

## תוכן

1	מבוא
2	האם קמה למדינה זכות להתערב בהליך
4	האם שימוש בזרעו של הנפטר מוסדר בחקיקה
4	חוק הירושה
5	חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
6	חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג - 1953
6	הנחיות היועמ"ש
7	ועדת מור בר יוסף
8	הצעת חוק תרומת זרע, התשע"ו-2016
8	שימוש בזרע המת לצורך הפרייה – עמדת הפסיקה
11	עניין פלונית הנ"ל
14	סיכום – דיון בשאלת המחקר
17	מקורות

התחת אלוהים הוא השופט "שאם יחפוץ יתיר שימוש בזרעו של הבן המנוח, יאפשר הבאת ילד לעולם ויגשים את חלומה של האם השכולה, ואם לא יחפוץ, יותירה בכאבה, בחסרונה ובזעקתה!!!"<sup>1</sup>

## מבוא

בתי המשפט בישראל הם חלוצים בדיון במספר סוגיות הנוגעות לתחום טיפולי פרוין. בביהמ"ש הישראלי התעוררה לראשונה בעולם השאלה מה דינן של ביציות מופרות, כאשר האישה רוצה לעשות בהן שימוש, ואלו הגבר מתנגד לכך. שאלה זו נדונה בפרשת נחמני.<sup>2</sup> באותו עניין דן ביהמ"ש במקרה של בני זוג שעברו הליך של הפריה חוץ – גופנית, והיו בהליכים לאיתור אם פונדקאית. בין לבין עזב הבעל את הבית והקים משפחה אחרת. ביהמ"ש העליון דן בשאלה, האם יש לאשה זכות לקבל לרשותה את הביציות המופרות לצורך השתלתן ברחם פונדקאית, כאשר הבעל מסרב לכך. דעת הרוב (השופטים שטרסברג כהן, ברק, לוי וזמיר) קבעה כי לא ניתן לכפות הורות בכוח, בין השאר, מאחר והדבר פוגע בהגשמה העצמית של האדם, ובזכותו לקבל הכרעות אינטימיות ללא התערבות המדינה. בדיון נוסף<sup>3</sup> שהתקיים בהרכב של 9 שופטים נהפכה ההלכה. דעת הרוב (השופטים דורנר, גולדברג, טירקל, בך ומצא) קבעה כי הזכות שלא להיות הורה היא פחותת ערך מהזכות להיות הורה.

ביהמ"ש הישראלי התעוררה לראשונה בעולם גם השאלה מה הדין, כאשר תורם זרע רוצה לחזור בו מהתרומה, ואילו האישה רוצה לעשות שימוש בזרע, כדי שילדיה יהיו כולם מאותו אב.<sup>4</sup> באותו עניין דן ביהמ"ש במקרה

בו אשה הרתה מתורם זרע אלמוני, ושמרה (בתשלום) זרע שלו, על מנת שילדה הנוסף יהיה מאותו אב. בינתיים חזר התורם בתשובה, וחזר בו מהסכמתו לתרומה. ביהמ"ש (השופטים רובינשטיין, ברק ארז ועמית) קבעו כי בהתנגשות הרצונות הנ"ל, רצונו של תורם הזרע שלא להיות אב גנטי לצאצאים נוספים, גובר על אינטרס העותרת להבאת ילדים לעולם בעלי אותו מטען גנטי. יחד עם זאת הודגש כי אפשרות החזרה מהתרומה אינה בבחינת "זכות וטו" של התורם לאורך כל הדרך, והיא תלויה בשיקולים שונים.

כן דן ביהמ"ש הישראלי, לראשונה בעולם, בשאלה מה דינן של מנות זרע שנשאבו מאדם מת, כאשר הוריו רוצים לעשות שימוש בזרע, בניגוד לדעתה של האלמנה.<sup>5</sup> הדיון בפס"ד זה עומד במרכז של עבודה זו, שעניינה הוא השימוש ב"זרעו של המת" לצורך הפריה. שאלת המחקר העומדת לדיון בעבודה זו היא, האם ראוי שהמשפט יאפשר שימוש בזרעו של נפטר, בנסיבות שבהן לא קיימת הסכמה של הנפטר מראש, וגם לא קיימת צוואה.

ההליכים הרפואיים העוסקים בפריון והולדה מעלים נושאים בעלי משמעות והשלכות בענפים לבר משפטיים, כמו השקפות חברתיות, דתיות ומוסריות, ומעוררים שאלות הנוגעות לתפיסות בחברה לגבי מוסד המשפחה ונושא ההולדה, לרצון הקמאי-אבולוציוני של הפרט להתרבות ולהמשכיות, ולשאלות הנוגעות לטובת הילד ולמעמדו ביחס לאביו הביולוגי. גיבוש עמדה בשאלות מורכבות ורגישות אלה, אינן מצטמצמות לפן המשפטי, והן מערבות ומושפעות גם מערכים, נורמות חברתיות ואמונות ודעות.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> תמ"ש (משפחה באר שבע) 28012-10-16 פלונית נ' פרקליטות מחוז דרום - אזרחי (פורסם בנבו, 24.08.2017)

<sup>2</sup> ע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רותי נחמני, מט(1) (1995)485

<sup>3</sup> דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, נ(4) (1996)661

<sup>4</sup> בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, סו(1) (2013)274

<sup>5</sup> בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.12.2016) להלן: עניין פלונית הנ"ל

<sup>6</sup> שם סע' 2 לפסה"ד של השופט מזוז

הנחת המוצא מבחינה משפטית היא, כי העובדה כי ההתפתחות הטכנולוגית ברפואה מאפשרת דרכי פריון שאינם טבעיים, אינה מקימה זכות משפטית, ביחס לדרכי פריון אלה. עמדה על כך השופטת ברק – ארז כאשר קבעה:

” אכן, הטכנולוגיה פותחת בפנינו אופקים חדשים, ומעניקה לנו אפשרויות בחירה נוספות. אולם, העובדה שאפשרויות טכנולוגיות ומדעיות מאפשרות נקיטת צעדים מסוימים אינה מקנה, כשלעצמה, זכות לעשייתם”<sup>7</sup>

למרות השיעור הגבוה של טיפולי פריון בישראל, חלק מהנושאים הקשורים בטיפול פריון, אינם מוסדרים בחקיקה ראשית, אלא, באמצעות תקנות או נהלים בלבד. נושאים אחרים, כמו נושא השימוש בזרע המת לצורך הפריה, טרם זכו להתייחסות המחוקק או מחוקק המשנה. כתוצאה מכך, כל בקשה מסוג זה המגיעה לביהמ”ש מחייבת הכרעה פרטנית, בהתאם לנסיבות המקרה.<sup>8</sup> הקושי של ביהמ”ש במתן הכרעה בנושא אישי ורגיש זה, בא לידי ביטוי בדבריו של השופט גביזון שצוטטו במבוא לעבודה.

העבודה תפתח בשאלה העקרונית, המתייחסת לעצם זכותה של המדינה להתערב בעניינים אישיים של אזרחיה כגון ילודה. בהמשך תבחן העבודה האם שימוש בזרעו של נפטר מוסדרת בחוק. לאחר מכן תתייחס העבודה לגישת הפסיקה לעניין השימוש בזרע הנפטר לצורך הפריה. החלק האחרון של העבודה יסכם את הדין המצוי, כפי שסיקר לאורך עבודה זו, וידון בשאלה האם דין זה הוא גם הדין הרצוי.

### האם קמה למדינה זכות להתערב בהליך

המשפט נמנע עד כמה שניתן להתערב בחיי המשפחה. ההתערבות של המשפט בעניינים משפחתיים נעשית רק בעתות מצוקה ומשבר. עמד על כך השופט הנדל כאשר קבע: ”משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה. המפגש ביניהם מתרחש בעיתות משבר של המשפחה, ולא ברגעי הצלחתה. כל אחד אף מביט בזהירות כלפי השני. המשפחה שוחרת פרטיות, והמשפט אינו מעוניין לשמש ”הורה על”, ולהיכנס לעובי הקורה של מנעד הפרטים הדורש הכרעה בחיי היום-יום של הילד”<sup>9</sup>.

גישת היסוד בשיטות-משפט מערביות היא, שהחברה אינה רשאית להתערב בשאלות אינטימיות של הולדה, אלא, רק אם יש צורך בהתערבות כזו מנימוקים כבדי משקל. ”ההנחה הגלומה בגישה זו היא, שאדם זכאי לממש את רצונו להיות הורה, או שלא להיות הורה, כהחלטה אישית המסורה לו בתוקף זכותו לצנעת הפרט”<sup>10</sup>. הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם, והקשר הקיים בין הורים לבניהם יסודו בעובדה הטבעית, שהילד נולד להוריו מולידיו.”<sup>11</sup> התעברות, היריון ולידה הם אירועים אינטימיים, שכל

<sup>7</sup> בג"צ 4077/12 הע"ש 4 לעיל סע' 12 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז

<sup>8</sup> המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל מאי 2012 עמ' 4-5 להלן:

ועדת מור בר יוסף

<sup>9</sup> דנ"א 1892/11 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, סד(3) 356 (2011)

<sup>10</sup> **שיפמן, "הורה בעל כורחו** מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" **משפטים** יח 459 (תשמ"ח-תשמ"ט)

<sup>11</sup> ע"א 451/88 **פלוניום נ' מדינת ישראל**, מד(1) 330 פיס' 9 לפסה"ד (1990)