

נספח 1

הנחיית היועץ המשפטי
לממשלה משנת 2003
המאשרת שימוש בזרע הנפטר
על פי "רצון משוער"

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה	משפט מינהלי משרדי הממשלה - בריאות
תאריך: א' חשון התשס"ג, 27 אוקטובר 2003 מספר הנחיה: 1.2202	נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו

נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו

<u>תוכן עניינים</u>	
א.	מבוא
ב.	שימוש בזרע לאחר המוות
2	הסכמה, רצון ורצון משוער
5	מעמד בת-הזוג
6	מעמד הורי הנפטר
ג.	נטילת זרע מאדם הנוטה למות או מנפטר
ד.	הטיפול בבקשות לבית-המשפט לשימוש בזרע לאחר המוות
ה.	פסיקת בתי-המשפט
ו.	מעמד הילדים שייוולדו
ז.	סיכום

א. מבוא

1. בקשות להוצאת זרע מנפטר ושימוש בזרעו לאחר מותו מעוררות שאלות מורכבות מתחומים שונים: משפט, רפואה, פילוסופיה, דת, כבוד האדם וכבוד המת, המשכיות ומשפחה. מטבע הדברים ההכרעה בשאלות אלה מושפעת מערכים, רגשות ואמות מידה מוסריות, ולכן ההתייחסות לסוגיה עשויה להשתנות ממקרה למקרה ומאדם לאדם.
2. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנושא נטילת ושימוש בזרע לאחר המוות גובשה לאחר סדרה של דיונים שהתקיימו במשרד המשפטים, בהשתתפות נציגי רשויות המדינה הנוגעות בדבר ובשיתוף מומחים מתחומי הרפואה, המשפט - לרבות המשפט העברי - והפילוסופיה, וזאת נוכח מספר מקרים אשר הובאו בפני בתי-המשפט.
3. בעמדה שהוצגה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בתיקים אלה, הובעה הסכמה לכך שיעשה שימוש בזרע של המנוח על-ידי בת-הזוג שביקשה זאת, ובשים לב לנסיבות המיוחדות של כל אחד ואחד מהמקרים. בעקבות הטיפול במקרים אלה, ועל-מנת ליצור כללים מנחים ברורים ואחידים במקרים העשויים להתעורר בעתיד, הוחלט לפרסם את העמדה שגובשה במסגרת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

4. הבקשה לשימוש בזרע של אדם לאחר מותו היא סוגיה מוסרית-חברתית אשר טרם ניתן לה מענה על-ידי המחוקק הישראלי. כיוון שכך גובשה העמדה, בהנחיה דנן, על יסוד ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית ועל בסיס זכויות האדם המוקנות במשפט הישראלי. שאלה זו מחייבת התמודדות בהיבט הכולל של הנושא, מנקודת מבט מוסרית-חברתית רחבה, המייחסת משקל רב לרצונו הקונקרטי של הפרט בו מדובר (הנפטר), וזאת תוך בחינת מכלול הערכים החברתיים והמוסריים המעורבים בסיטואציה זו והתחשבות בהם, כמו גם ביתר השאלות הקשורות בהולדה בכלל.
5. במסגרת בחינה זו יש לייחס משקל ניכר לעובדה, שההולדה מהווה נושא חשוב ומהותי בחברה הישראלית. מוקדשים לכך מאמצים ומשאבים רבים, רגשיים וכספיים, הן של הפרטים והן של החברה בכללותה. גם הנושא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית. לערכים אלו השלכה חשובה על ראיית החברה את השאלה הנדונה. מורכבותם של נושאים אלה מחייבת בחינה שקולה וזהירה.
6. הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על-ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה. סיפורי האבות בספר בראשית, דור אחר דור - אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ורחל - נסבים על כמיהתם לזרע ולפרי בטן. במובן אחר, הקמת זרע למת היא יסודם של דיני הייבום. יוזכר גם כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה.
7. בהנחיה זו נבחן תחילה את נושא השימוש בזרע לאחר המוות, שהוא מטרת הבקשה, ולאחר מכן נדון גם בחלק הקודם לו מבחינה כרונולוגית, והוא נטילת הזרע מגוף הנפטר. נושא הנטילה לאחר המוות אינו רלוונטי בהכרח לכל המקרים בהם מתבקש שימוש בזרע לאחר המוות, בשל העובדה שלעתים מדובר בהפקדה של זרע על-ידי האדם בחייו, בין בשל טיפולי פוריות או בשל טיפולים אונקולוגיים או רפואיים אחרים.

ב. שימוש בזרע לאחר המוות

הסכמה, רצון ורצון משוער

8. ילד בא לעולם, בדרך הטבע, בהסכמה משותפת של איש ואישה. כאשר זוג - איש ואישה, חיים ביחד ומקימים תא משפחתי, אזי ההליך הטבעי והמקובל, וכך בחברה הישראלית, הוא שבשלב מסוים הם מביאים ילד לעולם. הרצון להבאת ילדים מבוסס על אינסטינקט בסיסי להתרבות ולהמשכיות של המין האנושי. בדורנו נוספה לכך הבאת ילדים על בסיס של חד הוריות, בצורות שונות של הפריה, המבוססות על סוגים שונים של הסכמה, של הצדדים - שהם בין החיים - להפריה.

9. עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים: האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו; והשני, רצונה של בת-זוגו של הנפטר בהמשכיות שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם. המקרה הפשוט הוא כאשר האדם מביע רצונו קודם מותו בדרך מפורשת וקונקרטית. למשל, כאשר יש לו בת-זוג והוא מפקיד זרעו בבנק זרע, ומביע את רצונו באופן ברור ומפורש כי בת-זוגו תוכל לעשות שימוש בזרע לאחר מותו, וכאשר גם בת-הזוג רוצה בכך. אך יש גם מקרים אחרים, מורכבים יותר.
10. עמדתו של הפרט, אשר בזרעו מתבקש השימוש לאחר מותו, אינה מהווה גורם בלבדי לצורך גיבוש העמדה בסוגיה, כי אם גורם אחד בין מכלול הגורמים, הנבחן על-פי ערכי החברה וראייתה את נושא ההולדה בכללותו, והאינטרס החברתי למתן אפשרות למימוש הזכות להורות של הפרטים בחברה. כמובן שלרצונו של הנפטר ניתן משקל משמעותי, ומקום שהוא התנגד לשימוש בזרעו לאחר מותו יינתן לכך משקל מכריע. אולם, בהעדר אינדיקציה להתנגדות כאמור, ובמצב בו בת-הזוג מעוניינת בהולדת ילד מזרעו של הנפטר, ראוי יהיה להתיר לה שימוש זה.
11. אימוץ גישה זו מוביל, לדעתנו, להגשמת ערכים חברתיים ראויים, בהם אוטונומיה הרצון של הפרט, וזכותם של פרטים בחברה לממש את עצמם ככל הניתן. לכאורה, באשר לאיש עצמו, אשר פרש מחיי העולם הזה, ושבק חיים לכל חי, אין ודאות בקשר לרצונו, כפי שהיה בעודו בחיים, ואם זה לא הובע במפורש, יש איפא לשער, כפי שיבואר להלן. לעומתו, לבת-זוגו החיה, המייחלת לילד מזרעו יש אינטרס חזק ומוכח, הן באשר להבאת ילדים לעולם מזרעו של הנפטר, שעמו נקשרה בחייו, והן באשר לשימור זכרו ולהנצחתו בדרך זו. השימוש בזרע בן-הזוג המת הוא שלב בסיסי, בלעדיו אין, לאפשרות מימוש זכות ההורות של בת-הזוג ביחד עם בן-זוגה. שלילת אינטרס זה, בכפוף לאמור להלן באשר לרצונו של המנוח, יש לראותה כהתערבות מוגזמת של החברה בשאלה האינטימית ביותר של אדם - עם מי הוא בוחר להביא את צאצאיו לעולם. על-מנת שהחברה תביע ואף תשליט את עמדתה בנושא כגון זה, יש להוכיח קיומו של אינטרס חברתי חזק ביותר, המתנגש עם רצונה המפורש של האישה ורצונו המשוער של הגבר. כך, למשל, נעשה אל נכון בקביעה שקיום יחסי מין עם קטינה מהווה עבירה פלילית בלא קשר לשאלת הסכמתה של הקטינה, שכן תפיסת החברה היא, כי קטינה אינה בשלה נפשית וחברתית להורות.
12. ההנחה הבסיסית היא שהולדה, בדרך כלל, היא פרי רצונם של שני בני הזוג. כאשר אנו דנים בשימוש בזרע לאחר המוות, עלינו להחליט על מנגנון לקביעת רצונו של הנפטר. רצון הנפטר יכול להילמד כמובן מהסכמה מפורשת שנתן בחייו לשימוש בזרעו לאחר מותו, בין אם הסכמה זו ניתנה בכתב או בעל-פה, או - כמובן - מהתנגדות מפורשת. דרך אחרת ללמוד על רצונו המודע של הנפטר היא מדרך התנהגותו, אשר יכולה לספק אינדיקציות על רצונו המשוער בילדים אף לאחר מותו, כגון, במקרה של אדם הלוקה במחלה סופנית אך למרות מצבו זה, הידוע לו, מנסה להביא ילדים לעולם, בדרך הטבע או בטיפולי הפריה מלאכותית.

13. כאשר רצונו של המנוח לא הובע באופן ברור במהלך חייו - והכוונה הן לרצונו להביא ילדים לעולם בכלל, והן רצונו להבאת ילדים לעולם מזרעו לאחר מותו, בפרט, או התנגדות לאלה - עלינו לבחון את רצונו המשוער של המנוח. כיוון שבמהלך הדברים הרגיל, אדם בריא לא נדרש כלל לשקול סוגיה זו, לגבש ולהביע דעתו לגביה, הרי עצם העובדה שלא הביע רצונו המפורש בעניין זה, אין משמעה בהכרח שלא רצה בכך. בנסיבות אלה אין לפרש העדר הבעת הסכמה מראש כהתנגדות דווקא, זאת לעומת אדם חולה היודע שיומו קרוב, ואינו מתייחס לסוגיה מפורשות. דרישה של הסכמה מפורשת כתנאי להתרת השימוש בזרע לאחר המוות, תוצאתה היתה שבחלק הארי של המקרים לא יותר שימוש, כאשר סביר להניח שבכך נפעל במקרים רבים בניגוד לרצונו של הנפטר.

14. ההנחה היא, שככלל, העמדת צאצאים לאדם מבת-זוגו, גם לאחר מותו, עולה בקנה אחד עם רצונו, בייחוד מקום שהוא חשוך ילדים. הנחה זו, המבוססת על הנחת רצונו של האדם בהמשכיות, ניתנת לסתירה, אולם היא תעמוד בתוקפה כל עוד לא קיימת אינדיקציה לכך שהמנוח היה מתנגד לכך. לפיכך, ודאי שאין לאשר שימוש בזרע מקום שהדבר עומד בניגוד מפורש לרצונו של המנוח, שהובע בכתב או בעל-פה, או שנלמד מנסיבות חייו.

לשם הערכת רצונו המשוער של הנפטר, יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו, לפי העובדות הקונקרטריות של המקרה, ולפי עדויות האנשים הקרובים לו. בהתאם לכך הנחה היועץ המשפטי לממשלה לשקול בחיוב בקשה לקבלת תסקיר פקיד סעד, בכל מקרה המגיע לערכאות על-מנת לאפשר בחינה נוספת ואובייקטיבית באשר לרצונו של המנוח, ובמיוחד לגבי רצונה הכן, החופשי והאמיתי של בת-הזוג, על-מנת לוודא שאינה נתונה להשפעות וללחצים המאפילים על שיקול דעתה ביחס לסוגיה הנדונה.

15. תפיסת ה"רצון המשוער" מבוססת אפוא, מחד גיסא, על מציאות החיים, לפיה אדם מן השורה אינו נדרש בחייו לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, ומאידך גיסא על ההנחה, שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, ובמיוחד כאשר בת-זוגו רוצה בכך. לפיכך, נתגבשה העמדה, כי אין לעמוד על דרישת הסכמה מפורשת ומודעת, אלא ניתן להסתפק גם באינדיקציות ראויות מהן ניתן להסיק על רצונו המשוער של הנפטר, היינו שהנפטר היה נותן הסכמתו לשימוש בזרעו לאחר מותו לצורך הפריית בת-זוגו, אף שלא נזקק בפועל לשאלה זו בחייו.

16. יצוין, כי במהלך הדיונים לקראת גיבוש העמדה הוצגה גם גישה הגורסת, שיש ליתן משקל מכריע ובלעדי לאינטרס של שמירת האוטונומיה של המת דווקא, בהיות הזרע חומר גוף הנלקח מגופו, ובמיוחד בשל היותו חומר גוף המיועד ליצירת חיים חדשים ולא משמש לשיפורם או לשמירתם של חיים קיימים, להבדיל מסוגיית השתלת איברים. אליבא דגישה זו, במקרה קונקרטי בו אין ביכולתנו לדעת מה היה רצונו של המת באשר לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, הרי שקיים חשש ששימוש זה יהיה בניגוד לרצונו. לפיכך המצדדים בגישה זו

גורסים שיש להיזהר במתן היתר לשימוש בזרע, עד כדי סירוב להתיר שימוש בהעדר אינדיקציה פוזיטיבית להסכמת הנפטר.

גישה זו לא התקבלה מהטעמים שפורטו לעיל. כאמור, יישום דווקני של גישה זו מדגיש את נקודת התורפה שלה, כי דווקא בדרך זו, ייאסר - כך הדעת נותנת - גם שימוש בזרעו של מי שהיה חפץ בכך בכל מאודו, או לכל הפחות לא היה מתנגד לכך, אלא שבדרך הטבע, לא נזקק להביע את רצונו לעניין זה, ובכך עלולה גישה זו להוביל לתוצאה, שברוב המקרים לא יכובד למעשה רצונו האמיתי של המת, מתוך הנחה שמרבית בני אנוש חפצים בהמשכיות.

לכך יש להוסיף שיקול נוסף: בנסיבות הנדונות, גם במקרה של טעות בהערכת רצונו של המת, לא נכפית למעשה הורות על המת, שכן אחרי ככלות הכול, 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. מאידך תהיה למנוח המשכיות על-ידי העמדת צאצא. יצוין, כי גם בהיבט של דיני הירושה, כמות שהם, הצאצא לא ייחשב, ככל הנראה, כירש, שכן אינו עומד לכאורה בתנאי סעיף 3(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה - 1965.

מעמד בת-הזוג

17. ככל שאין עולה אחרת מנסיבות העניין, ההנחה היא שבת-הזוג היא המייצגת הנאמנה ביותר של רצון בן-זוגה המת, שכן היא היתה האדם הקרוב אליו ביותר, ושותפתו הטבעית לעניין הנדון, ועל-כן הריהי האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של הנפטר באשר לעמדתו ולרצונו בצאצאים בכלל, ולשימוש בזרעו לאחר מותו בפרט.

18. במידת הזהירות הנדרשת, ניתן לומר, כי כאשר האדם נשוי או שהוא קושר חייו עם בת-זוג בחיים משותפים, הרי עשוי הדבר ללמד על רצונו המשווער בילדים בצוותא עם בת-זוגו.

לעניין זה יפים דבריה של כב' השופטת שטרסברג-כהן, בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 685:

"ניתן לסווג את ההסכמות שבין בני זוג נשואים להסכמה כללית, עיקרית ומרכזית, שהיא הסכמה לחיים משותפים כבני-זוג ולהסכמות תכליתיות להשגת מטרה ספציפית במסגרת חיי הנישואין, שהחשובה בהן היא ההסכמה להביא ילדים לעולם".

כל האמור לעיל, ייבחן, כמובן, בכל מקרה לפי נסיבותיו הקונקרטיות, שהרי המציאות האנושית מגוונת ורב-פנים, ויש לנהוג בזהירות רבה בכל הכללה לעניין זה.

19. מקום שלנפטר לא היתה בת-זוג קבועה ומסוימת בחייו, לא ניתן יהיה - ככלל - לייחס רצון משוער לנפטר להביא צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו. רצון לצאצא כרוך, מטבע הדברים, גם

בבת-הזוג למעשה יצירה זה. בהעדר בת-זוג כאמור אין מקום להיענות לבקשה, וזאת בשל צירוף של העדר אפשרות של ייחוס רצון משוער קונקרטי לנפטר, והעדר אינטרס ציבורי להתיר שימוש בזרע לאחר המוות כאשר אין בת-זוג המבקשת לממש את ההורות מבן-זוגה שנפטר.

מעמד הורי הנפטר

20. להוריו של אדם, כמו לקרוביו האחרים, זולת בת-זוג, אין מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם בחייו. החלטה אינטימית זו של הבאת ילדים לעולם, היא של האדם ושל בת-זוגו בלבד. בדומה, אין להוריו של נפטר, או לקרוב משפחה אחר, זולת בת-הזוג, מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם מזרעו של אדם לאחר מותו.

21. אכן, רצונם של הורים לראות המשכיות לבנם הוא רצון אנושי טבעי ומובן, אך להורים אין כל מעמד חוקי בשאלת הפוריות של ילדיהם, לא בחייהם, וקל וחומר לא לאחר מותם. על-פי דין, אין להורים מעמד בשאלות ההולדה של ילדיהם. החלטות מעין אלה מתקבלות, דרך כלל, על-ידי האדם ובת-זוגו, אשר יכולים לבחור האם ומתי, יביאו ילדם לעולם. פתיחת פתח להורי בן-הזוג, להיכנס לתחום אינטימי ופרטי זה מעוררת שאלות קשות ביותר ובעיות מורכבות, ויש להימנע מכך. לפיכך, למרות האמפתיה להוריו של אדם שנפטר, שצערם וכאבם אינם יודעים גבולות, אין להעניק להורים זכות או מעמד חוקי לעניין השימוש בזרע לאחר המוות, לא מעמד חוקי ליתן הסכמה, מקום שהנפטר התנגד, ולא התנגדות, מקום שקיימת הסכמה מפורשת או משוערת של הנפטר.

22. אכן, הדין מכיר בזכות להורות, ממנה נגזרות זכויות מסוימות למימושה, אך אין הדין מכיר בזכות לנכד. הורי הנפטר עשויים, כמובן, להעיד בדבר אינדיקציות באשר לרצונו של הנפטר, אך אין, כאמור, לרצונם שלהם מעמד לעניין השימוש בזרעו של בנם הנפטר.

ג. נטילת זרע מאדם הנוטה למות או מנפטר

23. העמדה אשר גובשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה באשר לנטילת זרע מאדם הנוטה למות, או ממי שכבר נפטר לצורך שימוש בו לאחר המוות, היא כדלהלן:

בשלב הראשוני בו מתבקשת נטילת הזרע, יש לנהוג במדיניות מקלה, לפיה, ככלל יאושרו הבקשות. מדיניות זו מתחייבת נוכח הדחיפות בביצוע הפעולה, והחשש כי אי-ביצועה במועד המבוקש יגרום לתוצאה בלתי הפיכה, שכן משך זמן החיות של תאי הזרע מוגבל למספר שעות בלבד. לפיכך, אי מתן האישור לנטילה בשלב ראשוני זה, או מתן האישור לאחר חלוף פרק הזמן האמור, יסכל את המשך ההליך כולו. לב העניין הוא השימוש בזרע שניטל, וההכרעה העיקרית בנושא זה תתקבל על-ידי בית-המשפט בשלב הדיון בבקשה לשימוש בזרע. נטילת הזרע עצמה היא פרוצדורה אשר, במקרים רבים, ניתן לבצעה ללא פגיעה בכבוד האדם או כבוד המת, ואשר אינה מחסירה מהגוף כל איבר. לגבי מקרים המחייבים ביצוע פעולה פולשנית ראו להלן בסעיף 25(ב).

24. כאשר מדובר בבקשה לנטילת זרע מחולה או מפצוע, הנמצא במצב של חוסר הכרה או אי-יכולת להביע רצונו, והוא נוטה למות (להלן - החולה), יחולו הוראות חוק זכויות החולה, התשנ"ו - 1996 (להלן - חוק זכויות החולה). התנאי האמור, שעניינו כי החולה הנוטה למות, יסודו בכך שאלמלא כן יש להמתין להבראתו או לחזרתו למצב בו יוכל להביע רצונו במפורש. על-כן כאשר החולה מצוי במצב בו אינו מסוגל לתת הסכמה, או שאין בנמצא יפוי-כוח מטעמו, הנושא יבוא בגדר סעיף 15 לחוק זכויות החולה, שעניינו מתן טיפול רפואי ללא הסכמה, על-פי העקרונות הבאים:

א) נטילת זרע מהווה "טיפול רפואי" במובן סעיף 2 לחוק זכויות החולה לצורך החלת סעיף 15 לחוק. ההגדרה של "טיפול רפואי" בחוק זה היא רחבה ביותר, וחלה אף על הפרוצדורה הרפואית דנן, המהווה שלב ראשוני בטיפולי פוריות והפריה.

ב) לפי סעיף 15 לחוק זכויות החולה, ניתן לתת טיפול רפואי ללא הסכמה, בהעדר אפשרות לקבל הסכמה מדעת של החולה עקב מצבו, ובהעדר אפשרות לקבל הסכמת בא-כוחו או אפוטרופסו, ככל שישנם, וככל שלא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגדים לקבלת הטיפול. לפיכך, מקום שבת-זוגו של החולה מבקשת כי יינטל זרע מבן-זוגה, ומעידה על כך שבן-הזוג היה נותן הסכמתו לכך, לו היתה בידו האפשרות ליתן אותה, די בכך כדי להתיר את ביצוע הפעולה, זאת באין ראייה או אינדיקציה לסתור טענה זו.

מכאן נובע, שכאשר הבקשה אינה של בת-הזוג, אשר רק היא הרשאית לעשות בזרע שימוש (ראו סעיף 17 - 19 לעיל) אין מקום להיענות לה. נטילת הזרע מתבצעת רק לצורך טיפולי פוריות ולשם הפרייתו של האשה בזרע שניטל. ההצדקה מבחינה רפואית לפעולה זו, היא

קיומה של בת-זוג, האמורה לעבור טיפולים אלה. על-כן, ככל שלא קיימת בת-זוג, אין כל הצדקה לרופאים לבצע את הנטילה.

ג) נטילת זרע, כאמור, תיעשה לבקשתה של בת-זוג בלבד, שכן היא היחידה הזכאית לבקש לעשות בו שימוש, ולאחר זולתה אין כל מעמד לעניין זה. במונח "בת-זוג" הכוונה היא לבת-זוגו של האדם ממנו מבוקש ליטול זרע, ולעניין זה אין חשיבות אם היו קיימים ביניהם קשרי נישואין דווקא. כובד המשקל הוא על קיום יחסים בעלי אופי נמשך, מהסוג שהבאת ילדים מהווה חלק טבעי מהם.

ד) יחד עם זאת, אין ספק כי ייתכנו מקרים בהם נסיבות החיים יזמנו בפנינו מקרים מורכבים שלא ניצפו. המקום הראוי להכריע בעניינים אלה הוא בבית-המשפט. על-כן, במגבלות הזמן, יש לשאוף לכך שבעיות מעין אלה יובאו לפתחו של בית-המשפט בהקדם האפשרי, על-מנת שהוא יהא זה שישקול את מכלול השיקולים והאינטרסים ויתן החלטה בעניין.

ה) בקשת בת-הזוג לנטילת זרע מבן-זוגה תיערך בכתב, על-גבי טופס שיוכן לשם כך על-ידי המנהל הכללי של משרד הבריאות. על הרופא המטפל לאשר את מצבו הרפואי של בן-הזוג והתקיימות התנאים המנויים לעיל.

ו) טרם מילוי טופס הבקשה על-ידי בת-הזוג, יינתן לה, במידת האפשר ובכפוף למועד האירוע בשלו מועלית בקשתה, באופן אישי, הסבר מפורט על-ידי רופא מיחידת ההפריה והפריון של בית החולים בדבר הפרוצדורה הרפואית אשר תידרש בהמשך לשם שימוש בזרעו של בן-זוגה ולאחר מכן. כמו כן, תתקיים פגישה אישית של בת-הזוג עם פסיכולוגית או עם העובדת הסוציאלית של יחידת ההפריה והפריון בבית החולים או של בית החולים, לשם מתן הסבר כולל בדבר הפרוצדורה הרפואית שתבצע וכל ההיבטים הכרוכים והנלווים אליה, לרבות בדבר אופי הטיפולים הרפואיים שיידרשו, משך הזמן, סיכויי ההצלחה והכישלון, והקשיים הרגשיים והנפשיים במעבר של תהליך מעין זה. אמנם מתן הסברים אלה עלולים להיות קשה למילוי בנסיבות מסוימות, ותחת סד הזמן המתחייב, אולם יש לעשות מאמץ כן כדי לנותנם, על-מנת שבפני האישה תונח התשתית הרפואית במלואה על מכלול השלכותיה לגביה, טרם קבלת ההחלטה על-ידה להגשת הבקשה לנטילת הזרע. ככל שמתן ההסבר לא התאפשר, בשל קוצר הזמן, טרם הנטילה, יינתן ההסבר במסגרת הטיפול בבקשה לשימוש בזרע.

ז) הבקשה תאושר על-ידי שני רופאים בכירים במחלקה הנדונה. רק לאחר מילוי כל התנאים המנויים לעיל ניתן לבצע את פרוצדורת נטילת הזרע.

25. כאשר מדובר בפעולה של נטילת זרע מנפטר יחולו העקרונות הבאים:

א) הדין אינו קובע איסור או תנאי פורמלי לנטילת זרע שאינה כרוכה בנתיחה או בפגיעה בכבוד המת. נטילה זו גם אינה נכנסת לגדרו של חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג - 1953 (להלן - חוק האנטומיה). בנסיבות אלה יחולו, בשינויים המחויבים, ההוראות לעניין נטילת זרע מחולה נוטה למות, ובעיקר ההוראה לפיה בקשה מעין זו יכול שתוגש רק על-ידי בת-הזוג, ככל שישנה, כמפורט בסעיף 24 לעיל.

ב) כאשר מדובר בפעולה הכרוכה בנתיחה, זו נכנסת, לכאורה, לגדרו של חוק האנטומיה. לפיכך, בנוסף לתנאים המנויים בסעיף 24 לעיל, בשינויים המחויבים, היא מצריכה גם קיומם של התנאים הקבועים בחוק האנטומיה, ובהם הדרישה להסכמת בת-זוגו ולאי-התנגדות של בן משפחה לפעולת הנתיחה המבוקשת, בהתאם לקבוע בסעיף 6א לחוק זה.

26. יודגש, כי ההכרעה בדבר השימוש בזרע להבדיל מנטילתו, תינתן בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו המיוחדות, על-פי החלטה של בית-המשפט, לאחר הגשת בקשה על-ידי בת-הזוג בלבד, ורק לאחר שנקבע מותו של בן-הזוג שבזרעו מבקשת בת-זוגו לעשות שימוש. אין בהיתר ליטול זרע כדי להשליך כל עיקר על העמדה לעניין השימוש בזרע, התלויה בנסיבות הספציפיות של כל מקרה ובעובדות אשר אינן ידועות בהכרח במלואן בעת בחינת בקשת הנטילה. הבחנה זו חשובה ביותר, ויש להקפיד בה בכל מקרה בו עולה סוגיה זו.

ד. הטיפול בבקשות לבית-המשפט לשימוש בזרע לאחר המוות

27. בכל מקרה בו מועלית בקשה לשימוש בזרעו של נפטר יש לגבש עמדה בתיק מטעם היועץ המשפטי לממשלה, לפי הנסיבות הספציפיות המאפיינות אותו, לאחר התייעצות עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ) ומנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה, ולפי הצורך, עם היועץ המשפטי לממשלה.

בגיבוש העמדה בנוגע לבקשה יש לבחון קיומו של רצון או רצון משוער של הנפטר בכל מקרה קונקרטי לנסיבותיו. לצורך כך, יש לבחון את העובדות הרלוונטיות ואת האינדיקציות המעידות על קיומו של "רצון משוער". הכלים שניתן לעשות בהם שימוש הם: חזקות עובדתיות כלליות, המתבססות על ניסיון חיים מצטבר, ואינדיקציות קונקרטיות, כמו נישואין, חיים משותפים, התבטאויות של הנפטר, וכן עדויות רלוונטיות של בת-הזוג, קרובים וחברים, קיומה של הרמוניה או מחלוקת בתוך המשפחה, גיל הנפטר, שאלת קיומם של ילדים מקשרים קודמים, וכיוצא באלה דברים.

28. במסגרת הליך בדיקה פרטני זה, ראוי לבקש מבית-המשפט להורות על הכנת תסקיר פקיד סעד. תסקיר מעין זה עשוי להוות כלי יעיל לשם התחקות אחר רצון הנפטר, וחשוב מכך, ללמד על רצונה האמיתי של בת-הזוג, שכן על בית-המשפט להשתכנע שמדובר בקיומו של רצון כן, חופשי ואמיתי של בת-הזוג. במסגרת זו יש לוודא שבת-הזוג אינה נתונה ללחצים ולהשפעות, אשר מאפילים על שיקול דעתה העצמאי ועל התייחסותה האישית לסוגיית

ההולדה של ילד מזרעו של בן-זוגה המת. בתסקיר מעין זה עשויה להיות תועלת רבה על-מנת לפרוש את הסוגיה במלואה לפני בית-המשפט ולהקל עליו בקבלת ההחלטה.

29. על כלל הגורמים העוסקים בבקשה לשים לבם לעובדה שהמדובר בסיטואציה מורכבת ביותר מבחינה רגשית בעבור בת-הזוג, אשר התאלמנה ואיבדה את היקר לה מכל, והנאלצת להתמודד עם השכול וסובלת, מטבע הדברים, מתחושות של אובדן ובדידות.

30. יש לבחון האם הבקשה שהגישה לשימוש בזרעו של בן-זוגה המת אכן משקפת ומבטאת את רצונה שלה. על-כן, מן הראוי שההחלטה בעניין לא תתקבל תחת ההשפעה הקרובה והמכבידה של מכלול התחושות והרגשות המלווים אירוע זה, אלא תינתן לאחר תקופה של מספר חודשים לפחות ממועד המוות. מרווח זמן זה יושג, בין על-ידי מועד הפניה של המבקשת עצמה, אשר עשויה ליטול לעצמה פסק זמן למחשבה בין מועד נטילת הזרע לבין מועד הגשת הבקשה לבית-המשפט, או על-פי קביעה של בית-המשפט באשר ל"תקופת ביניים" של מספר חודשים אשר רק לאחריה ידון בבקשה ויקבע מהו המועד המתאים לשימוש בזרע. בעת קביעה זו יש לקחת בחשבון גם את גילה של המבקשת.

31. לשם התחקות אחר רצונה החופשי והאמיתי של בת-הזוג, ראוי שיינתן לה ליווי רפואי, סוציאלי ופסיכולוגי הולם בכל שלבי התהליך, על-מנת שהחלטתה תתקבל תוך ידיעה מלאה של העומד בפניה. יש לזכור כי בסופו של יום, יאפשר התהליך הנדון בהנחיה זו, מתן טיפולי הפריה לבת-הזוג, ולא ניתן יהיה להתחיל בתהליך זה אם לא שוכנע הרופא כי אכן נתנה הסכמה מדעת - מלאה, ברורה ועצמאית - לביצוע הטיפולים הכרוכים בכך.

32. בעקבות הדיונים השונים שנערכו בנושא, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את משרד הבריאות לעדכן את הטפסים השונים אותם יש למלא בהליכים של הפקדת זרע בבנק זרע, ובמסגרת הליכי הפוריות השונים, ולהוסיף בהם פיסקה באשר לרצונו של האדם ביחס לאפשרות השימוש בזרעו לאחר מותו. שינוי זה, והדיון הציבורי הער הנמשך מאז עלה נושא זה למודעות הציבורית, עשויים להבטיח שבעתיד, בעת שיתעורר הצורך להכריע בשאלות הנדונות כאן, ניתן יהיה לעשות כן על בסיס ידיעה ברורה יותר של רצון המת. דבר זה תואם גם הבעות רצון מוכרות מסוגים אחרים (כגון אדם המביע את רצונו באשר לתרומת איבריו לאחר מותו), אולם, אין ספק שתהליך זה ייארך עוד זמן רב.

ה. פסיקת בתי-המשפט

33. הסוגיה של נטילת זרע ושימוש בזרע הובאה בפני בית-המשפט במסגרת דיונים שהתקיימו במספר בקשות שהוגשו בשנים האחרונות בעניין זה. בתי-המשפט, ככלל, נטו לנהוג לפי המדיניות והעקרונות המנויים בהנחיה דנן, אשר גובשו על סמך הניסיון שהצטבר. בפסק הדין שניתן בבית-המשפט המחוזי בת"א בה"פ 10440/99, אומצה עמדת היועץ המשפטי לממשלה

בעניין השימוש בזרע (עיקריה מפורטים לעיל בהנחיה זו), אשר הוגשה לבית-המשפט, ונקבע כי -

1. "לאחר שעיינתי בכתב עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, שבאמצעותו נעשה חריש עמוק בשדה השאלות העומדות לדיון, והנוגעות לסוגיות חברתיות - מוסריות ואנושיות מורכבות, אין לי אלא להזהות עם ההשקפות העקרוניות שהובאו מטעם היועץ המשפטי לממשלה הנכבד. בפרט, נראה לי, כי ראוי ללכת בנתיב ההנחה הבסיסית "שאדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, כאשר בת-זוגו מעונינת בכך", אלא אם הביע אותו אדם התנגדות מפורשת או משוערת נגד המשכיות כזאת.

2. כן נראית לי ראויה לאימוץ, הצעת היועץ המשפטי לממשלה המלומד, כי על מנת ללמוד על הרצון המשוער של הנפטר, על הרצון האמיתי והחופשי של בת-הזוג ועל עמדת שאר הקרובים הישירים של הנפטר, יש מקום, בנסיבות מקרה זה או אחר, לבקש התייחסות ישירה מהם או על-ידי תסקיר פקיד סעד, כדי לקבל תמונה כוללת ומקיפה."

34. בתיק אחר שנדון בבית-המשפט המחוזי בת"א בה"פ 1922/96, שם הזרע הוקפא בחייו של הנפטר והשימוש התבקש רק לאחר מותו, קבע בית-המשפט בסוגית הזרע כנכס ובסוגיית אפשרות ההתנגדות לשימוש בזרע מטעמים כלכליים, כדלקמן -

6. "המשיב מסעיף 3 [אביו של הנפטר] טוען, במעמדו כאחד מיורשי המנוח, כי אין לעשות שימוש בזרעו של המנוח ללא הסכמתו של המנוח או הסכמת היורשים, בהעדר ראיה לרצונו של המנוח. צודק המשיב מסעיף 3 בטענו כי אין בסיס ראייתי לטענות המבקשת כי על-פי צוואת המנוח יש להשתמש בזרע להפריית המבקשת. לעניין זה אין בפני בית-המשפט ראיה שעליה ניתן לסמוך. אך ניתן ללמוד מעצם מתן הזרע על-ידי המנוח, שעה שלקה במחלה קשה. גם אם קיווה כי השימוש בזרע, לצורך הפריה ייעשה בחייו, הרי במחלתו, יש להניח כי ראה לנגד עיניו את האפשרות כי הזרע המוקפא ישמש להפריה, כאשר הוא עצמו לא יהיה יותר בין החיים. מאוד ייתכן כי דווקא שאיפה זו, של הותרת בן אחריו, שהיא שאיפה טבעית נחלת רבים, היא היא שהניעה אותו לעסוק במתן הזרע, על אף חוליו. בנסיבות העניין די בהסכמה משתמעת זו כדי לראות את המנוח כמי שהסכים לשימוש בזרע על ידי המבקשת.

...

8. אפילו היה צורך בהסכמת המנוח לשימוש בזרע, לו חי, אין לומר שאביו בא תחתיו. הדעת נוטה לכך שאין ירושה בזרע, באשר אין הזרע בגדר נכס הנמנה על נכסי העזבון (י. ויסמן איברים כנכסים, משפטים ט"ז 500, 508; מ' שמגר, סוגיות בנושא הפריה ולידה, הפרקליט ל"ט 21, 34) זו כנראה גם הגישה במשפט העברי (הרב אביגדור נבנצאל, בעלות יורשים על זרע מוקפא, תחומין, י"ז 347).

המפתח לשאלה אם לזרע דין ירושה הוא בהיותו נכס. אם אכן הוא נכס, ניתן יהיה לנהוג בו, לעניין ירושה, כבנכסים אחרים של המנוח. אלא שאם אכן הזרע הוא נכס, הרי ניתן לתיתו במתנה. במקרה זה אפשר לראות את המנוח כמי שנתן את זרעו במתנה לאשתו, וזו זכאית לעשות בו שימוש כרצונה. מכאן, שאם נכס בפנינו אין המשיב יכול להיבנות מכך, ואם אין לזרע דין נכס, אין המשיב בבחינת יורש של זכויות בנכס. כאמור הדעת נוטה לכך שהוא הדין, וכי אין לראות בזרע נכס הניתן להורשה.

9. טיעונו של המשיב כלפי השימוש בזרע מושתת על החשש פן יבולע

לו מבחינה כספית. בין אם מכיוון שהילוד ייטול חלק בירושת עזבונו של המנוח, ובין אם מכיוון שעשוי המשיב לחוב במזונותיו. לו עתר המשיב וביקש למנוע את השימוש בזרע מהטעמים שהוא מעלה כלפי עתירת המבקשת, היו פניו מושבות ריקם. אין השלכות כלכליות שעשויות להיות להולדת היילוד, יכולות להביא בית משפט למתן צו שימנע את הולדתו. ... אין התוצאה צריכה להיות שונה, מכיוון שהמבקשת היא זו שנוקדה לצו של בית-המשפט כדי שיימסר לה הזרע שהופקד ... מתן פתח להתערבותו של בית-המשפט בהבאת ילדים לעולם על יסוד שיקולים כלכליים של עותרים עלול להוליך לתוצאות שאינן מתקבלות על הדעת, ואשר בתי-המשפט לא יתנו להן יד."

ו. מעמד הילדים שייוולדו

35. במסגרת הדיון בבית-המשפט בבקשה להתרת השימוש בזרע, יש לבקש מבית-המשפט ליתן הוראות למשרד הפנים, באשר למעמדם של הילדים אשר ייוולדו כתוצאה משימוש זה, ובעיקר לעניין הליך רישומם במרשם האוכלוסין כילדיו של המנוח, והמנוח כאביהם, זאת לאחר הצגת המסמכים המתאימים מהמוסד הרפואי המטפל, אשר יוכיחו כי ילדים אלה נולדו לאחר שימוש בזרע המנוח.

במקרים בהם הופקד הזרע טרם מותו של האב, ולא נדרש אישור בית-המשפט לשימוש בזרע, מטעם שהמנוח הפקיד את זרעו טרם מותו, רישום הילדים שיולדו כתוצאה מהליך ההפריה כילדיו של המנוח ושל המנוח כאביהם יחייב פניה לבית-המשפט למתן פסק-דין הצהרתי אשר ייקבע על סמך ראיות שיוצגו בפניו, כי הילדים שנולדו הם אכן ילדיו של המנוח. על המוסד הרפואי בו מטופלת האישה לעדכנה בדבר הצורך בהליך שיפוטי זה לשם רישום הילדים במרשם האוכלוסין.

ז. לסיכום הדברים

36. סוגיית השימוש בזרע לאחר המוות נבחנת על-פי ערכי החברה וראייתה את נושא ההולדה בכללותו, והאינטרס החברתי למתן אפשרות למימוש זכותם של הפרטים בחברה להורות. ודוק, בזכות להורות מדובר, ולא בזכות להבאת נכדים לעולם. נקודת המוצא היא, כי הליך של שימוש בזרע אפשרי רק על בסיס כיבוד רצון המת. ומכאן שרצונו של המנוח מהווה שיקול מרכזי אך לא בלבדי. רצונו של המנוח אינו עומד בפני עצמו, שכן סוגיה זו דנה בהגשמה של רצונות משותפים, וכרוכים בה ערכים חברתיים ומוסריים. מכאן המשקל הניתן גם להימצאותה של בת-הזוג ולעמדתה.

נושא השימוש בזרע לאחר המוות הוא מורכב וסבוך, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ומעבר לרצונם הידוע ומשוער של הנפטר ובת-הזוג החיה, הנושא מעורר שאלות נוספות, כגון טובת הילד האמור להיוולד, אשר יבוא לעולם יתום מאב. קיימת גם מחלוקת הלכתית לעניין מעמדו של ילד שנולד לאחר מות אביו, וישנה עמדה הגורסת שהילד אינו מיוחס לאביו

ושמעמדו מסופק. גם הוראת סעיף 3 לחוק הירושה שוללת לכאורה, כנזכר לעיל, זכותו של ילד זה לרשת את אביו.

יפים לעניין זה דבריו של השופט אנגלרד בבג"צ 2458/01 (פ"ד נז(1) 433), בפיסקה 16 לפסק דינו:

"בדומה לחששות מוסריים שהושמעו בעולם כולו, גם אנשי ההלכה רואים בדאגה רבה את חציית הגבולות המסורתיים הכרוכה בהתקדמות המדעית (ר' פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (כרך שני, תשמ"ט), 105). כך מציין הרב ע' יעקובוביץ' (הרפואה והיהדות (תשכ"ו) 235) כי הבאת ילדים לעולם היא פעולה שראוי שתהא מתוך מערכת זוגית שיש בה קרבה ואינטימיות, ולא מתוך טכניקות מעבדתיות."

נוכח כל אלה הגענו, לאחר דיונים ממושכים לעמדה המפורטת לעיל, המהווה לטעמנו עמדה מאוזנת, ככל שניתן בהקשר הנדון, ועל פיה יש לנהוג בגיבוש העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה באשר לבקשות שיוגשו בעניין זה.

נספח 2

"בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים
בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר
המוות, פטיארכייה, פרו-נטליזם ומיתוס
המשכיות הזרע"

מאת: יעל השילוני-דולב וצבי טריגר

בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע

מאת

יעל השילוני-דולב* וצבי טריגר**

תקציר

מאמר זה עוסק בסוגיית ההולדה לאחר המוות מזרעו של גבר שלא הותיר אחריו הוראה לעשות זאת. אנו מבקשים לבחון את ההצדקות המקובלות על-ידי מתווי המדיניות בסוגיה זו מפרספקטיבה של תכניה הנתפסים של הגבריות והאבהות הישראליות, ולעמת אותן עם ממצאים אמפיריים בדבר רצונם של גברים שרואיינו לצורך המחקר בנוגע לשאלת ההולדה לאחר המוות מזרעם. נוסף על כך אנו מתחקים אחר מופעים של אבהות בפסיקה הישראלית שעסקה בסכסוכי משמורת ובסוגיות אחרות של אבהות שאינן קשורות להולדה לאחר המוות. אנו מראים שקיים פער עמוק בין המדיניות בנושא ההולדה לאחר המוות, המצדיקה אותה באמצעות ערכים פטריארכליים ופרו-נטליסטיים, לבין עמדותיהם של גברים רבים המגלים עניין באבהות פעילה. גברים אלה אינם מעוניינים באופן מיוחד בהורות לאחר המוות מנימוק של המשכיות זרעם, אלא מוכנים לתת את הסכמתם לשימוש בזרעם מתוך התחשבות ברצונותיהם של החיים.

ממצאי המחקר מחדדים את ההבחנה בין הסכמה משוערת של גבר לכך שבת-זוגו תשתמש בזרעו לאחר מותו לצורך הבאת ילדים לעולם, אם היא מעוניינת בכך ואם הדבר יסב לה נחמה או אושר, לבין רצון משוער שלו בהולדה לאחר המוות ובהנצחת זרעו. הנחת רצון משוער כזה היא ביטוי של תפיסה פטריארכלית והשלכה של ערכיהם של מתווי המדיניות ויוצרי הדין, ועלולה אף להוביל למסקנה שמחייבת את בת-הזוג או את קרובי-משפחתו האחרים של המת לפעול למען הגשמת רצונו המשוער על-פי אידיאולוגיה זו, אשר כמעט לא השתקפה ברברי המרואיינים.

* פרופסורית חברה, בית-הספר לממשל וחברה, המכללה האקדמית תל-אביב-יפו.

** פרופסור חבר, בית-הספר למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למינהל.

תודה לשרון חג'בי ולשרון בילו על העזרה במחקר, וכן לקוראת החיצונית ולחברי מערכת כתב-העת על הערותיהם המועילות. המחברים מודים למרכז מינרבה לחקר סוף החיים באוניברסיטת תל-אביב בעבור מענק המחקר שאפשר מחקר זה. שמות המחברים מופיעים לפי סדר האלפבית, ותרומתם למאמר זהה.

מבוא

א. עידוד ילודה יהודית בתרבות הישראלית – גם לאחר המוות?

1. פרוגנטליזם שלאחר המוות

2. משפט, תרבות וטכנולוגיה בשירות ההולדה לאחר המוות

3. זרע, גבריות ואבהות

4. הכמיהה לילד – היבטים ממוגדרים

ב. הורות והולדה בישראל: משפט ותרבות

1. הורות מכוח הולדה (הורות טבעית) לעומת הורות משפטית

2. הורות משפטית: אימוץ, פונדקאות וצו הורות פסיקתי

ג. הולדה לאחר המוות: בין הורות טבעית להורות משפטית

1. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

2. בתי המשפט

3. ההסדרים המשפטיים בישראל – מבט ביקורתי ראשוני

4. גברים עומדים על זכותם להיות הורים פעילים במשפט הישראלי

ד. גברים מדברים על הולדה לאחר המוות: ממצאי הראיונות

1. מתודולוגיה

2. ממצאים

סיכום

מבוא

בימינו הפקת תאי רבייה, הפריה (מפגש הזרע והביצית) והיריון אינם חייבים להתרחש בסמיכות זמנים. טכנולוגיות פריון שונות ניתקו את הקשר ההכרחי בין יחסי מין להולדה.¹ נוסף על כך, הקשר ההכרחי בין הורות לגנטיקה נותק גם הוא, והורות יכולה להיות מושגת כיום גם בלא קשר גנטי בין שני ההורים לילדיהם (למשל, אם רוכשים תרומת זרע או ביצית), ואף ללא היריון של האם המיועדת או ללא אישה שתהיה לאם, כאשר מדובר בשני אבות (אם נעזרים בפונדקאית). הצורה הקדומה ביותר של הורות לא-גנטית – אימוץ – פינתה את מקומה במידה רבה להורות המושגת באמצעות שימוש בטכנולוגיות פריון. כתוצאה מכך מתאפשרת גם הולדה לאחר המוות של תינוק אשר אחד מהוריו, ובאופן פוטנציאלי אפילו שניהם, לא היו בין החיים בזמן הפקת תאי הרבייה, ההפריה או ראשית ההיריון. רבייה לאחר המוות מותרת ומתממשת בישראל זה שנים מספר – הן באמצעות שימוש בזרע של מת שהוקפא עוד בחייו, הן באמצעות קצירת זרע מהמת ושימוש בו, והן (במקרה יחיד הידוע לנו עד כה) באמצעות שימוש בטרום-עובר מוקפא של אישה שהלכה לעולמה.

הקלות הטכנולוגית היחסית שבה ניתן לקצור זרע מן המת וליצור עובר מזרע קפוא (להבדיל משאיבת ביציות ממתה ויצירת עובר מביציות קפואות, אשר מצריכות אם פונדקאית),

1 יעל השילוני-דולב מהפכת הפריון 104 (2013).

בשילוב האידיאולוגיה הפטריארכלית והחשיבות המיוחסת ל"המשכיות הזרע" (בין היתר בשל מרכזיותה של מצוות "פרו ורבו" במסורת היהודית – מצווה שמוטלת על גברים ואשר נשים פטורות ממנה²), הופכות את הסוגיה של אבהות לאחר המוות למרתקת במיוחד בהקשר הישראלי. מכיוון שרוב המקרים שהובאו להכרעה וזכו בהתייחסות משפטית, ביר-אתית או פופולרית בהקשר זה בארץ ובעולם הם מקרים של הולדה באמצעות זרע של גבר מת, ומכיוון שיש בעינינו משמעות מיוחדת לכך שרבייה לאחר המוות של נשים אינה כה נפוצה (ולא רק בגלל הסיבוך הטכני היחסי), נתמקד ברבייה באמצעות זרעו של גבר מת. מאמר זה מתמקד אפוא באופן שבו המשפט הישראלי מתייחס לשאלת "רצון המת" בנוגע לשימוש בזרעו לצורך הולדת ילד לאחר מותו.³ שאלה זו מתחדדת בעיקר כאשר גבר הלך לעולמו מבלי להשאיר אחריו הוראות שיבהירו מה יש לעשות בזרע שהקפיא או מבלי שהוקפא זרעו לפני מותו, וכעת יש להחליט אם לשאוב מגופו זרע ובאילו נסיבות יש להתיר הולדה מזרעו.

הטענה המרכזית שלנו היא שבכל מקרה שבו אין דרך להתחקות אחר רצון המת המפורש בנוגע לשימוש שיש לעשות בזרעו המוקפא או בנוגע לשאלה אם לשאוב ממנו זרע לאחר מותו, המשפט הישראלי בוחר להניח כי "הרצון המשווער" של המת הוא לשאוב זרע לצורכי הולדה לאחר המוות. הוא אף הרחיב מאוד את השימושים באפשרות זו לאורך השנים מבנות-זוג של נפטרים גם להוריהם, באמצעות אם יחידנית.⁴ בררת-המחדל היא לטובת שאיבת זרע והולדה לאחר המוות, בנימוק שזאת הדרך המממשת את טבעם ורצונם של גברים באשר הם. הכרעה זו, כך אנו טוענים, נעשית באופן מנותק מנותק מרצונותיהם האמיתיים של גברים רבים, תוך השלכה של ערכים פטריארכליים, קהילתיים ופרו-נטיסטיים על המתים, ותוך שימוש ברצונם המשווער של המתים כאמתלה בלבד למימוש רצונם של הנותרים אחריהם. את טענותינו אלה אנו מבססים על פער עמוק שמצאנו בין ניתוח המדיניות המשפטית לבין ממצאים מראיונות שנערכו עם גברים בנוגע לשאלת ההולדה לאחר המוות, וכן מניתוח גוף פסיקה רלוונטי נוסף העוסק במאמציהם של אבות רבים להיות אבות פעילים. ממצאים ממקורות אלה – שבהם אין ניסיון לשער את רצונם של גברים מתים, אלא מנסים לברר אותו בחייהם באמצעות ראיונות או להתחקות אחר מאמציהם לפעול בשדה ההורות – מלמדים כי אי-אפשר להכליל ולהניח לגבי כל הגברים שהם היו מעדיפים שיוולדו להם צאצאים גנטיים לאחר מותם. אדרבה, בררת-המחדל צריכה להיות הפוכה, כלומר, יש לשער כי רצונם של רוב הגברים הוא שלא ייוולד להם ילד לאחר מותם, אלא אם כן, כפי שעולה מהראיונות,

2 מאיה ליבוביץ "פרי ורבי ומלאי את הארץ: מי מצווה במצוות פרו ורבו?" ברוך שעשני אשה? 129, 130 (דוד יואל אריאל, מאיה ליבוביץ ויורם מזור עורכים, 1999).

3 לדיון מעמיק, החורג מגבולותיו של מאמר זה, בשאלת כיבוד רצון המת, בפרט ביחס לגופו, ראו יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית טז 31, 34-31 (2014).

4 ראו גם שרון חג'בי כשהרוחות מגיעות לכפר (עבודת-גמר לתואר "מוסמך בסוציולוגיה", אוניברסיטת תל-אביב – החוג לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2015). לדיון פילוסופי בשאלה הכללית של זכויותיהם ורצונותיהם של מתים, לאו דווקא בהקשר של הולדה לאחר המוות, ראו: DANIEL SPERLING, POSTHUMOUS INTERESTS: LEGAL AND ETHICAL PERSPECTIVES (2008). כן ראו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008).

הדבר חשוב מאוד לנותרים אחריהם. גם במצב כזה, רוב המרואיינים מבחינים בין בת-הזוג לבין הוריהם, והיו מעדיפים להיענות לבקשת בת-הזוג – ופחות לבקשת ההורים – להביא ילד לעולם מזרעם לאחר מותם.⁵

מה מתרחש כאן? מדוע המשפט הישראלי מניח כמובן מאליו את קיומו של רצון המת להוליד ילדים מזרעו לאחר מותו, ומהיכן הנורמות הקיימות – המעוגנות בעיקר בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ובפסיקת בתי-המשפט – שואבות את הביטחון שיש להתיר הולדה לאחר המוות כאשר הגבר לא ביקש זאת לפני מותו?

כפי שנראה, ההנחה בדבר רצונם של גברים בצאצאים גנטיים שייולדו מזרעם לאחר מותם מתבססת על תפיסה תרבותית מושרשת בדבר קיומם של הבדלים מהותיים בין גברים לנשים בכל הנוגע בהורות, ובפרט שגברים זקוקים ו"נוטים" להמשכיות זרעם, וחשוב להם פחות להיות הורים פעילים (בניגוד לנשים, אשר זקוקות ו"נוטות" לטיפול בילדים, לפי תפיסה זו). הנחה זו מובלעת בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר שאיבת זרע מהמת ושימוש בו,⁶ וכן בפסיקה העוסקת בסכסוכים סביב סוגיה זו. ממצאי המאמר – הנסמכים הן על הראיונות שנערכו עם גברים והן על הפסיקה העוסקת בנושא האבהות בישראל – מפריכים את הנחת-המוצא הזו, ומעלים את הצורך לשקול מחדש את מה שנראה כעת ככפיית קונסטרוקציה משפטית כוזבת של "רצון משוער" על כל הגברים המתים, אשר אינה מבוססת על המציאות, אלא אך ורק על רצונם של הנותרים בחיים לאחר מות הגבר והתפיסות התרבותיות של מערכת המשפט.

מובן מאליו שהמשפחה העתידה לקום בעקבות הפריה ממת אינה תואמת את ההגדרה של המשפחה הגרעינית-המודרנית בתיאוריה הסוציולוגית או בקונוונציה הפופולרית, מכיוון שזו משפחה שקמה לא באמצעות יחסי מין בין בני-זוג הטרוסקסואלים הנשואים זה לזה. גם מבחינה משפטית משפחה כזו מעוררת קשיים ומאתגרת את הדוקטרינות הקיימות (למשל, טובת הילד, זכויות ההורים, הזכות להורות, שאלת האחריות ההורית ועוד). מכאן שמדובר באחד המופעים של משפחה פוסט-מודרנית. אלא שכפי שנראה במאמר, משפחה זו שואבת את מקורות הלגיטימציה שלה דווקא מערכי משפחה מסורתיים, טרום-מודרניים. זאת, אף שלמעשה, כפי שעולה מן הראיונות שערכנו ואשר יידונו בחלק ד, רוב המרואיינים אינם מעוניינים כלל שישתמשו בזרעם לאחר מותם כדי להוליד צאצאים גנטיים שלהם. רבייה לאחר המוות מעוררת דיון ביו-אתי ומשפטי ער. הן המתנגדים לה והן המצדדים בה מנמקים את עמדתם בעזרת כמה טיעונים מרכזיים, שלתוכם הם יוצקים פרשנות ותכנים מתנגשים: כבוד המת, טובת הילד (העתיד לבוא לעולם יתום מאב) ודאגה לשלומם של האלמנה או ההורים השכולים.⁷

5 דיון במקומם של ההורים בסוגיות של הולדה לאחר המוות חורג ממטרותיו של מאמר זה. להרחבה ראו: Yael Hashiloni-Dolev, *Posthumous Reproduction (PHR) in Israel: Policy: Rationales Versus Lay People's Concerns, a Preliminary Study*, 39 CULT., MED. & PSYCHIATRY 634 (2015).

6 ראו להלן ה"ש 59.

7 אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר – היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27, 100 (2002); כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" רפואה ומשפט 27, 96 (2002); אסא כשר "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת" דילמות באתיקה רפואית 221 (רפאל כהן-אלמגור

חלקו הראשון של המאמר מציג את הרקע התיאורטי והאידיאולוגי לסוגיית ההולדה לאחר המוות מזרע של גברים שהלכו לעולמם. אנו מראים כיצד ההסדרים הקיימים בנושא זה משתלבים בהגיון הפנימי של התרבות הישראלית הפרו-נטיליסטית, וכיצד טכנולוגיות הפריור מגויסות על-ידי תרבות זו לא רק לשירות החיים, אלא גם לשירות המתים. נוסף על כך אנו דנים בחלק זה בהיבטים הממוגדרים של הפרו-נטיזם הישראלי: הקשרים בין זרע, גבריות ואבהות; וכן המגדור של הכמיהה לילד, המבנה את האימהות באופן שונה מאבהות מנקודת-המבט של הורות פעילה. הבניית האבהות (תשוקה "אבולוציונית" להמשכיות) כניגודה של האימהות (נטייה "טבעית" לטפל ולדאוג, כלומר, להורות פעילה) מאפשרת לדמיין אבהות לאחר המוות ביתר קלות מאשר אימהות לאחר המוות, שכן האבהות, כתבנית תרבותית "גברית" במסגרת העולם הפטריארכלי, אינה הורות פעילה.

חלק ב של המאמר מציג את הרקע המשפטי לסוגיית ההורות שלאחר המוות, ובכלל זה את ההבחנה בין "הורות טבעית" ל"הורות משפטית", ואת כוחו של המשפט ומרכזיותו ביצירת צורות חדשות (וחדשות-ישנות, כפי שאנו טוענים) של הורות.

בחלק ג אנו עוברים לדון בהולדה לאחר המוות בישראל. החלק פותח בהצגת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה המסדירות את הסוגיה בישראל (אין חקיקה ראשית העוסקת בהולדה לאחר המוות), ולאחר-מכן ממשיך בהצגת הפסיקה בנושא. אנו מצביעים בחלק זה על הנימוקים המשמשים בידי היועץ המשפטי לממשלה (המורשת היהודית, התשוקה הגברית להמשכיות הזרע, האינטרס החברתי, הרצון בהנצחה) ובידי בתי-המשפט (התשוקה לילדים גנטיים ולאבהות), ודנים באידיאולוגיה שבבסיסם. לבסוף אנו מצביעים על חלופות הקיימות בתוך המשפט הישראלי לדגם האבהות הלא-פעילה, המנותקת והמעוניינת בשימור העצמי – כמצטייר מסוגיית ההולדה לאחר המוות – בדמות מאבקים משפטיים של גברים להיות יותר מאשר תורמי זרע, ולתפקד כאבות פעילים ומעורבים בחיי ילדיהם.

החלק הרביעי של המאמר מציג את ממצאי המחקר האיכותני שערכנו. במסגרת המחקר רואיינו 28 זוגות צעירים, והגברים נשאלו על עמדתם בנוגע לאפשרות של הולדה לאחר המוות מזרעם. ממצאי הראיונות מלמדים כי רוב הגברים אינם מעוניינים ליהפך לאבות לאחר מותם, שכן רצונם באבהות הוא רצון באבהות פעילה, וגורם ההנצחה אינו מהווה נימוק מכריע מבחינתם.

ממצאי המחקר מחדדים את ההבחנה בין הסכמה משוערת של גבר לכך שבת-זוגו תשתמש בזרעו לאחר מותו לצורך הבאת ילדים לעולם, אם היא מעוניינת בכך ואם הדבר יסב לה נחמה או אושר, לבין רצון משוער שלו בהולדה לאחר המוות ובהנצחת זרעו. הנחת רצון משוער כזה היא ביטוי של תפיסה פטריארכלית והשלכה של ערכיהם של מתווי המדיניות ויוצרי הדין. הנחה זו עלולה אף להוביל למסקנה שמחייבת את בת-הזוג או את קרובי-משפחתו האחרים של המת לפעול למען הגשמת רצונו המשוער על-פי אידיאולוגיה זו, אשר כמעט לא השתקפה בדברי המרואיינים.

לסיכום, אנו טוענים כי בקביעת המדיניות בנוגע להולדה לאחר המוות מן הראוי לגבש תמונה מורכבת על-סמך ממצאים אמפיריים, ולא להסתמך על השלכת ערכים עתיקים

עורך, 2002); רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); מרדכי הלפרין "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה – איסור והיתר" אסיא כ 113 (2006).

ופטריארכליים המשעתקים תמונת אבהות וגבריות שגברים ישראלים רבים כבר אינם חיים לפיה ואינם אווזים בה כלל.

א. עידוד ילודה יהודית בתרבות הישראלית – גם לאחר המוות?

1. פרו־נטליזם שלאחר המוות

הספרות על הפרו־נטליזם (עידוד הילודה המשפטי והחברתי) הישראלית-יהודית ענפה.⁸ לצורך מאמר זה נדון כאן בכמה היבטים המתקשרים לשאלת ההולדה לאחר המוות בכלל ולשימוש בזרעו של גבר לאחר מותו בפרט.

לפרו־נטליזם הישראלית-יהודית יש כמה היבטים ייחודיים המאפשרים את ההולדה שלאחר המוות ואף מעוררים אותה. כך, העובדה שההלכה היהודית נעדרת מושג של "ילד לא־חוקי" (ממזרות היא עניין נפרד, שנגזר מהמעמד האישי של היולדת)⁹ תורמת לגיטימציה של הורות שאינה במסגרת נישואים הטרוסקסואליים, וכך גם חשיבותה של מצוות "פרו ורבו" במסורת היהודית, אשר נחשבת המצווה הראשונה המופיעה בתנ"ך.¹⁰ מעמדה המרכזי של הדמוגרפיה של הילודה היהודית – תופעה שכונתה בביקורת הפמיניסטית של הציונות "פולחן הפוריות"¹¹ – תורם אף הוא לקבלה החברתית והמשפטית של הורות הומוסקסבית ושל הורות הטרוסקסואלית ללא נישואים. על־פי אורנה דונת, "הורות ביולוגית בישראל נתפסת כחובה מוסרית־אזרחית בסיסית וכמשימה פטריוטית ממדרגה ראשונה".¹² מפורסמת

8 ראו, למשל, השילוני-דולב מהפכת הפריון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31; נילי קרקראייל "אתוס ההולדה בתביעות מיילדות וגניקולוגיה" ספר אליהו מצא 847-849, 853-862 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015); צבי טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 269 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים, 2016); Daniel Sperling, *Commanding the "Be Fruitful and Multiply"*, 19 CAMB. Q. HEALTHC. ETHICS DIRECTIVE: REPRODUCTIVE ETHICS, LAW, AND POLICY IN ISRAEL, 363, 364-365 (2010).

9 על ממזרות ועל ההבחנה בינה לבין רעיון הלגיטימיות של ילדים בנצרות ראו רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדיון הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט 311, 316-317 (2002); רות זפרן "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל" חוקים ג 191 (2011) (להלן: זפרן "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי"); מיכאל קורנאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה: מגמות חדשות 25 (2004).

10 ליבוניץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 130.

11 לסלי הייזלטון צלע אדם: האשה בחברה הישראלית 52-74 (נעמי גל מתרגמת, 1978). על התפקיד של נשים יהודיות בישראל במסגרת פולחן הפוריות ראו ניצה ברקוביץ "אשת חיל מי ימצא? נשים ואזרחות בישראל" סוציולוגיה ישראלית ב 277, 284-288 (1999) Nira Yuval-Davis, *The Bearers of the Collective: Women and Religious Legislation in Israel*, 4 FEMINIST REV. 15 (1980).

12 אורנה דונת ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל 25-26 (2011). לעמדה שונה, הקושרת בין שיעור הפריון הגבוה יחסית בישראל לבין הקישור המקובל בחברה הישראלית בין

אמירתו של דוד בן-גוריון כי "הגברת הילודה היא תנאי הכרחי לקיומה של ישראל, ואישה יהודית שאינה מביאה לעולם לפחות ארבעה ילדים... מועלת בשליחות היהודית".¹³ כך נולד "הרחם הלאומי".¹⁴

האינטרס הקהילתי-היהודי שבעידוד ילודה של יהודים בישראל,¹⁵ בצירוף העדר הקטגוריה של "ילד לא-חוקי" ביהדות, מאפשרים לגיטימציה של הורות הטרנסקסואלית שאינה במסגרת מוסד הנישואים הדתי או האזרחי (כגון הורות של ידועים בציבור) ואף לא במסגרת זוגיות כלל (אימהות יחידנית). חשיבות ההורות של יהודים מעלה בשנים האחרונות תרומה ניכרת גם ללגיטימציה של הורות להט"בית: זוגות חד-מיניים רבים מספרים כי היהפכותם להורים סייעה להם להתקבל על-ידי משפחותיהם ועל-ידי הסביבה.¹⁶

התרבות הישראלית רוויה באידיאולוגיית הפריור עד כדי כך שרבים סוברים כי מי שבחרים לא להביא ילדים לעולם לוקים בפגם כלשהו באישיותם או בשיקול-דעתם. כך, למשל, בשנת 2003, במהלך ישיבה של הוועדה לקידום מעמד האישה בנושא "הקיצוץ המיועד לטיפול ההפרייה החוץ-גופית", קבע פרופ' שלמה משיח, המתהדר בתואר "אבי הפירות המבחנה בישראל":¹⁷

"מחלת העקרות או מחלת הפוריות היא מחלה אנושה לא פחות מסרטן. היא מקננת ומתפשטת בכל גוף במשפחה חסרת הילדים. האישה נעשית מנוודה, הגבר לא יכול לבוא בקהל והמשפחה לא מתקיימת. זו מיוחדות של המשפחה בישראל – גם היהודית גם הערבית. זו לא שאלה דמוגרפית. במדינת ישראל אנו שונים מאשר כל העולם. בארה"ב הילד גדל ועוזב את המשפחה, ואם הוא מרים טלפון פעם בשנה זה יפה. בישראל עיקר המשפחה זה הילדים..."

מספר ילדים גדול לבין שביעות-רצון כללית מהחיים, ראו: SERGIO DELLA PERGOLA, FERTILITY PROSPECTS IN ISRAEL: EVER BELOW REPLACEMENT LEVEL 14–17 (2009).

13 מצוטט אצל היילוטון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 52.

14 סמדר נוי (קניון) ודניאל מישורי "שליטה רפואית ודומיננטיות הרופאים בדיוני הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת נושא תרומת הביציות בישראל" סוציולוגיה ישראלית יא(1) 37,

JACQUELINE PORTUGUESE, FERTILITY POLICY IN ISRAEL: THE POLITICS OF RELIGION, 43 (2009); GENDER, AND NATION 20–55 (1998); SUSAN MARTHA KAHN, REPRODUCING JEWS: A CULTURAL ACCOUNT OF ASSISTED CONCEPTION IN ISRAEL 3–4 (2000); Delila Amir & Orly Benjamin, *Defining Encounters: Who Are the Women Entitled to Join the Israeli Collective?*, 20 WOMEN'S STUD. INT'L FORUM 639, 640 (1997).

15 Carmel Shalev & Sigal Gooldin, *The Uses and Misuses of In Vitro Fertilization in Israel: Some Sociological and Ethical Considerations*, 12 NASHIM 151, 166 (2006) השילוני-דולב מהפכת הפריור, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31–34.

16 Sibylle Lustenberger, *Conceiving Judaism: The Challenges of Same-Sex Parenthood*, 28 ISR. STUD. REV. 140 (2013).

17 "אני נחשב אבי הפירות המבחנה בישראל ואבי האגודה לחקר הפוריות..." פרוטוקול ישיבה מס' 44 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-16, 5 (18.9.2003) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/maamad/2003-09-16.rtf

"הצוואה הביולוגית" לא רק למטרות ערכיות, כמדווח בכתבה, אלא גם למטרות מסחריות. בסוף הכתבה נשמעת טרזניה שהצבא הישראלי, בניגוד לצבא האמריקני, אינו משתף פעולה עם רצונם של חיילי המילואים בצוואה ביולוגית.²³ בין השורות ניתן לשמוע את ניצניה של דרישה להכרה בזכות להורות לאחר המוות. אכן, זכות זו הוכרה למעשה במשפט הישראלי בשורה של פסקי-דין, כמתואר בחלק ג' להלן.

הסוגיה המקדמית שראוי ללבן בטרם מחליטים בעניין ההכרה בזכות להורות לאחר המוות – האם מת יכול להיות הורה? – לא זכתה בדיון מספק בפסיקה הישראלית (וזאת בניגוד לדיון הקיים והמתפתח בסוגיה זו במסגרת המחקר האקדמי²⁴), בין היתר בשל עוצמת התפיסות המקדשות את ההורות הטבעית וההורות הגנטית. האם "הורות" באה לידי ביטוי בהבאת ילד לעולם ותו לא? האם היא מתמצית בקשר גנטי או שמא מדובר במונח הכולל בחובו גם נוכחות בחיי הילד ותפקוד כהורה, כפי שקובע החוק הישראלי?²⁵ שאלה זו זוכה בתשובה עקיפה באמצעות המדיניות הקיימת בתחום ההולדה מזרע של נפטר, כפי שנתאר בחלק ג' של המאמר: נכון למועד כתיבתן של שורות אלה, הורות, ובפרט אבהות, מדומיינת על-ידי קובעי המדיניות – ובכלל זה היועץ המשפטי לממשלה ובתי-המשפט לענייני משפחה – כקשר גנטי בין גבר לצאצא המובא לעולם מזרעו, ותו לא. אין לה תוכן טיפולי ואין לה היבטים של מערכת יחסים הורית, וזאת בניגוד מרתק הן לנוסח החוק והן לתפיסותיהם של גברים ישראלים רבים, כפי שיתואר בהמשך.²⁶ מההיבט של הפרו-נטיזם

(services/biologic-will/). הודעת דואר אלקטרוני מ"משפחה חדשה" (3.11.2014), עותק שמור בידי המחברים).

23 עו"ד רוזנבלום התראיינה במקומות נוספים בנוגע ל"צוואה הביולוגית", וברוב המקרים הצניעה את ההיבט של קידום מכירות ואת העובדה שמדובר בשירות שניתן למטרת רווח. ראו גם ריאיון עם מיקי חיימוביץ' בתוכנית "המערכת" (ערוץ 2, 10.2.2014) www.youtube.com/watch?v=_bWGKimbHwS&feature=PL6EF224DE3588505E.

24 ראו, למשל, רות זפין "המשפחה בעידן הגנטי: הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב' 223 (2005) (המאמר אינו עוסק בהולדה לאחר המוות, אבל מתייחס לשאלה מיהו הורה, ואם קשר גנטי הופך אדם אוטומטית להורה או שמא יש תוכן נוסף להורות מעבר לקשר הגנטי); Ruth Zafran, *Dying to Be a Father: Legal Paternity in*; Cases of Posthumous Conception, 8 Hous. J. Health L. & Pol'y 47 (2007); צבי טריגר "מותו של זה הוא חייו של זה: הולדה לאחר המוות, משפט, טכנולוגיה וערכים" (לא פורסם) (להלן: טריגר "מותו של זה הוא חייו של זה").

25 ראו ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג 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."

26 דפנה הקר הראתה במחקרה כיצד בהקשר של סכסוכי משמורת בין הורים הטרוסקסואלים האימהות מובנית כהורות הפעילה והעיקרית ואילו האבהות מובנית כקטגוריה ריקה מתוכן. ראו דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושם 43-40 (2008). במחקרה הצביעה הקר על הפער שבין הקטגוריות התרבותיות של אבהות ואימהות לבין תפיסתם של גברים בנוגע לתפקיד האבהות, שהיא מורכבת ומגוונת הרבה יותר (בדומה לממצאים במחקרנו זה). שם, וכן בעמ' 78-83.

הישראלי דומה שמדיניות זו מבהירה מדוע הוטחה בתרבות ובמשפט הישראליים (כמורגם בחברות מערביות אחרות) הביקורת שלפיה אנו "אוהבים ילודה, [אבל] לא אוהבים ילדים".²⁷

2. משפט, תרבות וטכנולוגיה בשירות ההולדה לאחר המוות

המימון הנדיב שישראל מעניקה למבקשים ולמבקשות להיעזר בטכנולוגיות פריון, כמו גם העובדה שישראל היא מדינה מובילה בתחום פיתוחן של טכנולוגיות הפריון, משקפים את מעמדה המרכזי של ההולדה ושל ההורות הגנטית בישראל.²⁸

התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות משקפות ערכים חברתיים:²⁹ מצד אחד, חברות אנושיות נוטות מלכתחילה ליצור טכנולוגיות המשקפות את ערכיהן, ומצד אחר, מרגע שטכנולוגיות נוצרות, אימוצן (או דחייתן) תלוי לא מעט בערכי החברה. כך, למשל, ההזרעה המלאכותית – טכנולוגיית פריון פשוטה וזולה – אומצה רק מאות רבות של שנים לאחר המצאתה, בגלל עכבות הקשורות לחשש מהולדת ילד לא-חוקי בשל מעורבותו של גבר זר (הרופא) בהכנסת האישה להיריון (אף שהדבר נעשה בעזרת זרעו של בעלה).³⁰

אולם משעה שטכנולוגיות מסוימות מאומצות והשימוש בהן נהפך לחוקי ולמקובל מבחינה חברתית, הן גם מחזקות ערכים מסוימים.³¹ כך, הטכנולוגיות הללו לא רק עונות על צרכים, אלא גם מחזקות צרכים קיימים, מעצימות אותם, ואף יוצרות לעיתים צרכים חדשים.³² במקרה של טכנולוגיות פריון הועצמה חשיבותה של הגנטיקה, וזאת דווקא כאשר היה נדמה שיש בהן כדי לקרוא עליה תיגר ולאפשר למי שבעבר לא יכלו ליהפך להורים (למשל, נשים רווקות) להוליד ילדים, ודווקא כאשר המשפט מכיר יותר ויותר בחשיבותו של התפקוד ההורי (דרך המושג "הורות פסיכולוגית"³³).

כך נהפכו טכנולוגיות הפריון, באופן פרדוקסלי, לסוכנות של ערכים פטריארכליים-מסורתיים – הסדר החברתי השם דגש במשפחה ההטרסקסואלית הגרעינית שבראשה האב ובקרבה הגנטית בין זוג ההורים לצאצאיהם. זאת, משום שהן מאפשרות ליצור משפחות דמויות משפחה גרעינית הטרסקסואלית והורות גנטית במצבים שבהם אלה לא היו יכולות

27 דונת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 40-44.

28 השילוני-דולב מהפכת הפריון, לעיל ה"ש 1; טריגר "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל", לעיל ה"ש 8.

29 Gaia Bernstein & Zvi Triger, *Over-Parenting*, 44 UC DAVIS L. REV. 1221, 1236-1237 (2011).

30 Gaia Bernstein, *The Socio-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination*, 77 WASH. L. REV. 1035 (2002).

31 David Elliott & Ruth Elliott, *THE CONTROL OF TECHNOLOGY* 10 (1976). לפרספקטיבה היסטורית ראו דוד יעקבסון אימוץ חידושים ככוח מניע בהיסטוריה: הגלגל, הכתב, הדפוס, תפוחי האדמה ועוד (2013).

32 Andrew Feenberg, *ALTERNATIVE MODERNITY: THE TECHNICAL TURN IN PHILOSOPHY AND SOCIAL THEORY* 227-228 (1995).

33 ראו, למשל, בעמ' 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, פס' 64 (2005).

להיות מושגות בעבר.³⁴ ה"חדש" הוא חדש־ישן מבחינת הערכים שמתוכם הוא צמח ואשר עליהם הוא מתבסס, אף-על-פי שאין מדובר במשפחה פטריארכלית-מסורתית. מדיניות ההולדה לאחר המוות בישראל משקפת גם היא ערכים פטריארכליים ומנציחה אותם, כפי שנסביר בהמשך.

3. זרע, גבריות ואבהות

תפיסת האבהות כמתן זרע ותו לא, להבדיל מתפיסת האימהות כהורות פעילה ומעורבת, היא מרכזית בפטריארכיה. תרבויות רבות במזרח הקדום – הן מונותאיסטיות הן אליליות – ראו בזרע את תמצית הגבריות.³⁵ והמקור היחיד לחיים. תפקיד הנשים היה "לארח" את הזרע ולספק לו את התנאים הנאותים כדי "להבשיל" לכלל עובר. זו הייתה, למשל, תפיסתם של היוונים הקדמונים. אריסטו כתב כי האישה אינה תורמת כלל ליצירת העובר, אלא מהווה מעין "תנור" שמחמם את זרעו של הבעל ומאפשר לו להתפתח לעובר: "נראה שכולם נוצרים מהזרע, ואילו הזרע מן המולידים... גלוי לעין שהנקבה אינה תורמת זרע להיווצרות".³⁶ הרעיון שהגבר הוא יוצרו היחיד של הילד ושלאישה אין כל חלק ביצירת העובר בא לידי ביטוי גם ביצירה הספרותית של העת העתיקה, ולא רק בהגות הפילוסופית ובכתיבה המדעית. כך, למשל, במחזה **נוטות החסד**, שם המחזאי אייסקילוס בפי האל אפולו את הדברים הבאים:

"זו שקוראים לה 'אם' אינה הורה ממש,
אלא אומנת לעובר המתהווה;
מוליד רק הבעל, והיא כנכריה
שומרת על הנבט בחסות האל".³⁷

ברומי נשים הרות נקראו "בטן" (venter בלטינית), העובר שבבטן נחשב פיקדון מאת הבעל, ובהשראת אריסטו הן נחשבו מעין תנור שמחמם את זרעו של הבעל. גם תומס אקווינס, התיאולוג והפילוסוף הנוצרי החשוב ביותר בימי הביניים, קבע בהשראת אריסטו כי "הכוח הפעיל" בהולדה הוא הזרע, וכי רק "החומר העוברי" – כלומר, תזונת הזרע, כדי שיהפך

34 דוד יעקבסון כותב על המצאות מסוימות (דוגמת הגלגל, הכתב והדפוס) כעל סוכנות של דמוקרטיזציה, ואנו שואלים את התבנית ממנו. ראו יעקבסון, לעיל ה"ש 31, בעמ' 11-15.

35 צבי טריגר **פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרבות** 43 (2014) (להלן: **פשעים נגד הפטריארכיה**). הקשר בין זרע לגבריות מצוי, לדעת היסטוריונים ואתרופולוגים שחקרו את מוסד הפדרסטיה היווני, באמונה שכוחו של הגבר וגבריותו נמצאים בזרעו. אמונה זו, שרווחה בקרב שבטים יוונים קדמוניים, שימשה לדעת החוקרים נימוק למוסד הפדרסטיה, שבמסגרתו גברים בוגרים קיימו יחסים אנליים עם נערים, אשר באמצעותם, לפי האמונה, נהפכו הנערים לגברים. היוונים אף השתמשו במילה שמשמעותה "השראה" כדי לתאר את האקט המיני בין הגבר הבוגר ("המאהב") לנער ("האהוב"). שם, בעמ' 105.

36 אריסטו **מבחר מן החיבורים בביוולוגיה** 246, 265 (נמרוד ברי מתרגם, 1974).

37 אייסקילוס **נוטות החסד** 52, שורות 658-661 (אהרן שבתאי מתרגם, 1990). בהמשך אפולו מוכיח את טיעונו באמצעות תזכורת שאתנה, בתו של זאוס, נולדה מתוך ראשו של אביה.

לעובר – מסופק על-ידי האישה ההרה.³⁸ תפיסה זו אומצה בעקיפין גם על-ידי חז"ל, שהצדיקו את הטלת מצוות "פרו ורבו" על גברים בלבד בכך שגברים ממלאים תפקיד פעיל בהולדה, בעוד נשים ממלאות תפקיד סביל.³⁹ הדבר בא לידי ביטוי גם בשפת המקורות היהודיים: בכל מקום שבו השתמשו במקורות בביטוי "יוצא-חלציים" הכוונה הייתה לצאצאיו של גבר.⁴⁰ באופן מרתק, דימוי האישה ורחמה כתנור מופיע בעקיפין, ואולי לא במודע, גם במשפט הישראלי המודרני. כך כותב השופט קדמי בדיון הנוסף בפרשת נחמני:

"(א) למה הדברים דומים (דומים ולא זהים כמובן): לשניים שהסכימו ביניהם ליצור יחד יצירת אמנות, ששימורה מצריך 'שריפה' בתנור; ולאחר שהיצירה הושלמה וכל שנותר הצטמצם להכנסתה לתנור, מתחרט אחד מהשניים ודורש למנוע מחברו להכניס את היצירה לתנור ובדרך זו לגרום להשמדתה. לשיטתי, לא יעלה על הדעת שלאחר שהיצירה המשותפת הושלמה, יהיה אחד השותפים זכאי להשמדה בניגוד לעמדתו של השותף האחר המבקש להשלים את תהליך היצירה. אפשר שלכל אחד מהשותפים תישמר הזכות להתחרט, כל עוד לא הושלמה היצירה. ברם, משהושלמה היצירה, יש לכל אחד מהשותפים זכות זהה באשר ל'גורלה'; וזכותו של המבקש לשומרה עדיפה על זכותו של זה המבקש להשמדה.

(ב) הבאת יצירת האמנות לשלב העיבוד בתנור שקולה – אם נרצה – כנגד הפריית הביצית, שהיא השלב הראשון והמכריע בהתפתחותו של הוולד; וכמו שזכותו של השותף המבקש להשלים את 'ייצורה' של היצירה האמנותית עדיפה על פני זכותו של האחר להשמדה, כך עדיפה זכותו של בן הזוג המבקש להשלים את תהליך הולדתו של הוולד על פני זכותו של המבקש להשמיד את הביצית המופרית.⁴¹"

תפיסת הזרע כגורם המרכזי בהולדה עומדת גם מאחורי איסורי אוננות בדתות ובתרבויות שונות,⁴² לרבות ביהדות (האיסור "להוציא שכבת זרע לבטלה"⁴³). אין ביהדות ובדתות אחרות גישה כה מחמירה כלפי אוננות נשית, ואין תפיסה שלפיה האוננות הנשית "מבזוזת" חיים פוטנציאליים, בדומה לתפיסה בנוגע לפליטת הזרע.

38 4 THOMAS AQUINAS, SUMMA CONTRA GENTILES: SALVATION 88 (Charles J. O'Neil trans., 1260) (1955); טריגר פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 15-16, 83.

39 טריגר פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 94. מאיה ליבוביץ תולה את תפיסת חז"ל, בין היתר, בפחד מפני היות האישה מקור החיים (כמי שנושאת את העובר ברחמה, יולדת ומיניקה). הענקת הפטור ממצוות "פרו ורבו" לנשים נועדה להחליש את הנשים ולהפחית ממעמדן. ליבוביץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 135-136.

40 אפרים בצלאל הלכני "יוצא חלציים – גם באישה?" אָקָדָם: ידיעון האקדמיה ללשון העברית 3, 53 (2015).

41 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 734 (1996) (להלן: פרשת נחמני).

42 למקורות האוסרים על אוננות גברית בנצרות מתוך תפיסת עולם זו, ראו, למשל: Lisa Jean Moore, *Semen, in MEN AND MASCULINITIES: A SOCIAL, CULTURAL, AND HISTORICAL ENCYCLOPEDIA* 704-705 (Michael Kimmel & Amy Aronson eds., 2004).

43 בבלי, נידה יג, ע"א.

התצפיות הראשונות על תאי הזרע שנעשו עם המצאת המיקרוסקופ, באמצע המאה השבע-עשרה, חיזקו את גישתם של אלה שסברו כי הגבר תורם את עיקר החומר התורשתי לצורך יצירת העובר, ושרטוטים של תאי זרע מהתקופה מראים תאי זרע שבראשם מצוירת מערכת עיכול משוכללת או לחלופין איש קטן, בחליפה ובכובע, שפניו עטורים זקן.⁴⁴ כפי שטענו, המסורת היהודית ממלאת תפקיד ראשי בתחום הפיריון בישראל בכלל ובתחום ההולדה לאחר המוות בפרט. היחס התרבותי לזרע עשוי גם להסביר, לצד הטכנולוגיות השונות הנחוצות, את ההבדלים בין היחס להולדה מזרע של גברים לאחר המוות לעומת הולדה מביציות לאחר המוות.

כפי שנראה בהמשך, קיים פער בין תפיסת המדינה בנוגע למרכזיות הזרע ולשאלת ההמשכיות לבין תפיסתם של אנשים פרטיים בסוגיות אלה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין הולדה לאחר המוות, אשר תידון להלן בחלק 11, מבטאת את העמדה הפטריארכלית הקלסית, ואף נוקטת למקורות מקראיים ולהלכות שמקורן במקרא, כגון ייבום, שהן הלכות פטריארכליות מובהקות הרואות את האישה כאמצעי בלבד להמשכיותו של הגבר המת. לעומת זאת, רוב המרואיינים שמו את הדגש דווקא באבהותם הפעילה, ולא בהמשכיות של זרעם, ולכן רבים מהם השיבו כי הולדה לאחר המוות מזרעם באה בחשבון רק אם הדבר חשוב מאוד לבת-זוגם, ולא בשל החשיבות של המשכיות זרעם בעיניהם (ראו להלן חלק ד). כמו-כן גברים רבים היו מוטרדים מטובת הילד בהעדר אב פעיל.

מרתק אם כן להיווכח בכפייה מלמעלה – על-ידי המדינה והפסיקה – של ערכים פטריארכליים עתיקים על ההסדרים המונהגים בתחום ההולדה לאחר המוות, ובפער שבינם לבין תפיסות של גברים ישראלים בני-ימינו בנוגע להולדה מזרעם לאחר מותם.

זאת ועוד, תפיסת האבהות ה"נורמטיבית" ככזו המתרחשת מחוץ לבית, בספרה הציבורית, קשורה באופן הדוק לגבר כ"תורם הזרע" וכבעל אינסטינקט הישרדותי ותו לא. לכן גם בתרבות הכללית ניתן למצוא סממנים של כפיית דגם אחד ובלכדי של אבהות, הנגזר מדגם הגבריות הפטריארכלית.⁴⁵ האב כמפרנס, כ"שר החוץ", כמגן על המשפחה מפני העולם החיצון; ולעומתו האם כ"משרד הפנים". לפי דגם זה, הישגיו של האב ה"ראוי" חייבים להיות מחוץ לבית, בתחום הפרנסה, הקריירה והקידום האישי. מחקרים סוציולוגיים שנערכו בארצות-הברית מצאו כי דגם זה מתגמל את האבות שעונים עליו גם בשוק העבודה, בין בעדיפות בקבלה לעבודה של אבות על מי שאינם אבות, ובין במסלול קידום מהיר יותר למי שהם אבות.⁴⁶ לעומת האבות הפטריארכליים הלא-מעורבים, אבות ששואפים דווקא לתפקוד פעיל יותר בספרה הפרטית-הביתית, גבריותם מוטלת בספק.⁴⁷

CLARA PINTO-CORREIA, THE OVARY OF EVE: EGG AND SPERM AND PREFORMATION 65 (1997) 44

לדיון בדגם הגבריות הפטריארכלית כהבניה חברתית ראו, למשל, את מאמרה של אן ס' מקגינלי בגיליון זה – "שיטור והתנגשות הגבריות". 45

Claire Cain Miller, *The Motherhood Penalty vs. the Fatherhood Bonus: A Child Helps Your Career, if You're a Man*, N.Y. TIMES (Sept. 6, 2014) http://www.nytimes.com/2014/09/07/upshot/a-child-helps-your-career-if-youre-a-man.html?_r=0 46

Michele Adams & Scott Coltrane, *Boys and Men in Families: The Domestic Production of Gender, Power, and Privilege*, in HANDBOOK OF STUDIES ON MEN & MASCULINITIES Scott Coltrane, *Household*, 230, 231–233 (Michael S. Kimmel et al. eds., 2005) 47

זו הייתה התפיסה השלטת במשך עשורים רבים לא רק בחברה הישראלית, אלא גם במשפט הישראלי: השופט דב לוין כתב בשנת 1981 על "חלוקת תפקידים מקובלת במשפחה", שבמסגרתה "בת הזוג [תורמת] לצמיחת הנטע המשפחתי וללכלוכו בעשייתה החיובית והברוכה בביתה פנימה: ניהול משק הבית, סיפוק כל צרכיו של הבעל וצורכי הילדים, גידול הילדים וחינוכם, [ו]יצירת אותו קן חם לחיי המשפחה".⁴⁸ זאת, בעוד הגבר עוסק "בקידום הישגי המשפחה... בתחום הכלכלי".⁴⁹ בהשראת ניסוח זה ציין השופט ברק בשנת 1986, בסכסוך גירושיים אחר, כי "הבעל פרנס את משפחתו, והאישה דאגה לבית ולחינוך הילדים. היא סמכה על בעלה ב'ענייני החוץ', והוא סמך עליה ב'ענייני הפנים'".⁵⁰ הבחנות אלה בין "שרת הפנים" ל"שר החוץ" ניתן למצוא במאגרי המידע המשפטיים בפסקי-דין שניתנו גם בשני העשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת.⁵¹ הן מבטאות לא רק את התפיסה שהטיפול בילדים – כלומר ההורות הפעילה – הוא נחלתן של נשים בעיקרן, אלא גם את העובדה שהמשפט מעוצב בהתאם לכך, ושהנחת-המוצא בכל קביעת מדיניות מתבססת על היות האימהות צורת ההורות היחידה המכילה תוכן של הורות פעילה.⁵²

לסיכום, ניתן לראות שהמשולש "זרע-גבריות-אבהות" מורכב מהנחות תרבותיות המשמשות באופן לא-ביקורתי במשפט. לדבר זה יש שני היבטים מרכזיים הרלוונטיים לסוגיית ההולדה שלאחר המוות: ראשית, הזרע הוא העיקר – הוא מקור החיים; שנית, הזרע הוא גם הדבר היחיד שהגבר "נותן", ובזה תרומתו להבאת הילדים לעולם מסתכמת – הוא אינו נדרש להיות הורה פעיל, ואולי אף מתומרץ לא להיות כזה, שכן הורות פעילה של גבר עלולה להביא לידי הטלת ספק בגבריותו.

תשתית זו מאפשרת לדמיין הולדה לאחר המוות מזרע של גברים מתים כאפשרות "טבעית" ומובנת מאליה, שכן מבחינת ההבניה התרבותית של אבהות, אין הבדל ממשי בין ילד שאביו בין החיים לבין ילד שאביו נפטר לפני ההפריה – בשני המקרים התרבות גוזרת על האב ה"נורמטיבי" היעדרות מחיי היומיום של הילד, וההבדל היחיד הוא שבמקרה השני מצטרף גם המוות הממשי של האב למוות הסמלי-התרבותי שלו.

Labor and the Routine Production of Gender, in The Gendered Society Reader 167

(Michael S. Kimmel & Amy Aronson eds., 2000).

48 ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה (4) 365, 359 (1981).

49 שם.

50 ע"א 122/83 בסיליאן נ' בסיליאן, פ"ד מ (1) 287, 297 (1986).

51 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה קר') 2490/08 כ.ח. נ' עיזבון ע.ס.ח, פס' 18 (פורסם בנבו, 17.7.2012); תמ"ש (משפחה י-ם) 17220/04 א.נ. ח.א., פס' ב (פורסם בנבו, 10.7.2007); ה"פ (מחוזי ת"א) 703/00 סיטבון נ' סיטבון, פס' 6 (ב) (פורסם בנבו, 1.11.2004). אלה כמה דוגמות לפסקי-דין שעולים בחיפוש הביטויים "שרת הפנים" ו"שר החוץ", אבל מובן שבפסקי-דין רבים אחרים הרעיון והלך-הרוח של חלוקת התפקידים קיימים גם בלי שימוש בביטויים הספציפיים.

52 ראו גם הקר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 31-34.

4. הכמיהה לילד – היבטים ממוגדרים

שורה ארוכה של טקסטים משפטיים – פסקי־דין, הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה, חיבורים אקדמיים ועוד – מניחה שהכמיהה לילד טבועה בכל בני־האדם, ושהיא הכמיהה האנושית החזקה ביותר (או אחת החזקות ביותר). המסקנה הנגזרת מכך בספרות המשפטית היא שעל המשפט להכיר בה ולאפשר את מימושה ככל הניתן. כך, למשל, נפתח ספרה של השופטת נילי מימון דיני אימוץ ילדים:

"אין כמיהה וערגה עזה יותר מזו של אדם לילד, אשר לו יוכל להעניק את אהבתו. ילד אשר יישא את דמותו ואת מטענו התורשתי ואשר יהיה ממשיך להווייתו ולפועלו."⁵³

בפרשת נחמני – אולי אחת הפרשות המפורסמות ביותר שעסקה בזכות להורות לעומת הזכות לא ליהפך להורה – ההורות מתוארת כ"כמיהה אנושית בסיסית".⁵⁴ השופט טירקל מתייחס לזכות להורות ולכמיהה להורות באמצעות מקורות יהודיים המרמזים גם על מגדורה של כמיהה זו:

"זעקתה של רחל אמנו 'הבה־לי בנים ואם־אין מתה אנכי' (בראשית, ל, א [ח])... זעקת הרממה של חנה ה'מדברת על־לבה רק שפתיה נעות וקולה לא ישמע' (שמואל א, א, יג [כב]) ומתפללת 'אל־הנער הזה' (שמואל א, א, כז [כב]), ודברים אין ספור בספרות שלנו ושל עמים אחרים, הם ביטוי מרשים של עוצמתה של הכמיהה לילד, שאין עזה ממנה. בכמיהה זאת מקופל רצונו של האדם להמשיך דרך צאצאיו את הקיום, הפיזי והרוחני, שלו, של משפחתו ואף של עמו. בה טמונה שאיפתו להגשים את עצמו ואף לממש את חלומותיו שלא נתגשמו. בה אצורה אהבתו לצאצאיו, אלה שנולדו ואלה שטרם נולדו; אהבה של 'מי־יתן מותי אני תחתיך' (שמואל ב, יט, א [כג]), הגוברת על תשוקת החיים שלו עצמו, וכן כמיהה שעמה התקווה לנוחם ומרגוע בבדידותו, בזקנתו ומול פני מותו. נאמר כי 'במות הורה שלך – אבדת את עברך; במות ילד שלך – איבדת את עתידיך' (דברי ד"ר אליז לובי, כפי שצוטטו אצל ה' ס' שיף, חיים עם השכול (משרד הבטחון, תשמ"ג). הצאצא הוא העתיד, וקיומו מעניק לחייהם של רוב בני האדם משמעות מיוחדת, ואולי את עיקר משמעותם."⁵⁵

בחלק מהטקסטים הללו הכמיהה של נשים לילד מתוארת כחזקה מזו של גברים. כך, למשל, כותב השופט חשין בעניין משפחה חדשה:

"...עיקר הוא במשאת־הנפש לילד, באותו צורך־נפש עמוק וקמאי להורות הבוהר בנפשה של אישה ואיננו אֶפֶל; עיקר הוא באינסטינקט ההישרדות של האדם ובכורח ההמשכיות, אם תרצו: בצורך ובשוקות להורות המולד באדם...

53 נילי מימון "פתח דבר" דיני אימוץ ילדים (1994).

54 פרשת נחמני, לעיל ה"ש 41, פס' 34 לפסק־דינה של השופטת שטרסברג־כהן.

55 שם, פס' 5 לפסק־דינו של השופט טירקל.

הזכות להורות היא ביסוד-כל-היסודות, בתשתית-כל-התשתיות, היא קיומו של המין האנושי, היא שאיפתו של האדם – בוודאי שאיפתה של אישה...⁵⁶

אולם יש גם קולות אחרים, דוגמת זה של השופטת דורנר, אשר כותבת בדיון הנוסף בפרשת נחמני: "אין אני סבורה כי יש להבחין בכמיהה להורות בין איש לבין אישה".⁵⁷ פרופ' משיח, בהתבטאותו שצוטטה למעלה (שאומנם אינה חלק מטקסט משפטי מובהק, אך מתועדת בפרוטוקול של דיוני ועדה של הכנסת, ולכן מהווה חלק מההיסטוריה של עבודת הרשות המחוקקת), מסווג את מי שאינם כמהים לילדים כמופרעים, ואת מי שכמהים לילדים אך אינם מסוגלים להביא ילדים לעולם כחולים ב"מחלת העקרות", שהיא "אנושה לא פחות מסרטן".⁵⁸ במילים אחרות, הכמיהה לילד נתפסת לא רק כמשהו "טבעי", אלא גם כבעלת היבט נורמטיבי: אישה "אמיתית" צריכה לכמוה ליהפך לאם, ולדעת רבים גם גבר "אמיתי" חייב לרצות בילדים משלו. בטקסטים הללו הכמיהה לילדים משמשת אם כן גם ככוח מנרמל, שכן היא שולחת מסר כפול: ראשית, זה המצב האנושי הטבעי, ולכן גם המצב האנושי היחיד הראוי; שנית, הכמיהה לילדים בתרבות (וכפי שהיא משתקפת במשפט) באה לידי ביטוי באופן שונה אצל נשים וגברים – אצל נשים הכמיהה היא לטיפול בילדים ולגידולם (בצד הכמיהה להבאתם לעולם), בעוד אצל גברים הקוד התרבותי ה"נורמלי" הוא כמיהה להבאתם לעולם ותו לא, בלא תפקיד פעיל בגידולם (להוציא פרנסתם). ההסדרים בנוגע להולדה לאחר המוות מהווים המשך טבעי של רוח הדברים הללו.

ב. הורות והולדה בישראל: משפט ותרבות

למרות המורכבות המוסרית והאתית של הולדה בעזרת שימוש בזרע של נפטר או בביצית של נפטרת, הסוגיה אינה מוסדרת בחקיקה ראשית, אלא בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.⁵⁹ יש גם פסקי-דין מועטים שדנים בשאלה זו, וקיימים גם גורמים מסחריים (כגון ארגון "משפחה חדשה", שרשם סימן מסחר על המושג "צוואה ביולוגית", וכן מעבדות פריון) שמציעים סיוע, תמורת תשלום לא-מבוטל, בשימור חומר גנטי ובכניית תשתית משפטית שתאפשר הולדה לאחר המוות כדבר שבשגרה. גופים מסחריים אלה עומדים גם מאחורי ידיעות תקשורתיות העוסקות בהולדה לאחר המוות,⁶⁰ ומשמשים עותרים בבקשות שונות בהקשר זה.⁶¹ בחלק זה אנו דנים בקצרה בקשר המשפטי והתרבותי בין הורות להולדה,

56 בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 445, 447 (2002).

57 פרשת נחמני, לעיל ה"ש 41, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

58 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 44 של הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 17, והטקסט שלידה.

59 למשל, השימוש בזרע שהוקפא לפני המוות ונטילת זרע לאחר המוות מוסדרים ב"נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג) (להלן: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה).

60 אבן ולינדר-גנץ, לעיל ה"ש 19.

61 למשל, תמ"ש (משפחה קר') 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (פורסם בנבו, 6.12.2009) (להלן: תמ"ש "משפחה חדשה").

ובוחנים את רעיון ההורות המשפטית כמכונן את עצם האפשרות לחשיבה על סוגים חדשים של הורות בכלל ועל הורות לאחר המוות בפרט.

1. הורות מכוח הולדה (הורות טבעית) לעומת הורות משפטית

בתרבויות רבות במזרח הקדום ההורות הייתה משפטית, ולא טבעית. כלומר, התינוק לא נחשב ילדם של הוריו-מולידיו באופן אוטומטי, אלא היה צורך בהכרה של ההורים בתינוק – בדרך-כלל של האב או של ראש המשפחה (ה"פאטר פמיליאס" ברומי) – כדי שזה ייחשב בן המשפחה.⁶² זו הייתה דרך ההתמודדות עם חשרות להולדה כתוצאה ממעשה ניאוף ועם תינוקות בעלי מום (אשר ברומי, למשל, ננטשו כמעט תמיד) וכן לוויסות גודל המשפחה (בתקופות מסוימות ברומי היה נהוג לא להכיר בכנות כאשר אבי המשפחה סבר כי הן יהיו נטל עליו). בהעדר הכרה של ההורים, התינוק ננטש, נרצח, נמסר או נמכר.⁶³

בעולם המודרני דרך-המלך ליהפך להורה היא באמצעות "הורות טבעית": הורות גנטית והולדה. אפשר כמובן לטעון כי מכיוון שהמשפט הוא שקובע כי ההורות היא "טבעית", גם ההורות ה"טבעית" היא למעשה הורות משפטית. בשיטות משפט מסוימות יש אפשרות מצומצמת לבחור לא להכיר בתינוק. בצרפת, למשל, אישה שילדה יכולה לוותר על התינוק מייד לאחר הלידה, והוא יירשם כבן לאישה אנונימית.⁶⁴

ההורות במשפט הישראלי היא תערובת של הגישה הטבעית והגישה המשפטית. סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". אף-על-פי שמי שנחשב ההורה של ילוד הוא בדרך-כלל ההורה הגנטי שלו, והוא נחשב כזה מעצם ההולדה, יש מקרים שבהם האב יהיה מישהו אחר, כדי שהתינוק לא יסוג כממזר לפי תפיסת הרבנות הראשית לישראל,⁶⁵ וייהפך כתוצאה מכך לפסול-חיתון.⁶⁶ הסדר זה משקף את העוצמה היחסית השונה של התפיסה הטבעית לעומת התפיסה המשפטית בהורות של גברים לעומת זאת של נשים.

62 יוסף פליישמן הורים וילדים במשפטי המזרח הקדום ובמשפט המקרא 44-43 (1999).

63 טריגר פשעים נגד הפטריארכיה, לעיל ה"ש 35, בעמ' 49-50.

64 Accouchement sous X, Article 326 du Code civil sur Légifrance. חוק זה שנוי במחלוקת

עזה באיחוד האירופי, שכן הוא נוגד את האמנה האירופית לזכויות הילד ואת התפיסה שזכותו של הילד לדעת מי היא אמו הגנטית. אולם צרפת לא נענתה עדיין לדרישה לביטולו, והיא רואה באפשרות של אישה לוותר על התינוק שילדה חלק חשוב מהמסורת הצרפתית. Michael Freeman & Alice Margaria, *Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty*, 13 THEORETICAL INQ. L. 153 (2012).

65 ס' 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000, שכותרתו "צו לעריכת בדיקה בנסיבות של חשש לממזרות לפי דין תורה", אוסר עריכת בדיקת רקמות למי שעשוי להתגלות כאביו של ילד, אם יש חשש שכתוצאה מכך ייחשב הילד ממזר. ליישום בפסיקה ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 14-02-7049 פלוני נ' אלמוני, קטיין (פורסם בנבו, 9.4.2014). לביקורת המצב המשפטי הקיים ראו זפרן "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 197-209.

66 וגם צאצאיו יהיו ממזרים עד עולם, כפי שנקבע בדברים כג 3: "לא יבא ממזר בקהל יהודה; גם דור עשירי לא יבא לו בקהל יהודה." ראו גם תהילה באריאלון "עיון מחודש ביסודות ההלכתיים לטיהור ממזרים נוכח התקדמות הרפואה" שנתון המשפט העברי כו 43, 44 (התשס"ט-התשע"א).

בעוד אצל נשים עוצמת הרכיב ה"טבעי" גוברת (בישראל, בהתאם להלכה היהודית, נהוג "דין יולדת", כלומר, האם היא מי שהתינוק יצא מרחמה, ולא מי שמהביצית שלה הוא נוצר⁶⁷), אצל גברים הרכיב המשפטי גובר – למשל, כאשר הגבר והאישה אינם נשואים זה לזה.⁶⁸ לפי נוהלי משרד הפנים, היולדת היא האם, בעוד הגבר נקרא רק "הטוען לאבהות".⁶⁹ שורה של פיקציות משפטיות עשויות למנוע אב גנטי מלהירשם כאבי היילוד, גם כאשר הוא מעוניין בכך – למשל, אם בת-זוגו היא גרושה שילדה 300 יום או פחות לאחר הגירושים. לפי נוהלי משרד הפנים, "גרושה שילדה תוך 300 יום לאחר הגירושין איננה פנויה. (תאריך הגירושין מסומן בדרך כלל בתעודת זהות). על כן ירשמו פרטי האב לו הייתה נשואה. במידה והיולדת מצהירה כי בעלה אינו אבי היילוד יושארו פרטי האב ריקים."⁷⁰

ה"טבעיות" של האימהות לעומת ה"משפטיות" של האבהות במשפט הישראלי מהוות נדבך מרתק בהבניית האימהות כהורות פעילה שנמדדת על-פי אמות-מידה של טיפול ודאגה כמו-גם אמות-מידה גופניות-ביולוגיות, ואשר צריכה להיות מוגנת ככזאת על-ידי המשפט. זאת, לעומת הבניית האבהות כנתינת זרע ותו לא, וכקשר בין אב ליילוד שניתן למחוק ולבטל בנקל כדי לשרת מטרות אחרות שנתפסות כחשובות יותר בעיני המדינה – מטרות לאומיות כגון הבטחת הפשרות לנישואים של ילדים יהודים על-ידי "אי-ממזור", וזאת בשם "טובת הילד" ותוך הצנעת המימד של האינטרס הקהילתי ב"אי-הממזור".⁷¹ הפטריארכיה מפצלת את ההורות הישראלית לאימהות ולאבהות כקטגוריות שונות ומנוגדות בתוכניהן ובעוצמת ההגנה שהמשפט מעניק למערכות היחסים שבין ההורה לילד. בעוד הקשר בין אם-יולדת לצאצאה מוגן ומועצם על-ידי המשפט, הקשר בין אב-מוליד לצאצאו שברירי וכפוף לשמירה על כבודו של גבר אחר (בעלה של האם-היולדת) מפני תיגו כבעל מקורן וכן לשמירה

67 לכן נחנץ ההסדר שבס' 20 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, כדי לאפשר את רישום אמו המיועדת של תינוק שנולד בהליך פונדקאות כאמו של התינוק במקום האישה שילדה אותו.

68 למשל, כאשר אישה גרושה יולדת ילד מבן-זוג חדש, עליה להביא את הגט המקורי כדי שהגבר יירשם כאביו של התינוק. כאשר אישה נשואה יולדת ילד מגבר שאינו בעלה, אותו גבר לא יוכל להירשם כאבי הילד, גם אם הוא מעוניין בכך, שכן ס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין אוסר זאת. ראו גם קורינאלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 46-50.

69 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.0001 "רישום לידה בארץ" (24.3.2011).

70 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 2.2.0008 "הטיפול לרישום נולדים בישראל והכללת הזכאים לכך במרשם האוכלוסין" (28.6.2006). ראו גם ס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין: "לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאשה שהיתה נשואה לאדם זולתו בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך".

71 הנימוק המקובל בפסיקה להעדפת אי-רישום האב הגנטי על "ממזור" הקטין הוא "טובת הילד". כך, אם שני גברים – בעלה של אישה וגבר שהיה לה איתו רומן בעודה נשואה – "נחשדים" כאבותיו של הילד, חוק מידע גנטי אוסר עריכת בדיקת רקמות לבירור זהותו של האב הגנטי, להוציא חריגים נדירים ביותר. זאת, כדי למנוע מצב שבו יתברר כי האב הגנטי הוא הגבר שאיתו היה לאישה הנשואה רומן, שאז יוכרז הילד כממזר. השיקול שמזכר בפסיקה ובהליכי החקיקה לתמיכה בהסדר זה הוא כאמור "טובת הילד". התוצאה היא שלפי המשפט הישראלי, עדיף לילד לא להיות מוגדר כממזר (ובכך ליהפך לפסול-חיתון) מאשר לדעת מיהו אביו הגנטי.

על אינטרסים קהילתיים, ובראשם האינטרס בכשרות לנישואים של היילודים. כפי שנראה בהמשך, חוסר ה"טבעיות" של האבהות הישראלית מתיישב עם ההסדרים הנוספים בנוגע לאבהות, הרואים בה קשר גנטי ותו לא, ובכלל זה עם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ועם פסיקתם של בתי-המשפט לענייני משפחה בנוגע להולדה לאחר המוות מזרע של גבר.

2. הורות משפטית: אימוץ, פונדקאות וצו הורות פסיקתי

ההורות המשפטית הלא-גנטית המוכרת ביותר היא זו שנוצרת על-ידי אימוץ: בסוף הליך האימוץ ההורים המאמצים הם הוריו של הילד המאומץ לכל דבר ועניין.⁷² זהו הליך דו-שלבי שעיקרו, בשלב הראשון, ניתוק הקשר המשפטי בין ההורים הגנטיים לילדם והכרזה על הילד כ"בר-אימוץ" (סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים), ובשלב השני, כפי שקובע סעיף 16 לחוק –

"האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם, ומקנה למאמץ ביחס למאומץ אותן הסמכויות הנתונות להורים ביחס לילדיהם; הוא מפסיק את החובות והזכויות שבין המאומץ לבין הוריו ושאר קרוביו והסמכויות הנתונות להם ביחס אליו..."

צורה נוספת, חדשה יותר, של הורות משפטית לא-גנטית היא פונדקאות. זוהי הורות לא-גנטית למחצה, שכן המשפט הישראלי דורש שלפחות אחד משני ההורים המיועדים המתקשרים עם פונדקאית לצורך הולדת ילדם יהיה הורה גנטי. כלומר, לפי המצב המשפטי הקיים כיום, אי-אפשר להיעזר באותו הליך של פונדקאות הן בתרומת זרע והן בתרומת ביצית.⁷³ סעיף 12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, קובע כי "עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפוטרופסים בלעדיים על הילד והוא יהיה ילדם לכל דבר ועניין". כך בהיבט המשפטי, אולם בהיבט של ההורות הפעילה ההורים המיועדים הם הוריו של התינוק מייד עם לידתו, כמצוין בסעיף 10(א) לחוק: "עם לידתו יהיה הילד במשמורת ההורים המיועדים ויחולו עליהם כלפיו האחריות והחובות של הורה כלפי ילדו". החוק אינו חל על רווקות, רווקים וזוגות של הומואים, ואלה נאלצים לפנות לפונדקאות בחוץ-לארץ. גם זוגות הטרוסקסואלים רבים פונים לפונדקאות בחוץ-לארץ. על כולם מוחל "נוהל חו"ל", אשר מכוחו בסופו של דבר ההורים המיועדים נרשמים כהוריו של התינוק במרשם האוכלוסין הישראלי (ההורה הגנטי – מכוח בדיקת רקמות; וההורה הלא-גנטי – עד לאחרונה מכוח אימוץ, ואילו כיום מכוח צו הורות פסיקתי, כפי שיתואר להלן). ציון-דרך חשוב בהכרה בהורות לא-גנטית עוסק באימוץ צולב ובמעבר לצו הורות פסיקתי. אימוץ צולב הוא אימוץ של ילד לשני הורים מאותו מין על-ידי האם או האב הלא-גנטיים. המשפט הישראלי עבר ככרת-דרך מהתנגדות המדינה לרישום תעודת אימוץ צולב וזה בפרשת ברנר-קדיש,⁷⁴ דרך התנגדות המדינה לביצוע אימוץ צולב בארץ בפרשת ירוס-חקק,⁷⁵ וכלה בהתנגדות המדינה לצו הורות פסיקתי בלא הליך אימוץ. בכל המקרים הללו אהרו בתי-המשפט את בקשתו של ההורה הלא-גנטי, המתפקד כהורה לכל דבר ועניין,

72 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

73 בע"מ 1118/14 פלזנית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים (פורסם בנבו, 1.4.2015).

74 בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368 (2000).

75 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, 106 (2005).

להיות מוכר משפטית כהורה נוסף של הילד, בין היתר מטעמים של טובת הילד. כיום ניתנים על-ידי בתי-המשפט, בהסכמת המדינה, צווי הורות פסיקטיים גם בלא תסקירים של עובדים סוציאליים, אשר מורים למדינה לרשום את ההורה הלא-גנטי כהורה הנוסף של הילד.⁷⁶ כפי שנראה בחלק הבא, הולדה לאחר המוות משמרת את התפיסה הגנטית של ההורות, מצד אחד, ובו-בזמן מוותרת לגמרי על מימד ההורות הפעילה/החברתית, מצד אחר, והכל בשם ההורות ה"טבעית". במובן זה מדובר בקטגוריה שונה לחלוטין מזו של תרומת זרע אנונימית, שכן תורם הזרע האנונימי (הסדר התרומה היחיד המותר בארץ) אינו נחשב אבי התינוק. הולדה לאחר המוות היא חידוש, לפחות כאשר היא נעשית ככוונה תחילה (ולא כתוצאה ממותו של האב בזמן ההיריון), ואנו סבורים כי יש לתת את הדעת למאפייניה הייחודיים ולהשלכות הנובעות ממנה.

ג. הולדה לאחר המוות: בין הורות טבעית להורות משפטית

ההורות שלאחר המוות מסתמכת על הקשר ה"טבעי", שכן שאיפתם של הורי הנפטר או של בת-זוגו היא לילד שהנפטר יהיה אביו הגנטי. אלא שבשל מותו יש צורך במשפט כדי להורות על שאיבת זרע מגופו של הנפטר וכן כדי להכריע במחלוקת, אם זו מתעוררת, כאשר לרצונו של הנפטר שילידו צאצא מזרעו. המבקשים להוליד צאצא גנטי לנפטר אינם קוראים תיגר על ההורות ה"טבעית", ואינם מבקשים בהכרח להירשם כהורים ולהחיל עליהם את מכלול החובות והזכויות שהחוק הישראלי מחיל על הורים (למשל, כאשר מדובר בהורי הנפטר).⁷⁷ כמו אימהות יחידניות, הם קוראים תיגר על הצורך בשני הורים מגדלים, ובמיוחד בצורך באב, וכמו זוגות חד-מיניים, הם מאתגרים את התפיסה ברבר הצורך בהורה אחד מכל מין. במסווה של משפחה "מסורתית", המבקשים להוליד צאצא מזרעו של גבר מת קוראים תיגר על הורות פעילה של האב,⁷⁸ וכמובן גם על ההפרדה בין החיים למוות. כל אלה נמחקים אל מול החשיבות של המשכיות הזרע. מעניין שקריאת התיגר הזו מוכחשת, והחיבוך של המעשה החתרני למדי הוא בלתי-מעורער כמעט. למרות המורכבות המשפטית, המוסרית והאתית של הולדה בעזרת שימוש בזרע של נפטר או בביצית של נפטרת,⁷⁹ הסוגיה אינה מוסדרת בחקיקה ראשית. היא מוסדרת בהנחיות

76 למיטב ידיעתנו, שני המקרים הראשונים שבהם ניתנו צווי הורות פסיקטיים בבית-המשפט לענייני משפחה הם תמ"ש (משפחה ת"א) 21182-04-13 א.ל. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 13323-07-13 ז.ט. נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 25.3.2014).

77 כאמור בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

78 דרך אחרת להסתכל על סוגיית האבהות הפעילה היא שאין פה קריאת-תיגר ממשית בנקודה זו, משום שאבהות בחברה הפטריארכלית מעולם לא נחשבה פעילה, בוודאי לא בהשוואה לאימהות.

79 ראו, למשל: Anne Reichman Schiff, *Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation*, 75 N.C. L. REV. 901 (1997).

היועץ המשפטי לממשלה (במקרה של זרע)⁸⁰ או אינה מוסדרת כלל ומוכרעת בכל מקרה לגופו על-ידי בתי-המשפט (במקרה של ביצית).⁸¹ ביוני 2014 אף פורסם בעיתונות כי המדינה החליטה להכיר ב"צוואות ביולוגיות" שבהן אנשים מצווים כי ייעשה שימוש בחומר הגנטי שלהם לאחר מותם לצורך הולדה.⁸² חלק זה סוקר תחילה את ההסדרה הקיימת של הולדה מזרע של נפטר, ולאחר-מכן מציג קולות אחרים, הנשמעים גם בפסיקה הישראלית, אשר מעידים כי ההסדרה הקיימת מסתמכת על הנחות-מוצא בעייתיות ואולי אף מנותקות מהמציאות, ונוסף על כך, ואולי אף חמור מכך, מנחילה ומנציחה ערכים פטריארכליים ודגם אבהות אשר רבים – גברים ונשים כאחד – אינם מחזיקים בהם עוד.

1. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

בשנת 2003 פרסם היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, הנחיות העוסקות בנטילת זרע לאחר המוות ובשימוש בו. הנחיות אלה (שאין נגזרות מחקיקה) התוו את מודל הרצון המשווער, שלפיו בהעדר אינדיקציה אחרת יש להניח כי גבר שנפטר במפתיע היה רוצה כי זרעו ישמש את בת-זוגו להולדה לאחר מותו, ולפיכך אין דרישה להבעת רצון מפורש של הנפטר לפני מותו בנוגע למה שייעשה בתאי הרבייה שלו לאחר הסתלקותו מן העולם.⁸³ זאת, להבדיל ממצב שבו אדם השאיר אחריו "צוואה ביולוגית" שבה הורה מה לעשות בתאי הרבייה שלו לאחר מותו.

מבחינה השוואתית, מצב משפטי זה – שקיבל משנה תוקף בשנת 2012 במסגרת המלצותיה של ועדת מור-יוסף⁸⁴ – נמצא בקצה המתירני ביותר בעולם:⁸⁵ קיימות מדינות אוסרניות,

80 ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 59. זכויותיהם של ילדים שנולדו מזרע שהוקפא לפני מות אביהם הביולוגי שנויות במחלוקת בארצות-הברית. כך, למשל, בית-המשפט העליון האמריקני דן בזכויותיהם של ילדים כאלה לקצבת שארים מהביטוח הלאומי, וקבע כי הם אינם זכאים לה. Astrue, Commissioner of Social Security v. Capato, 132 S. Ct. 2021 (2012).

81 לסקירה של כמה מהמאבקים המשפטיים העוסקים בהקפאת ביציות לפני המוות או לאחריו ראו השילוני-דולב **מהפכת הפריון**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 105-106.

82 עידו אפרתי "הורים שבנם מת יוכלו להוליד ילד מזרעו עם אשה זרה" **הארץ** 16.6.2014 www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.2349906.

83 לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, "הכלים שניתן לעשות בהם שימוש [לכירורר הרצון המשווער – י' ה"ד וצ' ט'] הם: חזקות עובדתיות כלליות, המתבססות על ניסיון חיים מצטבר, ואינדיקציות קונקרטיות, כמו נישואין, חיים משותפים, התבטאויות של הנפטר, וכן עדויות רלוונטיות של בת-הזוג, קרובים וחברים, קיומה של הרמוניה או מחלוקת בתוך המשפחה, גיל הנפטר, שאלת קיומם של ילדים מקשרים קודמים, וכיוצא באלה דברים". הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 59, פס' 27.

84 משרד הבריאות **המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל** (2012) www.health.gov.il/publicationsfiles/bap2012.pdf (להלן: המלצות ועדת מור-יוסף). חשוב להדגיש כי המלצות אלה לא עוגנו בשינויי חקיקה.

85 Usha Ahluwalia & Mala Arora, *Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective*, 9 Int'l J. Infertility & Fetal Med. (2011).

שבהן גם "צוואה ביולוגית" אינה חוקית (למשל, גרמניה, שוודיה, איטליה, צרפת, קנדה (למעט קולומביה הבריטית), הונגריה, סלובניה, נורווגיה, מלזיה וטייוואן); ומדינות אחדות מתירות הולדה לאחר המוות רק אם יש "צוואה ביולוגית" (אנגליה, בלגיה, אוסטרליה וחלק ממדינות ארצות-הברית). ישראל וחלק ממדינות ארצות-הברית הן בין המדינות המתירניות.⁸⁶ במדינות רבות אחרות אין כל חקיקה בנושא.⁸⁷ גם כאשר הולדה לאחר המוות אפשרית, היחס הכללי אליה אינו אוהד תמיד, והוא בא לידי ביטוי, למשל, בשלילת זכויות בביטוח הלאומי הקשורות להכרה באבהותו של המת, כפי שנפסק בארצות-הברית.⁸⁸

2. בתי-המשפט

כאמור, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מתירות שימוש בזרע ממת רק לכת-זוגו בחייו. אלא שהנחיות אלה מופנות לגופים של הרשות המבצעת בלבד, ואינן מהוות מסגרת נורמטיבית מחייבת לגבי הרשות השופטת. אכן, במהלך שנות האלפיים דנו בתי-המשפט לענייני משפחה בכמה בקשות פרטניות שהובאו לפנייהם לשימוש בזרעו של מת. בעשרה מקרים דובר בבקשה שצמחה מהתקשרות בין הורים שביקשו לעשות שימוש בזרעו של בנם המנוח לבין אישה שלא הכירה את בנם או אותם בימי חייו של הבן.⁸⁹ למשל, בשנת 2009 אישר בית-המשפט לאישה בת ארבעים להיכנס להיריון מזרע של צעיר שלא הכירה, אשר נפטר ממחלת הסרטן.⁹⁰ במקרים אלה נטו בתי-המשפט להרחיב את השימוש המותר בזרע ממת מעבר להנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה – תחילה בהתירם להורים של נפטרים (להבדיל מבנות-זוגם) לשאוב זרע מבנם המנוח, ולאחר-מכן בהתירם לאישה זרה למנוח להרות מזרעו, ובכך להפוך את הוריו לסבא ולסבתא ואת עצמה לאם יחידנית לילד/ה מאב ידוע שמשפחתו מעורבת בגידול הילד.

מדובר בקפיצת-מדרגה נוספת: לא רק שואבים זרע ממת שלא נתן לכך את הסכמתו לפני מותו (בפרוצדורה פולשנית הפוגעת בשלמות גופו, ויש הטוענים כי גם בכבודו) או משתמשים בזרע שהשאיר אחריו ללא הסכמתו המפורשת, אלא עושים זאת לבקשת הוריו. בשנת 2013 פורסם כי היועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד יהודה וינשטיין, הגיש חוות-דעת לבית-המשפט לענייני משפחה בקריות שבה הוא מרחיב את ההיתר גם לנשים שלא הכירו את המנוח ומעוניינות להיות מופרות בזרעו, בתיווך הורי המנוח, בניגוד לעמדתו של אליקים רובינשטיין משנת 2003.⁹¹

86 לדיון בשאלת ההורות לילד/ה שנולד/ה מזרעו של מת בהקשר האמריקני ובהקשר הישראלי ראו Zafra, לעיל ה"ש 24.

87 J. Dostal et al., *Post-Mortem Sperm Retrieval in New European Union Countries: Case Report*, 20 HUM. REPROD. 2359 (2005).

88 Arianne Renan Barzilay, Astrue v. Capato, 566 U.S. ____ (2012). לדיון ביקורתי ראו: You're on Your Own, Baby: Reflections on Capato's Legacy, 46 IND. L. REV. 557 (2013).

89 Hila Rimmon-Greenspan & Vardit Ravitsky, *New Frontiers in Posthumous Reproduction*, 709 BioNews (2013).

90 תמ"ש "משפחה חדשה", לעיל ה"ש 61.

91 ההליך נוהל בדלתיים סגורות, ומלשכת היועץ המשפטי לממשלה נמסר לנו, בתגובה על בקשתנו לעיין בחוות-הדעת, כי אי-אפשר לקרוא אותה. שינוי ההנחיות סוקר בתקשורת. ראו, למשל,

ניתוח הפסיקה בתחום דיני המשפחה בכלל, ובנושא ההולדה לאחר המוות בפרט, יכול לספק תמונה חלקית בלבד. אי-אפשר לדעת מה מספרם המדויק של תיקי ההולדה לאחר המוות שהגיעו לבתי-המשפט, שכן כל תיקי המשפחה נדונים בדלתיים סגורות, ואין פרסום שיטתי שלהם.⁹² הניתוח שלהלן, כמו בכל מחקר המתבסס על הטקסטים הקיימים במאגרי מידע, לוקה במגבלה זו. עם זאת, כפי שבוגוש, הלפרין-קדרי וכתבן מציינים, מכיוון שפסקי-הדין שמתפרסמים בסופו של דבר הם אלה שזמינים לציבור עורכי-הדין והמתדיינים, הצטברותם יוצרת תמונה אשר משפיעה בתורה על המשפט הפוזיטיבי. לנוכח זאת איננו מתיימרים להציע ניתוח אמפירי-סטטיסטי של הפסיקה, אלא להצביע על מגמה בהתייחסותם של בתי-המשפט לבקשות מטעם החיים להולדה מזרעו של נפטר. מגמה זו עולה בבירור מהפסיקה שזמינה במאגרים, ובגלל זמינותה יש בכוחה להשפיע על תיקים עתידיים.

בסוף 2014 אישר בית-המשפט להוריו של גבר צעיר שהלך לעולמו, ולאשה שביקשה להיכנס להיריון מזרעו של בנם, לבצע את ההליך, וזאת מבלי שניסה לברר תחילה את רצון המת.⁹³ בתיק נוסף אישר בית-המשפט להורים להשתמש בזרע של בנם המנוח על-מנת ליהפך לסבא ולסבתא בניגוד לעמדת אלמנתו.⁹⁴ ניתן לראות בפסקי-דין זה, שבו התעורר קונפליקט בין הורים לאלמנה, את הבעייתיות הטמונה בניסיון להתחקות אחר רצון המת באופן שמעורר לעיתים אי-נוחות: בית-המשפט מתייחס באריכות יתרה לקטעי יומן שכתב המנוח לפני חתונתו, במהלך פרדות זמניות ממי שנהייתה לבסוף אשתו, כדי לבסס את רצונו בילדים לאחר מותו, וזאת אף-על-פי שהמנוח לא העלה זאת על דעתו כלל. אדרבה, הקטעים המצוטטים בפסקי-הדין מצביעים על רצונו בהורות משותפת ופעילה עם בת-זוגו:

"אני רואה את שנינו גרים ביחד ושוקדים בערבים על הספרים ואני רואה ילדים רצים לנו בין הרגליים בבית ומפרקים אותו לחתיכות, '...עדיין רוצה להיות בעלך ואב לילדיך'..."⁹⁵

קטע היומן המצוטט נכתב בשנת 2000. הגבר נפטר בשנת 2004, וההורים הגישו את התביעה נגד אלמנתו בשנת 2013. השימוש בקטע היומן, שנכתב על-ידי גבר צעיר מאוהב בתקופת חיזור, לצורך "הוכחת" רצונו בילדים שייוולדו מזרעו שנים לא-מעטות לאחר מותו – כאילו מה שמצדיק את לידתם הוא רצונו שלו, ולא רצון הנותרים בחיים – מתעלם לחלוטין מההקשר של התבטאויותיו ומוביל לתוצאה אבסורדית לגמרי. האבסורד מתחדד לנוכח העובדה שבמקום אחר ביומנו כתב הנפטר "גם אם לא תרצי אותי – אמות רווק".⁹⁶

אביאל מגנזי "המדינה אישרה: זרע של מת לאישה שלא הכיר" *ynet* 3.11.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4448993,00.html

92 רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל "עיוני משפט" לד' 603 (2011).

93 נעמה כהן פרידמן "תומר נפטר, ואישה שלא הכיר תהיה אם ילדו" *ynet* 16.12.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4603097,00.html

94 תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז (פורסם בנבו, 18.3.2015).

95 שם, פס' 26.

96 שם, פס' 27.

מדובר בבחור צעיר, שמעוניין להביע את אהבתו לבת-זוגו, והמשפט מחמיץ לחלוטין את המימד האנושי והרגשי של מערכת היחסים, כמו-גם את הממדים המטפוריים של השפה ה"גדולה" ושל המחוות הלשוניות שהבחור נוקט, כפי שכל בחור ובחורה מאוהבים עושים בתקופות הללו בחייהם. האם גם כאשר כותבים לאהוב או לאהובה "בלעדיך אין לי חיים" צריך להתייחס לאמירה באופן מילולי ולסבור כי הכותב מתכוון להתאבד אם האהוב ייפרד ממנו? זוהי משמעות המהלך שבית-המשפט נוקט בפסק-דין זה. הדבר מגיע לשיא הקיצוניות בהתייחסותו של בית-המשפט לעדותה של בחורה שהמנוח ניהל איתה רומן קצרצר בתקופת הפרדה הזמנית מאלמנתו על רקע משבר ביניהם. וכך כותב בית-המשפט:

"למעשה, הגב' ה.ג., מי שהמנוח הכיר במסיבת הסילבסטר בליל 31.12.02 וניהל איתה קשר רומנטי משך פחות מחודש, היא ההוכחה לרצונו העז של המנוח למצוא זוגיות חלופית לזו שנסיימה אשר במסגרתה יוכל לממש את חלומו בדבר הקמת דור המשך."⁹⁷

בית-המשפט עושה כאן קפיצה גדולה מאוד מרומן קצרצר שניהל המנוח למסקנה בדבר "חלומו בדבר הקמת דור המשך", ואז קפיצה נוספת כדי להצדיק הבאת ילד לעולם יותר מעשור אחרי מותו, באמצעות אישה שהוריו מצאו ואשר הוא לא הכיר כלל בחייו! בסתיו 2015 דחה בית-המשפט המחוזי את ערעורה של האלמנה על פסק-דינו של בית-המשפט לענייני משפחה.⁹⁸ גם כאן מרתק לעמוד על נימוקיו של בית-המשפט המחוזי בנוגע לרצונו המוער של המת. ראשית, בית-המשפט מתפלא על כך שהאלמנה ("בת זוגו" בלשון בית-המשפט, כאילו הם ממשיכים בזוגיות גם לאחר מותו) מסרבת – לאחר נישואיה החדשים והולדת ילדיה – להביא ילד לעולם מזרעו של המנוח לפי דרישתם של הורי המנוח, הכמהים לנכד: "...בת זוגו של המנוח לא מוכנה להרות מזרעו של המנוח... מדובר במצב דברים שלא נחזה בהנחיות הוועץ המשפטי לממשלה משנת 2003 – י' ה"ד וצ' ט'.⁹⁹ משתמע מן הדברים שהן לשיטתו של הוועץ המשפטי לממשלה והן לשיטתו של בית-המשפט, חזקה על כל אלמנה באשר היא שהיא חפצה בילדים שייוולדו מזרעו של בן-זוגה המנוח, וזאת אף-על-פי שהוא לא ביקש זאת בחייו. האלמנה ה"סרבנית" היא החריג לכלל.¹⁰⁰

שנית, בית-המשפט מתייחס בביטול לטענת האלמנה כי המנוח רצה בהבאת ילדים לעולם יחד איתה, ולא עם אישה אחרת שלא הכיר כלל.¹⁰¹ זאת, אף-על-פי שהוועץ המשפטי לממשלה דווקא תמך בעמדתה, וציין בחוות-הדעת שהוגשה לבית-המשפט לענייני משפחה – כפי שהיא נסקרת בפסק-הדין של ערכאת הערעור – כי "אמנם המנוח הביע בחייו שאיפה

97 שם.

98 עמ"ש (מחוזי מר') 7457-05-15 מ' א' נ' ה' מ' (פורסם בנבו, 17.10.2015).

99 שם, פס' 8.2.8.

100 בית-המשפט המחוזי מציין שהמערערת (האלמנה) לא סירבה להבאת ילד לעולם מזרעו של המנוח, ושהיא עדיין מתלבטת, אולם באותה נשימה הוא קובע כי התלבטות שנמשכת אחת-עשרה שנים כמוה כסירוב. שם, פס' 1.

101 שם, פס' 1 ו-8.2.4-8.2.6.

טבעית להביא צאצא לעולם, אך זאת עם המערערת יחד. אין להניח כי המנוח ביקש להביא לעולם צאצאים שאינם חלק מהתא המשפחתי שהקים עם המערערת.¹⁰² בית-המשפט המחוזי קובע כי "ניסיון החיים" מלמד שאילו המנוח "יכול היה לדעת את דבר מותו הקרב, ואת אי הסכמתה של אשתו-אלמנתו להרות מזרעו", הוא היה משיב כי הוא מעוניין בילדים שייוולדו מזרעו לאחר מותו גם לאישה זרה, ולא רק לאלמנתו, ובלבד שתהיה המשכיות לזרעו.¹⁰³

בית-המשפט המחוזי מסיים בטיעון המעגלי שלפיו מכיוון שקיימת מצוות כיבוד אב ואם, ומכיוון שהמנוח ואלמנתו נהגו להיוועץ עם הוריו ולכבדם, אילו ידע המנוח שהוריו סבורים כי רצונו המשווער הוא בילדים שייוולדו גם מאישה זרה לאחר מותו, הוא היה מכבד את החלטתם באשר לרצונו המשווער על-ידיהם.¹⁰⁴ בכך מוסיף בית-המשפט המחוזי אבסורד חדש על האבסורד שבפסק-דינה של הערכאה הדיונית, ומדגים היטב את מופרכותו של פרויקט ההתחקות אחר רצונו המשווער של המת. החלטתם של בית-המשפט המחוזי ובית-המשפט לענייני משפחה להעדיף את גרסת ההורים על גרסתה של האלמנה נדמית שרירותית, ונובעת מהשלכה של ערכים פטריארכליים, הנתפסים כ"טבעיים", שבמסגרתם מוענק מעמד עדיף ומכריע למשפחת-המוצא הגנטית (כלומר, להוריו) על המשפחה שהמנוח בחר להקים עם זוגתו. כל מי שאינו מחזיק בעמדת בית-המשפט נתפס כחריג וכמשהו ש"לא נחזה" על-כן על-ידי היועץ המשפטי לממשלה כאשר ניסח את הנחיותיו בשנת 2003.

בהקשר זה חשוב לציין כי מימוש סבות בצורה כזו אסור בעולם הרחב, ובארצות-הברית ובאנגליה, למשל, קיימות הנחיות מפורשות בנוגע לכך.¹⁰⁵ לא נוכל לדון כאן לעומק במצב המשפטי בחוץ-לארץ בנושא זה, אולם נציין כי הטיעונים המקובלים הם שהורי המנוח אינם צד בעניין, ושאינן להם כל בעלות על החומר התורשתי שהותיר אחריו בנם.¹⁰⁶ נוסף על כך, בקשות למימוש סבות בדרך זו נדירות מאוד בעולם. למעשה, חיפוש במרשתת בעזרת מנוע החיפוש Google לפי מילות החיפוש posthumous grandparents or grandchildren מעלה כמעט אך ורק סיפורים (וכותבים) ישראלים. נכון למועד כתיבתו של מאמר זה אין פסק-דין מחוץ לישראל שהכשירו סבות בנסיבות אלה.

גם במקרים שמוסדרים בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, כלומר מקרים שבהם בת-הזוג של מנוח היא שמבקשת לשאוב ממנו זרע לאחר מותו או לבצע הפריה באמצעות זרע שניתן לפני המוות, בתי-המשפט נוטים לפסוק כי רצון המת המשווער הוא הולדה של תינוק/ת מזרעו. בשנת 2003 קבע בית-המשפט כי –

102 שם, פס' 5.

103 שם, פס' 8.2.6.

104 שם.

105 G. Pennings et al., *ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous Assisted**Reproduction*, 21 HUM. REPROD. 3050 (2006). עם זאת, לאחרונה מתנהל באנגליה דיון

משפטי בנוגע לזכאותה של אם שבתה מתה ממחלה להרות בעצמה באמצעות ביציות של

בתה. ראו: Lindsey Bever, *A 60-Year-Old's Battle to Give Birth to Her Own Grandchild*, WASH. POST (July 5, 2016), [https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/07/05/a-60-year-olds-brave-battle-carry-her-own-grandchild-to-fulfill-her-](https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/07/05/a-60-year-olds-brave-battle-carry-her-own-grandchild-to-fulfill-her-daughters-dying-wish)[daughters-dying-wish](https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/07/05/a-60-year-olds-brave-battle-carry-her-own-grandchild-to-fulfill-her-daughters-dying-wish)

106 Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 5, בעמ' 637.

"הולדת ילד על ידי בני זוג מהווה מדרך הטבע ביטוי להסכמה משותפת של בני הזוג להורות. הרצון להבאת ילדים מבוסס על אינסטינקט בסיסי להתרבות ולהמשכיות המין האנושי[.]. בעת שמדובר בשימוש בזרעו של נפטר יש להשתית לפיכך את ההחלטה על היסודות המרכזיים דלהלן:

- א. כיבוד רצון הנפטר.
- ב. רצונה של בת זוגו של הנפטר בהגשמת שאיפתו של המנוח ושאירתה שלה להמשכיות אשר תמצא ביטוי בהבאתו לעולם של ילד משותף לשניהם...¹⁰⁷

במקרה אחר נפטר גבר צעיר במפתיע כחודש לאחר נישואיו, מבלי שנשאב ממנו זרע לפני מותו ומבלי שהבהיר אם הוא מעוניין בשאיבת זרע מגופו לאחר המוות ובהבאת צאצא גנטי ממנו לעולם לאחר שלא יהיה עוד בעולם כדי לגדלו. סמוך לאחר פטירתו נשאב מהמנוח זרע לבקשת בת-זוגו ובהסכמת הוריו, ובית-המשפט אישר את בקשתה של בת-הזוג להשתמש בו לצורך הבאת צאצא גנטי לעולם. בית-המשפט התרשם כי האלמנה והמנוח ראו בעצמם משפחה "עם אהבה ורעות", ומכיוון שזו "גם דרך החיים הסבירה, הרצונית, התוכנית, ודרך הטבע – של זוג בתחילת חייו המשותפים", הוא נעתר לבקשת המבקשת.¹⁰⁸

טרמלן וסבולסקו, התומכים בדגם של הסכמה משוערת, מסבירים כי בהעדר צוואה בחיים שמביעה מפורשות רצון בהורות לאחר המוות (תופעה נדירה למדי) קשה מאוד להוכיח את רצונו המשווער של הנפטר בילדים שייוולדו לאחר מותו. לטענתם, ראיות על רצונו המשווער של נפטר יהיו נגועות ברוב המקרים באינטרסים של בת-זוגו או של הוריו החיים, וצפויות אף לעורר קונפליקטים ביניהם, ונדיר שייוותרו ראיות אובייקטיביות המעידות על רצון המת באופן נקי מהטיות (ולכן מדובר ברצון משוער בלבד).¹⁰⁹ דגם של הסכמה משוערת אינו מתיימר להכריע בשאלה העובדתית אם הנפטר מעוניין בהורות לאחר המוות או לא, אלא רק מנסה לברר אם הוא היה מתנגד להולדה לאחר המוות אילו ידע כי זה רצונם הממשי של הנותרים אחריו. נחזור לכך בחלק ד של המאמר.

נכון למועד כתיבתו של שורות אלה טרם ניתן פסק-דין של בית-המשפט העליון בנוגע להולדה לאחר המוות, ולכן אין עדיין הלכה מחייבת בתחום. פסקי-הדין של בית-המשפט לענייני משפחה שואבים אומנם השראה זה מזה, אולם מכיוון שאין להם מעמד מחייב כלפי השופטים שידונו בתיקים עתידיים דומים, התחום מתאפיין בחוסר ודאות.¹¹⁰

107 תמ"ש (משפחה כ"ס) 11870/03 י. ש. נ' מדינת ישראל, פס' 5 (פורסם בנבו, 29.9.2003).

108 תמ"ש (משפחה ת"א) 58540/05 ק. ב. ל. א. נ' המרכז הרפואי על שם סוראסקי באיכילוב, פס' 19 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.9.2006).

109 Kelton Tremellen & Julian Savulescu, *A Discussion Supporting Presumed Consent for Posthumous Sperm Procurement and Conception*, 30 REPROD. BIOMED. ONLINE 6, 9 (2015).

110 במובן זה לא השתנה דבר מאז הצביע על כך יוסי גרין בשנת 2005: יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" מאזני משפט ד 463, 465 (2005).

3. ההסדרים המשפטיים בישראל – מבט ביקורתי ראשוני

נערוך כעת קריאה צמודה של הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003¹¹¹ לאור המצע הלאומי, התרבותי והדתי שהן נשענות עליו. טענתנו המרכזית היא כי הדגם שבבסיס ההנחיות נשען על הנחה בדבר רצונו המשוער של המת בהמשכיות: "הרצון להבאת ילדים מבוסס על אינסטינקט בסיסי להתרבות ולהמשכיות של המין האנושי."¹¹² הנחה זו אינה מבוססת כמובן על ראיות אמפיריות כלשהן. יתר על כן, הנורמות החברתיות והתרבותיות הנמצאות בתשתית הן עתירות-ימין, ואינן שאובות בהכרח מהמציאות של ימינו, ואף לא מההיסטוריה הקרובה. כך כותב היועץ המשפטי לממשלה בנקמו את עמדתו:

"...יש לייחס משקל ניכר לעובדה, שההולדה מהווה נושא חשוב ומהותי בחברה הישראלית. מוקדשים לכך מאמצים ומשאבים רבים, רגשיים וכספיים, הן של הפרטים והן של החברה בכללותה. גם הנושא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית."¹¹³

מן האמור לעיל עולה התפיסה הפרו-נטיליסטית המוכרת שלפיה הולדה היא ערך מרכזי בחברה הישראלית. אלא שערך זה מתורגם בהקשר הישראלי בעיקר לזכות להמשכיות גנטית. זאת, בניגוד לפרשנות רחבה יותר של זכויות הקשורות להולדה, שבמסגרתן חירות ההולדה כוללת גם את הזכות לא ליהפך להורה, המודגשת במדינות ליברליות ובדין הבינלאומי בנושא,¹¹⁴ וכן בניגוד לפרשנות המדגישה במסגרת הזכות להורות דווקא את הזכות להורות פעילה, משמע את הזכות להתייחסויות-גומלין ישירות בין ההורה לילד, ולא רק את הזכות להורות ביולוגית או משפטית.¹¹⁵

עוד עולה מן הדברים המצוטטים לעיל כי מובן מאליו שכל הישראלים היהודים מעוניינים בהנצחת זכרם באמצעות הולדה לאחר מותם. לא ברור על מה מסתמכת הנחת-המוצא הזאת בדבר הרצון האוניוורסלי בהנצחה באמצעות הולדה לאחר המוות. בכל אופן, הדבר ניתן לבדיקה אמפירית. חלק ד של מאמר זה מדגים, באמצעות מחקר איכותני, כי היה ראוי להתייחס באופן ביקורתי יותר למה שמוצג בדברי היועץ המשפטי לממשלה כמוסכמת-יסוד שאין לערער עליה. נוסף על כך, בשנים האחרונות פורסמו כמה וכמה מחקרים שקראו תיגר על המוסכמה שהכמיהה להורות (באופן כללי, לא בהקשר של הולדה לאחר המוות) היא אוניוורסלית וחובקת-כל.¹¹⁶

מובן מאליו שהדגש בהנחיות אינו יכול להיות בזכות להורות פעילה, שהרי המנוח לעולם לא יוכל להכיר את ילדיו ולגדלם. אכן, הדגש הוא בהנצחת המת, בשימור זכרו ובהעמדת

111 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 59.

112 שם, פס' 8 (ההדגשה הוספה).

113 שם, פס' 5.

114 דפנה ברק-ארו "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197 (1996).

115 דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה" עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005).

116 החוקרת המרכזית בתחום זה בישראל היא אורנה דונת. ראו דונת, לעיל ה"ש 12.

צאצאים. ההנמקה לתפיסה זו מקורה במסורת דתית עתיקה, המנחה את הדיון על-אודות טכנולוגיית פריון מודרניות בתכלית. כך ממשיך וכותב היועץ המשפטי לממשלה:

"הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על-ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה. סיפורי האבות בספר בראשית, דור אחר דור – אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ורחל – נסבים על כמיהתם לזרע ולפרי בטן. במובן אחר, הקמת זרע למת היא יסודם של דיני הייבום. יוזכר גם כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה."¹¹⁷

הטקסט שב ומדגיש את חשיבות ההולדה במסורת היהודית ובחברה הישראלית, ואז קושר בין הולדה לאחר המוות לבין דיני הייבום, אשר הציבור היהודי בישראל כבר מזמן אינו מיישם ככתבם וכלשונם. על-פי דיני הייבום, כאשר אדם נשוי שאין לו ילדים נפטר, אחיו מצווה לשאת את אשת המנוח ובכך להקים זרע למת. בדרך זו האלמנה נשארת שייכת למשפחה שאליה הצטרפה בנישואיה הראשונים, והילדים שעתידים לבוא לעולם מהנישואים השניים נחשבים לילדי הבעל הראשון שמת ולכן יורשים את אדמתו.¹¹⁸ אלא שבימינו הייבום אינו מקובל עוד, כאמור, והנהגה היא לקיים תחתיו טקס חליצה, המשחרר את האישה לדרך.¹¹⁹ דון סימן מסביר כי דיני הייבום, שמקורם בחברה פטריארכלית-חקלאית המבוססת על שליטה באדמות ובנשים, אינם רלוונטיים עוד לחברה הישראלית בתימינו.¹²⁰ לדוגמה, תמר ורות – הנשים המקראיות שקיימו את מצוות הייבום – נתפסות במסורת היהודית כנשות חיל, בשל נחישותן להמשיך את השושלת. אלא שבמושגים עכשוויים רות ותמר חיו בעולם פטריארכלי ועשו את מה שעשו מכיוון שהאפשרות להקים לעצמן חיים חדשים הייתה מוגבלת מאוד. במימוש הייבום הן הבטיחו את עתידן הכלכלי ואת ההגנה המשפחתית עליהן בעולם שבו לנשים לא הייתה אפשרות להיות עצמאיות מבחינה כלכלית וחברתית. נוסף על כך, הייבום אינו אינדיוידואלי או גנטי במונחים עכשוויים: מטרתו היא להקים שם למת, ובכך להמשיך את המשפחה, ולא את הפרט (שהרי הילדים יהיו צאצאיו הגנטיים של האב, ולא של הנפטר עצמו), שכן מדובר כאמור בחברה פטריארכלית עתיקה, ולא בחברה מודרנית המתאפיינת בתפיסת שוויון הזדמנויות לנשים ובאתוס אינדיוידואליסטי המקדם מימוש עצמי של גברים ונשים כאחד.

חרף זאת, היועץ המשפטי לממשלה מזכיר את דיני הייבום, ומוסיף אותם לשאר נימוקיו בעד התרת ההולדה לאחר המוות. הנה כי כן, הוא מצדיק את עמדתו המתקדמת לכאורה בימינו-אנו דווקא באמצעות התבססות על דינים עתיקים אשר בעיני ישראלים יהודים

117 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 59, פס' 6.

118 דברים כה 5-10. ראו גם קורנאלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 227-229.

119 אליאב שוחטמן "מעמד האשה בדיני נישואין וגירושין" **מעמד האשה בחברה ובמשפט** 380 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995).

120 Don Seeman, *Ethnography, Exegesis, and Jewish Ethical Reflection: The New Reproductive Technologies in Israel*, in KIN, GENE, COMMUNITY: REPRODUCTIVE TECHNOLOGY AMONG JEWISH ISRAELIS 340, 344 (Daphna Birenbaum-Carmeli & Yoram S. Carmeli eds., 2010).

רבים אבד עליהם כלח, וזאת מבלי להידרש למורכבות שבביצוע דילוג כזה בין תקופות היסטוריות שונות.

כך טוען כי המתנגדים לרבייה לאחר המוות מציגים מעשה זה כפתולוגי, בעוד המצדדים בה מנרמלים ו"מְטַבְעֵנִים" אותה (מלשון הפיכתה להמשך ישיר של רצונות טבעיים).¹²¹ לטענתו, אחת האסטרטגיות המרכזיות של פעולת ה"טבעון" היא הצגת החדש לכאורה – מה שמתאפשר הודות לטכנולוגיות הפריזן העכשוויות – כדבר שלמעשה אינו חדש. אסטרטגיה זו מופעלת גם בבתי־המשפט. בהקשר זה מצטט כן מדבריו של שופט שהתיר לאישה לעשות שימוש בזרעו המוקפא של בעלה:

"...נקיטה בדרך שכזו (המסרבת לבקשתה) הייתה שוללת מהמבקשת בדרך בלתי צודקת את זכותה להרות מהאיש אשר קידשה לו לאישה... ומשלילת הזכות לקיים מבעלה זרע, המהווה את המשך קיומו הגנטי עלי אדמות, קיום שלשמו נחקקו אף חוקי התורה בדבר ייבום, בעת שנעדר הפתרון המדעי של הפרייה."¹²²

חשוב להדגיש שוב כי בדיני הייבום המקוריים אין המשכה גנטית ישירה של הנפטר, אלא של משפחתו, באמצעות אחיו. מנהג זה מתאים כאמור לחברה טרום־אינדיבידואליסטית שנוהגת בה הפרדה קשיחה בין תפקידי מגדר של נשים ושל גברים, ואינו מתיישב עם סדר העולם הנוכחי.

בהקשר זה מעניין מה תהיה עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ובית־המשפט אם בן־זוג של גבר הומו שהלך לעולמו יבקש לעשות שימוש בזרעו של בן־זוגו המת כדי להביא ילד לעולם עם פונדקאית, ומה יהיה יחסם אם הוריו של בן־הזוג המת יתנגדו. קיים כאן קושי חוקי נוסף, שכן נכון להיום אי־אפשר ליהפך בארץ להורה פונדקאות יחידני בלא קשר גנטי לצאצאים,¹²³ אולם גם אילו היה הדבר אפשרי, תסריט כזה יש בו כדי לאתגר את הבסיס הערכי של חוות־דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שנשען על דגם פטריארכלי וכמובן הטרוסקואלי.

נוסף על כך, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מתמקדת בהולדה מזרע של מת ובהלכות ובמסורות העוסקות בהנצחת הגבר המת, ומתעלמת משאלת הנצחתן של נשים. בכך יש ביטוי נוסף למסגרת הפטריארכלית המוטת מגדרית של שאלת ההמשכיות באמצעות הולדה: להנצחת נשים באמצעות הולדה לאחר המוות מוענקת חשיבות פחותה, אם בכלל.¹²⁴

121 אורי כץ עד טיפת הזרע האחרונה: בקשות למימוש זרע מוקפא של מת (עבודת־גמר לתואר "מוסמך בסוציולוגיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, 2012).

122 שם, בעמ' 39 (ציטוט מעניין י. ש., לעיל ה"ש 107, פס' 10).

123 ראו לעיל ה"ש 73 והטקסט שלידה.

124 אומנם, הולדה מאישה מתה עוד לא הייתה אפשרית כאשר נכתבו ההנחיות, אלא אם כן היא השאירה אחריה טרום־עובר מוקפא, אולם היה אפשר לחשוב על ניסוח שיכיל הנצחה של נשים לכשתאפשר זאת הטכנולוגיה הרפואית. כעשור לאחר הוצאת הנחיות אלה, במסגרת המלצות ועדת מור־יוסף (לעיל ה"ש 84), הניסוח שוויוני יותר, אולם מדובר כאמור בהמלצות בלבד, ולא במסמך מדיניות מחייב.

היועץ המשפטי לממשלה מניח בהנחייתו כמובן מאליו כי גברים מעוניינים להמשיך את זרעם גם לאחר מותם, אך שותק ביחס לאינסטינקטים של נשים. לעומתו, בוועדת הכנסת שעסקה בהולדה לאחר המוות אמר הרב מרדכי הלפרין, אז יועץ שר הבריאות:

"כל מה שהגבר רוצה זה לתת את הגנטיקה... יש נטייה אבולוציונית שגבר

רוצה שימור גנטי של עצמו. נשים רוצות לגדל את הצאצא. זה הברל מהותי.¹²⁵"

בהקשר שונה מעט, של בחינת ההסדרים המשפטיים בנוגע לזכויות הורים כאנשים עובדים, מצאה אריאן רנן-ברזילי הנחות-מוצא דומות המשמשות אמות-מידה לעיצוב היחס המשפטי להורות בישראל:

"...התפיסה המשפטית של הזכות להורות מאמצת מודל 'גברי' ומתחקה אחר מה שנתפס כתפקידו המסורתי של הגבר: 'להפיץ את זרעו'. מדינת-ישראל – במדיניות ההפריות הנדיבה שלה, בחוקיה המתמקדים בהולדה, ובפרשנותה לזכות להורות כנסבה סביב הולדה – מבנה את הזכות להורות באופן מוטעם מבחינה מגדרית, שכן מה שחורג מזכותו המסורתית של הגבר להפצת זרעו ומתרחש אחרי ההפריה והלידה כבר אינו זוכה באותה הגנה משפטית. זוהי תפיסה של הורות כמעין 'שגר ושכח'. גידול הילדים (תפקיד שבמאות האחרונות משויך בעיקר לאם) אינו נתפס כראוי לאותו עידוד בהולדה.¹²⁶"

ביטוי נוסף לתפיסת ההורות במשפט הישראלי – ובפרט לתפיסת האבהות – כ"שגר ושכח" קיים בבכ"ע 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, שבסגרתו אושרה הכרזתו של תינוק כבר-אימוץ מבלי לנסות לקבל את הסכמתו של האב הגנטי לכך.¹²⁷ במקרה זה נדון עניינה של אם שביקשה למסור את ילדה לאימוץ אך סירבה לגלות לרשויות את זהות האב. בית-המשפט העליון קבע כי המדינה אינה מחויבת לנסות לאתר את האב, וכי בנסיבות העניין ניתן להכריז על התינוק כבר-אימוץ על-סמך בקשת האם בלבד. פסק-דין זה מצטרף לגוף הפסיקה והחקיקה הישראליות, אשר מבנה את האבהות כנתינת חומר גנטי וכנסולת תפקיד מטפל ודואג.¹²⁸

פועל יוצא נוסף מתפיסות פטריארכליות אלה הוא תפיסת הדאגה האבהית כמתמחה בתשלום מזונות ותו לא. כך, למשל, קבע השופט חשין:

"ילדו של אדם הוא ילדו הטבעי, יוצא-ירכו. אין ילד 'חוקי' ובצדו ילד 'בלתי חוקי'.

אדם חייב במזונות יוצא-יחלציו באשר יוצא-יחלציו הם... חובה היא על אב לזון

125 פרוטוקול ישיבה מס' 97 של הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי, הכנסת ה-15, 10 (30.9.2002), מצוטט אצל כץ, לעיל ה"ש 121, בעמ' 42.

126 אריאן רנן-ברזילי "הורים א/עובדים: רב-ממדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל" **עיוני משפט** לה 307, 326 (2012).

127 בכ"ע 5082/05 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני**, פ"ד ס(3) 201 (2005).

128 לעניין זה ראו גם רות זפרן ונעם פלג "שם האב: בעקבות בכ"ע 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נגד פלוני" **הארת דין** ג 196, 206-207 (התשס"ו). פסק-דין נוסף המבטא גישה זו לאבהות הוא בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.2006). עתירה זו עסקה בשאלת זכותו של יגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה יצחק רבין, להולדה בסיוע הפריה חוץ-גופית אף-על-פי שהיה ברור כי הוא לא יוכל להיות אב פעיל.

את ילדיו: זה כלל גדול בחוק המזונות, והוא כלל מן המעלה הקונסטיטוציונית, כלל הנמנה עם אותם כללים היוצרים דמותם של אדם וחברה ועם ומדינה.¹²⁹

על-אף הניסוח הניטרלי מגדרי של דברים אלה (המופיעים, בניסוחים שונים, בפסקי-דין רבים שבהם האב מנסה להתנער מתשלום מזונות לילדיו), הכוונה היא לתפקידו של האב, שכן חובת המזונות בדין הישראלי נגזרת מן הדין האישי, ולכן האבות הם החייבים העיקריים במזונות ילדיהם.

במובן זה, ההסדרים הנוהגים כעת סביב הולדה לאחר המוות מזרע של גבר אינם חריגים מבחינת הבניית האבהות הישראלית כגנטית בלבד וכהורות לא-פעילה.

אלא שאנו מטילים ספק בהנחה הממוגדרת שבבסיס ההסדרים המשפטיים בנוגע להולדה לאחר המוות, וסבורים כי אין כל סימוכין אמפיריים המעידים כי "יש נטייה אבולוציונית שגבר רוצה שימור גנטי של עצמו" וכן שרוב הגברים היו מעוניינים שיעשה שימוש בזרעם לאחר מותם. ההנחה ההפוכה לגבי נשים אף היא אינה מוכחת. גם אילו הייתה "נטייה אבולוציונית" ל"שימור עצמי" גברי, הסקת המסקנה לגבי הולדה לאחר המוות (להבדיל מהרצון ליהפך לאב בחיים) אינה הכרחית. ניתן להתנגד לקצירת זרע מן המת למטרות רבייה על בסיס אי-קבלת ההנחה כי כל גבר היה רוצה ליהפך לאב או להמשיך את זרעו לאחר מותו.¹³⁰

אדרבה, הראיות הקיימות מהאנתרופולוגיה האבולוציונית מצביעות על כך שהטיפול בילדים (ואפילו לא רק בצאצאים הגנטיים, אלא גם בצאצאים של הורים אחרים) הוא חלק מ"טבעם" של גברים ממש כשם שהוא חלק מ"טבען" של נשים, או בהכללה – חלק מהטבע האנושי.¹³¹ האנתרופולוגיה האבולוציונית שרה בלפר הרדי מצאה ראיות לכך שחברת ההומינידים הקדומה הייתה חברה קדם-פטריארכלית, והתנהלה כחברה שיתופית שבה נשים וגברים כאחד השתתפו בגידול הצאצאים של כולם; כל המבוגרים היו ההורים בפועל של כל הילדים, ולא טיפלו רק בילדיהם הגנטיים. היא כינתה את סגנון ההורות הזה "הורות מורחבת" (alloparenting), והזכירה, כמו היסטוריונים וסוציולוגים רבים לפניו, כי מבנה המשפחה הגרעינית הוא חדש יחסית בהיסטוריה האנושית. לטענתה, ההורות המורחבת וגידול הילדים השיתופי תוך דאגה גם לצאצאים הלא-גנטיים הם שייחדו את המין האנושי לעומת מינים אחרים, והובילו לא רק להישרדותו, אלא גם להצלחתו המסחררת ביחס למינים האחרים. ראיות אלה מחלישות עוד יותר את טענתו של הרב מרדכי הלפרין בדבר ההבדלים המהותיים בין המינים, ומציג אותה כיונקת מאידיאולוגיה דתית-לאומית-מיננית וכתלושה לחלוטין מהמציאות האנושית. בהקשר זה מעניין שרב אורתודוקסי מגייס את תורת האבולוציה ("נטייה אבולוציונית"), השנויה במחלוקת מפרספקטיבה דתית, לצורך תמיכה במסקנותיו. כפי שהדגמנו עד כה, המצדדים בהתרה של הולדה לאחר המוות מניחים כי כל גבר (ובוודאי מי שיש לו בת-זוג) מעוניין בהקמת זרע, בין שהוא חי ובין שהוא מת. לטעמנו,

129 ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 606-607 (1995).

130 שלו, לעיל ה"ש 7.

131 כפי שהראו: SARAH BLAFFER HRDY, MOTHERS AND OTHERS: THE EVOLUTIONARY ORIGINS OF MUTUAL UNDERSTANDING (2010); קרול גיליגן "מהיכן אנו באים/ות ולאן אנו הולכים/ות? הרהורים על חייהן של נשים" המשפט טז 13 (2011); קרול גיליגן להצטרף להתנגדות (דנה פלג מתרגמת, 2016).

צריך לשאול אם הנחה זו מבוססת, שהרי בתרבות האנושית היו קיימים מאז ומעולם גברים ונשים שבחרו לא ליהפך להורים (למשל, אלה שבחרו בחיי נזירות או זוגות שבחרו בצוותא לא להביא ילדים לעולם מסיבות שונות), וגם כיום נתונים מהעולם המערבי ומישראל מלמדים כי יש פרטים וזוגות שאינם מעוניינים ליהפך להורים.¹³² יתרה מזו, אי-אפשר להניח שכל הגברים שרוצים להיות אבות בחייהם מעוניינים בהכרח שייוולדו להם ילדים לאחר מותם – ילדים שהם לא יכירו ולא יוכלו לגדל. לכן, גם אם יש ודאות בנוגע לכך שרוב הזוגות הישראלים מעוניינים ליהפך להורים, אין כל ודאות בנוגע ליחסם להורות לאחר מותם. לכן השאלה הרלוונטית, כפי שמנסחת זאת כרמל שלו, היא: מהי למעשה הזכות להורות – זכות לגדל ילדים או זכות להזריע זרע?¹³³

4. גברים עומדים על זכותם להיות הורים פעילים במשפט הישראלי

הנחת-המוצא של היועץ המשפטי לממשלה ושל בתי-המשפט, שלפיה כל הגברים המנוחים היו מעדיפים שייוולד ילד מזרעם לאחר מותם, מתבססת על ההנחה התרבותית של אבהות כזכות גנטית המנותקת משאלת הטיפול בילדים וגידולם. במונחיה של קרול גיליגן, התרבות כופה את אתיקת הזכויות על הגברים ועל האבות כתבנית התרבותית היחידה האפשרית לגביהם, ומניחה כי כתוצאה מכך בחירתם תהיה תמיד בהמשכיות הזרע, במנותק מהטיפול

132 דונת, לעיל ה"ש 12, בעמ' 17-18. ברחבי העולם – הן בארצות-הברית, הן באירופה והן באסיה (ביפן, למשל) – מספר היחידים והזוגות שבחרים לא להביא ילד לעולם הולך ועולה, ועימו השיח בדבר הבחירה הזו. במדינות אלה הבחירה להוליד ילדים היא בחירה מודעת, ואצל חלק מהזוגות היא אינה מובנת מאליה ואינה מהווה המשך "טבעי" של חיי הזוגיות. תופעות אלה מדגימות כי אי-אפשר להתייחס לבחירה ליהפך להורים כאל חלק מהטבע האנושי ולבחירה לא להיות להורים כאל סטייה ממנו; הן ההחלטה להיות הורים והן ההחלטה לא להביא ילדים לעולם הן פנים שונים של "הטבע האנושי". אולי ההבדל המרכזי ביניהן הוא שמרכיב הבחירה מוגבל יותר ככל שמדובר בהחלטה להיות הורים, וזאת בשל הלחץ החברתי החזק בתרבויות מסוימות (בישראל, למשל) להביא ילדים לעולם, והבניית מי שאינם רוצים ליהפך להורים כחולים, כאנוכיים או כילדותיים. לשיח בדבר הבחירה לא להביא ילדים לעולם בארצות-הברית ראו, למשל: Teddy Wayne, *No Kids for Me, Thanks*, N.Y. TIMES (Apr. 3, 2015) http://www.nytimes.com/2015/04/05/style/no-kids-for-me-thanks.html?_r=0. לעיסוק ברימור המבוגר שאינו רוצה ליהפך להורה כאנוכי ראו: MEGHAN DAUM, SELFISH, SHALLOW, AND SELF-ABSORBED: SIXTEEN WRITERS ON THE DECISION NOT TO HAVE KIDS (2015). מאמר מתוך ספר זה ניתן לקרוא באתר הניו-יורק טיימס: Michelle Huneven, *Childless by Choice*, N.Y. TIMES (Mar. 13, 2015) <http://www.nytimes.com/2015/03/15/opinion/sunday/childless-by-choice.html>. על כך שמי שאינו רוצה להביא ילדים לעולם צריך לספק לכך סיבות, בעוד מי שרוצה להביא ילדים לעולם פטור מכך ראו: Christine Overall, *Think Before You Breed*, N.Y. TIMES (June 17, 2012) <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/06/17/think-before-you-breed/>. על הבחירה לא להביא ילדים לעולם מטעמים כלכליים ראו: Nadia Taha, *Opting Out of Parenthood, With Finances in Mind*, N.Y. TIMES (Nov. 13, 2012) <http://www.nytimes.com/2012/11/14/your-money/optiming-out-of-parenthood-with-finances-in-mind.html>.

133 שלו, לעיל ה"ש 7.

בילד וגידולו, ומשאירה את האתיקה של אכפתיות בתחום הנשים והאימהות בלבד.¹³⁴ זוהי דוגמה מרתקת לאופן שבו המשפט אוסף נורמות תרבותיות פטריארכליות ומנציח אותן, תוך שהוא מתבסס עליהן כעל המצב ה"טבעי" שאינו מצריך הוכחה.

כפייה זו מנותקת מהמציאות, לפחות לגבי חלק מהגברים. אומנם, יש מקרים של גברים שתופסים את אבהותם כגנטית בלבד, וכ"טובה" שהעניקו לבת-זוג לשעבר או לאישה שהכירו כדי שזו תהרה מגבר ידוע, ולא בעזרת תרומת זרע אנונימית,¹³⁵ או טוענים ל"גנבת זרע" אשר אמורה, לדעתם, לפטור אותם מכל חובותיהם כלפי יוצאי-חלציהם. טענות אלה מועלות על-ידי גברים בדרך-כלל במסגרת סכסוכים סביב שאלת המזונות. אולם גופי פסיקה משמעותיים לא פחות עוסקים בגברים הנלחמים למען אבהות פעילה או נגד תפיסת האבהות כנתינת זרע ותו לא. כך ניתן להבין, למשל, את עמדת הגבר בפרשת נחמני: דני נחמני סירב לאפשר לאשתו לשעבר להשתמש בעוברים המוקפאים שנוצרו מזרעו, משום שהוא לא רצה להביא עימה ילדים לעולם לאחר שזוגיותם הסתיימה והייתה לו בת-זוג חדשה. במקרה אחר ביקש תורם זרע מבנק הזרע לא לאפשר שימוש בזרעו, שכן הוא התחרט ואינו מעוניין עוד שיבואו לעולם צאצאים שהוא אינו אביהם הפעיל.¹³⁶ בפסק-דין נוסף נדון עניינו של גבר שהתאלמן והסתייע בהורי אשתו בגידול אחד הילדים עקב המצוקה שאליה נקלע כתוצאה ממות אשתו, ולאחר שיצא מהמשבר נאבק בסבא ובסבתא על קבלת המשמורת בחזרה על הילד שנמסר להם.¹³⁷ מקרים אלה ואחרים מראים כי תפיסת האבהות של גברים ממשיים מורכבת בהרבה מזו העולה מחוות-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, וכי גברים לא-מעטים מוכנים לצאת למאבק משפטי ארוך ויקר בשם אתיקת האכפתיות, שהם מעדיפים על אתיקת הזכויות, משום שבעיניהם אבהות אינה מתמצית אך ורק בנתינת זרע, בהמשכותם ובהנצחתם.

דוגמות נוספות לרצון של גברים רבים באבהות פעילה, ולא רק בהמשכיות הזרע, ניתן למצוא בפסקי-דין העוסקים בתביעות אבהות של גברים שהביאו ילדים לעולם עם נשים נשואות ומבקשים להירשם כאבותיהם למרות האיסור בחוק מידע גנטי מפאת החשש ל"מזמור" הילדים.¹³⁸ סכסוכי משמורת מרים בין גברים לנשים וצמיחתן של תנועות מחאה של גברים

134 קרול גיליגן בקול שונה: התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האשה 16-19 (נעמי בן-חיים מתרגמת, 1995); קרול גיליגן הולדת העונג 33 (דריה שועלי מתרגמת, 2006); גיליגן להצטרף להתנגדות, לעיל ה"ש 131.

135 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ק"ג) 40995-11-12 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 3.8.2015).

136 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013). ראו גם צבי טריגר "טכנולוגיות פריון, זכויות וחרטה: מחשבות בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות" *המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה* 2, 4 (2013).

137 ע"א 783/81 פלמוני, פ"ד לט(2) 1 (1983).

138 ראו, למשל, בע"מ 7038/12 פלמוני נ' פלמוני (פורסם בנבו, 16.10.2012) (שני גברים – הגרוש של אישה והגבר שאיתו קיימה יחסי מין בעודה נשואה – נלחמו על הכרה באבהותם על ילדה שהאישה ילדה שבעה חודשים לאחר הגירושים, ובכלל זה נלחמו לא רק על הרישום, אלא גם על השלכותיו על אבהותם הפעילה); תמ"ש (משפחה טב') 35596-10-12 פלמוני נ' פלמונית (פורסם בנבו, 2.7.2014) (תביעת אבהות שהגיש גבר שביקש להיות מוכר כאביה של ילדה, לנוכח התנגדות האם לכיצוע בדיקת אבהות מחשש שהילדה תיחשב ממזרה).

נגד חזקת הגיל הרך – שנויות במחלוקת ככל שיהיו – מצביעים גם הם על חשיבותה של אבהות פעילה ומעורבת בעיניהם של גברים (ונשים) רבים.¹³⁹ לבסוף, האבהות ההומואית, אשר הולכת ונעשית נפוצה, מראה גם היא כי אין דבר בטבעו של הגבר שמנותק מאתיקה של אכפתיות ודאגה.¹⁴⁰ גברים הומואים משקיעים משאבים רבים – נפשיים וכלכליים – כדי ליהפך לאבות פעילים וכדי להיות מוכרים ככאלה.

הנה כי כן, הכמיהה להורות פעילה, כעולה מן המקובץ, היא תכונה "גברית" לא פחות משהיא "נשית". בכל המקרים הללו נלחמו הורים, גנטיים ולא-גנטיים, למען היהפכות להורים הן מבחינה משפטית והן מבחינה חברתית. בני-זוג של הורים גנטיים נלחמו למען היהפכות להורים לילדים של בני-זוגם (למשל, החליטו במשותף על היריון ולידה, החליטו מי יהיה ההורה הגנטי, ובמקרה של זוג גברים – התקשרו יחד עם תורמת ביצית ופונדקאית), ולאחר-מכן נלחמו על הכרה משפטית בהורותם הפעילה. ההורות החדר-מינית מפריכה את המקום המרכזי שמוענק על-ידי קובעי המדיניות לאינסטינקט ההמשכיות כמשהו "אבולוציוני" ו"טבעי" המתבסס על קשר גנטי. היא מראה כי בצד הרצון בקשר גנטי מתקיים גם רצון עז בהורות שאינה גנטית בהכרח. אם היא מחזקת "טבעיות" כלשהי, זוהי הכמיהה לגדל ילד ולטפל בו שעולה ממנה כ"טבעית", שהרי לפחות הורה אחד בזוגיות ההומואית אינו ההורה הגנטי, ובכל-זאת חצי מהגברים בזוגות ההומואים שנלחמים על אבהות נלחמים על אבהות לא-גנטית.

הקולות הרואים בהורות קטגוריה בעלת תוכן מהותי ופעיל, ולא רק פורמלי, באים לא רק "מלמטה", מכיוונם של הורים בפועל ובכוח, אלא גם "מלמעלה", מהמחוקק ומבית-המשפט עצמו. הזכרנו את סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שמעניק מסגרת ותוכן להורות ורואה בה קטגוריה פעילה, ולא רק פורמלית.¹⁴¹ בפרשה יוצאת-דופן אך מצוטטת ומשפיעה – **אמין נ' אמין**¹⁴² – הכיר בית-המשפט בזכותם של ילדים לקשר עם אביהם ולדאגה הורית בגבולות מוגדרים ומצומצמים, ואף בזכותם לפיצויים בשל הפרת זכותם זו. דובר באב שהתנכר לילדיו מאשתו הראשונה. לאחר התאבדותה התגלגלו הילדים בין משפחות אומנה ומוסדות שונים, והסתככו בעבריינות ובהתמכרות לסמים. האב הסכים עם אשתו השנייה כי שניהם יבנו את חייהם מחדש תוך ניתוק כל קשר עם העבר, ובכלל זה עם ילדיהם מנישואיהם הראשונים. האב הקפיד על ביצוע ההסכם עם אשתו, ודחה כל ניסיון לקשר מצד ילדיו מאשתו הראשונה. בפסק-דין זה בית-המשפט מבין את סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות כמחייב הורות פעילה מצד שני ההורים בתחום החינוך, ההכשרה לעבודה וכדומה, אבל מדגיש כי המשפט אינו יכול (ואינו צריך) לכפות אכפתיות ואהבה.¹⁴³

139 דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" **משפט וממשל** טו 91 (2013).

140 ראו, למשל, בג"ץ 566/11 **ממט מגד נ' משרד הפנים** (פורסם כנבו, 28.1.2014); עניין א.ל., לעיל ה"ש 76.

141 ראו לעיל ה"ש 25.

142 ע"א 2034/98 **אמין נ' אמין**, פ"ד נג(5) 69 (1999). בית-המשפט העליון תיאר אותה כקיצונית וטרגית. שם, בעמ' 74.

143 שם, בעמ' 80.

מלבד הספרה המשפטית, גם בשיח האקדמי והציבורי עולה בשנים האחרונות דיון בשאלת האבהות, וגברים – הטרוסקסואלים והומואים – המבקשים להיות אבות פעילים משמיעים את קולם. כך, בשיח האקדמי מספר הולך וגדל של מחקרים סוציולוגיים בוחנים את השפעת מעורבותם של אבות בגידול ילדים,¹⁴⁴ בפרט במשפחות שבהן האבות הם ההורים הפעילים היחידים, כגון משפחות שכראשן אב יחידני או שני אבות, או משפחות פמיניסטיות הדוגלות בשוויון מגדרי.¹⁴⁵ במקביל, במסגרת השיח הציבורי והשיח על שילוב של דרישות שוק העבודה עם דרישות ההורות,¹⁴⁶ גוברת הלגיטימציה של דרישת הגבר להיות אב פעיל מבלי שהדבר יהווה פגיעה בגבריותו ויטיג אותו כ"הומו". כתבות בעיתונות הכתובה¹⁴⁷ ובטלוויזיה¹⁴⁸ מעלות את הנושא לדיון ציבורי, ומשקפות תמונת מצב חד-ממדית הרבה פחות מזו שעולה מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין הולדה מזרע לאחר המוות. לסיכום, הרצון להמשיך את השם, הזרע, המשפחה וכולי, כהצדקה להתרת הולדה לאחר המוות, חוזר ומופיע כזכותם של המתים (אלה שכבר מתו ואלה העתידיים) לא רק בדברי היועץ המשפטי לממשלה ובדיונים בכנסת, אלא גם בפסקי-דין שדנו בנושא, בכתביה על-אודות מקרים אלה בעיתונות הפופולרית וכן בפועלו של ארגון "משפחה חדשה". האחרון הוא שחקן (מסחרי) קולני ומשפיע מאוד בשיח על עיצוב זירת ההולדה העכשווית בחברה הישראלית, אבל אין הוא מייצג בהכרח את הדעה הרווחת. לצידו קיימים קולות רבים וחזקים הרואים באבהות קטגוריה מהותית, ולא רק פורמלית, ואף משנים ומעצבים אותה מחדש ברוח זו. בחלק הבא מובאים ראיונות עם גברים אחדים על שאלת ההולדה לאחר המוות, והם מאששים את קיומו של רצון בהורות פעילה אצל גברים, באופן ששולל את הא-פריוניות של הנחת המשפט הישראלי הנוכחית בדבר רצון המת.

ד. גברים מדברים על הולדה לאחר המוות: ממצאי הראיונות

מה גברים חושבים על האפשרות שיילקח מגופם זרע לאחר מותם לצורך הולדת תינוק/ת ממנו? בחלק זה ננתח ראיונות עם גברים שנשאלו, בין היתר, על תסריט זה, ונראה כי יש מקום לחשוב מחדש על התשובה ההחלטית שהמשפט הישראלי נותן לשאלה זו. הראיות המצטברות – הן מהפסיקה שעוסקת במופעים השונים של אבהות פעילה, כפי שתוארה לעיל, והן מהראיונות שיידונו להלן – מלמדות כי תשובה זו היא בעייתית, ורחוקה מאוד מלתאר את המצב במציאות לאשורו.

144 ראו, למשל, הקר, לעיל ה"ש 26, בעמ' 78-91.

145 ראו, למשל: Efrat Knoll & Danny Kaplan, *Engineering Parenting and Parenting as Engineering: Lessons from a Study of Caregiving Fathers, in* NEW FAMILY FORMS (unpublished manuscript) (on file with authors).

146 הקר ופרנקל, לעיל ה"ש 115; רנן-ברזילי, לעיל ה"ש 126.

147 עפרה אידלמן "האבות החדשים כבר לא לבד" **הארץ** 22.11.2014 www.haaretz.co.il/news/ 12491837; נעמי דרום "תסביך אבות – שבעה אבות צעירים במסע אל השוויון" **הארץ** 17.5.2013 www.haaretz.co.il/magazine/.premium-1.2021699

148 תמיר סטיינמן "סדנה לאבות טריים" **חדשות 2** 14.5.2014 www.mako.co.il/news-channel2/ 35584bd518cf541004.htm Channel-2-Newscast/Article-

ממצאי הראיונות מחדדים את ההבחנה בין הסכמה משוערת לכך שבת-זוג תשתמש בזרע לאחר מותך לצורך הבאת ילדים לעולם, אם היא מעוניינת בכך ואם הדבר יסב לה נחמה או אושר, לבין רצון משוער מלכתחילה בהולדה לאחר המוות ובהנצחת הזרע. רצון משוער כזה הוא ביטוי של תפיסה פטריארכלית, שעלול אף להוביל למסקנה שמחייבת את בת-הזוג או את קרובי-משפחתו האחרים של המת לפעול למען הגשמת רצונו המשוער על-פי אידאולוגיה זו, אשר כמעט לא השתקפה בדברי המרואיינים.

1. מתודולוגיה

הממצאים הנדונים במאמר זה מבוססים על מחקר-גישוש שכלל 28 ראיונות-עומק חצי-מובנים עם 14 זוגות צעירים (בני עשרים ואחת עד שלושים ושלוש), נשואים או זוגנים, שהצהירו כי הם מקיימים ביניהם קשר מחייב ומצפוי להיפך בבוא היום להורים במשותף.¹⁴⁹ פרופיל זה של בני-זוג נבחר מכיוון שהוא זה שלאורו עוצבה המדיניות הישראלית, המתירה הולדה לאחר המוות במקרים שבהם לנפטר הייתה בת-זוג. נוסף על כך, הרקע החברתי של מרואייני המחקר הוא גם זה המאפיין את מי שביקשו עד כה לממש הורות לאחר המוות. המרואיינים גויסו באמצעות "דגימת כדור שלג", והשתייכו כולם למגזר היהודי. ערכים לא גויסו למחקר משתי סיבות עיקריות: למיטב ידיעתנו, בקרב קבוצת אוכלוסייה זו לא נדרשה או בוצעה עד כה הולדה לאחר המוות. כמו-כן, הברדלים עמוקים בין שתי הקהילות אינם מאפשרים ניתוח מעמיק של שתייהן במסגרת מחקר מוגבל אחד. מסיבות דומות לא רואיינו זוגות חרדים, ורואיין רק זוג אחד שאפיין את עצמו כדתי. ככל שבני-זוג הם דתיים יותר כן תקופת ההמתנה בין רגע היכרותם להבאת ילדים לעולם קצרה יותר, ואי-לכך זוגות הנמצאים בשלב החיים שאותו ביקשנו לתעד במחקר זה אינם נמצאים כמעט בקרב אוכלוסיות דתיות.¹⁵⁰ מכיוון שבמוקד הדיון שלנו נמצאת שאלת הגבריות והאבהות, מאמר זה מתייחס רק לראיונות שנערכו עם הגברים מקרב בני-הזוג שרואיינו במחקר.

כל המרואיינים התגוררו בזמן הריאיון במרכז הארץ (אך רבים גדלו בפריפריה), השתייכו למעמדות מגוונות מבינוני-נמוך ועד גבוה, והחזיקו ברמות שונות של השכלה. מתוך 14 מרואיינים גברים, 3 היו בעלי תואר שני, 8 היו בעלי תואר ראשון או למדו לקראת תואר זה, 2 היו בעלי השכלה תיכונית, ומרואיין אחד היה בעל 9 שנות לימוד. כל הנחקרים נולדו בארץ. המרואיינים אפיינו את עצמם כאשכנזים (2), כמזרחים (7) או כמערובים (5). 8 מרואיינים הגדירו את עצמם כחילונים, 5 כמסורתיים ו-1 כדתי. 13 ראיונות נערכו במהלך שנת 2014, וריאיון נוסף נערך בשנת 2015. אורך כל ריאיון נע בין 30 ל-60 דקות. בני-הזוג

149 לדיון בממצאי הראיונות בהקשר אחר ראו Hashiloni-Dolev, לעיל ה"ש 5.

150 ראו, למשל: Ruth Katz & Yoav Lavee, *Families in Israel*, in HANDBOOK OF WORLD FAMILIES 486, 488 (Bert N. Adams & Jan Trost eds., 2005). אומנם, הגבר הדתי שראיינו הוא יוצא-דופן. עם זאת, חשבנו שראוי להכליל אותו במחקר כדי להראות שקיימות דעות מגוונות, ושחקר זה אינו מתיימר לייצג את כלל האוכלוסייה הישראלית. כפי שמוסבר במאמר, האוכלוסייה הדתית מעולם לא ביקשה לממש אבהות לאחר המוות, אך ערכיה הם שקובעים את המדיניות.

רואיינו בנפרד, כדי שלא ישפיעו זה על דעת האחר, וכדי לאפשר בחינה של מידת היכולת שלהם לנבא את רצונות בן/בת-הזוג.

המרואיינים נשאלו על-אודות תגובתם הרגשית הראשונית לנושא ההולדה לאחר המוות ובנוגע להעדפותיהם האישיות אם חלילה ילכו לעולמם בטרם עת. בהמשך לכך הם התבקשו להסביר את העדפותיהם בהקשר של היהפכות להורים לאחר מותם, להעריך מה הייתה בת-הזוג שלהם רוצה ולתאר את יחסם לכך. כמו-כן נשאלו המרואיינים בנוגע לאפשרות של סבות לאחר מות ילד/ה ובנוגע לידע שלהם על-אודות המדיניות הישראלית בעניין זה. בהמשך לכך התבקשו המרואיינים לעצב את המדיניות הראויה בעיניהם בנושא מורכב זה. מאמר זה מתמקד בתשובות המרואיינים בנוגע לשאלה אם הם עצמם היו מעוניינים ליהפך להורים לאחר מותם, ומתחקה בתוך כך אחר התוכן שיצקו המרואיינים לתוך מושג ההורות. אף שרבים מהמרואיינים לא הכירו את סוגיית ההולדה לאחר המוות לעומקה לפני הריאיון, ולא הקדישו לה מחשבה מרובה, שיטת איסוף הנתונים באמצעות ריאיון אפשרה העמקה ומחשבה במהלך השיחה עצמה. לכל המרואיינים הובטחה אנונימיות, וכל הראיונות הוקלטו, שוקלטו ונותחו בהתאם לעקרונות התיאוריה המעוגנת בשדה.¹⁵¹ החומרים האמפיריים אורגנו ונותחו תוך דיאלוג עם תמות מהשיח המשפטי והביוראטי, כגון רצון המת, טובת הילד העתיד להיוולד, היכולת לשער את רצון בן/בת-הזוג וכולי.

חשוב לציין כי עד כה נקבעה המדיניות הישראלית כולה על-ידי מומחים מתחומי המשפט, הרפואה, הביוראטיקה וההלכה היהודית,¹⁵² ללא איסוף כל מידע כלשהו על-אודות עמדות הציבור הרחב.¹⁵³ למרות זאת הוצדקה המדיניות על-ידי הנחות מוצקות בדבר רצונם המשוער של גברים בחברה הישראלית כיום. מטרת המחקר הנוכחי היא לבחון בצורה ראשונית את עמדות הציבור הרלוונטי ביחס לסוגיה הנדונה, ולברר את מידת ההתאמה בינן לבין ההנחות העומדות בבסיס המדיניות הרלוונטית.¹⁵⁴

2. ממצאים

חשוב להסביר כי ראיונות בנושא מורכב, מאיים ובמידה רבה מפתיע כמו הולדה לאחר המוות אינם מייצרים תשובות בנוסח "כן" או "לא" החלטיים. עם זאת, מתוך 14 הגברים שרואיינו ראיונות-עומק, ניתן לסווג שמונה מרואיינים (1, 2, 3, 4, 7, 8, 11 ו-13) כמי שאינם מעוניינים ליהפך לאבות לאחר מותם, חמישה (מרואיינים 6, 9, 10, 12 ו-14) כנוטים לרצות

BARNEY G. GLASER & ANSELM L. STRAUSS, THE DISCOVERY OF GROUNDED THEORY: 151 STRATEGIES FOR QUALITATIVE RESEARCH (1967). להעמקה בנושא התיאוריה המעוגנת בשדה (grounded theory) אנו ממליצים לקרוא את מאמרו של דן גבתון "תיאוריה המעוגנת בשדה: משמעות תהליך ניתוח הנתונים ובניית התיאוריה במחקר איכותי" מסורות וזרמים במחקר האיכותי (נעמה צבר בן-יהושע עורכת, 2001).

Vardit Ravitsky, *Posthumous Reproduction Guidelines in Israel*, 34(2) HASTINGS CENTER 152 REPORT 7 (2004).

Silke Schicktanz, Mark Schweda & Brian Wynne, *The Ethics of 'Public Understanding of Ethics' – Why and How Bioethics Expertise Should Include Public and Patients'* 153 *Voices*, 15 MED., HEALTH CARE & PHIL. 129 (2012).

שם. 154

בכך, ומרואיין אחד (מס' 5) כקשה לסיווג. לגבי הגברים הלא-מעוניינים, מודל "הרצון המשווער", ההמשכיות הגנטית, המשכיות הזרע, "הרחף האבולוציוני לרבייה" או איך שלא נגדיר זאת – פשוט אינם תקפים. הם רואים את הסוגיה כעניינם של הנותרים בחיים, ומביעים עמדה שאנו מכנים "הסכמה משוערת". עמדה זו אינה מגלה רצון בהולדה לאחר המוות ("רצון משווער"), ואף מסתייגת מרעיון זה במידה משתנה. עם זאת, רוב הגברים שאינם מביעים רצון ליהפך לאבות לאחר מותם קובעים כי אילו ידעו כי בנות-זוגם מבקשות לקיים את ההליך, היו נותנים לכך את הסכמתם (במגבלות שונות), מתוך רצון לכבד את רצונה בילד. בהקשר של רצון הוריהם בנכד/ה ההסכמה נדירה יותר, אך מפתת קוצר היריעה לא נוכל לדון בה במאמר זה.

להלן נציג בקצרה כמה תשובות טיפוסיות שענו גברים אלה:

מרואיין מס' 4 – בן עשרים ותשע, חילוני ממוצא מעורב (אשכנזי ומזרחי), מהנדרס תוכנה, חי עם בת-זוג כארבע שנים – לא גילה עניין בהורות לאחר המוות הן בשל תפיסתו בנוגע לטובת הילד והן בשל האופן שבו הוא מבין את מושג ההורות:

ש: יש לך עניין להמשיך את עצמך לאחר המוות?

ת: יש לי עניין להמשיך את עצמי בצורה המסודרת, של להביא ילדים לעולם במשך חיי. באם ובמידה וזה לא יסתדר, אז אין לי עניין לעשות את זה לאחר המוות. כל עניין ההמשכיות, בעיני לפחות, זה משהו שאתה צריך לחוות בעצמך, ולא להביא ללא ידיעתך מישהו לעולם, שיחיה בלי – יכול להיות שיהיו לו הורים, אבל לא הורים ביולוגיים. זהו, לכן אני חושב שלא.

ש: אם חס וחלילה מחר אתה אינך, והבת-זוג שלך או ההורים שלך פונים לבית-חולים, שפונה למדינה, ומבקשים לשאוב את זרעך. מה עמדתך?

ת: אם הייתי יכול לנסות לשכנע אותם שלא, שזה לא רעיון טוב, אז הייתי עושה את זה. שוב, מאותה סיבה שאני חושב שילד שנולד צריך שיהיו לו שני הורים, אימא ואבא, בעדיפות שיהיו ההורים הביולוגיים שלו. זהו, ילדים אין חשיבות מאוד רבה להאם זה הילד הביולוגי שלך או לא; גם אם זה טכנית לא הילד הביולוגי שלך, אם אתה גידלת אותו כל החיים, הוא הילד שלך, וזה איזה שהוא סוג של המשכיות. ולכן אני לא רואה את הצורך דווקא להמשיך אותי באופן ספציפי על-ידי שימוש בזרע שלי לאחר המוות.

ש: אבל תיאורטית היית ממש מבקש למנוע את זה? או שאם הם היו מתעקשים, או היא הייתה מתעקשת, איך היית מסתכל על זה?

ת: אני לא חושב שהייתי מתעקש על זה. אם זה משהו שהיה חשוב להם מאוד, אני חושב שהייתי מסכים לזה.

גם מרואיין מס' 3 – בן עשרים ותשע, חילוני אשכנזי, בעל תואר ראשון במנהל עסקים, נשוי טרי – לא הביע עניין בהמשכיות, ושם את הדגש בהורות פעילה, ולא דווקא גנטית.

ש: זה מדבר אליך שתהיה לך המשכיות בעולם?

ת: ילדים יותר חשוב לי לגדל אותם ולחיות איתם ולהמשיך איתם את החיים, ולחנך אותם, ולתת להם ממני, מאשר שהם יהיו "בן של זה שנהרג". זה מה שחשוב לי בילדים.

ש: אתה בעצם אומר שמבחינתך, אם אני מבינה נכון, חשובה לך אבהות פעילה.

ת: נכון. פחות שם המשפחה שלי ושהם יהיו נצר לשושלת וכולי. מה שחשוב זה להיות אבא, להקים משפחה, לגדל את הילד, זה מה שבעיניי חשוב.

מְרֹאִיין מס' 7 – בן עשרים ושש, חילוני מזרחי, בעל תואר ראשון, מעצב תפאורה, חי עם בת-זוג זה שלוש שנים – לא הביע עניין במה שיקרה אחרי מותו, לא חשב שניתן לראות באדם מת הורה, ולא רצה לכפות את בת-זוגו להמשיך את זרעו:

ת: כשאני מת, אני מת. אפילו מבחינת חברות ביטוח שרוצות לבטח אותי ביטוח חיים במקרה של מוות, אז אני תמיד מפסיק אותם שם. כשאני אמות, אני אמות. זה לא מעניין אותי. מה אכפת לי? מי שיישאר חי – יתמודד.

ש: היית רוצה שהם (המשפחה שלך) יעשו בזרע שלך שימוש? אם היית יכול לרשום צוואה לצורך העניין, מה היית מבקש?

ת: לא הייתי מבקש את זה.

ש: למה?

ת: לא הייתי מבקש דבר כזה, כי אז אני בעצם מכניס את המשפחה שלי למצב שהם ירצו לעשות את הבקשה האחרונה שלי, ואולי הם לא רוצים. אולי היא תרצה להמשיך הלאה – גבר חדש ולהביא ילדים ממנו. זה כמו איוו כפייה. כשפותחים דבר כזה, צוואה כזאת, ואז רואים את זה, זה די לכפות על מישהו לעשות את זה.

ש: ...מה אתה רוצה שיקרה, מה הרצון שלך, בלי קשר לאחרים?

ת: אין לי צורך בהורות, כי אם אני מת, אני לא הורה יותר.

גם מְרֹאִיין מס' 2 – בן עשרים ושמונה, אתאיסט ממוצא מעורב, בעל תואר ראשון, עורך וידיאו, חי בזוגיות זה כארבע שנים – לא הביע עניין בִּזְכָּר לעצמו, אך גילה, כמו רבים אחרים, מה שאנו מכנים "הסכמה משוערת".

ש: אני אשאל אותך יותר ספציפית – אם הבת-זוג שלך תשאל אותך "אם אתה הולך, אתה רוצה שאני אעשה ממך ילד או שלא אכפת לך או שאתה מעדיף שלא?"

ת: לי, התשובה היא תלויה במציאות ובנסיבות. אם אני יודע שהילד הזה יוכל לקבל את כל מה שהוא צריך כדי לחיות בצורה ראויה, אז אני אסכים. זאת אומרת, אם אני פורט את זה, אם יש מספיק כסף, ואם אני יודע שמדובר באדם או בבת-זוג אכפתי שיתן לו חום ואהבה ויחנך אותו כמו שצריך, אין לי שום בעיה. זה פשוט תלוי-מציאות.

ש: אני מקפידה על הניסוח שלך. אתה אומר "אני אסכים", אבל האם אתה גם רוצה שדבר כזה יקרה? אם היית צריך לצייר את התמונה האידיאלית.

ת: אני לא רוצה, אני לא רוצה ללכת ושמישהו ימשיך אותי, ושיהיה פה זכר ממני. זה לא מעניין אותי. אם היא לא רוצה, גם אני לא רוצה. אם היא רוצה ולה זה יעשה טוב, ויעשה טוב לעוד אנשים מסביב, למשפחה, ויהיו לו סבא וסבתא שרוצים את זה, אז בשמחה. לי לא משנה שיהיה איזה שהוא זכר ממני. לא משנה.

מְרֹאִיין מס' 13 – בן עשרים ושמונה, חילוני ממוצא תימני, מושבניק, בעל תשע שנות לימוד, רתך במקצועו, נשוי – לא הביע עניין להשאיר אחריו זרע, ואמר כי היה מסכים שאשתו תעשה שימוש בזרעו רק בתנאי שיהיה גבר אחר שיגדל את הילד/ה, וזאת מפאת טובת הילד.

ת: ...אם אשתי תרצה לקחת את הילד, שתעשה את זה. חוץ ממנה אף אחד. אבל שתתחתן מחדש ושיהיה לילד גם אבא. ואם לא יהיה לילד אבא, אני מעדיף שלא תעשה את זה. שלא יהיה לי ילד, שלא אם חד-הורית... אי-אפשר להתנער מאחריות של ילד. חד וחלק. גם לילד לא טוב שגדל בלי אבא ואימא... אלא אם כן תהיה לה ירושה של כמה מיליונים

שמוכתחת לילדים. ילד שגדל בסיטואציה שיש רק אימא זה חוסר בילדות. אין אבא. צריך שניים.

ש: אם אתה הולך לעולמך, חשוב לך שאשתך תעשה לך ילד?

ת: לא. אני כבר לא פה. זו בחירה שלה.

גם מרואיין מס' 8 – בן שלושים, מסורתי ממוצא מזרחי, לומד לתואר שני בהנדסה ועובד כאיש צבא-קבע, חי זה שנים מספר בזוגיות עם אשת צבא-קבע כמותו – חשב כי מה שיקרה אחרי מותו אינו מעניינו כלל, וכך כפר למעשה לחלוטין בקונסטרוקציה המשפטית של רצון המת.

ת: אם אתה [מת], אתה בכלל לא רואה אותם [את הילדים], אתה לא קשור לזה. מה שקורה אחרי, אני לא יודע, אני לא יודע מה שאנשים מאמינים כן או מאמינים לא. אני לא יודע פשוט. זו החלטה נטו של מי שנמצא פה, זה לא קשור אליי.

לסיכום חלק זה, ברומה לממצאים של הנס (Hans)¹⁵⁵, רוב המרואיינים במחקר זה לא הביעו רצון בהולדה לאחר המוות, אך גם לא התנגדו נמרצות אם בנות-זוגם יבקשו לעשות שימוש בזרעם, אלא הביעו הסכמה משוערת – אם כי לעיתים מסויגת-משהו – לאפשרות כזו. נסכם זאת בקצרה במילותיהם של המרואיינים שלא היו מעוניינים להמשיך את זרעם למען עצמם: מרואיין מס' 1 חשש מפגיעה בטובת הילד, אך העדיף להתחשב ברצונה של אשתו, ואמר ש"את רוב המשקל בהחלטה אני נותן לה"; מרואיין מס' 2 הסכים "אם היא רוצה ולה זה יעשה טוב"; מרואיין מס' 3 אמר שהוא נגד הרעיון, "אלא אם כן היא ממש הייתה רוצה", ואז הוא לא היה עומד בדרכה; מרואיין מס' 4 אמר כי היה מעדיף שבביל הילד העתידי ובשביל בת-זוגו שלא זה מה שהיא תבחר, אבל אילו נוכח כי היא מתעקשת, היה נעתר; מרואיין מס' 7 אמר כי היה מאפשר זאת; מרואיין מס' 8 אמר שפשוט לא אכפת לו מה יהיה אחרי מותו, שזה עניינם של החיים בלבד, וכמוהו אמר גם מרואיין מס' 11; ומרואיין מס' 13 היה בסך-הכל נגד התהליך, אך אמר שאילו התחוויר לו כי אשתו רוצה מאוד, היה נעתר לבקשתה.

היו מרואיינים שרדעוניהם – ואולי נכון יותר לומר רגשותיהם – היו מעורבים ביחס למקרה ההיפותטי של מותם בטרם עת, ולכן תשובותיהם לא היו עקביות לחלוטין. לדוגמה, מרואיין מס' 11 – בן עשרים וארבע, מסורתי ממוצא מעורב, סטודנט למחשבים, נשוי – אמר שלא משנה לו מה יקרה אחרי מותו, שאין לו רצון בנוגע לכך, וגם שברמה העקרונית יש להתעלם מרצון המת. קריאה זהירה של דבריו יכולה אומנם להעיד כי הוא היה רוצה שבת-זוגו תגלה עניין בהולדה מזרעו אם לא יהיה בין החיים, אך הוא הסתייג מכך מייד מתוך חשש שהדבר יפעיל עליה לחץ כלשהו:

ש: ובמובן שלך עצמך, של מה אתה רוצה או מה היית אתה מעדיף?

ת: אם היא בעד, אני בעד. ואם היא נגד, אני לא אבוא לחלומות לרדוף אותה.

ש: אבל מה העמדה שלך? מה הרצון שלך?

ת: אני חושב שהוא לא רלוונטי במקרה הזה. ניטרלי.

ש: למה?

Jason D. Hans, *Posthumous Gamete Retrieval and Reproduction: Would the Deceased 155*
Spouse Consent?, 119 Soc. Sci. & Med. 10 (2014).

ת: אני לא יכול להכריח, אני לא רוצה להכריח, OK? אז להגיד שאני מעדיף שכן זה לא רלוונטי, ואם רוצים, אני לא אמנע... לא הייתי מצפה לזה, לא הייתי מקווה לזה. אבל אם משהו היה עושה את זה ומשקיע, אז זה היה יפה לדעתי.

מרואיין מס' 9 – בן עשרים ושבע, חילוני ממוצא מזרחי, סטודנט לתואר ראשון, חי זה שנתיים עם בת-זוג – רצה להמשיך את זרעו, בדומה לרוח המדיניות הנוכחית, אך בצורה רופפת למדי, קרי, רק בתנאי שהיה מאשר זאת מראש לפני מותו, ובתנאי שהדבר היה נובע מרצונה של בת-זוגו.

ש: מה היית רוצה שיקרה במצב כזה?

ת: אני רוצה להביא ילדים לעולם. אם משהו יבקש ממני את זה, אין לי בעיה... אבל שישאלו אותי, אני אגיד כן. שלא יעשו את זה אם לא שאלו אותי... אני הייתי רוצה שבכל מקרה הקו הגנטי שימשיך. הייתי רוצה שיהיה משהו שימשיך.

ש: למה?

ת: אני מתאר לעצמי שזה איזה שהוא משהו אבולוציוני. זה בבסיס שלנו. אנחנו רוצים לאכול, רוצים לישון...

ש: זה משהו שהיית מבקש ורושם בצוואה?

ת: לא.

ש: אבל אם היא הייתה רוצה?

ת: בחירה חופשית. אם זה משהו שהייתה רוצה לעשות, בסדר. לא הייתי הולך לבקש את זה, כי זה לא עד כדי כך. אני מעדיף שכל אחד יעשה מה שהוא רוצה לעשות.

ש: זאת אומרת, לא היית רוצה לכפות עליה משהו?

ת: כן. אפילו לא הייתי רוצה להיות זה שמעלה את הרעיון. אם לבד היא הייתה רוצה לעשות את זה, שתעשה.

ש: אז זה בסדר מבחינתך?

ת: כן.

רק שלושה מרואיינים היו נחושים אם כן לגמרי ברצונם ליהפך לאבות במקרה שילכו לעולמם בטרם הולידו ילדים ומבלי שהספיקו להשאיר אחריהם הנחיה מפורשת בדבר הולדה מזרעם לאחר מותם.

מרואיין מס' 10 – בן עשרים וארבע, המרואיין היחיד שהגדיר עצמו דתי, ממוצא מזרחי, סטודנט לאלקטרוניקה ומכונאות, נשוי – הסביר זאת כך:

ש: אם חס ושלום היית הולך לעולמך בטרם עת, היית רוצה שייקחו ממך זרע ויביאו ילדים?

ת: הייתי רוצה מאוד שלי יהיה המשך בעולם הזה, והמשך קיום זה בילדים. אז כן, הייתי רוצה. אם לא היו לי עדיין ילדים, מאוד רוצה.

ש: מה זה אומר המשך קיום בעולם? תוכל להסביר לי את המשפט הזה?

ת: בן אדם שלמשל שאין לו ילדים נחשב כמת. אני נחשב כמת; אחד שאין לו ילדים נחשב כמת. מצוות "פרו ורבו" זה להביא בן ובת בעולם הזה, ויש דעה גם נכד או נכדה, כבר תלוי במחלוקת. המשך הקיום של הבן-אדם – היית רוצה שיהיה לך איזה שהוא זכר בעולם, שיהיה לך המשכיות כלשהי. הבאת לעולם, למשל, הבאת ילדים; אתה מכניס בהם

איזה שהוא ערך מסוים שימשיכו אותו הלאה. אתה לא רוצה שהדבר הזה ייקטע באיזה שהוא מקום וזה... הייתי רוצה מאוד את ההמשכיות הזאת. הייתי רוצה שאני אמשיך בילד.

למרות דעה נחרצת זו בעד הולדה לאחר המוות, אותו מרואיין גם אמר במהלך הריאיון: ת: אם היה לי לחמול זה על אשתי, איך תגדל אותו, שיהיה לה קשה. אולי כלכלי, אולי נפשי, שאין לה מישור שיתמוך בה או יעזור לה, עם כל גידול הילד וכל הצרכים השונים. והאמת, שאני חושב שילד צריך לגדול עם אימא ואבא. זה שתי דמויות שהן מאוד חשובות לילד בתור גידול, צריך לראות את שני הצדדים האלה שיש. אז הוא יכול להתפתח בצורה נכונה. אבל אם יש לי לחמול, אז אולי על אשתי, על הבת-זוג; או הילד עצמו – יגדל בלי אבא. אני אישית בסדר, אני כבר לא פה.

מרואיין מס' 12 – בן עשרים ושמונה חילוני ממוצא מעורב, מתמחה כעורך-דין ולומד לתואר שני, נשוי – הביע גם הוא רצון מפורש בהולדה לאחר המוות מבת-זוגו:

ש: אם היו אומרים לך "כל אזרחי המדינה צריכים לחתום על צוואה ביולוגית; אנחנו מבקשים לדעת מה ההעדפה שלך" – מה היית בוחר?

ת: לגמרי כן, אבל לבחירת אשתי... זאת אומרת, שאם אשתי תרצה לעשות את זה, אז מבחינתי לגמרי.

ש: אבל מה אתה רוצה?

ת: אם לא הבאתי ילדים עד אז, אז כן... זה חשוב לי לא כי אני מגיע מהמקום, לא יודע אפילו להגדיר את זה, זה סוג של מתנשא להגיד שזה מקום פרימיטיבי. אבל סוג של מקום פרימיטיבי. סוג של פרימיטיביות להגיד "זה מה שאתה צריך לעשות בחיים, להמשיך את הזרע שלך".

ש: זה מן מטבע שמשמשים בו – "להמשיך את הזרע". מה זה אומר לך?

ת: אני חושב שהמקום הטבעי והשאיפה הגדולה ביותר של בני-האדם היא לחיי אינסוף. אני אישית חושב שזה סבל נוראי, אני לא רוצה לדמיין מצב שבו יש חיי אינסוף. אבל אנחנו רואים את זה גם בכל העולם, בכל ההיבטים – החברתיים, הכלכליים... ואני חושב שהורגלנו וחונכנו על זה, וזה נהיה מן קונצנזוס חברתי לגמרי שמוטבע; לא משנה איפה, ולא משנה באיזו מדינה בעולם – זה משהו שמוטבע בבני-אדם, שזה חלק מהתפקיד שלך להביא ילדים. אני לא יודע אם זה מגיע מהדת.

ש: גם אם אתה כבר לא בעולם?

ת: אז זהו, שגם אם אתה לא בעולם. זה לדעתי איזושהי התפתחות מודרנית יותר, שברגע שניתנה לך האפשרות הזאת, והיא הפכה להיות גם קונצנזוס יחסית. היא לא קונצנזוס כמו שאר הדברים, אבל היא הפכה להיות משהו שאתה יכול... [מעבירים] לך תמיד, מגיל אפס, או לפחות אצלי זה היה ככה, [ש]להביא ילדים זה להגדיל את המשפחה, זה לשמר איזה שהוא זכר מעצמך או מההורים שלך או מסבא וסבתא שלך, או שאיפה של הורים להיות סבא וסבתא, שאיפה של סבא וסבתא לראות נינים אם הם יכולים בחיים שלהם... אני חושב שמתוך המקום הזה אתה מרגיש ככה.

ש: בכל מצב היית רוצה שימשיכו את זרעך?

ת: אם זה היה החלטה חופשית לחלוטין שלי, בהנחה שאין לי בת-זוג, אין לי תא משפחתי, אני לא בטוח שהיה אכפת לי. בוודאי שלא הייתי רוצה שזה יהיה אישה שלא בניתי איתה חיים. לעומת זאת, אם בניתי כבר חיים עם אישה, ובאיזה שהוא שלב תכננו

להביא ילדים, ולצערנו בגלל דברים כאלה ואחרים זה לא קרה בזמן שרצינו לעשות את זה, והיא תרצה לעשות את זה, והיא תרצה איזה שהוא חלק מהתא המשפחתי, להגדיל את החלק מהתא המשפחתי, אז זה כן, ואז זה יפה בעיניי.

מרואיין מס' 14 – בן עשרים וחמש, חילוני ממוצא מעורב, בעל תואר ראשון בכלכלה ומנהל עסקים, עובד בחברת ביטוח, מתחתן בקרוב עם חברתו מהתיכון – משתייך גם הוא למרואיינים יוצאי-הדופן אשר לא התלבטו כמעט והביעו עניין מובהק בהולדה לאחר המוות: ת: דבר נפלא להפוך לאב אחרי המוות. חס וחלילה הייתי מת, הייתי מאוד רוצה שבת-הזוג שלי תשאב ממני זרע ויהיה לנו ילד משותף. וגם אם המצב היה הפוך והיא הייתה הולכת לעולמה, הייתי רוצה להמשיך את האהבה שהייתה לנו, את הזוגיות שהייתה לנו, ושיהיה ילד משותף. הייתי מאוד שמח כששמעתי על האופציה הזו פעם בתקשורת...

ש: למה?

ת: זה יפה שאם בני-זוג תכננו ולא הספיקו להביא ילד יחד, עדיין הם מצליחים. בגלל זה בחרת את בת-הזוג, וזה נחמה למי שנשאר בחיים. וגם מי שנפטר זה משהו שהיה רוצה. אם אני אלך, אני רוצה שיהיה זיכרון ממני. שכאלו אהבו אותי ואת מי שאני, ורוצים ילד שיבוא ממני גם אם אני לא בחיים... אני יכול להתחבר לתפיסה שכל גבר היה מעוניין להמשיך את זרעו. דרכו של עולם ליצור דור-המשך. גם אם אדם מת, הוא רוצה שיהיה לו איזה המשכיות בעולם... אבל בסופו של דבר זו החלטה של בן-הזוג או בת-הזוג, כי הוא מי שנשאר בחיים. רצון המת פחות רלוונטי.

כפי שעולה מן הראיונות, גם מיעוט המרואיינים המעוניינים ליהפך להורים לאחר מותם אינם רואים ברצונם זה את מוקד ההחלטה האתית/החוקית על-אודות הולדה לאחר המוות. להפך, מה שמאחד הן את רוב המרואיינים שאינם מעוניינים ליהפך לאבות לאחר מותם והן את המיעוט אשר מתלבט או מעוניין להשאיר אחריו צאצא גנטי הוא הקביעה כי ההחלטה צריכה להיות נתונה בסופו של דבר בידי החיים, שכן הם אלה שיישארו לשאת בעול, לעומת המתים שעמדתם כבר אינה חשובה, ברוח האמירה "מי שמת – מת". כל הסוגיה של רצון המת, המנחה את הדיון האתי/המשפטי, רחוקה מעולמם החווייתי ומתפיסותיהם המוסריות של המרואיינים, בעוד הנושא המשותף, אך זה המפעיל הלכה למעשה את המציאות המשפטית, הוא רצונם של הנותרים בחיים, שבו אין דנים ישירות, אלא עוקפים אותו עם קונסטרוקציות-כזב משפטיות.

סיכום

הביקורת המרכזית שמועלית במאמר זה אינה עוסקת בשאלת עצם היעדרותם של בתי-המשפט לבקשות להולדה מזרעם של גברים מתים, אלא מתמקדת בנימוקים, ברטוריקה ובאידאולוגיה שבבסיסם של הליכי קבלת ההחלטות בסוגיות אלה. כפי שהראינו לאורך המאמר, התרת השימוש בזרע מן המת אינה מתמקדת – ואינה יכולה באמת להתמקד – בשאלה מה היו רצונותיו של המת בחייו (אם הוא לא דאג להביעם בעודו בחייו, כמובן). רצונות אלה פשוט אינם ניתנים על-פירוב לבירור. תחת זאת, התרת השימוש בזרע נסמכת לעיתים מזומנות על השערה הנתמכת בטקסטים עתיקים, ללא סימוכין אמפיריים עכשוויים (ולעיתים ללא סימוכין אמפיריים כלשהם, אף שהצדדים טוענים כי מה שיש בידיהם מהווה

ראיה לרצונו ה"אמיתי" של המת), ותוך התעלמות מעומק ההבדל שבין הרצון הברור והמובהק של החיים (בת-זוג של המנוח או לחלופין הוריו והאישה הזרה המעוניינת בזרעו) לבין הרצון העמום והמוסק בדיעבד של המת, וכן מניגוד אינטרסים אפשרי ואפילו מניצול של המת, שבהם עוסק השיח הביוראטי בנושא זה במערב.¹⁵⁶

יש בהתרת השימוש בזרע של מת לצורך הולדה מימד השלכתי של יוצרי המדיניות (היועץ המשפטי לממשלה והשופטים שדנים בבקשות הללו), מימד רגשי (של קרובי הנפטר, המתמודדים עם אבלם באמצעות הרצון להביא לעולם ילד מזרעו) וכן אינטרסים מסחריים (של שוק הפריז – רופאים, מעבדות, יצרני תרופות וטכנולוגיות רפואיות שונות ומפתחיהן – וכן של שוק נותני השירותים המשפטיים, ובראשם, בהקשר של הולדה לאחר המוות, ארגון "משפחה חדשה"). אף שבית-המשפט מנסה להתחקות אחר רצון המת בעזרת ראיות קבילות מבחינה משפטית, העדרן או חולשתן של ראיות לרצונו של גבר שייעשה שימוש בזרעו לצורך הולדה לאחר מותו אינם מונעים ממיד כשלעצמם מתן אישור לשימוש בזרעו של הנפטר.

אי-לכך, לאורך המאמר טענו כי מודל "הרצון המשוער" הינו קונסטרוקציית-כזב משפטית, ותמכנו בטענה זו הן באמצעות מחקר אמפירי ראשוני בקרב גברים ישראלים בעלי מאפייני-רקע טיפוסיים לאלה שמודל הרצון המשוער מופעל ביחס אליהם, והן באמצעות חומרים משפטיים הסותרים את ההנחות בדבר הרצון לכאורה בהמשכיות הזרע ובדבר תפיסת האבהות המצויות בבסיס המודל האמור. ממצאי הראיונות העלו כי רוב הגברים במחקר לא הביעו כל עניין בהמשכת זרעם, ולכן מודל הרצון המשוער פשוט אינו תקף לגביהם. כמרכן רבים מהמרוויחים תפסו אבהות כמונחים של הורות פעילה, ולא חשבו על עצמם כמי שניתן להגדירם כהורים רק על-סמך קשר גנטי לצאצא. חלק מהמרוויחים גילו דאגה לשלומם של הילד שיוולד ללא אב נוכח ומטפל (גנטי או לא-גנטי). עמדות אלה נמצאות בהלימה עם מאבקם המשפטי של גברים בישראל בשנים האחרונות לא להיות רק תורמי זרע, אלא ליטול חלק פעיל בגידול הילדים, החל במחלוקת הידועה בין בני-הזוג נחמני, המשך בתורם הזרע שחזר בו מתרומתו ובגברים הומואים הנאבקים ליהפך לאבות באמצעות הורות משותפת או פונדקאות, וכלה בגברים הנאבקים על משמורת ועל הכרה באבהותם, ה"טבעית" או המשפטית, מכוח הדאגה לילדיהם והטיפול בהם.

בחינה מעמיקה יותר של הסוגיה ושל ההכרעות המשפטיות בתחום מראה כי בסופו של דבר הרצון הקובע באמת הוא רצונם הידוע של החיים. ככל הידוע לנו, לא אירע מקרה שבו המדינה לא אפשרה הולדה לאחר המוות בטענה שלא היה זה רצונו המשוער של המת, שאותו ממילא יכולים לייצג רק קרוביו שנותרו אחריו. אלה מקימים, הלכה למעשה, משפחה פוסט-מודרנית חדשה-ישנה, תוך הישענות על תפיסות מסורתיות שבהן רצונו הממשי של הפרט הוא משני, ומתוך הנחה שרצון המת חופף לכל-הפחות את רצון הנותרים אחריו, ואולי אף את רצון הקולקטיב כולו.

במחקרנו גילינו שגברים אינם רוצים בדרך-כלל הולדה מזרעם לאחר מותם, אלא כל רצונם הוא לכבד את רצון החיים ולהקל עליהם. הגברים שרואיינו רוצים שלא להנשארים אחריהם יהיה טוב. ההבדל בין רצון זה לבין רצון בילד הוא הבדל תהומי, גם אם התוצאה

156 ראו גם השילוני-דולב, הקר ובועז, לעיל ה"ש 3.

לפי שתי ההנמקות זהה – הולדת ילד לאחר המוות. לעיתים ההבדל בהנמקה עשוי אף להוביל לתוצאות שונות ולמסקנה שאין לאפשר הולדה לאחר המוות.

מתן האפשרות להורים שכולים ליהפך לסבים ולסבות באמצעות אישה שלא הכירה כלל את בנם המנוח – אפשרות שייחודית להקשר הישראלי – ממחישה בצורה המובהקת ביותר כי צאצאים בישראל אינם רק עניינו האישי של הפרט או עניינם הפרטי של בני-הזוג, אלא עניינה של המשפחה המורחבת ואולי אף עניינו של הקולקטיב היהודי. האחרון, מאז ומעולם, העלה על נס את המשכיות הזרע (כלומר, את המשכיות הגברית) בהיבט המשפחתי ובהיבט הלאומי.

מדיניות זו עיוורת לתסריט אפשרי שבו בני המשפחה אינם תמימי-דעים בנוגע להולדה לאחר המוות מזרעו של יקירם שהלך לעולמו.¹⁵⁷ למעשה, אין צורך להיזקק לסוגיה הנקודתית הזו כדי להבין כי ההנחה שהמשפחה היא גוף מלוכד היא הנחה בעייתית, אפילו (ואולי בפרט) בעת אסון: דיני המשפחה באו לעולם, בין היתר, כדי לספק מנגנון ליישוב סכסוכים בין בני משפחה, והטיפול האידיאלי של המשפחה ההרמונית – שבמסגרתה המשפחה, הפרט והחברה חדרים – רחוק מרחק רב מהמציאות. בהקשר שלנו הנחת-מוצא זו כושלת בהתמודדות עם מצבים שכבר הגיעו אל בתי-המשפט, דוגמת הקונפליקט בין הוריו של גבר שהלך לעולמו לבין אלמנתו בנוגע לשימוש בזרעו לצורך הולדה לאחר מותו. למעשה, הטענה הסוציולוגית כי המשפחה היא אחד המוסדות המסוכסכים והאלימים ביותר בחברה¹⁵⁸ מדויקת בהקשר זה לא פחות, אם לא יותר.

לנוכח כל זאת, טענתנו היא כי המדיניות הרצויה במקרים שבהם גבר הלך לעולמו מבלי להשאיר הנחיות כלשהן באשר לשאלה אם לשאוב ממנו זרע לצורכי הולדה (או להשתמש בזרע קפוא שנשאב לפני מותו) צריכה להביא בחשבון את הפנים השונים של הכמיהה להורות בכלל ולאבהות בפרט, ולעגן את ההנחיות במציאות המודרנית ובידע אמפירי עכשווי, ולא להסתפק בנימוקים שאובים מן העת העתיקה בכלל ומן המשפט העברי בפרט (שהרי שאלות ודילמות דומות עשויות להתעורר גם לגבי נפטרים שאינם יהודים).

אפשרות אחת שניתן לחשוב עליה היא להחליף את דגם הרצון המשוער (רצון בילדים לאחר המוות) בדגם של הסכמה משוערת ("אם זה חשוב מאוד לנותרים אחריי, אזי אני מסכים"), ברוח דבריהם של חלק גדול מהגברים המרואיינים לצורך מחקר זה, אשר לא היו מעוניינים בצאצאים לאחר מותם אך אמרו כי לא היו מונעים זאת אילו ידעו כי זה רצון בת-הזוג שלהם (ולעיתים רחוקות אף אילו ידעו כי זה רצון הוריהם).

במסגרת קונסטרוקציה משפטית חדשה כזו יהיה ברור שהרצון הקובע יהיה רצון החיים. המבט יהיה מופנה אל העתיד, מבלי שרצון מדומיין של המת יכשיר הולדה בכל תנאי. במצב עניינים כזה יהיה ראוי לשקול גם שיקולים חשובים לא פחות, ואולי אף יותר, שנוטים לייחס להם משקל לא נכבד מספיק לדעתנו בהשוואה לרצון המת, כאשר דנים בשאלת ההולדה באמצעות טכנולוגיות פריון חדישות. אלה שיקולים שמקבלים מעמד עליון בעיקר בתיקי אימוץ, כגון אם יהיה מי שיגדל את הילד ויהיה אחראי לו ולטובתו, ואם קיימת תמימות-דעים בין הדמויות השונות העתידות ליטול חלק בחייו של הילד שיוולד בנוגע לטיפול

157 שם.

158 מתת אדר-בוניס משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית (2007).

בו ולדאגה לו. אומנם גם בחלק מהפסיקה שעסקה בהולדה לאחר המוות ביקשו השופטים תסקירים של עובדים סוציאליים, אולם המוקד היה הוכחת רצון המת, ופחות מבט לעתיד אל חייה של הילדה שתיוולד כתוצאה מההליך.

ייתכן אף שיש לשקול להגדיר את יוזמי הבאתה לעולם של ילדה מזרע של יקירם המת כהוריו החוקיים.¹⁵⁹ כך או כך, השיח המשפטי והתרבותי בנוגע להולדה לאחר המוות דל למדי כעת, והוא חייב להיות עשיר, עכשווי, ביקורתי ומורכב יותר, כדי לשרת את טובת הילדים שייוולדו, וכן כדי שבסופו של דבר הוא ישקף באופן טוב ואותנטי ככל האפשר הן את רצון החיים והן את רצונם של המתים.

159 ראו טריגר "מותו של זה הוא חייו של זה", לעיל ה"ש 24.

נספח 3

**”מותו של זה הוא חייו של זה” הולדה
לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי
הוריו והאידאולוגיה של ההורות
הישראלית יהודית”**

מאת : צבי טריגר

“מותו של זה הוא חייו של זה”: הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-יהודית

צבי טריגר

בית הספר למשפטים על שם שטריקס, המסלול האקדמי, המכללה למינהל

דמוי / ט' כרמי

כמו אור המבליח
בתוך גלי הלילה.
אתה יודע שזו סירת דיג.
בתוך הסירה –
דיגים קשי-יום.
בתוך הים –
דיגים קלי לילה.
הרשת פרושה.
מותו של זה
הוא חייו של זה.
בדיוק כן.¹

* לאיתן בר-יוסף, ליעל השילוני-דולב, לקוראות החיצוניות, ולחברי קבוצת המחקר “ספי חיים: על המיתה והחיים שמעבר”, שפעלה בשנים 2013–2014 במסגרת מרכז מינרבה לחקר בינתחומי של סוף החיים באוניברסיטת תל אביב – תודה על ההערות המעולות על טיוטות קודמות של המאמר. תודה גם לשרון בילו ולאור סדן על העזרה במחקר; ולמרכז מינרבה בעבור המענק שאפשר מחקר זה.
1 ט' כרמי, שירים: מבחר 1951–1994, תל אביב: דביר, 1994. תודה ללילך פלד-צ'רני ולהוצאת דביר על הרשות לצטט את השיר.

מבוא

ההפרדה שהטכנולוגיה הרפואית יצרה בעשורים האחרונים בין יחסי מין לבין הולדה הולכת ומטשטשת את הגבול בין החיים לבין המוות. היכולת לשאוב זרע מן המת (במהלך חלון זמן מצומצם לאחר המוות, ובאישור בית המשפט), וכן האפשרות להקפיא מראש זרע, ביציות או עוברים, מאפשרות כיום לגברים ולנשים להיות להורים גנטיים לתינוקות שייוולדו לאחר מותם, ובמקרים רבים מותם הוא הסיבה להולדת התינוקות.

מיהו ההורה של ילד שנולד מחומר גנטי של מת? לפי המשפט הישראלי, בעל החומר הגנטי שבאמצעותו נוצר ההיריון הוא ההורה של התינוק שייוולד, גם כאשר החומר הגנטי נלקח ממנו לאחר מותו, וגם כאשר אין אינדיקציות מפורשות לכך שהיה מעוניין בהולדה מזרעו לאחר מותו. זוהי גם תפיסתם של הורים שבניהם הלכו לעולמם, העותרים בשנים האחרונות לבתי המשפט ומבקשים לעשות שימוש בזרעם של הבנים המנוחים לצורך הבאת ילד לעולם. הם תופסים את עצמם כסבים וסבתות בכוח של התינוק שייוולד, ואת בנם המנוח כאביו.

היריון שלא נוצר במהלך חייהם של בעלי החומר הגנטי יכול להיווצר מתאי הרכייה שלהם לאחר מותם רק באמצעים טכנולוגיים, ורק בתנאי שמתקבל לכך אישור מראש, בכפוף לבחינה משפטית של הבקשה. הצורך בעזרה חיצונית מרשויות המדינה ומהמסד הרפואי לשם הולדה לאחר המוות פותח פתח לשקילת שיקולי מדיניות שונים, ולהבחנה בין המקרים הראויים למקרים הלא ראויים, לדעת קובעי המדיניות. אופן המיון של הבקשות להולדה מזרעו של מת מעניק לנו חלון הצצה מרתק לשיקולי המדיניות העומדים בבסיס ההחלטות שמתקבלות, ואגב כך מאפשר להתחקות על האידאולוגיה שבבסיס שיקולים אלו ועל השאלות התיאורטיות הרחבות יותר שמיון הבקשות מעורר.

המשפט הישראלי מתמקד בעיקר בניסיון לפענח את רצון המת בכל הנוגע להולדה מזרעו לאחר מותו. מאמר זה מצביע על שוליותם המפתיעה לכאורה של שני שיקולים אחרים שאמורים להישקל במסגרת הליך קבלת ההחלטות בעניין התרת הולדה לאחר המוות: ראשית, מיהם ההורים של תינוק שנולד מזרעו של מת; ושנית, כיצד מתמודדים עם טובתו של הילד ומבינים אותה, כאשר משתמשים בחומר גנטי של אדם מת כדי להביאו לעולם. מהי המשמעות של היעדר שיקולי טובת הילד, וכיצד אפשר לחשוב על שאלת ההורות וההולדה לאחר המוות על סמך שיקולים אלו?

זאת ועוד, מה מאפשר "הורות לאחר המוות" ומהי משמעותה של "הורות" כזאת? האם זו אכן הורות, כאשר ברור שהאדם שהוא מקור החומר הגנטי לעולם לא יתפקד כהורה של התינוק שייוולד? כאשר גבר תורם זרע או אישה תורמת ביצית באופן אנונימי, אין למשפט או לתרבות בעיה לנתק את קשר ההורות בין התורמת והתורם לבין הילדה שנולדת מתרומתם. הורי הילדה הם ההורים המיועדים לגדלה, הן מבחינה משפטית הן מבחינה תרבותית. לעומת זאת, בהולדה מזרעו של גבר מת, המטרה המוצהרת היא להביא לעולם ילד שהגבר המת הוא אביו מבחינה משפטית, אף על פי שכמו תורם זרע אנונימי הוא לא יגדל את הילד.

בעתירות שמגישים קרובי משפחה של מתים בדרישה לאפשר להם להשתמש בזרעו של יקירם המת רווחים טיעונים הנוגעים לרצונם למלא את רצון המת (המפורש או המשווער) או מתייחסים לכבוד המת. לעתים אפשר לזהות בטיעוניהם גם סימנים לתפיסה (לרוב לא מודעת) של התינוק שיוולד כשלוחה של ההורה המת או כמצבת זיכרון, הן בעיני המת לפני מותו (אם הוא היוזם), הן בעיני משפחתו לאחר המוות (כאשר הדבר לא נעשה ביוזמתו מראש).² בחלק מהמקרים הורי המנוח משתמשים בנימוק המשכיות הזרע במפורש, וכך נעשה אף בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003.³ הנחיה זו מאפשרת בנסיבות מסוימות שימוש בזרע של מת לצורך הבאת ילדים לעולם, ואחד הנימוקים המועלים בה למדיניות זו הוא נימוק ההמשכיות.

מנגד עולות שאלות מרתקות הנוגעות לטובת הילד שיוולד, שחלקן מאתגרות תפיסות תרבותיות עמוקות בדבר מרכזיותם של ההורים הגנטיים בזהות הילד: האם "יתמות מלידה" אינה סותרת את טובת הילד? האם ילד כזה הוא בכלל יתום, או שמא יש לשים את הדגש על מי שיתפקדו כהוריו, ולראות בו ילד שיש לו הורים חיים לכל דבר ועניין? האם עצם השימוש במילה "יתמות" אינו אידיאולוגי, כלומר הטרונומרטיבי, בהניחו חסר ביחס לדגם ה"נורמטיבי" של המשפחה – אב, אם וילד? כיצד אפשר ליישב את המתח שבין הרכיב הגנטי (זרע או ביצית מן המת או המתה) ובין הרכיב החברתי (ההורים המגדלים) בזהות של התינוק? שאלות אלו לא זכו עד כה לדיון מעמיק בפסקי הדין בעתירות של הורים המבקשים להשתמש בזרעם של בניהם המתים, ואף לא במסמך היחיד הקיים אשר מסדיר הולדה מזרעו של מת – הנחיית היועץ המשפטי לממשלה. הן גם אינן מוסדרות כלל בחקיקה ראשית, באופן שמאפשר ליבון של הסוגיות באופן גלוי ופתוח לציבור. היעדר החקיקה במקרה זה אופייני להסדרה של שימוש בטכנולוגיות פריון בישראל באופן כללי.⁴ התוצאה היא מדיניות מעורפלת למדי וסמויה מן העין בכל הנוגע למתן היתרים להולדה מזרעו של מת. נוסף על המדינה ומוסדותיה (היועץ המשפטי לממשלה, הפרקליטות ובתי המשפט), ישנם גם שחקנים פרטיים המשתתפים באופן פעיל בעיצוב המדיניות באמצעים שונים. גורמים פרטיים ומסחריים (למשל ארגון "משפחה חדשה" ומעבדות פריון) מעודדים, תמורת תשלום לא מבוטל, סיוע בשימור חומר גנטי ובניית תשתית משפטית שתאפשר הולדה לאחר המוות כדבר שבשגרה. ארגון "משפחה חדשה", למשל, מייצג הורים בתביעות לשימוש בזרעו של בנם המת לצורך הולדה; וכמו כן הוא מקדם את רעיון "הצוואה הביולוגית", ואף רשם עליו סימן מסחר.

בשנים האחרונות חקרתי, לבר ועם עמיתות, מגוון היבטים של הפריון בישראל מפרספקטיבה משפטית-סוציולוגית-תרבותית. בחנתי את "רישיון ההורות" במשפט הישראלי, כלומר את הפיקוח הסלקטיבי שהמדינה מקיימת על מי שמבקשים להפוך להורים בסיוע הרפואה והמשפט

2 ראו למשל תמ"ש 13530/08, "משפחה חדשה" נ' המרכז הרפואי רמב"ם (2009).

3 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו", הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 1.2202, 27.10.2003.

(להלן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה).

4 זפרן 2005; שלו 2015; טריגר 2016.

(טריגר 2007; 2010); את חוויותיהם של הורי פונדקאות בהודו (טריגר 2015); את הרגולציה של פריון בישראל ואת היעדר חקיקה ראשית בתחום הפריון על אף חשיבותו התרבותית הרבה (טריגר 2016); ואת תפיסת ההורות הלהט"בית כהורות פגומה בעיני המדינה, באופן שמצדיק מתן ילדים "פגומים" להורים "פגומים" באמצעות אימוץ (טריגר ומאסס 2016). אגב כך הראינו שעקרון טובת הילד כפי שהוא מיושם במשפט הישראלי הוא עיקרון טעון מבחינה אידיאולוגית, ואין הוא מתמקד בטובת הילד הממשי שנדרשת הכרעה בעניינו. המאמר האחרון עד כה במסגרת פרויקט זה עסק בקשר שבין תפיסת הגבריות הישראלית לבין עיצוב ההסדרים המשפטיים הקיימים בדבר הולדה מזרעו של מת (השילוני-דולב וטריגר 2016). במאמר זה בחנו את ההיבטים המגדריים של ההולדה לאחר המוות בישראל ואת השפעתם על המתירנות היחסית של ישראל בכל הנוגע להולדה לאחר המוות.

המאמר הנוכחי עוסק בהולדה לאחר המוות מזרעו של מת, מתוך התמקדות במושג ההורות. המאמר מציג את ההורות הישראלית (אבל לא רק הישראלית) כרעיון אידיאולוגי ולא "טבעי", המתקיים במסגרת מה שפוקו כינה "ביו-כוח" (פוקו 1996, 93), ובוחר בתוך כך את הזנחת הדיון בטובת הילד ואת משמעותה של הזנחה זו.⁵ הטענה היא שפעולת ההורים למען הבאת נכד מזרע בנם נעשית במסגרת הביו-כוח של השלטונות: הם נרתמים ליצירת חיים חדשים לטובת הקהילה. המדינה, כמי שהחיים והמוות של אזרחיה נתונים בידיה, היא שמחליטה להעניק להם את האפשרות להביא ילד לעולם מזרעו של בנם המת, והיא פועלת מתוך אידיאולוגיה פרו-נְטְלִיסטית ועל סמך שיקולים הלכתיים. שוליות השיקול של טובת הילד נגזרת באופן טבעי ממסגור ההולדה לאחר המוות בתוך אידיאולוגיית ההנצחה וההמשכיות.

א. הולדה לאחר המוות מתאי רבייה של אדם מת: טכנולוגיה, ערכים ומשפט

הולדה לאחר המוות התקיימה שנים רבות קודם שהשימוש בזרע של מת הפך אפשרי: למשל, גבר שמת בשעה שבת זוגו כבר הייתה בהיריון ממנו, או אישה בהיריון מתקדם שמתה מוות מוחי וישנה התלבטות אם ליילד אותה או לא (הלפרין-קדרי 2002; 2006; Sperling 2004). מקרים אלו אינם מעוררים את השאלות שנדונות במאמר זה; המאמר עוסק ביוזמת הורים להביא לעולם נכד מזרעו של בנם המת, כאשר הבן לא הותיר אחריו ראיות כלשהן הנוגעות לרצונו בהקשר זה.

5 הדיון במאמר יתמקד בהולדה מזרע של גברים מתים ולא מביציות של נשים מתות, משתי סיבות עיקריות. ראשית, ההסדרה המשפטית הנוכחית של הסוגיה עוסקת אך ורק בהולדה מזרע של מתים ולא בהולדה מביציות של מתות. שנית, מבחינה טכנולוגית-רפואית הולדה מביציות של אישה מתה מורכבת הרבה יותר, וזו אחת הסיבות לאי-קיומן של בקשות לשאיבת ביציות מאישה מתה לצורך הפרייתן. עם זאת, הקושי הטכנולוגי הכרוך בהולדה מביציות של אישה מתה אינו יכול לשמש הסבר מלא להיעדר הסוגיה מהשיח המשפטי והציבורי, ויש לחפש את התשובה גם בערכי התרבות הישראלית, שהיא תרבות פטריארכלית השמה דגש על המשכיות הזרע ולא על המשכיות הביצית (השילוני-דולב 2013; השילוני-דולב וטריגר 2016).

ככל הידוע, המשפט הישראלי התיר כבר מסוף שנות התשעים של המאה שעברה הבאת ילד לעולם מזרעו של מת שלא הותיר אחריו הוראות מפורשות להשתמש בזרעו או להימנע משימוש בו. התנאי למתן היתר זה היה שבמותו הייתה לו בת זוג. מעניין שבשני המקרים הראשונים שפורסמו, שתרמו לגיבוש הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שפורסמו ב-2003, האלמנות הן שפנו לבית המשפט וביקשו להשתמש בזרעו של בן זוגן כדי להרות וללדת תינוק, והורי הגבר המת התנגדו בנימוקים שונים, כמו חשש לחבות שלהם במזונות וחשש שהאלמנה "מבריחה" תינוק מגבר אחר ולא מכנס אל תוך המשפחה. בשני המקרים קבע בית המשפט לענייני משפחה שלהורי המנוח אין זכות עמידה, ושאין במשפט הישראלי זכות שלא להיות סב או סבתא.⁶

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מניחות שגברים מעוניינים בצאצאים לאחר מותם אלא אם אסרו על כך טרם המוות. השלב הבא בהתרת הולדה לאחר המוות היה הרחבה של ההנחיות – המתייחסות כאמור רק למצב שבו למנוח יש בת זוג – גם להוריו. בתי המשפט פסקו לפחות בעשרה מקרים שגם להורי המנוח יש זכות לשאוב את זרעו של בנם המת מגופתו ולעשות בו שימוש לצורך הבאת נכד לעולם, גם אם הדבר כרוך בהתקשרות עם אישה זרה שכלל לא הכירה את הבן המנוח (השילוני-דולב וטריגר 2016, 682).⁷ כל זאת בתנאי שמתקיים "רצון משוער" של המת, לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. כל עוד הייתה הסכמה בין האלמנה לבין הורי המת בדבר הולדה מזרעו, תיקים אלו הסתיימו בפסקי דין שאישרו את ביצוע ההליך. לא תמיד הסכימה האלמנה ללדת בעצמה את התינוק, ולכן בחלק מהמקרים, באישור בית המשפט, ההורים יצרו קשר לצורך זה עם אישה שלא הכירה את המנוח. האישה קיבלה תורם זרע ידוע ולא אנונימי, היכרות עם משפחתו ותמיכה נפשית וחומרית; וההורים מימשו את משאלתם להמשכיות של בנם המת. כאשר בית המשפט התרשם שעשוי להיווצר בלכול תפקידים בין ההורים לבין האישה שתלד את נכדם, הוא הבהיר לצדדים שהיולדת היא ההורה היחיד של התינוק, והורי המנוח הם סביו ולא הוריו.⁸

בסוף 2016 הגיעה מחלוקת בין הורים של גבר מת לבין אלמנתו עד לבית המשפט העליון, ובית המשפט פסק שאין להורים זכות להביא לעולם נכד מזרע המת כאשר אלמנתו מתנגדת לכך.⁹ עם זאת, שופטי בית המשפט העליון אימצו בפסק דינם את דגם "הרצון המשוער", כלומר שאם גבר הלך לעולמו בלי להשאיר ראיות כלשהן אשר לרצונו שייעשה (או שלא

6 ה"פ (ת"א) 1922/96, פלוגית נ' שירותים רפואיים בינלאומיים ה.א.ס.י (ישראל) בע"מ (פורסם בנבו, 21.9.1997); תמ"ש (כ"ס) 11870/03, י. ש. נ' מדינת ישראל, פסקאות 108-109 (פורסם בנבו, 29.9.2003).

7 לא ניתן לעמוד על מספר המקרים המדויק שבהם נדונו תביעות לשימוש בזרע מת כדי להביא נכדים לעולם, משום שהדיונים בבתי המשפט לענייני משפחה מתנהלים בדלתיים סגורות והמקרים לא תמיד מתפרסמים. פסקי הדין המופיעים במאגרי המידע נמסרו לפרסום לאחר שנחקקו מהם הפרטים המזהים של המתדיינים (בגוש ואחרים 2011).

8 למשל תמ"ש (ק"ש) 12977-01-14, פלוגית נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (פורסם בנבו, 6.1.2015).

9 בע"מ 7141/15, פלוגית נ' פלוגית (פורסם בנבו, 22.12.2016).

ייעשה) שימוש בזרעו, ברירת המחדל ("חזקה הניתנת לסתירה" בלשון בית המשפט) היא שהגבר היה מעוניין שבת זוגו תהרה מזרעו.

המימון הנדיב שישראל מעניקה למבקשים ולמבקשות להיעזר בטכנולוגיות פריז, וכן היותה של ישראל מובילה בתחום פיתוח טכנולוגיות הפריז, משקפים את מעמדה המרכזי של ההולדה ושל ההורות הגנטית בישראל (שלו 2015; טריגר 2016). הספרות הפילוסופית, הסוציולוגית והמשפטית על התפתחויות טכנולוגיות וקליטתן מראה שפעמים רבות ערכי החברה מתייבים אילו טכנולוגיות יפותחו ואילו חידושים טכנולוגיים ייקלטו (Bernstein 2011; Triger and Bernstein 2002); והטכנולוגיות החדשות שנקלטות לא רק ממלאות צרכים קיימים, אלא גם יוצרות צרכים חדשים (Feenberg 1995, 227–228). כאשר טכנולוגיות נקלטות ומאמצות על ידי החברה, והשימוש בהן הופך חוקי ומקובל חברתית, הן עצמן משתקות את ערכי החברה ומנציחות אותם (Elliott and Elliott 1976, 10).

כך, למשל, טכנולוגיית הפריז הקדומה ביותר ככל הנראה, ההזרעה המלאכותית, מתועדת כבר בספרות הרפואית של ראשית האלף הראשון, אולם היא הפכה לחוקית ולמקובלת חברתית רק באמצע המאה העשרים. מה שעייכב את האימוץ החברתי והמשפטי של הטכנולוגיה הזאת היו ערכיהן היהודיים והנוצריים של החברות שבהן היא נשקלה, שכן ההליך הרפואי שבמסגרתו רופא מעורב בעיבור אישה נשואה עורר את החשש שהתינוק ייחשב לילד לא חוקי (בנצרות) או לממזר (ביהדות), גם כאשר ההזרעה נעשתה באמצעות זרעו של הבעל (Bernstein 2002, 1048–1049).

בהקשר הישראלי, טכנולוגיות הפריז, פיתוחן וקליטתן מושפעים מהתרבות מעורדת-הילודה.¹⁰ טכנולוגיות אלו מתקיימות במרחב פרדוקסלי: מצד אחד, הן מאפשרות לכאורה התגברות על חשיבות הגנטיקה באופן הדומה לאימוץ (למשל במקרים שבהם נדרשת תרומת זרע או ביצית כדי ליצור עובר); ומצד אחר, הן דווקא מעצימות את חשיבות הגנטיקה והקשר הגנטי בין הורים לילדים, בכך שהן מאפשרות למי שבעבר לא יכלו להפוך להורים גנטיים להפוך לכאלה, במקום לפנות לאימוץ. אף על פי שבתרומת זרע או בתרומת ביצית יש לכאורה קריאת תיגר על הביולוגיה, למעשה מדובר ביצירת ילד ביולוגי באמצעים אחרים. דרך זו עדיפה בעיני רבים מאימוץ, בין השאר משום שבניגוד לאימוץ עדיין מתקיימת הולדה במסגרת הזוגית ה"פנימית", ואם בני הזוג אינם מספרים שקיבלו תרומת תא רבייה, הסובבים אותם מניחים שמדובר בצאצא גנטי שלהם.

על הרקע הזה יש להבין את התפתחות ההולדה לאחר המוות: ההיתכנות הטכנולוגית בתחום הפריז נוצרה בשל ערך הפרו־נטיזם הישראלי-יהודי; היתכנות זו אפשרה לדמיין לא רק אימהות יחידנית או במסגרת זוגיות לסבית (באמצעות תרומת זרע אנונימית), אבהות יחידנית או במסגרת זוגיות הומואית (באמצעות תרומת ביצית אנונימית ופונדקאות), או הורות משולשת (שתי לסביות ואב גנטי ידוע) – אלא גם הורות לאחר המוות. יוצא

מכך שהפרוטגליזם הישראלי-יהודי הפך את האפשרות להורות מחוץ למסגרת המשפחה ההטרסקסואלית – ולאחרונה, בלא קשר לשאלה אם האב בחיים או לא – למקובלת חברתית. צורות ההורות הללו, החורגות מההטרונורמה, עדיפות בתרבות הישראלית-יהודית מן הבחירה שלא להיות הורים; בחירה כזאת עדיין נחשבת חריגה והיא מיוחסת לבעיות אישיותיות או אחרות. לדברי אורנה דונת, "הורות ביולוגית בישראל נתפסת כחובה מוסרית-אזרחית בסיסית וכמשימה פטריוטית ממדרגה ראשונה" (דונת 2011, 25-26).

בהשוואה למדינות אחרות, ישראל מתירנית מאוד בכל הנוגע להסדרת ההולדה לאחר המוות. בקוטב האחד ניצבות מדינות שאוסרות לחלוטין על הולדה לאחר המוות, גם במצבים שבהם המת הותיר אחריו "צוואה ביולוגית" המנחה להשתמש בחומר הגנטי שלו לאחר מותו לצורך הבאת ילד לעולם. עם המדינות האוסרות נמנות גרמניה, שוודיה, איטליה, צרפת, קנדה (למעט קולומביה הבריטית), הונגריה, סלובניה, נורווגיה, מלזיה וטייוואן. בתווך ניצבות מדינות המתירות הולדה לאחר המוות רק אם המת הותיר אחריו "צוואה ביולוגית" (אנגליה, בלגיה, אוסטרליה וחלק ממדינות ארצות הברית). בקוטב האחר, המתיר הולדה לאחר המוות גם בהיעדר ביטוי מפורש לרצון המת המעוגן ב"צוואה ביולוגית", ניצבות ישראל וחלק ממדינות ארצות הברית. יש גם מדינות שאין בהן כל התייחסות, לא אוסרת ולא מתירה, להולדה לאחר המוות. בכמה מהמדינות המתירות הולדה לאחר המוות מוטלות מגבלות שונות על ההשלכות המשפטיות והכלכליות של הולדה כזאת (השילוני-דולב וטריגר 2016, 681-682). כך, למשל, בית המשפט העליון האמריקני שלל מילדים שנולדו מזרעו של גבר מת זכויות בביטוח הלאומי הקשורות להכרה באבהותו של המת.¹¹

המתירנות הישראלית היחסית בעניין ההולדה לאחר המוות מתקיימת בתוך שיח משפטי ותרבותי מתירני בכל הנוגע לשימוש בטכנולוגיות פריון באופן כללי. ישראל נחשבת ל"מעצמת פריון" (הד 2011, 36; שלו 2015); טכנולוגיות פריון שאסורות במדינות אחרות, כמו פונדקאות, מותרות ומוכרות בישראל. נוסף על כך, המימון הציבורי לשימוש בטכנולוגיות פריון בישראל הוא מהגבוהים בעולם (שלו 2015; טריגר 2016). כל זה, באופן פרדוקסלי, למרות הדומיננטיות של הדת בסוגיות הללו – ויש הטוענים שאולי דווקא בגלל הדומיננטיות של שיקולים הלכתיים, ובפרט מצוות "פרו ורבו" (הד 2011).

הולדה לאחר המוות בישראל מוסדרת כאמור בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ולא בחקיקה ראשית או בתקנות. ההנחיות מתמקדות ברצונו המשוער של גבר מת אשר לא הותיר אחריו הוראות בכל הנוגע להולדה מזרעו לאחר מותו, ושיש לו בת זוג במותו, המעוניינת להשתמש בזרעו כדי להרות ולהביא ילד לעולם. לפי ההנחיות, "בהיעדר אינדיקציה להתנגדות" של הנפטר להבאת צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו, ואם בת זוגו מעוניינת בכך, "ראוי יהיה להתיר לה שימוש זה" (סעיף 10). משתמע מההנחיה שאם אין לנפטר בת זוג, אזי אין אפשרות להביא לעולם צאצא מזרעו, אלא אם הותיר אחריו "צוואה ביולוגית". במילים

אחרות, הזכות להשתמש בזרעו של גבר שהלך לעולמו בלא "צוואה ביולוגית" שמורה לזוגתו בלבד, אם הייתה לו בת זוג, ולהוריו אין זכות כזאת (שפרלינג 2015, 325). לאורך 13 עמודים ו-36 סעיפים, ההנחיות מתמקדות בניסיון לנסח מבחנים שנועדו להתחקות על רצונו המשוער של הנפטר ובהצדקות הלכתיות וחברתיות להולדה מזרעו לאחר מותו. מדיניות זו נקבעה על ידי מומחים מתחום המשפט, הרפואה, הביוראטיקה והמשפט העברי, בלא דיון ציבורי ובלי בחינה של עמדות הציבור בכל הנוגע לרצונם של מתים בהקשר זה (השילוני-דולב וטריגר 2016). ביקורת על גישת ה"למה לא?" בשאלת השימוש בזרעו של מת הועלתה כבר לפני גיבוש ההנחיות, והוצע לאמץ את גישת ה"למה כן?" – כלומר לדרוש הצדקות מיוחדות לשימוש בזרע מן המת, ולא לראות בשימוש בו ברירת מחדל אשר לא תתקיים רק אם יומצאו הצדקות לאי-שימוש בו (שלו 2002, 99) – אולם דעה זו לא התקבלה בסופו של דבר.

בפועל, מדובר בסוגיה שנויה במחלוקת בקרב הציבור. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה צובעות את כל הגברים היהודים בישראל בצבעים אחידים, ומניחות שכל גבר יהודי-ישראלי באשר הוא, אילו היה הולך לעולמו לפתע בלי להשאיר הוראות הנוגעות לשימוש בזרעו, היה מעוניין בהבאת צאצאים לעולם מזרעו. ואולם, גברים שרואינו ביטא מגוון רחב של עמדות, החל בתמיכה במדיניות זו, עבור באמביוולנטיות כלפי הולדה מזרעם לאחר מותם, וכלה בהתנגדות של ממש לכך (השילוני-דולב וטריגר 2016, 696–703). עמדות מגוונות נמצאו גם במחקרן של יעריט בוקק-כהן וורדית רביצקי בקרב חיילים בני 18 בראשית שירותם בצה"ל, אם כי במחקר זה רוב החיילים השיבו שהיו מעוניינים בשימור זרעם לצורך הולדה לאחר מותם, ביוזמת הוריהם (Bokek-Cohen and Ravitsky 2017).

ב. איך נולד הורה?

1. ההורות כתבנית תרבותית-משפטית

בתרבויות שונות ובשיטות משפט שונות נהוגים כללים שונים זה מזה בעניין היחסים המשפטיים והחברתיים שבין מולידים ליילודים. המשותף לכל החברות הוא שעל אף האצטלה ה"טבעית", כלומר ההנחה שקשר הדם הוא היוצר לכאורה את ההורות, היחסים בין הורים לילדים נקבעים על ידי המשפט, והמשפט משקף ערכים ואידאולוגיה הרחוקים מאוד ממצב הטבע. כך, למשל, למרות ההבחנה המקובלת בכתיבה המשפטית בין "הורות טבעית" ל"הורות משפטית" – האחת נוצרת באופן אוטומטי מכוח לידה וזיקת דם והשנייה מכוח הכרעה משפטית – המשפט הוא שקובע שההורות הטבעית היא הורות והיא "טבעית". בהיסטוריה האנושית יש שפע של דוגמאות לכך שההולדה לא נחשבה אוטומטית ליצירת יחסי הורות, ושנדרש אקט כלשהו – טקסי, בדרך כלל – של קבלת הילד למשפחה, בדרך כלל על ידי אבי המשפחה (פליישמן 1998, 43–44; טריגר 2014, 49–50).

טקסי קבלת היילוד למשפחה וההכרה בו כצאצא לגיטימי שימשו בתרבויות שונות בעת העתיקה כדי להתמודד עם חשדות להולדה כתוצאה מניאוף, כדי להיפטר מתינוקות עם

מומים (ברומי, למשל, תינוקות כאלה כמעט תמיד ננטשו) וכדי לווסת את גודל המשפחה. בתקופות מסוימות ברומי, למשל, נהוג היה שלא להכיר בבנות כאשר אבי המשפחה סבר שהן יהיו עליו לנטל. בהיעדר אמצעי מניעה אפקטיביים, טקסי ההכרה בצאצאים בעת העתיקה הגשימו מטרות שכיום מושגות באמצעים טכנולוגיים-רפואיים. תינוקות שהוריהם לא הכירו בהם ננטשו, נרצחו, נמסרו או נמכרו לעבדות (טריגר 2014, 49-50). שריד לאפשרות לנטוש תינוק באופן חוקי (גם אם שנוי במחלוקת) קיים עד היום במשפט הצרפתי: ההסדר הקרוי *Accouchement sous X* מאפשר ליולדת לוותר על תינוקה מיד לאחר הלידה, ואז התינוק יירשם במרשם האוכלוסין כבן לאישה אנונימית (Freeman and Margaria 2012).

בעולם המודרני, דרך המלך להפוך להורה היא באמצעות הורות "טבעית", כלומר הורות גנטית והולדה. ההורות במשפט הישראלי יוצאת דופן בכמה היבטים חשובים. מצד אחד, הורות "טבעית", כלומר בדרך של הולדה וקשר דם, היא ההורות המשפטית (גרין 2005, 519; זפרן 2005, 234). ברוח זו, סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 קובע ש"ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים". מצד שני, אבות גנטיים לא תמיד יירשמו כאבות במרשם האוכלוסין, בעיקר אם רישומם כאבות יסווג את התינוק כממזר לפי תפיסת הרבנות הראשית לישראל; רישום כזה יכניס את התינוק לרשימת פסולי החיתון של הרבנות הראשית (זפרן 2011, 197-209).¹²

בעוד אצל נשים ה"טבע" גובר – מכוח "דין יולדת" הנהוג בישראל, אשר קובע שהאם היא מי שהתינוק יצא מרחמה – אצל גברים הרכיב המשפטי גובר, בעיקר כאשר הגבר והאישה אינם נשואים זה לזה; לפי נוהלי משרד הפנים היולדת היא האם, ואילו הגבר נקרא רק "הטוען לאבהות".¹³ אם היולדת היא גרושה שילדה 300 יום או פחות ממועד הגירוש, לפי נוהלי משרד הפנים היא "איננה פנויה", ומי שיירשם כאבי התינוק יהיה תמיד הגרוש. אם היולדת מצהירה כי בעלה אינו אבי היילוד, פרטי האב יושארו ריקים.¹⁴

אם כן, הורות היא מבנה משפטי-תרבותי, היונק מתפיסות עתיקות על "טבע", על הבדלים פיזיולוגיים בין המינים, ועל הבדלים בין תפקידיהם הביולוגיים בהולדת צאצאיהם. התבנית הזאת של הורות מבוססת גם בימינו על שליטה במיניותן של נשים ועל חשדנות מתמדת כלפיהן. בשל המונופול הדתי על דיני המעמד האישי בישראל, היא מתורגמת לתפיסה שמביאה בחשבון את טובת הילד, אף על פי שהיא זו שמאפשרת מלכתחילה את קיומה של קטגוריית הממזרות במשפט הישראלי, הסותרת את טובתם של הילדים.

12 חוק מידע גנטי, תשס"א-2000 מחייב היוועצות בבית הדין הרבני טרם מתן אישור לכיצוע בדיקת רקמות, כאשר יש חשש שהנבדק יוכרז כממזר. במקרה כזה אפשר לבצע בדיקת רקמות בקטין רק אם יש בה צורך "לשם מניעת סכנה לחיי אדם או נכות חמורה בלתי הפיכה לאדם" (סעיף 28ה(4)).

13 נוהל רישום לידה בארץ (נוהל מס' 2.2.0001), 24.3.2011.

14 נוהל הטיפול ברישום נולדים בישראל והכללת הזכאים לכך במרשם האוכלוסין (נוהל מס' 2.2.0008), 28 ביוני 2006. ראו גם סעיף 22 לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965: "לא יירשם אדם כאביו של ילד שנולד לאשה שהיתה נשואה לאדם וזולתו בתוך 300 יום שלפני יום הלידה, אלא על-פי פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מוסמך".

2. ביצוע הורות: עליית ההורות החברתית במשפט הישראלי

בעשורים האחרונים, המשפט הישראלי מכיר יותר ויותר בחשיבות התפקוד של המבוגרים בחייו של הילד, ואף על פי שהוא עדיין מחזיק בעמדה שהורות גנטית היא בעלת מעמד עדיף, ניכרת התחזקות של ההכרה בהורות החברתית (או ההורות הפסיכולוגית, כפי שביטא המשפט הישראלי מכנה אותה¹⁵). חוק האימוץ – המנתק את הזיקה המשפטית בין ילד שהוכרז "בר אימוץ" לבין הוריו הגנטיים, ויוצר זיקה משפטית בין הילד לבין הוריו המאמצים – הוא המופע הדרמטי ביותר של ההורות החברתית, ושל ההודאה בכך שהורות אינה קטגוריה מהותית-טבעית אלא ביצועית: ההורים המאמצים מבצעים את הורותם לאחר שכשירותם להורות נבדקה בדקדקנות, ומקבלים על עצמם את תפקידי ההורים ה"טבעיים" במלואם. לילד המאומץ אף מונפקת תעודת לידה חדשה שבה נרשמים שמות ההורים המאמצים במקום שמות הוריו מולידיו. הורות המושגת באמצעות תרומה אנונימית של תאי רבייה היא מופע נוסף של ההורות החברתית: במסגרת הורות זו, אחד מבני הזוג אינו ההורה הגנטי של התינוק, אך הוא נחשב (לאחר הליך משפטי) להורה שלו לכל דבר ועניין. כלומר, המשפט מכיר בתפקודו כהורה כמבסס קשר משפטי של הורה-ילד.

במאמר שעוסק בהורות גנטית לעומת הורות לא גנטית, רות זפרן טענה שתיחום של גבולות המשפחה בהקשר של ההורות חשוב ונחוץ "לשמירת רוחת הילד ולהבטחת גיבוש קשרי משפחה איכותיים" (זפרן 2005, 229). בהקשר של הולדת ילד מתרומת זרע אנונימית על ידי בנות זוג לסביות, היא סברה שיש להכיר אוטומטית באם הלא גנטית כאמו הנוספת של התינוק, בלא הליך משפטי כלשהו (זפרן 2007). המשפט הישראלי כבר מכיר בהורות המשפטית של ההורים היוזמים את הבאת הילד לעולם בהקשר של הליכי פונדקאות, בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996; והיוזמה או הכוונה להפוך להורים באמצעות פונדקאות מוכרת כמבססת הורות משפטית בהקשר זה גם במשפט האמריקני (Zafran 2008, 75). הורות זו נוצרת מכוח הסכם ולא מכוח סטטוס (Shalev 1991). "ביצוע ההורות" מתקיים גם בתביעתם של הורים להביא ילד לעולם מזרעו של בנם המת, בין שהם מעוניינים לגדלו בעצמם ובין שהם מעוניינים לתפקד כסבים ושהוא יגדל על ידי האישה שתלד אותו. זאת משום שראשיתה של ההורות היא ביוזמה להביא ילד לעולם, והם היוזמים; מי שקובעים בסופו של דבר אם ייוולדו צאצאים גנטיים מזרעו של המת ומי שמוציאים זאת לפועל הם החיים, שכן המתים אינם יכולים לעשות זאת. כפי שאדגים בהמשך, זו אינה בהכרח העמדה של ההורים עצמם – רבים מהם מעוניינים בנכד ולא בכך – אבל התוצאה היא שחלקם נכנסים בנעלי בנם המת ומבקשים לתפקד כהורים בפועל של התינוק שהם נאבקים להביא לעולם מזרעו.

15 למשל בבע"מ 377/05, פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס' (1) 237-24 (2005), פסקה 64 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק.

פעולות ההורים לצורך הבאת נכדים לעולם מבנם המת ולצורך "ביצוע ההורות" מתקיימות במרחב שבין שני סוגי כוח שמישל פוקו זיהה והגדיר בתולדות המיניות: הכוח היצרני, והביור-כוח או הביור-פוליטיקה. לפי פוקו, תפיסת הדיכוי המרקסיסטית נכשלת בהסברת האופנים שבהם פועלים יחסי הכוחות בחברה, משום שהיא מתייחסת אל הכוח כאל חֶזֶקָה, כלומר כאל משהו שיש לאחדים ואין לאחרים. תפיסת הכוח המרקסיסטית דטרמיניסטית במובן זה שמי שאין לו כוח הוא לעולם מוחלש, ולהפך – מי שהכוח בידיו הוא מי שידו תמיד על העליונה. לעומת מרקס, אצל פוקו הכוח הוא אסטרטגיה, והוא עשוי להיות מופעל על ידי כולם, בנסיבות שונות ובהקשרים שונים (מילס 2005, 55-61; Foucault 1980, 98, 119). שאם לא כן קשה להסביר, לדעת פוקו, כיצד מתקיימות יצירתיות ותושייה. "היכן שישנו כוח ישנה התנגדות", הוא מציין (פוקו 1996, 66).

במסגרת תפיסת הכוח היצרני של פוקו, קשה שלא לראות ברעיון להוליד נכד מזרעו של בן שהלך לעולמו רעיון יצירתי ורב-תושייה. זוהי דרך חדשה, שבאה לעולם בזכות התפתחויות טכנולוגיות והתפתחויות בתפיסת המשפחה, להתמודד עם אָבֵל על אובדן בן. זו אינה תופעה חדשה לגמרי, שכן הורים בגיל הפוריות המאבדים ילד לא אחת מביאים לעולם ילד נוסף. תופעה זו אף זכתה לטיפול בספרות הפסיכואנליטית, וילדים אלו מכונים שם "ילדים תחליפיים" (replacement children) (אברמוביץ' 2016, 18; Anisfeld and Richards 2000). מנגד, מנקודת המבט של הכלל ישנו היבט שמרני למהלך שנוקטים הורים אלו – ההיענות לציווי הפרו-נטליסטי הישראלי-יהודי, שאינו מוותר לבן על נכדים גם לא לאחר מותו. במובן זה, ההורים פועלים במסגרת הביור-כוח של השלטונות (פוקו 1996, 93), ונרתמים ליצירת חיים חדשים לטובת הקהילה. אחרי ככלות הכול, המדינה, שהחיים והמוות של אזרחיה נתונים בידיה (לוי 2008, 9), היא שמחליטה אם להעניק להם את האפשרות להביא ילד לעולם מזרעו של בנם המת, והיא פועלת מתוך אידיאולוגיה פרו-נטליסטית ועל סמך שיקולים הלכתיים (אף על פי שמדיניותה חלה על כלל האזרחיות והאזרחים של המדינה). כך מציג היועץ המשפטי לממשלה, בסעיפים 5 ו-6 להנחיותיו בדבר הולדה מזרעו של מת, את ההצדקות להתרת ההולדה:

5. במסגרת בחינה זו יש לייחס משקל ניכר לעובדה, שההולדה מהווה נושא חשוב ומהותי בחברה הישראלית [...] גם הנושא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית [...]
6. הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה [...] סיפורי האבות בספר בראשית, דור אחר דור – אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ורחל – נסבים על כמיהתם לזרע ולפרי בטן. במובן אחר, הקמת זרע למת היא יסודם של דיני הייבום. יוזכר גם כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה.

הדין העברי והמסורת היהודית משמשים להצדקת מדיניות ההולדה לאחר המוות, אף על פי ששאלת השימוש בזרעו של מת יכולה להתעורר גם אצל גברים ישראלים שדתם אחרת.

במובן זה, האבהות לאחר המוות מצטרפת אל האבהות בחיים, שעברה הדתה כבר לפני כמה עשורים,¹⁶ אף על פי שמבחינה משפטית היא אינה מהעניינים שחל עליהם הדין הדתי (זפרן 2002, 313). למעשה, היועץ המשפטי לממשלה מתח בהנחיותיו את מצוות פרו ורבו אל מעבר לסף החיים.

אל התלכדות האינטרסים והרצונות הפרטיים של ההורים האבלים עם האינטרסים של הכלל (המדינה המשוקעת ב"בעיה הדמוגרפית") מצטרפים גם אינטרסים כלכליים מובהקים – של גופים פרטיים בתעשיית הפריזון המעוניינים ביצירת צרכים חדשים ובהגדלת השוק של הצרכנים והצרכניות הפוטנציאליים של שירותיהם. בתווך, יש מי שאפשר לראות בו מוחלש באופן מוחלט: הילד שעוד לא נולד.

3. הולדה לאחר המוות ויחסי שארות

האם הורות לאחר המוות מאשרת את השארות ההטרנסקסואלית ואת ההטרונורמה, או קוראת עליהן תיגר? לכאורה, הורות לאחר המוות יוצאת נגד כמה מוסכמות יסוד פטריארכליות. היא מערערת על הצורך בשני הורים מגדלים ופעילים (כמו שעושה הורות יחידנית) ועל הצורך בהורים משני המינים (כמו שעושה הורות להט"בית). עם זאת, ברמה העמוקה ההורות לאחר המוות גם מאששת את הערכים הפטריארכליים – הרואים בילד את מי שנועד להמשיך את זרעו של האב, התופסים את האב כהורה נעדר ולא פעיל, והמדגישים את חשיבות המשכיות הזרע, כלומר את ההתמקדות בפטריארך ולא בילד, בטובתו ובצרכיו (השילוני-דולב וטריגר 2016). למעשה, כפי שג'ודית באטלר טענה בעניין המאבק למען הכרה בנישואים חד-מיניים ובהורות להט"בית, מאבקים להכרה בקשרי משפחה חדשים ובדרכים חדשות ליצירת יחסי שארות כרוכים, מעצם טבעם, הן במתן לגיטימציה לסדר החברתי הקיים ולמבנים ההגמוניים שבו, הן בהדרה של כל תבניות המשפחה שאינן כלולות בסדר הקיים או לחלופין במאבקים הללו (Butler 2002, 26). המתח, כפי שבאטלר מנסחת אותו, מתקיים בין התביעה להכרה בקשרי שארות קיימים שעדיין אינם מוכרים – תביעה לגיטימית משום שלהכרה זו יש השלכות נפשיות, חברתיות וחומריות – לבין הסכנה שבהנצחת הייררכיות חברתיות קיימות ואף ביצירת הייררכיות חדשות (שם).

כאמור, למרות האתגור-לכאורה של יחסי השארות ההטרנסקסואלית הגלום בהולדה לאחר המוות, היא מאששת ערכים פטריארכליים-הטרונורמטיביים רבים. ראשית, היא מעגנת את תפיסת הזרע כמקור החיים ואת האישיה כמשנית בלבד בתהליך ההולדה (טריגר 2014, 15–16, 83; השילוני-דולב וטריגר 2016, 671–672). שנית, היא מאשרת את ההשקפה שכולם רוצים להיות הורים, ושהשאיפה להורות היא המצב ה"נורמלי", כפי שעלה למשל ממחקריה של דונת (2011). שלישיית, ההולדה לאחר המוות מאששת את התפיסה שגברים הם שווי נפש אשר

16 הדתה זו באה לידי ביטוי בין השאר בעליונות חשש הממזרות על פני זכותם של האב וילדו להיות מוכרים רשמית ככאלה.

לנתינת זרעם, ואינם שואפים להיות הורים פעילים, שכן ההורות הפעילה שמורה לאימהות (רנן-ברזילי 2012, 326; השילוני-דולב וטריגר 2016, 673-674). רביעית, היא מאשרת את תפיסת הגבריות כשואפת מטבעה להנציח את זרע הגבר ולהמשיך את שמו, ואת השאיפה של נשים לאימהות כנובעת מאינסטינקטים "טיפוליים". חמישית, הולדה מזרע המת מאששת את התפיסה הגנטית של ההורות ומנציחה אותה. לבסוף, היא תומכת בפרו-נטליזם היהודי בתרבות הישראלית ומחילה אותו גם על מי שאינם עוד בין החיים.

הפרויקט של הולדה לאחר המוות מזרעו של בן שהלך לעולמו פורע לחלוטין את יחסי השארות ההטרונורמטיבית, שכן כאמור, הוא מוותר על הצורך בשני הורים חיים ומתפקדים. אפשר לראות בדילוג על דור, שבא לידי ביטוי בכך שהורים מביאים לעולם נכד לעצמם בלי בנם, קריאת תיגר נוספת על היחסים בין הדורות ולכן שיבוש הסדרי השארות המקובלים בפטריארכיה. שיבוש זה ראוי לציון, שכן במסגרתו ההורים, וכל המעורבים בתהליך קבלת האישור לביצוע ההליך, נדרשים לעתים לנכור במיניותו של הבן המנוח ובצפונות ליבו כדי לנסות ולהתחקות על "רצונו המשוער". ההורים המבקשים מעוניינים למצוא ראיות לכך שהבן היה חפץ בצאצאים שיבואו לעולם לאחר מותו, ואילו המתנגדים – לעתים בת הזוג – מציגים ראיות לרצון הפוך של המת. בתוך כך ההורים נכנסים אל עולמו הפרטי של בנם, שספק אם הייתה להם גישה אליו אלמלא מת.

כך, למשל, באחד מפסקי הדין שעסקו במחלוקת בין אלמנתו של גבר בן 28 שנהרג בתאונת דרכים לבין הוריו, בית המשפט דן באריכות ביומן מסע שחיבר הבן בזמן ששהה בטיול בהודו, וניתח קטעים מהיומן מתוך דיון בעליות ובמורדות ביחסי הבן ואלמנתו.¹⁷ בכך הופכים הורי המנוח והאלמנה לשותפים במערכת היחסים הזוגית ובפרשנותה, שכן הם מבקשים מבית המשפט להכריע אם יש להבין את העמודים הרלוונטיים ביומנו של המת כמביעים משאלה כללית להפוך לאב (שאו ההורים ינצחו ויתאפשר להם להביא ילד לעולם מזרעו), או כמשאלה להביא ילד לעולם בתנאי שהוא יגדל אותו עם זוגתו (שאו אלמנתו, שאינה מעוניינת להרות מזרעו של בעלה המת, תנצח). בסופו של דבר, באצטלה של התחקות על "רצון המת", מתקיים מאבק בין רצונות סותרים של החיים (השילוני-דולב ואחרים 2014, 34). כך או כך, ספק אם "רצון המת" היה שהוריו יתערבו כך בזוגיות שלו וספק אם היה מעוניין שחיו האינטימיים יידונו בפרוטרוט בבית המשפט מתוך ניתוח כתביו הפרטיים, יפורסמו בפסק דין שיהיה זמין לכל מי שמגוי על מאגרי המידע המשפטיים, וינותחו בתקשורת ובמאמרים אקדמיים.

אפשר שהמופע הקיצוני ביותר עד כה של הניסיון להשתמש בכוח היצרני הפוקיאני הוא המקרה שבו הוריו של גבר בן 25 שנהרג בתאונת דרכים במהלך שירותו הצבאי ביקשו להשתמש בזרעו של בנם המנוח, שנשאב מגופתו, כדי להפרות באמצעותו ביצית מתורמת אנונימית, להשתילה ברחמה של אישה שלא הכירה את בנם ושתסכים לשמש פונדקאית, ולגדל את התינוק בעצמם, כהוריו. בת זוגו של הגבר לא הייתה מעוניינת להרות מזרעו, אך

תמכה בבקשת הוריו; גם אחיותיו של הבן המנוח תמכו בבקשת הוריהן. בית המשפט לענייני משפחה קיבל את הבקשה והורה לאפשר להורים להביא לעולם נכד מבנם המנוח ולגדלו בעצמם, כהוריו.¹⁸ המדינה ערערה על פסק דין זה, ובית המשפט המחוזי קיבל את הערעור ואסר על השימוש בזרעו של הבן על ידי הוריו.¹⁹ הערעור שהגישו ההורים לבית המשפט העליון נדחה.²⁰

אלמלא האיסור הזה, הורי המנוח היו מביאים לעולם נכד באמצעות בנם המת (מתוך דילוג על דור). נכד זה הוא גם ספק-בנם, שכן הם המולידים לצד האישה שתלד את הנכד. רצון אחיותיו של המת בילד מזרעו של האח המת שיגדל בבית הורי המת, כפי שמתואר בפסק הדין, הוא רצון באחיין שהוא גם אח. התוצאה היא מעין גילוי עריות סמלי, המזכיר את ההשתעשעות של המרקוז דה סאד בפריעת יחסי השארות, ובעקבות זאת גם בשיבוש הקטגוריות של קרבה משפחתית: סאד מספר, למשל, ששמע על גבר ששכב עם בתו שהביא לעולם יחד עם אמו, ובכך הוא בעצם שכב גם עם אחותו (Barthes 1989, 136).²¹

דרך אחרת להבין את הדרישה להבאת נכד לעולם על ידי סבו וסבתו היא באמצעות הבנת ההורות – אבהות או אימהות – כמבע ביצועי, באופן הדומה לטענתה של באטלר שהמגדר של אדם אינו נגזר ממהות פנימית כלשהי, אלא מבוצע על ידו (Butler 2006, 34). אפילו כאשר הורי הגבר המת אינם מבקשים לגדל את הילד שייולד מזרעו, ועל אחת כמה וכמה כאשר הם מבקשים לעשות זאת, הם מתייחסים אל ההורות כאל קטגוריה פרפורמטיבית ולא כאל קטגוריה הנגזרת ממהות פנימית כלשהי. זה מתקיים, כאמור, גם כאשר ההורים מבקשים להתקשר עם אישה זרה כדי שתלד בעבורם את נכדם, משום שראשית ההורות, לפחות זו המסתייעת בטכנולוגיות פריז, היא בהחלטה להביא ילד לעולם ובפעולה למימוש החלטה זו. אם גבר יכול להיות אם (לאור 2011), מדוע שסבא וסבתא לא יהיו הורים גם הם?

עם זאת, במקביל לשיבוש השארות ההטרונורמטיבית באמצעות גילוי עריות סימבולי – או להקצנת תפיסת ההורות כביצוע והתמקדות בהיבטים הפרפורמטיביים שלה – ההולדה לאחר המוות גם מאשררת את יחסי השארות ההטרונורמטיבית, שכן זו מבוססת על העיקרון הפטריארכלי של המשכיות הזרע ומרכזיותו של הזרע בתרבות (השילוני-דולב וטריגר 2016, 671-674). סעיף 6 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה מסתמך במפורש על כך ש"הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה", ומסתיים בתזכורת "כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה".²² במובן זה, המהלך של נורמליזציה של הולדה לאחר המוות מתמקם בטבעיות בתוך תפיסת העולם הפטריארכלית, שההטרונורמה היא מיסודותיה החשובים והמשכיות הזרע היא אחד מביטוייה.

18 תמ"ש (פ"ת) 13-06-16699, פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 27.9.2016).

19 עמ"ש 16-11-45930, מדינת ישראל נ' פלוניס (פורסם בנבו, 29.1.2017).

20 בע"מ 17/1943, שחר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.8.2017).

21 תודה לעמליה זיו על נקודה זו.

22 חז"ל, אגב, פסקו שמצוות פרו ורבו חלה על גברים בלבד, ונשים פטורות ממנה (ליבוביץ' 1999, 130).

ג. טובת הילד שנולד מזרעו של מת

בתוך המארג האידיאולוגי והתרבותי המאפשר את ההולדה מזרעו של מת, דומה שנשכח הדבר העיקרי מרגע הלידה והלאה, כלומר הילד. השיח התרבותי והמשפטי בישראל הוא שיח של הנצחה והתחקות על רצון המת, והוא מזניח את הילד שייווצר מהולדה זו. טובת הילדים שייולדו בעקבות הליך זה מוזכרת בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בדרך אגב בלבד, בסעיף האחרון שבפרק הסיכום להנחיות: "נושא השימוש בזרע לאחר המוות הוא מורכב וסבוך, כפי שפורט בהרחבה לעיל, ומעבר לרצונם הידוע ומשוער של הנפטר ובת זוגו החיה, הנושא מעורר שאלות נוספות, כגון טובת הילד האמור להיוולד, אשר יבוא לעולם יתום מאב" (סעיף 36). במשפט הזה מקופלות שלוש תפיסות: ראשית, שהמת הוא האב ושהילד נולד יתום – בספרות אכן מקובל המונח "יתמות מתוכננת" (כשר 2002; לנדאו 2002); שנית, שהורות "נורמטיבית" היא הורות הטרוסקסואלית; ולבסוף, ששאריות היא "תמיד, כבר, הטרוסקסואלית" (Butler 2002). היועץ המשפטי לממשלה משלם מס שפתיים לעיקר – החיים שייוצרו בעקבות היענות ל"רצונו המשוער" של המת.

1. טובת הילד בפסיקה הישראלית

הפסיקה הישראלית חזרה והדגישה בהקשרים שונים שהמושג "טובת הילד", שהוא שיקול ראשון במעלה בהחלטות על חיייהם של ילדים, משמעותו טובת הילד הספציפי שבעניינו דנים, ולא טובת ילד גנרי כלשהו.²³ במונחים משפטיים, "טובת הילד" היא מושג סובייקטיבי ולא אובייקטיבי. הרשויות שאמורות להכריע בעניינם של ילדים אינן מבקשות את "טובת הילד הסביר", אלא חייבות לבקש את טובת הילד שעניינו נדון בפני בית המשפט (או נבחן על ידי רשויות הרווחה). למרות הצהרות חוזרות ונשנות אלו, המשפט הישראלי מכפיף במקרים רבים את טובתם של ילדים ספציפיים לאידיאולוגיה המקדמת את מוסד המשפחה הגרעינית ההטרוסקסואלית (טריגר ומאסס 2016). הדבר נגרם בין השאר בשל הסתמכותו של המשפט על תסקירים של עובדים סוציאליים ועל עמדות שמרניות של השירות למען הילד בכל הנוגע לתפקידי מגדר ולמבנה המשפחה הראויה (שם). כך למשל חוק האימוץ, אשר מאפשר רק לגבר ואישה שהם בני זוג לאמץ, ודורש התאמה בין דת המאומץ לדת המאמצים: ייתכן שיש הורים מאמצים שמתאימים יותר לאמץ ילד מסוים, אולם הם לא יוכלו לאמץ כי הם אינם בני דתו, או כי אינם איש ואישה שהם בני זוג. זוהי הכפפה בוטה של טובת הילד הספציפי לשיקולים זרים, מתוך הנחת מוצא אידיאולוגית שתנאים אלו הכרחיים לקידום טובת הילד. מנקודת המבט של תפיסת טובת הילד כטובתו של הילד הספציפי ולא של ילד היפותטי, בחינת טובת הילד שטרם נולד אוצרת בחובה כשל לוגי, שכן הילד שבעניינו אנו אמורים להכריע עוד לא בא אל העולם. איננו מכירים אותו, איננו יודעים מהם צרכיו, ואם יש לו

23 ראו למשל בג"ץ 566/11, ממט'מגד נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 28.1.2014 (פורסם בנבו).

קשיים, כישרונות מיוחדים או רגישויות שצריך להתחשב בהן. איך נדע מה טובתו? ולמרות זאת, המדינה עוסקת בכך – בעיקר בהקשרים שבהם מי שמבקשים להיות להורים זקוקים לעזרת מערכת המשפט והטכנולוגיה הרפואית (גרין 2005, 523–526; טריגר 2010), או כאשר נדרשת הסכמת המדינה להפסקת ההיריון. כך למשל, ביצוע הפלה במדינת ישראל הוא עבירה פלילית (סעיף 313 לחוק העונשין), אלא אם כן ניתן פטור מאחריות פלילית בדמות אישור לביצוע הפסקת ההיריון מכוח סעיף 316 לחוק העונשין. בין העילות לקבלת פטור מאחריות פלילית נמצאות שתיים שמובלע בהן, בין יתר השיקולים, גם שיקול טובת הילד: "ההריון נובע מיחסים אסורים לפי החוק הפלילי או מיחסי עריות, או שהוא שלא מנישואין" (סעיף 2[316]) – כלומר חשש שהתינוק יהיה ממזר (המדינה סבורה שמזרעות גרועה מאי-חיים); ו"הולד עלול להיות בעל מום גופני או נפשי" (סעיף 3[316]).

במישור האזרחי, חוק הסכמים לנשיאת עוברים מ-1996 כולל כמה הכרעות הנוגעות לטובת ילד שעתיד להיוולד להורים חיים: ראשית, עדיף שלא להוליד מלהיות הורה יחידני או זוג חד-מיני (מכאן הדרישה שיוולד לזוג הטרוסקסואלי, בסעיף 1). שנית, עדיף שלא להוליד ובלבד שהיילוד לא יוכרז כממזר (לכן האיסור לאישה נשואה לשמש פונדקאית, אלא במקרים חריגים ובאישור ועדה, בסעיף 3[2א]); שלישית, עדיף שלא להוליד אם היילוד יסווג כ"כפול דת" או כ"חסר דת" (מכאן הדרישה להתאמה דתית בין הפונדקאית לבין ההורים המיועדים בסעיף 5[2]).

כדי לדון בטובת הילד שנולד מזרעו של גבר מת, יש לזכור קודם כול שהוא לא רק אנדרטה ואמצעי הנצחה. אפשר לראות בו "ילד תחליפי", אף על פי שהקטגוריה הפסיכואנליטית המקורית מגדירה ילד תחליפי כילד שבא לעולם לאחר מות אח או אחות, וכאן אנו עוסקים בנכד של המנוח, ולא באחי או באחותו. ליאון אניספלד וארנולד ריצ'רדס מציינים שמושג הילד התחליפי מתאים כקטגוריית ניתוח לכל מצב שבו ילד בא לעולם במקומו של מישהו אחר במשפחה (Anisfeld and Richards 2000, 301). במחקר איכותני על הולדת "ילד תחליפי" על ידי הורים ישראלים יהודים שאיבדו את בניהם במהלך השירות הצבאי, נמצא שרבים מההורים בחרו להביא לעולם אח או אחות לבנם המת משום שהשיבה אל מעגל הפיריון החייתה בהם מחדש חלקים שמתו עם מות הבן. הם טענו שמטרת ההולדה לא הייתה הנצחה של הבן המת, אלא התמודדות שלהם עם האבל והאובדן באמצעות הענקת משמעות חדשה לחייהם (Hamama-Raz et al. 2010, 383–384). אלו נימוקים שונים בתכלית מהנימוקים הנשמעים בעתירות להולדה מזרעו של הבן המת: בתיקים אלו, כאמור, הנימוקים מתמקדים ב"רצונו המשווער" של המת ובהנצחתו והמשכיותו.

ההחלפה שמתבצעת באמצעות הולדת נכד מזרעו של הבן המת תעצב את הנכד באופן ייחודי. אם מקבלים את התפיסה שסך כל התכונות שמאפיינות אדם אינו תוצר בלעדי של הגנטיקה, אלא שיש השפעה חשובה גם לתנאי ההתפתחות של הילד, אזי אין מנוס מהמסקנה שהילד הספציפי הזה יבוא אל העולם רק בגלל מותו של בעל החומר הגנטי. הוא יהיה מי שהוא מכיוון שנולד מזרעו של מת. אלמלא מותו, ילד זה לא היה נולד. לצורך מסקנה זו, אחת היא אם בעל החומר הגנטי ביקש טרם מותו שייעשה שימוש בחומר הגנטי שהופק מגופו

לצורך הולדה, או שמדובר ביוזמה של קרוביו על סמך רצונו המשווער על ידם: הילד הזה לא היה בא לעולם אלמלא המוות, ולא היה גדל כפי שיגדל אלמלא היותו ילד תחליפי. הספרות הביקורתית על תעשיית הפריז עוסקת רבות בסכנת ההחפצה של תינוקות – החל מהפריות חוץ-גופיות וכלה בפונדקאות (הברמאס 2003; Spar 2006); אבל אם יש מקום שיש בו סכנה אמיתית להחפצה – השגת יילוד כמטרה – זו ההולדה לאחר המוות (שלו 2002, 98-99). היעדרה של התייחסות מעמיקה לטובת הילד מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, כמו מפסקי הדין שפורסמו העוסקים בהולדה לאחר המוות, מחזק את התחושה שילדים אלו הם אמצעי להתמודדות עם האבל ול"המשכיות השושלת", בוודאי כאשר ההורים מבקשים לגדל בעצמם את הנכד שנולד להם בהליך זה. ייתכן שהטלת אחריות משפטית רשמית, באמצעות הכרה בסבים ובסבתות כהורים משפטיים של היילוד לכל דבר ועניין, יכולה לשמש מפתח לסובייקטיבציה של טובת הילד במקרים אלו.

2. תשובות אפשריות להתנגדות להבאת נכדים לעולם מזרעו של המת מנקודת המבט של טובת הילד

אפשר לחשוב על כמה תשובות למתנגדים להולדה לאחר המוות, דווקא מתוך מודעות לשיקול טובת הילד. ראשית, יש שיטענו שאין הבדל בין ילד שנולד מזרעו של מת לבין ילד שנולד להורים חיים, שכן הכמיהה להורות וסיבותיה מורכבות בכל המצבים, ואינן קשורות לטובת הילדים. יש ביסוס לטענה שבמקרים רבים, גם כאשר ילד נולד לזוג הורים הטרוסקסואלים חיים, טובתו אינה השיקול הראשון במעלה, ושיקולים נוספים מכריעים בעד הבאת ילד לעולם. הורים הטרוסקסואלים שוקלים שיקולים כגון הרחבת המשפחה (הזוג הרי "עולה כיתה" כאשר הוא מביא ילד לעולם), הרצון בהמשכיות של ההורים החיים – או כפי שדונת כינתה זאת "מסלול עוקף מוות" (דונת 2011, 66), הנצחה של קרובים מתים, כמיהה להורות נחווית כמימוש עצמי, כמימוש הנשיות או הגבריות של ההורה, חיזוק הזוגיות או שיקומה ועוד. כלומר, הורים חיים מביאים ילדים לעולם מנימוקים אנוכיים לכאורה, בלי להביא בחשבון את טובת הילד שייוולד. אם כך, מדוע לייחד דיון לילד שייוולד מזרעו של מת? המוטיבציות האנושיות הקשורות להורות מורכבות ומלאות סתירות פנימיות ממילא, כמו החוויה האנושית עצמה.

אפשר לשאוב טיעון נוסף להפרכת ההתנגדות להורות של סבים וסבתות מן האנתרופולוגיה האבולוציונית הפמיניסטית. שרה בלפר הרדי הראתה שחברת ההומינידים הקדומה הייתה חברה קדם-פטריארכלית. גידול הצאצאים של כל החברות והחברים בקהילה נעשה במשותף, על ידי הגברים והנשים גם יחד, באופן שכל המבוגרים נחשבו להורים בפועל של כל הילדים. ההומינידים הקדומים לא טיפלו רק בילדיהם הגנטיים. הרדי כינתה את סגנון ההורות הזה "הורות מורחבת" (Alloparenting) והראתה שמבנה המשפחה הגרעינית – זוג הורים בני שני המינים הנשואים זה לזה וילדיהם המשותפים – הוא מבנה חברתי חדש יחסית בהיסטוריה האנושית (Hrdy 2009, 114). לטענתה, ההורות המורחבת וגידול הילדים השיתופי הם

שמייחדים את המין האנושי לעומת מינים אחרים, ובלעדיהם הוא לא היה שורד. בהשאלה מהררי, אפשר לטעון שאין כל חדש בתביעתם להורות של סבים וסבתות המבקשים להביא לעולם צאצא מזרעו של בנם המת, פרט להיתכנות הטכנולוגית של מימוש משאלתם: בקשתם לגדל צאצאים של אחרים אינה דבר שלא התקיים בהיסטוריה האנושית. בהקשר זה ראוי להוסיף כי הגלובליזציה והגירת העבודה יצרו במדינות רבות, למשל בפיליפינים ובמדינות מזרח אירופה ודרום אמריקה, תופעה נרחבת של סבים וסבתות (ולעתים קרובי משפחה אחרים) המגדלים את נכדיהם, בשעה שבניהם ובנותיהם עובדים במקום מרוחק (Asis 2006).

עם זאת, יש הבדל משמעותי בין הממצאים של הררי והאופן שבו היא מפרשת אותם, לבין המשמעויות התרבותיות הגלומות בהולדה מזרעו של מת: ראשית, הורי הגבר המת אינם מבקשים לגדל צאצא אקראי או של חברים אחרים בקהילתם אלא צאצא גנטי שלהם, שכן הם מבקשים להיעזר בזרע שנשאב מגופת בנם המת לצורך הבאת הצאצא לעולם. שנית, הם פועלים במסגרת התרבות הפטריארכלית הקיימת הרואה באב הגנטי נותן זרע ומפרנס, ולא מטפל שותף או מטפל עיקרי בצאצאים. כאמור, תרבות זו שמה דגש על המשכיות הזרע, ולא על תפקודו של האב כהורה פעיל.

במקרה שבו ההורים ביקשו להביא לעולם ילד מזרע בנם המת באמצעות פונדקאית ותורומת ביצית אנונימית ולגדלו בעצמם, הם העלו נימוק נוסף, המתייחס למציאות החומרית והמשפחתית של משפחות יהודיות-ישראליות לא מעטות: ממילא, הם טענו, גם אילו נותרו בננו בחיים, אנו היינו מגדלים את ילדיו, שכן הוא ואשתו התכוונו להתמסר לפיתוח הקריירות שלהם. אם כך, מה ההבדל בין המצב הזה, השכיח במשפחות ישראליות כה רבות, לבין המצב הנוכחי, שנגזר ממותו?²⁴

סיכום

במאמר זה עסקתי בהולדה מזרעו של גבר מת ובשאלת מעמדו של הילד שייוולד כתוצאה מכך. הראיתי כיצד השיח המשפטי והתרבותי שהתפתח סביב יוזמת הוריו להביא ילדים לעולם מזרעו מתמקד בניסיון לפענח את רצון המת, אך מזניח שתי שאלות מרכזיות לא פחות: מיהם הורי הילד שנולד בעקבות הליך זה, ומהי טובתו של הילד. טענתי שלא מובן מאליו שמקור החומר הגנטי – הגבר המת – הוא גם האב, אלא אם כן רואים באבהות קטגוריה ריקה מתוכן תפקודי. הצעתי לחשוב על יוזמי ההולדה בתור מי שצריכים להיות הורי הילד, בין שהם רוצים בכך ובין שכל רצונם הוא בנכד.

לא מפתיע שטובת הילד ושאלת ההורות נעדרות מן הדיון סביב ההולדה לאחר המוות, שכן בשיח הקיים שאלה זו מעוצבת סביב הקולקטיב והמשפחה, ולא סביב הילד שייוולד. המשא ומתן מתקיים בין ההורים החפצים בהמשכיות, לבין המדינה החפצה בעידוד הילודה.

במובן זה מתקיים מפגש רצינות בין ההורים שאיבדו את בנם לבין המדינה, ונעשה גיוס משותף של הביר-כוח לטובת השגת המטרה המשותפת.

עמדתי על המשמעות של פרויקט ההולדה לאחר המוות מנקודת המבט של שיבוש יחסי השארות המסורתיים. לכאורה, המאבק להולדה לאחר המוות משתלב בפרויקט הרחב יותר של קריאת תיגר על יחסי השארות הפטריארכליים ועל המשפחה הגרעינית. יש בכך ביטוי של הממד היצרני של הכוח: הורים שאיבדו את בנם מתמודדים באופן יצירתי עם אבדם על ידי גיוס הטכנולוגיות הרפואיות לצורך שאיבת זרע מגופו והבאת ילד לעולם מזרעו. חלקם אף מבקשים לתפקד כהורים לכל דבר ועניין של הנכד שיוולד, ובכך אף נדמים כמי שממציאים קטגוריות חדשות של שארות, בדומה לאלו שבאטלר דנה בהן. אולם הלכה למעשה, מדובר בפטריארכיה באמצעים אחרים, משום שהמוטיבציה המרכזית שבבסיס ההולדה לאחר המוות, הן מבחינת ההורים הן מבחינת המדיניות הרשמית של ישראל (כפי שהיא באה לידי ביטוי בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה), היא המשכיות הזרע.

מושג ההורות משתנה בעשורים האחרונים ללא הכר. הטכנולוגיות הרפואיות, המאפשרות סוגים של הורות שלא התאפשרו קודם לכן, מעוררות שאלות כבדות משקל בדבר טובתם של ילדים, ובדבר מהות התא המשפחתי וזכויות הפרטים החברים בו. יש אף הטוענים שהטכנולוגיות משנות את טבע האדם ומעמידות את היילודים שבאים לעולם בעזרתן בסכנת החפצה ומסחור (הברמאס 2003).

אכן, אפשר לראות בנקודת המבט המוצעת במאמרי השקפה אידיאולוגית לא פחות מזו השלטת כיום, הממוקדת בהמשכיות הזרע והבן המנוח. כדי שמותו של זה יהיה באמת ובתמים חייו של זה, אין להתעלם מחייו של הילד ולשעבדם להנצחת המת ולמימוש המשכיותו. מכיוון שלמהלך של הולדה לאחר המוות יש השלכות על חייהם של אחרים, השתחררות מאשליית היכולת לקבוע מהו רצון המת חיונית להבנת הבעייתיות שבהולדה לאחר המוות מנקודת מבטם של הילדים שנולדים כתוצאה מהליך זה, ולהורות שבסופו של דבר מה שמכריע בסוגיה הזאת – לכאן או לכאן – הוא רצון החיים.

ביבליוגרפיה

- אברמוביץ', הנרי, 2016. אחים ואחיות: פסיכולוגיה, מיתוס, מציאות, תל אביב: רסלינג.
- בוגוש, רינה, רות הלפרין-קרי ואיל כתבן, 2011. "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל", עיוני משפט לד', עמ' 603-637.
- גריין, יוסי, 2005. "ההולדה לאחר מיתה: ההורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים", מאזני משפט ד', עמ' 463-544.
- דונת, אורנה, 2011. ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל, תל אביב: ידיעות ספרים.

- הברמאס, יורגן, 2003. עתידו של טבע האדם: בדרך אל אוגניקה ליברלית? בתרגום אדם טננבאום, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- הר, דוד, 2011. "פרו ורבו": הבסיס לאתיקה של הולדה ועיצוב גנטי, משפט רפואי וכיו-אתיקה 4, עמ' 15-36.
- הלפרין-קדרי, רות, 2002. "להשאיר חיים אחריו": יילוד העובר מגוף הנפטרת – האומנם ככל מקרה?" רפאל כהן-אלמגור (עורך), דילמות באתיקה רפואית, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, עמ' 107-136.
- השילוני-דולב, יעל, 2013. מהפכת הפריון, בן שמן: משרד הביטחון ומודן.
- השילוני-דולב, יעל, דפנה הקר וחגי בועז, 2014. "רצון המת: שלושה מקרי מבחן ישראליים", סוציולוגיה ישראלית טז, עמ' 31-53.
- השילוני-דולב, יעל, וצבי טריגר, 2016. "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע", עיוני משפט לט, עמ' 661-706.
- זפרן, רות, 2002. "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות", הפרקליט מו, עמ' 311-341.
- , 2005. "המשפחה בעידן הגנטי: הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן", דין ודברים ב, עמ' 223-280.
- , 2007. "אימהות יש גם שתיים: הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין", דין ודברים ג, עמ' 351-398.
- , 2011. "בירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008: בא לתקן ונמצא מקלקל", חוקים ג, עמ' 191-240.
- טריגר, צבי, 2007. "משפחות חורגות ו'רישיון הורות': מחשבות על הקשר בין הכרה בזכות להורות ובין הכרה בזוגיות בעקבות ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' הי"מ", המשפט 22, עמ' 44-51.
- , 2010. "רישיון הורות", תמר מורג (עורכת), זכויות הילד והמשפט הישראלי, תל אביב: רמות, עמ' 389-427.
- , 2014. פשעים נגד הפטריארכיה: ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתרכות, בן שמן: משרד הביטחון ומודן.
- , 2015. "מסע אחר: חוויות של הורי פונדקאות ישראלים בהודו", תיאוריה וביקורת 44, עמ' 177-202.
- , 2016. "על הרגולציה של שירותי הפריון בישראל", ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר (עורכים), מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות, תל אביב: אוניברסיטת תל אביב, עמ' 269-309.
- טריגר, צבי, ומילי מאסס, 2016. "לקראת הצבת הילד במשפחתו במקוד סוגיית האימוץ: מפנה חיוני להרחבת האימוץ להורים להט"בים", אלון הראל, עינב מורגנשטרן ויניב לוינסקי (עורכים), זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית, ירושלים: האוניברסיטה העברית בירושלים, עמ' 437-468.
- כשר, אסא, 2002. "יתמות מתוכננת: התמונה המאוזנת", רפאל כהן-אלמגור (עורך), דילמות באתיקה רפואית, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, עמ' 221-238.
- לאור, לוסיאן, 2011. "מחשבות על פרפורמטיביות אימהית", המשפט טז, עמ' 411-440.

- לוי, זאב, 2008. *מחשבות על המוות בפילוסופיה ובהגות היהודית*, תל אביב: רסלינג.
- ליבוויץ, מאיה, 1999. "פרי ורבי ומלאי את הארץ: מי מצווה במצוות פרו ורבו?" דוד יואל אריאל, מאיה ליבוויץ ויורם מזור (עורכים), *ברוך שעשני אשה? האשה ביהדות – מהתנ"ך ועד ימינו*, תל אביב: משכל, עמ' 129–137.
- לנדאו, רות, 2002. "יתמות מתוכננת", רפאל כהן-אלמגור (עורך), *דילמות באתיקה רפואית*, ירושלים ותל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, עמ' 203–220.
- מילס, שרה, 2005. *מישל פוקו*, בתרגום אהד זהבי, תל אביב: רסלינג.
- פוקו, מישל, 1996. *תולדות המיניות I – הרצון לדעת*, בתרגום גבריאל אש, תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- פליישמן, יוסף, 1998. *הורים וילדים במשפטי המזרח הקדום ובמשפט המקרא*, ירושלים: מאגנס.
- קרקו-אייל, נילי, 2015. "אתוס ההולדה בתביעות מיילדות וגניקולוגיה", אהרן ברק, אילה פרוקצ'ה, שרון חנס ורענן גלעדי (עורכים), *ספר אליהו מצא, שריגים-ליאון*: נבו, עמ' 847–882.
- רנן-ברזילי, אריאן, 2012. "הורים א/עובדים: רב-ממדיות והפמיניזם החברתי של מעמד הפועלות – תשתית תיאורטית לשילוב משפחה ועבודה בישראל", *עיוני משפט* לה, עמ' 307–352.
- שלו, כרמל, 2002. "הזרעה לאחר המוות: ינוח בשלום על משכבו?" *רפואה ומשפט* 27, עמ' 96–99.
- , 2015. "טכנולוגיות פריון וגנטיקה בישראל", גיל סיגל (עורך), *ביו-אתיקה כחול לבן: ביו-אתיקה ומשפט רפואי בישראל*, ירושלים: מוסד ביאליק והקריה האקדמית אוננו, עמ' 140–164.
- שפרלינג, דניאל, 2015. "אסדרת הטיפול בסוף החיים בישראל", גיל סיגל (עורך), *ביו-אתיקה כחול לבן: ביו-אתיקה ומשפט רפואי בישראל*, ירושלים: מוסד ביאליק והקריה האקדמית אוננו, עמ' 316–348.
- Anisfeld, Leon, and Arnold D. Richards, 2000. "The Replacement Child: Variations on a Theme in History and Psychoanalysis," *Psychoanalytic Study of the Child* 55, pp. 301–318.
- Asis, Maruja M.B., 2006. "Living with Migration: Experiences of Left-behind Children in the Philippines," *Asian Population Studies* 2, pp. 45–67.
- Barthes, Roland, 1989. *Sade, Fourier, Loyola*, trans. Richard Miller, Berkeley: University of California Press.
- Barzilay Renan, Arianne, 2013. "You're on Your Own, Baby: Reflections on Capato's Legacy," *Indiana Law Review* 46(3), pp. 557–580.
- Bernstein, Gaia, 2002. "The Socio-Legal Acceptance of New Technologies: A Close Look at Artificial Insemination," *Washington Law Review* 77, pp. 1035–1120.
- Bernstein, Gaia, and Zvi Triger, 2011. "Over-Parenting," *UC Davis Law Review* 44, pp. 1221–1279.
- Bokek-Cohen, Yaarit, and Vardit Ravitsky, 2017. "Soldiers' Preferences Regarding Sperm Preservation, Posthumous Reproduction and Attributes of a Potential 'Posthumous Mother,'" *OMEGA: Journal of Death and Dying* (August).
- Butler, Judith, 2002. "Is Kinship Always Already Heterosexual?" *differences: A Journal of Feminist Cultural Studies* 13, pp. 14–44.
- , 2006. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York: Routledge.

- Elliott, David, and Ruth Elliott, 1976. *The Control of Technology*, London: Wykeham Publications.
- Feenberg, Andrew, 1995. *Alternative Modernity: The Technical Turn in Philosophy and Social Theory*, Berkeley: University of California Press.
- Foucault, Michel, 1980. *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972–1977*, New York: Pantheon Books.
- Freeman, Michael, and Alice Margaria, 2012. “Who and What Is a Mother? Maternity, Responsibility and Liberty,” *Theoretical Inquiries in Law* 13, pp. 153–178.
- Hamama-Raz, Yaira, Sarah Rosenfeld, and Eli Buchbinder, 2010. “Giving Birth to Life — Again! Bereaved Parents’ Experiences with Children Born following the Death of an Adult Son,” *Death Studies* 34, pp. 381–403.
- Hrdy, Sarah Blaffer, 2009. *Mothers and Others: The Evolutionary Origins of Mutual Understanding*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Shalev, Carmel, 1991. *Birth Power: The Case for Surrogacy*, New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Spar, Debora L., 2006. *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Boston: Harvard Business School Press.
- Sperling, Daniel, 2004. “From the Dead to the Unborn: Is There an Ethical Duty to Save Life?” *Medicine and Law* 23, pp. 567–585.
- , 2006. *Management of Post-Mortem Pregnancy: Legal and Philosophical Aspects*, Aldershot: Ashgate.
- Zafran, Ruth, 2008. “Dying to Be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception,” *Houston Journal of Health Law & Policy* 8, pp. 47–102.

נספח 4

מחקר שערך פרופסור יואל שופרו בקרב
450 חולי סרטן רווקים בבילינסון
שהפקידו זרע ו-90% מהנשאלים השיבו כי
הם אינם מעוניינים שיעשה שימוש בזרעם
לאחר פטירתם

Single men's attitudes towards posthumous use of their sperm cryopreserved due to illness in Israel

Anat Stein¹ | Eran Altman^{1,2} | Mali Rotlevi¹ | Donia Seh¹ | Avital Wertheimer² |
 Avi Ben-Haroush² | Yoel Shufaro²

¹Andrology and Sperm Bank, Helen Schneider Hospital for Women, Rabin Medical Center, Beilinson Hospital, Petach Tikva, Sackler Faculty of Medicine, Tel Aviv University, Tel Aviv, Israel

²Infertility and IVF Unit, Helen Schneider Hospital for Women, Rabin Medical Center, Beilinson Hospital, Petach-Tikva, Sackler Faculty of Medicine, Tel Aviv University, Tel Aviv, Israel

Correspondence

Yoel Shufaro, Infertility and IVF Unit, Helen Schneider Hospital for Women, Rabin Medical Center, Beilinson Hospital, Petach Tikva, Sackler Faculty of Medicine, Tel Aviv University, Tel Aviv, Israel.
 Email: yoelshufaro@tauex.tau.ac.il

Abstract

Background: Banking of frozen spermatozoa by single men opens the possibility of procreation long after their death. Requests for posthumous reproduction by the families of the deceased are growing, raising an ethical debate, especially when written instructions were not left by the patients and in cases of unplanned perimortem collection. The issue of the progenitors' intention to procreate after death is the key to ethically based decision-making in these cases.

Objectives: To evaluate the attitude of single men cryopreserving spermatozoa before life-threatening medical situations towards post-mortem usage of their cryopreserved spermatozoa.

Materials & methods: Adult single men prior to sperm cryopreservation before cytotoxic therapy were asked to sign a structured form declaring their will and instructions for the usage of their cryopreserved spermatozoa in case of their demise.

Results: Four hundred fifty-two men of diverse ethnicity, religious and cultural backgrounds signed the form providing instructions for the use of their cryopreserved spermatozoa in case of mortality. Their age was 27.4 ± 8.06 years. Seven (1.5%) patients willed their spermatozoa for posthumous reproduction to a sibling, 22 (4.9%) to parents, and 26 (5.7%) to their informal female partners. The significant majority ($n = 397$; 87.8 %) of the single men were ordered to destroy their cryopreserved spermatozoa in case of their expiry. Note that, 26–39 years old men were less likely (81.8% vs. >90% in other ages) to order sperm destruction, as well as men with a poorer prognosis (83% vs. 90%).

Discussion: In this study group, most single men cryopreserving spermatozoa in the face of future life-threatening morbidity do so for their own future live parenthood, and are not interested in posthumous reproduction.

Conclusion: Our results doubt the claim that single men who had an unplanned perimortem sperm collection can be universally presumed to have wished to father a child

Anat Stein and Eran Altman contributed equally and should be considered joined first authors.

This is an open access article under the terms of the [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) License, which permits use and distribution in any medium, provided the original work is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

© 2023 The Authors. Andrology published by Wiley Periodicals LLC on behalf of American Society of Andrology and European Academy of Andrology.

posthumously. Any claimed assumed consent in these cases should be considered for each case individually based on its specific circumstances.

KEYWORDS

cancer patients, posthumous reproduction, sperm cryopreservation

1 | INTRODUCTION

Male fertility preservation might be either planned or unplanned. In the first scenario, spermatozoa are frozen after consultation before life-threatening conditions with an anticipated negative impact on male fertility, and written documentation of the patients' instruction in the case of mortality is obtained. In the latter scenarios, spermatozoa are retrieved after an unexpected event leading to brain or cardiac death without any documentation of the patients' consent or wish.¹ The frozen-thawed specimens may be used for various modes of assisted reproduction depending on the quantity and quality of the cryopreserved spermatozoa and the female partner's parameters.

In the case of death, the motivation for posthumous reproduction may be shared by both the deceased men and surviving parties or may originate from the surviving parties alone, especially when sperm cryopreservation was unplanned.² In such a case society is faced with increasing legal, cultural, ethical, social, and religious dilemmas, especially when young men's life is lost under tragic circumstances and their will for procreation remains obscure, despite the fact that it is considered a fundamental right within various societies, traditions, and religions.³ The informed consent and directive orders in cases of planned sperm cryopreservation are the ethical and legal basis for the use of spermatozoa after death. However, in unplanned cases of perimortem sperm preservation is performed under an emergent approval without any knowledge of the deceased person's will or intentions. It is in such cases that the use of the cryopreserved spermatozoa might be under debate between relatives and the state or society because explicit instructions were not left by the deceased. Requests for posthumous use of the frozen spermatozoa with a woman unknown to the deceased sometimes rise on behalf of parents (posthumous grandparenthood). Their argument is usually based on the assumption that the wish of the deceased person was to father a child and become a parent. An ethical and legal dilemma exists in such cases between the compassion for those who lost a young son under tragic circumstances on one hand, and the insult to the autonomy of the deceased person by procreating him without his explicit consent, a mandatory request for ethical posthumous reproduction,⁴ on the other. One approach to resolving this dilemma was introduced in Israel as Attorney General guidelines in the lack of specific legislation. These guidelines determined that in the absence of written instructions, posthumous reproduction with frozen spermatozoa is permitted only to the female partner of the deceased, presuming that if the deceased man had the wish to procreate it was with her. The use of the spermatozoa in such cases is permitted only after a minimum period of 1 year of death, in order to make sure that the female partner's will was free from emotional and

other stress.⁵ These guidelines do not recognize any parental (or other family relatives') rights to use the spermatozoa of the deceased person and have withstood attempts to challenge them in court.⁶ Nevertheless, requests have been submitted to courts over the years by parents seeking permission to use their deceased son's spermatozoa to create genetic grandchildren,^{5,7} but in most cases were refused.

Another ethical approach to this issue claims that the use of cryopreserved spermatozoa from a deceased identifiable man, even by a woman not known to him in life, is ethically preferable to anonymous donor spermatozoa from the perspective of the child. The potential advantages are genealogical certainty, information about the identity, life narrative, and ancestry of the genetic progenitor as well as a close relationship with extended family members.⁸ Nevertheless it is difficult to claim that such a possible benefit to a potential child is superior to the autonomy of the deceased man whose spermatozoa was cryopreserved perimortem without his explicit consent.

In the face of the increasing demand from the parents of young men who deceased suddenly for posthumous grandparenthood for familial continuity, we sought to study the attitude of single men cryopreserving spermatozoa in a planned manner in a scenario where near death is a realistic possibility, towards posthumous reproduction. We believe that their positions and instructions will represent this age group and are also relevant to cases of sudden death and unplanned collection, which raise an ongoing debate between the right to individual autonomy and the family's wish for continuity.

2 | MATERIALS AND METHODS

Data was retrieved from the written instructions left by single adult men that cryopreserved spermatozoa in our bank between 2000 and 2020, for the usage of their spermatozoa in case of future mortality. Prior to freezing, all men facing cytotoxic or radiotherapy for the treatment of various malignancies were asked to sign a structured form, declaring their consent or refusal for usage of their cryopreserved spermatozoa in case of future mortality. The men were asked to choose one of three options:

1. To write a separate will, in which written instructions for what should be done with the frozen spermatozoa in case of death are given.
2. To bequest the frozen spermatozoa to a specific person for posthumous reproduction.
3. To discard the frozen spermatozoa sample.

The data was collected anonymously under our Institutional Review Board approval (RMC-19-0697) which waived the requirement for informed consent for the anonymous retrospective collection.

The Chi-Square test was used to evaluate for association between pairs of categorical variables. The differences were considered to be statistically significant at $p < 0.05$ at a confidence interval of 95%.

3 | RESULTS

During a period of 20 years, 2731 oncological male patients facing cytotoxic/radiotherapy possibly impairing spermatogenesis were referred to our bank to cryopreserve sperm samples for future use. Out of them, 602 (22%) were single men. One hundred forty-six were minors under 18 and the other 456 men were adults. None of them had children. Their age was 27.4 ± 8.06 years and the average number of vials cryopreserved was 7.9. Full data, including specific diagnosis, was available for 452 out of 456 adult oncological patients with cryopreserving spermatozoa.

Out of the single adult men group, 26 (5.7%) patients willed their spermatozoa for posthumous reproduction to informal female partners; seven (1.5%) to a sibling, and 22 (4.9%) to their parent/s. The significant rest 397 (87.8%) ordered to destroy their cryopreserved spermatozoa in case of their expiry.

Two hundred twelve (212) out of 230 (92.2%) patients aged 18–25, 148/181 (81.8%) of patients 26–39, and 37/41 (90.2%) of patients 40 or older, ordered sperm destruction in case of their demise ($p = 0.005$).

The patients were also divided into good ($n = 310$) and poor ($n = 142$) prognosis groups based on the diagnosis prior to sperm cryopreservation. 279/310 (90%) of the good prognosis and 118/142 (83%) of the poor prognosis patients ordered their spermatozoa to be discarded in case of their expiry ($p = 0.037$).

Four hundred sixteen of the men were of Jewish origin, and 36 were Arab Muslims. Only one of the Arab Muslim men willed his spermatozoa to a sibling and the rest of them ordered discarding it in case of death ($p = 0.07$).

4 | DISCUSSION

The possibility to start gestation with a dead man's spermatozoa, especially in the absence of documented permission from him, creates legal, cultural, ethical, social, and religious debates. Family continuity, feelings of responsibility, and the need to compensate the families for their loss on one hand, and the superiority of individual autonomy on the other, create different conceptualizations of posthumous reproduction.

ESHRE and the ASRM consider the conception of a child using a deceased man's cryopreserved spermatozoa ethically sound provided explicit consent has been made during his life, (thereby protecting his autonomy), and that the surviving partner received proper counseling after a period of grief.^{9,10} Cultural, ethical, and social positions concerning this dilemma differ from country to country. In France,

Germany, Hungary, Slovenia, and Sweden, posthumous reproduction with a deceased man's spermatozoa is forbidden. In the Czech Republic, Estonia, Greece, Netherlands, and the UK, posthumous usage of spermatozoa is allowed subject to written consent.¹¹ In Australia posthumous use of gametes is acceptable subject to consent and counseling after an appropriate period of grief is allowed.¹² In Malaysia, the most populated Muslim nation, the use of gametes or embryos harvested from cadavers in ART is prohibited.¹³ In Israel, in the absence of written instructions, posthumous reproduction with frozen spermatozoa is permitted only to the female partner of the deceased after a minimal grief period of one year.⁵ The rights of other family members to use the spermatozoa of the deceased person are not recognized.⁶

When death is unanticipated, explicit consent is not available, thereby preventing posthumous spermatozoa procurement according to most guidelines and ethical opinions.⁴ On the other hand, others claim that the autonomy of a deceased person is not necessarily superior to the welfare of the living relatives (widow, parents, or prospective children) especially if posthumous conception can bring significant advantages to the family of the deceased, like a continuation of his 'bloodline', allowing a widow's wishes for a child, and his parents wished for a grandchild to be satisfied.⁴ The debate between these two concepts often produces conflicts in the legal and even public media arenas,^{2,6,11} where the accepted approach is often challenged by relatives of young men who lost their lives in tragic unanticipated circumstances. Another aspect of this debate is concerns that having been conceived from a dead father, and the economic and social hardship of being raised by a single parent in a planned orphanage set-up, may negatively affect the welfare of the child. The Human Fertility and Embryology Authority (HFEA Act 1990) insisted that the welfare of the child including the "need of that child for a father", as well as the aspect of "planned orphans" must be taken into consideration.¹⁴ Little is known regarding the psychosocial development of children born to parents deceased before their birth. Some authors have cautioned that the knowledge and possible stigma of being born to a dead parent could subject children conceived posthumously to undue psychological stress or harm.⁹ On the other hand, others ponder whether it is better for children conceived posthumously to be born to a dead genetic parent, rather than from donor insemination,⁸ or even not be born at all.²

In this study we tried to shed some light on the posthumous reproductive wishes of young single men prior to cytotoxic therapy for malignancies, presuming that their positions on this issue will be representative of other men whose spermatozoa were preserved perimortem in an unplanned manner. Our patient group was heterogeneous in terms of ethnicity and religious belief and included single men who cryopreserved their spermatozoa for a substantial period of time. All the men in the group were Israeli citizens. Biological parenthood and familial continuity are extensively sought in all major ethnic groups composing the Israeli population.¹⁵ Assisted reproduction is generously financed by the public Israeli healthcare system, and the number of assisted reproduction cycles per capita in Israel is the highest worldwide.¹⁶ The issue of continuity of young men who lose their lives during military service is of special sensitivity in the Israeli public agenda.¹⁷ Despite the pronatalist social context in Israel, our results

revealed that the significant majority (87.4%) of the single men cryopreserved the spermatozoa for their own potential future personal use only, and ordered them to destroy it in case of their expiry. Less than 5% willed their spermatozoa to their blood relatives for posthumous procreation. Although these findings may be limited to Israel, if the vast majority of single men cryopreserving spermatozoa in the face of illness in such a pronatalist society oppose posthumous reproduction, this finding may be of wider relevance to other societies as well.

The percentage of men ordering sperm destruction in case of expiry was even higher than 90% when the oncological prognosis was relatively good or if they were younger than 26 or older than 39. Despite the statistically significant differences between the patient subgroups, the most important observation is that no matter what more than 80% of the men have decided against posthumous reproduction in their case. We hypothesize that the men in the good prognosis group were less likely to seriously contemplate their death and that men without children who are very young or above forty are even less likely to desire parenthood in unusual circumstances.

Most studies addressing the position of men cryopreserving spermatozoa in the face of diseases were performed in couples, an ethically less problematic population in the aspect of posthumous reproduction.^{18,19} Pastuzak et al. argued that men with malignancy, and perhaps even a prolonged life-threatening disease, are likely to consent to post-mortem sperm use, depending on age, paternity, and relationship status.¹⁹ A correlation between the relationship status and consent for posthumous reproduction was reported by Nakhuda et al. Note that, 77.8% of individuals in a relationship permitted their spouse to use their spermatozoa for procreation in case of death.²⁰

On the other hand, the vast majority of the single men in our cohort opposed posthumous reproduction with their cryopreserved spermatozoa. We presume that these single men preserving their fertility in the face of disease do have procreation wish in life, but not in case of their death without playing an active role in upbringing or having any relationship with the child.^{5,21-23} Additionally, they might not want to have a child with a woman not in a significant relationship with them, or have their own positions on the controversial issue of "need of that child for a father", as well as creating "planned orphans".¹⁴ Despite the values of continuity and parenthood, it seems that most of them are not interested in posthumous reproduction if they do not survive. We believe that these definite findings should project also on the management of cases of unplanned perimortem sperm collection. If in a certain society > 80% of young single men choose against posthumous reproduction in the face of life-threatening morbidity, then the default management in cases of unplanned collection should be not to use the spermatozoa unless solid evidence exists that the deceased person wanted to. Any claim for implicit consent in such cases should be individually examined based on its specific circumstances.

AUTHOR CONTRIBUTIONS

Anat Stein – Data collection, quality control, and writing of the first manuscript draft. Eran Altman – Clinical consultation and data collection. Mali Rotlevi – Sperm cryopreservation. Donia Seh – Data Curation. Avital Wertheimer – Review of the manuscript. Avi Ben-

Haroush – Critical review of the data and manuscript. Yoel Shufaro – Study design, data analysis, critical review, and finalization of the manuscript.

CONFLICT OF INTEREST STATEMENT

The authors declare no conflict of interest.

FUNDING INFORMATION

This study did not receive any funding.

DATA AVAILABILITY STATEMENT

The data that support the findings of this study are available on request from the corresponding author. The data are not publicly available due to privacy or ethical restrictions.

REFERENCES

1. Raziel A, Friedler S, Strassburger D, Kaufman S, Umansky A, Ron-El R. Nationwide use of postmortem retrieved sperm in Israel: a follow-up report. *Fertil Steril*. 2011;95(8):2693-2695. [10.1016/j.fertnstert.2011.04.066](https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2011.04.066)
2. Lipskind ST, Ginsburg ES. Posthumous assisted reproduction. 2022.
3. Westreich A. Present-day posthumous reproduction and traditional levirate marriage: two types of interactions. *J Law Biosci*. 2018;5(3):759-785. [10.1093/jlb/lsy026](https://doi.org/10.1093/jlb/lsy026)
4. Tremellen K, Savulescu J. A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception. *Reprod Biomed Online*. 2015;30(1):6-13. [10.1016/j.rbmo.2014.10.001](https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2014.10.001)
5. Landau R. Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: an ethical and psychosocial critique. *Hum Reprod*. 2004;19(9):1952-1956. [10.1093/humrep/deh360](https://doi.org/10.1093/humrep/deh360)
6. Plonit v. Plonit et al. In Court IF, editor. 2016.
7. Ravitsky V. Posthumous reproduction guidelines in Israel. *Hastings Cent Rep*. 2004;34(2):6-7.
8. Bokek-Cohen Y, Ravitsky V. Parent-initiated posthumous-assisted reproduction revisited in light of the interest in genetic origins. *J Med Ethics*. 2022;49(5):357-360. [10.1136/medethics-2022-108204](https://doi.org/10.1136/medethics-2022-108204)
9. Posthumous collection and use of reproductive tissue: a committee opinion. *Fertil Steril*. 2013;99(7):1842-1845. doi:[10.1016/j.fertnstert.2013.02.022](https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2013.02.022)
10. Pennings G, de Wert G, Shenfield F, et al. ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: posthumous assisted reproduction. *Hum Reprod*. 2006;21(12):3050-3053. [10.1093/humrep/del287](https://doi.org/10.1093/humrep/del287)
11. Ram-Tiklin E. *Solidarity as a Theoretical Framework for Posthumous Assisted Reproduction and the Case of Bereaved Parents*. Springer Science + Business Media B; 2019:501-517.
12. Council NHaMR. *Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research*. Australian Government; 2017.
13. Council TMM. Assisted reproduction. 2006.
14. Lawson AK, Zweifel JE, Klock SC. Blurring the line between life and death: a review of the psychological and ethical concerns related to posthumous-assisted reproduction. *Eur J Contracept Reprod Health Care*. 2016;21(5):339-346. [10.1080/13625187.2016.1203892](https://doi.org/10.1080/13625187.2016.1203892)
15. Gooldin S. 'Emotional rights', moral reasoning, and Jewish-Arab alliances in the regulation of in-vitro-fertilization in Israel: Theorizing the unexpected consequences of assisted reproductive technologies. *Soc Sci Med*. 2013;83:90-98. [10.1016/j.socscimed.2013.01.002](https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2013.01.002)
16. Birenbaum-Carmeli D. Thirty-five years of assisted reproductive technologies in Israel. *Reprod Biomed Soc Online*. 2016;2:16-23. [10.1016/j.rbms.2016.05.004](https://doi.org/10.1016/j.rbms.2016.05.004)
17. AHRONHEIMA, Bereaved families fight to use deceased child's sperm to be grandparents. 2022.

18. Hashiloni-Dolev Y, Schick Tanz S. A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: the significance of the gender and margins-of-life perspectives. *Reprod Biomed Soc Online*. 2017;4:21-32. [10.1016/j.rbms.2017.03.003](https://doi.org/10.1016/j.rbms.2017.03.003)
19. Pastuszak AW, Lai WS, Hsieh TC, Lipshultz LI. Posthumous sperm utilization in men presenting for sperm banking: an analysis of patient choice. *Andrology*. 2013;1(2):251-255. [10.1111/j.2047-2927.2012.00027.x](https://doi.org/10.1111/j.2047-2927.2012.00027.x)
20. Nakhuda GS, Wang JG, Sauer MV. Posthumous assisted reproduction: a survey of attitudes of couples seeking fertility treatment and the degree of agreement between intimate partners. *Fertil Steril*. 2011;96(6):1463-1466. e1. [10.1016/j.fertnstert.2011.09.018](https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2011.09.018)
21. Bahadur G. Death and conception. *Hum Reprod*. 2002;17(10):2769-2775. [10.1093/humrep/17.10.2769](https://doi.org/10.1093/humrep/17.10.2769)
22. Strong C, Gingrich JR, Kutteh WH. Ethics of postmortem sperm retrieval: ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state. *Hum Reprod*. 2000;15(4):739-745. [10.1093/humrep/15.4.739](https://doi.org/10.1093/humrep/15.4.739)
23. White GB. Commentary: legal and ethical aspects of sperm retrieval. *J Law Med Ethics*. 1999;27(4):359-361. [10.1111/j.1748-720x.1999.tb01471.x](https://doi.org/10.1111/j.1748-720x.1999.tb01471.x). Winter. 295.

How to cite this article: Stein A, Altman E, Rotlevi M, et al.

Single men's attitudes towards posthumous use of their sperm cryopreserved due to illness in Israel. *Andrology*. 2023;1-5. <https://doi.org/10.1111/andr.13483>

נספח 5

מחקר של מרכז המחקר והמידע של
הכנסת המציג את המצב המשפטי בעולם
לגבי שימוש בזרעו של נפטר ללא הסכמתו

נטילה ושימוש לצורך הפריה בזרע של אדם שנפטר – סקירה משפטית משווה

מבוא

מסמך זה נכתב לבקשת חברת הכנסת אפרת רייטן מרום, יו"ר ועדת העבודה והרווחה, לקראת דיון בוועדה בשלוש הצעות חוק העוסקות בשימוש בזרע של חייל שנספה.¹ יודגש, כי בהתחשב בסד הזמנים הצפוף שעמד לרשותנו, המסמך מציג סקירה משווה ראשונית של הסדרים משפטיים ממדינות שונות בנוגע לנטילה ושימוש לצורך הפריה בזרע של אדם שנפטר, מבלי להתיימר להקיף את מכלול ההיבטים הכרוכים בהסדרתה של סוגיה מורכבת זו. המדינות הנכללות בסקירה ראשונית זו הן אוסטרליה (הסקירה מתייחסת הן לרמה הפדרלית והן להסדרה בחלק ממדינות הפדרציה – ניו סאות' ווילס, ויקטוריה, דרום אוסטרליה וקווינסלנד), ארצות הברית, בריטניה, ספרד, פורטוגל וקנדה. המדינות הנסקרות מאפשרות, בכפוף למגבלות ותנאים שונים שיפורטו במסמך, שימוש לצורך הפריה בזרע או גמטה² של אדם שנפטר, אך חלקן אינן מאפשרות נטילה של זרע מאדם לאחר פטירתו. יש לציין בנוסף, כי על פי ספרות מחקר שפורסמה בשנים האחרונות, ישנן מדינות שאוסרות באופן קטגורי הן על נטילה והן על שימוש בזרע של אדם שנפטר, ובהן צרפת, גרמניה, שבדיה, סלובניה והונגריה.³ להלן יפורטו ההסדרים במדינות הנסקרות.

¹ הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון-שימוש בזרע חייל שנספה), התשפ"א 2021 של חברת הכנסת מאי גולן 552/249; הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון-שימוש בזרע חייל שנספה), התשפ"ב 2022 של חבר הכנסת צביקה האוזר 2882/249; הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון-שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב 2022 של חברת הכנסת עידית סילמן 2994/249.

² גמטה (gamete) – או תא זיווג – היא תא מין בוגר, כלומר זרע או ביצית.

³ ראו למשל –

Cristina Richie, "[Post-mortem Sperm Retrieval and Posthumous Grandparenthood in the United States and Internationally](#)" in **Global Bioethics Enquiry** (2020), p. 14.

Jean Denise Krebs, "[Any man can be a father, but should a dead man be a dad: An approach to the formal legalization of POSTHUMOUS SPERM RETRIEVAL and POSTHUMOUS REPRODUCTION in the United States](#)" in **HOFSTRA LAW REVIEW** (2018), pp. 782-783. (לעניין צרפת)

Yael Hashiloni-Dolev and Silke Schicktanz, "[A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives](#)", **Reproductive BioMedicine and Society Online** (2017) 4, pp. 26-27. (לעניין גרמניה)

1. אוסטרליה

הכללים העיקריים בנושא זה ברמה הפדרלית באוסטרליה נקבעו בשנת 2017 **בהנחיות אתיות של המועצה הלאומית לבריאות ומחקר רפואי**.⁴ ההנחיות מבחינות בין איסוף גמטות לשימוש בהן. לגבי **איסוף** גמטות, ההנחיות קובעות שמרפאות רשאיות לאסוף אותן מאדם הנוטה למות הכשיר לתת הסכמה תקפה – הן לאיסוף הגמטות, הן לאחסנתן והן לשימוש בהן למטרות רבייה לאחר מותו. הסכמה לפי ההנחיות תינתן בכתב, ותכלול תיעוד והצהרה חתומה של הרופא המטפל על כך שהתקיימו כל הדרישות בדבר מתן מידע וייעוץ.

בנוסף, כאשר מדובר באדם שכבר נפטר מבלי שנתן הסכמה תקפה או באדם הנוטה למות שאינו כשיר לתת הסכמה תקפה, נדרש אישור בית משפט לאיסוף הגמטות. המרפאות רשאיות לאסוף גמטות במקרים אלה בהתקיים התנאים הבאים:

- הבקשה לאיסוף הגמטות היא של בן או בת הזוג של הנפטר או הנוטה למות ולא של אדם אחר;
 - הגמטות מיועדות לשימוש על ידי בן או בת הזוג לצורך רבייה;
 - יש ראיות כלשהן לתמיכתו של האדם המת או הנוטה למות בכך שבן או בת הזוג יעשו שימוש בגמטות שלו לאחר מותו, או לכל הפחות אין ראיות להתנגדותו לכך;
 - בן או בת הזוג נתנו הסכמה תקפה לאיסוף הגמטות ולאחסנתן;
 - בית המשפט המוסמך נתן את אישורו לאיסוף הגמטות ולאחסנתן.
- לעניין **השימוש** בגמטות לאחר המוות, ההנחיות קובעות כי השימוש בהן לאחר המוות לצורך רבייה מותר כל עוד אין איסור חוקי על כך, ובהתקיים התנאים האלה:
- אם הנפטר השאיר הוראות המבטאות בבירור את הסכמתו לשימוש כזה לאחר מותו:
 - הבקשה לשימוש היא של בן או בת הזוג של הנפטר ולא של אדם אחר;
 - הגמטות מיועדות לשימוש על-ידי בן או בת הזוג;
 - התקיימו התנאים הנוספים בדבר מעבר זמן ואישור חיצוני (כפי שיופרט להלן).
 - אם הנפטר לא השאיר הוראות המבטאות בבירור את הסכמתו לשימוש כזה, המרפאה רשאית לאפשר את השימוש לצורך רבייה רק אם נוסף על התנאים לעיל:
 - יש ראיות שהנפטר היה תומך בשימוש בגמטות שלו על-ידי בן או בת הזוג לאחר מותו, או לכל הפחות שלא התנגד לכך;
 - בן או בת הזוג נתנו הסכמה תקפה.

⁴ NHMRC (National Health and Medical Research Council's), [Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research](#), 20 April 2017.

לסקירה מפורטת של ההנחיות ראו, דינה צדוק "חקיקה להסדרת תרומת זרע – סקירה משווה", הלשכה המשפטית של הכנסת (תחום חקיקה ומחקר משפטי), 4 ביולי 2017. ככל הידוע לנו ההנחיות משנה זו עומדות בעינן.

לאור ההשלכות של ההחלטה לעשות שימוש בגמטות או בעוברים של אדם לאחר מותו, ההנחיות קובעות תנאים נוספים לשימוש בגמטות של מי שנפטר:

- עבר מספיק זמן מאז המוות כך שקבלת ההחלטות לא תושפע מרגשות הנובעים מהאבל;
- להורה המיועד ניתן מידע מספק שיאפשר הבנה נכונה של ההשלכות החברתיות, הפסיכולוגיות והבריאותיות על הילד שייוולד;
- ההורה המיועד קיבל ייעוץ מתאים;
- גוף עצמאי בחן את הנסיבות ואישר את השימוש בגמטות.⁵

ההנחיות מחייבות את כל המרפאות העוסקות בתחום של טיפולי הפוריות, ועמידה בתנאים שנקבעו בהנחיות הינה תנאי לקבלת רישיון. למעשה ההנחיות יוצרות אחידות ברמה הלאומית בתחום זה.

להלן סקירה של ההסדרים הקיימים לעניין זה במדינות שונות באוסטרליה.

1.1 ניו סאות' ויילס

חוק הרקמות האנושיות (Human Tissue Act 1983) מאפשר, **אם ניתנה הסכמה של אדם לפני מותו**, הסרת רקמות מגופו של הנפטר, לצורך השתלה או טיפול רפואי באדם אחר.⁶ לפי החוק, 'רקמה' כוללת גם ביצית וזרע.⁷ חוק זה מסדיר את הפעולה של **נטילת הזרע מן הנפטר**. חשוב לציין, כי במדינה זו יש הבדל בין הסמכות ליטול זרע מן הנפטר, המוסדרת בחוק הרקמות האנושיות, לבין הסמכות לעשות שימוש בזרע של אדם שנפטר (בין אם ניטל לאחר מותו ובין אם לפני כן), המוסדרת בחוק טיפולי הפוריות (כפי שיפורט להלן).⁸ פעולה זו של נטילת זרע מן הנפטר רלוונטית במצב בו הנפטר לא ביצע הקפאה של זרעו בעודו חי, אך הביע הסכמה בכתב לנטילת זרעו לאחר מותו למטרות שנקבעו בחוק ולא חזר בו מן ההסכמה.

חוק טיפולי הפוריות (Assisted Reproductive Technology Act 2007) מסדיר את **השימוש בזרע של הנפטר** (בין אם ניטל ממנו בחייו ובין אם לאחר מותו). חוק זה קובע בסעיף 23 כי אין לבצע טיפולי הפריה לאישה אם תורם הזרע או הגמטה מת או שיש חשד שהוא מת, אלא אם מתקיימים התנאים המצטברים הבאים:

- האדם שנפטר הביע הסכמה בכתב לשימוש בגמטה לאחר מותו.

⁵ ההנחיות אינן קובעות מי בדיוק יהיה הגוף הזה, וככל הנראה הכוונה היתה שזה יוסדר ברמה המדינית.

⁶ [Human Tissue Act](#) 1983 (NSW), sections 23 and 24.

⁷ שם, section 4(2A).

⁸ ראו הערה בסוף סעיף 23 של חוק טיפולי פוריות (להלן בה"ש 9) המפנה לחוק הרקמות האנושיות לעניין סמכות נטילת הזרע מן הנפטר.

- האישה שמקבלת את טיפול הפריה מודעת לעובדת מותו או החשד למותו ולתאריך מותו של אותו אדם.
 - היא מעוניינת לעבור את התהליך למרות מותו של התורם.
- נקבעה גם הוראה עונשית כלפי הגורם הרפואי שמבצע את ההליך בניגוד להוראות הסעיף.⁹

1.2 ויקטוריה

לפי חוק טיפולי הפוריות במדינת ויקטוריה (Assisted Reproductive Treatment Act 2008) כאשר אדם שתרם גמטות נפטר, ספק טיפולים רשאי לעשות שימוש בגמטות שנתרמו לצורך טיפולי פוריות רק בהתקיים כל התנאים האלה:¹⁰

- הטיפול מבוצע בבת הזוג של הנפטר.
 - הנפטר נתן את הסכמתו בכתב לשימוש בגמטות שתרם אחרי מותו בסוג הטיפול האמור.
 - הפאנל המוסמך¹¹ (Patient Review Panel) אישר את השימוש בגמטות. על הפאנל לשקול את ההשפעה האפשרית על הילד שצפוי להיוולד מהטיפול בהתחשב, בין השאר, במחקרים העוסקים בהשלכות אפשריות על ילדים שנולדו אחרי מות אחד מהוריהם.
 - האישה שעוברת את הטיפול קיבלה ייעוץ בתחומים הרלוונטיים ממטפל הנותן שירותי ייעוץ עבור ספק טיפולים רשום.
- יש לציין כי במדינת ויקטוריה **החוק מאפשר רק שימוש בגמטות של אדם שנפטר** אם הן הוצאו ממנו בחייו, ואינו מאפשר נטילה של גמטה לאחר המוות.¹²

1.3 דרום אוסטרליה

החוק במדינת דרום אוסטרליה אינו מאפשר לבצע שימוש בזרע שהוצא מגופו של נפטר לאחר מותו.¹³ חוק טיפולי הפוריות (Assisted Reproductive Treatment Act 1988) קובע כי **ניתן להשתמש בזרע של אדם שנפטר** (או בעובר שהוא תוצר של אותו זרע) **רק אם הוא תרם את הזרע לפני מותו** ובהתקיים אחד מאלה: הוא הביע הסכמה לשימוש הרלוונטי בזרעו לאחר מותו;

⁹ [Assisted Reproductive Technology Act](#) 2007 (NSW), sections 17 and 23.

¹⁰ [Assisted Reproductive Treatment Act](#) 2008 (Vic), sections 46-48.

¹¹ הפאנל המוסמך הוא גוף הפועל מכח פרק 9 (Part 9) לחוק טיפולי הפוריות של מדינת ויקטוריה. הפאנל מורכב מיו"ר, 3 סגנים וחברים נוספים שנבחרים ע"י המושל לכהונה בת 3 שנים. תפקידי הפאנל לבחון ולאשר בקשות ופניות שונות לפי חוק זה.

¹² Laura W. Morgan and Hannah G. Morgan, "[The Legal and Medical Ethics of PostMortem Sperm Retrieval on Behalf of Grandparents](#)", in [Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyer](#) (2020) p. 80.

¹³ Nofar Yakovi Gan-Or, "[Securing Posterity: The right to PostMortem Grandparenthood and the problem for law](#)" in [Columbia Journal of Gender and Law](#) (2019), p. 120.

או שהוא נתן הוראות ביחס למה הוא היה רוצה שייעשה עם זרעו; או שמקבלת טיפול ההפריה היא מי שסמוך למותו של בעל הזרע הייתה בת זוגו וחיה אתו באותו משק בית.¹⁴

1.4 קווינסלנד

חוק ההשתלות והאנטומיה במדינה זו (Transplantation and Anatomy Act 1979) קובע שהגורם הממונה בבית החולים, רשאי להורות על הסרת רקמה מאדם שמת בבית"ח או שגופתו הובאה לבית"ח, וזאת לצורך השתלת אותה רקמה באדם חי או לצורך טיפולי, רפואי או מדעי.

לשם כך, הגורם הממונה בבית החולים צריך להבין, לאחר חקירה סבירה, שהנפטר לא הביע התנגדות במהלך חייו לנטילה של רקמה מגופו לאחר מותו, וכן שקרוב משפחתו של הנפטר¹⁵ הביע הסכמה לנטילת הרקמה לצורך אחת מן המטרות האמורות.¹⁶

בשנת 2018, בעקבות עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון במדינה, נפסק שחוק ההשתלות והאנטומיה במתכונתו הנוכחית מאפשר נטילה ושימוש בזרע מן המת גם בלי צו בית משפט. הכללים לפיהם יפעלו הגופים הרפואיים בביצוע הליכים אלו הם הכללים הפדרליים שנקבעו בהנחיות האתיות של המועצה הלאומית לבריאות ומחקר רפואי משנת 2017 שפורטו לעיל, ורישיונם של אותם גופים רפואיים אף מותנה בציות לכללים הפדרליים.¹⁷

2. ארצות הברית

בארה"ב אין הסדרה ברורה בחוק לעניין זה. בפועל, הרגולציה והכללים הקשורים לנטילה ושימוש בגמטות של אדם שנפטר נקבעים פעמים רבות ברמה המקומית, לרבות בכללים והנחיות שנקבעים על ידי בתי החולים ומכוני טיפולים פרטיים באותו מקום.¹⁸

עובדה זו יוצרת באופן טבעי חוסר עקביות. כך למשל, בעוד שחלק מהמוסדות קובעים בהנחיות שהסכמה לעניין זה חייבת להינתן על ידי הנפטר בכתב, מוסדות אחרים מסתפקים בהוכחות חלשות יותר להסכמתו. כך למשל, הנחיות בית הספר לרפואה של קורנל (Weill Cornell Medicine Guidelines) קובעות כי יש להביא ראיות משכנעות לכך שהנפטר היה מעוניין שיוולדו לו ילדים בדרך זו, וכן שבת הזוג של הנפטר היא האדם הרלוונטי ביותר לעניין מתן עדות בדבר

¹⁴ [Assisted Reproductive Treatment Act](#) 1988 (SA), section 9(1)(c)(iv).

¹⁵ בסעיף ההגדרות שבחוק ההשתלות והאנטומיה מוגדרים הבאים כקרובי משפחה (senior available next of kin) לפי סדר קדימותם: בן או בת הזוג של הנפטר; ילדו שמעל גיל 18; הוריו; אחיו או אחותו שמעל גיל 18.

¹⁶ [Transplantation and Anatomy Act](#) 1979 (Qld) sections 22 and 23.

¹⁷ [Re Cresswell](#) [2018] QSC 142

¹⁸ Laura W. Morgan and Hannah G. Morgan, "[The Legal and Medical Ethics of PostMortem Sperm Retrieval on Behalf of Grandparents](#)", pp. 81-82; Nofar Yakovi Gan-Or, "[Securing Posterity: The right to PostMortem Grandparenthood and the problem for law](#)" p. 121.

הסכמתו. בנוסף קובעות הנחיות אלו הוראות לגבי זהות האדם שרשאי לבצע את ההליך (בדרך כלל רק בת הזוג של הנפטר), וכן לוחות זמנים וכללים אחרים.¹⁹

בהעדר חקיקה ברורה שמסדירה את הנושא, בתי המשפט במדינות השונות עושים שימוש, בין השאר, בחוק הפדרלי בעניין תרומות איברים (The Uniform Anatomical Gift Act (UAGA)) בבואם לפסוק בתביעות ועתירות המוגשות על ידי מי שמבקש לעשות שימוש בגמטות של אדם שנפטר. לפי פרשנות של בתי המשפט, הגדרת "רקמה" בחוק האמור כוללת גם זרע.²⁰

ניתן למצוא בפסיקה מקרים שבהם אימץ בית המשפט את עמדת ההורה בעניין השימוש בזרע של בנו. כך למשל פסק בית משפט בטקסס, בבקשה שהגישה אמו של רווק בן 23 שנהרג במהלך קטטה. אמו של הנפטר הצליחה לשכנע את בית המשפט כי בנה היה להוט להביא ילדים לעולם, חרף גילו הצעיר והיותו רווק, ובית המשפט אישר את בקשתה ליטול זרע מגופתו בכדי לשמור על אפשרות לעשות בו שימוש לרבייה בעתיד.²¹

במקרה אחר, נדרש בית המשפט לערעורים בלואיזיאנה להחליט האם לשחרר את זרעו של הנפטר לרשותה של אימו או לרשותה של מי שהיתה חברתו בטרם נפטר, וזאת לנוכח עדויות סותרות בדבר רצונו של הנפטר. האם ביקשה מבית המשפט לראות בה את האחראית על הזרע של בנה (שהוקפא בחייו), או לחילופין להורות על השמדתו. בית המשפט בערכאה הראשונה קיבל את בקשתה ונתן צו מניעה נגד חברתו של הנפטר ומכון הטיפולים. חברתו של הנפטר ביקשה שהזרע יינתן לה היות ולטענתה הנפטר רצה להביא איתה ילדים לעולם ולשם כך הקפיא את הזרע. בית המשפט בערכאת הערעור החליט שלא להיעתר לבקשת חברתו של הנפטר, והשאיר את צו המניעה על כנו עד שתצליח בת הזוג להוכיח את רצונו האמיתי של הנפטר.²²

3. בריטניה

החקיקה בבריטניה מאפשרת שימוש בגמטה של אדם שנפטר לצורך הפריה, אך ורק אם הנפטר הביע את הסכמתו בכתב הן לנטילת הגמטה ממנו לאחר מותו והן לשימוש בה. בהתאם לכך, האישה המבקשת להרות מזרעו של הנפטר צריכה להראות שהוא הסכים לכך.²³

¹⁹ שם, עמ' 123-124.

²⁰ Shelly Simana, "[Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?](#)", in **Journal of Law and the Biosciences**, Volume 5, Issue 2, August 2018, p. 333.

²¹ Browne C. Lewis, "[Graveside Birthday Parties: The Legal Consequences of Forming Families Posthumously](#)", 60 **Case Western Reserve Law Review**, volume 60, issue 4 (2010). p. 1177 .

²² Jean Denise Krebs, "[Any man can be a father, but should a dead man be a dad: An approach to the formal legalization of POSTHUMOUS SPERM RETRIEVAL and POSTHUMOUS REPRODUCTION in the United States](#)", p. 791.

²³ [Human Fertilisation and Embryology Act 1990](#), ch 3, section 1; Laura W. Morgan and Hannah G. Morgan, "[The Legal and Medical Ethics of PostMortem Sperm Retrieval on Behalf of Grandparents](#)", p. 80; Nofar Yakovi Gan-Or, "[Securing](#)

4. ספרד

החוק בספרד מאפשר **שימוש** בגמטה של אדם שנפטר אם נתן את הסכמתו בכתב לכך שהיא תשמש להפריית בת זוגו, ובלבד שהשימוש בה יתבצע בתוך 12 חודשים מיום מותו.²⁴ יצוין כי בשלב זה אין בידינו מידע ודאי האם האמור לעיל חל רק על שימוש בגמטה שניטלה ונשמרה עוד בטרם הפטירה או גם על עצם נטילת הגמטה מאדם שנפטר.

5. פורטוגל

בפורטוגל, **האפשרות להשתמש בזרעו של אדם שנפטר חלה אך ורק במצב בו אדם ביצע את הליך ההוצאה והשימור של זרעו בעודו בחיים והזרע נשמר**. החוק אינו מאפשר כלל להוציא זרע של אדם מגופו לאחר שנפטר. אם נפטר אדם במהלכו של הליך הוצאת זרע ושימורו ולא ניתנה הסכמה מצדו לשימוש בזרע לאחר מותו כמפורט להלן – הזרע יושמד.

חוק שעבר בנובמבר 2021 מאפשר לבצע שימוש בזרע של אדם שנפטר אם ניתנה הסכמה מפורשת שלו לכך, בכתב או בהקלטה, וזאת לאחר שהובהרו לו ההשלכות המשפטיות של ההליך. בהעדר הסכמה מפורשת כאמור, יכול המטפל האחראי על ההליך לתת הצהרה בדבר קיומה של הסכמה מצד הנפטר.

השימוש בזרעו של נפטר למטרת הפריה מותר רק ביחס לבת זוגו. בת הזוג הרוצה לעשות שימוש בזרעו של בן זוגה המנוח, חייבת להמתין לכל הפחות חצי שנה מיום פטירתו בכדי שתוכל לשקול כראוי את החלטתה. בכל מקרה, השימוש בזרעו של הנפטר חייב להיעשות בתוך 3 שנים מיום פטירתו. האישה המבקשת לעבור הפריה מזרעו של נפטר רשאית לעבור את הליך ההפריה רק 3 פעמים, ובכל מקרה יכולה לקיים רק היריון ולידה אחת מזרעו של הנפטר. אם תהיה מעוניינת בכך, יש חובה לספק לה ליווי פסיכולוגי בתקופת ההליך ולאחריה.

בנוסף, יש סעיף עונשי הקובע עונש של עד שנתיים מאסר או קנס, לגורם הרפואי שמבצע את ההליך ללא הסכמתו של הנפטר, או ממניעים פסולים (רצון להשיג רווח או לפגוע באחר).²⁵

[Posterity: The right to PostMortem Grandparenthood and the problem for law](#)", pp. 120-121; Jean Denise Krebs, "Any man can be a father, but should a dead man be a dad: An approach to the formal legalization of POSTHUMOUS SPERM RETRIEVAL and POSTHUMOUS REPRODUCTION in the United States", pp. 783-784.

²⁴ להרחבה ראו דינה צדוק, "חקיקה להסדרת תרומת זרע – סקירה משווה", בעמ' 57. וכן:

Irene Santolaria Baig and Francisca Ramón Fernández, "Post-Mortem Fertilization in Spain: Problems, Legal Limits and Bioethics", *Revista Iberoamericana de Bioética* (2020), pp. 6-8.

[Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida](#), artículo 9.

²⁵ ראו דיווח על החוק באתר ספריית הקונגרס של ארה"ב:

[Portugal: New Law Allows Medically Assisted Procreation Through Postmortem Insemination.](#)

6. קנדה

החוק הפדרלי בקנדה מתיר נטילת גמטות מאדם שנפטר **אך ורק אם הנפטר הביע הסכמה מפורשת בכתב בטרם מותו גם לנטילת הגמטות וגם לשימוש שיעשה בהן**.²⁶ על בסיס סעיף חוק זה, נקבע בתקנות כי אדם המבקש לעשות שימוש בגמטות למטרה של יצירת עובר חייב להציג מסמך חתום ובו הסכמה של תורם הגמטות לשימוש בהן לאחת מן המטרות הבאות:²⁷

- רבייה של מי שבזמן מותו של התורם היו בן או בת הזוג שלו;
 - שיפור או הכשרה בהליכים של מתן טיפולי פוריות.
- הסכמת התורם תינתן באמצעות חתימה על מסמך בכתב, ובו יצהיר כי נמסר לו כל המידע הדרוש בכתב, ובכלל זה כי:
- הגמטות שיוצאו מגופו ישמשו לאחת מן המטרות שפורטו לעיל;
 - חזרה מהסכמה תעשה בכתב ותהיה בתוקף רק אם הועברה, לפני הוצאת הגמטות מגוף התורם, למי שהתכוון לעשות שימוש בתרומה;
 - לא יעשה שימוש בגמטות של הנפטר אלא אם לאדם שמבקש לעשות את השימוש בהן יש את הסכמתו הכתובה של הנפטר לשימושים הקבועים בחוק.²⁸
- למרות שכאמור, החוק הקנדי הפדרלי מתיר לבצע נטילה של גמטות מאדם שנפטר ולהשתמש בהן רק אם הוא נתן את הסכמתו בכתב הן לנטילה והן לשימוש, בית המשפט העליון של **קולומביה הבריטית** פסק שאלמנתו של אדם שהקפיא את זרעו מבלי לתת הסכמה לשימוש בו לאחר מותו בכתב, תוכל להשתמש בו, היות ובנסיבות העניין היה ברור שהמנוח הסכים ורצה שהיא תעשה שימוש בזרעו לצורך רבייה, אך לא הובאה לידיעתו החובה להצהיר על כך בכתב.²⁹

לנוסח החוק בפורטוגזית ראו: [Lei No. 72/2021, de 12 de novembro](#)

²⁶ [Assisted Human Reproduction Act](#), S.C. 2004, c. 2, section 8(2); Cristina Richie, "Post-mortem Sperm Retrieval and Posthumous Grandparenthood in the United States and Internationally", p. 14; Nofar Yakovi Gan-Or, "Securing Posterity: The right to PostMortem Grandparenthood and the problem for law", p. 121.

²⁷ [Consent for Use of Human Reproductive Material and In Vitro Embryos Regulations](#) SOR/2007-137, Part 2.

²⁸ שם, Part 1. להרחבה נוספת ראו: דינה צדוק, "חקיקה להסדרת תרומת זרע – סקירה משווה" בעמ' 45-46.

²⁹ [K.L.W. v. Genesis Fertility Centre](#), 2016 BCSC 1621.