

בחינה ביקורתית של הדין בישראל ביחס לשימוש בזרע של נפטר לצורך הפריה

”כי ברך אברכה והרבה ארבה את זרעך ככוכבי השמים וכחול אשר על שפת הים...”¹

שם הסטודנט: עמית אמסלם

שאלת המחקר: מהו הדין הקיים ביחס לאפשרות להשתמש בזרעו של נפטר לצורך הפריה, והאם הוא עולה בקנה אחד עם העקרונות בדבר זכויות החלל על גופו ופרטיותו?

נושא הגג: משפט וטכנולוגיה

שם המתרגל: גל קורן

תאריך: 9/5/2023

מילים בגוף העבודה: 3500

מילים בה"ש תוכניות: 400

¹ בראשית כב 17.

הפקולטה למשפטים
האוניברסיטה העברית בירושלים

	תוכן עניינים
3	1. מבוא
3	2. רקע מקדים
4	3. הדין הנוהג
5	4. דיון ביקורתי
5	4.א. יציבות הדין
6	4.ב. הרצון המשוער והחזקה
8	4.ג. הסיכון המובנה
9	5. הדין בבריטניה
11	6. הדין הראוי
11	7. סיכום
13	רשימה ביבליוגרפית:

1. מבוא

עם התפתחות הרפואה המודרנית והטכנולוגיה הרפואית, נדרשים בני האדם וגופים חברתיים לשאלות מוסריות, חברתיות ומשפטיות מורכבות, המתעוררות עם היתכנות ביצוע הליכים רפואיים שבעבר היו בגדר בלתי אפשריים.² לצד המורכבות הזו, רבים מעוניינים בביצוע ההליכים הללו, ובפרט בביצוע הליך של נטילת זרע מן המת ושימוש בו לצורך הפריה. ניתן למצוא בספרות היהודית ביטויים רבים לעוצמת הכמיהה לילדים, המקפלת בתוכה את רצון האדם בדבר המשכיותו.³ מכך העיסוק בהליך שלפנינו, המאפשר לקיים את רצונות הפרטים בחברה ב"המשכיות" הנפטר, עשוי מטבעו להיות רגיש. מערכות משפט ומומחים מסביב לעולם עוסקים בשאלת שימוש בזרעו של נפטר לצורך הפריה,⁴ אך בישראל, דומה כי ישנה רגישות מיוחדת, לאור המקום שתופס השכול בחברה הישראלית. מהתמקדות בשאלת השימוש בזרעו של נפטר לצורך הפריה, במקרים בהם הנפטר מת מוות פתאומי מבלי להותיר גילוי דעת ברור מצידו בעניין, עולה תמונה מעניינת. מפאת קוצר היריעה, לא אעסוק בשאלת נטילת הזרע אלא אך בשאלת השימוש בו, ולא אעסוק בזכויות האלמנה ושאר בני המשפחה, ואבחר להתמקד בזכויות המת.

2. רקע מקדים

בשנים האחרונות התפתחו טכנולוגיות שאפשרו שאיבת זרע מן המת ושימוש בו לשם הפריה והקמת צאצא. שאלות בנושא טכנולוגיות אלו הגיעו לפתח בית המשפט כשאזרחים ביקשו לעשות בהם שימוש, ומטבע הדברים נדרש בית המשפט לתת מענה לשאלות אלו, בהיעדר חקיקה מסדירה. היום מאפשרת הטכנולוגיה את ביצוע ההליך באופן שנחשב פשוט יחסית, באחת משתי דרכים עיקריות, בעזרת "שוק" חשמלי הגורם לפליטת הזרע ובעזרת קצירתו בהליך כירורגי.⁵ כיוון שמרגע המוות פרק הזמן לביצוע ההליך קצר, כשקמה בקשה, נוטלים את הזרע מתוך הנחה שהדיון המשפטי יתקיים סביב שאלת השימוש בו.

מטבע הדברים, עם הזמן, התגלעו מחלוקות שונות בעלות נסיבות ייחודיות שעוררו בבתי המשפט ובשיח הציבורי בישראל דיונים בשאלות משפטיות וחברתיות מורכבות; וכפי שאמרה באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועמ"ש") "המציאות עלתה על כל דמיון".⁶ נראה שרלוונטיות השאלה המשפטית גוברת במיוחד כשעוסקים במקרי מוות פתאומי תוך היעדר גילוי דעת ברור מצד הנפטר; במקרים אלה אבקש לדון ברשימה זו.

² מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21, 25 (1989).

³ יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתת: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" מאזני משפט ד 464, 463 (תשס"ה); דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, נ(4) 661, 737 (1996).

⁴ בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פס" 6 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 22.12.2016) (להלן: "עניין פלונית נ' פלונית").

⁵ איתי אפטר ונורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה" הארת דין א 11, 13 (תשס"ד) (להלן: "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו").

⁶ עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 4, בפס" 10 לפסק דינה של השופטת חיות.

בשנים האחרונות הוצעו הצעות חוק שונות כחלק מהניסיון להסדיר את הסוגייה, אך אלו לא הבשילו לכדי חקיקה.⁷ לפיכך, היום ביצוע הליך של שימוש בזרע של נפטר לצורך הפריה מתאפשר מבחינה משפטית רק כשניתן צו שיפוטי המורה על כך.⁸ מעת לעת אזרחים פונים לבית המשפט בבקשה לעשות שימוש בזרעו של נפטר, והבקשות נידונות לגופן. כבר בהתעוררות השאלות הראשונות בנושא נדרש היועמ"ש להציג את עמדתו,⁹ אותה גיבש בהתאם למקרים האקטואליים לאותה עת, ולאחר סדרת דיונים שנערכו במשרד המשפטים בשיתוף נציגי המדינה ומומחים למשפט, לרפואה ולפילוסופיה.¹⁰ מתוך רצון ליצור אמות מידה וכללים ברורים ואחידים לפתרון מקרים העשויים להתעורר בעתיד, פרסם היועמ"ש בשנת 2003 את מסמך ההנחיות בעניין תחת הכותרת "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו".¹¹ בהעדר חקיקה רלוונטית, כיום הכללים המנחים הקיימים נובעים ממסמך ההנחיות ומפסקי הדין שניתנו בנושא, זאת מתוקף עקרון התקדים בפסיקה.¹² הפסיקה בנושא, מתבססת גם היא על מסמך ההנחיות הרשמי, או לחלופין על חוות דעת היועמ"ש לגבי התיק הנדון, ולפיכך למסמך ההנחיות חשיבות בלתי מבוטלת.¹³

מסמך ההנחיות גורס כי יש להתחקות אחר רצון הנפטר, שיתכן שהובע בהסכמה או בהתנגדות מפורשים, ויתכן שהובע בהתנהגות; רצון זה לא ישמש שיקול בלעדי, אך יוענק לו משקל משמעותי, וכן במקרים של אינדיקציה להתנגדותו אף משקל מכריע. צוין, כי במקרים של מוות בלתי צפוי, שתיקת הנפטר לא תשמש כאינדיקציה להיעדר רצון. במסמך, קמה חזקה הניתנת לסתירה, לפיה אדם שהיה בזוגיות בעת פטירתו, מעוניין בהמשכיותו, ושרצון להעמדת צאצאים לאחר המוות, עולה בקנה אחד עם עניינו בהמשכיותו; חזקה זו מקבלת ביטוי בהנחיה, לפיה בכל מקרה של היעדר אינדיקציה להתנגדות, יתאפשר לבת זוגו, ככל שתרצה בכך, לעשות שימוש בזרעו לצורך הפריה.¹⁴ עוד צוין שבהעדר בת זוג לא יהיה ניתן לאפשר את השימוש. בין השיקולים השונים שנלקחו בחשבון בקביעת תוכן המסמך, נמצאים כיבוד רצון הנפטר ורצון בת זוגו, מעמד ההולדה בחברה הישראלית ואינטרסים של הנצחת המת, שימור זכרו והעמדת צאצאים כיסוד חשוב במסורת היהודית.

כאמור, את המחקר ביצעתי, תוך התמקדות בנקודת מבטו של הנפטר. הקשר זה, יש מקום, כשאלה מקדימה, לעסוק בשאלת קיום זכויותיו של המת. שכן, לפנינו סוגיה בה עלולים להתנגש זכויות של פרטים שונים, אל מול אלו של המת. נקודת ההנחה שלמת עומדות זכויות אינה מובנת מאליה, אך

⁷ הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון - שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022.

⁸ שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁹ ס' 3 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו" (27.10.2003) (להלן: "הנחיית היועץ המשפטי לממשלה").

¹⁰ שם, בס' 2.

¹¹ שם, בס' 3.

¹² ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה.

¹³ 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) (להלן: "הפסקים הסמויים מן העין"). חשוב לציין כי יש קושי לערוך ניתוח של פסיקות פרטניות בנושא הולדה לאחר המוות, הנידונות בדלתיים סגורות מפאת צנעת הפרט, כיאה לתיקים בענייני משפחה ואישות. מרבית פסקי הדין אינם גלויים לכל, ואין סקירה גורפת או ניתוח סטטיסטי שלהם. עם זאת, כפי שגרסו כתבן, בוגוש והלפרין-קדרי במאמרם, ישנה חשיבות לניתוח המידע הגלוי, כיוון שזמינותו לציבור ולעורכי הדין, יוצרת את השפעתו על הדין. בענייננו, בהעדר חקיקה, מרכז הכובד של המידע הגלוי הרלוונטי נמצא במסמך הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, שעל אף הגישות השונות הנקטות בבחינתו בפסיקה כפי שאסביר בהמשך, בכל מחלוקת פונים לבחינתו והוא מהווה את העוגן המרכזי בדין שחל בעניין.

¹⁴ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 9, בס' 14.

הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים

בפסיקה הישראלית נקבע זה מכבר שהזכות לכבוד האדם עומדת גם לנפטר מתוקף חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁵ עוד נקבע שמזכות זו נובעות הזכויות להורות ולאי הורות.¹⁶ בתחומי משפט שונים הדין הישראלי מכיר בחשיבות רצון המת ובחשיבות קיום רצון זה.¹⁷ בכדי לא לפגוע בזכויותיו יש לאפשר לפרט לקיים את רצונו, ולא לעשות שימוש בגופו ובזרעו באופן המנוגד לרצונו, כך גם כשמדובר במת.

4. דיון ביקורתי

4.א. יציבות הדין

דומה שהניסיון ליצירת אחידות בפתרון הסוגיות לא השיג את מבוקשו. ראשית, נפקות ההנחיות שנויה במחלוקת, זאת מתוקף היותן פרי היועמ"ש, שמעמדו מוגדר כמחייב את הממשלה, אך לא את הרשות השופטת.¹⁸ ברטוריקה השיפוטית נראה שאין חולק על הגדרת מעמדן כלא מחייב,¹⁹ ובכל זאת נראה שבפרקטיקה שופטים גורסים שיש לנקוט בבחינתן גישות שונות, פעמים כשהם מחזקים את מעמד ההנחיות ואת תוכן כרלוונטי,²⁰ ופעמים כשמעידים על העדר התאמה לתקופה ולפתרון השאלה הנידונה.²¹ שנית, המכהנים השונים בתפקיד היועמ"ש פירשו אחרת את ההנחיות. עמדת אליקים רובינשטיין, שכיהן בעת גיבושן, הייתה שחזקת הרצון תעמוד בתוקפה רק כאשר לנפטר הייתה בת זוג בעת פטירתו, וכן שחזקה זו תתקיים רק לגבי רצון להקים צאצא בדרך הפרייטה. לעומתו יהודה וינשטיין, שכיהן בתפקיד מאוחר יותר, טען שלעיתים יש להרחיב את ההיתר גם לנשים שהמנוח לא הכיר.²² שלישית, מסמך ההנחיות זוכה ליחס אמביוולנטי גם מחוץ לכותלי בית המשפט שלישית, כשמחד בוקר באופן נוקב בספרות על ידי מלומדים,²³ ומאידך כשמשנה תוקף ואומץ לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/7 ולוועדה לבחינת ההסדרת הנושא

¹⁵ אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** פרק 15, 382 (2014). מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57, 113 (תשס"ח).

¹⁶ לכך יש ביטויים בפסיקה ובספרות. ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, מט(1) 485, פס' 8 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן (1995); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, נ(4) 661, פס' 11 לפסק הדין של השופטת ד' דורנר (1996); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** פרק 23 (2014).

¹⁷ "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים", להלן ה"ש 23, בעמ' 49-51.

¹⁸ בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 900, 910 (2002).

¹⁹ לצורך הדגמה, ניתן לעיין בעניין פלונית נ' פלונית. שם השופטת חיות (בדעת רוב) מציינת שניתן להיעזר בהן "כאמת מידה מנחה" והשופט מלצר (בדעת מיעוט באותו עניין) מצייין כי "ניתן להיעזר (בהן)". עניין פלונית נ' פלונית, לעיל ה"ש 4, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת חיות ובפס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר.

²⁰ שם, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת חיות.

²¹ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר; תמ"ש (משפחה-י) 27169-11-13 פלונית נ' המנוח פס' 31 לפסק הדין של השופט אלבז (נבו 2016.1.20). תמ"ש 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה פס' 158 (נבו 2016.9.27).

לימור מלול "ליצור חיים מן המת: השרשתם של נרטיבים לאומיים בישראל בשם הזכות להורות" רפואה ומשפט 52, 75-86 (2021).

²² יש קושי לעמוד מבחינה אמפירית על אופן השפעת שינויי גישות אלה על ההכרעות בפסקי הדין, זאת מכיוון שהשינוי האמור בעמדת היועמ"ש הובעה בחוות דעת על עניין שנידון בדלתיים סגורות ולא פורסם; גם בקשות מלומדים לעיין בחוות דעת זו נדחו. אולם, בדומה לנאמר ב"הפסקים הסמויים מן העין", לעיל ה"ש 13. ישנה חשיבות והשפעה למידע זה, שסוקר בתקשורת. יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרינטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" עיוני משפט לט 661, 682, ה"ש 91 (2016) (להלן: "בין רצון המת לרצונם של הנותרים בחיים").

²³ שם, בעמ' 687; "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו", לעיל ה"ש 5, בעמ' 14-15; יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים" סוציולוגיה ישראלית טז 31, 41-45 (2014) (להלן: "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים"); 21. כרמלה שלו "הזרעה לאחר המוות - ינוח בשלום על משכבו" רפואה ומשפט גיליון מס' 95 (2002).

בחקיקה, ועדת מור יוסף.²⁴ לאור כך ובהעדר הסדר חקיקתי, נוצרת גם אי בהירות בדבר הזכויות שקיימות לאזרחים, בהנחה שקיימות כאלה. כתוצאה מכך, לציבור עשוי להתעורר קושי לגשת לזכויות אלה ולממשן.

4.ב. הרצון המשוער והחזקה

במסמך הנחיות היועמ"ש ובפסיקה המתבססת עליו, מודגשת חשיבות רצון הנפטר וקיום רצון זה. מצד אחד, ברטוריקה השיפוטית, לרצונו זה מיוחסת חשיבות רבה, ולעיתים אף מכרעת, לפתרון הסוגייה. מצד שני, פעמים רבות נתקל בית המשפט במצבים בהם רצון זה לא הובע באופן מפורש והאינדיקציות הקיימות אינן חד משמעיות. מתוך שאיפה להתמודד עם מצבים אלה, וכחלק מניסיון ההתחקות אחר רצון הנפטר, נקבע המושג "רצון משוער". כפי שאבאר עתה, ניסיון התחקות זה חשוף לביקורת.

ראשית, החזקה שנקבעה בהנחיות היועמ"ש מעוררת קשיים. המודל שמציע מסמך ההנחיות, אשר אומץ במידה רבה בפסיקות בית המשפט,²⁵ מקים חזקה, לפיה כאשר לנפטר הייתה בת זוג קבועה, ניתן לייחס לו "רצון" במידה מספקת בכדי להותיר עשיית שימוש בזרעו לצורך הפריית אותה בת זוג. נראה שחזקה זו קמה על בסיס הנחות אבולוציוניות פופולריות ומידת התאמתן לעת הנוכחית מוטלת בספק. פעם אחת, הן מתבססות על כך שמטרתה הטבעית של כל זוגיות היא הבאת ילדים;²⁶ ביסוס שעשוי להעלות קושי בעת בה הורים רבים בוחרים שלא להביא לעולם ילדים, מגדירים עצמם כ"אל הוריים" ובכך קוראים תיגר על הנחה זו. פעם נוספת, נראה שההנחיות מבטאות תפיסה אנטי-מודרנית לגבי תפקידם של נשים וגברים כהורים פוטנציאליים במערכת יחסים. הדבר בא לידי ביטוי בהנחה לפיה בראות עצמם כהורים, לגברים חשובה יותר המשכיות הגנטית בדמות צאצאים מזרעם, מאשר תפקודם כהורים פעילים, ועל כן גם לאחר מותם יהיו מעוניינים בקיום ההליך.²⁷ בפעם אחרת, נקשרים במסמך ההנחיות דיני הייבום לסוגיית ההולדה לאחר המוות כביטוי לכך שהרצון בהמשכיות מושרש בחברה הישראלית ובמסורתה, זאת מבלי להתייחס לכך שדינים אלה אינם מיושמים היום. הניסיון להצדיק כך את ההנחיות, מדגיש את היעדר הבסיס האמפירי במסמך ההנחיות ואת התבססותו על דינים, מנהגים ותפיסות, אשר בעיני רבים אבד עליהן הקלח.²⁸

שנית, הרצון אחריו מתחקה בית המשפט הוא רצון היפותטי בלבד. רצון הנפטר הממשי, אחריו מנסה בית המשפט להתחקות, פעמים רבות כלל לא התקיים מלכתחילה וניתן להעלות תהיות על האפשרות לברר רצון שכזה. בעיסוק במקרה של נפטר המת מוות פתאומי, סביר כי המת כלל לא נדרש בחייו לשאלה המונחת לפתחו של בית המשפט ומשכך לא הספיק לגבש רצון סובייקטיבי לגביה. נקודת מוצא זו מוזכרת גם במסמך ההנחיות וכן בפסיקה;²⁹ במסמך נקבע כי היעדר ביטוי

²⁴ עניין פלונית נ' פלונית, לעיל הי"ש 4, בפס' 19 לפסק דינה השופטת חיות; ס' 30 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007); משרד הבריאות ועדת מור יוסף פרק ו (2012).

²⁵ עניין פלונית נ' פלונית, לעיל הי"ש 4, פסק הדין של השופט הנדל.

²⁶ נטילת זרע מנפטר ושימוש בו, לעיל הי"ש 5, בעמ' 14.

²⁷ "בין רצון המת לרצונם של הנותרים בחיים", לעיל הי"ש 22, בעמ' 689-692.

²⁸ שם, בעמ' 688-689.

²⁹ למשל בעניין פלונית נ' משרד הבריאות, בפסק הדין מסתמך על מלומדים שעסקו בסוגיה הזו כדי לבסס הכרעה לטובת קיום ההליך. תמ"ש (משפחה ק' שמונה) 12977-01-14 פלונית נ' משרד הבריאות פס' 90 לפסק הדין של השופט קימלמן (נבו) 6.1.2015.

מפורש להסכמה, אין משמעו בהכרח שהנפטר לא רצה בכך, נוכח כך שלא נדרש כלל לשקול את הסוגייה. אינני מסכים לאבחנה זו, לדעתי אם הנפטר לא נדרש לשקול ולחשוב מה רצונו בנוגע לדבר מה מסוים, משמעות הדבר שאינו מעוניין באותו דבר מה, והקביעה הזו רלוונטית, לכל הפחות, עד שישקול ויגבש דעתו בעניין. ראוי להבחין בין שתי שאלות שונות שניתן להעלות בהקשר זה. האחת היא "מה היה רצון הנפטר?" – הנשאלת לגבי הרצון האקטואלי של המת, רצון שהתקיים בפועל, משאלת ליבו. השאלה השנייה היא "מה ככל הנראה היה רוצה הנפטר אילו היה מודע למצב הדברים כהווייתו?" – הנשאלת לגבי רצון היפותטי של המת, רצון שלא התקיים, אלא רק כזה שבבחינת "יכול היה להתקיים" בנסיבות שונות שבהן הנפטר היה מודע לעתיד להתרחש. בענייננו, לו היינו יכולים להיעזר במטה קסם שביכולתו לחשוף את רצונות הנפטר ברגעיו האחרונים, ככל הנראה לא היינו מוצאים בין אלה רצון אקטואלי שזרעו יינטל ממנו לאחר מותו לצורך הקמת צאצא, ולו משום שפשוט לא חשב על כך. מכך עולה כי לא בלבד שבפני בית המשפט קשיים להתחקות אחר הרצון, מפאת העדר גילוי דעת ברור של הנפטר, אלא שיתכן שכלל לא הייתה דעה של הנפטר בעניין. במילים אחרות, לצד החסר הראייתי, ייתכן שבין עובדות המקרה חסר רכיב עובדתי.

כך, עשוי בית המשפט לעסוק בשאלה השנייה,³⁰ ומשכך להחיל מבחנים אובייקטיביים תוך "הלבשת" הראוי, הצודק והסביר על הרצון הסובייקטיבי של המת, שכאמור ספק אם התקיים בעניין זה מעולם. כך עלולים להיזנח רצון המת הסובייקטיבי והתקווה לכבד את זכותו לאוטונומיה על גופו. אם אכן ראוי להתחקות אחר רצון המת מתוך כוונה לכבד את זכותו לאוטונומיה,³¹ צעידה באפיקים אובייקטיביים עשויה לפגום במטרה זו.

שלישית, בעוסקו בסוגיה שיקול בית המשפט עשוי להיות מושפע מהטיה פסיכולוגית. נראה כי שיטת הבחינה שמציעות הנחיות היועמ"ש, שיטה שעל פי הפסיקה הגלויה בנושא מיושמת על ידי בתי המשפט, להתחקות אחר רצון הנפטר ולהעריך אותו, אינה ניטרלית. יתכן שהשופטים הנדרשים להכריע בסוגיות המתעוררות בנושא מושפעים בפסיקתם מהטיה קוגניטיבית פסיכולוגית, המוכרת בשם "חשיבה מבוססת קוהרנטיות" (באנגלית: "coherence-based reasoning").³² לפי תופעה פסיכולוגית זו, כשאנחנו מחפשים אחר מידע, כשמעבדים ומעריכים אותו וכן כשאנחנו מציגים אותו, יש לנו נטייה לעשות זאת בצורה ובאופן שיחזקו את האמונות הקיימות שלנו או יקרבו אותנו אל התוצאות הרצויות. כתוצאה מכך, אנחנו עלולים להגיע להחלטות שאינן מאוזנות או מבוססות באופן מספק. וכך גם בשדה המשפטי, שם שופטים עשויים להיות מושפעים מ"הטיה האישושה"³³ (באנגלית: "confirmation bias").³⁴ כתוצאה מהאמונות הקיימות שלהם או מהתוצאה הרצויה להם, עלולים לתת משקל רב יותר לראיות התומכות בהחלטה המועדפת עליהם, תוך צמצום המשקל הניתן לראיות שעלולות לסתור אותה. כך עשויה להתעורר פגיעה בשיקול הדעת השיפוטי, כמו גם בחתירה אל חקר האמת. כתוצאה מכך תיתכן הכרעה בסוגיה משפטית שאינה מאזנת נכונה

³⁰ ניתן לראות זאת באופן שהציג השופט עמית את השאלה המשפטית בעניין **פלונית נ' פלונית**, לעיל ה"ש 4, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית.

³¹ ס' 13 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996.

Engel C., Timme S. & Glöckner A., *Coherence-based Reasoning and Order Effects in Legal Judgments*, PPPL. 26(3), 333 (2020).

³³ "הטיית האישושה" היא תופעה בתחום עיבוד המידע, לפיה איסוף המידע עשוי להיעשות באופן סלקטיבי ולחלופין עיבודו עשוי להיעשות באופן מגמתי. "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 50.

³⁴ Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, U. CHI. L. Rev. 71, 511 (2004).

הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים

בין הראיות שונות או שאינה מבוססת על הוכחות מספיקות. מעיסוק בפסקי הדין נראה כי יתכן שבהכרעתם הושפעו השופטים מהטיה זו, ניתן למצוא סימוכין לכך במאמרם של השילוני-דולב וטריגר.³⁵ דוגמא לאי הנוחות המתעוררת מהגישה שנוקט בית המשפט לעיתים, ניתן לראות בפסק הדין משנת 2015, תמ"ש (משפחה פ"ת) 13-09-31344 **פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז**.³⁶ שם נראה כי התייחס בית המשפט באריכות יתרה ליומן אישי שכתב המנוח, בכדי לבסס את רצונו בילדים לאחר מותו, מבלי להתייחס לכך שהיומן נכתב בתקופה בה לא העלה על דעתו שימצא את מותו.³⁷ בנוסף עיון בקטעים הרלוונטיים עלול דווקא להעיד על רצון בהורות משותפת ופעילה לצד בת זוגו. באותו מקרה הגדיל לעשות בית המשפט בהתייחסו לרומן שניהל המנוח בתקופת פרידה זמנית מאלמנתו כבסיס ל"הוכחה" שהמנוח מייחל להמשכיות.³⁸ פסק הדין בעניין ממחיש את הבעייתיות הטמונה בניסיון ההתחקות אחר רצון הנפטר באופן שנראה כאילו לעיתים מנסה בית המשפט להוכיח שרצונו עולה בקנה אחד עם מתן צו שיפוטי המורה על קיום ההליך, תוך זניחת בחינה ניטרלית של עובדות המקרה והראיות.

ג.4. הסיכון המובנה

מתוקף העיסוק בהליך הכפוף לרצון של נפטר, שאינו יכול להצהיר על רצונו, יתקל בית המשפט בעמימות ראייתית. מכאן שבפני בית המשפט קם סיכון מובנה, שלא ניתן להסירו, לעשיית שגיאה ולמתן צו הנוגד את רצון המת. במסמך הנחיות היועמ"ש ישנה הכרה בסיכון זה, שם מוזכר הסיכון הבלתי נמנע כשיקול חיובי להקמת החזקה האמורה;³⁹ ובהקשר זה, ישנה התייחסות לצפי שכחותם של השגיאות האפשריות, זאת אומרת ניסיון לחזות עד כמה מבחינה כמותית, כנראה, ההסדר יוביל לעשיית שגיאה. בפרק זה, אבקש לדון בסיכון המובנה בראי עוצמת הטעות האפשרית. כלומר, בעוד שהשיח המשפטי על הסיכון המובנה עד כה התמקד בהישנות ושכיחות הטעויות, בבואנו להתמודד עם סכנה לעשיית שגיאה, אציע לשים דגש גם על צפי חומרת הטעות האפשרית למול תרחישי השגיאות האופציונאליות.

ניתן לתאר את תרחישי הטעויות האופציונאליות, כך ששגיאה מסוג ראשון, תוגדר כמצב בו בית המשפט נותן צו שיפוטי, המאפשר שאיבת זרע מן הנפטר בניגוד לרצונו. לעומת זאת, שגיאה מסוג שני, תוגדר כמצב בו בית המשפט "בוחר שלא להתערב", כאשר אי מתן צו כאמור נוגד את רצון המת בהקמת צאצא מזרעו. בבחינת הסוגייה מנקודת המבט של הנפטר ושל האינטרסים והזכויות שלו, בשגיאה מהסוג הראשון, נראה כי בית המשפט גורם באופן אקטיבי את הפגיעה, ואילו במקרה השני, נראה כי הפגיעה נוצרה מעצם המציאות ובית המשפט "רק" אינו פותר אותה. לדעתי במובן זה שגיאה מהסוג השני היא חמורה פחות. שהרי, מבחינת משמעות ההחלטה על הנפטר, יש להתחשב במצב ברירת המחדל הנתונה של הנפטר, מצב זה למעשה הוא העדר צאצא מזרעו. מכך

³⁵ "בין רצון המת לרצונם של הנתרים בחיים", לעיל ה"ש 22, בעמ' 682-686.

³⁶ תמ"ש (משפחה פ"ת) 13-09-31344 **פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז** (נבו 2015. 18.3) (להלן: עניין **פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז**).

³⁷ "בין רצון המת לרצונם של הנתרים בחיים", לעיל ה"ש 22, בעמ' 683; עניין **פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז**, לעיל ה"ש 36, בפס' 26.

³⁸ "בין רצון המת לרצונם של הנתרים בחיים", לעיל ה"ש 22, בעמ' 684.

³⁹ הגישה המוצגת במסמך הנחיות היועמ"ש גורסת שהחלת הסדר אחר, שאינו כולל את החזקה, יביא לכך "שברוב המקרים לא ייבדל למעשה רצונו האמיתי של המת". טענה זו מבוססת על ההנחה לפיה רוב הפרטים בחברה מעוניינים בהמשכיות. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 9, בס' 16.

הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים

עולה כי שינוי הסטטוס קוו של הנפטר בניגוד לרצונו, היא פגיעה חמורה יותר באינטרסים ובזכויות שלו, מאשר שימור הסטטוס קוו הקיים כנגד רצונו.

מנגד, ניתן לטעון שמרגע שהסוגייה מגיעה לפתח בית המשפט אין לו אלא לתת צו שיפוטי, ולכן אין לראות מעשה בית משפט אחד כאקטיבי יותר מאחר. טענה נוספת שניתן להעלות, היא שבהינתן הטכנולוגיה הקיימת, המאפשרת את ביצוע ההליך באופן שנחשב נגיש ופשוט יחסית, כלל אין להגדיר את ברירת המחדל הנתונה של הנפטר כמצב של העדר צאצא מזרעו. אך, בבואנו לכבד את האוטונומיה של הפרט על גופו, ראוי להתייחס גם לנקודת מבטו. נקודת המוצא ממנה מתחיל הדיון, וממנה גם נשאבת הרלוונטיות שלו, היא ההנחה שהנפטר לא עסק באפשרות שיתקיים הליך שכזה וזו הסיבה להעדר גילוי דעתו. לכן, בבוחננו את הסוגייה לאור זכויותיו, הגיוני לראות את הסטטוס קוו של הנפטר באופן התואם את המציאות כפי שהבין אותה נפטר בחייו וברגעיו האחרונים, ובהתאם לכך, גם שינוי הסטטוס קוו האמור כמעשה יותר אקטיבי.

ניתן לראות כי כבר היום ישנה הכרה משפטית בכך שטעות מהסוג הראשון נחשבת טעות חמורה יותר. לצורך המחשה נניח שני תרחישים בהם יש בפנינו גילוי דעת ברור של המת. בתרחיש הראשון, כשהנפטר רצה שלא יעשה שימוש בזרעו, רצונו ייחשב תנאי מספיק, שכאשר מתקיים, שולל את האפשרות החוקית לקיום ההליך. ניתן לראות זאת במסמך ההנחיות, בכך שבמקרים שתמצא אינדיקציה להתנגדות – יינתן לה משקל מכריע.⁴⁰ בתרחיש השני וההפוך, כשהנפטר רצה שיעשה שימוש בזרעו, רצונו ייחשב לתנאי הכרחי שאינו מספיק. מובן שבהעדר רצון מצד בת הזוג בביצוע ההליך, לא ניתן לבצעו מבחינה חוקית; ואין נפקה מינה אם רצה בכך הנפטר. הנה כי כן, ניתן לראות שהמצב המשפטי בישראל כיום כבר מבוסס על ההכרה לפיה טעות מהסוג הראשון חמורה יותר מטעות מהסוג השני. זאת, מפני שבעוד שרצונו של הנפטר שלא יעשו שימוש בזרעו בתרחיש הראשון מהווה תנאי מספיק לכך שבית המשפט יורה על קיום הרצון, בתרחיש השני רצונו של הנפטר שיעשו שימוש בזרעו מהווה תנאי הכרחי, אך לא מספיק – ובנסיבות מסוימות, בית המשפט עשוי שלא לכבד אותו משיקולים שונים.

5. הדין בבריטניה

בבריטניה, כיבוד רצון המת מהווה ערך מרכזי בדין באופן כללי, וניתן לראות זאת גם בסוגיות העוסקות בענייני הורשה ותרומת איברים. לצורך המחשה, בעניין תרומת איברים נקבע כי לא ניתן להתגבר על הסכמתו או התנגדותו של המנוח.⁴¹ נראה כי גם בעניינינו זכות המת לכיבוד רצונו זוכה ליחס דומה. החקיקה המסדירה את סוגיית השימוש בזרע לאחר המוות נקבעה ב-Human Fertilisation and Embryology Act⁴². שם נקבע כי יתאפשר שימוש בזרע של נפטר רק כאשר הנפטר נתן לכך הסכמה בחייו, ובהעדר הסכמה שכזו השימוש אסור ועלול להוביל לאישומים פליליים. למעשה, כשאישה מעוניינת להשתמש בזרע של בן זוגה שנפטר להפריה, בהנחה שניתנה

⁴⁰ שם, בס' 10.

D. P. T. Price, *Legal Framework Governing Deceased Organ Donation in The UK*, BJA, i68 (2012).⁴¹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c. 37, Schedule 3; Human Fertilisation and Embryology Act 2008 c. 22, § 12.

⁴² חוקים המסדירים הליכים רפואיים מבוססים טכנולוגיה, כגון הפריה חוץ גופית, הזרעה מלאכותית, טיפולי פוריות וכדומה. בין היתר קובע החוק כללים לאחסון ושימוש בגמטות (שזהו שם כולל לזרע וביציות).

הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים

הסכמה בכתב לכך על ידו, כל שנדרש ממנה זה לפעול לפי הנהלים שקבעה הרשות להפריה ואמבריוולוגיה האנושית.⁴³ בשונה מישראל, הליך שכזה מתאפשר לרוב ללא צו שיפוטי, וצו שכזה יידרש בעיקר בהתעוררות מחלוקת בדבר הסכמת הנפטר. ביתר המקרים, תידרש האישה לפנות למרפאת פוריות מורשית ולמסור מסמכים בנוגע למות הנפטר ולהסכמתו לשימוש בזרעו, לאחר מכן המרפאה תגיש לרשות ההפריה בקשה לאישור לביצוע ההליך.⁴⁴

על אף שהרגולציה שנקבעה בנושא במטרה להבטיח את קיום רצון המת מבטאת גישה קפדנית, נראה כי התאפשרה בעבר גמישות מסוימת. כך, בעניין **Jennings** כשנדרשה הכרעה שיפוטית עקב התגלעות מחלוקת, נקבע כי דרישת ההסכמה העומדת כאבן יסוד במרכזו של ההסדר הקבוע בחוק, לא נבחנת "בתוך ריק", אלא למול הנסיבות, וכשאלה מצדיקות זאת, ניתן להתגבר עליה.⁴⁵ כשהשופטים הבריטים ראו לנכון לחרוג מדרישת ההסכמה הכתובה, חריגה זו נעשתה באופן מבוקר, על בסיס בחינה אינדיבידואלית של הראיות, ללא הנחות מקדימות לגבי רצון הנפטר.⁴⁶ חשוב גם לציין, שההסדר הקבוע מקים ברירת מחדל הקובעת כי בהעדר הסכמה מדעת, לא ניתן להשתמש בזרע.⁴⁷ כאמור, כששוכנע בית המשפט על יסוד ראיות קונקרטיות שישנה סיבה סבירה להעדר ההסכמה המפורשת וכן שרצונו המשווער של הנפטר הינו לאפשר ביצוע הליך הפריה מזרעו, הדבר התאפשר.⁴⁸

נראה כי על הציר שבין רצון אקטואלי לבין רצון היפותטי, הדין בבריטניה מאפשר את החריגה מדרישת ההסכמה רק כשבית המשפט מאתר רצון אקטואלי. ניתן לראות זאת על ידי בחינת המקרים בהם התאפשר ביצוע ההליך בהעדר הטופס הרלוונטי החתום. במקרה אחד,⁴⁹ הוסבר שאישה לא נתנה את הסכמתה לשימוש בביציות המופרות בזרעו של אלמנה בנימוק שהטפסים הרלוונטיים שהובאו בפניה לא כללו אפשרות כזו, כיוון שלא כללו סעיף הרלוונטי למות נשים (למעשה הוסבר שלא הייתה לה האפשרות להביע את הסכמתה, ולא נטען כי לא הייתה לה ההזדמנות לשקול את הסכמתה). במקרה אחר, גבר שנפטר נתן בצוואתו הסכמה לכך שזרעו יעמוד לרשות אלמנתו ככל שתהא מעוניינת שבכך, אך ההסכמה לא הייתה בעזרת הטופס הייעודי ומבחינה לשונית היוותה הסכמה לשימוש בזרעו, אך לא להפריה.⁵⁰ מבחינת הראיות התרשם בית המשפט שזו הייתה כוונתו של האב ולכן הוא אפשר את ההליך. גם כאן התייחסות בית המשפט הינה לרצון שהתקיים בפועל. כפי שהסברתי, לדעתי התחקות אחר רצון אקטואלי זה של המת

⁴³ סוכנות הפועלת מטעם הממשלה ומעניקה רישיונות ואישורים לביצוע הליכים טכנולוגיים רפואיים בנושאי הפריה. Rachel Fenton, Susan Heenan and Jane Rees, *Finally Fit for Purpose? The Human Fertilization and Embryology Act 2008*, 32 J. SOC. WELFARE FAM. L. 275 (2010).

⁴⁵ *Ted Jennings v Human Fertilisation and Embryology Authority*, [2022] EWHC 1619, 82 (Fam) (להלן: עניין Jennings).

⁴⁶ לדוגמה, בעניין *Jenning*, אלמן ביקש וקיבל אישור להשתמש בביציות המופרות של אלמנתו בהעדר הסכמה כתובה, כי הסיק מהעדויות הקיימות – שהייתה מסכימה לכך. במקרה נוסף, *B v University of Aberdeen* [2020] CSIH, ביקשה אלמנה להשתמש בזרעו של בעלה שנפטר, בהיעדר מסמך הכולל את ההסכמה הכתובה באופן שדורש החוק, אך בהימצא ראיות המעידות על רצונו ובניהן צוואה המורה להשאיר את תרומת הזרע זמינה לאלמנה למשך זמן רב ככל האפשר, וככל שהאלמנה תרצה בכך.

⁴⁷ "ההסכמה מדעת" זהו מושג המבטא את זכותו של מטופל לקבל החלטות לגבי ההליך הרפואי שיבוצע, זאת תוך קבלת המידע הרלוונטי לגיב אותו הליך והשלכותיו. בענייננו ההסכמה מדעת היא הבעת רצון בצורה מפורשת, להבדיל ממודל הרצון המשווער.

⁴⁸ עניין *Jenning*, לעיל ה"ש 45; עניין *University of Aberdeen*, לעיל ה"ש 46.

⁴⁹ עניין *Jenning*, לעיל ה"ש 45.

⁵⁰ עניין *University of Aberdeen*, לעיל ה"ש 46.

מבטאת את כיבוד רצון המת והאוטונומיה של הפרט על גופו, ערכים שגם בדין הבריטי מוצגים כעליונים בסוגיה, ונראה כי לאורם נקבע החוק.

6. הדין הראוי

נראה כי הנחיות היועמ"ש אכן התוו דרך בפתרון מקרים בנושא זה, אך מהסיבות שפירטתי אני סבור שאינן מאזנות נכונה בין הזכויות של הפרטים הנוגעים בדבר, ובפרט מול זכויות הנפטר לאוטונומיה על גופו, לאי הורות ולכבוד. לאור החשיבות המוענקת במשפט הישראלי לכיבוד רצון המת ולכיבוד הזכויות הללו, לא ראוי שתתאפשר דחיקה ושחיקה של הערכים הללו בדרך של התחקות אחר רצון "משוער" והיפותטי, באופן בו הדבר נעשה כיום.

ראוי שהמחוקק יסדיר נושא זה, וטוב יהיה אם יעשה שימוש נכון בכלים השוואתיים למול ההסדרים החלים בשאר מדינות המערב. לא בכדי, ברובן חל כיום הסדר שנחשב לפחות "מתירני".⁵¹ אני סבור, כי נוכל ללמוד רבות מהמודל הקיים בדין הבריטי, ומהעקרונות שהוא מבטא אותם מניתי לעיל. בהקשר זה, אציע שההסדר יכלול את מודל דרישת ההסכמה מדעת, המאפשרת, ככלל, לבצע את ההליך רק כשהנפטר חתם על מסמך ייעודי עוד בחייו. כך, תבטא גם בפרקטיקה השמירה על כיבוד רצון המת. בנוסף, אני סבור, כי גם במחוזותינו ראוי לאפשר לבית המשפט להסתכל על המציאות נכוחה, ולהותיר לשופטים מרווח תמרון להתמודד עם מקרים שהחוק "לא העלה על דעתו שיתקיימו", ואף עם מקרים פשוטים בהם התמונה הראייתית גורסת כי "מן הצדק" לאפשר את ביצוע ההליך. בניגוד לדין החל בבריטניה, אציע שהחקיקה תכלול התייחסות לאותם מקרים ותפרט את התנאים בהם ניתן יהיה לחרוג מדרישת ההסכמה וכן תמנה טענות וראיות שניתן להתחשב בהן כשחורגים מדרישה זו, או לחלופין כאלו שאין להתחשב בהם. מהות הכללים הללו תהא לוודא שאכן מבררים את רצון הנפטר בנסיבות הנוכחיות וכן שהבירור נעשה לאור ראיות קונקרטיות, הרלוונטיות באופן ספציפי לנפטר, ומבלי להתבסס על הנחות "אבולוציוניות" או סוציאליות אחרות. מתוקף שמירה על קיום רצון המת, אציע שהכללים שיקבעו לחריגה, יאפשרו כזו רק בהתייחסות לרצון המת שהסובייקטיבי, שהתקיים במציאות.

הסדר מפורט המתייחס לכל הכללים כאמור, יאפשר החלה קפדנית של ההוראות בידי בית המשפט, ואף ישקף לאזרחים את התנאים לזכאות לזכויות ובכך יחזק את נגישות האוכלוסייה אליהן. אני סבור שלעיון ההסדר בחקיקה חשיבות גבוהה, זאת מכיוון שיש בו כדי לשנות באופן מהותי את הדין החל כיום, כפי שהוא נקבע בפסיקה.

7. סיכום

לסיכום, נראה כי הדין הקיים אינו מבטא באופן הראוי את זכותו של המת לאוטונומיה על גופו, לאי הורות ולכבוד. זניחה של הערכים הללו אינה עולה בקנה אחד עם החשיבות המיוחסת להם מבחינה רטורית בערכאות השיפוטיות השונות,⁵² וכן אינה תואמת את מקומם של דיני זכויות האדם במשפט הישראלי הכללי. הבעייתיות שבדין הקיים עולה במספר מוקדים שונים, ובמרכזם ניצבים הניסיון לשער את רצון המת, וכן החזקה שקמה בעניין זה. ההסדר הקיים כולל חזקה,

⁵¹ "בין רצון המת לרצונם של הנתרים בחיים", לעיל ה"ש 22, בעמ' 681.
⁵² "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראלים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 51.

הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים

שנועדה לסייע בפתרון מצבים בהם אין אינדיקציה לרצון המת, לפיה כשלנפטר הייתה בת זוג בטרם מותו רצונו "המשוער" עולה בקנה אחד עם ביצוע הליך ההפריה. כפי שפירטתי, ההסדר מבוסס על הנחות שאינן רלוונטיות לזמננו או למקרה שבענייננו. בנוסף, מתגלה כי לעיתים הרצון המשוער של הנפטר אינו אלא רצון דמיוני (היפותטי) שאינו התקיים במציאות מעולם, ובהקשר הזה נכון להעלות תהיות לגבי הקשר בין התחקות אחר רצון היפותטי זה לבין כיבוד רצון המת. יתר מזאת, נראה שבבואם לשער את רצון המת, השופטים נתונים להטיה פסיכולוגית שעשויה להשפיע על הכרעתם. מסיבות, שעליהם לא עמדתי בכתיבתי,⁵³ דומה כי הליך בחינת רצון הנפטר אינו ניטרלי, אלא "ניסיון הוכחה" שאכן מתקיים רצון. מעבר לנקודות אלה, בהתייחסות לאפשרות עשיית שגיאה שמשמעה מתן צו שיפוטי הנוגד את רצון המת, הדין הקיים טוען להתמודד עם צפי הישנות השגיאות אך לא עם חומרתן.

אין חולק כי הנושא שלפנינו מורכב וסבוך, בהקשר הזה ובהתחשב במגבלות החברה הטמונות ביכולותיה האנושיות, ברור כי אין פתרונות "קסם". כאמור, מהעיסוק ברצון של מת, ובניסיון ליצירת כללים המאפשרים גמישות בהכרעת סוגיות המתעוררות, קם סיכון מובנה לעשיית שגיאה. עולה כי הסדר אידאלי יותר יהא כזה שידרוש בעבור ביצוע הליך השימוש בזרע הנפטר להפריה הסכמה כתובה, ולצד דרישה זו יותיר פתח לחרוג ממנה, בהתאם לכללים שיקבעו מראש, כאשר הדבר מתבקש.

בשולי הדברים ייאמר כי השימוש בזרע של נפטר מעלה שאלות משפטיות, חברתיות ומוסריות, שקצרה היריעה לדון בכלן ברשימה זו. בקשר לחשיבות שבהסדרה חקיקתית מחקר נוסף יכול לעסוק בלגיטימציה הציבורית שתעלה מהסדרה שכזו, בנוסף לעסוק בהתייחסות ההסדר לזהויות מגדריות שונות, שלאור השינויים בתפיסות החברה לגבי תחום זה, ראוי לעסוק גם בו. סוגיות אלו ואחרות עשויות להיות מושא למחקר עתידי, ובכל אופן יש מקום כי המחוקק בבואו להסדיר את הסוגייה ייתן דעתו גם אליהן.

⁵³ על סיבות אפשריות עמדו במאמר "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים", לעיל ה"ש 23, בעמ' 50.

רשימה ביבליוגרפית:

• **מקורות ישראליים:**

1. חוק-יסוד: השפיטה.
2. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
3. חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996. [ס'13 – דרישת ההסכמה מדעת לטיפול רפואי]
4. ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, מט(1) 485 (1995).
5. דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, נ(4) 661 (1996).
6. בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה, פ"ד נו(6) 910, 900 (2002).
7. בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (נבו) 22.12.2016.
8. בע"מ 6046/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (נבו) 2.9.2019.
9. תמ"ש (משפחה ק' שמונה) 12977-01-14 פלונית נ' משרד הבריאות (נבו) 6.1.2015.
10. תמ"ש (משפחה פ"ת) 13-09-31344 פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז (נבו) 18.3.2015.
11. תמ"ש (משפחה י-ם) 27169-11-13 פלונים נ' המנוח (נבו) 20.1.2016.
12. תמ"ש (משפחה פ"ת) 16699-06-13 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 27.9.2016.
13. אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (2014).
14. איתי אפטר, נורית ענבל "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלהות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה", **הארץ הדין**, א 11 (תשס"ד).
15. 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).
16. מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" **עיוני משפט** לא 57 (תשס"ח).
17. יוסי גרין "ההולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" **מאזני משפט** ד 463 (תשס"ה)
18. יעל השילוני-דולב, דפנה הקר, חגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" **סוציולוגיה ישראלית** טז [1] 31 (2014).
19. יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרוֹנטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" **עיוני משפט** לט 661 (2016).
20. לימור מלול "ליצור חיים מן המת: השרשתם של נרטיבים לאומיים בישראל בשם הזכות להורות" **רפואה ומשפט** 52, 75 (2021).
21. כרמלה שלו "הזרעה לאחר המוות - ינוח בשלום על משכבו" **רפואה ומשפט** גיליון מס' 27 95 (2002).
22. מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" **הפרקליט** לט(א) 21 (1989).
23. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות והשימוש בו" (27.10.2003).
24. הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון - שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022.

- .25 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007).
- .26 משרד הבריאות **ועדת מור יוסף** פרק ו (2012).

• **מקורות לועזיים:**

- Human Fertilisation and Embryology Act 1990, c. 37. .27
- Human Fertilisation and Embryology Act 2008 c. 22. .28
- B v University of Aberdeen [2020] CSIH 62. .29
- Ted Jennings v Human Fertilisation and Embryology Authority, [2022] .30
EWHC 1619, 82 (Fam).
- Engel C., Timme S. & Glöckner A., *Coherence-based Reasoning and Order Effects in Legal Judgments*, Psychology, Public Policy, and Law, .26(3), 333 (2020).
- Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, U. Chi. L. Rev., 71, 511 (2004). .32
- Rachel Fenton, Susan Heenan and Jane Rees, Finally Fit for Purpose? .33
The Human Fertilization and Embryology Act 2008., 32 J. SOC. WELFARE FAM.