

## על החיים ועל המ(וו)ת: לקראת מודל חדש להסדרת שימוש בזרע המת לשם הולדה\*

מאת

נופר יעקובי גן-אור\*\* ושחר ליפשיץ\*\*\*

### תקציר

שני עשורים חלפו מאז החלה להתבסס בישראל הולדה לאחר המוות, פרקטיקה המצויה במרכזו של שיח משפטי וציבורי ער. על רקע עלייה בשכיחותן של בקשות לשימוש בזרע המת, בייחוד מצד הורים שכולים, התגבשה בבתי המשפט עמדה הגורסת כי כיבוד רצון המת הוא הערך המרכזי ואף המכריע בבקשות מסוג זה. כפועל יוצא נסב הדיון הפסיקתי בסוגיה בעיקרו סביב השאלה אם הולדה לאחר המוות עולה בקנה אחד עם רצון המנוח. מטרת מאמר זה היא לעמוד על הקשיים שגישה זו מעוררת, ולהטיל ספק בתקפותה מנקודת מבט דסקריפטיבית ונורמטיבית. במרכזו עומד ניתוח משולב של מעמדן של זכויות לאחר המוות, ובפרט הזכות להורות והזכות להמשכיות שמהן מבקשים להיבנות מי שטוענים לפרקטיקה. המאמר מפתח טיעון שלפיו רצון הנפטר לצאצאים לאחר מותו – המפורש או המשוער – אינו מגובה בזכות משפטית המצדיקה את מימושו בהיעדר נטילת אחריות הורית ומעורבות פעילה בחיי הצאצאים העתידיים. חלף גישה זו, המאמר מציע כי הצדקות לפרקטיקה יימצאו דווקא בקרב החיים – בדמות אינטרסים וזכויות כבדי משקל כגון זכותן להורות של בנות זוג ושל נשים המבקשות להרות מזרעו של המנוח במסגרת תרומת זרע שאינה אנונימית. על רקע תאורטי זה המאמר מציע מודל אופרטיבי חדש להכרעות בבקשות להולדה לאחר המוות, המתמקד במעמדן של אימהות מיועדות ובצורך להבטיח את שמכותן ההורית ואת האוטונומיה של התא המשפחתי שהן מבקשות להקים בחסות פרקטיקה זו.

- 
- \* תודותינו נתונות לרו רחמני ולאלישבע סיני-דהן על הסיוע המצוין במחקר. אנחנו מודים גם לחברי מערכת "עיוני משפט" – יוסף סלאמה, יובל סמט ושני שטילר ולעורכת נטע צ'חנובסקי, על הארות ועל הערות מועילות.
- \*\* עמיתת פוסט-דוקטורט, מרכז אהרן ברק למחקר משפטי בינתחומי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. הכותבת מבקשת להודות לפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, למלגת קרן דרייפוס ולקרן הלאומית למדע על תמיכתן הנדיבה במהלך כתיבת המאמר.
- \*\*\* פרופסור מן המניין וראש מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן.

596	מבוא
600	א. בין חזון למציאות
600	1. הוראות מחייבות
602	2. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
603	(א) העמדה הנורמטיבית
607	(ב) תאוריית הרצון המשוער
609	3. פסיקה
610	(א) בנות זוג
611	(ב) הורים (נפטר ללא בת זוג)
613	(ג) הורים (נפטר עם בת זוג)
619	4. מבט השוואתי
622	5. סיכום ביניים
623	ב. זכויות המת להורות או להמשכיות – מבט ביקורתי
624	1. רקע אנליטי
627	2. רצון המת להביא ילדים לעולם לאחר מותו
627	(א) "הזכות" להורות לאחר המוות בראי אתיקת ההורות
635	(ב) "הזכות" להמשכיות
639	3. רצון המת שלא להביא ילדים לאחר מותו
644	ג. זכויות החיים – מבט חדש
644	1. בנות זוג – הזכות להורות משותפת
651	2. הורי המת – זכויות סבים והאינטרס בהמשכיות
654	3. אימהות מיועדות – הזכות להורות מתורם זרע שזהותו ידועה
660	ד. המלצות אופרטיביות
660	1. תרומת זרע לא־אנונימית מן המת
662	2. שימוש בזרע המת בידי בת הזוג
664	סיכום
665	אחרית דבר

## מבוא

שני עשורים חלפו מאז פורסמו בשנת 2003 הנחיות שעניינן "נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו".<sup>1</sup> ההנחיות נקבעו על רקע פניות כודדות שנעשו באותה עת לכתי משפט מצד בנות זוג בבקשה להשתמש בזרע של בני זוגן לאחר מותם.<sup>2</sup> באמצען את העמדה שלפיה

1 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו" 1 (27.10.2003) (להלן: הנחיות היועץ"ש).

2 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 (להלן: עניין שירותים רפואיים בינלאומיים).

בהיעדר אינדיקציה להתנגדות הנפטר לשימוש בזרעו לאחר מותו וכאשר בת הזוג מעוניינת בהולדת ילד מזרעו "ראוי יהיה להתיר לה שימוש זה"<sup>3</sup> סללו ההנחיות את הדרך להתבססותה של פרקטיקת ההולדה לאחר המוות בישראל (להלן גם: הפרקטיקה). פרקטיקה זו שבתה לא אחת גם את השיח הציבורי בישראל בשל היותה פרקטיקת פריון חדשה יחסית, המערבת אובדן ושכול והמצוייה בהצטלבות שבין חיים ומוות.<sup>4</sup> ההד התקשורתית שלו זוכה התופעה אף הוביל להתגייסות המחוקק בדמות כמה הצעות חוק שעלו לאורך השנים להסדרת הפרקטיקה; האחרונה שבהן, הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023, אף אושרה בקריאה טרומית.<sup>5</sup>

אלא שלאורך השנים, במקום בנות זוג ואלמנות אשר ביקשו לממש את "שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם",<sup>6</sup> במרבית המקרים היו אלה הורים שכולים שפנו לבתי המשפט בבקשה להביא נכדה לעולם מזרעו של בנם, בדרך כלל באמצעות התקשרות עם אם מיועדת שהבן לא הכיר בחייו.<sup>7</sup> לצד הפער המעשי בין המקרים שחזו ההנחיות לבין המציאות של הולדה לאחר המוות בישראל, החל אט אט להיווצר גם פער תאורטי בין המסגרת הנורמטיבית שבהנחיות לבין זו הרווחת בפסיקת בתי המשפט. בפרט, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה רצון המת הוא גורם אחד מתוך "מכלול" גורמים שיש לשקול בבקשות מסוג זה, לרבות אינטרסים וזכויות של בת הזוג וכן אינטרסים ציבוריים.<sup>8</sup> לעומת זאת, מאז שפורסמו ההנחיות הפך כיבוד רצון המת לשיקול המכריע בבקשות מסוג זה, כביטוי לאוטונומיה שלו או לזכותו לכבודו ולהמשכיות גנטית בעולם. כפועל יוצא נסב

3 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

4 ראו למשל, דינה חלון "נכדתה נולדה מזרע בנה והוכרה כיתומת צה"ל: 'גרמו לי עוול כשניסו לטעון שאני רודפת בצע'" **לאישה** (7.5.2023). <https://www.ynet.co.il/laisha/article/> byk11a0eeh; יהודית מיילס "הורות לאחר המוות: באילו מקרים ניתן לקבל 'תרומת זרע' ממת?" **הארץ** (30.8.2021). <https://www.haaretz.co.il/family/judithmeisels/2021-08-30/> ty-article/0000017f-f8e0-d47e-a37f-f9f6ffdc0000/il.co.ynet.www/:https (18.3.2022) ynet "ילד למדינה, היא גם זו שמחליטה על הזרע שלו" ynet (23.1.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340/articles/il.co.ynet.www/:https> (23.1.2017) ynet "שאל אדם שנפטר ynet (4.4.2005) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3067772,00.html> זרע מהמת: לטיפולכם בכנסת, כשש אחרי המלחמה" ynet (12.11.2023) <https://www.ynet.co.il/health/article/byq5hmf7p>

5 הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023, פ/2867/25 (להלן: הצעת חוק שימוש בזרע).

6 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

7 לרשימה של פסקי הדין שעסקו בבקשות מסוג זה, ראו Yael Hashiloni-Dolev & Zvi Triger, *The Invention of the Extended Family of Choice: The Rise and Fall (To Date) of Posthumous Grandparenthood in Israel*, 39 *NEW GENETICS & SOC'Y* 250 (2020).

8 ראו הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8.

הדיון הפסיקטי בבקשות לשימוש בזרע המת כמעט בלעדית סביב השאלה, אם בנסיבות המקרה הספציפיות הולדה לאחר המוות עולה בקנה אחד עם רצון המנוח אם לאו.<sup>9</sup> מטרת מאמר זה היא לעמוד על הקשיים שגישה זו מעוררת, להטיל ספק בתקפותה מנקודת מבט דסקריפטיבית ונורמטיבית, ולהציע תחתיה מודל חדש להכרעה בבקשות להולדה לאחר המוות. בבסיס המאמר עומד ניתוח משולב של מעמדן של זכויות לאחר המוות ובפרט הזכות להורות והזכות להמשכיות, אשר ממנו עולה כי לנפטר יש זכות שלא יהיה שימוש בזרעו לצורך הולדה ללא הסכמתו המפורשת או המשווערת. לעומת זאת, רצון הנפטר לצאצאים לאחר מותו – המפורש או המשווער – אינו מגובה בזכות משפטית שעליה אפשר לבסס הולדה לאחר המוות. הטעם לכך הוא שפרשנות ראויה של זכויות אלה – הן עבור החיים והן עבור המתים – דורשת קבלת אחריות הורית ומעורבות פעילה בחיי הצאצאים העתידיים כתנאי להכרה בה.<sup>10</sup>

עם זאת מסקנתנו שלפיה אין למת זכויות או אינטרסים המהווים כשלעצמם הצדקה מספקת לפרקטיקה אין בה כדי לסתום עליה את הגולל. חלף הגישה המבקשת לבסס הולדה לאחר המוות על זכויות המתים, מאמר זה מציע כי ההצדקות לפרקטיקה בדמות אינטרסים וזכויות כבדי משקל יימצאו דווקא בקרב החיים, ובייחוד בזכותה של בת הזוג של המנוח ושל אישה זרה לו המבקשת להרות מזרעו. אינטואיציה דומה בדבר הצורך לתור אחר הצדקות נוספות – מעבר לרצון המת – אפשר לאתר בפסיקת בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין בע"מ 7141/15, מפסקי הדין התקדימיים שניתנו בסוגיה מאז החלה לרווח.<sup>11</sup> מודל זה אומנם לא פותח בפסק הדין או זכה לתמיכת רוב השופטים,<sup>12</sup> אולם הוא משקף לגישתנו תפיסה ראויה, המתמקדת בזכויות ובאינטרסים של החיים שניתן לממשם באמצעות הפרקטיקה. ברוח זו, מאמר זה טוען לראשונה כי עיגון לזכותה של בת הזוג בהליך יש למצוא בזכות להורות משותפת, המתקיימת גם לאחר מות המנוח. תרומה נוספת של המאמר היא בדיון בזכויות של נשים שהן זרות למנוח המבקשות להשתמש בזרעו, אשר למרות חלקן המהותי בהליך טרם זכו להתייחסות הפסיקה והספרות בסוגיה. נציע להבין את מעמדן בהקשר זה בתור מי שמבקשות לממש את זכותן להורות באמצעות תרומת זרע ידועה, כמו גם את היתרונות שביצירת "נתיב רבייה" מסוג זה על רקע התפתחות השיח סביב הזכות של צאצאים לזהות ולשורשים. מאמר זה אף פותר את האמביוולנטיות השוררת סביב מעמדן של הורי המת, בהבהירו כי אין להם זכות עצמאית המאפשרת להם לתבוע שימוש בזרעו של בנם.

המאמר ממשיך בארבעה פרקים. פרק א מבקר את המצב המשפטי הקיים באשר להולדה לאחר המוות. מטרתו להראות כיצד הדיון המשפטי בפרקטיקה רודד לשאלה הראייתית סביב רצון המת, ולהצביע על הקשיים שהתפתחות זו מעוררת. ראשית, ישנו פער בין הרטוריקה הרווחת בפסיקה, המדגישה את החשיבות של רצון המת כערך עליון שעל בסיסו יש להכריע בבקשות להולדה לאחר המוות, לבין הפרקטיקה אשר במסגרתה ניתנת האפשרות להשתמש בזרע גם במקרים שהמבקשים לא הניחו תשתית ראייתית מספקת שממנה אפשר ללמוד על

9 ראו להלן פרק א.

10 ראו להלן פרק ב.2.

11 בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (נבו 22.12.2016) (להלן: עניין בע"מ 7141/15).

12 ראו להלן פרק א.3(ג).

רצון מפורש או משוער של המנוח. שנית, הגישה הממוקדת ברצון הנפטר אינה מבחינה נורמטיבית בין התרחישים השונים שבהם מבוקש שימוש בזרעו של הנפטר. עולה מכך, כי ההתמקדות בשאלה הראייתית בדבר רצון המנוח מתעלמת מהצורך לדון ואף להכריע בשאלה, אילו אינטרסים וזכויות עומדים להורי המנוח או לצדדים שלישיים נוספים המצדיקים שימוש בזרע המנוח בכל תרחיש.

פרק ב מטרתו לערער על העמדה הנורמטיבית העומדת בבסיס הדיון הפסיקטי והאקדמי, שלפיה רצון המת מהווה הצדקה לשימוש בזרעו לצורך הבאת ילדים לעולם. מרבית הביקורות שהושמעו עד היום כלפי פרקטיקה זו התמקדו בהנחות האמפיריות והאידיאולוגיות שבבסיס תאוריית הרצון המשוער, אשר בגינן בתי המשפט מאפשרים להשתמש בזרע המת בהיעדר ראיות מפורשות בנוגע לרצונו.<sup>13</sup> אולם שאלה מקדמית שטרם זכתה לבידור היא אם רצון המת – גם אם הוכח – מהווה צידוק נורמטיבי מספק ליצירת האפשרות החוקית להביא ילדים לעולם לאחר המוות. פרק זה נוטל על עצמו משימה זו, ומעמיד לבחינה את העמדה שלפיה עקרונות משפטיים בדבר המצווה לקיים את רצון המת, כמו גם זכות המת לכבוד, מקימים זכות להביא ילדים לעולם לאחר המוות. בחינה זו נערכת על רקע מתווה אנליטי אשר פותח בספרות המחקר לצורך הכרעה בשאלה אילו – אם בכלל – רצונות, ציפיות או אינטרסים יש לכבד לאחר המוות, ויישומו על המקרה הפרטי של הזכות להביא ילדים לעולם, כהיבט אחד של הזכות להורות במשפט הישראלי. דיוננו מוביל למסקנה שלפיה אין להכיר בזכות המת להביא ילדים לעולם בשל היעדרם של רכיבים מרכזיים לחוויית ההורות, בפרט היכולת לשאת באחריות הורית ולהעניק טיפול ודאגה לילדה העתידי, באופן השולל את אחת ההצדקות המרכזיות להכרה בה מלכתחילה. פרק זה גם מערער על תקפותן של המשגות קרובות נוספות של זכות המת, כאמצעי למימוש הזכות או האינטרס "בהמשכות"; המשגות אלו מקדמות לגישתנו תפיסה אינסטרומנטלית, הרואה בילדים אמצעי בלבד למימוש רצונות וצרכים של הוריהם באופן החותר גם הוא תחת אתיקת ההורות. פרק ג תר אחר הצדקות לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות במסגרת זכויות, אינטרסים וערכים חברתיים של בנות זוג, של הורי המת ושל אימהות מיועדות. בניגוד לעמדה שלפיה מעמדה המיוחד של בת הזוג ניתן לה אך בשל יכולתה להעיד על רצון המנוח, פרק זה יבסס את זכותה להורות משותפת עם המת, זכות שעל פי ניתוחנו יש לה קיום גם לאחר מותו של המנוח בהינתן המשך קיומה של היחידה המשפחתית ו"פרויקט הרבייה" שהחל עם הקמתה. לעומת זאת נטען, כי מנקודת המבט של הדין המצוי והרצוי אין להורי הנפטר זכות שבאמצעותה ניתן להצדיק את הפרקטיקה, על אף היתרונות הגלומים באפשרות להביא נכד לעולם לרווחתם, על רקע של התמודדות עם אובדן, בשל יכולתה של הפרקטיקה לשמר קשר עם המנוח בעולם לאחר מותו. פרק זה גם כולל דיון בזכויותיהן של אימהות מיועדות המבקשות להשתמש בזרע המת בנסיבות של תרומת זרע מתורם שזהותו ידועה, וביתרונות

13 לביקורת על מודל הרצון המשוער, המבקשת לחשוף את ההנחות המגדריות והפטריארכליות באשר לאימהות ולאבהות העומדות בבסיס הפרקטיקה, ראו למשל יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרו־נטילים ומיתוס המשכות הזרע" עיוני משפט לט 661 (2016). כן ראו קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האימהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521 (2019).

הפרקטיקה עבור ילדים עתידיים. מסקנתנו היא שהולדה לאחר המוות מגשימה את זכותן של אימהות מיועדות ואת האינטרס העתידי של הילדים בהתחקות אחר הוריהם. פרק ד חותם את המאמר באמצעות המלצות אופרטיביות המבוססות על המסקנות הנורמטיביות של המאמר בנוגע לזכויות המת – והחיים. הוא מציע מודל שלפיו הולדה לאחר המוות תתאפשר בשני תרחישים מרכזיים – במסגרת תרומת זרע מהנפטר ולבקשת בת זוגו, תוך אימוץ עקרונות פעולה דומים אך לא זהים באשר לכל אחד מהתרחישים, המשקפים איזון ראוי בין הזכויות של כלל הצדדים להליך והמציאות המעשית של הולדה לאחר המוות בישראל.

## א. בין חזון למציאות

פרק זה עורך סקירה ביקורתית של המסגרת הנורמטיבית החולשת על הולדה לאחר המוות בישראל. הסעיף הראשון מתמקד בהוראות מחייבות הנוגעות להיבטים שונים של הפרקטיקה, אשר ברובה אינה מוסדרת בחוק. הסעיף השני עוסק בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המהוות נקודת מוצא למרבית ההכרעות בסוגיה שהתקבלו לאורך השנים בבתי המשפט בישראל. הסעיף השלישי סוקר את המלצות ועדת מור יוסף בסוגיה. הסעיף הרביעי דן בפסיקת בתי המשפט תוך חלוקה לשני סוגים של תרחישים – אחד המערב בקשות להולדה לאחר המוות מצד בנות זוג של הנפטר, והאחר הכולל מקרים שבהם המבקשים הם הורים שכולים המבקשים להביא נכד לעולם מזרעו של בנם, בדרך כלל באמצעות התקשרות עם אם מיועדת אשר הבן לא הכיר בחייו. הסעיף החמישי מספק סקירה השוואתית קצרה, שמטרתה למקם את הגישה הישראלית ביחס לגישות אחרות שננקטו להסדרה של הפרקטיקה במדינות כגון ארצות הברית, אנגליה וגרמניה. הסעיף האחרון מסכם את התמונה הנורמטיבית הקיימת, ובכלל זה הפער שבין ההלכה למעשה בפסיקת בתי המשפט והקשיים שפער זה מעורר.

### 1. הוראות מחייבות

תקנה 3 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979<sup>14</sup> קובעת, כי הזרעה מלאכותית יכול שתיעשה רק מזרע שמקורו בבנק זרע. לפיכך, אדם המעוניין כי יהיה בזרעו שימוש מסוג זה בעודו בחיים או לאחר מותו חייב להפקיד את זרעו בבנק זרע. המשמעות המעשית של הוראה זו לאורך השנים הייתה כי בנקי זרע, המצויים לרוב בתוך בתי חולים, היו הראשונים להתעמת עם בקשות לשימוש בזרע הנפטר בידי קרובי משפחתו. מסיבה זו הם גם צד רשמי להליך במרבית הפסיקות בסוגיה, הגם שאינם מביעים את עמדתם וככלל מותירים את ההכרעה לשיקול בית המשפט.<sup>15</sup> מלבד התקנות ישנו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 20/07 מיום 8.11.2007 בנושא "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (להלן: חוזר המנכ"ל). לפי החוזר, במקרה של פטירה ובחלוף שנה ממועדה מותר להשמיד את מנות הזרע שהפקיד הנפטר בחייו במסגרת טיפולים רפואיים או כל סיבה אחרת, אלא אם בת זוגו ביקשה להמשיך לשמור את הזרע ובכפוף לרצון המפקיד כפי שהובע במעמד

14 תק' 3 לתקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979, ק"ת 1448.

15 ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 14-06-14217-06 משפחה חדשה נ' בית החולים "הרסה עין כרם" (נבו 15.4.2015).

השמירה.<sup>16</sup> עוד מורות ההנחיות כי ניתן להשתמש בזרע לצורכי טיפול בכת זוגו של הנפטר, לפי תנאי הסכמתו של הנפטר (כפי שניתנה בחייו), רק בתום שישה חודשים ממועד הפטירה. סעיף רלוונטי נוסף בחזון זה נוגע להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אשר יידונו להלן, הקובע כי ההנחיות הן חלק מהחזון ככל הנוגע להפקת זרע מן המת.<sup>17</sup>

בניגוד לשימוש בזרע של המת, אשר למעט שתי ההוראות הללו אינו מוסדר בהוראות חוק מחייבות, הרי בנוגע לשימוש בביצית של נפטרת דווקא אפשר למצוא הוראות מפורשות.<sup>18</sup> תקנה 10(א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987 קובעת, כי בביצית שניטלת מאישה נשואה שנפטרה לא יהיה שימוש. לעומת זאת, תקנה 10(ד) קובעת שביצית, לרבות ביצית שניטלה מאישה פנויה טרם פטירתה, לא תישתל באישה אחרת אלא אם כן נתנה האישה את הסכמתה בכתב ובנוכחות רופא.<sup>19</sup>

הגם שמדובר בפרקטיקה שכיחה הרבה פחות, בשנתיים האחרונות נרשמו כמה פסקי דין העוסקים בתרחישים שונים שבהם מבוקש להשתמש בביצית של נפטרת, שבהם נדרשו בתי המשפט ליישם את המסגרת המתוארת לעיל. כך למשל, במקרה שנדון לאחרונה התבקש בית המשפט לאשר לאישה להתעבר מביצית של בת דודתה שנפטרה מסרטן בגיל 19. בית המשפט דחה את הבקשה בנמקו כי הדבר מנוגד להוראות החוק שנסקרו לעיל, מאחר שהמבקשת אינה סובלת מבעיה רפואית המונעת ממנה להתעבר מביציותיה שלה.<sup>20</sup> לעומת זאת, במקרה אחר התיר בית המשפט לבן זוגה של אישה שנפטרה מסרטן בטרם עלה בידה להביא ילדים לעולם להשתמש בביציותיה שהוקפאו לפני מותה במסגרת הליך שימור פוריות.<sup>21</sup> במקרה זה בית המשפט עמד הממצא, כי המנוחה הביעה במפורש את רצונה שיהיה שימוש בביציותיה לאחר מותה בפני אביה, בן זוגה והרופא המטפל, הגם שלא ניתן לכך ביטוי בכתב ובנוכחות רופא כנדרש בתקנות.<sup>22</sup> לאחרונה גם הוגשה לבג"ץ עתירה שעניינה רצונם של הורים לתרום את ביציותיה המוקפאות של בתם לאחר מותה, מבלי שהיא נתנה את הסכמתה לכך בכתב. המדינה התנגדה לבקשה, אולם לבסוף הביעה את עמדתה שלפיה יהיה אפשר לוותר על דרישת הכתב "אם יוכח רצונה של המנוחה... לתרום את ביציותיה לאחר מותה".<sup>23</sup> בית המשפט הפנה את הצדדים לבית המשפט לענייני משפחה במטרה שהוא יכריע בשאלה זו בהתבסס על התשתית העובדתית שכבר הונחה במסגרת העתירה. במסגרת

16 חזון מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חזון המנכ"ל).

17 שם, בס' 30.

18 אפשרות זו היא שכיחה פחות, בין היתר בשל הקושי המעשי לשאוב ביציות לאחר מות האישה.

19 ס' 10(ד) 14(ג) (2) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987.

20 עמ"ש (מחוזי מ"ר) 20-09-8293 מ"ר נ' מרכז הרפואי ע"ש רבין (נבו) 4.7.2022. הערעור שהוגש על פסק הדין לבית המשפט העליון נדחה אף הוא בשל היעדר ראיות המעידות על רצון המנוחה כי יהיה שימוש בביציותיה לאחר מותה על דרך הפרייתן בזרעו של המבקש והשתלתן ברחמה של המבקשת. ראו בע"מ 5984/22 פלונית נ' המרכז הרפואי רבין (נבו) 5.2.2023.

21 תמ"ש (משפחה ת"א) 22-11-15949 פלוני נ' פרקליטות מחוז תל אביב אזרחי (נבו) 25.6.2023. שם, בפס' 30-31.

23 בג"ץ 3582/23 שורץ רוזנבוים נ' שר הבריאות (נבו) 16.7.2023.

ההליך גם התברר כי משרד הבריאות בוחן את האפשרות לערוך שינוי בטופס ההסכמה להקפאת ביציות, כך שיכלול התייחסות לשאלה בדבר השימוש בביציות במקרה של מוות. מרבית הדיון שנערוך להלן עוסק בשימוש בזרע של נפטר, לאור שכיחותה של התופעה וגוף הפסיקה העשיר שהתפתח בעקבותיה. אולם אנו סבורים כי המודל המוצע במאמר זה רלוונטי גם לשימוש בביצית של נפטרת, לרבות ההמלצות האופרטיביות, אשר עולות במידה מסוימת בקנה אחד עם המסגרת הנורמטיבית הקיימת בנוגע לביציות.

## 2. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

ראשית הדרך בהתפתחות הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות בישראל הייתה בפניות בודדות שנעשו לבתי משפט מצד בנות זוג בבקשה להשתמש בזרע המנוח.<sup>24</sup> כך למשל, בפסק דין שניתן בשנת 1996 עתרה אלמנתו של חולה שנפטר ממחלת הסרטן לקבל זרע שמסר המנוח להקפאה לפני מותו חרף התנגדותו של אבי המנוח.<sup>25</sup> בפסק דין קצר יחסית לסוגיות האתיות והמשפטיות שהבקשה מעוררת קבע בית המשפט, כי "ניתן ללמוד מעצם מתן הזרע על ידי המנוח, שעה שלקה במחלה קשה... כי ראה לנגד עיניו את האפשרות כי הזרע המוקפא ישמש להפרייה, כאשר הוא עצמו לא יהיה יותר בין החיים"; בנסיבות העניין די בהסכמה משתמעת זו כדי לראות את המנוח כמי שהסכים לשימוש בזרע בידי המבקשת.<sup>26</sup> פניות אלה ואחרות<sup>27</sup> הציפו את הצורך במתווה פעולה עבור כל המעורבים בהליך, ובכלל זה בנקי זרע, בתי חולים ובתי משפט. בתום שורה של דיונים שנערכו ביוזמתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, גיבשה המדינה מסמך הנחיות שעניינן נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו.<sup>28</sup> ההנחיות, שפורסמו ביום 27 באוקטובר 2003, נועדו "ליצור כללים מנחים וברורים ואחידים במקרים העשויים להתעורר בעתיד".<sup>29</sup> על אף מעמדן הנורמטיבי הנמוך יחסית בהשוואה לחקיקה פרטנית, מאז פורסמו ההנחיות הן

24 איתי אפטר ונורית ענבל מדווחים כי עד לשנת 2004 נרשמו כ־15–20 פניות, וכי כיום מספר זה ודאי גדול יותר, אולם אין נתונים מדויקים המורים בכמה. ראו איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א' 11 (2004).

25 עניין שירותים רפואיים בינלאומיים, לעיל ה"ש 2.

26 שם, בפס' 6.

27 פסק דין נוסף, שלא פורסם, כלל נסיבות עובדתיות דומות. גם שם התיר בית המשפט לבת הזוג להשתמש בזרע הנפטר אשר הוקפא לצורך שימור פוריותו של המנוח משחלה בסרטן, לכשתתפוץ בכך. ראו ה"פ (מחוזי חי') 429/96 פלוני נ' בנק הזרע שלידי בית החולים רמב"ם (לא פורסם), מתוך יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" מאוני משפט ד 463, 483 (2005). עוד ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 10440/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), שם, בעמ' 483–484 (להלן: עניין פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה).

28 הנחיות היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7–10.

29 שם, בעמ' 1.



מהוות נקודת מוצא נורמטיבית במרבית ההכרעות של בתי משפט בסוגיה, הגם שאין בהן כדי לכבול את שיקול דעתם.<sup>30</sup>

#### (א) העמדה הנורמטיבית

ההנחיות מניחות כנקודת מוצא נורמטיבית את חשיבותו של נושא ההולדה כנושא מהותי בחברה הישראלית ובמורשת היהודית, כמו גם את הנושא של הנצחת זכר המת ושימורו באמצעות העמדת צאצאים ויורשים. לשיטת מנסחי ההנחיות, נושאים אלה מוצאים ביטוי בסיפורי האבות בספר בראשית הנסכים על כמיהתם "לזרע ופרי בטן", בדיני הייבום וכן במצוות פרו ורבו.<sup>31</sup> יתרה מזאת, לפי ההנחיות בחברה הישראלית "כאשר זוג – איש ואישה, חיים ביחד ומקימים תא משפחתי, אזי ההליך הטבעי והמקובל... הוא שבשלב מסוים הם מביאים ילד לעולם".<sup>32</sup>

ההתייחסות למורשת היהודית בהקשר זה של רבייה ובכלל אינה חפה מקשיים. הגם שדיון מקיף בתפיסות הפטריארכליות העומדות ביסודן של פרקטיקות פריון וההסדרה שלהן הוא מעבר להיקפו של המאמר הנוכחי, ההסתמכות על מסורת יהודית ועל הנחות ממוגדרות באשר לתפקיד ההורי נתונה לביקורת אקדמית ערה עוד מראשית ימיה של הפרקטיקה, המטילה ספק במידת תקפותן.<sup>33</sup> בבסיס דיני הייבום, למשל, עומדות תפיסות מהותניות, המצמצמות נשים לפונקציית הרבייה שלהן ואת שאיפות הרבייה של גברים להנצחת זרעם; גם ההסתמכות על מצוות "פרו ורבו" בהקשר זה מניחה כי אבהות היא זהות המתמצה בקיומו של קשר גנטי בין ההורה לילדה ואינה טומנת בחובה רכיב של טיפול ושל דאגה,

30 לעניין מעמדן של הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ראו בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד (נו 910, 900 (6) 2002); בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים, פ"ס ה לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 14.1.2007). עבור מערכת הבריאות, לעומת זאת, ההנחיות משמשות נורמה מחייבת לאחר שאומצו במפורש בס' 30 לחוזר המנכ"ל, לעיל ה"ש 16.

31 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2. ההתייחסות למורשת היהודית בכלל ולהנצחת המת בפרט ישנה גם בספרות המשפטית המאוחרת, ראו למשל עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפרק ג לפסק הדין של השופט מלצר. כן ראו את חוות דעתו של אביעד הכהן, שהוגשה במסגרת תמ"ש (משפחה פ"ת) 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ס 85-92 (נבו 27.9.2016).

32 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 2.

33 ראו למשל כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" רפואה ומשפט 27, 96 (2002). כן ראו קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521 (2019) Nofar Yakovi Gan-Or, *Men, Fatherhood, and the Regulation of Assisted Reproduction in Israel*, 36 INT'L J. L. POL'Y & FAM. 1, 1-24 (2022). לעמדה מנוגדת, ראו את דבריו של אסא כשר, הסבור שבנוגע לגברים החוויה ההורית מתמצית בהבאת המטען הגנטי: משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל 48 (2012) www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf (להלן: דוח ועדת מור יוסף).

ואילו אימהות נסבה סביב מלאכת גידול הילדים.<sup>34</sup> ברמה הנורמטיבית הבניה חברתית של ציפיות מגדריות באמצעות הסדרה של פרקטיקות פרוין אינה ראויה. יתרה מזאת, מחקרם של יעל השילוני-דולב וצבי טריגר מצביע על כך שההנחות העומדות בבסיס הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות (וכן בבסיס תאוריית הרצון המשוער שתידון להלן) גם נעדרות בסיס אמפירי בישראל. ראיונות שערכו החוקרים עם גברים בזוגיות העלו, כי במרבית המקרים גברים הביעו הסתייגות מן האפשרות שיוולדו להם ילדים לאחר מותם, ואף הביעו רצון בהורות פעילה "באופן ששולל את האפריוריות של הנחת המשפט הישראלי הנוכחית בדבר רצון המת".<sup>35</sup> טענתם היא, כי מדיניות ההנחות נסמכת על "תמונת אבהות וגבריות שגברים ישראלים רבים כבר אינם חיים לפיה ואינם אווזים בה כלל".<sup>36</sup>

לצד שיקולים חברתיים או ציבוריים אלה ההנחות מזהות גם זכויות ואינטרסים התומכים בפרקטיקה העומדים לנפטר ולבת זוגו, שני בעלי האינטרסים המרכזיים בהליך; באשר לנפטר מדובר בעקרון כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט, וכן בזכות האדם על גופו.<sup>37</sup> יודגש כי אין בהנחות התייחסות נרחבת או מעמיקה לשאלות הנוגעות לקיומן, למהותן ולהיקפן של זכויות המת במשפט הישראלי, על אף שההסתמכות על כיבוד רצון הנפטר להעמיד צאצאים לאחר מותו כהצדקה לפרקטיקה מניחה במובלע כי זכויות כגון הזכות לכבוד, לאוטונומיה, או להורות משתרעות גם לאחר המוות. הקשיים שעמדה זו מעוררת יידונו בהרחבה בפרק הבא; אולם כבר בשלב זה נבהיר, שהקביעה אשר לפיה יש לכבד את רצון הנפטר דווקא בהקשר זה או שלנפטר יש זכות העומדת לו גם לאחר מותו, זכות שהפרקטיקה מבקשת לממש, מצריכה עיגון ולמצער הסבר – שהרי לא כל רצון של המת זוכה לכיבוד לאחר מותו.<sup>38</sup>

בהמשך לכך, ההנחות עורכות דיון נרחב יחסית בזכויות בת הזוג.<sup>39</sup> לעמדת היועץ המשפטי לממשלה לבת הזוג "יש אינטרס חזק ומוכח, הן באשר להבאת ילדים לעולם מזרעו של הנפטר, שעמו נקשרה בחייו, והן באשר לשימור זכרו ולהנצחתו בדרך זו. השימוש בזרע בן-הזוג המת הוא שלב בסיסי, בלעדיו אין, לאפשרות מימוש זכות ההורות של בת-הזוג ביחד עם בן-הזוג".<sup>40</sup> ההנחות אף הגדילו לעשות והוסיפו, כי שלילת האינטרס או האפשרות החוקית לממש את הזכות להורות באמצעות הולדה לאחר המוות היא בגדר "התערבות

34 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 13. כן ראו יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית טז 31, 31-34 (2014).

35 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 695.

36 שם, בעמ' 664-665.

37 שם, בעמ' 3.

38 זוהר שחר לוי "פנייה לבג"ץ: תנו לבני להשליך את גופתי לים" מעריב – nrg (18.11.2011) <https://www.makorrishon.co.il/nrg/online/1/ART2/307/615.html>. כן ראו להלן פרק ב.

39 ההנחות מבהירות, כי לצורך ההגדרה של המונח "בת זוג" אין חשיבות לקיומו של קשר נישואין דווקא, אלא ש"כובד המשקל הוא על קיום יחסים בעלי אופי נמשך, מהסוג שהבאת ילדים מהווה חלק טבעי מהם". ראו הנחות היועץ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8. בהתאם, אפשר למצוא בפסיקה מקרים שבהם הותר שימוש בזרע המת גם בהיעדר קיומו של קשר נישואין (ראו להלן פרק א.3.1).

40 הנחות היועץ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

מוגזמת של החברה בשאלה האינטימית ביותר של אדם – עם מי הוא בוחר להביא את צאצאיו לעולם; יש להצביע על "אינטרס חברתי חזק ביותר" על מנת להצדיק התערבות שכזו.<sup>41</sup> היבט זה של עמדת היועץ המשפטי לממשלה מעורר אף הוא תהיות אשר אליהן לא נדרשו ההנחיות. כך למשל, אפשר לתהות אם הזכות להורות כוללת בתוכה את הזכות להרות מזרעו של אדם מסוים במקרה שאפשר להרות באמצעים אחרים (כגון תרומת זרע או בן זוג אחר). כפי שיידון להלן, הזכות להורות מאדם מסוים נמצאה בפסיקה הישראלית כפריפריאלית לזכות להורות, ועל כן היא אינה זוכה לאותה מידה של הגנה. לחלופין, אם מדובר בזכות משותפת להורות של בת הזוג והמנוח, נשאלת השאלה אם זכות זו, בהנחה שנמצא לה עיגון בדין הישראלי, שורדת גם לאחר מות אחד מבני הזוג.

בטרם נעבור לדון בבעלי אינטרסים נוספים, יובהר כי לגישת מנסחי ההנחיות, רצון הנפטר – גם אם כשלעצמו הוא מהווה הצדקה לפרקטיקה – אינו הגורם היחיד שיש לשקול בבקשות לשימוש בזרע מן המת, אלא "גורם אחד מבין גורמים רבים".<sup>42</sup> ההנחיות מונות הן את ערכי החברה שנדרגו לעיל והן את הזכות להורות של בת הזוג כשיקולים נוספים שיש לאזן לצורך גיבוש עמדה בסוגיה; אולם כפי שיידון בהמשך, היבט זה של ההנחיות כמעט שלא יושם בפסיקה.

לצד הנפטר ובת זוגו אפשר למצוא בהנחיות התייחסות לבעלי אינטרסים נוספים בהליך. כך למשל, ההנחיות מורות שלהורי הנפטר – כמו לקרוביו האחרים – אין זכות או מעמד חוקי לעניין השימוש בזרע לאחר המוות, מכיוון "שעל-פי דין, אין להורים מעמד בשאלות ההולדה של ילדיהם. החלטות מעין אלה מתקבלות, דרך כלל, על-ידי האדם ובת זוגו, אשר יכולים לבחור האם ומתי, יביאו ילדם לעולם".<sup>43</sup> עמדה זו השוללת את האפשרות של הורי המנוח להשתמש בזרעו שלילה קטגורית, הגם שהיא משקפת בצורה נאמנה יחסית את הדין הקיים בנושא זכויות סבים, לא גובתה בדין ערכי באפשרות לבסס את זכות הסבים על חלופות נורמטיביות נוספות, כגון הזכות או האינטרס שבהמשכיות. נוסף על כך, כפי שנראה בהמשך עמדה מוצהרת זו עומדת בסתירה לפרקטיקה שהתגבשה בשורה של פסקי דין שניתנו מאז שנת 2003, שהתירו להורים לקצור את זרע בנם ולהשתמש בו כדי להביא נכדה לעולם, ככלל תוך התקשרות עם אישה שהנפטר לא הכיר בחייו.<sup>44</sup>

41 שם.

42 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4.

43 שם, בעמ' 6.

44 ראו להלן פרק 4.4. למען שלמות התמונה יצוין, כי לפרק זמן מסוים היה נדמה שחל שינוי בעמדת המדינה באשר לאפשרות שהורים ישתמשו בזרע הנפטר. כך למשל, לאחר פרסום ההנחיה משנת 2003 ובעקבות מקרה מסוים שנדון בבית המשפט לענייני משפחה בשנת 2009, קבע היועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד יהודה וינשטיין, "כי יש לפרש את ההנחיה כך שאין מניעה להיעתר לבקשת הוריו של אדם שנפטר עירי להשתמש בזרעו אם יוכח שזוהו רצונו; באותו מקרה הותיר היועץ המשפטי לממשלה את הבירור ואת ההכרעה בדבר רצון הנפטר לבית המשפט, "תוך המלצה להיעזר לשם כך בתסקיר שיערך בידי עובדת סוציאלית לסדרי דין". עניין בע"מ 7141/15, 9' לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 22.12.2016) בעניין זה, לעומת זאת, חזר בו היועץ המשפטי לממשלה מעמדתו והבהיר, "כי על פי עמדתו המעודכנת המערערת [בת זוג המנוח] והיא בלבד רשאית לעשות שימוש בזרעו של המנוח לצורך הפרייתו" (שם, בפס')

לבסוף, ראוי לציין כי ההנחיות מזהות את הצאצאית העתידית כבעלת אינטרסים נוספת בהליך. אולם ההתייחסות הקצרה להיבט זה של הפרקטיקה מוגבלת לשאלת הרישום של ילדים עתידיים במרשם האוכלוסין כילדיו של המנוח,<sup>45</sup> תוך התעלמות מטיעונים מרכזיים שנשמעים בעד ונגד הפרקטיקה העוסקים באינטרסים או בזכויות של צאצאים עתידיים. כך למשל, יש מי שטוענים כי יש להימנע ממצבים של יתמות מתוכננת בשל "פגיעתה בעקרון כבוד האדם וחירותו, בעקרון הרווחה ובעקרון הצדק, מנקודת ראותם של המעורבים בתהליך בכלל, ומנקודת מבטו של הילד היתום, שהוא היעד של ההתערבות הרפואית, בפרט".<sup>46</sup> מי שמזוהים עם עמדה זו מבקשים להצביע על ההיבטים הפסיכו-סוציאליים של יתמות מתוכננת או על המשמעויות שיש להולדה בנסיבות של אובדן ואבל עבור הילדה, כך למשל כאשר מתעוררת הציפייה בקרב המשפחה השכולה כי היא תמלא את מקום הנפטר, תישא את זהותו ותיקח חלק פעיל במפעל ההנצחה.<sup>47</sup> מנגד, יש מי שסבורים כי אין בסיס מוסרי להתנגד להבאת ילדים לעולם בסיוע רפואי לאחר מות אחד מהוריהם.<sup>48</sup> טיעונים מסוג זה, אשר נדונו בהרחבה בפסיקה העוסקת בהולדה בעוולה, מבקשים להטיל ספק ביכולת להגדיר – קטגורית – נסיבות שבהן מוטב יהיה לילדה שלא להיוולד כלל.<sup>49</sup> ההנחיות הזכירו אומנם את הצורך להתחשב באינטרסים של צאצאים עתידיים, אולם לא נתנו את הדעת לסוגיות המורכבות הקשורות בכך ולדרך מימושן.

מכל מקום, למרות היעדרו של דיון נורמטיבי ממצה סביב מארג הזכויות והאינטרסים של מי שמעורבים בפרקטיקה של הולדה לאחר המוות, הגיע היועץ המשפטי לממשלה למסקנה שלפיה בהיעדר אינדיקציה להתנגדות הנפטר לשימוש בזרעו לאחר מותו, ובמצב שבו בת הזוג מעוניינת בהולדת ילד מזרעו, ראוי להתיר לה לעשות כן. גישה זו יש בה כדי "להגשים ערכים חברתיים ראויים, בהם אוטונומית הרצון של הפרט, וזכותם של פרטים בחברה לממש את עצמם ככל הניתן".<sup>50</sup>

12. על אף האמור, עדיין שוררת אי-בהירות סביב שאלת מעמדם של הורים בהליך במקרים שלא הייתה לנפטר בת זוג.

45 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12. ההנחיות מבחינות בין ילדים שנולדו בעקבות שימוש בזרע שהופקד טרם מותו של האב, מה שמחייב פנייה לבית המשפט לצורך קבלת פסק דין הצהרתי, לבין מקרים שהזרע נקצר לאחר המוות, שאז אפשר להסתפק ב"הצגת מסמכים מתאימים" המוכיחים כי הילדים נולדו בעקבות שימוש בזרע המנוח (שם).

46 רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002) (הספר להלן: דילמות באתיקה רפואית).

47 שם, בעמ' 208.

48 אסא כשר "יתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית, לעיל ה"ש 46, 221. אפטר וענבל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 13, מפנים לעמדתו של כשר, אולם מדגישים כי עמדה זו אינה מקובלת ואף כי היא "נטענת מנקודת מבט אישית רגשית של אב שכול".

49 כשר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 19. ראו גם להלן פרק ג.3.

50 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

## (ב) תאוריית הרצון המשווער

מטרתן העיקרית של ההנחיות הייתה להנחות גורמי רפואה ובתי משפט כיצד לפעול בנוגע לבקשות לנטילת זרע מן המת ושימוש בו. לאור זאת, מלבד עמדה עקרונית באשר לשאלה אם יש להתיר או לאסור הולדה לאחר המוות, אפשר למצוא בהנחיות גם הסבר כיצד על כלל הגורמים המעורבים לפעול בנוגע לכל בקשה; לעניין זה ההנחיות מבחינות בין שני סוגים של החלטות שיש לקבל במסגרת הפרקטיקה – סוג אחד נוגע לנטילת הזרע והאחר לשימוש בו. ואולם השאלה של נטילת הזרע אינה מתעוררת בכל מקרה; ישנם מקרים שהנפטר הפקיד את הזרע לפני מותו, למשל לצורך שימור פוריות כחלק מתהליך של טיפול רפואי, כך שהשאלה היחידה שמתעוררת היא בנוגע לשימוש בו.

באשר לשלב נטילת הזרע, ההנחיות מורות שלאור דחיפות הפעולה וחלון הזמנים הקצר יחסית שבו ניתן לקצור זרע "חי" מן המת, "יש לנהוג במדיניות מקלה" שלפיה "ככלל" בקשות לנטילת זרע יאושרו.<sup>51</sup> ההנחיות מציינות במפורש כי רק בת הזוג רשאית להגיש בקשה לנטילת זרע, וכי "לאחר זולתה אין כל מעמד לעניין זה".<sup>52</sup>

בקשות שעניינן שימוש בזרע הנפטר, לעומת זאת, עליהן להיבחן בחינה פרטנית בהתאם לנסיבותיהן הקונקרטיות.<sup>53</sup> במסגרת הבחינה יש לגבש עמדה בתיק מטעם היועץ המשפטי לממשלה, ולהורות על הכנת תסקיר סעד, שהוא "כלי יעיל" להתחקות אחר רצון הנפטר וכן כדי ללמוד על רצונה האמיתי של בת הזוג.<sup>54</sup> ההנחיות מוסיפות וממליצות על ליווי רפואי, פסיכולוגי וסוציאלי, ואף על תקופת המתנה בין שלב נטילת הזרע לשימוש בו.<sup>55</sup> על בית המשפט לבחון גם את קיומו של רצון הנפטר להבאת ילדים לעולם לאחר המוות. רצון זה יכול להילמד מהתנגדות או מהסכמה מפורשת שנתן המנוח בחייו (בכתב או בעל פה).<sup>56</sup> במקרה שהמנוח הביע את התנגדותו, להתנגדות יינתן משקל מכריע בהחלטה אם לאפשר את השימוש בזרעו אם לאו. לעומת זאת, כאשר המנוח הסכים במפורש לשימוש בזרעו לאחר מותו, יש להמשיך ולבחון אם בקשת בת הזוג להשתמש בזרע משקפת את רצונה ה"כן" וה"חופשי" בטרם הבקשה תאושר.<sup>57</sup>

תמונה מורכבת יותר עולה במקרים שרצונו של המנוח לא הובע במפורש במהלך חייו. כאשר לאפשרות שכיחה זו ההנחיות מורות, כי "כאשר רצונו של המנוח לא הובע באופן ברור במהלך חייו – והכוונה הן לרצונו להביא ילדים לעולם בכלל, והן רצונו להבאת ילדים לעולם מזרעו לאחר מותו, בפרט, או התנגדות לאלה – עלינו לבחון את רצונו המשווער של

51 שם, בעמ' 7. ההנחיות מבחינות בין אדם המצוי במצב של חוסר הכרה לבין אדם שנפטר, אולם בפועל מחילות בשני המקרים את הוראות חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, למעט במקרים שנטילת הזרע מצריכה נתיחה, שאז חלות גם הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953.

52 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6.

53 שם, בעמ' 9.

54 שם, בעמ' 13.

55 שם, בעמ' 10.

56 שם, בעמ' 3-4.

57 שם, בעמ' 9-10.

המנוח.<sup>58</sup> במילים אחרות, גם בהיעדר הסכמה או התנגדות מפורשת יהיה אפשר להשתמש בזרע הנפטר בהסתמך על "אינדיקציות ראיות", שמהן ניתן ללמוד על כך שהמנוח היה נותן את הסכמתו לשימוש בזרעו לאחר מותו לצורך הולדה. ההנחיות מוסיפות ומבהירות בהקשר זה, כי ככלל בת הזוג היא "המייצגת הנאמנה ביותר" של רצון המת באשר להבאת ילדים ככלל ולאחר המוות בפרט.<sup>59</sup> הגם שהורים, קרובים וחברים יכולים לספק עדויות בדבר רצונו המשווער של הנפטר, הרי במקרה שלנפטר לא הייתה בת זוג קבועה בחייו "לא ניתן יהיה – ככלל – לייחס רצון משוער לנפטר להביא צאצא לעולם לאחר מותו".<sup>60</sup>

בהמשך לכך ההנחיות מונות מגוון כלים שבתי המשפט יכולים להשתמש בהם על מנת להתחקות אחר רצונו המשווער של הנפטר. בין היתר ניתן להשתמש ב"חוקות עובדתיות כלליות, המתבססות על ניסיון חיים מצטבר";<sup>61</sup> דוגמה לכך היא ההנחה שהעמדת "צאצאים לאדם מבת-זוגו, גם לאחר מותו, עולה בקנה אחד עם רצונו, בייחוד מקום שהוא חשוך ילדים".<sup>62</sup> לצד אינדיקציות כלליות אלה, ההנחיות מונות גם אינדיקציות עובדתיות קונקרטיות שבתי המשפט יכולים להתבסס עליהן בהכרעתם, כגון התנהגותו והתבטאויותיו של הנפטר בחייו, גילו, קיומם של קשר נישואין או חיים משותפים, קיומה של הרמוניה או מחלוקת בתוך המשפחה, קיומם של ילדים מקשרים קודמים וכן עדויות רלוונטיות של בת הזוג, של קרובים ושל חברים.<sup>63</sup> כך למשל, אם הקפאי הנפטר את זרעו עובר למותו כדי לשמר את פוריותו או השתתף בטיפולי פוריות, יכול הדבר להעיד על רצונו המשווער בילדים לאחר מותו.<sup>64</sup>

בטרם נעבור לדון בפסיקה הענפה שהתפתחה בסוגיה מאז פורסמו ההנחיות ובאופן שהן יושמו במסגרתה, ראוי להתייחס למסקנות ועדת מור יוסף, אשר הוקמה בידי מנכ"ל משרד הבריאות במטרה לבחון הסדרה חקיקתית של סוגיות שונות בתחום הפריור וההולדה בישראל, ובהן האפשרות לשימוש בחומר גנטי לאחר המוות.<sup>65</sup> כמו ההנחיות, גם ההמלצות אינן כוללות דיון מעמיק בזכויות ובאינטרסים של מגוון הצדדים בהליך מלבד המנוח. את עיקר דיונה הקדישה הוועדה לקו המנחה המצוי בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ובפרט לתאוריית הרצון המשווער. במקרה שאדם נפטר מבלי שהפקיד זרע ומבלי שהשאיר הוראות מוקדמות מפורשות המליצה הוועדה להמשיך ולקיים את האפשרות של שימוש בזרע על פי רצונו המשווער של הנפטר, ולאפשר לבת זוגו הקבועה של הנפטר להשתמש בזרע.<sup>66</sup> אולם הוועדה הדגישה, כי גם כאשר מדובר באדם שיש לו בת זוג ויש עדות לכך שרצונו היה להביא עימה ילדים לעולם, אין הדבר מצביע בהכרח על רצונו להביא לעולם "ילדים שהוא לא יראה ולא יגדל".<sup>67</sup> הישענות על רצון משוער תהיה מוצדקת רק כאשר

58 שם, בעמ' 4.

59 שם, בעמ' 5.

60 שם.

61 שם, בעמ' 9.

62 שם, בעמ' 4.

63 שם, בעמ' 9.

64 שם, בעמ' 3.

65 דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 33.

66 שם, בעמ' 44-45.

67 שם, בעמ' 44.

ההשערה בדבר אותו רצון "היא מובהקת, שוות־ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת".<sup>68</sup> במובן זה נקטה הוועדה גישה מצמצמת מזו שבהנחיות היועץ המשפטי לממשלה באשר לסוגיית הרצון המשוער, בהציבה רף ראייתי גבוה יותר לצורך הוכחה כי המנוח היה רוצה בילדים לאחר מותו. מנגד, ובניגוד להנחיות, רצון המנוח הוא הגורם המרכזי ואף המכריע בבקשות להולדה לאחר מותו.

היבט חשוב נוסף של ההמלצות עוסק במעמדם של בני משפחה נוספים בהליך. לעמדת ועדת מור יוסף, העיקרון המנחה בנוגע לשימוש בזרע לצורך הבאת ילד לעולם הוא "לעולם רצונו (המפורש או המשוער) של בעל הזרע, ולא אינטרסים או רצונות, כנים ומובנים ככל שיהיו, של אנשים אחרים, לרבות בני המשפחה הקרובים ביותר".<sup>69</sup> על כן, אין להפקיד בידי הורי הנפטר, אחיו או ילדיו את הזכות להחליט בדבר השימוש בזרע. המלצה זו עמדה בניגוד לדעתו של פרופ' אסא כשר, אחד מחברי הוועדה וממזדריה הבולטים של הפרקטיקה, שלפיה "חזקה גם על אדם לא נשוי שהלך לעולמו ולא הותיר אחריו צאצאים שהיה רוצה להביא ילד לעולם. אם לא הורה במפורש אחרת, הוריו יכולים להיות אלה שיקימו לו זרע לאחר מותו, אם ימצאו אישה שתהיה מוכנה להרות מזרעו ולגדל את ילדו, בקשר נאות עם הוריו של המנוח".<sup>70</sup> גישה זו התבססה על עמדה המהדהדת את הביקורת שהושמעה לעיל על התפיסות הפטריארכליות והסטראוטיפיות שעליהן התבססו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה "כשהמדובר בגבר, ההורות אינה מתבטאת קודם כל בטיפול בילד כשהוא גדל אלא בעצם הקשר הגנטי".<sup>71</sup>

### 3. פסיקה

בשנים שחלפו מאז פורסמו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה הלכה וגברה שכחותן של בקשות לשימוש בפרקטיקה של הולדה לאחר המוות. אף שישנו שוני רב בין המקרים שהגיעו לפתחם של בתי המשפט, אפשר לסווג את הפסיקה שניתנה בשלושת העשורים האחרונים לשתי קטגוריות עיקריות: הראשונה כוללת מקרים שבת הזוג היא שמבקשת להשתמש בזרע הנפטר לצורכי הולדה, בין אם השניים היו במערכת יחסים ארוכת טווח, נשואים או אף גרושים; הקטגוריה השנייה כוללת מקרים שהורי הנפטר הם שמבקשים להשתמש בזרעו על מנת להביא נכד לעולם. בתרחיש השכיח הורי הנפטר מתקשרים עם אישה שבנם לא הכיר בחייו, המבקשת להביא ילדה לעולם באמצעות זרע הנפטר במסגרת הורות יחידנית.<sup>72</sup> בתוך קטגוריה זו יש להבחין גם בין מקרים שלנפטר הייתה בת זוג לבין מקרים שבהם לא הייתה לו בת זוג עובר למותו.

68 שם.

69 שם, בעמ' 44-46.

70 שם, בעמ' 47. הפרק ברוח הוועדה העוסק בשימוש בחומר גנטי לאחר המוות כולל התייחסות נפרדת לעמדתו המסתייגת של כשר מהמלצות הוועדה בסוגיה זו (שם, בעמ' 46-48).

71 שם, בעמ' 48.

72 ראו להלן פרק 3.א. (ב)-(ג) ואת ההפניות שם. אולם לפחות במקרה אחד ביקשו הורי הנפטר להיעזר בתרומת ביצית ובפונדקאות על מנת להביא נכדה לעולם שאותה הם ביקשו לגדל בעצמם. ראו בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (נבו 15.8.2017) (להלן: עניין שחר נ' מדינת ישראל).

## (א) בנות זוג

נוסף לשני פסקי הדין שאוזכרו לעיל אשר עסקו בבקשות בנות זוג לשימוש בזרע המת,<sup>73</sup> אפשר למנות פסקי דין נוספים שבהם אושרו בקשות בנות זוג להשתמש בזרע הנפטר. למרות החידוש בסוגיה, רק מעטים מהם כוללים דיון מהותי באינטרסים של הצדדים להליך. כך למשל, בפסק דין שניתן בשנת 2003 נעתר בית המשפט לבקשתה של אלמנת הנפטר כי יורשה לה להשתמש בזרעו.<sup>74</sup> סמוך לאחר נישואיהם ניסו בני הזוג להביא להרינה של המבקשת, שהייתה בעת שנישאה רווקה ללא ילדים (בעוד שלמנוח היו שלושה ילדים מנישואיו הקודמים). בחלוף שלוש שנים מיום נישואיהם נפטר המנוח, וזרעו הוקפא כבר באותו היום ב"תהליך קצר ומזורז".<sup>75</sup> בהיעדר ביטוי מפורש לרצונו של המנוח להביא ילדים לעולם בכלל ולאחר מותו בפרט, ביסס בית המשפט את הכרעתו על רצונו המשווער. רצון זה נלמד מההנחה הכללית שלפיה "העמדת צאצאים לאדם מבני זוגו גם לאחר מותו, עולה בקנה אחד עם רצונו", וכן מאינדיקציות קונקרטיות כגון קיומו של קשר נישואין וטיפול פוריות "קשים וממושכים" שבהם השתתפו בני הזוג.<sup>76</sup> לצד הדיון סביב שאלת רצונו המשווער של הנפטר אפשר למצוא בפסק הדין גם התייחסות למעמד בת הזוג בהליך. בית המשפט התייחס לתפקידה "הכפול" בהליכים מסוג זה בדברים הבאים: "היא הגורם המצוי והמתאים לבקש את הבקשה לנטילת ולשימוש בזרע, והיא גם מהווה מקור המידע הטוב ביותר לרצונו של המנוח בילדים, הן בעצם קיומה והן בעדותה על כך".<sup>77</sup> יוער, כי בתי המשפט מניחים לרוב שישנה הלימה בין רצון בת הזוג להביא ילדים לעולם לבין רצון המת. אולם במקרים שהנחה זו אינה מעוגנת במציאות, ספק רב אם בת הזוג היא אכן "מקור המידע הטוב ביותר" לצורך התחקות אחר רצונו. קושי ראיתי זה מציף את הקושי שבהסתמכות אך ורק על רצון המת לצורך הכרעה בבקשות מסוג זה.

אולם במרבית המקרים עיקר הדיון מוקדש לרצון הנפטר ולאינדיקציות השונות התומכות במסקנה כי הפרקטיקה עולה בקנה אחד עם רצונו. היעדרן של ראיות עובדתיות קונקרטיות הובילו את בתי המשפט לאורך השנים להתבסס גם על התרחשויות אשר ספק רב אם ניתן ללמוד מהן דבר בנוגע לרצון המת בילדים לאחר מותו. בעניין קבל"א, למשל, דובר במנוח בן 26 אשר היה נשוי במשך חודש אחד בטרם נפטר; לבקשת בת זוגו ובהסכמת בני משפחתו ניטל ממנו זרעו עובר לפטירתו כשהוא היה שרוי במוות מוחי, וכן לאחר מותו.<sup>78</sup> השופטת טובה סיון מצאה, כי מאחר ש"לא הוכחו פעולות, מטעמי התנהגות, אמירות מפורשות המעידות על רצון מוכח",<sup>79</sup> יש לנסות ולהתחקות אחר "רצונו המשווער, הסביר

73 עניין שירותים רפואיים בינלאומיים, לעיל ה"ש; 2; עניין פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 27.

74 תמ"ש (משפחה כ"ס) 11870/03 י"ש נ' מדינת ישראל, פס' 1-4 (נבו 29.9.2003).

75 ש.ם.

76 ש.ם, בפס' 3.

77 ש.ם.

78 תמ"ש (משפחה ת"א) 58540/05 קבל"א נ' המרכז הרפואי על שם סוראסקי באיכילוב, פס' 5-6 (נבו 12.9.2006).

79 ש.ם, בפס' 18.



של המנוח" לאור הנתונים העובדתיים שבבקשה ובתסקיר הסעד.<sup>80</sup> באינדיקציות שהובילו את בית המשפט להכריע לטובת המבקשת אפשר למנות את נטילת דגימות הזרע קודם לפטירת המנוח, בעודו שרוי במוות מוחי, שהיא "מעין הסכמה, גם מצידו של המנוח, ועם המבקשת-אישתו, כי לנישואיהם הקצרים בני 30 הימים, וכפרי לאהבתם, יותר לה למבקשת, להביא את ילדו לעולם".<sup>81</sup>

פסקי דין נוספים שניתנו מאז מדגימים גם הם כיצד – במקביל להתבססותו של רצון המת כשיקול עיקרי להכרעה – גברה אף הנכונות להסיק רצון זה מנתונים שהרלוונטיות שלהם מוטלת בספק, כגון הנחות כלליות שאינן מעוגנות במקרה הקונקרטי. בפסק הדין בעניין ט"ח, בין הבודדים שפורסמו בשנים האחרונות שאינן עוסק בסבות לאחר מוות, ביקשה אלמנה להשתמש בזרע בעלה המנוח לצורך הולדה.<sup>82</sup> בני הזוג היו נשואים במשך 17 שנים, שבמהלכן ניסו להביא ילדים לעולם ללא הצלחה; לאחר מות הבעל ביקשו האלמנה, אחיו והוריו לשמר את זרעו. את הדיון בבקשה פתח בית המשפט כך: "ככלל, על מנת שביית המשפט יתיר שימוש בזרעו של נפטר, עליו לבחון את רצונו המשוער של המנוח".<sup>83</sup> מאחר שהמנוח היה נשוי וניסה להביא ילדים לעולם, "דומה כי ניתן היה להסתפק בהצהרתה המפורשת (של האלמנה)... כדי לקבוע את רצון המנוח בילדים".<sup>84</sup> בכל זאת הוסיף ונימק בית המשפט באשרו את הבקשה, כי הורי הנפטר תומכים בבקשה וכי ישנה חזקה, שלפיה "ככלל, כל אדם מבקש שתהיה לו המשכיות וכאשר הוא נשוי, הדעת נותנת שהרצון הטבעי הוא שהרבר יעשה יחד עם רעייתו".<sup>85</sup>

### (ב) הורים (נפטר ללא בת זוג)

זמן קצר לאחר שפורסמו ההנחיות החלו להגיע לבתי המשפט גם בקשות מצד הורים שכולים שברצונם להביא לעולם נכד מזרעו של המנוח. ברובם המוחלט של המקרים ביקשו ההורים להתקשר עם אישה (להלן: האם המיועדת) שהמנוח לא הכיר בחייו, אשר תגדל את הילדה בעצמה אך במעורבות מסוימת של הורי המנוח. עיון בפסיקה תחת קטגוריה זו ממחיש היטב את הגישה המרחיבה שאימצו בתי המשפט כלפי תאוריית הרצון המשוער, ובפרט את הנכונות להסתמך על "ראיות" עקיפות ולא-מבוססות המוכיחות לכאורה את רצון המת להביא ילדים לאחר מותו.

במקרים הראשונים שהגיעו לפתחם של בתי המשפט בישראל אשר עסקו בסבות לאחר מוות אפשר למנות את עניין משפחה חדשה נ' רמב"ם.<sup>86</sup> במקרה זה דובר בצעיר שנפטר

80 שם, בפס' 11 ו-19.

81 שם, בפס' 17.

82 ת"ע (משפחה פ"ת) 29428-07-22 ט"ח נ' משרד הפנים, פס' 1-4 (נבו 3.1.2023).

83 שם, בפס' 5.

84 שם, בפס' 9-10.

85 שם, בפס' 10. בית המשפט נעתר לבקשה מבלי להזדקק אפילו לתסקיר סעד (ראו שם). כן ראו הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 9-10.

86 תמ"ש (משפחה קר) 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (נבו 6.12.2009).

מסרטן בעודו בן 22, אשר הפקיד את זרעו במסגרת טיפוליו במטרה לשמר את פוריותו.<sup>87</sup> בחלוף כשמונה חודשים ממועד פטירתו פנתה אישה רווקה בת 39, שלא הכירה את המנוח בחייו, להורי המנוח בבקשה להרות מזרעו; ההורים נעתרו לבקשתה, וחתמו עימה על הסכם "מקיף המסדיר את מערכת היחסים ביניהם ואת כל הסוגיות שעלולות להתעורר לגישתם מההפריה".<sup>88</sup> את עיקר טענותיהם מיקרו הצדדים בהוכחת רצון הנפטר להעמיד ילדים לאחר מותו. לטענתם, הנפטר הביע את רצונו להעמיד צאצאים לאחר מותו בעצם ההחלטה להפקיד את זרעו עובר למותו. אינדיקציות נוספות לרצון זה נמצאו בהתבטאויות של המנוח בחייו, אשר תועדו בכתבה לעיתון ובטור שפרסם על ההתמודדות שלו עם מחלת הסרטן.<sup>89</sup> באשר להליך הקפאת הזרע, למשל, צוטט המנוח באומרו "הושטתי להורים שלי את הנכדים שלהם". הורי המנוח העידו גם הם על שיחות שניהלו עימו, שבהן אמר "אמא איני לא תהיה לך בעיה" וכן "אבא אני מבטיח לך, החיים לא ייפסקו, יהיה להם המשך, אי אפשר לעצור את החיים". עמדת היועץ המשפטי לממשלה במקרה זה הייתה, שבנסיבות דגן לא הוכחה כוונת המנוח כי יהיה שימוש בזרעו לאחר מותו ולכן אין לאפשר בו שימוש, וכן שמאחר שלא הייתה לנפטר בת זוג "לא ניתן לייחס לנפטר רצון קונקרטי או משוער ואף לא קיים אינטרס ציבורי" להתיר שימוש בזרעו.<sup>90</sup> עמדה זו נדחתה בידי השופטת אלון, אשר סברה כי ההנחה שלפיה ניתן לייחס רצון משוער לנפטר להביא ילדים לאחר מותו רק במקרה שהוא היה בזוגיות אינה תקפה לנוכח תמורות שחלו בישראל בתא המשפחתי, כגון העלייה בשכיחותן של משפחות חד-הוריות.<sup>91</sup> בהכריעה לטובת המבקשת קבעה השופטת כי עדויותיהם של הורי המנוח, העובדה שהמנוח הפקיד את זרעו עובר למותו וכן "הרצון הבסיסי של כל אדם בהמשכיות" יש בהם כדי להרים את הנטל להוכחת כוונתו המשוערת של המנוח לשימוש בזרעו לאחר המוות.<sup>92</sup>

מאז פסק הדין שניתן בעניין משפחה חדשה הוגשו – ואושרו – כמה בקשות נוספות, שתיארו נסיבות דומות ובראשן היעדרה של בת זוג.<sup>93</sup> מקרים אלה כולם הם בגדר סטייה מהעמדה שהביע היועץ המשפטי לממשלה בהנחיות, אשר ראו חשיבות בקיומה של מערכת יחסים – הן כאינדיקציה ראייתית להוכחת הרצון המשוער של המנוח והן כהצדקה לפרקטיקה בשל זכותה של בת הזוג להורות. למרות זאת, אי-אפשר לאתר דיון משמעותי או הכרעה בשאלת הזכויות והאינטרסים שהורים שכולים או אימהות מיועדות מבקשים לממש, אשר זוכים להגנה בדין הקיים. כך גם כאשר בית המשפט מתייחס במפורש לשאלת מעמדם – או זכותם – של הורי הנפטר בהליך; שאלה זו נותרת ללא מענה מרגע שרצון המנוח "הוכח" לשביעות רצונו של בית המשפט, בדרך כלל בהיעדר אינדיקציה קונקרטית לכך שרצון המנוח היה להפוך לאב לאחר מותו עם אישה שלא הכיר בחייו. במקום זאת עולה, כי בתי המשפט נטו לעבר גישה פרגמטית המתמקדת במערכת היחסים שבין האם המיועדת, הורי

87 שם, בפס' 1.

88 שם.

89 שם.

90 שם, בפס' 2.

91 שם, בפס' 5.1.1.

92 שם, בפס' 5.1.2.

93 ראו למשל תמ"ש (משפחה-י) 8130-07-14 מ"פ נ' משרד הבריאות (נבו 17.11.2014).

המנוח והילדה העתידי, הנרקמת עם אישור הבקשה בידי בית המשפט ובתוכנו של החוזה המתימר להסדיר אותה.

### (ג) הורים (נפטר עם בת זוג)

על אף שאינם עולים בקנה אחד עם התרחיש אשר עמד לנגד עיניהם של מנסחי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המקרים שנדונו בסעיף הקודם דומה כי לא עוררו התנגדות רבה מצד היועץ המשפטי לממשלה או בתי המשפט; מרבית הבקשות של הורים להשתמש בזרע בנם המנוח נענו בין אם רצונו היה ידוע ובין אם לאו. אולם תמונה זו החלה להשתנות משדובר בנפטר שהייתה לו בת זוג בחייו. מקרים אלה הציפו ביתר שאת את הצורך לברר את מעמדם של הורי הנפטר בהליך, על רקע התערערות מעמדה של בת הזוג מבחינה ראייתית ומהותית. מקרים אלה הם גם שהובילו להתערבותו של בית המשפט העליון לראשונה בסוגיה. פסק הדין הראשון תחת קטגוריית מקרים זו ניתן בשנת 2016.<sup>94</sup> המנוח, בן יחיד להוריו, נהרג בתאונת דרכים שנתיים לאחר שנישא ובטרם נולדו לו ילדים; זרעו ניטל לבקשת האלמנה והוריו סמוך למותו.<sup>95</sup> כשנה לאחר פטירתו פנו הוריו לאלמנתו בניסיון לברר את עמדתה באשר לשימוש בזרעו. משהיא לא הצליחה להגיע להכרעה במשך כמה שנים, פנו ההורים לבית המשפט בבקשה להשתמש בזרע המנוח עם אישה אחרת. לאורך ההליך המשיכה האלמנה להתלבט אם להשתמש בזרע המנוח, אולם לבסוף ביקשה להשתחרר ממנו ולהשאיר את ההכרעה לבית המשפט.<sup>96</sup> למרות זאת, היא ביקשה להבהיר ש"בהכירה את המנוח וכמי שחלקה עמו, מדי יום ביומו, מאויים, רעיונות ודעות, הרי שלו היה המנוח מתבקש להביע את רצונו, היה מתנגד באופן נחרץ להבאת צאצא לעולם ע"י אישה זרה שלא הכירה, אשר תגדל ותחנך את צאצאו".<sup>97</sup> מנגד טענו הורי המנוח, כי הם "היו בקשרים קרובים" עימו "וכי הם יודעים שהוא ביקש להעמיד אחריו שאר בשר והמשכיות למשפחה", וכי על כך יכולים להעיד גם חבריו ומכריו.<sup>98</sup> טענתם הייתה כי הם פועלים כדי לכבד את רצונו ולהוציא לפועל את צוואתו הלא-כתובה.<sup>99</sup> היועץ המשפטי לממשלה היה בדעה כי מדובר במקרה ייחודי שבו בת הזוג אינה מעוניינת להשתמש בזרעו של המנוח, ואילו ההורים אינם מוכיחים רצון פוזיטיבי של המנוח כי יהיה שימוש בזרעו בידי אישה זרה; בנסיבות אלה סבר היועץ המשפטי לממשלה כי קבלת הבקשה "תרוקן את ההנחיות מתוכן" וכי יש לדחותה.<sup>100</sup>

94 תמ"ש (משפחה י-ם) 27169-11-13 פלונים נ' המנוח (נבו 20.1.2016) (להלן: עניין פלונים נ' המנוח).

95 שם, בפס' 1-6.

96 שם, בפס' 17. על אף האמור ביקשה אלמנת המנוח לשמור מחצית מכמות מבחנות הזרע למקרה שתשנה את דעתה בעתיד.

97 שם, בפס' 12.

98 שם, בפס' 26.

99 שם.

100 שם, בפס' 29 ו-35.

בית המשפט פתח את הדיון בהכרעה בקובעו כי למרות האמור בהנחיות, מעמדם של הורי המת בהליך הוכר בפסיקה ואף בספרות האקדמית.<sup>101</sup> לכן, "הדיון המרכזי שיש לנהל סביב סוגיה זו הינו בנוגע לשאלה מה היה רצונו של המנוח".<sup>102</sup> יצוין, כי בין הצדדים הוסכם שההכרעה תינתן על סמך החומר שבתיק, מבלי שתתבקש חקירת האלמנה או הורי המנוח; בא כוחו של היועץ המשפטי לממשלה גם ויתר על האפשרות להביא לעדות ולחקור את חבריו.<sup>103</sup> למרות חסך ראייתי זה מצא בית המשפט, כי "לו יכול היה המנוח לדעת את דבר מותו הקרוב ואת אי הסכמתה של אשתו – אלמנתו להרות מזרעו, היה הוא מכבד את רצון הוריו בהמשכיות משפחתו".<sup>104</sup> בין היתר הטיל בית המשפט ספק בעדות האלמנה כי המנוח, שהיה קרוב להוריו ו"נהג לשתפם במחשבותיו וסודותיו", היה מתנגד לשימוש בזרעו עם אישה זרה, מאחר שהאלמנה לא הצהירה על שיחה שהתנהלה בינה לבין המנוח אשר ממנה היא הייתה יכולה ללמוד על רצונו בנסיבות מסוג זה.

שאלות מורכבות אלה באשר למעמדה של בת הזוג לעומת מעמדם של הורי המנוח לעניין הוכחת רצונו של המת עלו ביתר שאת בפסק הדין בעניין בע"מ 7141/15, אחד מפסקי הדין המרכזיים והחשובים שניתנו בסוגיה מאז שהחלה לרווח בישראל.<sup>105</sup> גם כאן דובר בזוג צעיר, אשר נישא כמה חודשים לפני שהמנוח נהרג במהלך שירות מילואים; זרעו ניטל סמוך למותו לבקשת האלמנה. שמונה שנים מאוחר יותר, משהיא טרם החליטה אם להשתמש בזרע, הגישו הורי המנוח תובענה בבקשה להתיר להם להשתמש בזרעו עם אישה אחרת; האלמנה התנגדה. בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקווה פסק לטובת הורי המנוח. השופטת טובה קראוס סברה, שאף שהנחיות היועץ המשפטי לממשלה נותנות לבת הזוג של המנוח את "הזכות" להכריע בעניין השימוש בזרעו לאחר מותו – אינן להן תוקף משפטי מחייב.<sup>106</sup> עוד נמצא, כי "לו נשאל המנוח באופן מפורש – קיים סיכוי סביר יותר כי היה מביע הסכמתו להעמדת צאצאים מזרעו גם לאחר מותו וגם מאשה שאינה האלמנה".<sup>107</sup> מסקנה זו התבססה על קטעים מיומנו של המנוח, על עדויות הוריו וכן על עדויותיהם של ארבעה "עדים חיצוניים אובייקטיביים ונאמנים" בדבר חלומו של המנוח להפוך לאב. בניגוד לכך הטיל בית המשפט ספק בכך שהאלמנה "היא האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של המנוח באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו על ידי אשה אחרת".<sup>108</sup> עמדתה ש"לפיה המנוח אשר אהב אותה עד כלות לא היה רוצה לראות את זרעו בשימושן של נשים אחרות ואת יוצאי חלציו גדלים שלא בחיק התא המשפחתי שיצר עמה" לא נתמכה בעדויות מטעמה.<sup>109</sup> אינדיקציות נוספות לכך שיש להעדיף את עמדת הורי המנוח מצאה השופטת בעובדה כי

101 שם, בפס' 46-55.

102 שם, בפס' 56.

103 שם, בפס' 66.

104 שם, בפס' 67.

105 ראשיתה של הפרשה בפסיקת בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13

פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז, פס' 2-8 (נבו 18.3.2015).

106 שם, בפס' 23.

107 שם, בפס' 34.

108 שם, בפס' 23.

109 שם, בפס' 33.

הקשר של הזוג "עברת הפוכות", כי בת הזוג נישאה והביאה שני ילדים לעולם וכן כי היא "הפסיקה להגיע לאזכרות וימי זיכרון".<sup>110</sup>

האלמנה ערערה על פסק דין זה, אולם בית המשפט המחוזי בלוד דחה את הערעור והותיר את פסק הדין על כנו.<sup>111</sup> על פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין בע"מ 7141/15 הוגש ערעור נוסף, וכך ניתנה לבית המשפט העליון לראשונה ההזדמנות לבחון את המסגרת הנורמטיבית החולשת על הולדה לאחר המוות ולשרטט את גבולות הפרקטיקה.<sup>112</sup> בית המשפט העליון הפך את החלטת בית המשפט קמא, ודחה את בקשתם של הורי המנוח להשתמש בזרע בנם. נפסק כי לאור העמדה "המתירנית" שנקטו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה והפסיקה, שבמסגרתה מתאפשרת הפרקטיקה בהתבסס על רצונו המשוער של הנפטר, אין "מקום לצעד מרחיק לכת נוסף" לעניין רצון משוער זה: במילים אחרות, בית המשפט התנגד לכך שבכל מקרה שבת הזוג אינה חפצה להשתמש בזרעו של המנוח יהיה צריך לאפשר להוריו להוכיח כי רצונו המשוער של הנפטר היה כי יהיה שימוש בזרעו כדי להפרות אישה אחרת.<sup>113</sup> לכן נפסק, שכאשר נפטר אדם שהייתה לו בת זוג קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו לעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, בת הזוג תהיה רשאית להשתמש בזרע לצורך הפרייתה היא, "ולא איש מלבדה".<sup>114</sup>

עם זאת ייתכנו מקרים חריגים ונדירים ש"ניתן יהיה לסתור בראיות את ההנחה... כי רצונו המשוער של אדם שהייתה לו בת זוג בחייו הוא העמדת צאצאים, גם לאחר מותו, מבת זוגו".<sup>115</sup> אפשרות זו קיימת כאשר ההורים מבקשים להתנגד לבקשת בת הזוג להשתמש בזרע בנם המנוח, כך למשל אם ישנן ראיות מפורשות המצביעות על כך שהדבר עומד בניגוד לרצונו. אולם אפשרות זו קיימת גם במקרים שההורים מבקשים להוכיח כי רצונו המשוער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו "לא התמצה בהבאת ילדים רק עם מי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו",<sup>116</sup> כך למשל אם יש בידיהם להראות כי היחסים בין בני הזוג היו עכורים והמנוח הביע רצון להוליד ילדים "שלא במסגרת התא המשפחתי שלהם או אפילו עשה צעד לקראת מהלך כזה וניסה לאתר אישה אשר תהיה נכונה לשתף עמו פעולה לצורך כך".<sup>117</sup> קטגוריית מקרים נוספת נוגעת למצב שהורי המנוח מבקשים להשתמש בזרעו כאשר לא הייתה לו בת זוג בחייו והוא לא הותיר אחריו צאצאים או הנחיות מפורשות. קטגוריה זו וכן "מקרים חריגים אפשריים נוספים העשויים להתעורר בסוגייה רגישה ומורכבת זו" נותרו בצריך עיון.<sup>118</sup>

110 שם, בפס' 23 ר-27.

111 עמ"ש (מחוזי מר) 7457-05-15 א' נ' מ', פס' 9 (נבו 17.10.2015).

112 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11. בקשה לדיון נוסף בהליך נדחתה. ראו דנ"א 217/17 פלונית נ' פלונית (נבו 2.4.2017).

113 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 27 לפסק הדין של השופטת חיות.

114 שם, בעמ' 104.

115 שם, בפס' 30 לפסק הדין של השופטת חיות.

116 שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת חיות.

117 שם.

118 שם, בפס' 33 לפסק הדין של השופטת חיות.

מבחינה נורמטיבית דומה כי שררה הסכמה בין שופטי הרוב כי האינטרס בדבר כיבוד רצון המת הוא שיקול מרכזי – שלא לומר בלעדי – לצורך הכרעה בבקשות לשימוש בזרע המת. כך למשל הסבירה השופטת (כתוארה אז) חיות, שבהקשר הנדון כבוד האדם "משמעו כבוד המת", המורה כי יש לקיים את רצונו המפורש או המשוער של הנפטר כביטוי לאוטונומיה של רצונו הפרטי.<sup>119</sup> עיקרון זה יכול שיתבסס על גישות "פילוסופיות" שונות למונח "רצון המת", לרבות גישה המעניקה מעמד לרצון המת "מתוך הכרה בזכויות החיים... להמשיך ולחתור למימוש רצון המת, מכיוון שרצון זה הפך לרצונם שלהם".<sup>120</sup> אולם יהיה הבסיס העקרוני אשר יהיה, לשיטתה של השופטת חיות חוקיות הפרקטיקה נגזרת מהשאלה אם היא עולה בקנה אחד עם רצון המנוח. השופט עמית הדגיש את הצורך להבחין בין זכויות החי לזכויות המת וכן בין זכויות הורים וסבים לבין זכויות הורים וסבים פוטנציאליים, והזהיר מפני "רטוריקה חזקה מדי אודות זכות המת וכבוד המת".<sup>121</sup> אולם למרות אזהרות אלה גם הוא סבר, כמו השופטת חיות, כי "השאלה האמיתית בנושא העקרוני שבפנינו" היא "מה הוא רצונו המשוער של המנוח".<sup>122</sup> לשיטתו, כאשר בת הזוג מתנגדת לשימוש בזרע "יש לראות בכך הבעת רצונו של המנוח שלא יעשו שימוש בזרעו", ולכן אין לערוך בירור עובדתי אשר במסגרתו יותר להורים לסתור חזקה זו.<sup>123</sup> השופט מזוז הסביר אף הוא שהבסיס הנורמטיבי לפרקטיקה מעוגן בזכות לאוטונומיה אישית, אשר ממנה נגזרת החובה לכבד את רצון החי ואת רצון המת, שהם "הגורם המרכזי (אף כי לרוב לא היחיד) המעצב את תוכנם" של ההסדרים המשפטיים בעניין הנדון.<sup>124</sup> הוא ציין כי לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה יש לתת גם משקל לאינטרס בת הזוג ולערכי החברה "כשיקולים נפרדים ונוספים לרצון הנפטר".<sup>125</sup> ואולם הוא הבהיר כי אינטרס בת הזוג הוא בגדר "שיקול נוסף המחזק ומשלים את רצונו המשוער של הנפטר", מאחר שניתן להסתפק בתשתית "המשפטית-רעיונית" המבוססת על כיבוד רצונו של הנפטר.<sup>126</sup>

לעומתם היה השופט דנציגר בדעה שאף שלנפטר עומדת הזכות כי רצונו ימומש, הנגזרת מערך כבוד המת, "ברוב רובם של המקרים לא יהיה די בזכות זו בכדי להצדיק את השימוש בזרעו".<sup>127</sup> לכן יש לתור אחר הצדקה נוספת לשימוש בזרעו.<sup>128</sup> מאחר שבמקרה זה בת הזוג אינה מעוניינת להשתמש בזרע המנוח, אי-אפשר להסתמך על זכותה להורות כהצדקה נוספת לפרקטיקה. הצדקה זו גם לא תימצא ברצונם של הורי הנפטר להעמיד מזרעו צאצאים, בשל היעדר קיומה של זכות עצמאית לסבות המכירה בזכותם של הורי ההורים

119 שם, בפס' 24 לפסק הדין של השופטת חיות.

120 שם, בפס' 25 לפסק הדין של השופטת חיות.

121 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט עמית.

122 שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט עמית.

123 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט עמית.

124 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט מזוז.

125 שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט מזוז.

126 שם.

127 שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופט דנציגר.

128 שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט דנציגר.

לתבוע את הולדת נכדיהם.<sup>129</sup> בהיעדרה של הצדקה נוספת הצטרף דנציגר להכרעת הרוב, שלפיה יש לקבל את הערעור ולבטל את פסקי הדין של הערכאות קמא.

השופט מלצר סבר אף הוא שרצון המת כשלעצמו אינו מספיק להצדקת הפרקטיקה. אולם מסקנותיו הנורמטיביות מכך היו הפוכות מאלה של השופט דנציגר: במקום להידרש לאינטרס של גורם חיצוני לנפטר מצא השופט מלצר הצדקה בקיומה של "זכות עצמאית" להמשכיות של המת, הנגזרת מהזכות לכבוד או מהזכות לחירות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>130</sup> לעמדתו, אשר הייתה במיעוט, המנוח רצה במימוש זכותו החוקתית להמשכיות גם במקרה שאלמנתו בחרה שלא להרות מזרעו, ועל בית המשפט מוטלת "החובה לפעול להגנה על זכותו זו גם לאחר מותו".<sup>131</sup>

חשובות לא פחות היו הקביעות בפסק הדין שעסקו בפרן הראייתי של הכרעות בבקשות לשימוש בזרע המת. כך למשל נקבע, שנקודת הזמן הקובעת לצורך הבאת ראיות להוכחת רצון המנוח היא "ערב פטירתו" של המנוח.<sup>132</sup> השופט מזוז הוסיף וציין בהקשר זה, כי "התיבה 'משוער' אין משמעה קביעת פיקציה לגבי רצונו של הנפטר אלא בהתחקות אחר רצונו האמיתי של הנפטר"; בהיעדר ראיות ישירות ומפורשות באשר לרצונו ניתן להסתמך על אינדיקציות כלליות וספציפיות, ככל שהן מעוגנות בניסיון החיים ובתשתית עיונית וראייתית.<sup>133</sup> השופט מזוז אף הזהיר מפני "הדילוג המחשבת-ראייתי", המאפשר לבתי המשפט להשליך מעדויות על רצונו של המנוח בילדים כאשר לרצונו בילדים לאחר מותו, "ובוודאי כאשר מדובר בילדים מאישה זרה ובניגוד לרצון אשתו אותה אהב לדעת הכל".<sup>134</sup> בפסק דין מאוחר יותר הבהיר בית המשפט, שקביעות אלה בנוגע לרף הראייתי הדרוש להוכחת הרצון המשוער חלות גם במקרים שהמנוח היה רווק,<sup>135</sup> ואולם הדרישה לראיות "מוצקות ואיתנות" ממשיכה להיות כפופה "להגיון החיים וקיומן של חזקות ראייתיות שנועדו להתגבר על קשיי הוכחה".<sup>136</sup> סייג זה מאפשר לבתי המשפט להמשיך ולהתבסס בהכרעותיהם על הנחות כלליות בדבר אבהות והולדה במסגרת תהליך ההתחקות אחר הרצון המשוער של המת, להבדיל מראיות קונקרטיות.

129 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת חיות ובפס' 14 לפסק הדין של השופט דנציגר. קביעה זו בדבר מעמדם של הורי המנוח הוגבלה למקרים שלנפטר הייתה בת זוג בצינינה כי ייתכנו מקרים ש"עשוי להתעורר הצורך להישען על זכות הורי הנפטר או הנפטרת לסבות, משום שההתחקות אחר רצון הנפטר או הנפטרת אינה מעשית".

130 שם, בפס' 5-8 לפסק הדין של השופט מלצר.

131 שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט מלצר (ההדגשה במקור).

132 שם, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת חיות.

133 שם, בפס' 11 לפסק הדין של השופט מזוז.

134 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט מזוז.

135 ראו למשל בע"מ 378/20 פלונית נ' בית החולים אסף הרופא, פס' 6-7 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 3.6.2020). כן ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 4326-03-22 פ"נ המרכז הרפואי סוראסקי, פס' 15-18 (נבו 15.1.2023).

136 בע"מ 6046-18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 2.9.2019) (להלן: עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית).

אכן, עיון מעמיק בפסקי דין שניתנו מאז פורסם פסק הדין בעניין בע"מ 7141/15 מראה, כיצד ניסיון ראשון זה להגדיר את גבולות הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות מאז שפורסמו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מתקשה לעמוד במבחן המציאות. אומנם נדחו בעקבותיו כמה בקשות של הורים להשתמש בזרע בנם המנוח,<sup>137</sup> אולם העובדה כי בית המשפט הותיר פתח עבור הורים להוכיח רצון משוער של המת במקרים חריגים מאפשרת כרסום גם בהלכה המרכזית של פסק הדין, שלפיה במקרים שלמנוח הייתה בת זוג רק היא תהיה רשאית להשתמש בזרעו. דוגמה מובהקת לכך אפשר למצוא בפסק דין אשר עסק בבקשת הורים ששכלו שניים מבניהם להשתמש בזרע בנם המנוח בעזרת אם מיועדת, חברת ילדות של אחות המנוח, 12 שנים לאחר פטירתו, אף שעובר למותו הוא היה בקשר זוגי ואף תכנן להינשא.<sup>138</sup>

בית המשפט המחוזי סבר שבמקרה דנן מתקיים החריג שהוזכר בחוות דעתה של השופטת חיות בעניין בע"מ 7141/15, המאפשר להורים להוכיח כי רצונו המשוער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו לא התמצה בהבאת ילדים רק עם מי שהייתה בת זוגו, ולכן קיבל את בקשתם.<sup>139</sup> קביעה זו נשענה ברובה על עדותם של הורי המנוח, שלפיה לאחר שאחיו הצעיר של המנוח נפטר, המנוח שאל אותם מדוע הם לא פעלו לשאיבת זרע מגופו.<sup>140</sup> עוד העידו ההורים – וגם בעניין זה המדינה ויתרה על חקירת תצהיריהם – כי המנוח היה מעוניין בהבאת ילדים לעולם, וכי הוא היה רוצה שישתמשו בזרעו לאחר מותו.<sup>141</sup> בית המשפט העליון הפך את החלטת בית המשפט המחוזי, ודחה את בקשת ההורים להשתמש בזרע בנם. השופט הנדל הסביר, שבמקרה זה לא הובאה תשתית עובדתית מספקת אשר ממנה אפשר ללמוד על רצון משוער של המת להמשכיות "שלא עם בת זוגו, להבדיל מרצון כלשהו להמשכיות", המאפשר להורי המנוח לחסות תחת החריג.<sup>142</sup> בית המשפט הוסיף והבהיר, כי "המיקוד הוא במנוח. רצונו המפורש קובע. את רצונו המשוער יש להוכיח".<sup>143</sup>

137 ראו למשל את עניין שחר נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 72. באותו עניין נדחתה בקשתם של הוריו של עמרי שחר, שנהרג בתאונת דרכים במהלך שירותו הצבאי בהיותו בן 25, להשתמש בזרעו כדי להביא לעולם נכדה ולגדלה בעצמם. בת זוגו של המנוח, שעימה הוא היה בקשר במשך שלוש שנים לפי מותו, לא התנגדה ואף הביעה תמיכה בבקשה. נפסק כי ההלכה בעניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11 "נועדה לשים קץ לאי-הבהירות באשר למצב המשפטי בסוגיה רגישה זו ולמנוע פריצת גבולותיו של העקרון... לפיו ככל שהנפטר לא ביטא את רצונו המפורש לעניין נטילת זרע ממנו לאחר מותו והשימוש בו, השימוש בזרע יתאפשר רק לפי בקשת בת זוגו – ולא איש זולתה – ולצורך הפרייתה היא" (עניין שחר נ' מדינת ישראל, שם, בפס' 13).

138 עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 136, בפס' 2.

139 שם, בפס' 4.

140 שם, בפס' 3.

141 שם.

142 ההדגשות במקור. השופט הנדל הוסיף והדגיש, כי ממילא גם אי-אפשר למצוא בפסק הדין הסכמה בקרב שופטי הרוב באשר "לקיומו וטיבו של חריג המאפשר להורי הנפטר לסתור את ההנחה שבבסיס הנחיית היועץ המשפטי לממשלה ולהוכיח כי רצונו המשוער, להבדיל מזה המפורש, היה להביא ילדים עם מי שאינה בת זוגו" (שם, בפס' 7).

143 שם.



לבסוף, מנקודת מבט נורמטיבית, פסק הדין בעניין בע"מ 7141/15 ברובו אינו מערער על המסגרת הנורמטיבית הקיימת. סייג לכך הן עמדותיהם של השופטים מלצר ודנציגר, אשר במידה רבה מאתגרות את ההנחה הרווחת בפסיקה שלפיה השאלה המרכזית שבאמצעותה יש להכריע בקשות מסוג זה היא רצון המת להביא ילדים לאחר מותו, בהציבם את הדרישה למציאת הצדקות נוספות מעבר לאינטרס המנוח. לכן, עיקר הדין הפסיקטי ממשיך לסוב סביב רצון המנוח, ללא קשר לזהות המבקשים להשתמש בזרע.

#### 4. מבט השוואתי

תמונה זו של המצב המשפטי הנוהג בישראל באשר להולדה לאחר המוות לא תהיה שלמה מבלי שתמוקם ביחס למדינות אחרות. מבט השוואתי זה מצביע על מרכזיותם בדין האתי והמשפטי בסוגיה, המתנהל במדינות אלה, של עקרונות או של ערכים כגון רצון המת, האינטרס או טובתה של בת הזוג, וכן מעמדם של הורי המנוח או של קרובים אחרים. נראה שהדוגמה הקרובה ביותר לישראל היא ארצות הברית, שם הולדה לאחר המוות אינה מוסדרת בחקיקה פדרלית או מדינתית. בהיעדרה פיתחו מספר לא-מבוטל של בתי חולים ושל מרפאות פוריות אשר התמודדו עם בקשות לנטילה או לשימוש בזרע הנפטר פרוטוקולים, שנועדו להנחות את מקבלי ההחלטות וליצור מסגרת נורמטיבית להכרעה בסוגיה.<sup>144</sup> אפשר למנות בהם את המחלקה לאורולוגיה במרכז הרפואי Weill Cornell, שהייתה מהחלוצות לפתח בשנת 2003 הנחיות מוסדיות בסוגיה.<sup>145</sup> "בלב העניין", מסבירות ההנחיות, עומד הצורך להבטיח שהנפטר באמת התכוון להביא ילדים עם בת זוגו. ברומה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, גם כאן מצוינת בת הזוג כמקור העיקרי שממנו ניתן ללמוד על כוונותיו של המנוח בנוגע להולדה לאחר המוות. ההנחיות אף מורות כי רק היא תהיה רשאית להגיש בקשה לנטילת הזרע, ובכך שוללות במפורש את האפשרות ליטול זרע לבקשת הורי הנפטר או קרובי משפחה אחרים. על בקשה לנטילת זרע להיתמך ב"ראיות משכנעות" על כך שהנפטר היה רוצה להביא ילדים בדרך זו, וכן להיות מוסכמת על כלל בני המשפחה הקרובה.

דוגמה נוספת לניסיון לשרטט את גבולות הפרקטיקה בהקשר האמריקני אפשר למצוא ברוח ועדת האתיקה של ה-American Society for Reproductive Medicine (להלן: ועדת ה-ASRM).<sup>146</sup> דוחות אלה, המתפרסמים מעת לעת בנוגע לסוגיות מרכזיות של רפואה

144 ראו למשל Nicholas J. Waler, *Policy on Posthumous Sperm Retrieval: Survey of 75 Major Academic Medical Centers*, 197 J. UROLOGY e1341 (2017).

145 Jenifer A. Tash et al., *Postmortem Sperm Retrieval: The Effect of Instituting Guidelines*, 170 J. UROLOGY 1922 (2003). ההנחיות פורסמו לראשונה בשנת 2003 במסגרת מחקר אמפירי שבחן את ההשפעה של ההנחיות על מספר ההליכים לשאיבת זרע שבוצעו במוסד הרפואי בין השנים 1994-2002. כעת ההנחיות מצויות באתר בית החולים ומתעדכנות מעת לעת. ראו *Postmortem Sperm Retrieval (PMSR)*, WEILL CORNELL MED. UROLOGY, <https://weillcornell.org/services/urology/male-infertility-and-sexual-medicine/patient-resources/postmortem-sperm-retrieval>.

146 Ethics Comm., Am. Soc'y for Reproductive Med., *Posthumous Retrieval and Use of Gametes or Embryos: An Ethics Committee Opinion*, 110 FERTILITY & STERILITY 45,

ופריון, נועדו להנחות אנשי מקצוע, גופים ומוסדות המעניקים שירותי פריון. הרוח מזהה את הנפטר, את בת זוגו ואת היילוד העתידי בתור בעלי האינטרסים המרכזיים בהליך. באשר לנפטר, נמצא שלפרטים, ככלל, יש אינטרס בשאלה אם ייוולדו להם צאצאים לאחר מותם; לכן במקרה שהמנוח הותיר אחריו הנחיות מפורשות האוסרות על שימוש בזרעו לאחר מותו – יש לכבדן.<sup>147</sup> לעומת זאת, לא בהכרח שלנפטר עומדת זכות להורות לאחר המוות המחייבת את הנותרים בחיים לכבדה.<sup>148</sup> מעניין לציין שהרוח מבחין בין מקרים שלמנוח הייתה בת זוג, שאז האינטרס המשותף בילד עם קרבה גנטית הוא חזק יותר, למקרים שהמנוח היה רווק, שאז הטעוץ לטובת הולדה לאחר המוות הוא הרבה פחות "משכנע".<sup>149</sup> לדעת ועדת ה-ASRM, נטילת זרע ושימוש בו לאחר המוות מוצדקים מבחינה אתית כאשר יש הסכמה בכתב מהמת. ועדת ה-ASRM אינה שוללת את האפשרות להיענות לבקשות מסוג זה גם בהיעדר הסכמה בכתב, אלא מציינת שבמקרים שכאלה אין על הרופאים חובה אתית להיענות להן.<sup>150</sup> לעומת זאת, אין להיענות לבקשות שאינן נתמכות בהסכמה בכתב במקרים שהמבקשים הם הורי המנוח. לשיטת ועדת ה-ASRM, במקרים אלה אי-אפשר להצביע על מאמץ רבייתי משותף המצדיק להתיר להורים להשתמש בתאי רבייה של ילדיהם, ורצונם בנכדים אינו מעניק להם טענה אתית על תאי הרבייה של ילדיהם.<sup>151</sup>

בתי המשפט האמריקניים נדרשו אף הם לסוגיה של הולדה לאחר המוות, אולם גם כאן אי-אפשר להצביע על מגמה אחידה. אחד מפסקי הדין הבולטים בסוגיה עסק במנוח שהביע במפורש את רצונו, כי מבחנות הזרע אשר הקפיא לפני שנטל את חייו יועברו לרשות בת זוגו על מנת שתשתמש בהן כדי להביא צאצאית לעולם במידה שתתפוזן בכך.<sup>152</sup> בית המשפט פסק לטובת בת הזוג חרף התנגדותם של ילדיו האחרים של המנוח, וקבע כי למנוח יש אינטרס מעין-קנייני בזרע, שעיקרו היכולת לקבל החלטות ולהכריע בדבר השימוש בו לאחר מותו ("decision-making authority").<sup>153</sup> אולם בקשות לשימוש בזרע מצד אלמנות או הורים שכולים אושרו גם בהיעדר ראיות מפורשות באשר לרצון המת.<sup>154</sup> בחלק מן המקרים התבססו בתי המשפט על "כוונה משוערת" שנלמדה מעדויות בני משפחה, בדומה לנעשה בישראל;

.48-49 (2018)

שם, בעמ' 46.

שם, בעמ' 45.

שם, בעמ' 46.

שם, בעמ' 48.

שם.

152 Hecht v. Superior Court (*Hecht II*), 20 Cal.Rptr.2d 275, 281 (Ct. App. 1993). ראו גםPatrick Monahan, *The Legal and Ethical Considerations of the Posthumous Retrieval of Gametes*, 14 St. Louis U. J. HEALTH L. & POL'y 83 (2020).

שם, בעמ' 283.

154 אומנם קשה לאמוד את היקף הפרקטיקה בארצות הברית, הן בשל העובדה שמרבית פסקי הדין אינם מתפרסמים והן בגלל שרבים מן המקרים כלל לא מגיעים לפתחם, אך ישנם נתונים המלמדים על היקף התופעה בצורה עקיפה – כך למשל, מספרם הגדול של המוסדות הרפואיים המפתחים פרוטוקולים בסוגיה וכן מספר הבקשות לזכויות סוציאליות שהוגשו עבור ילדים שנולדו באמצעות הולדה לאחר מוות. ראו בהקשר זה Waler, לעיל ה"ש 144. כן ראו Arianne

בתי המשפט ביקשו גם להיבנות מחקיקה החולשת על תרומת איברים, המאפשרת לקרובי הנפטר לקבל החלטות באשר לאיבריו.<sup>155</sup> עם זאת ספק אם דברי חוק אלה חלים גם על תאי רבייה, שכן אין מדובר בחקיקה המסדירה במישרין הולדה לאחר המוות.<sup>156</sup> בניגוד לארצות הברית ולישראל, באנגליה הולדה לאחר המוות מוסדרת בחוק. הגם שאין איסור גורף על הפרקטיקה, היא מותנית בהסכמה מפורשת ("effective consent") של המנוח לכל אחד מן השלבים, לרבות נטילה, אחסון ושימוש בזרע למטרות הולדה.<sup>157</sup> אולם למרות הבהירות היחסית המאפיינת את המסגרת החוקית החולשת על הסוגיה באנגליה, הפסיקה בסוגיה מגלה תמונה מורכבת יותר. בפרט עולה, כי זרע ניטל מן המת גם בהיעדר הסכמה מפורשת.<sup>158</sup> יתרה מזאת, בכמה מקרים שהזרע ניטל בצורה לא-חוקית התיירו בתי המשפט להוציאו מחוץ לגבולות המדינה על מנת לעקוף את האיסור על שימוש בזרע בהיעדר הסכמה מפורשת.<sup>159</sup> "פשרה" זו מדגימה את הגישה הפרגמטית שנקטו בתי המשפט בסוגיה, בהעדיפם שלא לתת לקצירת הזרע – גם אם נעשתה בצורה לא-חוקית – להיות לשווא.<sup>160</sup> מנגד, יש מי שטוענים שגישה זו היא תמריץ עבור בני משפחה להפך את החוק.<sup>161</sup> בכל מקרה, הניסיון האנגלי עם הולדה לאחר המוות ממחיש את הפער שבין המסגרת הרגולטורית, אשר העמידה את אינטרס המנוח במרכז בעצם הדרישה להסכמה מפורשת, לבין הפרקטיקה, שבה ניתן לאינטרס של בנות זוג או של הורים משקל מכריע.

לבסוף, אם ישראל ממוקמת בצד אחד של המנעד בשל גישתה המתירנית להולדה לאחר המוות, גרמניה, למשל, נמצאת בקצה האחר. החוק הגרמני שנחקק כבר בשנת 1990 אוסר במפורש על שימוש בזרע או בביצית של מתים לצורכי הולדה.<sup>162</sup> חוק זה ייתר במידה רבה

- Renan Barzilay, *You're on Your Own, Baby: Reflections on Capato's Legacy*, 46 IND. L. REV. 557, 562 (2013).
- 155 ראו למשל *In re Zhu*, 103 N.Y.S.3d 775, 776 (Sup. Ct. 2019). כן ראו Bethany Spielman, *Pushing the Dead into the Next Reproductive Frontier: Post Mortem Gamete Retrieval Under the Uniform Anatomical Gift Act*, 37 J. L. MED. & ETHICS 331 (2009).
- 156 Mary Kathryn Sapp, *In re Zhu: Implied Consent to Posthumous Sperm Retrieval*, 23 SMU SCI. & TECH. L. REV. 89, 95-98 (2021).
- 157 N. Hyder-Rahman, *The Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, sch. 3 *Regulating Posthumous Reproduction in the Netherlands and the UK*, 2020 FAM. & L.
- 158 שם. עוד עולה, כי ישנה אי-בהירות באשר למסגרת החוקית החלה על שלב נטילת הזרע, להבריל מהשימוש בו.
- 159 ראו למשל *R v. HFEA ex parte Blood* [1997] 2 All ER 687 (CA). פסק דין זה, אולי המפורסם ביותר שניתן בסוגיה באנגליה ובכלל, עסק בזרע שניטל מאדם לבקשת אלמנתו בעת שהיה שרוי בתרדמת ומבלי שניתנה הסכמתו המפורשת לכך.
- 160 Hyder-Rahman, לעיל ה"ש 157, בעמ' 4.
- 161 Anna Smajdor, *Perimortem Gamete Retrieval: Should We Worry About Consent?*, 41 J. MED. ETHICS 437, 437-442 (2015).
- 162 Yael Hashiloni-Dolev & Silke Schicktanz, *A Cross-Cultural Analysis of Posthumous Reproduction: The Significance of the Gender and Margins-of-Life Perspectives*, 4 REPROD. BIOMEDICINE & SOC'Y ONLINE 21, 27 (2017). לטענת הכותבות, ניתן לערער על הסיווג הדיכוטומי, הממצב את ישראל בקצה האחד ואת גרמניה בקצה האחר, באמצעות בחינה

את הדיון סביב הפרקטיקה של קצירת זרע מן המת ושימוש בו. גם בצרפת, חוק שנחקק בשנת 1994 בעקבות החלטת בית משפט שהתירה לאישה להשתמש בזרע בעלה המנוח קובע, כי השימוש בטכנולוגיות פיריון לצורכי הולדה מוגבל לבני זוג ששניהם בחיים ואשר נתנו את הסכמתם להליך.<sup>163</sup> גישה מגבילה זו כלפי הולדה לאחר המוות רווחת גם במדינות נוספות באירופה, ובכלל זה הונגריה, שוודיה וסלובניה.<sup>164</sup>

## 5. סיכום ביניים

בשלושת העשורים שחלפו מאז שהחלה הולדה לאחר המוות לרווח, האינטרס בדבר כיבוד רצון המת הפך לשיקול מרכזי ואף מכריע בפסיקת הערכאות הדיוניות בבקשות לשימוש בזרע של המת. בתוך כך נסב הדיון הפסיקתי כמעט בלעדית סביב השאלה הראייתית אם הולדה לאחר המוות עולה בקנה אחד עם רצון המנוח. גם מפסיקת בית המשפט העליון עולה כי זרם מרכזי סבור שהערך הנורמטיבי המכריע החולש על הסוגיה הוא הגשמת רצון הנפטר, בניגוד להנחיות היועץ המשפטי לממשלה שלפיהן רצון המת הוא גורם אחד "בין מכלול הגורמים" שיש לבחון. קולות בודדים שביקשו לפרוץ את גבולות הדיון הנורמטיבי ולתור אחר הצדקות נוספות לפרקטיקה נותרו בדעת מיעוט, משלא זכו לתמיכת רוב השופטים. זאת ועוד, בשנים מאז שהפרקטיקה החלה רווחת התרחב מעגל המבקשים להשתמש בזרע המת. נודעו מקרים שמבקשי השימוש היו לא רק בנות זוג אלא גם בנות זוג לשעבר, דודות ומכרות של הנפטר, נשים שהמת כלל לא הכיר ובייחוד הורים. למרות סטייה מהותית זו מן התרחיש שחזו מנסחי ההנחיות, ברוב המוחלט של המקרים התמקדה הכרעת בתי המשפט בשאלה הראייתית אם המבקשים יכולים להוכיח כי רצונו המשוער של הנפטר היה כי יועמדו לו צאצאים לאחר מותו.

לבסוף, עולה כי בעוד שהנחיות היועץ המשפטי לממשלה התייחסו לרצון המת – המפורש או המשוער – כעניין עובדתי הדורש הוכחה באמצעות ראיות קונקרטיות, בפועל בתי המשפט מתבססים בהכרעותיהם על עדויותיהם של בני המשפחה המבקשים בדבר התנהגויות והתבטאויות של הנפטר שמהן ניתן ללמוד על רצונו, ולא על ראיות מוצקות. כך למשל, עיון בפסיקת הערכאות הנמוכות מצביע על הרחבה של מעגל העדים שביכולתם להעיד על רצון המנוח בסוגיה אינטימית זו, כך שכעת הוא כולל את הוריו, את קרובי משפחתו (דודים, בני דודים), את חבריו ואף אנשי מקצוע שבאו עימו במגע בחייו. לעומת זאת, במרבית פסקי הדין שפורסמו עדות בת הזוג, אשר לרוב עימה מתקבלות החלטות בנוגע להולדה, אינה חלק מהתשתית הראייתית שעליה נשען בית המשפט בהכרעתו. התפתחות

של תרחישים נוספים המצויים על הגבול שבין חיים למוות, כך למשל חיבור של נשים בהיריון השרויות במוות מוחי למכשירי החיאה עד לסיום ההיריון (שם, בעמ' 26-27).

Karène Parizer-Krief, *Postmortem Procreation in French and British Law*, 5 CULT. RES. 163  
91, 98-100 (2016).

Kateryna Moskalenko, *Posthumous Reproduction: Comparative Review of Legislation and Court Practice*, in UKRAINIAN HEALTHCARE LAW IN THE CONTEXT OF EUROPEAN AND INTERNATIONAL LAW 173, 175-76 (Roman Maydanyk, André den Exter & Iryna Izarova eds., 2022).

חשובה נוספת בהקשר זה היא שהמדינה מוותרת על זכותה לחקור עדים אלה על תצהיריהם בשל רגישות הסיטואציה, על אף שמדובר באחד הכלים הבסיסיים ביותר הקיימים בדיני הראיות המאפשרים לברר את כנותן של העדויות. פער זה אומנם זכה להתייחסות מסוימת בפסיקת בית המשפט העליון, אולם ניכר שהערכאות הדיוניות ממשיכות להתבסס על רצון משוער עמום, להבדיל מראיות של ממש המעידות על רצון להולדה לאחר המוות בנסיבות המבוקשות.

בחינה ביקורתית של התפתחויות אלה במקובץ מעלה, כי הגישה הממוקדת ברצון הנפטר אינה מבחינה נורמטיבית בין התרחישים השונים שבהם מבוקש שימוש בזרעו של הנפטר. גם אם מקבלים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, שלפיה במקרים שבת הזוג היא המבקשת להשתמש בזרע המנוח ישנה הצדקה לפרקטיקה בדמות זכותה להורות (שכאמור אינה מבוססת על דיון מעמיק או מקיף), השאלה אילו אינטרסים וזכויות עומדים להורי המנוח או לצדדים שלישיים נוספים נותרה ללא מענה. דומה כי ההתמקדות בשאלה הראייתית בדבר רצון המנוח מחמיצה – אולי אפילו במכוון – את הצורך לדון ואף להכריע בשאלה עקרונית זו. קושי נוסף העולה מרידוד הדיון בבקשות להולדה לאחר המוות לשאלה הראייתית בדבר רצון המנוח טמון ברף הראייתי הנמוך שבו בתי המשפט מסתפקים לצורך הוכחת רצון המת, על רקע היעדרן של ראיות קונקרטיות באשר לרצון המנוח בסוגיה ייחודית זו.<sup>165</sup> במובן זה ישנו פער בין הרטוריקה הרווחת בפסיקה, המדגישה את החשיבות של רצון המת כערך עליון שעל בסיסו יש להכריע בקשות להולדה לאחר המוות, לבין הפרקטיקה, שבמסגרתה רצון המת המשוער נותר בגדר "פיקציה", אם לנקוט את לשונו של השופט מזוז בעניין בע"מ 7141/15.<sup>166</sup>

לצד ביקורת דסקריפטיבית זו, המתמקדת בקושי העולה מן המצב הקיים לאור פסיקת בתי המשפט בסוגיה, הפרק הבא מבקש להוסיף ולערער גם על הנחות היסוד שבבסיסה. לגישתנו, הפרקטיקה שבמסגרתה בקשות להולדה לאחר המוות מוכרעות באמצעות השאלה, אם הדבר עולה בקנה אחד עם רצון המת, מניחה כי רצון זה מהווה כשלעצמו הצדקה להולדה לאחר המוות. אנו סבורים כי הנחה זו טעונה דיון וברור שטרם מצאו מענה בכתובה האקדמית בסוגיה. לדיון זה נפנה כעת.

## ב. זכויות המת להורות או להמשיכות – מבט ביקורתי

פרק זה מציע בחינה מחודשת של העמדה, שלפיה עקרונות משפטיים בדבר המצווה לקיים את רצון המת, כמו גם את זכותם של מתים לכבוד, מקימים זכות לכך שרצונו המפורש או המשתמע של המנוח להביא ילדים לעולם לאחר מותו באמצעות זרעו יכובד. נפתח ברקע תאורטי על זכויות המת, שבו נציג מתווה אנליטי שפותח בספרות המחקר לצורך הכרעה בשאלה אילו – אם בכלל – רצונות, ציפיות או אינטרסים יש לכבד לאחר

165 ביקורת זו מצטרפת לביקורות מוקדמות שנשמעו בנוגע לפסיקת בתי המשפט בסוגיה, המבקשות להצביע על "עומק ההבדל שבין הרצון הברור והמובהק של החיים... לבין הרצון העמום" של המת, המוסק בדיעבד מפרשנות מרחיבה לדברים שאמר בחייו. השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 34, בעמ' 44-45.

166 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 11 לפסק הדין של השופט מזוז.

המוות. לאחר מכן נעבור לדון במקרה הפרטי של "הזכות" להולדה לאחר מוות. חלק זה ידון תחילה בזכות להביא ילדים לעולם, כביטוי אחד של הזכות להורות במשפט הישראלי, במטרה לבחון אם זכות זו שורדת גם לאחר המוות. נטען כי אתיקת ההורות המנחה את המשפט הישראלי בהקשרים שונים אינה מאפשרת להכיר בזכות להבאת ילדים לעולם כשהיא אינה כוללת קבלת אחריות הורית על גידול הילדה העתידית ומעורבות בגידולה, רכיבים שאינם מתקיימים במקרה של הולדה לאחר המוות. בהמשך נערער גם על תקפותן של המשגות קרובות נוספות של זכות המת בהקשר של הולדה לאחר המוות, בפרט אלה המבקשות להבין את הפרקטיקה כאמצעי למימוש הזכות או האינטרס "בהמשכיות". לאחר מכן נעבור לדון ברצון המת שלא להביא ילדים לעולם אחר מותו. נסביר מדוע בניגוד לפן החיובי של הזכות להורות, יש להגן על הציפייה של אדם שלא יהיה שימוש בזרעו לאחר מותו לאור תוכנן ומעמדן של הזכות שלא להיות הורה וזכות האדם על גופו.

נבחר כי כמו בנוגע לפרקטיקות הולדה אחרות הנשענות על טכנולוגיות הולדה מלאכותיות, כגון שאיבת זרע או הפריה מלאכותית, התשובה על השאלה אם הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות היא מותרת או אסורה נגזרת מאיזון בין הזכויות והאינטרסים המצדיקים את הפרקטיקה לבין אלה שעלולים להיות מושפעים ממנה. במקרה של הולדה לאחר המוות, זכויות המתים, החיים ואף האינטרסים של ילדים עתידיים מונחים משני צידי המתרס. מטרת הדיון שלהלן היא לעמוד על תוכנן ועל היקפן של זכויות אלה, כפי שהוכרו בדיון, כחלק מתהליך של גיבוש מסגרת נורמטיבית אשר תבחין בין מקרים שראוי להתיר את הפרקטיקה לבין מקרים שיש לאסור עליה.

## 1. רקע אנליטי

הביטוי "מצווה לקיים דברי המת" שגור בדיני הירושה, והוא משקף את המשקל שהדיון בתחום זה נותן להגשמת רצונו האחרון של האדם בכל הנוגע לרכושו.<sup>167</sup> לצד הדיון בדיני הירושה, בספרות המשפטית מתנהל דיון ערני בנושא זכויות נוספות של אנשים שנפטרו, כגון הזכות לכבוד, לפרטיות, לאוטונומיה וכיוצא באלה.<sup>168</sup> דיון זה בנוגע לזכויות המתים

167 על הדגשת רצונו של המצווה ישנה ספרות ענפה. ראו ע"א 5717/95 וינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792, 806, 810-813 (2000); ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 745 (1994). לדיון מעמיק וביקורתי בעיקרון וביישומו בישראל, ראו Daphna Hacker, *The Rights of the Dead Through the Prism of Israeli Succession Disputes*, 11 INT'L J. L. CONTEXT (2015) 40, 46-55. כן ראו שלי קרייצר-לוי "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות" **משפט ועסקים** כב 165, 173-177 (2019).

168 ראו למשל ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 801 (1993) ("כבוד האדם בעניינינו משמעו, בראש ובראשונה, כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר"). בנושאים אלה ישנה ספרות עשירה, ראו למשל מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" **עיוני משפט** לא 57 (2008); השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 34; וכן Matthew H. Kramer, *Do Animals and Dead People Have Legal Rights?*, 14 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 29 (2001); JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS* (1987); RAY D. MADOFF, *IMMORTALITY AND THE LAW: THE RISING POWER OF THE AMERICAN DEAD* (2011); Kirsten Rabe Smolensky, *Rights of the Dead*, 37 HOFSTRA L. REV. 763 (2009).

או לחובה להגשים את ציפיותיהם, הן בהקשר של דיני הירושה והן בהקשרים אחרים, חושף קשת רחבה של עמדות.<sup>169</sup> בקצה האחד של המנעד ניצבות עמדות של מי שסבורים שלמתים ככאלה אין רצונות ואינטרסים הראויים להגנה משפטית, ולכן גם אין להם זכויות. כך למשל, בתחום דיני הירושה הוצגה ביקורת נוקבת על הרטוריקה הרווחת בפסיקה, שלפיה זכויות הקניין של החי ברכושו בחייו מצדיקות כשלעצמן את החובה לציית לרצונו באשר לשימוש בהם לאחר מותו.<sup>170</sup> גישות אלה אינן מייצגות את הדין הנוהג, והן מבקרות את הרטוריקה השלטת בשיח המשפטי בעניין הזכויות והרצונות של מתים.<sup>171</sup>

עמדות הקרובות מבחינה עיונית אך שונות בהשלכותיהן המעשיות מקבלות את הטענה העקרונית שלפיה למתים אין זכויות, ובכל זאת מבקשות לכבד רצונות או ציפיות של אנשים חיים לפני מותם, בשל ההשפעה המעשית שיש לידיעה של בני אדם כי רצונם יכובד לאחר מותם על מעשיהם ועל התנהלותם במהלך חייהם. יש מי שטוענים כי הצדקה תועלתנית מסוג זה היא שעומדת בין היתר בבסיסם של דיני צוואות. על פי עמדה זו, אילולא דיני ההורשה המקובלים, המורים לכבד את רצון המת, היו בני אדם מבזבזים את כספם בחייהם או מעבירים אותו במתנה ליקיריהם בעודם בחיים.<sup>172</sup> גרסה אחרת של גישה זו פוסעת מעבר להצדקה התועלתנית הממוקדת בהשפעה אינסטרומנטלית על התנהגות אנשים בחייהם, וטוענת שיש להגן על רצונותיהם או על ציפיותיהם של מתים כדי לספק מענה לצורך של החיים לדעת שרצונם או אינטרסים מסוימים שלהם יכובדו לאחר מותם. צורך זה מוגן באמצעות הזכות לאוטונומיה ולכבוד האדם של בני אדם בעודם בחיים.<sup>173</sup> על פי גישות אלה, הן בהקשר של דיני הירושה והן בהקשרים נוספים, גם אם אין מקום להכיר במושג משפטי של "זכות המת", הרי ראוי להכיר בזכויות האדם החי שכעת הוא מת.<sup>174</sup> בתוך כך אפשר למנות את תאוריית דיני הירושה של שלי קרייצר-לוי, שלפיה בבסיס הציפוי לכבד את דברי המת עומד הרצון לאפשר לאדם החי להביע את חזון ההמשכיות שלו בעולם לאחר מותו, ושהידיעה שחזון זה יכובד מספקת הקלה ודרך התמודדות לבני אדם חיים עם סופיות המוות.<sup>175</sup> המשגות קרובות של זכויות המתים עניינן קיומו של חוזה חברתי, שבמסגרתו מתחייבים החיים לכבד רצונות ואינטרסים של בני אדם אחרים גם לאחר מותם.<sup>176</sup>

169 לניסיון ייחודי להציע טיפולוגיה של העמדות בתחום, ראו Hacker, לעיל ה"ש 167, בעמ' 46-40.

170 להצגה נוקבת של הביקורת, ראו למשל Mark L. Ascher, *Curtailing Inherited Wealth*, 89 MICH. L. REV. 69, 83-84 (1990). ראו גם James Stacey Taylor, *The Myth of Posthumous Harm*, 42 AM. PHIL. Q. 311 (2005).

171 ראו Michael J. Meyer, *Dignity, Death and Modern Virtue*, 32 AM. PHIL. Q. 45 (1995). לניתוח עמדות נוספות ברוח זו, ראו Hacker, לעיל ה"ש 167, בעמ' 43-42.

172 ראו על כך למשל Adam J. Hirsch & William K.S. Wang, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 IND. L.J. 1, 12-14 (1992).

173 לעמדות ברוח זו, ראו Hacker, לעיל ה"ש 167, בעמ' 44.

174 ראו בהקשר זה בירנהק, לעיל ה"ש 168, בעמ' 77.

175 ראו קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 167. כן ראו Shelly Kreiczler-Levy, *Inheritance Legal Systems and the Intergenerational Bond*, 46 REAL PROP. TR. & EST. L.J. 495 (2012).

176 Ernest Partridge, *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, 91 ETHICS 243 (1981).



לכסוף, בקצה השני של הספקטרום, יש מי שסבורים כי ישנם אינטרסים שיש להם קיום עצמאי, ללא קשר למודעות של בעל האינטרס על קיומו או על פגיעה בו. לפי גישה זו, לאינטרסים מסוימים של בני אדם, כגון אינטרסים העוסקים בכבוד האדם ובזכות האדם על גופו, יש קיום גם לאחר המוות, ומשום כך אפשר לדבר על אינטרסים ועל זכויות של מתים.<sup>177</sup> הגם שאין להמעט בחשיבות העיונית והמעשית של הדיונים בעניינים הללו, לצורך הדיון במחקר הנוכחי אין צורך להכריע בין הגישות, ואת דיוננו ינחו עקרונות שהוצעו בספרות הישראלית והכללית כדי לגבש הכרעה בשאלה אם יש להכיר בזכות לאחר המוות.<sup>178</sup> נקודת המוצא של דיון זה היא שלא כל זכות שהייתה מוכרת בחיים יש להכיר בה גם לאחר מוות, אלא יש צורך בדיון פרטני בטיב הזכות כדי לבחון אם מדובר בזכות השורדת את המוות. כך למשל, ישנם זכויות ואינטרסים אשר מעצם טבעם אינם משתרעים לאחר המוות, כגון חופש הביטוי או חופש התנועה, שהרי המת אינו יכול עוד לבטא את עצמו או לנוע. הדיון בשאלת ההכרה בזכויות המתים מחייב גם התייחסות לשיקולים נוספים שאינם מתעוררים בהקשר של החיים, כגון משך הזמן שחלף מאז המוות, חוסר היכולת של המת לעדכן את רצונותיו וצרכיו וכן היכולת להתחקות אחר רצון המת במקרה שהוא לא הובע במפורש.<sup>179</sup> אולם גם מנקודת מבט נורמטיבית, לא כל רצון או ציפייה של נפטר מחייבת את הגשתה לאחר מותו, מכמה סיבות.<sup>180</sup> סיבה אחת היא שההצדקות להכרה בזכות מסוימת, לאור מהותה ותוכנה, לא בהכרח מתקיימות לאחר המוות.<sup>181</sup> סיבה אחרת היא שזכות אינה עניין ערטילאי; ההכרה בזכות מטילה חובה על הנשאים בחיים לכבד את הציפייה של החי שרצונו יכובד, ולא כל ציפייה די בה כדי ליצור חובה מעין זו. לכן, על השאלה אם יש לכבד ציפייה של הנפטר לאחר המוות לעבור גם במסגרת נורמטיבית, הבוחנת אם מדובר בציפייה סבירה בהתאם לנורמות החברתיות המקובלות.<sup>182</sup>

- 177 ראו למשל FEINBERG, לעיל ה"ש 168, שלפיו ישנם אינטרסים שיש להם קיום גם לאחר המוות. כן ראו Smolensky, לעיל ה"ש 168. עוד ראו T.M. Wilkinson, *Last Rights: The Ethics of Research on the Dead*, 19 J. APPLIED PHIL. 31 (2002), שלפיו האינטרס של החי באשר למה שיקרה לאחר מותו שורד לאחר המוות גם אם החי שוב אינו מודע לפגיעה באינטרס שלו. לעמדות ברוח זו הנשענות על אמונה דתית, ראו Hacker, לעיל ה"ש 167, בעמ' 45. מאמרנו יתמקד בעמדות האזרחיות, ולא ייתן ביטוי לתפיסות הדתיות בנושא.
- 178 בירנהק, לעיל ה"ש 168. כן ראו Kramer, לעיל ה"ש 168. בירנהק וקרמר שייכים לאסכולה שלפיה למתים ככאלה אין אינטרסים, והאינטרסים הראויים לכבוד הם אלה של חי שהפך למת. עם זאת גם מי שמחזיקים בעמדה שלפיה למתים ככאלה יש אינטרסים (ראו למשל FEINBERG, לעיל ה"ש 168) מסכימים שלא כל האינטרסים של החיים ממשיכים לחול לאחר המוות. משום כך, גם על פי דעות אלה יש לבחון את טיב האינטרס ואת הרלוונטיות שלו לאחר מוות. ראו למשל Smolensky, לעיל ה"ש 168.
- 179 ראו Wilkinson, לעיל ה"ש 177, בעמ' 33-34, 38. כן ראו Smolensky, לעיל ה"ש 168, בעמ' 770-774; בירנהק, לעיל ה"ש 168, בעמ' 61.
- 180 כפי שראינו לעיל בפרק א, עמדה זו מצאה ביטוי גם בפסיקה. כך למשל, השופט עמית הזהיר מפני הפרזה ברטוריקה המדגישה את רצון המת כשיקול מכריע. ראו עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 8 לפסק הדין של השופט עמית.
- 181 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 168, בעמ' 60-61.
- 182 שם, בעמ' 60.



היבט חשוב נוסף של הדיון בשאלה אם ובאילו זכויות יש להכיר לאחר המוות עוסק באינטראקציה שבין הזכות הנטענת לבין צרכים, רצונות וזכויות של צדדים נוספים.<sup>183</sup> מרבית הדיון האקדמי עסק ביריבות שבין זכויות המת לבין זכויות הנותרים בחיים, ובפרט באופן שבו מימוש "זכות" המת להורות עלול להוביל לפגיעה בזכויות ובאינטרסים של החיים.<sup>184</sup> אולם כפי שנראה בהמשך, ההתמקדות באינטרסים ובזכויות התומכים בפרקטיקה, להבדיל מאינטרסים וזכויות החותרים תחת ההצדקות לה, מגלה כי חלקם מהווים כשלעצמם הצדקה לפרקטיקה באופן שמייתר את הצורך לתור אחר זכויות המת. לצד זאת ישנם מקרים שיצירת הבחנה חדה בין האינטרסים של המת והאינטרסים של החיים אינה אפשרית בשל אינטראקציה מורכבת בין הרצונות והצרכים של הצדדים המעורבים. עמדה זו, שלפיה המצווה לקיים את רצון המת דורשת הצדקות נורמטיביות המצויות באינטרסים ובזכויות של החיים, הושמעה בנוגע לדין הקיים בהקשרים אחרים כגון רכוש וקניין.<sup>185</sup> אנו סבורים שיש לה משנה תוקף כאשר מדובר ברצון להביא ילדים לעולם לאחר המוות.

## 2. רצון המת להביא ילדים לעולם לאחר מותו

הרקע התאורטי שנדון עד כה מעלה, כי רצון המת כשלעצמו אינו מספיק כדי להכיר בקיומה של זכות לאחר המוות, וכי יש לערוך בחינה פרטנית של אופייה של הזכות הנתונה למי שחיים וכיצד היא מוצאת ביטוי לאחר המוות. בהקשר של הולדה לאחר המוות עולה השאלה אם יש להכיר בזכות להביא ילדים לעולם גם לאחר המוות. שאלה זו תיבחן לאור מהותה ותוכנה של הזכות להורות.

### (א) "הזכות" להורות לאחר המוות בראי אתיקת ההורות

לזכות להורות במשפט הישראלי והמערכי יש כמה היבטים. היבט אחד הוא הזכות של הורים לגדל את ילדיהם, לחנכם ולקבל החלטות בעניינם.<sup>186</sup> יישומה של זכות זו ויחסה לעקרונות

183 שם, בעמ' 61; ראו Kramer, לעיל ה"ש 168. כן ראו JOHN A. ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE: FREEDOM AND THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES 30 (1994) (להלן: ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE).

184 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 168, בעמ' 61.

185 ראו שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנה היה אדם ואיננו": על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" עיוני משפט לח 571 (2016). לטענת הכותבות חזון ההמשכיות מחייב התייחסות דוקטורית ומשלימה הן לרצון המוריש והן לצורכי היורשים. לפרשנות דומה לדיני היירושה, ראו גם קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 167; Kreiczer-Levy, לעיל ה"ש 175. עוד ראו ענת ליפשיץ "בין פגיעות לאוטונומיה: מבט משפטי על קשרים בין-דוריים של זקנים" מחקרי משפט לד (צפוי להתפרסם ב-2023), המציעה עמדה משלה בסוגיה.

186 ראו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פס' 7 לפסק הדין של הנשיא שמגר (1995) (להלן: עניין פלוני, קטין נ' פלוני) ("זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם"); בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 15 לפסק הדין

טובת הילד מציבה אתגר גדול, שנדון בו בהמשך הדברים.<sup>187</sup> היבט אחר הוא הזכות להיות מוכר כהורה משפטי, זכות הקשורה להגדרה המשפטית של הורה ולפעור שיש לעיתים בינה לבין ההגדרה הביולוגית.<sup>188</sup> הדיון בהיבט זה של הזכות מתעורר, למשל, במסגרת המאבק המשפטי של זוגות מאותו המין על מעמד של בני הזוג שאינם קשורים גנטית לילדיהם.<sup>189</sup> היבט אחרון הוא הזכות להביא ילדים לעולם. זכות זו מתייחסת במצבים מסוימים להולדה באמצעים טבעיים, כלומר באמצעות יחסי מין.<sup>190</sup> אולם בעשורים האחרונים העיסוק בזכות מתעורר בעיקר בהקשר של פרקטיקות הולדה מלאכותיות, כגון תרומת ביצית, תרומת זרע ופונדקאות.<sup>191</sup> הדיון הנוכחי יתמקד בהיבט זה, כלומר בתוכנה ובהיקפה של הזכות להביא ילדים לעולם.

- 187 של השופט ג'ובראן (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד (סד) 122 (2011). עוד ראו פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך 44-51 (1989).  
 ראו גם Rhona Schuz, *The Developing Right to Parenthood in Israeli Law*, INT'L SURVEY OF FAM. L. 197 (2013); לביקורת על התמקדות הפסיקה בהיבט הפרייון של הזכות להורות ועל ההתמקדות בזכות להפוך להורה, ולטענה כי יש לחזק את ההגנה על האפשרות לשמש הורה פעיל, ראו דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275, 281 (2005).
- 188 ראו להלן פרק ג.3 והערות שם.
- 188 רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311 (2002); Shahaar Lifshitz, *Neither Nature Nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood*, 8 LAW & ETHICS HUM. RTS. 297 (2014).
- 189 ראו בג"ץ 566/11 ממש מגד נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 493, פסק דינו של השופט ג'ובראן (2014), שעסק בעיגון ההורות של בן הזוג של ההורה הביולוגי ודן בזכות זו מנקודת המבט החוקתית, הממוקדת בזכות להורות כמו גם בזכות לשוויון. כן ראו בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (נבו 26.7.2020); דנ"א 1297/20 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 25.7.2022); שחר ליפשיץ "אתיקת ההורות והזכות להורות המשותפת של בני זוג מאותו המין" ספר סלים ג'ובראן 621 (אהרון ברק ואח' עורכים 2023) (להלן: ליפשיץ "אתיקת ההורות"); שחר ליפשיץ "הזכות להורות של בני זוג מאותו המין לנוכח אתיקת ההורות" מחקרי משפט לד (צפוי להתפרסם ב-2023) (להלן: ליפשיץ "הזכות להורות"); איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ארבעים (ומשהו) שנה של עיוני משפחה" עיוני משפט מ 547 (2017). עוד ראו Douglas NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261 (2020).
- 190 בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר (נבו 13.6.2006). ראו גם אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13 (2013) (להלן: ברק "חוקת המשפחה").
- 191 כאשר לנושאים הללו, ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס המשלים). עוד ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (נבו 11.7.2021); ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש; 189 רות זפרן "הזכות להורות בישראל –

בשיח המשפטי העוסק בזכות להורות במוכן של הבאת ילדים לעולם אפשר לאתר כמה התבטאויות המבססות אותה על הזכות לפרטיות<sup>192</sup> ועל החשש מפני פולשנות של המדינה למתחם האינטימי של חיי בני האדם.<sup>193</sup> גישה קרובה מבססת את הזכות להביא ילדים לעולם על תפיסה שלפיה חופש הרצון של אדם משמעו שיש לאפשר לו לפעול בנושאים אישיים כמו הולדה על פי הבנתו וללא התערבות חיצונית.<sup>194</sup> עם זאת עיון מעמיק יותר בפסיקה ובספרות המחקר ילמד שהנכונות להכיר בזכות להורות, בייחוד כאשר מדובר בטכניקות מלאכותיות של הולדה, נובעת לא רק מהרתיעה העקרונית מהתערבות בחופש הרצון של בני אדם, אלא גם ממשמעותה של ההורות לחיי בני אדם ובכלל זה לזהותם,<sup>195</sup> למימוש העצמי<sup>196</sup> וכן לצורך שלהם להטביע חותם בעולם. על פי גישות אלו, התערבות בהחלטה אם להיות הורה או הגבלתה פוגעים פגיעה לא־ראויה באוטונומיה של האדם וביכולתו לספר את סיפור חייו, בשל מרכזיותה של חוויית ההורות לחיי בני אדם ובשל החשיבות של

---

מימוש שווינו בסיוע הסכמים לנשיאת עוברים? משפטים על אתר ה' 1 (התשע"ה) (להלן): זפרן "הזכות להורות".

192 עניין דוברין, לעיל ה"ש 190; Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923). זפרן "הזכות להורות", לעיל ה"ש 191. בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס' 124 (1) 124, פס' 7 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2005) ("היא [הזכות להורות] נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט שהוא אחד היסודות של כבוד האדם") (להלן: עניין ההורים המיועדים). ראו ברוח דומה את עניין ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 191, בפס' 16 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

193 עניין Meyer, לעיל ה"ש 192; Cameron v. Bd. of Educ., 795 F. Supp. 228, 237 (S.D. Ohio 1991).

194 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד ס' 274 (1) 274, פס' ל לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013) (להלן: עניין בנק הזרע) ("הזכות להורות כוללת ערך ליבה העומד בפני עצמו – להביא צאצאים לעולם – ומעטפת המגנה על ערך האוטונומיה"). ראו גם בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 20 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 24.3.2009) ("הזכות למשפחה ולהורות נקשרת למושג האוטונומיה האישית של האדם") (להלן: עניין משפחה חדשה נ' שר העבודה).

195 ראו ROBERTSON, CHILDREN OF CHOICE, לעיל ה"ש 183, בעמ' 30 ("because of the centrality of reproduction to personal identity, meaning, and dignity... the liberty to procreate [is] an important moral right").

196 ראו למשל בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 18.9.2014) ("רגש נפוץ ועמוק הנוטע בקיום האנושי ונגזר מהרצון להגשמה עצמית... הרצון להרות ולחבוק ילד יוצא חלציך הינו רצון בסיסי וטבעי המשותף לכל המין האנושי"); ראו גם דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ' 4) 661, פס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן (1996) ("זהו צורך בסיסי... להגשמה עצמית של הפרט") (להלן: דנ"א נחמני). כן ראו עניין דוברין, לעיל ה"ש 190, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

ההורות לזהותו של האדם להגדרתו העצמית.<sup>197</sup> זוהי הסיבה שבעטייה הזכות להורות היא נגזרת של הזכות לאוטונומיה העומדת ביסוד כבוד האדם, ועל פי עמדות מסוימות היא אף מטילה חובה פוזיטיבית על המדינה לסייע לאדם להפוך להורה.<sup>198</sup>

ככלל איננו חולקים על כך שהזכות להורות בכלל והזכות להביא ילדים לעולם בפרט חשובה למימוש האוטונומיה של ההורים. עדיין, לשיטתנו הבאת ילד לעולם היא פעולה ייחודית שאין לה מקבילה בעולם הזכויות הליברלי הרגיל, משום שהיא עוסקת בפעולה הנוגעת ליצירתו של אדם בעל זכויות. משום כך אי-אפשר לבסס את הזכות להביא ילדים לעולם באופן בלבדי על רצונו של ההורה או על מימוש אינטרסים אישיים שלו כאשר הם מנותקים מתפיסות העומק החברתיות באשר לטיבה של ההורות ושל האתיקה המנחה אותה. אלא שנדרשת תפיסה עשירה יותר של הזכות להורות, תפיסה המשלבת בין האוטונומיה של ההורים המיועדים לבין תפיסות חברתיות בנוגע להורות ראויה. תפיסה שכזו של הזכות להורות, אשר נכנה "אתיקת ההורות", פותחה והוצגה בהרחבה במקום אחר.<sup>199</sup> להלן נביא את עיקריה בטרם נעבור לדון ביישומה בהקשר הייחודי של הולדה לאחר המוות.

עיון דיני הורים וילדים של המשפט הישראלי, כמו גם במדינות נוספות במערב ובאמנות בין-לאומיות, יגלה שלמרות ההבדלים בהסדרים השונים אפשר להצביע על כמה קווים משותפים, המלמדים על אתיקת ההורות בחברתנו כפי שהיא משתקפת בחוק. אתיקת ההורות כוללת בראש ובראשונה את דחיית הגישה המסורתית, שראתה בילדים שייכים להוריהם או ככאלו שנועדו להגשמת רצונם, אגב התנגדות עמוקה להחפצת ילדים ולהתייחסות אליהם כאל טובין.<sup>200</sup> חלף הגישה הבעלותית-קניינית, דיני הורים וילדים מציבים את טובתם של ילדים<sup>201</sup> ואת המחויבות לזכויותיהם<sup>202</sup> כעקרונות המנחים של התחום. בהתאם לכך, עקרון טובת הילד הוא האוריס והתומים של דיני הורים וילדים, והוא המנחה את הבחינה המשפטית

197 ראו עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 186, דברי השופטת פרוקצ'יה. לעמדה דומה הצטרפה גם הנשיאה (כתוארה דאז) ביניש בעניין משפחה חדשה נ' שר העבודה, לעיל ה"ש 194, בפס' 2 לפסק הדין. ראו גם עניין קו לעובד, שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט רובינשטיין; בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, פס' 31 לפסק הדין של השופט חשין (2002) (להלן: עניין משפחה חדשה נ' הוועדה); דנ"א נחמני, שם. כן ראו שיפמן, לעיל ה"ש 186, בעמ' 151.

198 עניין ההורים המיועדים, לעיל ה"ש 192, פסק דינה של השופטת ביניש ופסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; אהרון ברק "חוקת המשפחה היבטים חוקתיים של דיני משפחה", משפט ועסקים טז 13 (2013).

199 ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189, בפרק א; ליפשיץ "אתיקת ההורות", לעיל ה"ש 189.

200 ראו Barbara Bennett Woodhouse, *From Property to Personhood: A Child-Centered Perspective on Parents' Rights*, 5 GEO. J. FIGHTING POVERTY 313 (1998).

201 ראו ס' 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, 211 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: אמנת האו"ם לזכויות הילד); כן ראו שיפמן, לעיל ה"ש 186, בעמ' 219-220. עוד ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח הוועדה: חלק כללי 124 (2003); זכויות הילד והמשפט הישראלי (תמר מורג עורכת 2010).

202 להבחנות בין הגישה של טובת הילד לבין הגישות הממוקדות בזכויות הילד, ראו מאמרו של יחיאל קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט

של החלטות המתקבלות בידי הורים בנוגע לילדיהם בתחומים שונים כגון חינוך, בריאות וכיוצא בזה.

אף שהדין המודרני דוחה את הגישה הקניינית המסורתית, הוא מכבד את האוטונומיה ההורית,<sup>203</sup> ועמדת המוצא שלו היא שההורים הם המוסמכים לקבל החלטות בענייני ילדיהם. לכן על המדינה להימנע מלהתערב בהחלטות הנוגעות לילדים, למעט במקרים של פגיעה ברורה בטובת הילד ובזכויות ילדים. בשיח המשפטי בישראל ומחוצה לה, ההכרה באוטונומיה ההורית מקבלת ביטוי בהכרה המשפטית בזכותם של הורים לגדל את ילדיהם ולקבל החלטות הנוגעות לגידולם.<sup>204</sup> עם זאת גם כאשר הדין המודרני מכיר בזכויות ההוריות,<sup>205</sup> הוא מדרגיש שאין מדובר בזכות רגילה שנועדה לממש בראש ובראשונה את האינטרס של בעל הזכות,<sup>206</sup> אלא בזכות המלווה בחובה לפעול למען טובתם של ילדים.<sup>207</sup> לצד זאת יש מי שמסתייגים

303 ז 306-305, 315-314 (2002). John Eekelaar, *The Emergence of Children's Rights*, 6 OXFORD J. LEGAL STUD. 161 (1986).

203 על האוטונומיה ההורית, ראו את הקדמת העורכים לקובץ REBECCA PROBERT, STEPHEN GILMORE & JONATHAN HERRING, *Introduction to RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITIES*: (הקובץ להלן: (Rebecca Probert, Stephen Gilmore & Jonathan Herring eds., 2009) 4 (RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITIES).

204 על הזכויות ההוריות במשפט החוקתי האמריקני, ראו Margaret Ryznar, *A Curious Parental Right*, 71 S.M.U. L. REV. 127 (2018). על הזכות של ההורה לגדל את ילדיו במשפט הישראלי, ראו ברק "חוקת המשפחה", לעיל ה"ש 190, בעמ' 45. וכן, ראו עניין עדאלה, לעיל ה"ש 186, בפס' 28 לפסק הדין של הנשיא ברק.

205 ראו למשל את הגדרת האחריות ההורית ב-Children Act 1989. S.3(1), הכוללת, בין היתר, את הזכויות ההוריות. אף ס' 5 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 201, מתייחס לחובה של המדינות החברות לכבד את אחריותם, את זכויותיהם ואת חובותיהם של הורים.

206 על המתח שבין זכויות ילדים לתפיסה של זכויות הוריות על פי התפיסה הקונבנציונלית של זכויות הממוקדות באינטרס של בעל הזכות, ראו John Eekelaar, *What are Parental Rights?*, 89 LAW Q. REV. 210 (1973). כן השוו בהקשר זה את Phillip Montague, *The Myth of Parental Rights*, 26 SOC. THEORY & PRACTICE 47 (2000) (השולל את קיומו של אינטרס מוגן של ההורים כאשר לדרך גידול ילדיהם, ועל כן מתנגד למושג של זכויות הוריות), עם Samantha Brennan & Robert Noggle, *The Moral Status of Children: Children's Rights, Parents' Rights and Family Justice*, 23 SOC. THEORY & PRACTICE 1 (1997) (המכירים בזכות ההורית ואפילו באינטרס ההורי, ובלבד שההכרה באינטרס זה משרתת במכלול הרחב יותר את הגשמתה של טובת הילד); אף בישראל הפסיקה העוסקת בזכות של הורים לגדל את ילדיהם מציגה במקרים רבים זכות זו כזכות משלימה לזכות של ילדים לגדול אצל הוריהם הביולוגיים. ראו רונה שווי "זכות הילד לגדול אצל ההורים הביולוגיים: לקחים מפרשת 'תינוק המריבה'" *משפחה במשפט* א 163 (2007).

207 ראו למשל בנושא זה פסקי דין אלה: Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 535 (1925); Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000). בדומה לזה, אף בישראל מי שדוגלים בשפת הזכויות ההוריות מכירים בכך שהזכות ההורית אינה זכות רגילה הממוקדת באינטרסים של בעל הזכות, אלא מדובר בזכות שהיא חובה המוטלת על הורים לדאוג להגשמת טובתם של ילדים ולמימוש זכויותיהם. ראו דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 196, בדברי הנשיא ברק ("הורות היא מעמד

מעצם ההמשגה של הזכות ההורית, ומעדיפים מושגים כגון אחריות,<sup>208</sup> נאמנות<sup>209</sup> ואתיקה של דאגה<sup>210</sup> כמושגים המארגנים יחסי הורים וילדים. אולם על פי כל הגישות, לרבות אלו המכירות בזכויות הוריות, ברור שהאוטונומיה הניתנת להורים לפעול על פי שיקול דעתם אינה מקנה להם זכות להתנער מאחריותם כלפי ילדיהם; ודאי גם שהיא אינה מקנה להם זכות לקבל החלטות העוסקות בילדיהם מתוך רצון למיצוי עצמי או לצורך הגשמת אינטרסים אישיים כאשר הם אינם תואמים את טובת ילדיהם.

יובהר, כי איננו טוענים לדמיון מוחלט בין העקרונות שראוי שינחו את דיני הורים וילדים כאשר מדובר בילד שכבר נולד, לבין העקרונות שראוי שינחו את דיני ההורות העוסקים בהבאת ילדים לעולם וברגולציה של טכניקות מלאכותיות של הולדה.<sup>211</sup> לשיטתנו, המינוחים שבין המרכיבים השונים של אתיקת ההורות, בייחוד המרכיבים העוסקים בצורכי ההורים ובכבוד האוטונומיה שלהם מחד ובשיקולי טובת הילד מאידך, אמורים להיות מושפעים מן ההקשר הספציפי. כך, ככל שמדובר בהורים שכבר הוגדרו משפטית כהורים לילדים שכבר נולדו, הרי האינטרסים, הצרכים והזכויות של ילדים הם שצריכים לעמוד במרכז, מאחר שזכויותיהם של ילדים קונקרטיים מוטלות על הכף.<sup>212</sup> לעומת זאת, כאשר מדובר בקביעת ההורות המשפטית או הסדרה של פרקטיקות הולדה, יש מקום רב יותר לצרכים ולרצונות של ההורים המיועדים – הן בשל העובדה שמדובר בילדים שטרם נולדו ולכן זכויותיהם טרם התגבשו, הן בשל הקושי להגדיר מהם הורים "טובים" או "רעים" והן בשל העובדה

---

יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. היא כרוכה בחובות ובזכויות"; פרשת פלוני, קטין נ' פלוני, לעיל ה"ש 186, בפס' 9 לפסק הדין של הנשיא שמגר ("יש המכנים את זכותו של הורה כלפי ילדו 'זכות מועברת' בשל היותה זכות הנושאת בחובה... והחובה האמורה היא חובתם הכללית של הורים כלפי ילדיהם... שניתן לסכמה כחובה הכללית של ההורים לפעול לטובת הילד, ולקבל החלטות... המקדמות את טובתו").

208 לטענה כי מושג האחריות - responsibility – הוא המושג המארגן בהצלחה את מעמדם של הורים כלפי ילדיהם, ראו הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא: הילד ומשפחתו 33-34 (2003) <https://www.gov.il/he/> departments/guides/childs-right-committee?chapterIndex=3; ראו אמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 201, בס' 7-9. ראו גם את חוק הילדים האנגלי, שאחד מחידושי היה המעבר מטרמינולוגיה של זכויות הוריות לטרמינולוגיה של אחריות הורית Children Act 1989, p. I, §3 (Eng.). עוד ראו את אסופת המאמרים RESPONSIBLE PARENTS & PARENTAL RESPONSIBILITIES, לעיל ה"ש 203.

209 ראו למשל Elizabeth S. Scott & Robert E. Scott, *Parents as Fiduciaries*, 81 Va. L. Rev. (1995) 2401.

210 ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות 2005).

211 למען שלמות התמונה יוער, כי שאלה זו בדבר תוכנם של דיני הורים וילדים יכול שתעלה גם בנוגע לקטגוריה נוספת, החורגת מהיקף המאמר, של עוברים או של ביציות מופרות – שהיא מעין קטגוריית ביניים בין ילדים שטרם נוצרו לבין מי שכבר נולדו.

212 השוו לס' 21 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 201, שלפיה במקרים של אימוץ טובת הילד תהיה שיקול מכריע.

שעל הכף מונחים היבטים אינטימיים של חיי אדם, מלבד הזכות להורות, שהתערבות בהם טומנת בחובה סכנות גדולות לערכי הפרטיות והאוטונומיה.

עם זאת יש להתנגד לחשיבה דוקטרינרית המנתקת לחלוטין בין אתיקת ההורות כפי שהיא משתקפת בדיני הורים וילדים לבין העקרונות המנחים את הרגולציה של ההולדה. ברמה האנליטית ההכרה המשפטית בזכות משקפת אינטרסים של בעל הזכות, המצדיקים להטיל חובה על המדינה ועל צדדים נוספים שלא לפגוע בזכות (ההיבט השלילי של הזכות) ולעיתים גם לפעול למימושה (ההיבט החיובי של הזכות).<sup>213</sup> משכך, הזכות להפוך להורה קשורה בטבורה לתכנים המהותיים של ההורות ולאינטרסים הראויים להגנה המגולמים בה. בעולם משפטי ומוסרי, הרואה בילדים כשייכים להוריהם, ניתן להצדיק את הזכות להביא ילדים לעולם ולהיחשב כהורה ברטוריקה הממוקדת אך ורק בצרכים של ההורים ובדרך שבה ההורות עשויה להגשימם. לעומת זאת, בעולם הרואה בזכויות ההוריות כמשרתות רק – או בעיקר – את הדאגה לטובתם של ילדים קשה להצדיק את הזכות להפוך להורה אך ורק מנקודת המבט של אוטונומיית הרצון ושל צורכי ההורה המיועד, ובכלל זה רצונו במימוש עצמי או בהמשכות, מבלי להתייחס לכמה שאלות חשובות. שאלות אלו הן אם ההורה המיועד נכון לקבל על עצמו את האחריות ההורית, אם הוא מצויד בכישורים המינימליים הנדרשים לפעול לטובתם של ילדים ומהי איכות החיים הצפויה לילדים שיוולדו בעקבות ההליך הנדרש.<sup>214</sup> כאשר הורה מבקש להביא ילד לעולם בנסיבות או בדרך הפוגעים קשות באיכות החיים של הילד העתיד, הזכות ההורית המגלמת בתוכה את הרצון לפעול לטובת ילדים כלל אינה מתממשת.

מעבר להיבט הפילוסופי-אנליטי, הצורך בשילוב אתיקת ההורות בעת גיבושה של הזכות להורות, כלומר בזכות להפוך להורה, מקורו גם בהיבט החברתי. בניגוד לטענה המושמעת מפעם לפעם שלפיה הורות היא עניין ביולוגי עובדתי, עיון בהיסטוריה של דיני ההורות ילמד שהורות אינה רק עניין טבעי, אלא גם תוצר של הבניה חברתית. הבניה זו מושפעת גם מההסדרה המשפטית של מוסד ההורות, הבאה לידי ביטוי למשל בקביעת הורות משפטית ובהסדרה של הזכות להביא ילדים לעולם.<sup>215</sup> שיח משפטי המתמקד בהורה הפוטנציאלי,

213 Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, 370 MIND 194, 195 (1984).

214 עמדנו, המבקשת להגביל את הזכות להורות כאשר מדובר בלידה שהיא תוצר של הפריה מלאכותית, מעוררת כמובן את השאלה בדבר פיקוח – או ביתר דיוק אי-הפיקוח – על טיבה של ההורות הצפויה במקרה של לידה טבעית. לדיון בסיבות שבגינן יש להבחין בין מצבים אלה, ראו ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189. בתמצית, התערבות בהולדה טבעית מחייבת התערבות בקיום יחסי מין או פולשנות גופנית, ומשום כך הפגיעה בפרטיות הצדדים רבה מהפגיעה הקיימת בטכניקות המלאכותיות של ההולדה. כמו כן, מנקודת המבט של המדינה אין להתעלם מן ההבדל שבין התפקיד הפסיכי של המדינה בהולדה טבעית לבין האחריות המוגברת שלה במקרים של שימוש בטכניקות מלאכותיות של הולדה, גם בשל הצורך להגביל שימוש לרעה בטכנולוגיות אלה, ובמקרה הישראלי – גם בהיבט המימון. לבסוף, הטכניקות המלאכותיות של ההולדה פותחות את הפתח לאפשרויות שאינן קיימות במקרה של רבייה טבעית (כגון האפשרות להולדה בגיל מבוגר), ומשכך הן דורשות דיון במצבים המעוררים שאלות תקדימיות.

215 ראו Lifshitz, לעיל ה"ש 188; ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189.



בצרכיו וברצונותיו המשוערים, מבלי להביא בחשבון את נסיבות ההורות המתבקשת ובמקרים חריגים אף את אי-כשירותם של ההורים המיועדים, חותר תחת הרצון לכונן אתוס חברתי ומוסרי המבנה את ההורות סביב מושגים של אחריות ושל דאגה לילדים. לעומת זאת, הבניה ראויה של הזכות להורות תביא בחשבון את חשיבותה של ההורות לזהותם ולמימוש העצמי של ההורים, כמו גם את האחריות ההורית לדאוג לטובתם של ילדים.

לאמור עד כה יש השלכה חשובה על היכולת להכיר בזכות המת להורות. במקרה של הורות לאחר המוות, הרכיבים המשמעותיים ביותר של ההורות – גידול הילדים, הדאגה להם ויצירת הקשר הממשי עימם – אינם מתקיימים.<sup>216</sup> אלו הם תכנים מהותיים של מוסד ההורות, העומדים בבסיס ההכרה המשפטית בזכות זו ואף תנאי להתגבשותה. הולדה לאחר המוות היא מקרה מובהק שהגשמת הרצון של אדם להביא ילדים לעולם באה במנותק מקבלת האחריות ההורית כלפי הילד הנולד. הגם שהדין מכיר באינטרסים אישיים של הורים בכלל ובהקשר של הבאת ילדים לעולם בפרט, אינטרסים אלה הופכים לגיטימיים או למצער מצדיקים הכרה בזכות המביאה אותם לכדי מימוש רק כאשר הם מלווים בקבלת אחריות על הילדים שיוולדו בעולם ובמחויבות לפעול לטובתם.<sup>217</sup> לעומת זאת, פעילות הממוקדת אך ורק במימוש האוטונומיה של ההורה והרואה בהולדת ילד מכשיר להגשימה אינה לגיטימית.<sup>218</sup> הולדה לאחר המוות היא הפרה של תנאי הסף הנדרש לצורך הכרה בזכות להורות בשל היעדרם של רכיבים שהם הכרחיים להתגבשותה של הזכות המשפטית – הדרישה לקשר, לדאגה ולחיבה. גם בהיבט החברתי-הצהרתי, השיח האינדיבידואלי-קנייני המתייחס לעיתים להורות כאל "מזום" וליוזם ההורות כאל "זיז",<sup>219</sup> המוצא ביטוי במיתוג הרווח של הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות כצוואות ביולוגיות,<sup>220</sup> עלול לחתור תחת הרצון לכונן את אתוס ההורות על ערכים של אחריות ושל דאגה לטובת הילד במקום התפיסה החפצית-קניינית של יחסי הורים וילדים.

זאת ועוד, בניגוד לכללים משפטיים אחרים המבקשים להסדיר או להגביל פרקטיקות הולדה בהתבסס על מאפיינים אישיים או קבוצתיים של הורים מיועדים, ההתנגדות להכרה

216 ביקורות נוספות המתמקדות בפן זה של הפרקטיקה אפשר למצוא בכתיבתם של השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 34, המבקרים את ההתמקדות בהיבט הגנטי והסבורים שעיךר החשיבות שבהורות היא בהורות הפעילה. עוד ראו השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 13, המדגישים גם הם את ההתמקדות בהורות הגנטית להבדיל מן ההורות הפעילה.

217 השוֹר Seana Valentine Shiffrin, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, 5 LEG. THEORY 117, 141-44 (1999), המציגה עמדה קיצונית יותר, שלפיה מבחינה מוסרית-פילוסופית הולדת ילד אפשרית רק אם היא מלווה בקבלת אחריות לו.

218 השוֹר לטיעון של McDougall על שלילת דרכי הולדה ועל התרבות המשקפים תפיסה הרואה בהורות דרך לשכפול העצמי. R. McDougall, *Acting Parentally: An Argument Against Sex Selection*, 31 J. MED. ETHICS 601 (2005).

219 ראו את טענותיה של המערערת בע"מ 1118/14 פלוגית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 1.4.2015).

220 ראו למשל אירית רוזנבלום "צוואה ביולוגית" משפחה חדשה [www.newfamily.org.il/services/biologic-will/](http://www.newfamily.org.il/services/biologic-will/).



בזכות להורות לאחר המוות מבוססת על טבעה של ההורות, ועל חוסר הנכונות להכיר בהורות שאינה מלווה מלכתחילה בקבלת אחריות ובגידול אקטיבי של הילד שיוולד. אכן, יצירת קטגוריות נוקשות העוסקות בשאלה באילו סוגים של בתים ושל הרכבי משפחות ילדים יכולים לצמוח ולפרוח מנוגדת לאמונה ההומניסטית העמוקה באדם וביכולתו לצמוח במגוון מצבים ונסיבות.<sup>221</sup> נוסף על כך, קטגוריזציה של הורים "טובים" ו"רעים" על בסיס מאפייניהם הגנריים כגון גיל, נטייה מינית, מגדר ומצב משפחתי מעוררת חשש מפני הגבלה של הזכות להביא ילדים לעולם בשל טענות הקשורות לתפקוד ההורים העתידיים, ובפרט מפני הפליה מוכנית כלפי קבוצות מיעוט המכוננות לעיתים במשפט החוקתי קבוצות "חשודות".<sup>222</sup> חששות אלה, הגם שאינם מצדיקים הסרה מוחלטת של כללי כשירות ורגולציה של הולדה, מבהירים שיש להתייחס לכללים מסוג זה ולרגולציה על הולדה באופן כללי בזהירות. ואולם חששות אלה אינם מתעוררים במקרה של הולדה לאחר המוות, משני טעמים: ראשית, ההגבלה על הפרקטיקה אינה נובעת מהיעדר אמונה ביכולתו של הילד העתידי להתפתח למרות חסרונו של האב הגנטי, אלא בשל היעדרם של רכיבים מהותיים כגון קשר הורי וקבלת אחריות, העומדים בבסיס ההכרה המשפטית והחברתית בהורות; שנית, ההגבלה במקרה זה אינה מבוססת על מאפיינים אישיים או קבוצתיים של ההורים המיועדים, לפחות לא כאלה אשר הוכרו כחשודים במשפט הישראלי.

לנוכח המקובץ, אנו סבורים שאי אפשר לבסס את הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות על זכות המת להורות בשל היעדרם של רכיבים המצדיקים הכרה בזכות זו גם לאחר המוות. במילים אחרות, לשיטתנו אין להכיר בזכות המת להורות. שאלה אחרת היא, אם ניתן לאתר אינטרס או זכות אחרים הזוכים להגנה בדין הישראלי, שראוי להכיר בהם גם לאחר המוות.

## (ב) "הזכות" להמשכיות

בשנים האחרונות החלה לקנות אחיזה בספרות ובפסיקה תפיסה שלפיה ניתן לעגן את זכות המת להביא ילדים לעולם בזכות או באינטרס להמשכיות. כך למשל, בפסק הדין בעניין בע"מ 7141/15 סבר השופט מלצר בדעת מיעוט, כי יש להכיר בזכותו של אדם להמשכיות. לדידו, יצירת המשכיות היא צורך כה בסיסי, שהוכר "בהרחבה" בפסיקת בית

221 ראו בהקשר זה את הדיון בשיקולים התומכים במתן אפשרות לאימהות הידניות להשתמש בתרומות זרע למרות החשש לטובת הילד העתידי: שחר ליפשיץ "שלילת אבהות בהסכמה" **משפטים** נא 231, 45 (2021) (להלן: ליפשיץ "שלילת אבהות").

222 ראו חגי קלעי "הורים חשודים פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומרטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממת-מגד נ' שר הפנים" **"המשפט"** ברשת: זכויות אדם מבזק 28, 5, 20, 25 (2014). ראו גם צבי טריגר "משפחות חורגות ו'רישיון הורות': מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ" **המשפט** 22, 44 (2006). בהקשר של אימוץ, ראו צבי טריגר ומילי מאסס "לקראת הצבת הילד במשפחתו במוקד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים" **זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית** 437, 498 (עינב מורגנשטרן, יניב לושינסקי ואלון הראל עורכים 2016).

המשפט העליון כצורך העומד ביסודה של הזכות להורות,<sup>223</sup> אשר ראוי ליתן לו מעמד של זכות עצמאית.<sup>224</sup> זכות זו נגזרת הן מהזכות לכבוד והן מהזכות לחירות.<sup>225</sup> היא גם משתרעת לאחר המוות, מאחר "שזכות האדם לכבוד משמיעה גם את זכותו של המת לכבוד".<sup>226</sup> לכן, "מקום בו הנפטר הביע את רצונו במימוש זכות מסוימת בעודו בחיים, או שיש לייחס לו רצון כזה בעודו בחייו – הרי שמוטלת על בית המשפט החובה לפעול להגנה על זכותו זו גם לאחר מותו".<sup>227</sup> גם בספרות נשמעים קולות הטוענים כי ההצדקה לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות נעוצה באינטרס להמשכיות גנטית או בהנצחה של הגנים שלנו לטובת דורות עתידיים.<sup>228</sup> יש מי שסבורים, כי הולדה לאחר המוות היא אמצעי נוסף להבטחת ההמשכיות של אדם לאחר מותו וליצירת קשר בין הנפטר לבין הדורות הבאים אחריו, בדומה לשם פרטי או לשם משפחה המועבר מאדם לילדיו.<sup>229</sup> אחרים טוענים, כי האינטרס בהמשכיות מקורו ברצון להותיר חותם בעולם ובכך להקהות במידה מסוימת את סופיות המוות.<sup>230</sup>

אכן, לרעיון הנכחת האדם בעולם לאחר מותו באמצעות הותרת צאצאים גנטיים יש ערך חברתי ואנושי.<sup>231</sup> ובכל זאת אנו סבורים, כי אי-אפשר לבסס את הזכות להביא ילדים לעולם לאחר המוות על אינטרס זה כאשר הוא עומד בפני עצמו. השאלה אם יש להכיר בזכות גם לאחר המוות דורשת בחינה פרטנית של כל זכות לגופה. גם אם הפסיקה הכירה בחשיבות האינטרס שבהמשכיות, יש לשאול אם יהיה מוצדק להכיר בקיומו גם לאחר המוות, ואם

223 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 5 לפסק הדין של השופט מלצר. על אינטרס ההמשכיות כאינטרס המוגן במסגרת הזכות להורות, ראו גם את דברי הנשיאה ביניש בעניין משפחה חדשה נ' שר העבודה, לעיל ה"ש 194, בפס' 2 לפסק דינה ("בליבת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהורות מצויה זכותו הטבעית והראשונית של כל אדם להביא צאצאים לעולם, ובכך להגשים את היצר הקיומי להעמיד דור המשך הנושא את המטען הגנטי של הוריו"). ראו גם את עמדתו של השופט רובינשטיין בעניין קו לעובד, לעיל ה"ש 186, בפס' 1 לפסק דינו ("הזכות החוקתית להורות... שלוהה לבלי הפרד בשאיפה האנושית הבסיסית (חוק היסוד: אנושיות) לפרי בטן ולהמשכיות"). ראו גם את עמדתו של השופט חשין בעניין משפחה חדשה נ' הוועדה, לעיל ה"ש 197, בפס' 31 לפסק דינו ("עיקר הוא במשאט-הנפש לילד, באותו צורך-נפש עמוק וקמאי להורות הבער בנפשה של אישה ואיננו אָפְּל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכוחה ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקקות להורות המולד באדם"); ראו גם דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 196, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן ("זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה"); כן ראו שיפמן, לעיל ה"ש 186, בעמ' 151.

224 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 5-8 לפסק הדין של השופט מלצר.

225 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מלצר.

226 שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט מלצר.

227 שם (ההרגשה במקור).

228 Shelly Simana, *Creating Life After Death: Should Posthumous Reproduction Be Legally Permissible Without the Deceased's Prior Consent?*, 5 J. L. & BIOSCIENCES 329, 341 (2018).

229 שם, בעמ' 341-342.

230 שם, בעמ' 342-343. ראו גם קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 167, בעמ' 184-195 והמקורות המובאים שם.

231 ראו אסא כשר בדעת המיעוט ברוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 33, בעמ' 46-48.

הציפייה של אדם כי לאחר מותו יפעלו לצורך יצירת המשכיות גנטית עבורו היא סבירה בהינתן מעמדו החברתי והמשפטי של האינטרס הנדון. לשיטתנו, בחינה של מהות האינטרס בהמשכיות גנטית, ההצדקות לקיומו לאור מרכזיותו או משמעותו לחיי בני אדם וזהותם, כמו גם מעמדו החברתי-משפטי, מובילים למסקנה שלפיה אין להכיר בו לאחר המוות. ראשית, ספק אם ניתן להפריד בין ההצדקות לקיומה של הזכות להורות לבין ההצדקות לקיומו של האינטרס בהמשכיות שהוא חלק ממנה. כפי שנדון בהרחבה בסעיף הקודם, ההצדקות להכרה בזכות להורות מבוססות ברובן על היבטיה הפעילים ולא רק על עצם הבאת האדם לעולם. גם מנקודת מבט חברתית-הצהרתית, היכולת לבסס את האפשרות החוקית ליצור אדם בעל זכויות על מימוש אינטרס כמו האינטרס בהמשכיות גנטית בלבד, חותרת תחת אתיקת ההורות, המבקשת לעודד תפיסה חברתית של הורות המבוססת על אחריות הורים לילדיהם ולא על מימוש של רצונות של ההורים לבדם. במובנים אלה, האינטרס בהמשכיות, כאשר הוא מנותק מחוויית ההולדה או ההורות בכללותה, הוא מצומצם יחסית לאינטרסים הרחבים יותר המשוקפים בזכות להורות בכללותה, וחמור מזה – כנגד ההכרה בו ניצבת אתיקת ההורות.<sup>232</sup>

שנית, עמדנו שלפיה הזכות להמשכיות אינה יכולה לשמש הצדקה לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות נעוצה גם בתפיסה רחבה יותר של המשכיות מזו שרווחת בפסיקה ובספרות העוסקות בהולדה לאחר המוות. השופט מלצר מזהה את הזכות להמשכיות עם ההיבט הגנטי – העובדה שלאחר המוות ייוותר בעולם אדם הנושא את מטענו הגנטי של המת. בניגוד לעמדה זו, בספרות העוסקת בדיני הירושה החלה מתבססת גרסה שונה, שלפיה רעיון ההמשכיות של אדם בעולם לאחר מותו נשען על קיומם של קשרים ממשיים בין המתים לבין החיים ובין החיים לבין מי שנפטרו. שלי קרייצר-לוי למשל סבורה, כי בבסיס דיני הירושה עומד הצורך בהמשכיות שלו שני היבטים: האחד הוא הצורך להמשיך לקדם נוכחות בעולם לאחר המוות, והאחר הוא הצורך בשורשים או "בהשתייכות לעולם שהתקיים קודם לכן".<sup>233</sup> חלף התפיסה הרואה בהגשמת רצון המת ערך מרכזי שבאמצעותו ניתן לענות על צורך זה, היא מבקשת לקדם תפיסה הרואה בהמשכיות ערך "דו-צדדי" המגשים הן את האינטרסים של המת "לתבוע נוכחות בעולם לאחר מותו" והן את האינטרס של יורשיו להתחבר לשורשיהם.<sup>234</sup> חזון ההמשכיות מבוסס אם כן על קיומה של מערכת יחסים דו-צדדית שהחלה להתפתח עוד בחיי המנוח.<sup>235</sup> על פי גרסאות אלו של האינטרס בהמשכיות, לפחות מנקודת מבטה של הילדה העתידית, עולה השאלה אם ראוי לייחס לה

232 לעמדה דומה, ראו גם John A. Robertson, *Posthumous Reproduction*, 69 IND. L.J. 1027 (1994). מעניין שדווקא רוברטסון, שהיה חלוץ לפני המחנה בהכרה בזכות להורות, מדגיש שחשיבות הזכות קשורה לתכניה המהותיים, ועל כן הוא טוען בצדק שזכות זו אינה מתקיימת או שלמצער היא מתקיימת בעוצמה חלשה כאשר מדובר על הולדה לאחר המוות.

233 קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 167, בעמ' 178.

234 שם, בעמ' 167.

235 שם, בעמ' 169. עוד ראו Kriczer-Levy, לעיל ה"ש 175. גם ענת ליפשיץ מתארת כיצד על מנת להגן על האינטרס של אדם בהמשכיות יש לסייע לאנשים לשמר קשרים בין-דוריים, בייחוד לעת זקנה שבה "נכתב ונקבע חזון ההמשכיות" של האדם. ליפשיץ, לעיל ה"ש 185, בעמ' 41-42.

אינטרס בחיבור לשורשים או בפרויקט משותף בטרם באה לעולם. יתרה מזאת, ככל שירושה נועדה לאשרר את הקשר שבין מקבלת הירושה לבין המוריש, מדובר שוב בקשר שטרם בא לעולם. משום כך אפילו אינטרס המשכיות, שהוא כשלעצמו אינטרס "רזה" בהשוואה לזכות להורות, אינו מתממש במלואו כאשר מדובר בהולדה לאחר המוות.

קושי נוסף העולה מהמשגה זו של הולדה לאחר המוות כביטוי לאינטרס בהמשכיות מקורו בעובדה שבניגוד לקניין או "ארטיפקטים אחרים המאפשרים המשכיות"<sup>236</sup>, הרי במקרה של הולדה לאחר המוות האמצעי אינו אלא אדם בשר ודם. קושי זה יידון בהרחבה בפרק הבא, אשר יבחן את אינטרס המשכיות גם מנקודת מבטם של "יורשים" אחרים, ובפרט הורי המת. כדי להמחיש את מעמדו המעורער של האינטרס בהמשכיות גנטית אפשר להיעזר באנלוגיה לפרקטיקה של תרומת זרע. תרומת זרע, מהשכיחות והמבוססות שבפרקטיקות הפיריון הרווחות כיום, מאפשרת לנשים יחידות, לזוגות הטרוסקסואליים ולכנות זוג מאותו המין להביא ילד לעולם ולגדלו.<sup>237</sup> ההצדקה המקובלת בספרות ליצירת האפשרות החוקית לקבל תרומת זרע נטועה בזכות להורות של נתרמות ושל נתרמים.<sup>238</sup> לעומת זאת, היא אינה מובנת בתור מימוש של זכות התורם להמשכיות, הן כאשר לתורמים אנונימיים והן כאשר לתורמים ידועים. כך למשל, מגבלות המוטלות על זהותם של מי שיכולים להפוך לתורמים, כגון גיל, מצב משפחתי, מצב בריאותי וכדומה, אינן נתפסות כפגיעה בזכות התורם להורות או להמשכיות גנטית. הדבר נכון גם בנוגע למגבלות מהותיות יותר, כגון הדרישה לאנונימיות הקיימת בישראל או הדרישה לגילויי הקיימת במדינות שבהן דווקא תרומה אנונימית אינה מתאפשרת.<sup>239</sup> בהתאם לכך, בעוד שמגבלות על הפרקטיקה, הפוגעות בזכותן להורות של נתרמות בעיקר, עומדות למבחן חוקתי ודורשות הצדקה על פי המבחנים המקובלים לפגיעה בזכות להורות בשיטת משפט נתונה, אי-אפשר לאתר התייחסות דומה כאשר לפגיעה בזכויות תורמים, הן במקרה של התדיינות פרטית והן במסגרת הדיון האקדמי המתנהל כיום כאשר להיתכנותה של תרומת זרע ידועה.<sup>240</sup>

ביטוי לכך אפשר למצוא בפסק הדין שניתן בעניין התורם הידוע, שבו נדונה עתירתם של תורם זרע שזהותו ידועה ושל נתרמת נגד החלטת משרד הבריאות שלא לאפשר לנתרמת להשתמש בזרעו.<sup>241</sup> במרכז פסק הדין עמדה מחלוקת סביב מעורבותו העתידית של התורם בחייו של הילד שייוולד, שכן על פי הדין הישראלי במקרה של תורם שזהותו ידועה הוא

236 קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 167, בעמ' 179.

Elodie Decorte, *Donor Conception: From Anonymity to Openness*, in PLURALITY AND DIVERSITY OF FAMILY RELATIONS IN EUROPE 143 (Katharina Boele-Woelki & Dieter Martiny eds., 2019)

238 ראו על כך בג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (11.2.1997). כן ראו דינה צדוק חקיקה להסדרת תרומת זרע – סקירה משווה (הכנסת, הלשכה המשפטית, תחום חקיקה ומחקר משפטי, 2017) <https://did.li/LBUIC>; בג"ץ 4645/18 פלונית נ' שר הבריאות (נבו) (13.2.2019) (להלן: עניין התורם הידוע); ובהרחבה ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221.

239 על המסלולים השונים של תרומות זרע, ראו בהרחבה להלן פרק ג.3.

240 ראו למשל ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221.

241 ראו את עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238.

מחויב לשאת בחובותיו ההוריות גם בהיעדר מערכת יחסים עם האם המיועדת.<sup>242</sup> במקרה זה טען העותר שבכוונתו להשתתף בגידול הילד בצורה פעילה, אולם הסכם ההורות שעליו חתם עם הנתרמת, כמחויב בדין, סתר טענה זו.<sup>243</sup> בהכרעתו התייחס בית המשפט העליון באריכות לזכויות הנתרמת המונחות על הכף. השופט הנדל סבר שההגבלה על עצם האפשרות לקבל תרומת זרע פוגעת בגרעין זכותה להורות, ואילו ההגבלה על קבלת תרומת זרע מתורם ידוע פוגעת רק בהיבט פריפריאלי של הזכות.<sup>244</sup> לעומת זאת, אי-אפשר לאתר שום התייחסות לזכויות דומות העומדות לתורם הזרע, שבעניינו נמצא שאין בכוונתו לשאת באחריות כלפי הילד שעתידי להיוולד.<sup>245</sup> עולה כי גם מבחינת מצב הדברים המצוי, הדין הישראלי אינו מכיר בזכותו של תורם זרע להמשכיות גנטית או להורות שאינה מלווה בקבלת אחריות הורית, לפחות לא כזו המעניקה לו אפשרות לאתגר מגבלות המוטלות על תרומת זרע בשל רצונו זה. בפרק הבא נראה שהאנלוגיה לתרומת זרע מועילה לא רק באשר להכרעה בדבר טיב האינטרסים העומדים למת, אלא גם בדבר טיב האינטרסים העומדים לצדדים נוספים בפרקטיקה, ובפרט נשים שהמנוח לא הכיר בחייו המבקשות להשתמש בזרעו במסגרת הורות יחידנית. אולם בטרם נעבור לדיון באינטרסים של הצדדים הנוספים נבקש לשוּב לדיון בזכויות המת, ובפרט הזכות שלא להביא ילדים לעולם לאחר מותו.

### 3. רצון המת שלא להביא ילדים לאחר מותו

הדיון עד כה התמקד בשאלה אם יש להכיר בזכות המת להביא ילדים לאחר מותו, שעליה השבנו בשלילה. אולם שאלה אחרת היא אם יש להכיר בזכות המת שלא להביא ילדים לעולם. במילים אחרות, עולה השאלה אם יש לכבד את רצון המת שלא יהיה שימוש בזרעו לצורך הבאת ילדים לאחר מותו, לאור מעמדה של הזכות שלא להיות הורה בדין הישראלי. לדיון זה בהיבט השלילי של הזכות להביא ילדים נודעת חשיבות רבה בהקשר של הולדה לאחר המוות.

נקדים ונאמר כבר עתה, כי לגישתנו יש לכבד את רצון המת שלא להביא ילדים לאחר מותו. עמדה זו מבוססת בראש ובראשונה על הזכות שלא להיות הורה כפי שהוכרה בדין הישראלי. כך למשל, בפסק הדין בעניין נחמני נמצא, כי "כנגד אינטרס קיומי זה [להיות הורה] עומד האינטרס ההפוך, שלא להיות הורה, או ליתר דיוק שלא להיות הורה בעל-כורחו".<sup>246</sup> בית המשפט אומנם מצא שהזכות שלא להיות הורה אינה מוחלטת, ועל כן גם פסק בסופו של דבר נגד דני נחמני, אולם פסק הדין הוא ציון דרך בתהליך התגבשותה של הזכות שלא

242 שם בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל.

243 שם, בפס' 7-8 לפסק הדין של השופט הנדל.

244 שם, בפס' 6-7 לפסק הדין של השופט הנדל. ראו גם את עניין בנק הזרע, לעיל ה"ש 194. לביקורת על ההצגה המתונה של הפגיעה בזכות לבחור את ההורה של ילדך, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221, בעמ' 246-252.

245 ראו את עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238, בפס' 6-7 לפסק הדין של השופט הנדל. נבהיר, כי מסקנתנו מוגבלת לקיומו של אינטרס מוגן בהמשכיות או בזכות ההורות העומדים לתורם הזרע. אולם אין בכך כדי לשלול את קיומם של אינטרסים מוגנים אחרים, כך למשל את אלה הנעוצים במוטיבציות כלכליות או דתיות, שטרם זכו לדיון ולפיתוח בפסיקה.

246 דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 196, בפס' 33 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן.

להיות הורה. עמדה זו, שלפיה "הטלת הורות כפויה כרוכה בהתערבות שלטונית דורסנית בחופש הפרט במגזר שאולי הכי רגיש, הכי אישי, הכי אינטימי של חייו",<sup>247</sup> מצאה ביטוי גם בספרות הענפה שהתפתחה בעקבות פסק הדין.<sup>248</sup> דוגמה רלוונטית יותר להכרה בזכות שלא להיות הורה אפשר אולי למצוא בפסק הדין בעניין **בנק הזרע**, שבו נפסק כי יש להתיר לתורם זרע אנונימי שהתחרט לחזור בו מהסכמתו לשימוש בזרעו בידי נתרמת.<sup>249</sup> השופט רובינשטיין סבר, כי "נקודת המבט הנכונה והראויה ביותר" להכרעה בסוגיה היא באמצעות הזכות לכבוד ולאוטונומיה המוקנית לכל אדם לספר את סיפור חייו,<sup>250</sup> וכן כי זכות זו נועדה להגן על "האוטונומיה האישית של האדם בבחירתו" שלא להיות הורה.<sup>251</sup> יתרה מזאת, גם מי שסבורים כי הזכות להורות והזכות לאי-הורות אינן סימטריות, וכי הזכות להורות היא בגדר אינטרס קיומי ובסיסי העולה בחשיבותו על האינטרס שבלא להיות הורה,<sup>252</sup> מכירים בקיומה של הזכות להימנע מהורות כזכות הקשורה באופן "גרעיני לכבוד האדם".<sup>253</sup>

אולם ככל שעסקינן בזכות המת שלא להיות הורה אפשר לטעון כי מדובר בגרסה "מוגבלת" של הזכות, מאחר שממילא הוא לא יהיה מי שיגדל את הילד או שיישא בזכויות ובחובות כלשהן כלפיו.<sup>254</sup> אכן, כמו בנוגע לזכות להורות, גם כאן היבטים שונים של הזכות שלא להיות הורה, כך למשל ההיבטים הקשורים למחויבות הכלכלית של הורה כלפי ילדו, אינם מתקיימים במקרה של הולדה לאחר המוות. אך בניגוד לזכות להורות אשר טרם הוכרה כזכות מוגנת כאשר היא אינה כוללת בחובה קבלת אחריות הורית, הזכות שלא להיות הורה זכתה להגנה גם בהיעדר קבלת אחריות משפטית או אחרת כלפי הילדה העתידית. בפסק הדין בעניין **בנק הזרע**, שעסק בתרומת זרע אנונימית, הוסבר כי העובדה שהתורם אינו עתיד להיות אב משפטי או חברתי לילדה העתידית אינה מאיינת את הפגיעה באוטונומיה. אלא "שהפגיעה באדם כתוצאה מתחושתו... כי ילד יוצא חלציו 'מהלך בעולם' והוא אינו מסוגל או רוצה אם מטעמים דתיים ואם מבחינת משאבי הזמן והרגש, להקדיש לו אהבה

247 עמוס שפירא "פרשת נחמני: הורות כזכות ובכפייה, ביציות מופרות ויילודים עתידיים – סיפורים של קדמה מדעית וכשל נורמטיבי" **מאזני משפט** ד 437, 447 (2005).

248 שם; דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 197 (1996); חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" **עיוני משפט** יח 83 (1993); אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז" **עיוני משפט** יט 433 (1995); סגל דוידוב מוטולה "פסק דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 221 (1996).

249 עניין **בנק הזרע**, לעיל ה"ש 194.

250 שם, בעמ' 300.

251 שם, בעמ' 308.

252 ראו למשל ברק-ארז, לעיל ה"ש 248, בעמ' 198-199 ("כלל לא ברור אם הזכות להיות הורה והזכות לא להיות הורה צריכות להיות נידונות באותו מישור רק בשל היותן סימטריות לכאורה. במילים אחרות, לא ניתן להניח קיומה של סימטריה בין שתי הזכויות רק משום שהן אוחזות בשני קצותיו של חבל ההורות"). עמדה מתנגדת אפשר לאתר במאמרו של שפירא על הפסיקה בעניין נחמני, לעיל ה"ש 247, בעמ' 446-447.

253 שם, בעמ' 335.

254 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4-5.

ותשומת לב – היא בלתי נמנעת והיא נוגעת למצפוננו המוסרי הסובייקטיבי.<sup>255</sup> אכן, ההתנגדות הרגשית והמוסרית של אדם כלפי הולדת ילד שהוא אינו מעוניין בו ושהוא לא יוכל לקבל אחריות לגידולו היא בעלת תוקף ללא קשר למחויבות המשפטית של הורה כלפי ילדו. תפיסות דומות רווחות גם מחוץ לישראל, כך למשל בארצות הברית, שם נטען כי יש להבין את הפגיעה בזכות שלא להיות הורה במובנה הגנטי לאור מוסכמות חברתיות הקושרות בין גנטיקה להורות.<sup>256</sup>

תחושות אלה ראויות להגנה גם כאשר מדובר במתים. בבסיס התאוריות המרכזיות המנחות את השיח המשפטי בנוגע לזכויות לאחר המוות עומד הרצון להגן על תחושותיהם של החיים שיהפכו למתים, שהם לא יהיו חשופים לחשש שייולד להם ילד שלא רצו בו ושלא יוכלו לקבל אחריות על גידולו. במובן זה החשש של אדם בעודו בחיים, כי לאחר מותו יהיה שימוש בזרעו כדי להביא ילדים בניגוד לרצונו, הוא הצדקה מספקת לכלל המבקש למנוע הפרה של זכות זו.<sup>257</sup> לכל אלה מצטרפת גם הפגיעה הפוטנציאלית של הבאת ילדים בניגוד לרצונו של אדם בקרוביו, למשל, מבחינה כלכלית – אם ילדים יוכרו כמורשיו של המת.<sup>258</sup>

זאת ועוד, העמדה שלפיה יש להכיר בזכות המת או החי שמת שלא להביא ילדים לאחר מותו מבוססת גם על זכות רחבה יותר המוכרת במשפט הישראלי, היא הזכות החוקתית לגוף המושתתת על "ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין", ואשר "נועדה לממש את שליטתו של האדם על גופו כפי רצונו".<sup>259</sup> זכות זו טומנת בחובה את הזכות לקבל החלטות על גופו בחיים ובמוות, ובפרט את החופש לקבל החלטות באשר לגוף כבסיס להולדה לרבות באשר לשימוש בזרע. היא אף מטילה חובה על רשויות שלטוניות להגן על האדם מפני פעולות של צדדים שלישיים. יתרה מזאת, במונחים של חוזה חברתי ושל אינטרסים ציבוריים רחבים, שימוש באיבריו ובזרעו של אדם בניגוד לרצונו הופכים את האדם לסובייקט באופן השולל את אנושיותו ואת כבודו.<sup>260</sup> איסור על שימוש בגופו של אדם לאחר מותו מוצדק לכן – לא רק בגלל הפגיעה במנוח הספציפי, אלא בגלל הפגיעה הרחבה יותר בחוזה החברתי. לכל אלה יש להוסיף את הצער שייגרם לקרובי המשפחה מכך שיהיה בגופו של המנוח שימוש שהמנוח ראה בו שימוש מבזה ולא-ראוי. נורמות חברתיות ומשפטיות אלה מובילות למסקנה שלפיה הציפיה של אדם שינהגו בגופו בדרך מסוימת

255 עניין בנק הזרע, לעיל ה"ש 194, בעמ' 317.

256 ראו למשל I. Glenn Cohen, *The Right Not to Be a Genetic Parent*, 81 S. CAL. L. REV. 1115 (2008).

257 שם.

258 שם.

259 אהרון ברק "הזכות החוקתית לגוף" דין ודברים יד 337, 365 (2021).

260 ראו את הניתוח המוסרי-פילוסופי בהקשר זה הנערך במאמר Anna Smajdor, *Your Sperm is Mine! Do Artificial Gametes Change the Ethics of Posthumous Sperm Retrieval and Conception?*, 3 ETHICS & POLITICS 53 (2018). המחברת רואה באיסור על שימוש בגופו של אדם ללא הסכמתו לאחר מותו הרחבה של האיסור הקנטיאני בדבר החפצה של אדם אחד עבור אדם אחר.



לאחר מותו, בין אם היא מעוגנת באמונות דתיות או בתפיסות אחרות בנוגע לקבורה או לשלמות הגוף, היא סבירה.<sup>261</sup>

עמדה זו, המכירה בזכות המת שלא להביא ילדים לעולם לאחר מותו בניגוד לרצונו, משתקפת כאמור גם בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה. ההנחיות שבות ומורות, כי במקרה שהנפטר התנגד לשימוש בזרעו יש לתת לכך משקל מכריע.<sup>262</sup> גישה דומה אפשר למצוא במסגרת הרגולטורית החולשת על תרומת איברים בישראל, האוסרת לנתח גוויית אדם, לרבות לצורך נטילת איבריו, אשר הביע לכך את התנגדותו (בכתב) בעודו בחיים.<sup>263</sup> הגם שההנחיות אינן מנמקות אילו ערכים או עקרונות עומדים בבסיס הוראה זו, דומה כי היא מבוססת על הבנה מסוימת של עקרון האוטונומיה ושל זכות האדם על גופו ככאלה העומדים גם למת. ודוק, מן העמדה העקרונית שלפיה למתים עומדת הזכות שלא יהיה בגופם או באיבריהם שימוש בניגוד לרצונם, אין נובעת בהכרח תשובה חד-משמעית כיצד תוסק התנגדות או הסכמה לפרקטיקה אם הן לא הובעו במפורש. בהקשר של תרומת איברים, למשל, החוק מאפשר לתרום את איבריו של המת במקרים שבני משפחה (בני זוג, ילדים או הורים) נתנו את הסכמתם.<sup>264</sup> יתרה מזאת, עמדת בני המשפחה אף זוכה לעדיפות, כך שבמקרים שהמנוח הסכים לתרום את איבריו לא יהיה אפשר לעשות כן אם אחד מבני המשפחה הביע את התנגדותו לכך בכתב.<sup>265</sup> במקרה של הולדה לאחר המוות, לעומת זאת, אי-אפשר לאתר כללים ברורים דומים. תחת זאת, במקרים שהמנוח לא הותיר אחריו הוראות מפורשות בתי המשפט נוהגים ליישם את מודל הרצון המשוער, שבמסגרתו הם תרים אחר אינדיקציות המעידות כי הפרקטיקה עולה בקנה אחד עם רצון המנוח. אולם הביקורת שהשמענו בפרק הראשון למאמר על היישום של מודל הרצון המשוער בידי בתי המשפט, ובפרט על הרף הראייתי הנמוך שאומץ בפסיקה לאורך השנים לצורך הוכחת רצון המנוח, מטילה ספק רב ביכולתו של מנגנון זה לספק תשובה מהימנה על השאלה מה היה רצון המנוח. דומה כי הגישה המבכרת את רצונם של בני המשפחה במקרים שהמנוח לא הביע את עמדתו בנוגע לתרומת איברים קנתה אחיזה גם בהקשר של הולדה לאחר המוות, לאור ההסתמכות ההולכת

261 אף בהתאם לגישות המצדיקות זכויות של מתים בשל קיומם של אינטרסים השורדים את המוות, האינטרס שלא יהיה שימוש בגופו של אדם לאחר מותו הוא המקרה המובהק שהגישות הללו מציעות כהדגמה לטענה שיש אינטרסים שפגיעה בהם אפשרית גם כאשר הנפגע אינו מודע לפגיעה, ואפילו כאשר הנפגע הוא אדם מת. לשרידות הערכים של כבוד האדם ושמירה על שלמות גופו גם לאחר מותו של אדם, ראו למשל Wilkinson, לעיל ה"ש 177, בעמ' 34-36; אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 383 (2014). כן ראו בג"ץ 4068/12 שובנב נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 23.9.2012). לביקורת על הגישה, ראו Meyer, לעיל ה"ש 171.

262 הנחיות היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

263 ס' 6א(ב) לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953. ראו עוד אורלי אלמגור-לוטן מודלים של הסכמה לתרומת איברים – סקירה משווה (הכנסת, מרכז המחקר והמידע 2011).

264 ס' 6א(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

265 שם, בס' 6א(ד).

וגדלה על עדויות של בני משפחה קרובים ורחוקים,<sup>266</sup> חרף הבדלים מהותיים השוררים בין הפרקטיקות (כך למשל, פוטנציאל הרבייה של זרע לעומת איברים אחרים). אף במישור הפוזיטיבי תאי רבייה הוחרגו במפורש מתחולתו של חוק השתלת איברים, התשס"ח-2008.<sup>267</sup> במובן זה, מודל הרצון המשוער אינו מספק הגנה טובה דיה לזכות המנוח שלא להביא ילדים לאחר מותו, משאין ביכולתו להפריד בין רצון המת לרצונם של החיים.<sup>268</sup> לכן לדעתנו יש לאמץ מודל אחר חלף מודל הרצון המשוער, הרגיש לקיומם של הבדלים בין התרחישים השונים שבהם מתבקש שימוש בזרע המנוח, למשל לאור זהות המבקשים ונסיבות השימוש בזרע. מודל שכזה, אשר יידון בפרק הבא, יעניק הגנה טובה יותר לזכות המת – או החי שמת – באמצעות הצבת הרישה להסכמה פוזיטיבית לשימוש בזרע המנוח במקרים שטיב הקשר שבין המנוח למבקשים מעלה קושי קטגורי להתחקות אחר רצון המת. לסיכום, בפרק זה יישמנו מתווה מקובל לבחינת זכויות של מתים כדי לבחון את הזכות להולדה לאחר המוות. טענו כי לנוכח מהותה של הזכות להבאת ילדים לעולם בחיים ויחסה לאתיקת ההורות, אין להכיר בזכותו של אדם להורות או להמשכיות לאחר מותו. לעומת זאת, טענו כי למת עומדת הזכות שלא להביא לילדים לאחר המוות. עמדה זו אף מוצאת תימוכין בפרקטיקה של תרומת זרע, ובפרט באופן שהאינטרסים והזכויות של תורמים ושל נתרמים זוכים להכרה ולהגנה משפטית. כפי שנראה בפרק הבא, האנלוגיה שבין הולדה לאחר המוות לתרומת זרע חשובה גם לצורך ביסוס אינטרסים וזכויות של צדדים נוספים המעורבים בהליך של הולדה לאחר המוות, ובפרט צדדים שלישיים המבקשים להשתמש בזרע המנוח. אכן, בעוד שעד כה התמקדנו באינטרסים וזכויות של המת, בפרק הבא נפנה את המבט לזכויות ולאינטרסים של צדדים נוספים לפרקטיקה – בנות זוג, הורי המת, נתרמות פוטנציאליות ואף הילדים העתידיים. ודוק, התנגדותנו להכרה בזכות של אדם להביא לעולם ילדים מבלי לקבל אחריות על גידולם אין משמעה בהכרח התנגדות לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות. בעוד שרצון התורם כשלעצמו איננו מצדיק את הפרקטיקה של הולדה לאחר המוות, ישנם שיקולים ואינטרסים כבדי משקל של צדדים נוספים המעורבים בפרקטיקה, ביחוד צדדים הנכונים לקבל אחריות פעילה על גידולם של הילדים העתידיים, שעשויים דווקא להיות בסיס חוקי לקיומה. לדיון באלה נפנה כעת.

266 בארצות הברית למשל, עלו הצעות להחיל את המסגרת החוקית החולשת על תרומת איברים גם על הולדה לאחר המוות, וכך לאפשר לבני משפחה לקבל החלטות באשר לנטילת זרע מן המת ולשימוש בו מבלי לקיים הליך משפטי בסוגיה. ראו למשל Jean Denise Krebs, *Any Man Can Be a Father, but Should a Dead Man Be a Dad?: An Approach to the Formal Legalization of Posthumous Sperm Retrieval and Posthumous Reproduction in the United States*, 47 HOFSTRA L. REV. 775 (2018).

267 ס' 1 לחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008, ס"ח 394.

268 יש מי שסבורים כי השאלה אם יש להכיר בזכות המת מלכתחילה תלויה בשאלה אם ייצוג זכותו של המת בידי גורמים שונים ובהם המשפחה, הקרובים, בעלי אינטרס אחרים או הקהילה הוא ייצוג אמת, מאחר "שבמקרים רבים הטענה בדבר קיומה של זכות למת אינה אלא מסווה לאינטרסים אחרים של אנשים חיים אחרים" (בירנהק, לעיל ה"ש 168, בעמ' 61).

### ג. זכויות החיים – מבט חדש

פרק זה מטרתו לתור אחר הצדקות לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות במסגרת זכויות, אינטרסים וערכים חברתיים הרלוונטיים לצדדים החיים המעורבים בהולדה לאחר המוות. הסעיף הראשון ידון בזכויות בני ובנות זוג, אשר מוצבו לצד המנוח בראשית ימיה של הפרקטיקה כבעלי האינטרסים המרכזיים המבססים את ההצדקה לה. בניגוד לטענה שלפיה מעמדה של בת הזוג נובע מיכולתה להעיד על רצון המנוח, ניתוחנו יבסס את זכותה להורות משותפת עם המת, זכות שעל פי ניתוחנו יש לה קיום גם לאחר מותו. הסעיף השני יעבור לדון בזכויות ובאינטרסים של הורי המת. נטען כי מנקודת המבט של הדין המצוי והרצוי, להורי הנפטר כשלעצמם אין עומדת זכות שבאמצעותה ניתן להצדיק את הפרקטיקה, על אף היתרונות הגלומים באפשרות להביא נכד לעולם לרווחתם על רקע התמודדות עם אובדן, בשל יכולתה של הפרקטיקה לשמר קשר עם המנוח בעולם לאחר מותו. הסעיף השלישי ידון בצד להליך אשר טרם זכה להתייחסות בפסיקה ובספרות, ובפרט נשים זרות למנוח המבקשות להשתמש בזרעו. נציע להבין את מעמדן בהקשר זה כמי שמבקשות לממש את זכותן להורות באמצעות תרומת זרע ידועה. נטען כי יצירת אפשרות חוקית להולדה לאחר המוות בנסיבות אלה עונה הן על הצורך של ילדים שנולדים במסגרת תרומת זרע בשורשים, והן על צורכיהם של הורי המת ואף של המת עצמו בהמשכיות. בעקבות הדיון בפרק זה, הפרק הבא של המאמר יכלול המלצות אופרטיביות המתבססות על המסקנות העולות מהדיון שערכנו באשר לזכויות המתים ולזכויות החיים. המלצות אלה מאזנות כראוי בין זכות האם העתידית, זכות המת על גופו ואינטרסים נוספים המצויים בתוכם ובכללם טובת הילד.

#### 1. בנות זוג – הזכות להורות משותפת

בפרק הראשון עמדנו על היחס המיוחד שהדין הקיים מקנה לבת הזוג במסגרת הולדה לאחר המוות. המקורות הנורמטיביים שבהם עסקנו הדגישו כי לבת הזוג יש תפקיד כפול. התפקיד הראשון הוא ראייתי – בתור "האדם המתאים ביותר" להעיד על רצונו של המנוח. הנחה זו אינה חפה מקשיים בשל העובדה כי לפחות בחלק מן המקרים ייתכן ניגוד עניינים בין רצון בת הזוג לבין רצון המת, כלומר שייצוג אמת של רצון המת יחתור תחת שאיפתה להביא ילדה מזרעו. התפקיד השני הוא מהותי, ועוסק בזכותה העצמאית של בת הזוג להשתמש בזרעו של בעלה לצורך הבאת ילד לעולם. כך למשל, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מדגישות, כי בהיעדר בת זוג המבקשת לממש את זכותה להורות לא רק שאי-אפשר לייחס רצון משוער קונקרטי לנפטר, אלא שגם אין אינטרס ציבורי להתיר שימוש בזרע.<sup>269</sup> כלומר, לבת הזוג נודעת חשיבות בהליך גם לצורך ביסוס ההצדקה הנורמטיבית בעד הולדה לאחר המוות בשל יכולתה של הפרקטיקה להגשים את זכותה להורות.<sup>270</sup> עם זאת תפקיד זה העוסק בזכות המהותית של בת הזוג לא פותח בפסיקה, ובמידה מסוימת – לפחות ברמה ההצהרתית – הדגש עבר להיבט הראייתי.<sup>271</sup> בסעיף זה נבקש לעמוד על היבט מהותי זה

269 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5.

270 שם.

271 ראו לעיל פרק א.4.

של תפקיד בת הזוג. נאמנים למתודה של המאמר הנוכחי, ניתוחנו ייפתח בניתוח זכות בת הזוג להביא ילדים לעולם עם בן זוגה, או "זכותה להורות משותפת", כפי שאנו מעדיפים להמשיג זאת. לאחר מכן נעבור לדון בזכות זו בנסיבות שבהן הזוג אינו בחיים.

בפרק השני התייחסנו לכך שמרבית ההיבטים שעניינם אופן מימוש הזכות להורות, להבדיל מעצם היכולת להפוך להורה, הוכרו כפריפריאליים לזכות זו ולכן גם לא זכו להגנה המוענקת לה ברגיל. כך למשל, בעניין בנק הזרע ביקשה נתרמת זרע, שהזרע שנלקח מן התורם וששימש להולדת ילדה הראשון ישמש גם לתרומה נוספת, מטעמים של קירבה גנטית.<sup>272</sup> בית המשפט העליון סבר שמדובר בזכות פריפריאלית, שיש לדחות אותה לנוכח זכותו של האב שלא לשמש הורה.<sup>273</sup> במקרה אחר, אשר עסק בתורם זרע ידוע,<sup>274</sup> דחה בית המשפט העליון את הטענה שהוראות החקיקה המשנית הנוכחית, העומדות על כך שתורמת הזרע תהיה ממקור אנונימי, אינן חוקתיות משום שהן פוגעות בזכות של האם היחידה לבחור את זהות תורם הזרע כחלק מזכותה להורות.<sup>275</sup> אף במקרה זה סבר בית המשפט שהזכות לבחור את זהות התורם היא זכות פריפריאלית לכל היותר, אשר אינה מצדיקה את פסילת התקנות בנוסחן הקיים.<sup>276</sup>

נודה על האמת, איננו משוכנעים שהמשקל הנוכחי הניתן במשפט הישראלי ליכולת לבחור את זהות ההורה הגנטי של צאצא עתידי אינו משקף הערכת פחת. לשיטתנו, על המשפט לכבד לא רק את הזכות העקרונית להורות, אלא גם את האפשרות של ההורה לשלוט במידת האפשר בטבעה של ההורות ובכלל זה בזהות הגנטית של ההורה.<sup>277</sup> עם זאת בהקשר הנוכחי אין צורך להכריע בנושא, שכן אנו סבורים שבמקרה של בת זוג המבקשת להביא ילד לעולם עם בן זוגה אין מדובר בזכות להורות מזרעו של אדם מסוים אלא בזכות עמוקה יותר, שבמקום אחר הוצע להתייחס אליה כאל זכות להורות משותפת.<sup>278</sup> זכות זו משקפת את העובדה שהבאת ילדים לעולם היא לרוב המשך ישיר וטבעי של ההחלטה של שני אנשים לקשור את חייהם יחדיו. במובן זה אין מדובר בשתי החלטות אינדיבידואליות שחברו להן במקרה יחדיו, אלא בהחלטה משותפת על הבאת ילדים לעולם וגידולם בשל

272 ראו את עניין בנק הזרע, לעיל ה"ש 194.

273 ראו שם, בפס' 29 לפסק הדין של השופט רובינשטיין, וכן שם, בפס' 6-7 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו ("בנסיבות העניין ניתן לתאר את ההתנגשות בין הזכויות כהתנגשות בין ביטוי פריפריאלי של הזכות להורות בפן החיובי שלה (תביעה למימושה בקשר עם אב גנטי מסוים) לבין התנגדות להורות שקרובה יותר לליבתה של זכות זו בפן השלילי שלה").

274 ראו את עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238.

275 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל.

276 ראו שחר ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221.

277 Dov Fox, *Reproductive Negligence*, COLUM. L. REV. 149, 185 (2017). במאמר זה פוקס מציע המשגה לנוקים שנגרמים מ"רשלנות רבייתית", כלומר התנהגות רשלנית של נותני שירותי הולדה המובילה לשלילה, לכפייה או ל"שיבוש" (confounded) של הולדה. לשיטתו, במקרה האחרון יש להבין את הנזק שנגרם כפועל יוצא של ציפייה סבירה "of control over the selection of offspring particulars that people project would make the parenting experience more worthwhile".

278 ליפשיץ "אתיקת ההורות", לעיל ה"ש 189.

הרצון לחלוק חוויה זו, לרבות האחריות הנלווית לה, עם אדם ספציפי.<sup>279</sup> על רקע האמור ניתן להבין את הזכות להורות משותפת לא כממוקדת בקביעת הזהות הגנטית של הורה ילדך, אלא כמבקשת להגן על הציפייה של אנשים לשלוט בבחירת בן הזוג שלהם, בחירה שלהערכתם תוביל לחוויה הורית מסוימת הנגזרת מהיבטים שונים של זהותו. ניתן אף לטעון, כי ריבוד הדרישה להורות מאדם מסוים להיבט הגנטי משקפת תפיסה גברית של הולדה ושל הורות, המקדשת גנטיקה על פני טיפול ודאגה, שהם רכיבים המגדירים קשר הורי.<sup>280</sup> ההכרה בזכות להורות משותפת מבטאת גם תפיסה שלפיה עצם קיומו של קשר מסמל את תחילתו של פרויקט "רבייה" משותף, שהוא המשך טבעי של קשר זוגי. פרויקט מסוג זה אינו מתקיים במקרה של נתרמת זרע המבקשת להרות מזרעו של תורם ספציפי או של הורים המבקשים להשתמש בזרע בנם. ביטוי לתפיסה זו אפשר למצוא למשל בדעתו של השופט מזוז בעניין בע"מ 7141/15:

"ביסוד הענקת משקל לרצונה של בת הזוג, כנפרד מהגשמת רצונו של הנפטר, עומדת התפיסה לפיה לבת הזוג יש זכות להורות יחד עם בן זוגה הנפטר עמו קשרה את חייה ב'פרויקט משותף' של חיים משותפים כבני זוג והקמת משפחה... הורות משותפת היא מרכיב מהותי ומרכזי בשותפות זו ובחירה משותפת של שני בני הזוג. לפיכך קיים אינטרס של בת הזוג – העומד בפני עצמו – להגשים את השותפות הזו ואת ההבטחה המשותפת הגלומה בהם [כך במקור], שנקטעה על ידי מות בן זוגה, וזאת מעבר למחויבות להגשמת רצונו של הנפטר".<sup>281</sup>

מעבר להיבט החווייתי, גם מנקודת מבט משפטית הורות המבוססת על מערכת יחסים זוגית היא שונה מהורות יחידנית, שהרי משמעותה היא לרוב שני אנשים החולקים את הזכויות ואת החובות הנלווים להכרה כהורה.<sup>282</sup> הכרה בזכות להורות משותפת נותנת מענה למגוון דפוסים משפחתיים, ודאי שאלה הרווחים, תוך הכרה במאפיינים ייחודיים המגולמים בכל אחד מהם. במחקר הפסיכולוגי והסוציולוגי התפתח גוף ידע המצביע על היתרונות של מסגרת זוגית עבור טובתם של ילדים או של החברה בכללותה,<sup>283</sup> הן כאשר מדובר על זוגיות

279 בע"מ 919/15 פלוני נ' פלונית, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 19.7.2017). לחשיבות השוויון בהורות, ראו דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 196, בפס' 10-11 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן ("ההחלטה להביא ילד לעולם היא החלטה משותפת בעלת חשיבות עליונה בחיי שני ההורים... ההכרה בצורך בהסכמה הנמשכת להבאת ילד לעולם יוצרת שוויון, שהוא ערך יסודי בשיטתנו") (ההדגשה הוספה); ראו גם ברק-ארוז, לעיל ה"ש 248 ("לשני ההורים אותה זיקה לילד, ובני שני המינים מושפעים על-ידי מימוש (או אי-מימוש) ההורות בחייהם").

280 ראו לעיל ה"ש 33 ואת ההפניות שם.

281 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 19 לפסק הדין של השופט מזוז.

282 ראו תרצה יואלס ואבי שגיא-שוורץ "אבא, אמא, ומה איתי? אני זקוק לשניכם": עובדות, מיתוסים ותקוות בהסדרי הורות במקרים של גירושין" דין ודברים ו 375 (2012). לייחודיות של ההורות המשותפת המבוססת על זוגיות, ראו גם Ayelet Blecher-Prigat, *Conceiving* Parents, 41 HARV. J. L. & GENDER 119, 134-35 (2018).

283 ראו למשל SARA McLANAHAN & GARY SANDEFUR, GROWING UP WITH A SINGLE PARENT: WHAT HURTS, WHAT HELPS (1994). ראו גם את הרשימה הארוכה של המחקרים העוסקים בעניינים הללו ומאזכרים אצל Amy L. Wax, *The Two Parent Family in the Liberal State*:

בין בני זוג מאותו המין והן כאשר מדובר על זוגיות ממין שונה.<sup>284</sup> אומנם בשיח המשפטי והציבורי היו מי שביקשו לבסס על מחקרים אלה מדיניות "שמרנית", המקדמת הולדת ילדים בתאים משפחתיים זוגיים, ואף כזו המבקשת לשלול פרקטיקות כגון פונדקאות או תרומת זרע מהורים יחידים לנוכח החשש מפני פגיעה לכאורה בטובתם של ילדים;<sup>285</sup> אולם עמדתנו, שלפיה יש להכיר בזכות המובחנת להורות משותפת המבוססת על יחסים זוגיים, אינה נובעת מעמדה שמרנית המעדיפה הורות זוגית על הורות יחידנית. לשיטתנו, הצורך בהתייחסות להורות משותפת המבוססת על יחסים זוגיים נובעת דווקא מנקודת מבט פלורליסטית כלפי דפוסים שונים של הורות והחוויה הייחודית שכל אחד מדפוסים אלה מציע מנקודת מבטם של מי שבוחרים בה. במובן זה זכות זו יכולה לבסס מגוון תביעות להורות, כך למשל של בני זוג המבקשים להביא ילדים לעולם בעזרת פונדקאית<sup>286</sup> או בנות זוג מאותו מין המבקשות להביא ילד משותף במגוון תרחישים עובדתיים (לרבות אלה שנדחו בעבר בידי בית המשפט העליון),<sup>287</sup> באופן שימנע היררכייה בין הורים גנטיים להורים לא-גנטיים.<sup>288</sup> לשיטתנו, זכות זו להורות משותפת היא שמקנה לבת הזוג מעמד ייחודי בהקשר של הולדה לאחר המוות. אולם כפי שהקשה השופט מלצר בפסק דינו בעניין בע"מ 7141/15, המשגה זו של הזכות להורות כזכות משותפת מעוררת קשיים, שהרי "משנפטר המנוח –

---

כן ראו את המחקרים המאוחרים יותר, כגון, Sara McLanahan, Laura Tach & Daniel Schneider, *The Causal Effects of Father Absence*, 39 ANN. REV. SOCIO. 399 (2013), המתמודדים עם ביקורות שהוטחו במחקרים הקודמים.

- 284 במשפט המשווה ישנם מחקרים סוציולוגיים רבים שערכו השוואה בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות לבין ילדים שגדלו במשפחות חד-מיניות, ועל פי רוב נראה כי אין שוני. ראו למשל Simon Robert Crouch, Ruth McNair & Elizabeth Waters, *Impact of Family Structure and Socio-Demographic Characteristics on Child Health and Wellbeing in Same-Sex Parent Families: A Cross-Sectional Survey*, 52 J. PAEDIATR. CHILD HEALTH Alicia L. Fedewa, Whitney W. Black & Soyeon Ahn, *Children and Adolescents With Same-Gender Parents: A Meta-Analytic Approach in Assessing Outcomes*, 11 J. GLBT FAM. STUD. 1, 28 (2015). מנגד, ישנם מחקרים מעטים המציגים שוני בין ילדים שגדלו במשפחות הטרוסקסואליות ובין ילדים שגדלו במשפחות חד-מיניות. ראו למשל, Donald Sullins, *Emotional Problems Among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition*, 7 BRITH. J. EDUC. SOC'Y & BEHAVIOURAL SCI. 99 (2015).
- 285 לטיעון שלפיו שיקולי טובת הילד מצדיקים הבחנה בין בני זוג לבין יחידים או יחידות, ראו Marsha Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 HARV. L. REV. 835, 886-89, 892-95 (2000) להתמודדות עם הטיעון, ראו ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189, בפרק 4(ב).
- 286 ראו בהקשר זה את עניין ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 191.
- 287 השוו עניין משה, לעיל ה"ש 196. לביקורת על פסק הדין ששלל את האפשרות של אחת מבנות הזוג להתעבר מביצית של זוגתה, ראו ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189, בעמ' 61.
- 288 שם, בעמ' 81; איילת בלכר-פריגת, רות זפרן ונוי נעמן "הורות מושתתת זוגיות: בין מהות למיסוד הסדרת אימהות משותפת כמקרה מבחן" עיוני משפט מז' 693 (2024).

הרי שאת זכותו להורות הלה, למרבה הצער, כבר לא יזכה להגשים".<sup>289</sup> אכן, כפי שטענו בפרק הקודם, אין להכיר בזכות המת להורות. אולם השאלה העומדת לפנינו כעת היא אם יש להכיר בזכות להורות משותפת גם לאחר מותו של בן הזוג – מנקודת מבטה של בת הזוג, להבדיל מנקודת מבטו של המת.

מחד, מאחר שהאם העתידית לא תזכה לגדל את הילדה עם בן הזוג אלא לכדה, רכיבים מהותיים אשר מבססים את הזכות הזו, ובכלל זה היכולת לחלוק את האחריות ההורית עם בן הזוג, אינם מתקיימים. במובן זה ישנו קושי להתייחס אל חוויה של הורות משותפת, שהרי בפועל אין בת הזוג עתידה לחלוק אותה עם בן הזוג. מאידך, ככל שמקבלים את ההמשגה המוצעת לעיל, שלפיה הזכות להורות משותפת משקפת גם הגנה על הציפייה לחוויית הורות הנגזרת מזהותו של בן הזוג ומן האופן שבו היא עתידה למצוא ביטוי בצאצאית העתידית, לפחות חלק מן ההיבטים של הורות משותפת שורדים גם לאחר מותו של בן הזוג. על היבט ייחודי זה של הבאת ילד לעולם מבן הזוג עמד בית המשפט לענייני משפחה בכפר סבא באחד המקרים הראשונים שעסקו בהולדה לאחר המוות.<sup>290</sup> בדחותו את העמדה שלפיה האישה יכולה לממש את זכותה להורות מבלי להשתמש בזרע המנוח הסביר בית המשפט, כי "נקיטה בדרך שכזו, היתה שוללת מהמבקשת בדרך בלתי צודקת את זכותה להרות מהאישי אשר קידשה לו לאישה, מאדם שאהבה נפשה, מהציפייה והתקווה כי בכך שייולד תינוק מזרעו, תתגשמה תכונותיו ומורשתו הגנטית של אהוב שחייו תמו".<sup>291</sup>

עוד ניתן לטעון כנגד האפשרות לבסס את ההכרה בזכות להורות משותפת גם לאחר המוות, כי מוות הוא אירוע המפקיע את מערכת היחסים הזוגית, המהווה הצדקה לזכות זו. אולם אל מול תפיסה דיכוטומית זו ישנה תאוריה חלופית, שלפיה היבטים שונים של הקשר הזוגי אינם פוקעים לחלוטין לאחר המוות של אחד מבני הזוג. כך למשל, בהקשר הכלכלי רם ריבלין ושחר ליפשיץ טוענים למודל תאורטי שלפיו השותפות בין בני זוג שורדת גם לאחר המוות, אשר בניגוד לגירושין הוא אירוע "שנכפה" על בני הזוג, להבדיל מאירוע שהם בוחרים בו.<sup>292</sup> לפי גישה זו, "התא המשפחתי", אשר כעת מיוצג בידי בת הזוג החיה, שורד גם לאחר המוות,<sup>293</sup> בניגוד לפרידה המהווה התפרקות של הקשר הזוגי או של התא המשפחתי, לרבות פרויקטים משותפים או הבטחות אשר היו מגולמים בו.

ודוק, הקשיים שעליהם הצבענו בפרק הקודם בדיון בזכותו העצמאית של המנוח להורות או להמשכיות אינם תקפים כאשר עסקינן בזכותה של בת הזוג, בין אם היא מוכנת זכות עצמאית או זכות משותפת. ראשית, מאחר שבת הזוג נכונה לקבל על עצמה אחריות פעילה לילדה שתיולד בעקבות הפרקטיקה, ההכרה בזכותה עולה בקנה אחד עם אתיקת ההורות, המתנגדת להורות שאינה מלווה בדאגה לילדה העתידית ובטיפול בה. שנית, בניגוד להקשרים אחרים שנדונו עד כה ושיידונו להלן, מנקודת מבטה של בת הזוג הולדה

289 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 27 לפסק הדין של השופט מלצר.

290 עניין י"ש, לעיל ה"ש 74.

291 שם, בפס' 10.

292 ראו Ram Rivlin & Shahar Lifshitz, *Till Death Do Us Part? Marital Property Claims Upon Death* (טרם פורסם, עותק עם הכותבים).

293 שם.



אינה אך ורק בגדר אמצעי למימוש אינטרסים או זכויות שהם פריפריאליים לליבת הזכות להורות; גם אם יש בה כדי להגשים צרכים נוספים או לענות עליהם, בנסיבות דנן מדובר ברצון להגשים את כלל ההיבטים של הזכות להורות, לרבות קבלת אחריות, טיפול בילדים עתידיים ודאגה להם. מעבר להיבט האינדיבידואליסטי של זכות בת הזוג, ההמשגה של הזכות להורות משותפת מאפשרת לראות בבת הזוג מייצגת של שני בני הזוג גם לאחר מות המנוח, וכמי שמקבלת על עצמה בשם היחידה הזוגית את האחריות ההורית ההכרחית להכרה בזכות להורות. לבסוף, יוער כי ההכרה בזכותה של בת הזוג בהקשר זה נותנת מענה לאינטרסים נוספים כגון אינטרס המת בהמשכיות, לצד אינטרסים נוספים כגון שימור זכרו של המת והנצחתו, שגם אם אינם מוכרים כזכויות או מהווים כשלעצמם הצדקה מספקת לפרקטיקה, הרי נודעת להם חשיבות בייחוד בהקשר הישראלי והיהודי.<sup>294</sup>

שני מקרים שנדונו לאחרונה בבתי המשפט, שבמרכזם בקשות מצד בנות זוג, מחדדים את ההבחנה שבין מעמדה או תרומתה של בת הזוג מנקודת מבט נורמטיבית ונקודת המבט הראייתית. אולם מעבר להיותם דוגמאות מאלפות הממחישות את הטיעון שבמאמר זה באשר לרצון המת כשיקול בלעדי ומכריע, לצורך דיון זה הם מסייעים להגדיר את גבולות הגזרה הנורמטיביים הרצויים לפרקטיקה, ובפרט את קיומה של זכות להורות משותפת שבת הזוג מבקשת לממש.

המקרה הראשון עוסק בבקשתה של גרושת מנוח להתעבר מזרעו לאחר פטירתו. המבקשת והמנוח היו נשואים שלוש שנים והביאו לעולם ילד אחד; בעורם נשואים, וכחלק מטיפולי פוריות שבהם השתתפו השניים, הקפיא המנוח את זרעו. שלוש שנים לאחר גירושיהם נפטר המנוח.<sup>295</sup> בהמשך למגמה שתוארה בהרחבה מוקדם יותר פתח בית המשפט את הדיון בהכרעה, בצינו כי "ההיתר להשתמש בזרעו של נפטר לאחר מותו תלוי, בעיקרו של דבר, ברצונו המפורש או המשווער".<sup>296</sup> בית המשפט פסק לטובת המבקשת על בסיס עדותה וכן על בסיס עדויות אביו ובן דודו, "כי רצונו של המשוער המנוח (כך במקור) היה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, וזאת גם לאחר הגירושין מהתובעת".<sup>297</sup> מנקודת מבט ראייתית, החלטה זו מדגימה את הגישה המרחיבה שאימצו בתי המשפט במסגרת הליך התחקות אחר רצונו המשווער של הנפטר. כך למשל, אפשר לתהות אם גם לאחר שהתפרק קשר הנישואין ניתן לראות בגרושת המנוח מי שביכולתה להעיד בצורה הטובה ביותר באשר לרצונו של הנפטר. אולם חשוב מכך לענייננו, על אף ייחודיות הנסיבות אִי-אפשר למצוא בפסק הדין התייחסות עקרונית לזכויותיה של המבקשת (או של יתר המעורבים בהליך), שכאמור חדלה להיות בת זוגו של המערער כשלוש שנים טרם פטירתו. מנגד, יישום הדיון שלעיל באשר להצדקות העומדות בבסיס הזכות המשותפת להורות מוביל למסקנה כי על בקשות מסוג זה להידחות. לשיטתנו, היעדרה של מערכת יחסים תקפה שומט את הבסיס תחת הזכות להורות

294 ראו למשל, Nofar Yakovi Gan-Or, *Securing Posterity: The Right to Postmortem Grandparenthood and the Problem for Law*, 37 COL. J. GENDER & L. 109 (2019) (להלן: "ח").

(Yakovi Gan-Or, *Securing Posterity*). כן ראו יוסי גרין "זאתם פרו ורבו" (בראשית א, כ"ח), גם לאחר מיתה? הרהורים על ההולדה לאחר מיתה בדיון העברי" מאזני משפט ג 199 (2004).

295 תמ"ש (משפחה חי) 59008-06-21 פלונית נ' שרותי בריאות כללית (נבו 13.6.2022).

296 שם, בפס' 11.

297 שם, בפס' 12.

דווקא מזרעו של המת. בניגוד למוות, גירושין הם תולדה של בחירה של בני הזוג בעודם בחיים – לפרק את התא המשפחתי ואת השותפות שהם בסיס להכרה בזכות להורות משותפת. המקרה השני שנדון לאחרונה מדגים אף הוא כיצד הזכות להורות משותפת חשובה לשרטוט גבולות הפרקטיקה, ובפרט הצורך בקיומו של תא משפחתי שעליו ניתן לבסס זכות זו. במרכזו עמדה השאלה, אם יש להתיר לאישה להרות מזרעו של בן זוגה בנסיבות שבהן מאז מותו היא נישאה לגבר אחר שעומו היא הביאה גם שני ילדים לעולם.<sup>298</sup> המנוח הפקיד את זרעו בישראל עובר למוותו, בטרם שב לארץ הולדתו כדי לעבור טיפולי כימותרפיה לאחר שאובחן כחולה סרטן.<sup>299</sup> כשנה לאחר מותו הכירה המבקשת בן זוג חדש, שעומו היא הקימה משפחה, ובשנת 2021, 17 שנים לאחר מותו של בן זוגה הקודם, היא פנתה לבית המשפט בבקשה להשתמש בזרעו.<sup>300</sup> בניגוד לפסק הדין הקודם, כאן היה בית המשפט נכון להתייחס "לנסיבותיו המאוד מיוחדות" של המקרה במסגרת הליך התחקות אחר רצונו המשווער של המת.<sup>301</sup> נקבע שאין לצמצם את בחינת רצונו המשווער של המנוח רק למועד שבו פעל לשימור פוריותו, אלא "גם לעת החדשה בה מבוקש להעמיד צאצאים מאת המנוח/ה".<sup>302</sup> בית המשפט הטיל ספק בדבר רצונו המשווער של המנוח להביא ילדים עם המבקשת הן בעבר, לאור סתירות בעדויותיה, והן בהווה, לאור העובדה שהמבקשת המשיכה בחייה, הקימה משפחה והולידה ילדים. התפתחויות אלה יש בהן כדי "לערער באופן ניכר או באופן כלשהו את כמיהתו של המנוח לילד/ה עם התובעת, ככל שהייתה לו כמיהה כזו".<sup>303</sup> בית המשפט דחה אם כן את הבקשה, לאחר שלא השתכנע כי רצון המת עולה בקנה אחד עם בקשת בת הזוג.

לגישתנו, נסיבות המקרה רלוונטיות לא רק לצורך קביעת רצונו המשווער של המת, אלא שהן משליכות דווקא על קיומה של זכות בת הזוג המאפשרת לה מלכתחילה לתבוע שימוש בזרעו. בנסיבות שבהן חלפו 17 שנים ממותו של בן הזוג, שבמהלכן בת הזוג גם הקימה תא משפחתי חדש ובמסגרתו הביאה ילדים לעולם – תא אשר עודנו שריר וקיים – קשה להמשיך ולדבר על המשכיותו של התא המשפחתי עם המנוח, לרבות על "פרויקט הרבייה" המשותף שהיה חלק ממנו. במובן זה המסקנה שלפיה יש לדחות את בקשת בת הזוג מתבקשת גם ללא קשר לשאלה בדבר רצון המת. יתרה מזו, עמדתו של בית המשפט, אשר ביקש להקיש מאירועים שקרו לאחר פטירת המנוח כאשר לרצונו המשווער, עומדת בניגוד מוחלט לקביעת בית המשפט העליון בעניין בע"מ 7141/15, שלפיה נקודת הזמן לצורך קביעת רצונו המשווער היא יום פטירתו.<sup>304</sup> מדובר בדוגמה מאלפת נוספת לטשטוש שבין הדיון הראיתי לדיון הנורמטיבי סביב הפרקטיקה שעליה הצבענו מוקדם יותר, וחשוב מכך – לצורך בדיון מהותי מהסוג המוצע כאן בנוגע לזכויות ולחובות של כלל הצדדים להליך. אל היבט נוסף של דיון זה, שעניינו זכויותיהם של הורי המת, נעבור בסעיף הבא.

298 תמ"ש (משפחה ת"א) 7181-04-21 פלונית נ' מרכז רפואי ע"ש א' סוראסקי (נבו 12.2.2023).

299 שם, בפס' 2.

300 שם, בפס' 2-3.

301 שם, בפס' 21.

302 שם, בפס' 16.

303 שם, בפס' 21.

304 עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת חיות.

בטרם נעשה כן, נבהיר שמסקנתנו בדבר קיומה של זכות משותפת להורות אומנם מאפשרת לבת הזוג לתבוע שימוש בזרע המת, אולם אין בה כדי לאיין חששות שבקשות מסוג זה לא ישקפו את רצונה הכן של בת הזוג. חששות אלה קיימים הן בשל תהליך ההתמודדות עם אובדן, הן בשל הקשר הרבייה הישראלי, המקדש את ערך ההולדה, ובייחוד בשל מעורבותם הגוברת של הורים שכולים בפרקטיקה אשר סוקרה בהרחבה מוקדם יותר. חלק מהם מוצאים מענה מסוים בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המורות על תקופת המתנה של כמה חודשים בין נטילת הזרע לבין ההחלטה על שימוש בו, וכן על מתן ליווי רפואי, סוציאלי ופסיכולוגי לאורך התהליך.<sup>305</sup> המודל המוצע להלן, השולל את מעמדם של הורים בהליך, תורם אף הוא להפגת חששות אלה. לצד זאת אנו סבורים שהשאלה בדבר רצונה הכן של בת הזוג להורות משותפת צריכה להיבחן בכל מקרה לגופו, תוך היעזרות בתסקירי סעד ובכלים ראייתיים נוספים העומדים לרשות בתי המשפט.

## 2. הורי המת – זכויות סבים והאינטרס בהמשכיות

מוקדם יותר תיארנו כיצד בתי המשפט הכירו לאורך השנים במעמד של הורי המנוח כצדדים מרכזיים בהליך, מבלי לנהל דיון משמעותי או להכריע בעניין הזכויות והאינטרסים שהורים שכולים מבקשים לממש, אשר זוכים להגנה בדין הקיים. שאלות אלה נותרו לרוב ללא מענה בפסיקה, אשר התמקדה בעיקר בשאלה של רצון המת ובראות אשר יש בידי מי מהמבקשים כדי להוכיחו. אולי החריג לכך הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בע"מ 7141/15, שבו נערך דיון חלקי בזכות לסבות; נמצא כי גם אם הזכות הוכרה במידה כזו או אחרת בדין הישראלי, לעת הזאת היא אינה משתרעת גם על האפשרות לתבוע הולדת נכדים.<sup>306</sup>

אכן, אחת הדרכים האינטואיטיביות להמשיג את זכותם של הורים במסגרת הולדה לאחר המוות היא בזכות לסבות. אולם לפחות מנקודת מבט משפטית, בישראל ומחוצה לה "זכויות סבים" הוא מונח שנוי במחלוקת, אשר יש ספק רב באשר להיקפו ולתוכנו.<sup>307</sup> באופן המקשה לבסס עליו זכות עצמאית של הורי הנפטר לשימוש בזרעו של הנפטר לצורך הולדה. ראשית, החוק הישראלי אינו מקנה מעמד רשמי לסבים בנוגע לנכדתם.<sup>308</sup> כלומר, לסבים אין זכות מוקנית להיות מעורבים בחייה של נכדתם מבלי שהוריה נתנו לכך אישור. החריג לכלל זה נמצא בסעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, שלפיו אם אחד מהוריה נפטר או נמצא לא-כשיר משפטית לשאת באחריות הורית כלפי הילדה, בית המשפט יכול להכריע אם קיומו של מגע בין הילדה לבין הסבים הוא בטובתה בניסיבות

305 הנחיות היועץ"ש, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10.

306 שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופטת חיות. עם זאת השופטת חיות בחוות דעתה פתחה בכל זאת פתח להכרה עתידית בזכות לסבות במובן של זכות לדרוש הולדת ילדים במקרים שלמנוח לא הייתה בת זוג, אך היא בחרה שלא להכריע בכך.

307 לסקירה מקיפה, ראו ארוה בלאו ילדים יחסים וסבים בדיני משפחה: היבטים תיאורטיים והסדרים משפטיים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן 2021).

308 ליבת סומך ואורן טרגש "על השיקולים להכרה במעמד הסבות" הארת דין ד 168, 173 (התשס"ז).

העניין.<sup>309</sup> בפסיקה שנדונה בעקבות התיקון לחוק אשר יצר את האפשרות החוקית להכיר בזכויות סבים בנוגע לנכדתם בנסיבות אלה מצא בית המשפט, שלשיקול דברך טובת הנכד ושלולמו הפיזי והנפשי נלווים שני שיקולים נוספים: "הזכות האנושית הטבעית" של ההורים השכולים לראות ולבקר את נכדם, וזכות בת הזוג להקים משפחה מחדש ללא התערבות – בין אם היא אינה רצויה אובייקטיבית ובין אם סובייקטיבית.<sup>310</sup> למרות זאת, נמצא כי טובת הנכדה היא הגורם המכריע בסיטואציה חריגה מסוג זה ולא האינטרסים הנוספים הללו, בהתבסס על פרשנות מצמצמת להוראות החוק.<sup>311</sup> כך, כאשר קיומה של מערכת יחסים בין הנכדה לבין סביה יערער את היציבות ואת הביטחון במשפחה הגרעינית, תינתן עדיפות לרצון האם המתנגדת לקשר מסוג זה.<sup>312</sup>

מחוץ להקשר ספציפי זה אי-אפשר לאתר בדין הישראלי הכרה בזכויות סבים כלפי נכדיהם. במקרים הבודדים שבית המשפט ניאות להכיר במעמדם של סבים בהליכים משפטיים דובר בזכות עמידה המאפשרת להם להביא את טענותיהם בפני בית המשפט גם כאשר שני ההורים בחיים, מבלי להכיר בקיומן של זכויות מהותיות בנוגע לנכדתם.<sup>313</sup> אולם גם מקרים אלה מלכתחילה עוסקים בהיבט מוגבל של "הזכות" לסבות, שעניינו זכויות ביקור.<sup>314</sup> יתרה מזאת, הקריטריונים שהותוו בפסיקה במסגרת ההכרה בזכויות סבים לקשר עם נכדיהם ממילא מניחים שישנו קשר שכבר החל, להבדיל מקשר שטרם בא לעולם. מדובר בבחינה שנערכת "על פי ממצאים שבעובדה ולא כמושג ערטילאי".<sup>315</sup> בחינה שכזו אינה יכולה להיערך כאשר עסקינן בנכדים שטרם באו לעולם או בילדים "תאורטיים".

יתרה מזאת, גם ברמה הערכית פרשנות ראויה של הזכות לקשר של סבים עם נכדיהם אמורה למקד את הזכות בטובת הילד וברוח שלו מן הקשר עם הסבים, ולא בזכות עצמאית של הסבים הנובעת מן האינטרסים שלהם.<sup>316</sup> במובן זה היעדר קשר שלאורו אפשר לבחון אם להכיר בזכויות סבים בהקשר מסוים שומט את הבסיס הנורמטיבי או את ההצדקה להכרה בזכות מלכתחילה.

אולם בהיעדר היכולת לבסס את ההכרה בזכותם של הורי מנוח להפוך לסבים לאחר מות ילדיהם על טובתם או על זכויותיהם של נכדים קונקרטיים, יש מי שמבקשים לבסס את מעמדם המשפטי של סבים בהליך על האינטרסים העצמאיים שלהם, הנתועים במגוון מוטיבציות הקשורות לנסיבות החיים הספציפיות שלהם. אחת ההבניות המוכרות של מוטיבציה זו קשורה לרצון או לאינטרס בהמשכיות. גם להבניה זו אפשר למצוא שתי גרסאות, האחת

309 ס' 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

310 ע"א 121/79 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(2) 253, 262 (1979).

311 שם, בעמ' 263.

312 שם, בעמ' 255-256.

313 Israel "Issi" Doron & Galia Linchitz, *The Legal Standing of Grandparents to Visitation Rights with Their Grandchildren: The Israeli Story*, 6 ELDER L. REV. 1, 12 (2010).

314 ראו בישראל עמ"ש (מחוזי ת"א) 13967-09-19 מ"ז נ' ר"ז (נבו 9.1.2020).

315 שם.

316 להצגת הטיעון שלפיו מי שמחזיק בזכות להסדרי ראייה בין סבים לילדים הוא הילד ולא הסב, ראו JAMES. G. DWYER, *THE RELATIONSHIP RIGHTS OF CHILDREN* 6, 167 (2006); בלאו, לעיל ה"ש 307; וכן בעניין מ"ז, לעיל ה"ש 314.

שלפיה מדובר ברצון להבטיח את המשכיותם שלהם, והאחרת שלפיה מדובר בהמשכיות ילדם שנפטר, בקשר עימו או בזכרו.

אכן, יש מי שרואים בהולדה לאחר המוות מימוש של זכותם של סבים להמשכיות גנטית או "שושלתית", אשר תבטיח שחלק מהם או ששמים ישרוד גם לאחר מותם. כמובן זה מדובר באמצעי להנכיח את עצמם בעולם גם לאחר המוות. טיעון זה מעורר אפתייה בייחוד במקרים שהולדה לאחר המוות היא הסיכוי היחיד של הסבים לצאצאים.<sup>317</sup> אולם חרף האהדה לסבים במקרים הללו, טיעון זה מעורר קושי דומה לקושי שעליו עמדנו כאשר לאינטרס המת עצמו בהמשכיות. לנוכח מגבלות הגיל והרגולציה בנושא, הסבים יוזמי ההולדה לא יתפכו להורים המגדלים ולא יקבלו על עצמם את האחריות ההורית המתבקשת.<sup>318</sup> כפי שהראינו בפרק הקודם, הבאת ילד לעולם היא פעולה ייחודית, הנוגעת ליצירתו של אדם בעל זכויות. משום כך אי אפשר לבסס את הזכות להביא ילדים לעולם רק על רצונו של הורה או של סב במימוש אינטרסים אישיים, אלא שטובתם של ילדים והמחויבות לזכויותיהם חייבות גם הן להיות עקרונות מנחים. תפיסה זו, העומדת בבסיס הרעיון של אתיקת ההורות, היא שגם הביאה אותנו לדחות את האפשרות להכיר בזכות המת להורות בהיעדר הרכיב המהותי של קבלת אחריות הורית לילדה העתידית.

אתיקת ההורות והחשש מהשתרשות תפיסה אינסטרומנטלית של הולדה היא גם שמוכיחה אותנו לדחות המשגות רווחות נוספות של האינטרסים של הורי המת, הנטועות בחוויית האובדן וההתמודדות עם שכול שמאפיינת הולדה לאחר המוות. כפי שאחת מאיתנו טענה במקום אחר, נסיבות האובדן הן הקשר חשוב לצורך הבנת המוטיבציה של הורים לפרקטיקה, בפרט כאמצעי להתמודדות עם שכול, בדומה לפרקטיקות הנצחה שכוחות אחרות המאפשרות לשמר קשר עם המת ואף להמשיך אותו.<sup>319</sup> הבניה זו של אינטרס ההורים בהולדה לאחר המוות עולה מהפסיקה הקיימת בסוגיה בישראל ובארצות הברית, ואף נמצאת בבסיס ההצדקות שבתי המשפט מספקים לעיתים כדי לאפשר שימוש חוקי בזרע הבן המנוח. כך, העובדה כי הולדה לאחר המוות מספקת להורים שכולים נחמה מסוימת ועוזרת להם להתמודד עם האובדן היא שיקול להכרה במעמדם במסגרת הליך זה.<sup>320</sup> אולם אנו סבורים כי יש להתנגד לשימוש תרפויטי זה בפרקטיקת ההולדה בשל הצורך לתת מענה לצרכים הרגשיים של הורים שכולים, משום שהוא נשען על תפיסה אינסטרומנטלית של הנכדה העתידית – אך כאמצעי

317 ראו למשל עניין המרכז הרפואי רבין, לעיל ה"ש 20.

318 כפי שראינו בפרק הראשון, למעט מקרה חריג אחד (עניין שחר נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 72). ביתר המקרים הורי הנפטר מבקשים להביא ילד לעולם באמצעות צד ג, אשר היא שאמורה לקבל אחריות הורית על הילד. במקרה שההורים מבקשים להשתמש בצד ג כפונדקאית ולגדל בעצמם את הילד ניצבות נגדם מגבלות רגולטוריות ואתיות משמעותיות, כגון אלו העוסקות בגיל ההורים המיועדים (ראו ס' 15(1)ג) לחוק הסכמים לנשיאת עובריים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, השוללות מהם את האפשרות לשמש הורים בעצמם.

319 Yakovi Gan-Or, *Securing Posterity*, לעיל ה"ש 294, בעמ' 137-151.

320 ראו למשל את עניין פלונים נ' המנוח, לעיל ה"ש 94, בפס' 64. עוד ראו עניין בע"מ 7141/15, לעיל ה"ש 11, בפס' 29 לפסק הדין של השופט מלצר. ראו גם את ביקורתה של השופטת חיות (כתוארה אז) בהקשר זה שם, בפס' 31 לפסק דינה.

להשגת מטרה זו, נעלה וראויה ככל שתהיה. ככאלה המשגות אלה גם אינן משתלבות עם ההבניה החברתית הראויה של מוסד ההורות.

לסיכום, מסקנתנו מהדין בסעיף זה היא שאין להורי המת אינטרס עצמאי שאפשר לבסס עליו את ההצדקה להולדה לאחר המוות. אולם המסקנה שאין באינטרסים או בצרכים אלה כשלעצמם כדי להצדיק את הפרקטיקה אינה הופכת אותם לחסרי משמעות במסגרת הדיון באשר לעיצובה הראוי. כמו במקרה של אינטרס המת, יצירת אפשרות חוקית להולדה לאחר המוות המבוססת על זכויותיה של בת הזוג, כמו גם על זכויותיהן של אימהות מיועדות המבקשות להשתמש בזרע המת במסגרת תרומת זרע ידועה, יכולה לתת מענה גם לצרכים אנושיים אלה של הורי המת, מבלי לפגוע בזכותן או במעמדן של אימהות מיועדות.

### 3. אימהות מיועדות – הזכות להורות מתורם זרע שזהותו ידועה

בפרק הקודם נעזרנו בפרקטיקה של תרומת זרע כדי להמחיש את הטענה שלפיה רצון להביא ילד לעולם כאשר הוא אינו מלווה בקבלת אחריות לגידולו אינו מבסס זכות להורות. עוד עמדנו על כך, שלאדם המבקש להביא ילד לעולם לאחר המוות, כמו לתורם זרע פוטנציאלי, אין זכות מוכרת בדין להביא לעולם ילד שאותו הוא לא יגדל.<sup>321</sup> אולם האנלוגיה שבין פרקטיקת ההולדה לאחר המוות לתרומת הזרע מובילה אותנו למסקנה, שלפיה יש לתמוך באפשרות חוקית להולדה לאחר המוות כביטוי לזכות להורות מתורם שזהותו ידועה, תוך מתן מענה למגוון צרכים העולים בהקשר זה, לרבות של ילדים עתידיים, כפי שנפרט כעת. תרומת זרע היא פרקטיקה מוכרת ושכיחה בארץ ובעולם, המאפשרת ליצור תאים משפחתיים החורגים מן המודל המסורתי והמספקת מענה לאי-פוריות עבור זוגות הטרוסקסואליים.<sup>322</sup> העמדה המקובלת היא שתרומת זרע היא פרקטיקה ראויה ואפילו רצויה, בעיקר משום שהיא מאפשרת לפרטים לממש את זכותם להורות. גם בהקשר הישראלי הכיר בית המשפט העליון בכמה הזדמנויות בזכות להורות כזכות המשתרעת גם על השימוש בטכנולוגיות פריון מלאכותיות, לרבות תרומת זרע. בפסק הדין בעניין ארד-פנקס, למשל, נפסק כי הזכות להפוך להורה, "הנגזרת מן הזכות לחיי משפחה ומזכותו של כל אדם לכבוד", משתרעת "על כלל הטכניקות הרפואיות השונות שמסייעות להולדה".<sup>323</sup>

לצד הכרה רחבה זו בהיקפה של הזכות להורות בשורה של פסקי דין שניתנו לאורך השנים, העוסקים בפרקטיקות הולדה שונות, הבחין בית המשפט בין ליבת הזכות להורות, כלומר היכולת לממש יכולת רבייה ולהפוך לאם או לאב ביולוגי, לבין היבטים פריפריאליים

321 ראו לעיל פרק ב.1.

322 בהקשר הישראלי, למשל על פי פסיקת בג"ץ שניתנה בהסכמת המדינה, נקבע כי יש לצמצם את המגבלות הקיימות על תרומת זרע בכלל ועל תרומת זרע עבור אימהות יחידות בפרט, כפי שהן נקבעו בטרם הבג"ץ, בכללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית (עניין ירוס-חקק, לעיל ה"ש 238). עור ראו Douglas NeJaime, *The Nature of Parenthood*, 126 YALE L.J. 2260, 2296, 2367-69 (2017); Kristen Joy Downey, *You Are Not the Father! – Parental Liabilities and Rights of Sperm Donors in Tennessee*, 47 U. MEM. L. REV. 597 (2016).

323 עניין ארד-פנקס המשלים, לעיל ה"ש 191, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

שלה, כמו היכולת לבחור "עם מי, כיצד ומתי" להביא ילדים לעולם.<sup>324</sup> כפרט בנוגע לתרומת זרע נפסק, כי זכות של נתרמת לממש את זכותה להורות באמצעות זרעו של תורם ספציפי, שממנו היא כבר הביאה ילדה אחת לעולם, נמצאת בפריפריה של הזכות להורות ולא במרכזה.<sup>325</sup> חשוב אף יותר לענייננו, בפסק הדין שנדון בהרחבה בפרק הקודם, אשר עסק באישה שביקשה להורות מזרעו של תורם שזהותו הייתה ידועה, נפסק כי העותרת מבקשת הגנה על זכותה "להרות מאדם ספציפי בעל מטען גנטי מסוים" הנמצאת בשולי זכותה לאוטונומיה.<sup>326</sup> על אף שבשני המקרים הללו נדחתה לבסוף תביעת האם המיועדת, עולה כי הזכות להורות מתורם שזהותו ידועה, למרות מעמדה כזכות פריפריאלית לזכות להורות, בכל זאת הוכרה כזכות החוסה תחת הזכות לאוטונומיה. ודוק, השאלה אם זכות זו זוכה להגנה תלויה בזכויות ובאינטרסים הניצבים מולה. בעניין התורם הידוע סבר בית המשפט, כי "למול הפגיעה האפשרית בשולי זכותה של העותרת לאוטונומיה, ניצבת פגיעה באינטרס הציבורי ובטובת הילד שייולד 'ויזכה' לאב שזהותו ידועה אך איננו מעורב בחייו... באיזון בין השיקולים האלו – ידם של האחרונים על העליונה".<sup>327</sup>

שיקולים אלה שמנה בית המשפט ושיקולים נוספים הם שעומדים בבסיס הגישה המגבילה בישראל כלפי תרומת זרע לא־אנונימית.<sup>328</sup> כללים, תקנות וחוזרי מנכ"ל, אשר יחד מהווים את המסגרת החוקית החולשת על תרומת זרע בישראל, קובעים כי פרקטיקה זו מתאפשרת בשני מסלולים: הראשון הוא מסלול אנונימי, שבו זהות תורם הזרע אינה ידועה לנתרמת או לצאצאית העתידית;<sup>329</sup> המסלול השני, המוכר בתור "הורות משותפת", מאפשר לצדדים שאינם מקיימים קשר זוגי להביא צאצאית לעולם, והאב עתיד לשאת בחובות ההוריות כלפיה.<sup>330</sup> לאורך השנים התפתחה כתיבה ענפה המבקרת מגבלה זו על השימוש בטכנולוגיות הולדה.<sup>331</sup> עיקר הכתיבה עוסקת במשמעויות הרגשיות שיש לאנונימיות עבור ילדים הנולדים מתרומת זרע, תוך ניסיון לבסס זכויות כגון הזכות להתחקות אחר מקורות גנטיים, הזכות

324 עניין בנק הזרע, לעיל ה"ש 194, בעמ' 19.

325 שם, בעמ' 21, 43.

326 עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל.

327 שם.

328 ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221. ראו גם קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי־מהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521 (2019).

329 עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל.

330 שם. יוער כי במקרים שבני זוג התקשרו באופן פרטי עם תורמים ידועים התעלם בית המשפט מן ההסכמים הללו, וראה בתורמים הורים לכל דבר. ראו למשל תמ"ש (משפחה חד') 12-01-44235-12 פלונית נ' פלוני, פס' 79 (נבו 23.7.2015), לביקורת על עמדת בתי המשפט בנושאים הללו, ראו יחזקאל מרגלית "מגניבת' זרע ועד ל'זיהר התורם' – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר?" דין ודברים טז 95 (2022).

331 ראו מרדכי הלפרין "הגדרת הורות וזכות איתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית, לעיל ה"ש 46, 161. כן ראו Decorte, לעיל ה"ש 237; עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238. לסקירה השוואתית, ראו M. Alfonso-Aleman, *Children Conceived Through Assisted Reproduction: The Extent and Limits of Their Right to Know Their Genetic Origins. A Comparative Legal Approach Among the Jurisdictions of United Kingdom*,



לזהות או הזכות לקשרים בין-דוריים. כך למשל, במאמר מכונן הציעה רות זפרן המשגה, שלפיה לילדים הנולדים מתרומת זרע ישנה זכות להתחקות אחר מקורותיהם הביולוגיים, זכות שאינה מקבלת מענה במקרה של תרומת זרע אנונימית.<sup>332</sup> ביקורות אחדות מתמקדות גם בפגיעה באוטונומיה של נתרמים או ביכולתם לממש את זכותם להורות.<sup>333</sup> על רקע ביקורות אלה נאסרה במדינות שונות באירופה תרומת זרע אנונימית.<sup>334</sup> חלקן אימצו כאלטרנטיבה מסלול של תרומה ידועה מלכתחילה, שבמסגרתו התורם ובת הזוג מסכמים שהתורם לא ישמש הורה משפטי, ולהסכמה זו ניתן תוקף משפטי בהתאם לפרוצדורות הקבועות בדין; מדינות אחרות אימצו מודל ביניים, שבמסגרתו ניתנת לילדה האפשרות להתחקות אחר זהות האב הגנטי לאחר שבגרה.<sup>335</sup>

אולם גם ההכרה באפשרות לתרומה מתורם ידוע מעוררת ביקורת והתנגדות. מנקודת מבט מעשית, יש מי שמבקשים להצביע על העמימות שפרקטיקה זו יוצרת באשר למעמדו המשפטי והחברתי של האב הביולוגי, בפרט כאשר היא אינה מגובה במסגרת ממוסדת ומפוקחת מלכתחילה, המגדירה לכל הצדדים המעורבים את מעמדם.<sup>336</sup> בהיבט העקרוני, יש מי שסבורים שעצם האפשרות של הורה גנטי שזהותו ידועה אשר אינו נושא באחריות המשפטית כלפי צאצאו עשויה לפגוע באתוס ההורות ובמסר החברתי באשר למשמעותה.<sup>337</sup>

*Sweden, Netherlands, United States, Spain, and Argentina*, 25 ILSA J. INT'L & COMP. L.

(2019) 435; ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189, בעמ' 51.

332 ראו רות זפרן "סודות ושקרים" על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות על זהות אביו הביולוגי "משפטים לה 519 (2005) (להלן: זפרן "סודות ושקרים"). כן ראו בהקשר זה גם את נוסח ס' 7 לאמנת האו"ם לזכויות הילד, לעיל ה"ש 201 ("The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents") (ההדגשה הוספה).

333 לסקירת הטיעונים בנושא, ראו ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221.

334 לסקירה עדכנית, ראו Decorte, לעיל ה"ש 237, Heleen Weyers, *Mandatory Sperm Donor Registration: Instrumental, Symbolic or Somewhere in Between: A Comparison of* *Laws*, 3 EUR. J. COMP. L. & GOVERNANCE 24 (2016). עוד ראו Alfonso-Aleman, לעיל ה"ש 331. אף בית הדין האירופי לזכויות אדם צפוי להכריע בכמה עתירות בנושא. ראו Andrea Mulligan, *Anonymous Gamete Donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The Case for Incompatibility*, 22(2) MED. L. INT'L 119 (2022).

335 לניתוח השוואתי ונורמטיבי של האפשרויות השונות, ראו Weyers, לעיל ה"ש 334; Alfonso-Aleman, לעיל ה"ש 331.

336 ראו בהקשר זה Deborah L. Forman, *Exploring the Boundaries of Families Created with Known Sperm Providers: Who's in and Who's Out?*, 19 U. PA. J. L. & SOC. CHANGE 41, 47-58 (2016) (לסקירה פרטנית של פסקי הדין שעסקו בתורם ידוע ובאימהות יחידניות, ראו שם, בעמ' 47-51). כן ראו Jennifer Nadraus, *Dodging the Donor Daddy Drama: Creating a Model Statute for Determining Parental Status of Known Sperm Donors*, 53 FAM. CT. REV. 180 (2015). כל הכותבים בהקשר זה מבקרים את אי-האחידות במצב המשפטי הקיים.

337 ראו ליפשיץ "שלילת אבהות", לעיל ה"ש 221.

אין כוונתנו להכריע בדיון מורכב זה במסגרת המאמר הנוכחי. במקום זאת, מטרתנו היא להצביע על כך ששיקולים מרכזיים המושמעים כנגד האפשרות של תרומת זרע ידועה, שבגינם מגבילים את זכותן של נתרמות זרע להורות מתורם שזהותו ידועה, אינם תקפים בהקשר של הולדה לאחר המוות. בראש ובראשונה, מנקודת מבט של האינטרס הציבורי ושל טובת הילד, תרומת זרע ידועה לאחר המוות אינה מעוררת את העמימות בנוגע למעמדו של ההורה הביולוגי ביחס ליילוד. העובדה שההורה הגנטי במקרה דנן איננו בחיים מנטרלת את החשש של המחוקק הישראלי מפני "אין הורות" או "הורות על תנאי"<sup>338</sup> מבלי שנכריע בשאלה אם חשש זה מוצדק. עובדה זו אף מייתרת את הצורך – לפחות לעת עתה – לברוא מסגרת משפטית המסדירה קטגורית את מערכת היחסים שבין ההורה הגנטי ליילוד וכינו לבין האם המיועדת. יתרה מזאת, יצירת האפשרות החוקית לתרומת זרע ידועה לאחר המוות נותנת מענה לקושי המרכזי שמעלה תרומת זרע אנונימית מנקודת מבטם של ילדים עתידיים, ובפרט הקושי הנוגע לזכות להתחקות אחר שורשיהם הביולוגיים. בניגוד לתרומת זרע אנונימית, הולדה לאחר המוות מספקת הן את הצורך במידע על אודות שורשים גנטיים והן ב"genealogical embeddedness", או קיומה של מערכת יחסים קרובה עם משפחה מורחבת בדמות קרובי משפחה נוספים של המת שעתידיים להיות חלק מחייהם.<sup>339</sup> לכסוף, יש מי שמצביעים על יתרון נוסף של השילוב בין תרומת זרע להולדה לאחר המוות בדמות מתן מענה למחסור בתרומות זרע. באנגליה, למשל, עלתה הצעה שכזו על רקע הפער הגדל בין הביקוש לתרומות זרע לבין ההיצע, אשר בשלב זה מוצא מענה בדמות דגימות זרע המיובאות מארצות הברית ומדנמרק.<sup>340</sup> גם בישראל מסתמנת מגמה דומה על רקע ביקוש גובר לתרומת זרע מחד, וירידה באיכות הזרע של תורמים פוטנציאליים מאידך.<sup>341</sup> מובן שהולדה לאחר המוות אינה יכולה או צריכה לפתור לכדה פער מסוג זה. אולם דומה כי יש בה כדי לענות על צרכים או על רצונות הן של תורמים והן של נתרמות, בכפוף למגבלות שעליהן נעמוד בפרק הבא.

לפני כן, ככל שעסקינו בהצדקות לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות מנקודת מבטם של ילדים עתידיים, ראוי לדון גם בטיעונים מרכזיים הנשמעים נגד הפרקטיקה, הקשורים לטובתם. כך למשל, ישנה טענה שלפיה יש להימנע ממצבים של יתמות מתוכננת בשל "פגיעתה בעקרון כבוד האדם וחירותו, בעקרון הרווחה ובעקרון הצדק, מנקודת ראותם של המעורבים בתהליך בכלל, ומנקודת מבטו של הילד היתום, שהוא היעד של ההתערבות הרפואית, בפרט".<sup>342</sup> מי שמזוהים עם עמדה זו מבקשים להצביע על ההיבטים הפסיכר-

338 עניין התורם הידוע, לעיל ה"ש 238, בפס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל.

339 ראו בהקשר זה Ya'arit Bokek-Cohen & Vardit Ravitsky, *Parent-Initiated Posthumous-Assisted Reproduction Revisited in Light of the Interest in Genetic Origins*, 49 J. MED. ETHICS 357 (2023). יובהר כי בניגוד לעמדתנו, הכותבות מציגות את הטיעון כתמיכה בפרקטיקה של סבות לאחר מוות או "parent initiated posthumous-assisted reproduction" (שם).

340 Nathan Hodson & Joshua Parker, *The Ethical Case for Non-Directed Postmortem Sperm Donation*, 46 J. MED. ETHICS 492 (2020).

341 אלכסנדרה לוקש וניר (שוקו) כהן "מחסור חמור בתרומות זרע בישראל: מה גרם לכך?" ynet, <https://www.ynet.co.il/health/article/byd9v0pgy> (14.9.2021).

342 לנדאו, לעיל ה"ש 46.

סוציאליים של יתמות מתוכננת או על המשמעויות שיש להולדה בנסיבות של אובדן ושל אבל עבור הילדה, למשל כאשר מתעוררת הציפייה בקרב המשפחה השכולה כי היא תמלא את מקום הנפטר, תישא את זהותו ותהיה פעילה במפעל ההנצחה.<sup>343</sup> בפסיקת בית המשפט המחוזי בעניין שחר, למשל, נקבע כי הבאת ילד לעולם מזרעו של המת, שאותו ביקשו הורי המנוח לגדל, אינה עולה בקנה אחד עם טובתו בשל היעדרם של שני הוריו הביולוגים מחייו, או במילים אחרות "יתמות מתוכננת כפולה".<sup>344</sup> נמצא כי אין להורים "אינטרס אחר (דוגמת זכות ההורות) המאזן את הפגיעה בטובת הילד" בשל היותו "מנותק מכל טבור גנטי".<sup>345</sup> מנגד, יש מי שסבורים כי אין בסיס מוסרי להתנגד להבאת ילדים לעולם בסיוע רפואי לאחר מות אחד מהוריהם.<sup>346</sup> טיעונים מסוג זה מבקשים להטיל ספק ביכולת להגדיר – קטגורית – נסיבות שבהן יהיה מוטב לילדה שלא להיוולד כלל.<sup>347</sup> קושי פילוסופי זה, המכונה לעיתים "nonidentity problem", עולה בעיקר בנוגע לסוגיה הנזיקית של חיים בעוולה. במרכז ניצבת ההתחבטות כיצד יש להתייחס למעשה הגורם נזק לאדם שטרם נולד, ושאלמלא המעשה לא היה נולד.<sup>348</sup> בהקשר זה נטען שאדם לא יוכל לתבוע את מי שגרם לו במעשה או במחדל להיוולד, אלא במקרים קיצוניים שבהם טוב לו לאדם שלא נולד משנולד. ההיגיון שמאחורי הטענה הוא שלמעט במקרים שבהם טוב לו לאדם שלא נולד משנולד, הרי פעולה או מחדל שגרמו להולדת האדם לא גרמו נזק, שכן אלמלא הפעולה או המחדל התובע לא היה בא לעולם. ברוח זו טוען Glenn Cohen במחקר בעל השפעה, כי למעט מקרים קיצוניים כחריגותם שבהם טוב לו לילד שלא נברא משנברא, שיקולי טובת הילד העתידי לא יוכלו להצדיק הגבלה של שימוש בטכניקות של הולדה ככלל או בנוגע להורים מיועדים ספציפיים.<sup>349</sup> כך למשל, כלל שיאסור שימוש בטכניקה מלאכותית של הולדה בשם טובתם של ילדים עתידיים על בסיס גיל ההורה המיועד, מאחר שההורה המיועד לא עמד בעבר במחויבותיו ההוריות או בשל היעדר אפשרות לקשר עם הורה

343 שם, בעמ' 208.

344 עמ"ש (מחוזי מר') 45930-11-16 מדינת ישראל נ' שחר (נבו 29.1.2017).

345 שם, בפס' 74.

346 כשר, לעיל ה"ש 48. אפטר וענבל במאמרם מפנים לעמדתו של כשר, אולם מדגישים כי עמדה זו אינה מקובלת אף שהיא "נטענת מנקודת מבט אישית רגשית של אב שכול", לעיל ה"ש 24, בעמ' 13.

347 כשר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 19.

348 ראו (DEREK PARFIT, REASONS AND PERSONS (1987); ראו עוד את קובץ המאמרים HARMING FUTURE PERSONS (David Wasserman &amp; Melinda Roberts eds., 2009); כן ראו דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם? תגובה פילוסופית לעמוס שפירא?" דילמות באתיקה רפואית, לעיל ה"ש 46, 255, והשוו לעמוס שפירא "הזכות לא להיוולד בפגם: פלוגתות של לוגיקה, ערכים ומדיניות משפטית" דילמות באתיקה רפואית, לעיל ה"ש 46, 239. גם בשיח המשפטי בישראל התעוררה סוגיה זו במסגרת תביעות העוסקות בחיים בעוולה. ראו על כך ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד (2) 85 (1986); ע"א 1326/07 המר נ' עמית (נבו 28.5.2012); רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" מחקרי משפט כט 61 (2013).

349 ראו I. Glenn Cohen, *Regulating Reproduction: The Problem with Best Interests*, 96 (2011) MINN. L. REV. 423 (להלן: *Cohen Regulating Reproduction*).

גנטי יובילו לכך שהילד המסוים לא ייוולד. יהיה אפשר להצדיק כלל שכזה רק אם תתקבל הנחה – שקשה להלום אותה עוברתית – שלפיה עדיף שהילד לא היה נולד משנולד. הדבר נכון הן באשר להולדה לאחר המוות והן באשר לפרקטיקות הולדה אחרות.

הגם שגישתו של Cohen זוכה לאהדה של חוקרים המזוהים עם הגישה הליברלית-אינדיבידואליסטית כלפי הורות,<sup>350</sup> מרבית שיטות המשפט, ובכללן המשפט הישראלי, אינן מאמצות את הטיעון במלואו.<sup>351</sup> ברוב המדינות ישנה נכונות לשלב שיקולים של טובת הילד העתידי בדיון על רגולציה של הולדה, אולם במתכונת שונה מהמקובלת בהקשרים אחרים שבהם מופעל מבחן טובת הילד.<sup>352</sup> בהקשר הישראלי, למשל, ועדת מור יוסף, שדנה באמות מידה לבחינת כשירות הורים, דחתה את עמדתו של Cohen ובמקומה אימצה גישה של "סיכון גבוה לפגיעה משמעותית בילד" בכל הנוגע לילד שטרם בא לעולם.<sup>353</sup> ספציפית בנוגע לפרקטיקה של הולדה לאחר המוות סברה הוועדה שהסיכונים לילד העתידי אינם מצדיקים התערבות בה. גם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה הגבילו את התייחסותם לאינטרסים של צאצאים עתידיים לסוגיית הרישום.

המסגרת הנוכחית אינה מתאימה לעיסוק פילוסופי בדיון הרחב בדבר מקומם העקרוני של שיקולי טובת הילד העתידי במסגרת רגולציה של הולדה או להבחנה בין אמות המידה השונות שאומצו בהקשר זה.<sup>354</sup> בנוגע לתרומת זרע, ההקשר הייחודי של תורם ידוע שאינו בין החיים מרפא קושי מרכזי שנשמע כנגד הפרקטיקה, שעניינו הרצון או הצורך של צאצאים במידע על אודות זהותם הגנטית. באשר להולדה לאחר המוות, אנו סבורים כי הדרך לשלב שיקולים של טובת הילד מבלי לאסור את הפרקטיקה היא באמצעות דחייה של גישה אינסטרומנטלית הרואה בצאצאים עתידיים אמצעי למימוש אינטרסים צרים בהמשכיות או להנצחה. במובן זה גישתנו שלפיה יש לבסס את ההצדקות לפרקטיקה על זכויות החיים, בפרט אלה העתידים לשאת באחריות כלפי ילדים עתידיים, כגון בנות זוג או אימהות מיועדות, נותנת ביטוי ראוי לרווחתם של ילדים עתידיים – לא באמצעות תחזית עתידית לאיכות החיים של ילדים שעתידיים להיוולד באמצעותה, אלא בהעמדת אימהות מיועדות ואת האחריות ההורית שהן מבקשות לקבל על עצמן בלב הפרקטיקה. אכן, הן

350 ראו ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית, לעיל ה"ש 46, 137.

351 בכך מודה כמובן כהן, שחלק ניכר ממאמרו עוסק בתיאור המצב הקיים שבו כמגוון ארצות ובמגוון נושאים שיקולים של טובת הילד מוצגים כשיקול מרכזי להגבלות על הולדה. ראו *Cohen Regulating Reproduction*, לעיל ה"ש 349, בעמ' 445-447.

352 למקומם של שיקולים של טובת הילד ושל טובת הציבור בהכרעות על רגולציה של הולדה, ראו גם Daniel Statman, *The Right to Parenthood: An Argument for a Narrow Interpretation*, 10 ETHICAL PERSPECTIVES 224 (2003).

353 ראו את דוח ועדת מור יוסף, לעיל ה"ש 33, בס' 2.2. עמדתו של כהן לא התקבלה, ובמקומה אומצה הגישה של "סיכון גבוה לפגיעה משמעותית בילד" המקובלת גם באירופה, כך למשל בחברה האירופית לפיריון ואמבריולוגיה (שם, בעמ' 19). למקומם של שיקולים של טובת הילד ושל טובת הציבור בהכרעות על רגולציה של הולדה, ראו גם Statman, לעיל ה"ש 352.

354 לדיון בעניין, ראו ליפשיץ "הזכות להורות", לעיל ה"ש 189.

במקרה של בנות זוג והן במקרה של נתרמות זרע, זכותן להורות, המגלמת בחובה בין היתר דאגה לילדים עתידיים וטיפול בהם, היא שניצבת בליבת ההסדרה המשפטית. לנוכח האמור, אנו סבורים כי תרומת זרע מן המת עשויה לתת מענה לזכות של נתרמות להורות מתורם מוכר ולצורך של הילדים העתידיים בשורשים, גם במדינות שבהן תרומת זרע מתורם שזהותו ידועה היא חוקית, כל עוד היא מגובה במסגרת חוקית הנותנת ביטוי ראוי לאינטרסים ולזכויות של צדדים שנדונו עד כה. בפרק הבא והאחרון נבקש לשרטט קווים ראשוניים למסגרת חוקית שכזו.

## ד. המלצות אופרטיביות

הדיון על זכויות המת והחיים שערכנו מוקדם יותר מובילים אותנו להציע מודל שלפיו הולדה לאחר המוות תתאפשר בשני תרחישים מרכזיים: הראשון במסגרת תרומת זרע של הנפטר, והשני לבקשת בת זוג הנפטר. אנו סבורים כי כדי להגן על האינטרסים ועל הזכויות של כלל הצדדים להליך, ובפרט בשאלת ההסכמה, יש לאמץ עקרונות פעולה דומים אך לא זהים בכל אחד מהתרחישים, כפי שיפורט להלן.

### 1. תרומת זרע לא־אנונימית מן המת

בתרחיש זה נשים המבקשות להרות מזרע המת יוכלו לעשות כן כאשר המנוח הביע במפורש את רצונו להפוך לתורם זרע ידוע לאחר מותו. דרישה זו מבוססת בראש ובראשונה על הדיון שערכנו לעיל, ובו הצבענו על כך שלמנוח עומדת זכות שלא יהיה שימוש בזרעו ללא הסכמתו, זכות הנובעת הן מזכותו על גופו והן מזכותו שלא להפוך להיות הורה. מסקנה זו שלפיה יש לדרוש הסכמה מפורשת נובעת גם מן האנלוגיה שבין הולדה לאחר המוות לתרומת זרע, אשר נערכה בפרק הקודם. כשם שבמקרה של תרומת זרע נדרשת הסכמה מפורשת של התורם, כמקובל בפרוצדורות רפואיות הנוגעות לגופו של אדם, כך גם בהקשר של תרומת זרע לאחר המוות יש צורך בהליך מקדים שבו האדם יביע את רצונו להפוך לתורם זרע ידוע לאחר מותו. הדרישה להסכמה מפורשת משקפת גם איזון ראוי בין הזכות להורות מתורם שזהותו ידועה לבין זכותו של המנוח שלא להביא ילדים בניגוד לרצונו. לבסוף, הדרישה להסכמה מפורשת נותנת ביטוי לרעיון שלפיו לחיים יש אינטרס לדעת כי רצונותיהם ימומשו לאחר מותם, בכך שהיא מגבירה את הוודאות באשר לשאלה מה היה רצונם. גם אם אין ברצונו של אדם להפוך לתורם זרע לאחר מותו – בין אם מקורו באלטרואיזם או בצורך בהמשכיות גנטית – כדי להקים חובה עבור אחרים לפעול לקיומו לאחר מותו, הרי דרישה זו יש בה כדי להבטיח שככל שכן יפעלו לקיום רצונו, יהיה זה רצונו האמיתי והכן ולא תוצאה של ספקולציות מאוחרות של בית המשפט או של גורמים אחרים באשר לתוכנו.

מנקודת מבט מעשית, הדרישה להסכמה מפורשת נובעת גם מן הקשיים שעליהם הצבענו בתחילת המאמר באשר להנחות הנורמטיביות והעובדתיות שעומדות בבסיס תאוריית הרצון המשוער, ובייחוד באשר לאופן שהיא יושמה בפסיקה. ניסיונו של בית המשפט העליון להעלות את הרף הראייתי הדרוש להוכחת רצון המת, תוך הבחנה בין רצון כללי להורות לבין רצון להורות לאחר המוות, נכשל ברובו נוכח פרשנות מרחיבה של הערכאות הדיוניות

וקיומו של סייג שלפיו ניתן להישען על "הגיון החיים" ועל "חזקות ראייתיות" כדי להתגבר על קשיי הוכחה.<sup>355</sup> כישלון זה אינו מקרי, שכן יש קושי אינהרנטי לנחש את רצונו של המנוח בנושאים הללו או להבחין בין רצונו לרצונם של בני משפחתו. קושי זה מתעורר ביתר שאת בנסיבות של תרומת זרע ידועה, שבהן אישה זרה למנוח עתידה להשתמש בזרעו כדי להביא ילדה לעולם, אשר לפחות במובנים מסוימים תיחשב לבתו של המנוח. מדובר בתרחיש שקשה לראות כיצד ניתן להסיק בעניינו הסכמה מאמירות או מהתנהגויות במקרה שהמנוח לא עומת עימו בצורה מפורשת. לפיכך יש לעצב פרוצדורה מובנית, שדרכה המנוח יוכל להביע את רצונו החד-משמעי לתרום את זרעו לאחר מותו, ואין להסתפק באינדיקציות בדבר רצונו הנשענות על השערות כלליות או אפילו על עדויות קונקרטיות על הלך מחשבתו ודיבורו סמוך למותו.

ודוק, מהדרישה להסכמה מפורשת להפוך לתורם זרע ידוע אין לגזור זכויות או סמכויות נוספות למנוח לקבוע את נסיבות ההולדה. תפיסת ההורות במשפט הישראלי היא שילדים אינם קניין של הוריהם. במקרה של הולדה לאחר המוות המנוח אינו הורה פעיל, והוא גם אינו יכול לקבל על עצמו אחריות הורית לילד שנולד. הסכמתו מוגבלת לעצם ההחלטה שיהיה שימוש בזרעו, אולם היא אינה כוללת – בניגוד לאינטואיציה העולה מהמשגות כגון "צוואה ביולוגית" – את האפשרות לקבוע היבטים אחרים של הפרקטיקה, ובכלל זה זהות הנתרמת, מערכת היחסים שהיא עתידה לקיים עם משפחתו או היבטים אחרים הקשורים לגידול הילדה העתידית. הצאצאית העתידית היא אדם בפני עצמה; האחריות ההורית והסמכות לקבל החלטות בעניינה מצויות בידי האם המיועדת – והיא בלבד, הגם שהיא כפופה לדינים הרגילים החלים על יחסי הורים וילדים בישראל, המאפשרים התערבות בהכרעות הוריות משיקולים של טובת הילד וזכויותיו.

מהאמור לעיל עולה מסקנה אופרטיבית נוספת, הנוגעת למעמדם של הורי המת בתרחיש הנדון. בהינתן מעמדה של הנתרמת כאם מיועדת שעתידה לשאת באחריות הורית בלעדית, להורי המת אין מעמד ייחודי בהליך המקנה להם זכויות סבות החורגות מאלה המוכרות בדין הישראלי. אומנם הולדה לאחר המוות יכולה לענות על אינטרסים, על צרכים ועל רצונות הקשורים לחוויית האובדן, לרבות שימור זכרו של המנוח ויצירת קשרים בין-דוריים עם צאצאיו, אולם אין בהם כדי להעניק להם זכויות יתר במסגרת מערכת היחסים שעתידה להיווצר עם נכדה עתידית. בהמשך לכך, לשיטתנו אין לאפשר להורי המת את הזכות לבחור את האם המיועדת או להתקשר עימה בחוזה המסדיר היבטים שונים של מערכת היחסים בינם לבינה ובינם לבין הנכדה העתידית, כפי שנוהגים לעשות בתי המשפט כיום, בהיעדר בסיס חוקי;<sup>356</sup> מעורבותם תהיה מוגבלת להליך קצירת הזרע והפקדתו בבנק הזרע, במקרה

355 עניין היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, לעיל ה"ש 136, בפס' 6.

356 ראו למשל פסק דין שניתן בשנת 2015 שבו התבקש בית המשפט לאשר הסכם שנחתם בין הורי המנוח, שנפטר מסרטן בגיל 25 בהיותו רווק, לבין אישה זרה אשר ביקשה להרות מזרעו. טרם נפטר כתב המנוח מכתב להוריו, שבו ביקש שייקחו "את הזרע שנלקח ממני בתחילת המחלה" ויתרמו אותו לאישה שמנסה להוליד ילד משלה. היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד לבקשה, אולם הבהיר כי במקרים שהמנוח הותיר צוואה הנותנת להוריו "מעמד מסוים", יש להמשיך ולבחון אם טובתם של הצדדים עולה בקנה אחד עם "ההליך המבוקש". בית המשפט מצא, כי מכתבו של המנוח שבו הביע את רצונו לתרום את זרעו לא רק שמוכיח את רצונו, אלא גם

שהדבר לא נעשה קודם למותו, בכפוף להסכמתו המפורשת. בדומה למצב החוקי השורר בנוגע לתרומת זרע אנונימית, יוזמת ההליך היא האם המיועדת מול בנק הזרע שבו הפקיד המת את זרעו, הליך שבמסגרתו היא גם תוכל לבחור את זהות התורם ואף ייווצר הקשר הראשוני בינה לבין משפחת המנוח.

דוגמה למורכבות שמערכת היחסים הנרקמת בין האם הנתרמת לבין הורי המנוח מעוררת אפשר למצוא בפסק דין שעסק במנוח רווק שנהרג במהלך שירותו הצבאי, וזרעו ניטל לבקשת אימו אשר במשך שנים ניסתה למצוא "מועמדת מתאימה להרות מזרעו".<sup>357</sup> בית המשפט התיר לאם המנוח ולאם המיועדת להשתמש בזרע לאחר שבחן את שלל העדויות שלפניו, לרבות עדויותיהם של חברי המנוח אשר העידו כולם כי המנוח "הביע רצונו להיות בעל משפחה וילדים".<sup>358</sup> אולם את עיקר הדיון בחר בית המשפט להקדיש דווקא לבחינת מערכת היחסים שבין אם המנוח לבין האם המיועדת, בין היתר על רקע החשש שעלה בתסקיר הסעד, אשר ממנו הוא ציטט באריכות, כי יש חוסר בהירות בין השתיים באשר לתפקיד שכל אחת עתידה למלא בחיי הילד העתידי. בית המשפט הורה לשתיים לערוך "מסמך הבנות", שמטרתו "לאפשר לצדדים עצמם ובעיקר [לאם המנוח], להפנים כי אל לה לפגוע בסמכות ההורית של [האם המיועדת] בעת שתגדל את בנה לפי מיטב שיקול דעתה והבנתה".<sup>359</sup> אומנם אין בנמצא גוף פסיקה עשיר דיו שממנו אפשר ללמוד על הניסיון שנצבר עד כה בהסכמים מסוג זה, אולם אפשר להניח שלפחות בחלק מן המקרים החששות מהסוג שהציפו תסקירי הסעד בעניין חוסר ההבנה של הדמויות השונות את תפקידן בחיי הילדה העתידית – התממשו. יובהר, כי מערכת היחסים עם משפחת המנוח עשויה לשמש נדבך חשוב בבחירה בתרומת זרע מן המת. על כן, סביר להניח שבנסיבות חיים רגילות נתרמות שבחרו בחלופה זו יבקשו לשמר את הקשר עם משפחתו, ובכלל זה את זכרו של המנוח. בכך יוגשמו ככל הנראה האינטרסים והמאווים של הורי הנפטר ואולי של הנפטר עצמו לשימור זכרו. ועדיין, מאוויים אלה אינם מקנים זכות עצמאית להורות או לסכות. הנתרמת היא האם המגדלת, ולה האוטונומיה ההורית כמו גם החובה והזכות לפעול לטובת ילדה, גם כאשר לשאלה מה יהא טיב הקשר שיתקיים עם משפחת המנוח ובאיוז מידה להנכיח את זהותו של התורם בחיי הילד העתידי.

## 2. שימוש בזרע המת בידי בת הזוג

התרחיש הנוסף שבו אנו סבורים שיש לאפשר הולדה לאחר המוות עניינו בבת זוג המבקשת להשתמש בזרע המנוח כדי לממש את זכותה להורות משותפת, או להמשיך את

מקנה להוריו מעמד בהליך. לאחר שבחן את ההסכם שעליו חתמו הצדדים פסק בית המשפט, כי בנסיבות דנן הולדה לאחר מוות עולה בקנה אחד עם טובתם של הורי המנוח ושל האם המיועדת. תמ"ש (משפחה ת"א) 14217-06-14 "משפחה חדשה" נ' בית החולים "הרסה עין כרם", פס' 4 (נבו 15.4.2015). ראו גם תמ"ש (משפחה ב"ש) 62401-06-16 "משפחה חדשה" נ' סוראסקי (נבו 30.1.2017).

357 תמ"ש (משפחה ק"ש) 12977-01-14 פלונית נ' משרד הבריאות (נבו 6.1.2015).

358 שם, בפס' 98.

359 שם, בפס' 109.



פרויקט הרבייה המשותף שהחל בעת שהמנוח וכת הזוג בחרו לקשור את חייהם זה בזה. גם כאן אנו סבורים שכנגד זכותה של בת הזוג להורות, יש לאזן את זכות המת שלא להביא לעולם ילדים בניגוד לרצונו.

במקרים שהמנוח הביע את רצונו המפורש שלא להפוך להורה לאחר מותו, יש להעדיף את זכותו. במקרים אלה גם אי-אפשר לדבר על זכות משותפת, שכן המשגה זו מניחה שיש הסכמה או רצון משותף מצד שני בני הזוג אשר בהינתן ראיות שכנגד – אינם מתקיימים. מסיבה זו גם אין לאפשר לבת הזוג להשתמש בזרע המת במקרים שניתן להצביע על התפרקות הקשר הזוגי – אם בשל גירושין או פרידה – שהרי שוב אי-אפשר לדבר על המשך התא המשפחתי. מסקנה דומה עולה גם במקרים אחרים שבהם יש ספק באשר להמשך קיומו של תא משפחתי או של פרויקט רבייה משותף, בשל אירועים שקרו לאחר מותו של המנוח, כגון משך הזמן שעבר או היווצרותו של תא משפחתי חדש.

התמונה מורכבת יותר במקרים שהמנוח לא הביע את רצונו המפורש, הן כאשר לרצונו להביא ילדים והן כאשר לרצונו שלא להביא ילדים לאחר מותו. בניגוד לתרחיש הראשון, אנו סבורים כי אין לדרוש הסכמה מפורשת לפרקטיקה. עמדה זו נגזרת מאופייה הייחודי של הזכות שבת הזוג מבקשת לממש, ובכלל זה הפגיעה שתיגרם מהצבת רף ראייתי גבוה מסוג זה. אכן, בניגוד לנתרמת זרע, עבור בת הזוג שלילת היכולת להתעבר מבין זוגה מהווה פגיעה קשה יותר בציפייה הלגיטימית, כי בכוא היום היא תזכה להקים משפחה עם האדם שעיומו בחרה לקשור את חייה לאור ערכיה ונסיבותיה שלה. המסקנה שלפיה יש לרכך את הרף הראייתי הדרוש להוכחת רצון המנוח היא גם ביטוי ליתרון ראייתי של בת הזוג. למרות הפרשנות המרחיבה והבעייתית שניתנה להנחיות היועץ המשפטי לממשלה לאורך השנים, האינטואיציה שעמדה בבסיסה, שלפיה בת הזוג נמצאת בעמדה הטובה ביותר להעיד על רצון המת בסוגיה אינטימית זו, גם בהיעדר ראיות מפורשות, היא ראויה.

יתרה מזאת, בניגוד לתרחישים אחרים שבהם אפשרו בתי המשפט הולדה לאחר המוות בהתבסס על תאוריית הרצון המשוער, לרבות הנחות כלליות וממוגדרות בנוגע לגברים ולאבהות, ההנחה שלפיה המת היה נותן את הסכמתו לכך שבת זוגו תהרה מזרעו לאחר מותו זוכה לגיבוי אמפירי מסוים. כך למשל, ממחקר שערכו יעל השילוני-דולב וצבי טריגר עולה, כי "רוב הגברים שאינם מביעים רצון ליהפך לאבות לאחר מותם קובעים כי אילו ידעו כי בנות-זוגם מבקשות לקיים את ההליך, היו נותנים לכך את הסכמתם (במגבלות שונות), מתוך רצון לכבד את רצונה בילד".<sup>360</sup> משמעות ממצאי המחקר היא שגם אם המנוח לא רצה להביא ילדים לאחר מותו, יש בסיס להניח כי הוא היה נותן את הסכמתו לאפשרות שבת הזוג תשתמש בזרעו לאחר מותו, מה שמקטין במידת מה את הסיכוי לפגיעה בזכותו שלא להביא ילדים לעולם לאחר מותו בניגוד לרצונו. סיכוי זה אף קטן לאור העובדה כי מקרים אלה הם מלכתחילה מיעוט מבין כלל המקרים המגיעים לבתי המשפט.

360 השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 698. ראו עוד בהקשר זה Jason D. Hans, *Posthumous Gamete Retrieval and Reproduction: Would the Deceased Spouse Consent?*, 119 Soc. Sci. & Med. 10, 15 (2014). כן ראו Yael Hashiloni-Dolev, *Posthumous Reproduction (PHR) in Israel: Policy Rationales Versus Lay People's Concerns, a Preliminary Study*, 39 CULT. MED. & PSYCHIATRY 634 (2015).

מבחינה פרוצדורלית, בדומה למצב כיום, על בקשות של בנות זוג לשימוש בזרע מן המת להיות מוגשות לבית המשפט. אולם בניגוד למדיניות הנוהגת בבתי המשפט, מטרתו הראשונה של הליך זה היא לעמוד על קיומה של הצדקה נורמטיבית לפרקטיקה בדמות זכותה של בת הזוג להורות משותפת. הגם שאין בכוונתנו לפרט באילו נסיבות בדיוק יש להכיר או לא להכיר בזכות זו, פסקי הדין שנדונו, כמו גם הדיון המהותי בטיבה של הזכות שערכנו לעיל, מספקים מסגרת ראשונית לבחינה מסוג זה. מטרה שנייה להליך היא לעמוד על כנות רצונה של המבקשת להפוך לאם, בין היתר באמצעות הכלים שהותוו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ובכללם קיומו של ליווי פסיכולוגי לאורך ההליך, תסקיר סעד ואף תקופת המתנה בין נטילת הזרע או פטירת המנוח לבין השימוש בזרע.<sup>361</sup> מטרתו השלישית של ההליך היא לשלול את קיומן של ראיות המעידות על רצון מפורש של המת שלא להיות הורה לאחר מותו. ראיה שכזו יכול שתימצא, למשל, במקרים שהמת חתם על "כרטיס שומר זרע" והביע את התנגדותו לשימוש בזרעו לאחר מותו.

לבסוף, בדומה לאם מיועדת המבקשת לממש את זכותה להורות באמצעות תרומת זרע ידועה, גם במקרה של בת זוג אשר מממשת את זכותה להורות משותפת – היא הניצבת בלב הפרקטיקה, ולה ניתנת הסמכות ההורית הבלעדית בנוגע לצאצאית עתידית. במובן זה אין להסיג את זכויותיה או להכפיף לאינטרסים ולרצונות של המת או של הוריו במסגרת צוואות או הסכמים המבקשים להתנות את דרך מימוש הזכות.

## סיכום

מאמר זה ביקש לבחון את המסגרת המשפטית החולשת על הולדה לאחר המוות בחלוף שני עשורים מאז החלה להשתרש בנוף הרבייה הישראלי ולהציע תחתייה מודל חדש, על רקע שינויים מהותיים באופי המקרים אשר הגיעו לפתחם של בתי המשפט ברבות השנים וגוף הפסיקה שהתפתח בעקבותיהם. סקירה ביקורתית ומקיפה של המצב הקיים מלמדת, כי בתי המשפט מכריעים בבקשות לשימוש בזרע מן המת, המוגשות בעיקר בידי הורים שכולים, על בסיס דיון ראייתי הלוקה בחסר סביב השאלה אם הולדה לאחר המוות עולה בקנה אחד עם רצון המנוח אם לאו. גם לאחר התערבות בית המשפט העליון, אשר ביקר את השיח הראייתי הרדוד סביב רצון המת והיעדרן של ראיות קונקרטיות, ההנחה שלפיה רצון מפורש או מוכח של המנוח מבסס זכות משפטית להורות לאחר המוות נותרה על כנה. אולם בחינה יסודית של תוכנן ושל היקפן של הזכויות הנטענות, ובפרט הזכות להורות והזכות להמשכיות, מלמדת כי הן אינן משתרעות גם לאחר המוות בשל היעדר יכולת של המת לקבל על עצמו אחריות הורית ולהיות שותף פעיל בחיי הצאצאים העתידיים. רכיבים אלה של הזכות להורות הם יסודיים לזכות, ואף מבססים את ההכרה המשפטית בה מנקודת מבטו של הדין הרצוי והדין המצוי כאחד.

ואולם אין בכך כדי לסתום את הגולל על הפרקטיקה. חלף הגישה המבקשת לבסס הולדה לאחר המוות על זכויות המת, מאמר זה הציע כי הצדקות לפרקטיקה, בדמות אינטרסים וזכויות המטים את הכף לטובת שימוש בזרע, יימצאו דווקא בקרב החיים – ובפרט

361 ראו לעיל פרק א.2.

בקרב נשים המבקשות לממש את זכותן להורות. בכך אנו מבחינים בין נשים אלו להורים שכולים, שאין לזכותם לסכות או להמשכיות בסיס ברין, מבלי להמעיט מחשיבות הצרכים או האינטרסים שלהם, המוצאים מענה בפרקטיקה בהתמודדות עם האובדן ועם שימור זכר המת. עם זאת אנו סבורים, כי הסתת תשומת הלב לאימהות המיועדות שעתידות לשאת באחריות ההורית משקפת איזון ראוי בין האינטרסים והזכויות של כלל המעורבים בפרקטיקה, ובכלל זה אינטרס המת שלא להפוך להורה בניגוד לרצונו, וטובתם של צאצאים עתידיים. אינטרסים וזכויות אלו הם גם שעומדים בבסיס המודל האופרטיבי המוצע במאמר, שלפיו הולדה לאחר המוות תתאפשר הן במסגרת תרומת זרע ידועה מהנפטר והן לבקשת בת זוגו, תוך אימוץ עקרונית פעולה דומים – אך לא זהים – המשקפים את המציאות המעשית של הולדה לאחר המוות בישראל.

## אחרית דבר

מאמר זה נכתב בטרם פרצה מלחמת "חרבות ברזל". המלחמה העלתה את סוגיית ההולדה לאחר המוות לתודעה הציבורית על רקע עשרות בקשות שהוגשו לבתי חולים ברחבי הארץ לשאיבת זרע, הן מקורבנות הטבח של ה-7 באוקטובר והן מחללי צה"ל שנהרגו במהלכו ובחודשים שחלפו מאז.<sup>362</sup> הביקוש הגובר לפרקטיקה הציף את הקשיים שעליהם אנו עומדים במאמר ביתר שאת, ובפרט אלה הקשורים בפער שבין הנחיות היועץ המשפטי לממשלה לבין יישומן בפועל בידי בתי חולים, מרפאות ובתי המשפט. בתוך כך, בימים אלה עושה את דרכה בוועדת הבריאות של הכנסת הצעת חוק חדשה שמטרתה להסדיר את השימוש בזרע המת.<sup>363</sup>

לגישתנו, עיתוי ההליך החקיקתי כשלעצמו מעלה חשש שמא החוק שיתקבל לא ישקף איזון ראוי בין האינטרסים והזכויות של המעורבים בהליך. חשש זה מקורו בשיח הטעון רגשית שמתנהל בימים אלה סביב הפרקטיקה והרצון-המובן – לתת מענה לתחינותיהם של הורים ושל בנות זוג שכולים שחוו אובדן עצום. שיח זה מוצא ביטוי בדיוני ועדת הבריאות.<sup>364</sup> אולם גם לגופו של עניין מדובר בהצעה בעייתית מנקודת מבטם של כלל הצדדים המעורבים בפרקטיקה. ההנחיות מורות כי אסור למנהל בנק הזרע לאשר בקשה לנטילת זרע אם "נודע לו שהנפטר התנגד בחייו לנטילת זרע ממנו לאחר מותו או לשימוש בזרעו לאחר מותו".<sup>365</sup> הוראה זו, המעניקה למנהל בנק הזרע שיקול דעת בשאלה ראייתית שספק אם בידי הכלים להכריעה, אינה משקפת הגנה ראויה על זכויות המת, ובפרט הזכות שלא להיות הורה הנגזרת מהזכות לאוטונומיה ומזכות האדם על גופו. קושי דומה באשר למרחב שיקול הדעת המוענק לגורמי רפואה עולה בנוגע לשימוש בזרע המת בידי בנות זוג. לפי

362 ראו למשל עידו אפרתי "המדינה מעודדת הורים לשמר את זרע בניהם שנפל, ורוחה את ההתמודדות עם ההשלכות האתיות והמשפטיות" הארץ (6.11.2023). <https://www.haaretz.co.il/news/politics/2023-11-06/ty-article-magazine/.premium/0000018b-9f97-db71-a7df-ffdf30ea0000>

363 הצעת חוק שימוש בזרע, לעיל ה"ש 5.

364 ראו למשל פרוטוקול ישיבה 112 של ועדת הבריאות, הכנסת ה-25 (15.11.2023).

365 ס' 3(ג) להצעת חוק שימוש בזרע, לעיל ה"ש 5.

ההצעה, שימוש בזרע המת יותר בנסיכות של בני זוג נשואים או ידועים בציבור גם בהיעדר הסכמה מפורשת, ובלבד "שלא היה ביניהם פירוד של קבע ערב הפטירה".<sup>366</sup> לבקשות מסוג זה לא יידרש אישור בית משפט, והסמכות לאשרן תהיה נתונה למנהל בנק הזרע לאחר שבחן את התקיימותם של תנאים שונים, כגון קשר זוגי שריר וקיים, דוח סוציאלי המעיד על כנות הבקשה מצד בת הזוג וכן היעדר התנגדות מצד הורי המנוח או המנוח עצמו.<sup>367</sup> מחד, גישה זו מתיישבת עם ההמלצות האופרטיביות שבמאמר, ואף עם העמדה הנורמטיבית המכירה בחשיבות קיומו של קשר זוגי מתמשך לצורך ביסוס זכות בת הזוג להורות משותפת. מאידך, אנו סבורים כי הכרעות בנוגע לקיומו של קשר זוגי או לכנות הבקשה מצד בת הזוג, המגבשות למעשה את זכויות בת הזוג, צריכות להתקבל בידי ערכאה שיפוטית.

קושי אחר עולה בנוגע לשימוש בזרע בידי הורי המנוח. לפי ההצעה, הורי המת יוכלו לפעול רק אם המת הותיר אחריו הנחיות שבהן הוא מינה אותם "להחליט על שימוש בזרעו לשם הולדה על ידי אישה שתסכים לכך", ולאחר שניתן להם אישור בית משפט.<sup>368</sup> הורה שמונה כאמור יכול לבקש להשתמש בזרע של הנפטר להפריית אישה מסוימת שאינה בת הזוג של הנפטר, ולהתקשר עימה במסמך הסכמות בכתב כדי שתלד ילד מזרעו של הנפטר, ילד שהיא תהיה אימו. גישה זו אומנם מעניקה הגנה לזכויות המת שלא להפוך להורה בעצם הדרישה להסכמה מפורשת בכתב; אולם היא גם מעניקה להורי המת סמכויות, לרבות הסמכות לבחור את האם המיועדת או להתקשר עימה בהסכם, שאינן מתיישבות עם ההמלצות האופרטיביות במאמר או עם הגישה הנורמטיבית שלפיה להורי המת אין מעמד ייחודי בהליך המקנה להם זכויות סבות החורגות מאלה המוכרות בדיון הישראלי. סמכויות אלה עלולות גם לחתור תחת התא המשפחתי שהאם המיועדת מבקשת להקים ותחת סמכותה ההורית. לבסוף, ההצעה אינה נותנת מענה לעשרות הבקשות שהוגשו בידי הורים שכולים עד כה ולא להעובדה שהצעת החוק אינה מגובה בדיון עקרוני בזכויות ובאינטרסים של הצדדים בהליך, המונחים בבסיס המודל המוצע, גם אינה מאפשרת לבתי המשפט להכריע בהתאם לעמדה הערכנית המצויה בהצעת החוק לעומת זו המצויה בפסיקה הנוגעת לשימוש בזרע המת. אנו מקווים שמאמרנו יסייע במשימה זו, ואף יוביל לעיצובה של מסגרת חוקית ראויה יותר מזו המצויה בהצעה, המיטיבה עם זכויות החיים והמתים כאחד.

366 שם, בס' 2.

367 שם, בס' 8(א)-(ג).

368 שם, בס' 9.