

נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה¹

איתי אפטר ונורית ענבל²

- א. מבוא
- ב. נטילת הזרע וכבוד המת
- ג. הרצון המשוער של הנפטר
- ד. מעמד בת הזוג
- ה. מעמד הורי הנפטר
- ו. טובת הילד
- ז. סיכום והצעות לתיקון

א. מבוא

ראובן נהרג בתאונת דרכים פתאומית. חברתו לחיים מבקשת מהרופאים ליטול את זרעו כדי שתוכל בעתיד להשתמש בו וללדת את בנם המשותף, כפי שתכננו לעשות כשהיה בחיים. ראובן הוא בן יחיד, והוריו מתנגדים לבקשה בטענה שהיחסים בין בני הזוג התערערו בזמן האחרון, ושראובן לא התכוון כלל להביא עמה צאצאים לעולם. הם מעוניינים להשתמש בזרעו בעצמם ובעזרת אם פונדקאית להוליד ולגדל את נכדם כדי להנציח את זכרו ולהקים דור המשך. ראובן לא השאיר צוואה וכל התייחסות לעניין, ולא ידוע לבטח מי מהצדדים מייצג, אם בכלל, את רצונו האמיתי.

לפי ההנחיות החדשות³, לבת הזוג מעמד בלעדי (בכפוף לאישורו של פקיד הסעד) בשאלת השימוש בזרע ולהורי הנפטר אין כלל זכות עמידה בעניין. המקרה ההיפותטי לעיל ממחיש בעיות רבות שמעוררות הנחיות היועץ ומעלה שאלות רבות: האם אופן נטילת הזרע מראובן פוגע בכבודו ובשלמות גופו? בהנחה שנשיב בחיוב על שאלה מקדמית זו, האם אכן יש להעניק לבת זוגו מעמד בלעדי בהכרעה? האם מוצדק לשלול מן ההורים כליל את זכות העמידה בעניין זה? האם נשקלה טובתו של הילד העתידי? התשובה לשאלות אלה תלויה במידה רבה בשאלה שהטרידה אותנו ביותר בסוגיה זו ואשר מחריפה בשל ההסדר שיוצרות הנחיות היועץ, והיא: כיצד נגלה מה היה רצונו האמיתי של ראובן וכיצד נתחשב בו? האם ההפריה תגשים את חלומו או שמא את חלום הבלהות שלו? הארה זו תעלה שאלות כבדות משקל אלו ותדון בהן מתוך בחינת ההסדר שיצרה ההנחיה החדשה בתוך הקשרה המשפטי בישראל ובעולם, ובסופה ננסה להציע כמה שיקולים אפשריים כבסיס להצעות ראויות לפתרון.

הנחיות היועץ המשפטי מנסות להסדיר תחום חדש זה, שנוצר בשנים האחרונות עם התפתחות הטכנולוגיה המאפשרת נטילת זרע מגוף הנפטר לאחר מותו ושימורו בהקפאה. בינתיים מדובר אמנם במקרים בודדים⁴ אך היועץ המשפטי לממשלה מבקש ליצור כללי מסגרת שינחו את המערכת הרפואית והמשפטית במקרים שעשויים להתעורר בעתיד⁵, כדי שתתאפשרנה ודאות ואחידות במידת-מה.

1 הנחיה מס' 1.2202 מיום 27.10.2003 (לצפייה בהנחיה [לחצו כאן](#)) (להלן: ההנחיות)

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודה לעו"ד נעמה ויצ'נר על סיועה הרב במהלך כתיבת ההארה.

2 סעיף 20 להנחיות.

3 מטעמי נוחות השתמשנו בלשון זכר, אולם לאורך כל ההארה הכוונה לילד או לילדה.

4 עד לשנה זו היו כ-15-20 פניות בעניין בארץ.

5 סעיף 3 להנחיות.

מהם עיקרי ההנחיה? לפי היועץ, אין בהליך נטילת הזרע כשהוא לעצמו פגיעה בכבוד המת, ועיקר הדיון הוא בשאלת השימוש בזרע. הוא נותן מעמד בלעדי לבת הזוג בהחלטה מכיוון שיש לה זכות להורות ומאחר שלדעתו, היא משקפת בצורה הטובה ביותר את רצונו המשוער של הנפטר בתור שותפתו הטבעית להחלטה להביא ילדים לעולם⁶. ההנחיה קובעת חזקה שכל אדם הנמצא במערכת יחסים קבועה מעוניין בהקמת משפחה, אלא אם כן יוכח אחרת. במסגרת ההארה נדון בהשלכותיה של חזקה זו על זכויות כל הצדדים הנוגעים בדבר ונעסוק במצב הנפוץ שבו הנפטר לא משאיר אחריו התייחסות מפורשת לגבי רצונו או התנגדותו לשימוש בזרעו לאחר מותו. אמנם ישנם מקרים שהנפטר משאיר צוואה ומאפשר שימוש בזרעו, אך בחרנו לצאת מנקודת ההנחה שבמקרים כאלה ראוי לאפשר שימוש זה⁷.

ננתח את עיקרי ההסדר החדש על פי המעמד שהוא מעניק לצדדים השונים המעורבים בעניין, וכאמור, נתמקד במיוחד ב"חזקת הרצון המשוער" של הנפטר בשאלת ביצוע ההליך. חזקה זו היא עיקר החידוש לעומת המקובל בארץ לפני ההנחיה, כאשר לא היו הוראות אחידות בדבר והתקבלו החלטות פרטניות בכל מקרה לגופו על פי עקרונות משפטיים כלליים. לחזקה זו אף לא נמצא כל ביטוי בעולם הן בהסדרי החקיקה והן בספרות המשפטית. במרבית המדינות אין הסדר חוקי להליך או שישנה דרישה להסכמה מפורשת (כמתואר בהמשך ההארה). נבחן את הנחות היסוד העומדות בבסיס החזקה, את הצדקותיה ואת אופן יישומה המוצע בהנחיה, ולבסוף נטען שיש לפעול בזהירות האפשרית בתחום חדש זה שלא להרחיבו אל מעבר לרצוי, ולשם כך ראוי אולי לנסות ולהגביל חזקה זו ולהדגיש את הצורך במציאת עדויות מוחשיות ככל האפשר לרצונו האמיתי של הנפטר בכל מקרה לגופו. המלצותינו עולות מתוך הבעיות העיקריות שעליהן נצביע, הקשורות בסוגיית ההפרייה לאחר המוות בכללותה, ובהנחיות היועץ המשפטי לממשלה הבאות להסדירה.

ישנם עניינים מרתקים נוספים העולים בקשר לסוגיית ההפרייה שלאחר המוות, אשר מפאת קוצר היריעה בחרנו שלא להתמקד בהם במסגרת מאמר זה. ביניהם ניתן למנות את שאלת הירושה - האם ניתן להוריש זרע שהופקד, ומהו מעמדו של הילד ביחס לירושת הנפטר⁸ - ואת שאלת ההבחנה האפשרית לעניין הנטילה בין מוות למוות מוחי או למצב של תרדמת⁹.

ב. נטילת הזרע וכבוד המת

ישנן שתי דרכים עיקריות לנטילת הזרע מגופו של נפטר: אם הוא עדיין מונשם מלאכותית, מעבירים בו שוק חשמלי שגורם לפליטה עצמאית של זרע. לאחר המוות עצמו יש לבצע ניתוח חודרני. בדרך כלל מדובר בקצירת כל האשך והוצאה כירורגית של הזרע. שתי הדרכים נחשבות לפעולות פולשניות בגופו של הנפטר.

6 פרק ג' להנחיות.

7 סעיף 17 להנחיות.

8 גם במקרים אלו עלולות להתעורר מחלוקות, אך בתי המשפט נוטים לממש בקשה מפורשת של נפטר שחברתו תשתמש בזרע, גם אם ילדיו האחרים מתנגדים לכך, כפי שקרה באחד המקרים הראשונים בתחום: *Hect v. Superior Ct.*, 16 Cal. App. 4th 836, 20 Cal. 2d 275 (1993).

9 S. Gilbert "Fatherhood From The Grave: An Analysis of Postmortem Insemination" 22 *Hofstra L. Rev.* (1993) 521, 547 השאלה המהותית היא אם נתייחס לזרע כקניין או כיוצר חיים חדשים. דיון זה עולה רבות בספרות האמריקנית, אך כמעט לא נזכר בישראל, והוא עניין מעורר מחשבה כשהוא לעצמו.

10 הדיון בעניין נערך בדרך כלל לאור סעיף 3(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. חוק זה קובע שילד שנולד מעבר ל-300 יום ממותו של אביו לא ייחשב כיוורש, אך מובן שבעת חקיקת החוק לא נלקחה בחשבון האפשרות להפריה לאחר המוות. לדיון זה ראו י' אריאל "הפריה לאחר המוות, היבטים משפטיים והלכתיים" הרפואה 139 (תשס"א) 331, 333.

11 C. Strong "Ethical and Legal Aspects of Sperm Retrieval After Death or Persistent Vegetative State" 27 *J.L.M.E.* (1999) 347, 361. במקרה זה על בן המשפחה מוטלת חובה לדאוג לאינטרסים של המצוי בתרדמת ועולה השאלה אם נטילת הזרע אכן עולה בקנה אחד עם טובתו של הנפטר.

טווח הזמן המרבי לביצוע ההליך הוא עד 24-36 שעות לאחר המוות בלבד, ולכן דרושה החלטה מיידית.¹² המדיניות היום היא לאשר בשלב זה עקב לחץ הזמן את הנטילה בכדי שניתן יהיה לדון לאחר מכן בשאלת השימוש בזרע, ולכן, בעצם, לא נערך כל דיון בשאלת כבוד המת.¹³ לדעתנו, יש לקבוע עמדה עקרונית בעניין זה משום שלשאלת כבוד המת חשיבות משפטית והלכתית רבה,¹⁴ וכדי שלא יעוכבו ההליכים החשובים הללו כאשר יתעורר הצורך לפעול במהירות.

כבוד המת הוכר בפסיקה כזכות חוקתית מוגנת מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁵ ולכן פעולת נטילת הזרע צריכה להיבחן לאור פסקת ההגבלה, שבין היתר דורשת כי פגיעה בכבוד תעוגן בחוק או תהיה מכוח הסמכה מפורשת בו.¹⁶ את הפגיעה בכבודו של המת ניתן לחלק לשני היבטים: הפגיעה בגופו ובאבריו האינטימיים ביותר נתפסת כחילול כבודו, ובנוסף נפגע הכלל הבסיסי של אוטונומיית החולה - דרישת ההסכמה מדעת.¹⁷ פעולה פולשנית שיכולה להיחשב כהשפלת המת, אסורה לפי ההלכה ועלולה לעורר תחושות קשות בקרב הציבור.¹⁸ אין בסיס להנחה שאדם יהיה מוכן שיבוצעו בגופו פעולות חריגות אלו לאחר מותו ללא הסכמתו המפורשת. הנורמה הקיימת היא שגופת האדם נשמרת בשלמותה לאחר המוות, מלבד חריגים ידועים כגון נתיחה לאחר המוות או השתלת אברים, אך הליך שאיבת הזרע אינו אחד מהם. בל נשכח שמדובר באברי הרבייה שהם האברים המוצנעים ביותר בגופו של האדם והציפייה המקובלת היא שיכבדו פרטיות זו גם לאחר המוות.¹⁹ יש הטוענים שפעולה זו לא תיחשב כמשפילה כשהיא באה להגשים את כבודו של הנפטר בכיבוד רצונו להמשכיות זרעו ושמו.²⁰ אך אין בהנחה התייחסות מפורשת לבעיה זו. לפי חוק היסוד, כל אדם זכאי להגנה על שלמות גופו, שהיא חלק מההגדרה העצמית שלו,²¹ ואין לפגוע בשלמות זו ללא הסכמתו המפורשת. עם זאת לעתים מאפשר החוק הוצאת אברים מגופו של אדם בהסכמתו של קרוב משפחה מדרגה ראשונה.²² אף שאין בחוק האנטומיה והפתולוגיה התייחסות לעניין נטילת הזרע, ההנחיות הקישו מהסדר זה לעניין ביצוע ההליך לבקשת בת הזוג ללא הסכמה מדעת של הנפטר. רבים טוענים שהשוואה זו איננה מדויקת משום שהשתלת אברים נעשית לצורך הצלת חיים או לשיפור חיים קיימים, ואילו נטילת הזרע מטרתה יצירת חיים חדשים.²³ לכך יש חשיבות מיוחדת גם לאור העובדה שהזרע אינו "סתם" עוד אבר בגוף. הוא מכיל את מטענו הגנטי הייחודי של הנפטר.²⁴ בהנחיות היועץ המשפטי יש מודעות לכך, אולם כדי שלא תימנע הנטילה בכל מקרה שלא ניתנה הסכמה מפורשת, נקבעה ההנחה שמרבית האנשים היו מסכימים לנטילה בכל הליך

12 פרטוקול מס' 97 מיישבת ועדת הכנסת לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי (30.9.2002) 4 (להלן: פרטוקול הוועדה), דברי ד"ר יגאל מדגיר (לעיון בפרטוקול [לחצו כאן](#)).

13 סעיף 23 להנחיות.

14 אף שההנחה אינה מוגבלת לבני הדת היהודית, אנו רואים חשיבות בשאלה זו מכיוון שלדעתנו, ניתן להשליך ממנה גם על בני הדתות האחרות.

15 בג"ץ 6126/94 שנס נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 867 (לעיון בפס"ד [לחצו כאן](#)).

16 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דיון על אודות עיגון הנושא בחקיקה נערך בפרק הסיכום.

17 פרק ד' לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

18 כ' שלו "הזרעה לאחר המוות - ינוח בשלום על משכבו?" [רפואה ומשפט](#) 27 (תשס"ב) 96, 97.

19 A. R. Schiff "Arising From The Dead: Challenges of Posthumous Procreation" 75 *N.C.L. Rev.* (1997) 901, 946. הידיעה שלא תיפגע שלמות גופתו של אדם במותו, ובמיוחד אברי הרבייה שלו, חיונית לשלוות נפשו בעודו בחיים.

20 א' כשר "יתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת, [דילמות באתיקה רפואית](#) (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 221, 228. נציין שדעה זו אינה מקובלת, והיא נטענה מנקודת מבט אישית רגשית של אב שכול.

21 ס' 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

22 סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן: חוק האנטומיה והפתולוגיה).

23 Schiff, [לעיל](#) הערה 19, בע' 932.

24 לבעייתיות שבקיום צאצא גנטי שלנפטר לא יהיה חלק בגידולו, ראו בפרק על הרצון המשוער.

שבאמצעותו תתבצע. בעיות אלה מחייבות, לדעתנו, שקילה רצינית ומפורשת יותר במסגרת ההסדר המשפטי, ואין לפטור אותן כשאלות של מה בכך רק בשל דחיפות ההחלטה.

ג. הרצון המשוער של הנפטר

החוקה שנקבעה בהנחיות היא שרצונו המשוער של הנפטר הוא שייעשה שימוש בזרעו בידי בת זוגו אם גם היא מעוניינת בכך. הנחה זו מבוססת על הרציונל שאדם מעוניין בהבאת ילדים לעולם. בשל רציונל זה סבור היועץ כי דרישה להסכמה מפורשת תביא במרבית המקרים לשלילת רצונו האמיתי של הנפטר²⁵ שכן רוב האנשים אינם מודעים לאפשרות חדשה זו, ולכן לא מתייחסים לכך במפורש בחייהם²⁶. מנגד, ניתן לטעון שדווקא משום שזהו מצב חדש וחריג, ורוב האנשים לא מעלים אותו על דעתם, לא סביר שיהיו מעוניינים בכך, ולכן צריך דווקא לדרוש הוכחות להסכמה, ולא להתנגדות מפורשת²⁷. שתי הטענות מתבססות על חוסר המודעות הציבורית לעניין ובעצם, מבטלות זו את זו.

ההנחיות ממשיכות וקובעות שגם במקרה של טעות בהערכת רצון המת, טעות זו עדיפה על המקרה ההפוך שבו לא יכובד רצון הנפטר לילד, משום שלא נכפית הורות על המת במובנה המלא, והמושפעת העיקרית מההחלטה היא בת הזוג. הנפטר לא יישא באחריות ההורית, ולא יהיו לצאצא זכויות לירושה²⁸.

היועץ רואה בבת זוגו של הנפטר את המייצגת הנאמנה ביותר של רצונו בתור האדם הקרוב אליו ביותר והשותף לו בהחלטה להביא צאצאים לעולם, לעומת ההורים, שאינם מעורבים בדרך כלל בהחלטות אינטימיות אלה. אין לשכוח כי לאישה אינטרסים משלה, והם עלולים להיות מנוגדים לרצון הנפטר, במיוחד כשהיא כמהה לילד, וכי לא תמיד תהיה האישה נאמנה לרצונו של הנפטר בלבד²⁹. לכן ההנחיות לא מעניקות בלעדיות לרצון האישה ומבקשות לבחון נסיבותיו של כל מקרה לגופו תוך התחשבות בעדויות הקרובים לנפטר ובחוות דעתו של פקיד סעד. נקבע שאם יימצאו עדויות להתנגדות של הנפטר לשימוש בזרעו, יהיה להן משקל מכריע בסתירת החוקה, גם כנגד רצון בת הזוג³⁰.

חזקת הרצון המשוער מתעלמת מהשאלה אם כל גבר שמעוניין בהבאת ילדים, היה רוצה בזאת גם לאחר מותו. האם ראוי ונכון להניח שרוב הגברים ירצו שילדיהם יגדלו יתומים מאב, בלי שתהיה להם אפשרות לקחת חלק בגידול הילדים³¹, וכאשר קיימת אפשרות סבירה שגבר אחר יגדל אותם? לדעתנו, לא תמיד ניתן להסיק מרצונו של אדם להיות הורה בחייו לגבי רצונו לאחר מותו³². לכן יש הדורשים הוכחה ממשית להסכמה גם כאשר רצונו העז של הגבר בילדים ידוע מעבר לכל ספק, למשל כשבני הזוג השתתפו בטיפולי פוריות³³.

ניתן לקרוא תגר גם על הרציונל העומד בבסיס חזקת הרצון המשוער, שמטרתה הטבעית של כל זוגיות היא הבאת צאצאים לעולם³⁴. במציאות החיים המודרנית ישנם זוגות רבים שחיים יחד מסיבות שונות ובוחרים

25 סעיף 13 להנחיות.

26 סעיף 15 להנחיות.

27 Schiff, לעיל הערה 19, בע' 949.

28 סעיף 16 להנחיות.

29 Strong, לעיל הערה 11, בע' 353.

30 סעיף 10 להנחיות.

31 שלו, לעיל הערה 18, בע' 97.

32 אם כי נבחין כי לעתים הזרע (או הביצית) שהוצאו לצורך טיפולי ההפריה אכן יושארו ברשותו של בן הזוג השורד ויועמדו לרשותו. השוו לחוק במדינת פלורידה: Fla. Stat. 742.17 (2003) (לצפייה [לחצו כאן](#)).

33 שלו, לעיל הערה 18, בע' 97.

34 סעיף 18 להנחיות.

שלא להביא ילדים לעולם³⁵. לא בכל מקרה ומקרה הזוגיות היא אינדיקציה מכרעת לשאלת הרצון בילדים, ויש לקחת זאת בחשבון בעת בחינת נסיבות העניין.

מלבד שיקוף רצונו של הנפטר עומדת לבת הזוג זכות עצמאית להורות. ההנחיות מכירות בה, ואנו נתייחס אליה בפרק העוסק במעמדה של בת הזוג. ניתן לטעון, בניגוד להנחיות, שזכות זו צריכה לגבור גם במקרה שידועה התנגדותו של בן הזוג. כפי שרצונו של המת לא יכול לכפות על אישה לשאת את ילדו לאחר מותו, כך רצונו להימנע מהבאת ילדים לא צריך להספיק לביטול זכותה של האישה. לפי תפיסה זו, זכותו של הנפטר שלא להביא צאצאים פוקעת עם מותו, ולכן היא אינה נפגעת³⁶. טיעון זה מתחזק לאור העובדה שבהתנגשות ישירה בין הזכות להורות של אישה לבין הזכות שלא להיות הורה נפסק בעבר בארץ שכאשר לאישה אין אפשרות אחרת להורות, תגבר זכותה³⁷. כמו כן, במקרה שאישה מתעברת בדרך טבעית ללא ידיעתו של הגבר, אין לו זכות לדרוש ממנה להפיל³⁸. אולם דוגמאות אלו לא בהכרח מתאימות לנושא ההפרייה לאחר המוות משום שכפי שנציין, האישה תוכל בדרך כלל להתעבר בדרך אחרת, וכמו כן אין מדובר בהתערבות ישירה בגופה. לכן במקרה שלנו נראה שרלוונטי יותר רצונו של הגבר שלא להיות הורה. כפי שציינו, המקרה הנפוץ ביותר כיום הוא היעדר ראיות לעמדה כזו או אחרת של הנפטר בשאלה, וחוקת הרצון המשוער מכריעה בקבלת ההחלטה. לכאורה, מדובר בהגשמת רצונו של הנפטר, אך, כפי שנראה בהמשך, האינטרסים של בת הזוג, של ההורים ושל הילד העתידי משחקים תפקיד מרכזי משלהם בהכרעה.

ד. מעמד בת הזוג

עד עתה עסקנו בסוגיה המקדמית של אופן נטילת הזרע ובהגשמת רצונו המשוער של הנפטר עצמו. כעת נעבור לדיון המהותי בשאלת מעמדם וזכויותיהם של הגורמים השונים החיצוניים לנפטר המעורבים בקבלת ההחלטה בדבר שימוש בזרע להפרייה.

ההנחיה נותנת מעמד עליון לבת הזוג מכוח זכותה העצמאית להורות³⁹, בניגוד להורי הנפטר, שזכותם לנכד איננה מוכרת בדין⁴⁰. עולה השאלה אם הזכות להורות כוללת זכות ספציפית להורות מבן הזוג הנפטר דווקא, שהרי האישה, שהיא בדרך כלל עדיין צעירה, יכולה להגשים זכות זו בדרכים אחרות⁴¹, ולכן אין זו משוואה פשוטה של זכותה של החיה מול רצונו המשוער של המת. מנגד, אפשר לטעון שלאישה שבחרה לקשור את גורלה בגורלו של אחר, צריכה להיות זכות להרות מאותו אדם⁴², ושהמדינה צריכה לעזור לה לממש זכות זו ולא להתערב בבחירת אבי ילדה, אם לא מתעורר אינטרס ציבורי נוגד⁴³. מדיניות מימון טיפולי ההפרייה הקיימת כיום⁴⁴ מבטאת חובה זו של המדינה⁴⁵, ויכול להיות שניתן להסיק מכך לגבי חשיבותה של

35 (2003) 440 Mass. 309, 778 N.E.2d 941, *Goodridge v. Department of Pub. Health*. בית המשפט פסק שאין לאסור נישואים חד מיניים מאחר שתוקף נישואים אינו דורש הבאת ילדים לעולם, ומציאות החיים מלמדת שישנם זוגות נשואים רבים שלא מביאים ילדים לעולם ולא מתכוונים לעשות זאת לאורך כל תקופת נישואיהם (אמנם מדובר בדוגמה מבית משפט אמריקני, אך סביר להניח שישנה תופעה כזו גם בישראל).

36 Gilbert, לעיל הערה 9, בע' 552.

37 דנ"א 2401/95 *נחמני נ' נחמני*, פ"ד נ(4) 661, 722 (דברי השופט דורנר).

38 Gilbert, לעיל הערה 9, בע' 553.

39 ר' רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפרייה הטכנולוגית" *דילמות באתיקה רפואית* (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 137, 145.

40 סעיף 22 להנחיות.

41 האישה יכולה לקבל תרומת זרע או להכיר גבר חדש ולהקים אתו משפחה.

42 תמ"ש (כ"ס) 11870/03 *ח"ש נ' מדינת ישראל* (לא פורסם; ניתן ב-29.9.2003) (לעיון בפסק הדין כפי שפורסם באתר "הורות שווה", [לחצו כאן](#)).

43 Gilbert, לעיל הערה 9, בע' 535.

44 רביצקי, לעיל הערה 39, בע' 147. המדינה מממנת טיפולי הפרייה עד שני ילדים לזוג נשוי.

הזכות גם כשמדובר במקרה שאין הסכמה מפורשת, אם כי חשוב לציין שמדובר במימון עבור זוגות נשואים, וספק אם יש להתייחס כך לבת זוג במקרה שלנו.

ההנחיה אינה דורשת שבני הזוג יהיו נשואים, אלא שיתקיימו ביניהם יחסים ממושכים ושטבעי להניח שהיו באים ילדים לעולם מקשר כזה⁴⁶. אמנם דרישה זו מצמצמת במידה רבה את הזכויות לשימוש בזרע הנפטר, שאם לא כן לכל אישה תהיה עילת תביעה לשימוש בו (למשל מעריצותיו של זוהר ארגוב ז"ל היו מבקשות את זכות השימוש בזרעו לולא תנאי זה⁴⁷), ולמרות זאת יש לחשוב אם דרישה זו איננה מקילה מדי, והאם לא ראוי לדרוש קשר נישואים כדי לאפשר את השימוש בזרעו של הנפטר, שכן ייתכן שלאדם מסוים היו מספר בנות זוג רציניות בסמוך למותו. הרי עצם הנישואים מהווים הצהרת כוונות ברורה יותר מחיים זוגיים להבאת ילדים לעולם, אף ללא קשר למשך היחסים לפני המוות⁴⁸. לדעתנו, ניתן יהיה להכריע בכל מקרה לגופו, ולכן ראוייה עמדת היועץ כי אין לדרוש נישואים ככלל מוחלט. במציאות החיים המודרנית בישראל ישנם בני זוג שמקימים משפחות ללא נישואים, ויש לכבד את זכותם השווה להורות. עמדה זו גם תאפשר בעתיד את הרחבת תחולת ההנחיה גם על זוגות חד מיניים⁴⁹, אם כי במקרה כזה אולי תעלה שוב השאלה אם אכן מוצדק מעמדו של בן הזוג מאחר שלילד לא יהיה כל קשר ביולוגי אליו.

מעמדה של בת הזוג על פי ההנחיות עלול גם לפגוע בה, ואפשר לטעון שיש להגן עליה בזמנה הקשה מפני קבלת החלטות לא רציונליות כתוצאה מאבלה או מאי השלמה עם עובדת מותו של בן זוגה⁵⁰. בהנחיות יש מודעות לבעייתיות וניסיון לוודא שהחלטה של האישה מתבצעת מתוך רצון חופשי ואמיתי, ולא כתגובה רגשית זמנית. על בית המשפט לקבוע מרווח זמן שרק לאחריו תוכל האישה להשתמש בזרע, ולוודא שניתנה לאישה תמיכה פסיכולוגית וסוציאלית שתבטיח שהחלטה התקבלה מתוך מודעות מלאה להשלכותיה⁵¹. למרות אמצעי זהירות אלו קיים חשש נוסף, שהמעמד שניתן לבת הזוג עלול לחשוף אותה ללחצים חיצוניים מצד ההורים או מצד החברה לעשות שימוש בזכותה זו, והחריג יהפוך לנורמה מקובלת, וכך לא תוכל האישה לפתוח פרק חדש בחייה גם אם תרצה בכך⁵². מעבר לכך, אם הליך בדיקת הכשירות וטובת הילד העתידי יהיה ארוך ומסובך, ובסופו תקבל האישה "חותמת הכשר" לביצוע הפרייה, ישנו חשש שתחוש מחויבות להליך ותעשה את הצעד המצופה ממנה גם אם נחישותה התערערה במשך הזמן שעבר⁵³.

ה. מעמד הורי הנפטר

קרו מקרים בארץ ובעולם שהורי הנפטר הם שביקשו לעשות שימוש בזרעו בעזרת פונדקאות כדי לגדל את נכדם בעצמם. על פי ההנחיות החדשות, בקשה כזו לא תתאפשר משום שנקבע שכפי שאין להם מעמד בעניין הולדת צאצאים בעוד בנם בחיים, כך אין להם זכות כזו גם במותו.

45 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942). בפסק דין זה נקבע שהמדינה לא תכפה עיקור כפעולה עונשית. ניתן אולי להסיק מכך שאף אסור למדינה להתערב בזכות להורות, ואולי אפילו בזכות להורות ספציפית, גם אם קיימים אינטרסים כבדי משקל בעד התערבות שכזו.

46 סעיף 24(ג) להנחיות.

47 Gilbert, לעיל הערה 9, בע' 554.

48 E. Shuster "The Parpalaiz v. Cecos, T.G.I. de creteil, 1 ch. Civ. Aug. 1, 1984. Gaz. Pal. 1984, 561-564. Dauusy 401 *J. Contemp Health & Pol'y* (1999) 15. *Posthumous Gift Of Life: The World According To Kane*. בית המשפט הצרפתי אישר את השימוש בזרעו שהפקיד הבעל לפני אשפוזו בבית החולים, אף שבני הזוג היו נשואים יומיים בטרם נפטר הבעל.

49 נדגיש שההנחיה תחול על זוגות הומוסקסואלים בלבד מאחר שמדובר בנטילת זרע. כמו כן, ספק בידינו אם אכן זוהי כוונת היועץ, אך את גלגלי הקדמה לא יוכל גם הוא לעצור, והמסקנה מתבקשת.

50 ר' לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית (ר' כהן-אלמגור עורך, 2002) 203, 206.

51 סעיפים 29-31 להנחיות היועץ.

52 שלו, לעיל הערה 18, בע' 98.

53 תודה ל"ר א' רייכמן על שהאיר את עינינו לגבי בעיה זו.

אמנם מדובר במקרה קיצוני יותר מכיוון שהילד שיוולד יהיה יתום משני הוריו, אם לנפטר לא הייתה בת זוג, או אם בת הזוג קיימת אך מתנגדת לנטילת הזרע, וההורים רוצים לעשות זאת בלעדיה, בעזרת פונדקאות. עם זאת ילד כזה בכל זאת יגדל במשפחה תומכת (סבא וסבתא, ולא אם חד הורית), ורבים מהשיקולים התומכים בשימוש בזרע הנפטר בידי בת הזוג חלים גם לגבי ההורים: רצון ההורים בהמשכות משפחתם (במיוחד כשהנפטר היה בן יחיד) והגשמת רצונו של בנם בהעמדת צאצאים גם ללא בת זוג⁵⁴. היועץ קובע שלאדם שאינו נמצא בזוגיות נמשכת, אין רצון להביא צאצאים לעולם⁵⁵, אולם במקרים רבים קביעה זו אינה עומדת במבחן המציאות⁵⁶. היועץ עצמו קובע שהרצון להמשכות קיים אצל רוב בני האדם, ורצון זה אינו קשור, לדעתנו, להיותם במערכת יחסים מסוג זה או אחר⁵⁷.

גם כאשר ישנה בת זוג המבקשת להשתמש בזרעו של הנפטר, ייתכן שההורים יוכיחו שבנם לא רצה להביא עמה ילדים לעולם, אך היה מעוניין בהעמדת צאצאים. לכן יבקשו להשתמש בזרע בעצמם ולגדל את נכדם. במצב זה אין דרך אחרת להגשים את רצונו האמיתי של הנפטר, ועולה השאלה אם לא ראוי להעניק להם מעמד במקרה שכזה. מלבד הזכות להורות, לא ברור מדוע נחות מעמד ההורים לעומת בת הזוג. האם מעמדה נובע מזכותה לילד שיישא את המטען הגנטי שלה ושל בן זוגה, או מכוח הגשמת הזוגיות והשאירה לילדים? אם מדובר בהצדקה הראשונה, הרי שנחיתות זו תבטל כאשר האישה עקרה או כשמדובר בזוגות חד מיניים (במקרים אלו בן הזוג השורד לא יהיה ההורה הגנטי).

מלבד שיקולי המשפחות, השימוש בזרע יכול לתת להורים דרך להנציח את בנם ולהתמודד עם אובדנם⁵⁸, אם כי שימוש בילד כנר זיכרון אינו ראוי, כפי שנטען בהמשך⁵⁹. יש הטוענים כי מדובר בפעולה "אובססיבית" ובלתי רצויה של הורים שכולים במסגרת מסע ההנצחה לבנם; אם תיפתח אפשרות שכזו, יש חשש שההורים לא יוכלו לעמוד בפיתוי ויממשו אותה ללא מחשבה רציונלית בדבר השלכות מעשיהם על עתידם ועל עתיד הילד הנולד⁶⁰. אפשר להציע את אותו ליווי פסיכולוגי הניתן כעת לבת הזוג לצמצום בעיה זו. ישנם גם מקרים שההורים מתנגדים לחלוטין לשימוש בזרעו של בנם בידי בת זוגו. ייתכנו כמה סיבות לכך, בין אם מדובר בחשש מתביעת מזונות או ירושה⁶¹, ביחסים מעורערים בין בת הזוג לנפטר או בינה לבין הוריו, או ברצונם לייצג את רצונו האמיתי (לדעתם) של המת. בעבר נפסק שלשיקולים כלכליים אין מקום בהתנגדות לשימוש בזרע לשם הבאתו של ילד לעולם⁶². היועץ מרחיב וקובע שאין להביא בחשבון שום שיקול מטעם ההורים, שכאמור, אינם מחזיקים בזכות עצמאית לנכד, מלבד התנגדות בשמו של הנפטר עצמו במסגרת עדויות לגבי רצונו האמיתי⁶³. ניתן לטעון כי עמדה זו עומדת בסתירה לזכותם של קרובי משפחה מדרגה ראשונה להחליט בדבר גורל גופת יקירם באשר להשתלת אברים, למשל⁶⁴. לדעתנו, אין בכך סתירה משום

54 בפלוגת נ' מדינת ישראל, עתירה שפורסמה ב-13.3.2002 באתר law.data.co.il ללא פרטים מזהים, מבקשים הורי חייל שנהרג בפיגוע, להשתמש בזרעו של בנם.

55 סעיף 19 להנחיות.

56 אפשר לחשוב על אדם צעיר שלא פגש עדיין את בחירת לבו, על אדם מבוגר יחסית שפשוט בחר שלא להתחתן, על אדם שמעדיף שלא להסתפק בבת זוג אחת ועוד. לדעתנו, לא נכון לומר שלאדם כזה אין כוונה או רצון להביא צאצאים לעולם.

57 סעיף 3 להנחיות.

58 עניין פלוגת, לעיל הערה 54.

59 שלו, לעיל הערה 18, בע' 98.

60 פרוטוקול הוועדה, לעיל הערה 12, בע' 8, דברי ד"ר זלינה בן גרשון מניסיונה כאם שכולה.

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

62 שם, בסעיף 9.

63 סעיף 22 להנחיות.

64 סעיף 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

שזכותם של קרובי המשפחה גם בנושאים אלו נובעת מידיעתם את רצונו האמיתי של הנפטר, ולא מתוך זכות עצמאית.

1. טובת הילד

הילד או הילדה שיוולדו, הם בוודאי בעלי עניין מרכזי ומושפעים עיקריים מההחלטה על שימוש בזרעו של אביהם לאחר המוות. בהנחיות אין כמעט התייחסות לטובתם העתידית, למעט קביעה שיש לרשום את הנוולד כבנו של המנוח.⁶⁵ קיימים שיקולים רבים בעניין שלא זכו כלל להתייחסות בהנחיות. אפשר שסיבה לכך היא שבעת קיום הדיון בשאלת השימוש בזרע עדיין אין קיום לילד, ולכן הוא איננו נחשב משפטית כבעל זכויות.⁶⁶ מעבר לכך, הגנה על טובתו האפשרית של ילד על ידי מניעת הבאתו לעולם אינה הגיונית, וישנם אף הסבורים כי סירוב להפריה לאחר המוות על רקע שיקול הוא מעשה בלתי נסלח.⁶⁷ אף על פי כן אין, לדעתנו, הצדקה להתעלם מהאינטרסים האפשריים של הילד (שהם גורם מהותי ומכריע בזמן האחרון בכל נושא הקשור בילדים) גם אם מדובר בשלב ראשוני, והדיון לגביו הוא, לכאורה, תיאורטי ביותר.

סוגיה ראשונה המתעוררת במלוא עוצמתה היא האם ראוי שהמדינה תעודד הולדת ילדים אשר ידוע מראש שיהיו יתומים מאב.⁶⁸ קשה להניח שתשובה חיובית מתיישבת עם האמנה הבינלאומית לזכויות הילד, שישראל חתומה עליה, ובה נקבע כי לילד זכות להכיר את שני הוריו, שיישאו באחריות לגידולו ולחינוכו.⁶⁹ איננו תומכים בדעה הקיצונית שהבאת ילד לעולם ללא שני הורים היא פשע מוסרי כנגד הילד והחברה,⁷⁰ אך עם זאת אין להקל ראש במחקרים המצביעים על כך שלהיעדר דמות אב יכולה להיות השפעה שלילית מאוד,⁷¹ ושילדים יתומים מגלים קשיים חברתיים ורגשיים רבים יותר שמפריעים להם בתפקודם בחברה.⁷² קשיים אלו מוחמרים עקב תפקודו הלוקי של ההורה החי, אשר שרוי עדיין באבלו.⁷³

במקרים מסוימים הבחירה בהולדה לאחר מיתה מעידה כי האישה לא הטמיעה עדיין את סופיות המוות, והיא משתמשת בתינוק כדרך להתמודד עם אובדן בן זוגה או כניסיון להמשך הקשר ביניהם גם לאחר מותו. במקרים אלה ישנו חשש שהילד ישמש כאנדרטת הנצחה לזכרו של המת⁷⁴ או כמעין "תינוק למזכרת"⁷⁵ שהאישה משאירה לעצמה מיחסיה עם האב. בין אם מדובר ברצונה לשמר את זכר המת, להחיותו מחדש או להמשיך את מערכת היחסים עמו כשהוא איננו עוד בין החיים, הילד הוא אמצעי להגשמת רצונה של האישה⁷⁶, ולא מטרה בפני עצמה. ילד שיחשוב כי אין רואים אותו כאדם בפני עצמו, ייחשף לבעיות קשות של הערכה עצמית.⁷⁷ במקרים קיצוניים אף עלול להיווצר מצב של תביעות של "הפריה בעוולה", בדומה לתביעות

65 סעיף 35 להנחיות. ניתן ללמוד על יחסן השולי של ההנחיות לילד מהעובדה שההתייחסות אליו באה עמוד אחד לפני סוף ההנחיות.

66 סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

67 כשר, לעיל הערה 20, בע' 234 (נציין שוב שפרופ' כשר הוא אב שכול, וניתן להבין את דבריו אלו על רקע נסיבותיו האישיות).

68 לנדאו, לעיל הערה 50, בע' 209-206.

69 סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (לעין בנוסח האנגלי של האמנה לחצו כאן).

70 דבריו של ג'ון סטיוארט מיל כפי שהם מצוטטים ב-A. Corvalan "Fatherhood After Death: A Legal and Ethical Analysis of Posthumous Reproduction" 7 A.L.B.L.I.S.T. 335, 336.

71 אריאל, לעיל הערה 10, בע' 334.

72 לנדאו, לעיל הערה 50, בע' 207. אמנם תחלוף לעתים תקופה ארוכה יחסית מיום המוות ועד לידתו של הילד, אך, לדעתנו, תקופת האבל על בן זוג שנפטר, יכולה להימשך זמן רב, והילד שנולד - וסביר שידמה לאביו - רק יחזק את תחושת האבל הקיימת ממילא אצל בת הזוג.

73 שם, בע' 208.

74 ראו אריאל, לעיל הערה 10, בע' 334.

75 Shuster, לעיל הערה 48, בע' 406.

76 לנדאו, לעיל הערה 50, בע' 209.

77 Shuster, לעיל הערה 48, מתארת בע' 411 אישה שהודיעה חגיגית ביום הלווייתו של בעלה כי הוא עומד לקום לתחייה. כל הנוכחים הריעו ומחאו כפיים. מקרה זה מצביע על תפיסה חריגה הקיימת בקרב נשים מסוימות באשר לשימוש בזרע של בן זוגן המת.

"הולדה בעוולה" שבהן ילדים שנולדים פגועים תובעים את הרופאים בגין התרשלות בהולדתם: הילדים היתומים מיום היוולדם יתבעו רופאים בגין סיועם להפריה לאחר המוות⁷⁸. לפי אותה טענה, הילדים יוכלו לתבוע בעילת ההולדה בעוולה גם את אמם, שבחרה להביאם לעולם ללא אב.

בחברות סגורות או מסורתיות עולה החשש שהילד יהיה "חשוד" לעד בשאלת זהותו של אביו עקב ההפריה לאחר המוות (גם אם הייתה הסכמה)⁷⁹ משום שלא כולם יידעו את נסיבות הולדתו, מלבד זאת שנולד לאחר מות אביו, והדבר עלול להקשות עוד יותר את חייו. יש גם ספקות לגבי מהימנות שיטת ההפריה המלאכותית, וקיים חשש שהתרשלות באופן שמירת הזרע תביא להולדת תינוק ממזר⁸⁰.

טיעונים אלו אכן כבדי משקל הם, אך לרוב אין בהם כדי לשלול לחלוטין הפריה לאחר המוות. נקודת המוצא להשקפה זו מצויה בהלכה הפסוקה שלעולם לא עדיף לילד שלא היה נולד, עד כמה שמצבו הנפשי או הגופני קשה⁸¹, ובייחוד כאשר מדובר בילד בריא הסובל לכל היותר מחסרונו של הורה אחד⁸². אף שאובדן הורה יכול להיות טראומטי ולגרום לקשיים לילד העתידי, ניתן לטעון שילדים רבים נולדים לתוך מצבים קשים, ושגם ילדים הנולדים לתוך משפחות רגילות עלולים לסבול מכל הקשיים הפסיכולוגיים שיכול לחוש הילד היתום, והפתרון לכך הוא טיפול ותמיכה, ולא איסור הולדה⁸³.

בנוסף נטען שילד שילמד על אודות המאמצים שהושקעו בהבאתו לעולם, תגבר הכרת התודה שלו על ההשגות שיהיו לו לגבי אופן לידתו, והוא יחוש רצוי ואהוב⁸⁴. כמו כן, יהיה ניתן בעזרת תקופת הצינון והבדיקה שלגביה מנחה היועץ⁸⁵, לוודא שהאישה יציבה בנפשה, ושמיניעה בדבר הולדת הילדים תואמים את טובתם, והם לא ייפגעו מעצם ההחלטה לאשר הפריה לאחר המוות. בעזרת הליווי הפסיכולוגי לתהליך נוודא שהאישה אינה מקבלת את ההחלטה בגלל שאינה מכירה בסופיות המוות של בן זוגה, אלא מתוך הגשמת רצונם המשותף להביא ילדים לעולם⁸⁶. כך יבוא לעולם ילד רצוי ביותר ואהוב שיוכל להתמודד עם המצב הקשה של היתמות ויזכה לחיים מלאים ומאושרים⁸⁷. מנגד, ניתן לטעון שבדיקה כזו מפלה את האישה שמבקשת להשתמש בזרע, לעומת הפריה רגילה או לעומת הריון טבעי, שבהם לא נדרשות בדיקות רקע שכאלה. טענה זו אינה מתייחסת לבעיות הייחודיות שהעלינו לגבי הליך זה, במיוחד השימוש בילד כהתמודדות עם האבל או כאתר הנצחה למת.

לדעתנו, כאמור, הדיון בטובת הילד מהותי ביותר לשאלת ההפריה לאחר המוות⁸⁸. יש לדון בכך באופן פרטני, ובייחוד להעריך את מצבה של כל אישה, לחשוף את האמת העומדת מאחורי בקשתה להפריה ולהעריך את תמיכת הסביבה, קרובי המשפחה והקהילה בהחלטה ואת אפשרות השתתפותם בגידול הילד. אין לצאת מנקודת הנחה שרצון האם חופף בהכרח את טובת הילד, אלא לקבוע זאת בכל מקרה לאור נתוני הייחודים, גם אם בדיקה זו תהייה כרוכה בעיכוב ניכר של ביצוע ההפריה.

78 לנדאו, לעיל הערה 50, בע' 209.

79 Shuster, לעיל הערה 48, מפנה בע' 424 לסיפור "עולמו של גארפ". אמו של גארפ הפרתה עצמה ללא הסכמה בעזרת גבר שנטה למות, וגארפ נחשד תמיד שהוא ילד ממזר.

80 בעניין אלמונית, לעיל הערה 61, האב הביע את חששו שהזרע אינו של הבן, אף שהיה ברור שלא כך הדבר.

81 ע"א 518/82 זייצוב ואח' נ' כץ ואח', פ"ד מ(2) 85, 125 (דבריו של השופט לוין).

82 Corvalan, לעיל הערה 70, בע' 363.

83 כשר, לעיל הערה 20, בע' 234.

84 Gilbert, לעיל הערה 9, בע' 546.

85 סעיף 30 להנחיות.

86 כשר, לעיל הערה 20, בע' 230.

87 שם, בע' 234.

88 לנדאו, לעיל הערה 50, בע' 220.

ז. סיכום והצעות לתיקון

הנחיות היועץ המשפטי מקיפות ונוגעות ברוב הגורמים שסקרנו לעיל, אולם, לדעתנו, לא נעשה בכל מקרה איזון מלא של זכויות הנוגעים בדבר. לא ניתן ביטוי מספיק לכבוד המת ולטובת הילד, ולא אובחנה הבעייתיות הכפולה בהקניית המעמד העליון לבת הזוג⁸⁹. חיסרון בולט נוסף בהנחיות הוא היעדר התייחסות לאפשרות השימוש בביציות של אישה שנפטרה. יכול להיות שניתן להסיק מההנחיות ששימוש כזה מותר על אף הצורך בפונדקאות⁹⁰.

כפי שראינו בהארה, ישנו חוסר ודאות לגבי תוקפן הנורמטיבי של ההנחיות ותרגומן לשפת המעשה. חוסר זה יכול לבוא על פתרונו בחקיקה. עם זאת אפשר שבשל רגישות העניין, משום ההתפתחות הטכנולוגית המהירה ובגין מיעוט המקרים אין עדיין מקום לצעד זה, וראוי להשאיר את הסדר הסוגיה בהנחיות או בתקנות⁹¹ מתוך התחשבות בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה, כפי שציין גם היועץ המשפטי בהנחיותיו. אפשר לחזק טיעון זה בכך שלמדינה אין זכות לקבוע כללים מחייבים (אפילו לא בהנחיות) בתחום הבאת צאצאים לעולם, תחום שהוא אחד מיסודותיה של הזכות לפרטיות⁹². מנגד, ניתן לטעון שמאחר שנושא זה כרוך בזכויות חשובות של כבוד האדם והזכות למשפחה, חובה להסדיר אותו בחוק, ולא להשאיר את ההכרעה בו למצפונו של השופט הדן בעניין בלבד⁹³. חקיקה חשובה גם בעבור הרופאים, שזקוקים להוראות מפורשות לפעולה שכזו הן בשל השאיפה למדיניות אחידה והן בשל הצורך הדחוף בהכרעה⁹⁴. הנחיות היועץ אינן מעלות את העניין לסדר היום הציבורי כפי שהיה עושה דיון בכנסת, ופעמים רבות הנוגעים בדבר אינם יודעים על קיומה של אופציה זו ומהן זכויותיהם לפיה. כללים ברורים בחקיקה שיובאו לידיעת הציבור יוכלו להיות בסיס להסדרים פרטניים יותר מתוך צפיית העתיד לבוא⁹⁵. כללים אלו אף יסדירו את שאלת מימון טיפולי ההפריה לאחר המוות בידי המדינה⁹⁶. ניתן להשלים את הטיעון בכך שמדובר בהכרעות מוסריות מהותיות וחוקתיות מהמעלה הראשונה, ואל למחוקק להתעכב בהסדרתן.

כדי לצמצם ככל האפשר מקרים עתידיים של חוסר ודאות אנו ממליצים לחפש דרכים להעלאת המודעות בציבור לאפשרות ההפריה לאחר המוות כדי שגברים יוכלו לקבוע במפורש מה ייעשה בזרעם לפני מותם⁹⁷. ההסכמה או הסירוב יכולים לבוא בשאלון שימלאו לפני קבלת טיפולי הפריה או טיפול מסכן חיים, או בצורה של כרטיס תורם, בדומה להסדר לגבי תרומת אברים⁹⁸. איננו טוענים שהיום יש לאמץ הסדר נוקשה כמו באנגליה, למשל, שאינה מאפשרת כלל נטילת זרע מגופו של הנפטר ללא הסכמתו המפורשת בכתב⁹⁹, אולם בהחלט ניתן יהיה לחשוב על הסדר כזה בעתיד, לאחר שתהיה מודעות מספקת לעניין, או אם יונהג נוהל של

89 ראו דיון בפרק ד: מצד אחד לאישה משקל מוחלט בהכרעה, ומצד שני היא חשופה ללחצים מכל הצדדים.

90 י' שנקר "העמדת צאצאים לאחר המוות" מכתב לחבר (1996) 16, 17. בעתיד הלא רחוק יהיה אפשר להקפיד גם ביציות. עניין זה בעייתי במיוחד בשל האיסור הקיים כיום בחוק על שימוש שכזה. ראו סעיף 10 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987.

91 פרוטוקול הוועדה, לעיל הערה 12, בע' 20, דבריה של ח"כ ענת מאור, יושבת ראש הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי טכנולוגי.

92 Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 (1972) (אין לאסור שימוש באמצעי מניעה מאחר שלמדינה אין זכות להתערב בהחלטותיו של אדם לגבי הולדה, גם אם אינו נשוי).

93 Jhordan C. v. Mary K., 179 Cal. App. 3d 386 (1986).

94 כזכור, יש לרופאים חלון פעולה של עד 36 שעות לנטילת הזרע ומכאן הדחיפות. עו"ד ויצ'נר מספרת על טלפונים בהולים בחצות הליל ליועצים המשפטיים של משרד הבריאות מרופאים אובדי עצות.

95 L. A. Dwyer "Dead Daddies: Issues in Postmortem Reproduction" 52 Rutgers L. Rev. (2000) 881, 910

96 אם ייאסר על המדינה להתערב בתחום, תיווצר הפליה לטובת עשירים בביצוע ההליך (כזכור, המדינה מסדירה וממננת טיפולי הפריה רגילים עד שני ילדים במשפחה).

97 פרוטוקול הוועדה, לעיל הערה 12, בע' 18, דבריה של ורדיית רביצקי, בתמיכתה של עו"ד נעמה ויצ'נר.

98 Strong, לעיל הערה 11, בע' 365. ניתן להשתמש בכרטיסים כגון כרטיסי אד"י המשמשים בתרומת אברים.

99 Human Fertilisation and Embryology Act, 1990 (c. 37), Sch. 3 (לצפייה לחצו כאן). ישנם חוקים דומים לגבי דרישה להסכמת התורם (אם כי לא בהכרח נפטר) גם במדינות ארצות הברית, כמו איידהו: Idaho Code (1993) s. 39-5403 (לצפייה לחצו כאן).

איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א(1) (התשס"ד) 11

הסכמה מראש (למשל בעת רישום לנישואים). מצד שני, איננו טוענים שיש להשאיר את ההחלטה בידי בני המשפחה (כולל בת הזוג) והרופאים, כמו בארצות הברית, ללא כל התערבות¹⁰⁰, אלא שיש לשאוף לכך שבהחלטה על הסדר עתידי יישקלו באופן מלא וראוי כל הזכויות של הנוגעים בדבר מהשלב הראשוני של נטילת הזרע ועד לשלב הלידה ואחריו.

בפתח ההארה ניסינו לברר אם ההפריה לאחר המוות תגשים את חלומו של ראובן או שמא תהיה חלק מחלום בהלות. לעולם לא נוכל לדעת משאלות לבם של מתים, אך אולי נוכל דרך האיזון הראוי לנסות ולהגיע לתשובה קרוב ככל האפשר.

Shuster 100, לעיל הערה 48, בע' 419.