

על השיקולים להכרה במעמד הסבות

ליבת סומך ואורן טרגש*

א. מבוא

ב. ההסדר המשפטי

1. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
2. חוק האנטומיה והפתולוגיה
3. חוק הסכמים לנשיאת עוברים ותקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית)
4. תקנות בריאות העם (בנק הזרע)
5. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
6. מעמד הסבים בחוק ובפסיקה הישראלית
7. משפט משווה
 - א. אנגליה
 - ב. קנדה
 - ג. ארצות הברית
8. סיכום ביניים

ג. מעמד הסבות כנגזר מהזכות להורות

1. הורות והזכות להורות
 2. ההצדקות שבבסיס הזכות להורות
 3. האם ניתן להרחיב את מעמד הסבות בהתבסס על ההצדקות שבבסיס הזכות להורות?
- ד. השיקולים לבחינה: האם ראוי להכיר במעמד או באינטרס הסבים

1. רצון הנפטר
 2. טובת הילד
 - א. "יתמות מתוכננת וגלעד זיכרון"
 - ב. מסוגלות הסבים
 3. נטל כלכלי
 4. השפעה על הציבור הדתי
 5. השפעות משפטיות
- ז. סיכום

א. מבוא

מאז פריצת הדרך המדעית בתחום ההפריה המלאכותית, מתמודד המשפט עם סוגיות ערכיות קשות בקביעת הורות של ילדים.¹ אחת המשמעויות של התפתחות מדעית זו היא, כי אדם יכול להמשיך את זרעו גם לאחר מותו. הדבר נעשה באמצעות הליך של שאיבת זרע מגופו זמן קצר לאחר המוות, הפריית הזרע בביצית פורה וטמינתו ברחם אישה. אפשרות זו מעלה קשיים משפטיים לא מעטים, ומתוכם בחרנו להתמקד בסוגיה אחת – זו של מעמדם של הורי המת – הסבה והסב הפוטנציאליים בנסיבות של פטירת בנם.

המאמר נכתב בעקבות בקשה שהגישו הורים לעשות שימוש בזרע בנם, חייל שנהרג בעת פעילות מבצעית בעזה, כדי להביא נכד לעולם. במקרה זה נהרג הבן בהיותו רווק, ולפיכך לא היה אפשר לממש את אבהותו באמצעות ההליך הקבוע לכך, הנפתח בפניית בת הזוג של הנפטר לבית

* סטודנטים למשפטים באוניברסיטת חיפה וחברי מערכת "הארץ דין".

¹ רות זפרן "המשפחה בעידן גנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** 2(1) 222, 224 (2005).

המשפט.² למרות זאת, כמפורט בבקשה שהגישו הוריו, ביטא הנפטר פעמים רבות במהלך חייו את אהבתו וכמיהתו לילדים ואת רצונו להיות לאב. הוריו הצהירו בבקשתם על שיחות עם בנם, שבהן סיפר על חלומות בהקיץ על ילדיו לעתיד ועל רצונו ההולך וגובר בילדים, וכי הוא היה רוצה להקים משפחה עוד במהלך שירותו צבאי. במותו, פנו ההורים לבית המשפט בבקשה להוציא זרע מגופו ובקשתם נענתה בחיוב. בעקבות פניית ההורים לציבור הרחב, נמצאה אם פוטנציאלית אשר הביעה נכונות להיות אם לילד בשל כמיהתה הכנה להורות, וההורים פנו לבית המשפט, הפעם בבקשה שיאשר להם להפרות את האם המיועדת בזרע בנם. בית המשפט בפרשת **כהן** אישר באופן תקדימי את בקשתם.³

המאמר מבקש להתמקד בנקודת הזמן שלאחר מות האב ולפני לידת הילד ומטרתו היא לבחון אם ראוי להעניק לסבים מעמד כלשהו כאשר הם מבקשים לעשות שימוש בזרע בנם כדי להביא נכד לעולם ובנם אינו יכול להביע את דעתו בנקודת הזמן הקונקרטית.⁴ האם במקרים כאלה ראוי שהדין יאפשר למלא את מבוקשם? כפי שנראה בהמשך, לפי הדין הישראלי כיום, מעמד הסבים ומעורבותם בחייו של הילד הינם מוגבלים ביותר. לנוכח מצב משפטי זה, נראה שהבאת נכד לעולם מכוח בקשת סבים בלבד ובלא דעתו הוודאית של האב המנוח – תרחיב בהכרח את מעמד הסבים.⁵ במאמר זה ננסה להעלות סוגיות שונות הקשורות לנושא זה ולבחון אם ראוי לאפשר לאדם להיהפך לסב בנסיבות המתוארות. למותר לציין כי כל הכרה בקיום מעמד שבו אדם זכאי מכוח דין להיהפך לסב, תשפיע במישרין על החקיקה הנוגעת לדיני המשפחה והירושה ואף עשויה להפוך סדרים בתוך המשפחה עצמה.

בפרק ב נבחן את ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים לסיטואציה שלפנינו, ונעמוד על היקף ההגנה שזוכה לה המעמד של סבים וסבות בארץ ובעולם. בפרק ג נבחן את הזכות להורות ואת השפעותיה על היקף האינטרס של סבים וסבות. בפרק האחרון נעמוד על השיקולים שיש להתחשב בהם בדיון בשאלה אם ראוי להכיר באינטרס של סבים וסבות בהקשר שעוסקת בו רשימה זו.

ב. ההסדר המשפטי

בפרק זה נבקש לבדוק את נקודות ההשקה האפשריות של החקיקה הישראלית עם מתן תוקף לאינטרס של סבים בנסיבות שתוארו בפרק א לעיל. ניתן להבחין בשני סוגי חוקים: **הראשון**, הסדרים כלליים שמהם ניתן ללמוד ולהקיש על הנושא הנידון; **השני**, הסדרים ספציפיים הנוגעים לסיטואציה של דיוננו. רוב ההסדרים יהיו מהסוג הראשון, היות שנושא זה טרם נידון במשפט הישראלי בשעת כתיבת דברים אלו.

² "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג), ניתנות לאיתור ב: www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/2DCE0B40-B4D6-441F-A792-342A33982AD6/0/12202.pdf

³ תמ"ש (ת"א) 4940/05 **כהן נ' המרכז הרפואי המשולב שיבא** (טרם פורסם, 15.2.2007) (להלן: פרשת **כהן**). נבקש לציין שני פרטים טכניים בנוגע למתן פסק הדין: ראשית, פסק הדין לא פורסם אך נסקר בכלי התקשורת לנוכח החידוש שבו. שנית, בית המשפט נתן בעניין החלטה בלבד בלא הנמקות.

⁴ אף ששימוש האינטרס של הסבים והסבות בהקשר זה יכול שיהא באמצעות הוצאת זרע או הוצאת ביצית, נבקש להתמקד במקרים של הוצאת זרע בלבד מפאת קוצר היריעה.

⁵ אמנם בפרשת **כהן** האב הביע כאמור כמיהה ורצון לילדים משלו, כך שלכאורה ידועה דעתו הוודאית של האב. אולם השאלה האמיתית היא אם הוא עדיין היה מעוניין בהבאת ילדים, לו ידע שיגדלו יתומים ושלא יכירם לעולם.

בבחינת ההסדרים השונים, נבדוק את התנגשות הזכויות והאינטרסים השונים שיווצרו לכשימומש האינטרס של הסבים. מהצד האחד, קיים מתח בין זכותו של הנפטר לשמירת כבודו אף במותו, לבין השאיפה לממש את רצונו כפי שהובע עוד בחייו. מהצד האחר, מדובר במתח בין האינטרסים של הורי המת – המשכיות הדור, הזכות למשפחה, והזכות לחיות בדרכם שלהם – לעומת זכויות הילד שטרם נולד, על אף הקושי לייחס זכויות למי שטרם נוצר. לנוכח מורכבות הסיטואציה והחסר המשפטי, המציאות יצרה צורך בהסדרת הסיטואציה של הפריית ביצית בזרעו של מנוח, כעולה מסקירת הדין הקיים להלן.

1. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

בשנת 2003, לנוכח ריבוי פניות לבית המשפט בבקשות הוצאת זרע מן המתים לצורך הפריה, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות בעניין זה.⁶ מטרת ההנחיות היא לתת מענה חוקי לבקשות אלו והן גובשו על יסוד ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל בסיס זכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי.⁷ על אף מעמדן הנורמטיבי הנמוך יחסית (הנחיות בלבד), הן מהוות את ההסדר החוקי היחיד העוסק ספציפית בשאלות המתעוררות בענייננו. ובנוסף, קהל היעד שלהן אינו בית המשפט או הפרט, אלא הן נועדו להנחות מראש את המדינה (בבואה לפני בית המשפט) ואת הקליניקות הרפואיות (בהתמודדותן עם בקשות ממין זה). היועץ המשפטי קובע, שיש להיענות לבקשות של הוצאת זרע מן המת אך ורק אם הייתה למת בת זוג בעת מותו ולפי בקשתה.⁸ זאת הואיל ורק כאשר לנפטר הייתה בת זוג, ניתן לייחס לו רצון משוער וקונקרטי, וממילא רק במקרה כזה הוצאת זרע מן המת עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. לעניין הורי הנפטר, קובע היועץ המשפטי לממשלה שאין להורי הנפטר זכות או מעמד חוקי לעניין שימוש בזרע בנם לאחר מותו, ומכאן שההנחיות מכירות בזכות להורות אך לא באינטרס של הסבים. יצוין כי פרשת כהן קדמה לפרסום ההנחיות, ולכן היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד לבקשה.⁹

במאמר מוסגר יש לציין, כי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את הרשות המבצעת.¹⁰ למעשה, תוקפן מחייב כל עוד בתי המשפט או הכנסת לא שינו את ההנחיות על ידי החלטה סותרת.¹¹ היות שהנחיות היועץ המשפטי לממשלה אינן בעלות מעמד נורמטיבי גבוה, כאמור, הרי שלכאורה ניתן לעגן את מעמד הורי הנפטר אף באמצעות עתירה לבית המשפט.

2. חוק האנטומיה והפתולוגיה¹²

לדעת ד"ר וינרוט, על החוקיות שבהוצאת זרע מן המת ניתן ללמוד מתוך חוק האנטומיה והפתולוגיה, שכן שאיבת זרע תואמת את המשמעות של "ניתוח גופה" כעולה מחוק זה.¹³ לכאורה

⁶ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2.

⁷ שם, בעמ' 1-2.

⁸ שם, בעמ' 5-6.

⁹ שם. בפרשת כהן, לעיל הערה 3, היועץ המשפטי לממשלה לא התנגד מבחינה עקרונית, היות שהמנוח נפטר שנה לפני צאת ההנחיות.

¹⁰ בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה פ"ד נו(6) 900, 910 (2002).

¹¹ בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים (טרם פורסם, ניתן ביום 14.1.2007).

¹² חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, ס"ח 134.

החוק אוסר לשאוב זרע מן המת, שכן הוא מתייחס למצבים שונים שבהם ניתן לבצע נתיחה בגופה לאחר המוות, אולם שותק באשר לסיטואציות של שאיבת זרע לצורך הפריה. ויינרוט טוען כי כל עוד לא הותר במפורש בחוק להוציא זרע מן המת, יש לראות זאת כאיסור.¹⁴ לדעתנו, מדובר בחסר ולא בהסדר שלילי,¹⁵ כלומר בעת חקיקת החוק (שנת 1953) לא צפו את התפתחות הטכנולוגיה שתאפשר שאיבת זרע מן המת, ולכן לא הסדירו את הסוגיה בחוק זה.¹⁶ הלכה למעשה, לטענתנו, דעתנו של ויינרוט קיצונית מדי לנוכח שנת חקיקת החוק, ולמעשה ניתן לקבוע כי מדובר בלקונה שתתפרש בדרך החיוב – היות שהחוק אינו אוסר במפורש את שאיבת הזרע מן המת, ראוי לפרש את החוק ברוח ההתקדמות הטכנולוגית ולהתירה.

3. חוק הסכמים לנשיאת עוברים ותקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית)

תקנות בריאות העם,¹⁷ בדומה לחוק הסכמים לנשיאת עוברים,¹⁸ רלוונטיות לעניין הנדון כיוון שהן אינן מתירות שימוש בזרע של אדם שנפטר, וזאת ניתן ללמוד משילוב של סעיף 10 לתקנות וחוק שווי זכויות האישה.¹⁹ לפי ויינרוט, תקנה 10 לתקנות בריאות העם²⁰ אוסרת שימוש בביצית של אישה שנפטרה (שנלקחה טרם פטירתה), אלא אם כן היא נתנה את הסכמתה המפורשת מבעוד מועד. מכוח סעיף 1א לחוק שווי זכויות האישה,²¹ יש להחיל את הדין גם על זרעו של הגבר. לכלל מסקנה דומה ניתן להגיע באמצעות בחינת חוק ההסכמים לנשיאת עוברים, שכן הוא מגביל את השימוש בו להורים מיועדים בלבד.²²

4. תקנות בריאות העם (בנק הזרע)

בתקנות משתקפת גישת משרד הבריאות שיש לפקח באדיקות על נושאים הקשורים בהפריה מלאכותית. הדבר בא לידי ביטוי בכך שהפריה מלאכותית יכולה להתבצע רק בבתי חולים.²³ התוצאה היא אפוא שהסבה והסב המבקשים להביא נכד לעולם תלויים בהסכמת רשויות המדינה. יתרה מזו, המציאות מלמדת שלפני הורים עתידיים, שאינם חלק ממשפחה מסורתית מוכרת,²⁴ מוערמים קשיים רבים יותר להביא ילדים לעולם שלא בדרך הטבעית כחלק ממדיניות

13 אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר – היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27, 100, 103 (2002).

14 שם, בעמ' 106.

15 הסדר שלילי משמעו, שהיות שהמחוקק לא התיר את הדבר במפורש בחוק, הדבר אסור. מנגד עומדת הלקונה, שהינה חסר בחוק שבתי המשפט יכולים למלאו בתוכן – ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות בחקיקה 122 (1993).

16 וינרוט, לעיל הערה 13, בעמ' 106.

17 תקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), התשמ"ז-1987, ק"ת 5035.

18 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, ס"ח 1577.

19 וינרוט, לעיל הערה 13, בעמ' 108, 109.

20 תקנה 10 לתקנות בריאות העם, לעיל הערה 17.

21 סעיף 1א לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ס"ח 82.

22 חוק הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 18.

23 תקנות 3-2 לתקנות בריאות העם (בנק הזרע), התשל"ט-1979, ק"ת 3996.

24 הכוונה למשפחה ששני ההורים בה הם גבר ואישה הטרוסקסואלים הקשורים בברית הנישואין כדת וכדין.

מכוונת.²⁵ עם זה, נראה לנו שהיה אפשר להעמיד גישה חלופית באמצעות פרשנות מתאימה לתקנות, בדומה להשקפת ארגון "משפחה חדשה",²⁶ ולפיה גם משפחה שאינה מסורתית יכולה לדאוג לכל צרכיו הפיזיים והרגשיים של הילד במידה מספקת, המצדיקה זכות בסיסית כגון הורות.²⁷ לפי גישה זו ניתן לטעון כי הסבה והסב יכולים למלא תפקיד גדול יותר בתמיכה בילד במצבים שבהם ההורה אינו בחיים.²⁸ לפיכך, יש לאפשר לסבים את השימוש בהליכי הפריה מלאכותית או הזרעה בנסיבות העניין.

5. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

ההגנה על הזכות לכבוד מוענקת מכוח סעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד²⁹ ומוקנית לא רק להורי המנוח כי אם גם לבנם המת. התוצאה היא שאם מבקשים להכיר באינטרס של הסבים כחלק מהזכות לכבוד, הדבר עשוי מהיבטים מסוימים לעלות בקנה אחד עם זכותו לכבוד של בנם, אך מהיבטים אחרים עשוי לעמוד במתח עמה, כפי שנסביר להלן.

על הזכות להקמת משפחה כמעוגנת בזכות לכבוד כבר עמדה השופט פרוקצ'יה: "הזכות למשפחה הינה אחד היסודות המרכזיים של הקיום האנושי. היא נגזרת מההגנה על כבוד האדם, מן הזכות לפרטיות, ומן ההגשמה של עקרון האוטונומיה של רצון הפרט, המצויה בגרעינו המהותי של מושג כבוד האדם. המשפחה וההורות הם מימושו של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה".³⁰ דברים אלה יכולים לחזק הן את זכותו של המנוח להשאיר אחריו משפחה והן את האינטרס של הורי המנוח בהמשכיות הדור. העיקרון הבסיסי שעליו מבוסס אגד הזכויות הללו הינו ההכרה בצורך הבסיסי של אדם לראות את זרעו נותר וממשיך אחריו.

עם זה, בחינה מעמיקה של הזכות לכבוד של הבן המנוח, עשויה להביא גם לידי תוצאה מנוגדת. נניח סיטואציה שבה בן יחיד במשפחה אינו מוצא אישה להקים עמה משפחה. האם להוריו הזכות לבוא אליו בדרישה כי יוליד להם נכד? השכל הישר מורה לנו שלא, היות שלעומת

²⁵ ראו את דעתם של שולמית אלמוג ואריאל בנדור "חופש הרבייה כזכות יסוד" **היריון מסוג אחר** 115, 133 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996). נראה כי דברים אלו נכתבו בנימת ביקורת, ולדעת הכותבים דווקא היה ראוי לשנות את האיזון הקיים בחוק, באופן שחופש הרבייה יחול על מספר מבקשים גדול יותר. ראו גם מירי בומבך ורונילי שקד "מהפכה במוסד 'הזכות להורות' תמורות בחברה הישראלית" **רפואה ומשפט** 26, 121, 131 (2002).

²⁶ גישת ארגון משפחה חדשה, ששם לנגד עיניו את המטרה לקדם את זכויות כל התאים המשפחתיים בארץ, כגון משפחות חד הוריות או חד מיניות. ניתן לאיתור ב- www.newfamily.org.il.

²⁷ אלמוג ובנדור, לעיל הערה 25, בעמ' 130. אלה שגיאי "טובת הילד וזכויותיו" **היריון מסוג אחר** 161, 166 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996) ומאיר שמגר "סוגיות בנושא הפריה ולידה" **הפרקליט** לט 21, 34 (1989).

²⁸ בהקשר זה נבקש לציין שיש הסוברים שהחשיבות של הקשר המהותי של הסבה והסב עם נכדם הינו בעל חשיבות רבה כמעט כמו היחסים שבין ההורים לילדיהם. הסבים והסבות משמשים מוקד תמיכה פוטנציאלי. נושא זה נחקר בשנים האחרונות לעומקו ונמצא כי יחסי שלושת הדורות משפיעים זה על זה ואף תלויים אחד ברעהו. ראו: ליאורה פינדלר "סבים וסבות כמקור תמיכה חברתית במשפחות לילדים עם נכות" **חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית** 25, 395, 397 (2005).

²⁹ סעיפים 2 ו-4 לחוק- יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 1391.

³⁰ בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' **שירות בתי הסוהר** (טרם פורסם, ניתן ביום 13.6.2006) (להלן: עניין דוברין), פנחס שיפמן "הזכות להיות הורה" **באוניברסיטה** 5, 22, 22 (1991), ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד כג(4) 570, 526 (1999).

רצון הסב לנכד, תעמוד זכותו הבן לבחור אם להיות הורה אם לא.³¹ בשונה מהדוגמה שהוצגה, בפרשה זו מטרתם העיקרית של הורי הנפטר הייתה, לטענתם, **לממש את רצון בנם**, ועל כן אין התנגשות זכויות כזו. במאמר מוסגר נציין, כי אפשר שתעלה שאלת הפגיעה בזכויות הנכד שטרם נולד, ואולם לא נתעכב בה, אלא נבחן אותה בהמשך מפן אחר – טובת הילד.³²

העולה במקובץ מהדברים שעלו עד עתה הוא שהליך ההפריה בנסיבות הנידונות ברשימה זו ישרת את זכותם לכבוד גם של הורי המנוח וגם של המנוח עצמו.

בנוסף, ניתן לטעון שלעומת מעמד הסבות עומד כבוד המת. ניתן לטעון שתהליך הוצאת הזרע מן המת כרוך בפעולה פולשנית ואגרסיבית – קצירת האשך עם דרכי המין, ולכן זהו הליך המחלל את כבוד המת.³³ נמצא אפוא שלעתים, אם לא נשמר זרע מבעוד מועד, מימוש הזכות לסבות עלול לפגוע בזכותו של אדם לשלמות גופו.³⁴ לכאורה לא מתעורר קושי חוקי, שכן המתים הם משוללי זכויות, אולם נפסק זה מכבר שבכבוד האדם כלול גם כבוד המת.³⁵ יש שיראו לא רק בניתוח הגופה עצמה חילול כבוד המת אלא גם בקבלת החלטות במקומו של המת, בייחוד בעניינים רגישים כגון הבאת ילדים לעולם או בחירת אם הילד.³⁶ סוגיה זו עוד תיבחן ביתר פירוט בהמשך,³⁷ אך בקצרה ייאמר כי יש להבחין בין כיבוד רצון המת, כפי שהובע בעודו בחייו, כחלק משמירת "כבוד המת", לבין שמירת שלמות גופו של המת ואי חילולו על פי העיקרון של "כבוד המת".

6. מעמד הסבים בחוק ובפסיקה הישראלית

עקרונית, החוק הישראלי אינו מקנה מעמד רשמי לסבים של ילד כל עוד הוריו בחיים וכשירים מהבחינה המשפטית. סעיף 14 לחוק הכשרות והאפוטרופסות³⁸ קובע חד משמעית, כי אפוטרופוסיו הטבעיים של ילד הינם הוריו. לפיכך ובהיעדר הוראה חוקית מפורשת אחרת, הרי שבנסיבות שבהן שני ההורים כשירים, לא יהיה לסבים כל מעמד חוקי.³⁹ עם זה, כאשר אחד מההורים נפטר, סעיף 28א' לחוק הכשרות והאפוטרופסות מקנה לבית המשפט סמכות לתת הוראות בדבר המגע שבין הילד לבין הורי המת.⁴⁰ בית המשפט, ביישמו את הוראת החוק האמורה, בוחן את טובת הילד על פי ממצאים שבעובדה ולא כמושג ערטילאי.⁴¹ ביסוד בחינה זו,

³¹ קראו על חשיבות הזכות לאי הורות בדנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661, 682 (1996) (להלן: עניין **נחמני**).

³² ראו פרק ד.2. להלן.

³³ כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" **רפואה ומשפט** 27, 96, 97 (2002).

³⁴ סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³⁵ ע"א 1482/92 **הגר נ' הגר**, פ"ד מז(2) 793, 801 (1993).

³⁶ וינרוט, לעיל הערה 13, בעמ' 109. רוזלי בר "סוגיות אתיות ביצירת ילדים באמצעות אם פונדקאית" **דילמות באתיקה רפואית** 189, 196 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב).

³⁷ ראו פרק ד להלן.

³⁸ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

³⁹ על סמך עיקרון זה, דחה בית המשפט את עתירת סבי הנכד לקיום הסדרי ראייה עמם היות שאין לסבים מעמד חוקי לעתירתם, זאת בנסיבות שבהן האם כשירה והאב מרצה עונש מאסר, ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 1290/03 **פלוני נ' פלונית** פ"מ תשס"ג (3) 529, 535 (2003).

⁴⁰ סעיף 28א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, לעיל הערה 38.

⁴¹ בג"ץ 4238 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים פ"ד נח(1) 481, 488 (2003).

בית המשפט שם בראש מעייניו את ההשקפה שלפיה למשפחה הנרחבת, ובפרט לסב ולסבה, יש חשיבות רבה בחיי הילד והם תורמים לא רק להתפתחותו התקינה, אלא הם אף מקנים תוקף לחשיבות המשכיות הדורות וקשרי הילד אל עברו ומתפקדים כמוקד תמיכה פוטנציאלי.⁴² זאת ועוד, חשוב לגלות לילד את המצב לאמיתו, כדי שלא יגדל וישאל את הסובבים אותו מדוע העלימו ממנו חלק ממשפחתו.⁴³ לאור שיקולים אלו, הורה בית המשפט על קיום הסדרי ראייה בין נכד לסבים במקרה של סכסוך ירושה.⁴⁴

סוגיה אחרת המוסדרת בחוק, עניינה החשבת דעתם של הסב והסבה במקרה של אימוץ נכדם על ידי הורה אחר (בדרך כלל במקרה שבו בנם נפטר). סוגיה זו מעוגנת בסעיף 11 לחוק אימוץ ילדים,⁴⁵ ואף היא מאפשרת לסב ולסבה להביא טרוניותיהם בדבר דחיקתם מחוץ לחיי נכדם לפני בית המשפט,⁴⁶ ואולם לא נרחיב בה היות שאינה רלוונטית לענייננו שלנו.⁴⁷

לצד ההכרה במעמד של סבים בהקשרים מסוימים, הוטלה עליהם גם החובה לשאת בתשלום דמי מזונות לנכדיהם בנסיבות מסוימות. לפי הוראות סעיפים 4 ו-5 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות),⁴⁸ ניתן לחייב את הסב והסבה בתשלום מזונות לנכדם, בהתקיים תנאי הסעיף המחייבים הוכחת קיום נסיבות מיוחדות.⁴⁹ יצוין כי באחרונה התרבו המקרים שבהם תובעים הנכדים מזונות מסביהם וזאת כאשר ההורה מתחמק מתשלום דמי המזונות לילד שלא כדין.⁵⁰ בית המשפט משתמש לא אחת בסמכותו זו וגוזר על הסב או הסבה לשלם דמי מזונות לנכדם במקום בנם, לפי אפשרותם לכלכל עצמם.⁵¹ ראוי לציין כי החיוב, על פי חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות),⁵² הינו חיוב מכוח דיני צדקה. לפיכך רק בנסיבות שבהן הסב והסבה נחשבים ל"אמידים", כלומר מסוגלים לכלכל עצמם טרם החיוב במזונות, וכן כאשר ההורה המגדל את הילדים הינו "נזקק", כלומר אינו יכול לספק את צורכי מחייתו ומחיית ילדיו,⁵³ ובהתקיים תנאי החוק, תחול חובת תשלום המזונות על הסבים משני הצדדים.⁵⁴

42 פינדלר, לעיל הערה 28, בעמ' 397.

43 וולף אריה "הורים שכולים נאבקים על הזכות לבקר אצל נכדם" **בטחון סוציאלי** 22, 111, 112 (1981).

44 תמ"ש (קריות) 1900/06 **היתומה נ' האלמנה** (טרם פורסם, ניתן ביום 29.10.06). (להלן: פרשת **היתומה נ' האלמנה**).

45 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293.

46 אבי-גיא חביבה "לאמץ את הנכד עם הסבה והסבתא" **נעמת: הירחון המלווה את המשפחה** 55, 8, 9 (1982).

47 להרחבה בעניין זה – ליטל אסיף **סבים/ות בפנייה לקבלת אפוטרופסות על נכדיהם: סיבת הפנייה, מאפיינים דמוגרפיים של הסבים/ות, היחסים עם נכדיהם והשפעתם על תוצאת הבקשה מההיבט המשפטי** (עבודת גמר לקבלת תואר "מוסמך האוניברסיטה", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה ללימודי רווחה ובריאות, בית הספר לעבודה סוציאלית, 2004).

48 חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72.

49 ע"א 161/82 **רומנו נ' רומנו** פ"ד לח(1) 194, 195 (1984).

50 עו"ד גל אלפרון "חיוב סבים וסבתות בתשלום מזונות לנכדם" **הזמן השלישי: מגזין הגמלאים בישראל** 44 61 (2006).

51 ע"א 688/77 **קופלוביץ נ' איל** פ"מ למ(2) 12, 15 (1978), ע"א 261/67 **לוי נ' לוי**, פ"מ כא(2) 499 (1967).

52 לעיל הערה 48.

53 ע"א 4480/93 **פלוני נ' פלונית**, פ"ד מח(3) 461, 481 (1994).

54 תמ"ש (משפחה י-ם) 5223/05 **ח.ח. קטינה נ' ד.ח.** (ניתן ביום 23.12.2007, טרם פורסם).

7. משפט משווה

א. אנגליה

מבחינה עקרונית אין באנגליה זכויות לסבים. ניתן לטעון שלסבים הוענק מעמד מפורש בחוק באמצעות ה- Children Act of 1989⁵⁵ שכן סעיף 8 מקנה לבית המשפט סמכות להעניק "צו מפגשים" לאדם שאינו מתגורר עם הילד.⁵⁶ הסבים יכולים לנצל סמכות זו כדי להגיש בקשה לראות את נכדיהם במקרים שהורי הילדים מנסים למנוע פגישות אלו.⁵⁷ אף שמבחינה מעשית החוק מקדם את מצבם של הסבים, הוא אינו מאפשר את הפגישות מתוך הכרה במעמד הסבים ורצון לקדמו אלא מתוך הגנה על טובת הילד.⁵⁸ בנוסף, המחוקק הבריטי לא ייעד את הסעיף להגנה על יחסי ילדים-סבים אלא על כל מערכת יחסים של הילדים עם קרוב משפחה שאינו מתגורר עמם. כך, לדוגמה, צו כזה יכול להינתן גם במקרים שבהם הופרדו אחים וחיים בבתים נפרדים.⁵⁹ התוצאה אפוא שתכליתו הרחבה של הסעיף מגבילה במידת מה את ההכרה באינטרס של הסבה והסב ואת השמירה עליו.

ב. קנדה

בקנדה ניתן לבחון את הנושא ברמה החוקתית ובחוק המקומי במדינות השונות. ברמה החוקתית קיימת מחלוקת אם ניתן ללמוד על מעמד הסבים מסעיף 7 לצירטר הזכויות והחירויות הקנדי.⁶⁰ אף שבקנדה לא הוכרו במפורש זכויות מפגשים וביקור לסבים עם נכדיהם,⁶¹ במהלך השנים ניתן לראות מגמה המרחיבה את מעמד הסבים, כפי שנפרט להלן. החוק הקנדי מניח שברירת המחדל היא קיומו של קשר בין הנכדים לסבים ושעל ההורים להימנע מלהפריע לקשר זה, אלא בהתעורר נסיבות מיוחדות.⁶² כמו באנגליה, תפיסה זו באה מהרצון להגן על הילד ולקדם את טובתו. במשך השנים, כאמור, חלה מגמת חיזוק של הקשר סבים-נכדים. לדוגמה, ב-1998 תוקן החוק, באופן שבהתעורר סכסוך הנוגע למשמורתו של נכד, בית המשפט חייב להתחשב בקשר עם הסבים כשיקול התומך בטובת הילד.⁶³ בתיקון נוסף, ניתנה לבית המשפט סמכות להוציא צווים לקביעת משמורות והסדרי ראייה לסבים.⁶⁴ תיקון דומה לכך נעשה בטריטוריית

55 Children Act (CA) 1989.

56 שם, בסעיף 8.

57 שם, בסעיף 10.

58 שם, בסעיף 1.

59 קראו באתר של NT&AS www.ntas.org.uk/resources/childrenact.htm#COOs

60 Dan L. Goldberg, Grandparent-Grandchild Access: A Legal Analysis, מסמך שהוגש כחוות דעת משפטית למחלקת משפחה, ילדים ונוער במשרד המשפטים הקנדי. ניתן לצפייה ב:

www.justice.gc.ca/en/ps/pad/reports/2003-fcy-15e.pdf

61 שם, בעמ' 7.

62 שם.

63 Goldberg, לעיל הערה 60.

64 שם.

8. סיכום ביניים

לנוכח סקירת הדינים הקיימים, נראה כי ההסדרים הספציפיים במשפט הישראלי אינם מכירים בזכותם של הסבה והסב לנכד. יתרה מזו, נראה שלסבים יכולת מועטה בלבד לממש את האינטרס שלהם להיות סבים לנכד ולראות בהמשך הדור. מאידך גיסא, בנסיבות מסוימות, ובייחוד במקרה של מות ההורה ובחינת טובת הילד, יכול בית המשפט ליתן צו להסדרי ראייה לסבים ואף לחייבם במזונות. בנוסף, ברקע הדברים יש לזכור כי רעיון השמירה על המשפחה השלמה, הגרעינית והמורחבת, אומץ בארץ ובעולם.⁷² הדברים מקבלים חיזוק לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות, המאפשרות רבייה גם במצבים שבהם ההורים אינם שותפים פעילים בתהליך הרבייה. מצב דברים זה מעורר את השאלה, אם לא ראוי לשנות את מעמד הסבים ולשקול את האינטרס שלהם במקרים כגון המקרה שבפרשת כהן. הכרה כזו תחייב סטייה מההסדר שנקבע בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אשר לפיהן אין לסבים מעמד בשאלה אם לשאוב זרע מגופת בנם שנפטר בלי להשאיר אחריו בת זוג. בחלק הבא נבחן מקורות נורמטיביים לעיגון הרחבה כאמור במעמד הסבות כמו גם את ההצדקות והבעייתיות שהכרה כזו עשויה לעורר.

ג. מעמד הסבות כנגזר מהזכות להורות

בפרק זה נבקש לטעון שבנסיבות פרשת כהן, בהן דעתו של ההורה אינה יכולה להישמע, ההצדקות העומדות ביסוד הרחבת מעמד הסבות דומות להצדקות העומדות בבסיס הזכות להורות. נפתח בסקירה קצרה של המושגים "הורות" ו"הזכות להורות", נעמוד על ההצדקות העומדות בבסיס הזכות להורות, ונבדוק אם אותן הצדקות יוכלו לעמוד לזכות הרחבת מעמד הסבות.

1. הורות והזכות להורות

הפריצה הטכנולוגית של השנים האחרונות בתחום ההפריה המלאכותית יצרה ערפל סביב המושג "הורות".⁷³ העמימות חדרה אף להגדרה המשפטית: המושג הורות אינו מוגדר בחוק ולכן אינו חד משמעי.⁷⁴ יש הגורסים שעמימותו נובעת מרתיעתו של המחוקק להסדיר סוגיה כל כך עדינה ומן החשש לפגוע בזכויות יסוד בסיסיות הקשורות להורות.⁷⁵ התוצאה היא אפוא שקיימים כמה מודלים שונים המגדירים הורות,⁷⁶ מה שמקשה על הגדרת הזכות להורות. הפסיקה, כפי שנראה, מרבה להרחיב בדבר מעמדה, חשיבותה והשפעותיה של הזכות, אך לא בדבר מהותה. ההשפעות המשפטיות של הורות הן רבות, שכן לפי לשון החוק, ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם.⁷⁷ משמעות הדבר היא שמוטלת על ההורים מערכת כבדה של חובות ושל זכויות כלפי

⁷² מדובר באמנה לזכויות הילד של האו"ם משנת 1989 המדגישה את הרצון לשמור על זכויות המשפחה המורחבת ואשר עוגנה בחוק. ראו: תמ"ש (ת"א) 1290/03 פלוני נ' פלונית, פ"מ תשס"ג (3) 529, 535 (2003), ע"א 2266/95 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995).

⁷³ ראו וינרוט, לעיל הערה 13, בעמ' 101 בנוגע להשוואת סוגי הפרייה למשחק הרכבות (לגו) של איברים. הטענה היא שלאור הטכנולוגיה כיום ניתן ליצור ילד כאשר הזרע, הביצית, הרחם והגידול המהותי של הילד – כל אחד מהם נתרם על ידי אדם אחר. ראו גם: שגיא, לעיל הערה 27, בעמ' 170-171.

⁷⁴ זפרן, לעיל הערה 1, בעמ' 229.

⁷⁵ שם.

⁷⁶ שם, בעמ' 230-231. זפרן מציעה במאמרה כמה מודלים להגדרת המושג "הורות" ובהם: מודל חוזי, מודל המתבסס על חירות ההולדה ומודל המתבסס על זכות קניינית של האדם לתוצרי גופו.

⁷⁷ חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, לעיל הערה 38.

ילדיהם, אך אין מדובר בזכויות קנייניות, אלא במערכת הפועלת במישור הרגשי, שבה מצופה כי ההורים ירצו למלא חובותיהם ולמלא את צרכי ילדם מתוך רגש אהבתם כלפיו.

הזכות להורות היא זכות יסוד חוקתית המוכרת במשפטנו כחלק מהזכות לכבוד.⁷⁸ יש הגורסים כי היא מהווה אגד של זכויות, שהחשובות בהן הן הזכות להביא ילדים לעולם והזכות לגדל אותם.⁷⁹ זכות זו נחשבת לאחת מזכויות האדם החשובות ביותר וקודמת בחשיבותה לזכות הקניין, לחופש העיסוק ולצנעת הפרט.⁸⁰ אף שכאמור נוטים לראות אותה כנגזרת מהזכות לכבוד, יש הסבורים כי מדובר בזכות שהינה כל כך בסיסית וטבעית עד שהיא מהווה זכות עצמאית.⁸¹ מקור חשיבותה המרובה של הזכות הוא הערך המוסף שהיא מעניקה לחייו של אדם על פני האדמה. נאמר זה מכבר שאם רואים את הזכות לשלמות הגוף כזכות שנועדה להגן על החיים, הרי הזכות להורות היא שנותנת **טעם ומשמעות לחיים**.⁸²

2. ההצדקות שבבסיס הזכות להורות

בבסיס הזכות להורות ישנן כמה הצדקות, אשר בחינתן המעמיקה מביאה לידי מסקנה שהכרה בזכות להורות נועדה לספק צרכים ודחפים פסיכולוגיים וחברתיים של האדם עצמו. בפרק זה נבקש להרחיב על אודות טענה זו. אף שהצרכים והדחפים נכונים לדעתנו, הן מנקודת מבט של הילד והן מנקודת מבטם של ההורים, בפרק זה נבחן את הצרכים מנקודת מבטם של ההורים בלבד, משום שהמסגרת הדיונית שלנו היא של טרום לידה.

ההצדקה הראשונה לזכות להורות היא הדחף הבסיסי של אדם להוליד צאצאים, לשמור על הגנים ועל המשכיות וכן הצורך במימוש עצמי.⁸³ יש הטוענים שכל בעלי החיים בטבע, וגם האדם, נוצרו באופן שהמבנה האנטומי שלהם, מחשבותיהם והתנהגותם מוכוונים כל כולם לצורך הישרדותם, ובין היתר העמדת צאצאים בבטחה.⁸⁴ לפי תפיסה זו, משבגרו צאצאי בעל החיים, הוא

⁷⁸ טעיפיים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עניין **דוברין**, לעיל הערה 30, בפסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה. ע"א 451/88 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1), 330, 337 (1990), ע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד לח(1) 461, 467 (1984), ע"א 232/85 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מ(1) 1, 8 (1986).

⁷⁹ ע"א 488/77 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421 (1978). עוד על אגד זכויות אלה ראו: אלמוג ובנדור, לעיל הערה 25, בעמ' 118.

⁸⁰ עניין **דוברין**, לעיל הערה 30, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה. בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים** (טרם פורסם, ניתן ביום 21.4.2005), פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

⁸¹ ראו את דבריו של השופט קדמי בעניין **נחמני**, לעיל הערה 31, בעמ' 736 לפסק דינו ואת דבריו של השופט טל בעמ' 702 לפסק דינו.

⁸² עניין **דוברין**, לעיל הערה 30, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

⁸³ בעניין **נחמני**, לעיל הערה 31, בעמ' 680; אלמוג ובנדור מכנים זאת בשם "הצורך הבסיסי", לעיל הערה 25, בעמ' 117. ראו גם: תמ"ש (כ"ס) 11870/03 **י. ש. נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.9.2003) (להלן: פרשת **י.ש.**) ראו גם: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 22, בעמ' 1.

⁸⁴ לפי תיאוריית הברירה הטבעית של צ'ארלס דרווין, היצורים עם התכונות המותאמות לסביבתם הם אלה ששורדים, ולפיכך ניתן לטעון שכל תכונותיו ומבנהו של האדם מסייעים בהישרדותו, שאם לא כן כבר היה האדם "נברר החוצה" על ידי הטבע. תפיסה זו מאומצת על ידי ענף הסוציוביולוגיה (ענף מדעי המבקש לנסות לאתר את השורשים הגנטיים-אבולוציוניים של מנהגים והתנהגויות חברתיים של בעלי החיים, ראו: "סוציוביולוגיה הטבע שבאדם" **מחשבות**, כרך 50, 2, 2 (1981). לפי הסוציוביולוגיה, האדם נתפס כאורגניזם אשר דחפיו, מגמותיו ותכונותיו עומדים לשירות הגנים. ההתייחסות אל האדם היא אפוא כאל מכונת השרדות שפותחה על ידי הגנים כדי להפיץ את עצמם במרב היעילות. כל תכונה ומנהג של האדם נחוצים לצורך הישרדותו בטבע. ראו גם: ריצ'ארד דוקינס **הגן האנוכי** (דביר, עמנואל לוטם, 1991).

מילא את ייעודו בטבע, וכך גם האדם.⁸⁵ יש הטוענים שהצורך הפנימי הפסיכולוגי באדם להביא ילדים משלו, בבחינת קריאתה של רחל אמנו "הבה לי בנים ואם אין מתה אנוכי", מקורו מאותה תפיסה בסיסית, שאין ייעודו של האדם אלא לשרוד.⁸⁶ בהקשר זה נבקש לציין שני דברים בנוגע לחשיבות של המטען הגנטי. ראשית, כוחה של הצדקה זו לזכות להורות מקורה בעיקר בעובדה שאין האדם מסתפק בגידול ילדים כלשהם, אלא בגידול ילדים **משל עצמו**, כלומר בעלי אותו מטען גנטי. ואכן, המשפט הישראלי מחשיב מאוד את הקשר **הטבעי** בין הורה לילד. עצם העובדה שבעורקי הילד זורם דם מדמו של הורה ("קול הדם" בלשון הפסיקה),⁸⁷ או עצם העובדה שהורים והילד נושאים מטען גנטי דומה, מספיקים כדי לגזור את הזכות החוקית והחוקתית של ההורים לגדל את הילד.⁸⁸ שנית, קיימת תפיסה שהקשר הגנטי מאפשר מצע מתאים לגידול ילד. בהקשר זה יפים הם דבריה של השופטת בן פורת בפרשת **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**,⁸⁹ שם היא עומדת על חשיבותו של המטען התורשתי. מדבריה עולה שהנכס היקר ביותר לאדם הוא הקשר הנפשי עם ילדו הטבעי. ההורים רואים בילד את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי, **ומצב זה הוא שמאפשר הבנה ואווירה נוחה לחינוך הילד ולקידומו**.⁹⁰

הצדקה אחרת להכרה בזכות להורות נגזרת מעקרון האוטונומיה.⁹¹ הזכות לאוטונומיה מוגדרת כזכות של הפרט להחליט על מעשיו ושאיפותיו ולפעול על פי בחירות אלה,⁹² או כזכות הפרט לגבש את רצונו על פי טובתו.⁹³ לאדם יש זכות לעצב את חייו ואת גורלו וזכות זו חובקת את ההיבטים המרכזיים בחייו ומאפשרת את הגדרת אישיותו וחייו של הפרט.⁹⁴ החלטות הקשורות להורות חוסות תחת הזכות לאוטונומיה, כיוון שבאמצעותן יכול אדם לשלוט בגורלו,⁹⁵ שאיפותיו, מהותו ורצונותיו על פי טובתו הוא. לדוגמה, אדם הבוחר להביא הרבה ילדים, יכול לעשות זאת מתוך תכנון עתידו, באופן שלעת זקנה יהיה מוקף בבני משפחה רבים שהתחנכו על ברכיו והושפעו ממנו רבות. התערבות המדינה בהחלטה זו תפגע בהכרח במהלך חייו כפי שתכננס, בגורלו

⁸⁵ ע"א 2061/90 **מרצ'לי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות**, פ"ד מז(1) 810, 802 (1993). ע"א 1212/91 **קרן לבי"י נ' בינשטוק**, פ"ד מח(3) 723, 705 (1994). דני"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פד נ(1) 48, 102 (1995).

⁸⁶ בג"ץ 2458/01 **משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים**, פד נו(1) 419, 445-446 (2002) (להלן: **פרשת משפחה חדשה**). שיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 23. יוסי זיו "פונדקאות, זכות להורות ומוסר" **גליליאו: המגזין הישראלי למדע ואקולוגיה** 21, 38, 41 (1997).

⁸⁷ ע"א 50/55 **הרשקוביץ נ' גרינברגר**, פ"ד ט (1955) 800, 791. וראו ע"א 577/83, לעיל הערה 78, בעמ' 467.

⁸⁸ בע"מ 377/05, לעיל הערה 80, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ע"א 577/83, לעיל הערה 78, בעמ' 467. רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872, 894 (2002).

⁸⁹ ע"א 488/77, לעיל הערה 79.

⁹⁰ שם, בעמ' 441.

⁹¹ בע"מ 377/05, לעיל הערה 80, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁹² פרשת **דעקה**, לעיל הערה 30, בעמ' 570.

⁹³ דני"א 7015/94, לעיל הערה 85, בעמ' 95-96.

⁹⁴ פרשת **דעקה**, לעיל הערה 30, בעמ' 570. בע"מ 377/05, לעיל הערה 80, בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁹⁵ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי 121, 461 (1993). הפסיקה פיתחה את מושג האוטונומיה לכדי "האוטונומיה של המשפחה", המורכבת מהזכות להורות ומהזכות של הילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים. ראו: רע"א 3009/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד נו(4) 872, 893-894 (2002) ו-ע"א 232/85 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מ(1) 1, 8 (1986). נבקש להדגיש שדיונו אינו עוסק באוטונומיה של המשפחה אלא באוטונומיה של האדם, כיוון שהמסגרת הדיונית היא זו של "טרום משפחה".

ובשאיפותיו של אותו אדם, ולכן תפגע באוטונומיה שלו. מניעת הורותו תגרום לו לתחושה שהוא אינו יכול לממש את עצמו ותכליתו בעולם, שכן ציפיותיו הבסיסיות של אדם הינן להביא ילדים לעולם.⁹⁶ כפי שניתן לראות, אוטונומיה קשורה קשר הדוק לצרכים הנפשיים של האדם, כיוון שההגדרה עוסקת בעיקר בשאיפות, רצונות, צרכים והאופן שבו רואה הפרט את טובתו.

הצדקה נוספת היא מימושה של הזכות לכבוד.⁹⁷ לכאורה, הזכות לאוטונומיה ולפרטיות חוסות תחת הזכות לכבוד, אולם כאן הכוונה לפן אחר של כבוד. הורות במקרים מסוימים יכולה להיות אמצעי להתמודדות אדם עם הידיעה שזמנו על פני הארץ קצוב,⁹⁸ וגם לשמש **מזור לבדידות**.⁹⁹ בנוסף, במקרים מסוימים, אי היכולת לממש הורות עלול לסכן את אחידות המשפחה ולפגוע ביציבות הנישואין.¹⁰⁰ זאת ועוד, אדם שאין לו ילדים עשוי להיפגע בקשישותו במידה כזו שהוא ייוותר ערירי ומחוסר קשרים משפחתיים. ניתן לראות במצב דברים זה פגיעה קשה בכבודו משום שקשרים משפחתיים בגיל זה עשויים למלא במידה רבה גם **צרכים חברתיים**.

השקפה חשובה במשפט הישראלי היא הגישה ההומניסטית, המדגישה את האדם וערך הסובלנות כעומדים במרכז השיטה.¹⁰¹ לפיכך, ברי שהרציונל העיקרי שביסוד הזכות להורות הוא סיפוק צרכים פסיכולוגיים-חברתיים בסיסיים של האדם. בשולי הדברים נבקש לציין שיש הרואים את הזכות להורות כנובעת מזכותו של אדם לשלמות גופו.¹⁰² תפיסה זו קשורה לרעיון שלאדם עומדת זכותו הקניינית על תוצרי גופו,¹⁰³ אך זוהי גישה קיצונית שאינה מקובלת בזרם המרכזי ולצורך המשך דיונו לא נעמיק בה.

3. האם ניתן להרחיב את מעמד הסבות בהתבסס על ההצדקות שבבסיס הזכות להורות?

נשאלת השאלה אם ניתן להחיל את ההצדקות שבבסיס הזכות להורות על מעמד הסבות, כאשר ההורה אינו רלוונטי. כפי שנראה להלן, לדעתנו אפשר להחיל דברים אלו במידה רבה על הסיטואציה של משפחת כהן.

הדחף הבסיסי של האדם להוליד צאצאים הינו משותף לבני אדם רבים. הצורך של סבים בנכדים מגיע מאותו מקור שממנו מתעורר גם הצורך של הורים בילדים, שהרי גם הם היו רוצים לראות את הדורות הבאים עומדים על רגליהם וממשיכים להביא ילדים משלהם. כאשר מדובר בזוג אנשים שבנם היחיד מת, והם מבוגרים מכדי להוליד ילדים נוספים משלהם, הבאת נכד עונה על צורך בסיסי זה, שכן זרעם "מדלג דור". אם המחוקק מצא צורך זה כהצדקה לעגן את ההורות כזכות כל כך בסיסית במשפט הישראלי, אז מדוע לא לבסס יותר גם את מעמד הסבים במשפט כאשר ההורה אינו רלוונטי? הקשר הגנטי, שהמחוקק מחשיבו כל כך,¹⁰⁴ עדיין קיים חרף מות

⁹⁶ שיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 23.

⁹⁷ ראו לעיל הטקסט ליד הערה 30.

⁹⁸ דפנה ברק ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" **עיוני משפט**, כ 197, 200 (תשנ"ו-תשנ"ז).
⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ שיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 23.

¹⁰¹ בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פד נז(1) 726, 734 (2002).

¹⁰² יוסי גרין **הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה** 66 (1995), ושיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 161.

¹⁰³ לקריאה נוספת על גישה זו ועל הצדקות נוספות לזכות להורות ראו זפרן, לעיל הערה 1, בעמ' 230-237.

¹⁰⁴ לעיל הערה 87.

ההורה ולכן יש בהולדת הנכד לספק את אותו צורך בסיסי. בנוסף, עקב קיום קשר גנטי מתקיימים תנאים נוחים לחינוך הילד וקידומו כפי שכבר נטען.¹⁰⁵

אשר לזכות לאוטונומיה – היא נתונה כמעט לכל אדם, גם לסבים. זכותם להחליט מה יהיו מעשיהם, מה יהיו שאיפותיהם, ולפעול על פי החלטות אלה. זכותם לגבש את רצונם על פי טובתם, לשלוט בגורלם, להשפיע על חייהם. לעניינו, ניתן לראות את מימוש האוטונומיה של הסבים בכך שניתן להם האפשרות, במקרים הראויים לכך, להחליט אם להביא נכד לעולם אם לאו. בייחוד במקרים שבהם ההורה הנפטר היה בן יחיד, התערבות באוטונומיה תשנה את גורלם באופן קיצוני – בלא משפחה הם עלולים להיוותר גלמודים בזקנתם. כאשר הסבה והסב מקבלים אחריות לנכד ודואגים לכל מחסורו יחד עם אמו, תהיה זו פגיעה קשה באוטונומיה שלהם, לדעתנו, אם לא יעוגן מעמדם באופן הולם.

בנוסף, יש המבססים את הטענה, שההצדקות לזכות להורות אינן מתאימות להקשר של הסבות, על כך שמימוש האינטרס של סבים, להבדיל מזכויות הורים מסוימות, מטיל על המדינה זכות חיובית,¹⁰⁶ המצריכה שימוש במשאביה, באופן הפוגע בזכות לחיים או לבריאות של אחרים, המתחרים על אותו "פלח בתקציב" של משאבי המדינה.¹⁰⁷ לעומתה, יטענו אלה, הזכות להורות היא זכות שלילית,¹⁰⁸ מסוג חירות, שאינה כרוכה בהטלת חובה כלשהי. טענה זו דומה לטענה שהעלתה המשיבה בפרשת **משפחה חדשה**.¹⁰⁹ בפרשה זו עתר ארגון משפחה חדשה בשם אישה רווקה שרחמה נכרת, והיא ביקשה להביא לעולם ילד באמצעות אם פונדקאית. הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים סירבה לאשר את בקשתה משום שלפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים יש הכרח שלאישה יהיה בן זוג.¹¹⁰ העתירה הוגשה לביטול ההחלטה של הוועדה בנימוק שהאישה מופלית לרעה לעומת נשים אחרות שאינן רווקות. בתשובתה על העתירה טענה המדינה שעצם העובדה שמדובר בזכות חיובית, המטילה על המדינה חובה למלא את הזכות של העותרת מבדילה את הזכות לפונדקאות מהזכות להורות, שהינה זכות שלילית.¹¹¹ השופט חשין דחה טענה זו בנימוק שאין בהבחנה זו כדי לשלול מאותה אם את הזכות להורות.¹¹² אם מקבלים את גישתו, ניתן לומר שבאיזון בין העול הכלכלי שבהנגשת הליך פונדקאות לבין מימוש מעמד הסבים, הכף נוטה לטובת מימוש מעמד הסבות.

¹⁰⁵ לעיל הערה 90.

¹⁰⁶ זכות חיובית היא זכות גוררת הטלת חובה אקטיבית על מישהו אחר. לדוגמה, הזכות לקבל טיפול רפואי היא זכות חיובית, שכן היא גוררת חובה של המדינה לספק לפלוני שירותים אלו. ישעיהו ברלין **ארבע מסות על חירות** 182 (יעקב שרת מתרגם, 1987).

¹⁰⁷ אלמוג ובנדור, לעיל הערה 25, בעמ' 122.

¹⁰⁸ זכות שלילית היא זכות שאינה מטילה חובת אקטיבית על צד שלישי אלא רק מחייבת אותו להימנע מלהתערב או להפריע לפלוני לממש את חירותו, ולכן קרויה גם זכות מסוג חירות. כל חירויות האדם, כגון חופש הביטוי וחופש התנועה, נקראות גם זכויות שליליות. עוד על מושג זה והבחנתו מזכות חיובית, ראו: אלמוג ובנדור, לעיל הערה 25, בעמ' 122. ראו גם זיו, לעיל הערה 86, בעמ' 40. או: רות לנדאו "טכנולוגיות הפרייה חדישות: זכות להורות או זכות להורים ביולוגים מזוהים?" **חברה ורווחה: רבעון לעבודה סוציאלית** טו(4) 367, 374 (1995).

¹⁰⁹ פרשת **משפחה חדשה**, לעיל הערה 86.

¹¹⁰ חוק לנשיאת עוברים, לעיל הערה 18.

¹¹¹ פרשת **משפחה חדשה**, לעיל הערה 86, בעמ' 448.

¹¹² שם, בעמ' 449. נבקש לציין שבסופו של דבר נדחתה העתירה של האישה בנימוק שמדובר בניסיון ייחודי וראשון מסוגו בעולם, ואין לצפות את השפעות ההתערבות בעבודת המחוקק, ולפיכך עדיף לעת עתה להשאיר את המצב על כנו. ראו: שם, בעמ' 461.

מקור חלופי לעיגון מעמד הסבות הוא **הזכות למשפחה** כזכות נפרדת ועצמאית מהזכות להורות. הזכות לחיי משפחה מוכרת במשפט הישראלי¹¹³ וכמו הזכות להורות היא זכתה למעמד חוקתי כאחת מהזכויות החשובות ביותר במדרג זכויות האדם החוקתיות, וכנגזרת מההגנה על כבוד האדם.¹¹⁴

יש לציין, כי אחד משיקולי הנגד להרחבת מעמד הסבות – החשש שיטושטש ייחוסו הטבעי של הילד – מתעמעם בהקשר שלנו.¹¹⁵ הכוונה היא לחשש, שכאשר נולד ילד בהיריון פונדקאי, לא יהיה ברור מי היא אמו של הילד – תורמת הביצית או האם הנושאת. מצבים אלה עלולים לפגוע בזכותו החוקית של ילד להתחקות אחר מוצאו.¹¹⁶ בנסיבות של פרשת **כהן** חשש זה הינו פחות, כיוון שייחוסו של הילד ידוע וברור, ומבחינה זו, הנסיבות דומות למצב שבו התייתם הילד לאחר לידתו והוא נתון לטיפול אמו, סבתו וסבו. הילד יגדל במשפחה שבה הוא יתוודע מגיל צעיר אל מקורותיו ואל סיפור לידתו. מאידך גיסא, הרחבה במעמד הסבים עלולה להוות בעיה מבחינת ייחוס היילוד, אם יתאפשר מצב שבו לסבים תהא היכולת להשתמש בשירותי אם פונדקאית ו/או תרומת ביצית ו/או תרומת זרע. אולם מפאת קוצר היריעה, נבחר להתמקד במקרים כגון פרשת **כהן**, שבה האם ידועה והיא שתגדל את הילד בעצמה ולא ניכנס לגופו של עניין זה.

ד. השיקולים לבחינה: האם ראוי להכיר במעמד או באינטרס הסבים

היות שמסקנתנו בפרק הקודם הייתה כי ראוי לגזור מהזכות להורות מעמד לסבים, ולהכיר בזכותם של סבים לנכד ולראות בהמשך השושלת, בפרק זה נבחן מהם השיקולים שאותם יש לשקול בהינתן הכרה במעמד הסבים.

1. רצון הנפטר

במקרים שבהם מוגשת בקשה ייחודית לבית המשפט להוציא זרע מן המת ולהקפיא אותו לצורך הפריה מלאכותית בעתיד, בית המשפט מחשיב מאוד את שאלת רצונו של הנפטר.¹¹⁷ התוצאה היא אפוא שלרצון הנפטר השפעה מכרעת על מעמד הסבים בשאלה, אם ראוי לאפשר להם לעשות שימוש בזרע בנם לאחר מותו. הבעייתיות בבחינת רצון המת טמונה בכך שמעטים הם האנשים המביעים במפורש את רצונם באשר לשימוש בעתיד בזרעם לאחר מותם, ולכן קיים קושי משמעותי בשני מישורים – לגלות מהו רצונו של המת וביסוס ראייתי של רצון זה. הבעיה של גילוי רצון המת נפתרת באמצעות בחינת "הרצון המשוער", כלומר שימוש באינדיקציות ממהלך חייו של המת המעידות לכאורה על מאווייו לעתיד, כאילו היה חי.¹¹⁸ לדוגמה, עצם התקשרות עם בת

¹¹³ בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (טרם פורסם, ניתן ביום 14.5.2006). עניין **דוברין**, לעיל הערה 30, פסקה 12 לפסק דינה של פרוקציה.

¹¹⁴ עניין **דוברין**, לעיל הערה 30, פסקה 12 לפסק דינה של פרוקציה.

¹¹⁵ שיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 23. וראו פרשת **היתומה נ' האלמנה**, לעיל הערה 44.

¹¹⁶ שם.

¹¹⁷ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2, בעמ' 6, הקובעות שיש ליחס משקל לרצון הנפטר, אולם גורסות מאידך גיסא שלסבה ולסב אין שום מעמד בשאלה אם לאפשר הפריה.

¹¹⁸ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2, בעמ' 3. נבקש לציין כי יש המתנגדים לגישה זו. לדידם במקרים רגישים של הוצאת זרע מן המת אין להסתמך על רצון משוער אלא על הסכמה כתובה וחד משמעית. ראו

זוג – יש הרואים אותה כהצהרת כוונה של הנפטר להקים משפחה ולהעמיד צאצאים,¹¹⁹ בייחוד במקרים שבהם השתתף המנוח בטיפול הפריה טרם מותו.¹²⁰ בנסיבות שלנו, הנפטר היה חסר בת זוג במותו, ולכאורה לא ניתן ליחס לו "רצון משוער" כזה. זאת ועוד, הגישה הרשמית הינה,¹²¹ שמתן מעמד להורי מנוח חסר בת זוג לעניין שאלת השימוש בזרעו, יביא לידי מצב מרחיק לכת שבו הורי הנפטר יחליטו עבורו מי תהיה אם בנו, כיצד יגודל הבן ומתי ייוולד. היות שלהורי הנפטר אין מעמד חוקי בעניין שאלת פוריותו אף בחייו, אין ליתן להם זכות רחבת היקף כזו אף במותו. יודגש, אם הורי הנפטר מעוניינים מאוד בנכד, והם יעידו מה היה רצון בנם לעניין המשך זרעו, יתקשה בית המשפט להשתכנע באמיתות עדותם ולהפריד בין רצונם לרצון הנפטר. נביא לדוגמה את פרשת **כהן**, שם העידו הוריו של הנפטר כי במהלך חייו אהב מאוד ילדים והצהיר לא אחת על כוונתו להביא ילדים לעולם.¹²² במישור הראייתי, ברור שהצהרה מעין זו של הורים שכולים תחזור שוב ושוב בכל מקום שבו ירצו לעתור כדי לממש את רצונם בנכד. יצירת ברירת מחדל רחבת היקף, שבה כאשר אדם נפטר ערירי, יוכלו הוריו לטעון כי רצה בילדים ובהמשך זרעו, בלי שתהא לכך ראייה חד משמעית, כגון בת זוג, עלולה להוות פתח לצרות בעתיד. עם זה, לטענתנו, ייתכן שבמקרים חריגים יהיה אפשר ליחס רצון משוער למת אף אם נפטר בעודו רווק, וזאת רק במקרים שבהם יובאו לבית המשפט ראיות איתנות להוכחת רצון המת כגון פניית המת לדרכי אימוץ מחוץ לישראל, שירותי פונדקאות מחוץ לישראל, פנייתו לחיפוש אישה לגדל עמה ילד וכיוצא באלה.

2. טובת הילד

הפריות מלאכותיות, להיבטיהן השונים, הן בעלות השפעות מרחיקות לכת שאין לצפותן, גם על ההורים, אך בעיקר על הילד.¹²³ בפרק זה נבקש לבדוק כיצד ראוי שטובת הילד תשפיע על מעמד הסבים. האם טובתו פירושה שיהיה ראוי להרחיב את מעמדם בנסיבות פרשת **כהן** או שמא לצמצמו? בחינת טובת הילד, שטרם נולד, הינה שאלה מורכבת ורגישה, ויש הסוברים שזירתה העיקרית היא מחוץ לשיח המשפטי,¹²⁴ שכן נשאלת השאלה כיצד ניתן לקבוע אמות מידה משפטיות לבחינת השאלה אם מוטב לו לילד להיוולד או שלא להיוולד כלל.¹²⁵ לצורך המשך הדיון נבקש להניח לדיון הפילוסופי ונבדוק כיצד סוגיות שונות הקשורות לטובת הילד לעתיד עשויות להשפיע על חיזוק מעמד הסבים או על צמצומו.

לדוגמה שלו, לעיל הערה 33, בעמ' 97. עוד נבקש לציין שבדיקת הרצון המשוער נעשית לעניין השאלה אם לאפשר שימוש בזרע המת בלבד, ולא בנוגע למעמד הסבים בגידול הילד. בנושא זה דווקא היועץ המשפטי לממשלה סבור שלסבים אין זכויות בגידול הילד. ראו, סעיף 13 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2, בעמ' 4.

119 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2, בעמ' 9.

120 פרשת **י.ש.**, לעיל הערה 83, בפסקה 8, שם אישר בית המשפט את השימוש בזרע שנאגר לצורכי טיפולי הפריה קודמים ומהשתתפות הנפטר טרם מותו בהליכי הפריה, למד על רצון הנפטר בילדים.

121 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, לעיל הערה 2, סעיף 21.

122 כתב התביעה בפרשת **כהן**, לעיל הערה 3, סעיפים 4-7.

123 חנה גילאי-גינור "מטיפולי הפיריון אל המשפחה" **הריון מסוג אחר** 69, 70 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996). רחל לוי-שיף וטליה הנמן "היבטים פסיכולוגיים של התמודדות גברים עם קשיי פרויון וטיפולי פוריות" **הריון מסוג אחר** 91, 93 (שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב עורכים, 1996).

124 עניין **דוברין**, לעיל הערה 30, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

125 שיפמן, לעיל הערה 30, בעמ' 156.

א. "יתמות מתוכננת וגלעד זיכרון"

יתמות מתוכננת הינה סיטואציה שבה מביאים ילד לעולם בידיעה שיוולד יתום.¹²⁶ החשש הגדול הוא שמעמד הסבות יאפשר להשתמש בנכד כגלעד זיכרון לבן המת.¹²⁷ ישנן כמה בעיות עיקריות בשימוש כזה בנכד. ראשית, הוא נתפס כאיסור מוסרי חמור עקב התייחסות לאדם כאל אמצעי ולא כאל מטרה, בניגוד לציווי הקטגורי של קאנט.¹²⁸ שנית, לדעתנו, הבאת ילד מהסיבות הלא נכונות עלולה לפגוע בו בחומרה. גידול ילד דורש משאבים נפשיים חזקים והקרבה עצמית מרובה. החשש הוא שאם אלו יאפילו ויגברו על הצורך בגלעד זיכרון לנפטר, הסבה והסב עלולים להתחרט על המעשה – שאותו כמובן לא ניתן להשיב לאחור. סיטואציה כזו יכולה לטעת בילד תחושה שאינו רצוי עם כל ההשפעות הפסיכולוגיות הנלוות לכך¹²⁹ וליצור אצלו תפיסת חיים ומוות מעוררת.¹³⁰

עם זה, הבעיה בת פתרון. נראה ראוי בעינינו להמתין פרק זמן כלשהו מעת התרחשות המוות ועד להחלטה להביא את הילד לעולם.¹³¹ תקופת זמן זו תאפשר לקרובי המת לשקול את הרעיון בכובד ראש, כאשר הם אינם נתונים בסערת רגשות. אמנם הגבול בין הרצון שהילד ישמש כמזכרת למת לבין הרצון הכן להביא נכד שהוא אדם אחר מן המת – דק הוא, שכן נדמה שתמיד תשתקף בילד דמותו של המת. אולם עדיין ראוי לבצע הבחנה: במקרים שבהם ברור בעליל שהילד לא יובא לעולם מתוך רצון להנציח את המת אלא את זרעו, הדבר לא בהכרח יפגע בטובת הילד.¹³²

ב. מסוגלות הסבים

האם יש לבסס את מעמד הסבים גם כאשר יכולתם לתמוך בנכד הינה מוגבלת ביותר? ישנם מקרים שבהם ראוי לשקול הצבת הגבלות למעמד הסבות. עם מקרים אלו ניתן למנות מצב כלכלי ירוד או גיל מופלג.¹³³ יש לבדוק אפוא את היכולת המעשית של הסבה והסב לתמוך בנכד ולספק להם את כל מחסורם.¹³⁴ את מסוגלות הסבים יש לבחון לאור יכולתה של האם לספק את צורכי הילד, שכן בסיטואציה שלפנינו, האב אינו בחיים. מחד גיסא, ייתכן שהאם בעצמה יכולה לספק את רוב מחסורו של הילד, ואז למסוגלות הסבים תהיה פחות רלוונטיות לעניין מעמדם, אולם

¹²⁶ רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203, 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב). לקריאה נוספת על הביטוי, ראו אסא כשר "יתמות מתוכננת": התמונה מאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221, 232 (רפאל כהן-אלמגור עורך, התשס"ב).

¹²⁷ לנדאו, לעיל הערה 126, בעמ' 206.

¹²⁸ שלו, לעיל הערה 33, בעמ' 98-97; ראו גם עמדת וינרוט בנוגע להקבלה בין שימור איברי המת כמזכרת לבין הבאת ילד כמזכרת – וינרוט, לעיל הערה 13, בעמ' 101.

¹²⁹ ראו בעניין זה את דבריה של לנדאו, לעיל הערה 126, בעמ' 208.

¹³⁰ שרה סמילנסקי פסיכולוגיה וחינוך של ילדים יתומים 22 (1993).

¹³¹ וינרוט, לעיל הערה 13, בעמ' 101.

¹³² ראו לדוגמה את דבריה של עורכת הדין אירית רוזנבלום בכתבתו של ניר חסון "לראשונה, הורי חייל שמת יוכלו להשתמש בזרעו כדי להפרות אשה שאינה בת זוגו" הארץ Online חדשות 15.1.2007: www.haaretz.co.il/hasite/spages/813712.html; משה אדד "השפעת התיוג בתהליך ההתהוות העצמית" עבריינות וסטייה חברתית 79, 85 (1981); וכן איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א(1) 11, 19 (התשס"ד).

¹³³ גרין, לעיל הערה 102, בעמ' 71.

¹³⁴ ראו בומבך ושקד, לעיל הערה 25, בעמ' 121. המחברות אמנם עוסקות בנושא זה בהקשר של הורות, ומכנות אותו בשם "המסוגלות ההורית", אך שיקול זה נכון גם לעניין סבה וסב.

במקרים שבהם האם המיועדת סובלת ממחסור בעצמה, והיא סומכת ידיה על הסבים, שיקול זה מקבל משמעות רבה יותר.

3. נטל כלכלי

כאשר בוחנים את הסיטואציה הנידונה, ניתן לראות שאם יורחב מעמד הסבים, הדבר עלול להטיל עלויות כלכליות, החורגות מהעלויות הכרוכות בהיריון טבעי. העלויות הנוספות הן – עלות טיפול ההפריה עצמו, והנטל הכלכלי שבהגשת סיוע לאם הילד לצורך גידולו באמצעות חוק הביטוח הלאומי.¹³⁵ מבחינת האם ניתן לומר, כי אם היא זכאית לסיוע כאם חד הורית, היינו הך אם הרתה לנפטר במישרין או באמצעות תרומת זרע.¹³⁶ לעניין טיפולי ההפריה עצמם – אם הנטל הכלכלי ירבוץ על הורי הנפטר, ייווצר חשש להפליית הורים חסרי אמצעים. לפיכך, אנו סבורים שיש למצוא את דרך האיזון ולקבוע כי המדינה תממן מספר מסוים של טיפולי הפריה כאשר יתעורר הצורך לממש את הזכות לסבות. אם ירצו, יוכלו הורי המנוח לממן טיפולים נוספים מכיסם הפרטי. כך העלויות יהיו מוגבלות יותר, ולא יישאר פתח להפליה קיצונית.

4. השפעה על הציבור הדתי

סוגיה חברתית נוספת, הייחודית למדינת ישראל, מתעוררת עקב הניגוד הפנימי באופייה היהודי והדמוקרטי ועמדת ההלכה בסיטואציה שלפנינו.

ראשית, יש לציין כי לפי הגישה ההלכתית, קיימים איסורים לנוול את גופת המת ואיסור ליהנות ממנה. מכאן, שעצם שאיבת הזרע מהמנוח עלול להיחשב לחטא לפי הדין העברי. הגישה הנהוגה היא שאיסורים אלו נסוגים מפני רצונו של המת להותיר אחריו צאצאים, וניתן לומר אפוא כי כיבוד רצון המנוח מוחל על העבירות שבוצעו כדי לממשו.¹³⁷

שנית, נשאלת השאלה, אם ילד שנוצר רק לאחר מות אביו יכול להיות מיוחס לאביו. הדבר רלוונטי בעיקר לעניין זכותו של הילד שלא להיוולד "שתוקי" (אסופי) וכדי לדעת מהיכן בא ומיהם הוריו.¹³⁸ הדעות בעניין ייחוסו של הילד חלוקות לכאן ולכאן, כאשר הפוסקים לחומרא שוללים כל קשר בין האב הביולוגי (המנוח) לבין הילד והאלמנה מחויבת בייבום וחליצה.¹³⁹ לעומת זאת, פוסקים מקלים יותר אומרים כי די בקשר הדם לצורך ייחוס הילד לאביו. אולם דברים אלו

¹³⁵ חוק משפחות חד הוריות, התשנ"ב-1992, ס"ח 147.

¹³⁶ פרשת **משפחה חדשה**, לעיל הערה 86, בעמ' 442.

¹³⁷ יעקב אריאל, משה ורמוט, פנינה אברמוביץ-שניידר ואבינועם שופר "הפריה לאחר המוות – היבטים והלכות" **הרפואה** ט-י 139, 331, 332 (2000). יוסי גרין "וואתם פרו ורבו" (בראשית א, כב) – גם לאחר מיתתה? **מאזני המשפט** ג(3) 145, 119 (2003/4).

¹³⁸ שתוקי הוא אדם שלא ידוע בוודאות מי אביו ואשר נאלץ לשתוק כאשר נשאל על אביו. ראו למשל: www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=602; ע"א 3077/90 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 583 (1995) ואיתן אבניאון **מילון ספיר** כרך שלישי, 1738 (מהדורה שניה, 2002). נקודה נוספת נוגעת יותר לבת זוגו של המנוח לענייני ייבום וחליצה ואינה רלוונטית למקרה דנן. ראו: אריאל, ורמוט, אברמוביץ-שניידר ושופר, לעיל הערה 137, בעמ' 333.

¹³⁹ אברהם שטיינברג "הזרעה מלאכותית, אישה כי תזריע" פרשת השבוע – סקירות משפטיות – משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, פרשת תזריע-מצורע, התשס"ד, 216 (2004), ניתן לאיתור ב: www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/162-2.htm

נאמרים על היריון שנקלט טרם מות האב, ולכן אפשר שלענייננו, לילד לא יהיה אב הלכתי.¹⁴⁰ חשיבות עניין זה תהא שונה מאדם לאדם. ייתכן שעל חלק מן הילודים, לכשיתבגרו, היעדר אב הלכתי לא ישפיע כלל, בייחוד משום שבפרשת כהן ציווה השופט על משרד הפנים לרשום את הילד כבנו של המנוח, אולם במצב אחר אפשר שתהא נפקות לעניין, אם מדובר במשפחה מסורתית או דתית, ואפילו אם הילד עצמו יחליט לחזור בתשובה ביום מן הימים.

5. השפעות משפטיות

ההכרה באינטרס מורחב של הסבים תשפיע לא רק על משפחת הנפטר, אלא אף תגרור בהכרח נפקויות משפטיות. נזכור כי כיום אין לסבים מעמד חוקי מוכר, למעט במקרים חריגים.¹⁴¹ טענה שנוכל לעלות אם יוכר מעמד הסבים הינה, כי בכך תיפתח פרצה לסבים להתערב בדרך גידול הילד אצל הוריו, אף כשהם בחיים. כיום גישת הפסיקה היא כי רק להורי הילד נתונה הזכות להחליט כיצד יתחנך.¹⁴² מכאן עולה סוגיה של מערכת היחסים בין האם המיועדת לסבים. האם יתבססו על חוזה? לפי המצב המשפטי בעבר, יחסים הקשורים ל"משבצת" המשפחתית משוללי תוקף חוזי, שכן הם בעלי אופי אינטימי ומצויים בתחום הרגש.¹⁴³ כך, למשל, כבר נקבע בפסיקה שעשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור,¹⁴⁴ אולם גישתו של המשפט הישראלי השתנתה. עדות לכך מהווים הסכמי הפונדקאות המוסדרים כיום בחוק.¹⁴⁵ הפסיקה הטעימה אחרי השינוי שדיני החוזים לא נעצרים על סף הבית המשפחתי.¹⁴⁶ לטענתנו, למרות התרככות הפסיקה, קשה יהיה לדמיין מצב שבו יעדיף בית המשפט את עמדת הסבים מעמדת האם הביולוגית. ייתכן שבמחלוקת בין הצדדים, שבה החוזה יעמוד לזכות הסבים, יעדיף בית המשפט לבטל את החוזה בנימוק שהוא נוגד את תקנת הציבור, ולא ליתן צו נגד האם הביולוגית, אשר זכויותיה עדיפות.

ז. סיכום

נכון לעת כתיבת דברים אלו אין לדעתנו הכרה באינטרס הסבים במשפט הישראלי בנסיבות שבהן מבקשים הורי המנוח לעשות שימוש בזרעו. אמנם ישנם עקרונות במשפט הישראלי שמעמד כזה יכול לעמוד בקנה אחד עם, כגון הזכות לכבוד, חירות הפרט וחופש הרבייה, אולם חוקים ספציפיים, כגון תקנות בריאות העם, חוק האנטומיה והפתולוגיה וחוק הסכמים לנשיאת עוברים, אינם מכירים במעמד של סבים בנסיבות שלפנינו.

פרשת כהן – אף שלא ניתן לטעון בפה מלא כי הוכר במסגרתה אינטרס מורחב של סבים, יכולה להוות לדעתנו פריצת דרך חשובה בהיבט הרעיוני, בהלכי המחשבה ובתפיסה של זכות זו.

¹⁴⁰ יוסי גרין "ייחוסו של המוליד לילודו 'אברהם הוליד את יצחק'" פרשת השבוע – סקירות משפטיות – משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי, פרשת תולדות, התשס"ג, 98 (2004), ניתן לאיתור ב: daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/98-2.htm

¹⁴¹ ראו פרק ב.5. לעיל.

¹⁴² בג"ץ פלוני נ' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים בירושלים (טרם פורסם, ניתן ביום 24.1.2007).

¹⁴³ ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 209, 219 (2004). במקרה זה הדברים נוגעים לאכיפת הסכם הבטחת נישואים.

¹⁴⁴ עניין נחמני, לעיל הערה 31, בעמ' 712.

¹⁴⁵ חוק הסכמים לנשיאת עוברים, לעיל הערה 18.

¹⁴⁶ ע"א 5258/98, לעיל הערה 143, בעמ' 220.

מחד גיסא, כאמור לא נומקה ההחלטה של בית המשפט להיענות לבקשת הסבה והסב, ולפיכך התוצאה הסופית לא בהכרח מביאה לידי מסקנה שהמעמד של סבים מוכר במשפט הישראלי. מאידך גיסא, מ"שנפרץ הסכר", יהיה קל יותר בפעם הבאה להיענות לבקשה דומה תוך הכרה בפה מלא במעמד או באינטרס של סבים.

לאורך המאמר ביקשנו לעמוד על המצב החוקי בארץ ובעולם בעניין הסוגיה שלפנינו. מצאנו כי הגישה בארץ ובעולם היא שאין ליתן לסבים מעמד בדין, שכן הדעה הקובעת בעניין הילדים הינה של הוריהם, ובמשפחה המורחבת מתחשבים רק כאשר ניתן לעשות זאת.¹⁴⁷ ראינו כי ניתן לכאורה לגזור את האינטרס לסבות מהזכות להורות, ועמדנו על שיקולים שונים העשויים להנחות את ההחלטה אם ראוי לעשות כן. בסופו של דבר, לדעתנו, מתן מעמד כלשהו לסבים בשאלת הולדת נכדם לאחר מות בנם, במצב שבו לא הייתה לו בת זוג מעורר חששות. הקניית מעמד לסבים בנסיבות אלה עשוי להקנות להם זכויות נלוות כגון ההכרעה אם לבנם היה רצון להיות אב, ההחלטה מי תהיה האם וההתערבות בהכרח בסוגיות הקשורות לאופן גידול הילד. בנוסף, הצגנו שיקולים הנוגעים לטובת הילד עצמו, כאשר למעשה אין יכולת רבה לצפות את מלוא ההשפעות על הילד מנסיבות היווצרותו. עם זה, המצב החוקי כיום, השולל כל מעמד מהסבים בעניין שאלת השימוש בזרע בנם המנוח, נראה לנו גורף מדי. לדעתנו, לאור ההצדקות שבבסיס הזכות, המשפיעות אף על מעמד הסבות, יש לבדוק כל מקרה לגופו וכאשר הנסיבות חריגות ומצדיקות מתן מעמד לאינטרס הסבים, ובפרט כאשר יש ראיות לכוונות הנפטר לשמר את זרעו, יש לאפשר זאת ולא לשלול את העניין באופן גורף.

¹⁴⁷ פרק ב לעיל.