

מת (ל)חיות – על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של השימוש ברצון הנפטר להוליד ילדים לאחר מותו

יחזקאל מרגלית*

המאמר שלפנינו מבקש לתקף את מסקנותיהם של שני פסקי הדין המרכזיים שניתנו בשלהי שנת 2016 ובתחילת שנת 2017, בבית המשפט העליון ובמחוזי בהתאמה, בדבר הצבת גבולות ברורים וצרים להיקף השימוש בזרעו של נפטר. זאת, בין היתר, כנגד המגמה המסתמנת בפסיקה הן של בית המשפט לענייני משפחה והן של המחוזי בשנים הספורות שחלפו מאז ניתנו פסקי דין מנחים אלה. קווי הגזרה שהותו באותם פסקי דין מנחים מאפשרים שימוש כאמור אך ורק במקרים שבהם הותיר הנפטר הנחיות

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר במכללה האקדמית נתניה ומרצה מן החוץ באוניברסיטת בר-אילן; חוקר אורח בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק (N.Y.U.) (2011–2012). מחבר הספרים THE JEWISH FAMILY: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW (2017); DETERMINING LEGAL PARENTAGE: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW (2019). אני מבקש להודות מקרב לב למערכת **משפט ועסקים** על עבודת מערכת מצוינת, ולסוקר/ת האנונימית/ת על ביקורת מקצועית ובונה. לאחר שליחת המאמר לפרסום ניתן פסק הדין בעליון שהוגש כערעור על פסק דינו של המחוזי שיידון לקמן בתת-פרק ב.3. ראו בע"מ 6046/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (פורסם באר"ש, 2.9.2019). בקשה לעריכת דיון נוסף בעליון בעניין נדחתה. ראו דנ"א 6039/19 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם באר"ש, 12.11.2019). כמו כן, בשלהי שנת 2019 ניתן פסק דין נוסף במחוזי – ראו עמ"ש (מחוזי ת"א) 15896-04-19 **ר' ש' נ' בית חולים אסף הרופא פוריות הגבר ובנק הזרע** (פורסם בנבו, 15.12.2019). ערעור שהוגש על ההחלטה לעליון ובקשת עריכת דיון נוסף בעניין נדחו. ראו, בהתאמה, בע"מ 378/20 **פלונית נ' בית החולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק הזרע** (פורסם באר"ש, 3.6.2020); דנ"א 3949/20 **פלונית נ' בית החולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק הזרע** (פורסם באר"ש, 6.7.2020). מאידך גיסא, בפסיקה של בית המשפט לענייני משפחה ושל המחוזי אושרה תביעה לעשיית שימוש בזרע של נפטר שסימן מפורשות בטופס שמירת הזרע שלו כי הוא מבקש שזרעו יושמד אם ימות ממחלת הסרטן שבה חלה. למרות אמירתו הברורה, ביקשו הוריו ואחותו לעשות שימוש בזרעו. ראו, בהתאמה, תמ"ש (משפחה קר') 25971-02-17 **ח' ח' נ' מרכז רפואי ע"ש בני ציון** (פורסם בנבו, 8.9.2019); עמ"ש (מחוזי חי') 4379-11-19 **מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' פלוני** (פורסם בנבו, 7.4.2020). בעוד הפסיקות של העליון והמחוזי בשתי הפרשות הראשונות עלולות בקנה אחד עם מסקנות מחקר זה, הפסיקה בעניין האחרון עשויה לסתור אותן.

מפורשות או לחלופין בת זוגו מלמדת על רצונו ה"משוער" של הנפטר שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. קו מצמצם זה ניצב כחומה בצורה כנגד הקו המרחיב שנקטו בתי המשפט בעשור וחצי האחרונים, שאני חושש כאמור כי אנו עדים לתחילת תחיית המתים שלו, חרף העובדה שאין לו אחריות בעולם כולו. במאמר שלפנינו אבקש לסקור, להעריך ולבקר את מסקנותיהם של שני פסקי הדין האמורים, ולהראות כיצד הקו המצמצם שלהם עולה היטב בקנה אחד עם האסדרה המסתמנת במדינת ישראל, לרבות מסקנותיהן של שתי ועדות מומחים שדנו בעניין, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ותזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, שהוצע לאחרונה. זאת, לא לפני שאבקר את הרנסנס שהקו הקודם זוכה בו ככל הנראה בשלושה פסקי דין שניתנו אך לאחרונה. לבסוף, אבקש להציע את הגבולות הנורמטיביים הראויים בעניין לעשיית שימוש ברצון הנפטר להוליד ילדים לאחר מותו, תוך שאסתמך, בין היתר, על מרכזיותם של יסודות הכוונה, ההסכמה והרצון בהקשר של קביעת ההורות המשפטית ועל הסטטוס ה"מודרני". גבולות אלה יבקשו למצוץ בין ה"שמרנות" של האסדרה והפסיקות התקדימיות של העליון והמחוזי לבין ה"ליברליות" של הפסיקות שקדמו להן כמו גם של אלה העדכניות ביותר. אחתום את המאמר בקריאה למחוקק לומר את דברו בסוגיה סבוכה וכאובה זו בהקדם האפשרי, רצוי לאור קווי המתאר שאני משרטט כאן, בבחינת "ויפה שעה אחת קודם".

הצגת הדין

- פרק א: תפיסתם המצמצמת של העליון והמחוזי
1. פסיקת בית המשפט העליון בעניין פלונית נ' פלונית
 2. פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין שחר
- פרק ב: עלייתו המחודשת של השימוש ברצונו ה"משוער" של הנפטר:
1. עניין משפחה חדשה
 2. עניין פלונית נ' פרקליטות מחוז דרום – אזרחי
 3. עניין ע.ש
- פרק ג: האסדרה החקיקתית המסתמנת במדינת ישראל
1. מסקנותיה של ועדת אלוני
 2. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003
 3. מסקנותיה של ועדת מור יוסף
- פרק ד: לגבולותיה הנורמטיביים הרצויים של עשיית שימוש ברצון הנפטר
1. התשתית הרעיונית למודל הנורמטיבי המוצע
 - (א) קביעת הורות משפטית בהסכמה
 - (ב) הורות משפטית כסטטוס "מודרני"

2. הגבולות הנורמטיביים הרצויים במופעיה השונים של עשיית שימוש

בזרעו של הנפטר

(א) שימוש בזרע של נפטר שהוקפא עוד בחייו – הצורך האקוטי

בקבלת רצון מפורש

(ב) שאיבת זרעו של נפטר ועשיית שימוש בו לאחר פטירתו בלא

קבלת הסכמה מפורשת שלו – התמודדות עם הבעייתיות ברצון

ה"משוער"

סיכום וקריאה למחוקק

הצגת הדיון

בשלהי שנת 2016 ובתחילת שנת 2017 ניתנו בבית המשפט העליון ובמחוזי, בהתאמה, שני פסקי דין מרכזיים ומנחים בעניין הצבת גבולות ברורים וצרים להיקף הראוי של עשיית שימוש בזרעו של נפטר. זאת, לאחר שעניין זה החל לקנות לו שביטה בפסיקה, ולמן אמצע שנות התשעים של המאה העשרים כבר נדון ביותר מתריסר פסיקות של בתי המשפט לענייני משפחה, בצד שני פסקי הדין המנחים האמורים.¹ מלומדים שונים צופים, ובצדק רב לטעמי, כי דילמה זו תלווה אותנו עוד זמן רב, וכי לא מן הנמנע שהקשיים והדילמות שהיא מעלה רק ילכו ויחריפו עם הזמן. קווי הגזרה שהותוו בשני פסקי הדין המנחים מאפשרים שימוש כאמור אך ורק במקרים שבהם הותיר הנפטר הנחיות מפורשות או לחלופין בת זוגו מלמדת על רצונו ה"משוער" של הנפטר שייצשה שימוש בזרעו לאחר מותו. קו מצמצם זה ניצב כחומה בצורה כנגד הקו המרחיב שנקטו בתי המשפט בעשור וחצי האחרונים, אשר אין לו אח ורע בעולם כולו.

אולם בשנים הספורות שחלפו מאז ניתנו התקדימים המנחים של העליון והמחוזי בנידון דידן התפרסמו במאגרים המשפטיים שלושה פסקי דין חדשים, פרי עטם של בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע ובית המשפט המחוזי במחוז מרכז, העשויים ללמד על "קימתו לתחייה" של עניין זה, בנותנם אישור לאישה שאותה לא הכיר כלל המנוח בחייו לעשות שימוש בזרעו, בתמיכתם ובעידודם של הוריו.² כל זאת, לכאורה, חרף

1 פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה נסקרו על ידי בהרחבה במקום אחר – ראו יחזקאל מרגלית "עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו?" **מאזני משפט** יג 89, פרקים ב-ג (2020).

2 לסקירה העדכנית ביותר הידועה לי על מצב הדברים במשפט הישראלי ראו AVISHALOM WESTREICH, ASSISTED REPRODUCTION IN ISRAEL: LAW, RELIGION AND CULTURE 22-36 (2018); Vardit Ravitsky & Ya'arit Bokek-Cohen, "Life After Death": The Israeli Approach to Posthumous Reproduction, in BIOETHICS AND BIOPOLITICS IN ISRAEL: SOCIO-LEGAL, POLITICAL, AND EMPIRICAL ANALYSIS 202 (Hagai Boas et al. eds., 2018).

הפסיקה המפורשת שניתנה בעניין. ניתן להעריך בזהירות שהחלטות נוספות ניתנו אך לא פורסמו, והן בבחינת "הפסקים הסמויים מן העין".³

תוקפו של מאמר זה יהיה, בין היתר, בסקירה ובביקורת של פסקי הדין החדשים מהשנים האחרונות, אשר מלמדים, ככל הנראה, על אפשרות עלייתו המחודשת של השימוש בזרעו של הנפטר בלא הסכמה מפורשת שלו. כל זאת חרף מסקנותיהם של שני פסקי הדין המנחים שניתנו לפני כן בעניין, המבקשים להציג גבולות ברורים וצרים לאפשרות מורכבת וטעונה זו. קו פסיקתי מנחה ומצמצם זה עולה היטב בקנה אחד עם האסדרה החקיקתית המסתמנת במדינת ישראל, לרבות מסקנותיהן של שתי ועדות מומחים שדנו בעניין (ועדת אלוני וועדת מור יוסף), הנחיות היועץ המשפטי לממשלה⁴ ותזכיר חוק בנקי הזרע משנת 2016.⁵ לבסוף, אבקש להציע את הגבולות הנורמטיביים הראויים בעיני לעשיית שימוש ברצון הנפטר להוליד ילדים לאחר מותו – גבולות שיבקשו למצוץ בין ה"שמרנות" של האסדרה ושל שתי הפסיקות המנחות לבין ה"ליברליות" של הפסיקות שקדמו להן כמו גם של אלה העדכניות ביותר. אחתום את המאמר בקריאה למחוקק לומר את דברו בסוגיה סבוכה וכאובה זו בהקדם האפשרי, רצוי לאור קווי המתאר שאני משרטט כאן, בבחינת "ויפה שעה אחת קודם".

פרק א: תפיסתם המצמצמת של העליון והמחוזי

1. פסיקת בית המשפט העליון בעניין פלונית נ' פלונית⁶

במקרה התקדימי שלפנינו, הן ברמה הארצית והן ברמה הביין-לאומית, נדון מקרה טרגי של חייל שנפטר מתאונת דרכים בהיותו כבן עשרים ושמונה שנים, שלושה חודשים בלבד לאחר שנישא לבת זוגו, שעיימה היה בקשר זוגי במשך שנים ארוכות לפני כן. המנוח לא ערך אומנם צוואה, אך צו ירושה על פי דין שהוצא לעזבונו קבע כי יורשיו הם הוריו והאלמנה בחלקים שווים. הואיל ולאחר מותו ניטל מגופו זרע, ביקשו הוריו

3 ככותרת מאמרם של רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין: השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי ביני המשפחה בישראל" **עיוני משפט** לר' 603 (2011).

4 לתיאור מסקנותיהן של הוועדות והנחיות היועץ המשפטי לממשלה ראו להלן פרק ג.

5 תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016, www.israelbar.org.il/uploadFiles/sperm_bank_law_2016.pdf, נכון למועד כתיבתן של שורות אלה, התזכיר נמצא בהכנה להפיכתו להצעת חוק.

6 בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם באר"ש, 22.12.2016) (להלן: עניין פלונית נ' פלונית). פסק הדין נדון כערעור על פסיקת בית המשפט המחוזי בעמ"ש (מחוזי מר') 7457-05-15 מ' א' נ' ה' מ' (פורסם בנבו, 17.10.2015). בקשה לקיום דיון נוסף, שהוגשה במסגרת דנ"א 217/17 פלונית נ' פלונית (פורסם באר"ש, 2.4.2017), נדחתה.

לעשות שימוש בזרעו לשם הפריית אישה זרה שהייתה מוכנה להרות מזרעו ולגדל את פרי בטנה, והסכימה שהורי הנפטר יהיו לילד סב וסבה. זאת, חרף התנגדותה של אלמנת המנוח לעשיית שימוש כלשהו בזרע. היחסים הטובים ששררו עד אותה עת בין הורי הנפטר לבין האלמנה התערערו, ולאחר שעברה טקס חליצה על ידי אחד מאחיו של המנוח, היא הכירה בן זוג חדש, ואף ילדה לו שני ילדים. לאחר התלבטות לא פשוטה במשך אחת-עשרה שנה, היא החליטה בסופו של דבר לא להרות מזרע בעלה המנוח. האלמנה העידה כי המנוח רצה אומנם ילדים, אך רק ממנה, ולא משום אישה אחרת, בוודאי לא מאישה זרה שאותה לא הכיר כלל בחייו.⁷

בית המשפט העליון דחה מכל וכל את מסקנותיהם של בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי, אשר נתנו מעמד להורי המנוח ונעתרו לבקשתם לעשות שימוש בזרע בנם המנוח לשם הפריית אישה, צד ג, חרף התנגדותה של אשתו-כלתם האלמנה. בערעור נקבעה ברוב דעות, מפי השופטת חיות, הלכה תקדימית ומחייבת שלפיה ניתן לעשות שימוש בזרעו של נפטר מקום שהלה נתן ביטוי מפורש, בכתב או בדרך אחרת, לרצונו שיעשה שימוש כזה בזרעו, ואם הוא לא הותיר הנחיות כאלה, ניתן לעשות שימוש ברצונו ה"משוער" להביא ילדים לעולם לאחר פטירתו אך ורק אם בת הזוג מבקשת זאת. מכלל הן ניתן לשמוע לאו שלפיו כל אדם אחר, קרוב ככל שיהיה לנפטר, לרבות הוריו, אינו רשאי לבקש זאת. וכך קבע בית המשפט לגופו של ערעור:

"...ליבן [של הערכאות הקודמות] – כמו ליבנו – יצא אל ההורים, אך בכך אין כדי להצדיק את ההנמקה לפיה משהמערערת שהייתה בת זוגו של המנוח בעת הפטירה קשרה את חייה לאחר מותו בבן זוג אחר והולידה לו ילדים, היא מאבדת את מעמדה כבת זוג של המנוח ועל כן יש להידרש לתביעת ההורים מתוך נקודת מוצא שמדובר במנוח שאין לו בת זוג. הנמקה זו שגויה בכל הכבוד..."⁸

החלטה זו – שלפיה אם הייתה למנוח בת זוג בחייו והיא מתנגדת לאחר מותו לעשיית שימוש בזרעו, ואם לא הוכחו נסיבות חריגות ומיוחדות במקרה הנדון, אין לאפשר להורים לעשות שימוש בזרע בנם – ניתנה כמעט פה אחד כנגד דעתו החולקת של השופט מלצר.⁹ בדעת המיעוט גרס השופט מלצר כי יש להותיר על כנה את החלטת בית המשפט המחוזי, שלפיה להורים יש מעמד וזכות לדרוש את עשיית השימוש בזרע בנם חרף התנגדותה הנחרצת של בת זוגו בחייו. לדידו, הואיל ואין תשובה לדילמה מושא דיוננו בדבר חקיקה ראשית, יש לפעול על פי הוראות חוק יסודות המשפט,

7 לתיאור עובדות המקרה ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 פלוגית נ' פרקליטות מחוז מרכז, פס' 1-8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.3.2015), וביתר הרחבה בעניין מ' א', לעיל ה"ש 6, פס' 1 לפסק הדין.

8 עניין פלוגית נ' פלוגית, לעיל ה"ש 6, פס' 31 לפסק דינה של השופטת חיות.

9 ראו שם, במסקנה האופרטיבית של פסק הדין. את סיכום דעות השופטים ניתן למצוא גם בעניין שחר, להלן ה"ש 21, פס' 39-41 לפסק דינו של השופט ויצמן.

התש"ס-1980, המצדיקות דווקא את קבלת דרישתם של הורי המנוח. זאת, בין היתר, לאור תפיסת העולם של ההלכה היהודית, הרואה בהעמדת ילדים בעולם, גם לאחר מות המוליד, מצווה חשובה ביותר הן מכוח פרייה ורבייה והן מכוח מצוות הייבוש. אולם, בכל הכבוד, קביעה זו קשה בשתיים. האחת, כפי שהשופט מלצר עצמו מציין בדבריו, יש מחלוקת רבתי אם הוראותיו של חוק יסודות המשפט אכן מורות על פנייה למקורות ההלכה היהודית.¹⁰ שנית, גם אם ננקוט את "שביל הזהב" המוצע על ידיו, עיון בעולמה של ההלכה, כדרכה, מעלה כי אי-אפשר למצוא בה תפיסת עולם מתיירנת מונוליתית וקהרנטית, אלא יש בה גם דעות אוסרניות בנושא דיונו. די להפנות למנעד של דעות מרכזיות וחשובות ביותר של פוסקים בני זמננו המתנגדים מכל וכל להוצאת זרע מגופו של הנפטר, בוודאי מקום שרצונו המפורש אינו ברור, וזאת בשל הצורך האקוטי שילד יגדל במשפחה "מסורתית" שבה יש אב ואם, דבר שיחסר מאוד ליילוד במקרה שלפנינו, ובשל החשש מפני פגיעה בטובת הילד ובזכויותיו השונות לנוכח נישולו מירושת אביו מולידו והפקפוק בייחוסו אחר אביו.¹¹ כלומר, ניסיון להיתלות בהלכה היהודית כאילו היא מצדדת בצורה חד-משמעית בזכותם של הורי הנפטר לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו, אף כנגד רצון האלמנה, הינו בעייתי, ודומה כי אין הוא מחזיק מים.

באופן דומה, השופט מלצר טוען כי הואיל ובהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לא עלתה האפשרות שההורים יבקשו לעשות שימוש בזרע בנם בניגוד לרצונה של בת הזוג, מדובר בלקונה שיש למלאה בתוכן כאמור. תימוכין לשיטתו הוא מוצא בהכרה ההולכת

10 עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 17-18 לפסק דינו של השופט מלצר. מחלוקת זו הוכרעה רק כשנה וחצי לאחר מתן פסק הדין, כאשר חוק יסודות המשפט (תיקון), התשע"ח-2018, ס"ח 638, קבע מפורשות כי מקורות המשפט המשלימים כוללים גם את המשפט העברי: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל." ס' 1 לחוק יסודות המשפט (ההדגשה הוספה).

11 לחשש האחרון ראו במקורות המובאים לקמן בה"ש 139. לחשש שיילוד שנולד כתוצאה מהזרעה מלאכותית לא ייחס לאב גם בחייו של האב ראו מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" **דילמות באתיקה רפואית** 161, 166-167 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); מיכאל קורינאלדי **דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה: מגמות חדשות** 81-82 (2004); תהילה בארי **טיהור ממזרים נוכח הקידמה הרפואית: בחינה מחודשת לאור עקרונות היסוד בסוגיית הממזר** 81 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן - הפקולטה למשפטים, 2005); אברהם שטיינברג **אנציקלופדיה הלכתית רפואית: הרופא, החולה והרפואה באספקלרית ההלכה ומחשבת ישראל** כרך ב 545-550 (מהדורה חדשה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, 2006). לחשש בדבר פגיעה בטובת הילד, העתיד לגדול בלא שני הורים ביולוגיים, ראו יצחק שילת "שיכפול גנטי לאור ההלכה" **תחומין** יח 137, 141 (התשנ"ח); יגאל בצלאל שפרן "אבהות לאחר מיתה" **תחומין** כ 347, 350-352 (התש"ס); יעקב אריאל, משה ורמוט, פנינה אברמוביץ-שניידר ואבינועם שופר "הפרייה לאחר המוות - היבטים משפטיים והלכתיים" **הרפואה** 139, 331 (2000); צבי רייזמן **רץ כצבי - אסופת מאמרים, פרקי מחקר ועיון: פוריות, יוחסין, אישות קת-קיב (התשע"ו)**; רפאל שלמה דיכובסקי "פסיקת הלכה ומדיניות פסיקת ההלכה" **תחומין** לח 225, 226-227 (התשע"ח).

ומתחזקת של בית המשפט בזכות להמשכיות, שהינה נגזרת של הזכות לכבוד. באופן דומה יש להכיר בזכות להתרבות כנגזרת מהזכות לפרטיות, וממילא יש להכיר בזכות העצמאית לסבות. אשר על כן, לשיטתו:

“העולה מן המקובץ מלמד כי זכותו החוקתית של הנפטר להמשכיות, אשר הוחל במימושה עם נטילת זרעו של המנוח בסמוך לאחר מותו לבקשת אלמנתו, המערערת, על דעת הוריו, המשיבים 1 ו-2 – אין לפגוע בה, ולו מן הטעם שמוסכם על הכל כי אין, בשלב זה, חוק כלשהו המסדיר את הסוגיה, המתיר פגיעה כאמור. מכאן שכבר התנאי הראשוני של פסקת ההגבלה איננו מתקיים... יתר על כן – ככל שהזכות החוקתית של המנוח להמשכיות נובעת מכבוד האדם, כי אז קיימת אפילו חובה פוזיטיבית להגן עליה.”¹²

אולם דברי היועץ המשפטי לממשלה, שאותם אסקור בהרחבה לקמן בתת-פרק ג, ברור מילולו כי זכות עמידה יש לתת אך ורק לבת הזוג של המנוח בחייו, ולא להורי הנפטר, ולפיכך אני מתקשה להבין היכן כאן הלקונה. הואיל ומדובר בהסדר שלילי, אין כל זכות עמידה להורי הנפטר, כך שאם האלמנה מתנגדת לעשיית השימוש בזרע בעלה, אין בכוחם של ההורים, קרובים ככל שיהיו אליו, לרפא חסר זה. גם בנוגע לזכות להמשכיות/לסבות, שהשופט מלצר מבקש לבצרה בדבריו, יש להשיב, בדומה לדברי יתר חבריו לכתיבת פסק הדין, כי הפסיקה בארץ מכירה אומנם בזכות הסבות כאשר מדובר בנכד שכבר קיים בחייהם, אולם על הכרה עצמאית בזכותם לדרוש את עצם הבאתו לעולם לא שמענו, ויש בהכרה כזו קשיים ובעיות, כפי שיתר השופטים מציינים בדבריהם.¹³ לבסוף, בתי המשפט מאפשרים כידוע, כדבר שבשגרה, לשאוב זרע מן הנפטר בבחינת “עכשיו או לעולם לא”, ורק לאחר מכן מתחיל הדיון המורכב יותר אם ניתן לעשות שימוש בזרע זה. לפיכך איני רואה כיצד בשאיבת הזרע מהמנוח יש משום תחילת מימושה של הזכות להמשכיות, ובוודאי איני רואה חובה כלשהי להגן על זכות שאיני בטוח כלל שקיימת. בהמשך השופט מלצר מבקש לחלוק על דעת הרוב, אשר

12 עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור). ראו גם פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר בבג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם באר"ש, 3.8.2017). לדיון בהיבט החיובי של זכות ראו אהרן ברק “הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים” משפט וממשל יט 119, 135 (2018).

13 על החשש ללחצים רגשיים, פנימיים וחברתיים, שיחוו האלמנה והורי הנפטר, ועל הקשיים בהכרה בזכות להמשכיות, ראו, למשל, עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 6-7 לפסק דינו של השופט עמית. לקושי נוסף לקבוע מסמרות בנוגע לקיומה של זכות להמשכיות כזכות עצמאית העומדת על רגליה שלה, במיוחד לנוכח הבעייתיות שבגידול הילד על ידי הורי אביו מבלי שהאחרון יזכה כלל לגדלו, לטפל בו וליצור עימו יחסים משמעותיים, ראו שם, פס' 3 ו-14 לפסק דינו של השופט דניציגר, והשוו לפס' 12-13 לפסק דינו של השופט עמית. לטעמים נוספים הרוחים את ההכרה בזכות הסבות כזכות עצמאית ראו שם, פס' 21-23 לפסק דינה של השופטת חיות.

נסמכת על מלומדים וחוששת מלצעוד צעד מרחיק לכת נוסף בפריצת גבולותיה של המשפחה ה"מסורתית".¹⁴ וכך הוא כותב:

"אני מרשה לעצמי לחלוק. אינני רואה, בהקשר זה, הבדל עקרוני בין ילד שיוולד כתוצאה מהפריית זרעו של המנוח בביציתה של האלמנה לבין ילד שיוולד כתוצאה מהפריית זרעו של המנוח בביציתה של אישה אחרת. זאת ועוד – היום אנו עדים לשינויים שחלים, במקרים מסוימים, בתפיסה התרבותית של מוסד המשפחה."¹⁵

כשלעצמי אני תמה על דעתו הייחודית הזו, שהרי היא מתעלמת כליל מכך שקבלת הבקשה שהוגשה לפניו תגרום, לראשונה, להולדת ילד למצב של "יתמות מתוכננת" משני הוריו, שכן למעשה לא יהיה לו כל הורה ביולוגי – דבר שהמדינה מתנגדת לו מכל וכל בכל הליך של הבאת ילד לאוויר העולם בלא כל זיקה גנטית לאחד משני הוריו.¹⁶ האין הוא חושש שבכך הוא קובע תקדים מסוכן ומרחיק לכת שלפיו כל קרוב משפחה, ואולי אף סתם אדם הקרוב למנוח, הגם שאינו קרוב משפחתו, יוכל לדרוש את הבאת הילד לאוויר העולם מזרעו של המנוח, תוך פגיעה לא מבוטלת בתקנת הציבור?¹⁷ לבסוף, השופט מלצר גורס כי יש להשוות את יד הורי הנפטר ליד האלמנה מטעמי מניעות ואיסור הפליה, וזאת לנוכח הציפיות הסבירות שהם פיתחו כי יינתן להם לממש את זכותו של בנם להמשכיות, ולאחר שהשקיעו אף משאבי מומן בכך. לדידו, אין כל

14 על פריצת גבולותיה של המשפחה ה"מסורתית" ניתן לעמוד גם לנוכח הפגיעה האקוטית שעלולה להיות בעקרון הנפילה המיידית של עזבון המנוח וביכולת לחלקו לאלתר בין היורשים הקיימים. זאת, בשל האפשרות שמזרעו של המנוח ייוולד צאצא נוסף בעתיד הקרוב או הרחוק, ולכן לכאורה יש לעכב את חלוקת העיזבון עד אשר יתברר אם אכן ייוולד יילוד נוסף כזה. לדחיית אפשרות זו ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 15026-03-12 **עזבון רייזין נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 56–57 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.8.2016). על עיקרון מרכזי זה בדיני הירושה ראו שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965** כרך ראשון 35–37 (1992); שאול שוחט, מנחם גולדברג ויחזקאל פלומין **דיני ירושה ועזבון** 9 (מהדורה שישית מורחבת ומעודכנת, 2005); מיכאל קורניאלדי **דיני ירושה: צוואות, ירושות ועזבונות** 15–18 (מהדורה שנייה מורחבת, 2012).

15 עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 20 לפסק דינו של השופט מלצר.

16 ראו צוות מקצועי לבחינת התנאים לצו הורות פסיקתי **תקציר מסקנות והמלצות להגשה בהליכים משפטיים** 3 (2019) www.mercazachva.org.il/media/1340/%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%AA-%D7%9E%D7%A7%D7%A6%D7%95%D7%A2%D7%99-%D7%9C%D7%91%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%AA-%D7%94%D7%AA%D7%A0%D7%90%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%A6%D7%95-%D7%94%D7%95%D7%A8%D7%95%D7%A-%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%AA%D7%99.pdf (להלן: **המלצות ומסקנות**).

17 לביקורת על הולדת ילד למצב של "יתמות מתוכננת כפולה" ראו עניין **שחר**, להלן ה"ש 21, פס' 4–5 לפסק דינה של השופטת פלאוט.

הבדל בין אדם שנפטר ולא הייתה לו בחייו בת זוג לבין אדם, כבנידון דידן, שנפטר והותיר אחריו בת זוג שאינה מעוניינת לעשות שימוש בזרעו. לפיכך:

"...יש, למיצער, להשוות את מעמדם של ההורים למעמדה של המערערת ולדון את בקשתם של ההורים כאילו מדובר בבקשה לגבי זרע שניטל מנפטר שלא היתה לו בת זוג, בשים לב לשינויי הנסיבות שחלו לאורך השנים."¹⁸

אולם, בכל הכבוד, מניין לשופט מלצר שאם האלמנה מתנגדת לעשיית שימוש בזרעו של המנוח, היא בבחינת נוכחת נפקדת ויש להעדיף את רצון ההורים על רצונה הגלוי והברור? כל מה שנאמר מפורשות בהנחיות הוא שיש לתת לבת הזוג מעמד מיוחד לעניין קביעת רצונו ה"משוער" של הנפטר.¹⁹ מכלל הן ניתן ללמוד על הלאו, שאם רצונה – הנחשב כמשקף גם את רצון בעלה המנוח – הוא לא לעשות שימוש בזרע, יש לכבד את רצונה־רצונם, ואין כל מעמד להורי הנפטר בעניין זה. מקביעות מפורשות אלה ועד עשיית שימוש כה בעייתי ב"רצונו המשוער" של המנוח על ידי היועץ המשפטי לממשלה המרחק רב, ולכן קשה בעיניי עד מאוד לקבל קביעה בעייתית זו כידיעה שיפוטית של בית המשפט.

לסיום הדיון בפסק דין זה נתבונן על דעתו הייחודית והמעניינת של השופט דנציגר, אשר הסכים אומנם לדעת הרוב אך הציע מודל ייחודי – "המודל החלקי". לפי מודל זה, בראש ובראשונה יש להתחקות אומנם אחר רצונו ה"משוער" של הנפטר, אך עם זאת יש לדרוש "דבר מה נוסף" שיצדיק עשיית שימוש בזרעו של הנפטר. זאת, להבדיל מכל יתר השופטים, המצדדים ב"מודל המלא", כהגדרתו, שלפיו רצון הנפטר הוא חזות הכל, בין שמדובר ברצונו המפורש ובין שמדובר ברצונו המשתמע. לדידו של השופט דנציגר, יש לראות ברצון ה"משוער" שיקול מרכזי ביותר, אך לא בלעדי. לפיכך, גם אם עברנו את המשוכה בהתחקות אחר רצון הנפטר, יש לדרוש עדיין הצדקה נוספת לעשיית השימוש בזרע. הצדקה זו יכולה להיות בדמות זכות בת הזוג להורות, מקום שהייתה למנוח אישה בימי חייו. אם אין אלה פני הדברים, אי־אפשר למצוא הצדקה נוספת זו ברצון של הורי הנפטר לנכדים, ובוודאי לא ברצון של כל אדם אחר, לרבות אישה זרה, להוליד ילד מזרעו של המנוח.²⁰ נמצאנו למדים כי בין שנקבל את "המודל המלא" ובין שנקבל את "המודל החלקי", הסכמתו, כוונתו ורצונו של המנוח הינם השיקול המרכזי, ולכל היותר אפשר לצרף אליהם גם את רצונה, כוונתה והסכמתה של האלמנה להרות מזרעו של בעלה המנוח. תובנה זו עולה היטב בקנה אחד עם המודל הנורמטיבי שאציע לקמן בתת־פרק ד1.

18 עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 24 לפסק דינו של השופט מלצר.

19 לפיתוח נרחב יותר של הנחיה זו ראו להלן תת־פרק 2ג.

20 ראו על כך בעניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 9–26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

2. פסיקת בית המשפט המחוזי בעניין שחר²¹

פסק הדין שניתן בבית המשפט לענייני משפחה בעניינו של שחר הינו פסק הדין המפורט והבעייתי ביותר בעיניי, שצעד צעד אחד נוסף במגמה הליברלית שנקטו בתי המשפט קודם שניתנו שני פסקי הדין המנחים של העליון והמחוזי מושא מאמרנו.²² דובר במקרה טרגי של קצין מצטיין בחיל הים, בן עשרים וחמש שנים בלבד, שנהרג בתאונת דרכים בדרכו לבסיס צה"ל שבו שירת, וזאת מבלי שהותיר אחריו כל צוואה או הנחיות ברורות אם וכיצד יש לעשות שימוש בזרעו לאחר פטירתו. בפסק הדין בבית המשפט לענייני משפחה נקבע לראשונה בישראל, ולמעשה גם בעולם כולו, כי הורים שכולים רשאים לשאוב לבקשתם זרע מגופת בנם המנוח, ובאמצעותו להביא לעולם ילד לאחר קבלת תרומת ביצית וקיום הליך פונדקאות. יתר על כן, בית המשפט אישר את בקשתם של ההורים השכולים ביודעו כי ככוונתם לגדל את הילד בביתם כהוריו/סביו ללא מעורבות של האם הביולוגית, וחרף העובדה שבת זוגו של בנם בשנותיו האחרונות, שעיימה תכנן לבוא בברית הנישואים ולהביא ילדים לעולם, נעדרה מההליך כולו.

אולם בית המשפט המחוזי הפך את הקערה על פיה: הוא קיבל את ערעורה של פרקליטות המדינה, וקבע נחרצות – תוך שהוא צועד במתווה שהתווה בית המשפט העליון בעניין פלונית נ' פלונית – כי אין לאפשר להורי המנוח לעשות שימוש בזרעו, וזאת אף על פי שבת זוגו לא התנגדה לבקשה זו. בית המשפט מחרה מחזיק אחר הקביעה כי ניתן לעשות שימוש בזרעו של נפטר אך ורק לאחר קבלת הנחיות מפורשות או משתמעות בדבר רצונו בכך או לחלופין לנוכח רצון של בת זוגו בחייו תוך עשיית שימוש במודל של הרצון ה"משוער". השופט ויצמן, שכתב את פסק הדין שזכה בהסכמתן של שתי השופטות הנוספות, עומד על כך שהמחוקק הישראלי שותק בעניין עשיית השימוש בזרעו של נפטר לצורך הפריה לאחר מותו, ולכן, לצורך מילוי לקונה זו, יש להיזקק להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המצדדות בעשיית שימוש ברצונו ה"משוער" של הנפטר. הואיל והנחיות אלה מאפשרות עשיית שימוש כזה אך ורק אם יש גילוי מפורש של רצון הנפטר או בת זוג המעוניינת בעשיית שימוש בזרעו, בנסיבות המקרה שלפנינו אין כל אפשרות להיעתר לדרישת הוריו של שחר. אך מכיוון שלנוכח המסקנות בעניין פלונית נ' פלונית נותר פתח קטן, כקופו של מחט, להיעתר לבקשת ההורים,²³ ממשיך השופט ויצמן ומסכם כי רצונו ה"משוער" של שחר לא הוכח כלל ועיקר. לכן, בין שננקוט את "המודל המלא" ובין שננקוט את "המודל החלקי" שהציע

21 פסק הדין המנחה של המחוזי הוא עמ"ש (מחוזי מר') 45930-11-16 מדינת ישראל נ' שחר (פורסם בנבו, 29.1.2017) (לעיל ולהלן: עניין שחר), שבו נדון ערעור על החלטת בית המשפט קמא. גם על פסק דין זה הוגשה בקשת ערעור שנדחתה (בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 15.8.2017)).

22 ראו תמ"ש (משפחה פ"ת) 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.9.2016) (להלן: תמ"ש שחר). לסיכום עובדות פסק הדין ראו גם עניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 5-10 לפסק דינו של השופט ויצמן.

23 ראו על כך לקמן בפרק ד.

השופט דנציגר, אין לחרוג ממסקנות פסיקתו של בית המשפט העליון. דחייה זו מתבקשת גם לנוכח האינטרס הציבורי וטובת הקטין. אשר על כן, בית המשפט מסכם וקובע ברורות:

"ואם כן, מצאנו כי בנדון, עם כל הצער שבדבר, אין לקבל בקשת ההורים לעשות שימוש בזרע בנם המנוח תוך שימוש בתרומת ביצית ובאם נושאת וניתוק הילד שיוולד מהאם הנושאת תוך מסירתו לידם וזאת הן מתוך כך שלא הוכח שזהו רצון המנוח, הן כיוון שהדבר נוגד את האינטרס הציבורי וטובתו של הקטין והן מתוך כך שהמבוקש אינו מתיישב עם ההלכה הפסוקה כפי שזו נקבעה ע"י בית המשפט העליון בבר"ע 7141/15 ובענין פלונית.²⁴"

פרק ב: עלייתו המחודשת של השימוש ברצונו ה"משוער" של הנפטר?

1. עניין משפחה חדשה

פסק הדין הראשון במגמה הישנה-החדשה המסתמנת ככל הנראה ניתן יום אחד בלבד לאחר מתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין שחר.²⁵ עוד לא יבש הדיו על פסיקותיהם של העליון והמחוזי, שביקשו להציב גבולות ברורים במושא דיוננו, וכבר התעוררו יצר החיים והתפיסה הישראלית הפרו-נטליסטית הייחודית²⁶ וביקשו להגמיש שוב את התנאים והגדרים למתן היתר כזה. זאת, באמצעות מתן היתר לעשיית שימוש בזרעו של נפטר על ידי מי שלא הייתה בת זוגו במועד פטירתו, וכפי שנראה בתת-פרקים הסמוכים – אף כאשר לא היו כל הנחיות מפורשות שהעידו על הסכמת הנפטר לעשיית שימוש בזרעו.

בעניין משפחה חדשה דובר ברווק בן עשרים ושבע שנפטר בדמי ימיו ממחלת הסרטן, וידידה שלו, בת שלושים ושתיים, ביקשה לעשות שימוש בזרעו. אותה ידידה יחד עם הורי הנפטר פנו לבית המשפט לענייני משפחה בכאר שבע בבקשה כפולה –

24 עניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 74 לפסק דינו של השופט ויצמן.

25 ראו תמ"ש (משפחה ב"ש) 62401-06-16 משפחה חדשה הארגון לקידום זכויות המשפחה בישראל ג' מרכז החולים הממשלתי המרכז הרפואי תל אביב ע"ש א. סוראסקי (פורסם בנבו, 30.1.2017) (להלן: עניין משפחה חדשה).

26 על תפיסה ייחודית זו, בהשוואה לעולם כולו, ראו עמיה ליבליך "סדר נשים: אמהות חד-הורית מבחירה בישראל" אמהות – מבט מהפסיכואנליזה וממקום אחר 214 (אמיליה פרוני עורכת, 2009); דלילה אמיר ודוד נבון הפוליטיקה של הפלות בישראל 8 (1989); וכן במקורות המובאים אצל קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" משפטים מח 521, ליד ה"ש 23 (2019).

לאשר את ההסכם שנחתם ביניהם בעניין ההליך המבוקש, ולהורות לבית החולים איכילוב, שם הופקד הזרע למשמרת, לאפשר הליך פריוני ייחודי זה. המנוח הפקיד את זרעו כאשר התגלתה אצלו המחלה ובטרם החל בטיפולים הכימותרפיים. במסגרת הפקדה זו הוא חתם על "כרטיס שומר זרע", שבו הצהיר כדלהלן: "במידה ולא אוכל לתת הוראה מכל סיבה שהיא, לרבות פטירה, אני מאשר שימוש בזרעונים לצורך טיפולי פוריות לבת זוגי.²⁷ נוסף על כך הוא ציין מפורשות את שם אמו כמוטבת. יתר על כן, שנים מספר לאחר פרוץ המחלה הוא ביקש מאמו: "אני מבקש בכל לשון של בקשה תדאגי לכך שישתמשו במנות הזרע שלי כדי להביא ממני ילדים לעולם במידה ואמות.²⁸ לבסוף, מתסקיר של העובדת הסוציאלית לסדרי דין עלה כי ימים ספורים לפני מותו הפקיד המנוח בידי אמו את האחזקה לעשיית שימוש בזרעו, וזאת מבלי לנקוב בשם של אם מיועדת כלשהי, תוך שהוא מסמיך אותה לאתר את האישה המתאימה כטוב בעיניה.²⁹ בית המשפט פותח את הכרעתו בהתנצלות:

"לא אבוש לציין כי אני חש באי נוחות להכריע בשאלת השימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו וזאת ללא חקיקה מפורשת אשר מביאה בפני היושב בדין את עמדת המחוקק... ככלל סבורני כי על הערכאה הדיונית (בית המשפט לענייני משפחה) להימנע, ככל הניתן, במתן מענה שהוא בבחינת מעין 'מחקיקה [צ"ל חקיקה – י' מ'] שיפוטית'.³⁰

אולם הלכה למעשה הוא מאפשר בסופו של יום לאישה שלא הייתה בת זוגו של המנוח בעת פטירתו לעשות שימוש בזרעו. זאת, הגם שרצונו וכוונתו, כפי שאלה עוגנו ב"כרטיס שומר הזרע" שמילא במועד הפקדת זרעו בבנק הזרע,³¹ היו ברורים ומפורשים: הוא אישר שימוש כזה אך ורק לבת זוגו. האם המיועדת באותו מקרה בוודאי

27 עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 25, פס' 4 לפסק הדין. בשולי הדברים יצוין כי נוסח כזה מופיע גם בתוספת העשירית להצעת חוק תרומת זרע, התשע"א-2011, פ/18/3103; בתוספת השביעית להצעת חוק תרומת זרע, התשע"ו-2016, פ/20/2432; ובתוספת העשירית להצעת חוק תרומת זרע, התשע"ח-2017, פ/20/4637.

28 עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 25, פס' 5 לפסק הדין.

29 שם, פס' 1-23 לפסק הדין.

30 שם, פס' 26 לפסק הדין. על החשיבות העליונה של נקיטת זהירות בחקיקה שיפוטית בסוגיה כה מורכבת מבחינה אתית, משפטית וחברתית, ראו, למשל, עניין **פלונית ג' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 17 לפסק דינה של השופטת חיות ("...אם כי זו מן הראוי כי תהיה מדודה וזהירה תוך שימת לב למכלול השיקולים הצריכים לעניין"); תמ"ש (משפחה ב"ש) 28012-10-16 **פלונית ג' פרקליטות מחוז דרום – אורחי**, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.8.2017) (להלן: עניין **פלונית – אורחי א**) ("שמן הראוי ותהא זהירה ומדודה").

31 על אודות כרטיס זה ונוסחו ראו, למשל, "הפקדת זרע" **כל זכות** www.kolzhut.org.il/he/ הפקדת זרע; "כרטיס שומר זרע" **כל זכות** www.kolzhut.org.il/w/he/images/7/73/ www.kolzhut.org.il/w/he/images/7/73/ **כרטיס_שומר_זרע** (להלן: "כרטיס שומר זרע").

לא הייתה נשואה למנוח במועד פטירתו, ואף לא הייתה בת זוגו. הקשר ביניהם התמצה ביחסי עמיתים כאשר עבדו יחדיו שנים מספר במקום עבודה משותף – "הקשר ביניהם כלל יחסי רעות וידידות כחברים לעבודה".³² יתר על כן, כאשר המנוח חלה ונאלץ לעזוב את מקום עבודתו, נותק הקשר ביניהם. הוא שב אומנם ונוצר כאשר היא סייעה בידיו להקים מענה תמיכת־קבוצתי לצעירים חולי סרטן, אולם גם אז דובר בחודש ימים בלבד – "הקשר הידידותי ביניהם התחזק, אך לא הפך לקשר זוגי".³³ כלומר, חרף העובדה שהמנוח ייעד את זרעו במפורש לבת זוג רשמית ומוכרת, אישר בית המשפט לאישה שלא הייתה בת זוגו בעת פטירתו לעשות שימוש בזרעו, וזאת כנגד המגמה המצמצמת והברורה של תקדימי בית המשפט – שאותם סקרתי בהרחבה בפרק הקודם – להתיר עשיית שימוש כזה אך ורק על ידי בת זוג או לחלופין כאשר המנוח הותיר אחריו הנחיות ברורות ומפורשות. הואיל והייעוד של הזרע בנסיבות העניין היה מפורשות ובכתב אך ורק לבת זוג רשמית, אין בכוחה של אמירה בעל פה מאוחרת וסותרת, ברורה ככל שתהיה, להפקיע את דבריו המפורשים של המנוח בעת הפקדת זרעו, כך שמגדר רצון "משוער" מופשט ובעייתי לא יצאנו.

יודגש כי גם ציון שמה של האם כמוטבת – שלא ברור למה הוא התכוון בכותבו כך – אינו יכול לשנות את ההוראה המפורשת שעליה חתם המנוח. זאת, מכיוון שבטופס שמירת הזרע יש אפשרות לעשיית שימוש אך ורק על ידי בת הזוג. לפיכך, אם חפץ המנוח בשעתו להסמיך את אמו לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו, הוא היה צריך לעשות זאת בצורה מפורשת וברורה שאינה משתמעת לשני פנים. לא למותר לציין כי טובנה זו עולה היטב בקנה אחד עם תפיסתם העקרונית הן של בית המשפט העליון והן של המחוזי בתקדימיהם. בית המשפט לענייני משפחה, בהכרעתו הקצרה והתמציתית, מסיק כך:

"נחה דעתי, בראש ובראשונה, כי אכן רצונו המפורש של המנוח היה כי ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו וכי בקשת המבקשים עולה בקנה אחד עם רצונו המפורש של המנוח להביא צאצאים לעולם".³⁴

כאסמכתה לקביעה זו הוא מביא את "כרטיס שומר הזרע" שעליו חתם המנוח. אולם דווקא הסתמכות זו הינה משענת קנה רצוף, שכן הכרטיס מהווה דווקא הוכחה לרצונו המפורש של המנוח שלא ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו אלא על ידי בת זוגו, ובנסיבות העניין לא הייתה לו בת זוג. בית המשפט ממשיך ותומך את קביעתו בשתי המסקנות הבאות:

32 עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 25, פס' 3 לפסק הדין.

33 שם.

34 שם, פס' 30 לפסק הדין.

"משהוכח כי למנוח לא היתה בת זוג, ומשכך לא קמה כל התנגדות מצידה לשימוש בזרעו של המנוח, הרי שקיום רצונו המפורש של המנוח, אינו מתנגש עם זכות של בת זוגו. מהתסקיר עולה רצונה החופשי של המבקשת לביצוע ההפריה מזרעו של המנוח, תוך הבנה בדבר משמעות התהליך ותוצאותיו ו/או השלכותיו."³⁵

יש לתמוה על שתי קביעותיו אלה של בית המשפט. ראשית, גם אם לא הייתה למנוח בת זוג, וממילא אין אלמנה המתנגדת מפורשות לעשיית שימוש בזרעו של המנוח כפי שהיה בעניין פלונית נ' פלונית, אין הדבר סולל בהכרח את האפשרות של הוריו לעשות שימוש בזרעו, בוודאי כאשר האם המיועדת היא רק ידידה של המנוח. הרי גם בעניין שחר לא התנגדה בת הזוג לבקשתם של ההורים, ובכל זאת לא היה בכך כדי להכשיר את השימוש שלהם בזרעו של המנוח. לכן הקביעה השיפוטית שלפיה אם אין בת זוג שמתנגדת אזי בהכרח יש היתר להורים לעשות שימוש בזרע בנם המנוח ניצבת בסתירה חזיתית לקו המצמצם שנקטו בתי המשפט בפסקי הדין המנחים שניתנו בעניין. שנית, בית המשפט חוטא בקביעתו השנייה בדבר שמפניו הזהירו מלומדים, קרי, בהעדפה של רצון החיים על רצון המתים.³⁶ אם מדובר בידידה בלבד של המנוח שאינה בת זוגו, אזי לנוכח התקדימים בעניין, ולנוכח ההסמכה המפורשת של הנפטר לעשיית שימוש בזרעו אך ורק על ידי בת הזוג, אין לידידה כל זכות עמידה, וממילא רצונה החופשי והעובדה שהיא מבינה את משמעות ההליך ותוצאותיו השונות אינם מעלים ואינם מורידים. אין לתת להם כל משקל, ובוודאי אין להעדיפם על רצונו ה"משוער" של הנפטר. ממילא אין בכוחם של אלה לתקף ולנמק את קביעת בית המשפט.

יתר על כן, אין מקום להשיג על ביקורתי דלעיל לנוכח העובדה שב"כרטיס שומר הזרע" הסטנדרטי שעליו חתם המנוח אין כלל אפשרות להורות על שימוש בזרע במקרה שאין לנפטר בת זוג. בנוסחו הנוכחי מסמך זה מאפשר לרווק אך ורק שתי אפשרויות: "השימוש בזרע לצורך עצמי, יעשה בהתאם להוראותיי בכתב בלבד" או לחלופין "במקרה של פטירתו, אינני מאשר שימוש בזרעי הקפוא, ואני מורה לבנק הזרע להפשירו".³⁷ על כך ניתן להשיב כי לנוכח החלופה הראשונה היה המנוח יכול להותיר הנחיות ברורות בעניין תוך ציון שמה המפורש או לכל הפחות הפרופיל של האישה שתוכל לעשות שימוש כזה. כלומר, הוא לא היה צריך לעשות שימוש דווקא באפשרות הפתוחה אך ורק לפני גברים שיש להם בת זוג. דווקא הנוסח הסטנדרטי והשבלוני מצריך את המנוח לנקוט צעד אקטיבי ולפרט ברחל בתך הקטנה מה בדיוק הוא רוצה שיעשה בזרעו לעת פטירתו. הואיל והמנוח לא עשה כן, לטעמי אין לרפא לקונה זו לא

35 שם, פס' 31–32 לפסק הדין.

36 ראו את ביקורתם הנוקבת של יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרגנטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" עיוני משפט לט 661 (2016).

37 ראו "כרטיס שומר זרע", לעיל ה"ש 31.

בצורה מהותית באמצעות אמירותיו מחייו, מפורשות ככל שיהיו, ולא בצורה טכנית על ידי הישענות על העובדה שבאי כוח היועץ המשפטי לממשלה לא התנגדו בהליך לבקשת ההורים.

כך או כך, בסופו של יום מדובר בפריצת גבולות מצומצמת באופן יחסי, ומידת הסתירה בינה לבין הקו השמרני שהתווה בפסיקות המנחות מושא דיוננו הינה מוגבלת באופן יחסי ולכן אינה כה מטרידה וצורמת. לסקירת פריצת גבולות משמעותית ורחבה יותר אעבור כעת.

2. עניין פלונית נ' פרקליטות מחוז דרום – אזרחי

פסק הדין השני והתקדימי יותר ניתן בשני חלקים – הראשון בקיץ 2017 ואילו השני בשלהי יולי 2018.³⁸ הדיון במקרה זה נסב סביב עתירתם של הורים שכולים למתן צו עשה לשימוש בזרעו של בנם המנוח – אשר נפטר ממחלת הסרטן בגיל עשרים ושתיים, בעודו חייל לא נשוי בשירות סדיר – לצורך הפריית אישה אשר תיבחר על ידיהם ותימצא מתאימה על ידי בית המשפט. בנסיבות העניין שררה מחלוקת בין הצדדים אם הייתה למנוח בת-זוג במועד פטירתו. בשל מחלתו, ובטרם החל בטיפולי כימותרפיה, הוא שמר כמה מנות זרע, שהוחזקו בבית החולים סורוקה, לאחר שחתם על טופס "בקשה להקפאה ושימור זרע בבנק הזרע".³⁹ הוא עשה זאת במועד שבו –

"הוא עדיין האמין כי יצליח להתגבר ולהחלים, וכלל לא חשב על האפשרות כי ילך לבית עולמו בהיותו כה צעיר... מ' אשר חתם על טופס ההסכמה והקפאה את זרעו בשלביה הראשונים של המחלה, אכן האמין כי יוכל למחלה וביקש להגדיל את סיכוייו להביא ילד לעולם לאחר החלמתו".⁴⁰

בשולי הדברים יצוין כי מעמדו המשפטי של טופס זה טרם נדון בפסיקת בית המשפט או בספרות המחקר, ובמופעיו הספורים במרשתת הוא נזכר בהקשר של פסק דין זה בלבד. יתר על כן, בית המשפט דוחה את האפשרות לראות במסמך חתום זה "צוואה ביולוגית" – מושג משפטי מוכר וידוע הרבה יותר.⁴¹ הואיל והמדינה, באמצעות

38 ראו, בהתאמה, עניין פלונית – אזרחי א, לעיל ה"ש 30; תמ"ש (משפחה ב"ש) 28012-10-16 פלונית נ' פרקליטות מחוז דרום – אזרחי (פורסם בנבו, 8.8.2018) (להלן: עניין פלונית – אזרחי ב).

39 עניין פלונית – אזרחי א, לעיל ה"ש 30, פס' 3 לפסק הדין.

40 שם, פס' 34 ו-37 לפסק הדין.

41 במונח זה עשה בית המשפט שימוש פעמים מספר בערכאות השונות, נוסף על שני פסקי הדין המנחים מושא דיוננו בפרק הקודם. ראו על כך, למשל, אירית רוזנבלום "צוואה ביולוגית" בדלתיים פתוחות 33, 22 (2010); וביתר הרחבה – תורת המשפחה החדשה: מדריך למשפחה מבראשית (אירית רוזנבלום עורכת, 2003). אך השוו לקביעת בית המשפט בתמ"ש (משפחה חד') 7930-11-09 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.4.2011): "בשולי פסק הדין יוער כי המונח 'צוואה ביולוגית' אינו מוכר בדין הישראלי. לאור נסיבות תיק זה ועמדת ב"כ

פרקליטות מחוז דרום – אזרחי, התנגדה להליך זה, התגלגל העניין לפתחו של בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע. לאור שני פסקי הדין המנחים שניתנו בעליון בעניין, סגן הנשיאה גביון מבחין בין מקרה שבו אדם הביע לפני פטירתו את רצונו המפורש והברור כי ייעשה שימוש בזרעו גם לאחר מותו לבין מקרה שבו נפטר לא הביע את רצונו המפורש, כבנידון דידן. בנסיבות המקרה שלפניו, שבו לא הייתה בת זוג למנוח בעת פטירתו, הוא מסיק כי אין די בפנייה לרצונו ה"משוער", אלא יש להוכיח כי רצונו המפורש של הנפטר אכן היה כי ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. אשר על כן, בסמכות בית המשפט לקבוע, בתנאים המתאימים בלבד, כי ניתן לעשות שימוש בזרעו של נפטר ככל שיימצא כי רצונו המפורש היה שכך ייעשה.⁴² אני מסכים באופן עקרוני עם קביעתו הבאה של בית המשפט:

"מ' אהב ילדים ורצה בילדים, אולם אין בכך די כדי ללמוד כי רצונו היה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו... אדם שרוצה להביא ילד לעולם ולגדלו כאב, אינו בהכרח חפץ כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. רצון אדם בהמשכיות עת הוא מביא ילד לעולם בחייו ומגדלו, אינו זהה לרצונו של אדם להמשכיות כאשר הילד בא לעולם לאחר מותו והוא אינו מגדלו."⁴³

אכן, בית המשפט מסיק נכונה כי אי־אפשר להיבנות משברי משפטים שאמר המנוח בחייו, ולראות ברצון הכללי שהביע בימי חייו לגדל ילדים משום הסכמה מפורשת לעשיית שימוש בזרעו לאחר פטירתו. זאת, להבדיל מהליברליות היתרה שנקטו בעבר בתי המשפט בהסיקם מתוך עדויות מפורקקות ושבריי ראיות כי המנוח אכן רצה בצורה פוזיטיבית להוליד ילדים גם לאחר מותו, ואף עם אישה שאותה לא הכיר כלל בימי חייו.⁴⁴ אולם חרף כל הערות האזהרה והארות האזהרה שבית המשפט מביע בעניין, בסופו של דבר הוא מבקש להיבנות משתי עדויות: האחת של דודתו של המנוח שהעידה כי הוא אמר לה כך מפורשות – "אני מקווה שהכל יהיה בסדר, שאם לא, אני ממש מבקש ממך, דודה א', שתהיה לי המשכיות. שיהיה משהו ממני"; והאחרת של מי שהוברר בסופו של הליך כי לא הייתה בת זוגו בחייו של המנוח, אשר העידה כי כך שמעה מן המנוח – "...", גם אם אני לא אהיה, הייתי רוצה לדעת שכן תהיה לי המשכיות."⁴⁵

היועמ"ש לא מצאתי מקום להתייחס לסוגייה, והיא תידון במידת הצורך, בתיק המתאים. לדיון אקדמי ראשוני בעניין ראו חגי קלעי "הורים חשודים – פיקוח ושליטה משפטיים על משפחות לא הטרונומטיביות בעקבות בג"ץ 566/11 ממט'מגד נ' שר הפנים" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 28, 5, ליד ה"ש 24 (2014).

42 עניין פלונית – אזרחי א, לעיל ה"ש 30, פס' 19–23 לפסק הדין.

43 שם, פס' 33 לפסק הדין.

44 ראו על כך, בהרחבה, מרגלית, לעיל ה"ש 1, תת־פרק ג3. דוגמה בולטת לקושי זה אני מוצא בתמ"ש (משפחה ק"ש) 12977-01-14 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 6.1.2015).

45 עניין פלונית – אזרחי א, לעיל ה"ש 30, פס' 35–36 לפסק הדין.

אולם, במחילה, אני מתקשה להסכים עם מסקנת בית המשפט על אודות רצונו המפורש (ולא ה"משוער") של הנפטר לאור שתי אמירות אלה, תוך שהוא מבקש לתמוך זאת בעובדה שבאת כוח המדינה ויתרה על חקירתן של שתי עדות אלה. אתמה כיצד ניתן לראות באמירות עמומות כאלה משום מתן הסכמה פוזיטיבית להבאת ילד לאוויר העולם. קושי זה מתחדד לנוכח העובדה שמדובר באישה שהמנוח לא הכיר כלל בימי חייו. יתר על כן, בית המשפט מגיע למסקנתו לאחר שהוא דן בפרוטרוט במשמעותו של טופס ההסכמה מדעת שעליו חתם המנוח במסגרת הפקדת זרעו בבנק הזרע, ומסיק כי אי־אפשר ללמוד ממנו דבר וחצי דבר לעניין הסוגיה הנידונה, שכן מדובר בטופס סטנדרטי שכל מפקיד זרע חותם עליו, יהיו מניעיו למעשה זה אשר יהיו. בית המשפט מסכים עם טיעונה של באת כוח המדינה כי בסעיפי הטופס לא כלולה כלל האפשרות שבית החולים ישמור את הזרע לאחר המוות, ולכן ממילא המנוח לא ביטא את רצונו המפורש כי ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. אולם גם אילו סבר בית המשפט כי אפשר ללמוד משהו ממסמך זה לגבי רצונו של המנוח, אני רואה קושי רב בכך, שהרי מטבע הדברים הפקדת הזרע נעשתה – כפי שבית המשפט עמד על כך נכונה – בשלב המוקדם של גילוי המחלה, כלומר, במועד שבו ניתן להניח כי המנוח עוד היה אופטימי לגבי אפשרות החלמתו מהמחלה ועשיית שימוש בזרעו בחייו. גם בפסק הדין המשלים, במסקנתו האופרטיבית, מורה כך בית המשפט:

"ניתן בזאת אישורו של בית המשפט כי התובעת 3 תעשה שימוש במנות הזרע של המנוח לצורך הפרייתה והכל בהתאם להסכם אשר הגישו הצדדים והמאוסר על ידי... התובעת 3 תהא רשאית לעשות שימוש בזרעו של המנוח בהתאם לאמור בסעיף 13.א לעיל לאחר שתקיים שלושה מפגשים עם איש מקצוע מוסמך..."⁴⁶

וזאת הוא קובע לא לפני שהוא מתרה מחזיק אחר הצהרתו בפסק הדין הראשון שלפיה –

"אינני מבקש חלילה בפסק דין זה 'לפרוץ גבולות', שכן ולהבנתי אין האמור בפסק דין זה שונה במהותו מהמצב הקיים כיום לפיו מאשרת המדינה מצב בו אישה מקבלת תרומת זרע אנונימית מבנק הזרע, מביאה ילד לעולם ומגדלת אותו כבנה לכל דבר ועניין."⁴⁷

אולם בית המשפט טועה טעות מהותית בהנחתו כי אין הוא "פורץ גבולות" בפסיקתו, תוך שהוא משווה בשוגג מתן היתר לאישה לעשות שימוש בזרעו של מנוח שלא הכיר אותה בימי חייו לקבלת תרומת זרע אנונימית. השוואה זו שגויה שכן בכל

46 עניין פלונית – אזרחי ב, לעיל ה"ש 38, פס' 13 (א)–(ב) לפסק הדין.

47 שם, פס' 14 לפסק הדין; עניין פלונית – אזרחי א, לעיל ה"ש 30, פס' 43 לפסק הדין.

תרומת זרע כזו גלומה הסכמתו של התורם להתפרק מזרעו וממילא גם מהורותו המשפטית על הילד, ולפיכך רצונה של האישה להרות בגפה מתרומת הזרע עולה בקנה אחד עם רצונם של כל הצדדים המעורבים בעניין.⁴⁸ אולם בנידון דידן, חרף הצהרתו של בית המשפט כי אין הוא מסתמך על רצונו ה"משוער" בלבד של המנוח, אלא מבקש להתחקות אחר רצונו המפורש, לדעתי הוא רחוק מלעמוד נכונה על רצונו המפורש של הנפטר, אשר לא היה ניתן לפענוח בנסיבות העניין.

יתר על כן, גם אמירה כזו או אחרת של הנפטר בדבר רצונו ב"המשכיות" אין בכוחה לרפא לקונה נורמטיבית מהותית זו. ביטוי סתום ומופשט זה אינו מלמד בהכרח על רצונו המפורש והפוזיטיבי שלאחר מותו ייעשה שימוש בזרע שהפקיד כאשר התגלתה אצלו המחלה בראשית הדרך, במועד שבו היה יכול להניח כי יש סיכוי שהוא עצמו יעשה בו שימוש עוד בחייו. בית המשפט טוען אומנם רטורית כי הוא צועד בנתיב הפסיקות המנחות הקודמות, שאותן סקרתי בפרק הקודם, וכי קביעתו עולה בקנה אחד עימן ואינה חותרת תחתן. אך הלכה למעשה, לדידי, הצהרות לחוד ומעשים לחוד. לבסוף, לעומת רצונו המפורש של המנוח בעניין **משפחה חדשה**, אשר הורה מפורשות כי "אני מאשר שימוש בזרעונים לצורך טיפולי פוריות לבת זוגי",⁴⁹ בנידון דידן דובר בביטוי עמום ולא מפורש בדבר רצונו ב"המשכיות". דווקא החוסר האקוטי באמירה ברורה ומפורשת מבליט את הסתמכותו של בית המשפט על רצונו ה"משוער" של המנוח, שניתן לפרשו לשני פנים, ובוודאי מגדר השערה לא יצאנו. וזאת בניגוד לקביעתו המפורשת של בית המשפט שלפיה –

"להבנתי אין בהלכת פלונית ואין בפסק הדין בעניין שחר, ואשר דנו בסיטואציות בהן נפטר היתה בת זוג במועד הפטירה, כדי לשלול שימוש בזרעו של מנוח כאשר לא היתה לו בת זוג במועד פטירתו... יחד עם זאת, ובמקרה של מנוח שלא הותיר אחריו בת זוג, אין להסתפק 'ברצון משוער', אלא יש להוכיח כי **רצונו המפורש** אכן היה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו."⁵⁰

48 ראו על כך, למשל, YEHEZKEL MARGALIT, DETERMINING LEGAL PARENTAGE: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW 183–257 (2019); יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" **משפטים** מב 835, 890–885 (2012); וביתר הרחבה: Yehezkel Margalit, *Artificial Insemination from Donor (AID) – From Status to Contract and Back Again?*, 21 B.U. J. SCI. & TECH. L. 69 (2015). בשולי הדברים אציין כי ייתכן שהציטוט של השופט נסב על דבריו שנכתבו בפסקה הקודמת, שלפיהם מדובר בשאלת טובת הילד הצפוי להיוולד, ולכן יש למתן את ביקורתתי.

49 עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 25, פס' 4 לפסק הדין.

50 עניין **פלונית – אזרחי א**, לעיל ה"ש 30, פס' 22–23 לפסק הדין (ההדגשות במקור).

לדעתי, בית המשפט רצה להסתמך על רצונו המפורש של הנפטר, אך בסופו של דבר לא עלה הדבר בידו, ומסקנתו השגויה מבחינתי הינה בבחינת "כוונתך רצויה אך מעשך אינו רצוי".⁵¹

3. עניין ע.ש

פסק הדין החשוב והתקדימי מבין השלושה – הן מפני שהוא ניתן על ידי בית משפט מחוזי והן משום קביעתו החדשנית ומרחיקת הלכת – ניתן בקיץ 2018.⁵² הדיון הראשון בעניין התקיים לפני בית המשפט לענייני משפחה בפתח תקוה, ועסק בבקשתם של הורים שכולים לעשות שימוש בזרע בנם המנוח, אשר נשאב ממנו, לבקשתם, סמוך לפטירתו. הייתה זו הפעם השנייה שההורים הללו מאבדים בן – הראשון התאבד, ולאחר כחמישה חודשים בלבד נרצח בנם שאת זרעו הם ביקשו לשמר. כמצוין בפתח פסק הדין, לא הייתה מחלוקת על כך שלמנוח הייתה בת זוג שהוא עמד להינשא לה. בת הזוג תמכה בבקשת ההורים השכולים לעשות שימוש בזרע בנם המנוח, אך עם אישה אחרת. השופטת גרינוולד-רנד דחתה את הבקשה בהסתמכה על ההלכה התקדימית של העליון בעניין פלונית נ' פלונית, שנדון בהרחבה בפתח הפרק הקודם. לדידה, הואיל ונפל דבר בישראל ונקבע כי אם המנוח לא הותיר אחריו הנחיות מפורשות אזי רק בת הזוג יכולה לעשות שימוש בזרעו, אי-אפשר לאשר את הבקשה, עם כל הצער שבדבר.⁵³ אולם, בהחלטה תקדימית ביותר הופך המחוזי את הקערה על פיה, תוך שהוא מבקש להיכנס באותו פתח צר כקופו של מחט שהותיר העליון בעניין, ולפיו:

"ייתכנו מצבים חריגים ונדירים שבהם מן הראוי לאפשר להורים לסתור את ההנחה שבבסיס הנחיית היועץ. אפשרות זו קיימת לא רק כאשר הם מבקשים להתנגד לבקשת בת הזוג לעשות שימוש בזרעו של הנפטר, במקרים דוגמת אלה הנזכרים לעיל, אלא גם כאשר ההורים מבקשים להוכיח כי רצונו המשוער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו לא התמצה בהבאת ילדים רק עם מי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו."⁵⁴

בקביעה מחודשת ביותר קובע המחוזי מבחן כפול חדש:

51 על פי ספר הכוזרי לרבי יהודה הלוי מאמר ראשון, א (מהדורה שנייה, יהודה אבן שמואל עורך ומתרגם, 1992).

52 עמ"ש (מחוזי מר') 50500-09-17 ע.ש נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.7.2018).

53 ראו שם. לא למותר לציין כי השופטת גרינוולד-רנד הייתה זו שאישרה בערכאה קמא לעשות שימוש בזרעו של שחר – החלטה שנדחתה כאמור הן במחוזי והן בבקשת רשות ערעור שהוגשה בעניין לעליון, כפי שנדון בשלהי הפרק הקודם.

54 עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 31 לפסק דינה של השופטת חיות, צוטט בהסכמה הן בעניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 41 לפסק דינו של השופט ויצמן, והן בעניין ע.ש, לעיל ה"ש 52.

"בהתאם להלכת פלונית, על המבקש לעשות שימוש בזרעו של הנפטר, להוכיח שניים אלה: אחד, כי רצונו של המנוח היה להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו. שניים, כי רצון זה נכון גם ביחס להפריית מי שאיננה בת זוגו במועד פטירתו. בית משפט קמא לא התייחס לשאלת רצונו המשוער של המנוח ביחס לשאלה השנייה, קרי עשיית שימוש בזרעו, לאחר פטירתו גם להפריית מי שלא הייתה בת זוגו במועד פטירתו.⁵⁵"

הואיל ובית המשפט קמא, לדידו של המחוזי, לא התייחס כלל להוכחת רצונו של הנפטר ביחס לאפשרות השימוש בזרעו על ידי מי שלא הייתה בת זוגו במועד פטירתו, והואיל ולדעת המחוזי הונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת רצונו של המנוח באפשרות זו, יש לקבל את הערעור ולאפשר להורי המנוח לעשות שימוש בזרעו להפרייתה של האם המיועדת. בית המשפט מסיק את דבר רצונו ה"משוער" של המנוח מעדות אחותו, שהעידה כי שאל את ההורים לאחר פטירת אחיו מדוע לא פעלו לשאיבת זרעו, וכן מהצהרת אמו כי "כשקרה המקרה הראשון של י"ח רצה לשאוב זרע, הוא אמר שחייב להיות ילד".⁵⁶ זאת, הגם שהאם המיועדת לא הייתה בת הזוג במועד הפטירה, והמנוח לא הכירה כלל בימי חייו.

לדעתי, בכל הכבוד, חרף הרטוריקה שלפיה בית המשפט מבקש לפעול בתוך המסגרת החוקית שהותוותה בפסיקה המנחה שסקרתי בהרחבה בפרק הקודם, הוא טועה מבחינה מהותית ומבחינה טכנית בפסיקתו התקדימית, ומטעה בהצגת חידושו של העליון בעניין. מבחינה מהותית, עיון מעמיק בעניין פלונית נ' פלונית מעלה כי תקדימו של העליון ברור ומפורש, ולפיו מקום שיש בת זוג קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיומו של רצון "משוער" של הנפטר להביא עימה ילדים לעולם גם לאחר מותו. לכן, ככלל, תהא בת הזוג – ולא איש מלבדה, לרבות הורי הנפטר – רשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייתה היא. בשולי הדברים יצוין כי אומנם הטלת משקל כה כבד על כתפיה של האלמנה אינה פשוטה כלל ועיקר, שהרי היא היחידה שתוכל לקבל החלטה אם להשאיר חיים אחרי בן זוגה המנוח אם לאו. אולם כל סוגיית "היתמות המתוכננת" עוסקת בדילמות וסוגיות מורכבות ובעייתיות מאוד, ואין מנוס מהתמודדות זו לנוכח המציאות שנכפתה על האישה עם התאלמנותה.

עם זאת, כדי לנסות למזער את היקפן ועוצמתן של הדילמות הכרוכות בעשיית שימוש בזרע של הנפטר, יהיה נכון, לטעמי, להיצמד לקביעתם המנחה של העליון והמחוזי כי אין להרחיב את תחולתו של ההסדר ולאפשר את הטלתה של התמודדות קשה מנשוא זו גם על אנשים אחרים שעמם לא בא המנוח בברית הנישואים, ואשר מטרתם העיקרית היא הולדת ילדים. אם שלילת מעמדם של הורי הנפטר מפורשת בפסק הדין, קל וחומר שאישה זרה, שאותה לא הכיר הנפטר בחייו, משוללת כל מעמד בעניין. יתר על כן, גם מהאזכורים המפורשים שהמחוזי מביא בפתח פסקו, הן מחוות דעתה של

55 עניין ע.ש, ש.ם.

56 ש.ם (ההדגשה במקור).

השופטת חיות והן מחוות דעתו של השופט עמית, ניתן להסיק דווקא את ההפך – מדובר ב"מצבים חריגים ונדירים", לדעת חיות, שיש להותירם ב"צריך עיון", לדעת עמית.⁵⁷ בית המשפט דוחה בקש את החשש שהעלה לפניו נציג היועץ המשפטי לממשלה כי יש בהחלטה תקדימית זו השלכת רוחב על מקרים אחרים,⁵⁸ וזאת חרף כל הערות האזהרה שהעלו השופטים השונים בעניין **פלונית נ' פלונית**. יפה לעניין זה אזהרתו הבאה של השופט מזוז:

"פריצת המגבלה שנקבעה, של שימוש בזרע נפטר רק על ידי בת זוגו כאמור, עלולה לחייב הכרעות ערכיות על ידי בתי המשפט במגוון שאלות רגישות, וזאת בהעדר עוגן חוקי ובסיס משפטי עיוני כמפורט לעיל. פריצה כזו עלולה גם להוביל להתרת הרסן ולמצב בו לא ניתן יהיה להתוות את גדריו של תחום מורכב ורגיש זה, ופסיקותיהם של בתי המשפט למשפחה במספר מקרים, לרבות במקרה דנן, יוכיחו... ודוק: גישות אחרות לגבי גבולותיו וגדריו הראויים של ההסדר הנוגע לשימוש בזרע נפטר הן כמובן לגיטימיות, אלא שכל הרחבה מעבר להיתר לבת הזוג יש בה לדעתי משום חריגה מגבולות הדין המצוי, והיא ענין למחוקק לענות בו..."⁵⁹

כך, באופן אירוני, דווקא את החששות הלא-מבוטלים של שופטי העליון בית המשפט דחה, ואילו אמירות של הנפטר בנוגע לאחיו הוא תופס כראיה ניצחת לרצונו המפורש של הנפטר לגבי עצמו, הגם שהדבר ישמש הלכה למעשה להזרעתה של אישה זרה, ולא של בת הזוג אשר לה עמד להינשא ערב הירצחו. האין בכך חשש ליתמות רעיונית מתוכננת וכפולה של היילוד, אשר לא ייוולד לא לאביו הגנטי ולא לבת זוגו המיועדת?⁶⁰ הגם שבית המשפט מבקש לרכך את נוקשות חידושו בנימה אפולוגטית ברורה, תוך שהוא חוזר ומדגיש את "נסיבות המקרה המיוחדות והחריגות" וכי מדובר ב"מקרה ייחודי", הוא מסיק משברי הראיות שהועלו לפניו כי אכן רצונו של המנוח היה בכך.

מבחינה **טכנית**, בית המשפט המחוזי מנמק בסוף דינו כי הואיל וזרעו של המנוח נשאב לפני יותר מחמש-עשרה שנה, והואיל והראיות שהוגשו לפניו וכן העדויות שהושמעו לפניו על אודות רצונו ה"משוער" של המנוח היו עובר למתן פסק הדין המנחה של העליון בעניין, ניתן להסתפק בראיות שלפניו לצורך קבלת הערעור ואישור השימוש בזרע. בלשון בית המשפט: "נציין, כי תצהירה של האחות ואמרת האם בבית

57 ש.ס.

58 ש.ס.

59 עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 18 לפסק דינו של השופט מזוז (ההדגשה במקור), צוטט בהסכמה בעניין **שחר**, לעיל ה"ש 21, פס' 56 לפסק דינו של השופט ויצמן.60 לביקורת על היתמות המתוכננת הכפולה ראו עניין **שחר**, לעיל ה"ש 21, פס' 4-5 לפסק דינה של השופטת פלאוט.

המשפט נאמרו שתיהן לפני מתן פסק הדין בעניין פלונית... כמו כן, מדובר בזרע של המנוח שנשאב לפני כ-15 שנה, דהיינו לפני מכלול ההלכות של בית המשפט בנושא זה.⁶¹

ומה בכך? וכי מדובר בדבר חקיקה, שלגביו אין תחולה רטרואקטיבית?⁶² הרי מדובר בחקיקה שיפוטית יציר כפיו של העליון שניתנה כבר בשלהי 2016. הערעור שבו דן המחוזי התייחס לפסק דין שניתן על ידי בית המשפט לענייני משפחה בתאריך 26.6.2017, וניתן להניח בזהירות שההליך כולו התחיל לאחר שהעליון כבר אמר את דברו. כידוע, תקדים של העליון מחייב את כל הערכאות דלמטה, לרבות המחוזי,⁶³ ולכן גם מבחינה טכנית לא ברור כלל הטיעון בדבר אי-תחולה רטרואקטיבית של תקדים העליון.

הנה כי כן, גם מבחינה מהותית וגם מבחינה טכנית אני מתקשה להסכים עם תקדימו של המחוזי. אכן, כאמור בהערת הפתיחה למאמר, העליון השיב את הדברים על כנם הראשוני, ומנע – בדומה לפסקו של בית המשפט לענייני משפחה – את פריצת הגבולות הבעייתית הזו.

בשולי הדברים יצוין כי השופטת פלאוט הייתה שותפה בשעתו לפסק הדין המנחה של המחוזי בעניין שחור, שם נקבע כי לא התקיימו נסיבות מיוחדות המצדיקות חריגה מהלכת העליון בעניין פלונית נ' פלונית, ולכן הייתה שותפה למסקנה שאסרה את עשיית השימוש בזרעו של הנפטר בידי הוריו.⁶⁴ בעניין ע.ש, לעומת זאת, היא חתומה על פסק דין המסתמן כשינוי החזית הברור ביותר מבין שלושת פסקי הדין שבהם דנתי בפרק זה, המאפשר שימוש כזה גם על ידי אישה זרה שאינה בת הזוג של הנפטר, ואף כאשר אין כל הנחיה או הוראה ברורה כזו של הנפטר. לדידי, יש בכך כדי לחדד עוד יותר את הקושי במה שעשוי להסתמן כשינוי מגמה וכנסיגה מתקדים העליון בעניין.

פרק ג: האסדרה החקיקתית המסתמנת במדינת ישראל

1. מסקנותיה של ועדת אלוני

על ערש מכורתה של האסדרה החקיקתית הראויה בעיני המחוקק הישראלי ניתן ללמוד כבר ממסקנותיה של הוועדה בראשות השופט שאול אלוני לבחינת הנושא של הפריה

61 עניין ע.ש, לעיל ה"ש 52.

62 אלא אם כן נקבעה בחוק מפורשות הוראה בדבר תחולה למפרע שלו.

63 הואיל ובנידון דידן אין מדובר בפסק דין חלוט, אין כל קושי להחיל את תקדימו של העליון בעניין. ראו על כך, למשל, רע"א 10514/04 אבו רגילה נ' המאגר הישראלי לביטוח רכב "הפול" (פורסם באר"ש, 13.12.2004); מ"ח 3139/13 רחמיאן נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 25.5.2014).

64 עניין שחור, לעיל ה"ש 21, פס' 2–3 לפסק דינה של השופטת פלאוט.

חוק-גופית, שניתנו בשנת 1994.⁶⁵ מטבע הדברים, במחצית הראשונה של שנות התשעים היה הדיון בהולדה לאחר המוות בחיתוליו עדיין, ובכל זאת השכילה הוועדה לומר את דברה גם בעניין זה. הוועדה קובעת קצרות ונחרצות כי בלא הסכמה של הנפטר אין לעשות שימוש בזרעו. אם נעשה בכל זאת שימוש בזרע המנוח, "לא יהיו ליילוד זכויות ירושה כלפי ההורה שנפטר. לפי הדין הקיים, גם לא ניתן לצוות בצוואה למי שטרם נולד".⁶⁶ לדעת הוועדה, "זהו הפתרון המעשי היחיד".⁶⁷ כלומר, אם אין הסכמה מפורשת של הנפטר לעשיית שימוש בזרעו, יש להשמירו או לחלופין לתורמו למחקר, אך בוודאי אי-אפשר לעשות בו שימוש להבאת חיים לעולם במצב דברים מעורפל מעין זה. יתר על כן, היה אם נעשה בכל זאת שימוש בעייתי כזה ונולד ילד לאחר פטירתו של מורישו, הוא משולל הן מזכויותיו כיוורש אפשרי של הנפטר והן כמוטב בצוואה, גם אם הנפטר ציווה כן במפורש בצוואתו. קביעה נוקשה ופוגענית זו ביחס לאחת מזכויותיו המרכזיות ביותר של היילוד, וחרף היותו בנו הגנטי והטבעי של הנפטר, הינה לדעת הוועדה "הפתרון המעשי היחיד", כהגדרתה.

2. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003

בתחילת שנות האלפיים, עם התרבות המקרים שבהם התבקשו בתי המשפט לאשר עשיית שימוש בזרעו של נפטר, ולנוכח שתיקת המחקר, מצא היועץ המשפטי לממשלה דרך להיכנס לעובי הקורה ולמלא את החלל במסגרת הנחיות שפרסם בשנת 2003.⁶⁸ כבר

65 משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפרייה חוק-גופית** (1994) (להלן: **דוח ועדת אלוני**).

66 שם, בעמ' 37-38. על ניסיון למצוא דרך לאפשר בכל זאת מתנה מחיים לעובר, ועל הקשיים הניצבים לפתחה של דרך זו, ראו מרדכי אלפרדו ראבילו **חוק המתנה, תשכ"ח-1968** 40-42 (מהדורה שנייה, 1996).

67 **דוח ועדת אלוני**, לעיל ה"ש 65, בעמ' 37-38. למסקנה דומה, שלפיה היילוד לא ייחשב ככל הנראה יורשו של המנוח, ראו הנחיות היועץ המשפטי, להלן ה"ש 68, פס' 16 ועוד.

68 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.2202 (התשס"ג) www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/12202.pdf (לעיל ולהלן: הנחיות היועץ המשפטי). הנה דוגמה לבעייתיות הטמונה בשתיקת המחקר: עובר לשנת 2010, בטרם הסדיר המחוקק את הנושא של תרומת ביציות, אישרה היועצת המשפטית של משרד הבריאות בקשה של זוג לסביות שהאחת תתרום את ביציתה ובת זוגה תתרום את ההיריון – מהלך שנדחה על הסף על ידי בג"ץ לאחר חקיקת החוק. ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 **ת.צ.נ' היועץ המשפטי לממשלה – פרקליטות מחוז תל אביב** (פורסם בנבו, 4.3.2012); בג"ץ 5771/12 **משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד)**, התשנ"ר-1996 (פורסם באר"ש, 18.9.2014). בסיס משפטי רעוע זה – אשר בוקר פעמים רבות על ידי בג"ץ, בין היתר בגין העדר חקיקה ראשית המסדירה את תרומת הזרע במדינת ישראל (ראו, למשל, ע"א 449/79 **סלמה נ' סלמה**, פ"ד לד(2) 779, 784 (1980); בג"ץ 4077/12 **פלוגית נ' משרד הבריאות**, פ"ד סו(1) 274, פס' ה, סז-סח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2013) – הינו הקרקע הפוריייה להצעתו להקים רשות לאומית לפיריון, שתסדיר ברחל בתך הקטנה, בין היתר, את טיפולי הפוריות

במבוא להנחיות נקבעו גבולות גזרה צרים וברורים שלפיהם ניתן לעשות שימוש בזרע של נפטר מתוך נקודת מבט מוסרית-חברתית רחבה, המייחסת משקל רב לרצונו המסוים של המנוח, וזאת אך ורק על ידי בת זוגו, בתנאי שביקשה זאת, ובשים לב לנסיבות המיוחדות של כל אחד ואחד מהמקרים.⁶⁹ בפסקה 6 קובע היועץ המשפטי לממשלה את הקביעה הפטרנליסטית והפרו-נטליסטית שלפיה לנוכח מצוות פרו ורבו ודיני הייבום, "הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על-ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה".⁷⁰

על רקע הנחת עבודה זו, ההנחיות מניחות את התשתית לרצונו ה"משוער" של הנפטר להעמיד צאצאים גם לאחר מותו. בתחילה ההנחיות קובעות כי "ילד בא לעולם, בדרך הטבע, בהסכמה משותפת של איש ואישה".⁷¹ אכן, ניתן להניח כי ההסכמה המשותפת של בני הזוג להביא את ילדם לאוויר העולם היא הניצבת בפני שני פרטים שבחרו לעשות כן, בוודאי אם הם נשואים בקשר נישואים כדת משה וישראל, שבו הולדת ילדים הינה תכלית הנישואים.⁷² לפיכך, כל עוד שני בני הזוג חיים או לחלופין אם הגבר נפטר לבית עולמו אך הביע עוד בחייו בצורה ברורה ומפורשת את רצונו שיעשה שימוש בזרעו גם לאחר פטירתו, אין כל קושי לעשות כן. זאת, לנוכח כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרונות האוטונומיה של הפרט ומזכות האדם על גופו.⁷³ צידו האחר המתבקש של המטבע הוא שלילת שימוש בזרעו של נפטר מקום שהוא גילה התנגדות מפורשת לכך בחייו.⁷⁴ אולם לאחר מכן, בפסקאות 11–13, הנחיות היועמ"ש ממשיכות

השוניים בישראל. ראו על כך יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמימון המדינה?" **מאזני משפט** ט 265, 303–306 (2014).

69 ראו על כך הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68, פס' 1 ו-3, 4, בהתאמה.

70 שם. לביקורת נוקבת על "הדתתן" של הנחיות היועמ"ש, הפונות למצווה מקראית שאבד עליה כלח (גם מטעמים פנים-הלכתיים, דוגמת העדפת מצוות החליצה על הייבום) ואינה רלוונטית במדינת ישראל כיום, ראו יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" **סוציולוגיה ישראלית** טז 31, 41–42 (2014); השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 688–689.

71 הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68, פס' 8.

72 יפות לעניין זה הקביעות שלפיהן יש הסכם מכללא להבאת ילדים לעולם במסגרת חיי הנישואים, ועל כן הפלה חד-צדדית של האישה, בניגוד לרצון הבעל, הינה בבחינת הפרת ציפיות לגיטימיות שלו. ראו על כך ע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(1) 485, 525–530 (1995); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך ב 213 (1989).

73 דוגמה לעשיית שימוש בזרעו של נפטר על ידי נתינתו לאישה שהוא לא הכיר בימי חייו או לכל היותר היה מיודד עימה, בעקבות הוראות ברורות ברמה כזו או אחרת שהוא השאיר אחריו, ניתן למצוא בפסיקות הערכניות ביותר שניתנו בארץ בעניין ואשר נדונו בהרחבה לעיל בפרק ג: עניין **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 25; עניין **פלונית – אורחי ב**, לעיל ה"ש 38; עניין **ע.ש**, לעיל ה"ש 52. על אלה ניתן להוסיף גם את תמ"ש (משפחה ת"א) 14217-06-14 **"משפחה חדשה" נ' בית החולים "הדסה עין כרם"** (פורסם בנבו, 15.4.2015).

74 ראו על כך הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68, פס' 8–10. על מרכזיותו של רצון הנפטר במשפט הישראלי ובהלכה היהודית כאחד, ועל הצורך האקוטי לקיים את רצונו לאחר מותו בשל העיקרון

אל עבר התחום האפור, הלא-ידוע והבעייתי, הנוצר כאשר הנפטר לא השאיר אחריו כל הוראה מפורשת ואנו נדרשים למעשה להתחקות אחר רצונו ה"משוער".

כפי שאסביר בהרחבה לקמן בפרק ד, במסגרת הצגת הגבולות הנורמטיביים הראויים בעיני לעשיית שימוש ברצונו של הנפטר, אני מסכים עם קידושו של רצון הפרט המפורש לגבי השימוש או אי-השימוש בזרעו לאחר מותו. כמו כן אני מסכים עם ההנחיות שאם נדרוש הסכמה מפורשת לעשיית שימוש בזרעו של הנפטר גם כאשר פטירתו הייתה בחטף ובטרם עת, אזי לעולם כמעט לא תהיה אפשרות לעשות שימוש בזרעו, שכן מי מאיתנו טורח לכתוב הנחיות ו/או צוואה מפורשת לגבי השימוש שייעשה בזרעו לאחר פטירתו מהעולם בטרם עת, בבחינת "דאגה ליום מחר"? אולם הבניית רצונו של הנפטר כמי שרוצה בהכרח ילדים לאחר מותו, על בסיס החזקה שלפיה מציאות החיים מלמדת אותנו כי אדם מעוניין בדרך כלל בהמשכות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, הינה בעייתית מאוד בעיניי, במיוחד כאשר מדובר בהבאת ילדים לעולם לא עם בת הזוג.⁷⁵ שהרי גם אם רצה אדם בהולדת ילדים בחייו, בוודאי כאשר הייתה לו בת זוג, מי יתקע לידינו שהוא רצה בהולדתם גם לאחר מותו, במיוחד כאשר בת זוגו מתנגדת לכך? הסקה על רצונו ה"משוער" של הנפטר בהסתמך על אינדיקציות נסיבתיות⁷⁶ היא בגדר הפרחת השערות לא מבוססות, אולי כתוצאה ממשאלות לב, יותר מאשר עמידה אמיתית על רצונו ה"משוער" של הנפטר. אכן, מחקרים סוציולוגיים שונים מלמדים עד כמה תפיסתה הפרונטליסטית של מדינת ישראל הינה ייחודית בעולם. כך, לא אחת ישראל מתירה הולדת ילדים במצבי קיצון בעייתיים ביותר, אשר במדינות אחרות לא היה עולה על הדעת להתירה בהם.⁷⁷

המקודש של "מצווה לקיים דברי המת", ראו ע"א 869/75 בריל נ' היועץ המשפטי לממשלה על-ידי האפורטופוס הכללי, פ"ד לב(1) 98, 102 (1977); ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2) 793, 803–804 (1993); ע"א 1212/91 קרן לבי" נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 745, 732, 705 (1994).

75 לקריאה אקדמית קודמת ולהטמעת העניין בפסיקת בית המשפט ראו, בהתאמה, כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" רפואה ומשפט 27, 96–97 (2002); עניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 45–46 לפסק דינו של השופט ויצמן. למחקר אמפירי ערכני הבוחן את עמדותיהם של חיילים ישראלים בנוגע לעשיית שימוש בזרעם לאחר מותם, ראו Ya'arit Bokek-Cohen & Vardit Ravitsky, *Soldiers' Preferences Regarding Sperm Preservation, Posthumous Reproduction, and Attributes of a Potential "Posthumous Mother"*, 79 OMEGA – J. DEATH & DYING 132 (2019).

76 ראו על כך הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68, פס' 15.

77 ראו את ביקורתה החריפה והשיטתית של רות לנדאו לא רק בנידון דידן, אלא גם בהקשר של טיפולי הפוריות השונים: רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203, 209–203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); רות לנדאו *מדיניות טיפולי הפוריות בישראל* 146 (2005); רות לנדאו "טכנולוגיות הפריה חדישות: זכות להורות או זכות להורים ביולוגיים מזוהים?" *חברה ורווחה* טו 367 (1995). על ייחודיותו של המשפט הישראלי, המאפשר הולדת ילד גם לאחר מותו של אביו בלא כל צורך בהסכמה מפורשת ובכתב, דבר שאין לו אח ורע בעולם כולו, ראו אורי כץ *עד טיפת הזרע האחרונה: בקשות למימוש זרע מוקפא של מת* (עבודת גמר לתואר "מוסמך", האוניברסיטה העברית

חיזוק משמעותי ביותר לביקורתי אני מוצא במסקנותיהם של מחקרים אמפיריים שונים שנערכו לאחרונה בארץ, המלמדים עד כמה הבניית רצונו ה"משוער" של הנפטר אינה עולה בקנה אחד עם רצונם המפורש של גברים רבים שלא היו רוצים שיעשה שימוש בזרעם לאחר פטירתם.⁷⁸ לבסוף, מחקרים סוציולוגיים מלמדים אותנו כי ההנחה בדבר רצונו של הנפטר בהמשכיות ובהולדת ילדים הולכת ונסדקת לנוכח המגמה ההולכת וצוברת תנופה, בארץ ובחוץ לארץ, של בני זוג הטרוסקסואלים פוריים הבוחרים לא להביא ילדים לעולם.⁷⁹ ואם הדברים אמורים בשני בני זוג חיים ומתפקדים, הדברים בוודאי רלוונטיים כאשר השיתוף הזוגי מתפרק עם פטירתו בטרם עת של הגבר וקצת בת הזוג האלמנה או אף הורי הנפטר מבקשים להביא חיים לעולם מהמנוח. לדידי, די אם נסיק ממחקרים אלה שלא תמיד ניתן להניח כדבר מובן מאליו את רצונו של הנפטר שיעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. גם אם אין בכך משום הוכחה לטענה ישית וגורפת הנכונה כלפי כל הגברים בעולם, יש בכך כדי לערער עד מאוד את הניסיון להתחקות אחר רצונו ה"משוער" של פלוני או אלמוני תוך הפרחת השערות מהימנות לכאורה. כפי שאסביר בהרחבה לקמן בחלק ד1(א), הכוונה, ההסכמה והרצון לשמש הורה משפטי הינם גורמים מרכזיים ביותר – אם לא גורמים בלתי – להפיכתו של אדם להורה משפטי. אשר על כן, די בערעור הנחת העבודה האפריורית להסברת הקושי האינהרנטי הטבוע בהסתמכות על ראיות מופשטות – השקולות לכאורה לרצון המפורש של הנפטר – בדבר האפשרות שהנפטר היה מעוניין שיעשה שימוש בזרעו. לפיכך אין להסתפק באינדיקציות חלופיות כאלה ואחרות, איכותיות ככל שיהיו. בהמשך, בסיום פסקה 16, קובעות הנחיות היועמ"ש שגם אם נטעה בהערכת רצונו של המת, לא נכפה עליו למעשה כל הורות משפטית אמיתית, שהרי בסופו של יום לא תוטל עליו כל חובה הורית שהורה סביר חייב כלפי ילדו, ואפילו זכותו של היילוד לרשת אותו נשללת. אולם, כפי שאראה לקמן בחלק ד1(ב), נסיון החיים מלמד כי חובות הוריות בפועל אינן חזות הכל, וכי גם בהעדרן לא ירצה בהכרח אדם להביא לאוויר העולם את ילדו בנסיבות טרגיות ובעייתיות כבנידון דידן, שכן המשמעות וההשלכות של

בירושלים – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2012), הובא ונדון אצל השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 70, בעמ' 40.

78 ראו על כך אצל השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 70, בעמ' 40; השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 695–703. מחקרים אלה צוטטו יותר מעשר פעמים לאורך פסק הדין בעניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, ואזכרו גם בעניין **שחר**, לעיל ה"ש 21, פס' 45 לפסק דינו של השופט ויצמן. על מחקרים אלה ניתן להוסיף גם את המחקר של Jason D. Hans, *Posthumous Gamete Retrieval and Reproduction: Would the Deceased Spouse Consent?*, 119 SOC. SCI. & MED. 10 (2014). מחקר זה, שנערך בחוץ לארץ, הגיע למסקנה דומה, וגם הוא הובא ונדון בעניין **פלונית נ' פלונית** – ראו שם, פס' 27 לפסק דינה של השופטת חיות.

79 הדוברת הרהוטה ביותר של תופעה זו, אשר זכתה בכינוי הסוציולוגי "אלהורות", היא אורנה דונת. ראו אורנה דונת "פרו-נטליזם סדוק: נרטיבים של הולדה ואי-הולדה בישראל" **סוציולוגיה ישראלית** יא 417 (2010); אורנה דונת **ממני והלאה – הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל** (רוני וודלינגר עורך, 2011); אורנה דונת **ככייה לדורות – חרטה על אימהות** (מוטי פוגל עורך, 2017).

קיום ילד ביולוגי יוצא חלציך בנסיבות אלה, הגם שאין אתה חב לו דבר מבחינה משפטית טהורה, הינן סבוכות ובעייתיות עד מאוד. לכן אין להקל ראש בזכותו של הנפטר לנוח בשלום על משכבו ולא לחשוש שייולד לו ילד לאחר מותו בשל השערות כאלה ואחרות בדבר רצונו ה"משוער" שהוא עצמו לא שיער כלל.⁸⁰

3. מסקנותיה של ועדת מור יוסף

ועדת מור יוסף מונתה בתחילת שנת 2011 ופרסמה את מסקנותיה במאי 2012.⁸¹ בנושא דיוננו הוועדה מחלקת את קביעותיה בין שני מצבים מרכזיים: **האחד**, זרע שהוקפא לפני המוות – אם המנוח השאיר אחריו הוראות מפורשות בכתב ביחס לאפשרויות השימוש בזרעו לאחר מותו, מובן שיש לכבדן, אולם אם אין בנמצא כל הוראה מעין זו, יש להחיל את הנחיות היועמ"ש, שאותן סקרתי בהרחבה בתת-פרק הקודם; **האחר**, שאיבה ושימוש בזרע לאחר המוות – שוב, אם יש הנחיות מפורשות של הנפטר, יש לכבדן, ואם מדובר בעשיית שימוש בזרע על ידי בת הזוג, אף אין כל צורך באישורו של בית המשפט לכך, אולם אם אין הנחיות מפורשות בנמצא, ניתן לשאוב זרע מגופו ולעשות בו שימוש אך ורק לבקשת בת הזוג ולשם הפרייתה בלבד.

כלומר, הוועדה מחרה מחזיקה למעשה אחר הנחיות היועמ"ש שניתנו קרוב לעשור לפני פרסום מסקנותיה, וחרף "פגעי" הזמן ושינוייו, היא לא מצאה לנכון לסטות מהן ולו כמלוא הנימה.⁸² הוועדה עומדת על מתירנותה הייחודית של ישראל בעניין, המתבטאת בכך שהיא מאפשרת – בניגוד למקובל ביתר מדינות העולם – עשיית שימוש בזרעו של נפטר בלי קבלת הסכמה מפורשת שלו לכך, תוך שהיא מבקשת להיצמד למתווה של הרצון ה"משוער" של הנפטר, חרף העובדה שהתבססות זו "אינה נקייה מספקות", כלשון הוועדה.⁸³ לפיכך הוועדה קובעת כך:

80 על הזכות לא להיות הורה, בוודאי מהקבר, ראו, למשל, Melissa B. Vegter, *The "Art" of Inheritance: A Proposal for Legislation Requiring Proof of Parental Intent Before Posthumously Conceived Children Can Inherit from a Deceased Parent's Estate*, 38 VAL. U.L. REV. 267, 315 (2003).

81 משרד הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריין וההולדה בישראל** 13–14, 38, 50–43 (2012) www.health.gov.il/PublicationsFiles/BAP2012.pdf (להלן: **המלצות ועדת מור יוסף**). לתיאור מסקנות הוועדה בנידון דידן ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 40755-05/10 **מדינת ישראל – ג.מ.מ. (קטינה, על ידי אמה מ.מ.)**, פס' 49 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.4.2016) (להלן: **עניין ג.מ.מ.**). לתיאור מלא יותר של הרקע להקמת הוועדה ראו יחזקאל מרגלית "הורות משפטית מן הדין ומן הצדק – גבולותיו הנורמטיביים הראויים של צו ההורות הפסיקטי" **משפטים** מז 113, 122–130 (2018).

82 **המלצות ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 13–14.

83 שם, בעמ' 44 וגם בה"ש 15. לסקירת גישתן של מדינות אחרות בעולם, שאינן מתירות שימוש בזרעו של נפטר בלא קבלת הסכמתו המפורשת לכך, ראו, למשל, עניין **ג.מ.מ.**, לעיל ה"ש 81, פס' 51 לפסק הדין.

"ההתבססות על רצון משוער יכולה להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא מובהקת, שוות־ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת. יש לזכור שהעיקרון המנחה לגבי שימוש 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."⁸⁴

אני מסכים עם קביעת הוועדה כי יש ספקות כבדים בעניין ההסתמכות על רצונו ה"משוער" של הנפטר, ולכן יש לדרוש ראיות מובהקות "שוות־ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת". הואיל והאפשרות הטובה ביותר היא קבלת הנחיות מפורשות של הנפטר, הוועדה ממליצה כי בעת הפקדת הזרע בבנק הזרע יתבקש בעל הזרע לקבוע במפורש אם הוא מתיר שימוש בזרעו לאחר פטירתו ובאילו אופנים. היה אם ניתנו הנחיות ברורות בעניין, יש לכבדן, בכפוף לכך שהן הולמות את הדין הנוהג. כך, יש לכבד הנחיה בדבר השמדתו של הזרע, מצד אחד, ויש לכבד הנחיה בדבר מתן רשות להורים או לקרוב משפחה אחר לקבוע את דרך השימוש הראוי בזרע, מצד אחר. בכל אחד מהמקרים האחרונים ייחשב המנוח אביו של היילוד. באופן דומה, אם אדם נפטר מבלי שהפקיד זרע בבנק זרע אך הותיר אחריו הנחיה ברורה שיינטל ממנו זרע לאחר פטירתו, יש לכבד את רצונו המפורש, לבקשת בת זוגו או אדם אחר שהמנוח קבע בכתב.⁸⁵

היה אם אדם נפטר לבית עולמו מבלי להותיר אחריו כל הנחיה ברורה, שזה המקרה השכיח כיום, הוועדה ממליצה להמשיך לדבוק בהנחיות היועמ"ש, המאפשרות לעשות שימוש ברצונו ה"משוער" של הנפטר תוך מתן מעמד בלעדי לבת הזוג להחליט מה ייעשה במטענו הגנטי של בן זוגה המנוח והדרתם המפורשת של הורי הנפטר ושאר בני משפחתו.⁸⁶ כלומר, הקו השמרני שהתוו גם ועדת אלוני וגם הנחיות היועמ"ש מצדד

84 **המלצות ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 44 (ההדגשה במקור). קביעה זו צוטטה וחודדה בעניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 19 לפסק דינה של השופטת חיות, וכן בעניין **שחר**, לעיל ה"ש 21, פס' 36 לפסק דינו של השופט ויצמן.

85 **המלצות ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 44–45. להמלצה/דרישה דומה לתקן את טופסי ההסכמה מדעת של "תורמי" הזרע ונתרמות הזרע בבנק הזרע, כך שיכללו גם את האפשרות לחזרה מההסכמה הראשונית לעשיית שימוש בתרומת הזרע ואת מגבלותיה של אפשרות, ראו עניין **פלונית נ' משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 68, פס' סט לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לקריאה לנסח טופסי הסכמה מדעת מחייבים שבהם תיכלל, בין היתר, החובה לקבוע מה ייעשה בביציות מופרות אם תתגלע אי־הסכמה בין בני הזוג בנוגע לשימוש בהן, ראו, למשל, Yehezkel Margalit, *To Be or Not to Be (a Parent)? – Not Precisely the Question: The Frozen Embryo Dispute*, 18 *CARDOZO J.L. & GENDER* 355, 386–388 (2012). מאמר זה זכה בהכרה בתמ"ש (משפחה ת"א) 18103-04-15 **פלונית נ' אלמוני** (פורסם בנוב, 31.7.2016). בתזה המרכזית של מאמר זה, החשובה מאוד למסקנות הנורמטיביות של מאמרי הנוכחי, אחזור לעסוק בהרחבה לקמן בפרק ד.

86 **המלצות ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 45–46.

בהגבלת השימוש ברצונו ה"משוער" של הנפטר לבת זוגו בלבד, תוך איון מעמדם של הורי הנפטר בעניין זה.

חשוב לציין בהקשר זה את דעת המיעוט של חבר הוועדה פרופ' אסא כשר, המצדד בכך שגם הוריו של אדם רווק יוכלו להקים זרע לאחר מותו, ואף סובר כי חובת המדינה לאפשר להם לעשות זאת, גם מקום שלא היו כל הנחיות ברורות בעניין. יתר על כן, לדעתו, בררת המחולל המצדד ברצונו של כל אדם להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו ניתנת לסתירה אך ורק אם המנוח שלל אפשרות זו במפורש.⁸⁷ כלומר, להבדיל מהתובנה המקובלת על כלל העולם (לרבות בישראל, המסתפקת ברצונו ה"משוער" של הנפטר) שלפיה על הנפטר לרצות להיכנס לתמונת ההורות (opt-in) כדי ליהפך להורה לאחר מותו, לדעת פרופ' כשר, החזקה צריכה להיות הפוכה לחלוטין: כל אדם רוצה בהכרח להיות הורה לאחר מותו, ורק אדם המבקש לא לעשות כן צריך לצאת במפורש מחזקת רצון ההורות (opt-out). מעבר לקושי המושגי שיש בהנחה ייחודית זו, יש לציין גם את הקושי המעשי לדרוש מאדם לעמוד עוד בחייו על זכותו לא ליהפך להורה לאחר מותו. דרישה זו, לנוכח נסיון החיים, אינה מציאותית, ואף נדחתה מכל וכל, שכן אי-אפשר לדרוש מאדם סתם כך לצוות שלא יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו.⁸⁸

פרק ד: לגבולותיה הנורמטיביים הרצויים של עשיית שימוש ברצון הנפטר

1. התשתית הרעיונית למודל הנורמטיבי המוצע

(א) קביעת הורות משפטית בהסכמה

במחקר קודם ומקיף שלי ובסדרת מאמרים שכתבתי בעקבותיו עמדתי על מרכזיותם של יסודות הכוונה, הרצון וההסכמה ליהפך להורה משפטי כגורם מרכזי ומשמעותי ביותר האמור לכונן, לטעמי, את ההורות במופעיה השונים, בראש ובראשונה בהולדת ילדים באמצעות טיפולי הפוריות השונים.⁸⁹ את הדוקטרינה הזו כיניתי "קביעת הורות

87 **המלצות ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 46–48; אסא כשר "התייחסות לסוגיית הפריה לאחר המוות" **ביר-אתיקה – פורום צפת לביר-אתיקה** 11, 7 (2015).

88 על קביעת בררת המחולל בכניסה וביציאה מתמונת ההורות בתרומת זרע מגבר זר בפרט ובטיפולי הפוריות השונים בהקשר של זוגיות חד-מינית בכלל ראו, בהתאמה, Margalit, לעיל ה"ש 48; Yehezkel Margalit, *Intentional Parenthood: A Solution to the Plight of Same-Sex Partners Striving for Legal Recognition as Parents*, 12 WHITTIER J. CHILD & FAM. ADVOC. 39 (2013) (להלן: (Margalit, *Intentional Parenthood*)).

89 ראו על כך, בקצירת האומר, Margalit, לעיל ה"ש 85, בעמ' 369–372; וביתר הרחבה – יחזקאל מרגלית **קביעת הורות משפטית בהסכמה** 252, 167–174 (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2011).

משפטית בהסכמה", ובמחקריי השונים ביקשתי לצאת נגד הקונוונציה המשפטית- החברתית הנהוגה וההבנות המושמעות בדין הקיים המתנגדות לקביעת ההורות המשפטית בהסכמה הן במישור הנורמטיבי הן במישור הפוזיטיבי. מבחינה נורמטיבית, לדידי, יש להכיר באפשרות נוספת, לגיטימית וחשובה, לרכישת ההורות המשפטית: קביעתה בהסכמה. טענתי היא שהמודל הנורמטיבי שאני מציע הוא המודל הגמיש, הצודק והנוח ביותר ליישום במגוון דילמות סביב קביעת ההורות המשפטית במופעה השונים, ואולי אף בלידת ילד כדרך כל הארץ. לטעמי, את ניצניו הראשונים של יישום מודל זה ניתן למצוא כבר כיום בחקיקה,⁹⁰ בפסיקה ובמחקר. אכן, מלומדים שונים בארץ ובעולם⁹¹ עמדו על מקומן של הכוונה וההסכמה לשמש הורה משפטי כמכוננות את ההורות המשפטית בהסכמה, בדומה למודל הנורמטיבי המוצע על ידיי,⁹² במיוחד כאשר הדברים אמורים בהכרה בהורות המשפטית של מי שביקשו לעשות שימוש בזרעו של

90 להוראות חקיקתיות שמכירות בקביעת ההורות המשפטית בהסכמה, ואשר מאפשרות להעביר את ההורות המשפטית לידי הורים לא ביולוגיים המבקשים להיות מוכרים כהורים משפטיים של הילד באימוץ, בתרומת זרע, בתרומת ביצית וב"פונדקאות", ראו, בהתאמה, ס' 16 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981; ס' 32 לתזכיר חוק בנקי הזרע; ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010; ס' 11-13 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.

91 ראו, בין היתר, Anne Reichman Schiff, *Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation*, 75 N.C. L. REV. 901 (1997); Gloria J. Banks, *Traditional Concepts and Nontraditional Conceptions: Social Security Survivor's Benefits for Posthumously Conceived Children*, 32 LOY. L.A. L. REV. 251 (1999); Amanda Horner, *I Consented to Do What?: Posthumous Children and the Consent to Parent After-Death*, 33 S. ILL. U. L.J. 157 (2008); Raymond C. O'Brien, *The Momentum of Posthumous Conception: A Model Act*, 25 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 332, 371-375 (2009); Morgan Kirkland Wood, *It Takes a Village: Considering the Other Interests at Stake When Extending Inheritance Rights to Posthumously Conceived Children*, 44 GA. L. REV. 873 (2010); Benjamin C. Carpenter, *A Chip Off the Old Iceblock: How Cryopreservation Has Changed Estate Law, Why Attempts to Address the Issue Have Fallen Short, and How to Fix It*, 21 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 347, 429-430 (2011); Jane Marie Lewis, *New-Age Babies and Age-Old Laws: The Need for an Intent-Based Approach in Tennessee to Preserve Parent-Child Succession for Children of Assisted Reproductive Technology*, 43 U. MEM. L. REV. 479 (2012); Brooke Shemer, *Estate Planning for the Posthumously Conceived Child: A Blueprint for the Sperm Donor*, 42 U. BALT. L. REV. 181 (2012).

92 ראו על כך, בין היתר, אמנון בן-דרור *אימוץ ופונדקאות* 294 (1994); כרמל שלו "דיני פוריות וזכות הפרט להיות הורה" *מעמד האשה בחברה ובמשפט* 503, 515-523 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); יעל ויילר "האם הפונדקאית והשינויים בתפיסת ההורות: פיצול – הפשטה – אינן" *אסיא* טו 141, 155-163, 165, 168 (התשנ"ז); קורין אלדי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 52; יוסי גרין 'פרו ורבו' *בעידן המודרני: משפט והלכה* 217-218 (2008). לאפשרות להכיר באבהות חוקית של בעלה של הנזרעת ראו קורין אלדי, שם, בעמ' 85-102.

נפטר כהוריו המשפטיים של הילד.⁹³ באופן דומה, הדוקטרינה של קביעת הורות משפטית בהסכמה מחלחלת את זעיר פה זעיר שם, לפסיקותיהם של בתי המשפט, לרבות בית המשפט העליון.⁹⁴

מן הכלל אל הפרט: יישומה של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה רלוונטי עד מאוד למושג דיונו – הולדה לאחר המוות תוך עשיית שימוש בזרעו של הנפטר – כחלק מהסוגיה הכללית יותר של הזרעה מלאכותית. בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יצוין כי יישומה הכללי של התזה במנעד "המשפחות החדשות" חורג ממסגרתו של מאמר זה, ובכוונתי להקדיש מחקר עצמאי לסוגיה זו.⁹⁵ כמו כן, יישומה של התזה בהקשר של עשיית שימוש בביציות של נפטרת הינו סבוך ובעייתי הרבה יותר מיישומה בהקשר של עשיית שימוש בזרע של נפטר, עקב המגבלות הרבות שהוטלו על אפשרות השימוש בביציות של נפטרת בתקנות בריאות העם המסדירות את ההפריה החוץ-גופית.⁹⁶

אכן, אם הכוונה, ההסכמה והרצון הם המכוננים את ההורות המשפטית, אזי גם כאשר מדובר בנפטר יש להתחקות אחר יסודות אלה – דרישה שאינה פשוטה כלל ועיקר. אכן, לטעמי, בהקשר הרחב של תרומת זרע ניתן לעשות שימוש בזרעו של אדם רק אם הוא מסכים לצאת מהאבהות המשפטית, וניתן להכניס את בן זוגה של האישה

93 ראו על כך השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 706: "ייתכן אף שיש לשקול להגדיר את יוזמי הבאתה לעולם של ילדה מזרע של יקירם המת כהוריו החוקיים." ראו ביתר הרחבה צבי טריגר "מותו של זה הוא תפיו של זה": הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-יהודית" **תיאוריה וביקורת** 49, 67 (2017).

94 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 28398-10-12 **נ.ש. נ' ק.ש.** (פורסם בנבו, 19.5.2016); אמ"ץ (משפחה ת"א) 245-01-14 **א.א.ס. נ' היועץ המשפטי לממשלה,** פס" 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.9.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 **א.ל. נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.3.2014); בג"ץ 566/11 **ממט-מגד נ' משרד הפנים,** פ"ד סו(3) 493 (2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 35043-06-12 **אלמוני נ' היועץ המשפטי לממשלה משרדי ממשלה** (פורסם בנבו, 14.3.2013); תה"ס (משפחה ת"א) 855-10-13 **פלונית** (פורסם בנבו, 29.10.2013); בג"ץ 5020/08 **פולטורצקי נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 12.9.2013); תמ"ש (משפחה ת"א) 21910-02-10 **א' (קטיין) נ' מ' (פורסם בנבו, 27.8.2013).** השוו עמ"ש (מחוזי ב"ש) 59993-07-13 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.1.2014); תמ"ש (משפחה ב"ש) 50399-12-12 **א. מ.י. נ' פלונית** (פורסם בנבו, 20.6.2013). להקבלה השיפוטית הנרחבת ביותר ראו לאחרונה תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-08-17 **ט.ב. נ' היועץ המשפטי לממשלה, משרדי ממשלה** (פורסם בנבו, 9.6.2018). בית המשפט קובע שם כי "ניתן להוסיף אדם נוסף, מעבר לארבעת האדנים שקבע כבוד השופט הנדל בבע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה... – אדם של הורות הסכמית, כיוצר הורות ומאפשר קבלת צו הורות פסיקתי". שם, פס"א, 86-89 לפסק הדין. לחוות הדעת המקורית ראו בע"מ 1118/14 **פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים,** פס" 7-8 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 1.4.2015).

95 ראו יחזקאל מרגלית "על המשפחות החדשות", על צוואות וירושות ומה שביניהן" (טרם פורסם). ראו גם Margalit, לעיל ה"ש 48.

96 ראו בעיקר תק' 10 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, המסדירה את עניין השימוש ב"ביציות של נפטרו". ראו גם את המקורות הנוספים המובאים בה"ש 131 להלן.

הנזרעת לאבהות המשפטית רק אם הביע את כוונתו, הסכמתו ורצונו ליהפך לאב משפטי לילד. לפיכך, אם תורם זרע מבקש לחזור בו מהסכמתו הראשונית, אי-אפשר לעשות שימוש בזרעו נגד רצונו העכשווי, חרף זכויותיה וטענותיה השונות של האישה המבקשת לעשות שימוש בזרע זה.⁹⁷

מניתוח דסקריפטיבי של המצב המשפטי הקיים בארץ בעניין, נכון למועד כתיבתן של שורות אלה, עולה כי ההסדרה החקיקתית בארץ של תרומת זרע, על מופעיה השונים, הינה פרוצה לגמרי, ואנו חסרים אסדרה מקיפה וממצה של העניין, בוודאי בחקיקה ראשית.⁹⁸ ובכל זאת, מהתקנות ומחוזרי המנכ"ל הקיימים עולה ברורות מקומה המרכזי של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית, גם אם הפסיקה בארץ לא אימצה אותם כנורמות משפטיות מחייבות. על החשיבות שיש בקבלת הסכמה מעין זו כמכוננת את האבהות המשפטית אפשר ללמוד מן הכלל האוסר קבלת זרע של תורם אם הלה לא נתן את הסכמתו בכתב על גבי כרטיס תורם.⁹⁹ קידושם של ההסכמה, הכוונה והרצון כמכוננים או כמפקיעים את האבהות המשפטית עולה באופן ברור גם מקריאת תזכיר חוק בנקי הזרע, ובפרט מקריאת סעיפיו העוסקים בהסדרת השימוש בזרעו של נפטר. בשל מצבו התולדי של תזכיר החוק, אסתפק באזכורם בלבד של הסעיפים המרכזיים העוסקים בצורך האקוטי בקבלת הסכמתם של הצדדים להליך הן להעברת האבהות המשפטית והן להיבטים השונים הכרוכים על עקבה:

"לא יינטל זרע מתורם אלא לאחר שרופא בבנק הזרע אישר את נטילת הזרע לפי הוראות סעיף 20 ותורם הזרע חתם על הסכמתו לתרומת הזרע לאחר שניתן לו הסבר בכתב, בשפה המובנת לו, בנוסח שהורה המנהל...; תורם זרע רשאי לחזור בו מההסכמה שניתנה לפי סעיף 19 בתנאים שלהלן...; בעלה של נתרמת הזרע נתן את הסכמתו להזרעת אשתו או להפריית ביציותיה או ביציות שיושתלו בגופה, מראש ובכתב, בטופס הסכמה..."¹⁰⁰

97 ראו על כך עניין פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 68; יחזקאל מרגלית "רוצה) להיות או לא להיות (הורה)? – זו השאלה האמתית" המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה 2, 10 (2013).

98 לסיכומן של קריאות המלומדים ובית המשפט בעניין ראו את המקורות המובאים אצל מרגלית, לעיל ה"ש 48, בעמ' 885 ה"ש 144. עליהם ניתן להוסיף את פסק הדין המנחה בעניין פלונית נ' משרד הבריאות, לעיל ה"ש 68.

99 חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" כלל 25(ה) (8.11.2007) www.health.gov.il/hozer/mk20_2007.pdf. באופן דומה, בן הזוג של האישה הנזרעת ייהפך להורה רק לאחר קבלת הסכמתו המפורשת. למעשה, קבלת הסכמה מפורשת של הגבר לקבל את הילד שייולדו כילדו לכל דבר ועניין היא תנאי בלתי אופן לתחילתו של הליך זה. כך, כלל 23 דורש ששני בני הזוג מקבלי תרומת הזרע ייתנו את הסכמתם בכתב עובר לביצוע ההזרעה.

100 ראו ס' 19, 24(א) ו-26(2) לתזכיר חוק בנקי הזרע. עוד לעניין זה ראו ס' 56 לתזכיר, המסדיר את

(ב) הורות משפטית כסטטוס "מודרני"

עובר להבנת חדשנותה של הצעת הפשרה שאציע בהמשך פרק זה, יש לבאר שהורות משפטית היא סטטוס – מעמד אישי – שניתן לאדם, ואשר מכוחו מוענק לו אגד של חובות וזכויות. כך, בין היתר, ההורה המשפטי חייב בדאגה "לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו"; מאידך גיסא, "הקטין חייב, תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל ענין הנתון לאפוסטרופוסותם".¹⁰¹ עם הזכויות המרכזיות שילד זכאי להן מאביו המשפטי נמנות זכותו לשאת את שם משפחתו, זכותו לקבל ממנו את מזונותיו בחייו או מעזבונו, וזכותו לרשת אותו לאחר פטירתו. זכות המזונות וזכות הירושה הינן זכויות פיסקליות מרכזיות וחשובות ביותר, שאין צורך להכביר מילים עליהן. אולם גם הזכות לשאת את שם המשפחה של האב אינה דבר של מה בכך, שהרי בכך מצהירים הצדדים השונים לעניין – הגבר, אם הילד והילד עצמו – כי הקשר ביניהם מוכר ורשמי מבחינה משפטית, מבחינה חברתית ומבחינה רגשית, על כל המשתמע מכך. בשל חשיבות העניין, חוק השמות מסדיר ברחל בתך הקטנה את דילמת זכותו של יילוד לשאת את שם משפחת אביו, בין אם הוא נשוי לאם הילד ובין אם לאו.¹⁰² כל זאת כדי למנוע "מלחמת שמות"¹⁰³

עניין ההסכמה לשימוש בזרע הן של זוג נשוי והן של יחידנים. לא למותר לציין כי ההטיות של המילה "הסכם/מה" מופיעות עשרות (וליתר דיוק – 88!) פעמים לאורך סעיפיו של תזכיר החוק המוצע. לעיקרון דומה בהצעת החוק המקבילה שניסתה לקדם ח"כ עליזה לביא, ראו ס' 8 ו-8(4) להצעת חוק תרומת זרע, התשע"ו-2016, הקובעים כי "לא יתקבל זרע לבנק הזרע ולא ייעשה שימוש בזרע של תורם לשם הזרעה מלאכותית באישה, אם נתקיים אחד מאלה: ... התורם לא נתן את הסכמתו בכתב על גבי טופס הסכמה המופיע בתוספת השלישית". כן ראו לעניין זה את ס' 25-27 והטפסים השונים הנספחים להצעת החוק. ביום 23.10.2017 הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק העדכנית – הצעת חוק תרומת זרע, התשע"ח-2017. העיקרון הקבוע בס' 10(1) להצעה העדכנית מאפשר קבלת זרע מגבר אך ורק לאחר שהלה נתן את הסכמתו בכתב לתרומת זרעו.

101 ראו, בהתאמה, ס' 15 ו-16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב-1962. ביתר הרחבה ראו יחזקאל מרגלית "אמת ויציב – אמת עדיף? – ושוב לדילמת עריכת בדיקת רקמות לקטינים בישראל" **חוקים יד** (צפוי להתפרסם ב-2020). לאגד החובות והזכויות של הורה משפטי במשפט האמריקני ראו, למשל, Margalit, לעיל ה"ש 85, בעמ' 361-363; MARGALIT, לעיל ה"ש 48, בעמ' 18-19.

102 חוק השמות, התשט"ז-1956.

103 כינוי מיליטנטי זה הודבק למלחמה שהתגלעה סביב האפשרות של אישה ידועה בציבור לקבל את שם המשפחה של בן זוגה, במיוחד כאשר האחרון היה נשוי עדיין לאישה אחרת. ראו, למשל, בשני פסקי הדין המנחים – בג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 749 (1993); בג"ץ 6086/94 **נורי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין**, פ"ד מט(5) 693 (1996). לדין אקדמי בעניין ראו, למשל, דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" **עיוני משפט ג** 459, 469 (1973); וכן את מחקריו השונים של שחר ליפשיץ המאוגדים בספרו שחר ליפשיץ **הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה** פרק "מפתחות", על פי הערך "מלחמת השמות" (2005).

מכוערת וטעונה סביב עניין זה.¹⁰⁴ אשר על כן, כפי שביארתי כבר לעיל בתת-פרק ג, יש לדחות את היחס והמשמעות קלי הערך שנתנו הנחיות היועמ"ש להורות של המנוח מקום שנעשתה טעות בהערכת רצונו ה"משוער" ונעשה שימוש בזרעו חרף רצונו. וכך קובעות ההנחיות:

"...גם במקרה של טעות בהערכת רצונו של המת, לא נכפית למעשה הורות על המת, שכן אחרי ככלות הכל, המת אינו ההורה של הצאצא שייוולד, במובן המקובל והפעיל של המונח 'הורה'. המת לא 'יאלץ' למלא את החובות המוטלות, דרך כלל, על הורה אל מול ילדו."¹⁰⁵

כידוע, במשפט יש הבחנה מסורתית בין סטטוס¹⁰⁶ לבין חוזה. מוסד הסטטוס המסורתי מתאפיין בעיקר בהחלתו על ידי המדינה. תכניו מוכתבים על ידיה, ואי-אפשר לשנותם, אף לא בהסכמה ובחזרה ערוך, והוא מופסק רק אם המדינה מוצאת לנכון לעשות כן.¹⁰⁷ לעומת זאת, חופש החוזים מתבטא בעיקר בשניים – בחופש הבחירה עם

104 ס' 3 לחוק השמות מסדיר את הליך הקביעה של "שם משפחה מלידה". לנוכח רגישותו וחשיבותו המשפטית-החברתית, אין פלא שסעיף זה תוקן פעמיים – במסגרת תיקון מס' 1 (חוק השמות (תיקון), התשל"ה-1975, ס"ח 148) ובמסגרת תיקון מס' 2 (חוק השמות (תיקון מס' 2), התש"ן-1990, ס"ח 146). ראו על כך, למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 24281/99 פלוני נ' אלמונית, פ"ד התשס"א 491 (2000); תמ"ש (משפחה קר') 13721/04 פלונית נ' אלמוני, פס" 18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.2.2006).

105 הנחיה מס' 16 להנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68. לדיון בהנחיה זה ראו, למשל, עניין ג'מ.מ, לעיל ה"ש 81, פס" 49 לפסק הדין; תמ"ש (משפחה קר') 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם, פס" 1.2.15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.12.2009).

106 מושג משפטי זה קשה עד מאוד להגדרה, בוודאי להגדרה ממצה, שכן הוא משמש בכמה ענפי משפט ובכמה הקשרים. על השימושים והמשמעויות של הסטטוס ראו Carleton Kemp Allen, *Status and Capacity*, 46 L.Q. REV. 277 (1930); Manfred Rehbinder, *Status, Contract, and the Welfare State*, 23 STAN. L. REV. 941 (1971); RONALD H. GRAVESON, STATUS IN THE COMMON LAW 33-54 (1953). לנסיגות בארץ להגדיר את הסטטוס ראו את השיטות העיקריות האלה: אביגדור לבונטין על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה 6-1, 61-55 (1957); אבנר ח' שאקי הגיל במשפט – תוך זיקה מיוחדת למשפט הבינלאומי הפרטי 25-26 (1968); אבנר ח' שאקי "פשיטת הרגל – 'סטטוס' אישי?" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 428, 432-439 (גד טדסקי עורך, התשכ"ד). לדיון בשיטות אלה ראו מנשה שאוה הדין האישי בישראל 52-56 (מהדורה רביעית מורחבת, 2001); קורינאלדי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 18-31. לעומת זאת, שחר ליפשיץ גורס כי הנסיגות לגבש הגדרה רשמית למושג זה לשם הנהרת הבעיות האמיתיות שעל סדר היום לא צלחו. ראו שחר ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי 146 ה"ש 182 (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2002) (ובשפע המחקרים בעברית המובאים שם). לדחיית דעה זו ראו קורינאלדי, שם, בעמ' 18 בסוף ה"ש 4.

107 ראו על כך מרגלית, לעיל ה"ש 89, בעמ' 122.

מי להתקשר ובחופש עיצוב ההתקשרות.¹⁰⁸ כלומר, בעוד הסטטוס מסדיר באופן ציבורי לא רק את מערכת היחסים הפנימית של המתקשרים החוזיים, אלא גם את מערכת היחסים החיצונית שלהם כלפי צד ג, בראש ובראשונה כלפי המדינה, חופש החוזים בא לידי ביטוי, בין היתר, בחופש של הצדדים לכתוב לעצמם את "המשפט הפרטי" שלהם.¹⁰⁹ הנה כי כן, בעבר הפער בין סטטוס לבין חוזה היה גדול, והם נתפסו באופן מסורתי לא רק כשני מונחים משפטיים נבדלים זה מזה, אלא אף כצרים זה לזה וכמפקיעים זה את זה.¹¹⁰

אולם במחקר העדכני יותר ניתן למצוא, בצד הסטטוס המסורתי, גם את הסטטוס המודרני. אם הסטטוס המסורתי מוכתב על ידי המדינה פעמיים – הן בקביעה על מי הוא מוחל והן בקביעת משמעות החלתו – הסטטוס המודרני מאפשר "חופש חוזים" והסכמה פרטית רק בשאלה על מי הוא יוחל. כאשר הוא מוחל, הוא מכתוב את תנאיו, ומהם אי-אפשר לסטות, אף לא בהסכמה. ניתן לראות בסטטוס מודרני זה שביל זהב בין הסטטוס המסורתי לבין חופש החוזים. אם הסטטוס המסורתי נועד לבצר את התובנות הציבוריות הן בדבר זהותם של אלה שהסטטוס חל עליהם והן בדבר השלכותיו, הסטטוס המודרני נועד לבצר את תפיסת העולם הציבורית רק בהקשר השני, לאחר שנקבעה באופן פרטי זהות הפרטים שעליהם יחול הסטטוס.

לצורך המשך דיוני חשוב ביותר לציין את המחקרים העוסקים בהגדרת הנישואים כסטטוס מודרני, אשר מחד גיסא שונה מהחוזה בכך שתכנון אינם ניתנים לשינוי, ומאידך גיסא הכניסה אליו רצונית, מה שאין כן בסטטוס המסורתי.¹¹¹ אכן, מאפיינים

108 על שני היבטים אלה של חופש החוזים ראו, למשל, ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל – עמותה נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 109–110 (1991); ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'אמל, פ"ד מז(1) 629, 639–640 (1993); הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי 141 (איל זמיר, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, מהדורה שנייה, 1996); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך מפתחות, תחת הערך "חופש ההתקשרות" (מהדורה שלישית, 2017).

109 לדילמה סביב הגדרת המשפחה, הידועים בציבור והאישה המורדת כסטטוסים (או כחוזים) ראו, למשל, ליפשיץ, לעיל ה"ש 106, בעמ' 150; ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102, 105–111 (1962); ע"א 54/65 מקיטון נ' מקיטון, פ"ד יט(2) 651, 655–657 (1965). למעבר מהתפיסה המסורתית והדיכוטומית, שלפיה הסטטוס והחוזה מפקיעים זה את זה, אל הסטטוס המודרני, המבקש לשלב את השניים ולמצע ביניהם, ראו, למשל, MARGALIT, לעיל ה"ש 48.

110 ראו, בין היתר, Janet L. Dolgin, *Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate*, 38 BUFF. L. REV. 515, 516–517, 524 (1990); Janet L. Dolgin, *The "Intent" of Reproduction: Reproductive Technologies and the Parent-Child Bond*, 26 CONN. L. REV. 1261, 1263 (1994).

111 עוד על הסטטוס המסורתי והמתח בינו לבין החוזה ראו Howard O. Hunter, *An Essay on Contract and Status: Race, Marriage, and the Meretricious Spouse*, 64 VA. L. REV. 1039 (1978); P.S. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, in *ESSAYS ON CONTRACT* ch. 2 (1986); קורינאלדי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 17–43. לעניין הסטטוס המודרני והבחנתו מהסטטוס המסורתי ראו פנחס שיפמן *דיני המשפחה בישראל* כרך א 156–157 (מהדורה

אלה קיימים במוסד הנישואים הן בשל הכניסה הרצונית למוסד זה והן בשל הכתבת תנאיו על ידי המדינה, לרבות הקניית זכויות גם כלפי צדדים נוספים מלבד מערכת היחסים הזוגית.¹¹²

כיוצא בזה, לטעמי, יש להגדיר נורמטיבית את קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה כסטטוס מודרני, ולא כסטטוס מסורתי, שכן הכניסה לסטטוס ההורות היא רצונית, במיוחד בטיפולי הפוריות. מאידך גיסא, מדובר עדיין בסטטוס, ולא בחוזה, שכן אין חופש חוזים מוחלט לעצב את תוכני ההורות כטוב בעיני הצדדים. כלומר, פרט שרצה והסכים לשמש הורה משפטי של ילד צריך לקבל את סטטוס ההורות, אולם החברה שולטת בהשלכותיו של סטטוס זה. לפיכך יש "חופש חוזים" לגבי זהות הפרט שימלא את חובותיו ההוריות כלפי הילד, ומכוח זה ייגזרו גם זכויותיו. אולם משנבחרה דמות זו בהסכם, המדינה מתערבת בחופש החוזים הפרטי וכופה על דמות זו את מילוי החובות כלפי הילד, כמו בסטטוס המסורתי, שהכתיב את התובנות הציבוריות והעמיק את שליטתה של המדינה בנעשה בתוככי הבית הפרטי.

לטעמי, בכניסה הרצונית להורות המשפטית יש ביטוי מובהק לזניחת הסטטוס המסורתי של ההורות לטובת הסטטוס המודרני שלה. אולם מדובר עדיין בסטטוס לכל דבר ועניין, שכן תכניו והיכולת לצאת ממנו מוכתבים ונשלטים על ידי המדינה. אכן, נוקשותו של סטטוס ההורות ניכרת בעובדה שמאז ומעולם שלטה המדינה במערכת היחסים הזאת, על חובותיה וזכויותיה, ולא היה אפשר להשיג עליה ולעצבה כטוב בעיני הצדדים. מכאן אנו למדים יותר מכל על ראייתה של מערכת יחסים זו כסטטוס, ולא כחוזה. הנימוק העיקרי לכך הוא התובנה שעל ההורים לאהוב את ילדיהם ולספק את צורכיהם, והילדים אמורים לאהוב את הוריהם לשם אהבה, ולא לשם כסף.¹¹³ סבורני, אם כן, שניתן לדבר כיום על התקרבות רבה ביותר בין הסטטוס לבין החוזה: אין הם מפקיעים עוד זה את זה,¹¹⁴

שנייה, 1995); ליפשיץ, לעיל ה"ש 103, פרק "מפתחות", בערך "סטטוס וחוזה" ובספרות הענפה שהביא.

112 בעניין זה מרבים לצטט את פסק הדין (1888) 190, 201–211 *Maynard v. Hill*. ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 106, בעמ' 148–150. להגדרה שונה של הסטטוס בהקשר זה ראו שרון שקרג'י **כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי** 87–99 (2015).

113 David M. Dolgin, *Status and Contract in Surrogate Motherhood*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 519; David M. Schneider, *Kinship, Nationality, and Religion in American Culture: Toward a Definition of Kinship*, in *SYMBOLIC ANTHROPOLOGY: A READER IN THE STUDY OF SYMBOLS AND MEANINGS* 63, 66 (Janet L. Dolgin et al. eds., 1977); DAVID M. SCHNEIDER, *A CRITIQUE OF THE STUDY OF KINSHIP* 165, 175 (1984).

114 לתובנה ברוח דברים אלה ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 106, בעמ' 150 ליד ה"ש 195. ראו גם Kimberly D. Richman, *(When) Are Rights Wrong? Rights Discourses and Indeterminacy in Gay and Lesbian Parents' Custody Cases*, 30 *LAW & SOC. INQUIRY* 137, 172 (2005) המבקרת את התיאור הליניארי של סר הנרי מייך על אודות מעבר, לכאורה, מסטטוס לחוזה לנוכח ההכרה בזכות

וייתכן מאוד שהם אף משלימים זה את זה.¹¹⁵

בשל מרכזיותם של הכוונה, הרצון וההסכמה לשמש הורה משפטי כגורמים שבכוחם לכוון – פעמים בצורה בלעדית – את ההורות המשפטית, עלינו לנהוג במתינות רבה לפני שאנחנו מסתמכים על רצון "משוער" כזה או אחר של אדם, כל עוד אין בידינו אמירות ברורות ומפורשות שלו שאכן זהו רצונו. הדברים אמורים במיוחד בענייניו של מי שנפטר והלך לבית עולמו, ואינו יכול עוד להכחיש או לאשר את השערותינו בנוגע לרצונו. אם נסתמך על אמירות מעורפלות ומופשטות, שאינן ראיות מוחשיות או ברורות, יש חשש כבד שבסופו של יום ייוולד ילד לאחר מותו של אביו מבלי שהאחרון רצה בכך. הרי כל גורם מכוון אחר של ההורות המשפטית – גנטיקה ו/או פיזיולוגיה, סטטוס הנישואים, טובת הילד, הורות חברתית וכדומה – תומך את הצדקת קביעתו של פרט מסוים כהורה משפטי של הילד בדבר מוחשי וברור ברמה כזו או אחרת.¹¹⁶

יודגש כי קושי זה אינו אפיסטמי בלבד, אלא גם אקוטי ומהותי, ולכן הוא מקשה ביותר, לטעמי, את ההסתמכות על רצון לא מפורש של הנפטר. הגם שבחינת טיבן של האינדיקציות שמכוחן ניתן ללמוד על קיומה של ההסכמה יכולה להוביל אותנו קרוב מאוד לקביעת רצונו של הנפטר, מבחינתי אין די בכך, ואין לקבל הסכמה כתקפה אם היא ניתנה במשתמע בלבד, ולא בצורה מפורשת וברורה. יפה לעניין זה קביעתה של ועדת מור יוסף שגם אם ניתן להסתפק באינדיקציות כאלה ואחרות כדי להסיק על רצונו של המת, "ההתבססות על רצון משוער יכולה להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא מובהקת, שוות-ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת".¹¹⁷

2. הגבולות הנורמטיביים הרצויים במופעיה השונים של עשיית שימוש בזרעו של הנפטר

(א) שימוש בזרעו של נפטר שהוקפא עוד בחייו – הצורך האקוטי בקבלת רצון מפורש

כל מי שמבקש להיות נאמן למודל הנורמטיבי מושא דיוננו צריך לגרוס כי אי-אפשר לעשות שימוש בזרעו של אדם מקום שהלה לא הותיר הנחיות ברורות – בין בצוואה ביולוגית או רגילה, בין בהנחיות ברורות שנתן במעמד הפקדת הזרע, ובין במכתב

של זוגות חד-מיניים לאמץ ילד. על המתח הדיאלקטי שימשיך לשרור בין סטטוס לחוזה כל זמן שהחברה שלנו מקדשת הן את הפרט והן את טובת הכלל ראו Hunter, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1097.

115 לניסיון קודם למזג בין חוזה לבין סטטוס שיוגדר מחדש ראו MILTON C. REGAN, JR., FAMILY LAW AND THE PURSUIT OF INTIMACY (1993); Margaret F. Brinig, *Status, Contract and Covenant*, 79 CORNELL L. REV. 1573, 1577 (1994) (book review).

116 לסקירת המודלים השונים המוצעים בספרות המחקר ובפסיקה לקביעת ההורות המשפטית, לרבות האתגרים השונים הניצבים לפתחם, ראו יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" **דין ודברים** 1 ו 553 (2012).

117 **המלצות ועדת מור יוסף**, לעיל ה"ש 81, בעמ' 44 (ההדגשה במקור). ראו את דיוני הנרחב בקביעה זו לעיל ליד ה"ש 84 ואילך.

שהשאיר לבת זוגו או להוריו, לקרוביו וכדומה.¹¹⁸ שהרי אם ההסכמה, הכוונה והרצון ליהפך להורה הם היסוד המכונן את ההורות המשפטית, שומה על אדם לתת את הסכמתו בצורה ברורה קודם שהוא נהפך להורה, גם אם לאחר מותו בלבד. אכן, במדינות רבות בעולם חל איסור גורף לעשות שימוש בזרעו של אדם לאחר מותו אלא אם כן הוא הותיר הנחיות ברורות בכתב המתירות זאת.¹¹⁹ גם בארץ הוצע בהצעת חוק לאסור באופן קטגורי עשיית שימוש בגמטה של נפטר או נפטרת – זרע או ביצית – בלא קבלת הסכמתם המפורשת לכך, מפאת החשש הלא-מבוטל של המדרון החלקלק הכרוך בעשיית שימוש ברצון ה"משוער". וזו לשון הצעת החוק:

"לא יינטלו ביצית או זרע מאדם לאחר מותו, ללא הסכמתו מדעת, בכתב" ו"לא ייעשה שימוש בביצית או בזרע של אדם שנפטר, ללא הסכמתו מדעת, בכתב."¹²⁰

הגינה של דרישה זו רב, שכן מחקרים ופסקי דין רבים מלמדים עד כמה כפיית הורות משפטית על אדם שאינו חפץ בכך הינה בעייתית ופוגענית לא פחות מאשר מניעת הורות מאדם המבקש בכל מחיר ליהפך להורה.¹²¹ ובכל הכבוד, העובדה שאדם נהפך

118 להמלצה קרובה שאליה הגיע לאחרונה בית המשפט באנגליה, אם כי לאחר שבמקרה הספציפי הוא שיער את רצון הנפטר, ראו *My Y v. A Healthcare NHS Trust* [2018] EWCOP 18 [28]: "My decision is fact specific though I hope that, should another such case arise, the court will, from the outset, consider the execution of consents to both storage and use of gametes rather than consent to storage alone"

119 ראו לעיל בטקסט ליד ה"ש 83. עם המדינות הללו נמנות, בין היתר, בלגיה, אנגליה וחלק ממדינות ארצות הברית. לרשימה מלאה וערכנית של המדינות הללו, לרבות מדינות שבהן לא ייעשה שימוש בזרעו של נפטר חרף בקשה מפורשת שלו, ראו עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 9 לפסק דינו של השופט מזוז. כמו כן, נכון לשנת 2004 קבעו לפחות שבע מדינות בארצות הברית כי בררת המחדל היא שילד אינו יורש את אביו אם הוא נהרה לאחר מותו. ראו על כך, Kristine S. Knaplund, *Postmortem Conception and a Father's Last Will*, 46 ARIZ. L. REV. 91, 97-98 (2004).

120 ראו, בהתאמה, ס' 1 ו-2 להצעת חוק שימוש בזרע או ביצית של אדם מת, התשס"ו-2006, פ' 80/17. יפה לעניין זה קביעתו הבאה של השופט דנציגר: "קשה להשתחרר מן התחושה כי ככל שנבקש לבחון את רצונו המשוער של נפטר ביחס ל**נסיבות הספציפיות** של השימוש בזרעו, אזי נאלץ להפליג אל עבר מחוזות אי-הוודאות. כך, קיים חשש כי ההכרעות בדבר רצונו המשוער של הנפטר תתקבלנה על בסיס נטיות הלב ולא על בסיס קרקע ראייתית יציבה ואיתנה. לא זו אף זו, קיים אף חשש כי ההכרעה שתתקבל תהיה מנוגדת לרצונו האמיתי כך שלמעשה מדובר יהיה דווקא בפגיעה באוטונומיית הרצון הפרטי." ראו עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 7 לפסק דינו של השופט דנציגר (ההדגשה במקור).

121 ראו, למשל, עניין **נחמני**, לעיל ה"ש 72, במסקנות פסק הדין (שניתן בסגה של בני הזוג נחמני סביב גורלן של ביציות מופרות מוקפאות שלגביהן הם לא השכילו לערוך חוזה שיסדיר מה יש לעשות בהן במקרה של חילוקי דעות ביניהם). ראו גם דפנה ברקארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט** כ 197 (1996). לספרות לועזית מנחה ראו, למשל, I. Glenn Cohen, *The*

להורה רק "מן הקבר" אינה הופכת קביעה משפטית מרחיקת לכת זו לבעייתית ומורכבת פחות מבחינתו, אם לא הסכים שיעשה שימוש בזרעו לאחר מותו.¹²² כאשר מדובר בדילמה סביב עשיית שימוש בזרעו של נפטר המבקש להקפיא עוד בחייו את זרעו מטעמים רפואיים כאלה ואחרים, מצב הדברים פשוט הרבה יותר, שכן ניתן לדרוש ממנו במעמד הפקדת הזרע והקפאתו לפַרְט ברחל בתך הקטנה מהו רצונו הברור והמפורש בשאלה מורכבת ורגישה זו. במחקרים קודמים שלי קראתי למחוקק לחייב בחובה מנדטורית לעשות כן כאשר מדובר בהפקדתן ובהקפאתן של ביציות מופרות של בני זוג, להכניס סעיפים מנדטוריים אחדים בחוזי "פונדקאות" כדי למנוע בעיות חוזיות כאלה ואחרות במהלך ביצוע ההסכם, וכן לדרוש עריכת חוזה ערוך בכל מצב שעולה בו צורך לקבוע הורות משפטית בהסכמה של יילוד.¹²³ רק כך נוכל לקבל אינדיקציה ברורה בנוגע לרצונו המפורש של הנפטר בשאלת השימוש בזרעו לאחר פטירתו, ומוסכם על הכל שכאשר רצון הנפטר ברור, הוא גובר על רצונם של כל יתר הגורמים המעורבים בעניין.¹²⁴ יעילותו של המודל הנורמטיבי המוצע כאן תלויה רבות בהפנמתו בקרב הציבור הרחב. לפיכך יש להטמיע בקרב הציבור שרק עיגון ההסכמה לעשיית שימוש בזרעו של

Constitution and the Rights Not to Procreate, 60 STAN. L. REV. 1135 (2008); I. Glenn Cohen, *The Right Not to Be a Genetic Parent?*, 81 S. CAL. L. REV. 1115 (2008); Christopher Bruno, *A Right to Decide Not to Be a Legal Father: Gonzales v. Carhart and the Acceptance of Emotional Harm as a Constitutionally Protected Interest*, 77 GEO. WASH. L. REV. 141 (2008).

122 על המשמעות העמוקה שיש להגדרת אדם כהורה משפטי לילד ראוי, למשל, מרגלית, לעיל ה"ש 89, בעמ' 14–15. יפה לעניין זה קביעתו הבאה של השופט עמית: "יש הגורסים כי נטילת זרע לאחר המוות, מהווה פגיעה באוטונומיה האישית, בזכותו של אדם לשלוט בגורלו ולכתוב את סיפור חייו שלו, ופגיעה בכבוד המת ובזכותו לשלמות גופו ולפרטיותו...". ראו עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

123 ראו על כך Margalit, לעיל ה"ש 85, בעמ' 386–388; Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, 20 WM. & MARY J. WOMEN & L. 423, 466 (2014). לקריאה דומה לחייב את הקליניקות לפריון בארצות הברית להחתים את מפקיד הזרע על מסמך שבו יבהיר מה בדיוק יש לעשות בזרעו, ראו Horner, לעיל ה"ש 91, בעמ' 176.

124 ראו על כך תמ"ש (משפחה י-ם) 27169-11-13 **פלונית נ' המנוח**, פס' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.1.2016). בשולי הדברים יצוין כי לדעת הרב גולדברג, מקום שיש הסכמה מפורשת של הנפטר שיעשה שימוש בזרעו לאחר פטירתו, אין בכך כל איסור הלכתי. על רצונו המפורש של הנפטר כגובר על רצונותיהם של כל יתר הגורמים המעורבים בעניין, לרבות בת הזוג, ראו עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 2 לפסק דינו של השופט דנציגר, הקובע כך: "אילו הסכמה כזו [הסכמה מפורשת – 'מ' הייתה בנמצא אזי, על פניו, לא הייתה התלבטות באשר לאופן שיש לפעול לאחר מותו. אכן ייתכן – ומבלי לקבוע מסמרות בדבר – כי אילו הייתה קיימת במקרה דנא הסכמה מפורשת של המנוח, ראוי היה לאפשר להוריו להעמיד ממנו צאצאים על אף התנגדות מי שהייתה בת זוגו הקבועה."

אדם לאחר פטירתו בהסכמה מפורשת¹²⁵ עשוי לאפשר לקרוביו לעשות שימוש כזה לאחר פטירתו, ובלעדיו לא יהיה מנוס אלא לאסור עשיית שימוש זה.¹²⁶ בהקשר זה איני מסכים עם הצעתם של השילוני-דולב וטריגר להמיר את דגם הרצון ה"משוער" בדגם של הסכמה "משוערת",¹²⁷ שכן מקום שהיה אפשר לדרוש את הבעת רצונו המפורש של הנפטר אין להסתפק לא ברצון "משוער" ולא בהסכמה "משוערת", שכן כך או כך מגדר השערה לא יצאנו.

קיצורם של דברים, אפרוורית, לדידי, יש לדרוש אמירה מפורשת של הנפטר, ולעשות כל מאמץ לא לגלוש במדרון החלקלק של חוסר הבהירות בניסיון להציב גבול עד כמה ניתן לפחת את הגדרת רצונו המפורש של הנפטר. עם זאת, במקרים ספורים, קשים וייחודיים בלבד, רצון "משוער" לגיטימי יכול להיות שווה ערך לרצון מפורש, בדומה לנוסח בהמלצות ועדת מור יוסף, כל עוד הוא "שווה ערך כמעט" לגילוי דעת מפורש של המנוח.¹²⁸ לצערי הרב, אין ביכולתי להציע ארגז כלים וכלי עבודה שבאמצעותם יהיה אפשר למדוד בצורה חדה ומדויקת את גבולות הגזרה בעניין. תחת זאת יש להותיר עניין זה למלאכת השיפוט על פי נסיבותיו הייחודיות של כל מקרה ומקרה. אולם את זאת יש לעשות, לטעמי, בצורה הדוקה, זהירה ומדודה הרבה יותר מכפי שנעשה עד היום בערכאות הדיוניות.

אכן, שינויי אסדרה בעניין ברוח הצעתי ניתן למצוא הן במסגרת החקיקה הראשית המוצעת כיום בארץ והן במסגרת חקיקת המשנה וחוזרי מנכ"ל משרד הבריאות המועטים הקיימים בעניין. בעבר, כאשר תופעת השימוש בזרע לאחר המוות הייתה נדירה ביותר, לא הייתה בטופסי ההסכמה שמפקיד הזרע חותם עליהם במעמד ההפקדה התייחסות מפורשת להוראה בדבר שימוש בזרע לאחר המוות. אולם לאחר שהנושא החל לצבור תנופה, הוסיף משרד הבריאות, במסגרת הכללים שפרסם בשנת 2007,¹²⁹ אפשרות להורות על רצונו המפורש של מפקיד הזרע לגבי השימוש בזרעו במקרה של

125 להצעה קרובה לחייב את מפקיד הזרע, בצד החתימה על טופס ההסכמה, לערוך צוואה לפני עדים ולהורות בה מה ייעשה בזרע המופקד לאחר פטירתו, ראו גרין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 372 ו-377. על הצורך המרכזי בהטמעת המצב המשפטי הנורמטיבי הרצוי בקרב הציבור הרחב בהקשר של מתן צווי הורות פסיקטיים, ראו הצוות המקצועי המלצות ומסקנות, לעיל ה"ש 16, בעמ' 5-24.

126 ראו לעניין זה, למשל, מרגלית, לעיל ה"ש 48, בעמ' 873; Margalit, *Intentional Parenthood*; לעיל ה"ש 88, בעמ' 65-66. לקריאה מחקרית ושיפוטית דומה ראו איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א 11, 20-21 (2004) (הקוראים לעיגון של ההסכמה או הסירוב בשאלון שימלא מפקיד הזרע לפני תחילת הטיפול הרפואי או בצורת כרטיס תורם); השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 70, בעמ' 43; עניין "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם, לעיל ה"ש 105, פס' 7 לפסק הדין; עניין פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, לעיל ה"ש 44, פס' 44 לפסק הדין.

127 ראו על כך השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 705-706.

128 ראו לעיל ליד ה"ש 84.

129 ראו חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07, לעיל ה"ש 99.

פטירתו. בהתאם להנחיות היועמ"ש, שתי האפשרויות היחידות שניתן להורות עליהן בטופס הן שימוש על ידי בת הזוג או הפשרת הזרע והשמדתו. כלומר, לבת הזוג נתונה האפשרות להשתמש בתרומת הזרע רק כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם תנאי הסכמתו של הנפטר ליהפך להורה, כפי שזו ניתנה במעמד הפקדת הזרע.¹³⁰ באופן דומה, גם מבין השיטין בתקנות בריאות העם שמסדירות את ההפריה החוץ-גופית, ואשר רלוונטיות עד מאוד בנידון דידן, ניתן להסיק על דבר הצורך בקבלת הסכמה של בעל הזרע או בעלת הביצית לשם עשיית שימוש במטענם הגנטי לאחר פטירתם.¹³¹ אשר על כן יש לאמץ בשתי ידיים את המוצע בפרק ט לתזכיר חוק בנקי הזרע, העוסק בהקפאת זרע לשימוש עתידי. גם שם עובר כחוט השני הצורך המרכזי בכך שמפקיד הזרע יגדיר ברחל בתך הקטנה, במעמד הקפאת הזרע, אם הוא רוצה שיעשה שימוש בזרעו לאחר פטירתו וכיצד בדיוק. כך, סעיף 61(א), העוסק במתן הסכמה להקפאת הזרע, קובע הוראות בדבר ייעוד הזרע:

“זרע שניטל כאמור בסעיף 60, יוקפא רק לאחר שמפקיד הזרע חתם במעמד לקיחת הזרע על טופס ההסכמה שפרסם המנהל, ובו, בין היתר, יורה על רצונו בדבר גורל הזרע במקרה של פטירתו...”

שלוש החלופות העומדות לרשותו של מפקיד הזרע לגבי השימוש בזרעו במקרה של פטירתו הן עשיית שימוש בזרעו למטרות הולדה, תרומת הזרע למטרות מחקר או הפסקת שמירת הזרע והשמדתו. מבורכת בעיניי לשון תזכיר החוק החדה והברורה בעניין, שלפיה אי-אפשר להקפיד ולהפקיד את הזרע בלי קבלת הוראות ברורות לגבי רצונו המפורש של המפקיד, דבר שהוא לטעמי השיקול המרכזי במצב דברים זה. רק כך יהיה אפשר למנוע את הצורך להתחקות אחר רצונו ה"משוער" של הנפטר במקרים אלה, שהרי אין כל צורך לשער מקום שניתן לדרוש ולקבל רצון מפורש וברור, כפי שביקרתי במקום אחר בהרחבה את פסיקות בית המשפט שניתנו בהקשר זה תוך הסתמכות "משוערת" ולכן בעייתית מאוד בעיניי.¹³²

130 ראו הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68; כלל 27 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07, לעיל ה"ש 99. על חשיבות ההסדרה ההסכמית בין פרטים המבקשים להביא במשותף ילד לאוויר העולם אף שהם אינם בני זוג נשואים ניתן ללמוד מכך שכלל 31 לחוזר המנכ"ל מאפשר זאת בתנאי שהעניין יוסדר בחוזה ערוך שהצדדים נכנסו אליו ברצון חופשי וללא קבלת תמורה כספית.

131 ראו תק' 10(ב) ו-10(ד) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), המתנות תרומת ביצית של אישה נשואה שבעלה נפטר בהסכמתה בלבד ותרומת ביצית של אישה רווקה שנפטרה בקבלת הסכמתה. לדיון מקיף בתקנות אלה ראו עניין **משה**, לעיל ה"ש 68; עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 24 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 7 ו-16 לפסק דינו של השופט מזוז.

132 ראו על כך מרגלית, לעיל ה"ש 1. יש להצר על לשונו הרפה יותר של ס' 13(א) להצעת חוק תרומת זרע, התשע"ו-2016, אשר בהקשר מסוים זה מסתפק בקביעה כי "במעמד ההפקדה יחתום המבקש על טופס שבתוספת השביעית".

(ב) שאיבת זרעו של נפטר ועשיית שימוש בו לאחר פטירתו בלא קבלת הסכמה

מפורשת שלו – התמודדות עם הבעייתיות ברצון ה"משוער"

רוב הבקשות לעשיית שימוש בזרעו של נפטר מוגשות במקרים טרגיים שבהם אדם נפטר בדמי ימיו מבלי שהיה סיפק בידיו לממש את חלום ההורות שלו ולהוליד ילדים כדרך כל הארץ. כעת יש לדרוש אם ניתן לשאוב את זרעו ולעשות בו שימוש כאשר אין הסכמה מפורשת שלו לעשות כן באחת הדרכים שמגית בתחילת החלק הקודם. לדידי, אפרוירית, אין מקום להתיר עשיית שימוש בזרעו של נפטר מקום שהלה לא הותיר הנחיות ברורות בעניין. בחלק הקודם עמדתי על החשיבות העליונה שאני רואה בכך שאדם לא ייהפך להורה בעל כורחו, ועוד מהקבר, לנוכח החשיבות הרבה שאני מייחס לכוונה, להסכמה ולרצון כגורמים המכוננים את ההורות המשפטית. זאת, בצד הקשיים הלא-מבוטלים הכרוכים בעצם הבאתו של ילד לאוויר העולם בנסיבות כה מורכבות ובעייתיות.¹³³ לפיכך אני מסכים עם המוצע בסעיף 68 לתזכיר חוק בנקי הזרע, אשר מסדיר את העניין של שאיבת זרע מנפטר וקובע נחרצות כך:

"לא יישאב אדם זרע מנפטר אלא אם הזרע נשאב מאדם שהיה בגיר בעת פטירתו ובהתקיים אחד מאלה:

(1) מינה הנפטר, בכתב בלבד, אדם שיהיה רשאי לבקש את שאיבת זרעו במקרה של פטירתו; בקשה כאמור, תוגש למנהל בנק הזרע בכתב, בצירוף כתב המינוי של הנפטר.

(2) לבקשת אשתו או בת זוגו הקבועה של הנפטר שתוגש בכתב, למנהל בנק הזרע."

כלומר, כבר לגבי השלב הראשוני של שאיבת הזרע – אשר בתי המשפט נוטים לאשרה כדבר שבשגרה, בשל החשש שאם הם לא ימהרו להורות כן כמבוקש, לא יהיה אפשר עוד לעשות שימוש בזרע הנפטר – נקבע מפורשות כי אי־אפשר לבצעו אלא באחד משני המצבים הבאים: אם יש בת זוג קבועה לנפטר והיא מגישה בקשה בכתב לשאיבת זרע מגופת בן זוגה המנוח; או לחלופין אם יש מינוי מפורש ובכתב של הנפטר המסמך אדם מסוים לדרוש את שאיבת הזרע מהנפטר. מדברים אלה עולה בבירור כי אם אין לנפטר בת זוג קבועה, אזי בלי קבלת רצונו המפורש לא תתאפשר עצם שאיבת הזרע, וממילא עשיית השימוש בזרעו, שהינה השלב השני בהליך, לא תצא אל הפועל. הסדר דומה נקבע בסעיף 70 לתזכיר חוק בנקי הזרע בנוגע לעשיית שימוש בזרע שניטל מן הנפטר לאחר מותו:

133 ראו על כך, בין היתר, את הטיעון בדבר "היתמות המתוכננת", שנדון בהרחבה במאמרה של לנדאו "יתמות מתוכננת", לעיל ה"ש 77. על הפגיעה האפשרית באוטונומיה של המנוח בעצם שאיבת הזרע מגופתו ראו אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר – היבטים משפטיים" **רפואה ומשפט** 27, 100 (2002); שלו, לעיל ה"ש 75, בעמ' 96–97; וביתר הרחבה – גרין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 364–368.

- "לא ישתמש אדם בזרע שניטל לאחר המוות אלא בהתאם לאחד מאלה:
- (1) הותיר הנפטר הוראות בכתב כאמור בסעיף 66, ייעשה שימוש בזרעו לפי הוראות סעיף 67.
- (2) לא הותיר הנפטר הוראות בכתב, אשתו או בת זוגו הקבועה בלבד רשאית להרות מזרע הנפטר או להפרות את ביציותיה בזרעו בהתאם להוראות סעיף 67(1)."¹³⁴

כלומר, מקום שהמנוח לא הותיר אחריו הנחיות מפורשות ואין לו בת זוג קבועה היכולה לעשות שימוש בזרעו, אם להזרעה ואם להפריית ביציותיה, לא תהיה כל אפשרות לעשות שימוש בזרע הנפטר. גם הכרה ספורדית בגילוי עקיף יותר של רצון הנפטר, דוגמת הנפקת כרטיס הדומה לכרטיס אדי (המשמש לתרומת איבריו של אדם לאחר מותו), הינה מקומית, חלקית ובעייתית מאוד בעיניי.¹³⁵

אולם את עמדתי זו אפשר לבקר באותו אופן שבו ביקרתי, לעיל בתת-פרק ג, את דעתו של פרופ' אסא כשר. כזכור, טענתי כי אי-אפשר לדרוש מאדם צעיר להותיר אחריו הנחיות ברורות שלא ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, שהרי מי מבין הצעירים מעלה דאגה זו על ראש שמחתו, ומי יטרח ויעלה איסור מפורש זה על הכתב, כפי שדורש פרופ' כשר, כדי למנוע את בררת המחדל של עשיית שימוש בזרעו. באופן דומה אפשר לטעון כי גם דרישה פוזיטיבית לקבל הנחיה מפורשת וברורה של הנפטר תעקר למעשה כמעט כליל אפשרות זו, שהרי ענינו הרואות כי רוב רובם של ההליכים המשפטיים עסקו במקרים שבהם לא הייתה כל הנחיה מפורשת של הנפטר לגבי רצונו בעניין מורכב, עדין ורגיש זה. כלומר, עמידה דווקנית ונוקדנית על קבלת הסכמה מפורשת ותפיסת שתיקת הנפטר בעניין כשוות ערך להעדר הסכמה עלולות לחטוא לאמת, כפי שעמדו על כך היועץ המשפטי לממשלה בהנחיותיו, מלומדים שונים ובית המשפט.¹³⁶

אף על פי כן, לדידי, ראוי לקבוע שאם נעשה בכל זאת שימוש בזרעו של נפטר בלא קבלת רצונו המפורש, אין הילד נחשב ילדו המשפטי במישור של מערכת היחסים

134 סעיף זה מצוטט בעניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 14 ו-33 לפסק דינה של השופטת חיות ופס' 22 לפסק דינו של השופט דנציגר.

135 להצעה זו ראו אפטר וענבל, לעיל ה"ש 126, בעמ' 20; Carson Strong, *Ethical and Legal Aspects of Sperm Retrieval After Death or Persistent Vegetative State*, 27 J.L. MED. & ETHICS 347 (1999). על הבעייתיות הרבה שיש בהסתפקות ברצון "משוער" בעשיית שימוש בזרעו של נפטר, בהשוואה להצלת איבריו לשם תרומתם, ראו Hilary Young, *Presuming Consent to Posthumous Reproduction*, 27 J.L. & HEALTH 68, 96 (2014).

136 ראו, בהתאמה, הנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68, פס' 13; השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 70, בעמ' 40; יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" מאוני משפט ד 463, 487 (2005); עניין פלונים, לעיל ה"ש 124, פס' 56 לפסק הדין; וכן עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 15 לפסק דינו של השופט מזוז, שקבע כי "שלילת השימוש בזרע לאחר המוות בנסיבות כאלה היא דווקא זו שעלולה להוביל לכך שרצונו של הנפטר לא יכובד, במרבית המקרים לפחות".

הפנימית שלהם.¹³⁷ כלומר, הילד אומנם ילדו הגנטי-הביולוגי של מולידו, אך אינו ילדו המשפטי.¹³⁸ קביעה זו עולה בקנה אחד עם דעות שונות בהלכה היהודית שלפיהן אין לייחס את היילוד אחר אביו אם הוא נולד לאחר מותו.¹³⁹ כמו כן היא מתיישבת עם הוראות חוק הירושה שלפיהן מי שנולד לאחר יותר משלוש מאות יום לאחר מות מולידו אינו יורשו. זאת, לנוכח הוראת סעיף 3(ב) לחוק הירושה, שלפיה "מי שנולד תוך 300 יום לאחר מות המוריש, דינו כדין מי שהיה בחיים במות המוריש, זולת אם הוכח שהורתו היתה אחרי כן". כלומר, אם ילד נולד בתוך שלוש מאות הימים שלאחר מות מורישו, המחוקק יוצר פיקציה משפטית לגביו כאילו היה בחיים במותו של מורישו ולכן

137 כלומר, במקרה כזה לא יתייחס ההסדר הקבוע בס' 72–73(1) לתזכיר חוק בנקי הזרע, המסדירים את מעמד היילוד שנולד כתוצאה משימוש בזרע של נפטר כדלקמן: "יילוד שנולד כתוצאה משימוש בזרע נפטר לפי הוראות פרק זה... יהיה ילדו של הנפטר לכל דבר ועניין לרבות לעניין רישומו כילדו של הנפטר במרשם האוכלוסין". כל שיהיה רלוונטי בהקשר זה הוא ס' 73(2), שלפיו היילוד "יהיה ילדה של היולדת לכל דבר ועניין ואם האישה היולדת היא אם נושאת – ילדה של האם המיועדת לכל דבר ועניין".

138 להצעה קרובה לתת לבן הזוג המתנגד לעשיית שימוש בביציות מופרות מעמד של "תורם זרע" והעדר הורות, כדי שבן הזוג החפץ להשתמש בהן יוכל לעשות זאת וליהפך להורה, ראו UNIF. PARENTAGE ACT § 706(a) (UNIF. LAW COMM'N 2002), www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=ee7ce93f-78bf-da90-292-c-39680396eb82&forceDialog=0 (להלן: UPA), הקובע כך: "If a marriage is dissolved before placement of eggs, sperm, or embryos, the former spouse is not a parent of the resulting child unless the former spouse consented in a record that if assisted reproduction were to occur after a divorce, the former spouse would be a parent of the child". לא למותר לציין כי הצעה זו מעוגנת גם בהצעה החקיקתית של לשכת עורכי הדין האמריקנית משנת 2008: AM. BAR ASS'N MODEL ACT GOVERNING ASSISTED REPROD. TECH. § 606 (Am. Bar Ass'n 2008), www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/family_law/committees/artmodelact.authcheckdam.pdf (להלן: ABA Model Act). נוסח זה אומץ בלא כל שינוי גם במדינות טקסס, וושינגטון וקולורדו. בחינת יתרונותיה וחסרונותיה של הצעה זו עומדת במרכז מאמרי משנת 2012 – ראו Margalit, לעיל ה"ש 85. על חשיבותה של הצעה חקיקתית אחרונה זו, בשל היותה הראשונה המתיימרת להקיף את כלל טיפולי הפוריות השונים, ראו Charles P. Kindregan, Jr., *Genetically Related Children: Harvesting of Gametes from Deceased or Incompetent Persons*, 7 J. HEALTH & BIOMED. L. 147, 148–149 (2011). הצעה זו מעוגנת גם בהצעה העדכנית של לשכת עורכי הדין האמריקנית משנת 2019: AM. BAR ASS'N MODEL ACT GOVERNING ASSISTED REPROD. TECH. § 606 (Am. Bar Ass'n 2019), www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/family_law/committees/art/resolution-111.pdf.

139 ראו על כך שאול ישראלי "אבהות בהזרעה שלא כדרכה" תורה שבעל-פה לג, מא, מד–מו (התשנ"ב). לדיון אקדמי ברעה ייחודית זו ראו מרגלית, לעיל ה"ש 89; YEHEZKEL MARGALIT, *THE JEWISH FAMILY: BETWEEN FAMILY LAW AND CONTRACT LAW* 166–167 (2017). על חשיבותה של ההלכה היהודית לנידון דין, לנוכח הוראת ס' 1 לחוק יסודות המשפט, ראו עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 2–3 ו-17–18 לפסק דינו של השופט מלצר.

הוא זכאי ליורשו, אלא אם כן הוכח אחרת. לעומת זאת, אם הוא נולד לאחר תקופת זמן קצובה זו, קיימת חזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה שאין הוא זכאי לרשת את אביו, ואין בכוחו של הטוען כי נולד לאביו לאחר תקופה קצובה זו כל אפשרות להוכיח את טענתו.¹⁴⁰

נוסף על כך, חרף הפסיקה המנחה והברורה של העליון והמחוזי מושא מאמרי, אי אפשר להתעלם מההכרה בכוחם העולה של הורי הנפטר הן בדעת המיעוט בעניין **פלונית נ' פלונית**, הן בכמה אמירות אגב של שופטי הרוב באותו עניין,¹⁴¹ הן בפסיקות

140 לפירושו של ס' 3(ב) לחוק הירושה ראו שילה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 47–55. לקריאת תיגר על נוקשותו של הסעיף לנוכח המציאות המתפתחת והמשתנה של טיפולי הפוריות, הנוקקים להגמשה ולהרחבה משמעותיות של תקופת זמן קצובה זו, בפרט בהקשר דנן, ראו בקצירת האומר שילה, שם. ליתר הרחבה ראו את דברי ההסבר לס' 697(3) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 700, אשר גובש במסגרת מסקנות ועדת טירקל שדנה ברוויזיה הנדרשת בחוק הירושה הישראלי. ראו קורינאלדי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 299–333; יוסי גרין "ולא תהא הביצית המופרית כעופר לדיני ירושה?" **מאזני משפט** א 393 (2000); ניל הנדל "דיני הירושה במרדף אחר המציאות המשתנה" **הון משפחתי** א 3, 17–23 (2014). חשוב לציין שהשמטת תקופת הזמן הקצובה של שלוש מאות יום מהפטירה כתנאי לזכאות היילוד נמצאת בסעיף אחר לחוק הירושה, הוא ס' 57(ד), העוסק בזכויות היילוד לקבל מזונות מעזבונו של מורישו, כפי שעמד על כך נכונה גרין. ראו גרין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 338 ה"ש 43 ובעמ' 392.

141 זוהי למעשה דעתו של השופט מלצר, שהיה בדעת מיעוט וקבע כך: "מהסקירה הנ"ל עולה כי **יצירת המשכיות** מהווה צורך כה בסיסי – עד כי ראוי, ואף נדרש, ליתן לו, מעמד של **זכות עצמאית**... הזכות האמורה **להמשכיות** היא אצלנו זכות נגזרת מה**זכות לכבוד**... פה יש להוסיף כי הן במשפט האמריקאי והן אצלנו ביססו, לעיתים, את הזכויות החוקתיות להתרבות ולהמשכיות גם על הזכות לפרטיות." עניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 6, פס' 5–7 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור). אולם גם שניים משופטי הרוב, על פני הדברים, אינם סוגרים לגמרי את הדלת בפני הורי הנפטר. יפה לעניין זה קביעתה הבאה של השופטת חיות, שאומנם דחתה את המעמד של הורי הנפטר, אך סייגה את דבריה ופסקה כך: "יש מקום להרהר בפיתוח זכות זו [מתן מעמד להורי הנפטר – י"מ] אשר בשנים האחרונות זוכה להכרה מסוימת כזכות ראויה... כפי שצוין, ייתכנו מצבים חריגים ונדירים שבהם מן הראוי לאפשר להורים לסתור את ההנחה שבבסיס הנחיית היועץ... גם כאשר ההורים מבקשים להוכיח כי רצונו המשוער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו לא התמצה בהבאת ילדים רק עם מי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו." שם, פס' 23 ו-31 לפסק דינה של השופטת חיות. כן ראו את הסתייגותו של השופט עמית, שכתב לקראת סוף דבריו, במאמר מוסגר, "ונותר בצריך עיון את המצב בו אין בת זוג, או שבת הזוג אינה מבקשת לעשות בעצמה שימוש בזרעו של המנוח". שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית. לבסוף, ראו גם את קביעתו של השופט דנציגר כי "יש טעם בדבריה של חברתי השופטת חיות אודות פיתוח עתידי של זכותם של ההורים לסבות מקום בו לא הותיר אחריו הנפטר בת זוג קבועה... בבחינת הרהורי הלב בלבד, יש לתהות שמא יהיו מקרים קונקרטיים בעתיד אשר יובילו את שיטת המשפט בישראל להכיר בזכות לסבות כשיקול נוסף שיש בו כדי להטות את הכף לטובת השימוש בזרעו של הנפטר ולהצדיק את ההתחקות אחר רצונו המשוער". שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר. עוד ראו לעניין זה את הקביעה הנחרצת הבאה: "לדעתי, יש להכיר גם בזכותם של הסבים והסבתות כזכות חוקתית – הנגזרת מכבוד האדם – כנגד המדינה להכרה במעמדם. 'קול הדם' הוא גם קולם... אפשר לראות בכך זכות-נכדה

שקדמו לשני תקדימים אלה והן בפסיקות שניתנו אחריהם, כפי שנסקרו בהרחבה לעיל בפרק ב. כך, לאט אבל בטוח, הם הולכים ורוכשים מעמד משמעותי יותר ויותר בדילמה סביב עשיית השימוש בזרע בנם. זאת, בראש ובראשונה, מתוקף זכותם לסבות, הנגזרת מהזכות הכללית להורות ומהזכות להמשכיות – זכות יסוד שפותחה בהרחבה על ידי השופט מלצר ואשר נסקרה לעיל בתת-פרק א¹⁴² – ולמצער כמי שהיו קרובים לנפטר ויכולים לפיכך להעיד על רצונו שיעשה שימוש בזרעו גם לאחר מותו.

זכות זו מתעצמת מקום שעשיית השימוש בזרעו של בנם המנוח הינה הדרך היחידה שלהם ליהפך לסב ולסבה – למשל, כאשר מדובר בבנם יחיד, אשר טרם העמיד צאצאים. זאת, בדומה לעיקרון המנחה בסכסוכים סביב ביציות מופרות, שם בדרך כלל אין אנו כופים על אדם להיות הורה נגד רצונו, אלא אם כן מדובר במוצא האחרון של ההורה החפץ ליהפך להורה, שאז כפות המאזניים המעוינות נוטות לתעדף את הזכות להורות על הזכות לאי-הורות.¹⁴³ נוסף על כך, בכמה פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות הוכרו הורי ההורים כבעלי מעמד משפטי הולך ומתחזק ביחס לילדי ילדיהם לעניין זכותם להסדרי שהייה ולהסדרי ראייה ולעניין חיובם בתשלום מזונות נכדיהם.¹⁴⁴ כך או

לסבאות הנגזרת מהזכות להורות". אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 676 ובה"ש 293 (2014). קביעה זו צוטטה בעניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

142 ראו על כך גם את המקורות המובאים לעיל בה"ש 12. לתמיכה מחקרית בזכות ההורים לעשות שימוש בזרע בנם, לכל הפחות כאשר הלה לא היה בזוגיות במהלך חייו, ראו, למשל, Efrat Ram-Tiktin et al., *Expanding the Use of Posthumous Assisted Reproduction Technique: Should the Deceased's Parents Be Allowed to Use His Sperm?*, 14 CLIN. ETHICS 18 (2019); Efrat Ram-Tiktin & Roy Gilbar, *Solidarity as a Theoretical Framework for Posthumous Assisted Reproduction and the Case of Bereaved Parents*, 22 ETHICAL THEORY & MORAL PRAC. 501 (2019).

143 ראו על כך, למשל, בשני הדיונים שהתקיימו בבית המשפט העליון בפרשת נחמני (עניין נחמני, לעיל ה"ש 72, בעמ' 521; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 692, 698 (1996)) ובדעות המלומדים ברקארז, לעיל ה"ש 121, בעמ' 213, ו-Margalit, לעיל ה"ש 85, בעמ' 356 וה"ש 10–11.

144 למסד נורמטיבי-חוקתי שעל בסיסו ניתן לעגן את ההתחשבות באינטרסים של הורי המנוח ראו, למשל ובהתאמה, תמ"ש (משפחה ת"א) 21609-11-16 ח' נ' מ' (פורסם בנבו, 1.1.2018); תמ"ש (משפחה ח') 5622-10-17 ב.צ. נ' א.ר. (פורסם בנבו, 2.3.2018); עמ"ש (מחוזי מר') 20319-03-17 נ. ב. נ' מ. ב. (פורסם בנבו, 11.1.2018). על המעמד המיוחד שיש להורי ההורים במשפט הישראלי ניתן לעמוד לאור ס' 28ב(א) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, העוסק בבקשה בעניין קשר בין קטין לבין הורי הוריו. ראו לעניין זה ליבת סומך ואורן טרגש "על השיקולים להכרה במעמד הסבות" הארת דין ד 168 (2007); ישראל דורון וגליה לינצ'יץ "זכות העמידה של סבים וסבתות לקשר עם נכדיהם" משפחה במשפט ב 147 (2008). כפי שצוין, כנגד הזכות עשויה לעמוד גם חובה משפטית, שכן סב או סבה משפטיים עשויים לחוב בתשלום מזונות נכדיהם, כפי שנדון בהרחבה בפסק הדין האחרון לעיל בעניין נ. ב. נ' מ. ב.. ראו על כך ס' (3)4 לחוק לתקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959. זו אחת הסיבות לכך שבתחילת הדיונים המשפטיים בארץ סביב היתר לעשיית

כך, גם אם אין מדובר בהעדפת רצונם של החיים על רצונו ה"משוער" של הנפטר, אין כל ספק שהם בעלי עניין ואינטרסים בהבאת ילד זה לאוויר העולם. מובן שהדברים אמורים רק מקום שהנפטר לא הביע את רצונו המפורש שלא ייעשה שימוש כזה בזרעו לאחר פטירתו.¹⁴⁵ יפה לעניין זה קביעתה הבאה של השופטת חיות:

"השאלה האם יש לאפשר להורים נטילת זרעו של נפטר ושימוש בו לאחר מותו מקום שבו לא הייתה לו בת זוג בחייו והוא לא הותיר אחריו צאצאים ואף לא הנחיות מפורשות בעניין זה, אינה צריכה הכרעה במקרה דנן אך דומני כי מוטב שלא לטעת מראש מסמרות קשיחים מדי בכל הנוגע אליה... נראה כי המקרים החריגים העשויים להתעורר בהקשר זה מן הראוי כי ייבחנו ויישקלו לגופם בעתיד על פי הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ועל כן אני סבורה כי לצד ההסדר הנורמטיבי שיאומץ בסוגיה זו, יש מקום ליצור מודל מתאים שיאפשר את בחינתם של מקרים חריגים כאמור."¹⁴⁶

אשר על כן אבקש בפסקאות הבאות להציע מתווה רדיקלי פחות, העשוי להתקבל (גם) על ידי מי שאינם מוכנים לשלול את הפנייה לרצונו ה"משוער" של הנפטר. זאת, כדי לנסות למצע בין רצונו הבלתי-מפורש של הנפטר – אשר בלא קבלת הסכמתו

שימוש בזרעו של נפטר התנגדו הסכים הפוטנציאליים לעשיית שימוש בזרעו בנם המנוח על ידי כולם. ראו על כך, למשל, ה"פ (מחוזי ת"א) 1922/96 פלוגית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ס.י (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.1997).

145 להכרה באינטרס של הורי הנפטר להקים משפחה וזרע לבנם המנוח, העשוי לעלות כדי זכות, ראו גרין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 488; אירית רוזנבלום בגן של אלוהים – תולדות המהפכה המשפחתית 136 (שלומית ליקה ושמעון ריקלין עורכים, 2016); עניין "משפחה חדשה" נ' בית החולים "הרסה עין כרם", לעיל ה"ש 73, פס' 4.1 לפסק הדין; עניין מ' א', לעיל ה"ש 6, פס' 8.2.2 לפסק הדין; תמ"ש שחר, לעיל ה"ש 22, פס' 140–155 לפסק הדין. גם במסמך הבא לא נשללה אפשרות זו על הסף: האגודה הישראלית לחקר הפוריות "נייר עמדה בנושא שימוש בזרע מן הנפטר: המלצותיה ומסקנותיה של ועדת האתיקה של איל"ה" (2017) www.ima.org.il/userfiles/image/semem DeadFull.pdf. ממחקר אמפירי שפורסם לאחרונה עולה כי חיילים ישראלים צעירים לא מעטים נוטים לתת עמדה מכרעת דווקא לרצון הוריהם, ולא לרצון בנות זוגן. ראו על כך Bokek-Cohen & Ravitsky, לעיל ה"ש 75, בעמ' 132 (Findings indicate a relatively high predisposition in favor of posthumous-assisted reproduction; the wishes of soldiers' parents had much more influence on soldiers' willingness to pursue this technology than those of a partner). ראו גם Ravitsky & Bokek-Cohen, לעיל ה"ש 2, בעמ' 202, 207–209. לביקורת על העדפת רצון החיים על רצון הנפטר ראו השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 36.

146 ראו עניין פלוגית נ' פלוגית, לעיל ה"ש 6, פס' 33 לפסק דינה של השופטת חיות. הסתייגות זו, הסתייגותו של השופט עמית וכן דעת המיעוט של השופט מלצר, שצידד במעמד של הורי הנפטר לדרוש עשיית שימוש בזרעו בנם, הן שעמדו בבסיס טענות ההורים בעניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 40 ואילך לפסק דינו של השופט ויצמן.

המפורשת אינו יכול ליהפך ל"הורה בעל כורחו", לדעת¹⁴⁷ – לבין הרצון והאינטרסים הנזכרים לעיל של קרובי משפחתו החיים. סבורני שאין מנוס מלאמץ את הצעת הפרשה הבאה.¹⁴⁸ מדובר בחוק ההורות האחיד שהוצע עד לקיץ 2017 לכל מדינות ארצות הברית, ואשר מסדיר את כלל קביעת ההורות המשפטית במופיעיה השונים – ה-U.P.A.¹⁴⁹ יודגש כי מדובר בהצעה המקיפה הראשונה בנושא, שראשיתה בחקיקה משנת 1973 שעודכנה בשנת 2000 תוך איחוד עם ה-Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (להלן: USCACA).¹⁵⁰ שנתיים בלבד מאוחר יותר, בשנת 2002, שוב עודכנה ההצעה, וקביעת ההורות המשפטית בהסכמה קיבלה מקום של כבוד על חשבון מבנה המשפחה ה"מסורתית".¹⁵¹ כך קובע סעיף 707 ל-U.P.A.:

"If an individual who consented in a record to be a parent by assisted reproduction dies before placement of eggs, sperm, or embryos, the deceased individual is not a parent of the resulting child unless the deceased spouse

147 לסוגיית ההורות הכפויה בהקשר המסוים של "גנבת זרע" ראו יחזקאל מרגלית "מגנבת זרע ועד לייזרה התורם" – לקראת נקודת איזון ארכימדית חדשה של טובת הילד וזכויות הגבר? "דין ודברים (צפוי להתפרסם ב־2021).

148 על הקושי לראות בהעדר רצון מפורש של הנפטר שיקול מרכזי, שבעטיו יש לדחות על הסף כל שימוש בזרעו לאחר מותו, עמד השופט דנציגר בקובעו: "דומני כי אימוץ המודל המלא [הרואה ברצון הנפטר את חזות הכל – י' מ'] עלול להוביל לתוצאות משפטיות אשר לפחות במבט ראשון איננו חפצים בהן." ראו עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 18 לפסק דינו של השופט דנציגר. ייתכן מאוד שהפשרה שאני מציע להלן עולה בקנה אחד עם המודל הראוי יותר בעיניו – "מודל הרצון המשוער החלקי". שם, פס' 9–26 לפסק דינו של השופט דנציגר. לא למותר לציין כי לדעת השופט ויצמן יש לאמץ מודל ייחודי זה. ראו עניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 49 לפסק דינו של השופט ויצמן.

149 U.P.A., לעיל ה"ש 138.

150 UNIF. STATUS OF CHILDREN OF ASSISTED CONCEPTION ACT §§ 1–16 (UNIF. LAW COMM'N 1988). ראו, בהתאמה, Margaret Ward Scott, *A Look at the Rights and Entitlements of Posthumously Conceived Children: No Surefire Way to Tame the Reproductive Wild West*, 52 EMORY L.J. 963, 983 (2003); Susan C. Stevenson-Popp, "I Have Loved You in My Dreams": *Posthumous Reproduction and the Need for Change in the Uniform Parentage Act*, 52 CATH. U. L. REV. 727, 737–738 (2003). סטיבנסון־פופ מחדדת כי הצעת החוק עוסקת אומנם אך ורק בקביעת ההורות המשפטית, אולם ברור אילו השלכות מרחיקות לכת עשויות להיות לקביעה זו על זכות הילד לרשת את אביו ועל שאר ההטבות הכרוכות בהיותו אביו המשפטי.

151 לקביעה זו ראו Susan L. Crockin, "What Is an Embryo?": *A Legal Perspective*, 36 CONN. L. REV. 1177, 1182 (2004); Brianne M. Star, *A Matter of Life and Death: Posthumous Conception*, 64 LA. L. REV. 613, 637 (2004). כן ראו Margalit, *Intentional Parenthood*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 86; Margalit, לעיל ה"ש 139, בעמ' 44.

consented in a record that if assisted reproduction were to occur after death, the deceased individual would be a parent of the child."¹⁵²

סעיף זה, אשר ללא כל ספק מהווה את אחד החידושים המרכזיים של הצעה חקיקתית מאוחדת זו, קובע כי אם הנפטר לא הסכים באופן מפורש להיות הורה לאחר מותו, אין לעשות שימוש במטענו הגנטי,¹⁵³ שהרי המנוח לא ייחשב אביו של היילוד, אלא אם כן להתרשמותו של בית המשפט אכן מדובר בנסיבות מיוחדות וחריגות¹⁵⁴ – אשר מטבע הדברים אי־אפשר לקובען במסמרות אפרוירית – שבהן הוכיחו הורי ההורים כי האינטרסים שלהם עולים בקנה אחד עם רצונו ה"משוער" של הנפטר ו/או גוברים עליו. לחלופין, אם נעשה בכל זאת שימוש בניגוד לנהלים ומבלי לקבל את הסכמתו המפורשת של הנפטר, וילד נולד ממטענו הגנטי, לא יקבל הנפטר כל סטטוס הורות, אלא סטטוס של העדר הורות, כתורם זרע.¹⁵⁵ לא למותר לציין כי הצעה מקורית ומאתגרת זו

152 UPA § 707. ראו על כך גם USCACA § 4(a) (repealed 2000), 9B U.L.A. 265 (2001). מטרתו המרכזית של הסעיף היא למנוע את הבעיות השונות הכרוכות בזכותו לירושה של מי שנולד לאחר מות מורישו, כפי שנאמר במפורש בהערת העורכים במקום. לשאלות ולדילמות העולות מעמימותה של לשון הסעיף ראו Scott, לעיל ה"ש 150, בעמ' 982–983; Horner, לעיל ה"ש 91, בעמ' 171–172.

153 המרכזיות של קביעת ההורות המשפטית בהסכמה בהקשר של נושא דיונונו עולה בצורה חד־משמעית בהערה ובדברי ההסבר לס' 706 ל־UPA, אשר זו לשונה: "In this instance, intention, rather than biology, is the controlling factor". בשולי הדברים יצוין כי למסקנה קרובה הגיע בית המשפט העליון של מסצ'וסטס, שקבע כי בלא הסכמה מפורשת של הנפטר לעשיית שימוש בזרעו ולתמיכתו הכלכלית בילד, לא ייחשב הילד בנו, והוא לא יהיה זכאי לרשת אותו. ראו Woodward v. Comm'r of Soc. Sec., 435 Mass. 536, 760 N.E.2d 257 (2002); Naomi R. Cahn, *Parenthood, Genes, and Gametes: The Family Law and Trusts and Estates Perspectives*, 32 U. MEM. L. REV. 563, 583 (2002).

154 כך גם בהקשר הישראלי, לנוכח דעת הרוב בעניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 6, פס' 34 לפסק דינה של השופטת חיות: "משהייתה למנוח בת זוג בחייו ומשלא הוכחו במקרה דנן נסיבות חריגות ומיוחדות המצדיקות זאת, אין לאפשר להורים לעשות שימוש בזרעו של המנוח לשם הפרייתו של אישה אחרת." לפרצה דחוקה זו נכנס לאחרונה המחוזי בעניין ע.ש, לעיל ה"ש 52. בשולי הדברים יצוין כי בטרמין ייחודי זה – "נסיבות מיוחדות וחריגות" – לא השתמש בית המשפט בשום מקרה למעט גזר הדין בת"פ (השלום ראשל"צ) 51518-10-17 מדינת ישראל נ' רימאוי (פורסם בנבו, 1.2.2018).

155 לדין ביישומו של סעיף זה ובהשלכותיו ראו, למשל, Margalit, לעיל ה"ש 85, בעמ' 376–377; Paula Roberts, *Biology and Beyond: The Case for Passage of the New Uniform Parentage Act*, 35 FAM. L.Q. 41, 77 (2001); Susan B. Apel, *Cryopreserved Embryos: A Response to "Forced Parenthood" and the Role of Intent*, 39 FAM. L.Q. 663, 670–671 (2005); Charles P. Kindregan, Jr. & Maureen McBrien, *Posthumous Reproduction*, 39 FAM. L.Q. 579 (2005); Susan N. Gary, *Posthumously Conceived Heirs: Where the Law Stands and What to Do About It Now*, 19 PROB. & PROP. 32 (2005); Ronald Chester, *Posthumously Conceived Heirs Under a Revised Uniform Probate Code*, 38 REAL PROP. PROB. & TR. J.

הוצעה במסגרת כמה הצעות חקיקתיות אחדות נוספות,¹⁵⁶ ואף אומצה בפועל על ידי כמה מדינות בארצות הברית, כוירג'יניה, טקסס, פלורידה, דקוטה הצפונית, וושינגטון, קולורדו ודלוור.¹⁵⁷ כמו כן היא נדונה בכמה מדינות נוספות, כפנסילוניה, מינסוטה ווירג'יניה המערבית.¹⁵⁸

לנוכח המרכזיות ההולכת ומתעצמת של הכוונה, ההסכמה והרצון לשמש הורה כיסודות המכוננים של ההורות המשפטית, ולנוכח הגדרתה הנורמטיבית המחודשת של ההורות המשפטית כסטטוס מודרני, יש לחדד את ההבחנה המוצעת במסגרת הצעת הפשרה הנורמטיבית האמורה. יש להפריד בין מערכת היחסים הפנימית, ה"חוזית", של היילוד ואביו מולידו לבין מערכת היחסים החיצונית, בעלת ההיבטים של סטטוס, בין היילוד לבין המדינה. מקום שהמנוח הותיר הנחיות מפורשות בדבר רצונו שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו או לחלופין מקום שבת הזוג מבקשת זאת, אין כל בעיה שהיילוד יוכר כבנו של המנוח לכל דבר ועניין, שהרי הכניסה של המנוח להורות המשפטית הייתה הסכמת ולרצונו, וממילא הוא יוכר כאביו המשפטי של הילד לכל דבר ועניין – הן בהיבט הפנימי של מערכת היחסים שלהם והן בהיבט החיצוני. אשר על כן מקובלת עליו מאוד ההנחיה הבאה של היועץ המשפטי לממשלה:

"במסגרת הדיון בבית המשפט בבקשה להתרת השימוש בזרע, יש לבקש מבית המשפט ליתן הוראות למשרד הפנים, באשר למעמדם של הילדים אשר ייוולדו

727 (2004); Jessica Knouse, *Liberty, Equality, and Parentage in the Era of Posthumous Conception*, 27 J.L. & HEALTH 9, 2–11 (2014).

156 דוגמת ס' 501(f)(3) ל-607 ABA Model Act, לעיל ה"ש 138: "An individual born as a result of embryo transfer after the death of an intended parent or gamete provider is not the child of that gamete provider or intended parent unless the deceased individual consented in a record that if assisted reproduction were to occur after death, the deceased individual would be a parent of the child"; "Except as otherwise provided in the enacting jurisdiction's probate code, if an individual who consented in a record to be a parent by assisted reproduction dies before placement of eggs, sperm, or embryos, the deceased individual is not a parent of the resulting child unless the deceased spouse consented in a record that if assisted reproduction were to occur after death, the deceased individual would be a parent of the child".

157 ראו Va. Code Ann. § 20-158; Tex. Fam. Code § 160.707; Fla. Stat. § 742.17; 2005 N.D. ALS 135 14-20-65. כן ראו Knaplund, לעיל ה"ש 119, בעמ' 97–98.

158 ראו JOINT STATE GOV'T COMM'N, THE PROPOSED PENNSYLVANIA ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES ACT: REPORT OF THE SUBCOMMITTEE ON ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES (2007), jsg.legis.state.pa.us/publications.cfm?JSPU_REPRODUCTIVE_TECHNOLOGIES (2007). Scott; PUBLN_ID=31, לעיל ה"ש 150, בעמ' 981.

כתוצאה משימוש זה, ובעיקר לעניין הליך רישומם במרשם האוכלוסין כילדיו של המנוח, והמנוח כאביהם...¹⁵⁹

לעומת זאת, כאשר לא התמלא אף לא אחד משני התנאים דלעיל, אי-אפשר להפוך אדם להורה, שהרי גם בסטטוס המודרני הכניסה למתחם הסטטוס הינה רצונית ובחירתית בלבד.¹⁶⁰ לפיכך, בין היתר, היילוד לא יהיה זכאי לשאת את שם משפחת אביו, לקבל ממנו מזונות ואף לרשת אותו. אשר על כן, לדידי, יש לדחות מכל וכל את רישומו של היילוד במרשם האוכלוסין כבנו המשפטי של אביו המנוח מקום שלא היו הנחיות מפורשות וברורות של הנפטר בעניין הסכמתו שיעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. לפיכך הקביעה הבאה היא שגויה, בכל הכבוד:

"לאחר שהצאצא יוולד ויוצגו בפני משרד הפנים מסמכים מתאימים מהמוסד הרפואי המטפל, אשר יוכיחו כי הצאצא נולד לאחר שימוש בזרע המנוח, יירשם בתעודת הלידה של הילד ובמרשם האוכלוסין שמו של המנוח כאביו."¹⁶¹

לדעתי, המדינה יכולה אומנם להתייחס ליילוד כאל בנו המשפטי של אביו המנוח, ובכך להכניס את האחרון לסטטוס האבהות המשפטית, אך מבחינה נורמטיבית ראוי שהמשמעויות של סטטוס זה יהיו אך ורק במעגל היחסים החיצוני, כלומר כלפי צד ג, בראש ובראשונה כלפי המדינה על רשויותיה וזרועותיה השונות. כך, המדינה יכולה להעניק ליילוד זכויות סוציאליות שונות, דוגמת קצבת שאירים ושאר הזכויות המגיעות לילדו של אדם שהלך לבית עולמו. דילמה מרתקת תהיה בכל הקשור לזכויות פיסקליות שונות המגיעות על פי חוזים וקרנות שונים, דוגמת "סכומים שיש לשלם עקב מותו של אדם על פי חוזה ביטוח, על פי חברות בקופת קיצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה

159 ס' 35 להנחיות היועמ"ש, לעיל ה"ש 68. לדיון בהנחיה זו ראו, למשל, תע"א (אזורי חי') 662-08 ג.מ.מ. – מדינת ישראל – הממונה על תשלום הגמלאות, פס' 39 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.4.2010); עניין ג.מ.מ., לעיל ה"ש 81, פס' 52 לפסק הדין.

160 לביקורתו החריפה והליברלית של שחר ליפשיץ על הכנסתם של בני זוג על אפס ועל חמתם למתחם המעמד של ידועים בציבור, חרף חוזה ערוך ומפורש שהיה ביניהם בדבר שלילת מעמד זה (ע"א 7021/93 ברנהור נ' עובון אוסטרליץ (פורסם בנבו, 25.10.1994)), ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 103, בעמ' 114-120; וביתר הרחבה – שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741 (2002); *Shahar Lifshitz, Married Against Their Will?*; 66 WASH. & LEE L. REV. 1565 (2009).

161 עניין פלונית – אורחי ב, לעיל ה"ש 38, פס' 13(ד) לפסק הדין. השוו לבקשת באת כוחם של הורי הנפטר ושל האישה שביקשה להרות מזרע בנם "כי בית המשפט ייעתר לבקשה, וכי מיד לאחר הולדת הילד תוכל המבקשת לרשום אותו כבנו של המנוח ולשאת את שם משפחתו" ולהיערותו של בית המשפט לבקשה זו. עניין משפחה חדשה, לעיל ה"ש 25, פס' 22 ו-35 לפסק הדין.

דומה¹⁶². מחד גיסא, מדובר במוטב שאמור ליהנות מזכויות אלה לאחר מות המנוח, ולכן יש מקום להתלבט אם יש לַדמות זאת למערכת היחסים הפנימית והחוזית. לדידי, הואיל ואין היילוד בנו של המנוח ועל כן נשללת זכותו לרשת את מולידו, באופן דומה אין הוא יכול ליהנות גם מזכויות אלה. מאידך גיסא, מדובר במערכת יחסים שחיצונית למערכת היחסים הפנימית, ולכן על פני הדברים, בדומה ליתר הזכויות המגיעות ליילוד מצד ג, הוא אמור ליהנות מזכויות אלה. כך או כך, ברובם המכריע של המקרים יש מן הסתם הוראות ברורות ומפורשות בחוזה מי אמור ליהנות מזכויות אלה, ולמצער יש מוטב ברור ומזוהה הן בחוזה הן במסמכי הקופה. אשר על כן, חופש החוזים אמור לגבור בכל מקרה בעניין, והמוטב הרשום, לטוב ולמוטב, ייהנה מהכספים או התקבולים הללו.

אכן, תקדים כזה להכרת המדינה בהשלכות הציבוריות השונות שיש לכך שהיילוד הוא בנו של אביו המנוח ניתן למצוא בהרחבה בעניין ג'.מ.מ.¹⁶³ בפסק הדין נקבע באופן תקדימי כי ילד של גמלאי שירות המדינה שנפטר, אשר נולד מזרעו באמצעות הפריה מלאכותית לאחר מותו, זכאי לקצבת שאירים לפי חוק שירות המדינה (גימלאות) (להלן: חוק הגמלאות).¹⁶⁴ בנימוקיו השונים העלה בית הדין הארצי לעבודה כי חוק הגמלאות, על הסדר פנסיית השאירים הקבוע בו, הוא מתחום הביטחון הסוציאלי, ותכליתו סוציאלית מובהקת.¹⁶⁵ הואיל וחוק הגמלאות אינו קובע תנאי כלשהו להגדרת ילדו של הגמלאי כ"שאיר" ולזכותו לקצבת שאירים, פרשנות שלפיה ילדו של עובד או גמלאי שנפטר אשר נהרה ונולד לאחר פטירתו זכאי לקצבת שאירים מגשימה את תכלית החוק. מהוראות החוק עולה כי לילדו של הגמלאי יש מעמד מיוחד לפי החוק, כך שזכאותו לקצבת שאירים אינה מותנית בתלות כלכלית בפועל בנפטר או בתנאים אחרים, והן תומכות בפרשנות כי חוק הגמלאות פורש את חסותו על כל ילד של הגמלאי או העובד שנפטר, לרבות ילד שנהרה ונולד לאחר פטירתו. אשר על כן מסיק בית הדין כי "לאור כל האמור לעיל, אנו קובעים כי קמה לקטינה שנולדה מזרעו של המנוח זכאות לקצבת שאירים על פי חוק הגמלאות".¹⁶⁶

אומנם, יכול בעל דין לבוא ולטעון כיצד ניתן לפגוע כך בטובת הילד ובזכויותיו על ידי שלילת אבהותו המשפטית של מולידו, אולם ממילא, כאמור, זכותו לרשת את אביו אינה קיימת כלל, וייחוסו אחר מולידו מפוקפק מבחינה הלכתית. יתר על כן, כידוע וכמפורסם, אנו מאפשרים להביא לאוויר העולם יילוד מתרומת זרע מקום שהפרקטיקה

162 על פי ס' 147 לחוק הירושה. לתיאורן של זכויות כלכליות שונות המגיעות ליורשי הנפטר עם פטירתו ראו קורניאלדי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 10-15 ו' 40-41.

163 עניין ג'.מ.מ., לעיל ה"ש 81.

164 חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970.

165 "בהיבט של כוונת החוק, חוק הגמלאות הוא חוק סוציאלי שתכליתו להיטיב עם ציבור העובדים ולהבטיח להם ולשאיניהם רמת חיים נאותה...". עניין ג'.מ.מ., לעיל ה"ש 81, פס' 101 לפסק הדין.

166 עניין ג'.מ.מ., לעיל ה"ש 81, פס' 99 לפסק הדין. על זכויות סוציאליות המגיעות ליילוד שנולד לאחר מות אביו מכוח עקרון השוויון ראו Ruth Zafran, *Dying to Be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception*, 8 Hous. J. Health L. & Pol'y 47, 99-100 (2007).

הנוהגת מנתקת ומאיינת את האבהות המשפטית מהאבהות הגנטית, וזאת מבלי לחשוש לפגיעה האפשרית שיש בכך בטובת הילד ובזכויותיו.¹⁶⁷ כמו כן, כאמור, לדידי בררת המחלוקת היא אי-הבאתו לאוויר העולם; האם ניתן לטעון במצב דברים כזה שאי-הבאת הילד לעולם עדיפה על הולדתו תוך שלילת האבהות המשפטית של אביו המנוח? יתר על כן, חסרונה של רווחה סוציאלית זו יכול להתמלא, ברמה כזו או אחרת, באמצעות הזכויות הסוציאליות שתעניק המדינה ליילוד, דוגמת קצבת שאירים, תוך שמירת טובת הילד וזכויותיו השונות על ידי אותם קרובי משפחה שביקשו להביאו לאוויר העולם ולגדלו כילדם לכל דבר ועניין.¹⁶⁸ אשר על כן, באותם מקרים ספורים, אם בכלל, שבהם אכן ייעשה שימוש בזרעו של הנפטר והילד יגדל אצל הורי הנפטר, ניתן להניח בזהירות שהדבר לא יפגע לא בטובת הילד ולא בזכויותיו השונות, חרף החשש הלא-מבוטל מתוצאותיה ומהשלכותיה של "היתמות המתוכננת הכפולה".¹⁶⁹ זאת, הואיל והם ירעיפו עליו מן הסתם אהבה, יחס וחום מיוחדים לנוכח הנסיבות הייחודיות והטרגיות של הבאתו לאוויר העולם, והואיל והמדינה מכירה בו כבנו של הנפטר בכל הקשור לסיפוק צרכיו הכלכליים השונים.¹⁷⁰

סיכום וקריאה למחוקק

רבות נכתב בארץ על האירוניה הגלומה בכך שמצד אחד מדינת ישראל מנגישה, מעודדת ומממנת הבאת ילדים לעולם בהקשרים משפחתיים, במעמד אישי ובגילאים אשר שום מדינה אחרת בעולם אינה מאפשרת זאת בהם, בוודאי לא במימון המדינה, ומצד אחר

167 ל"הערת אזהרה" שלפיה מקום שיתברר כי טובת הילד וזכויותיו נפגעות בצורה קשה יש לאסור המשך הולדת ילדים באמצעות תרומת זרע אנונימית, במיוחד כאשר מדובר בהולדה למשפחות חד-הוריות או חד-מיניות, ראו, בהתאמה, Margalit, לעיל ה"ש 48, בעמ' 97-100; Margalit, *Intentional Parenthood*, לעיל ה"ש 88, בעמ' 66-67. לסקירת תקדימים בהלכה היהודית שבהם חרף קיומה של הזיקה הגנטית, אשר כה מקודשת בהלכה היהודית, אין היילוד מוגדר בנו המשפטי של אביו ראו MARGALIT, לעיל ה"ש 139.

168 לעמידה על אמיתותם של הורי הנפטר כשיקול מרכזי בעת בחינת בקשתם להביא את נכדם/ילדם לאוויר העולם, וזאת בשל הרצון להבטיח את טובת הילד העתידי, ראו, למשל, תמ"ש שחר, לעיל ה"ש 22, פס' 125-139 לפסק הדין.

169 על היתמות המתוכננת וזו הכפולה ראו, בהתאמה, במקורות המובאים לעיל בה"ש 77 ובה"ש 17.
170 ראו תמיכה אפשרית לכך בתמ"ש שחר, לעיל ה"ש 22, פס' 126-139 לפסק הדין. יפה לעניין זה קביעתה של השופטת גרינוולד-רנד באותו עניין כי "הסבים והסבתות של העולם המודרני שבו אנו חיים, מהווים במשפחות רבות עמוד תווך משמעותי, בבחינת 'סמי הורים', בהיותם הדמויות ההוריות הנוכחות בפועל במשך ימות השבוע, בעוד שההורים הביולוגיים הם 'הורים של סופי שבוע' בלבד". שם, פס' 133 לפסק הדין (ההדגשות במקור). בכך יש אולי מענה לבעייתיות שהעלה היועץ המשפטי לממשלה בגידול ילד על ידי הורי אביו, הנזכרת בעניין שחר, לעיל ה"ש 21, פס' 19 לפסק דינו של השופט ויצמן.

המחוקק נמנע מלהסדיר בחקיקה ראשית סוגיות מרכזיות ומורכבות העולות בתחום רגיש, מורכב וסבוך זה.¹⁷¹ לצורך מסקנת מאמרי יפה קביעתו של בית המשפט כי בסוגייתנו "טמונים... זרעי פורענות ככל שהחברה לא תציב מוקדם ככל האפשר את הפרמטרים הדרושים לצורך קידום הליכים אלו בצורה המיטבית ובשים לב למכלול השלכותיה".¹⁷²

אשר על כן טוב יעשה המחוקק אם יתכבד ויחוקק בחקיקה ראשית – לאחר שהדבר יעבור את כור הליך החקיקה כדת וכדין – את כלל הנושא של תרומת זרע ובנקי זרע,¹⁷³ לרבות התחום הפרוץ של הולדה לאחר המוות, בשל ריבוי הבעיות, הקשיים והאתגרים הניצבים לפתחו. במאמר שלפנינו הצעתי לאמץ כאסדרה הראויה בעיניי בארץ את קביעותיהם של העליון והמחוזי בדבר מתן אפשרות לעשיית שימוש בזרע של נפטר רק מקום שהוא השאיר הנחיות ברורות ומפורשות. למצער, במקרים ספורים, קשים וייחודיים בלבד, רצון "משוער" לגיטימי יכול להיות שווה ערך לרצון מפורש, בדומה לנוסח בהמלצות ועדת מור יוסף, כל עוד הוא "שווה ערך כמעט" לגילוי דעת מפורש של המנוח. כמו כן, אם הותיר המנוח אלמנה, היא יכולה – ורק היא יכולה – להחליט אם ייעשה שימוש בזרעו של המנוח, וזאת אך ורק לשם הפרייתו שלה. לבסוף, אם נעשה שימוש בזרעו של המנוח מבלי שהלה נתן את הסכמתו לכך, המדינה יכולה אומנם להתייחס אל היילוד כאל ילדו המשפטי, אולם לדידי אין הוא בנו המשפטי של אביו לכל דבר ועניין.¹⁷⁴

עינינו הרואות כי שמרנותו ושתיקתו הרועמת של המחוקק בנושא זה,¹⁷⁵ כבנושאים קרובים ודומים, דוחפות את בית המשפט – במודע או לא במודע – לנקוט תפיסה מרחיבה, העלולה בסופו של יום להתגלות כעושר השמור לבעליו לרעתו. יש לצפות

171 לביקורת על הביזור, התת-אסדרה והתת-משילות הגלומים בהימנעותו של המחוקק הישראלי מלהסדיר בחקיקה ראשית סוגיות מרכזיות ביותר בהקשר של טיפולי הפוריות השונים, לרבות זה הנידון כאן, ראו, בהתאמה, מרגלית, לעיל ה"ש 68, בעמ' 306–308; צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפרייה בישראל" **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** 269 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); כרמל שלו "טכנולוגיות פרייה וגנטיקה בישראל" **ביו-אתיקה כחול לבן** 140, 149–152 (גיל סיגל עורך, התשע"ה).

172 ראו עניין **פלוגיט נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות**, לעיל ה"ש 44, פס' 5 לפסק הדין.

173 להצעות החוק העדכניות בתחום ראו תזכיר חוק בנקי הזרע; הצעת חוק תרומת זרע, התשע"ח-2017. להצעת חוק קודמת, של ח"כ עתניאל שנלר, ראו הצעת חוק תרומת זרע להזרעה מלאכותית, התש"ע-2010, פ/2212/18.

174 אימוץ מסקנות המחקר בכל הקשור לאפשרות לפצל בין מערכת היחסים הפנימית של הילד והורהו לבין מערכת היחסים החיצונית בין הילד לבין המדינה ניתן למצוא בעמ"ש (מחוזי חי') 2599-10-18 **היועץ המשפטי לממשלה – משרד הרווחה והשירותים החברתיים חיפה נ' ר' ס' ה'**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ורבנר (פורסם בנבו, 31.7.2019).

175 על שתיקתו הרועמת של המחוקק ראו לאחרונה עניין **שחר**, לעיל ה"ש 21, פס' 18–24 לפסק דינו של השופט ויצמן.

שקריאתי זו לא תיפול על אוזניים ערלות, כבעבר,¹⁷⁶ שכן בשלו התנאים והגיעה העת לשמוע את קולו הברור והצלול של המחוקק, לבל נצטרך להמשיך לשער את רצונו ה"משוער" בסוגיה סבוכה זו. ביום שיתכבד המחוקק ויאמר את דברו, כולי תקווה שמסקנות מאמרי זה יאומצו כגבולות הנורמטיביים הראויים לעשיית שימוש בזרעו של הנפטר לשם הולדת ילדים לאחר מותו – גבולות הממצעים בין ה"שמרנות" של האסדרה החקיקתית המסתמנת ושל פסיקות בית המשפט המנחות לבין ה"ליברליות" של רוב פסיקות בתי המשפט הקודמות כמו גם אלה העדכניות ביותר.

176 לקריאות קודמות ודומות בהקשר הכללי של קביעת הורות משפטית בהסכמה, ובפרט בהקשרים של צו הורות פסיקתי ובהולדה לאחר המוות, ראו, בהתאמה, מרגלית, לעיל ה"ש 48, בעמ' 902–903; מרגלית, לעיל ה"ש 81; גרין, לעיל ה"ש 92, בעמ' 419.

