

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 הקונקרטיות 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 הכל, המת אינו ההורה של הצאצא שייוולד, במובן המקובל והפעיל של המונח "הורה". המת לא "יאלץ" למלא את החובות המוטלות, דרך כלל, על הורה אל מול ילדו. 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.