

## על הלקונה החקיקתית בדבר הנטילה והשימוש בזרע המת

מאת

איתמר הלר\*

### מבוא

על רקע מלחמת "חרבות ברזל" התעצם הצורך בהסדרה משפטית של נטילה ושימוש בזרע לאחר המוות. אומנם לא מדובר בנושא חדש על סדר היום, אולם מלחמת "חרבות ברזל" זימנה מקרים רבים של גברים צעירים שנפלו במלחמה לפני שהספיקו להקים משפחה עם בנות זוגם. לפי נתוני משרד הבריאות וצה"ל, עד עשרה בינואר 2024 בוצעו כמאה נטילות זרע, מרביתן מחיילים שנפלו במהלך הלחימה.<sup>1</sup> המלחמה גם זימנה תקדימים בתחום. למשל, פעם הראשונה שאושר לגבר להשתמש בזרעו של בן זוגו שנפל,<sup>2</sup> וצה"ל אף החל להציע למשפחות את אפשרות נטילת הזרע טרם ביקשו זאת.<sup>3</sup>

הדיון הציבורי נסוב סביב מתח בין ערכים אנושיים: מחד גיסא, הגנה על זכותה של בת הזוג לממש את זכותה להורות, ומאידך גיסא, הגנה על כבוד המת ועל זכותו

\* סטודנט שנה א בבית ספר למשפטים באוניברסיטת רייכמן.

<sup>1</sup> ועדת הבריאות של הכנסת, [דיון בנושא הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה](#) (10.01.24).

<sup>2</sup> רותי שילוני "אספר לו שאבא גיבור": שגיא נפל בקרב שבוע לפני החתונה, [בן זוגו מבטיח שיגשים את חלומו](#) N12 (22.10.23).

<sup>3</sup> עידו אפרתי "המדינה מעודדת הורים לשמר את זרע בניהם שנפלו, ודוחה את ההתמודדות עם ההשלכות האתיות והמשפטיות" [הארץ](#) (6.11.23).

לקבוע את גורל זרעו לאחר מותו. ערכים אלה קשורים גם באמונות דתיות ובתפיסות בסיסיות על האדם וייעודו, ולכן הדיון מעורר רגשות עזים. הדיון קיבל ביטוי בהצעת חוק שהונחה על שולחן הכנסת טרם מאורעות השבעה באוקטובר, אך הדיונים בגינה הואצו בוועדת הבריאות של הכנסת עקב המלחמה ומותם של צעירים רבים.<sup>4</sup>

נכון להיום, המצב המשפטי בישראל הוא העדר הסדרה חקיקתית של הנושא. ההסדרה הקיימת מבוססת על הנחיית היועץ המשפטי משנת 2003.<sup>5</sup> על בסיס הנחיה זו הכריע בית המשפט העליון בשנת 2015 כי בת הזוג, ולא איש מלבדה, רשאית לעשות שימוש בזרעו של בן זוגה לצורך הפרייה, וזאת גם במצב שבו המת לא נתן ביטוי במפורש או בכתב בנוגע לרצונו או להסכמתו בעניין נטילת זרעו לשם הולדה.<sup>6</sup> אציין ש"חוק האנטומיה והפתולוגיה" מתיר, אומנם, ניתוח של המת באישור בני משפחה, אולם הניתוח מוגבל לשם קביעת סיבת המוות או שימוש באיברי המת לריפוי אדם.<sup>7</sup> האתגרים המשפטיים והמוסריים סביב נטילה ושימוש בזרע מן המת עדיין קיימים, כפי שמעידה המדינה בפני אזרחיה: "טרם ניתן מענה על ידי המחוקק לסוגיה מוסרית חברתית זו, ולכן המדינה פועלת בהתאם להנחיות היועץ המשפטי לממשלה [...]"<sup>8</sup>.

בית המשפט ממשיך להידרש לסוגיה זו, הן על רקע הדיון העקרוני והן על רקע מאפייני הפרוצדורה הרפואית.<sup>9</sup> נטילה ושימוש בזרע לאחר המוות עלולים להיות כרוכים בהתדיינות משפטיות, במתח בין בני משפחה ובפגיעה בצנעת הפרט. הסדרת הנושא בחקיקה ראשית תאפשר קווים מנחים ברורים, תמנע ריבוי הליכים וכך תגן הן על פרטיותו של המת והן על זכויות בני המשפחה. חוסר הסדרה בחקיקה עלול לגרום לאיבהירות ופערים שינוצלו באופן שרירותי.

הנחת מוצא שעומדת בבסיס הנחיות היועץ המשפטי היא הצורך לפעול על פי "רצונו של המת". אם המת לא ציווה מראש על השימוש בזרעו, אזי השיטה להכרעה בדבר נטילת הזרע והשימוש בו הוא "רצונו" המשוער של המת, כפי שמשתקף מעדותה של בת זוגו. ככתוב בהנחיה, בחלק הארי של המקרים, בהם נדרוש הסכמה מפורשת נפעל בניגוד ל"רצונו של המת", מכיוון שההנחה היא שאדם מבקש המשכיות.

מאמר זה מתמקד בשאלה המשפטית, האם וכיצד יש לקבוע את "רצונו" המשוער של המת ומי מוסמך לקבוע מהו? השאלות המוסריות בנושא זה חשובות מאוד, אולם במאמר זה איני מתיימר לקבוע מבחינה מוסרית מה ראוי לעשות, אלא לבחון את הנושא דרך משקפיים משפטיים, ולהצביע על לקונות שמצריכות הסדרה.

המאמר מקבל את הנחת המוצא של הנחיות היועץ המשפטי בדבר הצורך לפעול על פי רצונו של המת, בד בבד מבקש לבחון את השיטה שנבחרה כדי להעריך מהו רצון המת, ולדון בהשלכותיה. הדיון יעבור דרך שלוש נקודות מבט. הראשונה, משפט משווה והשוואה להלכה היהודית; השנייה, דיון בשאלה האם בת הזוג

<sup>4</sup> הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023.

<sup>5</sup> הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, הנחיה מס' 1.2202.

<sup>6</sup> בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (נבו 22.12.16).

<sup>7</sup> חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, סעיף 6.

<sup>8</sup> משרד הבריאות, נטילת (הנצלת) זרע לאחר המוות, שימור ושימוש בו – חרבות ברזל.

<sup>9</sup> בג"ץ 1893/24 פואה נ' היועצת המשפטית לממשלה (נבו 18.03.24).

מייצגת את רצונו של המת, תוך פניה לאנלוגיות בתחומים מקבילים, שבהם ניתנת זכות דומה לבת הזוג או נמנעת ממנה; השלישית, מחירי הטעות הכרוכים בהחלטה ליטול זרע מן המת ולהשתמש בו או להימנע מכך.

## א. משפט משווה

תחילה אפנה לאופן בו נוהגות מדינות דמוקרטיות ליברליות, אשר משמשות לעיתים קרובות מקור לבחינה משפטית בקרב החקיקה והפסיקה בישראל, ובתור כך מקור להעשרת הדיון במשפט הישראלי.<sup>10</sup>

התפיסה המשפטית באוסטרליה דומה לזו שבישראל, ומתירה נטילה ושימוש בזרע מן המת בהתקיים מספר תנאים אשר מבהירים כי בת הזוג היא זו האמונה על שיקוף רצונו של המת, ובלבד שאין ראיות שהמת היה מתנגד לכך.<sup>11</sup> אולם במדינות דמוקרטיות ליברליות רבות מוטלים סייגים קשים על אפשרות הפעולה על בסיס ההנחה בדבר רצונו של המת. בבריטניה,<sup>12</sup> בקנדה, ביפן ובהולנד ניתן ליטול ולהשתמש בזרע מן המת, רק אם קיימת הסכמה של המת בכתב. אין די בעדות שמיעה של עדים, ואף לא בחתימת המנוח על מסמך שלא נכתב על ידו.<sup>13</sup> בצרפת, בגרמניה ובשוודיה אסור ליטול ולהשתמש בזרע מן המת אף אם הסכים לכך טרם מותו, לאור אי היכולת לאמת את רצונו האמיתי לאחר מותו.<sup>14</sup>

מנקודת המבט של ההלכה היהודית, החשש מנטילת זרע מן המת נובע מן האפשרות לפגיעה בכבוד המת. לפי הגישה המקובלת בהלכה, לא נדרש להוכיח שלמת היה "רצון אקטיבי", ומותר ליטול זרע מן המת ולהשתמש בו אם הנפטר הסכים לכך בחייו, ואף אם ניתן להסיק שהיה אדיש לנטילה ולשימוש. בהעדר בסיס עובדתי מספק לקביעת רצונו המשוער של המנוח יש להימנע מהנטילה והשימוש.<sup>15</sup>

מכאן, שבעוד שבישראל ובהלכה היהודית ישנה הנחה כי ניתן לגזור את רצונו של המת מעדות בת הזוג, הרי שבמדינות אחרות מכירים בכך שהדבר קשה עד בלתי אפשרי, ועלול להוביל להחלטות הסותרות את רצון המת. הנחיית היועץ המשפטי

<sup>10</sup> דפנה ברק-ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה – היבטים מוסדיים, תרבותיים ויישומיים" דין ודברים ד (2008). לפי ברק-ארז, השימוש במשפט המשווה נעשה לאור ההשפעה ההיסטורית שיש למערכות משפט בעולם על מערכת המשפט שהתגבשה בישראל, דוגמת החוק העות'מאני והחוק הבריטי.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> HUMAN FERTILIZATION AND EMBRYOLOGY ACT, 2008 C. 22, Sec' 39  
<sup>13</sup> Stav Oved Ovics, Shira Baram, Simon Nothman, Amir Weiss and Ronit Beck-Fruchter, *Beck-Fruchter R. Perimortem and postmortem sperm acquisition: review of clinical data*, 39 JOURNAL OF ASSISTED REPRODUCTION AND GENETICS 977 (2022).

<sup>14</sup> K. Tremellen & J. Savulescu, *A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception*, REPROD BIOMED ONLINE (2015).

<sup>15</sup> ירון אונגר *הפרייה שלאחר המוות על פי המשפט העברי* סעיפים 6-7 (הלשכה המשפטית של הכנסת, 2017).

גם אינה מספקת התמודדות עם טיעונים העולים במדינות האוסרות על נטילה ושימוש בזרע מן המת.

## ב. האם בת הזוג מייצגת את רצון המת?

כאמור, הנחיית היועץ המשפטי קובעת כי בת הזוג היא מקור נאמן לשיקוף רצונו של המת בדבר השימוש בזרעו. אולם בדין הישראלי ישנו חוסר עקביות באשר ליכולת להישען על עדות בת הזוג כמשקפת את רצונו של בן זוגה, שאינו יכול להעיד בעצמו. דרך אחת בדין היא לראות בבת הזוג כמי שמשקפת נאמנה את רצונו של בן זוגה, כמו במקרה של החולה הנוטה למות. חוק החולה הנוטה למות קובע שאחד הכלים להעריך את רצונו של הנוטה למות הוא עדותו של אדם קרוב.<sup>16</sup> החוק מסמך את שר הבריאות לקבוע מי הוא אותו אדם קרוב, ומשרד הבריאות מגדיר אותו כבעל קרבה משפחתית או רגשית משמעותית.<sup>17</sup> דרך שנייה בדין באה לידי ביטוי במסגרת חוק הירושה, שבו בהעדר צוואה, החוק מגדיר את זכות הירושה, ולא מבקש לתהות על רצונו של המת לפי עדות בת זוגו.<sup>18</sup> בת הזוג איננה בעלת מעמד לקבוע מה יעשה בירושת המת, למעט בחלק שהוקצה לה על-פי החוק או הצוואה.

ייתכן שחוסר העקביות בין שתי הדרכים נובע מהנחות סמויות בדבר השיקולים שתשקול בת הזוג: במקרה של חלוקת ירושה ההנחה הסמויה היא שהיא תעדיף את טובתה האישית, ובמקרה של בן זוג הנוטה למות ההנחה היא שהיא תעדיף את טובתו.

קושי נוסף בהישענות על עדות בת הזוג כמשקפת את רצונו של המת, מבוסס על הטענה כי בת הזוג עלולה להשתמש במצב שנוצר כדי להשיג מטרות אישיות או כלכליות – מה שעשוי להוביל לחוסר ודאות בדבר ההתאמה בין דבריה לבין רצונו האמיתי של המת.<sup>19</sup> טענה משלימה היא שבהעדר הסכמה מפורשת של המת, קיים קושי בניסיון להקיש על רצונו על סמך דברים שאמר או ערכים שהביע בעבר.<sup>20</sup> במילים אחרות, מי שמעידים על רצונו עלולים להיות בניגוד עניינים, ולפעול מתוך גחמות אישיות ולא מתוך רצונם לכבד את רצונו של המת.

בסקירה שנערכה עבור הצעת חוק בנושא, נקבע כי אין מקורות הלכתיים התומכים בגישה שהקשר הזוגי בין המת לבת הזוג מתעלה על הקשר שבין המת להוריו לעניין נטילה ושימוש בזרעו לאחר מותו: "[...] ניתן להסתייע בקרוביו. אולם, אין עדיפות לקרוב משפחה זה או אחר בקביעת הרצון המשוער של המת".<sup>21</sup>

<sup>16</sup> חוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005.

<sup>17</sup> משרד הבריאות **דף מידע לציבור – חוק החולה הנוטה למות** (2013).

<sup>18</sup> חוק הירושה, התשכ"ה-1965.

<sup>19</sup> איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה", **הארץ דין** א 11 (2004).

<sup>20</sup> C. Strong, J. R. Gingric & W. H. Kutteh, *Ethics of postmortem sperm retrieval: ethics of sperm retrieval after death or persistent vegetative state*, 15 HUM. REPROD. 739 (2000).

<sup>21</sup> אונגר, לעיל ה"ש 15, בסעיף 7.

גם אם נקבל את העמדה המבוטאת בהנחיית היועץ המשפטי, צפה ועולה שאלה נוספת: מי היא בת הזוג המשקפת רצונו נאמנה? בהנחיות היועץ המשפטי מודגש שלא מדובר דווקא בבת זוג נשואה. אכן, הצורך בעקבות מלחמת "חרבות ברזל" מקיף בנות זוג שאינן נשואות. המשרעת של "בת זוג" רחבה: היא יכולה להיות בת זוג נשואה עם ילדים, בת זוג נשואה ללא ילדים, בת זוג מאורסת, חברה של המת, שטרם החליט להקים איתה משפחה ואף בן זוג כמו במקרה של עומר אוהנה שבן זוגו שגיא גולן נהרג במלחמת "חרבות ברזל".<sup>22</sup> גם אם מקרים אלה טרם קרו עד היום, אפשר שבעתיד תעלה דרישה גם מצד בת זוג מחוץ לנישואין, שתטען שהמת הבטיח לה שיתגרש מאשתו וינישא לה. הקושי שמעוררת הנחיית היועץ המשפטי נובע מכך שיש עוצמות שונות של זיקה בין בת הזוג ובין המת, מהקושי להעריך את עוצמת הזיקה, ומהאפשרות לטענות סותרות מצד בנות זוג שונות של המת.

## ג. מחירי הטעות – פעולה אקטיבית או אימימוש פסיבי?

עד כה הוצגו הקשיים באשר ליכולת להעריך את רצונו של המת: גם עצם הקושי העקרוני להעריך בדיעבד את רצונו של המת, וגם הקשיים הספציפיים להשגת הוודאות בדבר רצונו של המת בשיטה שנבחרה להישען על עדות בת הזוג. לאור אי הוודאות הגלומה ביכולת להעריך את רצונו של המת, סביר שיהיו טעויות בהערכה זו, ואולי לא מעטות. מכאן הצורך לדון במחירי הטעות בהחלטה בדבר נטילה ושימוש בזרע.

נבחין בין שני סוגי טעויות: טעות מסוג אחד היא נטילה ושימוש בזרע מבלי שהמת "היה רוצה", וטעות מסוג שני היא הימנעות מנטילה ושימוש בזרע בהנחה שהמת "היה רוצה" שכך יעשה. הטעות מהסוג האחד היא תוצאה של פעולה אקטיבית, והטעות מהסוג השני היא תוצאה של אימימוש פסיבי.

במספר תחומים משפטיים מקובל להעריך את מחיר הטעות בעקבות פעולה אקטיבית כגבוהה מזה של אימימוש פסיבי. כך, החוק רואה את חומרת הביצוע האקטיבי של פשע כגבוהה בהרבה מחומרת אי מניעתו (כלומר חוסר פעולה), ובהתאם קובע פער גדול בעונשים בין העבירות.<sup>23</sup> כלומר, המחיר של פעולה אקטיבית גבוה מזה של אימימוש פסיבי המוביל לאותה תוצאה. במסגרת דיון שנערך בנושא המתת חסד, נקבע שהמתת חסד פסיבית (לדוגמה איחיבור למכונת הנשמה) נתפסת בדין כמחדל שאין בו הפרת חובה לפי "חוק זכויות החולה", מה שלא נכון לגבי המתת חסד אקטיבית (למשל הזרקת רעל) האסורה כליל.<sup>24</sup> מכאן, שגם אם עסקינן בדיני נפשות, לפי מסקנות הדיון, פעולה אקטיבית חמורה לאין שיעור מאימימוש פסיבי המוביל לאותה תוצאה בדיוק – מות החולה.

אם נאמץ שיטה זו בעניין המתת חסד, הרי שניתן לראות באימימוש רצון המת פעולה פסיבית שהיא בגדר מחדל, ואילו בשימוש בזרעו בניגוד לרצונו פעולה

<sup>22</sup> שילוני, ראו לעיל ה"ש 2.

<sup>23</sup> חוק העונשין התשל"ד-1977, סעיף 262.

<sup>24</sup> אליקים רובינשטיין "על הרפואה ועולם המשפט בישראל" המשפט ח 645, 659-661 (2003). ראוי לציין שרובינשטיין קבע כך בדבר המתת חסד באותה שנה שבה נתן כיועץ משפטי את ההנחיה בדבר נטילה ושימוש בזרע מן המת.

אקטיבית, שמחיר הטעות בה גדול יותר. גם אם נקבל את ההנחה כי במרבית המקרים ניתן להעריך שהמת רצה בהמשכיות זרעו יחד עם בת זוגו, הרי שנותר ספק באשר לרצונו הוודאי.<sup>25</sup> לכן, לאור הספק, ומנקודת המבט של מסקנת הדיון בנושא המתת חסד, נכון להעדיף את הפעולה הפסיבית של אי־מימוש רצונו של המת על פני פעולה אקטיבית בניגוד לרצונו לאור השיקול של מחיר הטעות.

## סיכום

הסוגייה בענייננו מעוררת אתגרים, הן משפטיים והן מוסריים. לאור מאפייני התקופה הנוכחית, שבה צפה במלוא עוצמתה דילמת הנטילה והשימוש בזרע מן המת, נדרש למצוא פתרון. אין מדובר בבעיה חולפת אלא בסוגייה דחופה, כפי שניתן לראות מעתירות שונות המוגשות בפני בית המשפט העליון בעניין נטילה ושימוש בזרע מן המת, וכפי שעולה מהשיח הציבורי סביב השאלות המוסריות שמתעוררות. אנו נמצאים במצב מורכב, שבו מבוצעות נטילות זרע רבות מבלי שיש הסדרה בחקיקה. עקב העדר הסדרה חקיקתית נוצרת לקונה, בפרט על רקע חוסר במענה לאתגרים אפשריים כפי שהועלו במאמר זה.

העמדה הישראלית, לפיה עדות בת הזוג משקפת את רצון המת (אלא אם הוכח אחרת) שונה מהחוק במדינות אחרות, ואף אינה עולה בקנה אחד עם חקיקה ישראלית בתחומים אחרים (כמו בחוק הירושה). במצב זה, ולנוכח אי הודאות האינהרנטית בדבר רצון המת, מנקודת מבט משפטית מחיר הטעות של נטילה ושימוש בזרע מהמת עלול להיות גדול, ומעמיד בסימן שאלה את הלגיטימציה של הפעולה, בהיותה פעולה אקטיבית.

אדגיש שהמאמר מתמקד רק בבחינת הנושא מנקודת מבט משפטית, ובהצבעה על מספר לקונות שמצריכות מענה בחקיקה. קצרה בו היריעה מלדון בשאלה המוסרית מה ראוי לעשות, ולכן אין בו המלצה לתוכן החקיקה הנדרשת.

ישנם נושאים נוספים שעולים במסגרת הדיון על נטילה ושימוש בזרע מן המת, שמצריכים עיון נוסף. בפרט, מדובר בשני נושאים הקשורים בזכויות של בעלי עניין: נושא אחד הוא טובת הילד – האם יש לראות בהבאת ילד בעזרת זרע מן המת בגדר "יתמות מתוכננת", הפוגעת בטובת הילד שייוולד לעומת מצב של הולדה לשני הורים חיים, או שיש לראות בה תרומה לטובת הילד, מכיוון שהיא מעניקה לו דמות אב ומשפחה רחבה תומכת לעומת הולדה מתרומת זרע אנונימית? נושא שני הוא זכות הורי המנוח להמשכיות – מצד אחד, הנחיית היועץ המשפטי מ־2003 והפסיקה מדירות את ההורים, אך מצד שני הטענה בדבר זכותם להמשכיות עולה בדיון הציבורי ובהצעת החוק הנוכחית, ויש לה הד בהוראת היועצת המשפטית הנוכחית בעקבות מלחמת "חרבות ברזל", המאפשרת להורים לדרוש ליטול את זרע בנם שנהרג, ומבססת את הצעת צה"ל להורים השכולים.

אזכור מוצע: איתמר הלר "על הלקונה החקיקתית בדבר הנטילה והשימוש בזרע המת" רשות הרבים - מאמרי ביכורים (26.11.2024).

<sup>25</sup> ראו שם.