

## בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, 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־פן.

\*\* 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 שאִפשר מחקר זה. שמות המחברים מופיעים לפי סדר האלפבית, ותרומתם למאמר זהה.

## מבוא

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

1. פרו-נטליזם 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 ההולדה (הורות טבעית) לעומת הורות משפטית

2. הורות משפטית: אימוץ, פונדקאות וצו הורות פסיקתי

ג. ההולדה 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 ההולדה לאחר המוות: ממצאי הראיונות

1. מתודולוגיה

2. ממצאים

## סיכום

## מבוא

בימינו הפקת תאי רבייה, הפרייה (מפגש הזרע והביצית) והיריון אינם חייבים להתרחש בסמיכות זמנים. טכנולוגיות פריון שונות ניתקו את הקשר ההכרחי בין יחסי מין להולדה.<sup>1</sup> 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 ההולדה לאחר המוות של תינוק אשר אחד מהוריו, ובאופן פוטנציאלי אפילו שניהם, לא היו בין החיים בזמן הפקת תאי הרבייה, ההפרייה או ראשית היריון. 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 ממנה<sup>2</sup>), הופכות את הסוגיה של אבהות לאחר המוות למרתקת במיוחד בהקשר הישראלי. מכיוון שרוב המקרים שהובאו להכרעה זוכו 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.<sup>3</sup> 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 המשוער" 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.<sup>4</sup> בררת-המחדל היא לטובת שאיבת זרע והולדה לאחר המוות, בנימוק שזאת הדרך המממשת את טבעם ורצונם של גברים כאשר הם. הכרעה זו, כך אנו טוענים, נעשית באופן מנותק מרצונותיהם האמיתיים של גברים רבים, תוך השלכה של ערכים פטריארכליים, קהילתיים ופרו-נטיליסטיים על המתים, ותוך שימוש ברצונם המשוער 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 במאמצייהם 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 מאמצייהם לפעול בשדה ההורות – מלמדים כי אי-אפשר להכליל ולהניח לגבי כל הגברים שהם היו מעדיפים שייולדו 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, 31-34 (2014).

4 ראו גם שרון הג'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 לנתרים 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.<sup>5</sup>

מה מתרחש כאן? מדוע המשפט הישראלי מניח כמוכּן מאליו את קיומו של רצון המת הוליד 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 הברדלים 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,<sup>6</sup> 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 הנתרים 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.<sup>7</sup>

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 בהיגיון הפנימי של התרבות הישראלית הפרו־נטליסטית, וכיצד טכנולוגיות הפריזון מגויסות על־ידי תרבות זו לא רק לשירות החיים, אלא גם לשירות המתים. נוסף על כך אנו דנים בחלק זה בהיבטים הממוגדרים של הפרו־נטליזם 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 המראיינים.

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.<sup>8</sup> 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 מעודדים אותה. כך, העובדה שההלכה היהודית נעדרת מושג של "ילד לא־חוקי" (ממזרות היא עניין נפרד, שנגזר מהמעמד האישי של הילדת)<sup>9</sup> תורמת לגיטימציה של הורות שאינה במסגרת נישואים הטרוסקסואליים, וכך גם חשיבותה של מצוות "פרו ורבו" במסורת היהודית, אשר נחשבת המצווה הראשונה המופיעה בתנ"ך.<sup>10</sup> מעמדה המרכזי של הדמוגרפיה של הילודה היהודית – תופעה שכונתה בביקורת הפמיניסטית של הציונות "פולחן הפוריות"<sup>11</sup> – 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".<sup>12</sup> מפורסמת

8 ראו, למשל, השילוני-דולב מהפכת הפריון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31; נילי קרקר־אייל "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*, 19 *CAMB. Q. HEALTHC. ETHICS* 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 בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט 311, 316-317 (2002); רות זפרן "כירור אבהות על פי חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3), התשס"ח-2008 – בא לתקן ונמצא מקלקל" חוקים ג 191 (2011) (להלן: זפרן "כירור 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".<sup>13</sup> נולד "הרחם הלאומי".<sup>14</sup>

האינטרס הקהילתי-היהודי שבעידוד ילודה של יהודים בישראל,<sup>15</sup> בצירוף העדר הקטגוריה של "ילד לא-חוקי" ביהדות, מאפשרים לגיטימציה של הורות הטרוסקסואלית 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.<sup>16</sup>

התרבות הישראלית רוויה באידיאולוגיית הפריורן עד כדי כך שרבים סוברים כי מי שבוחרים 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 הפריורן המבחנה בישראל":<sup>17</sup>

"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..."

- 
- SERGIO DELLA PERGOLA, FERTILITY, ראו: 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, (2009) 43; JACQUELINE PORTUGESE, FERTILITY POLICY IN ISRAEL: THE POLITICS OF RELIGION, 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 הפריורן, 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 הפריורן 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

מי מאיתנו יגיד פה שהוא היה מוותר על ילד? – אף אחד. אולי חלקיקי אחוז מהאוכלוסייה והם מופרעים. המשפחה היהודית והערבית חייבות ילד, ועושים הכל כדי לעשות זאת.<sup>18</sup>

עוצמת הפרו־נטליזם הישראלי באה לידי ביטוי בשנים האחרונות גם במה שמוצג – על־ידי הטוענים לה – כ"זכות להורות" של אנשים לאחר מותם. כמו במקרים אחרים של זכויות שניות במחלוקת, שאלת הזכות להורות של אדם לאחר מותו לא הייתה מתעוררת אלמלא היתכנותה של הורות זו מבחינה טכנולוגית, תמיכתה של ההלכה היהודית (אשר מעוררת ילודה ומטילה את מצוות "פרו ורבו" על גברים), היות היילודים "כשרים" מבחינת היוחסין שלהם לפי ההלכה, וכן אינטרסים מסחריים (נוסף על מצע חברתי-פוליטי המעודד ילודה). במהלך מבצע "עמוד ענן", בנובמבר 2012, התפרסמה בעיתון הארץ ידיעה על עלייה במספר חיילי המילואים המבקשים להקפיא את זרעם למקרה שייהרגו בלחימה, וזאת כדי שבנות-זוגם יוכלו להרות מהזרע המוקפא.<sup>19</sup> ה"עלייה" לכאורה במספר המבקשים דווחה לכתבי הארץ על-ידי ארגון "משפחה חדשה", אשר רשם סימן מסחר על המושג "צוואה ביולוגית"<sup>20</sup> והפיץ את דבר קיומה בעיצומו של מבצע "צוק איתן" באמצעות איגרת ששלח בדוא"ל<sup>21</sup> ופרסם באתר שלו.<sup>22</sup> ארגון זה מעוניין לקדם את ההולדה לאחר המוות באמצעות

- 18 שם, בעמ' 5-6. לדיון מרתק בהתבטאויותיו אלה של פרופ' משיח, ובתפיסת אלה שאינם מעוניינים בהבאת ילדים לעולם כמופרעים, ראו רונית ליברמנש פגומות 19 (2005).
- 19 דן אבן ורוני לינדר-גנץ "עשרות מילואימניקים ביקשו הקפאה או שאיבת זרע לאחר המוות" הארץ 19.11.2012 [www.haaretz.co.il/news/education/1.1868596](http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1868596).
- 20 כפי שנכתב באתר הארגון ([www.newfamily.org.il/services/biologic-will/](http://www.newfamily.org.il/services/biologic-will/)): "צוואה ביולוגית" הנה סימן מסחרי רשום™. צוואה ביולוגית™ נהגתה ונצרה לראשונה על ידי עו"ד אירית רוזנבלום בשנת 2001. 'הצוואה הביולוגית היא ההגשמה המוכרדת ביותר האפשרית לאדם, ביחס למורשתו והמשכיותו' – עו"ד אירית רוזנבלום. ארגון משפחה חדשה הינו הארגון היחיד בעולם בעל זיכיון מורשה להכנת צוואות ביולוגיות".
- 21 הודעת דואר אלקטרוני מ"משפחה חדשה" (17.7.2014), עותק שמור אצל המחברים), ששורת הנושא שלה היא "על המשכיות זוגיות, משפחה ומלחמה".
- 22 "בעקבות צווי הגיוס למבצע 'צוק איתן' התעניינות גוברת של חיילי מילואים בצוואה ביולוגית™ המאפשרת שימוש בזרעם לאחר מותם" (אתר משפחה חדשה: [www.newfamily.org.il/blog/%D7%91%D7%A2%D7%A7%D7%91%D7%95%D7%AA-%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%99-%D7%94%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1-%D7%9C%D7%9E%D7%91%D7%A6%D7%A2-%D7%A6%D7%95%D7%A7-%D7%90%D7%99%D7%AA%D7%9F-%D7%94%D7%AA%D7%A2%D7%A0/](http://www.newfamily.org.il/blog/%D7%91%D7%A2%D7%A7%D7%91%D7%95%D7%AA-%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%99-%D7%94%D7%92%D7%99%D7%95%D7%A1-%D7%9C%D7%9E%D7%91%D7%A6%D7%A2-%D7%A6%D7%95%D7%A7-%D7%90%D7%99%D7%AA%D7%9F-%D7%94%D7%AA%D7%A2%D7%A0/)) ארבעה חודשים לאחר-מכן הפיץ הארגון באמצעות הדוא"ל איגרת חדשה בנוגע ל"צוואה הביולוגית" ששורת הנושא שלה הייתה "צוואה ביולוגית – מסר החיים, בעקבות התאבדותה של בריטי מיינארד", וכותרתה "עו"ד אירית רוזנבלום: 'מי שמוותר על צוואה ביולוגית™ מוותר לא רק על החיים של עצמו אלא גם על החיים של אחרים"'. בגוף האיגרת הוסבר כי עו"ד רוזנבלום עשתה כל מאמץ ליצור קשר עם בריטיני – אישה בת עשרים ותשע שהודיעה על כוונתה להתאבד משנדע לה שלקתה במחלה סופנית – וזאת כדי ליידע אותה בנוגע לאפשרות "הצוואה הביולוגית". האיגרת כוללת קישור לסרטון הכולל הודעה שהקליטה עו"ד רוזנבלום לצעירה, וקישור למידע נוסף על "הצוואה הביולוגית" ([www.newfamily.org.il/](http://www.newfamily.org.il/))



"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.<sup>23</sup> 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 האקדמי<sup>24</sup>), 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?<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> מההיבט של הפרו-נטיליזם

(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](http://www.youtube.com/watch?v=_bWGKimbHWS&feature=PL6EF224DE3588505E).

24 ראו, למשל, רות זפרן "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 הטרנסקסואלים האימהות מובנית כהורות הפעילה והעיקרית ואילו האבהות מובנית כקטגוריה ריקה מתוכן. ראו דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירוישים 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 (כמרגם בחברות מערביות אחרות) הביקורת שלפיה אנו "אוהבים ילודה, [אבל] לא אוהבים ילדים".<sup>27</sup>

## 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.<sup>28</sup>

התפתחויות מדעיות וטכנולוגיות משקפות ערכים חברתיים:<sup>29</sup> 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).<sup>30</sup>

אולם משעה שטכנולוגיות מסוימות מאומצות והשימוש בהן נהפך לחוקי ולמקובל מבחינה חברתית, הן גם מחזקות ערכים מסוימים.<sup>31</sup> כך, הטכנולוגיות הללו לא רק עונות על צרכים, אלא גם מחזקות צרכים קיימים, מעצימות אותם, ואף יוצרות לעיתים צרכים חדשים.<sup>32</sup> 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"<sup>33</sup>).

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) 124, פס' 64 (2005).

להיות מושגות בעבר.<sup>34</sup> 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 בפטריארכייה. תרבויות רבות במזרח הקדום – הן מונותאיסטיות הן אליליות – ראו בזרע את תמצית הגבריות<sup>35</sup> 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".<sup>36</sup> 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 אייסכילוס בפי האל אפולו את הדברים הבאים:

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

ברומי נשים הרות נקראו "בטן" (venter בלטינית), העובר שבכבטנן 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 והרפוס) 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: טריגר פשעים נגד הפטריארכיה). הקשר בין זרע לגבריות מצוי, לדעת היסטוריונים ואתרופולוגים שחקרו את מוסד הפרדסטייה היווני, באמונה שכוחו של הגבר וגבריותו נמצאים בזרעו. אמונה זו, שרווחה בקרב שבטים יוונים קדמוניים, שימשה לדעת החוקרים נימוק למוסד הפרדסטייה, 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 אייסכילוס 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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> הדבר בא לידי ביטוי גם בשפת המקורות היהודיים: בכל מקום שבו השתמשו במקורות בכיטוי "יוצא-חלציים" הכוונה הייתה לצאצאיו של גבר.<sup>40</sup> 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 כמוכן): 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 להשמידה 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 להשמידה.

(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 להשמידה, כך עדיפה זכותו של בן הזוג המבקש להשלים את תהליך הולדתו של הוולד על פני זכותו של המבקש להשמיד את הביצית המופרית."<sup>41</sup>

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

4 THOMAS AQUINAS, SUMMA CONTRA GENTILES: SALVATION 88 (Charles J. O'Neil trans., 1955) (1260) 83; 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, בפרשנות הפני 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.<sup>44</sup> 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 1ג, מבטאת את העמדה הפטריארכלית הקלסית, ואף נזקקת למקורות מקראיים ולהלכות שמקורן במקרא, כגון ייבום, שהן הלכות פטריארכליות מובהקות הרואות את האישה כאמצעי בלבד להמשכיותו של הגבר המת. לעומת זאת, רוב המראיינים 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 ובלבדי של אבהות, הנגזר מדגם הגבריות הפטריארכלית.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> לעומת האבות הפטריארכלים הלא-מעורבים, אבות ששואפים דווקא לתפקוד פעיל יותר בספרה הפרטית-הביתית, גבריותם מוטלת בספק.<sup>47</sup>

.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' מקינגילי 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](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 כמשך 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 ולכלובו 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".<sup>48</sup> זאת, בעוד הגבר עוסק "בקידום הישגי המשפחה... בתחום הכלכלי".<sup>49</sup> 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'".<sup>50</sup> הבחנות אלה בין "שרת הפנים" ל"שר החוץ" ניתן למצוא במאגרי המידע המשפטיים בפסקי-דין שניתנו גם בשני העשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת.<sup>51</sup> הן מבטאות לא רק את התפיסה שהטיפול בילדים – כלומר ההורות הפעילה – הוא נחלתן של נשים בעיקרו, 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.<sup>52</sup>

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 ח.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."<sup>53</sup>

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

"זעקתה של רחל אמנו 'הבה-לי בנים ואם-אין מתה אנכי' (בראשית, ל, א [ח])... זעקת הדממה של חנה המדברת 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 [ג]), הגוברת על תשוקת החיים שלו עצמו, וכן כמיהה שעמה התקווה לנוחם ומרגוע בכדידותו, בזקנתו ומול פני מותו. נאמר כי 'במות הורה שלך – אבדת את עברך; במות ילד שלך – איבדת את עתידיך' (דברי ד"ר אליוט 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."<sup>55</sup>

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 הבוער כנפשה של אישה ואיננו אֶפְלִי; 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...<sup>56</sup>

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".<sup>57</sup> פרופ' משיח, בהתבטאותו שצוטטה למעלה (שאוּמנם 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".<sup>58</sup> במילים אחרות, הכמיהה לילד נתפסת לא רק כמשהו "טבעי", אלא גם כבעלת היכט 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.<sup>59</sup> 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,<sup>60</sup> ומשמשים עותרים בבקשות שונות בהקשר זה.<sup>61</sup> 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 ק') 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.<sup>62</sup> זו הייתה דרך ההתמודדות עם חשדות 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.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup>

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 יילוד 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,<sup>65</sup> וייהפך כתוצאה מכך לפסול־חיתון.<sup>66</sup> 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 בארי־אלון "עיון מחדש 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 נוצר<sup>67</sup>), אצל גברים הרכיב המשפטי גובר – למשל, כאשר הגבר והאישה אינם נשואים זה לזה.<sup>68</sup> לפי נוהלי משרד הפנים, היולדת היא האם, בעוד הגבר נקרא רק "הטוען לאבהות".<sup>69</sup> 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 הגירושין. 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 ישארו פרטי האב ריקים."<sup>70</sup>

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-מזוורם", וזאת בשם "טובת הילד" ותוך הצנעת המימד של האינטרס הקהילתי ב"אי-המזוור".<sup>71</sup> 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 מקורנן וכן לשמירה

67 לכן נחוץ 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 וזולתו 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 "מזוור" 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 כמזוור. השיקול שמזווכר בפסיקה ובהליכי החקיקה לתמיכה בהסדר זה הוא כאמור "טובת הילד". התוצאה היא שלפי המשפט הישראלי, עדיף לילד לא להיות מוגדר כמזוור (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.<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> סעיף 12(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, קובע כי "עם מתן צו הורות יהיו ההורים המיועדים הורים ואפורטרופסים 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,<sup>74</sup> דרך התנגדות המדינה לכיצוע אימוץ צולב בארץ בפרשת ירוס-חקק,<sup>75</sup> 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 פלונית 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) 106, 64 (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.<sup>76</sup> 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).<sup>77</sup> כמו אימהות יחידניות, הם קוראים תיגר על הצורך בשני הורים מגדלים, ובמיוחד בצורך באב, וכמו זוגות חד-מיניים, הם מאתגרים את התפיסה בדבר הצורך בהורה אחד מכל מין. במסווה של משפחה "מסורתית", המבקשים להוליד צאצא מזרעו של גבר מת קוראים תיגר על הורות פעילה של האב,<sup>78</sup> 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,<sup>79</sup> 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) 13-04-21182 א.ל.נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 13-07-13323 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)<sup>80</sup> או אינה מוסדרת כלל ומוכרעת ככל מקרה לגופו על-ידי בתי-המשפט (במקרה של ביצית).<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup> 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-יוסף<sup>84</sup> – נמצא בקצה המתירני ביותר בעולם:<sup>85</sup> 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 שכנם מת יוכלו להוליד ילד מזרעו עם אשה זרה" *הארץ* 16.6.2014. [www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.2349906](http://www.haaretz.co.il/news/health/premium-1.2349906).

83 לפי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, "הכלים שניתן לעשות בהם שימוש ולכירור 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-זוג, קרובים וחברים, קומה 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](http://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*, 2 INT'L J. INFERTILITY & FETAL MED. 9 (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.<sup>86</sup> במדינות רבות אחרות אין כל חקיקה בנושא.<sup>87</sup> גם כאשר הולדה לאחר המוות אפשרית, היחס הכללי אליה אינו אוהד תמיד, והוא בא לידי ביטוי, למשל, בשלילת זכויות בכיטוח הלאומי הקשורות להכרה באבהותו של המת, כפי שנפסק בארצות-הברית.<sup>88</sup>

## 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.<sup>89</sup> למשל, בשנת 2009 אישר בית-המשפט לאישה בת ארבעים להיכנס להיריון מזרע של צעיר שלא הכירה, אשר נפטר ממחלת הסרטן.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup>

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

90 תמ"ש "משפחה חדשה", לעיל ה"ש 61.

91 ההליך נוהל בדתיים 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.<sup>92</sup> 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 ההולדה מזרעו של נפטר. מגמה זו עולה בכירור מהפסיקה שזמינה במאגרים, ובגלל זמינותה יש בכוחה להשפיע על תיקים עתידיים.

בסוף 2014 אישר בית־המשפט להוריו של גבר צעיר שהלך לעולמו, ולאישה שביקשה להיכנס להיריון מזרעו של בנם, לבצע את ההליך, וזאת מבלי שניסה לברר תחילה את רצון המת.<sup>93</sup> בתיק נוסף אישר בית־המשפט להורים להשתמש בזרע של בנם המנוח על־מנת ליהפך לסבא ולסבתא בניגוד לעמדת אלמנתו.<sup>94</sup> 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'..."<sup>95</sup>

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".<sup>96</sup>

אביאל מגנזי "המדינה אישרה: זרע של מת אישה שלא הכיר" *ynet* 3.11.2013 [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4448993,00.html](http://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](http://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 בכחור 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 שנסתיימה אשר במסגרתה יוכל לממש את חלומו בדבר הקמת דור המשך."<sup>97</sup>

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.<sup>98</sup> גם כאן מרתק לעמוד על נימוקיו של בית-המשפט המחוזי בנוגע לרצונו המשוער 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 והיועץ המשפטי לממשלה משנת 2003 – י' ה"ד וצ' ט'." <sup>99</sup> משתמע מן הדברים שהן לשיטתו של היועץ 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.<sup>100</sup>

שנית, בית-המשפט מתייחס בביטול לטענת האלמנה כי המנוח רצה בהבאת ילדים לעולם יחד איתה, ולא עם אישה אחרת שלא הכיר כלל.<sup>101</sup> זאת, אף-על-פי שהיועץ 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 ש.ם.

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

99 ש.ם, 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. ש.ם, פס' 1.

101 ש.ם, 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".<sup>102</sup> 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.<sup>103</sup> 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 המשוער הוא בילדים שייוולדו גם מאישה זרה לאחר מותו, הוא היה מכבד את החלטתם באשר לרצונו המשוער על-ידיהם.<sup>104</sup> בכך מוסיף בית-המשפט המחוזי אבסורד חדש על האבסורד שבפסק-דינה של הערכאה הדיונית, ומדגים היטב את מופרכותו של פרויקט ההתחקות אחר רצונו המשוער 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.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> 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 פסקי-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, בת-המשפט נוטים לפסוק כי רצון המת המשוער 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/](https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/07/05/a-60-year-olds-brave-battle-carry-her-own-grandchild-to-fulfill-her-)[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](https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2016/07/05/a-60-year-olds-brave-battle-carry-her-own-grandchild-to-fulfill-her-)

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...<sup>107</sup>

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.<sup>108</sup>

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 המשוער של הנפטר בילדים שייוולדו לאחר מותו. לטענתם, ראיות על רצונו המשוער 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).<sup>109</sup> 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 הנתרים אחריו. נחזור לכך בחלק ד של המאמר.

נכון למועד כתיבתן 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.<sup>110</sup>

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 2003<sup>111</sup> לאור המצע הלאומי, התרבותי והרתי שהן נשענות עליו. טענתנו המרכזית היא כי הדגם שבבסיס ההנחיות נשען על הנחה בדבר רצונו המשווער של המת בהמשכיות: "הרצון להבאת ילדים מבוסס על אינסטינקט בסיסי להתרבות ולהמשכיות של המין האנושי."<sup>112</sup> הנחה זו אינה מבוססת כמובן על ראיות אמפיריות כלשהן. יתר על כן, הנורמות החברתיות והתרבותיות הנמצאות בתשתיתה הן עתיקות-יומין, ואינן שאובות בהכרח מהמציאות של ימינו, ואף לא מההיסטוריה הקרובה. כך כותב היועץ המשפטי לממשלה בנמקו 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."<sup>113</sup>

מן האמור לעיל עולה התפיסה הפרו-נטליסטית 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 הביוראטי בנושא,<sup>114</sup> 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.<sup>115</sup>

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.<sup>116</sup>

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-ארוז "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 פרוין מודרנית 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."<sup>117</sup>

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 שעתידיים לבוא לעולם מהנישואים השניים נחשבים לילדי הבעל הראשון שמת ולכן יורשים את אדמתו.<sup>118</sup> אלא שבימינו הייבום אינו מקובל עוד, כאמור, והנהגה היא לקיים תחתיו טקס חליצה, המשחרר את האישה לדרך.<sup>119</sup> דון סימן מסביר כי דיני הייבום, שמקורם בחברה פטריארכלית-חקלאית המבוססת על שליטה באדמות ובנשים, אינם רלוונטיים עוד לחברה הישראלית בת-ימינו.<sup>120</sup> 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 אינדיווידואלי או גנטי כמונחים 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 אינדיווידואליסטי 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 קורין אלדי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 227-229.

119 אליאב שוחטמן "מעמד האשה בדיני נישואין וגירושיין" 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 כלה, 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"מטבענים" אותה (מלשון הפיכתה להמשך ישיר של רצונות טבעיים).<sup>121</sup> לטענתו, אחת האסטרטגיות המרכזיות של פעולת ה"טבעון" היא הצגת החדש לכאורה – מה שמתאפשר הודות לטכנולוגיות הפיריון 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 (המסרכת 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."<sup>122</sup>

חשוב להדגיש שוב כי בדיני הייבום המקוריים אין המשכה גנטית ישירה של הנפטר, אלא של משפחתו, באמצעות אחיו. מנהג זה מתאים כאמור לחברה טרום־אינדיווידואליסטית 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,<sup>123</sup> 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 הטרוסקסואלי.

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 המוטה מגדרית של שאלת ההמשכיות באמצעות הולדה: להנצחת נשים באמצעות הולדה לאחר המוות מוענקת חשיבות פחותה, אם בכלל.<sup>124</sup>

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 כמוכן 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 הברזל מהותי."<sup>125</sup>

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 כנסכה סביב הולדה – מבנה את הזכות להורות באופן מוטא 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 כהולדה."<sup>126</sup>

ביטוי נוסף לתפיסת ההורות במשפט הישראלי – ובפרט לתפיסת האבהות – כ"שגר ושכח" קיים בבע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, שבסגרתו אושרה הכרזתו של תינוק כבר-אימוץ מבלי לנסות לקבל את הסכמתו של האב הגנטי לכך.<sup>127</sup> 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 וכנטולת תפקיד מטפל ודואג.<sup>128</sup>

פועל יוצא נוסף מתפיסות פטריארכליות אלה הוא תפיסת הדאגה האבהית כמתמצה 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 כאשר 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 בע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד (3) 201 (2005).

128 לעניין זה ראו גם רות זפרן ונעם פלג "שם האב: בעקבות בע"מ 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.<sup>129</sup>

על-אף הניסוח הניטרלי מגדרית 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.<sup>130</sup>

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.<sup>131</sup> האנתרופולוגית 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 למלמדים כי יש פרטים וזוגות שאינם מעוניינים ליהפך להורים.<sup>132</sup> 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?<sup>133</sup>

#### 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 בהמשכות 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 ברבר 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 ברבר 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](http://www.nytimes.com/2015/04/05/style/no-kids-for-me-thanks.html?_r=0). לעיסוק ברימוי 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/opting-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.<sup>134</sup> זוהי דוגמה מרתקת לאופן שבו המשפט אוכף 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,<sup>135</sup> 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 כנתנית 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.<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> 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 בנתנית 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"ממזור" הילדים.<sup>138</sup> 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 פריין, זכויות וחרטה: מחשבות בעקבות בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות" "המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבוקי הארות פסיקה 2, 4 (2013).

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

138 ראו, למשל, בע"מ 7038/12 פלוני נ' פלוני (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 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 2.7.2014) (תביעת אבהות שהגיש גבר שביקש להיות מוכר כאביה של ילדה, לנוכח התנגדות האם לביצוע בדיקת אבהות מחשש שהילדה תחשב ממזרה).

נגד חזקת הגיל הרך – שנויות במחלוקת ככל שיהיו – מצביעים גם הם על חשיבותה של אבהות פעילה ומעורבת בעיניהם של גברים (ונשים) רבים.<sup>139</sup> לבסוף, האבהות ההומואית, אשר הולכת ונעשית נפוצה, מראה גם היא כי אין דבר בטבעו של הגבר שמנותק מאתיקה של אכפתיות ודאגה.<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup> בפרשה יוצאת-דופן אך מצוטטת ומשפיעה – אמין נ' אמין<sup>142</sup> – 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.<sup>143</sup>

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

140 ראו, למשל, בג"ץ 566/11 ממשל מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 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,<sup>144</sup> כפרט במשפחות שבהן האבות הם ההורים הפעילים היחידים, כגון משפחות שכראשן אב יחידני או שני אבות, או משפחות פמיניסטיות הדוגלות בשוויון מגדרי.<sup>145</sup> במקביל, במסגרת השיח הציבורי והשיח על שילוב של דרישות שוק העבודה עם דרישות ההורות,<sup>146</sup> גוברת הלגיטימציה של דרישת הגבר להיות אב פעיל מבלי שהדבר יהווה פגיעה בגבריותו ויטיג אותו כ"הומו". כתבות בעיתונות הכתובה<sup>147</sup> ובטלוויזיה<sup>148</sup> 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, בכתיבה 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 נתן 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/](http://www.haaretz.co.il/news/) education/.premium-1.2491837; נעמי דרום "תסכיך אבות – שבעה אבות צעירים במסע אל השוויון" *הארץ* 17.5.2013 17.5.2013 [www.haaretz.co.il/magazine/.premium-1.2021699](http://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/](http://www.mako.co.il/news-channel2/) Channel-2-Newscast/Article-35584bd518cf541004.htm

ממצאי הראיונות מחדדים את ההבחנה בין הסכמה משוערת לכך שבת-זוג תשתמש בזרעך 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 איריאולוגיה זו, אשר כמעט לא השתקפה בדברי המרואיינים.

## 1. מתודולוגיה

הממצאים הנדונים במאמר זה מבוססים על מחקר-גישי 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 ומצפיים ליהפך בכוא היום להורים במשותף.<sup>149</sup> 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 רואינו 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.<sup>150</sup> מכיוון שבמוקד הדיון שלנו נמצאת שאלת הגבריות והאבהות, מאמר זה מתייחס רק לראיונות שנערכו עם הגברים מקרב בני-הזוג שרואיניו 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 כמעורבים (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 שראינו הוא יוצא-דופן. עם זאת, חשבנו שראוי להכליל אותו במחקר כדי להראות שקיימות דעות מגוונות, ושמחקר 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.<sup>151</sup> 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,<sup>152</sup> ללא איסוף כל מידע כלשהו על-אודות עמדות הציבור הרחב.<sup>153</sup> 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.<sup>154</sup>

## 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 ב-היהושע 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).

בכך, ומרואיין אחד (מס' 5) כקשה לסיווג. לגבי הגברים הלא-מעוניינים, מודל "הרצון המשוער", ההמשכיות הגנטית, המשכיות הזרע, "הרחף האבולוציוני לרבייה" או איך שלא נגדיר זאת – פשוט אינם תקפים. הם רואים את הסוגיה כעניינם של הנתורים בחיים, ומביעים עמדה שאנו מכנים "הסכמה משוערת". עמדה זו אינה מגלה רצון בהולדה לאחר המוות ("רצון משוער"), 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 מפאת קוצר היריעה לא נוכל לדון בה במאמר זה.

ההלן נציג בקצרה כמה תשובות טיפוסיות שענו גברים אלה:

מרואיין מס' 4 – בן עשרים ותשע, חילוני ממוצא מעורב (אשכנזי ומזרחי), מהנדס 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.

מרואיין 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 איזו 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 מרואיין מס' 2 – בן עשרים ושמונה, אתאיסט ממוצא מעורב, בעל תואר ראשון, עורך וידאו, חי בזוגיות זה כארבע שנים – לא הביע עניין בכֹּךְ 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.

מרואיין 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 שתתחנך מחדש ושיהיה לילד גם אבא. ואם לא יהיה לילד אבא, אני מעדיף שלא תעשה את זה. שלא יהיה לי ילד, שלא אֶם 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

שמובטחת 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),<sup>155</sup> 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 מישהו 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 מישהו 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: כן 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 אמשך 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 מישהו 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 שמתמשים 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 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-הרופן 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 שיישאו 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 ובאידיאולוגיה 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 והמוכח 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.<sup>156</sup>

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 שיעשה שימוש בזרעו לצורך הולדה לאחר מותו אינם מונעים תמיד 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-ירקע 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 מהמרואינים תפסו אבהות כמונחים של הורות פעילה, ולא חשבו על עצמם כמי שניתן להגדירם כהורים רק על-סמך קשר גנטי לצאצא. חלק מהמרואינים 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 שחזרו 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 שרואינים 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 ובוועז, 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.<sup>157</sup> 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 חד הם – 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 בחברה<sup>158</sup> 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 ככלל 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 ש.ם.

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 מהתהליך.

ייתכן אף שיש לשקול להגדיר את יוזמי הבאתה לעולם של ילדה מזרע של יקירם המת כהוריו החוקיים.<sup>159</sup> 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 שיוולדו, 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.