

משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

מאת

תמר כץ פלד*

תקציר

מאמר זה מציג התייחסות משפטית חדשה למשאלת-הורים שכולים הכמהים להוליד ילדים מזרעים שהופקו מגופת בנם. במצב הנדון, שבו הוא נפטר במפתיע, מבלי שהותיר הוראות חד-משמעיות בנוגע למימוש המשאלה, אבקש להכיר בה כנרטיב רגשי-משפטי עצמאי בר-תוקף מחייב בדין. בהתאם יש להתיר להורים את הגשמתה באמצעות אשה שתלד את צאצא המנוח ותהא האמא הביולוגית והמגדלת בכל מובן משפטי ואחר. המדובר במקרה שאין למת בת-זוג או שזוגתו אינה חפצה באימהות מזרעו. משנתי זו מאתגרת את ההלכה המונעת כיום מהורים את מימוש משאלתם.

המאמר נכתב לפני הפשעים המחרידים שביצעו שליחי החמאס והחיזבאללה באלפי אזרחי ישראל ב-7 לאוקטובר 2023. עוללים, ילדים, נשים וגברים תמימים וחפים מפשע נטבחו באכזריות, ונגדעו חיי גיבורים שנלחמו על הגנת תושבי המדינה מפני כוחות הרשע. מסרי החיים שנפרסים להלן בוערים מתמיד. הם מוקדשים לזכרם, וכן נושאים תפילת חיים ושיבה הביתה בשלום לחטופים, למפונים ולכל הלוחמים.

המאמר יפתח בסקירת הכשלים הכרוכים ביישום עקרון 'רצון המת' ו'חזקת רצונו המשווער', הנהוגים כיום כהסדר נורמטיבי ראוי לסוגיה זו, ועם ההבנה כי תכניה רוויים רגשות משורשים ועד עפאים, יעוגן חקר המשאלה בתחום האקדמי הידוע כ"משפט ורגש". בהתאם לתאוריות

* דוקטור, מרצה וחוקרת, הטכניון ישראל. התובנות המובאות במאמר התפתחו במהלך מחקר רב שנים בסוגיית השימוש בזרע שניטל ממתים. הוא מהווה חלק מפרויקט המיקף את ההיבטים המשפטיים, התרבותיים והביזואליים של הסדרי הולדה ישראלים המערכים טכנולוגיות רבייה מלאכותיות.

אבקש להוקיר ממעמקי לבי שניים שליוו אותי לכל אורכו של המחקר נשוא המאמר בדיונים ועצות חכמות, ולצערי לא זכו לקרוא את הנוסח הסופי: אבי, משה כץ ז"ל, ופרופ' רחל קרניול ז"ל. יהי זכרם ברוך. תודות רבות לכל הקוראות והקוראים של הטיוטות הקודמות ובראשם פרופ' רוני נבון, עו"ד צבי שילה ועו"ד עליזה רוזנס עבור כל ההערות הטובות והמועילות. תודות לשופטים החיצוניים ולכל משתתפי הסמינר המחלקתי ולמשתתפי המושב בכנס משפט וחברה 2023 שהמאמר הוצג בפניהם על ההארות וההערות מרחיבות הדעת, ולכל שטרחי לקרוא, להניסוף ולשפר. אסיים בתודות רבות ומיוחדות לכל אחת ואחד מחברות וחברי המערכת של עיוני משפט על תרומתם הנהדרת, המפרה והמעשירה למאמר, ולעורכות של עיוני משפט על עבודתן המקצועית לעילא דעילא.

והמתודולוגיות של התחום, ולאור תפיסות תרבותיות-רגשיות-משפטיות ישראליות הסובבות הורות, מוות ושכול, ייבחנו משמעויות המשאלה מחדש.

תובנות המחקר ייושמו בהצעת מתווה נורמטיבי חדש שיפורט ולפיו: תאושר משפטית משאלת החיים של הורים או של בנות-זוג ובני-זוג בעדיפות להגשמת המשכיות על פני כליון סופי ובקדימות לבנות הזוג. המתווה יהלום את כבוד כל הדמויות המעורבות בסוגיה, ובכללם המנוח והילוד לעתיד, וכן יעשו חסד וצדק עם האם ו/או האב שאיבדו את היקר מכל, וכיום אין להם מזור. מהיבט זה, יש להחיל את האמור גם לגבי נשים שחיהן נקטעו לפתע, תוך התאמה להבדלים הפיזיולוגיים בין המינים, שיידונו להלן בקצרה. לאור היקף השכול הנורא שהיכה בישראל בימים אלו, קריאתי ותקוותי ליישום המתווה המוצג בהלכה מותאמת, ובחקיקה דחופה ביותר.

4	מבוא
8	א. לשאלת רצון המת
8	1. משאלת-החיי לגבי מותו
11	2. חזקת הרצון המשוער
16	3. דיון בעמדות מלומדים
19	ב. "משפט ורגש"
19	1. מטרות ומתודולוגיות
21	2. מה למשפט ולרגש?
23	3. רגשות, נורמות, תרבות ומשפט
24	ג. משאלת-החיים כהמשכיות
24	1. נורמות מקדשות הולדה וקשר-דם
26	2. נורמות הנצחה וזכר
28	3. המשכיות נפטרת:
30	ד. הורות שכולה כמעמד משפטי-רגשי
30	1. שכול הורי ומשאלת-החיים
32	2. משאלת-ההורים וזכויות לכבוד ולאוטונומיה
34	3. הורות ושושלת
35	4. נחמה
36	5. חמלה וצדק
37	6. הזכות להמשכיות: סיכום פרק
38	ה. אינטרסים מתחרים
38	1. כבוד המת
39	2. סביות
40	3. טובת הילוד לעתיד
41	ו. מתווה נורמטיבי
41	1. המתווה המוצע
42	2. בחינת פסיקה מחדש:
43	3. הצעות החוק
44	סיכום

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

ובצָלָלִים

מִתְהַלְכִים עִם חֲלָלִים

מְרַפְּדִים כִּיבִים דּוֹמְדֵמְנִיִּים בְּצֶמֶר גֶּזֶן מְתוּק, שִׁסְפּוּג

וְהִזְמַן נִשְׁאָב לְאַחֹר

מְטַפֵּטֵף פְּנִימָה

שְׂכּוּל.

תמר כץ פלד

מוקדש לגלעד מולכו ז"ל

גיבור ישראל. נפל בקרב בתאריך 9.10.2023

מבוא

משאלת-החיים נשואת המאמר נלפתת בלב הורים עם קרות הנורא מכל, עם הידיעה המצמיתה כי בנם אהובם מת. פתיל-חייו נקטע לפתע. ומשם, מלב הקרע הנצחי והחיים שנעקרו, נקצרים תאי-רבייה מהגופה וצומחת משאלה ליצור חיים חדשים: להוליד ילדים שבמטען הגנטי שלהם צרוב האהוב.¹ אולי יהיו דומים לו, ינועו ויחייכו כמוהו, ואולי לא, אך בעצם קיומם וזיהוים כצאצאיו הם יהו לו נצר שושלתי, יחשבו כזכרו וכזכרון לו, ויסמלו את המשך חייו שנגדעו. הולדתם תנצור שמחה ומזור ותקל קמעא בהתמודדות עם האין, ועם סופיות המוות, ולעיתים תציל חיים ממצולות.²

לשיטתי, ובניגוד להלכה הנוהגת כיום, יש להרשות להורים את מימוש המשאלה. זוהי משאלת-המשכיות ונחמה, ובנימי-נימיה היא נפשית. היא יונקת את משמעויותיה מהשכול ההורי ומגורמות מקובלות בחברה הישראלית המייחסות חשיבות מרכזית לקשרי-הורות, ומקדשות הולדה, נצר והנצחה על רקע מערכת ערכים המייחסת לשכול ולמוות מעמד משמעותי.³ ככל מבע רגשי, המשאלה גם תבונית. היא מייצגת את הנורמות המשפטיות, הערכים והתפיסות שלנו, ומגנה עליהם.⁴ מדובר אם-כן, בנרטיב רגשי-משפטי, שהציף באפיונו זה קושיות ומחלוקות רבות-פנים.⁵ הזירה סוערת ורוחשת מאוויים ואינטרסים, ומתמודדים בה הציבור ככלול, ההורים, המנוח, הילוד לעתיד, בנות-זוג, בני-זוג וקרובים אחרים. ככלל, יתכן שנפטרת תיכלל בסוגיה, כגון בפרשת מ"ר שהתגלעה לאחרונה, ותובנותיה ייושמו בענייננו.⁶

¹ הטכנולוגיה מאפשרת ליטול תאי זרע מגופת גבר תוך 36-24 שעות מרגע המוות, להקפיאם, להפשירם תוך 25 שנים לערך, ולהפרות עמם ביציות, שיושתלו באשה. הילד שיוולד ישא קשר גנטי למת. נטילת תאי-רבייה מגופת אשה לשם הולדה מסובכת יותר: כעקרון עדיף לקצור רקמת שחלה. תהליך כזה אושר בישראל לפי דיווחים בתקשורת: איתי גל "חן בת ה-17 נפטרה: הוריה שאבו ביציות מגופה" *Ynet* (7.8.2011) <https://www.ynet.co.il/article/4105706>.

² בין ההורים השכולים היו ששקלו ליטול נפשם ורק תקוות הגשמת משאלתם מחזיקה אותם בחיים. למשל עדות ברוך בן-יגאל, פרוטוקול ישיבה 160 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-24, 14-15 (14.8.2022) (להלן: פרוטוקול 14.8.2022).

³ הנורמות יוצגו וידונו בפרקים ג'-ד'. למרכזיות תרבות המוות והשכול הישראלית ראו: גליה גלזנר-חלד "על זיכרון רודף ועל זיכרון חומק: מבט על השכול הישראלי" *סוגיות חברתיות בישראל* 25 (2018) 28 (להלן: גלזנר-חלד).

⁴ האינטראקציה בין רכיבי המשאלה לשדות הדין תידון בפרקים ג'-ד'. וראו: אהרון בן-זאב *ישר מהלב* 195-198 (1998) (להלן: בן-זאב); Susan A. Bandes & Jeremy A. Blumenthal, (2012) 161, 163-164 *ANNU. REV. LAW SOC. SCI.* 8 (2012) *Emotion and the Law* (להלן: Bandes&Blumenthal).

⁵ "סוגיה זו מערבת שאלות של משפט ורפואה, דת ואתיקה, כבוד החי וכבוד המת, וכן שאלות הנוגעות לתפיסות בחברה לגבי מוסד המשפחה ונושא ההולדה, לרצון הקמאי-אבולוציוני של הפרט להתרבות ולהמשכיות, ולשאלות הנוגעות לטובת הילד". בע"מ 7141/15 *פלונית נ' פלונית*, פס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 22.12.2016) (להלן: פרשת *פלונית* או הלכת-*פלונית*).

⁶ המקרים נדירים יותר לאור הקשיים הטכנולוגיים לקצור תאי רבייה מגופת אשה. בקשת האשה להרות מביציות בת-דודותה המנוחה נדונה בעמ"ש (מחוזי מרכז-לוד) 8293-09-20 *מ"ר נ' מרכז רפואי ע"ש רבין* (פסקדין 4.7.2022) (להלן: פרשת *מ"ר*). הפרשה תידון בפרק ג.3. מקוצר הידיעה הנושא פיתוח במחקר עתידי.

במהלך המאמר אבקר את ההלכות שמנעו מהורים את הגשמת משאלתם לצאצא שיוולד מזרע בנם המת ומאשה שתהא אם הילוד: במקרים שנפטר רווק,⁷ בפרשה שהאלמנה סרבה לכך, ואף במצבים שבנות-הזוג תמכו בבקשתם.⁸ כן אבהיר מדוע ראוי שהאמא הביולוגית תגדל את הצאצא ולא רצוי שפונדקאית תהרה אותו וההורים השכולים יגדלוהו כבנם,⁹ או שהאחות העקרה תאמצו.¹⁰ מקוצר היריעה אתמקד במעמד הורים שכולים לבן שנפטר במפתיע, כלומר, ללא שהייתה לו שהות לגבש את דעתו בנוגע להולדה מזרעיו, כגון שמת ממחלה.

בהיעדר חוק, הגשמת משאלת-ההורים נדרשת לאישור הערכאות. ככלל, עקרון המפתח שהותווה בסוגיה קובע שיש לממש את רצון המנוח שהתגבש עוד בחייו לגבי הולדה לאחר מותו.¹¹ מימוש רצונו זה הוגדר ככבוד-המת, וכחלק מזכותו לכבוד האדם.¹² דא-עקא, שנפטר לפתע: כשהיה בחיים יתכן שלא היה מודע לטכנולוגיה חדשה זו, המאפשרת ליטול זרעים מגופה, להפרותם ולהוליד מהם תינוק. אף בארועי אוקטובר 2023 לא הוכרה דיה, ורק כעבור כחודש החלה התקשורת לפרסם מידע לגביה. המידע לא הגיע למאות אלפי לוחמים שלחמו חודשים בזירות הקרב.¹³ כפועל יוצא, וכרובנו,

7 כגון: בע"מ 378/20 פלונית נ' בית החולים אסף הרופא (נבו 03.6.2020) (להלן: בע"מ אסף-הרופא). כל פסקי הדין יפורטו ויידונו בפרק א'.

8 לאלמנה המתנגדת ראו: הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5. לבנות-זוג שתמכו בהורים ראו פירוט בפרק א'.

9 בפרקים א' וה'.

10 כך הוחלט בתמ"ש (משפחה קר) 25971-02-17 ח"ח נ' מרכז רפואי בני ציון (נבו 08.06.2021) (להלן: פרשת ח"ח); בערעור נקבע כי הוכח רצון הנפטר בהמשכיותו לאחר מותו אולם החוקים בארץ לא מאפשרים מתווה הולדה שכזה. עמ"ש (מחוזי חיפה) 16843-09-21 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונים (פסקדין 17.1.2022).

11 רצון המת כעקרון מנחה ייבחן בפרק א'. תחילה שורטט בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" (27.10.2003) (להלן: הנחיות היועץ-ש-2003). ס' 4 שם מורה לייחס לרצונו הקונקרטי משקל רב על בסיס זכויות-אדם ומנקודת מבט מוסרית וחברתית, לצד מעמדה העצמאי של בת-הזוג, המעוגן בס' 9 שם. לעומת-זאת, הסוגיה מוסדרת בהצעות החוק האחרונות אך בהתאם לרצון המת. ראו: ס' 1 להצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023. באותו נוסח, הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ב-2022 (להלן: הצעות החוק 2022-2023).

12 כבוד-המת וכבוד האדם יידונו בפרק ד'-ה'. למשמעות המושגים ראו: אלמה גלבוז-שכטמן "על גופתי המת: הסתכלות מחודשת על מרכיבי הזכות לכבוד המת" המשפט כט 1, 1-15 (2023) (להלן: גלבוז-שכטמן); ע"א 7918/15 פלונית נ' פרידמן (נבו 24.11.2015) (להלן: פרשת פרידמן). לכיבוד רצון הנפטר כנובע מהאוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו ראו: הנחיות היועץ-ש-2003, לעיל ה"ש 11, בס' 9; הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, פס' 6-7 לפסק-דינו של השופט מזוז; בע"מ 6046/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 02.09.2019) (להלן: פרשת ע"ש); לטיעון פילוסופי לפיו לא ייתכן פגיעה במת לאחר מותו, שכן רצונותיו וזכויותיו מתו עמו, ראו: James Stacey Taylor, *The Myth of Posthumous Harm*, 42 AM. PHIL. Q. 311, 311-322 (2005); נוספות ביחס לכבוד-המת ורצונו ראו: יעל השילוני-דולב, דפנה הקר, וחגי בועז "רצון המת – שלשה מקרי מבחן ישראליים" סוציולוגיה ישראלית טז(1) 31-32 (2014) (להלן: השילוני-דולב, הקר ובוועז).

13 התודעה לקיום הפרודורה החלה להיוודע לאחר ה-7 באוקטובר עם פרסום הזמרת שי-לי אודות כשלון נטילת הזרע מבעלה שנרצח. רן בוקר "סוף עצוב: הזרע של ייב, בעלה של שי-לי עטרי שנרצח בעוטף עזה – לא שמיש" Ynet (11.10.2023) על חוסר מודעות הציבור <https://www.ynet.co.il/entertainment/article/byyhipew>

המנוח בחייו כנראה לא חשב כלל על הנושא, ולא הותיר כל הנחיות ברורות בעניין צאצאיו שלאחר מותו. אי-לכך, באופן שבעיני תמוה לוגית ומתודולוגית, הוחלט לקבוע את רצונו המשוער' ולטעמי פשוט לשערו, וזאת לפי מודל שהתווה בראשיתו בהנחיות היועמ"ש-2003.¹⁴ הרעיון יושם לאורך השנים באמצעות הנחות וחזקות אי-קוהרנטיות וסותרות אך חוצרות גורלות, שהוראותיהן פגעו לשיטתי בהורים ואף בנפטרים שרצונם לא מומש.

באשר לבנות-זוג, ניתן להן באופן קונסיסטנטי ונכון לגישתי, היתר לממש את שאיפתן להוליד מזרע אהובן. ההשערות המקובלות הניחו שהמנוח הוא שבחן כאימהות צאצאיו. ברם, אבאר כי ההיתר ניתן להן, ובצדק להשקפתי, גם מטעמים אוטונומיים שלהן. כלומר, בנפרד מרצון הגבר, מכוח רצונן העצמאי ומתוקף כבודן וזכותן החוקתית האישית העומדת על יסודותיה שלה.

באשר להורים לעומתן, וכפי שאפרט בפרק הראשון, המושכלות לגביהם נעו-ונדו לאורך השנים, התהפכו בין ערכאות, ותוך שהדגימו באי-אחידותן התחבטויות לגבי מהות רצון לא-ידוע של מת, טלטלו את נפשותיהם הדואבות בין היתרים לבין איסורים, והתגבשו לאחרונה מולם וכנגדם כחזקות כמעט מבוצרות ולפיהן: משאלתם מנוגדת לרצונו המשוער של הנפטר. לפי התפיסות שאומצו בהלכות האחרונות, אדם לא חפץ בהורות לאחר המוות למעט עם זוגתו ככל שקיימת. כל החלטה אחרת תפגע באיפתו לאבהות המעורבת בגידול ילדיו, ורק עם בחירת-ליבו כאמם.¹⁵ לסתירת החזקה, שהשתכח כי אינה אלא השערה, נדרשו ההורים להמציא הוכחות כהוראות ברורות ומובהקות בנדרן, שנתן המת בחייו. העדרן הטבעי, כפי שאבהיר להלן, בצירוף להתוויה שאל להם, החיים, לעצב את רצון המנוח לפי רצונם, כדי לא לפגוע בכבודו כמת, הובילו לחסימה כמעט מוחלטת של משאלות-ההורים.¹⁶ האומנם החזקות וההנחיות הללו נכונות?

לפרוצדורה זו ניתן ללמוד מעדויות הורים וכן ניתן להסיק את האמור מהנתון שמקרב כ-1,500 הרוגי ה-7 באוקטובר נשאב זרע רק מ-28 (פחות מ-2%). בסוף נובמבר 2023, עם החלת המידע בנוהל יידוע הורי חייל שנפל, עלה המספר לכ-40% מהחיילים. ראו: נטע צ'חנובסקי "למשפחות מגיע לדעת שיכול להיות להן דור המשך" **מאקו** (20.10.2023) <https://www.mako.co.il/home-family-relationship/Article/>

עוד קודם למלחמה, העידו הורים שכולים רבים שהטכנולוגיה לא הייתה מוכרת להם ב-2020. ראו: פרוטוקול 14.8.2022, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14 דברי בן יגאל, בעמ' 3, 20 דברי צבי האוזר ובעמ' 11 דברי אשר שחר. הנושא ידון בפרק א'.
ס' 13 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11.

¹⁴ הלכת-פלוגית, לעיל ה"ש 5, הייתה הראשונה שקבעה מסמרות בעניין. לאחריה נקבעה הלכה לגבי רווק בפרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, שהתחדדה בבע"מ אסף-הרופא, לעיל ה"ש 7. פירוט בפרק א'.

¹⁶ ראו: משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל 44 (2012) (להלן: ועדת מור-יוסף); פרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל; לביקורת על התעלמות מרצון-המתים לטובת רצון-החיים ראו: השילוני-דולב, הקר ובוועז, לעיל ה"ש 12.

האם זוגות לא נפרדים? וכי המוות לא מסכל את הורותו המגדלת גם עם זוגתו? ומדוע לכבודה העצמאי יש מעמד, המוצדק לטעמי, אולם את כבוד ההורים לא מחשיבים ובפועל מוחקים? וכי לא נסתרת החזקה עם צוואות חולים סופניים המבקשים מהוריהם למצוא אשה שתלד את ילדיהם?¹⁷ וכי הדרישה להמצאת הוכחות חד-משמעיות שיתרו חזקה בדבר רצון משוער ולא-ידוע אינה אלא תרתי-דסתרי? וכיצד נהיך לדעת אם גובש בכלל רצון-אדם ביחס לטכנולוגיה שלא הוכרה דיה אף בארועי אוקטובר 2023? החזקות הללו, אם-כן, הינן השערות תאורטיות ולא-מדויקות בעליל, שהושלתו בגופת-מת כהוראותיו המובהקות, ויתכן שבניגוד לרצונו האמיתי. מהות כבוד-המת בסיטואציה זו אינה אלא אי-ודאות, בעוד שהחיים וכבודם נפגעים בוודאות. נדרשת גישה חדשה להסדרת הסוגיה.

לטענתי המרכזית, במצב המדובר יש להעמיד במרכז את החיים, ההורים השכולים, ולהכיר במשאלתם הרהוטה והברורה כנרטיב רגשי-משפטי בר-תוקף משפטי עצמאי מחייב המבטא הן את זכותם החוקתית לכבוד, את זכותם לאוטונומיה אישית לטוות את סיפור חייהם כתקווה, וזכויות נוספות, צדק וחמלה, והן את כבוד המת המגלם את כבודם ומגולם בו.¹⁸ היתר למימוש משאלתם בתנאים שיפורטו, הכוללים שמירה על טובת הילוד, יוביל לאיזון מיטיב ונכון יותר בין כל האינטרסים.¹⁹ לשיטתי, עד כה הוחמצה הסדרה נאותה של הסוגיה בשל כשל בזיהוי המשמעויות הרגשיות שלה בדין. אפיונה זה והבנת התמות השוררות בה כקשרי-ההורות, הולדה ומוות, נצר כזכר והמשכיות, יאפשרו להבהיר: את שאול השכול ההורי שלא ימחק לעולם, את עוצמת המזור המוצע בהגשמת המשאלה, את המשכיות המגולמת בה, ואת המחויבות ההורית לבן כאמוני משאלתו.

לאור אותן תפיסות, יהא ניתן לאפיין גם את רצון המת כחפצו הרגשי של אדם בחייו להקל על הוריו את סבלות מותו, ומכוח קשריהם, אהבתו והערכתו אליהם, ובהסתמך על מחקרים שיוצגו, תנוסח משאלתו כתקווה לנחמתם המסונכרנת עם משאלתם ומובעת מטעמם. מטרת המחקר, אם-כן, לברר את מהותה, משמעויותיה והשלכותיה של משאלת-החיים ובהתאם לממצאים ולמסקנות, לעצב את התנאים הראויים להגשמתה במתווה נורמטיבי חדש וצודק יותר שאותו אבקש ליישם בדחיפות בשינוי ותיקון הצעות החוק מהשנים 2022-2023.

¹⁷ ראו למשל: תמ"ש (משפחה ת"א) 14217-06-14 "משפחה חדשה" נ' בית החולים הרסה עין כרם (נבו) 15.4.2015, תמ"ש 28130-07-14 מ"פ נ' משרד הבריאות (פסקדין 17.11.2014). משאלות חולים סופניים יוצגו בפרק א.

¹⁸ הזכויות השונות יוצגו בפרקים ג'-ד'. להצגת הזכות החוקתית לכבוד האדם ככוללת את כבוד המת ואת כבוד יקיריו ראו: ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז(2), 793 (1993) (להלן: פרשת הגר); ע"א 294/91 חברה קדישא גשח"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מ(2) 464 (1992) (להלן: פרשת קסטנבאום).

¹⁹ האיזונים יוצגו בפרקים ה'-ו'.

את טענותי אוכיח באמצעות מתודולוגיות ותאוריות מתחום "משפט ורגש" שבו יעוגן המחקר,²⁰ ולפיהן ינותחו ויאובחנו: פסקי-דין, הנחיות, מסקנות-ועדות, פרוטוקולים, הצעות חוק והסרט התיעודי "משהו ממני" שליווה מסע הורים שכולים עד להולדת אושר, נכדתם.²¹

חדשנות המאמר מתבטאת בכמה היבטים: בגישה משפטית חדשה לסוגייה המעמידה במרכז את כבוד החיים, דהיינו, את ההורים השכולים. כן בהבנה שכבוד המת ביחס למימוש רצונו תלוי וכרוך בכבוד הוריו, בזיהוי חדש של משאלת-החיים ומשמעויותיה המשפטיות-רגשיות תוך הצגתה כבקשה לגיטימית איתנה ועצמאית העומדת על יסודות משפטיים איתנים שנסוגים אך כשידועה התנגדות המנוח לכך. בנוסף, בהצגה חדשנית של השכול ההורי ותוקפו המשפטי, ובניסוח חדש של רצון אדם לגבי מותו ביחס להוריו ועבורם. חשיבות הנושא בוערת בימי שכול ואובדן שהיכו בישראל בהיקפים בלתי-נתפסים ובנסיבות מזויעות, והסוגייה רלוונטית להצעות החוק החדשות שאותן מבוקש לתקן, והן נדונות בכנסת בוועדת הבריאות בימי חתימת המאמר. אין המדובר רק בתאוריות אלא בנפשם של הורים שכולים שהגזירה הנוראית האוסרת עליהם לממש את בקשתם מונעת מהם כל זיק נחמה.

המאמר יאורגן כדלהלן: בפרק א' תיבחן שאלת רצון המת ויובהרו כשלי חזקת הרצון המשוער. בפרק ב' יוצג תחום המחקר "משפט ורגש", ובהתאם לכליו ינותחו רכיבי המשאלה בפרק ג', בו יבחן נרטיב ההמשכיות, ובפרק ד' בו יובהרו מעמד ההורות והשכול ויוצגו בהתאמה עקרונות הצדק והחמלה. בפרק ה' יידונו אינטרסים מתחרים, בפרק ו' יוצע מתווה נורמטיבי ויוצע תיקון להצעת החוק, ובפרק ז' יסוכם הנושא.

א. לשאלת רצון המת

1. משאלת-החי לגבי מותו

רצונם המפורש של מספר חולים סופניים המורים להוריהם לממש הולדה מזרעם לאחר מותם, התגבש נוכח המוות המאיים עליהם. הוא מביע את משאלתם לצאצא שימשיך את שושלתם הגנטית ומגלם את הערכתם ואהבתם להורים ואמונתם בהם שימצאו אמא לילדם. חפצם הובע למשל: בהוראות מפורשות להורים שהתקבלו כצוואה ביולוגית,²² או עם החולה שביקש זאת מאמו בכל לשון של בקשה ומקרהו ידון להלן,²³ ואף במקרה החולה שסיפר לעיתון כי הושיט להוריו את נכדיהם בכוסית,

²⁰ יוצג בפרק ב'.

²¹ משהו ממני (ציפי ביידר במאית 2014).

²² תמ"ש (משפחה חדרה) 7930-11-09 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 10.4.2011).

²³ תמ"ש (משפחה ב"ש) 62401-06-16 משפחה חדשה נ' מרכז החולים הממשלתי (נבו 30.1.2017).

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים: משפט ורגש המשכיות החיים

ובכוונתו שאביו יממש את רצונו להולדת ילדיו, הבטיח לו שהחיים לא ייפסקו, "יהיה להם המשך, אי אפשר לעצור את החיים"²⁴.

בכל המקרים הללו רצון המת קיבל הכרה משפטית, ומתוקפה הוא מהווה הוכחה ניצחת לקיום שאיפת הגברים הללו הן להמשכיותם דרך צאצאם והן שתוגשם באמצעות הוריהם. הכרה זו שומטת את אושיות חזקת הרצון המשווער של המת שהתגבשה בבית המשפט העליון כעקרון בלתי ניתן לסתירה בעליל, ולפיו: כל אדם לא היה חפץ בהולדה באופן האמור, למעט עם זוגתו. כפי שאפרט להלן בסעיף 2.א, החזקה התגבשה בבית המשפט העליון כמעט כאקסיומה, והיא ניתנת לסתירה רק עם הוראות מובהקות וברורות של המנוח שנפטר במפתיע לגבי מה ייעשה בזרע לאחר מותו. עד כה לא הצליחו להמציא הוכחות שיעמדו בדרישות, בחריג שנדון רק בערכאה ראשונה, כשהתקבלה עדות אבי חייל על רצון הבן לפני שנכנס לקרב.²⁵ עם ההבנה שהובע רצון השונה מהחזקה הנחזית כאבסולוטית, ניתן היה לסיים את טענותי כנגד החזקה וחסל. ובכל-זאת, אבקש לברר תחילה את מהות רצון גברים ונשים שלא ניצבים מול סכנת מוות.

מזה שנים אני מציבה לסטודנטים ולסטודנטיות בפתח שיעור רלוונטי את השאלה אם היו רוצים שיפיקו מגופתם תאי-רבייה ויולידו מהם ילדים (השאלה מופנית לכל המינים). מיעוטם עונה בחיוב, ולמרביתם אין דעה מוצקה בעניין, ו/או שהם אדישים לאשר יקרה לאחר מותם. לעומת זאת, לשאלתי: "האם הייתם רוצים לממש את המשכיותכם עבור הוריים האבילים באמצעות אשה שיבחרו כאם הצאצא?" רובם הגדול נענה בחיוב. תשובה דומה אך מהוססת יותר מתקבלת ביחס לאפשרות שבני-זוג ובנות-זוגם יבקשו זאת כדי להיות להורי הצאצאים, והמהססים מדגישים כי העדר זוגיות רצינית בשלב זה בחייהם מקשה על המענה. משאל זה אינו מדעי כמובן, אולם הוא מדגים את רכיבי הנפש הפעילים בלב רצון-החיים ואת השפעת רגשות האהובים על מסרו. זוהי סימביוזה השלובה באהבה ליקירים, אמונה בהם, ותקווה להקל על יגונם, תוך כיבוד רצונם שלהם.

נסיוני זה הולם ממצאים של מחקר אמפירי שערכו בוקק-כהן ורביצקי בקרב 212 חיילים צעירים. אף שם הסתבר שרצון ההורים משפיע עליהם יותר מאשר בנות זוג: 26: 188 (88.7%), דהיינו רוב כמעט מוחלט, ציינו כי במידה שהוריהם יבקשו זאת הם יסכימו לשימוש בתאי הזרע שלהם. 117 (55%) ציינו כי יסכימו במידה שלא יהיו להם עד אז ילדים ולהוריהם אין נכדים נוספים, ואילו רק 72 (32.7%)

²⁴ תמ"ש (משפחה קריות) 13530/08 "משפחה חדשה" נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.2009). (להלן: פרשת משפחה חדשה). ההחלטה אושרה בהלכת-פלוגית, לעיל ה"ש 5.

²⁵ תמ"ש (משפחה ת"א) 14262-06-20 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פסקדין 21.3.2022) (להלן: פרשת החייל). ההלכות נקבעו בפרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12 ובבע"מ אסף-הרופא, לעיל, ה"ש 7.

²⁶ Ya'arit Bokek-Cohen & Vardit Ravitsky, *Soldiers' Preferences Regarding Sperm Preservation, Posthumous Reproduction, and Attributes of a Potential "Posthumous Mother"*, 79 OMEGA—J. DEATH & DYING 132, 132 (2019).

מהנחקרים התנגדו לרעיון. אם כך, נראה שמשאלות הצעירים במחקר, שכנראה היו ללא בת-זוג, עוצבו ברובם הגדול בהתאם לרצון ההורים. דהיינו, הם הביעו גם אמון בהוריהם וגם הסכמה להמשכיותם לאחר המוות.

במחקר נוסף השילוני-דולב וטריגר ראיינו 14 גברים בזוגיות.²⁷ הם מדווחים כי לפני הראיון המרואיינים לא הכירו את האפשרות לנטילת זרע ממת, ובמהלכו, מרבית המסתייגים ממנה (8 ככלל) ענו לשאלות המראיין שהם כן רוצים בה במידה שיקיריהם חפצים בכך והדבר יסב להם נחמה ואושר (יותר בת-הזוג ופחות ההורים שהממצאים לגביהם לא פורטו). ברוח זו, למרות שלטענת החוקרים גברים ככלל אינם חפצים בהליך, הם מוכנים להציע קונסטרוקציה המתבססת על הסכמה משוערת.²⁸ כן הם מציינים כי מה שמאחד את רוב המרואיינים הוא הקביעה כי "ההחלטה צריכה להיות נתונה בסופו של דבר בידי החיים, שכן הם אלה שיישארו לשאת בעול, לעומת המתים שעמדתם כבר אינה חשובה".²⁹

מחקר טלפוני רנדומלי שנערך לפני כעשור בארה"ב בקרב 2,072 אנשים, דיווח על הסכמת 70% מהגברים למימוש רצון זוגתם בנדון. הם לא נשאלו בנוגע להוריהם.³⁰ הגם שלתרבות השפעה מכרעת על עמדות הקהל, מדגים גם דיווח זה את כוח רגשות היקירים בעיצוב רצון-החיים.

לשיטתי, אם-כן, עולה מהמקבץ גישה חדשה, המנסחת מחדש את שאלת רצון אדם בחייו בהתאם לרצון זוגתו או הוריו ועבורם. חפצו בהמשכיותו לאחר מותו תלוי בהם ומעוצב בעבורם. טיבה של משאלתו נפשי ומשפטי: היא נובעת מכיבוד רצון יקיריו אלו, מרגשותיו כלפיהם, מאהבתו והערכתו אליהם, ומדאגתו לשלומם לאחר אובדנו, ומתייחסת למשמעות המשכיותו בצאצאו בהתאם לרגשותיהם. היא מעבירה את כובד רצונו אליהם, ומתירה את זכות מימושה לכבודם ולרצונם כצוואה פתוחה.

מבחינת ההורים, משאלת-החיים שלהם, שתוצג לאורך המאמר, כרוכה באמונה שהם מממשים את חפצו, ונובעת אף היא מאהבתם האינסופית ואובדנם, ומטיבם המיוחד של יחסי הורות-ילד ושכול בישראל, וממשמעות צאצא בהקשר זה.³¹ הנה כי-כן נפרסת בפנינו משאלת-המשכיות שהתגבשה כסינרגיה של כיבוד רצונות רגשיים הדרדיים. ברם, בעוד ייחוסה למנוח שלא הותר הוראות חד-משמעיות ומעורכנות יאה

²⁷ יעל השילוני-דולב וצבי טריגר "בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו-נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע" *עיוני משפט* לט 661-661, 706 (2016) (להלן: השילוני-דולב וטריגר).

²⁸ לא פורט כמה היו נענים להורים. שם, בעמ' 697-698, 686.

²⁹ שם, בעמ' 703.

³⁰ Jason D.Hans, *Posthumous gamete retrieval and reproduction: would the deceased spouse consent?*, 119 SOC. SCI.&MED. 10 (2014).

³¹ כמפורט בפרקים ג-ד. בתודות להערות קורא אבקש לציין שככלל, הגדרת המשפחה עוברת שינוי משפטי ופסיכולוגי ממוקד של יחסי זוגיות ליחסי הורות. יחסים לא תקינים בין הצדדים יהוו הוכחה להתנגדות המנוח למימוש המשאלה וכן סביר להניח שההורים לא יביעו אותה ככלל.

לעד לא-מוחלט ובגדר השערה, היא בווערת בלב החיים כמשאלה רהוטה וברורה, המנוסחת מטעמים בעבורם ובעבורו. באפיונה זה, כמבעם ורצונם, היא עומדת על אדן משפטי עצמאי, ויש לכבדה. עמדתי זו אינה הולמת את החזקה שגובשה בפסיקה ולהלן אציג את תכניה וכשליה.

2. חזקת הרצון המשוער

כאמור, וכפי שיפורט להלן, התפיסה הראשית בפסיקה עד כה העמידה את רצון הנפטר כערך עליון, אותו יש לשאוף להגשים. ברם, המנוח נעלם מעולמנו מבלי שהותיר אחריו עמדה מנוסחת וברורה בנדון. עוד מלכתחילה עמד על בעייתיות הסיטואציה היועמ"ש, ובהנחיותיו מ-2003 כתב שאדם בריא לא נדרש לסוגיה שכזו בחייו ולא מגבש דעתו לגביה.³² לימים החרתה אחריו השופטת חיות בהדגישה כי מדובר בצעירים שלרוב אינם מעסיקים עצמם בשאלות שלאחר מותם.³³ חרף המודעות להעדר רצון מגובש בנדון, מושק בזירה מודל הרצון המשוער.

חזקת היועמ"ש מ-2003 קבעה כי לאור תרבות קידוש ההולדה, העמדת צאצאים ושימור זכר המת, כל ישראלי רוצה בהמשכיות ובהקמת זרע לאחר מותו, בייחוד אם היה בזוגיות. ההנחה שהיה נותן הסכמתו להפריית בת-הזוג, ומתוך כיבוד חפצו, וכן כיבוד חפצה וזכויותיה העצמאיות להורות עמו, להוליד מזרעו ולשימור זכרו והנצחתו, הומלץ להתיר לה לממש את חפצם המשותף.³⁴ כלומר, בפועל מעמדה המשפטי של בת-הזוג בוסס על רצונה העצמאי ועל רצון המת התלוי ברצונה,³⁵ באותה סינרגיה שזוהתה לעיל גם ביחס להורים. ברם, מההורים שלל היועמ"ש כל עמדה בנדון בנימוק שאין להם מעמד חוקי בעניין פוריות ילדיהם, ואין זכות לסבות.³⁶ ועם הגישה המוטעית הזו לטעמי, המתעלמת מכבודם ומרצונם האוטונומי, ומפלה אותם לרעה לעומת בת-הזוג, הושקה לגביהם סדרת ההתנדדרויות הבאה :

תחילה ביטאה הפסיקה את התוויות היועמ"ש-2003,³⁷ אולם חיש-קל השתנתה, ולעת שהורים שכולים פנו לערכאות, מ-2007 לערך, הוענקו להורים אישורים לבחור אשה שתהרה מזרע הבן ותהא אמו המגדלת של הצאצא.³⁸ ההיענות לבקשתם התבססה

³² ס' 13 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11. מכאן הסיק שאין צורך להוכיח את הסכמת הנפטר ברמת הוכחות מפורשת.

³³ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת חיות.

³⁴ ס' 5,9,11,15 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11. החזקה שכל ישראלי רוצה בהמשכיות מוטעית לטעמי ואינה רלוונטית לביסוס טענות המאמר.

³⁵ פורש לימים: "כי אדם שרצה ילדים בחייו עם בת-זוגו, היה רוצה, או למצער מסכים לבקשתה ולרצונה של בת זוגו להביא ילד מזרעו לאחר מותו". הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 15 לפסק הדין של השופט מזוז.

³⁶ ס' 20-22 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11. עם-זאת הוא מתיר להם עדות כאינדיקציות ראויות לרצון בנם.

³⁷ מדובר בבקשות ספורות המתוארכות משנת 1995. לתיעוד ראו: יוסי גרין 'פרו ורבנו' בעידן המודרני: משפט והלכה 342-350 (2008)

³⁸ השילוני-דולב, הקר ובועד, לעיל ה"ש 12. מדווחים על כעשרה מקרים כאלו שאושרו.

על אותה חזקת-יסוד של היועמ"ש בדבר הרצון בהמשכיות של כל אדם, וגובתה בעדויות ההורים והחברים כי המנוח הביע את רצונו המפורש בילדים.³⁹

ב-2009 משנה אף היועמ"ש את הנחייתו ומכליל בה גם הורים, ולשיטתי טוב שכך.⁴⁰ דא-עקא, ב-2012 "ועדת מור-יוסף" מטילה ספקות ברצון אדם להוליד ילדים שלא יכיר ולא יגדל.⁴¹ כלומר, הדגש עובר להיבט המעורבות בגידול. הוועדה ממליצה לכבד הוראות כתובות שהשאיר המת בנוגע לכל אדם. במידה שאין הוראות כאלו, יש להתיר שימוש בזרע רק לבת-זוג מאותו טעם מפורסם, שעמה היה מסכים להולדה שכזו, אם זה חפצה.⁴² דהיינו, גם הוועדה כורכת את רצונו המשוער ברצונה הברור של האשה. לדעת רוב חבריה, בהיעדר הוראות מפורשות יש לשלול את זכויות הוריו, אחיו וילדיו להחליט בנוון, אולם לדעת המיעוט של פרופ' אסא כשר, חובה לאפשר גם להורי רווק מת וחשוך ילדים להקים לו זרע. להשקפתו, החזקה שהיה רוצה להביא ילד לעולם שיישא את זכרו, ובכך יישמר כבודו, וכן תבוא זכות ההורים להתאבל כרצונם.⁴³

בשנת 2016 היועמ"ש שב לפסוח בין העמדות. בתחילת הדיונים בעניין פלונית הוא מתיר מעמד להורים, אולם בהמשך הדיונים חוזר בו, ושב להיאחז באישור לבת-זוג בלבד.⁴⁴

בנדנדה זו לא די. העימות בפרשת פלונית דלעיל היה מגי שניים שהתגלעו בין הורים-שכולים לבין אלמנות אך בתוצאות משפטיות שונות. בשתי הפרשות האלמנות התלבטו או סרכו להיות אימהות לצאצא הבן, וכן התנגדו לבקשת ההורים למצוא אשה אחרת שתלד מזרעו ותהא לאם הילוד. בפרשה האחת, פלונית נ' המנוח, דובר בכך-יחיד וצאצא יחיד של כל המשפחה המורחבת. בית-המשפט לענייני משפחה מאמין להוריו שבנם היה רוצה בצאצאים לאחר מותו. כן מוצבת שאלה המתמקדת ביחסי ההורות, בניסוח שאותו אני מציעה לאמץ במאמר: האם הבן היה מכבד את רצון הוריו בהמשכיות? משנענה השופט בחיוב, וכן בהתחשבות בהיות המנוח בן-יחיד, הוא מיישם את גישת החמלה שתוצג להלן ובה אני מצדדת, וקובע כי "אין להסתפק בהבעת

³⁹ בהתאם ניתן אישור: להורי החייל קווין כהן ז"ל בתמ"ש (ת"א) 4940/45 כהן נ' המרכז הרפואי המשולב שיבא (15.2.2007) (להלן: פרשת כהן); לאמא יחידנית ששכלה את בנה יחידה בתמ"ש (משפחה ק"ש) 12977-01-14 פלונית נ' מדינת ישראל משרד הבריאות (נבו 6.1.2015) (להלן: פרשת פלונית-יחידנית).

⁴⁰ ההנחיה לא פורסמה אך היועץ עצמו מדווח עליה כמצוין בהלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת חיות.

⁴¹ ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 16, בעמ' 44.

⁴² שם, בעמ' 44-45.

⁴³ שם, בעמ' 47.

⁴⁴ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 9 ו-12 לפסק הדין של השופטת חיות.

אמפתיה ויש לבחון דרכים מעשיות להקלה על סבלם".⁴⁵ בהתאמה, מוחלט להעביר את הזרעים לרשות ההורים, ומשלא הוגש ערעור, פסק-הדין הפך לחלוט.

בפרשה השנייה שעסקה בתביעת הורים שכולים את האלמנה, היא נישאה בשנית, ילדה שני ילדים, ולאחר שנים עדיין מסרבת לאפשר להורים למצוא אשה שתהא אם לצאצא בנם. בית-המשפט לענייני משפחה מקבל עדויות חברים קרובים למנוח שעמדו על רצונו בהמשכיות ולו עם אמא אחרת מהאלמנה, מאמין להוריו שמבקשים לממש את רצונו זה, ובהתאם מורה לאלמנה להעביר להם כמחצית ממבכנות הזרע שברשותה.⁴⁶ בית-המשפט המחוזי מפי השופט אילן שילה מעביר להורים את כל המבכנות. השופט מניח, נכון לשיטתי, כי אילו ידע המת על סרוב אלמנתו להוליד את ילדיו היה בוחר בהמשכיותו הגנטית שתתגשם עם אשה אחרת, כרצון הוריו. הבנת השופט כי משאלתם כרוכה בהגשמת רצון ילדם ולא במימוש זכות לסבות פעילה מתקבלת ממענה האמא לשאלה מה יקרה אם האלמנה תלד ולא תרצה קשר איתם: "אני אחיה עם זה בשלום, כי אני יודעת שמהו מהזרע שעומד שם יצא לעולם".⁴⁷ ועם תשובה זו, מתחדדת האבחנה בין הזכות לסבות, המתייחסת ליחסים עם הילוד, לבין הזכות להמשכיות במובן שבו אני דוגלת, המתייחסת לרצון הורים-שכולים לנצר מבנם שיגדל בחיק אמו, ויסב להם נחת ונחמה מעצם קיומו.

ברם, בשלהי 2016, בית המשפט העליון הופך את החלטת המחוזי בעניין זה. **הלכת-פלונית** נקבעת בדעת רוב ולפיה: רק לבת-הזוג קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיום רצון משוער של הנפטר להביא עמה ילדים לאחר מותו, בעוד שלהוריו ולכל אדם אחר אין עמדה בעניין.⁴⁸ לתשומת-לב, ההחלטה מבטאת היפוך תפיסתי כפול מהשקפת היועמ"ש מ-2003: לחזקתו דאז כל אדם רוצה בהמשכיותו, וכן לשיטתו הנפטר אינו הורה במובן המקובל של המונח, כך שלא יפגע גם אם יתברר שרצונו האמיתי לא קיים.⁴⁹ להבדיל, התפיסה החדשה שמבטא בית המשפט בהלכה זו מתייחסת לצאצא לאחר המוות כהורות במובן הפעיל של המילה, וכן החזקה מניחה שהנפטר לא היה רוצה בילדים שאותם לא יוכל לגדל כהורה מעורב, למעט עם זוגתו. כפועל-יוצא, למרות שההורים ואף האלמנה הסכימו כי המנוח אהב ילדים וכי "רצונו המשוער בהמשכיות ובהעמדת צאצאים גם לאחר מותו",⁵⁰ נקבע כי רצונו זה המוכח לא מבטא בפירוט מספיק התייחסות למצב שבו אלמנתו מסרבת למשאלתו. לחזקת בית המשפט שנקבעה כהלכה, סביר להניח שהיה רוצה או מסכים אך לבקשתה

⁴⁵ תמ"ש (משפחה י-ים) 27169-11-13 פלונים נ' המנוח ז"ל, פס' 64 ו-67 (נבו 20.1.2016). הדיון בתחושת החמלה כנימוק משפטי ייערך בפרק ד'.

⁴⁶ תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז, פס' 34 (נבו 18.3.2015). לא נומק מדוע רק חצי מהמבכנות.

⁴⁷ עמ"ש (מחוזי מרכז-לוד) 7457-05-15 מ"א נ' מ', פס' 8.2.6 (נבו, 17.10.2015) (להלן: פרשת מ"א).

⁴⁸ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בסיכום פסק הדין.

⁴⁹ ס' 14 ו-16 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11.

⁵⁰ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 31 לפסק הדין של השופטת חיות.

ולרצונה, ולכן רק חפצה מכריע בנדון, ובהתאמה, כל מבחנות הזרע נותרות ברשותה.⁵¹ לטעמי, השלילה הגורפת של מעמד ההורים בכל מצב שבו יש למנוח בת-זוג הינה שגויה, ונימוקיי יפורטו לאורך המאמר. ובאשר למעמד ההורים לבן רווק חשוך-ילדים? למעשה המצב לא נדון ישירות בפרשה זו, ושלשה משופטי ההרכב הותירו את העניין בצריך-עיון, אך כפי שאבהיר בהמשך פורש, בשוגג לטעמי, שהלכת-פלוגית חלה גם לגבי הורי-רווק.⁵²

כעבור כמה חודשים מגיעה פרשת שחר לבית-המשפט העליון.⁵³ תחילתה בבקשת הורי חייל להפרות בזרעו ביצית מתרומה אנונימית, להשתילה בפונדקאית ואת הילוד לגדל בעצמם. דהיינו, האימהות הביולוגית והגנטית לא יזוהו לעולם. בת-זוג המנוח אינה מעוניינת להרות ומעידה למענם. בית-המשפט לענייני משפחה מאמין כי בקשתם הולמת את רצונו המשוער שהוריו יגדלו את ילדיו, וכי הדבר הולם את טובת הילד, ומאשר אותה.⁵⁴ בערכאות הערעור, בתי המשפט המחוזי והעליון דוחים את ההורים, ואדגיש שהפעם מטעמים רלוונטיים וצודקים לדידי: טובת הילד שלא יגדל מראש בהיעדר שני הוריו הגנטיים. לטעמי, די היה להחיל את המבחן האמור כדי לדחות את הבקשה החריגה. ברם, לאור נוכחותה של בת-זוג בחיי המנוח, מוחלת בעניין גם הלכת-פלוגית דלעיל שקיבעה לדעת השופטים את חזקת אי-רצונו של אדם בהורות לאחר מותו למעט עם זוגתו. חידודו של השופט מזוז שהשימוש בזרעים יתאפשר רק לבקשת בת-הזוג אלא אם יוכח רצון סותר במפורש של המנוח, מקציץ את הלכת-פלוגית. הוא מוביל לתוצאה לפיה תידחה כל עמדת אלמנה התומכת בהורים.⁵⁵ דהיינו, עצם נוכחותה בחייו חוסמת כל אופציה למימוש משאלת-ההורים, גם אם בת-הזוג עצמה תומכת בבקשם.

בכך לא די. הקצנת הדרישות והטלטלות המשיכו לפשות בסוגיה: בפרשת ע"ש היגון כבד מנשוא. השכול מכה פעמיים בהורים. בן אחד התאבד, והשני, נשוא הבקשה, נרצח כעבור כמה חודשים. עוד בחייו הביע האח השני צער שלא שאבו מאחיו זרע ואמר שחייב היה להיות לו ילד. גם במקרה זה ארוסת-הנרצח לא חפצה להרות ממנו, ותומכת בבקשת ההורים להגשים את המשכיות בנם באמצעות חברת ילדותו הכמהה להרות מזרעו ולגדל את ילדיו כאמם.

⁵¹ שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט מזוז.

⁵² שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט עמית, פס' 20,27,33 לפסק הדין של השופטת חיות, ופס' 30,31 לפסק הדין של השופט דנציגר. מעמד הורי-רווק נותר בצריך-עיון לטעם השופט עמית, השופטת חיות מציעה לא לטעת מסמרות קשיחים מדי בסוגייה, והשופט דנציגר מעריך כי ייתכן שבעתיד ההורים יקבלו מעמד בגדר הזכות לסבות. בהקשר זה, השניים האחרונים מבהירים כי רצונו של רווק לממש את הולדת צאצאו באמצעות הוריו הוכח בוודאות בפרשת החולה שסיפר לעיתונאי כי הגיש לאביו את זרעו בכוסית: פרשת משפחה חדשה, לעיל ה"ש 24.

⁵³ בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל (נבו 15.08.2017) (להלן: פרשת שחר).

⁵⁴ תמ"ש (פ"ת) 13-16699-06 שחר נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 27.09.2016).

⁵⁵ פרשת שחר, לעיל ה"ש 53, פס' 13 לפסק הדין של השופט מזוז.

בית-המשפט המחוזי מאשר את הבקשה וזאת מתוך הבנה שהערות המנוח ביחס לאחיו מלמדות על תמיכתו בהולדה לאחר המוות. כן נלמד מעדויות שמגיל צעיר הנרצח חפץ להיות אב "ורצה להשאיר חותם בעולם בדמות ילדים מזרעו".⁵⁶ לדידי, הנימוקים נכונים, דא-עקא שהעליון דוחה את הבקשה. תפיסת האבהות המגדלת משתלטת על השיח עד כדי שהילד לעתיד מוצג כיתום, למרות שתהא לו אמא לכל דבר. כן החזקה המשווערת לפיה גברים לא רוצים בהולדה לאחר מותם למעט עם זוגתם מתבססת כחוקקה בסלע עד כדי שצער הנרצח על החמצת ההולדה מאחיו המת לא מספק את רף הדרישות לאינדיקציות משמעותיות וברורות דיין בכדי לסתור את החזקה. לסיום, בית-המשפט מרחיב על עוצמת האסון "ועל תעצומות נפש הנדרשות כדי להתמודד עם האובדן,⁵⁷ אך מרחיק עצמו במכוון מכל חמלה וזאת לטובת "מושכלות יסוד" שהינם שכלתניים לדידו. הבקשה נדחית, ולדידי, המושכלות הללו אינן אלא הנחות משוערות ותו לא. וכך, בפרשת ע"ש עולה חזקת-הרצון-המשוער כמעט לדרגת מוחלטות, ועם חיותה וביצורה, ועקב חוסר אמצעים לסתור אותה ברמת ההוכחות הנדרשת, נקברה כמעט כליל תקוות ההורים לצאצא מבנם.

הלכת-פלוגנית יושמה לראשונה על הורי-רווק בפרשת **פלוגנית נ' אסף הרופא** בה נהרג רווק בתאונה, והדרישות המחמירות של פרשת ע"ש רק החמירו את מצב ההורים:⁵⁸ לא די שבהעדר בת-זוג לבנם מעמדם נשלל, הם גם לא הצליחו לסתור ברמה מובהקת דיה את החזקה שלא היה רוצה בילדים לאחר מותו. ההוכחות שרצה מאוד ילדים לא עמדו בנטל השאלה "האם **בפועל** רצה המנוח בהולדת ילדים **לאחר** מותו."⁵⁹ (ההדגשה במקור). לעומתם, בפרשת **פלוגנית** אחרת, האחרונה בסקירתי זו, עמדו הורי חייל צעיר ברף ההוכחה הנדרש מהם, לעת בית-המשפט לענייני משפחה האמין לעדותם כי לפני יציאתו למבצע מסוכן ביקש מאביו: "אבא לא משנה מה יקרה, גם אם אני אמות אני עדיין רוצה שלושה ילדים כמו לך ולאמא",⁶⁰ וחברתו העידה כי: "הוא היה רוצה שתהיה לו המשכיות ושיהיו לו ילדים לאחר פטירתו."⁶¹

מסיכום זה יצאתי כואבת ומסוחררת. מול משאלות, שהשיאו לאמונתן את רצון הבן ונוסחו ונמסכו בדם-הלב וביגון קשה מנשוא, גבהו חומות של עקרונות לא מבוססים, שביטאו את השקפות מנסחיהן: לא-די שבשגרה אדם כנראה לא מגבש את משאלתו בנוגע לרבייה ממנו לאחר פטירתו ולאופניה,

56 עמ"ש (מחוזי מרכז-לוד) 50500-09-17 ע"ש נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 24.07.2018).

57 פרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, בפס' 1 לפסק הדין של השופט הנדל.

58 בע"מ אסף-הרופא, לעיל ה"ש 7.

59 דנ"א 3949/20 פלוגנית נ' בית חולים אסף הרופא, פס' 5 (נבו 06.7.2020) (להלן: דנ"א אסף-הרופא).

60 פרשת החייל, לעיל ה"ש 25, בפס' 8.

61 שם, בפס' 12.

לא-די שחפצו עשוי להשתנות במהלך חייו בהתאם לגילו, מצבו המשפחתי, יחסיו עם הוריו וזוגתו, לא-די שבמסגרת הנסיונות ללכוד את רצונו החמקמק הניחו לגביו לאחר מותו חזקות מתהפכות במהלך השנים המלמדות באי-אחידותן על דעות לא מגובשות, לא-די שזרו בלבול בקהל כואב ודואב וגרמו לו חוסר צדק משווע, לא-די שהחזקות אינן אלא השערות בפני עצמן, ובוודאי בכל הנוגע לאדם ספציפי יהא אשר יהא, הרי סתירת האחרונות נדרשת לתמיכה בהוכחות מוצקות ומובהקות שיספקו תשובה לתהייה ממלכדת: "מה רצה האדם שנפטר בפועל, ולא מה היה רוצה לו נדרש לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, במקרים שבהם לא חשב על הנושא בחייו".⁶²

זוהי לטעמי סחרחורת כמעט אבסורדית. היא מטילה הורים דאובים למרדף עוועים אכזרי אחר ראיות מוצקות שכנראה אינן קיימות, וייעודן להפריך חזקות שהוחדרו ללב המנוח כמשאלותיו ולפיהן: הוא לא רצה שיולידו מזרעו צאצאים שלא יגדל עם אשה שלא בחר. כאמור, חזקה חלוטה זו אינה מתיישבת עם מבעים מפורשים של חולים סופניים. בעצם מאווייהם המוכחים, ולו גם אינם רבים, גברים אלו מפרקים את קונסטרוקצית אי-רצונם הוודאי שהתבצרה יותר ויותר. משאלת-החיים להמשכיות הבן, המוצעת במקומה מטעם ההורים מעוגנת ראשית בהווית יחסי הורים- ילדים הישראלית המיוחדת, באהבתם והערכתם ההדדית, בתפיסת הצאצא כנצר שושלתו וכממשיך החיים, על רקע הערכים המיוחדים המיוחסים לשכול במדינה. משאלתם זו מגובה בממצאים האמפיריים שהוצגו לעיל מפרק א.1, ובמסקנותיי מהניתוח שייפרס בפרקים הבאים, ולפיהם ההורים מציגים משאלה משותפת המעניקה בכורה לרצון שלהם- החיים, בהמשכיות בנם. חזקת רצונו המשוער של המת, אם כן, אינה אלא השתלה בגופה של תאוריה לא מדויקת בעליל. ויישומה כחסינה מכל רגש וכנתונה להפרכה רק בהמצאת הוראות ברורות מפי המת אשר סיכויי היתכנותם קלושים, הינו לטעמי מוטעה, ופוגע בכבוד-האדם של ההורים והמתים כאחד. ואחד, גישתי זו מייטרת את החזקות המיוחסות למנוח ואת שאלת רצונו-המשוער, שממילא לוט בערפל. היא מציבה כחלופה את רצונם הברור והמובהק של ההורים הנישא מפיהם בשמם ובשם בנם, עבורם ועבורו. אלו כבודם וכבודו. ובכל מקרה, הצבתם כבעלי עמדה חוקית בסוגייה עדיין מאפשרת דיון משפטי ודחיית משאלתם במקרים כגון שהמנוח לא רצה ילדים בכלל, או שיחסייהם לא היו תקינים.

3. דיון בעמדות מלומדים

אבהות מגדלת מול משאלת-המשכיות:

מלומדי האקדמיה שהובילו לעיצוב החזקה כי אדם אינו רוצה בילדים לאחר מותו מאמינים שגברים שואפים לאבהות מגדלת, ולכן לא רוצים שתימנע מהם האפשרות

⁶² בע"מ אסף-הרופא, לעיל ה"ש 7, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

להיות מעורבים בגידול צאצאיהם בשל הולדתם לאחר מותם. זו סברת כרמל שלו,⁶³ המצוטטת בהלכת-פלונית לצד דעות השילוני-דולב, הקר ובוועז.⁶⁴ האחרונים גורסים כי התעלמות מאפשרות זו עשויה לפגוע בכבוד המת, ועיצוב רצונו הושפע יתר על המידה מרצון-החיים.⁶⁵ ברם, באותה מידה ניתן לטעון שהתעלמות משאיפת אדם להסב נחמה ונחת להוריו באמצעות הולדת צאצאו לאחר מותו, היא שפוגעת בכבודו. ולמעשה, במסגרת הרגשית-משפטית שתשורטט להלן, מירב ההסתברויות שזו אכן המשאלה הרווחת. ומבלי לגלוש לשיעור רצונות, לשיטתי מאזן הזכויות נוטה לכבוד החיים, דהיינו ההורים, הן כאמונים מכוח הורותם למימוש האינטרסים של בנם, והן מכוח זכויותיהם העצמאיות.

עוד מאוזכרים בהלכת-פלונית השילוני-דולב וטריגר הטוענים כי גברים רבים מגלים עניין בהורות פעילה, והרצון האמיתי של רובם שלא ייוולד להם ילד לאחר מותם אלא אם כן יקריהם חפצים בכך.⁶⁶ טענתם מופנית כנגד חזקת היועמ"ש לפיה כל אדם היה רוצה בהמשכיותו, ומתבססת על ניתוח פסיקה בענייני אבהות, ועל ראיונות עם הזוגות שתארתי בפתח דבריי. כמוכר לעיל בפרק א.1, ממצאי הראיונות לפיהם מרבית המרואיינים מעוניינים להסב נחמה ליקריהם ולדידם יש להותיר את ההחלטות בנוון לחיים, והערת החוקרים לאור הממצאים כי יתכן שיש לקבע את הרצון הקובע כרצון-החיים, דווקא מבססים את עמדתי לתת היתר להורים מכוח רצונם ככבודם העצמאי. כן מחוזקת הצעתי לנסח את רצון המת כמבע רגשי-משפטי התלוי במשאלות ההורים, מגובש בהן, ומעוגן בקשרי ההורות כנרטיב ההמשכיות. אעיר כי ההשוואה לעמדת ארצות תבל שנסקרה אצל השילוני-דולב וטריגר ובהלכת-פלונית לא מעלה לטעמי דבר, שכן לשיטתי כל הסוגיה מעוגנת בתרבות ובנורמות מקומיות. כן יש ארצות מתירניות, ורבות שלא הסדירו את הסוגיה כלל.⁶⁷

מלומד ביקורתי נוסף המתנגד לפרוצדורת ההולדה לאחר המוות באמונה שגברים רוצים להיות הורים פעילים הינו יחזקאל מרגלית.⁶⁸ להשקפתו הקיצונית רצון הנפטר בהמשכיות שכזו לא הוכח גם בפרשת **משפחה חדשה**, שאוזכרה לעיל, בעניין חולה סרטן שביקש מאמו סמוך לפטירתו: "בכל לשון של בקשה תדאגי לכך שישתמשו במנות הזרע שלי כדי להביא ממני ילדים לעולם במידה ואמות".⁶⁹ בנוסף, לפי עדות עובד-סוציאלי, החולה אף הסמיך את האם לאתר את האשה המתאימה בעיניו. שנים קודם לכן, בכרטיס שומר זרע, סימן, באין אפשרות אחרת, טיפולים לאחר מותו לאשה, שלא הייתה לו, ואף רשם את אימו כמוטבת.

⁶³ כרמל שלו "הזרעה לאחר המוות – ינוח בשלום על משכבו?" **רפואה ומשפט** 96-97, 96 (2002) (להלן: שלו).

⁶⁴ השילוני-דולב, הקר, ובוועז, לעיל ה"ש 12.

⁶⁵ שם בעמ' 41-45.

⁶⁶ השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 661-663, 701.

⁶⁷ שם, בעמ' 681-682.

⁶⁸ יחזקאל מרגלית "מת (ה)חיות – על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של השימוש ברצון הנפטר להוליד ילדים לאחר מותו" **משפט ועסקים** כד 223, 223-277 (2021).

⁶⁹ שם, בעמ' 234; פרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 24.

מרגלית קוצף על ביהמ"ש שראה בכל אלו הנחיות ברורות והרשה להזרוע ידידה של המנוח, שאינה זוגתו.⁷⁰ ברם, לשיטתי דווקא מקרה זה, העוסק במחלה שאיפשרה גיבוש מחשבה תחילה, מדגים מצב הפוך: את שינויי הרצון עם חלוף-העיתים ותנאיהם, שהתגבשו למשאלת-המשכיות ברורה וחדה אשר מימושה הוטל על האמא, כפי שאישר בצדק השופט. בנוסף, מוצגות בפרשה זו המגבלות הטמונות בתבנית הוראות אחידה ולא מפורטת דיה, כזו שבכרטיס שומר הזרע. מכשלות אלו ראויות לתשומת-לב מיוחדת לגבי הניסוח שיוצע לחיילים לפי הצעות החוק שנזכרו לעיל, וכן בנוגע לטקסט שיופץ להצעת כתוספת לכרטיס אדי. הדיון בעניינים ייערך בפרק 4.1.

התנגדות נוספת לפרקטיקה של הולדה מנפטרים נשמעת מהיבט טובת הילוד לעתיד. לגרסת המלומדים מדובר ב"יתמות מתוכננת" - מושג שתבעה רות לנדאו בקשר לזכותו של ילד לשני הורים.⁷¹ בפסיקה בפרשת ע"ש, הוא תואר כילד "שהתייתם טרם שבא לאוויר העולם",⁷² ברם, משנה זו מתעלמת מנוכחות אמו בחייו. אמא ביולוגית ו/או גנטית, ובכללה זוגת המנוח או כל אשה אחרת שתגדל אותו באהבה ודאגה. מחיקת קיומה והווייתיה מטילה כתם כבד על כל האימהות היחידניות והילדים שהולידו מתרומת זרע אנונימית, ובכך פוגעת בזכויותיהן לכבוד ולשוויון. ועוד, מול הבחירה בלידה מתרומת זרע אנונימית, דווקא עומדת לטובת צאצא המנוח האפשרות שציידו בה מלומדים שונים ואף אוזכרה בפסיקה: להכרת משפחתו, ולמשפחה מורחבת ותומכת.⁷³ וככלל, אף יוכל במצב זה לממש את זכותו להתחקות אחר שורשיו הגנטיים.⁷⁴ אם-כן, טענת היתמות המתוכננת הינה שגויה ולדידי אף פוגענית. ואדגיש, את טובת הילד לעתיד יש לבחון באופן קונקרטי בהתאם לנסיבות ההולדה המבוקשות. כך למשל, שאיפה שהסבתא תהיה אימו המגדלת ואילו אמו תיוותר אלמונית לעד, כמבוקש בפרשת שחר אינה לגיטימית. הדיוק בטובת הילד ייערך בפרק 3.1.

בניגוד לעמדתי בהקשר זה, המלומדים יעקובי גן-אור וליפשיץ מייחסים לזכויות הילד משמעות שונה.⁷⁵ להשקפתם, אתיקת ההורות כוללת בחובה אחריות ליחסי טיפול

⁷⁰ מרגלית מבקר גם את מודל הרצון המשוער. שם, בעמ' 236-234; יחזקאל מרגלית "עלייתי, שחיקתי ועלייתי המחודשת של רצונו ה'משוער' של הנפטר באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו" מאזני משפט י"ג 103 (2020).

⁷¹ רות לנדאו "יתמות מתוכננת" דילמות באתיקה רפואית 203 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002).

⁷² פרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, בפסק הדין של השופטת ברוך.

⁷³ לצידוד בטובת הילד הצומחת מהפרוצדורה ראו: דוד הד "פרו ורבו": הבסיס לאתיקה של הולדה ועיצוב גנטי" משפט רפואי וכיו-אתיקה 4 15 (2011); אסא כשר "יתמות מתוכננת-התמונה המאוונת" דילמות באתיקה רפואית 221 (רפאל כהן-אלמגור עורך 2002); ומהיבטים פסיכולוגיים ראו: עדנה כצנלסון "אבהות לאחר המוות – יתמות מתוכננת" כוורת 23, 33 (2015).

⁷⁴ אודות הזכות להתחקות מהיבט הילד וכבודו ראו: רות זפרן "סודות ושקרים" על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים 519 (2018-2019).

⁷⁵ נופר יעקובי גן-אור ושחר ליפשיץ "על החיים ועל המ(ו)ת: לקראת מודל חדש להסדרת השימוש בזרע המת לשם הולדה" צפוי להתפרסם בעיוני משפט מ"ז (2024); למאמר שצוטט בהלכה: השילוני-דולב וטריגר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 692-694; לשיח היחסים והדאגה ראו למשל: רות זפרן

ודאגה ולגידול פעיל של הילד. היא מוצגת לשיטתם כזכותו של הילוד לעתיד להיוולד לאב ביולוגי נוכח, עד כדי-כך שלדידם יש לצמצם את הזכות החוקתית להורות ואף אין לכבד את רצון אדם בהורות לאחר מותו. לטעמי, משנתם זו מכרסמת מהותית בזכויות הבסיסיות להורות, ומשליכה על כלל אפשרויות ההולדה המתורות כיום בישראל. היא מובילה לפגיעה באוכלוסיית היחידניות וילדיהן ובשלל המבנים המשפחתיים החדשים.

ועוד בנדון: כמדומני שבשיח טובת הילד הוחמזה משמעות אתיקת הטיפול והדאגה הנובעת מיחסי גידול במנותק מהקשר הגנטי, והיא רלוונטית לאב מגדל שעשוי להיות נוכח בחיי הילד לעתיד. על משמעותות אלו עמדו ההורים השכולים שהבהירו כי משאלתם לצאצא גנטי מבנם אינה מתנגשת עם תקוותם שיימצא לו אב מגדל. כך למשל, אמו השכולה של החייל קיוון כהן, שזכתה לנכדה באישור משפטי, מספרת שלשמחתה יש לילדה אבא נוכח המגדל אותה, והילדה אומרת שיש לה שני אבות.⁷⁶ בפרשה אחרת מקווה אם-יחידנית, השכולה מבנה יחידה: "הלוואי שאלמונית תפגוש אדם טוב שיאהב גם אותה גם את [] וגם את הנכד שלי. גם הילד ירגיש מה זה אבהות."⁷⁷

אם-כן, אידאת משאלת-ההמשכיות של ההורים-השכולים מעוגנת בעולם הקשר הגנטי המזוה עם המנוח, ורובדי מהותו ומשמעותיותו רגשיות-משפטיות, וזאת מבלי שתסתור תפיסות התומכות באבהות מגדלת. מהי, אם-כן, מהותה של משאלת-החיים?

ב. "משפט ורגש"

1. מטרות ומתודולוגיות

חקירת "משאלת-החיים" והצעת להכיר בתכניה כנרטיב רגשי-משפטי בר-תוקף תתבצע באמצעות תיאוריות וכלי-מחקר המעוגנים בתחום האקדמי הרשמי המוכר מזה כשני עשורים בשם "משפט ורגש".⁷⁸ ניתן לומר שאחת מחלוצות האסכולה הינה סוזן

⁷⁶ "המשפחה בעידן הגנטי-הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" **דין ודברים** ב 223, 238-244 (2005).

⁷⁷ מזל טלבי לוי "סיפור מצמרר: האושר והכאב של רחל כהן" **מלאבס** (28.4.2020) <https://www.melabes.co.il/news/58735>.

⁷⁸ פרשת **פלונית-יחידנית**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 29.
Susan A. Bandes, *What Roles Do Emotions Play in the Law?*, (Feb. 10, 2016), <http://www.susanbandes.com/wp-content/uploads/2017/03/emotionresearcher.com-What-Roles-Do-Emotions-Play-in-the-Law.pdf> (להלן: Bandes, *What Roles*); לסקירת התפתחות התחום ראו: Susan Bandes, Jody Lynce Madeira, Kathryn Temple and Emily Kidd White, *Introduction, in* RESEARCH HANDBOOK ON LAW AND EMOTION

בנדס, ומחקריה והתאוריות שפיתחה בדבר תפקיד הרגש בדין ויחסי הגומלין ביניהם, היוו השראה למלומדים רבים בעולם.⁷⁹ בישראל, ההכרה בתחום סומנה ב-2005 עם הספר "משפטים על אהבה",⁸⁰ ולטעמי קיבלה חותמת מובהקת ב-2020, עם הכרך "משפט ורגשות".⁸¹ המחקר באסכולה בינתחומית זו התרחב ככל שהתבססה הכרה גוברת בחיבור בין העולמות לצורך העשרה, עיצוב ושינוי המשפט, וככל שהתרכבו התובנות ואפשרויות היישום שלהן בתחום הדין.⁸²

המחקרים המעוגנים בדיסציפלינה שואפים לפתור בעיות משפטיות, לשפר תהליכי קבלת החלטות משפטיות, או לייצר שינוי חקיקתי מהותי כדי שהחוק יכיר בצורה מלאה יותר בתפקיד של רגשות מסויימים.⁸³ כל אלו הולמים את מטרוני לברר את משמעות "משאלת-החיים", לחשוף את הנרטיבים הפעילים בה, ולהתוות קו מנחה חדש בסוגיה.

מתודולוגית, מנחים מלומדי התחום: בכדי להאיר את הרגשות הפועלים בשדה המשפטי נדרש ראשית לחשוף את הנרטיב הסמוי, לאבחן ולנתח אותו. בשלב שני, יש לבחון איך הרגשות שזוהו ישימים במקרה הנדון. במהלך זה ניתן לגלות שלא הייתה הכרה בתפקיד הרגשות או שהודרו מהניתוח המסורתי, או שלא הובנו כהלכה בדוקטרינה הנדונה.⁸⁴ בכדי לחקור ולהבין את משמעותם של רגשות מסויימים במשפט כאהבה, יגון, נחמה וחמלה ניתן להיעזר בידיעות פסיכולוגיות, סוציולוגיות, ואחרות, וכן ניתן לבחון את ההקשרים שעשו בחוק בשימושם.⁸⁵ את המסקנות ניתן לשלב בהצעות נורמטיביות לשינוי משפטי. בעקבות הנחיות אלו של מלומדי 'משפט ורגש' צעדתי ופעלתי במחקר זה, אך בטרם אציג את ממצאיו אבקש להציג את תובנות האסכולה.

1, 1-3 (Susan Bandes, Jody Lynce Madeira, Kathryn Temple & Emily Kidd White eds., 2021) (להלן: Bandes, Introduction).

⁷⁹ THE PASSION OF LAW (Susan A. Bandes ed., 1999)

⁸⁰ **משפטים על אהבה** (משפט, חברה ותרבות, ארנה בן נפתלי וחנוה נוה עורכות 2005). נושאי הספר עסקו ביחסי אהבה, חוק ותרבות.

⁸¹ **משפט, חברה ותרבות** ג: משפט ורגשות (אורית רוזין ויורם שחר עורכים 2020).

⁸² למחקרים בתחום עד 2010: Kathryn Abrams & Hila Keren, *Who's Afraid of Law?* 2010; (2010) 94 MINN. L. REV. 1997 *and the Emotions?* (להלן: Abrams & Keren); לסקירה מעודכנת ל-2020 ראו: אורית רוזין ויורם שחר "מבוא: ועכשיו ברגש" **משפט, חברה ותרבות** ג 9, 13-9 (2020) (להלן: רוזין ושחר).

⁸³ Abrams & Keren, לעיל ה"ש 82, בעמ' 2033-2066. לשינוי חוקי נדרש עקב רגשות שליליים שיוצרת מערכת-המשפט בנפגעות-מין ראו: הדר דנציגר-זונברג וענת פלג "Post ופוסט-טראומה: עיבוד רגשות של נפגעות תקיפה מינית בהליך הפלילי ובפייסבוק" **משפט, חברה ותרבות** ג 343-382, 384-382 (2020).

⁸⁴ Abrams & Keren, לעיל ה"ש 82, בעמ' 2033-2066.

⁸⁵ שם, בעמ' 2040-2045; שיר אשכול "על מה אנחנו מדברים כשאנו מדברים על רגשות? על הגנה על רגשות במשפט הישראלי ומה שעומד מאחוריה" **משפט, חברה ותרבות** ג 289, 289-293 (2020) (להלן: אשכול).

2. מה למשפט ולרגש?

שאלה זו מתחדדת לאור שפע מבעי החמלה שהעתירו שופטים בענייננו ביחוד בפרשות שבהן הבקשות נדחו. תוך שהתבצרו בחזקותיהם הבהירו ש"על אף שניתן להבין לליבם ולנפשם של ההורים השכולים, שאיפת לבם לחוד וההכרעה המשפטית לחוד.⁸⁶ דהיינו, לדידם יש לחצוץ בין משפט לרגש, והם אינם היחידים האוחזים ברעיונות אלו. המפקקים בדיסציפלינת המחקר מאמינים שיש להפריד בין שיקולי צדק, המחייבים רציונליות, לבין מבע אמוציונלי, המנוגד להגיון, ועל אושיות הדין להיאחז בתבונות בלבד.⁸⁷ בניגוד לעמדות אלו, הגורסות שיש להבחין בין משפט לבין רגש, מציגות בנדס, עוז-זלצברגר ורוזנברג אלטרנטיבה אחרת שמאפשרת את התקיימות שני המרכיבים ביחד. הן מבהירות כי חדשנות אנשי המשפט כלפי הלכי-נפש מקורה בזיהוי שגוי של רעיונות הנאורות, והתפיסה התבונית המיוחסת למשפט איננה נפרדת ומובחנת מהתפיסה הנפשית. למעשה, נהפוך הוא: התבונה והרגשות מולחמים יחדיו.⁸⁸

זו ההבנה התאורטית המונחת בבסיס אסכולה אקדמית זו: ברגשות יש הגיון ותבונות, ובתבונה מובנים רגשות שחשיבותם רבה בקבלת החלטות, בהכוונת התנהגותנו ובתפקודנו החברתי והמוסרי, והם שוררים גם בכל שדות-הדין.⁸⁹ למעשה, שיפוט העולם נעשה דרך צינורות רגשיים ושכלתניים.⁹⁰ כך למשל, חכמה יכולה להכיל אמוציות כמו עלבון, עונג וכעס, וגועל מכיל קוגניציה הכוללת התייחסות לא-מוסרית.⁹¹ בהתאם, נמצא כי תפיסות משפטיות בסיסיות כגון "צדק", "הוגנות" ו"אשם" הנחזות לתבונות בלבד, מטמיעות בתוכן יחס רגשי, ובמבעים כגון כעס, קנאה, ונקמה, שנתפסים כרגש מובהק, מולחמת תבונה. את התובנות הללו ניתן ליישם

⁸⁶ פרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, בפס' 1 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁸⁷ להרחבת נימוקי המתנגדים לאסכולה ראו: רוזין ושחר, לעיל ה"ש 82 בעמ' 9.

⁸⁸ לנסיבות ההפרדה השגויות בין עולמות המשפט והרגש בהרצאות: פניה עוז-זלצברגר "מדוע מזוהה הנאורות עם צחיחות רגשית וסגידה לרציונליזם?" (הרצאה בכנס המקוון "משפט ורגשות", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב 2.11.2020).

ענת רוזנברג: "התכחשות משפטית" (הרצאה בכנס המקוון "משפט ורגשות", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב 2.11.2020).

⁸⁹ ראו: בן-זאב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 12; Bandes & Blumenthal, לעיל ה"ש 4; Bandes, Introduction, לעיל ה"ש 78.

⁹⁰ אייל וינטר רגשות רציונליים (2013); דניאל גולמן אינטליגנציה רגשית (1997), מתאים גם להגותם של הפילוסופים אדם סמית ויום לפי עוז-זלצברגר, לעיל ה"ש 88, בדקה 128-132.

⁹¹ Dan M. Kahan & Martha C. Nussbaum, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, 96 COLUM. L. REV. 269, 277-78 (1996).

בתחומי משפט שונים כפלילי, נזיקין, ירושה, חוזים ועוד, וכחלק מטיעונים, עתירות ופסקי דין.⁹²

בהתאמה, רגש כמו "חמלה" ניתן ליישום בהחלטות שיפוטיות.⁹³ החמלה כוללת הבנה קוגניטיבית למצב הזולת, צער או כאב המתעורר נוכחו, והנעה לפעול משפטית כדי להקל על מצוקתו וסבלו.⁹⁴ מהיבט זה, הכרה בסבל ההורים השכולים אינה מחטיאה את הרעיון השיפוטי, אלא מתחברת אליו דרך תפיסת הצדק כפי שאפרט בפרק 1.1.

עוד הבהירו מלומדים כי הפעילות הרגשית מהווה חלק מהפונקציה הרציונלית והקוגניטיבית: היא פועלת בזיקה למחשבות, היא משלבת בין שפה חווייתית לנימוקים שכלתניים, היא מהווה רכיב חשוב בתפיסת המציאות, ומסייעת בבחירת ההתנהגות הנכונה. למעשה, היא נוצרת כתגובה ובהתאם למשמעות המיוחסת למצבים, אירועים, פעולות וטקסטים, ולכן הינה תלויה ערכים, נורמות, תרבות, וחברה.⁹⁵

המשפט, בהקשר זה, מהווה שדה שבו פועלים התבוננות והרגשות באינטראקציות פנימיות וחיזוניות, במערכת של יחסי גומלין והפירות קונסטרוקטיביסטיות נשל משמעויות עם שדות התרבות והחברה.⁹⁶ הדינמיקה האינטראקטיבית ההדדית הזו מתהווה בתוך המוסדות המשפטיים ומחוצה להם, כחלק מהחלטות השיפוטיות ובהקשר אליהן. סוון בנדס מצביעה על מעגלי הבניה והשפעות-גומלין בין נרטיבים רגשיים לבין מקבלי החלטות, פוסקים ומחוקקים, החוזרים ומעצבים מחדש תפיסות, תוך הידוד בין דעת הציבור לבין נורמות חברתיות ותרבותיות המובילות לעיתים

⁹² למעשה, למרות שרגש מהווה מוטיב מרכזי במושגים משפטיים שונים כהשפעה בלתי-הוגנת, אילוץ, עוגמת-נפש, קיטור, ההכרה בו מצומצמת ביותר. וראו: אשכול, לעיל ה"ש 85; לסקירת רגשות כעס, ברשה, נאמנות, אהבה, חמלה במשפט ראו: Bades, *Introduction*, לעיל ה"ש 78.

לרגשות סבל והשפלה שגורמים חוקי ההפלה לנערות בארה"ב ראו: Carol Sanger, *Decisional Dignity: Teenage Abortion, Bypass Hearings, and the Misuse of Law*, 18 COLUM. J. GENDER & L. 409, 414 (2009).

לרגשות נוספים במשפט ראו: אוהר סומך "רגשות, מוטיבציה וגבולות האחריות החזית: המקרה של רגש החרטה" **משפט חברה ותרבות** ג' 387 (2020); דורון דורפמן "בין חשדנות לרחמים: תפיסות לגבי זכויות אנשים עם מוגבלויות כזכויות יתר ולגבי שימוש לרעה בחוק" **משפט, חברה ותרבות** ג' 421 (2020).

⁹³ Rob Canton, *Censure, Dialogue and Reconciliation, in PENAL CENSURE: ENGAGEMENTS WITHIN AND BEYOND DESERT THEORY* 253, 264 (Antje du Bois-Pedain & Anthony E. Bottoms eds., 2019)

⁹⁴ לחמלה והיבטיה המוסריים ראו: חיים שפירא "חמלה במשפט" **משפט, חברה ותרבות** ג' 253 (2020) (להלן: שפירא); לפיתוח רגשות ותפיסות מוסר וצדק באמצעות רומנים ראו: מרתה נוסבאום **צדק פואטי, הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים** (2004).

⁹⁵ ראו: בן-זאב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 94; Bades, *Introduction*, לעיל ה"ש 78; Bades & Blumenthal, לעיל ה"ש 4.

⁹⁶ המשמעות המשפטית-תרבותית נוצרת בדרך של הבניה הדדית. ראו: מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 41-45 (2008); וכך Lawrence Lessing, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. Rev. 943, 954 (1995).

לפיתוח החוק.⁹⁷ ובענייננו, מדובר בשינוי מהפכני המתחולל בנוגע להולדה מהמתים.⁹⁸ תחילתו בטכנולוגיה חדשנית מעוררת פליאה ותהיות שעד להמצאתה הייתה בגדר מיתוס, בהנחיות היועמ"ש מאוקטובר 2003, ובתודעה מינימלית של הציבור לפרוצדורה שהתבטאה במקרים ספורים שהגיעו לבתי המשפט וניהלו עמם שיח רגשי-תרבותי-משפטי. המהפך מתחולל להערכתי בימים אלו ממש, כעבור עשרים שנים, עם הידע אודות האפשרות להוליד באופן האמור, שרק לאחר תחילת מלחמת 'חרבות ברזל' החל להתפזר בציבור, ופחות בקרב החיילים. אי-הכרת הפרוצדורה מרכזית לעניין גיבוש רצון אדם לגביה. חילופי העיתים מבוטאים גם עם שינוי דעתו של אליקים רובינשטיין, היועמ"ש דאז, הגורס שכיום יש לאשר להורים השכולים לממש משאלתם.⁹⁹

3. רגשות, נורמות, תרבות ומשפט

המבע הרגשי, יש להבהיר, הוא תוצר המשמעות שהיחיד כאינדיבידואל וכחלק מתרבות מסוימת מייחס לאירועים מסוימים בחייו האישיים והחברתיים, והוא מהווה תגובה לאופן שבו הפרט מעריך את הסביבה ואת השינויים שהתרחשו בה.¹⁰⁰ בן-זאב מדגיש כי רגשות מבטאים את העמדות והערכים העמוקים ביותר שלנו, והם מובעים במאוויו ובהתנהגותנו, ובמחויבות עמוקה. הם מופיעים כשיש שינוי משמעותי בעל מובן אישי לחיינו או חיי קרובינו בכל מסגרת התייחסות ובהשוואה אליה, בהתאם להשתייכותנו הקבוצתית והקהילתית. עוצמת האמוציות תלויה באופן שבו אנו מעריכים את משמעות האירועים, ובשיאם לידה ומוות.¹⁰¹ דהיינו, פירוש אירוע המוות והבנתו, ובהתאם מידת התגובה הנפשית אליו אינם פרטיים בלבד אלא גם תלויי התפיסות והערכים המשפטיים והתרבותיים שבמסגרתם אנו חיים. בקרות האירוע חל שינוי רגשי והתודעה גוברת. מופיעה הנעה המתבטאת ברצון ומוטיבציה לפעול בכיוון מסוים. בניגוד למשאלת-לב גרידא שאינה בת מימוש, כמו להיפגש עם האהוב שנפטר, ההנעה קשורה במחויבות להתנהגות מעשית.¹⁰² במקרה המוות נשוא המאמר מתגבשת משאלת-החיים, ולהלן תכניה.

⁹⁷ Bandes, What Roles, לעיל ה"ש 78 מדגימה תהליך הבנייתי מעניין ביחס להומו-סקסואליים בארה"ב.

⁹⁸ אורי כץ עד טיפת הזרע האחרונה: בקשות למימוש זרע מוקפא של מת 54-50 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך בסוציולוגיה ואנתרופולוגיה", האוניברסיטה העברית 2012)

⁹⁹ פרוטוקול 14.8.2022, לעיל ה"ש 2.

¹⁰⁰ בן-זאב, לעיל ה"ש 4, בעמ' 31-96.

¹⁰¹ שם, בעמ' 31-51.

¹⁰² שם, בעמ' 94-96.

ג. משאלת-החיים כהמשכיות

משאלת-החיים במאמר זה מתייחסת לכמיהת ההורים, וניתן ליחסה גם לשאיפת אדם לאחר מותו. כעולה מתובנות המלומדים שנסקרו לעיל, המשאלה היא תוצר היחס האישי והחברתי לאירועי לידה ומוות. היא מבטאת מחויבות עמוקה למימושה, והיא יונקת את משמעותה מהנורמות המשפטיות והתרבותיות, ומהערכים והתפיסות שלנו, מייצגת אותם ומגנה עליהם. כלומר, היא מתגבשת בלב האדם במסגרת העולם הסובב אותו. דפוס המשמעויות מגולם במערכת של מושגים העוברת במורשת ומתבטאת בצורות סמליות בעודה משמשת אמצעי לשמירת ההמשכיות, ולפיתוח הדעת והעמדות של בני אדם ביחס לסביבתם. הסמלים נותנים לעולם משמעות והופכים אותו למוכן יותר.¹⁰³

כך נבנית משאלת-החיים כנרטיב רגשי-תרבותי-משפטי המקשר בין ילודה למוות באופן ישראלי ייחודי הן ביחס לבן בחייו והן ביחס להוריו¹⁰⁴. היא מתייחסת גם לשאיפת אדם לאחר מותו, וגם לכמיהת ההורים. מדובר בתפיסות עולם ומשמעות: אכן, ביולוגית הילדים הגנטיים יהיו נצר והמשך שושלת, אולם מעבר לנתונים, הווייתם רגשית וסמלית. לידתם, כמעט ככל הולדת בתרבותנו תסב אושר, אולם במקרה המיוחד, חייהם נחשבים גם כהמשך חיי המנוח, כזכרו וזכרונו. כך למשל להורי קיוון כהן ז"ל ועומר שחר ז"ל היו עוד ילדים ולכן לא שחו אודות המשך שושלתם, אלא אודות סמליות המשכיותו שלו.¹⁰⁵

חיבור המוות ללידה לכדי נרטיב אחד של משמעות חברתית ופרטית הדדית נעשה כבר בפתח הנחיות היועמ"ש ב-2003, עם הצגת ההולדה הן כמוטיב הורי ורגשי והן כמוטיב שושלתי:

"במסגרת בחינה זו יש לייחס משקל ניכר לעובדה, שההולדה מהווה נושא חשוב ומהותי בחברה הישראלית. מוקדשים לכך מאמצים ומשאבים רבים, רגשיים וכספיים, הן של הפרטים והן של החברה בכללותה. גם הנושא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית. לערכים אלו השלכה חשובה על ראיית החברה את השאלה הנדונה"¹⁰⁵ (ההדגשות שלי). להלן יבחנו המוטיבים הללו.

1. נורמות מקדשות הולדה וקשר-דם

כידוע, לחיות בישראל פירושו להיות מוקף במסרים עוצמתיים לרבייה וילודה, ועל הנתונים הללו התבססו הנחיות היועמ"ש-2003 דלעיל והמלצות ועדת מור-יוסף

¹⁰³ קליפורד גירץ **פרשנות של תרבויות** 22-6 (יאש מייזר מתרגם 1990).

¹⁰⁴ פרשת שחר, לעיל ה"ש 53; פרשת כהן, לעיל ה"ש 39.

¹⁰⁵ ס' 5 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11.

שנפתחו במילים: " נושא הפריון וההולדה בישראל הוא בעל חשיבות חברתית ותרבותית עצומה. הביטוי הברור ביותר לכך הוא שישראל היא המובילה בעולם בשיעור טיפולי ההפרייה לנפש".¹⁰⁶ בהמשך ההקדמה דובר על היות המדינה כמעצמת רבייה שפריון הינו אחד מערכיה המרכזיים, צוינה הזכות להורות המבטאת את השאיפה להורות שאינה רק צורך טבעי-ביולוגי אלא הכרח קיומי המקנה משמעות לחיים, וכי 'כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת'.¹⁰⁷ ועם המצע התרבותי-חברתי-משפטי הזה, ובתנאי שישמר הקשר הגנטי או הביולוגי עם אחד מההורים שיגדלו את הילד, ממליצה הועדה להרשות טיפולי פריון, תרומת זרע, שימוש בזרע מהמת לבנות זוג, הקפאת ותרומת ביציות ופונדקאות במגבלות.¹⁰⁸ באופן הבנייתי, הרשאתם המשפטית של טכנולוגיות רבייה כטיפולי פריון והקפאת ביציות במימון ציבורי בהיקפים יוצאי דופן יחסית לעולם, וכן פונדקאות, מזינים את הציבור בעוד ועוד שדרים אובססיביים משפטיים ותרבותיים הדוחקים להולדה, ומקדמים ומחזקים באמצעות הדין את הקשרים הפיזיולוגיים והמטען הגנטי.¹⁰⁹

כלפי נשים מדובר בשלטונם של ציוויי אימהות קטגוריים,¹¹⁰ עד כי ה'מורדות', אשר בוחרות בא-הורות, נתונות ללחצים חברתיים כבדים.¹¹¹ חוקתית, הזכות לאימהות גנטית התגבשה בפרשת נחמני המפורסמת לטובתה של רותי שביקשה לממשה עם העוברים המוקפאים שלה ושל בעלה לשעבר דני, וכנגד זכותו הנוטענת לאי-אבהות.¹¹² עוד צוין בפרשה כי יש חשיבות רגשית רבה למימד הביולוגי של ההורות במובן של העברת המטען הגנטי מדור לדור וההמשכיות לאחר המוות.¹¹³ וככלל, הזכות להורות פורשה כיצר טבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו של הפרט בחברה.¹¹⁴

¹⁰⁶ ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 16.

¹⁰⁷ שם, בעמ' 6.

¹⁰⁸ שם; ולהיות ישראל מעצמת רבייה ולפולחן הפריון ראו: לסלי הייזלטון **צלע אדם: האשה בחברה הישראלית** 52-74 (1978); יעל השילוני-דולב **מהפכת הפריון** 32-36 (2013) Daphna *reproductive; Birenbaum-Carmeli, Thirty-five years of assisted technologies in Israel, 2 REPRODUCTIVE BIOMEDICINE & Soc. Online* 16 (2016), <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405661816300090>.

¹⁰⁹ הקשר הגנטי הינו הקו המנחה בוועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 16, במבוא ובעמ' 6; להבנייה משפטית-תרבותית דוחקת הולדה ראו: תמר כץ פלד **אימהות פונדקאית בישראל: הבנייה משפטית, חברתית ותרבותית** 178-188, 337-341 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת חיפה 2014) (להלן: כץ פלד).

¹¹⁰ שם, בעמ' 331-350; הצווים מופעלים באופן מפה, ראו: קארין כרמית יפת "בשם האם: על מהות האי-מהות במשפט הישראלי" **משפטים** מח 521, 521-523 (2019).

¹¹¹ "הורות ביולוגית בישראל נתפסת כחובה מוסרית-אזרחית בסיסית". אורנה דונת **ממני והלאה: הבחירה בחיים בלי ילדים בישראל** 23-26 (2011); נירית צוק "אין יכול להיות שאת לא רוצה ילדים" **Ynet** (08.03.15) <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4634600,00.html>.

¹¹² דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד נ(4) 661 (12.09.1996) (להלן: דנ"א נחמני).

¹¹³ שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט גולדברג, ובפס' 3 לפסק הדין של השופט קדימי.

¹¹⁴ בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שירות בתי הסוהר**, פס' 12 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו) (להלן: פרשת דוברין). (13.06.2006).

חשיבות הקשר הגנטי הגברי לצאצאו הובעה למשל בחוק הפונדקאות שהעמיד דרישה זו כתנאי להשתתפות בהליך, בעוד שהגנטיקה של זוגתו לא נדרשה, וגם כיום דורש החוק קשר גנטי בין צאצא הפונדקאות העתידי לבין יחידים או אחד מבני זוג כתנאי להשתתף בתהליך.¹¹⁵

על רקע משפטי, ערכי, תרבותי, נורמטיבי זה, אין תמה שכמיהה למי שזוהה כצאצא גנטי של המת מתגבשת בלבבות כביטוי להמשכיות החיים: ההורים מקווים שישאר משהו ממנו,¹¹⁶ "שלא יישאר לאחר מותו של ש' ריק ומאומה, כלא היה..."¹¹⁷, והיועמ"ש כותב כי "תהיה למנוח המשכיות על-ידי העמדת צאצא"¹¹⁸. ברוח זו החולה הסופני בפרשת **משפחה חדשה** החפץ בהולדת צאצאו, מביטח לאביו כי "החיים לא ייפסקו, יהיה להם המשך, אי אפשר לעצור את החיים"¹¹⁹, והשופטת אלון מבהירה שם כי האינטרס שלו הוא בניצחון החיים ובדור המשך שיישא את שמו.

המדובר בכמיהה "להמשך קיומו של האדם בדמות צאצאיו"¹²⁰. זוהי ציפייה אנושית שבתניוק המזוהה כנצר המנוח אולי "תתגשמה תכונותיו ומורשתו הגנטית של אהוב שחייו תמו... המהווה את המשך קיומו הגנטי עלי אדמות"¹²¹, שאולי יישא את הגנים של המנוח אשר אופיין "כאדם עם הרבה סקרנות, אמביציה, ותשוקה..."¹²².

2. נורמות הנצחה וזכר

רעיונות הנצחת המתים ושימור זכרם נוטלים חלק מרכזי באתוס, בתרבות ובמסורת הישראלית והיהודית, הם מאופיינים במאמץ ליצור המשכיות,¹²³ ומימושם באופן מעשי וסמלי מתבטא גם במשפט הישראלי בחקיקה ובפסיקה: מבחינה ממלכתית הרעיונות מתייחסים לקורבנות הנאצים, לחללי מלחמות ופעולות איבה, לצד יקירי האומה השונים. הזיכרון המדיני מתבטא למשל בהסדרת חוקית של ימי זיכרון,¹²⁴

¹¹⁵ חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות). תיקון לחוק הפונדקאות באמצעות חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 7/2021 "חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 – הנחיות ליישום" (27.12.2021).

¹¹⁶ **משהו ממני**, לעיל ה"ש 21, בפתיחת הסרט.

¹¹⁷ פרשת **מ"א**, לעיל ה"ש 47, בפס' 8.2.4.

¹¹⁸ ס' 16 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11.

¹¹⁹ תמ"ש (קרית) 13530/08 "**משפחה חדשה**" נ' **מרכז רפואי רמב"ם**, עמ' 5 ו-14 (נבו 6.12.2009). מצוטט בהלכת-**פלוגית**, לעיל ה"ש 5.

¹²⁰ פרשת **פלוגית**-יחידנית לעיל ה"ש 39, בפס' 6.

¹²¹ תמ"ש (משפחה כ"ס) 11870/03 **י"ש נ' מדינת ישראל**, בפס' 10 (נבו 29.9.2003).

¹²² תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 **פלוגית נ' פרקליטות מחוז מרכז**, בפס' 17 (18.3.2015).

¹²³ שיח השכול מרכזי וייחודי. הוא מושפע ממסורת, לאומיות, ציוניות וחילוניות ושפתו מיוחדת. מעוז עזריהו "ההיסטוריה של הנצחה" **עיונים בתקומת ישראל** 8 620, 623 – (1998). עמליה ליבלך "זיכרון, שכול וזמן" **יזכור, אתר הנצחה לחללי מערכות ישראל** <https://www.izkor.gov.il/b3acbe2dfaf4b9b95145c5734fae8510>

¹²⁴ כגון: חוק הנצחת זכרם של נשיאי ישראל וראשי ממשלותיה, התשמ"ו-1986.

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

בטקסים ציבוריים, בהקמת גלי-עד ואנדרטאות רבות מספור הפזורות ברחבי הארץ,¹²⁵ בהענקת שמות לערים ורחובות, ואף במוזיאון "יד ושם". כמפעל זיכרון השואה מטרתו מגולמת בשמו, והוא מפעיל בין היתר פרויקט הנצחה הקרוי "לכל איש יש שם".¹²⁶

רעיון הזיכרון וזכר המת מתבטא גם באופן פרטי. למשל בטקסים דתיים וחילוניים כמצבות, אזכרות ביום השלושים, וימי השנה לפטירה, לצד אתרי אינטרנט המוקדשים למנוח, פעילויות כימי ספורט, הקמת מלגות ועמותות ברוחו. כל אלו מקדמים את מורשתו כסיפור חייו ופועלו. כן משומר זכרו בנטיעת עצים המסמלים בצמיחתם חיים, ובשמו הניתן למשל לספריות, בתי חולים, ואף ספסלים.¹²⁷

"פעולת הנצחה מבטאת בתוכה משאלה - להפוך את בר החלוף לנצחי. העוסקים בהנצחה, למעשה, מספרים סיפור - סיפורו של הנופל... פעולת הנצחה היא ניסיון, מתוך כאב ותחושת מחויבות, 'להחיות' את הדמות ואת מעשיה." ¹²⁸ משאלת-ההנצחה, אם כן, שואפת להמשכיות. מטרתה למנוע את אובדנו הרוחני של המת באמצעות החייאת זכרו ושימור שמו ומורשתו לשולת הדורות במגוון מבעים סמליים, ובהדגשה, היא מתבצעת למעשה בהתאם לרצון-החיים.

המדובר בנרטיב רגשי כמובן, ובמופעיו המשפטיים בפסיקה בענייני קבורה, הוכרה הזכות החוקתית לכבוד האדם ככוללת גם את כבוד המת וגם את כבוד יקיריו השומרים את זכרו.¹²⁹ למעט ניגוד רצונות מוכח, המדובר במבעים משותפים לחיים ולמתיהם: בפרשת **קסטנבאום** ראו במצבה ביטוי לקשר אישי בין הנפטר לבין השומרים בלבם את זכרו, ובהקמתה וטיפוחה, ובביקורים בבית-העלמין בימי זכרון וטקסים ביטוי של "אותו קשר-לעיתים רציונאלי ולעיתים בלתי רציונאלי-בין החיים לבין המתים..."¹³⁰ כדומה גם בפרשת **הגר** סומנו בתי-הקברות כמקום להבעת אהבה וכבוד שרוחשים החיים למתים, וקביעת המצבה ותוכנה הוכרו שם כחלק מזכות היסוד לכבוד האדם, ובכללה הזכות למנהגי אבלות והזכות להתאבל כרצונך.¹³¹ לאבחנתו של אסא כשר,

¹²⁵ לאנדרטאות כסמלים בהקשר התרבותי ובעיצוב הזיכרון הישראלי, ראו: נעמי מאיר-דן ושמוליק מאירי "בין נצחון לחורבן: הנצחת מלחמת ששת הימים בצפון סיני ובנגב המערבי או- אנדרטות: שרידים מקודשים, עלייה לרגל ונרטיב משתנה" **ישראל** 13, 109, 134-109 (2008); אליעזר שביד "מיתוס וזיכרון היסטורי במחשבת ישראל בזמן ההדש" **מיתוס וזיכרון** 41, 49-52 (דוד אותנה ורוברט ס. ויסטריך עורכים 1997).

¹²⁶ דני דיין "לכל איש יש שם - הנצחת קרבנות השואה על ידי הקראת שמותיהם בפומבי בארץ וברחבי העולם" **יד ושם** (כ"ז בניסן תשפ"ד) <https://www.yadvashem.org/yv/he/remembrance-day/every-person.pdf>

¹²⁷ ראו למשל: מאיר סוויסה "יושבים בנוח לזכר המנוח" **מעריב** (5.3.2007) <https://www.makorrishon.co.il/nrg/online/1/ART1/552/143.html>.

¹²⁸ משרד הבטחון, מדינת ישראל "הנצחה ודרכיה - הקדמה" **יזכור, אתר הנצחה לחללי מערכות ישראל** <https://www.izkor.gov.il/6d842c249e862f97399106141067403f>.

¹²⁹ ראו: אלון הראל "גופות, נוהגי הטיפול בגופה וחופש הביטוי: הזכות של אדם לספר את סיפור חייו במותו" **מעשי משפט** ז 165, 173-172 (2015). הראל מציע להתייחס לקבורה כזכות לסיפור החיים. ¹³⁰ פרשת **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 18, בפס' 10 לפסק-הדין של השופט ברק, ובפס' 9 לפסק-הדין של השופט שמגר; פרשת **הגר**, לעיל ה"ש 18.

¹³¹ שם, בפס' 11 לפסק-הדין של השופט אלון.

מנהגים אלו מבטאים קשר מתמשך ליקירים שנפטרו באמצעות שמירה על נוכחותם בחיים, ומבטיייהם הרווחים, הזכאים להגנה משפטית, הכרת החי כצאצא-המת הנושא בעצם חייו את זכרו במגוון אופנים.¹³²

נוכח הנורמות הללו, הרעיון שהילוד מזרע האהוב ינציח בעצם חייו את שמו, זכרו וזכרונו של המנוח ואולי אף את מורשתו הינו מימוש של אותן תפיסות עולם תרבותיות ומשפטיות המבטאות אינטרסים הדדיים, והם מובנים כמערכת יחסים בין-אישית ובין-דורית מתמשכת בין הנופלים לבין אלו שנותרו חיים.¹³³ המדובר מפי השופטת אלון בדור המשך שיישא את שמו.¹³⁴ כאמור: "ברצונו האנושי של המנוח להשאר שם וזכר בעולם",¹³⁵ "[במטרה] לעשות שם ולהעמיד צאצא מבנה המנוח",¹³⁶ ו"להשאיר חותם בדמות ילדים מזרעו שלו".¹³⁷

ברם, חלק מנרטיב הנצר וההנצחה האמור שובש בפרשת פלונית המפורסמת שבה התקוטטו ההורים מול האלמנה: בתחילה הובהר רצון המנוח בהמשכיות עם כל אשה ולא רק עם אלמנתו. חבירו מעיד בהקשר זה כי "לא היה מוכן לעזוב את העולם מבלי שה-D.N.A שלו יישאר בעולם ובכל דרך שהיא", ומתכוון בכך לאמא שאינה האלמנה.¹³⁸ עם-זאת, הוריו מוכנים כי הדבר יתבצע בכל מתכונת שהיא ובלבד שיבטיחו את הפריית זרעו של בנם,¹³⁹ והם מציעים כחלופה את מסירת הזרע לתרומה אנונימית. לטעמי יש לסרב לבקשה מסוג זה משני טעמים: היא כומסת בתוכה הנחה קיצונית הנדרשת להוכחה מפורשת כי המנוח היה רוצה לתרום זרעו בעילום זהותו, וכן היא חורגת מנרטיב הנצר וההנצחה, הטווה הולדה מאב ידוע. להלן משמעותו בקשר לאשה שנפטרה.

3. המשכיות נפטרת:

התפיסות ונרטיבי ההמשכיות וההנצחה האמורים הודגמו גם ביחס לנשים בפרשת מ"ר, ובה חולה רווקה הקפידה ביציות, ומתה. הוריה, שזו בתם היחידה, ביקשו יחד עם בת-דודתה להפרות הביציות בזרע בעלה ולהוליד ילד "שלדידם והבנתם ישמר את זכרה של המנוחה... שיעמיד יד-ושם לבתם האהובה".¹⁴⁰ הם ראו בפרוצדורה מימוש משאלת-יקירתם אשר פחדה שלא יהיה לה המשך והמשכיות בעולם הזה ו"לא יהיה שום דבר ממני ומזכרי",¹⁴¹ ובת-הדודה מבטיחה לה שתהרה במקומה. בקשתה נדחתה

¹³² ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 16, בעמ' 46 - אסא כשר בדעת מיעוט.

¹³³ גלזנר-חלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28.

¹³⁴ פרשת משפחה חדשה לעיל ה"ש 24.

¹³⁵ פרשת מ"א לעיל ה"ש 47 בפס' 42.

¹³⁶ פרשת פלונית-יחידנית לעיל ה"ש 39.

¹³⁷ פרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, בפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹³⁸ פרשת מ"א, לעיל ה"ש 47, בפס' 8.2.4.

¹³⁹ שם.

¹⁴⁰ פרשת מ"ר לעיל ה"ש 6, בפס' 6 לפסק-הדין של השופט ויצמן.

¹⁴¹ שם.

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

מהטעם, השגוי בעיני, שלא הוכחה התייחסותה המפורשת למצב שלאחר מותה, ובעיקר מהטעם שאינה עומדת בדרישות החקיקה בנוגע לתרומת ביציות.

בנסיבות אלו מודגמת מורכבות משאלת ההמשכיות הגנטית ביחס לנשים, ונדרשת מחשבה מעמיקה בנדון. לשיטתי מרכיב זיהוי הצאצאים מהווה חלק בלתי נפרד מנרטיב הזכר וההנצחה במשאלת ההמשכיות, ומנימוקים אלו אני מתנגדת לשימוש בביציות נפטרת כתרומה אנונימית. בהתאם, יש לבחון אלו מפונקציות ההולדה הנשיות, הגנטיות (ביציות) ו/או הפיזיולוגיות (הריון), משרתות את המשמעות הנדונה. למשל, ההנצחה עשויה להישמר במצב של אמא המגדלת את מי שהרתה וילדה מביציות המנוחה (כמו שרצתה הבת-דודה), וכן במקרה שאמא מגדלת תיעזר בפונדקאית להולדת צאצא המנוחה. דא-עקא שמשמעות האופציה האחרונה הינה אימוץ ממתה, העשויה לעורר בעיות אתיות שונות.¹⁴² כמו-כן, יש להתייחס לבני הזוג במצב הנדון. למשל, אם בן-זוג הנפטרת יהא האב המגדל מורשתה וזהותה יישמרו, ובהתאמה, לאחרונה, לרצונה המוכח של חולה סופנית, התירו לאלמן להפרות את ביציותיה.¹⁴³ שיקולים לא פחות חשובים במצב זה נוגעים לטובת הילוד לעתיד. שמא להולידו לתוך משפחה שבה יהא שונה תפגע בו.

שאלת טובתו של ילד שיוולד כאינסטרומנט למשאת ליבן של בת-הדודה או האחות-העקרה, כמו בפרשת ח"ח,¹⁴⁴ או סבים שיגדלוהו כבפרשת שחר, רלוונטית בייחוד במצבים של בקשות מיוחדות שכאלו, אך גם תהיות ביחס למשאלת ההורים לצאצא בנם שאותו תגדל אמא ככל האימהות ראויה להתייחסותי, והיא תיפרס להלן בפרק ה. לעת-עתה אציין שלאור תרבות הרבייה הישראלית המשתקפת ואף מתבטאת במשפט הישראלי, הולדת תינוק נתפסת כהגשמת כמיהה אנושית מבורכת, והיא תישלל למפרע רק בנסיבות קיצוניות.

לסיכום ביניים, משאלת-החיים הינה נרטיב רגשי-משפטי המחבר בין המוות לחיים בסיפור הולדה. משמעויותיו הנורמטיביות והסמליות נרקמו לאור מציאות ישראלית תרבותית-משפטית דוחקת ילודה גנטית במהותה ומקדמת אתוס הנצחה, זיכרון וזכר. הילוד כנצר המת יממש את המשכיות שושלתו, מורשתו וזכרו. רעיונות אלו נוסחו מפי חולים וחולות סופניות והורים שכולים במשמעויות משותפות וככבודם ההדדי.

¹⁴² בהלכת-פלנונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 10 לפסק הדין של השופט עמית, הובע חשש מטשטוש זהויות בין האשה היולדת לאם הגנטית; ועדת מור-יוסף, לעיל ה"ש 16, בעמ' 49-50, התירה שימוש בביציות נפטרת רק עבור בן-זוג ובאמצעות פונדקאית.

¹⁴³ בני אשכנזי "לראשונה: בית-המשפט התיר לאלמן להפרות את ביציות אשתו המנוחה" וואלה <https://news.walla.co.il/item/3589148> (25.6.2023); להרשאה לאלמן להשתמש בעוברים-מוקפאים ראו: חדשות 2 "שנתיים אחרי: בן נולד לאמא שנפטרה" מאקו (13.6.2011) <https://www.mako.co.il/news-israel/health/Article-7b8025d4a188031004.htm>

¹⁴⁴ פרשת ח"ח, לעיל ה"ש 10.

ד. הורות שכולה כמעמד משפטי-רגשי

1. שכול הורי ומשאלת-החיים

מות ילדך הינו האובדן הקטסטרופלי ביותר, והיגון הצומח ממנו הוא העצב החזק ביותר שאדם חווה. צער האובדן הינו גם עבור הבן שחייו אזלו ממנו בדמיהם, גם על האובדן שלך. על גדיעת עצמך ובשרך, לשד-קיומך, היקר לך מכל, וגם אהרון בן-זאב אצל על אובדן עתידיך. ציפית שיהיה חלק מחייך עד מותך שלך. זהו כאב שאי-אפשר לשאתו ולרפאו והוא נמשך כל החיים. לעיתים, אומר בן-זאב, הצער כה טוטאלי שאינו מאפשר למצוא נחמה בהיבט אחר בחיים.¹⁴⁵

והנה, מתוך תהומות צער "מי-יתן מותי אני תחתיך",¹⁴⁶ צומחת באב ואם משאלת-המשכיות, כאפשרות קיימת הצופנת מעט נחמה. באמונתם היא מייצגת את רצון ילדם, והינה גם כמיהתו לנחמתם. צאצאיו כנצרו, כהמשך שושלתו, יממשו את זכרו ויסמלו את המשך חייו.. לידתם תסב אושר, והווייתם תקל קמעא על היגון.

משאלת-חיים זו מובעת מלב ההורים או מי מהם. אילולא נלכדה בהם לא הייתה באה לעולם. לולא התהוותה, יתכן שהיה אובד לעד רצונם של המנוחים בטרם פטירתם. משאלה זו, אם-כן, הינה בראש וראשונה מבע רגשי-משפטי של השכולים השואב את תוקפו וכוחו האיתן ממעמדם כהורים, מקשרי אבהותם ו/או אימהותן, ומהשבר הנורא שארע בהם: "הגעגועים שברו אותי לרסיסים...אנחנו הורים סובלים, אנחנו נכים, לקחו לנו משהו מהנשמה שלנו."¹⁴⁷

המשאלה מעוגנת בהורותם: באהבת האין-קץ לילדם, בהקדשתם והשקעתם בו.¹⁴⁸ היא נובעת מגידולו, מטיפוחו, מטיפול בו, וממילוי צרכיו מרגע היוולדו עד בגרותו במסירות הורית שיוצקת תוכן רגשי לחובות הלקוניות שחוק האפוטרופוסות והמשפט ככלל מטילים עליהם.¹⁴⁹ היא צומחת מדאגה לבריאותו, לרווחתו ולשלומו במציאות

¹⁴⁵ אהרון בן-זאב אצל נוגה פנאי "תחילה בוכים: הצצה אל העצב החשוף של האובדן, וכיצד הוא מעניק משמעות לחיים" **מהות החיים** (13.4.2021) <https://www.eol.co.il/articles/864> וכן רונית שלו "כחרט הנשבו": התמודדות משפחות עם אובדן ושכול" **עט** השדה 18, 21-19 (2017).

¹⁴⁶ שמואל ב, יט 1.

¹⁴⁷ פרוטוקול 14.8.2022, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15-14 (דבריו של ברוך בן-יגאל).

¹⁴⁸ בתיק אימוץ רב תהפוכות קובע השופט חשין: "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש". דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (נבו 15.8.1995).

¹⁴⁹ למשל: ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות והמשכ"ב-1962 (להלן: חוק האפוטרופוסות) מונה בין חובות ההורים: לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודתו. וס' 17 קובע שעל ההורים לנהוג לטובתו כדרך הורים מסורים; ס' 323 לחוק העונשין התשל"ז-1977 קובע חובת סיפוק צרכי הקטין ומניעת פגיעה בשלומו; ס' 3 ו-3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) התשי"ט-1959 (להלן: חוק המזונות) קובע חובת הורה למזונות ילדיו הקטינים, ובס' 4 ו-5 בתנאים מסויימים, גם מזונות הבגירים. ככלל, ליחסי הורות יש מעמד משמעותי בהגדרת משפטית של המושג משפחה. לעניין הורות פעילה ראו למשל: דפנה הקר ומיכל פרנקל "הורות

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

ישראלית רווית סכנות ואיומים שהתנפצה בפניהם. היא מספרת על קרבה, הערכה וגאווה, והיא מגוללת תקוות אב ואם לאחות קמעא את עתידם השכור במימוש נרטיב של נצחיות גנטית המסמלת עבורם את המשכיות אהובם.

כרם, משאלתם זו אינה רק מטעמם העצמאי, אלא מטיב יחסי הורותם היא גם מבטאת לאמונתם את חפצו של ילדם: את שאיפתו הרגשית-משפטית שלאחר מותו יוולד ממנו צאצא אשר בעצם חייו ייצג את המשכיותו שלו וכך יקל על יגונם. שכן, יחסי הורה-ילד אינם חד-סיטריים רק מצד ההורים אלא מאופיינים בדינמיקה ייחודית המתבטאת בקשרי אהבה ודאגה והבטחה לאחריות הדדית. הגם שהיא מחייבת את הילדים במידה פחותה, ניתן למצוא את מבעיה בחקיקה. להמחשה: קטינים מחוייבים לכבד את ההורים ולציית להם, ובוגרים חייבים לזון את ההורים בתנאים מסויימים, וכך בזכאותם להחזר ימי מחלה עבור הטיפול בהם כמוסה הווית דאגה וטיפול.¹⁵⁰

וכך, ממעמקי מחויבותם כלפי בנם, שואבים ההורים כוחות נפש להיאבק גם על מימוש רצונו השזור ברצונם. "אני גידלתי אותו 27 וחצי שנה, הוא חי במחיצתי...הוא חי אצלי בבית, הוא אכל את האוכל שלי, הוא נשם את האויר שלי, היו לנו שיחות נפש, אני ידעתי, אני יכול לדעת מה הבן שלי היה רוצה."¹⁵¹

זהו צורך רגשי שמוביל מאבק של שנים לגרום לכך שחלום הבן יקרום עור וגידים:¹⁵² "אני עומדת פה לממש את רצונו של בני, הוא רצה ילדים בכל מצב ובכל מקרה, אני לא אנוח עד שאממש את רצונו של ע'. אני חייבת לממש את רצונו נקודה." ¹⁵³ "זו המטרה שלי בחיים... אני חייב לעשות את זה. זה דבר שאני צריך לעשות כי זה מה שהוא רצה וזה מה שאני אעשה, זה מה שיהיה."¹⁵⁴ "זו הצוואה שעלי לקיים", מעידה האמא שהמחשבה להקפיא את זרע בנה יחידה עלתה לה מאלוקים, מקול שאמר לה לעשות זאת.¹⁵⁵

הנה כי-כן משאלת החיים מנוסחת כמבע משפטי-רגשי הנובע מסבלות השכול ההורי ומתגבש בו. ביסוסה וציודוקה מעוגנים ביחסי ההורות-ילד הישראליים היחודיים. הם מתארים, מעבר לחובות החוקיות המוטלות בעיקר על ההורים, גם את רגשות האהבה, הדאגה והאחריות ההדדיים. מכוחם, המבע הברור של ההורים מקבל תוקף משפטי מטעמם שלהם, ומטעם בנם.

פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייניו של שוק העבודה " עבודה, חברה ומשפט יא 275 (2005).

¹⁵⁰ מזונות לבוגרים ותנאיהם מפורטים בס' 4 ו-5 לחוק המזונות, לעיל ה"ש 149. חובת קטין לכבד ולציית להוריו קבועה בס' 16 לחוק האפוטרופסות, לעיל ה"ש 149. החזר ימי מחלה מפורט בחוק דמי מחלה התשל"ו-1976. לדינמיקה ביחסי הורה-ילד ראו: שלו, לעיל ה"ש 145, עמ' 19-21.

¹⁵¹ פרשת מ"א, לעיל ה"ש 47, בפס' 8.2.4.

¹⁵² שם, בפס' 42.

¹⁵³ פרשת ח"ח, לעיל ה"ש 10.

¹⁵⁴ דנ"א אסף-הרופא, לעיל ה"ש 59.

¹⁵⁵ פרשת פלונית-יחידנית, לעיל ה"ש 39.

2. משאלת-ההורים וזכויות לכבוד ולאוטונומיה

משאלת-ההורים, אם-כן, טווה מדם-הורותם את המשך סיפור חייהם הנשזר במות ילדם ושבר ההורות. זוהי זכותם החוקתית לכבוד והיא חולשת על זכותם לאוטונומיה אישית הכוללת את האוטונומיה של הרצון הפרטי ואת החופש לעצב את סיפור החיים ואת עלילותיו. הזכויות הללו מבוססות על חופש הבחירה של האדם ומבטאות את כבודו.¹⁵⁶ זכות אדם לכתוב את פרקי חייו וגורלו הוכרה כאחת מזכויות היסוד שבמשטר הדמוקרטי.¹⁵⁷ היא מתייחסת גם לזכותו להתוות עבור עצמו סיפור של תקווה ולשאוף להגשמתה, והיא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם.¹⁵⁸

כך למשל, נקבע שהזכות לאוטונומיה אישית מאפשרת לבטא את השכול ואת ההנצחה בתשעים ותשע דרכים בעניין טקס זיכרון משותף לישראלים ולפלסטינים.¹⁵⁹ נפסק שם שזו זכות האדם לכתוב את סיפור חייו ולעצב את סיפור הנצחת יקירו כפי שבחר בו מתוך צערו, כאבו וגעגועיו. בהתאם נאסר על שר הבטחון להתערב בביטויי השכול של הפרט. קביעה זו לא יחדה רק להורים אך ביססה את אופני השכול וההנצחה כחוסים תחת הזכות לאוטונומיה אישית. בהתאמה, משאלת-ההורים מתווה את סיפור חייהם וסיפור חייו ומותו של בנם כסיפור של המשכיות עם צאצא הבן, ממשיך שושלתו, זכרו ומורשתו, שהווייתו תנחם, ולו קמעא.

בנקודה זו אבקש לבסס את טענתי שיש להגשים את משאלת-ההורים כחלק מזכותם החוקתית לכבוד האדם. מושג שבבסיסו "עומדת ההכרה, כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו, וזאת במסגרת החברתית שעזימה הוא קשור ושבה הוא תלוי."¹⁶⁰ בהקשר זה אחזור למושכלות היסוד של המאמר ואבהיר כי מדובר במשאלה רגשית-משפטית המעוגנת בתפיסות חברתיות-תרבותיות ישראליות מקדמות ילודה וקשרי-דם, הנצחה ונצר, וכנובעת מהשכול ההורי ומיחסי ההורות-ילד ההדדיים. באיפיונה זה היא מבטאת את שאיפותיהם ושאיות בנם עבורם ועבורו בסינרגיה של

¹⁵⁶ אהרן ברק "חוקת המשפחה: היבטים חוקתיים של דיני המשפחה" משפט ועסקים טז 13 (2013) (להלן: ברק). לעומת-זאת, המתנגדים לקצירת הזרע מהגופה טוענים להפרת זכויות אלו של המת. ראו: אבי וינרוט "נטילת זרע מנפטר — היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27 100 (2002).

¹⁵⁷ ע"מ 1245/12 התנועה לחופש המידע נ' משרד החינוך, פס" 15 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו) 23.8.2012.

¹⁵⁸ ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבר-חנא, פס" 33 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו) 27.9.2005. דובר שם בפניוים שיאפשרו לממש זכות זו. להרחבה אודות הזכות לספר את סיפור חיין וגורלך ראו: שגית מור, מעין סודאי ואור שי "דין זה שאינו אחד: על א/נשים אינטרסקס והמשפט הישראלי" זכויות הקהילה הגאה בישראל: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 797, 814-820 (מורנגשטרן, לוינסקי והראל עורכים) 2016.

¹⁵⁹ בג"ץ 3052/19 לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הבטחון (נבו) 6.5.2019 (להלן: עניין טקס זיכרון משותף לישראלים ולפלסטינים).

¹⁶⁰ פרשת קסטנבאום, לעיל ה"ש 18, בעמ' 533

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

רצונות המובעת מטעמם העצמאי בקול ברור. מהיבט זה הגשמת המשאלה מבטאת את זכותם העצמאית לכבוד האדם. בנוסף, היא מביעה גם את כבוד המת המתבטא, מצד הבנים, ברצונם עבור הוריהם: "זו 'היד' שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות".¹⁶¹

אם כך, כבודם העצמאי של ההורים שואב את כוחו ממעמד הורותם, שנדון בפרק הקודם וימשיך להתברר בפרק הבא. כדוגמא למעמד זה אציין את תקנות בתי קברות צבאיים, נשואות בג"ץ ויכסלבאום שהצליח לשנותן, ולפייהן יש לרשום את שמות הורי חלל-צה"ל על מצבתו בעוד שקרוביו הנוספים ירשמו רק כתוספת מוגבלת ולפי בקשה מיוחדת.¹⁶²

בנוסף לכך, אפיונה של משאלתם כמערכת רצונות הדדית, מייצגת את הזכות החוקתית לכבוד האדם ככוללת גם את כבוד המת וגם את כבוד יקיריו, השומרים את זכרו במערכת מבעים משותפים לחיים ולמתיהם, כפי שנקבע בסדרת פסיקות, ולדוגמא בפרשת הגר.¹⁶³ בעניין זה האלמנה עיצבה מצבה שלא בידיעת ובטעם ההורים, שאפילו לא אוזכרו בה. היא סרבה לכל שינוי. בית המשפט האמין לה שהמצבה הוקמה בהתאם לרצון המנוח, ומפאת כבוד-המת נקבע שאין להחליפה. ברם, האלמנה חויבה להוסיף את שמות ההורים למצבה מפאת כבודם ותוך שיוחסה חשיבות להורותם. נקבע שם שכבוד-האדם חולש על סוגיה רגשית זו, והוא כולל את כבוד המת, דהיינו, את רצונו, וכן את כבוד החיים, היינו רצון אוהבי ואהובי המנוח לכבד את זכרו בהתאם להשקפותיהם ומסורתם. דהיינו, את הסוגייה מאפיינת מערכת רצונות רגשיים-משפטיים במהותם, המקיימים ביניהם יחסי גומלין מובנים: רצון המת בעבור החי, ורצון החי כזכות העומדת הן על אדן עצמאי משלה (להנציח בהתאם להשקפתה) והן על אדן קולו של המת (נובעת מיחסי הקרבה). כל אלו חוסים תחת הזכות החוקתית לכבוד האדם.

יחסי הקרבה המיוחדים נדונו גם בפרשת בן-צבי,¹⁶⁴ ובה עסקו בין היתר חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, המקנה מעמד להחליט לגבי נתיחה לאחר המוות לבת-זוג הנפטר ולהוריו. נקבע שהחוק משקף הגנה ישירה עליהם, והגנה עקיפה על הנפטר ועל רצונותיו באמצעות הקרובים לו, המכירים אותו טוב מכולם. בדומה, מתוקף יחסי-ההורות, קול ההורים-השכולים מבטא את רצונם ואת רצונו.

¹⁶¹ פרשת קסטנבאום, שם, בעמ' 525.

¹⁶² תקנות בתי קברות צבאיים (כללים לכיתוב על מצבות) התשנ"ז-1997. וראו: אהרונה גוטמן "שלגיה וצדפים על הקבר: הנצחה מודרנית של חיילים" וואלה (9.5.2011) <https://news.walla.co.il/item/1821650>.

¹⁶³ לדיון מקיף בכבוד האדם וכבוד המת בהקשר זה ראו: גלבוש-שכטמן, לעיל ה"ש 12. בעמ' 18-1, מובאות גישות מלומדים המציגות את כבוד המת בצוואות כמערכת רצונות הדדיים; פרשת הגר, לעיל ה"ש 18.

¹⁶⁴ ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (נבו 7.7.2011).

לסיכום אבהיר שמשאלת-החיים של ההורים-השכול מביעה את קולם של החיים ומבוססת על זכותם לכבוד האדם ולאוטונומיה אישית, לספר את סיפור חייהם כתקווה לנחמה. היא מובעת במקרה שבו אין הוכחה סותרת לרצון מת שונה. בכל מקרה של הבעת רצון שונה, ברורה ומוכחת מצד הנפטר-רצונו גובר. וזו עמדתי לאשורה. לדיון בעניין רצון המת וכבודו אחזור בפרק ה'.

3. הורות ושושלת

להלן אדגים בקצרה את המעמד המיוחד שמייחס המשפט הישראלי ליחסים הבין-דוריים ולאניטרס השושלתי בכמה סוגיות. תוך שאגלה את הרגשות המפעמים בהסדרים החוקיים שאציג, יובהר כי בקשת ההורים השכולים לממש הולדה מבנם המת מעוגנת בתפיסות הללו.

אפתח בדיני הירושה הקובעים עקרונית כי באין צוואה העברת הרכוש מתבצעת לפי השושלת. כך לדוגמא אם הילד נפטר, ירשו ילדיו במקומו, ואם הם נפטרו, ירשו ילדיהם.¹⁶⁵ לגישת קרייצר-לוי הורשה שושלתית מתקשרת להמשכיות רב-דורית דרך הקניין והיא דרך להתמודד עם ספיות המוות באמצעות קשר סמלי לעולם החיים, שהינו לטעמי רגשי במהותו.¹⁶⁶ עוד היא מציגה את דיני הירושה כמערכת יחסים הדדית, דו-צדדית, המחברת בין הצורך של המצווה להשאיר נוכחות לאחר המוות לבין הצורך המשלים בהשתייכות שורשית למשפחה, תרבות ומסורת. הגם שאין להשוות בין רכוש לצאצא חי, ניתן לומר שהתקווה להמשכיות השושלת של הבן המבוטאת במטען הגנטי ובערכים הרגשיים הטמונים בו מבוססת על אותם רעיונות. חובת המזונות המעוגנת בחוק המזונות מחילה אף היא תפיסות אלו. לפיה, מכוח המעמד ההורי והאחריות השושלתית, מוטלת על אדם חובה לזון גם את נכדו, במידה שבנו החי אינו עומד בנטל.¹⁶⁷ וכחלק מאותה מערכת בין-דורית, על אדם מוטלת חובה לזון את הוריו וסביו בתנאים.¹⁶⁸ המדובר בהטלת אחריות כלכלית שאינה מנותקת רגשית והיא תלויה בקשרים הבין-דוריים והשושלתיים.

אציין בהקשר זה שכאשר פרופ' אהרון ברק דורש להכיר בזכות עצמאית לסבות כנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד אדם, והוא עומד על 'קול-הדם' הנובע מקשר הורי רב-דורי.¹⁶⁹ דהיינו, הוא מייחס חשיבות לקשר הגנטי השושלתי בכדי לבסס זכות זו.

¹⁶⁵ ס' 4 ו-16 ס' 10 לחוק הירושה התשכ"ה-1965.

¹⁶⁶ שלי קרייצר-לוי "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות" **משפט ועסקים** כב 165, 178-180 (2019).

¹⁶⁷ ס' 4 לחוק המזונות, לעיל ה"ש 149.

¹⁶⁸ שם.

¹⁶⁹ ברק, לעיל ה"ש 156, בעמ' 43. לדעה זו נוטים השופטים מלצר, דנציגר וחיות בהלכת-פלנונית לעיל ה"ש 5.

ברם, למרות שקשר-הדם מהווה מרכיב משמעותי במשאלת-ההורים, והגשמתה תוביל להולדת נכדם הגנטי, היא מתייחסת להמשכיות ולא לזכות מלאה לסבות, שכן, היא לא מתרחשת בחיי הבן. עם חדלוננו, הסוגייה מעוגנת בחפצם ובחפצו לקיים את משאלתם להמשכיות קשר-הדם שלו. תוצאת הסבות, אך מאפשרת לשייך את הילד למנוח כמימוש הנצחתו. במקרה של ניתוק, הזכות לקשר פעיל עם הנכד מפורטת להלן:

המימד המתייחס לקשר שבין ההורה השכול לנכדו, מוסדר בס' 28 לחוק האפוטרופוסות הקרוי בכותרתו "זכותם של הורים שכולים", ולפיו ניתן לבקש קשר שכזה באותו ניתן לבקש לקיים בפניה לבית-המשפט לפי ס' 28 לחוק האפוטרופוסות. הזכות מוענקת מתוקף ההורות השכולה ונועדה למלא את חסרון האובדן, וכרושם בסעיף, ההחלטה תינתן בהתאם לטובת הקטין.¹⁷⁰ למעשה, לפי החוק, אישור כזה עשוי להינתן אף להורים לא-שכולים המבקשים לעמוד על זכותם לפגוש את נכדיהם.¹⁷¹ כפועל יוצא ממתן היתרים המבוקשים גוברת האוטונומיה של הסבים על האוטונומיה של ההורים המתנגדים לקשר, וזאת במהלך החיים השוטף של כל המעורבים. כך למשל בפרשת נ"ל האב טען כי הורי אשתו שהתאבדה מזיקים לבנותיו ולכן התנגד בתוקף לכל קשר ביניהם. משלא הוכחו טענותיו, ובהסתמך על פסיקה המדגישה את החיבור לשורשים והתורומה האישית העולה לקטין מקשרי הסבות הבקשה אושרה, וזאת בהבנה מודעת שהחלטה פוגעת באוטונומיה¹⁷² דהיינו, כל עוד אין פגיעה בקטין, מעצם היותם הורי-הורים ממוצבים הסבים בעניין זה בראש מדרג הסמכויות הדוריות.

מההסדרים שנסקרו עולה כי הם מקדמים את האינטרס הבין-דורי והשושלת המאופייני ביחסים אינטראקטיביים רגשית ומשפטית, כאשר ההורים ככלל, והשכולים בפרט, עומדים בראש המערכת הבין-דורית. בהתאמה, ניתן לתקף את משאלת ההורים השכולים בהתבסס על מעמדם מיוחד זה, ועל הלימת בקשתם לתפיסות המקודמות במשפט. ביטוייהן בהמשכיות שושלתו של בנם עם צאצאו שיקושר אליו גנטית וסמלית-רגשית ויתחבר לשורשיו ומורשתו.

4. נחמה

היבט עיקרי נוסף הנושא ערך רגשי-משפטי מתייחס למזור הצפון במשאלה לעיתים כהצלת-חיים. למשנתי, מניעתה מטובעים המתארים מאבק על נשימתם יום-יום, ורגע-רגע, פוגעת בזכותם הבסיסית לכבוד אנושי. הישר מבט אל לב המשאלה, המתועדת בסרט "משהו ממני", לא מותיר עין יבשה. המסע הקשה של הורי החייל קיוון כהן ז"ל נפתח עם קול הבן ששומעת האם ברגעיה הנוראים מכל, בבשורת מותו: "אמא, עוד

¹⁷⁰ עדנה כצנלסון "נסיבות שבהן אפשר לכפות קשר בין סבים לנכדים למרות התנגדות ההורים" פסיכואקטואליה אפריל 2016 30 (2016). מציגה את טובת הסבים והנכד.

¹⁷¹ ס' 28 לחוק האפוטרופוסות, לעיל ה"ש 149. לפי ס' 28(ב) הבקשות של הסבים יופנו תחילה ליחידת הסיוע כבקשה ליישוב סכסוך.

¹⁷² תמ"ש (י-ם) 5580-07 נ"ל נ' א"מ (נבו) 16.8.2010.

לא מאוחר, את יכולה לקחת את הילדים שלי".¹⁷³ המשכו במאבקים משפטיים ורפואיים להגשמת משאלתה-משאלתו-משאלת האשה להרות מזרעו, וסיומו, עם נחמה ואושר אינסופי שמשרה על המשפחה התינוקת שנולדה. "אני לא יכולה להגיד שהעצב עזב אותי. לא. אבל מאותו יום אני אומרת שאני הולכת קדימה. היא מושכת אותי לאושר, לשמחה, לתקווה," מעידה האם בפנים מחייכות ובמראה שונה לחלוטין מארשת היגון שנסקפו ממנה לאורך תריסר השנים ממות בנה. "ולא תיארתי שאני אגיע למצב הזה. וזה המון, זה המון... זה המון... היא משכה אותי".¹⁷⁴ ומוסיפים האחים השכולים שנחמת התינוקת מציפה גם אותם: "לאבא יש אור בפנים. שיש להם למה לקום בבקר, שהחלום שלהם התגשם".¹⁷⁵

גורלם הורים אחרים שבנם היה רווק לא שפר גם בהיבט זה. לאחר הלכת-פלונית, הלכת ע"ש ופרשת פלונית הבן הרווק, בהיעדר ראיות חותכות לרצון המת לאחר מותו, זיקת התקווה שלהם להולדה ממנו נחסמה, והיא תלויה כיום בהצעת חוק ההמשכיות. דיון אחר דיון הם מופיעים בפני ועדת העבודה והרווחה ומתחננים לקידום החוק "כדי שנוכל לראות קצת אור, קצת שמחה, קצת תקווה בחיים האלה. מה ביקשנו? אני לא מאחלת לאף אחד לחוות יום אחד בעולמנו, כל יום הוא גיהנום והוא סיט".¹⁷⁶

ומתוך התרסקות ההורות ורסיסי שבריה, ומתוך הרעיונות שעולים בראש לשים קץ לחיים, מתחנן האב ששכל את בראל חדריה, בנו יחידו, ולא נותר לו יותר שום זכר בעולם "רק לנכד קטן מזרעו של בני, שיוכל להחזיר לי מעט את הרוגע לחיי".¹⁷⁷ וכי נהין להתעלם מתחינה זו ולמנוע מעט נחמה הנכללת בזכות הבסיסית לכבוד? זכותם זו נפרסת לכל אורכו של המאמר.

5. חמלה וצדק

יישום החמלה במשפט כחלק מהרוח השיפוטית ומתפיסת הצדק הולמת את התמה המרכזית של מלומדי 'משפט ורגש' ולפיה, כמובהר לעיל, בשיקולים תבוניים מעורבת הערכה רגשית. כך חמלה מערבת רחמים כתוצאה מהזדהות עם צער הזולת, ופעולת החומל ניתנת ליישום משפטי, ועשויה להקל על הסבל. בתמצית, אתמקד בכישורי החמלה לאפשר לשופטים להעריך נכון יותר את האינטרסים המעורבים בסוגיה שהודגמו בדנ"א נחמני. כזכור, בשם הזכות לאי-אבהות סרב דני להתיר את השימוש בעוברים שנוצרו מרותי במהלך טיפולי פוריות מייסרים. לאבחנתו הנכונה של השופט טירקל, כרוכים בסוגיה רגשות עזים, ושופטי הרוב שם, אשר פסקו לטובת זכות

¹⁷³ **משהו ממני**, לעיל ה"ש 21, בפתיחת הסרט.

¹⁷⁴ שם, בשעה 07:1.

¹⁷⁵ שם, בשעה 10:1.

¹⁷⁶ פרוטוקול ישיבה 162 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-24, 25 (07.9.2022) (בדבריה של בת אל ויצמן).

¹⁷⁷ פרוטוקול 14.8.2022, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21 (בדבריו של יוסף חדריה).

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

האימהות שלה, תרגמו את חמלתם כלפיה למונחים של צדק אנושי.¹⁷⁸ בהתאם נמדדו הכמיהה המייסרת לאימהות, והנזקים, המכאובים והסכנות הבריאותיות בהן העמידה עצמה בכדי להגשים את ערגתה זו. רחמי השופטים התבטאו בהבנתם כי העדפת זכות אי-האבהות של דני תשלול מרותי אימהות גנטית באופן בלתי-הפיך.¹⁷⁹ העצמת פגיעה זו על רקע שדרי קידוש הילודה והנצר האופייניים לישראל ישימה גם לענייננו בכמה אופנים :

שליילת משאלת-ההורים תותיר אותם במר-סבלם חסרי כל אופק לתרופה, בעוד שהיעתרות לתחינתם, בלשונו של השופט טירקל לעיל, תוביל לבחירה בחיים. זו תוצאה שתעשה עמם צדק וחסד ותבטא אף את משאלת בנם המנוח.¹⁸⁰ מטעמים אלו, במקרה שהאלמנה מתנגדת לבקשתם אולם לא מעוניינת להרות בעצמה, ואין לה הוכחות ברורות לרצון המנוח בצאצא אך ורק ממנה, יש להתייחס אל המנוח כרווק ולאשר את בקשת ההורים. עם זאת, אדגיש שאם היא מעוניינת לממש את אימהותה, היא מממשת למעשה את נרטיב משאלת-החיים ורק הוכחות ברורות ומובקות להתנגדות המנוח להוליד עמה ייאפשרו לחסום את משאלתה.

6. הזכות להמשכיות : סיכום פרק

לאורכו של פרק זה שורטטו זכויות ההורים, שניתן לכנותם הזכות להמשכיות. ברם, וכפי שהבהרתי לעיל, היא שונה מהזכות לסבות פעילה בחיי הבן. בטרם אסכם את פרק הזכויות, בחרתי להציג בתמציתיות את הזכות להמשכיות שביסס השופט מלצר בדעת המיעוט בפרשת **פלונית** כזכות העומדת לאדם אף לאחר מותו.¹⁸¹ לשיטתו על ההורים מוטלת משימת מימושה כמיישמים של זכויות בנם המת ושומרי כבודו. ברם, ניתוח משימתם החשובה מגלה שזכות ההמשכיות מוחלת עליהם גם כמוציאים לפועל של הולדת נכדם, והיא מבטאת את עוצמת הקשר ההורי.

מהלך השופט לביסוסה נפתח בהבנה כי בלב הזכות החוקתית להורות מצוי הצורך הבסיסי להמשכיות. ביטוי כערך ליבה עצמאי, להביא צאצאים לעולם, הוצג בפרשת **פלונית**.¹⁸² הינו חלק מיצר טבעי להמשכיות הדורות, ולהגשמתו של הפרט בחברה, כאמור בפרשת **דוברין**,¹⁸³ והוא מבטא אינסטינקט-בראשית לקיום והישרדות המתממש דרך העברת המטען הגנטי מדור לדור, כאמור בבג"ץ **משפחה חדשה**.¹⁸⁴

¹⁷⁸ דנ"א נחמני, לעיל ה"ש 112, בפסק-הדין של השופט טירקל ובייחוד בפס' 13 שם.

¹⁷⁹ כץ פלד, לעיל ה"ש 109, בעמ' 299-298; שפירא, לעיל ה"ש 94, בעמ' 288-283.

¹⁸⁰ בהתאמה לגישת הרב סתיו, הקשר ההורי נמשך לאחר המוות. הרב אברהם סתיו "ילד מהבן המת? להורים יש זכויות" **Ynet** (20.6.17), <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4978384,00.htm>

¹⁸¹ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 5-11 לפסק הדין של השופט מלצר.

¹⁸² בג"ץ 4077/12 **פלונית נ' משרד הבריאות**, פס' ל' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) (05.02.2013).

¹⁸³ פרשת **דוברין**, לעיל ה"ש 114, בפס' 12 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁸⁴ בג"ץ 4293/01 **משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה**, פס' 3 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו) (24.03.2009).

מהסקירה שהצגתי בתמציתיות, מסיק השופט בקשר למשאלת-החיים כי "יצירת המשכיות מהווה צורך כה בסיסי-עד כי ראוי, ואף נדרש, ליתן לו מעמד של זכות עצמאית".¹⁸⁵ אם-כן, השופט מציג תפיסה שושלתית טבעית-רגשית במהותה, המספקת לדידי תמיכה נוספת במשאלת-החיים.

לסיכום, פרק ד' הציג את שלל פניה המשפטיים-רגשיים של משאלת-ההורים כבקשה שמעוגנת בשכול ההורי הישראלי ומערכת הערכים הסובבת אותו. משמעויותיה התגלו בצבר הסדרים משפטיים, לעיתים שוליים, שהוביל להכרה במעמדם ההורי המיוחד, ולהבנה שמשאלתם חוסה תחת זכותם החוקתית לכבוד ולאוטונומיה אישית המתבטאת בעיצוב סיפור חייהם כתקווה, ונחמה, וכי יש לחמול עליהם, ולהיענות לבקשתם.

ה. אינטרסים מתחרים

בפרק זה אתמודד עם האינטרסים העשויים להתחרות ברצון-ההורים וכבודם.

1. כבוד המת

שאלת רצון-המת בוערת בין שורות מאמר זה מתחילתו. המתנגדים למשנתי המעמידה במרכז את קול החיים בוודאי ינפנו ברצונם של גברים שלא יטלו מגופתם זרעים לאחר מותם ויטענו שמבעם רגשי אף הוא, וזכותם של המתים לכבוד ולאוטונומיה, לספר את סיפור מותם. על כך אשיב שבהתנגשות בין רצונו המוכח של המת לבין רצון החיים, **כוחו של המת גובר**. זוהי עמדתי לאשורה! החובה להגן על כבוד המת מגולמת באינטרס הלגיטימי בחיינו שכבודנו, רצונותינו, ציפיותינו, ומורשתנו יישמרו ויכובדו לאחר מותנו. כך נקבע בפרשת **פרידמן**, בה התנגדו בני-משפחה לבקשתה המוכחת לשריפת גופתה, ורצונה הוא שהכתיב את התוצאה.¹⁸⁶ בהתאמה, יש לקיים כל בקשה ברורה של אדם באשר לצאצא לאחר מותו.

ברם, עמדתי מתייחסת למצב שבו רצונו של אדם לא ידוע ואינו אלא בגדר השערה בלבד. במצב זה, קול החיים הברור, הידוע והמוכהק, הוא שגובר, ואין בכך פגיעה בכבוד המת, מהנימוקים הבאים:

א. קול משאלת ההורים-החיים מבטא, כפי שהבהרתי עד כה, מערכת רצונות הדרית.

¹⁸⁵ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 5 לפסק-הדין של השופט מלצר.

¹⁸⁶ פרשת פרידמן, לעיל ה"ש 12, בפס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

כמובהר בפתח המאמר, לפי רצון חולים סופניים, מחקרים אמפיריים וממצאי מחקרי שנפרסו לעיל, משאלת-ההורים מכבדת את משאלת ילדם. משאלתם כרוכה בסינרגיה של רצונות המותרת בידי ההורים את האפשרות למימושה. היא נובעת מעצם יחסי הורה-ילד, מפרי אהבתם, קרבתם, אמונם והערכתם ההדדית. מהותה הישראלית המיוחדת הינה תוצר נורמטיבי-תרבותי-ערכי-רגשי-משפטי המעוצב כמענה לשאלה: מה היה המנוח רוצה בעבור הוריו או זוגתו? "אחי היה ממש רוצה שאימא שלי...תהיה מאושרת. הוא היה מוכן לשלם כל מחיר בעולם בשביל זה. כל ילד בעולם ירצה שההורים שגידלו אותו והשקיעו בו יהיו מאושרים."¹⁸⁷ מכוח אותו נרטיב, יש להניח שלו יידע הורה כי בנו לא חפץ בילדים בחייו, או התנגד להולדתם לאחר מותו, לא יפעל בניגוד לרצונו.

ב. יש להאיר את היקף הפגיעה השולית במנוח במקרה בו ארעה שגגה ומסתבר שהילד נולד בניגוד לרצונו. הן לא נכפית עליו הורות פעילה ועקב אי-הווייתו אף מפת הנפש נחסך ממנו. שימחת-הנפש הצפויה להורים החיים לעומת-זאת, מטה את הכף לטובתם באופן מובהק. ועוד. אף הפגיעה בציבור הרחב, החי, מצטמצמת לאור התפוצה של הידיעה אודות טכנולוגיה שהחלה להתרחש במהלך מלחמת חרבות ברזל: ניתן להניח שאדם בחייו שהתנגדות לאפשרות שכזו בווערת בעצמותיו, יביע אותה במירב האמצעים העומדים לרשותו.

ג. מעמד בת הזוג: בחינת ההיתר שהוענק לבת-הזוג לאורך השנים מעלה שניתן לה תוך שמירה פחות דווקנית על כבוד המת המשוער לעומת ההתוויות שיושמו על ההורים: ההיתר התבסס גם על האינטרס העצמאי שלה ועל זכותה להורות עמו, להבאת ילדים מזרעו, ולשימור זכרו והנצחתו שפורשו כזכות משלימה לרצון הנפטר. למעשה חפצה עיצב את רצון המת "שהיה רוצה או למצער מסכים לבקשתה ולרצונה",¹⁸⁸ באותו שילוב רצונות שזיהיתי. בהתאם לאותו מודל, יש לתת הרשאה להורים גם מכוח כבודם העצמאי, ועם מימוש שאיפת בנם למזורם לא יפגע כבודו. ויש להבהיר: המעמד שהוענק לבת-הזוג צודק ונכון. כבחירת ליבו היא מממשת את זכותו לאוטונומיה אישית, לספר את סיפור חייו לפי בחירתו, וכפי שאבהיר להלן נתונה לה זכות ראשונים להוליד את צאצאו, ולהורים לא נתונה כל זכות להתנגד למשאלתה אלא במקרה של הוכחות ברורות שהמת לא רצה בילדים ממנה.

2. סבות

ההבדל בין הגשמת משאלת ההורים להמשכיות לבין הזכות לסבות נדון לעיל בפרק ד.¹⁸⁹ 3. למען הסדר אחזור שהאחרונה מתייחסת להתערבות בחיי הבן ולהולדה ממנו

¹⁸⁷ פרוטוקול 14.8.2022, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21 (דבריה של בת-אל ויצמן).
¹⁸⁸ הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5, בפס' 19 לפסק הדין של השופט מזוז, המתייחס גם לס' 5, 9 ו-15 להנחיות היועמ"ש-2003, לעיל ה"ש 11.
¹⁸⁹ טענה שעורר היועמ"ש, שם, בס' 22.

שנכוננו להם קשיים כאלו ואחרים. כל עוד אינם נפגעים או עשויים להיפגע מעבירה של הורים כנגד ילדים אין בכך בכדי לפגוע בטובתו. להלן העקרונות שיש לשומרם :

לאמא המגדלת יהיה קשר ביולוגי (הריון) או גנטי (ביציות) הצאצא : כך ישמרו בצורה מיטבית כלל האינטרסים של הילד. הנתונים לגבי שורשיו הגנטיים ו/או הביולוגיים מצד האם והאב יספקו מענה למאויים אנושיים, יבטאו את זכויותיו לכבוד ולהתחקות אחר שורשיו, ואף יכובדו האינטרסים של האם לעתיד המבקשת להרות מזרע מוכר שיספק לילדה משפחה וזהות. כאפוטרופסית טבעית שלו, היא תגדלו כאמו לכל דבר ועניין.

מטעמים אלו ובצדק, בקשת משפחת שחר שהצאצא יתהווה באמצעות פונדקאית ותרומת ביצית וההורים השכולים יגדלוהו כילדם.¹⁹² גם בקשה האחות העקרה לאמץ את הילוד שיווצר מתרומת ביצית ומזרע אחיה מנוגדת לטובתו. היא משרטטת מתווה לפיו יתהווה ילד שנועד לאימוץ ולא יהיה לו קשר גנטי או ביולוגי לאמו ולכן יש לדחותה.¹⁹³

לא אנדרטה חיה : הגם שנוהג קריאת התינוק בשם הנפטר מקובל, יש לוודא באמצעות תסקיר מקצועי שיוגש לבית המשפט שעם הולדת תינוק מהמנוח לא מתוכנן להטיל עליו משא קיצוני. המדובר באבחון מהיבטים פסיכולוגיים המתייחסים לפגיעה במסוגלות הורית. ואכן, בפרשת **פלונית** מעיד האב השכול: "הילד שיוולד הוא לא מצבה ולא נר זיכרון. נר יש לי בבית שדולק 24 שעות כל יום... יש לי אנדרטה ברמת הגולן...יש לי שביל שנקרא דרך ש'... אלה האנדרטאות שלו..."¹⁹⁴ ומעידה אם שכולה: "במקרה זה הילד כן ידע מי אביו ויתגאה בו ויהיה ילד חי ושמח."¹⁹⁵

תאום ציפיות בקשר לסמכויות : ניתן לביצוע באמצעות מסמך-הבנות שיחתם בין הצדדים כמנוסה בהצעת החוק וכפי שהוגש בפרשת **פלונית-היחינית**, וזאת באמצעות עובדת-סוציאלית. הבהרת הגבולות ביניהם כך שלא תיפגע סמכותה ההורית של האם לעתיד הכרחית לטעמי גם לטובת הילוד.

1. מתווה נורמטיבי

1. המתווה המוצע

יש להתיר את הגשמת "משאלת-החיים" של הורים שכולים, כך שברירת המחדל הינה להיענות לרצונם בתנאים : 1. אם הילוד תהיה האמא הביולוגית (קשר הריון) או

¹⁹² פרשת **שחר**, לעיל ה"ש 53.

¹⁹³ החשש ההלכתי-יהודי לגילוי עריות מתייחס לתוצר של יחסי-מין ולא טכנולוגיות פרויון.

¹⁹⁴ תמ"ש (משפחה פ"ת) 31344-09-13 **פלונית נ' פרקליטות מחוז מרכז**, פס' 15 (נבו 2015.3.18)

¹⁹⁵ פרשת **פלונית-יחינית** לעיל ה"ש 39, בפס' 99.

הגנטית שלו (קשר ביציות) מטעמי טובת הילד. 2. בקשת בת-זוג להרות מזרעו תהא ראשונה במדרג הקדימויות. 3. בכל מקרה של היסוסה או התנגדותה יש להגדיר זמן שיהוי לגיבוש דעתה של כעשר שנים, ולאחריו יש להתייחס אל הנפטר כרווק. 4. במקרה שבת-הזוג תומכת בבקשת ההורים והיא לא רוצה להרות מהנפטר בעצמה יש להתייחס אליו כרווק. 5. במקרה של אי-הסכמה בין ההורים השכולים, הבקשה להתיר הולדת ילדים תגבר בתנאים האמורים. 6. כתמיכה בכל ההתנגדויות יש להביא הוכחות מובהקות לאי-רצון המת בילדים באופן האמור ורק הן ישללו את הבחירה בחיים. 7. יש לקיים הוראות ברורות של אדם לגבי המתווה לאחר מותו, וזאת, בתנאי שאינן מנוגדות לטובת הילד ולחוק הישראלי כגון הסדרי פונדקאות או אימוץ. ניתן שהוכחות אלו יהיו פתק, מסרון, הקלטה או עדות בעל-פה או כל אמצעי אחר שבו דעתו מובעת בוודאות. 8. טובת-הילד תיבחן באמצעות תסקיר מקצועי שיבדוק כי התקיימו התנאים שפורטו לעיל. 9. יש להנגיש לציבור טפסי הוראות לאחר המוות באתרים שונים שדי יהא למלא אותם ולחתום דיגיטלית וכן ניתן להוסיף אפשרות דומה לכרטיס אדי. בכל מקרה, אין לדרוש מהציבור לחתום בפני עורך-דין, שכן זוהי פרוצדורה מקשה ומטילה עומס כלכלי מיותר, בייחוד לאור החתימה הדיגיטלית הרווחת ומקובלת כיום באתרי הממשלה.

כל הכללים מתייחסים למקרה שהמנוח מת במפתיע. לעומת-זאת, במידה שלאדם ניתנה שהות לגיבוש רצונו, כגון בעת מודעות למחלה סופנית, נדרש שיתיר הוראות ברורות וחד-משמעיות.

2. בחינת פסיקה מחדש :

לאור תובנות המחקר והתוויותיי אבקש לחזור לפרשות שנדונו בפרק ב. עיון בפרשת פלוני נ' המנוח שדן בהתנגדות האלמנה לבקשת ההורים מגלה שבית המשפט העמיד את משאלת-ההורים במרכז ואף ניסח נכון את השאלה שאילו ידע המנוח את סירוב אשתו היה מכבד את רצון הוריו בהמשכיות משפחתו. נקבע כי בנסיבות היותם חשוכי-ילדים יש משנה תוקף לרצונם בהמשכיות, ויושמו עקרונות החמלה והצדק: הובהר שאין להסתפק בהבעת אמפתיה ונבחננו דרכים מעשיות להקלה על סבלם. אי-לזאת, בצדק ניתן ההיתר להגשמת משאלתם.

ברוח דומה, בית המשפט העליון בהלכת-פלונית שגם עסקה בהתנגדות אלמנה לבקשת ההורים היה מגיע לתוצאה הפוכה לו היה מבין את ערכה המשפטי-הרגשי עבור ההורים, ושואל עצמו ברוח שאלת השופט שילה, מה היה בנס רוצה עבורו ועבורם. ברם, משיקולי טובת-הילד היה מאפשר רק את הולדתו מאמא מוכרת ושלא כתרומת זרע אנונימית שהציעה האמא השכולה, וזאת מהטעמים שנדרשת הוכחה

מפורשת לרצון המנוח לתרום זרעיו בעילום זהותו, וכן היא חורגת מנרטיב משאלת-חיים שבה תומך המאמר, הטווה הולדת צאצא מהבן שיוכל לזהות את אביו כנצרו.¹⁹⁶ בפרשת ע"ש בה שכלו ההורים שני בנים, די היה בבקשת ההורים שהביעו את רצון המנוח בילדים ובתלונתו שלא הפיקו זרע מאחיו בכדי לבסס את הבקשה, ונדרש היה להפעיל שיקולי צדק וחמלה ב"סיפור על אובדן כפול ועל תעצומות נפש הנדרשות כדי להתמודד האובדן...".¹⁹⁷ מאותם טעמים אף בפרשת פלונית, בה נהרג הרווק בתאונה, די היה בבקשת ההורים המגובה באמונתם והוכחתם שרצה מאד לילדים בכדי לתת היתר להורים.¹⁹⁸

3. הצעות החוק

שתי הצעות חוק מוזגו ל"הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר" אשר עברה בקריאה ראשונה בספטמבר 2022, והוגשה מחדש בנוסח דומה במרץ 2023,¹⁹⁹ ולאחר פרוץ 'מלחמת חרבות-ברזל' נדונה באינטנסיביות בוועדת הבריאות לצורך הכנתה לקריאה ראשונה.²⁰⁰ הכלל המוביל את ההסדר הינו רצון-המנוח שהובע במפורש בכתב. חרף מטרתן להיענות לרצון המת, בת-זוגו רשאית להשתמש בזרעו אף במקרה ולא השאיר כל הנחיות.²⁰¹ הורה, לעומת-זאת, יוכל לקבל היתר רק אם המנוח הותיר בחייו הוראות ברורות בכתב שיאומתו בחתימת עורך-דין או לחלופין בשני עדים שאינם הוריו או זוגתו. בפני חיילים מוצע להעמיד מסמך דיגיטלי שיוצג להם עם גיוסם. המסמך יופץ מטעם משרד הבריאות ויידרש לחתימה בפני עורך-דין. רק בתקופת המעבר יתירו את מימוש המשאלה לכל ההורים השכולים הגודשים את יציעי הכנסת בתחינה שצוטטה מפיהם לאורך המאמר, וזאת בתנאי שיעמדו במבחני הפסיקה.

הכשלים בהצעות הללו: 1. קיים חשד שהיקף נרחב מאוכלוסיית ישראל לא ייחשף להפנייה הצבאית, שבכל מקרה אינה מחייבת את המגוייס למלא את הטפסים. 2. ההפנייה מוצעת למתגייס פעם בחייו, בגיל 18. 3. ההנחה שאדם בשגרת-חייו לא מגבש את רצונו באשר לאחר מותו הובעה לאורך כל הדיונים בסוגייה. לא-כל-שכן, סביר להניח שלא יטריח עצמו לעורך-דין או יחתום על מסמך סדור וברור בפני עדים אלא-אם הדבר בוועד בעצמותיו. להשערת, פעולה שכזו, הכרוכה גם בהוצאה כספית תיעשה רק במצב של התנגדות נחרצת למימוש הרעיון מטעם ההורים ו/או זוגתו או לחלופין רצון עז שההמשכיות אכן תוגשם. כתוצאה: במצב רגיל לא תתמלא דרישת הכתב.

ועוד. ההצעה במתכונתה הנוכחי מקבעת רק סוג הוכחה אחד, המכביד כלכלית ופרוצדורלית. כל הוכחה אחרת לא תתקבל. זוהי טעות קשה בעיני. יש לקבל כל רצון

196 הלכת-פלונית, לעיל ה"ש 5.

197 פרשת ע"ש, לעיל ה"ש 12, בפס' 1 לפסק-הדין של השופט הנדל.

198 בע"מ אסף-הרופא, לעיל ה"ש 7.

199 הצעות החוק 2022-2023, לעיל ה"ש 11.

200 שם.

201 שם, בסעיפים 10 ו-8.

של אדם בחייו, המובע בכל אחד מהאמצעים שצינתי. יש לחשוב על אדם בעיצומו של קרב, או נפגע תאונת דרכים, או חבלה, או כל מצב אחר. יש לאפשר לאדם להביע רצון בכל אמצעי שעומד לרשותו.

כמו-כן, במידה שלא הובע כל רצון יש להחיל את ההסדר המוצע, ולפיו, ברירת המחדל הינה לקבל את משאלת-ההורים.

כפועל יוצא מההצעה במתכונתה תישלל מהורים שכולים האפשרות לממש את משאלת-החיים, וחפצו של אדם לממש את משאלת-הוריו לאחר מותו לא יקום. כך יפגעו זכויותיהם וכבודם של ההורים השכולים ושל המת והציבור כאחד. לאור האמור, אני קוראת אל העוסקים במלאכת החיקוק לתקן את המעוות ובהיעדר הוראות מפורשות סותרות, לאפשר גם להורים שכולים לממש את משאלתם. דהיינו, ההיתר להורים אמור להיות ברירת המחדל והנחת היסוד, והיא תיסוג אך במקרה של הוראות ברורות ומפורשות אחרות. כל הוראה ברורה שתירשם או תוקלט בכל אמצעי תהווה הוכחה מספקת. בהתאם אציע להפיץ בציבור בכרטיס אדי תוספת ובה יוכל לסמן אדם את התנגדותו להוליד מזרעו לאחר מותו ולמי מכוונת ההתנגדות. במידה שלא יסמן דבר, ההנחה שהביע את הסכמתו הן כלפי הוריו והן זוגתו. דהיינו, משאלת החיים צריכה להידחק כשיש אינדיקציות ברורות שאדם לא רצה בצאצאים לאחר מותו שיוולדו באופן האמור.²⁰²

סיכום

במאמר זה נבחנו משמעויות משאלת-החיים המובעת מפי הורים שכולים וכן מפי מספר חולים וחולות סופניות. בהתאם למתודולוגית "משפט ורגש" חשפתי את התמות הרוחשות בה בטקסטים השונים, והבהרתי את אופני פעולתם בשדות המשפט. פתחתי בסקירת כשלי חזקת הרצון המשוער והשלכותיה הפוגעניות על ההורים המושלכים כיום מגדרי-הדין, ועמם נפגעים מתיהם ומתינו. הצעתי גישה משפטית חדשה וצודקת יותר עבור הציבור בכללו: לבחון את הסוגיה מנקודת מבט של כבוד החיים, המכירה בכבוד המת, ומיושמת עם ההיתרים שניתנים כיום לבנות-זוג לממש את חפצן.

כעולה ממחקר זה, משאלת-החיים של הורים שכולים הינה נרטיב רגשי-משפטי המאפשר להכהות את יגון סופיות ילדיהם בנחמת הולדה. היא מסמלת את אינסופיות מותם וצופנת את המשכיות חייהם. המשאלה מעוגנת בהיבטים מרובדים של שכול הורי. היא נובעת מאובדנם הנורא ושואבת את משמעותה ותוקפה מהמעמד ומהחשיבות התרבותית-רגשית-משפטית ישראלית המיוחסת לקשרי ההורות, הולדה ומוות. באפיונה זה, ההרשאה למימוש חפצם ההורי להמשכיות, לנצר כזכר והנצחה, ולנחמה עומדת על יסודות משפטיים איתנים עצמאיים: היא תבטא את כבודם החוקתי,

²⁰² מערכת-יחסים עכורה עם ההורים יכולה להיות אינדיקציה ברורה לכך.

פורום עיוני משפט מ"ז | תשפ"ד משאלת-חיים מן המתים : משפט ורגש המשכיות החיים

את זכותם לאוטונומיה אישית ולטוויית סיפור חייהם כתקווה ויתכן שאף את זכותם לעיצוב חיי משפחה ולהמשכיות. כן לפי אותן תפיסות ישמר כבוד-המת עם הגשמת משאלת-חייו להקל על הוריו את מותו ושמירת זכרו באופן שמבטא את הדדיות זכותם לכבוד. הרשאת משאלת האם ו/או האב גם במידה שבת-הזוג או מי מהם יתנגד לכך תעשה חסד וצדק עם הבוחרים בחיים. מערך-האיזונים מציע תקווה לעומת חדלון תוך שטובת הילוד לעתיד תישמר.

ואוסיף : צער הורים שכולים אינסופי. מניעת שמחתם מהולדת תינוק שעצם חייו, חיוכו, ושמחתו יתירו קמעא את פקעת יגונם נדמת לי בלתי-אנושית. לטעמי, זוהי כשלעצמה פגיעה בזכותם לכבוד. ואדגיש, לא בכל הורה משתררת משאלה שכזו. יש המאמינים בסופיות החיים. לאלו שתקוות ההמשכיות פועמת במ צפוי מסע מורכב: אשה שיכניסו לחייהם בכמיהה משותפת עמה שתהפוך לאם נכדיהם, וסמכויותיה כאמא יהיו שלה ואך שלה, ומאבק משפטי, שהינו לפי חזקות הרצון המשוער המוחלות כיום, חסר תוחלת.

בימים קשים אלו שבהם השכול מכה בעם ישראל מכל עבר, אני קוראת לכל העוסקים במלאכה החקיקה והשיפוט ליישם בהקדם ובמהירה את התפיסות המפורטות במאמר ואת התיקונים המוצעים בזאת להצעות החוק משנים 2022-2023 : יש להגשים את הבחירה בחיים כל עוד לא הוכחה התנגדות מפורשת לכך מטעם המנוח. יש לאפשר לממש את תקוות הורים שכולים לזכר מבנם ואף מבתם בתנאים שפרטתי, כאשר הזכות הראשונית למימוש המשאלה תעמוד לבת-הזוג במידה שהיא קיימת.

אבקש לסיים עם מלוא משמעויות משאלת-החיים שהשמיעה אחות בשם אמה השכולה : "יש לכם פה זכות להציל חיים, ככה אני קוראת לזה, כי אותו ילד שיבוא לא יחליף את אבא שלו, הוא לא יהיה מצבה הולכת, גל-עד או מזכרת לאבא שלו, הוא בסך הכל ייתן לנו קצת אור, קצת משהו שאבא שלו השאיר בעולם."²⁰³

²⁰³ פרוטוקול 14.8.2022, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21 (דבריה של בת-אל ויצמן).