

## תרומה מן המת: איברי גוף מול תוצרי גוף – לקראת מסגרת נורמטיבית וביואתית מאחדת

מאת

עדי פרידמן\* ושגית מור\*\*

### תקציר

מאמר זה מבקש להציג מסגרת ביואתית מאחדת לדיון בשתי זירות של התפתחויות טכנולוגיות רפואיות הנתפסות כנפרדות אך יש להן הרבה מן המשותף: האחת עוסקת בהשתלת איברים שניטלו מן המת – לצורך הארכת או הצלת חיים של אחר; האחרת עוסקת בשימוש בתוצרי גוף מן המת – זרע או ביצית – לצורך הולדה ויצירת חיים. המאמר מבקש לבחון מה ניתן ללמוד מהדיון המשותף והאם שתי הזירות יכולות להתכנס תחת מסגרת נורמטיבית אחת. נפתח עם דיון מעמיק בתפיסת המוות הרווחת בחברה המערבית הרואה את המוות כסופיות ונציע תפיסה אחרת של המוות – כביטוי להמשכיות אישית, משפחתית וחברתית. לאחר מכן נציג את כל אחת מהזירות ואת המסגרת הנורמטיבית המסדירה אותה. נראה כי בעוד שזירת האיברים המוסדרת בחקיקה נוקטת באופן רשמי את גישת opt-in, שלפיה תרומת איברים מאדם תלויה בהסכמתו מראש, בפועל רצונו מוכפף לרצון משפחתו. לעומת זאת זירת תוצרי הגוף, שהסדרתה חלקית, פועלת לפי העקרונות של הסכמה משוערת או רצון משוער המבוססים בפועל על היגיון של opt-out, המניח שאדם שרצה ילדים בחייו ירצה ילדים מתוצריו לאחר מותו. בהמשך לכך נראה כי שתי הזירות חולקות קווים משותפים מבחינת תפיסת החיים והמוות, שאלת המחסור והמשאבים המוגבלים, וכן הבניית היחסים והאינטרסים בין רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה. נטען כי על אף ההבדלים בין ההסדרים הקיימים, ככולם מעמדו של רצון הפרט ועקרון האוטונומיה נסוגים מפני מקומן של המשפחה וההלכה, ואילו אינטרס המדינה בקיומה של הסדרה ראויה ובעידוד התרומה מן הנפטרת/ת נחלש עד נמוג. בחלקו האחרון של המאמר נציע מסגרת ביואתית מאחדת ביחס לשתי הזירות הנחקרות. תחילה נציע מסגרת תאורטית הנשענת על רעיון

\* ד"ר עדי פרידמן היא חברה במרכז לבריאות משפט ואתיקה.

\*\* פרופסור שגית מור היא ראש המרכז לבריאות משפט ואתיקה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

אנחנו מודות לקוראת/ה האנונימית/ולמערכת "עיוני משפט" על הערות מועילות ועבודה קפדנית על המאמר.

ההון החברתי, שלטענתנו מחזק את היחיד ואת הקולקטיב גם יחד, מגביר את האמון ואת הסולידריות, ותואם את תפיסת המוות כהמשכיות אישית, משפחתית וחברתית. לאחר מכן נטען כי ברובד הנורמטיבי-הרגולטורי יש לקדם כיווני הסדרה המתיישבים עם הניתוח שערכנו עד כה. לשם כך נציג שני מנגנונים מעשיים: הראשון הוא רעיון "הצוואה הביולוגית" שיאפשר לכל פרט לקבל את ההחלטה המתאימה לו או לה לגבי גורל איברי או תוצרי גופו. השני הוא יצירת מאגר של תוצרי גוף מן הנפטר או הנפטרת שאליו יוכל לפנות כל מי שזקוק/ה לתרומה, בדומה למאגר איברי הגוף הקיים כיום. בשני האפיקים, יש לייצר לטענתנו מנגנונים גמישים הנותנים ביטוי למגוון של העדפות ראויות העומדות בגדר המסגרת האתית והתאורטית שהצבנו.

- 533 מבוא
- 535 א. על החיים ועל המוות
- 535 1. תפיסת המוות – סופיות או המשכיות
- 537 2. שימוש באיברי גוף ובתוצרי גוף מן המת – בין מוות, לידה ולידה מחדש
- 542 3. הביורפוליטיקה של החיים והמוות – הגדרה, בחירה והסדרה
- 544 ב. זירת תרומת איברי גוף מן המת
- 545 1. הצגת הבעיה: מחסור באיברים להשתלה
- 547 2. מסגרת נורמטיבית-חקיקתית
- 551 ג. זירת תרומת תוצרי גוף מן המת
- 552 1. הצגת הבעיה: הימנעות מהסדרה, לחץ המשפחה ומחסור
- 558 2. מסגרת נורמטיבית-רגולטורית
- 558 (א) רבייה באמצעות זרע מן הנפטר
- 562 (ב) רבייה באמצעות ביצית מן הנפטרת
- 565 ד. ניתוח משולב – משולש היחסים: פרט, משפחה ומדינה
- 565 1. רצון הנפטר/ת
- 570 2. מעמד המשפחה
- 576 3. אינטרס המדינה
- 580 4. סיכום – משולש היחסים והאינטרסים
- 581 ה. הצעת מסגרת ביאותית מאחדת
- 581 1. הציור התאורטי: ממתנת חיים להון חברתי, מסופיות להמשכיות
- 582 (א) דחיית רעיון המתנה האלטרואיסטית
- 583 (ב) מסגרת רעיונית מוצעת: הון חברתי
- 585 (ג) הון חברתי ותרומת איברים מן המת
- 587 (ד) הון חברתי ותרומת תוצרים מן המת
- 589 2. הציור הרגולטורי-נורמטיבי: לקראת הסדרה מיטבית

589 (א) כיול מחדש של משולש היחסים: "החייאת" רצון המת ואינטרס הכלל

590 (ב) מסגרת ביואתית – הלכה למעשה

591 (1) צוואה ביולוגית

592 (2) מאגר תוצרי גוף מן המת

593

סיכום

## מבוא

החברה האנושית בימינו חווה תקופה של חדשנות טכנולוגית חסרת תקדים. אחד התחומים המובילים בהתפתחויות טכנולוגיות חשובות ופורצות דרך הוא תחום הרפואה והביו-טכנולוגיה. בזכות התפתחויות אלו, אנשים העומדים למות, שבעבר גורלם היה ודאי, יכולים כיום להיאחז בתקווה לחזור לחיים, ואפשרויות חדשות נפתחות בפני מי שלא יכלו בעבר להוליד ילדים או מי שיקיריהם נפטרו בעודם צעירים, בטרם הולידו דור המשך.

כך, ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום השתלות האיברים מדגימות את כברת הדרך המרשימה שעברה הביו-טכנולוגיה בהקשר של הארכת החיים. שיעורי ההצלחה של ההשתלות השתפרו פלאים בזכות טכניקות ניתוחיות מתקדמות, בזכות שיפור הטיפול בחולה לפני ההשתלה ואחריה והודות לפיתוחן של תרופות המדכאות את המערכת החיסונית של המושתלת. עם זאת, עדיין קיים מחסור כרוני באיברים לתרומה. אנשים מתים בעת ההמתנה לאיברים ואחרים מקבלים את התרומה מאוחר מדי, כאשר מצבם הבריאותי ירוד ביותר, מה שמגדיל את ההסתברות לתחלואה ולתמותה אחרי ההשתלה. מכיוון שהמקור הבלעדי לאיברי השתלה הוא בני אדם, הרפואה נסמכת על תרומה מאדם חי או מת. המחסור בתרומות מזוהה פעמים רבות כגורם המרכזי המגביל את היקף ההשתלות ואת האפקטיביות הטכנולוגית שלהן.

התפתחויות ביו-טכנולוגיות נוספות בעשורים האחרונים אפשרו גם שימור תוצרי גוף דוגמת דם, ביציות וזרע לשימוש מאוחר יותר, אם לשם הצלת חיים ואם לשם יצירת חיים; במקביל, טכנולוגיות הפריון החדשות הצליחו להתגבר על מכשולים ביולוגיים אשר בעבר מנעו מרבים את האפשרות להוליד ילדים. גם בזירה זו ישנו צורך בזרע או בביצית לתרומה בקרב מי שאינם יכולים להביא ילדים לעולם והיא עשויה להיתקל במחסור של ממש בעתיד, עם התגברות המגמה של הסרת האנונימיות מתרומות תוצרי גוף בשם זכותו של אדם לדעת את מקורו וזהותו. במהלך השנים הופיעה טכנולוגיה נוספת המחברת בין שתי אלו: שימוש בתוצרי גוף מן המת – זרע או ביצית שניטלו לפני המוות או לאחרי – באמצעות שאיבה, הקפאה, הפשרה והפריה.

המאמר מבקש לדרן לראשונה בשתי זירות אלה יחדיו – זו המאריכה חיים וזו היוצרת חיים – ולבחון מה ניתן ללמוד מן האחת לאחרת והאם הן יכולות להתכנס תחת מסגרת נורמטיבית אחת. נבקש לטעון כי הבחינה המשותפת מעלה תובנות מרתקות היכולות לסייע בחיזוק הקוהרנטיות של הרגולציה בתחום, לתת מענה לאתגרים הביואתיים העולים מזירות אלו ואף לסייע במציאת פתרון משותף למחסור באיברים ותוצרים.

בפרק הראשון נסקור את מושג המוות, נבחן את השינויים בתפיסות ובאמונות סביבו ונצביע על טשטוש הגבולות שבין החיים למוות הן בחברות מסורתיות והן בחברות עכשוויות.

נראה שההבחנה בין תפיסות מסורתיות, המכירות בקשרים הנמשכים בין החיים והמוות, לבין תפיסות מודרניות, המניחות הפרדה בינארית בין שלב החיים ושלב המוות, הולכת ומיטשטשת, ונבחן את תרומתן של ההתפתחויות המדעיות והרפואיות בתחומי הארכת החיים ויצירת החיים לתהליך זה. עוד נראה כי התפיסות המשתנות בדבר יחסי הגומלין בין החיים והמוות משפיעות על זהותם העצמית והחברתית של החיים וכן על תפיסות חברתיות ותרבותיות בדבר המשכיות אישית, משפחתית וחברתית גם לאחר המוות. לטענתנו תפיסת המוות כהמשכיות תסייע הן ביצירת מסגרת אתית קוהרנטית והן בהבנת המוטיבציות לתרומה ובחזוקן. לסיום פרק זה, נבחן את הביר-פוליטיקה של תרומת איברים ותוצרים מן המת, תוך התייחסות לשחקנים המרכזיים בכל זירה.

בפרק השני נתמקד בזירת תרומת האיברים מן המת, נציג את בעיית המחסור המניעה אותה ואת המורכבויות הנוספות המשפיעות על הסדרתה. מדינת ישראל מחזיקה כיום במודל opt in שלפיו תורם או משפחתו חייבים להביע במפורש את הסכמתם לתרום איברים לאחר המוות. עמדה זו נתפסת כשמרנית יחסית בזירת תרומת האיברים מן המת, שכן היא מעמידה בליבה רצון מפורש ומערימה קשיים ניכרים על השגת איברים לתרומה. הפרק יציג את שורשיה של גישה שמרנית זו ואת מאפייני בעיית המחסור כרקע להצגת המסגרת הנורמטיבית המסדירה את סוגיית תרומת האיברים מן המת בישראל.

בפרק השלישי נתמקד בזירת תרומת תוצרי גוף מן המת, הכוללת שתי זירות משנה: תרומת זרע ותרומת ביצית. נבחן את מאפייניה של כל זירת משנה ונציג את המסגרת הנורמטיבית והאתית המסדירה אותה. בשונה מזירת איברי הגוף, זירת תוצרי הגוף נחשבת מתירנית שכן ישראל מחזיקה במודל הרצון המשוער או ההסכמה המשוערת. כפי שנראה בהמשך, מודל זה הוא בעל יסודות של opt out, שכן הוא מניח, בהיעדר ידיעה אחרת, כי גבר שהיה מעוניין בילדים בחייו יהיה מעוניין שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו לצורך הבאת צאצאים.<sup>1</sup> השימוש בכיציות מן המתה אינו רווח כיום כמו בזרע מן המת, אך ניתן כבר להצביע על תחילתה של מגמה גם בכיוון זה.

במוקד שתי הזירות של תרומת איברים מול תרומת תוצרים מן המת עומדות שאלות משותפות רבות הקשורות במעמדה של אוטונומיית הרצון של הנפטר/ת, מקומה של המשפחה בקבלת החלטות מעין אלה ואינטרס המדינה בצמצום המחסור באיברים ובתוצרים לתרומה, תוך שמירה על מסגרת ביאותית ראויה. עוד הן מבטאות סוגיות יסוד ביחסה של החברה הישראלית לשאלות של ילודה, חיים ומוות המשפיעות על כל אחת מצלעות משולש האינטרסים של פרט-משפחה-מדינה. על אף נקודות הממשק הרבות, עד כה לא נעשתה בחינה משותפת של שתי הזירות.

בפרק הרביעי נציג ניתוח משולב של שתי הזירות, המצביע על הקווים המשותפים להן מבחינת תפיסות החיים והמוות, שאלת המשאבים המוגבלים, וכן הבניית היחסים והאינטרסים בין רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה. נתחיל עם רצון הפרט ומקומו של עקרון האוטונומיה במארג היחסים, נמשיך אל מעמד המשפחה וההשיבות המיוחסת לה בקבלת

1 ראו להלן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" (27.10.2003) (להלן: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה). ההנחיות קיבלו משנה תוקף בשנת 2012 במסגרת המלצות ועדת מור יוסף.

החלטות לעת מוות, ונסיים עם אינטרס המדינה בקיומה של הסדרה ראויה ובעידוד התרומה מן הנפטר/ת.

בפרק החמישי נציע מסגרת ביואתית מאחדת ביחס לשתי הזירות הנחקרות שתסייע במציאת פתרונות משותפים ובקביעת מדיניות סדורה. הדיון ייסב סביב שני צירי דיון מרכזיים; ציר הדיון הראשון הוא הציר התאורטי, ובמסגרתו נצביע על הצורך בשינוי שיחני המבוסס על הבנה אחרת של המוטיבציה לתרומה: ממתנת חיים להון חברתי. נטען כי ייחוס הון חברתי למעשה התרומה יכול לעודד חילופי משאבים חברתיים ובאותה עת ליצור הון חברתי נוסף; זאת, באמצעות חיזוק הרשתות החברתיות המחזקות את היחיד ואת הקולקטיב גם יחד והגברת האמון והסולידריות בין כלל חברי הקהילה.<sup>2</sup> רעיון ההון החברתי מציע הסתכלות אחרת על מערכת היחסים בין הפרט, המשפחה והמדינה ותואם את תפיסת המוות כהמשכיות אישית, משפחתית וחברתית. ציר הדיון השני הוא הציר הרגולטורי-נורמטיבי ובו נציע כיווני הסדרה המתיישבים עם הניתוח שערכנו עד כה, עם קריאתנו ל"החייאת" רצון המת ואינטרס הכלל, לעיגון תפיסת המוות כהמשכיות, ולהטמעת רעיון ההון החברתי. לסיום מאמר זה הוצעו על ידינו שני מנגנונים מעשיים ביחס לשתי הזירות הנחקרות; כל מנגנון שואב את כוחו מהזירה המקבילה לו, תוך התאמה לחסמים האתיים, המשפטיים והחברתיים שעליהם הצבענו. לטענתנו, שני המנגנונים ביחד יקדמו מדיניות קוהרנטית ויוכלו לסייע בצמצום הפערים בין הזירות ובעמידה על איזון מדויק יותר בין רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה. מנגנון אחד מבקש להרחיב את רעיון "הצוואה הביולוגית" ולייצר כלי משפטי פורמלי אך גמיש לעיגון רצון הפרט בשתי הזירות – זירת תרומת האיברים מן המת וזירת תרומת התוצרים מן המת. מטרתו של מנגנון זה היא לאפשר לכל פרט לקבל את ההחלטה המתאימה לו או לה, כולל האפשרות להפקיד בידי משפחתו את ההחלטה בעניין גורל איברי או תוצרי גופו. מנגנון שני הוא יצירת מאגר של תוצרי גוף מן הנפטר או הנפטרת, שאליו יוכל לפנות כל מי שזקוק/ה לתרומה, בדומה למאגר איברי הגוף הקיים כיום; גם שם יש לאמץ מודל גמיש המאפשר לפרטים לעצב את דרכי המשכיותם כרצונם. בשני האפיקים, אם כן, יש לייצר מנגנונים גמישים הנותנים ביטוי למגוון של העדפות ראיות – המצויות בגדר המסגרת האתית והתאורטית שהצבנו.

## א. על החיים ועל המוות

### 1. תפיסת המוות – סופיות או המשכיות

לאורך השנים האמינו חברות טרום-מודרניות שהחיים והמוות שזורים זה בזה והחזיקו בתפיסות הוליסטיות לגבי היחסים בין עולם החיים הגשמי והעולם המטא-פיזי, שמעבר לגשמי, המקשר בין החיים והמוות ורואה בהם מכלול או רצף אחד.<sup>3</sup> תפיסות אלו המשיכו וממשיכות להתקיים בחברות מסורתיות, שבטיות ואחרות המחזיקות בתפיסות רוחניות

2 Robert D. Putnam, *Bowling Alone: America's Declining Social Capital*, 6 J. DEMOCRACY 65 (1995).

3 Sharon R. Kaufman & Lynn M. Morgan, *The Anthropology of the Beginnings and Ends of Life*, 34 ANU. REV. ANTHROPOL 317, 329 (2005).

לגבי משמעות ומהות החיים, ומקיימות טקסים הקשורים בהולדה ובאבלות המבטאים הכרה בקשרים שבין החיים והמוות.<sup>4</sup>

המחקר האנתרופולוגי מראה שמערך השמירה של זיכרון המתים משפיע על זהותם העצמית והחברתית של החיים, בכל חברה שהיא. מחקרים רבים הראו צורות שונות של המשכיות מערכות היחסים בין החיים למתים.<sup>5</sup> האנתרופולוג הוותיק רוברט הרץ, שהתווה את הדרך למחקר בתחום, הראה שמשמעות המוות אינה בהכרח סופיות קיומו של אדם, אלא זהו אירוע חברתי-טקסי של מעבר אל החיים שלאחר המוות – אל לידה מחדש.<sup>6</sup> כך, למשל, נמצא שבקרב שבט ה-Matsigenka, בדרום-מזרח פרו, המתים מחזיקים בעמדת כוח על פני החיים,<sup>7</sup> ואילו תרבות האבל של הרומא (צוענים) במרכז צרפת מורה דווקא על מחיקת זהותו של המת.<sup>8</sup> לעומתם, מנהגי האבל ביהדות שומרים על קשר מתמשך בין החיים למתים באמצעות טקס אזכרה שנתי המייצר מערכת יחסים חדשה עם הנפטר ומחזק את הזיכרון.<sup>9</sup> מנהגי קבורה אחרים מחברים בין המתים לחיים באמצעות טיפול בקבר, שתילת צמחים, תחזוקה ושיח עם המת.<sup>10</sup> כל אלו הן צורות שונות של יחסים בין המתים לחיים המעידות על משמעותו החברתית של המוות ועל המשך קיומו החברתי של הנפטר גם לאחר מותו הביולוגי.

לעומת התפיסות המסורתיות, חברות מערביות מודרניות ביססו את יחסן למוות על מדע ורציונליות, והחזיקו בגישה חדשה המניחה חלוקה בינארית בין החיים למוות שלפיה המוות הביולוגי הוא סופם המוחלט של החיים, ולנפטר אין עוד השפעה על עולמם של החיים.<sup>11</sup> גישה בינארית זו זכתה לביקורת ולמבט מחודש מכמה כיוונים. ראשית, מחקרים אנתרופולוגיים, סוציולוגיים ופסיכולוגיים הראו שלמוות יש משמעות תרבותית-חברתית משתנה המשפיעה על זהותם העצמית והחברתית של החיים ועל תפיסת יחסי הגומלין בין מצבי החיים והמוות.<sup>12</sup> גם תאוריית השכול המודרנית גורסת שאבל הינו תהליך מתמשך אשר אינו מסיים את מערכת היחסים עם האדם שנפטר אלא מתאים אותה למציאות החדשה שלאחר אירוע המוות.<sup>13</sup> בתהליך זה, מי שנותר בחיים מתמודד עם יצירת נרטיב חדש, ברמה האישית והבין-אישית כאחת. האתגר של תהליך האבל הוא לחפש דרכים משמעותיות לשימור המשך הקשר עם המנוח, באופן שיוביל לשינוי רגשי ויעזור לנתינת משמעות חדשה

4 שם, בעמ' 323.

5 GLENNYS HOWARTH, DEATH AND DYING: A ;329 'בעמ' 3, לעיל ה"ש 3, Kaufman & Morgan 216 (2007) SOCIOLOGICAL INTRODUCTION.

6 ROBERT HERTZ, *DEATH AND THE RIGHT HAND* (Claudia Needham & Rodney Needham trans., 1960).

7 שם.

8 Kaufman & Morgan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 323.

9 SAMUEL C. HEILMAN, WHEN A JEW DIES: THE ETHNOGRAPHY OF A BEREAVED SON 120 (2002).

10 Kaufman & Morgan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 320.

11 HOWARTH, לעיל ה"ש 5.

12 Kaufman & Morgan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 329.

13 DENNIS KLASS, PHYLLIS R. SILVERMAN & STEVEN L. NICKMAN, CONTINUING BONDS: NEW UNDERSTANDING OF GRIEF (1996).

לתפיסה העצמית של האדם ולקשריו החברתיים.<sup>14</sup> מכאן שהליך האבל מתחיל מצב חדש שילווה את המתאבל כל חייו,<sup>15</sup> והוא עשוי להוביל אותו לבנייה עצמית וחברתית.<sup>16</sup> המעבר למודל של קשרים מתמשכים בין המתים לחיים הולך וצובר תאוצה במערב, ומשמעותו היא יצירת ביוגרפיה מתמשכת של המת, אשר תרומת איברים והולדה שלאחר המוות עשויות להיות לה ביטוי.<sup>17</sup>

שנית, טכנולוגיות רפואיות חדשניות, כגון מכוונות הנשמה, השתלת איברים, נטילת זרע מן המת והקפאת ביציות או עוברים השפיעו על תפיסת המוות ותהליכי האבלות בתרבות המערבית באופן שמערער על ההבחנה החדה בין חיים ומוות, ומייצר אופנים חדשים של המשכיות אישית, משפחתית וחברתית.<sup>18</sup> כך, מכוונות הנשמה אפשרו להאריך ואף להציל את חייה של מי שאינה יכולה לנשום בכוחות עצמה, אם באופן זמני ואם באופן קבוע; התמשכות תהליכי חולי ומוות הביאו למתיחת פרק הזמן של "שחרור המת";<sup>19</sup> ואילו אפשרויות ההולדה לאחר המוות יצרו כמיהה בקרב הורים ובני/בנות זוג להמשכיות גנטית באמצעות יצירה של חיים חדשים.<sup>20</sup> כל אלו הביאו לשינויים לא רק בתפיסות החברתיות בנוגע לחיים ומוות אלא גם בתפיסת הקשרים בין האבלים והמתים ועימם היחסים בין המתים והחיים.<sup>21</sup>

2. שימוש באיברי גוף ובתוצרי גוף מן המת – בין מוות, לידה ולידה מחדש

אם כן, אפשרויות השימוש באיברי גוף ובתוצרי גוף מן המת מאתגרות את תפיסת המוות ואת היחסים בין חיים למוות ומעוררות שאלות הקשורות בדת ותרבות, פילוסופיה ואתיקה, מדע ורפואה.

נתחיל בבחינת הזירה של תרומת איברי גוף מן הנפטר/ת. בזירה זו שאלת הגדרת המוות וזמן המוות תופסות מקום מרכזי, שכן המקור הכמעט בלעדי של איברים לתרומה מן המת הוא מנפטרים שהוכרוזו כמי שמתו מוות מוחי-נשימתי, אך טרם מתו מוות לבבי.<sup>22</sup> עד לאמצע המאה העשרים נעשתה הכרזת המוות כאשר נפסקו פעולות הנשימה והלב, מה

Efrat Ram-Tiktin & Roy Gilbar, *Solidarity as a Theoretical Framework for Posthumous Assisted Reproduction and the Case of Bereaved Parents*, 22 ETHICAL THEORY & MORAL PRAC. 501, 510 (2019).

15 ש.ם.

16 ש.ם.

17 אורי כץ עד טיפת הזרע האחרונה: בקשות למימוש זרע מוקפא מן המת 6 (עבודת גמר לשם קבלת התואר "מוסמך", האוניברסיטה העברית – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2012) (להלן: כץ).

18 ש.ם, בעמ' 29.

19 ש.ם.

Bob Simpson, *Making 'Bad' Deaths 'Good': The Kinship Consequences of Posthumous Conception*, 7 J. ROYAL ANTHROPOLOGICAL INST. 1 (2001).

21 Kaufman & Morgan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 323.

22 המוות הוא מצב של הפסקת החיים באופן בלתי הפיך. מבחינה ביולוגית המוות הוא בדרך כלל תהליך מתמשך שבו תאים, רקמות ואיברים שונים מתים בשלבים שונים, בהתאם לרגישותם להיעדר אספקת חמצן ומקורות אנרגיה.

שקריו כיום "מוות לבכי". בשנת 1968 התרחשה תפנית דרמטית בעולם המדע והרפואה כאשר נוצר המושג "מוות מוחי-נשימתי", המתייחס לאיבוד בלתי הפיך של תפקודי המוח ובכלל זה של גזע המוח, האחראי על כל מערכות החיים. במצב זה, הגוף מאבד את יכולת הנשימה העצמאית שלו אך ניתן להחזיקו בחיים מבחינה פיזיולוגית באמצעות הנשמה מלאכותית; וזהו פרק הזמן המאפשר נטילת איברים מן הנפטרת לצורך השתלתם באחרת.<sup>23</sup> לכאורה, הגדרת המוות הינה הגדרה מדעית-רפואית אובייקטיבית; בפועל, היא מושפעת מתפיסות חברתיות, תרבותיות, דתיות ואתיות ונשענת על מחלוקות היסטוריות בדבר הגדרת רגע המוות.<sup>24</sup> הבדלים אלו בגישות לקביעת המוות יוצרים לעיתים גם חוסר אמון וחשדנות כלפי מערכת הבריאות שמא יש לרופאים אינטרס לקבוע מוות מוחי-נשימתי מוקדם כדי לנטול איברים לטובת השתלה גם במצבים הפיכים.<sup>25</sup> ריבוי ההגדרות וחוסר האמון הביאו למאמץ בינלאומי ליצירת קריטריונים אוניברסליים לקביעת שלבי המוות השונים, ובכללם קביעת מוות מוחי-נשימתי.<sup>26</sup> מהלך זה נועד לשרטט גבול ברור של קביעת מוות לצורך תרומת איברים המבוסס על ודאות מדעית ושאינו מושפע משיקולים פרגמטיים, ולאפשר שיתוף פעולה בינלאומי בסוגיית המחסור באיברים.<sup>27</sup> מהלך זה לא צלח עד כה, ואף נתקל בכיקורת על עצם הרעיון לייצר הגדרה אחידה.<sup>28</sup>

ניתן לכנות את פרק הזמן שבין המוות המוחי-נשימתי למוות הלבבי "השלב האפור", זהו השלב אשר נמצא בלב המחלוקת. עבור הגישה המערבית הרציונלית, לאחר המוות המוחי-נשימתי איברי הנפטר הפכים לחומר ביולוגי עודף שאינו מועיל עוד עבור המת. אחרים מסרבים לתרומה שעשויה לפגוע בהמשכיות של הנפש שאינה עוזבת את האדם, לגישתם,

23 "ועדה לקביעת מוות מוחי נשימתי" משרד הבריאות (15.08.2022) <https://www.gov.il/he/departments/units/committee-brain-death>. מצב זה שונה ממוות קליני, תרדמת או אוכדן הכרה. ראו שם.

24 SHERINE F. HAMDY, OUR BODIES BELONG TO GOD: ORGAN TRANSPLANTS, ISLAM, AND THE STRUGGLE FOR HUMAN DIGNITY IN EGYPT (2012); MARGARET M. LOCK, TWICE DEAD: ORGAN TRANSPLANTS AND THE REINVENTION OF DEATH (2002); I. H. Kerridge et al., *Death, Dying and Donation: Organ Transplantation and the Diagnosis of Death*, 28 J. MED. ETH. 89 (2002). הגישות להגדרת המוות וקביעתו משתנות מזמן לזמן ובין מדינה למדינה, ראו Hagai Boas & Shai J. Lavi, *Organ Donation, Brain Death and the Limits of Liberal Bioethics*, in BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, EMPIRICAL AND POLITICAL ANALYSIS 258 (Hagai Boas, Nadav Davidovitch, Dani Filc, Yael Hashiloni-Dolev & Shai Lavi Eds., 2018).

25 שם, בעמ' 261.

David M. Greer et al., *Determination of Brain Death/Death by Neurologic Criteria: The World Brain Death Project*, 324 [J]AMA 1078 (2020). ראו בעניין זה מסמך שהוציא בית הספר לרפואה של אוניברסיטת הרווארד בארה"ב להגדרת מוות מוחי-נשימתי: *A definition of irreversible coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, 205 [J]AMA 337 (1968).

27 Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 261.

28 Tanya Maria Zivkovic, *Unfinished Lives and Multiple Deaths: Bodies, Buddhists and* 28 *Organ Donation*, 28 BODY & Soc'y 63, 65 (2022).



כל עוד גופו פעיל.<sup>29</sup> כך, האמונה הבודהיסטית מניחה שהנשמה ממשיכה להתקיים עוד זמן בגוף גם אם אינו חי מבחינה ביולוגית, ונדרשות לפחות שמונה שעות של תפילה בטרם תתאפשר נטילת האיברים, שעות שהן קריטיות לצורכי השתלה.<sup>30</sup> במקביל, רבים בחברה המערבית אינם תורמים את איבריהם לאחר מותם בשל אמונות וחששות שונים הקשורים בחלקם לערפל האופף את רמדומי המוות.

בישראל, הגדרת המוות המוחי־נשימתי מושפעת מעמדת הדת היהודית בנוגע להכרזת רגע המוות. ההלכה היהודית אוסרת לקרב את מותו של אדם אפילו ברגע אחד, גם אם בכך אפשר להציל חיים של אדם אחר.<sup>31</sup> עם זאת, היא מקבלת שאדם יכול להיות מוגדר כמת גם כשחלק מאיבריו ורקמותיו עדיין חיים, ובכך היא קרובה יותר לגישה המערבית. ועדיין, ישנה מחלוקת בין פוסקי ההלכה בשאלה מהו התפקוד שהיעדרו המוחלט הוא הקובע את רגע המוות מבחינה הלכתית.<sup>32</sup> יש פוסקים הסבורים שנדרשת הפסקת פעילות הלב, אחרים מתמקדים בהפסקת פעילות מחזור הדם, יש הסבורים שהרס המוח כולו הוא הסימן למוות ואחרים מדגישים את הצורך בהפסקה מוחלטת ובלתי הפיכה של הנשימה, גם אם הלב עדיין פועם.<sup>33</sup> מכיוון שיש מצבים רבים שבהם חוסר נשימה הוא מצב הפיך, ההלכה דורשת הוכחה רפואית שמדובר במצב בלתי הפיך, המתבססת על קביעה בדבר הרס המוח, ובעיקר גזע המוח.<sup>34</sup>

מחלוקת נוספת קיימת ביהדות בנוגע לעצם נטילת האיברים מן המת. ככלל, ישנה ביהדות שורה של איסורים לנתח גויית מת, ליטול איברים מן המת, ליהנות מגוף המת, וכן לנבל ולבזות את המת, הקשורים במצווה לקבור את המת וכל איבר הניטל ממנו.<sup>35</sup> עם זאת, חלק מהפוסקים מתירים תרומת איברים למען הצלת חיי הנתרם, מכוח ההלכה שפיקוח נפש דוחה תורה.<sup>36</sup> ההלכה המקובלת שהתגבשה בנושא כיום היא שהנטילה מותרת כאשר מתקיים שילוב של פיקוח נפש והסכמת התורם.<sup>37</sup>

לעומת הגישות הבודהיסטית והיהודית, הגישה המערבית המקובלת מחזיקה בעמדה המבחינה בין נפש וחומר ורואה במוותו של המוח את מותו של הגוף.<sup>38</sup> עם זאת, ככל שמתרחב "השלב האפור" שבין מוות מוחי־נשימתי למוות לבבי, שאלת המוות המוחי־נשימתי והמוות

29 שם, בעמ' 80.

30 Malcolm Joyce, *Organ Transplants and the Medicalisation of Death: Dilemmas for Tibetan Buddhists*, 21 CONTEMP. BUDDHISM 190 (2020).

31 ראו אברהם שטיינברג "רגע המוות" אנציקלופדיה הלכתית רפואית ו 816 (2006).  
שם.

32 ראו מרדכי הלפרין "השתלת איברים מן המת" רפואה ומשפט 4, 31, 36-38 (1991).

33 ראו הרב שלמה גורן "הגדרת המוות בהלכה" שנה בשנה 125 (תשל"ד).

34 מיכאל ויגודה "לנפש לא יטמע בעמיו: לשרפת גופות בהלכה ובמשפט" פרשת השבוע ברוח המשפט 250 (תשס"ו).

35 ראו לעניין זה אהרן מוס "אחרי 120: מהי העמדה היהודית על תרומת איברים?" חב"ד [https://he.chabad.org/library/article\\_edo/aid/659631](https://he.chabad.org/library/article_edo/aid/659631).

37 ראו המרכז הלאומי להשתלות חוברת שו"ת: שאלות ותשובות בנושא תרומת איברים עפ"י ההלכה (התשע"ח).

38 John A. Robertson, *The Dead Donor Rule*, 29(6) HASTINGS CTR. REP. 6 (1999)

בכלל הופכת מורכבת יותר ואינה ניתנת לרדוקציה בירורפואית.<sup>39</sup> בצד זאת, התבטאויות של בני משפחה שהסכימו לתרום את איברי יקיריהן מעידות על תפיסה של המשכיות הרואה את האיברים המושתלים בגופם של אחרים כהרחבה של גוף הנפטר, ואת פעולת הצלת החיים כאקט של המשכיות גופו ורוחו של הנפטר בדמותו של אחר.<sup>40</sup> לתפיסות אלו יש הדים גם בתרבויות לא-מערביות. כך, בסרי לנקה התרומה נתפסת כמעשה ראוי שיעניק יתרונות של ילדה מחדש טובה יותר לפרט אשר תורם את איבריו.<sup>41</sup>

בצד השאלות המעשיות והאתיות של מדומי חיים או חלקיקי מוות, ישנן שאלות מורכבות נוספות הקשורות בבירור רצון המת והסכמתו לשימוש באיבריו לאחר מותו הנחשבות עדיין אתגר בלתי פתור.<sup>42</sup> כיום, מדינות מערביות רבות פונות לכיוון של הנחת הסכמה לתרומה שאותה ניתן לסתור, התואמת את מודל ה־opt-out.<sup>43</sup> המדינות שבהן קיימת מדיניות של הסכמה משוערת הן: ספרד, פורטוגל, בלגיה, צרפת, איטליה, נורבגיה, פינלנד, שוודיה, פולין, הונגריה וסינגפור.<sup>44</sup> אך רק בפורטוגל ובאוסטריה אין למשפחה יכולת להטיל וטו על התרומה. בצרפת ובבלגיה עדיין מחילים בפועל דרישת הסכמה מרוככת, שכן אם משפחת המנוח מתנגדת לקצירת האיברים לא יילקחו האיברים מהמנוח, אף שלא קיימת בחוק דרישה לקבל את הסכמת בני משפחת הנפטר.<sup>45</sup> אוסטריה היא אחת מהמדינות הבודדות שבהן נאכפת מדיניות ההסכמה המשוערת, וניתן לקצור את איברי המנוח בלי קשר לרצון קרובי משפחתו.<sup>46</sup> מדינות אחרות, דוגמת ישראל, מחזיקות במודל ה־opt-in, שלפיו נדרשת הסכמה מפורשת לתרומה לאחר המוות, אם כי בישראל היא הוכפפה להסכמת המשפחה, וזו במקרים רבים מסרבת לכך.<sup>47</sup>

39 Voyce, לעיל ה"ש 30.

40 מיטל יסעור בית-אור "מורשת של נתינה: תרומות הריאה מלכדות בין משפחות" ישראל היום <https://www.israelhayom.co.il/article/256109> (4.2.2015).

41 Zivkovic, לעיל ה"ש 28, בעמ' 77.

42 Magi Sque, Sheila Payne & Jill Macleod Clark, *Gift of Life or Sacrifice?: Key Discourses to Understanding Organ Donor Families' Decisionmaking*, 11 MORTALITY 117 (2006).

43 לפי מודל ה־opt-out, אדם מוחזק כמסכים לתרומה אלא אם כן הוכח אחרת.

44 Rafael Matesanz & Blanca Miranda, *A Decade of Continuous Improvement in Cadaveric Organ Donation: The Spanish Model*, 15 J. NEPHROL. 22, 22–28 (2002); David Rodriguez-Arias, Linda Wright & David Paredes, *Success Factors and Ethical Challenges of the Spanish Model of Organ Donation*, 376 LANCET 1109, 1111 (2010); Lisa M. Derco, *America's Organ Donation Crisis: How Current Legislation Must be Shaped by Successes Abroad*, 27 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL. 162, 162–163 (2011).

45 Sara Kahan Kriger, *Incentivizing Organ Donation: A Proposal to End the Organ Shortage*, 38 HOFSTRA L. REV. 757, 767 (2009).

46 Michael B. Gill, *Presumed Consent, Autonomy and Organ Donation*, 29 J. MED. & PHIL. 37, 44–45 (2004).

47 לפי מודל ה־opt-in, אדם אינו נחשב לתורם אלא אם חתם על מסמך שבו הביע את נכונותו לתרום את איבריו לאחר מותו; Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 266.

לעומת זירת איברי הגוף, זירת תרומת תוצרי גוף מן הנפטר/ת מעלה שאלות של המשכיות ולידה מחדש בצורה גליוה ומפורשת. ראשית, הטכנולוגיה המאפשרת שימוש בתוצרי גוף מן המת מייצרת פרקטיקות רפואיות וחברתיות חדשות המתעמתות בהכרח עם אי-הפריזון בצורתו המוחלטת ביותר – המוות.<sup>48</sup> בכך היא מתכתבת עם השאיפה האישית להותיר זכר וחותם באמצעות הורות, עם הכמיהה להמשכיות המת ולהתגלמותו מחדש בין החיים, וכן עם הצורך והשאיפה התרבותיים בהמשכיות משפחתית וחברתית.

יש דוגמאות היסטוריות ותרבותיות שונות לביטויים טקסיים של השאיפה להמשכיות גנאלוגית לאחר המוות, סמלית או ממשית. כך, על פי מצוות הייבוש היהודית, כאשר אדם נשוי מת מבלי להשאיר אחריו צאצאים, אחיו מצווה לייבם את אשתו, כלומר לשאת אותה כדי להקים זרע והמשכיות לאח המת.<sup>49</sup> אם האח מסרב לייבם, מתבצע טקס חליצה בו יורקת האישה בפניו וחולצת את נעלו, כדי לביישו על סירובו לגמול חסד לאחיו המת.<sup>50</sup> ביפן, בימי מלחמת העולם השנייה, צמח המנהג המכונה "נישואי בוכת כלה", במסגרתו משיאים את נשמתו של הבן שמת בעודו רווק לכלת רפאים המגולמת בפסלון מקודש.<sup>51</sup> טקסים נוספים של "נישואי רוחות" מתוארים במזרח אסיה, כגון סין וטאיוואן, שם מטרתם היא להבטיח שהמתים יונצחו על ידי דורות מאוחרים יותר באמצעות מזבחים, לוחות ומקדשים המאפשרים את המשכיות השושלת.<sup>52</sup>

טכנולוגיות הפריזון החדשניות פתחו אפשרויות לאופנים חדשים של המשך השושלת לאחר המוות, וזאת באמצעות העמדת צאצאים חיים – ילדים של ממש. עם הזמן, נולדה פרקטיקה חדשה של הפרייה מזרע או של ביצית של איש או אישה שנפטרו.<sup>53</sup> הדבר נעשה באמצעות שימוש בזרע או בביצית שהותיר אדם עוד בחייו, או על ידי הפקת זרע מגופו של נפטר, או קצירת רקמת שחלה מגופה של נפטרת, בתוך זמן קצר לאחר המוות.<sup>54</sup> שימור תוצרי הגוף והקפאתם, לעיתים לאחר הפרייה, או החזרתם לגופה של אם שתגדל את הצאצא, או שתשמש כפונדקאית עבור אחרים, מעוררים שאלות אתיות מורכבות רבות, לרבות בדבר מיהות המבקשים, רצון הנפטר/ת, מעמדם של בני ובנות משפחה נוספים (בן/בת זוג, הורים) ומהליך הפריזון הנדרש – הזרעה, הפרייה חוץ-גופית, פונדקאות וכיוצא באלה. ככל שתהליך

48 שם, בעמ' 320.

49 דברים כה 5-6 ("כִּי יִשְׁבוּ אַחִים יַחְדָּו וּמֵת אֶחָד מֵהֶם וּבֶן אֵין לוֹ, לֹא תִהְיֶה אֵשֶׁת הַמֵּת הַחוּצָה לְאִישׁ זֶר. יִבְמָה יָבֵא עָלֶיהָ וּלְקַחָהּ לוֹ לְאִשָּׁה וַיְבַמָּה. וְהָיָה הַבְּכוֹר אֲשֶׁר תֵּלֵד יָקוּם עַל שֵׁם אָחִיו הַמֵּת וְלֹא יִמָּחַ שְׁמוֹ מִיִּשְׂרָאֵל").

50 לעניין הלכות ייבוש וחליצה ראו "הלכות יבוש וחליצה פרק א" דעת לימודי יהדות ורוח <https://www.daat.ac.il/he-il/toshba/rambam/nashim/yibumvehaliza/yibum-haliza1.htm>

51 אלן שטשניידר "קנו לי כלה" משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית, 7, 18 (מתת אדר-בוניס עורכת, 2007).

52 שם, בעמ' 9.

53 כץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 14.

54 ראו פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה הציבורית מקצועית לבחינת הנושא של תרומת ביציות (28.6.2000) בעמ' 23-24, המסביר את הליך הוצאת רקמת שחלה להקפאה לצורך שימור פוריות.

יש להדגיש שמדובר בפעולה חדשנית וניסיונית.

הפיריון הטבעי מתפרק בעזרת החדשנות הטכנולוגית לרכיבים רבים יותר, כך מתעוררות שאלות נוספות בכל שלב ושלב.<sup>55</sup>

אפשרות ההולדה מן המת מספקת, אם כן, מענה לשאיפה התרבותית להמשכיות המת, המשפחה והחברה. כך, ד"ר רוטמן, המנתח שביצע את הפקת הזרע הראשונה לאחר המוות, טען כי איסוף זרע של גבר צעיר בנסיבות שבהן המוות היה פתאומי ואלים "נותן לאנשים תקווה ומקטין את כאב האובדן הפתאומי של אדם אהוב".<sup>56</sup> המצדדים בטכנולוגיה זו מצביעים על כך שעצם הידיעה כי קיים מטען גנטי שמור של המת, הנושא פוטנציאל של זיכרון העבר ותקווה לעתיד, עשוי להוות נחמה משמעותית עבור המשפחה האבלה.<sup>57</sup> בנסיבות מסוימות, יצירת ילד מעניקה למשפחה האבלה משמעות חדשה, מעצבת מחדש את מערכת היחסים עם המנוח ואף בין בני המשפחה שנותרו בחיים, ומאפשרת למלא את החלל שנוצר בתקווה, באהבה ובהמשכיות.<sup>58</sup>

אחת המחלוקות המרכזיות סביב טכנולוגיות אלה עוסקת ברצון הנפטר או הנפטרת לשימוש שייעשה בזרעו או בביציותיה. כאשר יש רצון מפורש, או הסכמה מפורשת, קל יותר להכריע בסוגיה, אך מכיוון שלרוב מדובר במוות של אדם צעיר, ומכיוון שאין כיום הסדרה של האפשרות להשאיר הנחיות בנושא, פעמים רבות מדובר במשאלת לב של ההורים וברצון משוער בלבד, כמעט ללא עוגנים ראייתיים לגבי רצון הנפטר. סוגיות אחרות קשורות במודל המשפחתי שנוצר כתוצאה מתהליכי פיריון אלה, מה שקרוי בספרות "יתמות מתוכננת".<sup>59</sup> באותה עת, עולה כאן גם אפשרות לתרומת זרע או ביצית למי שזקוק/ה לכך, כביטוי לערבות הדדית וסולידריות חברתית.<sup>60</sup>

מאמר זה מבקש להראות כי שתי הטכנולוגיות בדבר תרומה ושימוש באיברים ותוצרים מן המת מעוררות סוגיות דומות ומשיקות שהדיון המשותף בהן מעשיר את השיח, מקדם חשיבה בהירה ושיטתית ומסייע גם במציאת מענים יצירתיים וקוהרנטיים.

### 3. הביו־פוליטיקה של החיים והמוות – הגדרה, בחירה והסדרה

בעולם המודרני קבלת החלטות בסוגיות של חיים ומוות הופקדה בידי הממסד הרפואי והמדינה. בידי הממסד הרפואי נמצא הידע המדעי והמקצועי בשאלות של חיים ומוות, ואילו בידי המדינה מצויים הכוח והסמכות לקבוע כללים ונהלים המסדירים את הביו־פוליטיקה של החיים והמוות.

לאורך השנים ניסו הוגים שונים להציע תפיסות שונות לגבי היחסים שבין המדינה, הממסד הרפואי והפרט. מישל פוקו היה זה שהציג את תפיסת הביו־פוליטיקה שלפיה

55 אורי לב וארנון קרן "טכנולוגיות רבייה והזכות להורות במדינה יהודית ודמוקרטית: המקרה של חוק תרומת ביציות" משפט רפואי וביו־אתיקה 4, 37, 38 (התשע"א) (להלן: לב וקרן).

56 P. Cohen, *Life After Death*, 23 *NEW SCIENTIST* 157 (1998).

57 Simpson, לעיל ה"ש 20, בעמ' 11.

58 Ram-Tiktin & Gilbar, לעיל ה"ש 14, בעמ' 510.

59 רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך התשס"ב).

60 ראו להלן, פרק 5.1.

חברות מודרניות מפעילות מנגנונים וטכניקות מגוונים לשליטה באוכלוסייה באמצעות ייצור ידע ורגולציה של מידע בנוגע לתהליכים חיוניים הקשורים בחיים, בריאות ומוות.<sup>61</sup> להבדיל מכוחו המוחלט של השליט לקחת או להעניק חיים, המדינה המודרנית מפעילה את סמכותה באמצעות הכוח הביולוגי (Biopower). הכוח הביולוגי פועל באמצעות מנגנונים ממשמעים המעצבים את התנהגות הפרטים ואת אופן פעולתם של מוסדות, כגון בתי חולים, ושל רשויות, כגון מערכת הבריאות. זוהי הפוליטיקה של ניהול החיים – או ה"פוליטיקה של החיים עצמם"<sup>62</sup> – שבצידה נמצאת גם הפוליטיקה של ניהול המוות.<sup>63</sup> רעיון הביו-פוליטיקה מסייע בניתוח מערכת היחסים שבין המדינה, הממסד הרפואי, הפרט והמשפחה. במהלך השנים עשו חוקרים רבים שימוש ברעיון זה על מנת לחקור את היחסים בין הטכנולוגיה לבין מוסדות המדינה, הדת והחברה בסוגיות הקשורות בתהליכים ביו-רפואיים, דוגמת תאי גזע, ביציות מופרות, תרומת זרע וביצית ותרומת איברים.<sup>64</sup>

אם נחזור לסוגיית המוות המוחי הרי שזו מהווה נקודת מפנה ביו-פוליטית בעיצוב זירת תרומת איברי גוף מן המת, שכן היא לא רק שינתה את הגדרת ותפוסת המוות אלא אף הביאה לכניסת שחקנים חדשים לשדה. עד אז, כאמור, היה המוות סופי וברור ונתון להחלטת רופא. אך מאז שניתן לשמור על מתים במצב שנדמה להיות "חיים" נחשפו הגמישות ורב-המשמעיות של תהליך המוות. כתוצאה מכך התערערה סמכות הצוות הרפואי להכריז על המוות, ובמקביל נכנסה המשפחה אל מעגל קבלת ההחלטות, במקומו של הפרט, בשל אי האפשרות לתקשר עימו במצבו.<sup>65</sup> שינויים אלו הכניסו לזירה גם את המדינה ואת הממסד הדתי בניסיון לקבוע נורמות ראויות בתחום.

הטכנולוגיה המאפשרת להקפיא זרע וביצית ולעשות בהם שימוש לאחר המוות מעלה שאלות דומות בקצה השני – בתחילת החיים. כאן, אל מעשה הפיריון הבסיסי, המורכב מגבר ואישה, הצטרפו עתה אנשי רפואה ומעבדה, תורמי זרע או ביצית, בני משפחה (הורים ו/או בן/בת זוג), אם פונדקאית ואפילו המדינה.<sup>66</sup> ככל שמעורבים בתהליך זה גורמים נוספים, כך הוא הופך ממעשה טבעי ופרטי לעניין מורכב ונוקשה המנוהל על ידי כללים והוראות משפטיות שמטרתם לקדם יציבות, ודאות, ועמידה במסגרת חשיבה אתית מקובלת.<sup>67</sup> יתרה מכך, ככל שמתרבים הגורמים המעורבים כך עולה הפוטנציאל להיווצרות קונפליקטים בין הגורמים השונים.

MICHEL FOUCAULT, THE BIRTH OF BIOPOLITICS: LECTURES AT THE COLLÈGE DE FRANCE 61  
1978–1979 (Graham Burchell trans., 2003)

Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 261.

שם, בעמ' 272.

Kaufman & Morgan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 329; ראו את אנתולוגיית המאמרים המקיפה: BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, EMPIRICAL AND POLITICAL ANALYSIS (Hagai Boas, Nadav Davidovitch, Dani Filc, Yael Hashiloni-Dolev & Shai J. Lavi eds., 2018)

ראו בעניין זה Jessie Cooper & Ciara Kierans, *Organ Donation, Ethnicity and The Negotiation of Death: Ethnographic Insights from the UK*, 21 MORTALITY 1 (2016)

כץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 14; ראו גם יוסי גרין 'פרו ורכו' בעידן המודרני – משפט והלכה 87 (תשס"ח).

Simpson, לעיל ה"ש 21.

לסיכום, הביו־פוליטיקה מבקשת להסב את תשומת הלב אל מערכות היחסים הרשתיות המעצבות את עולמות תרומת איברי הגוף ותוצרי הגוף. מערכות יחסים אלו אינן נמצאות באיזון מיטבי כיום, והרגולציה של תחומים אלה לוקה בחסר.<sup>68</sup> בתוך מערך יחסים אלו אינן נמצאות עדין זה בולטת נסיגתו של הפרט, אשר מאבד מכווחו להכריע בשאלת המשכיותו וחלקי גופו. את מקומו של הפרט תופסת משפחתו, לה יש אינטרסים ורצונות משלה. המתח בין רצון המשפחה לרצון המת נמצא בשיאו כאשר היא מבקשת שלא לתרום את איבריו, אף על פי שהורה לעשות כן, באמצעות כרטיס אדי, או שמעוניינת להנציחו באמצעות זרעו אף על פי שלא הביע את רצונו המפורש בכך.

בפרק זה יצרנו את הבסיס לטענתנו כי על המשפט והאתיקה לאמץ חשיבה חדשה על המוות כהמשכיות – אישית, משפחתית וחברתית – ולא כסופיות. בהמשך נסתייע בגישה זו לצורך ביקורת ההסדרים הקיימים, חשיבה מחדש על ההסדרה של התחום ובשינוי מערך הרצונות והמוטיבציות של השחקנים בזירות השונות. בפרקים הבאים נבחן כל אחת מן הזירות, ולאחר מכן נשוב לבחון את אפשרות קיומה של מסגרת ביאותית מאחדת.

### ב. זירת תרומת איברי גוף מן המת

זירת תרומת איברי הגוף מן המת קוראת לחשיבה מחדשת בשל המחסור הנמשך באיברים, המשפיע על יכולת המדינה לספק לאזרחיה את הטיפול הרפואי המיטבי. כמו זירות אחרות בתחום הבריאות היא ממחישה את התלות ההדדית בין אזרחי המדינה, שכן שרירותם של החולים תלויה בכוננותם של האחרים לתרום איבר מגופם בחייהם או במותם. המקורות העיקריים לתרומה הזמינים כיום הם תרומה מן החי ותרומה מן המת. מאמר זה מתמקד בתרומת איברים מן המת.<sup>69</sup> תרומה זו מוגדרת כנטילת איבר ממי שהוגדרו כמתים מוות מוחי־נשימתי או מוות לבבי מפוקח והיא מהווה מקור מרכזי להשגת איברים, בעיקר איברים חיוניים שאינם מתחדשים, כגון לב, כבד, ריאות, קרניות.<sup>70</sup> להלן נציג את בעיית המחסור באיברים בצורה מפורטת, ולאחר מכן נעמיק במסגרת הנורמטיבית־רגולטורית המסדירה את תחום תרומת האיברים מן המת.

68 ברקע דיונים אלו עומדות שאלות ביו־פוליטיות נוספות הקשורות בקביעת כללי הקצאה, מניעת סחר, הבטחת צדק חברתי ויצירת גישה שוויונית לשירותי בריאות, לרבות שירותי השתלת איברים ושימוש בטכנולוגיות פרוין מתקדמות.

69 תרומה מן החי טומנת בחובה שאלות נפרדות, ראו למשל חגי בועז "תפקידו הסמוי של האלטרואיזם בתרומות איברים" הזמן הזה (2019) <https://hazmanhazeh.org.il/boaz>. בעתיד תיתכן יצירת איברים מלאכותית, אך לעת עתה השתלת איברים תלויה ברובה בתרומות מן המת.

70 רות רחמימוב "השתלות איברים בישראל" הרפואה 162(5) 272, 273-272 (2023). תרומת איברים לאחר מוות לבבי מפוקח, שבו הרופא מנתק את מכשיר ההנשמה מהנפגע וממתין לדום ליבו, נחשב כיום לבלתי חוקי ואסור בישראל. יתרה מכך, גם לאחר מוות לבבי ניתן להנציל רק רקמות ולא איברים.

## 1. הצגת הבעיה: מחסור באיברים להשתלה

מדינת ישראל נמצאת כיום בתחתית רשימת המדינות המערביות בכל הנוגע לשיעור תרומות איברים מן המת ביחס לגודל האוכלוסייה.<sup>71</sup> לפי אתר משרד הבריאות בכל שנה מתקיימות כ-600 השתלות איברים בישראל, אך בכל שנה מצטרפים כ-750 איש לרשימת המתים.<sup>72</sup> רשימת המתנה מונה כיום למעלה מאלף איש, כשמה ממתינים נפטרים בכל שנה בשל העדר תורם.

לפי השיטה הנהוגה כיום בישראל, תורם או משפחתו חייבים להביע במפורש את הסכמתם לתרום איברים לאחר המוות (opt-in).<sup>73</sup> הדרך המקובלת להביע הסכמה לתרומת איברים בישראל היא חתימה על כרטיס אדי, כרטיס תורם המעיד על נכונותו של אדם בחייו לתרום את איבריו לאחר מותו, ועליו חתומים כיום מעל מיליון ישראלים.<sup>74</sup> בעשור האחרון, כחלק מהניסיון להגביר את הנכונות לתרומה, הובטחה קדימות בתור להשתלה לחותם על כרטיס אדי ולבני משפחתו, אם יודקו לכך.<sup>75</sup> מהלך זה צלח בחלקו, שכן ניתן לראות עלייה בנכונות לחתום על כרטיס תורם איברים, וכיום שיעור הישראלים שחותמים על כרטיס אדי ומוכנים לתרום איברים לאחר מותם הוא גבוה יחסית ועומד מעל הממוצע העולמי והממוצע של העולם המפותח.<sup>76</sup> עם זאת, ישראל עדיין נותרת מאחור עם מספר נמוך, מהנמוכים בעולם המערבי, של תרומות איברים מן המת בפועל. אחת הסיבות לכך היא שרוב האזרחים עדיין נמנעים מלהביע את עמדתם בעודם בחייהם לגבי אפשרות הנצלת איבריהם לתרומה, ונותרים בעמדה פסיבית, אשר מתפרשת לפי השיטה הנהוגת כסירוב לתרומה.

71 מספר תרומות איברי המתים שנלקחות בישראל הוא מהנמוכים בעולם המפותח. בשנת 2021 נלקחו בישראל 92 תרומות איברים מתורמים שנפטרו, כ-10.5 תורמים למיליון איש.

72 "מרכז לאומי להשתלות – אדי: שאלות ותשובות על תרומות והשתלות איברים" משרד הבריאות <https://www.gov.il/he/pages/organ-transplant-q-a>.

73 ראו להלן, חלק 3.2.

74 חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008, ס"ח 394, עיגן את מעמדו של המרכז הארצי להשתלות בפרק ג, שם נקבע כי המרכז אחראי, בין היתר, על רישום מאגר תורמים פוטנציאליים. את הנתונים בדבר מספר החתומים על כרטיס אדי ניתן למצוא באתר המרכז הלאומי להשתלות <https://katzr.net/a3fd52>.

75 ראו ס' 9(ב)4 לחוק השתלת איברים. Jacob Lavee, Tamar Ashkenazi, Gabriel Gurman & David Steinberg, *A New Law for Allocation of Donor Organs in Israel*, 375 THE LANCET 1131 (2010).

76 ראו נתונים ברוח משרד הבריאות פעילות המרכז הלאומי להשתלות – 2011 (2011) <https://www.adi.gov.il/media/1064/adi-2011.pdf>. מנתוני המרכז הלאומי להשתלות עולה שהחל משנת 2011 ניתן להבחין בשינוי במספר החתומים על כרטיס אדי בעקבות כניסתו לתוקף של חוק השתלת איברים ועיגון סעיף הקדימויות: בשנה זו חתמו 70,000 איש, שהם פי שניים חותמים משנת 2010. מגמה זו המשיכה, כך שבעשור האחרון מאגר החתומים על כרטיס אדי הכפיל את עצמו. בשנת 2009 היו 516,055 חתומים על כרטיס אדי לעומת 1,073,208 חתומים בשנת 2023. ראו אתר המרכז הארצי להשתלות דוח סיכום: <https://www.adi.gov.il/%D7%A7%D7%A6%D7%AA-%D7%A2%D7%9C%D7%99%D7%A0%D7%95>.



הסיבות למחסור הנמשך באיברים מגוונות.<sup>77</sup> סיבה ראשונה קשורה בכך שכרטיס אדי לא עוגן בחקיקה ומהווה הצהרת כוונות בלבד.<sup>78</sup> בעוד שברוב המדינות כרטיסי התורם מבססים הסכמה אישית לתרומת איברים, בישראל הכפילו את הסכמתו של הפרט להסכמת בני משפחתו לפי סעיף 8(ד) לחוק השתלת איברים, תשס"ח-2008. השיטה הנוהגת בישראל מעניקה כוח רב למשפחה בהחלטה על תרומת איברים מן המת, כך שגם אם תורמת הביעה את רצונה המפורש לתרום את איבריה לאחר מותה, אם בני משפחתה מתנגדים לתרומה איבריה לא יילקחו. על פי הסטיטיסטיקה המתפרסמת על ידי המרכז הארצי להשתלות, כארבעים אחוזים מהמשפחות מסרבות לתרום את איברי בן או בת המשפחה שנפטרו.<sup>79</sup> התנגדות המשפחה עשויה להיות מושפעת מגורמים מגוונים, ביניהם עמדות דתיות מסורתיות, תקווה ל"נס רפואי", וקושי בקבלת החלטה קשה על חיי קרובת המשפחה, אשר עלולים להביאה לסרב לתרומה ובכך לסכל את מימוש רצון המת.<sup>80</sup>

גורם נוסף קשור בעמדות הציבור וגורמים דתיים.<sup>81</sup> אף על פי שכבר בשנת 1987 הכירה הרבנות הראשית לישראל במוות מוחי-נשימתי כקריטריון לקביעת מוות, ואף על פי שחוק מוות מוחי-נשימתי, תשס"ח-2008, קבע קריטריונים מהמחמירים בעולם,<sup>82</sup> זרמים דתיים יהודיים אחרים ממשיכים להחזיק בעמדה כי אין לקרב מותו של אדם.<sup>83</sup> עמדה זו ממשיכה לאפיין חלקים נרחבים בציבור הישראלי, החוששים לפגוע בהמשכיות הנפטר בעולם הבא ומסרבים לתרומת איברי בן או בת המשפחה גם אם הסכימו לכך בחייהם.<sup>84</sup>

77 Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 262.

78 בכנסת השבע עשרה הוגשה הצעת חוק עידוד תרומת איברים, התשס"ו-2006, פ/586/17, אשר ביקשה לעגן את מעמדו המשפטי של כרטיס אדי כהסכמה. סעיף 2 להצעת החוק ביקש לקבוע ש"כרטיס אדי חתום בידי אדם בגיר יהווה ראייה לאישור כתוב לתרומה כמפורט בכרטיס" והדגיש כי "לא יזקק רופא או מוסד רפואי לאישור משפחת התורם אם ראה כרטיס תורם חתום בידי תורם בגיר". הצעה זו לא עברה, ועד היום לא נעשה ניסיון חקיקתי אמיתי לשינוי מעמדו המשפטי של כרטיס אדי.

79 תמר אשכנזי, יעל ביסטריץ ויונתן כהן "היענות לתרומת איברים בישראל 1997-2022" הרפואה 162(5) 279 (2023).

80 שם.

81 ראו הכתוב ליד ה"ש 32-38 לעיל.

82 אורלי אלמגור לוטן מודלים של הסכמה לתרומת איברים: סקירה משווה 11-12 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2011).

83 הרבנים שלמה זלמן אויערבאך ומחותנו יוסף שלום אלישיב פרסמו בשנת 1990 פסק הלכה השולל את המוות המוחי, ולפיו אם נקבע מצב של "מיתת המוח" אך לב התורם עדיין פועם – "דעתנו שאין שום היתר להוציא אף אחד מן איבריו ויש בזה משום שפיכת דמים". לגישתם דינו של האדם הוא "כספק מת ספק גוסס", לכן "אסור לקרב מיתתו של אדם כזה בכל דרך... אפילו לצורך הצלת חולה בפנינו שבודאי ימות". מסקנתם היא שבארץ ישראל לא נוקטים זהירות מספקת בנושא ולא נוהגים על פי ההלכה, ולפיכך "אסור להיות מועמד לקבל תרומת איברים". להרחבה בעניין זה ראו אברהם שטינברג "קביעת רגע המוות – סקירת עמדות" דעת אתר לימודי יהדות ורוח (התשנ"ד)

<https://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/assia/kviate-2.htm>

84 אתר המרכז הלאומי להשתלות במשרד הבריאות מציג סקירה מפורטת של עמדות הדתות השונות בישראל בנוגע לתרומת איברים. לפיו, הדת הנוצרית רואה באופן חיובי תרומת איברים מן המת,



עוד סיבה לכך היא שבפועל, מספר התורמים הפוטנציאליים בארץ נמוך במידה רבה מזה שבמדינות המערב. תורמי איברים פוטנציאליים הם לרוב צעירים בריאים שמגיעים לטיפול אקוטי עקב אירוע טראומה, כגון תאונת דרכים או הרעלת אלכוהול. בישראל מצבים אלו שכיחים פחות מאשר במדינות מערביות אחרות ומרבית הנפטרים מגיעים לסוף חייהם כאשר הם זקנים וחולים ואיבריהם כבר אינם מתאימים להשתלה.<sup>85</sup>

לסיכום, מספר התרומות הנמוך של איברים מתים בישראל גורם למחסור תמידי וקשה באיברים לתרומה, והוא נובע במידה רבה מעמדות דתיות ושמרניות בקרב הציבור הישראלי. השאלה שעולה שוב ושוב היא כיצד ניתן לשנות מצב דברים זה הן ברמת החקיקה, הן ברמת הפרקטיקה והן ברמת השיח הציבורי והמוטיבציה לתרומה.

## 2. מסגרת נורמטיבית-חקיקתית

המסגרת הנורמטיבית בישראל בנוגע לתרומת איברי גוף מן המת כוללת שלושה דברי חקיקה מרכזיים: חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה), חוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008 (להלן: חוק מוות מוחי-נשימתי), וחוק השתלת איברים, התשס"ח-2008 (להלן: חוק השתלת איברים). מסגרת זו אינה כוללת פסיקה שכן עד כה לא הגיע הנושא לדיון בבתי המשפט, אם בשל פרק הזמן הקצר שבו מדובר לצורך נטילת איברים ואם בשל נטיית המערכת הרפואית שלא להתעמת עם בני משפחה בנושא אישי כה מורכב. קריאה מקרוב של דברי החקיקה מגלה מערכת חוקים עשויה טלאים המשקפת את מורכבות התחום, ובסופו של דבר, לטענתנו, אינה מבטאת איזון ראוי של משולש היחסים בין הפרט, המשפחה והמדינה, אלא מעדיפה את המשפחה וההלכה על פני רצון הפרט והאינטרס הציבורי.

חוק האנטומיה והפתולוגיה הוא החוק הראשון שביקש לסייע בהסדרת התחום.<sup>86</sup> במקור, החוק העניק לרופאים שיקול דעת בלעדי לנטילת איברים מגווייה לשם ריפוי של חולה, מבלי לייחס משקל כלשהו לרצונו של הנפטר או לרצון משפחתו. סעיף 6 לחוק קבע כי "מותר לרופא לנתח גויה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם", וזאת אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים כי הניתוח משמש למטרה זו. הסדר זה העמיד את אינטרס המדינה באיברים לתרומה ואת שיקולי המערכת

---

ואילו באסלאם קבעו רוב הפוסקים שניתן לתרום איברים. בנוסף, הדת המוסלמית רואה במוות המוחי-נשימתי מוות המאפשר לקחת איבר לתרומה. גם הדת הדרוזית אינה רואה מניעה בתרומת איברים מן הנפטר, שכן נשמת האדם המתגלגלת מגוף לגוף היא נצחית ואילו הגוף מתכלה. עם זאת, אין עמדה רשמית בעדה הדרוזית לגבי הגדרת הזמן שבו הנשמה עוזבת את הגוף. להרחבה ראו "יחס הדתות השונות לתרומת איברים" **משרד הבריאות: מרכז לאומי להשתלות** – אדי (2011) <https://www.gov.il/he/Departments/Guides/organ-donation-religious-views?chapterIndex=1>. תני גולדשטיין "בישראל, המתים לא מצילים את החיים" **זמן ישראל** (2.6.2022) <https://www.zman.co.il/313248/popup>.

86 חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, ס"ח 162.

הרפואית בלב שיקול הדעת בנושא. קביעה זו זכתה לביקורת ציבורית מצד חוגים דתיים עד שבשנת 1980 תוקן החוק.<sup>87</sup>

התיקון לחוק האנטומיה והפתולוגיה הוקדש בעיקרו לשאלת ההסכמה הדרושה להוצאת איברים מן הנפטר לצורך השתלה ולמעמד המשפחה בקבלת החלטות אלו, אך הוא לא פתר את הבעיות שעמדו ברקע החקיקה. לכאורה, אינטרס הציבור בהשתלת איברים נותר דומיננטי והסמכות הרפואית נותרה הסמכות המכרעת. אומנם, התיקון לסעיף 6 קבע את הצורך במתן הודעה למשפחה לפני הניתוח בזמן סביר לפני ביצוע הניתוח, או עד למועד המאוחר ביותר האפשרי,<sup>88</sup> אך הוא הותיר שיקול דעת נרחב למערכת הרפואית במקרים שבהם מדובר בהצלת חיים, כלומר כאשר יש מועמד להשתלה הזקוק לאיברים ואין אפשרות לאתר את המשפחה. על אף האמור בחוק, שני מקרים שאירעו לאחר התיקון טלטלו את המערכת והראו כי השימוש בשיקול דעת זה הביא להגברת חוסר האמון במערכת ולצמצום השימוש בסעיף בפועל.<sup>89</sup>

עוד נדמה שסעיף 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה מכפיף את הסמכות הרפואית לרצון הנפטר, אם בוטא בצורה מפורשת. כך, סעיף קטן (ב) קובע כי אם אדם התנגד בכתב לכך שגווייתו תנותח, אין לנתחו. כמו כן, לפי סעיף קטן (ג) אם הסכים אדם שגווייתו תנותח – מותר לכאורה לנתחה על אף התנגדות כל בן משפחה, אלא אם כן התנגדות המשפחה נעשתה בכתב. אך במקביל גם נקבע כי בהעדר הסכמה או התנגדות מתועדת – לא תנותח הגווייה אלא אם הסכים לכך קרוב המשפחה בדרגת הקרבה הגבוהה ביותר ולא התנגד אף

87 ראו דברי הרב לורד עמנואל יעקובוביץ, רבה הראשי של יהדות בריטניה: Rabbi Lord Jakobovits, *Some Modern Response on Medico-Moral Problems*, 1 ASSIA (1985).

88 לפי ס' 6(ב)2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה (תיקון מס' 1), התשמ"א-1980, ס"ח 42, אם מדובר באיבר הדרוש לשם ריפוי של אדם, יש למסור הודעה על פטירת הנפטר/ת לאחד מבני משפחתו בזמן סביר לפני ביצוע הניתוח; אם מדובר באיבר הנדרש כדי להציל את חיי פלוני, תימסר על כך הודעה לאחד מבני משפחתו של הנפטר עד למועד המאוחר ביותר שבו אפשר להוציא את האיבר; ואם אין אפשרות למסור הודעה כאמור הניתוח מותר, ובלבד שנעשה ניסיון סביר לאתר את המשפחה לפי ס' 6(ג)2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

89 המקרה הראשון התייחס לסוגיית שימוש באיברים ללא קבלת הסכמת בני משפחה ותואר במאמר: Ori Scott and Eyal Jacobson, *Implementing Presumed Consent for Organ Donation in Israel – Public, Religious and Ethical Issues*, 9 IMAJ 777, 779 (2007). מקרה זה התרחש בשנת 1993 בבית החולים סורוקה, שם החליט הצוות הרפואי לנתח גופת גבר צעיר מהפזורה הברואית, על מנת להשתמש באיבריו להצלת חולים אחרים בטרם קיבל את הסכמת משפחת המנוח. המקרה התפרסם והוביל למשבר גדול במערכת היחסים העדינה שבין הרופאים לציבור האזרחים, שבא לידי ביטוי באותה שנה בירידה חדה בשיעור החתימה על כרטיס התורם. המקרה השני התייחס לסוגיית ניתוח גופות ללא הסכמת בני המשפחה, כשבשנת 2002 נחשף שהמכון לרפואה משפטית, והעומד בראשו פרופ' יהודה היס, השתמשו בגופות או באיברים מתוכן לצורכי מחקר ללא קבלת אישור מבני המשפחה. בעקבות זאת, הוריו של חייל צה"ל שגופתו נותחה למטרות מחקר ללא הסכמתם הגישו תביעה נגד המכון לרפואה משפטית באבו כביר, נגד העומד בראשו, פרופ' יהודה היס, וכן נגד משרד הבריאות וצה"ל. יצחק דנון 'הורי חייל שנהרג תובעים: המכון הפתולוגי קצר אברים מגופתו' גלובס (4.12.2002) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=640755>.

בן משפחה באותה דרגת קרבה. לסיום, ובסתירה לסעיף 6(ג), סעיף 6א(ד) קובע שגם אם הסכים הנפטר לנתיחת גופו, אם התנגדה משפחתו לכך בכתב – התנגדותה תגבר. יתרה מכך, אף על פי שהחוק מגדיר "הסכמה" לנתיחה באופן שמורה על יצירת טופס ייעודי לשם כך – "הסכמה שניתנה מרצון חפשי ומתוך דעה צלולה בטופס שנקבע בתקנות" (סעיף 1)<sup>90</sup> – טופס שכזה, לצורך התנגדות או הסכמה, לא נוצר מעולם ובמקומו אימצה המדינה את כרטיס אדי, הסדר בעל מעמד משפטי חלש.

בסופו של דבר, אם כן, החוק העניק את הבכורה לרצון המשפחה ועיגן את רצון הפרט רק במקרה שבו התנגד בכתב לנתיחת גופתו. חיזוקו הלכאורי של רצון הפרט לא נעשה על דרך של זכות מפורשת לקבוע את שיעשה באיבריו, אלא כסייג לסמכות הרפואית, אם כי בלא יצירת טופס הסכמה כנדרש לפי החוק, ותוך הכפפת הסכמתו להסכמת משפחתו או להעדר התנגדות מצידה. כך בישר החוק את כניסתה של המשפחה לזירה כגורם דומיננטי במארג הזכויות והאינטרסים.

אם כן, המחלוקות בזירת תרומת האיברים נמשכו, ועימן הצורך בהסדרה ובהירות. לאורך השנים נעשו ניסיונות לא מעטים לקדם חקיקה בתחום, אך הם לא צלחו. עיקר הקושי נסב סביב המחלוקת בשאלת קביעת מועד המוות, אשר בשני צידיה נמצאו המערכת הרפואית והממסד הרבני. בסופו של דבר, ביום אחד, ב-24.3.2008, נחקקו שני חוקים: חוק מוות מוחי-נשימתי וחוק השתלת איברים. שני החוקים נחקקו כחבילה משפטית אחת המחברת בין "מוות מוחי-נשימתי" ותרומת איברים במטרה לייצר יציבות וודאות בתחום תרומת האיברים מן המת.<sup>91</sup>

מטרתו העיקרית של חוק מוות מוחי-נשימתי הינה הגדרת רגע המוות. החוק אימץ את עמדת הרבנות הראשית משנת 1987 לגבי מוות מוחי-נשימתי ותאם את חוזרי מנכ"ל משרד הבריאות בנושא שקדמו לו.<sup>92</sup> הצעת חוק מוות מוחי-נשימתי ביטאה את הסכמות ועדת ברלוביץ',<sup>93</sup> שבדיוניה השתתפו נציגי הממסד הרפואי והממסד הדתי (הרבנות), אשר השיגו הסכמה עקרונית על שיטה מקובלת לקביעת מוות מוחי-נשימתי, המיישבת בין הידע המדעי וההלכה היהודית.<sup>94</sup>

בסופו של דבר, חוק מוות מוחי-נשימתי היווה התקדמות ונסיגה. החוק אומנם יצר פרוטוקול רפואי מוסכם לקביעת מוות מוחי-נשימתי, אך ביצר את מעמדה של המשפחה כבוררת האחרונה בנוגע לנעשה בגופו של אדם. לפי סעיף 8(ד): "על אף האמור בחוק זה, אם נקבע מוות מוחי-נשימתי, וקביעה כאמור מנוגדת לדתו או לתפיסת עולמו של החולה על סמך המידע שהתקבל מבני משפחתו, החולה לא יוסר מתמיכה בחיים וטיפול רפואי

90 ס' 1 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

91 Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 265.

92 ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 27/09 הנחיות ליישום חוק מוות מוחי נשימתי התשס"ח-2008 (25.5.09) [https://www.health.gov.il/hozer/mk27\\_2009.pdf](https://www.health.gov.il/hozer/mk27_2009.pdf). חוזר זה פורסם בסמוך לחוק ומהווה עדכון לחוזרי המנכ"ל שקדמו לו.

93 ראו הצעת חוק מוות מוחי-נשימתי, התשס"ח-2008, ה"ח פ/2895/16. בראש הוועדה עמד המשנה למנכ"ל משרד הבריאות דאז, ד"ר יצחק ברלוביץ'.

94 תמרה טראוכמן "נציגי הרבנות ומשרד הבריאות גיבשו עקרונות לקביעת מוות מוחי" הארץ [www.haaretz.co.il/misc/1.765069\(17.1.2002\)](http://www.haaretz.co.il/misc/1.765069(17.1.2002))

התומך ישירות בטיפול הנשימתי שלו לא יופסק עד שהלב יפסיק לתפקד". אכן, כל עוד תפוסות המוות של הממסד הרפואי והמשפחה מתכנסות יחדיו לא מתעורר כל קושי. הקושי מתחיל כאשר אין הסכמה, אז נחשפת ביואתיקה אלטרנטיבית, לא-ליברלית, הנשענת על המידע שנמסר על ידי המשפחה בנוגע לדתו או להשקפת עולמו של הנפטר.<sup>95</sup> בכך העבירה החקיקה לידי המשפחה לא רק את סוגיית ההסכמה לתרומה אלא גם את הכוח להכריז על רגע המוות, ובעצם את הגדרת המוות, שכן אפשרה למשפחה להורות על המשך טיפול תומך חיים גם כאשר הצוות הרפואי הכריז על מוות מוחי-נשימתי.<sup>96</sup>

מעבר זה הותיר מאחור הן את האינטרס הציבורי והן את רצון הפרט, והפך את המשפחה לסמכות הסופית בשאלת תרומת איברים. כך, אף על פי שמטרת החקיקה הייתה להקל על תרומה, דרך קבלת פרוטוקול רפואי מוסכם לקביעת מוות מוחי-נשימתי, בפועל היא העניקה מעמד מכריע למשפחה ודחקה את התפיסה האתית-הליברלית הרואה את הפרט כמי ששולט על גופו בחייו וגם במוותו. בכך חישקה החקיקה את היכולת להישען על רצונה המפורש של הנפטרת עוד בחייה לתרום את איבריה להשתלה.

את המהלך המורכב שיצר חוק מוות מוחי-נשימתי יש לקרוא יחד עם חוק השתלת איברים שעבר בכנסת יחד עימו. חוק השתלת איברים ביקש לקדם שינוי ושימור: מטרתו המפורשת הייתה להסדיר בחקיקה היבטים שונים של הליך תרומות האיברים בישראל, בצד אמירה ברורה כי אין בהוראותיו לגרוע מהוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה.<sup>97</sup> בצד זאת, החוק כולל הוראות העוסקות בעידוד תרומות איברים מן המת.<sup>98</sup> החוק ביקש לייצר מנגנון שיאפשר לקבל את הסכמתו של אדם בחייו לנטילת איבריו לאחר מותו לצורך השתלה.<sup>99</sup> הסמכות לכך ניתנה למרכז הלאומי להשתלות, וזה בחר לאמץ את כרטיס אדי ככרטיס הלאומי המוסכם של הסכמה לתרומה. בנוסף, החוק הסמיך את המרכז הלאומי להשתלות לקבוע הנחיות להקצאה והורה לתת עדיפות למי שהוא או בני משפחתו הסכימו בחייהם לתרום איברים לאחר מותם או שניטלו מהם איברים בפועל.<sup>100</sup> עוד קובע החוק כללים על אודות הטבות ותגמולים למי שהסכימו לתרום את איבריהם לאחר מותם, ולבני משפחה שנתנו הסכמה לתרומה לאחר המוות.<sup>101</sup>

מבין אלו, הסעיף המקנה עדיפות לתורמת או לבני משפחתה הינו מנגנון ייחודי לישראל. ייחודו שהוא מעודד אנשים לחתום על כרטיס תורם תוך שימוש בקריטריונים לא רפואיים

95 Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 265.

96 שם.

97 ס' 2(ב) לחוק השתלת איברים. עיקר פרקי החוק עוסקים באיסור על סחר ותיווך באיברים; מתן רשות שיפוי ורשת ביטחון לתורם מן החי; הסדרת הליכי נטילת והשתלת איברים מן החי, כולל מנגנוני פיקוח ובקרה; הסדרת תחום השתלת איברים מן המת לרבות מנגנוני הקצאה הוגנת ויעילה; וכן עיגון פעילותו של המרכז הלאומי להשתלות בחקיקה ראשית.

98 ראו פרק ה – השתלת איברים מן המת, סע' 30-42 לחוק השתלת איברים.

99 ס' 28 לחוק השתלת איברים.

100 ראו סעיף 4(9) לחוק הקובע שיקולים להקצאה וסעיף 24(א) המנחה לתעד זאת בטופס בעת הגשת בקשה להירשם במאגר המידע כמועמד להשתלה. ראו Lavee, Ashkenazi, Gurman & Steinberg, לעיל ה"ש 75.

101 ראו ס' 30-42 לחוק השתלת איברים.

אלא מבוססי קדימות. לתמרוץ מסוג זה יתרון מנקודת מבט של הוגנות, שכן אנשים אשר מוכנים להשתמש באיבר להשתלה אך אינם מוכנים לתרום את איבריהם נוהגים בצורה לא הוגנת.<sup>102</sup> מנגד, נטען כי הוא פוגע במוסריות של מנגנון ההשתלות הן מבחינת המוטיבציה לתרומה והן מבחינת ניטרליות ההקצאה. ייתכן שמדיניות התיעודף נועדה גם לרכז את התנגדותם של בני משפחה לתרומה בהנחה שייחנה ממנה בעתיד, אך באותה עת היא עוררה גם התנגדות מצד מי שאינם יכולים לתרום איברים לאחר המוות מסיבות הלכתיות, בשל העובדה שאינם מקבלים את קריטריון המוות המוחי.<sup>103</sup> התנגדויות אלו הובילו להתארגנויות שונות בדמות "ערכים" ו"בלבכי", אשר הציעו כרטיסי תורם אלטרנטיביים המבקשים לתת מענה הלכתי לשאלת קביעת המוות, בהישענם על עמדת הרבנות הראשית לישראל ובהבטיחם בדיקה הלכתית נוספת על הבדיקה הרפואית כדי לוודא את מוחלטות המוות, אך הם לא זכו להכרת המרכז הארצי להשתלות.<sup>104</sup>

לסיכום, המסגרת הנורמטיבית החולשת על תרומת איברים מן המת היא מערכת חקיקה עשוית טלאים וניגודים אשר מעידה על מערכת היחסים המורכבת בין הפרט, המשפחה והמדינה. תמונת-העל מעידה על האופן שבו קיבלה המשפחה את מעמד הבכורה בחקיקה – ככל אחד מהחוקים. רצון הפרט מקבל משקל מכריע רק אם התנגד בכתב לנתיחתו לאחר מותו; הסכמתו לנתיחה ולתרומה יכולה לבוא לידי ביטוי רק באמצעות כרטיס אדי ולא בעזרת טופס מחייב, הכפוף גם הוא להסכמת המשפחה. בפועל, מעטים הם המתנגדים בכתב, ואילו למעוניינים בתרומה אין דרך לוודא שרצונם יכובד. בדרך נעלם מעמדה של המדינה כצד לדיון, והיא נותרה מנגנון מסדיר בלבד המבקש לחזק את מעמד המשפחה וההלכה בתקווה שחזיון יעודד את המוטיבציה לתרומה. מבחינה מעשית, עד כה, חרף המאמצים להסדרת התחום ומנגנוני העידוד שבחוק, ועל אף העלייה במספר החותמים על כרטיס אדי, לא נצפה שינוי ממשי בשיעור תרומת האיברים בפועל בישראל.

### ג. זירת תרומת תוצרי גוף מן המת

בדומה לזירת איברי הגוף מן המת, זירת תרומת תוצרי הגוף מן המת שמאמר זה עוסק בהם – זרע וביצית – קוראת אף היא לחשיבה מחודשת משתי סיבות מרכזיות. הראשונה, מקורה בלחץ הגובר על מערכות הבריאות והמשפט לאשר נטילה ושימוש בזרע מן המת לצורך הולדה והמשכיות משפחתית גם בהעדר אינדיקציות לכך שהדבר הולם את רצונו

James Muyskens, *Should Receiving Depend Upon Willingness to Give?*, 24 *TRANSPLANT* 102  
PROCEED. 2181, 2183 (1992).

103 Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 270.

104 שם, בעמ' 272. ראו גם בלבכי <http://bilvavi.co.il>; החלטה של מועצת הרבנות הראשית לישראל "מוות מוחי נשימתי ותרומת איברים להשתלה – אישור הלכתי לחוק" 246 (22.9.2009). לטענת הארגונים "ערכים" ו"בלבכי" שיטת המועמד המועדף מעלה חשש לתופעת "הרוכב החופשי", שכן אדם שאינו מאמין בהגדרת מוות מוחי-נשימתי יחתום על כרטיס אדי רק על מנת לקבל מעמד מועדף, אך ברגע האמת לא יתרום. לעומת זאת, חתימה על כרטיס מכוון ומאורגן על ידי רשויות הרבנות תקשה, לטענתם, להתחמק מחובת התרומה.

של הנפטר.<sup>105</sup> בקשות לשימוש בביצית מן הנפטרת אינן שכיחות באותה מידה, אך ישנם סימנים לכך שזו עשויה להפוך לזירת מחלוקת בעתיד הקרוב.<sup>106</sup> הבקשות לשימוש בזרע הנפטר מתיישבות עם אתוס ההולדה הישראלי ועם תרבות השכול הישראלית, אך מעוררות מחלוקות אתיות רבות אשר נדונו בהרחבה בספרות. סוגיה זו זוכה לכולטות תקשורתית ולשיח ציבורי ואתי ער, אך היא טרם הוסדרה ולפיכך רובצת לפתחם של גופי השלטון והמערכות החברתיות בישראל לרבות מערכת הבריאות, בתי המשפט והכנסת.<sup>107</sup> הסיבה השנייה נעוצה בצפי למחסור עתידי בתרומה של ביציות זרע מן החי, בדומה למחסור הקיים בתחום תרומת איברים.<sup>108</sup> מחסור מסוג זה אינו עולה כלל לשיח הציבורי, והאפשרות לעשות שימוש בזרע או בביצית של נפטר/ת שנתן/ה הסכמתו/ה לכך, בדומה לאיבר גוף, אינה מקבלת מקום בדיונים על הסדרת הנושא.

### 1. הצגת הבעיה: הימנעות מהסדרה, לחץ המשפחה ומחסור

מאז שנות התשעים של המאה הקודמת החלה המערכת המשפטית בישראל להתמודד עם בקשות למימוש זרע מוקפא מן המת,<sup>109</sup> ובהמשך גם עם בקשות לשאיבת זרע לאחר המוות.<sup>110</sup> בקשות אלה הגיעו ממשפחת הנפטר: בשלב הראשון היו אלה בעיקר בקשות מבת הזוג, האלמנה, שביקשה לעשות שימוש בזרע שהוקפא במהלך חייה, בהיותם בני זוג, לצורך טיפולי. בהמשך החלו להגיע בקשות מהורי נפטר שמת מבלי להשאיר אחריו ילדים, שביקשו ליצור לו המשכיות, ביניהן גם בקשות של הורי חייל שנפל במהלך שירותו הצבאי.<sup>111</sup> בקשות מסוג זה מעוררות שאלות שונות ומגוון תרחישים שונים, בהתאם לדמויות המעורבות ולפי

105 ראו למשל ה"פ (מחוזי ת"א) 1922/96 פלונית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ם.סי (ישראל) בע"מ (נבו 21.9.1997); תמ"ש 58540/05 (משפחה ת"א) ק.ב.ל.א נ' המרכז הרפואי על שם סוראסקי באיכילוב (נבו 12.9.2006); תמ"ש (משפחה קר) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (נבו 6.12.2009) (להלן: עניין משפחה חדשה); תמ"ש (משפחה י-ם) 27169-11-13 פלונית נ' המנוח (נבו 20.1.2016) (להלן: עניין פלונית).

106 דוד רגב "בזכות הקפאת ביציות: קרן הפכה לאם אחרי מותה" ynet (13.6.2011) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4081286,00.html>

107 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 2; משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל (אביטל וינר-אומן עורכת 2012) (להלן: דוח ועדת מור יוסף).

108 Nathan Hodson & Joshua Parker, *The Ethical Case for Non-Directed Postmortem Sperm Donation*, 46 J. MED. ETHICS 489, 489 (2020).

109 בשלב הראשון הגיעו בקשות אשר עניינן בזרע שהוקפא במהלך חייו של הנפטר, בין אם לצורך טיפולים אגרסיביים ובין אם לצורך טיפולי פוריות.

110 כץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 4.

111 ראו למשל תמ"ש (משפחה ק"ש) 14-01-12977 פלונית נ' משרד הבריאות (נבו 6.1.2015) (להלן: עניין קצין צה"ל); תמ"ש (משפחה ב"ש) 16-10-28012 פלונית נ' פרקליטות מחוז דרום-אורחי (נבו 24.8.2017); תמ"ש (משפחה פ"ת) 13-06-16699 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 27.9.2016); עמ"ש (מחוזי מרכז) 16-11-45930 מדינת ישראל נ' שחר (נבו

עמדותיהן בנושא. ריבוי בקשות אלו הינו ייחודי בעולם המערבי, בעיקר הבקשות שמקורן בהורי הנפטר.<sup>112</sup> לכן גם הפכה ישראל למובילת הדיון והכתיבה בתחום. עם זאת, עד לעת כתיבת שורות אלה, אין הסדרה ברורה של נטילת זרע של נפטר או נטילת ביצית מנפטרת, כך גם בסוגיית השימוש בזרע מן המת. לעומת זאת, שימוש בביצית שניטלה מאישה בעודה בחיים ולאחר מכן נפטרה מוסדר חוקית באופן בהיר ומקיף יחסית, אך כפי שנראה בהמשך גם כאן מתעוררות סוגיות אתיות שאין להן מענה לעת עתה.<sup>113</sup>

ההתפתחויות בתחום הילודה מזרע מן המת או ביצית מן המתה מתיישבות עם התרבות הישראלית הידועה בהיותה מעודדת ילודה, ועם היותה של מדינת ישראל מעצמת פריון.<sup>114</sup> הרופאים הישראלים הם חלוצים במחקר ופיתוח של רפואת פריון, והמדינה מעודדת את השימוש בטכנולוגיות הרפואיות על ידי הקצאת משאבים לכך בסל הבסיסי של ביטוח הבריאות הממלכתי, בהיקף שאין דומה לו במדינות אחרות. ישראל גם מתאפיינת במסד דתי שתומך בשימוש בטכנולוגיות פריון מתקדמות ומשפיע על המדיניות בתחום.<sup>115</sup> כמו כן ישנו חיבור הדוק לתרבות השכול הישראלית המבקשת המשכיות והנצחה לנפטר.<sup>116</sup> עוד נציין שישראל ידועה בהקדימה לאמץ טכנולוגיות חדשות בכלל, ובתחום הפריון בפרט.<sup>117</sup> מרכזיות הפריון בחברה הישראלית קיבלה גם את הכרת בתי המשפט במגוון הקשרים אשר הכירו בחשיבות ערך ההולדה, בזכות להורות ובזכות הגישה לטכנולוגיות רפואיות.<sup>118</sup> על אף זאת, נושאים רבים בתחום טכנולוגיות הפריון אינם מוסדרים בחקיקה ראשית אלא מאופיינים ברמת הסדרה נורמטיבית נמוכה, ובכיוון סמכויות בידי ועדות מומחים.<sup>119</sup> כך גם ההסדרה של סוגיית תרומות תוצרי גוף מן הנפטר/ת.

הסדרת הילודה באמצעות תוצרי גוף מן המת מצריכה הבחנה בין שני שלבים מרכזיים: שלב נטילת הזרע או הביצית לפני המוות או לאחריו ושלב השימוש בזרע או בביצית לאחר

---

112 29.1.2017; בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (נבו) (15.08.2017) (להלן: עניין שחר בעליון).  
 Shelly Simana, *Creating Life After Death: Should Posthumous Reproduction be Legally* 112  
*Permissible Without the Deceased's Prior Consent?*, 5 J.L. & Biosci. 329, 330 (2018)  
 113 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 978 (להלן: תקנות הפריה  
 חוץ-גופית); *דוח ועדת מור יוסף*, לעיל ה"ש 108. ראו ס' 12 ו-22 לחוק תרומת ביציות,  
 התש"ע-2010, ס"ח 520.  
 114 כרמל שלו "טכנולוגיות פריון וגנטיקה בישראל" ביו אתיקה כחול לבן 140, 142 (גיל סיגל עורך  
 Roy Gilbar & Efrat Ram-Tiktin, *It Takes a Village to Raise a Child: Solidarity in* (2015)  
*the Courts – Judicial Justification for Posthumous Use of Sperm by Bereaved Parents*,  
 28 MED. L. REV. 317 (2020); יעל השילוני דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של  
 הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-ננטליזם ומיתוס  
 המשכיות הזרע" עיוני משפט לט(3) 661, 662 (2016).  
 115 שלו, לעיל ה"ש 114, בעמ' 149.  
 116 Gilbar & Ram-Tiktin, לעיל ה"ש 114.  
 117 לב וקרן, לעיל ה"ש 55.  
 118 ס' 7 (א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 243/88 קונסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626,  
 639-640 (1988); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).  
 119 שלו, לעיל ה"ש 114, בעמ' 154.



המוות. נטילת זרע טרם המוות נעשית לרוב על רקע מחלה או מצב בריאותי המאיימים על פוריותו של אדם. אם נפטר, שאלת השימוש בזרע שנותר עומדת בלב הדיון האתי המתעורר. במקרים אחרים עולות שאלות הקשורות בעצם נטילת הזרע לאחר שאדם נפטר. במקרה זה הנטילה אפשרית עד שלושים ושש שעות מן הפטירה.<sup>120</sup> השאלות האתיות בנטילה שלאחר המוות מורכבות יותר, שכן ברוב המקרים אין תיעוד לנכונות מפורשת מצד הנפטר שיינטל ממנו זרע וייעשה בו שימוש. לכאורה, שלב הנטילה הוא שלב עצמאי ומובחן; בפועל, השימוש הצפוי בזרע למטרות ילודה משליך על הדיון בשאלת הנטילה. צורת הנטילה והשימור של ביציות מן הנפטרת מורכבת יותר ומשתנה עם הזמן. בעבר ניתן היה להקפיא ולשמר ביציות שניטלו מן האישה בעודה בחיים רק אם היו מופרות בזרע. כיום, ניתן להקפיא ביציות גם ללא הפריה.<sup>121</sup> לפיכך, אישה המעוניינת לשמר את פוריותה, למשל בשל טיפולים כימותרפיים, יכולה לבחור בין הקפאת ביציות; הוצאת שחלה לצורך שאיבת ביציות והקפאתן; או לקיחת רקמת שחלה והקפאתה, מתוך כוונה להפיק ממנה ביציות בהמשך.<sup>122</sup> שתי האחרונות, נטילת שחלה או רקמת שחלה, אפשריות גם לאחר המוות, ללא תלות בהקפאה מוקדמת של ביציות.

כל אחד מהתרחישים והשלבים הקשורים בנטילת זרע או ביצית מן הנפטר או הנפטרת מעורר קשיים אתיים, חלקם נפרדים וחלקם משותפים. הקושי המשותף נעוץ בעיקרו בסוגיית זיהוי הרצון המפורש או המשוער של הנפטר או הנפטרת ובצידם שאלת מעמדם של רצון בת או בן הזוג, אינטרס ההורים ואינטרס היילוד הנולד אל חיים ללא אב או אם גנטיים. כאשר יוזמת ההולדה היא מצד הסבים הייעודיים מגיע סט נוסף של שאלות שהתשובות לו תלויות גם בשאלה מי צפוי לגדל את הילד או הילדה. ההבדלים בין ההליכים קשורים במידת המורכבות של הטכנולוגיה (נטילת זרע הינה פשוטה בהרבה מנטילת ביצית), מהפערים בתפיסות של אבהות לעומת אימהות נעדרת,<sup>123</sup> וכן מההבדלים במידת ההסדרה של כל תחום: בעוד ששימוש בביציות שהותירה אחריה נפטרת נאסר בחקיקה ראשית, אלא אם כן נתנה הסכמתה לכך טרם מותה, השימוש בזרע של אדם שנפטר או נטילת זרע או ביצית מן הנפטרת לא הוסדרו עד היום בחקיקה.

אל הבעיות האתיות ובעיות ההסדרה מצטרף אתגר נוסף: אתגר המחסור. סוגיית המחסור אינה מאפיינת אך ורק את זירת האיברים, אלא קיימת גם בזירת התוצרים.<sup>124</sup> בישראל זכה

120 מבחינה רפואית ניתן לשאוב זרע לאחר המוות בשתי דרכים: האחת, בשתיים עשרה השעות הראשונות שלאחר הפטירה, כשהנפטר מונשם באופן מלאכותי, ניתן להעביר בו שוק חשמלי שגורם לפליטה עצמאית של זרע. האחרת, באם חלפו שנים עשרה שעות מן הפטירה, הדרך הטובה והמקובלת לנטילת הזרע היא באמצעות ניתוח חודרני, הכולל על פי רוב "קצירה" של האשך והוצאה כירורגית של הזרע.

121 Catrin E. Argyle, Joyce C. Harper & Melanie C. Davies, *Oocyte Cryopreservation: Where are We Now*, 22(4) HUMAN REPRO. UPDATE 440 (2016)

122 ראו פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה הציבורית מקצועית לבחינת הנושא של תרומת ביציות (28.6.2000) בעמ' 23.

123 השילוני דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 692.

124 ראו עדי ענבר סוגיות מרכזיות בפעילות בנקי זרע בישראל ובמדינת ויקטוריה שבאוסטרליה 12 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2017). לפי איל"ה, קיים מחסור בתרומות זרע ובתורמים בישראל.



המחסור הממשי בביציות לתשומת לב רבה יותר מאשר המחסור הפוטנציאלי בזרע. הצורך בביציות התעורר עם התפתחות הטכנולוגיות של טיפולי הפריה חוץ-גופית ועם התרת הפונדקאות. בעבר ניתן היה ליטול ביציות רק מנשים שעברו ממילא טיפולי פוריות, והדבר יצר מחסור חמור בביציות לתרומה בישראל. בשנת 2000 נחשפה "פרשת הביציות": שני רופאים בכירים נחשדו שסיכנו חיי מטופלות כאשר יצרו כמות ביציות מופרזת כדי למוכרן למי שזקוקות לתרומת ביצית.<sup>125</sup> בעקבות הפרשה הופסקה כלייל תרומת הביציות בישראל, ונשים שנזקקו לתרומה נאלצו לנסוע לחו"ל לצורך ביצוע ההליך או "לייבא" משם ביציות.<sup>126</sup> הדי הפרשה הובילו לריונים אתיים מקיפים שהניבו דוחות בנושא והביאו לחקיקה ייעודית בנושא. כך, בשנת 2010 העבירה הכנסת את חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, שביקש לתת מענה לשתי בעיות מרכזיות: מחסור בביציות לתרומה, מחד גיסא, וחשש לניצול וסחר בביציות, מאידך גיסא. לפיכך, החוק הרחיב את ההגדרה לתורמת ביציות כך שתכלול לא רק מי שמצויה בטיפולי פוריות, אלא גם מי שבוחרת בכך, אם עומדת בתנאי הסף, וקבע כללים מפורטים להגנה על התורמות והנתרמות לשם שמירה על המסגרת האתית הכוללת.<sup>127</sup> בנוסף, קבע המחוקק מנגנון פיצוי לתורמת במטרה להגביר תרומה ולמנוע סחר פרטי כאמור.<sup>128</sup> כל אלו לא פתרו את בעיית המחסור, שכן עדיין ישנו פער ניכר בין ההיצע לביקוש.<sup>129</sup> לעומת זאת, בעיית המחסור בזרע לצורכי הולדה אינה זוכה לתשומת לב מספקת בציבוריות הישראלית, בשל קיומם של בנקי זרע מוסדרים המספקים את צורכי הזקוקים לכך במסגרת טיפולי פוריות.<sup>130</sup> על פי הפרקטיקה המקובלת בישראל, אנונימיות תרומת הזרע נתונה להחלטת התורם והנתרמת. כך, תורם זרע יכול לבחור אם לתרום תרומה פתוחה

- 125 סמדר שמואלי "פרשת הביציות: טרם הוחלט אם יוגש כתב אישום" *ynet* (8.8.2000) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-54271,00.html>. בסופו של דבר, נפתח נגד אחד הרופאים הליך משמעתי ורישיונו נשלל, אך לפרשה היו השלכות ציבוריות רחבות היקף; רן רוניק "רישיון הרפואה של הגינקולוג בן רפאל נשלל לשנתיים וחצי" *הארץ* (8.3.2007) <https://www.haaretz.co.il/misc/2007-03-08/ty-article/0000017f-e4cf-d804-ad7f-f5ffc3dc0000>.
- 126 עדה אטיאס ומינה יולזרי "מדוע נשים בישראל לא תורמות ביציות ומי משלם את המחיר" *הארץ* (18.3.2014) <https://www.haaretz.co.il/news/health/new-research/2014-03-18/ty-article/premium/0000017f-e3c1-d804-ad7f-f3f74210000>.
- 127 אישה בין הגילים 21-35, בריאה ללא מחלות רקע, חיה בישראל, לא נשואה וללא קרבת דם אל הנתרמת או אל בן זוגה.
- 128 על פי ס' 43 לחוק תרומת ביציות, פיצוי כספי לתורמת מתנדבת יהיה אחיד בסכום של 20,316 ₪ (נכון לשנת 2016) למחזור שאיבה. הפיצוי לתורמת מטופלת יהיה מחצית הסכום.
- 129 ראו "תהליך קבלת תרומת ביצית" *bmom.co.il/ovum-purchase/ovum-process B-MOM*. שם מציינים באופן ברור שהמודעות וההיענות בקרב נשים ישראליות להתנדב לתרום נמצאת אומנם בעלייה, אך עדיין אינה מספקת את הביקושים לתורמת מקומית.
- 130 תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979, ק"ת 1448 (להלן: תקנות בנקי הזרע). אם כי מדי פעם יש כתבות המעידות על קיומו של מחסור או ירידה בהיצע, ראו אלכסנדרה לוקש וניר (שוקו) כהן "מחסור חמור בתרומות זרע בישראל: מה גרם לכך?" *ynet* (14.9.2021) <https://www.ynet.co.il/health/article/byd9v0pgy>.

או סגורה ומקבלת תרומת זרע יכולה גם היא לבחור בתרומה פתוחה או סגורה.<sup>131</sup> עם זאת, בעולם נשמעות עדויות על כך שקיים מחסור בתורמי זרע וביציות ועל הפער הגדל בין ביקוש להיצע.<sup>132</sup> אחת הסיבות היא המגמה הגוברת של הסרת אנונימיות התורם, בעיקר בהקשר של תרומת זרע. סיבה אפשרית נוספת היא ההגבלה או האיסור על תשלום עבור תרומת זרע. מחקרים שונים מראים כי במדינות שבהן עברה חקיקה המחייבת את חשיפת זהותם של תורמי זרע חלה ירידה בנכונות לתרומה, או שיש חשש לכך.<sup>133</sup> מחקר שנערך בשוודיה, שביטלה את אנונימיות התורם בשנת 1985, הצביע על מגמת ירידה מתמדת בתרומה ועל רשימות המתנה מתארכות לגישה להזרעה.<sup>134</sup> מחקרים נוספים, שנערכו במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה, העלו שקיימת ירידה עקבית במספר תורמי זרע רשומים והחמרה במחסור לאחר שעברה חקיקה בנושא.<sup>135</sup> גם בקנדה ירדה התרומה באופן דרסטי לאחר שהתשלום עבור תרומת זרע יצא אל מחוץ לחוק.<sup>136</sup>

ברקע הדברים עומדות גם מחלוקות הלכתיות בקרב פוסקים מן ההלכה היהודית. ההלכה היהודית מציגה עמדות שונות בנוגע לשאיבת זרע לאחר המוות ולשימוש בו לצורך ילודה. בנוגע לשאיבת זרע לאחר המוות, ההלכה קובעת שאם הנפטר השאיר עדות כתובה על כך שהוא חפץ בנטילת זרעו לאחר מותו מותר לנתחו, ואין זה נחשב לפגיעה בכבודו. תפיסה זו התקבלה גם בהמלצות ועדת מור יוסף. לעומת זאת, במצב שבו אין עדות כתובה באשר לרצון הנפטר יש חילוקי דעות. התומכים בשאיבת הזרע מנמקים זאת בצורך למנוע "צער גדול" מהאישה שנותרה ללא ילדים,<sup>137</sup> ויש הטוענים שאין בכך איסור ניוול המת, שכן נטילת זרע לצורך "פרו ורבו" (בראשית א, יח), היא תועלת נעלה.<sup>138</sup> מנגד, יש הרואים בכך ניוול

- 
- 131 ראו "תורם פתוח או תורם סגור?" <https://bmom.co.il/open-or-close-B-MOM>. תורם סגור הוא תורם זרע אנונימי, שפרטיו המזהים אינם נחשפים לעולם; תורם פתוח אינו אנונימי ופרטיו יועברו לילד בהגיעו לגיל 18, כך שיוכל לנסות ליצור עימו קשר.
- 132 Hodson & Parker, לעיל ה"ש 108, בעמ' 489.
- 133 Glenn Cohen, Travis Coan, Michelle Ottey & Christina Boyd, *Sperm Donor Anonymity and Compensation: An Experiment With American Sperm Donors*, 3 J.L. & BIOSCIENCES, 468, 468 (2016).
- 134 Erling Ekerhovd, Anders Fauruskov & Charlotte Werner, *Swedish Sperm Donors Are Driven by Altruism, But Shortages of Sperm Donors Leads to Reproductive Travelling*, 113 UPSALA J. MED. SCI. 305, 311–312 (2008).
- 135 Gaia Bernstein, *Regulating Reproductive Technologies: Timing, Uncertainty, and Donor Anonymity*, 90 B.U.L. REV. 1189, 1209 (2010) שם תואר שבשנת 1984 יצרה מדינת ויקטוריה מרשם תורמים חובה שנכנס לתוקף בשנת 1988. בשנת 1995 עבר חוק שנכנס לתוקף בשנת 1998 ואפשר לילדים שנולדו באמצעות תורמים לגשת למידע על תורמים ברגע שהם מגיעים לגיל 18.
- 136 Naomi Cahn, *The New Kinship*, 100 GEO. L.J. 367, 421 (2012).
- 137 חנן שני "נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית" עלוני ממרא 61, 65 (התשס"ז).
- 138 שם.

המת וביזיויו,<sup>139</sup> וכאלו המדגישים כי חובת הקבורה השלמה אינה מצויה בידי הנפטר או בני משפחתו, על כן הם אינם יכולים במפורש או מכללא לוותר עליה.<sup>140</sup>

בנוגע לסוגיית השימוש בזרע מן המת, ישנה התנגדות גדולה יותר מצד פוסקי הלכה שונים. הגישה המרכזית אוסרת את השימוש בזרעו של הנפטר, לא באלמנה ולא ברווקה.<sup>141</sup> המקור ההלכתי הוא חובת הקבורה ואיסור ההנאה מן המת.<sup>142</sup> לפי עמדה זו, הסכמת הנפטר איננה מסלקת את איסור ההנאה מן המת, ומכאן שגם אם נשאב זרע מגופו, יש להשמירו ולא לעשות בו שימוש.<sup>143</sup> מנגד יש הטוענים, בעקבות ההיתר להשתלת איברים מן המת, שהפרייה אישה מזרעו של נפטר הופכת את הזרע של המת לגוף חי, וכך מסלקת את איסור ההנאה מן המת.<sup>144</sup>

שיקולים נוספים המנחים את הפוסקים הם החשש לערעור מוסד המשפחה במתכונתו הקלאסית, טובת היילוד והגנה על שמה הטוב של האם.<sup>145</sup> כמו כן, קיימת מחלוקת האם מי שנולד מהפרייה נחשב כבנו של האדם שממנו נשאב הזרע. מבחינה הלכתית, כל מפגש בין זרע לביצית לאחר שבעל הזרע נפטר, בין אם היה שמור ובין אם ניטל לאחר מותו, יש לו משמעות של לא-בנו.<sup>146</sup> לאור הוויכוח הער בנושא ניסח ארגון רבני צוהר נייר עמדה העומד על חשיבות קיומה של צוואה ברורה בנוגע לרצון הנפטר, על זכותה הבלעדית של אשת הנפטר להרות מזרעו, והעדר מעמד לבני משפחת הנפטר בבקשות לשימוש בזרעו.<sup>147</sup> שאלת תרומת הביציות מן המתה זכתה לתשומת לב מועטה בלבד. סוגיית נטילת ביציות כמעט לא התעוררה עד כה; בשל הקשיים הטכנולוגיים הכרוכים בכך, הדין בתחום עוסק לרוב בסוגיית השימוש בביציות עודפות. יתרה מכך, בשונה מתחום השימוש בזרע מן המת, עמדת ההלכה מתירנית למדי בשאלת השימוש בביצית מן הנפטרת. ככלל, הרבנים הראשיים

139 שם; יגאל בצלאל שפרן "אבהות לאחר מיתה" תחומין כ 347 (התש"ס).

140 שני, לעיל ה"ש 137, בעמ' 66.

141 שם, בעמ' 69.

142 יובל שרלו "שימוש בזרעו של מת (נייר עמדה)" (תשע"ז), **צוהר לאתיקה**, <https://ethics.tzohar.org.il/%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A8-%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94-%D7%A9%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A9-%D7%A8%D7%A2%D7%95-%D7%A9%D7%9C-%D7%9E%D7%AA>. הרב שרלו מציין בנייר העמדה את השיקולים בעד שימוש בזרע כהותרת זכר למת וזיכויו וכמילוי רצונה של אשת הנפטר.

143 שפרן, לעיל ה"ש 139, בעמ' 349.

144 ירון אונגר ויובל סיני על השימוש בזרעו של נפטר: הלכה ומדיניות הלכתית (נייר עמדה) (המכללה האקדמית נתניה, תשע"ה) בעמ' 7. זאת בעקבות הרב איסר יהודה אונטרמן, שהיה ידוע בתמיכתו בהתרת תרומת איברים, אשר חידש וטען שהשתלת איבר מן המת בגופו של אדם חי הופכת את האיבר לחי ועל כן אין מדובר עוד בהנאה מן המת אלא בהנאה מן החי.

145 שם, בעמ' 9.

146 שם. מוסבר כי לפי הגמרא, אפילו אם קיימו יחסים והגבר נפטר מייד אחרי כן, אם עדיין לא הייתה השרשה, הבן שיווצר לא ייחשב לבנו של בעל הזרע.

147 ראו שרלו, לעיל ה"ש 142.

לישראל תומכים הן בהפריה חוץ-גופית והן בהשבת ביצית מופרית לרחם.<sup>148</sup> העוגן לגישה זו הוא הציווי "פרו ורבו", הציווי הראשון בתורה, המכתיב את נקודת המבט היהודית כלפי פרוין. לפיכך, גישת ההלכה היא שכל עוד לא מופר איסור ניתן להשתמש בכל שיטת הולדה, לרבות הפריה חוץ-גופית והשבת ביצית מופרית לצורך הפקת היריון.<sup>149</sup> לסיכום, זירת תוצרי הגוף ניצבת בפני שני אתגרים מרכזיים: הראשון, לחץ מצד בני משפחה ליצור המשכיות דרך תוצרי גוף מבני משפחה שנפטרו והעדר מענה רגולטורי מספק; השני, מחסור קיים בביציות ומחסור צפוי בזרע, שאף הם טרם קיבלו מענה רגולטורי מספק. ברקע, כאמור, עומדות מחלוקות הלכתיות המשפיעות על דרכי הסדרת הנושא, בעיקר בהקשר של תרומת זרע. נעבור עתה לסקור את פרטי ההסדרים הנורמטיביים-רגולטוריים בתחום זה.

## 2. מסגרת נורמטיבית-רגולטורית

על אף קרבתן של טכנולוגיות הפרוין המאפשרות נטילה ושימוש בביצית או זרע מן המת, ואף על פי שהן מערבות סוגיות אתיות דומות, מירת העיסוק בהן שונה ודרכי הסדרתן נפרדות. ההסדרה הקיימת עוסקת בעיקר בנטילה ושימוש בזרע או בביצית באמצעות תרומה מן החי לצורכי הולדה, אך נותנת מענה חלקי ביותר לגבי נטילה ושימוש בזרע או בביצית מן הנפטר/ת.

### (א) רבייה באמצעות זרע מן הנפטר

כיום, אין בישראל חקיקה ראשית המסדירה את נושא תרומת הזרע מן החי או מן המת. ההסדרה הקיימת של תרומה מן החי החלה לקראת סוף שנות השבעים והיא מתבססת על חקיקת משנה והנחיות מנהליות. ראשונות היו תקנות בנקי הזרע משנת 1979, שקבעו כי בנק זרע ינוהל אך ורק בבית חולים ומצריך הכרה של משרד הבריאות.<sup>150</sup> בהמשך, תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) משנת 1987 הגדירו "תורם" כ"גבר שזרעו נועד, בהסכמתו, להפרות ביצית של אישה שאינה אשתו ושזהותה אינה ידועה לו".<sup>151</sup> בהמשך פורסם גם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות אשר קבע כללים לניהול בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית.<sup>152</sup>

Joseph G. Schenker, *Assisted Reproduction Practice: Religious Perspectives*, 10 REP. BIOMED. 310 (2005); Joseph G. Schenker, *Assisted reproductive Reproductive Technology: Perspectives in Halakha (Jewish Religious Law)*, 17 REP. BIOMED. 17 (2008)

Ari Z. Zivotofsky & Alan Jotkowitz, *A Jewish Response to the Vatican's New Bioethical Guidelines*, 9 AM. J. BIOETHICS 26 (2009)

150 יחד עימן הותקן צו לפי חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים שלפיו ניהול בנק זרע, שירות של בנק זרע ו"הזרעה מלאכותית באישה" הינם בני פיקוח, ראו אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק זרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979, ק"ת 1449.

151 ס' 1 לתקנות הפריה חוץ-גופית.

152 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007).

נושא התרומה מן המת לא הוסדר בחקיקה או בתקנות, אלא נמצא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדבר "נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו" (2003).<sup>153</sup> במהלך השנים נערכו בכנסת ניסיונות שונים להסדיר את נושא השימוש בזרע מן המת, אך אף אחד מהם לא הבשיל לכלל חקיקה.<sup>154</sup> זאת, אף על פי שמאז שנות התשעים החלו להגיע בקשות המשפחה למימוש זרע מוקפא מן המת. תחילה היו אלו בקשות לשימוש בזרע שהוקפא במהלך חייו של המנוח, בדרך כלל לצורך שימור פוריות לפני טיפולים מצילי חיים, או לצורך טיפולי הפרייה. לאחר מכן החלו להגיע בקשות לצורך נטילת זרע מן המת. בעקבות זאת, בשנת 2003 פורסמו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנושא, אשר בבסיסן עמד מודל "הרצון המשווער", אם כי ליתר דיוק יש לכנותו מודל "ההסכמה המשווערת".<sup>155</sup> על פי ההנחיות, בהיעדר ידיעה אחרת, ההנחה היא כי גבר שנפטר בצעירותו היה מעוניין שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו לצורך הבאת צאצאים מאת אשתו ולכן, ככלל, יש לאפשר לבנות זוג של נפטרים לממש את הזרע המוקפא, בכפוף לאישור בית משפט; מלבד בנות הזוג אין לאיש כל זכות על הזרע המוקפא, לרבות הורי הנפטר, בין אם הופקד לשימוש עתידי ובין אם ניטל לאחר המוות.<sup>156</sup>

באותן שנים התעוררו סוגיות אתיות מורכבות רבות בתחום הפרייון והילודה, מה שהביא לכינוסה של ועדה ציבורית לבחינת הסדרי חקיקה של נושא הפרייון וההולדה בישראל, הקרויה גם "ועדת מור יוסף" על שם מי שעמד בראשה. הוועדה פרסמה את המלצותיה בשנת 2012 ברוח שזכה לתהודה ציבורית רחבה.<sup>157</sup> פרק שלם ברוח הוועדה הוקדש לשימוש בחומר גנטי לאחר המוות והמלצותיה חזרו על המתווה שנקבע בהנחיות היועץ המשפטי: הן חיזקו את זכותה של בת הזוג בלבד לממש את זרע המנוח ואסרו על השימוש בזרע על ידי כל אדם אחר, בהיעדר הנחיה כתובה מצד המנוח.<sup>158</sup> על פי המלצות הוועדה, כאשר ניתן זרע לפני המוות, על בעליו להורות בצורה פוזיטיבית אם הוא מתיר להשתמש בזרעו לאחר המוות ולמי הוא מתיר לעשות כן.<sup>159</sup>

על אף העקביות בהנחיות היועץ המשפטי והמלצות ועדת מור יוסף, הן לא תורגמו לחקיקה ראשית. יתרה מכך, בניגוד אליהן, לאורך השנים הרחיבו בתי המשפט את מודל הרצון המשווער לטובת הורי הנפטר כאשר אישרו בקשות לממש זרע מוקפא ולהפרות בו אישה שלא הייתה בת זוגו של הנפטר ואף לא הכירה אותו בחייו, על פי בקשת הורי המנוח,

153 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 2.

154 ראו הצעת חוק שימוש בזרע או ביצית של אדם מת, התשס"ו-2006, פ/80/17; הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה), התשע"ז-2017, פ/4312/20; הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר למטרת הולדה, התשפ"ב-2022, פ/552/24.

155 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 2. ההנחיות הללו אינן נגזרות מחקיקה ראשית או משנית, והן התוו את מודל הרצון המשווער. ההנחיות קיבלו משנה תוקף בשנת 2012 במסגרת המלצות ועדת מור יוסף.

156 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 107, בעמ' 43.

157 שם.

158 שם, בעמ' 44, 49. הרוח מתייחס לבת/בן זוג קבוע/ה, כלומר: נשוי/אה או ידוע/ה בציבור.

159 שם, בעמ' 44-45.

המבקשים למעשה נכד מבנם המת. כך, ישנם שבעה עשר פסקי דין שפורסמו בנושא, מתוכם ארבעה עסקו בבקשות מאת אשת המנוח, ושלושה עשר בבקשות של הורי המנוח.<sup>160</sup> ברבים מהמקרים הסתייעו בתי המשפט במשפט העברי כדי לסטות מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.<sup>161</sup> פסקי הדין שעסקו בהולדה מזרעו של חייל שנפטר הוסיפו רבדים לאומיים וקהילתיים על מורכבות הדיון האתי הקלאסי.<sup>162</sup>

בשנת 2016 הפך בית המשפט העליון את המגמה המרחיבה, בפרשת פלונית, וחזר אל גבולות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה.<sup>163</sup> ייתכן שהתגברות זרם הבקשות למימוש זרע מן הנפטר והימנעות המחוקק מהשלמת הריק החוקי הביאו את בית המשפט לקחת את התפקיד של הבהרת גבולות השימוש בזרע מן הנפטר. ועדיין, יש חוסר בהירות דוקטרינרית המשפיע על חוסר היציבות בזירה, כפי שמעיד פסק דין שניתן לאחרונה בבית המשפט לענייני משפחה. שם, על אף הלכת פלונית, אישרה השופטת להורים לעשות שימוש בזרע בנם שנפטר באמצעות הפריה של אישה שלא הכיר בחייו, אף על פי שלא הייתה הסכמה בכתב.<sup>164</sup> פסיקה זו מצטרפת לקולות נוספים העולים מהציבור המבקשים לעשות שימוש בזרעו של נפטר, כפי שמעידים דיווחים בתקשורת.<sup>165</sup>

על אף העמדה האתית החד-משמעית שלפיה במקרה שאין הסכמה בכתב מצד הנפטר רק בת זוגו של הנפטר תוכל לעשות שימוש בזרעו, הבקשות הנמשכות עוררו דילמות רגשיות, מוסריות ומשפטיות ועימן צורך עז בהסדרה חוקית. לאורך השנים הונחו על שולחן הכנסת

160 ייתכן שהיו מקרים נוספים שנדונו בדלתיים סגורות ולא נודעו או פורסמו. לדוגמאות פסיקה מייצגות ראו עניין פלונית, לעיל ה"ש 106; תמ"ש (משפחה ב"ש) 62401-06-16 משפחה חרשה הארגון לקידום זכויות המשפחה בישראל נ' מרכז החולים הממשלתי המרכז הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי (נבו 30.1.2017); תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז (נבו 18.3.2015); עמ"ש (מחוזי מרכז) 7457-05-15 מ"א נ' ה"מ (נבו 17.10.2015); בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (נבו 22.12.2016); דנ"א 217/17 פלונית נ' פלונית (נבו 2.4.2017) (להלן: פרשת הלכת פלונית בעליון); עמ"ש (מחוזי מרכז) 50500-09-17 ע.ש נ' היועץ המשפטי (נבו 24.7.2018); בע"מ 6046/18 היועץ המשפטי נ' פלונית (נבו 2.9.2019); דנ"א 6039/19 פלונית נ' היועץ המשפטי (נבו 12.11.2019); תמ"ש (משפחה קריות) 25971-02-17 ח"ח נ' מרכז רפואי ע"ש בני ציון (נבו 8.9.2019); עמ"ש (משפחה חי') 15896-04-19 משרד הבריאות נ' פלוני (נבו 7.4.2020); עמ"ש (משפחה ת"א) 15896-04-19 ר"ש נ' בית חולים אסף הרופא פוריות הגבר ובנק הזרע (נבו 15.12.2019); בע"מ 378/20 פלונית נ' בית החולים אסף הרופא (נבו 3.6.2020); דנ"א 3949/20 פלונית נ' בית חולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק הזרע (נבו 6.7.2020); תמ"ש (משפחה ת"א) 14262-06-20 פלונית נ' היועץ המשפטי (נבו 21.3.2022).

161 תמ"ש (משפחה ת"א) 14217-06-14 משפחה חרשה נ' בית החולים "הרסה עין כרם" פס' 3.4 (נבו 15.4.2015).

162 ראו לעיל, ה"ש 111.

163 פרשת הלכת פלונית בעליון, לעיל ה"ש 160.

164 תמ"ש (משפחה ת"א) 14262-06-20 פלונית נ' היועץ המשפטי (נבו 21.3.2022).

165 אייל לוי "אביו של סמ"ר עמית בן יגאל ז"ל: החלום שלי הוא שבמקום לשרוד את היום אני ארוץ לקחת את הנכד מהגן" ישראל היום (11.11.2021) <https://www.israelhayom.co.il/magazine/shishabat/article/5637626>

כמה הצעות חוק פרטיות המתייחסות לשימוש ולשאיבת זרע או ביצית מן המת, ואף הוכן תזכיר חוק מטעם משרד הבריאות בנושא בנקי זרע, אך אף אחת מהיוזמות לא הבשילה לכדי חקיקה בפועל.<sup>166</sup>

חלק מהצעות החוק המשיך את הקו האוסרני המעמיד את אוטונומיית הפרט במרכז ומאפשר שימוש בזרע מן המת רק בהסכמה. ביניהן, הצעת חוק פרטית משנת 2006 של חברת הכנסת זהבה גלאון, שביקשה לאסור על השימוש בזרע או בביצית מן הנפטרת ועימה תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, שגיבש משרד הבריאות. התזכיר כולל שני פרקים רלוונטיים, "הקפאת זרע לשימוש עתידי" ו"נטילה ושימוש בזרע נפטר", שבהם הוא מאמץ את הנחיות היועץ המשפטי ואת המלצות ועדת מור יוסף. על פי התזכיר, בהיעדר הוראות בכתב שהותיר הנפטר "אשתו או בת זוגו הקבועה בלבד רשאית להרות מזרע הנפטר או להפרות את ביציותיה בזרעו",<sup>167</sup> ולקרובים אחרים לא יהיה כל מעמד לעניין שאיבה או שימוש בזרעו.

חלק אחר מהצעות החוק נוקט קו מתירני ומבקש להכשיר את השימוש בזרע הנפטר, בעיקר ככל שמדובר בחלל כוחות הביטחון. אלו הן הצעות חוק פרטיות המוגשות על ידי חברי כנסת הנענים ללחצים מצד הורים ואחים המעוניינים בהתרת הנטילה והשימוש של זרע מן המת לצורכי הולדה והמשכיות. רק לאחרונה אישרה מליאת הכנסת בקריאה טרומית את הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023, של חברת הכנסת קטי שיטרית, המרחיבה את אפשרות השימוש בזרע של נפטר ללא הסכמה בכתב של הנפטר גם להורי הנפטר ולא רק לבת הזוג.<sup>168</sup>

לסיכום, למרות עמדה אתית עקבית וברורה יחסית נגד שימוש בזרע מן המת ללא הסכמת הנפטר, ישנו לחץ נמשך מטעם בני משפחה לעשות שימוש בטכנולוגיה הנדמית להיות זמינה ופשוטה. לחצים אלו משפיעים גם על השיח הציבורי, ובכללו המחלוקות ההלכתיות בנושא, ועל בתי המשפט, המרחיבים את תחולת דוקטרינת הרצון המשוער וכן מניעים את הגשתן של הצעות חוק העוסקות בהולדה מן הנפטר שנפל בעת שירותו הצבאי. ניכר כי התרגויה המשפחתית ותחושת החוב החברתי כלפי ההורים השכולים מערערים את הזירה ומקשים על ההסדרה הנדרשת.

166 הצעת חוק שימוש בזרע או ביצית של אדם מת; הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה).

167 ס' 270(2) לתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016.

168 בהצעת החוק מוצע שנטילת זרע מנפטר לאחר מותו תיעשה לפי בקשת בת זוגו או הוריו בתנאים שמוצע לקבוע. מוצע לאפשר לבת זוגו של נפטר שלא התנגד לכך לעשות לאחור פטירתו שימוש בזרע שניטל ממנו או הופקד על ידו בחייו, אף אם הנפטר לא הותיר אחריו הנחיות מפורשות. אם אין לנפטר בת זוג, או שהיא אינה מעוניינת לעשות שימוש בזרע, מוצע לאפשר להורה של הנפטר שהנפטר מינה אותו בהנחיות שנתן בכתב לעשות שימוש בזרעו של הנפטר באמצעות אישה אחרת שתהיה אימו של הילד שייוולד.



## (ב) רבייה באמצעות ביצית מן הנפטרת

כפי שראינו, מערכות הרפואה והמשפט בישראל מתמודדות מזה שנים עם בקשות למימוש זרע מוקפא מן המת. לעומת זאת, בקשות לגבי מימוש ביצית מופרית או שאינה מופרית של אישה שנפטרה הוגשו במקרים בודדים. עד כה ידוע על שלושה מקרים בלבד בישראל. השילוני-דולב וטריגר טוענים במאמרם שהפער בבקשות לשימוש בביציות או בזרע נעוץ בשתי סיבות מרכזיות: האחת היא הקלות הטכנולוגית היחסית שבה ניתן לקצור זרע מן המת וליצור עובר מזרע קפוא, לעומת התהליך המורכב והמתמשך של שאיבת ביציות מן המתה או יצירת עובר מביציות קפואות, המצריכה עירוב של גורם שלישי בדמות אם פונדקאית.<sup>169</sup> הסיבה האחרת היא חברתית-תרבותית: שליטת האידאולוגיה הפטריארכלית המייחסת חשיבות יתרה ל"המשכיות הזרע", בייחוד במסורת היהודית שבה מצוות "פרו ורבו" מוטלת על גברים ולא על נשים.<sup>170</sup> לכך ניתן אולי להוסיף את ההבניה החברתית השונה של האבהות לעומת האימהות – לידה לאב נעדר מקובלת יותר חברתית מאשר לידה לאם נעדרת.<sup>171</sup>

ההבדלים בין הזירות, לרבות המורכבות הכרוכה בשימוש בביצית מן הנפטרת וההתפתחויות הטכנולוגיות הייחודיות לה, הביאו לכך שנושא נטילת ותרומת ביציות מאישה חיה, כולל שאלת השימוש בביציות לאחר מות התורמת, הוסדרו בצורה מלאה.<sup>172</sup> עם זאת, שאלת נטילת ביצית מן הנפטרת והשימוש בה לא קיבלה מענה. סוגיית השימוש בביציות שהוצאו מגופה של אישה הוסדרה לראשונה בשנת 1987, במסגרת תקנות הפריה חוץ-גופית. התקנות נדרשו להתמודד עם אתגרים חדשניים וייחודיים, ביניהם: הסדרת הליכי נטילת ביציות, הסדרת הליכי השתלת הביציות, הסדרת השימוש בעודפי ביציות על דרך הקפאתן או תרומתן, וכן קביעת כללים לגבי ביציות של נשים שנפטרו.<sup>173</sup> התקנות החשובות לענייננו אפשרו להשתיל ביציות מופרות בגופה של אישה נשואה, בין אם הן ניטלו ממנה ובין אם מתורמת, לאחר שהופרו בזרע בעלה או בזרע של תורם. התקנות לא הגדירו מיהי תורמת, אך עולה מהן כי תורמת היא זו שהסכימה ליעד ביציות עודפות שלה, במסגרת טיפולי פוריות שעברה, לתרומה עבור אחרת. לגבי אישה שאינה נשואה, נקבע בתקנות כי אם היא זקוקה לזרע תורם ניתן להפרות ביציות שניטלו מגופה בלבד, והיא אינה רשאית לקבל תרומת ביצית וזרע גם יחד. בשני המקרים תרומת הביציות תהיה אנונימית, וכל פעולה שתתבצע תחייב קבלה של הסכמת הצדדים בכתב. לגבי ביציות של נפטרת קבעו התקנות כי לא ייעשה בהן שימוש ולא יושתלו באחרת אלא אם נתנה הסכמתה לכך טרם מותה.

169 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 115, בעמ' 662.

170 שם, בעמ' 663.

171 שם, בעמ' 692.

172 ס' 36 לחוק תרומת ביציות.

173 בדומה לבנקי זרע, התקנות הכריזו על כך שנטילה, הפריה, הקפאה או השתלה של ביצית תיעשה רק במחלקה מוכרת בבית חולים. עוד הכריזו התקנות כי נטילת ביצית תיעשה רק לצורך הפריה חוץ-גופית ורק אם זה לקידום הטיפול באישה. ראו תק' 3-4 לתקנות הפריה חוץ-גופית.



נושא תרומת ביציות שנלקחו מאישה בעודה חיה הוסדר באופן מלא בחקיקה ראשית, בחוק תרומת ביציות, משנת 2010. החוק ביקש להתמודד עם מכלול ההתפתחויות בתחום הפיריון וההולדה, לא רק בהקשר של נטילת ביציות לצורכי הפריה חוץ-גופית אלא גם באמצעות פונדקאות. לפיכך יצר הסדרה רחבה המתייחסת, בין היתר, להגדרת התרומת, להגנה עליה מפני סיכונים הכרוכים בתרומת ביציות וכן לאתגרי התשלום, המחסור והסחר. הגדרות החוק הבחינו בין "תורמת מטופלת", שממילא מצויה בתהליך של טיפולי פוריות, או שאבה ביציות בשל מצבה הרפואי, ו"תורמת מתנדבת", שאינה מצויה בתהליך בשל מצבה-עצמה. על תורמת מתנדבת לעמוד ברשימת תנאי סף מפורטת, לתת הסכמה מדעת מפורשת העומדת בכללים שהוגדרו בחוק, ולקבל אישור מוועדת אישורים.<sup>174</sup> המחוקק אסר מפורשות על סחר ותיווך בביציות, אך קבע מנגנון פיצוי לתורמת הקבוע בחוק.<sup>175</sup> ברקע החקיקה עמדו שאלות בדבר הרצון החופשי וההסכמה מדעת של התורמת המתנדבת, לרבות הבטחת בטיחות הטיפול עבור מי שאינה זקוקה לו רפואית, שאלת הקשר בין תשלום למוטיבציה לתרומה והחשש שדווקא העדר פיצוי מהווה פגיעה בתורמת.<sup>176</sup> בנוסף, החוק קבע מנגנונים מפורטים לאישור והסכמה בכל שלב ושלב בהליך.<sup>177</sup> אף על פי שהחוק ביקש להסדיר את תרומת הביציות לשם הגדלת מעגל התרומות הפוטנציאליות, בפועל ישנו מחסור של ממש בביציות מתורמת ישראלית בשל מיעוט התרומות ומורכבות הליך התרומה.<sup>178</sup>

הנושא שחוק תרומת הביציות אינו מסדיר במישרין הוא נטילה או תרומה של ביצית מן הנפטרת. החוק והתקנות מתייחסים בעיקרם לשימוש בביציות שנשאבו טרם פטירה. כך, החוק דורש הסכמה מפורטת לאשר ייעשה בביציות לאחר שאיבתן, לרבות השתלה, הקפאה, מחקר או השמדה,<sup>179</sup> ואילו התקנות קובעות כללי בסיס שלפיהם: אם נפטרה האישה – לא ייעשה שימוש בביצית המופרית; ואם מדובר באישה פנויה – הביצית או הביצית המופרית לא תושלל באישה אחרת, אלא אם כן טרם פטירתה נתנה המנוחה את הסכמה לתרומת הביצית למטרה זו אחרי מותה. כאמור, על אף הסדרה מפורטת זו, לא ניתן בה מענה לשאלות הקשורות בהפקה ושאיבה של ביציות לאחר פטירה, אם כי ניתן להסיק ממנה קו אתי נוקשה יחסית ואוסרני.

174 פרק ג לחוק תרומת ביציות.

175 ס' 43 לחוק תרומת ביציות.

176 לב וקרן, לעיל ה"ש 55; דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 108. כמו כן ראו בעניין זה את ההבחנה בין פיצוי בגין תרומת זרע לביצית, Rene Almeling, *Gender and the Value of Bodily Goods: Commodification in Egg and Sperm Donation*, 72 LAW & CONTEMP. PROBS. 37, (2009) 39.

177 לרבות הזכאות לתרומת ביצית, הגשת בקשה לתרומה, מינוי ועדת חריגים לצורך דיון בבקשות מיוחדות, תרומת ביציות לצורכי מחקר, הקמת מאגר מידע כולל לעניין שאיבה והקצאה של ביציות, מרשם יילודים ועוד, ראו ס' 11, פרק ב, פרק ג סימן ג, פרק ד, פרק ה ופרק ו לחוק תרומת ביציות, בהתאמה.

178 ראו "תהליך קבלת תרומת ביצית" B-MOM - <https://bmom.co.il/ovum-purchase/ovum-process>.

179 ס' 16 לחוק תרומת ביציות.

שאלות אלו עלו בפני ועדת מור יוסף שדנה בהסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל. עבודת הוועדה הניבה דוח מפורט הכולל פרק בנושא שימוש בחומר גנטי לאחר המוות. דוח הוועדה משנת 2012 המליץ להבחין בין שני מצבים.<sup>180</sup> האחד, אם הוצאו ביציות מגופה של אישה והוקפאו טרם מותה – ההחלטה נתונה בידיה לקבוע בעת הוצאתן מה ייעשה בהן אם תלך לעולמה. האחר, באין ביציות מוקפאות – אם השאירה אחריה הוראות בכתב יש לכבד את רצונה; אם לא מסרה הוראות בעניין – רק בן הזוג הקבוע יוכל לעשות שימוש למטרות הפרייה בביציות שנשאבו ממנה והוקפאו לאחר מותה, על דרך השתלתן בגופה של אם נושאת, על פי דיני הפונדקאות, בלא צורך בצו בית משפט.<sup>181</sup> אלו הן המלצות הוועדה, אך הן לא הובילו לחקיקה בנושא.

כאמור, עד כה היו הבקשות לשימוש בביציות מוקפאת מן הנפטרת מועטות, ובקשות להפיק ביציות מן הנפטרת נדירות עוד יותר.<sup>182</sup> לאחרונה פורסם שבית המשפט המחוזי נדרש לראשונה בישראל לסוגיית השימוש בביציות של נפטרת ודחה בקשת אישה, אם לילדים, להרות מביציות בת דודתה שנפטרה. נקבע כי חוק תרומת ביציות אינו מותר פתח להשתלת ביציות של אחת באחרת אלא כאשר הנתרמת אינה מסוגלת להרות בשל בעיה רפואית. ברומה לשימוש בזרעו של המת, לרצונם של קרובי המשפחה אין מעמד חוקי.<sup>183</sup> יש לשער שמיעוט הפניות לבית המשפט נעוץ בין היתר בהסדרה הנוקשה של תרומת ביציות והעמדה האתית החד-משמעית בנושא. ועדיין, ניתן לצפות שהשתכללות הטכנולוגיה, כמו גם הפתיחות החברתית הגוברת לאפשרויות הללו, יובילו לפניות נוספות.<sup>184</sup> כך, לאחרונה היה מקרה שקיבל תהודה בתקשורת שבו ביקשה אם בשם בתה שנפטרה בצעירותה לתרום את ביציותיה למי שזקוקה לתרומת ביציות ולא לנתרמת מסוימת. הבת צוטטה אומרת בכתבה: "אם מישהי לא מצליחה ללדת, תני לה את הביציות שלי, תתרמי אותן. זה ימלא אותי אושר לדעת שהביציות שלי הביאו אושר לנשים או לזוגות חשוכי ילדים".<sup>185</sup> מה שמונע זאת כיום הינו האיסור בחוק תרומת ביציות על תרומת ביציות שאינה אנונימית, שכן האם מעוניינת להיות מעורבת בחיי ילדי בתה.

180 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 108.

181 שם, בעמ' 49.

182 איתי גל "חן בת ה-17 נפטרה; הוריה שאבו ביציות מגופה" ynet (7.8.2011).  
<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4105706,00.html>; דוד רגב "הוא דומה לשנינו. לי ולאשתי המתה" ידיעות אחרונות 15.11.2011, 15.

183 עמ"ש (משפחה מרכז) 20-09-8293 מ.ר.נ' מרכז רפואי ע"ש רבין (נבו) 5.2.2023.

184 מקרה נוסף הגיע לפתחו של בית המשפט בתמ"ש (משפחה ת"א) 22-11-15949 פלוני נ' שירותי בריאות כללית (נבו) 25.6.2023. בית המשפט התיר לבן זוגה של נפטרת לעשות שימוש בביציות שהוקפאו טרם מותה. מעוכרות המקרה עולה שהנפטרת חלתה בסרטן, לא הותירה מסמך בכתב על רצונה שיעשה שימוש בביציותיה לאחר מותה, אך ביקשה זאת בעל פה הן מבן זוגה והן מאביה בנוכחות הרופא המטפל. לאחר פטירתה ביקש בן זוגה צו המורה לבית החולים שבו טופלה להפרות את הביציות בזרעו. הוריה של המנוחה תמכו בבקשתו.

185 דינה חלוץ "רוצה לתרום את הביציות של בתה שנפטרה מסרטן: חשוב לי שיהיו עוד ילדים כמוה בעולם" לאישה (6.12.2022) <https://www.ynet.co.il/laisha/article/bjwlix5pi>.

לסיכום, ההסדרה של תחום תרומת תוצרי גוף מן המת הינה חלקית ולא מספקת. ככל שמדובר בשימוש בזרע או בביצית שניטלו בעוד הנפטר/ת בחיים, ישנה הסדרה חלקית או מלאה. ככל שמדובר בנטילת זרע או ביצית מן המת ההסדרה מינימלית והתחום פרוץ. בשני התחומים הגישה לשימוש בתוצרי הגוף על ידי בן או בת הזוג היא מתירנית יחסית תחת הנחת ההסכמה המשוערת, המניחה שמי שנפטרו בצעירותם היו מעוניינים שבן או בת הזוג יעשו שימוש בתוצרי גופם לאחר מותם לצורך הבאת צאצאים. אף על פי שמודל ההסכמה המשוערת שמור לבני זוג בלבד, משהתבסס הוא מהווה נקודת מוצא גם כאשר מדובר בבקשת הורים. מה שחסר בזירה זו לטעמנו הוא אפיק מוכר ומוסדר של הותרת הנחיות מפורשות בדבר נטילה, שימוש ותרומה של תוצרי גוף, וכן אתוס של תרומה לכלל – למי שזקוקים לתרומת ביצית או זרע לצורכי פריון.

### ד. ניתוח משולב – משולש היחסים: פרט, משפחה ומדינה

בפרק זה נבקש לדון בשתי הזירות – זו של תרומת האיברים מן הנפטר/ת וזו של תרומת התוצרים מן הנפטר/ת – בצורה משולבת. על פני הרברים, ישנם הבדלים ניכרים בין הזירות, האחת עוסקת בהצלת החיים ואילו האחרת ביצירת חיים; האחת מאופיינת במחסור ואילו האחרת ברצון אישי־משפחתי להמשכיות; האחת מייצרת קשר מוגבל בין הנתרם לתורם, של הכרת תודה, ואילו האחרת מייצרת קשר יחסין משפחתי של זהות וחיבור גנטי. למרות הבדלים אלו אנו רואות יתרון ואף הכרח בחשיבה המשותפת על שתי הזירות, שכן הן מעוררות שאלות דומות, הן מבחינת תפיסות החיים והמוות, הן במישור המשאבים המוגבלים, והן בשאלות הקשורות בהבניית היחסים והאינטרסים בין הפרט, המשפחה והמדינה לאחר המוות ועוד לפניו – בעת ההכנה הרגשית החברתית והמשפטית אליו, כחלק מהחיים.

סקירת שתי הזירות עד כה העלתה את הצורך בחשיבה מחודשת על מערכת היחסים בין רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה בכל אחת מהן, והצביעה על מגמות ורילמות משותפות בהקשר של נטילת איברים ותוצרים מן המת והשימוש בהם. איתור המגמות והדילמות המשותפות מאפשר להרחיק את נקודת המבט, לגבש מסגרת תאורטית חלופית, ולהציע פתרונות סדורים שביחד ייצרו מסגרת ביואתית עשירה וקוהרנטית. נתחיל עם רצון הפרט ומקומו של עקרון האוטונומיה במארג היחסים, נמשיך אל מעמד המשפחה והחשיבות המיוחסת לה בקבלת החלטות לעת מוות, ונסיים עם אינטרס המדינה בקיומה של הסדרה ראויה ובעידוד התרומה מן הנפטר/ת.

#### 1. רצון הנפטר/ת

הביואתיקה הליברלית מעמידה במרכזה את אוטונומיית הרצון של הפרט ואת חשיבות כיבוד רצונו לכתוב את סיפור חייו, ובכלל זה להשפיע על השימוש שיעשה בגופו בחייו ובמותו ועל האופנים שבהם יממש את המשכיותו לאחר מותו.<sup>186</sup> ההגנה על הזכות לאוטונומיה מקבלת מקום מרכזי בדיונים הביואתיים בסוגיות של סוף החיים, שכן הנסיבות המאפיינות החלטות אלה כרוכות פעמים רבות בקשיי תקשורת עם האדם (בשל מצבו הקוגניטיבי,

Boas and Lavi 186, לעיל ה"ש 24, בעמ' 258.

הפיזי או הרפואי). כתוצאה מכך נכנסים לזירה שיקולים מורכבים – רפואיים, משפחתיים, מערכתיים ומשפטיים<sup>187</sup> – המביאים פעמים רבות לשחיקת מעמדו של רצון הפרט אל מול מעמדה של המשפחה.

עקרון היסוד של הזכות לאוטונומיה הוא חירות האדם לבחור את דרכו ולעצב את חייו בעצמו.<sup>188</sup> בעשורים האחרונים רומם המשפט הישראלי את מעמדן של ההסכמה מדעת ושל הזכות לאוטונומיה בהקשר של טיפול רפואי ובשאלות מתחום הביואתיקה.<sup>189</sup> לפי המסורת הליברלית, שבאה לידי ביטוי גם בפסיקת בית המשפט העליון הישראלי, הזכות לאוטונומיה וזכות האדם על גופו הן זכויות השלובות זו בזו: ריבונות האדם על גופו נתפסת כזכות יסוד בלתי ניתנת להפקעה, השומרת על האדם מפני התערבות חיצונית בשם ערכים אחרים, גם אם הם נאצלים ונעלים, כגון טובת הכלל או טובתו האמיתית שלו עצמו.<sup>190</sup> יתרה מכך, הגנה על האוטונומיה של הפרט ועל עצמאותו נועדו להבטיח את קיומו כסוכן מוסרי המהרהר בצורה ביקורתית על תפקידיו, מחויבויותיו ועל אופי קהילתו; כאשר מצטמצמת יכולתו של האדם לבחור את מטרותיו ולבקר אותן, קיומו כסוכן מוסרי הופך לבלתי יציב ובלתי בטוח.<sup>191</sup> השאלה המרכזית בענייננו היא האם הזכות לאוטונומיה וזכות האדם על גופו שמורות לו גם לאחר המוות. הפסיקה הישראלית הכירה בכבודו של המת, וכפועל יוצא מכך – במימוש רצון המת, כפי שביטא טרם מותו, כעיקרון חוקתי הנגזר מכבוד האדם החי ומזכותו לאוטונומיה אישית.<sup>192</sup> כך, תחום הירושה והצוואה מעניק עליונות והגנה לרצון המצווה באשר לנכסיו הכספיים והרכושיים.<sup>193</sup> כאשר לגוף, אין דבר חקיקה הקובע זאת מפורשות, אך ישנה פסיקה המכירה בכך, בעיקר בהקשר של קבורה. כך, במקרים שבהם הייתה התנגשות בין רצון הנפטרת לשרפת גופתה ורצון המשפחה לקבור כמקובל, נקבע כי כאשר רצון הנפטרת מפורש, כתוב ואינו משתמע לשתי פנים, יש לקיים את רצונה והוא קודם לרצון המשפחה.<sup>194</sup> עוד נקבע שהחובה לקיים את רצון הנפטרת נעוצה בחובת ההגנה על כבוד המת ובזכות

Carlos Gómez-Virseda, Yves De Maeseneer & Chris Gastmaus, *Relational Autonomy in End-Of-Life Care Ethics: A Contextualized Approach to Real-Life cComplexities*, 21

BMC MED. ETHICS 1, 2 (2020)

CHARLES BLATTBERG, LIBERALISM AFTER COMMUNITARIANISM 4-6 (2011) 188

ראו חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (להלן: חוק זכויות החולה).

דוד הר אתיקה ורפואה 82 (1989).

Allen E. Buchanan, *Assessing the Communitarian Critique of Liberalism*, 99 ETHICS 191  
852, 866 (1989)

192 ראו למשל בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא נ' אלדג'אני (נבו) 29.10.2008; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מו(2), 464 (1992); בש"א (מחוזי חי') 6082/08 פרקש נ' פלונית (נבו) 7.4.2008; בש"א (מחוזי חי') 6811/08 למפרט נ' שרף (נבו) 17.4.2008; בג"ץ 6167/09 אבני נ' מדינת ישראל (נבו) 18.11.2009 (להלן: פרשת אבני); ע"א 4576/08 בן צבי נ' היס (נבו) 17.2.2010.

193 יעל השילוני דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים" סוציולוגיה ישראלית טז(1) 31, 45 (2014) (להלן: השילוני דולב, הקר ובוועז).

194 ראו למשל בש"א (מחוזי י-ם) 4230/06 מירלה נ' רוזן (נבו) 28.12.2006; ת"א (מחוזי חי') 25468-12-10 א"ש נ' ל"ב (נבו) 19.12.2010; ת"א (מחוזי י-ם) 32812-11-15 פרידמן נ'

החוקתית לכבוד ולאוטונומיה אישית, שיש לה עליונות נורמטיבית על פני האינטרסים של בני המשפחה.<sup>195</sup> פסיקה זו מבטאת הכרה בהמשכיות רצונו של הפרט גם לאחר מותו. עם זאת, יש נסיבות ושיקולים שבעקבותיהם מעמדה של אוטונומיית הפרט נסוג בהקשר של סוף החיים. ראשית, ייתכנו מקרים שבהם יש התנגשות בין ההגנה על כבוד המת לבין אינטרסים ציבוריים דוגמת צורכי החברה, הציבור, או תקנת הציבור וביטחונו. כך היה כאשר בית המשפט דחה את בקשתו של אדם שגופתו לא תיקבר בעת מותו אלא תינתן למאכל לחיות.<sup>196</sup> שנית, יש מצבים שבהם עולה שאלת הכשירות של הפרט להורות על דרך הטיפול הרפואי בו או על ההימנעות ממתן טיפול בו, לרבות בשאלות של החיאה וחיבור למכונת הנשמה. אם בעבר הייתה התגובה המקובלת מינוי אפוטרופוס ומסירת ההחלטה לידי כחליפו של האדם, בשנים האחרונות התפתח תחום שלם של כלים משפטיים לתכנון מקדים, לרבות הנחיות מקדימות וייפוי כוח מתמשך, המאפשר לאדם להורות על דרך הטיפול הרפואי בו עוד בהיותו כשיר לקבל החלטות אלה.<sup>197</sup> בהעדר הנחיות מקדימות תימסר ההחלטה למשפחה, וזו תקבל החלטות על פי רצונה וככל האפשר מתוך ניסיון לברר את רצונו המשוער של האדם בעזרתה.<sup>198</sup> שלישית, בהקשר של תרומת איברים, רצון הפרט המפורש נסוג מפני עמדת המשפחה אם אינה מעוניינת לתרום את איבריו. רביעית, בהקשר של תרומת תוצרי גוף מן המת, ראינו שבתי המשפט נענים לבקשת המשפחה לעשות שימוש בזרע המת לצורכי הולדה גם בהעדר ידיעה ממשית בדבר עמדתו או רצונו של הנפטר.

כיצד זה אם כן שרצון המת אינו זוכה לכבודה? מדוע לא ניתן להקיש מעולם הצוואות והקבורה לעולם תרומת האיברים מן הנפטר/ת כך שכאשר אדם מצווה לתרום את איבריו, באמצעות כרטיס אדי, למשל, תהיה חובה לממש את צוואתו? כיצד זה שלאחר מותו של אדם ניתן לקבל החלטות באשר להמשכיותו הגנטית וההורית מבלי שהתקבלה הסכמתו לכך? האם החובה לקיים את רצונו של אדם לאחר מותו נופלת בערכה המוסרי מן החובה להניח לו בחייו לממש את רצונו החופשי, במסגרת זכויותיו הבסיסיות?<sup>199</sup>

היועץ המשפטי (נבו 18.11.2015); ע"א 7918/15 פלוגית נ' פרידמן (נבו 24.11.2015) (להלן: עניין מאי פלג עליון).

195 עניין מאי פלג עליון, לעיל ה"ש 194, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.  
196 פרשת אבני, לעיל ה"ש 193, שבה עתר העותר לבית המשפט העליון בדרישה שגופתו לא תיקבר בעת מותו אלא תינתן למאכל לחיות. בית המשפט דחה את עתירתו בנימוק כי עקרונות כבוד האדם ותקנת הציבור גוברים על אמונתו הפרטית של העותר.

197 ראו הנחיות רפואיות מקדימות לפי חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005, ס"ח 58; ייפוי כוח רפואי לפי חוק זכויות החולה; ייפוי כוח מתמשך, לפי פרק שני לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120, מאז התיקון לחוק משנת 2016 (חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (תיקון מס' 18), התשע"ו-2016, ס"ח 798) ובצידו תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (ייפוי כוח מתמשך, הנחיות מקדימות לאפוטרופוס ומסמך הבעת רצון) (תיקון), התש"ף-2020, ק"ת 2610.

198 Kelsey Baird, *Dead Body, Surviving Interests: The Role of Consent in the Posthumous Use of Sperm*, 10, 14 (2018) (LL.B dissertation, University of Otago).

199 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 105.

לטעמנו, ההסבר נעוץ בחיבור הסמוי בין תפיסת האוטונומיה לתפיסת המוות כסופיות. לפי הליברליזם המערבי, אוטונומיית הפרט נעוצה בהיותו סובייקט משפטי, נשא זכויות, יצור עצמאי, בעל רצון או תודעה ולכל הפחות בעל יכולת לכאב וסבל.<sup>200</sup> בהפסיקה להיות בעל תודעה או תחושת כאב הוא מפסיק גם ליהנות ממעמדו המשפטי ומאבד את האוטונומיה שלו לטובת אחרים שיקבלו החלטות עבורו. כך, סוף החיים מבשר את סוף האוטונומיה, והבינאריות בתפיסת החיים והמוות מיתרגמת גם לגישה בינארית בדבר קיומה או העדרה של אוטונומיה. ישנם טיעונים שונים בספרות המבטאים קו חשיבה זה. לפי אחד הטיעונים, במותו של אדם מתים גם רצונותיו, ולפיכך המונח "רצון המת" אינו אפשרי מבחינה לוגית.<sup>201</sup> קו טיעון נוסף מדגיש את העדר הזהות בין הגופה והאדם שהיה פעם בעליה, שכן הגוף החי – מת, והישות שנשארה – אינה הישות שהייתה לפני המוות.<sup>202</sup> לפי טיעון אחר, האינטרסים והזכויות של האדם שורדים גם לאחר מותו, אך הם מוכפפים לאינטרסים חברתיים ולזכויות של אחרים.<sup>203</sup> טיעונים אלה, המדגישים את הסופיות שבמוות, יתקשו לתמוך בחיזוק רצון הפרט לאחר מותו ובכך לתת ביטוי להמשכיותו.

מהן, אם כן, האפשרויות העומדות בפני המשפט הישראלי בכואו להסדיר את מעמדו של רצון הפרט בנושא? גישה אוסרנית מקסימליסטית תאסור כל נטילה של איבר או תוצר בלא הסכמה מפורשת של הנפטר בעודו בחייו; גישה מתירנית תתיר נטילה ושימוש באיברים או בתוצרים גם בהעדר הסכמה מפורשת או משוערת, ובמקרים קיצוניים אף בניגוד לה. שיטת ה"opt-out" מאפשרת שימוש באיברים ללא הסכמה מפורשת, אך בצד המשקל הרב שהיא מעניקה לאינטרס הציבורי בהגדלת זמינות האיברים לתרומה היא שומרת על אוטונומיית הפרט. כפי שהראינו, המשפט הישראלי אינו נוקט אף אחת מגישות אלה בצורה מפורשת ולא יצר כלים משפטיים זמינים עבור פרטים המעוניינים בכך.

בפועל, בהעדר התנגדות מפורשת לתרומה מצד הפרט בעודו בחיים, המשפט הישראלי נוקט גישות שונות שהמשותף להן הוא בכורה למשפחה ולהלכה; לעיתים במפורש, לעיתים במסווה. בהקשר של תרומת איברים זוהי תולדה ישירה של מערך החקיקה המכפיף את הרצון המפורש הממשי של מי שחתם על כרטיס אדי לרצון המשפחה, כאילו רצונו אכן פקע עם מותו. יתרה מכך, במקרים שבהם הנפטרת לא חתמה על כרטיס אדי נכנסת המשפחה בנעליה ומקבלת החלטה בדבר התרומה; לכאורה זהו רצון משוער, למעשה אין כל חיוב לשקול את רצונה המשוער של הנפטרת. וכך, בעוד משפחות רבות מסרבות לחתום בשל הקושי שהן חוות אל מול סופיותו של המוות, האפשרות שניתנה לאדם להחליט בחייו על אופני המשכיותו, לרבות דרך הצלת חיים או הארכת חיים, באמצעות כרטיס אדי – מסוכלת. בהקשר של תרומת תוצרים, המשפט הישראלי נמנע מלהסדיר את נושא הנטילה והשימוש בתוצרים מן המת והוא נשען על מודל "הרצון המשוער".<sup>204</sup> לכאורה, מודל זה

200 כרמל שלו בריאות, משפט וזכויות אדם 33 (2003).

201 השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 193, בעמ' 31.

202 Jeremy J. Wisnewski, *When the Dead Do Not Consent: A Defense of Non-Consensual Organ Use*, 22 PUB. AFFAIRS Q. 289, 296–297 (2008).

203 השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 193, בעמ' 31.

204 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 1. ההנחיות קיבלו משנה תוקף בשנת 2012 במסגרת המלצות ועדת מור יוסף.

מבקש לברר את רצון המת בנוגע להולדת ילדים לאחר המוות. בפועל, הנטייה בישראל היא לבחון האם האדם בעודו בחייו היה מעוניין בהמשכיות והבאת ילדים לעולם ומכאן להסיק כי היה מעוניין גם בהולדה לאחר המוות.<sup>205</sup> בתי המשפט בישראל מניחים שנקודת המוצא של גברים ונשים כאחד היא אינטרס ההמשכיות הגנטית – השאיפה להשאיר משהו מעצמם בעולם ובכך לשמר שרשרת של המשכיות באמצעות הנצחת הגנים לדורות הבאים,<sup>206</sup> ואף להתפייס עם רעיון הסופיות של המוות.<sup>207</sup> בצד זאת, ההנחה כי כל אדם רוצה בהמשכיות לאחר מותו נתקלה גם בהתנגדויות. ראשית, לא נמצאו לכך סימוכין אמפיריים.<sup>208</sup> שנית, שאיבת תוצרי גוף מאדם בניגוד לרצונו מהווה הפרה של האוטונומיה שלו.<sup>209</sup> שלישית, נטען שמדובר בניחוש שאינו מגובה בהסכמה מפורשת, המושפע מערכים פטריארכליים, קהילתיים ופר-נטיליסטיים.<sup>210</sup>

בפועל, נראה שמודל הרצון המשוער שבו עושים שימוש בישראל קרוב יותר למודל "ההסכמה המשוערת" (Presumed consent). ההבדל בין השניים דק, אך בעל השלכות אתיות ומעשיות. מודל ההסכמה המשוערת אינו בוחן אם הנפטר היה מעוניין בהורות לאחר המוות או לא, אלא מבטא גישה של opt-out שלפיה בהעדר התנגדות מפורשת בהצהרה רשמית – ניתן לעשות שימוש בזרעו של אדם לאחר מותו ולהפוך אותו להורה.<sup>211</sup> זאת, נזכיר, בניגוד לזירת תרומת איברים, שם ישראל מחזיקה במדיניות opt-in, אף על פי שהשלכות מבחינת התורם המת פחותות בהרבה.

ההיתר שהמשפט הישראלי מעניק לבת או לבן הזוג לעשות שימוש בתוצרים הנותרים ללא מגבלה (למעט התנגדות מפורשת) מהווה יישום גלוי של מודל ההסכמה המשוערת.<sup>212</sup> לעומת זאת הדיון בשאלת השימוש בזרע או בביצית על ידי ההורים נשען לכאורה על מודל הרצון המשוער, אך בפועל מיישם אף הוא את גישת ההסכמה המשוערת, דרך ההנחה הסמויה כי ניתן לגזור את הרצון להולדה לאחר המוות מן הרצון הכללי להולדה לפני המוות. על כך יש להוסיף שבירור הרצון המשוער נשען לרוב על המידע שהמשפחה מבטאת בשמו של הפרט שנפטר. גם כאן ראוי היה למצוא מנגנון שבאמצעותו יוכל האדם להחליט בחייו על אופני המשכיותו, ובכלל זאת על אפשרות ההולדה מזרעו לאחר מותו. מנגנון מעין זה יכול

205 ש.ם.

206 Simana, לעיל ה"ש 112, בעמ' 341.

207 ש.ם, בעמ' 342.

208 השילוני דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 193, בעמ' 43.

209 Michael B. Gill, *Presumed Consent, Autonomy and Organ Donation*, 29 J. MED. & PHIL. 37, 43 (2004).

210 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 663.

211 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114 בעמ' 686. ראו גם Kelton Tremellen & Julian Savulescu, *A Discussion Supporting Presumed Consent for Posthumous Sperm Procurement And Conception*, 30 REPRODUCTIVE BIOMEDICINE 6, 7 (2015); Kelton Tremellen & Julian Savulescu, *Posthumous Conception by Presumed Consent: A Pragmatic Position for a Rare but Ethically Challenging Dilemma*, 3 REPROD. BIOMEDICINE. & Soc'y 26 (2016).

212 ש.ם.



גם לתמוך ברצון המשפחה ולהקל עליה במימושו – כל עוד השאיפה להמשכיות משפחתית מתיישבת עם רצון הפרט בהמשכיות אישית.

לסיום חלק זה, נבקש לטעון שהקושי הבסיסי שהמודלים בדבר הרצון המשוער וההסכמה המשוערת מעלים הוא הרתיעה החברתית הכללית מלדבר על המוות ועל הנושאים הקשורים בו ולהיערך לקראתו, שכן זוהי החוויה השלילית ביותר שהפרט יכול לתאר, מותו של אדם אהוב או מותו שלו.<sup>213</sup> הימנעות זו אף היא קשורה לתפיסת המוות כסופיות, כריק שאחרי החיים. בעולם אידיאלי היינו דנים במותנו ומסדירים מראש את הסוגיות הכרוכות בטיפול בנו וביקירינו לעת מותנו. במציאות, לרוב, איננו מקיימים דיונים כאלו עם בני משפחה וחברים. כתוצאה מכך אנו נאלצים לנחש מה היה רצונו המשוער של האדם שנפטר במקום להתבסס על רצונו האמיתי, ובפעל מעניקים למשפחה את הכוח לקבוע את שייעשה בגופו ובחלקי גופו. לטענתנו, יש לקדם חקיקה ומדיניות התומכות בביטוי ותיעוד של רצון האדם לגבי השימוש שייעשה בגופו, באיבריו ובתוצריו לאחר מותו בצורת הסכמה מדעת כתובה, מפורשת ומפורטת.

באופן פרדוקסלי, אם כן, גישת האוטונומיה הליברלית המקדשת את רצון הפרט בחייו היא גם זו שמאפשרת את ההתעלמות מרצונו לעת מותו. עד כה, הראינו כי ההסדרים המשפטיים הקיימים אינם מעניקים את המשקל הראוי לאוטונומיה ולרצון הפרט במובן הליברלי. בחלק הבא נעסוק במעמד המשפחה ונבקש לבחון חלופות למושג האוטונומיה הליברלי, בדמות גישת האוטונומיה תלוית היחסים (ההתייחסותית), המספקת מצע חלופי למדיניות בתחום.

## 2. מעמד המשפחה

הביואתיקה הישראלית של תרומת איברים ותוצרי גוף מן המת מעניקה למשפחה מעמד מיוחד, לעיתים מעמד-על. בהקשר של איברי גוף, אין היא רק מכריעה על גורל איברי יקירה אלא לעיתים גם בעלת הכוח להכריז על רגע המוות. כך היה בפרשת הכדורגלן אבי כהן, שנפצע אנושות בתאונת דרכים ב-20 בדצמבר 2010 והובהל לבית החולים איכילוב. ב-28 בדצמבר קבעה ועדה רפואית כי הוא שרוי במוות מוחי-נשימתי, אך בני משפחתו החליטו, לאחר התייעצות עם רבנים, שלא לקבל קביעה זו ושלא להסכים לתרום את איבריו, אף על פי שהוא עצמו חתם על כרטיס אדי.<sup>214</sup> לאחר האירוע הביעו בני המשפחה צער על שלא הבינו כי מוות מוחי-נשימתי הוא אכן מוות ועל שלא מילאו את מבוקשו.<sup>215</sup> בהקשר של תוצרי גוף, מודל ההסכמה המשוערת מעניק לבן או לבת הזוג את הכוח לעשות שימוש בזרע או בכיצית מן הנפטר/ת בהעדר התנגדות מפורשת בכתב. גישה זו מקובלת בישראל

213 Baird, לעיל ה"ש 198, בעמ' 19.

214 נרי ברנר "בלחץ רבנים: משפ' כהן החליטה לא לתרום איברים" ynet (28.12.2010)

<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4005864,00.html>

215 דינה חלוץ "דורית אלמנתו של הכדורגלן אבי כהן: בדיעבד, היינו צריכים לתרום את האיברים"

לאישה <https://www.ynet.co.il/laisha/article/HIPEK Ctyu> (24.1.2021)



ובמדינות נוספות.<sup>216</sup> עם זאת, שאלת השימוש בזרע או בביצית על ידי הורי הנפטרת/ת לא הוסדרה עד כה, אם כי נדונה בפסיקה.<sup>217</sup>

לכניסת המשפחה לריון כבעלת מעמד ואינטרס עצמאיים, או כחליפתו של האדם היודעת לבטא את רצונו המשוער, יש הצדקות והיגיון הנטועים בתאוריות של יחסים המציבות תמונת עולם פילוסופית וחברתית שונה מזו של האוטונומיה הליברלית. ביקורת הפילוסופיה הליברלית מתנגדת לתפיסה ה"אטומיסטית" של הפרט כמי שאיכותו הרציונלית תלויה בהיותו נפרד ועצמאי, ומציעה תמונה אחרת המדגישה את תפקיד המשפחה כחוליה מרכזית בעיצוב זהותו של הפרט וכרשת חברתית משמעותית שבה הוא נטוע. בניגוד לתאוריות חברתיות מוקדמות אשר ראו את המשפחה כקודמת ליחיד, כיום תאוריית האוטונומיה תלויה היחסים מציבה חלופה ערכנית הנטועה בגישות של אתיקה של דאגה לזולת, קהילתנות ותלות-הדדית.<sup>218</sup> תאוריה זו רואה את הפרט כחלק ממערכת קשרים ויחסים המהווים חלק בלתי נפרד מזהותו ויוצרים את התנאים לגיבושה ולקיומה של אוטונומיה.<sup>219</sup> זאת, תוך הכרה בכך שלמשפחה תפקיד מרכזי במערכת קשרים זו.<sup>220</sup>

כיום, לאחר מותו של אדם, ומרגע שהוא אינו יכול עוד לנהל את ענייניו כבוגר אוטונומי, הופכים קרובי משפחתו לסוכניו בממלכת החיים.<sup>221</sup> המעבר בין ממלכת החיים למתים ובחזרה מוביל לכך שהאינדיבידואל קורס לאחר מותו אל סבך רשתות משפחתיות ממשיות, מדומיינות או עתידיות, והופך חלק מהן, בין שרצה בכך בחייו ובין שלא רצה, בין שרצונותיו הלמו את רצונותיהם של בני משפחתו ובין שהתקיימו ביניהם ניגודי אינטרסים.<sup>222</sup> בהעדר הסדרה חוקית או אתית, התוצאה היא כניסת המשפחה כחליפתו של הפרט שנפטר מבלי שהיא מחויבת לבטא את רצון הנפטר. המעמד המוקנה למשפחה מאפשר לה לייצג את האינטרס העצמי שלה, שאינו בהכרח בהלימה עם זה של הנפטר ופעמים רבות אינו אחיד גם בתוכה פנימה. המשותף לשתי הזירות הוא שהקושי להיפרד מהאדם היקר שנפטר משפיע על שיקול דעת המשפחה – בין אם בשל חוסר ההשלמה עם המוות והקושי לעמוד בתפקיד של קובעת המוות לצורך תרומת האיברים, ובין אם בשל חוסר ההשלמה עם האובדן של בן/בת זוג או הבן או הבת, בעיקר אם טרם הולידו צאצאים שיהיו את המשכו של הנפטר. תפיסת סופיות המוות או ההיאחזות באפשרות הטמונה בו ללידה מחדש מעצבות, אם כן, את תגובת המשפחה.

Yael Hashiloni-Dolev, *Posthumous Reproduction (PHR) in Israel: Policy Rationales Versus Lay People's Concerns, a Preliminary Study*, 39 *CULTURE MED. & PSYCHIATRY* 634, 634–650 (2015).

217 ראו עניין שחר בעליון, ה"ש 112. באותו מקרה דחה בית המשפט העליון את הבקשה לעשות שימוש בזרע דרך פונדקאית לטובת הורי המנוח שישמשו כהורים. ראו גם Simana, לעיל ה"ש 113, בעמ' 350.

218 G'omez-V'irseda, De Maeseneer & Gastmaus, לעיל ה"ש 881, בעמ' 5.

219 JENNIFER NEDELSKY, *LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW*, (2011); G'omez-V'irseda, De Maeseneer & Gastmaus, לעיל ה"ש 188, בעמ' 3.

220 שם, בעמ' 5. השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 194, בעמ' 50.

221 שם, בעמ' 51.

222 שם.

אם נחזור לבחון את הזירה של תרומת האיברים מן המת נמצא שהמשפחה זוכה למעמד על שאינו עומד בקנה אחד עם רצונו המפורש של הנפטר בחייו לתרום את איבריו לאחר מותו, אינו מתיישב עם הצורך הציבורי האקוטי באיברים להשתלה ומקשה על המשפחה בקבלת החלטות קשות שלא בהכרח נועדו לה. בעוד שישנה הסכמה לגבי החשיבות החברתית והרגשית בהשגת הסכמת המשפחה לתרום את איברי הנפטר, איון משקל החתימה על כרטיס אדי מעניק למשפחה כוח רב מדי במשולש האינטרסים והיחסים של פרט-משפחה-מדינה. ההיסטוריה החקיקתית והרגולטורית מלמדת אותנו שמאחורי איון לא מאוזן זה עומדים גם כוחות הלכתיים שהביאו להיפוך הכוחות – להחלשת אינטרס המדינה ולהכפפת רצון הפרט המפורש. עניין זה עלה כבר בדוח מבקרת המדינה בנושא משנת 1996 שהציע נוסחה מעודנת יותר, תלוית הקשר ונסיבות, שלפיה: אם חייו של מי שזקוק להשתלה תלויים בקבלת איבר מנפטר – ידו של עקרון קדושת החיים על העליונה, אפילו אם המשפחה מתנגדת; במצבי ביניים – ייערך איון אינטרסים לפי הנוסחה הפסיקתית המקובלת; ואם תימצא דרך סבירה אחרת לעזור לחולה – יגדל משקלה של עמדת המשפחה.<sup>223</sup> בשנת 2011 הגישו חברי הכנסת זאב אלקין ורוחמה אברהם הצעת חוק לתיקון חוק האנטומיה והפתולוגיה שלפיה מותר יהיה לנתח גופה לשם השתלת איברים בהתאם להסכמתו של הנפטר בטרם מותו, חרף התנגדות של בן משפחה.<sup>224</sup> ניסיונות אלו לא צלחו, מכל הסיבות שתוארו עד כה.

ייתכן שבכוחה של התאוריה תלוית-היחסים לתת מענה מסוים לקשיים שהוצגו, שכן היא מדגישה את ההקשר החברתי וההתייחסותי של קבלת החלטות רפואיות,<sup>225</sup> לרבות הקשרים תרבותיים ודתיים.<sup>226</sup> חוקרים שונים הציעו להרחיב את המודל הדיאדי של יחסי מטופל-מטופל אל המודל הטריאדי של יחסי מטופל-מטופל-משפחה.<sup>227</sup> במודל זה, המשפחה אינה נתפסת כאיום על האוטונומיה, אלא כמקור לחיזוק האוטונומיה הפגיעה של המטופל ולסיוע בידיה בקבלת החלטה אוטונומית, מתוקף קרבתם והיכרותם האינטימית עימו.<sup>228</sup> חיזוק לכך נמצא במחקרים אמפיריים המראים כי גישה המתמקדת אך ורק באוטונומיה האישית אינה תואמת בהכרח את העדפותיהם של מטופלים, בייחוד בסוגיות הקשורות לסוף החיים.<sup>229</sup>

223 מבקר המדינה דוח שנתי 47 לשנת 1996, 235, 237 (1997) (השתלת איברים).

224 הצעת חוק האנטומיה והפתולוגיה (תיקון – הסכמה להשתלת איברים), התשע"א-2011, ה"ח פ/2856/18.

225 G'omez-V'irseda, De Maeseneer & Gastmaus, לעיל ה"ש 188, בעמ' 6.

226 Bernadette Roest, Margo Trappenburg & Carlo Leget, *Being a Burden to Others and Wishes to Die: The Importance of the Sociopolitical Context*, 34 *BIOETHICS* 195 (2020).

227 Bernadette Roest, Margo Trappenburg & Carlo Leget, *The Involvement of Family in the Dutch Practice of Euthanasia and Physician Assisted Suicide: A Systematic Mixed Studies Review*, 20 *BMC MED. ETHICS* 23 (2019).

228 Jeffrey Blustein, *The Family in Medical Decision-Making*, 23 *HASTINGS CTR. REP.* 6 (1993).

229 Gary S. Winzelberg, Laura C. Hanson & James A. Tulsky, *Beyond Autonomy: Diversifying End-of-Life Decision-Making Approaches to Serve Patients and Families*, 53 *J. AM GERIATRICS SOC'Y* 1046 (2005); Claudia Viridun, Tim Luckett, Patricia M. Davidson & Jane Phillips, *Dying in the Hospital Setting: A Systematic Review of Quantitative*

כך, למשל, בהקשר של תרומת איברים, סקרים מראים כי הרצון "ליישר קו" עם תפיסות משפחתיות, או הרצון שלא לצער את המשפחה, משפיעים על שיקוליהם של תורמים בכוח, אשר כשלעצמם מסכימים לתרום, אך נמנעים מכך מהסיבות האמורות.<sup>230</sup> לפיכך, יש מקום לייצר מודלים גמישים יותר להסכמת המשפחה לתרומת איברים, כגון זה שהציעה מבקרת המדינה. גם אנו נציע בהמשך טופס המאפשר לפרט להפקיד בידו משפחתו את ההחלטה. מכל מקום, מודל האוטונומיה תלוית היחסים אינו מצדיק את מחיקת רצון הפרט, שאחרת יהפוך למודל סמכותני, אלא להפך – מבקש להשאיר הן את הנפטר והן את המשפחה בתמונה ולהעניק לכל אחד מהם מקום ומשקל ראויים במשולש היחסים. בהקשר של פריון מקומה של המשפחה מתעצם עוד יותר, שכן בבסיס השאלות בדבר הולדה מן המת נמצא נרטיב ההמשכיות הגנטית, אשר איננו קיים בתרומה של איברי גוף. הורות ביולוגית מאפשרת העברה של תכונות גנטיות, כישרונות ופוטנציאל.<sup>231</sup> הולדה לאחר המוות גוברת על קטיעת השרשרת ו"מנצחת" את המוות, ובכך מאפשרת למשפחה לשמר את קיום הנפטר או הנפטרת.<sup>232</sup> לנראטיב ההמשכיות הגנטית מצטרפות גם ההתפתחויות החדשניות בתחום טכנולוגיות הפריון והשינויים החברתיים שהובילו לחשיבה מחודשת על מושג המשפחה ולהכרה במגוון טיפוסי משפחות, לרבות משפחות חד-הוריות, חד-מיניות, וכן סבים וסבתות המגדלים את נכדיהם.<sup>233</sup>

לכל אלו השלכות על זירת השימוש בתוצרי גוף מן המת. מיהי או מיהו בת/בן המשפחה הרשאים לתת הסכמה בשאלות של פריון לאחר המוות – הורה, בן/בת זוג, חבר/ה, אח/אחות? את רצונם של מי יש לכבד – של האלמן/נה, של בן/בת הזוג, של הורי המנוח או אולי של האחים? ומה קורה כאשר אין הסכמה ביניהם? מה אם בין המנוח/ה למשפחתו לא הייתה כלל מערכת יחסים טרם מותו/ה? מעל לכל אלה מרחפת שאלת מעמדו של רצון הנפטר/ת

*Studies Identifying the Elements of End-of-Life Care That Patients and Their Families Rank as Being Most Important*, 29 PALLIATIVE MED. 774 (2015)

230 ראו פרי קדם-פרידריך ורינה נחמני "תרומת איברים לקראת שנות ה-2000 – סקר עמדות של מדגם מייצג של האוכלוסיה היהודית בישראל" הרפואה 135(12) 496 (1998); תמר אשכנזי הגורמים המעכבים והמעודדים את הנכונות לתרום איברים להשתלה – ההשלכות השיווקיות (עבודת מחקר, אוניברסיטת תל אביב, 2005).

231 אורנה דונת ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל 67 (2011).

232 פרוטוקול ישיבה 97 של הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי, הכנסת ה-15 (30.9.2002).

233 ראו רבקה ברייטסוף "סוציולוגיה של המשפחה לאור שינויים חברתיים וחידושים ביוטכנולוגיים" מגמות לח(1) 5, (1996); מירי בומבך ורונלי שקד "מהפכה במוסד הזכות להורות תמורות בחברה הישראלית: דיון בסוגיית ההורות ההומוריסטית" רפואה ומשפט 26 (2002). אלו זכו בהכרה משפטית, אם כי לא במידה שווה. ראו צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269, 270-269 (דוד לוי-פאור ואח' עורכים 2016); איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395 (אלון הראל ואח' עורכים 2016).

בנוגע לרצונות בני המשפחה השונים, וברקע עולות שאלות בדבר טובת הילדה הנולדת לתוך מציאות שבה אביה או אימה נפטרו, מה שקרוי על ידי חלק מהחוקרים "יתמות מתוכננת".<sup>234</sup> ככל שמדובר בכך או בבת זוג, הרי שהדין הישראלי מחזיק במודל ההסכמה המשותפת המעניק לבן או לבת הזוג שנשארו זכות לעשות שימוש בתוצרי הגוף הנותרים, בהעדר התנגדות מפורשת של הנפטר/ת טרם המוות. אומנם שאלת נטילת הזרע או הביצית מהמת לאחר הפטירה לא הוסדרה במשפט הישראלי, אך נראה שככל שמדובר בכך/בת הזוג שהיו נשואים לנפטר/ת היגיון השימוש בתוצרים הקיימים מתרחב גם אל הנטילה מהנפטר או הנפטרת, כל עוד אין התנגדות מפורשת מצידם.<sup>235</sup>

הבעיות העיקריות באשר להולדה לאחר המוות מתעוררות כאשר הורי הנפטר/ת נכנסים לתמונה ומעוניינים לעשות שימוש בזרע מבנם או בביצית מבתם. אומנם בקשות לשימוש בזרע מן המת רווחות יותר, אך להערכתנו הבקשות לשימוש בביצית מן הנפטרת תגברנה ככל שהאפשרויות הטכנולוגיות תתרחבנה והלגיטימציה לכך תתחזק. כניסת ההורים/סבים לתמונה מוסיפה מערך שלם של שאלות הקשור באופי המשפחה שנועדה להיווצר ובמתקלי הסכמה ורצון בין בני המשפחה השונים – בעיקר בין בן/בת הזוג לבין ההורים, כגון מה הדין כאשר יש התנגשות בין רצון ההורים לעשות שימוש בזרע הנפטר ואי רצון בת הזוג לקחת חלק בהולדה? מה הדין כאשר ההורים מבקשים לאתר אישה או זוג שילדו ויגדלו את הילד והם ישמשו כסבים? ומה בדבר מקרים שבהם ההורים מבקשים לאתר פונדקאית ולגדל את הוולד-הנכד כילדים?

הדין בבקשות הסבים מצריך דיון מקדמי בהכרה המשפטית באינטרס הורי המנוח בסבאות. המצדדים בכך מתבססים על כמה הצדקות. ראשית, שימור והמשכיות היחסים בין ההורים לילדם המנוח – ההורים השכולים יקבלו מעין "הזדמנות שנייה" לחוות את החוויות שהפסידו בגידול בנם, דרך הילד שיוולד ממנו.<sup>236</sup> שנית, מרכזיות הסבאות בעולם העכשווי ותפקידם בגידול הנכדים, גם כאשר ההורים בחיים.<sup>237</sup> ושלישית, הרצון להמשכיות גנטית משפחתית לאורך דורות.<sup>238</sup> המתנגדים טוענים כי בחירות כאלה צריכות להיעשות על ידי ההורים הפוטנציאליים עצמם.<sup>239</sup> בנוסף, קיים החשש מפני טשטוש הגבול שבין הורות לסבאות.<sup>240</sup>

ככלל, החקיקה הישראלית מכירה הכרה מוגבלת במעמדם של הסבים במשפחה כבעלי אינטרס מוגן. אומנם הגדרת "בן משפחה" בחוק בתי המשפט כוללת כיום גם סבים,<sup>241</sup> אך הדין אינו מקנה להם מעמד כל עוד ילדיהם ובני זוגם בחיים וכשירים מבחינה משפטית.<sup>242</sup>

234 לנדאו, לעיל ה"ש 59.

235 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 107.

236 Simana, לעיל ה"ש 112, בעמ' 350.

237 שם.

238 שם, בעמ' 351.

239 שם, בעמ' 337. דרישה זו מעוגנת ברוח הוועדה של האגודה האמריקאית לפוריות שעל פיה לרצון ההורים אין מקום לטעון טענות אתיות כלשהן ביחס לתוצרי הגוף של ילדיהם.

240 שם, בעמ' 351.

241 ס' 77א(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

242 פרשת הלכת פלונית בעליון, לעיל ה"ש 160.

כך, בית המשפט לא הכיר בזכותם של הסבים להתראות עם נכדיהם במקרים של סכסוך משפטי עם ההורים.<sup>243</sup> זכות הסבים לקשר הוכרה רק במקרה חריג אשר דן בסיטואציה שבה מת אחד מהורי הקטין.<sup>244</sup> בכל מקרה, אין המדובר בזכות לסבות המעניקה להורי ההורים זכות לתבוע את הולדת הנכדים.<sup>245</sup> על אף זאת, ובניגוד להנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולהמלצות דוח ועדת מור יוסף, בתי המשפט בישראל אפשרו להורים לעשות שימוש בזרע בנם באמצעות אם יחידנית.<sup>246</sup> נראה שההסבר לכך טמון בתרבות השכול הישראלית, שכן בקשות אלה עסקו לרוב בבקשות של הורים שכולים המבקשים להקים המשכיות לבנם שנפל בצבא.<sup>247</sup>

גם כאן גישת האוטונומיה תלויה היחסים עשויה לתרום לדין. על פי גישת היחסים אוטונומיית הפרט הינה תהליך דינמי ומתפתח המצוי בתנועה מתמדת,<sup>248</sup> ואין ללכוד את הפרט בהחלטתו מן העבר.<sup>249</sup> תחת גישה זו חוסות האפשרויות לשינוי אוטונומי, כלומר האפשרות לשקול תמיד כל החלטה מחדש, ולשחרור אוטונומי, כלומר האפשרות להתנגד לציפיות חברתיות וקבוצתיות.<sup>250</sup> מתן מקום לקשרים משפחתיים וחברתיים בתהליכי קבלת החלטות בסוף החיים מאפשר לקחת בחשבון את השינויים שעבר הפרט מבלי שהדבר ייתפס כפגיעה באוטונומיה, אלא ההפך – כחיוזק הרצון האוטונומי המשתנה. השאלה היא אם אפשר "למתוח" הצדקה זו גם אל מתן אפשרות להורים שכולים להיהפך לסבים וסבתות באמצעות אישה שלא הכירה את בנם. מקרים מעין אלה מעוררים חשש לצמצום יתר של רצון הפרט והעלאה על נס של האינטרס המשפחתי והלאומי בהמשכיות הזרע (בעיקר ההמשכיות הגברית).<sup>251</sup> לפיכך, חשוב לחזור ולהדגיש כי מודל האוטונומיה תלויה היחסים אינו מעדיף את המשפחה על פני הפרט אלא מבקש להעניק לכל אחד מהם מקום ומשקל ראויים.

243 להרחבה ראו ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב' 147 (התשס"ט).

244 ראו ס' 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הקובע כי במקרה שכזה "רשאי בית המשפט לתת הוראות בעניין המגע בין הורי המת לבין הקטין". ראו גם ע"מ 121/79 פלוני נ' פלונית פ"ד לד(2) 253 (1979), שם דן השופט אֶלון ביחסי סבים ונכדים לאחר מות הורה; תמ"ש (משפחה ת"א) 37603-02-13 ס.פ.ד נ' א.ב. (נבו 19.3.2015); וכן Simana, לעיל ה"ש 113, בעמ' 351, לגבי משפט משווה.

245 פרשת הלכת פלונית בעליון, לעיל ה"ש 160.

246 בעניין משפחה חרשה, לעיל ה"ש 105, בעמ' 12 התיר בית המשפט לראשונה (2009) להורי נפטר ללא בת זוג לעשות שימוש בזרע של הנפטר. בפרשת הלכת פלונית, לעיל ה"ש 160, הפך בית המשפט את עמדתו והגביל את אפשרות השימוש בזרע של נפטר לבת הזוג בלבד.

247 עניין קצין צה"ל, לעיל ה"ש 111, פס' 26.

248 Catharina Lindberg, Cecilia Fagerström, Bengt Sivberg & Ania Willman, *Concept Analysis: Patient Autonomy in a Caring Context*, 70 J. ADVOC. NURS. 2208 (2014)

249 Holger Baumann, *Reconsidering Relational Autonomy. Personal Autonomy for Socially Embedded and Temporally Extended Selves*, 30 ANALYSE & KRITIK 445 (2008)

250 שם.

251 השילונית-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 705.

הדיון בתרומת איברים והולדה לאחר המוות אינו עוסק עוד ברצון הפרט הבודד או במעמדה של המשפחה, אלא מדגיש את מיקומם במסגרת הסדרים משפטיים המתווים דרך, קובעים עקרונות, מייצרים לגיטימציה וקובעים תמריצים. כל אלו באים לידי ביטוי באינטרס המדינה, ואותו נבחן כעת.

### 3. אינטרס המדינה

המדיניות בתחומי התרומה והשימוש באיברי גוף ותוצרי גוף מן המת מורכבת משלוש זירות שלכל אחת מהן מאפיינים שונים. נקודת המבט המשותפת המוצעת במאמר זה מבקשת להראות שישנם קווים משותפים המצדיקים, ואולי אף מחייבים, חשיבה מאוחדת על זירות אלה. כפי שעולה מהניתוח עד כה, רוב הרגולציה של הזירות עשויה טלאים ובאף אחת מהן לא ניתן מענה מיטבי לאתגרים העדכניים שהתחום עומד בפניהם. מי שאתגר המענה המיטבי עומד בפניה היא המדינה. כפי שהצגנו בתחילת המאמר, בעולם המודרני קביעת מדיניות בסוגיות של חיים ומוות הופקדה בידי הממסד הרפואי והמדינה. אך כפי שהראינו בהמשך, מדינת ישראל מתקשה לייצר מדיניות בהירה וקוהרנטית, ויתרה מכך – במקרים רבים המדינה נסוגה מתפקידה המאסדר ונתנה למשפחה ולהלכה את ההובלה.

בתוך מארג היחסים פרט-משפחה-מדינה למדינה תפקיד מורכב התואם את מורכבות האינטרס הציבורי, את תפקידיה המרובים ואת השחקנים השונים הפועלים במסגרתה ומחוצה לה. תפקידה הראשי של המדינה הוא כמובן ליצור רגולציה מיטבית העומדת בסטנדרטים בינלאומיים ומאזנת היטב בין כלל האינטרסים המעצבים את הזירה המיוצגים על ידי השחקנים השונים. כך, השחקנים המרכזיים הם המדינה ומוסדותיה, כולל הכנסת, משרד הבריאות, בתי המשפט, היועץ המשפטי לממשלה וגם מבקר המדינה. השחקנים המשניים הם הממסד הרפואי והממסד הדתי המשתתפים באופן פעיל בעיצוב המדיניות בדרכים שונות.<sup>252</sup> שחקנים נוספים המבקשים להשפיע על המדינה פועלים בספרה החברתית-אזרחית (ארגונים) ובספרה הפרטית (הפרט והמשפחה).

חשוב אם כן להגדיר את האינטרס הציבורי הרלוונטי לדיוננו. לטעמנו, התכליות המרכיבות את האינטרס הציבורי בהקשר הנוכחי הן קודם כול קידום הבריאות, ובמסגרת זו צמצום המחסור באיברי גוף להשתלה ובביציות להפריה וכן מניעת מחסור עתידי בזרע להפריה והולדה, תוך הגנה על הפרט מפני לחצים מובנים לא ראויים בכל אחת מהזירות. האינטרס בקידום הבריאות מתחבר גם עם תפיסה של המשכיות חברתית. חברה החפצה בהמשכיות תבקש לאפשר השתלת איברים לצורך הצלת חיים והארכתם מבלי לפגוע באוטונומיית הפרט. בישראל, כיבוד החתימה על כרטיס אדי הוא המינימום הנדרש. במקביל, יש לשקול מנגנונים נוספים שבהם נדון בהמשך.

אינטרס הציבור מושפע גם משאלות של אמון הציבור, הן אמון כללי במערכות המדינה והן אמון ספציפי במנגנונים הקשורים בהשתלות ובפריון. שאלת האמון מפנה את הזרקור לממסד הדתי ולתפיסות העולם המסורתיות הנרתעות משאלת קביעת המוות וחוששות משימוש

252 צבי טריגר "מותו של זה הוא חייו של זה: הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-יהודית" תיאוריה וביקורת 49, 67, 69 (2017) (להלן: מותו של זה).

לרעה בכוחה של הרפואה.<sup>253</sup> בנוסף, הוא מושפע מהשיח הציבורי בנוגע להשתלות, לתרומה, לפירון ולמות. בסופו של דבר, המטרה היא לייצר מנגנונים מיטביים לתמרוץ ועידוד תרומת איברים, המשמרים את אמון הציבור ובה בעת מסייעים בעיצוב מערך ההעדפות של הפרט כך שיהיה מעוניין לתרום את איבריו לאחר מותו ואולי גם את תוצריו, בעיקר עודפי הזרע והביצית שניטלו ממנו בעודו בחייו, לטובת קידום הבריאות הכללי. שאלת התמרוץ מפנה את נקודת המבט אל הנחות היסוד של תפיסת העולם הליברלית המקדשת את אוטונומיית הרצון ותולה את הנכונות לתרומה במוטיבציה אישית פנימית שאינה מונעת מחשיבה חברתית כוללת. הסדרת זירת תרומת האיברים מן המת בישראל מעידה על מדיניות opt-in המשלבת יסודות ליברליים ושמרניים יחדיו, ולפיה נטילת איברים להשתלה מבוססת לכאורה על הסכמת האדם לכך בחייו, דרך כרטיס אדי, אך בפועל תלויה בהסכמת משפחתו בסמוך למותו. מדיניות זו נשענת על מארג של דברי חקיקה שביחד מנסים ליישב בין האינטרסים ונקודות המבט של הממסד הרפואי והממסד הדתי על מנת לעודד תרומה. אומנם החקיקה ביקשה להכיר בקריטריון מוות מוחי-נשימתי מוסכם במסלול המבטיח תרומת איברים, אך בפועל לא הובילה לשינוי דרמטי בשיעורי תרומת האיברים, צמצמה את האפשרות לפעול על פי רצון המנוח שהחזיק בכרטיס תורם, וחזקה את מעמד המשפחה אל מול הסמכות הרפואית בשאלת קביעת המוות.<sup>254</sup> יתרה מכך, למרות ההסכמות הביאו חילוקי הדעות ליצירת כרטיס תורם פרטיים אלטרנטיביים הפונים לקהילה הדתית.<sup>255</sup>

ברקע הדברים עומדת שאלת האמון. המדיניות הנוכחית אינה מביאה לתוצאות רצויות אך נשמרת בשל החשש שאם הצוות הרפואי יפעל בניגוד לרצון המשפחה תאבד המערכת הרפואית את אמון הציבור, מה שיביא לפגיעה חמורה בתפקודה בכלל, וביכולת גיוס האיברים בפרט.<sup>256</sup> המתח בין אמון הציבור למחסור הנמשך מבטא במידה מסוימת אי-אמון נמשך שמבנה החקיקה הנוכחי לא הצליח לפתור. מצב זה יוצר מפגש אינטרסים בין אינטרס המדינה ואוטונומיית הפרט: ייתכן שדווקא חיזוק רצון הפרט דרך חתימה על כרטיס תורם ויצירת סביבה רגולטורית תומכת יסייעו בהגברת שיעור תרומת האיברים מן המת ובצמצום המחסור. על מנת לעודד תרומה יצר המחוקק מנגנון תמרוץ ייחודי וראשון מסוגו בעולם באותה עת, המבוסס על שיטת "המועמד המועדף". על פי שיטה זו, על מנת להגדיל את שיעורי תרומת האיברים ניתן להציע לתורמים רשומים עדיפות בעת הקצאת איבר, אם יזדקקו לכך. כך, חוק השתלת איברים מעניק קדימות ברשימת הממתינים להשתלה למי שחתמו על כרטיס תורם ולבני משפחתם הקרובים על פני ממתינים אחרים שהם בעלי נתונים רפואיים זהים אך לא חתמו על כרטיס תורם.<sup>257</sup> אימוץ מנגנון זה אומנם השפיע באופן חיובי על מאגר החתומים, אך גם הוא לא הביא לשינוי ממשי בשיעור תרומת האיברים בפועל בישראל.<sup>258</sup> מעבר לכך,

253 ראו הכתוב ליד ה"ש 327-381.

254 Boas and Lavi, לעיל ה"ש 24, בעמ' 268.

255 שם.

256 חוק האנטומיה והפתולוגיה, וגם ראו לעיל, ה"ש 89.

257 נוהל הקדימויות מעוגן בס' 9(ב)4 לחוק השתלת איברים. ראו גם ס' 24(א) לחוק.

258 בשנת 2009 היו חתומים על כרטיס אדי 516,055 אנשים ובשנת 2022 היו חתומים 1,000,000 אנשים. תוך עשור הכפיל המרשם את עצמו. ראו "סיכום פעילות המרכז הלאומי להשתלות 2022" המרכז הלאומי להשתלות אדי (31.12.2023) <https://katzt.net/f605ca>.



שיטת המועמד המועדף אינה חפה מביקורת. ראשית, זוהי כניסה של שיקולים לא־רפואיים לתהליך קבלת החלטות שאמור להיות מבוסס על שיקולים רפואיים בלבד.<sup>259</sup> שנית, היא מצויה בקונפליקט עם הדרישה, או הציפייה, לאלטרואיזם מצד תורמים פוטנציאליים, שכן תורמים המונעים על ידי תמריץ שכזה עשויים להיראות כמי שמעוניינים יותר להבטיח את טובתם שלהם מאשר לבטא דאגה חסרת אנוכיות כלפי אחרים.<sup>260</sup> מנגד, ניתן לראות בשיטה זו יסודות של הדירות, קהילתיות וסולידריות, שאליהם נתייחס בהמשך, ולפיהם אלו המקבלים צריכים גם להיות מוכנים לתת.

במקביל, המדינה יכולה לפעול לחיזוק יחסי האמון ועידוד התרומה באמצעות שינוי דפוסי הפעולה של המערכת הרפואית במישור היחסים של מטפל־מטופל, בהתאם לגישת האוטונומיה תלויה היחסים.<sup>261</sup> הגישה המסורתית חוששת מפגיעה באוטונומיית הפרט ומהשפעה לא רצויה על ההחלטה בדבר תרומת איברים עד כדי חשש מקיום שיח פתוח בנושא.<sup>262</sup> לעומת זאת, גישה תלויה יחסים יכולה להציע דרכי פעולה מבלי לערער את האוטונומיה של המטופל,<sup>263</sup> לרבות דיון מקדים בדבר מקומה של המשפחה בתהליך.

כזכור, בזירת התוצרים מן המת ישראל מחזיקה במדיניות מתירנית יחסית למדינות העולם ונוקטת את מודל ההסכמה המשוערת (opt-out), לעיתים במפורש ולעיתים במשתמע (דרך "הרצון המשווער"), מבלי שקיים הסדר מפורש ברוב הסוגיות הקשורות לנטילה שלאחר המוות וללא מנגנון לכיטוי ותיעוד רצון האדם בעודו בחייו. התוצאה היא פרקטיקה מעורפלת וסמויה מן העין בכל הנוגע למתן היתרים להולדה מזרע או מביצית של נפטרים.

בשונה מזירת האיברים, אינטרס המדינה בזירת התוצרים לא הוגדר דיו עד כה. לטענתנו, כאמור, תפקידה העיקרי הוא לייצר רגולציה מיטבית לפי עקרונות של קידום בריאות, בהתאם לכללי האתיקה, כולל אתיקה מבוססת יחסים, וכן צמצום ומניעת מחסור בתוצרים. בהקשר

Tomas E. Starzl, Ron Shapiro & Lewis Teperman, *The Point System for Organ Distribution*, 259  
21 TRANSPLANTATION PROC. 3432, 3436 (1989). כוח משימה שהוקם בארצות הברית כדי  
לפתח הנחיות לאומיות בעניין הקצאת איברים הגיע למסקנה כי אין להנהיג אפליה של מקבלי  
איברים על בסיס גזע, מין, מצב כלכלי, גיל או סגנון חיים. לפי זה, שיטת הניקוד הנהוגה שם,  
כמו גם בישראל, נמצאה כמפלה. נמצא שנשים מופלות לעומת גברים, וכן שסיכויי של גבר  
לבן הזקוק להשתלה גדול באחוזים רבים מסיכוייה של אישה שחורה הזקוקה להשתלה של אותו  
איבר בדיוק. למרות זאת טענו החוקרים כי לא מדובר באפליה מכוונת אלא שמאגר התורמים  
המתאימים קטן יותר.

Ben Saunders, *Altruism or Solidarity? The Motives for Organ Donation and Two* 260  
*Proposals*, 27 BIOETHICS 376, 380 (2012).

Douglas B. White, Grace Malvar, Jennifer Karr, Bernard Lo & J. Randall Curtis, 261  
*Expanding the Paradigm of the Physician's Role in Surrogate Decision-Making: An*  
*Empirically Derived Framework*, 38 CRITICAL CARE MED. 743 (2010); Natalie Stoljar,  
*Informed Consent and Relational Conceptions of Autonomy*, 36 J. MED. PHIL. 375, 380  
(2011).

Jennifer K. Walter, Jennifer Hwang & Alexander G. Fiks, *Pragmatic Strategies for* 262  
*Shared Decisionmaking*, 142 PEDIATRICS 157, 160 (2018).

ש.ם. 263

הנוכחי למדינה תפקיד הכרחי, שכן אפשרות ההולדה מן המת מחייבת הסדרה הלוקחת בחשבון את מכלול שיקולי המדיניות השונים.<sup>264</sup> גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה וגם דוח ועדת מור יוסף, שני מסמכים שנשענים על חשיבה מקיפה בדבר האינטרס הציבורי, הניבו מסקנה ברורה שלפיה אין לאפשר שימוש בתוצרים לאחר המוות שלא לבת/בן זוג הנפטר/ת, אך הדבר לא תורגם לחקיקה ראשית. התוצאה היא שהמדינה מתקשה לעמוד בפרץ הבקשות לשימוש בזרע מן הנפטר, בעיקר כאשר מדובר במשפחות שכולות.<sup>265</sup> בצד זאת, נראה שהמדינה אינה עוסקת דיה בסוגיות הקשורות במחסור – המחסור הקיים בתרומת ביציות מנשים בישראל, בין אם מתרומות מטופלות ובין אם מתרומות מתנדבות, והצפי למחסור בתרומות זרע.

נראה שהאינטרס הציבורי המניע כיום את המדיניות המתירנית של ישראל קשור במעמדן המרכזי של ההולדה ושל ההורות הגנטית באתוס הלאומי ומתיישב עם היותה מובילה בתחום הפיתוח של טכנולוגיות פריון.<sup>266</sup> כפי שנכתב רבות, מעמד זה של הורות ופריון קשור הדוקות ונשען על אידאולוגיה פרו-נטליסטית ועל שיקולים הלכתיים ולאומיים, הקשורים גם בתפיסת עולם פטריארכלית שהמשכיות הזרע היא אחד מביטוייה.<sup>267</sup> מבחינה זו, גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מבטאות עמדה פטריארכלית קלסית הנשענת על מקורות מקראיים, כגון מצוות הייבום הרואה באישה אמצעי להמשכיות הגבר המת.<sup>268</sup> סעיף 6 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה מסתמך במפורש על כך ש"הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה", ומסיים בתזכורת "כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה".<sup>269</sup> בהעדר הסדרה ברורה הפכו בתי המשפט לשחקן מרכזי הקולט אליו את הבקשות בנושא של הולדה מזרע המת ואישור בקשות שונות, בניגוד להנחיות היועץ המשפטי והמלצות ועדת מור יוסף, לרבות פניות של הורים המבקשים נכד מבנם המת. תנועת המטופלות נעה בשנים האחרונות בחזרה אל המגמה המצמצמת, אך עדיין לא נאמרה המילה האחרונה.<sup>270</sup>

264 טריגר "מותו של זה", לעיל ה"ש 252, בעמ' 68.

265 עד למלחמת חרבות ברזל היו בתי החולים רשאים לאשר נטילת זרע מנפטר ללא אישור בית המשפט אך ורק לבקשת בת זוגו של הנפטר. בעקבות המלחמה וחלון הזמן הקצר לשאיבת זרע מהנפטרים, ניתנה הוראת היועץ המשפטי לאפשר שאיבת זרע גם לבקשת הורי הנפטרים, מבלי להידרש לפנייה לבית המשפט. נכון לתאריך 24.2.2024, 128 משפחות הצליחו להקפוא את זרעם של 128 גברים שנהרגו, בהם 117 חיילים ו-11 אזרחים. ראו בעניין זה ליהי גיא, "שאיבת זרע מנופלים – מאבק משפחות החללים" **זאפ משפטי** (24.2.2024). <https://www.mishpati.co.il/article/16549>.

266 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 670.

267 טריגר "מותו של זה", לעיל ה"ש 252, בעמ' 77-80.

268 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 673.

269 טריגר "מותו של זה", לעיל ה"ש 252, בעמ' 80.

270 בחודש מאי האחרון אושרה בכנסת, בקריאה טרומית, הצעת חוק שנקראת "שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023". הצעת החוק נועדה להסדיר את השימוש בזרעו של אדם שנפטר ולאפשר לבת זוגו של הנפטר לעשות שימוש בזרעו, גם אם לא הותיר אחריו הנחיות מקדימות ספציפיות בנושא, ובתנאי שלא התנגד לכך מפורשות. כמו כן, הוצע לאפשר להורה

בפרק הבא נבקש להציע ניסוח חלופי של האינטרס הציבורי המבוסס על רעיון ההון החברתי ועל עקרונות של אמון וסולידריות, בצד השמירה על עקרונות ביאותיים מסורתיים, גם בטרם ינוסחו הסדרים חדשים. כך, המדינה יכולה לחזק את עמדת הממסד הרפואי ואת הרופאים, כפרטים, המתנגדים לנטילת זרע או ביצית מן הנפטר<sup>271</sup>. בהתבסס על שיקולי אוטונומיה רפואית, רופא רשאי לבחור שלא להיכנס ליחסי מטפל-מטופל, אלא אם מדובר בטיפול נחוץ שאין למטופל גישה חלופית אליו.<sup>272</sup> מכיוון ששאיבת זרע לאחר המוות איננה בגדר טיפול רפואי נחוץ יש לאפשר לרופא לסרב לבצע פרוצדורה כזו.<sup>273</sup> אם כן, המדינה הנסוגה נדרשת לקחת את המושכות ולהוביל את התחום אל ודאות, קוהרנטיות ויציבות תוך הענקת משקל ראוי למכלול השיקולים, יצירת מנגנונים גמישים והקשריים המאפשרים לעמדות שונות לבוא לידי ביטוי והצבת קווים מנחים אתיים באמצעות חקיקה ראשית.

#### 4. סיכום – משולש היחסים והאינטרסים

מן הדיון עד כה עולה צורך ברור בחשיבה מחדשת באופן כולל וקוהרנטי. קוהרנטיות אין משמעה אחידות ונוקשות, אלא גיבוש תפיסה רחבה בדבר מעמדו של המת במשפט בהחלטות הנוגעות לאשר ייעשה בגופו לאחר המוות, יחד עם הכרה במקומה של המשפחה במקרים ובנסיבות מסוימים, בשילוב עם חיווק האינטרס הציבורי בקידום הבריאות וצמצום המחסור באיברים ותוצרים.

כל אלו מצריכים רגולציה מיטבית, אך גם שינוי במערך התמריצים והמוטיבציות לתרומה, וכן שינוי בשיח הציבורי בנוגע לתרומת איברים ותוצרים. ככל שהשיח על תרומת איברים ותוצרים יהיה פתוח יותר, וככל שהכלים המשפטיים לשם כך ישוכללו, כך פרטים רבים יותר יהיו מעוניינים לתרום את איבריהם ותוצריהם, או לכל הפחות יהיו ברורים ביחסם לנושא. כמו כן, משפחות רבות יותר תדענה מהי העדפת בת המשפחה שנפטרה, תבענה אמון במערכת הבריאות ותהיינה מעוניינות ונכונות לתרום את איברי יקיריהן ותוצריהם. תפיסת המוות שיכולה ללוות ולתמוך בשינוי זה היא תפיסה של המשכיות ולא של סופיות, של קשרי גומלין בין החיים והמוות והכרה בכך שאופן הסדרת המוות משפיע על תגובת האנשים אליו ועל התנהלותם במצבים של סוף החיים המחייבים קבלת החלטות קשות. בחינת המוות מפרספקטיבה של המשכיות אישית, משפחתית וחברתית יכולה לתת ביטוי לכל אלה ולסייע בהכלת הסתירות והמורכבויות המאפיינות את התחום.

של הנפטר לעשות שימוש בזרעו באמצעות אישה אחרת שתהיה אימו של הילד שיוולד, באישור בית המשפט, ובלבד שלא הייתה לנפטר בעת פטירתו בת זוג, או לחלופין כאשר בת הזוג אינה מעוניינת לעשות שימוש בזרע. כדי להבחין בין מעמד בת הזוג/ האם העתידית ובין מעמד הסבים הוצע כי היילוד ירשם כילדו של הנפטר.

271 כן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 20. חשוב להדגיש שמקומם של הרופאים כשחקני מפתח הינו בשלב השאיבה של הזרע או הביצית, ולא בשלב השימוש.

272 Carson Strong, Jeffrey R. Gingrich & William H. Kutteh, *Ethics of Postmortem Sperm Retrieval After Death or Persistent Vegetative State*, 15 HUM. REPROD. 739 (2000)

273 שם; וכן Michael R. Soules, *Commentary: Posthumous Harvesting of Gametes – A Physician Perspective*, 27 J.L. MED. & ETHIC 362, 362 (1999)

## ה. הצעת מסגרת ביואתית מאחדת

מכלול הדיון עד כה קורא לגיבושה של מסגרת תאורטית חלופית ולהצגת חלופות מעשיות. הניתוח המשולב של משולש היחסים הוביל להבנה שיש "להחיות" את רצון הפרט – להחזיר לו את כוחו לקבל החלטות על גופו ולממשן גם לאחר מותו, ומנגד – לכוונו להיות סולידרי וקהילתי יותר ונכון יותר לתרומה. על המשפחה להכיר בגבולות כוחה על גופו של הנפטר, ובצד זאת להיות גם היא סולידרית וקהילתית יותר בהתבקשה להסכים לתרומה, ואילו האינטרס הציבורי הוא ליצור רגולציה מיטבית ומאוזנת העומדת בסטנדרטים ביואתיים. בפרק זה נבקש "להחיות" את רצון הפרט, תוך הכרה בחשיבות המשפחה ובקידומו של האינטרס הציבורי, ולהציע מסגרת אתית מאחדת שתסייע בחתירה אל פתרון משותף ובקביעת מדיניות סדורה.

לשם כך, נבקש לארגן את הדיון המסכם סביב שני צירי דיון מרכזיים. ציר הדיון הראשון הוא הציר התאורטי. בציר זה נבקש להצביע על הצורך בשינוי שיחני המבוסס על הבנה אחרת של המוטיבציה לתרומה – ממתנת חיים להון חברתי. ציר הדיון השני הוא הציר הרגולטורי-נורמטיבי, ובו נבקש להציע כיווני הסדרה המתיישבים עם הניתוח שערכנו עד כה: הכרה בצוואה ביולוגית והקמת מאגר תוצרי גוף מן המת.

### 1. הציר התאורטי: ממתנת חיים להון חברתי, מסופיות להמשכיות

שתי בעיות מרכזיות מנחות את הדיון עד כה: האחת היא בעיית ההסדרה הביואתית ומאזן היחסים והאינטרסים, והאחרת היא בעיית המחסור. כפי שהראינו, ההסדרה הנוכחית של שתי הזירות מבוססת על שילוב ייחודי בין תפיסות ליברליות מערביות של אוטונומיה וסופיות, מחד גיסא, ותפיסות מסורתיות של הלכה ומשפחה, מאידך גיסא, שתוצאתו היא נסיגה של רצון הפרט בפני רצון המשפחה וזניחת האינטרס הציבורי. בזירת האיברים הדבר מוביל להסדרה לא מאוזנת. בזירת התוצרים הדבר מוביל להסדרה חסרה. בעיית המחסור נתפסת בעיקרה כבעיה של אינטרס הציבור, אך היא גם בעיית הפרטים הזקוקים לתרומה ובעיית המשפחות של הזקוקים לתרומה המעוניינות בהמשכיות יקיריהן – אם על דרך הצלת חיים ואם באמצעות הולדה ופיריון. ככל שהעמקנו בלמידת הנושא הבנו שהמענה לבעיית המחסור אינו רק ברמה הרגולטורית, אלא גם, ואולי בעיקר, ברמת המוטיבציה לתרומה: המוטיבציה המניעה פרטים ומשפחות לתרום וההנחות בדבר המוטיבציה לתרומה המניעות את הסדרת כל אחד מהתחומים.

### (א) דחיית רעיון המתנה האלטרואיסטית

השיח הציבורי והשיח התאורטי הדומיננטיים נוטים לייחס, להניח ולטפח מוטיבציית תרומה אלטרואיסטית בקרב תורמים פוטנציאליים, המבוססת על מטפורת המתנה.<sup>274</sup> טיפוח האלטרואיזם מבקש להבטיח שלא יתפתחו שווקים של איברים ותוצרי גוף ולמנוע סחר וניצול העלולים לפרוח בעיקר בסיטואציה של מחסור. הקשיים המרכזיים עם שיח

Adam J. Kolber, *A Matter of Priority: Transplanting Organs Preferentially to Registered Donors*, 55 RUTGERS L. REV. 671, 716 (2003)

האלטרואיזם ומטפורת המתנה הם שלא בהכרח הם משקפים נכונה את המוטיבציה לתרומה, ושסוג המוטיבציה שהם מטפחים אינה מסייעת בפתרון המחסור ואינה מייצרת תודעת תרומה מיטבית.

ראשית, בזירת תרומת האיברים נוטים לייחס לפרט או למשפחתו מוטיבציית תרומה אלטרואיסטית, אך זו אינה עומדת תמיד במבחן המציאות.<sup>275</sup> רעיון האלטרואיזם מניח ומעלה על נס את קיומו של מעשה שהוא מוכוון כלפי הזולת ולא נועד לקדם אינטרס עצמי ובכך הופך לאקט של נתינה טהורה.<sup>276</sup> אך קיומו של אלטרואיזם טהור כבר זכה לביקורת רבה, שכן לרוב כרוך בו רווח, גם אם אינו כלכלי, וכן משום שהוא מניח נפרדות בין הנותן והמקבל.<sup>277</sup> בהקשר הנוכחי, מחקרים מצביעים על כך שפעמים רבות משפחות תורמות את איברי יקיריזם לא מתוך מניעים אלטרואיסטיים אלא מתוך רצון להמשיך את חיי יקיריהן.<sup>278</sup> בזירת התוצרים, יש הטוענים כי התשלום הכרוך לרוב בתרומת זרע או ביצית אינו מאפשר לייחס למעשה משמעות אלטרואיסטית כלל, אלא המדובר בעסקת שוק במינוח מוסווה שאינו מאפשר תגמול ראוי בעד עסקת המכר המתרחשת למעשה.<sup>279</sup> בכל מקרה, גם בזירה זו, ואף ביתר שאת, נמצאת מוטיבציה שאינה אלטרואיסטית של שימור זכר הנפטר דרך המשכיותו הגנטית.<sup>280</sup>

שנית, שיח התרומה האלטרואיסטי מבוסס במידה רבה על מטפורת המתנה, שהיא ניגודה של מטפורת הקניין שממנה הוא מבקש להתרחק. בחברות רבות, אקט הענקת מתנות משמש כדבק בסיסי של קשרים חברתיים משותפים, הקושרים יחד את התורם ואת המקבל ברשת של יחסים חברתיים וסולידריות חברתית.<sup>281</sup> בזירת תרומת האיברים, רווחת מטפורת "מתנת החיים" הנקשרת לאידיאלים תרבותיים של אלטרואיזם.<sup>282</sup> עם זאת, יש המצביעים על הבעייתיות הטמונה בה בשל "עריצות המתנה": אסירות התורה שהיא כופה על מקבלת המתנה כלפי נותנת המתנה, המכבידה עליה מבחינה פסיכולוגית ומבחינה

M. R. Bartucci & M. C. Seller, *A Study of Donor Families: Reactions to Letters from Organ Recipients*, 20 TRANSPLANTATION PROCEEDINGS 786, 787–788 (1988), Laura A. Siminoff & Kata Chillag, *The Fallacy of the "Gift of Life"*, 29 HASTINGS CTR. REP. 34, 36 (1999)

Tom Farsides, *The Psychology of Altruism*, 20 PSYCH. 474, 474 (2007); THOMAS NAGEL, *The Possibility of Altruism* 79 (1970)

Garla Vernale & Sheila A. Packard, *Organ Donation as Gift Exchange*, 22 IMAGE 239, 277 (1990); Siminoff & Chillag, *41–40*, בעמ' 275, בעמ' 41–40.

שם, בעמ' 36, המחקרים האלו מצאו כי משפחות התורמים אינן מדברות במושגים של תרומה אלא של סיוע לאחר והמשכיות הנפטר.

Suzanne Holland, *Contested Commodities at Both Ends of Life: Buying and Selling Gametes, Embryos and Body Tissues*, 11 KENNEDY INST. ETHICS J. 263, 271 (2001)

Simana, לעיל ה"ש 112, בעמ' 351.

Barry Schwartz, *The Social Psychology of the Gift*, 73 AM. J. SOCIO. I (1967); השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 670.

Siminoff & Chillag, לעיל ה"ש 275, בעמ' 40.

מוסרית.<sup>283</sup> בהקשר הנוכחי הקושי מתגבר, שכן לא ניתן לסלק את חוב ההדדיות הן משום שנותן המתנה למעשה מת והן בשל מהות המתנה.<sup>284</sup> בזירת תוצרי הגוף, החבות הנוצרת עמוקה במיוחד, שכן, מחד גיסא, היא מבססת את ההמשכיות הגנטית של התורם ומאידך גיסא משפיעה גם על זהותו של התינוק העתידי.<sup>285</sup> יתרה מכך, עקב רצון המשפחה לשמר את זכר הנפטר באמצעות רבייה היא אינה מסתפקת במעשה התרומה, אלא מפתחת מערכת דרישות וציפיות הדדיות ממקבלת התרומה המיועדת לגדל את נכדם.

לטענתנו, בשתי הזירות יש צורך בשינוי שיחני – מ"מתנת חיים" ל"הון חברתי". שינוי זה כבר הוצע ונדון בספרות, אך טרם הגיע לשיח הישראלי בנושא. לדעתנו, הוא יוכל לסייע במתן מענה טוב יותר לקשיים התאורטיים בדבר אופי היחסים החברתיים המייצרים מוטיבציה לתרומה ולקשיים המעשיים בדבר הצורך בצמצום הפער שבין ההיצע לביקוש.

### (ב) מסגרת רעיונית מוצעת: הון חברתי

מושג ההון החברתי זכה לפיתוח במשנתם של תאורטיקנים אחדים מתחומי הסוציולוגיה, מדעי המדינה, כלכלה ועוד.<sup>286</sup> פייר בורדייה היה מהראשונים לפתח מושג זה והגדיר "הון חברתי" כהצטברות המשאבים הממשיים או הפוטנציאליים המצויים בבעלות קולקטיבית של חברי הקבוצה. לשיטתו, על מנת להשיג הון חברתי על הפרטים לעבוד למענו מתוך אמונה שהערך של הקשרים האינדיבידואליים תלוי בכמות הקשרים שהיו להם ובהון שהרוויחו מכל קשר זה.<sup>287</sup> קולמן הוסיף על כך כי הון חברתי הוא חלק בלתי נפרד ממבנה היחסים בין השחקנים השונים ותרומתו להון האנושי בכך שהוא מעודד פעולה קולקטיבית.<sup>288</sup> לעומתם, פוטנס אפיין את ההון החברתי כ"מאפיינים של ארגון חברתי דוגמת אמון, נורמות ורשתות חברתיות, אשר יכולים לשפר את היעילות של החברה על ידי כך שהם מקילים על שיתוף פעולה עבור השגת תועלת משותפת והדדית".<sup>289</sup> לשיטתו, הון חברתי מגדיל את ההסתברות לפעולה קולקטיבית, באמצעות הגדלת העלויות הפוטנציאליות למתנגדים, חיזוק נורמות

RENEE C. FOX & JUDITH P. SWAZEY, THE COURAGE TO FAIL: A SOCIAL VIEW OF ORGAN 283  
TRANSPLANTS AND DIALYSIS 40 (1978).

Paul Lauritzen, Michael McClure, Martin L. Smith & Andrew Trew, *The Gift of Life 284*  
*and the Common Good: The Need for a Communal Approach to Organ Procurement*,  
;31 HASTINGS CTR. REP. 29, 30 (2001); לעיל ה"ש 275, בעמ' 35;  
Vernale & Packard, לעיל ה"ש 277, בעמ' 240-241.

Joan Raphael-Leff, *The Gift of Gametes- Unconscious Motivation, Commodification 285*  
*and Problematics of Genealogy*, 94 FEMINIST REV. 117, 124-128 (2010).

Paul S. Adler & Seok Woo Kwon, *Social Capital: Prospects for a New Concept, 27 286*  
ACAD. MGMT. REV. 17 (2002).

שם 287

Chloe Sharp & Gurch Randhawa, *Social Capital and Deceased Organ Donation, in 288*  
ORGAN DONATION AND TRANSPLANTATION – PUBLIC POLICY AND CLINICAL PERSPECTIVES 118  
(Gurch Randhawa ed., 2012).

Putnam, לעיל ה"ש 2. 289

של הדדיות, הקלה על זרימת מידע ויצירת תבנית לשיתוף פעולה עתידי.<sup>290</sup> תרבות אזרחית מבוססת לשיטתו על הדדיות מוכללת – אדם עשוי לעזור למישהו מתוך ציפייה שבעתיד הטובה הזאת תוחזר לו בעת הצורך על ידי אדם אחר. הדדיות מסוג זה מאחדת את האנשים ואת הקולקטיב.<sup>291</sup> פוטנם מדגיש את יסוד האמון, שכן קבוצה שחברה רוחשים אמון זה לזה תוכל להשיג יחד הרבה יותר מאשר קבוצה שלא שורר בה אמון.<sup>292</sup> לסיום, רוסטילה מחדד כי כמו משאבים אחרים, ההון החברתי האינדיבידואלי נמצא בבעלותם של יחידים, אך הופך זמין עבור יחידים אחרים דרך יחסים חברתיים, אשר בהתפרקם נעלמת גם הזכות לשימוש במשאב החברתי.<sup>293</sup>

התאוריה המקובלת מגדירה את ההון החברתי באמצעות שני ממדים המהווים תנאי מקדים לו – הממד המבני והממד הקוגניטיבי.<sup>294</sup> הממד המבני מתייחס לרשתות החברתיות של היחיד, הפורמליות או הבלתי פורמליות, שבלעדיהן אין הוא יכול להחזיק ברשותו הון חברתי.<sup>295</sup> הממד הקוגניטיבי של ההון החברתי מתייחס לדרגת האמון הנוצרת ביחסים החברתיים.<sup>296</sup> בין הממד המבני והממד הקוגניטיבי יכולים להיווצר יחסי הדדיות, שכן לאנשים בעלי רמות גבוהות של אמון יש נטייה גדולה יותר לקיים יחסים חברתיים עם אנשים אחרים, ולהפך.<sup>297</sup> ככל שרמת האמון גבוהה יותר כך ההסתברות לחילופין הדדיים של משאבים חברתיים הופכת לגבוהה יותר, וככל שרמת החילופין גבוהה גובר האמון.<sup>298</sup> כדי לעודד חילופי משאבים חברתיים הדדיים בחברה, אנשי החברה צריכים להתאחד ולפעול בשיתוף פעולה.<sup>299</sup> יתרה מכך, מושג ההון החברתי שופך אור חדש על מושג האלטרואיזם,

290 שם.

291 Sharp & Randhawa, לעיל ה"ש 288, בעמ' 118.

292 שם; ROBERT PUTNAM, MAKING DEMOCRACY WORK-CIVIC TRADITIONS IN MODERN ITALY (1993).

293 Mikael Rostila, *The Facets of Social Capital*, 41 J. THEORY SOC. BEHAV. 308, 311 (2011).

294 Trudy Harpham, Emma: להרחבה בנושא הממד המבני והממד הקוגניטיבי בהון חברתי ראו:

Grant & Elizabeth Thomas, *Measuring Social Capital Within Health Surveys: Key Issues*, 17(1) HEALT. POL. PLAN 106, 108 (2002); Norman Uphoff, *Understanding Social Capital: Learning from the Analysis and Experience of Participation in SOCIAL CAPITAL: A MULTIFACETED PERSPECTIVE* 215 (P. Dasgupta and I. Serageldin eds., 2000)

295 על Mark S. Granovetter, *The Strength of Weak Ties*, 78(6) AM J. SOCI. 1360 (1973); NAN LIN, SOCIAL CAPITAL: רשתות חברתיות בלתי פורמליות ראו PUTNAM, לעיל ה"ש 292;

PUTNAM, לעיל ה"ש 292; NAN LIN, SOCIAL CAPITAL: A THEORY OF STRUCTURE AND ACTION (2001)

296 Putnam, לעיל ה"ש 2.

297 Rostila, לעיל ה"ש 293, בעמ' 317. ראו Dietlind Stolle, *Getting to Trust – An Analysis of the Importance of Institutions Families, Personal Experiences and Group Membership,*

in SOCIAL CAPITAL AND PARTICIPATION, IN EVERYDAY LIFE 118, 118–132 (P. Dekker and E. M Uslander eds., 2001). המחקר מראה שהשתתפות בהתאגדויות התנדבותיות מגבירה את רמת האמון, אך יחד עם זאת קיימת הטיה של הבחירה, שכן אמון מעורר אנשים להצטרף

להתאגדויות.

298 Rostila, לעיל ה"ש 293, בעמ' 317–318.

299 שם.



ההופך למרכיב בהון החברתי: ייחוס הון חברתי למעשה התרומה יכול לעודד אלטרואיזם ובאותה עת ליצור הון חברתי נוסף.<sup>300</sup>

לסיכום, הון חברתי מורכב ממשאבים חברתיים המתפתחים בתוך רשתות או בתוך מבנים חברתיים המאופיינים באמון הדדי. משאבים חברתיים אלו חשובים, שכן הם עשויים להיטיב הן עם היחיד הן עם הקולקטיב. ככל שהיחיד יוכל לרכוש משאבים חברתיים מאיכות גבוהה באמצעות הרשתות שלו, כך יעמוד לרשותו הון חברתי טוב יותר. עם זאת, השלכות שליליות עלולות להתעורר כאשר הרשתות החברתיות מאופיינות בדרגה גבוהה של סגירות אשר מונעת את הנגישות להון החברתי עבור מי שנמצא ברשתות סמוכות.

### (ג) הון חברתי ותרומת איברים מן המת

תאורטיקנים אחדים בחנו את מדיניות תרומת האיברים מן המת באמצעות המושג "הון חברתי".<sup>301</sup> קושי ביאותי מרכזי בהקשר זה הוא שהתייחסות לאיברים עצמם כאל משאב חברתי נותנת בידי החברה זכות להשתמש בהם למטרותיה, במקום לכבד את העדפותיו האישיות של הנפטר.<sup>302</sup> לכן, אם נתייחס לאיבר עצמו, פשוטו כמשמעו, כהון או כמשאב חברתי, נאבד מיתרונותיו של רעיון ההון החברתי. במקום זאת נציע להגדיר את מכלול הליך התרומה כהון חברתי, באמצעות המושגים "הון מבני" ו"הון קוגניטיבי". ההון המבני מתייחס לכלל הרשתות החברתיות שכל פרט בחברה משתייך להן, כולל רשת התורמים והנתרמים הפוטנציאליים, לרבות המידע העובר בהן בנוגע לתרומה; ההון הקוגניטיבי כולל את מכלול הנורמות והאמונות בנוגע לתרומת איברים.<sup>303</sup>

לטענתנו, מושג ההון החברתי מתאר נכונה את הליך תרומת האיברים ויכול לייצר מוטיבציה חזקה יותר לתרומה. במצב הדברים כיום, אנשים רבים מסכימים באופן עקרוני לתרום, אך נכונותם אינה מובילה לחתימה על כרטיס תורם או לתרומה בפועל.<sup>304</sup> ממה נובע הפער בין נכונות למעשה? אחת הטענות היא שהפער נובע מכך שלא מיוחס מספיק ערך חברתי לתרומה, ובהתאם אין סנקציה חברתית על הנמנעים מכך.<sup>305</sup> החשיבה הליברלית נותרת חסרת מענה לאתגר זה, שכן היא מעלה על נס את אוטונומיית הרצון של פרט שאינו מעוניין בתרומה וחוששת מפני כניסתה של חשיבה קולקטיבית.

מבחינה רעיונית, המענה שאנו מציעות מבוסס על החיבור בין רעיון ההון החברתי למושגים נוספים הרלוונטיים לדיון: הדדיות מוכללת, אמון וסולידריות חברתית.<sup>306</sup> תרומתם המשותפת של מושגים אלה היא בביסוס ההיבט הקולקטיבי של מדיניות בריאות מיטיבה.

300 Sharp & Randhawa, לעיל ה"ש 288, בעמ' 130.

301 שם, בעמ' 121.

302 Robert D. Truog, *Are Organs Personal Property or a Societal Resource?*, 5 Am. J. Bioethics 14, 15 (2005).

303 Sharp & Randhawa, לעיל ה"ש 288, בעמ' 123.

304 Lauritzen, McClure, Smith & Trew, לעיל ה"ש 284, בעמ' 29.

305 Alice Moseley & Gerry Stoker, *Encouraging Civic Behavior: A Randomized Control Trial of Interventions to Influence Organ Donor Registration*, 29 POLITICAL STUDIES ASSOCIATION CONFERENCE (2010).

306 Rostila, לעיל ה"ש 293, בעמ' 318.

המושג **הרדיות מוכללת** נטוע בתאוריה הקהילתנית המבקשת לקדם פעולה קולקטיבית וחיבור של פרטים לקהילה דרך ההגשת אינטרסים משותפים, זהות משותפת ומחויבות לטובת הכלל.<sup>307</sup> לענייננו, הרדיות מוכללת תסייע בראיית תרומת האיברים מנקודת מבט קהילתית רחבה – מעשה הסיוע לאדם זר מסייע לקהילה בכללותה ומחזק את הזהות המשותפת.<sup>308</sup> מושג האמון מוסיף אף הוא לדיון, שכן אמון מקדם את היווצרותן של רשתות חברתיות המבוססות על ערכים משותפים ועל הישענות זה על זה.<sup>309</sup> בהקשר של תרומת איברים, ככל שהאמון גדול יותר, כך גדל הסיכוי לתרומת איברים.<sup>310</sup> גם הסולידריות החברתית רלוונטית כאן שכן היא קשורה הדוקות ברעיונות של הכללה, מחויבות לטובת הכלל, אמפתיה ואמון.<sup>311</sup> כמו כן רעיון הסולידריות מחזק את אחריות המדינה כלפי הכלל ואת מחויבותה בייחוד כלפי מי שמצויים בעמדת מוחלשות או פגיעות.<sup>312</sup> חשיבה במושגים של הון חברתי, הרדיות מוכללת, אמון וסולידריות מעניקה גם תוכן עמוק יותר לרעיון ההמשכיות החברתית. ככל שנפתח את רעיון ההמשכיות החברתית נמצא שהוא מעשיר גם את רעיונות ההמשכיות האישית והמשפחתית הקשורים אלו באלו.

מבחינה מעשית, לדעתנו, יש בכוחו של רעיון ההון החברתי לייצר שיח ציבורי חלופי, להעמיק את המוטיבציה לתרומה ולעודד את צמצום הפער שבין ההסכמה לתרום לבין התרומה בפועל. על מנת לקדם את השינוי השיחני, נדרש קיומו של דיון ציבורי מוסרי שיוביל לשינוי תודעתי חברתי ויגביר את פעולות הערכות ההדדית בקרב חברי הקהילה הפוליטית, ברמת המדינה.<sup>313</sup> אלו יהפכו את פעולת החתימה על כרטיס תורם ואת תרומת האיברים בפועל לפעולות מתבקשות, כחלק מתחושת המחויבות המוסרית והחברתית של הפרטים בחברה, ולנורמות מקובלות המייצרת הון חברתי אשר לכולם עניין בקיומו ובהגדלתו. מדובר בצירוף של תחושה פנימית באשר למהות הדבר הראוי יחד עם לחץ חברתי לעשות זאת – שני היסודות לעיצובה של תרבות מוסרית.<sup>314</sup> בצד זאת, יש להיזהר מייצירת אקלים המקדם את האינטרס הציבורי-קהילתי תוך התעלמות מזכויות הפרט,<sup>315</sup> או הדוחף לקונפורמיות

307 Adler & Kwon, לעיל ה"ש 286.

308 Sharp & Randhawa, לעיל ה"ש 288, בעמ' 126.

309 Fran Tonkiss & Andrew Passey, *Trust, Confidence and Voluntary Organizations: Between Values and Institutions*, 33 Socio. 257 (1999)

310 Michael White, "Big society" raises questions over immigration, but gives wrong answers, THE GUARDIAN (May 31, 2011), <http://www.theguardian.com/politics/blog/2011/may/31/big-society-raises-questions-immigration>

311 Ori Lev, *Will Biomedical Enhancements Undermine Solidarity Responsibility, Equality and Autonomy?*, 25 Bioethics 177 (2001), לעיל ה"ש 260, בעמ' 380.

312 שגית מור "כולנו רקמה אנושית אחת? מוגבלות, סולידריות ומחסור בזמן קורונה" משפט וממשל כד(2), 425 (2022).

313 Amitai Etzioni, *Organ Donation: A Communitarian Approach*, 13 KENNEDY INST. ETHICS .J. 1, 5 (2003)

314 שם, בעמ' 6.

315 Erich H. Loewy, *Of Community, Organs and Obligation: Routine Salvage with a Twist*, 17 THEORETICAL MED. 61, 68 (1996)

באמצעות פטרנליזם גס.<sup>316</sup> הסדרים גמישים, היוצרים איזון נכון בין דרישות הפרט וצורכי הכלל, יאפשרו לאזרחי המדינה מספיק הזדמנויות לפעול על פי רצונם ולפרוש מהמדיניות הרווחת אם זו אינה תואמת את תפישת עולמם.

#### (ד) הון חברתי ותרומת תוצרים מן המת

מסגרת הדיון של הון חברתי יכולה לסייע גם בדיון בדבר תרומת תוצרי גוף מן המת, אך גם כאן יש להיזהר מפני בלבול מושגי בין הון חברתי ומשאב חברתי, וכן להבחין בין רשתות חברתיות סגורות ופתוחות. לשיטתו של פוטנס, הון חברתי מורכב ממשאבים חברתיים המתפתחים בתוך רשתות או מבנים חברתיים המאופיינים באמון הדדי.<sup>317</sup> ככל שהיחיד יוכל לרכוש משאבים חברתיים מאיכות גבוהה באמצעות הרשתות שלו, כך יעמוד לרשותו הון חברתי טוב יותר. השלכות שליליות עלולות להתעורר כאשר רשתות חברתיות מאופיינות בדרגה גבוהה של סגירות אשר מונעת את הנגישות להון החברתי עבור מי שנמצא ברשתות סמוכות.

לענייננו, ראיית תרומת תוצרי גוף, זרע/ביצית מן הנפטר/ת, כפעולה שיכולה להגדיל את ההון החברתי, ולוונטית גם למערכת היחסים המשפחתית וגם לרשת הקשרים בין החברים בחברה בכללותה – תושבי המדינה. דימוי המשפחה כרשת חברתית מחזק את תפישת היחסים בין חבריה כמערכת של אמון הדדי, ולעיתים אף כמערכת של ציפיות להמשכיות גנטית ונכונות לשימוש בזרע או בביצית של אחד מבני המשפחה לשם כך. עם זאת, חסרונה של המסגרת המשפחתית הוא שהיא מאופיינת בדרגה גבוהה של סגירות ונוטה למנוע את הנגישות לזרע או לביצית עבור מי שנמצא ברשתות סמוכות. בצד זאת, ניתן לעודד נכונות תרומת זרע או ביצית לטובת החברה בכללותה, בעיקר אלו שנשארו כעודפים לאחר טיפולי פרויקט או שימור פרויקט. אף על פי שישנו מחסור בתרומה של ביציות וזרע מן החי, אפשרות זו איננה חלק מהשיח החברתי. לטענתנו, עידוד תרומת זרע או ביצית שנותרו כעודפים והפרכתם לזמינים לכלל יגדילו את ההון החברתי, בדומה להגדלת ההון החברתי בדרך של תרומת איברים מן המת.

גם הסולידריות כמרכיב של הון חברתי יכולה למלא תפקיד בהקשר של זירת תרומת תוצרי גוף מן המת. כך, גילבר ורם-טיקטין טענו שיש מקום להתייחס למרכיב הסולידריות, ולרגשי המחויבות הנובעים ממנה, בגיבוש המדיניות בנוגע לרבייה שלאחר המוות.<sup>318</sup> זאת, מתוך הכרה בחשיבות קשריו של הפרט עם אחרים משמעותיים בחייו,<sup>319</sup> באופן המתיישב

316 שם.

317 Putnam, לעיל ה"ש 2.

318 Ram-Tiktin & Gilbar, לעיל ה"ש 14, בעמ' 501; Gilbar & Ram-Tiktin, לעיל ה"ש 114. גילבר ורם-טיקטין מסתמכים בעבודתם על: Barbara Prainsack & Alena Buyx, *Solidarity: Reflections on an Emerging Concept in Bioethics*, 17 JAHRBUCH FÜR WISSENSCHAFT UND ETHIK 331 (2012); Barbra Prainsack & Alena Buyx, *Solidarity in Contemporary Bioethics – Towards a New Approach*, 26 BIOETHICS 343 (2012); MICHAEL J. SANDEL, JUSTICE: WHAT IS THE RIGHT THING TO DO? (2009).

319 Ram-Tiktin & Gilbar, לעיל ה"ש 14, בעמ' 502.

גם עם קהילתנות ואוטונומיה התייחסותית.<sup>320</sup> עמדתם של גילבר ורם-טיקטין מעניקה משקל לשיקול ההמשכיות המשפחתית, אך ניתן להרחיבה גם אל עבר ההמשכיות החברתית. ניתן לראות את ההורים המבקשים להבטיח שלילדיהם יהיו ילדים כממלאים תפקיד של המשכיות החברה בכללותה, בהתאם לגישת הפסיכולוגיה האבולוציונית שלפיה האנושות מתקיימת הודות לכך שבני האדם נוצרו ותוכננו להתרבות.<sup>321</sup> על פי קו זה, הבקשה להולדה לאחר המוות מייצרת הון חברתי כללי הנובע מן היחסים בין הפרטים ומהרשתות החברתיות שבהן הם נתונים.<sup>322</sup>

ועדיין, הקושי המרכזי בסוגיית הרבייה שלאחר המוות הוא המתח בין רצון המשפחה המניע את הבקשה לבין אוטונומיית הפרט להחליט על גורל תוצרי גופו לאחר מותו.<sup>323</sup> המצב הנוכחי בישראל מעלה חשש שהטיעון הרווח בדבר הזכות להורות של אנשים לאחר מותם אינו ביטוי של אוטונומיה, אלא של שלילתה.<sup>324</sup> כאשר בני זוג מתכננים רבייה, המתרחשת באופן אוטונומי, הבחירה תשקף את האינטרסים החווייתיים והמהותיים שלהם, כגון חוויית גידול הילד, אשור של אהבה זוגית, ואפשרות לחוות חוויות אישיות וערכיות.<sup>325</sup> כאשר מדובר ברבייה לא מתוכננת, האינטרסים של ההורים לא יבואו לידי ביטוי באותה דרך.<sup>326</sup> כאשר מדובר ברבייה שלאחר המוות הקושי גובר, שכן המת אינו מודע כלל לקיומו של ילדו ואינו נהנה מהתועלת הטמונה בהמשכיותו.

לפיכך, טיפוח השיח בדבר תרומת תוצרי גוף כהון חברתי יוכל לתמוך במוטיבציה לתרומה, אך בצידו יש לשמור על מימוש אוטונומיית הנפטר באמצעות הקפדה על ניסוח הוראות ברורות לגבי מה שיעשה בתוצרי גופו, כולל הוראות המתנגדות לשימוש בהם.<sup>327</sup> כמו כן עליהן לכלול הן את האפשרות של תרומה ייעודית במסגרת הקשרים המשפחתיים והן תרומת עודפי תוצרי גוף שנוצרו לצרכים טיפוליים וכעת ממתינות ללא תכלית או תוחלת. לסיכום, מושג ההון החברתי מאפשר להרחיב את המבט מעבר למטפורת המתנה אל מגוון רחב של גורמים ושיקולים גם בזירת האיברים וגם בזירת התוצרים. הוא מדגיש את הצורך בשיוני פנימי עמוק של התרבות המוסרית ותחושת השייכות הקהילתית ובגיבוש הסדרים רגולטוריים תואמים.

320 שם, בעמ' 513. תמצית האוטונומיה היחסית הינה שהפרט מקבל החלטות בהקשר חברתי, כך שליחסים קרובים ואינטימיים עם אחרים משמעותיים יש השפעה על קבלת החלטות. לעניין האוטונומיה היחסית ראו את מאמרם של Gilbar & Ram-Tiktin, לעיל ה"ש 115, בעמ' 4.

321 Satoshi Kanazawa & Joanne Savage, *An Evolutionary Psychological Perspective on Social Capital*, 30 J. ECON. PSYCH. 873, 877 (2009).

322 שם.

323 Alison Jane Douglass, *Assisted Human Reproduction: Posthumous Use of Gametes* (1998) (MBHL Thesis, University of Otago).

324 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 114, בעמ' 668.

325 Douglass, לעיל ה"ש 323, בעמ' 20.

326 Baird, לעיל ה"ש 198, בעמ' 20.

327 שם, בעמ' 18.

## 2. הציר הרגולטורי-נורמטיבי: לקראת הסדרה מיטבית

נחזור כעת לבחון את כיווני ההסדרה הנובעים ממכלול הדיונים שערכנו במאמר זה. נתחיל עם ניסוח מחדש של מערך היחסים בין רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה, ונמשיך לניסוח שתי הצעות מעשיות בדבר הקמת מאגר תוצרי גוף מן המת ועיגון הרעיון של צוואה ביולוגית בחקיקה.

### (א) כיול מחדש של משולש היחסים: "החייאת" רצון המת ואינטרס הכלל

חשיבה מחדשת על משולש היחסים פרט-משפחה-מדינה קוראת ראשית לכול "להחיות" את רצון המת, ובעצם להעמיד את האדם המת במרכז. בצד זאת, יש להכיר במקומה המרכזי של המשפחה בקבלת החלטות בסוף החיים תוך הצבת מגבלות לכוחה ומקומה. בנוסף, יש להכיר באינטרס הכלל בתרומה ובהפחתת המחסור.

בזירת האיברים, גם אם ידוע רצונו של הנפטר, רצון המשפחה הוא שגובר. בהעדר ידיעה על רצון הפרט רצונו המשוער מתמלא תוכן על ידי המשפחה. אינטרס הכלל בצמצום המחסור באיברים אינו מקבל כל ביטוי בהסדרה הנוכחית. בזירת התוצרים, לרוב, לא קיים מידע באשר לרצון הנפטר או הנפטרת, אך הכללים מעניקים למשפחה את הכוח לצקת בו תוכן. אינטרס הכלל מקבל ביטוי חלקי בחוק תרומת ביציות, אך בפועל אין הוא מתממש שכן שיעור התרומות נמוך מאוד.

ההסדרה החלקית או היעדרה יוצרים עמימות גדולה ופועלים לרעת רצון הפרט. בהקשר של תרומת תוצרים הדבר הביא לסכסוכים והתדיינות משפטית, אשר העמידו את בית המשפט בעין הסערה.<sup>328</sup> בתי המשפט נדרשו לברר את רצון הפרט ולעצב את הדין בתחום השימוש בזרע מן המת בעודם מתמודדים עם מגוון מקרים ובקשות, עם טיעונים מורכבים וקשים מנקודות מבט שונות – של בני/ות זוג, הורים ואף אחים.<sup>329</sup> הכרעותיהם מושפעות גם מכובד האחריות של גרימת "מוות שני" של הנפטר, כביכול. התוצאה היא חוסר לכידות בין גישות השופטים השונות.<sup>330</sup> לעומת זאת, בהקשר של תרומת איברי גוף, תביעות וסכסוכים אינם מגיעים כלל לפתחו של בית המשפט ומחלוקות משפחתיות בנושא אינן מתועדות, כך שלא ניתן לרעת איך הוכרעה המחלוקת ואיזה משקל ניתן לרצון המת.

אין מנוס מלקבוע שמורכבות הזירות מחייבת הסדרה חוקית ברורה שבמסגרתה על המחוקק להציב את כבודו ורצונו של המנוח לנגד עיניו, ולעגן את "החייאת" רצון הפרט בנוגע לגופו גם לאחר מותו. במסגרת החייאת רצון הפרט אל לנו להניח שהפרט פועל בחלל נטול הקשר. יש להכיר בכך שקיימים רכיבים משפחתיים וקהילתיים המשפיעים על עמדות הפרט והמשפחה בנוגע לתרומת איברים ותוצרי גוף מן המת, במודע ושלא במודע. לפיכך, עולה הצורך בתיעוד רצון הפרט טרם המוות תוך עידודו להראות את נכונותו לתרומה,

328 רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 230 (התשס"ו). לטענתה קיימים מצבים שבהם יש כחברה להימנע מלתת לבית המשפט לעשות את "העבודה השחורה" ולהיקלע לעין הסערה במצבים שבהם המחוקק נמנע מלחוקק חקיקה רגישה.

329 שם.

330 כץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 17.

וכן הצורך בהסברה כוללת לגבי המחסור באיברים ותוצרים ובהגברת האמון דרך הבהרת משמעותו של המוות המוחי.

אינטרס המדינה בקידום הבריאות ומניעת מחסור ממלא כאן תפקיד חשוב. אין זה רק עניין של הסדרת מערכת היחסים בין הפרט למשפחה אלא גם החייאת "טובת הכלל", לרבות שיקום הסמכות הרפואית וצמצום ההשפעה של עמדת ההלכה, שכן ההסכמות שנוצרו עם הממסד הרבני לא הביאו לשיפור ניכר. עמדת ההלכה והמסורת משפיעה דרך הרשתות החברתיות הפורמליות והבלתי פורמליות, ויש חשיבות רבה לכך שנוצרה הסכמה רחבה בחוק מוות מוחי-נשימתי. אך כעת נראה שחוסר האמון הנמשך מצד הקהילות הדתיות מונע מהמדינה לייצר הסדרה ראויה ותורם להעדרה של חשיבה סולידרית והדדיות גם בקרב מי שאינם מחזיקים בתפישת עולם דתית.

לאור קיומם של צירי דיון מרכזיים משותפים, המשפיעים ומושפעים אהדדי, נבקש להציע פתרונות מעשיים בנוגע לשתי הזירות הנחקרות.

### (ב) מסגרת ביאותית – הלכה למעשה

לסיום מאמר זה נבקש להציע שני מנגנונים מעשיים בנוגע לשתי הזירות הנחקרות; כל מנגנון שואב את כוחו מהזירה המקבילה לו, תוך התאמה לחסמים האתיים, המשפטיים והחברתיים שתוארו במאמר זה. אין מדובר בפתרונות-קסם, אלא בהדגמה של צורת החשיבה שצריכה להנחות אותנו ביצירת חלופות. שני המנגנונים המוצעים יוכלו לסייע בצמצום הפערים בין הזירות ובעמידה על איזון מדויק יותר בין רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה. מנגנון אחד מבקש להרחיב את רעיון "הצוואה הביולוגית" ולייצר כלי משפטי פורמלי לעיגון רצון הפרט בשתי הזירות – זירת תרומת האיברים מן המת וזירת תרומת התוצרים מן המת. מנגנון שני הוא יצירת מאגר של תוצרי גוף מן הנפטר או הנפטרת שאליו יוכל לפנות כל מי שזקוק/ה לתרומה, בדומה למאגר איברי הגוף הקיים כיום. בשני האפיקים יש לייצר מנגנונים גמישים הנותנים ביטוי למגוון של העדפות ראויות – המצויות בגדר המסגרת האתית והתאורטית שהצבנו.

### (1) צוואה ביולוגית

הצעתנו הראשונה היא לעגן בחקיקה את אפשרות כתיבתה של "צוואה ביולוגית" הן עבור תרומת איברים והן עבור תרומת תוצרים. הדיון במשולש היחסים פרט-משפחה-מדינה העלה את הצורך להחיות את רצון הפרט ולחזק את החובה לקיים את רצונו של אדם לאשר ייעשה בגופו לאחר מותו ולהעניק לו מעמד מוסרי זהה לזה שיש לו בחייו.<sup>331</sup> לטעמנו, כאשר אדם מצווה לתרום את איבריו, קיימת חובה לממש את צוואתו. אך לשם כך יש ליצור מנגנון משפטי מקובל שיכיר בשליטתו של אדם על המשכיותו ועל אשר ייעשה בגופו לאחר מותו. לכאורה, כרטיס אדי לתרומת איברים מהווה עדות מוצקה לרצון הפרט. רבים מאזרחי ישראל החותמים על כרטיס אדי מאמינים שחתימתם משמעה מעין צוואה המבטאת את רצונם המפורש לתרום את איבריהם לאחר מותם, אך אינם מודעים לכך שהוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה דורשות את הסכמת המשפחה ומעוותות רצון זה. יצירת מנגנון של

331 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 105, פס' 5.1.

צוואה ביולוגית יאפשר ויצריך שיח פתוח על האפשרויות והמורכבויות הטמונות בכל אפיק פעולה, ויחזק את רצון הפרט.

בתחום תוצרי הגוף אין כיום מקבילה לכרטיס אדי. המונח "צוואה ביולוגית" נטבע בשנת 2001 על ידי ארגון "משפחה חדשה" בהקשר של תרומת תוצרי גוף מן המת. לפי מונח זה, לכל אדם עומדת האפשרות לקבוע מה לעשות בתוצרי גופו (זרע או ביצית) לאחר מותו באמצעות צוואה ביולוגית, שהיא צוואה לכל דבר ועניין, המתייחסת לרצונו של אדם להוריש ליקיריו את החומר הגנטי שלו שממנו ניתן להמשיך את חייו. הצוואה הביולוגית יונקת מהגישה הקניינית הרואה בזרע ובביצית "נכס" הניתן לבעלות ולהורשה,<sup>332</sup> אך יש בכוחה להפוך גם להון חברתי ככל שתשתכללנה הרשתות החברתיות התומכות בכך.

אף על פי שההצעה לא קיבלה הכרה רגולטורית, היא הוכרה על ידי בית המשפט לענייני משפחה במקרה שבו הותיר מנוח "צוואה ביולוגית".<sup>333</sup> השופטת גולדקורן אישרה את הצוואה הביולוגית ללא דיון של ממש בנוגע למשמעותה, בקובעה: "לאור נסיבות תיק זה ועמדת היועמ"ש לא מצאתי מקום להתייחס לסוגיה".<sup>334</sup>

עיגון חוקי של רעיון הצוואה הביולוגית יאפשר לפרט לתת ביטוי לרצונו בעודו בחייו לגבי הסוגיות השונות שעלו בדיון עד כה: האם הוא מתיר שימוש באיבריו ובתוצריהם לאחר מותו, תוך פירוט התייחסות/ה לרשימת האיברים והתוצרים שבהם מדובר, לרבות תוצרי גוף הנותרים אחריו, אם יש; איזו מידה של מעורבות יבקש לתת למשפחתו בקבלת החלטות הקשורות בכך, ולמי מבני המשפחה – או מכרי – יבקש להעניק קול יחידי או מכריע: לבן או לבת הזוג, להורים, לילדים, לחברה או למכרה; מה מידת האנונימיות שבה הוא או היא מעוניינים כלפי הנתרם או הנתרמת, וכדומה.

על החקיקה לייצר מסמך תבניתי שעליו ניתן להוסיף או לגרוע, וכן ליצור הליך חתימה שבמסגרתו יידונו הסוגיות השונות ואשר יבטיח הבנה והפנמה, בדומה לייפוי כוח מתמשך, בשינויים המתחייבים. עוד כדאי לייצר מנגנון להפקדת הצוואה הביולוגית כך שתהיה אליה גישה בעת הצורך. במקביל, יש להיזהר מפני הכבדה על התהליך שתיצור חסמים בפני החתימה. בדרך זו נקרב את שתי הזירות – זירת תרומת האיברים מן המת וזירת השימוש בתוצרים מן המת – זו לזו תוך יצירת איזון ראוי בין מכלול האינטרסים, הזכויות, הצרכים והמטרות החברתיות המעורבים בסוגיות מורכבות אלו. על המדינה להשקיע בפרסום אפשרות זו תוך הדגשת היתרונות הסולידריים וחיוק תודעת ההון החברתי בקרב כלל חברי הקהילה.

332 ראו "צוואה ביולוגית" משפחה חדשה <http://www.newfamily.org.il/services/biologic-will>.

333 תמ"ש (משפחה חד') 09-11-7930 פלונים נ' היועץ המשפטי (נבו 10.4.2011). פסק הדין עסק בבחור רווק בן 25 שנפטר ממחלת הסרטן, והותיר אחריו צוואה ברורה בכתב שברצונו שייעשה שימוש בזרעו לצורך הולדת ילדים לאחר מותו. הוריו הגישו בקשה לצו עשה וקיום הצוואה הביולוגית.

334 שם. ב"כ היועמ"ש הגיש את תגובתו לבית המשפט ולפיה "לא קיימת מניעה חוקית לאשר למבקשת את השימוש המבוקש בזרע המנוח. בין השאר, מאחר שמן הבקשה ומנספחיה עולה לכאורה כי המנוח הפקיד את זרעו בחייו, וציין מפורשות כי רצונו הוא שייעשה בו שימוש לאחר מותו, גם בדרך המבוקשת בבקשה שבפנינו".



## (2) מאגר תוצרי גוף מן המת

מנגנון שני שאנו מציעות הוא הקמת מאגר של תוצרי גוף – זרע, ביצית וביצית מופרית, בדומה לקיומו של מאגר איברי גוף. המאגר יכול לכלול שני סוגי תוצרי הגוף: כאלו שמראש ניטלו לצורכי תרומה, בדומה לבנקי הזרע או מחלקות פרויון המחזיקות בביציות לתרומה, וכאלו שייתרמו לטובת הכלל על ידי מי שעברו הליכי פוריות או שימור פוריות ונותרו בידם עודפי זרע, ביציות, או ביציות מופרות. המאגר יהווה כתובת לכל מי שזקוקים לתרומה ויכלול טופס העדפות מפורט שבמסגרתו תוצענה אפשרויות שימוש אחדות, כגון תרומה ללא/עם תמורה (פיצוי) לתורם/ת, שימוש בתשלום או ללא תשלום מצד הנתרם/ת, תרומה אנונימית או גלויה, תרומה המלווה או שאינה מלווה במעורבות המשפחה, וכן תרומה מיועדת לבן/בת משפחה קרובים, או תרומה לא מיועדת, לכל מי שזקוק או זקוקה לכך. מאגר זה עשוי לתת גם מענה מסוים לעודפי התוצרים המוקפאים (לרבות ביציות מופרות) הנשמרים כיום ללא דורש או פתרון.<sup>335</sup>

להצעה זו ישנה השפעה גם ברמה המשפחתית וגם ברמה החברתית-מדינתית. במהלך המאמר ביקשנו להראות שזירת תרומת תוצרי הגוף אינה צריכה להיות תחומה סביב רעיון ההמשכיות הגנטית בלבד, אלא יש לה היבטים מורכבים של המשכיות אישית, משפחתית וחברתית. ברמה המשפחתית, אם כן, נבקש להציע כי כפי שבני משפחה של תורמי איבר מתנחמים בדיעה שאיברי יקיריהם יצילו או ישפרו את חייו של האחר,<sup>336</sup> כך גם יש מקום לטפח חשיבה של ערבות הדדית בקרב משפחות התורם/ת שיתנחמו בכך שתרומת תוצרי הגוף של הנפטר/ת יביאו מזור ונחמה למי שלא הצליחו להביא ילדים לעולם. בשניהם התרומה עשויה לספק משמעות למוות דרך המשכיות הגנטית והסיוע לאחר.<sup>337</sup> פיתוח האפשרות של תרומת תוצרי גוף פתוחה, לא מיועדת אך גם לא אנונימית, מהווה אפשרות אחרת להמשכיות גנטית, כזו שאינה מלווה במשא הכבד הקיים בתרומה לנתרם/ת מסוים/ת, המוטל הן על הנתרם/ת והן על משפחת הנפטר/ת.<sup>338</sup> הקמת מאגר תורמי תוצרים מן המת מחזקת את התפישה שתוצרי גוף אינם קניין והחברה כולה מרוויחה ממדיניות ביו-אתית קוהרנטית המבטאת ערכים של הדדיות מוכללת, ערבות הדדית וסולידריות בין המעוניינים לתרום והזקוקים לתרומה של זרע או ביצית לצורכי פרויון, המגבירות בתורן את האמון.<sup>339</sup>

## סיכום

מערכות הרפואה והמשפט בעולם וכישראל מתמודדות זה שנים רבות עם סוגיות משפטיות, רפואיות, חברתיות, תרבותיות ואתיות בתחום תרומות האיברים מן המת. בעשורים האחרונים נכנסה זירה נוספת לשיח המשפטי והרפואי – זירת תרומת תוצרי גוף מן המת,

335 רועי גילבר וסיון תמיר השמדה, תרומה למחקר או תרומה לצורך הולדה? עמדות מטופלות ומטופלים לגבי עוברים עודפים מטיפולי IVF בישראל (מכון ון ליר 2022).

336 Hodson & Parker, לעיל ה"ש 108, בעמ' 491.

337 Angelique Ralph et al., *Family Perspectives on Deceased Organ Donation: Thematic Synthesis of Qualitative Studies*, 14 Am. J. Transplant 923 (2014).

338 Hodson & Parker, לעיל ה"ש 108, בעמ' 491.

339 שם.

הכוללת בקשות לנטילה ולשימוש בזרע מוקפא מן המת, וכן בקשות להקפאת ביציות או מימוש של ביציות מופרות של נשים שנפטרו. בקשות אלו הן תולדה ישירה של הטכנולוגיה הרפואית המתקדמת, שאפשרה לדמיון להפוך למציאות. במשא ומתן החברתי בשאלות אלה לוקחים חלק סוכנים חברתיים שונים – אנשי רפואה, משפט, אתיקנים ופילוסופים, אנשי תקשורת, בני משפחה הנפטרים ואף הנפטרים עצמם.<sup>340</sup> בניסיון למצוא שיח משותף בין הזירות הנחקרות, הן של תרומת האיברים והן של תרומת התוצרים, בחנו כל אחת מהן בנפרד ולאחר מכן יחדיו, דרך נקודת המבט של המשכיות, הון חברתי, רצון הפרט, מעמד המשפחה ואינטרס המדינה.

מערכות היחסים של הפרט, המשפחה והמדינה מעצבות את עולמות תרומת איברי הגוף ותוצרי הגוף. ראינו שמערכות יחסים אלו אינן נמצאות באיזון מיטבי כיום, והרגולציה של תחומים אלה לוקה בחסר. מאמר זה מציע כי על המשפט והאתיקה לאמץ חשיבה חדשה על המוות כהמשכיות – אישית, משפחתית, וחברתית – ולא כסופיות, חשיבה אשר תסייע בהסדרה של התחום ובישיוני מערך הרצונות והמוטיבציות של השחקנים בזירות השונות. הניתוח המשולב של משולש היחסים הוביל אותנו להבנה שעל הפרט להיות, מחד גיסא, בעל הכוח לקבל החלטות ולממשן גם לאחר מותו, ומנגד – סולידרי וקהילתי יותר ונכון יותר לתרומה, הן בפועלו כפרט והן בפועלו כבן משפחה המתבקש להסכים לתרומה. על מנת "להחיות" את רצון הפרט, תוך הכרה בחשיבות המשפחה ובקידומו של האינטרס הציבורי. מכל האמור, עלה הצורך בשינוי שיחני המבוסס על הבנה אחרת של המוטיבציה לתרומה – ממתנת חיים להון חברתי.

מושג ההון החברתי מאפשר להרחיב את המבט מעבר למטפורת המתנה אל מגוון רחב של גורמים ושיקולים גם בזירת האיברים וגם בזירת התוצרים. הוא מדגיש את הצורך בשינוי פנימי עמוק של התרבות המוסרית ותחושת השייכות הקהילתית, כזה שירחיב את נכונות בני הקהילה לתרום את איבריהם לאחר מותם מתוך אינטרס הדדי משותף, ואף לתרום תוצרי גוף עודפים מתוך תפיסת המשכיות אישית, משפחתית וחברתית.<sup>341</sup> כל המהלכים המוצעים במאמר זה, התאורטיים והרגולטוריים, יסייעו לדעתנו בעידוד הנכונות לתרומה, בהגנה על תורמים פוטנציאליים, בשימוש אתי בטכנולוגיות רפואיות חדשניות ובסופו של דבר – בהארכת חיים, בהצלת חיים וביצירת חיים.

340 ראו כץ, לעיל ה"ש 17, בעמ' 3.

341 Kaufman & Morgan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 329.

