשר לנפטר הייתה בת זוג קבועה, שכן סביר מאוד להניח כי הנפטר ביטא רצונו בענין זה - לחיוב או לשלילה - בפני סביבתו הקרובה, ובמיוחד בפני בת זוגו שותפתו לחיים, וממילא ניתן יהיה בדרך כלל לקבל עדויות ישירות וברורות לגבי עמדתו בשאלה זו. ואכן, גם במקרה דנן לא הייתה כל מחלוקת כי הנפטר (ש.מ) רצה להביא ילדים לעולם יחד עם אשתו, המערערת, ולגדלם. כל הסובבים אותו - אלמנתו (המערערת), הוריו (המשיבים) וחבריו - העידו על כך ללא היסוס.

14. השאלה השנייה - בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא חיובית, עולה השאלה, האם הנפטר היה רוצה בהבאת ילד לעולם מזרעו גם לאחר מותו? בניגוד לשאלה הקודמת, התשובה לשאלה זו אינה פשוטה למענה כלל ועיקר. רצונו של אדם להביא ילדים לעולם בחייו, ילדים אותם יגדל כהורה פעיל, אין בה כדי ללמד בהכרח על רצונו להביא לעולם ילדים מזרעו גם לאחר מותו, ילדים אותם לא יכיר ולא יגדל (דולב-הקר-בועז 43, וראו גם ממצאים אמפיריים המובאים במאמרם של יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" הצפוי להתפרסם בעיוני משפט לט 661, 665 (2016), להלן: דולב וטריגר).

יתרה מזו, בעוד השאלה לגבי עצם הבאת ילדים לעולם היא שאלה המעסיקה כל זוג הקושר את חייו ומנהל חיים משותפים, ובני הזוג משתפים בדרך כלל את סביבתם הקרובה ברצונם (לכאן או לכאן) לענין זה, הרי שברגיל אדם לא מעסיק עצמו ואת סביבתו בשאלה של הבאת ילד לעולם לאחר מותו (למעט לעתים במקרה של חולה נוטה למות). כיוון שכך, אף שאין אמנם לפרש את עצם העובדה שהנפטר לא גילה דעתו במפורש לענין זה בחייו כהתנגדות דווקא, עדיין בהעדר הבעת עמדה מפורשת מצד הנפטר בחייו, קשה להתחקות אחר רצונו לאחר מותו, וממילא יקשה לכאורה ליחס לו רצון משוער להבאת ילדים לעולם לאחר מותו.

15. בצומת זה מתפצלת התשובה לשאלה השנייה בין שני מצבים: בין מקרה בו הייתה לנפטר בת זוג קבועה לבין המקרה בו לא הייתה לנפטר בת זוג כאמור.

במקרה שהנפטר היה נשוי או שהייתה לו בת זוג קבועה, עמה חלק את חייו ואת רצונו להביא ילדים לעולם (זו כאמור הנחתנו מהשאלה הראשונה), קיים בסיס עיוני-

אמפירי איתן להניח כי הנפטר היה נותן הסכמתו להבאת ילד לעולם מזרעו לאחר מותו עם בת זוגו, ככל שבת זוגו מעוניינת בכך, וכי שימוש כזה בזרעו ישקף את רצונו ("רצון משוער"). בנסיבות כאמור, גם אם נניח כי הרצון להמשכיות כשלעצמו לא היה בעל משקל מכריע בשיקולי הנפטר, עדיין סביר יותר להניח כי אדם שרצה ילדים בחייו עם בת זוגו, היה רוצה, או למצער מסכים לבקשתה ולרצונה של בת זוגו להביא ילד מזרעו לאחר מותו, ילד שממילא ביקש להביא עמה לעולם בחייו. גם מחקרים אמפיריים תומכים במסקנה זו (ראו בפסקה 27 לפסק דינה של חברתי השופטת חיות לגבי מחקרים אמפיריים שנערכו לאחרונה בארצות הברית, וכן ראו ממצאים דומים בישראל אצל דולב וטריגר, 663-665).

ראוי לשים לב כי לבת הזוג יש לענין זה "תפקיד" כפול (בהמשך אעמוד על "תפקיד" שלישי). האחד, בהיבט הראייתי - כאדם הקרוב ביותר לנפטר ובוודאי בכל הנוגע להבאת צאצאים לעולם, בידה להעיד טוב יותר מכל אדם אחר (לרבות הוריו) על רצונו המפורש או המשוער של בן זוגה לענין רצונו בהבאת ילדים לעולם, לרבות ולאחר מותו. והשני, בהיבט המהותי - כגורם בעל משקל משמעותי בשיקולי הנפטר לענין רצונו והסכמתו לשימוש בזרעו לאחר מותו על ידי בת זוגו עמה ביקש בחייו להביא ילדים לעולם ולגדלם. בנסיבות כאלה, כאשר בת הזוג מעוניינת להביא ילד לעולם מזרעו של בן זוגה המת, הנחת קיומו של "רצון משוער" של הנפטר אינה הנחה פיקטיבית או ספקולטיבית אלא הנחה המבוססת כאמור היטב במציאות החיים. על כן, שלילת השימוש בזרע לאחר המוות בנסיבות כאלה היא דווקא זו שעלולה להוביל לכך שרצונו של הנפטר לא יכובד, במרבית המקרים לפחות. עם זאת, מדובר בהנחה הניתנת לסתירה, ככל שיימצאו אינדיקציות ממשיות המטילות ספק ברצונו של הנפטר לשימוש בזרעו לאחר מותו, גם עם בת זוגו.

לעומת זאת, מקום בו הנפטר לא היה נשוי ולא הייתה לו בת זוג קבועה עמה חלק את חייו, ואין גם כל ביטוי מפורש של הנפטר בחייו באשר לרצונו להביא ילדים לעולם מזרעו לאחר מותו, הנחת קיומו של רצון משוער של המת לנטילת זרעו לאחר מותו ולהבאת ילדים לעולם מזרע זה על ידי הפריית אישה זרה בה לא בחר, תהא לוקה הן בהיבט הראייתי והן בהיבט המהותי. בנסיבות כאלה אין כל בסיס, אמפירי או עיוני, לביסוס הנחה כללית לפיה אדם חפץ שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו להבאת ילדים לעולם, אותם לא יראה ולא יגדל, ומאשה שלא הוא בחר, וזאת גם אם יש אינדיקציות לכך שהוא חפץ להיות אב בחייו. קביעת הנחה כללית כזו תהא מהלך ספקולטיבי מרחיק-לכת, הנעדר עיגון בניסיון החיים או בסיס מחקרי כאמור, ועלול להוביל,

במקרים רבים, למצב בו נפעל בניגוד לרצונו של הנפטר. קביעת עמדה בשאלת רצונו של נפטר בקשר עם הסוגיה דנן ובכלל מחייבת זהירות רבה, ונדרש כי ייצוג רצונו של המת יהא אכן "ייצוג אמת" ולא מסווה לרצונם של אחרים (בירנהק 61, וינרוט שם). מאחר ומדובר בפעולה הטעונה מלכתחילה הסכמה, הנטל להוכיח כי זה אכן רצון המת מוטל על הטוען לכך, ובנסיבות כאלה אין הנחה ספקולטיבית יכולה לשמש תחליף ראוי וסביר להסכמה מדעת.

16. אזכיר לבסוף את תקנה 10 לתקנות הפרייה חוץ גופית, שכבר נזכרה לעיל. תקנה זו, שכותרתה "ביציות של נפטרות", קובעת כי -

10. (א) בביצית שניטלה מאשה נשואה שנפטרה לא ייעשה שימוש.
- (ב) ביצית שניטלה מאשה נשואה שבעלה נפטר תיתרם בהסכמתה.
- (ג) בביצית מופרית שנוצרה מביצית זרע של זוג נשוי שנפטר אחד מהם ינהגו כלהלן:
- (1) נפטר הבעל - יחולו הוראות תקנה 8(ב)(2);
- (2) נפטרה האשה - לא ייעשה שימוש בביצית המופרית.
- (ד) ביצית, לרבות ביצית מופרית שניטלה מאשה פנויה שנפטרה, לא תישתל באשה אחרת אלא אם כן, טרם פטירתה, נתנה התורמת הסכמה לתרומת הביצית."

עולה אפוא מהאמור כי ההסדר החוקי לגבי שימוש בביצית לאחר המוות הוא מחמיר בהרבה לעומת ההסדר לגבי שימוש בזרע לאחר המוות. הדין אוסר לחלוטין שימוש לאחר המוות בביצית שניטלה מאשה נשואה שנפטרה (תק' 10(א)), ואילו בנוגע לביצית שניטלה מאשה פנויה שנפטרה, נדרשת הסכמה מפורשת שניתנה טרם פטירה (תק' 10(ד)). פער זה בין שימוש בזרע לשימוש בביצית לאחר המוות, שאינו בהכרח מוצדק, מחייב אף הוא גישה מצמצמת באשר להסדר שיחול על שימוש בזרע לאחר המוות לשם צמצום אי השוויון. יצוין לענין זה כי בדו"ח הוועדה הציבורית ההמלצות לגבי שימוש בביצית לאחר המוות זהות בעיקרן להמלצות לגבי שימוש בזרע לאחר המוות (עמ' 49-50 לדו"ח).

17. מכלול שיקולים אלה הוא בעיקרם של דברים התשתית המשפטית-רעיונית העומדת ביסוד ההסדר שנקבע בהנחיה - אשר אומץ לאחר מכן בחוזר המנכ"ל, בדו"ח הוועדה הציבורית ובתזכיר החוק - והוא העומד גם ביסוד עמדתי בערעור שלפנינו.

בהתאם להסדר זה, שימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו ייעשה לפי הוראות שהותיר (בסייגים שאינם לענייננו כאן), ככל שהותיר הנחיות מפורשות בכתב לענין זה, או שישנן אינדיקציות ברורות באשר לרצונו (כגון הפקדת זרע של חולה נוטה למות תוך ביטוי רצונו, גם אם לא בכתב, באשר לשימוש שייעשה בו). ככל שהנפטר לא ביטא את רצונו המפורש, בכתב או בדרך אחרת, לענין נטילת זרע ממנו לאחר מותו ושימוש בו, השימוש בזרע יתאפשר רק לפי בקשת בת זוגו - ולא איש זולתה, לרבות הורי הנפטר או קרובים אחרים - ולצורך הפרייתה היא, וזאת בהעדר אינדיקציות ממשיות המלמדות שהנפטר היה מתנגד לשימוש כזה. כנגזרת מכך נקבע גם כי אין ליטול זרע מן הנפטר אלא לפי בקשת בת זוגו.

18. פריצת המגבלה שנקבעה, של שימוש בזרע נפטר רק על ידי בת זוגו כאמור, עלולה לחייב הכרעות ערכיות על ידי בתי המשפט במגוון שאלות רגישות, וזאת בהעדר עוגן חוקי ובסיס משפטי עיוני כמפורט לעיל. פריצה כזו עלולה גם להוביל להתרת הרסן ולמצב בו לא ניתן יהיה להתוות את גדריו של תחום מורכב ורגיש זה, ופסיקותיהם של בתי המשפט למשפחה במספר מקרים, לרבות במקרה דנן, יוכיחו (ראו פירוט בסעיפים 24 ו-30 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה העדכנית לגבי המקרים בהם סטו בתי המשפט מההסדר בהנחיה, וכן ראו לאחרונה הרחבה נוספת בתמ"ש 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (27.9.2016)). ודוק: גישות אחרות לגבי גבולותיו וגדריו הראויים של ההסדר הנוגע לשימוש בזרע נפטר הן כמובן לגיטימיות, אלא שכל הרחבה מעבר להיתר לבת הזוג יש בה לדעתי משום חריגה מגבולות הדין המצוי, והיא ענין למחוקק לענות בו -

“ואולם דווקא מורכבות הסוגיה מחייבת הסדרתה בחוק. מלאכתו של בית המשפט אינה קלה ואין זה ראוי להתירה במלואה בידיו. על אף יתרונותיה של ההכרעה שיפוטית, המתאימה להכריע במקרה המונח לפניו לאור מאפייניו הייחודיים, חסרה לה היכולת לעצב את הדין באופן כולל וקוהרנטי. שמירת מעמדו של בית המשפט אף היא מחייבת כי נמנע ממנו לעשות את העבודה השחורה ולהיקלע לעין הסערה. משפחה, הורות וטכניקות הולדה מלאכותיות מעוררות מחלוקות במגוון מישורים, היעדר חקיקה יוצר עמימות ומהווה פתח לסכסוכים והתדיינות משפטיות. ממגוון טעמים אלה עולה כי אין זה ראוי, כמדיניות כוללת, להותיר את משימת ההסדרה לבית המשפט ויש לשאוף להסדר חוקי” (רות זפרן “המשפחה בעידן הגנטי - הגדרת הורות

בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים
ב 223, 230 (תשס"ו). ההדגשה במקור).

מסקנה זו מתחייבת לדעתי גם מהכלל לפיו קביעת "הסדרים ראשוניים" טעונה
חקיקה ראשית (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); יואב
דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות", משפטים מב 379 (2012)).

19. להשלמת התמונה אציין כי הנחיית היועץ נתנה אמנם משקל מרכזי ומכריע
לשאלת רצונו (המפורש והמשוער) של הנפטר, אך היא נתנה משקל גם לאינטרס של בת
הזוג ולערכי החברה, כשיקולים נפרדים ונוספים לרצון הנפטר. לענין זה נאמר בהנחיה
בין היתר כי -

"9. עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבוססת בעיקרה על
שני יסודות מרכזיים: האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע
מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו;
והשני, רצונה של בת זוגו של הנפטר בהמשכות שאיפתם
המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף
לשניהם...

10. עמדתו של הפרט, אשר בזרעו מתבקש השימוש לאחר
מותו, אינה מהווה גורם בלבדי לצורך גיבוש העמדה
בסוגיה, כי אם גורם אחד בין 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 יינתן לכך משקל מכריע. אולם, בהעדר
אינדיקציה להתנגדות כאמור, ובמצב בו בת הזוג מעוניינת
בהולדת ילד מזרעו של הנפטר, ראוי יהיה להתיר לה
שימוש זה.

11. ... לבת זוגו החיה, המייחלת לילד מזרעו יש אינטרס
חזק ומוכח, הן באשר להבאת ילדים לעולם מזרעו של
הנפטר, שעמו נקשרה בחייו, והן באשר לשימור זכרו
ולהנצחתו בדרך זו."

ביסוד הענקת משקל לרצונה של בת הזוג, בנפרד מהגשמת רצונו של הנפטר,
עומדת התפיסה לפיה לבת הזוג יש זכות להורות יחד עם בן זוגה הנפטר עמו קשרה את
חייה ב"פרויקט משותף" של חיים משותפים כבני זוג והקמת משפחה (ענין נחמני 685).
הורות משותפת היא מרכיב מהותי ומרכזי בשותפות זו ובחירה משותפת של שני בני

הזוג. לפיכך קיים אינטרס של בת הזוג - העומד בפני עצמו - להגשים את השותפות הזו ואת ההבטחה המשותפת הגלומה בהם, שנקטעה על ידי מות בן זוגה, וזאת מעבר למחויבות להגשמת רצונו של הנפטר. עם זאת, האינטרס והרצון כאמור של בת הזוג אין בו כמובן כדי ליתר את כיבוד רצון הנפטר או לגבור עליו, ומקום שקיימת אינדיקציה לכך ששימוש בזרע לאחר המוות על ידי בת הזוג אינו תואם את רצונו של הנפטר, לא יהא ברצון ובאינטרס של בת הזוג כשלעצמם כדי לבסס שימוש בזרע. כוונת הדברים לעיל היא אך כי הרצון והאינטרס של בת הזוג הם בגדר שיקול נוסף המחזק ומשלים את רצונו המשוער של הנפטר.

עם זאת, לדעתי לצורך ביסוס ההסדר האמור לעיל בסוגיה הנדונה דיינו בתשתית המשפטית-רעיונית המבוססת על כיבוד רצונו של הנפטר - המפורש והמשוער - כאשר מעמדה של בת הזוג לענין זה נבחן אך באספקלריה זו, הן בהיבט הראייתי והן בהיבט המהותי של משקל רצונה של בת הזוג לענין קביעת רצונו המשוער של הנפטר, כמפורט לעיל. תשתית זו מעוגנת היטב בעקרונות משפטיים מוכרים ומבוססים היטב בחקיקה הישראלית (כיבוד האוטונומיה של הפרט, הצורך בהסכמה מדעת וכיבוד רצון המת) ובכללים ראייתיים מקובלים. לעומת זאת, השיקולים המתייחסים לאינטרס העצמאי של בת הזוג, ולערכים החברתיים הכרוכים בסוגיה רגישה זו, אף שהם אינטרסים ראויים בעיני להכרה ולמשקל, הרי שהם מעוררים שאלות לא פשוטות ומהווים הכרעה ערכית בסוגיה מורכבת ורגישה שמן הראוי להותירה למחוקק (ראו פסקה 2 ו-18 לעיל).

ומן הכלל אל הפרט

20. עם כל האמפטיה וההבנה ללבם של ההורים השכולים, המקרה שלפנינו אינו נופל ולו בקירוב בגדרו של ההסדר שנקבע. המערערת, אשתו ובת זוגו של המנוח, לא רק שאינה מבקשת לעשות שימוש בזרעו לשם הפרייתה היא, אלא שהיא גם מתנגדת לשימוש אחר בזרע מתוך שהיא משוכנעת שהמנוח לא רצה שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו להפריית אישה אחרת.

ראוי לציין כאן כי גם לפי הגישה המרחיבה יותר של פרופ' אסא כשר בדו"ח הוועדה הציבורית - דעה שהייתה דעת מיעוט בוועדה וגם לא אומצה בתזכיר החוק - יש לאפשר להורים לעשות שימוש בזרע בנם הנפטר רק מקום בו הנפטר לא היה נשוי ולא הייתה לו בת זוג קבועה עובר לפטירתו (עמ' 46-48 לדו"ח).

21. המועד לבחינת רצונו של הנפטר, ככל שלא ביטא את רצונו באופן מפורש באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו, הוא המועד עובר לפטירתו ובהתייחס לנסיבות ששררו באותה עת. מובן מאליו כי לא ניתן לייחס לאירועים שאירעו במועדים מאוחרים למועד זה משקל או השפעה על רצונו של הנפטר טרם פטירתו.

העדויות בענייננו עליהן נסמכו הערכאות קמא לקביעת "רצונו המשוער" של המנוח התייחסו כולן לרצונו של הנפטר בצאצאים בחייו ויחד עם אשתו (המערערת). העדים השונים, לרבות הורי המנוח (המשיבים), העידו על האהבה העזה ששררה בין המנוח למערערת ועל כך שהמנוח והמערערת ביקשו להביא יחדיו ילדים לעולם. למנוח היה חלום, בו שיתף את סביבתו הקרובה, על "ילדה ג'ינג'ית" שתיוולד לו ולמערערת (שניהם ג'ינג'ים) אותה יגדל ואתה ירוץ על החוף. לעומת זאת, איש מהעדים לא העיד על התבטאות כלשהיא של המנוח, או על כל אינדיקציה אחרת מצדו, המתייחסות לאפשרות של הבאת ילדים לעולם לאחר מותו, מהן ניתן להסיק על רצונו בצאצאים לאחר מותו, ובוודאי שאין בעדויות כל אינדיקציה לרצונו או להסכמתו של המנוח לשימוש בזרעו להבאת צאצאים מאישה אחרת אותה לא בחר ולא הכיר. מנגד, העידה המערערת, אשתו ובת זוגו של המנוח לאורך שנים לא מעטות, כי שניהם רצו ותכננו להביא לעולם ילדים משותפים, וכי המנוח רצה ילדים דווקא איתה ולא עם אחרת זולתה ("הוא רצה ילדים ממני והיה מתפלץ שאישה זרה תביא את ילדיו" - עמ' 26 לעדותה בערכאה ראשונה).

22. בנסיבות אלה לא היה אפוא כל בסיס ראייתי בפני הערכאות קמא לבצע את "הדילוג" המחשבתי-ראיתי ולהשליך מהעדויות על רצונו של המנוח בילדים בחייו (אף אם לא נייחס משקל יתר לעדות המערערת לגבי רצונו בילדים רק ממנה) לגבי רצונו בילדים גם לאחר מותו, ילדים שלא יכיר ולא יגדל, ובוודאי כאשר מדובר בילדים מאישה זרה ובניגוד לרצון אשתו אותה אהב לדעת הכל. ייחוס "רצון משוער" כזה למנוח נעדר אפוא כל בסיס ראייתי ואין לו על מה שיסמוך.

23. סוף דבר: נוכח מכלול השיקולים המפורטים לעיל אני סבור כי עלינו לאמץ ולאשר את ההסדר שנקבע לענייננו בהנחיית היועץ, שעיקרו בכך כי מקום שנפטר לא הותיר הנחיות מפורשות, בכתב או בדרך אחרת, נטילת זרעו לאחר מותו ושימוש בזרעו יתאפשרו רק לפי בקשת בת זוגו ולשם הפרייתה היא, וזאת בהעדר אינדיקציה המלמדת שהנפטר היה מתנגד גם לשימוש כזה. איש זולת בת הזוג - לרבות הורי הנפטר או

קרוביו האחרים - אינו זכאי לבקש הוצאת זרע מן הנפטר או שימוש בו לשם הפריית אישה אחרת או לכל שימוש אחר.

בהתאם לכך אני מצטרף אפוא לתוצאה האופרטיבית המוצעת על ידי חברתי השופט חיות, לפיה יש לקבל את הערעור ולבטל את פסקי הדין של הערכאות קמא ולקבוע כי ההורים אינם רשאים לעשות שימוש בזרע המנוח לשם הפריית אישה אחרת.

ש ו פ ט

סיכומם של דברים – הוחלט ברוב דעות (השופטים א' חיות, י' דנציגר, י' עמית ו-מ' מזוז) כנגד דעתו החולקת של השופט ח' מלצר לקבל את הערעור ולבטל את פסקי הדין של הערכאות קמא ללא צו להוצאות.

כמו כן, נפסק ברוב דעות (השופטים א' חיות, י' דנציגר, י' עמית ו-מ' מזוז) כי מקום שבו נפטר אדם שהייתה לו בת זוג קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו לעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיומו של "רצון משוער" של הנפטר להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו. לכן, ככלל, תהא בת הזוג ולא איש מלבדה – לרבות הורי הנפטר – רשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפריית היא.

ניתן היום, כ"ב בכסלו התשע"ז (22.12.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט