



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ש 22045-03-25 היועץ המשפטי לממשלה נ"א. ואח'

לפני

כבוד השופטת, סגנית הנשיאה ורדה פלאוט – אב"ד

כבוד השופט צבי ויצמן

כבוד השופטת צביה גרדשטיין פפקין

המערערת

היועצת המשפטית לממשלה

באמצעות פרקליטות מחוז מרכז (אזרחי) ע"י עו"ד גלי גפן ועו"ד אורי קידר

נגד

המשיבים

1. א.א.

2. מ.א.

3. ס.ב.

שלושתם ע"י עו"ד ניר גשרי ועו"ד נתן דרוקמן

4. מרכז רפואי ע"ש רבין

5. שירותי בריאות כללית

משיבים 4-5 ע"י ב"כ עו"ד ישראל שוייצר

2

3

פסק דין

הש"צ. ויצמן

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

"And when I die
and when I'm gone,
there'll be one child born
and a world to carry on,
to carry on"

(Laura Nyro; And when I die)

האם יש מקום להתיר שימוש בזרעו של קטין לצורך הולדה אחר פטירתו מכוח רצונו המשווער לכך, או שמא אין להתחשב ברצונו בסוגייה נכבדה זו נוכח היותו קטין ?

לכך אנו נדרשים בערעור היועמה"ש על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בפ"ת (כב"ש"ש"ש. ש"י) מיום 23.1.25 (תמ"ש 50359-12-21), במסגרתו התיר בית המשפט לעשות שימוש בזרעו של ר. ח. א. ז"ל, קטין, אשר נפטר בהיותו כבן 17

ושלושה חודשים, בשל מחלה קשה (להלן- המנוח), לצורך הפריית המשיבה 3
(משתי מנות זרע מתוך חמש שנשמרו). עוד נקבע כי ככל שהליך הפרייה עם המשיבה
3 לא יצלח, ייעשה שימוש בשלוש מנות הזרע שנותרו באמצעות אשה אחרת שתבחר
על ידי ההורים, וזאת אחר בית המשפט שוכנע כי זה היה רצונו הברור והמוכח
של המנוח.

המערערת טוענת בערעורה כי אין מקום להרחיב את דוקטרינת "הרצון המשוער"
אף לעניינו של קטין, עוד היא טוענת כי לא היה מקום להורות על היתר ביצוע
ההפרייה על ידי אישה אחרת ככל שיכשל הליך ההפרייה עם המשיבה 3 וזאת מבלי
לבחון את התאמתה של המועמדת להפרייה על ידי בית המשפט בהליך סדור.

מיד יאמר, המשיבים הסכימו לטענת המערערת בכל הקשור לצורך בהליך משפטי
מתאים לבדיקת התאמתה של מועמדת חלופית להפרייה מזרע הקטין, ככל שלא
תצלח הפרייתתה של המשיבה 3. לפיכך ניתן על ידינו, ביום 16.7.25, במעמד הדיון,
פסק דין חלקי המקבל את ערעורה של המערערת בעניין זה ומורה כי בכל מקרה,
ככל שידחה הערעור על פסק דינו של בית משפט קמא בעניין עצם השימוש בזרעו
של המנוח, ידרש הליך לצורך בחינת התאמתה של מועמדת חלופית למשיבה 3
לצורך הפרייה מזרעו (ככל שהליך הפרייתתה לא יצלח).

נותר לברר, אפוא, האם ניתן לעשות שימוש בזרעו של קטין, כבן 17 ושלושה
חודשים, בעת פטירתו, לאחר שהוכח רצונו המשוער בכך, שאלה אשר המחקק טרם
אמר דברו בעניינה ואף בית המשפט העליון טרם הכריע בה.

הנדרש לנדון

1. המשיבים 1-2 הם הוריו של המנוח ר. ח. א. ז"ל, יליד 1.3.04, אשר, כאמור,
הלך לבית עולמו ביום 19.6.21, אחר התמודדות ארוכה עם מחלה קשה, בהיותו
קטין כבן 17 ושלושה חודשים (להלן- ההורים או הורי המנוח). למנוח שתי אחיות
והוא האמצעי ביניהן.

2. במהלך הטיפול במחלתו, בהיותו כבן 16, חתם המנוח על כרטיס שמירת זרע
מבלי שמולא על ידו החלק הייעודי בכרטיס שעניינו בשימוש בזרע לאחר המוות,
המיועד למילוי רק על ידי בגיר על פי ההנחיות הפנימיות של בית החולים.

3. לטענת ההורים, במהלך אשפוזו עמד המנוח על רצונו בהמשכיות ועל כך
שיעשה מאמץ על ידי משפחתו למצוא אם מיועדת לצורך הבאת צאצא מזרעו אחר
פטירתו, יתרה מזו - אף שם מצא המנוח לאותו ילד עתידי - מ". הורי המנוח
מבקשים, אפוא, כי המשיבה 3 (להלן - המשיבה), המוכרת למשפחה ואשר הייתה

מוכרת אף למנוח, תשמש כאם ופונדקאית לילד שינלד, או לחלופין כי יעשה שימוש בזרע המנוח על ידי פונדקאית אחרת שתגדל את הולד שינלד.

נציין כי המשיבה, כבת 43, היא אם לקטין כבן 16, העובדת כמנהלת חשבונות.

4. בתמצית יאמר, כי לטענת המשיבים המנוח היה עלם מחונן, בוגר ונבון מכפי גילו, וככזה היה מודע היטב למצבו הרפואי החמור. הרצון בהמשכיות אחר פטירתו התגבש אצלו באופן ברור במהלך תקופת התמודדותו הארוכה עם מחלתו. במהלך תקופה זו הוא הבהיר למכריו, להוריו, אחותו, ואף לחברו הקרוב, כי הוא מבקש שיעשה שימוש בזרעו המוקפא ככל שילך לבית עולמו. בנסיבות אלו, טוענים המשיבים כי ראוי לקיים רצונו האחרון של המנוח, כרוק שלא הייתה לו בת זוג בעת פטירתו.

המערערת, ב"כ היועמ"ש, מתנגדת למבוקש משני טעמים – האחד, העיקרי שבהם, המנוח היה קטין בעת פטירתו, ואין מקום להרחיב את הנחיות היועמ"ש בעניין שימוש בזרע של נפטר אף ביחס לקטינים. משכך, אין מקום לבירור רצונו המשוער של קטין בהעדר הבגרות הנדרשת לרצון מגובש בסוגיית הורות והמשכיות, מטבעם של דברים. תזכיר חוק בנקי הזרע התשע"ז-2016 (להלן – התזכיר) אינו מאפשר שימוש בזרעו של קטין. כמו כן מהנחיות היועמ"ש משתמע, כי מקום בו לנפטר לא הייתה בת זוג קבועה ומסוימת בחייו, לא ניתן – ככלל – ליחס לו רצון משווער.

והטעם השני – ממנו חזרה בה המערערת במהלך הדיון שנערך לפנינו (ראו דברי ב"כ המערערת בעמ" 2 ש" 2-3 לפרוטוקול מיום 16.7.25) הוא כי לא הוכח רצון משווער של המנוח, וכי הוא לא הותיר הנחיות ברורות ביחס לשימוש בזרעו לאחר מותו, לא פירט כיצד תיבחר האם המיועדת, על אילו ערכים יגדל וכיוצ"ב. כאמור, מטענה זו חזרה בה המערערת בערעור שלפנינו, אחר שהוכח כי זה אכן היה רצונו של המנוח, כפי שיפורט להלן.

5. במסגרת ההליכים שהתקיימו לפני בית משפט קמא, הורה בית המשפט על הגשת תסקיר רשויות הרווחה בעניין "מצבו הרגשי ובגרותו של המנוח בעת חייו, מה אהב לעשות, מה היו תחביביו, האם היה לו קשר זוגי כלשהו, האם היה לו קשר מיוחד לילדים, האם הכיר את התובעת 3 (המשיבה דכאן – צ.ו.)... האם ניתן ללמוד מהסביבה הקרובה שלו אודות רצונו על המשכיותו... האם ניתן ללמוד מאורח חייו, התנהלותו, המחלה עמה התמודד, על יכולתו לקבל החלטה בעניין שימוש בזרעו לאחר מותו". כך נדרשו רשויות הרווחה לבחון את התאמתה של המשיבה לשמש כפונדקאית ואם לילד.

ביום 15.2.23 הוגש תסקיר מטעם רשויות הרווחה ערוך על ידי עו"ס לחוק אימוץ ילדים ועו"ס לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. מסקנות עורכות התסקיר היו כי אין

מניעה להיעתר לבקשת ההורים ולאפשר למשיבה להורות מזרעו של המנוח. כך צוין
בתסקיר ביחס למנוח -

"למרות גילו הצעיר היה לו קו ברור כיצד (הוא) מתכוון
לנהל את חייו ותוכניות לעתיד כיצד יגשים את חלומותיו...
אחד מחלומותיו היה להקים משפחה ולהביא ילדים שבבוא
היום יגדלו לצד ילדיה של ע. אחותו, אליה היה קשור
מאוד... משהחריפה המחלה ההתייחסות למנות הזרע
השתנתה ו[המנוח] החל לדבר בפתיחות על כך שיוולדו לו
חמישה ילדים כנגד חמש מנות הזרע ששאבו לו. עם
התקדמות המחלה [המנוח] ניהל שיחה קרובה עם אחותו ע.
ושיתף אותה בחלום שחלם על הילד הראשון שלו, שיקראו
לו בשם מ" (הדגשה שלי - צ" ו").

פסק דינו של בית משפט קמא

6. בית משפט קמא קיבל את בקשת המשיבים והתיר שימוש בזרעו של המנוח
על אף היותו קטין בעת פטירתו. כך התקבלה בקשת המשיבים כי המשיבה תשמש
כאם ופונדקאית לצורך הפרייה מזרעו של המנוח.

בית המשפט מצא כי אין בגילו של הקטין כדי לחסום ולאין את זכותו ורצונו
להמשכיות אחר פטירתו, וזאת אחר שבית משפט קמא מצא כי בנדון הוכח בבירור
ובאופן שאינו משתמע לשני פנים רצונו של המנוח להמשכיות ללא תנאי. הוכח כי
המנוח היה בוגר מכפי גילו ובעל השקפת עולם ברורה וסדורה בפרט בכל הקשור
לרצונו בהמשכיות כחלק מתכליתו בעולם, וזאת בהיסמך על עדויות אחותו והוריו.
בנדון אין להתעלם מכך שהמנוח היה על סיפה של בגרות משפטית ובהתייחס
לבגרותו הנפשית יש לכבד רצונו אף בסוגיות הורות גורל דוגמת המשכיות ואשר
יעשה בזרעו.

בית המשפט ניתח את החקיקה הרלבנטית בספר החוקים הישראלי ומצא כי ברבות
מהוראות החוק מתאפשרת הקבלה ביחס לקטין מעל לגיל 17 להוראות המיוחסות
לבגירים. כך - חוק גיל הנישואים, תש"י - 1958, מאפשר במקרים כאלה ואחרים
לבית המשפט לחרוג מגיל הנישואין המותר (18) ולהתיר נישואין למי שמלאו לו 16
אחר קבלת תסקיר תומך, ולקטין מגיל 17 ומעלה אף ללא צורך בתסקיר. החוק
מאפשר אף לקטין עצמו להגיש את הבקשה ומכאן שהוא רואה בקטין ככזה בעל
רצון עצמאי באשר לעתידו, רצון הראוי להישמע; [חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005](#) -
מאפשר לקטין להשתתף בקבלת החלטות על הטיפול הרפואי בו
בתנאי שהוא מודע למצבו ושכושרו ובשלוחו השכליים והנפשיים מאפשרים לו
הבנה נאותה של המידע ומשמעותו; חוק השתלת איברים, תשס"ח - 2008 משווה
הסכמה של קטין שמלאו לו 17, לזה של אדם בגיר; [חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א - 1991](#) -
מגביל אפשרות של אחראי על קטין מעל גיל 15 לאשפזו בניגוד לרצונו
בלא אישור בית משפט; [חוק מידע גנטי, תשס"א - 2000](#) דן בשאלת ההסכמה

הנדרשת של קטין מעל גיל 16 לביצוע בדיקה גנטית ועוד. כך עמד בית המשפט על העובדה שאין הגבלת גיל להבאת ילדים לעולם בחקיקה הישראלית, וכי הזכות להורות או הזכות הויתור עליה אינה מוגבלת בגיל בכלל או בגיל בגרות בפרט, ונתונה בידי הקטין באופן בלעדי ללא תלות בהוריו.

בית משפט קמא עמד על כך שהתפתחות עולם הרפואה ואפשרויות הפיריון בצד המציאות הכאוטית בה אנו חיים, בהם חיילים מסכנים חייהם בגיל צעיר ובנסיבות כאלה ואחרות אף חותמים על טופסי שימור זרע קודם יציאה לקרב, יש בה לתמוך בגישה כי אין מקום להצר את גבולות דוקטרינת "הרצון המשוער" אך ורק לבגיר ויש להחילה אף ביחס לקטין – בוגר, דוגמת המנוח.

7. בית המשפט מצא כי הוכח מעבר לכל ספק סביר רצונו המשוער של המנוח כי תהא לו המשכיות אחר פטירתו באופן שאינו מותנה, היינו מכל אישה שתניח את דעת הוריו כמתאימה לשמש כאם ילדיו. הדברים הוכחו מתוך תסקיר רשויות הרווחה והתרשמות אנשי המקצוע משיחה עם בני משפחתו של המנוח. כך עורכות התסקיר התרשמו כי לא רק שהמנוח רצה בהמשכיות ואף דיבר בגלוי עם קרוביו על עניין זה, הוא אף חשש שלא יוכל לממש את חלומו להמשכיות והותיר את האחריות בעניין זה להוריו ולאחותו על מנת שיפעלו להגשמת רצונו. כן התרשם בית משפט קמא מתצהירי ההורים, אחותו ובן דודו של המנוח מהם עלה רצונו הברור בהמשכיות, באמצעות שימוש בזרעו. רצון זה היה ברור וממשי עד כדי ירידה לפרטים, לרבות בחירת שם לבנו - "מ" (אף שכמובן אפשר שתיוולד בת...). מכלל העדויות, נביא, אך כדוגמה, את עדותו הברורה של בן דודו של המנוח -

ש. מתי הוא דיבר על ילדים אחרי המוות שזה מה שהוא תיאר שזה מה שהוא רוצה? באיזה שלב בערך זה היה?
ת: הוא דיבר בתקופה שלוש חודשים אחרי שהוא הקפיד את הזרע וגם חודש לפני שהוא נפטר כשהוא ידע שזה הסוף אז הוא דיבר על זה גם.
ש: אוקי והשיחות שעשיתם לקראת הפטירה שלו זה היה איפה זה היה באיזה סיטואציות? בנושא הזה הכוונה. שיחות שערכתם בנושא של ילדים אחרי המוות.
ת: לרוב הינו עושים הליכות אבל כבר היה לו כאבים אז הגעתי אליו הביתה ואז ירדנו מתחת לבית, ישבנו בחצר, והוא כאילו אמר בפניי שהוא מרגיש שזה הסוף ושהוא רוצה ילד. שהוא רוצה ילד שימשיך אותו".
(הדגשה שלי – צ.ו; פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 22 שורות 18-27)

בית משפט קמא התרשם, אפוא, כי מכלול העדויות מלמד באופן חד משמעי שהמנוח הביע את רצונו, טרם לכתו לבית עולמו, להמשכיות ללא תנאי, ובלשונו – "עדויותיהם של כולם היו אמינות, ואין לו לבית המשפט מאשר לתת אמון בדברי בני משפחתו של [המנוח]". בית המשפט עמד לעניין זה על המלצתה והקפדתה של ועדת מור לפיה בבחינת רצון משוער של רווק - "התבססות על רצון משוער יכולה

1 להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא מובהקת, שוות ערך כמעט
2 להסכמה מפורשת מדעת" ומצא כי בנדון הוכח רצון זה מעל ומעבר.
3

4 8. ביחס לטענת המערערת כי אין למשיבים – הוריו של המנוח והמשיבה, כל
5 מעמד כמבקשים לעשות שימוש בזרעו של המנוח, עמד בית משפט קמא על פסיקה
6 עקבית של בתי המשפט למשפחה ממנה עולה כי הורי מנוח שהיה רווק וללא זוגיות
7 קודם לפטירתו, יכולים לשמש ככאלה המביאים לפני בית המשפט את רצונו של
8 המנוח לצורך מימוש, רוצה לומר ההורים הם בגדר עדים לרצון ולא בעלי זכות
9 עצמאית לשימוש בזרע.
10

11 9. בית המשפט הוסיף והתייחס אל המשיבה כאם המיועדת. בית המשפט דחה
12 את טענת המערערת כי אין לאפשר את השימוש בזרעו של המנוח באמצעות
13 הפרייתו, נוכח עדות המשיבה כי לדעתה "המנוח לא היה רוצה ילדים איתה". בית
14 המשפט הבהיר כי טענה זו היא בבחינת הוצאת הדברים מהקשרם, בין היתר, מאחר
15 שהוכח עובדתית, הן מתסקיר רשויות הרווחה והן מהעדויות שנשמעו, כי המנוח
16 הותיר את הבחירה של זהות האם המיועדת בידי הוריו, בית המשפט קבע כי
17 "במקרה דנן לא יהיה מופרך לומר כי הותרת הבחירה להורים את זהות האם
18 המיועדת, כמוה כבחירת אם מיועדת על ידי [המנוח] עצמו. בחירת האם המיועדת
19 על ידי הוריו של [המנוח] היא מימוש רצונו ועל כן אל לו לבית המשפט להתערב
20 בבחירה זו".
21

22 יצוין ויודגש - המערערת הבהירה בדיון שלפנינו כי אינה מערערת על קביעה
23 זו, הנוגעת לזהות והתאמת האם המיועדת לתפקידה זה.
24

25 10. מכלל האמור אישר בית המשפט להורים לעשות שימוש בזרעו של בנם
26 המנוח, לשם הפריית המשיבה באמצעות שימוש ב- 2 מנות זרע (מתוך 5 מנות),
27 וככל שהפרייתה תיכשל, לעשות שימוש ב- 3 המנות הנותרות לשם הפריית אישה
28 אחרת, על פי בחירתם.

29 תמצית טענות המערערת
30

31 11. שגה בית המשפט ביחסו למנוח, כקטין, רצון בהמשכיות לאחר מותו, וזאת
32 מאחר שלא ניתן לייחס לקטין רצון מסוג זה, בכלל, ורצון בר-תוקף משפטי, בפרט.
33 אין מקום להתיר שימוש בזרע של מי שהיה קטין בעת שנפטר זאת במנותק
34 מהמסקנות באשר לרצונו המשווער. בהעדר חקיקה סדורה אין מקום להרחיב את
35 הנחיות היועמה"ש ולהתיר שימוש בזרע של קטין אחר פטירתו. מתכלית החקיקה
36 לגווניה עולה, כי אין מקום להתיר שימוש בזרע של קטין על אף רצונו המשווער.
37

1 כאמור – המערערת חזרה בה מטענותיה להעדר הוכחת רצונו המשווער של הקטין,
2 וערעורה מתייחס אך ורק באשר לחובה להידרש או להתחשב ברצון זה, נוכח
3 קטינותו של המנוח. היינו, ערעורה מתייחס לסוגיה המשפטית, ואין מחלוקת באשר
4 לקביעות העובדתיות המלמדות על רצונו של המנוח קודם פטירתו. כך גם, כאמור,
5 חזרה בה המערערת מכל טענה הנוגעת לעצם התאמתה של המשיבה לשמש כאם
6 המיועדת להפריה, ככל שימצא בית המשפט להתיר השימוש בזרעו של המנוח (ראו
7 דברי ב"כ המערערת, עמ" 2 ש" 4-5 לפר" מיום 16.7.25).

9 12. שגה בית משפט קמא בקובעו כי ככל שהפריית המשיבה תיכשל רשאים
10 ההורים לבחור באישה מיועדת אחרת תחתיה. לדידה של המערערת, חלף פסק דינו של
11 בית משפט קמא, יש לקבוע כי ככל שתבחר אישה אחרת יש להגיש הליך נפרד וחדש
12 לצורך בחינת כשירותה לדבר לשמש כאם מיועדת לאחר קבלת תסקיר רשויות הרווחה.
13 כאמור בפתיח, לעניין זה התקבל ערעורה של המערערת בהסכמה.

14 ****

15 שימוש בזרע נפטר קיצורו של דין

16
17
18
19
20
21 13. כידוע, החוק הישראלי שותק בכל הקשור לסוגיית השימוש בזרעו של מת לצרכי
22 הפרייה. ויוער - שתיקה זו נזקה בצידה, שכן המציאות דוחקת ומשוועת להכרעות
23 המחוקק בעניינים רבים העולים מתוך סוגיה זו – כולם הוכרעו עד כה על ידי בתי המשפט
24 בנסיבות פרטניות, ולא כך הוא טבע הדברים. טבעם של דברים : המחוקק - מחוקק
25 והשופט - מכריע בין בעלי דין על בסיס הוראות החוק, אלא שכאן מתבקש השופט לעטות
26 את חליפת המחוקק על גלימתו שלו. אכן, בראשית המאה הנוכחית ניתן היה לתלות את
27 שתיקתו של המחוקק בכך שאין פעולתו הדורשת הקפדה, זהירות והתחשבות במכלול רב
28 של שיקולים נוכח השלכות קביעותיו על החברה כולה לגווניה, מצליחה להקדים את
29 ההתפתחות המהירה של מדע הרפואה בכל הקשור לאפשרויות ההפרייה כמו גם השינויים
30 המהירים העוברים על החברה הישראלית בכל הקשור לתפיסת מבנה ה"תא המשפחתי".
31 מתוך שכך אף ציין היועמ"ש בפרק המבוא להנחיותיו בעניין הוצאת זרע מנפטר משנת
32 2003 את הדברים הבאים –

33 "בקשות להוצאת זרע מנפטר והשימוש בזרעו לאחר מותו
34 מעוררות שאלות מורכבות מתחומים שונים: משפט, רפואה,
35 פילוסופיה, דת, כבוד האדם וכבוד המת, המשכיות ומשפחה.
36 מטבע הדברים ההכרעה בשאלות אלה מושפעת מערכים, רגשות
37 ואמות מידה מוסריות, ולכן ההתייחסות לסוגיה עשויה
38 להשתנות ממקרה למקרה ומאדם לאדם" (מתוך פרק המבוא
39 להנחית היועמ"ש מס" 1.2202 מיום 27.10.03 בעניין "נטילת זרע
40 לאחר המוות והשימוש בו")

אלא שמאז שנכתבו הדברים וניתנו הנחיותיו של היועמ"ש חלפו ועברו למעלה מעשרים שנה, ניתנו עשרות פסקי דין על ידי בתי המשפט בערכאות השונות בסוגית שימוש בזרעו של נפטר ובביצית של נפטרת בנסיבות שונות ומגוונות, ועדיין המחוקק מתמיד בשתיקתו. ודוק, אין אנו באים לומר חלילה כי עסקינן בחוסר רצון לעסוק בסוגיה ובהתעלמות ממנה, שכן בשנים האחרונות הועלו הצעות חוק רבות בסוגיית השימוש בזרע של נפטר לצרכי הולדה, כאשר אף עניינו של קטין אינו נפקד מהצעות אלו, אך בסופו של יום הצעות רבות נערמות וחוק – אין, והאזרח הוא אינו יכול להמתין עד אין קץ לפעולת המחוקק. מזכירים הדברים את בכייתו של הסופר ש"י עגנון על אותם חכמי הלכה המתפלפלים בעניינה של עגונה זה פותר לכאן וזה פותר לכאן, ומעת שמתארך הפלפול והדיון בדבר ההלכה נותרת העגונה בעגינותה, ובלשון הזהב של עגנון –

"..שלח לנו הרב שלא נתאבל על המת ושלא אומר קדיש עד שיבררו בעדות גמורה אותו הרוג מי הוא...נשתיירה אמי אלמנה ולא אלמנה בלבד אלא עגונה שוממה...בראד היא עיר של חכמים וסופרים, היו מריצין שאלות ותשובות והעלו היתר עגונה, אלא שלא בא אותו היתר אלא להגדיל תורה ולהאדירה, שבינתיים חלתה אמי מיגון לב ומכאובים" (ש"י עגנון, הכנסת כלה עמ"י יז)

דומה כי אף בנדון נדרש בית המשפט להקדים מלאכתו של המחוקק ודומה כי יש להצטער על כך, כשם שיש להצטער על התנהלותה של היועמ"ש שלא שמעה להצעתנו, שעיקרה - נוכח נסיבותיו המיוחדות של הנדון ראוי לחזור מהערעור, תוך שיצוין ויודגש ברחל בתך הקטנה כי לא יהא בכך לקבוע הלכה בסוגיה, אלא אך ורק כהיתר חריג למקרה הנדון עד שישלים המחוקק פעולתו ותחיקתו.

14. ואחר אלו, ומעת שלא באו הצדדים לכלל הסכמה, נדרשים אנו להכריע בדבר ואין אנו יכולים להורות לבעלי הדין המתינו עד שיסיים המחוקק פעולתו.

אין לכחד השימוש בזרעו של אדם שלא בדרך הטבעית אחר פטירתו מעלה שאלות מוסריות, אתיות, דתיות וחברתיות שאינן קלות כלל ועיקר מתוך שכך מרובה בעניין זה הכתיבה המתחבטת של מלומדי המשפט, האתיקה והסוציולוגיה (וראו, כדוגמה - י. מרגלית, עשיית שימוש בזרע של נפטר – בין הגשמת חלום לחלום בלהות, רשות הרבים כתב העת של הפורום הישראלי למשפט וחירות; י. מרגלית, עלייתו, שחיקתו ועלייתו המחודשת של רצונו המשווער של הנפטר לעשיית שימוש בזרעו לאחר מותו, מאזני משפט יג 89 (2020); י. מרגלית, מת ל(ה)חיות - על הגבולות הנורמטיביים הרצויים של עשיית שימוש ברצון הנפטר להולדת ילדים לאחר מותו, משפט ועסקים כד 223 (2021); צבי טריגר ויעל השילוני דולב, הולדה מזרעו של מת בישראל: הברית בין משפחתיות, פרו-נטליזם, שכול, מיליטריזם ופטריארכיה, סוציולוגיה ישראלית, כה(1) 5 (2024); רות לנדאו, יתמות מתוכננת, דילמות באתיקה רפואית 203 (2002);

1 אסא כשר, יתמות מתוכננת התמונה המאוזנת, דילמות באתיקה רפואית 2221 (2002)
2 ועוד רבים אחרים, חלקם יובאו בהמשך הדברים).

3
4 ואף בפן ההלכתי רבו המחלוקות וההתייחסויות לסוגיה וראו, כדוגמה - הרב שאול
5 ישראלי, אבהות בהזרעה שלא כדרכה, תורה שבעל פה ל"ג, מא, מד-מו (1992); מרדכי
6 הלפרין, הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים, דילמות באתיקה
7 רפואית 161,167 (2002); מיכאל קוריןאלדי, דיני אישים, משפחה וירושה בין דת
8 למדינה: מגמות חדשות 81-82 (2004); יצחק שילת, שכפול גנטי לאור ההלכה, תחומין
9 יח 137,141, יעקב אריאל, הפריה לאחר המוות – היבטים משפטיים והלכתיים,
10 הרפואה 139, 331 (תשס"א), כאשר בין הסוגיות שהועלו על ידי פוסקי ההלכה היו שאלת
11 עצם יחוסו של הנולד מהפרייה מלאכותית לאביו (אציין, כדוגמה, כי לגישת הרב שאול
12 ישראלי - "ברור שוולד שנולד מזרע מוקפא אחרי מות בעל הזרע, אין לו שום יחס קרבה
13 למשפחת האיש שממנו בא הזרע המוקפא" – חוות בנימין, חלק ג, ק"ז) חששות לממזור,
14 חשש לפגיעה בטובת הקטין שיגדל ללא אביו הגנטי ועוד. ביטוי מאלף לוויכוח בעניין זה
15 ניתן למצוא בדבריהם של שניים מחשובי הפוסקים בדור האחרון, הרב שלמה זלמן
16 אויערבך, וחתנו, הרב זלמן נחמיה גולדברג. הרב זלמן נחמיה גולדברג נשאל על עמדתה
17 של ההלכה בעניין שאיבת זרע מן החי לשם שימורו, כאשר קיים חשש שבשל טיפולים
18 כימותרפיים איכות הזרע תיפגע. לאחר שלא מצא טעם הלכתי לאסור את הדבר, השיב
19 ש"על פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור, וללא סיבה כזו, המצב הטבעי הוא היתר" (ראו -
20 הרב זלמן נחמיה גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק
21 ונטילת זרע מן המת" אסיא כרך יז, חוברות א-ב, עמ' 45-47), מנגד, חותנו, הרב שלמה
22 זלמן אויערבך, צוטט כמי הרואה את צדו האחר של המטבע - ש"לא כך השקפתה של
23 תורה" ועצם ההימנעות ממתן היתר מפורש מלמד על האיסור (הרב ד"ר מרדכי הלפרין,
24 "קווים אחדים לדרכו של הג"ר שלמה זלמן אויערבך זצ"ל בהלכות רפואה ופיקוח
25 נפש" ספר אסיא ט', 195, 228).

26
27 מכל מקום, ובהינתן הסוגיות הנזכרות, החקיקה הסובבת את עניין ההפריה המלאכותית
28 בכללותה, נעשתה במתינות, צעד אחר צעד, ומתוך משנה זהירות, נוכח השלכותיה
29 הרחבות על ענינו של הציבור, ויפים לעניין זה דבריו הידועים של כב"ש" מ. חשין
30 בעניין בג"ץ 2458-01 משפחה חדשה נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים
31 משרד הבריאות (2002) -

32 "אכן, כך הוא במקום שהאדם שולח ידו ומנסה לשנות מסדרי
33 בראשית בחיי האדם... יתר-על-כן, דרך הטבע היא שבהיכנסנו למים
34 שאין אנו יודעים מה עומקם ואילו חיות-מים שורצות בהם, נטבול
35 גופנו במים זהיר-זהיר"

36 15. עם כל זה נמצא כי לא אחת החקיקה והפסיקה הישראלית הקדימו במרוצתן
37 ובפתיחותן את מדינות המערב. כך החלה להתהוות במהלך השנים בישראל חקיקה
38 הנוגעת להסדרת הליך ההפריה המלאכותית ותרומת זרע (תקנות בריאות העם (הפריה

1 [חוץ גופית\) תשמ"ז – 1987; תקנות בריאות העם \(בנק הזרע\) תשל"ט – 1979](#), הוראות
2 הנוגעות לתרומת ביציות ([חוק תרומת ביציות, תש"ע – 2010](#)) והוראות הנוגעות להליך
3 הפונדקאות ([חוק הסכמים לנשיאת עוברים \(אישור הסכם ומעמד הילוד\) תשנ"ו -](#)
4 1996; להלן – חוק הפונדקאות). כך נמצא כי מדינת ישראל הייתה המדינה הראשונה
5 בעולם המערבי שהתירה והסדירה את הפונדקאות בחוק (וראו, כדוגמה, הכרזתו הנרגשת
6 של כב"ש יהושע גייפמן עת באה לפניו התביעה הראשונה בארץ העוסקת בחוק
7 הפונדקאות - תמ"ש (תל אביב) 4570/98 - פלונית ואח"נ" היועץ המשפטי (1998)).
8 [בבע"מ 7141/15](#) פלונית נ" פלונית (22.12.2016) (להלן: [בע"מ 7141/15](#)) הוסיף כב"
9 הנשיא הש"י. עמית והביא שפע של דוגמאות הנוגעות לתחום ההפריה המלאכותית
10 והפונדקאות להן היו בתי המשפט בישראל הראשונים בעולם להיזקק ולדון ובכללן
11 סוגיית השימוש בזרע מן הנפטר –

12 "בעניין נחמני (דנ"א [2401/95](#) נחמני נ. נחמני פ"ד נ (4) 661 (1996))
13 התעוררה לראשונה בעולם השאלה מה דינן של ביציות מופרות
14 כאשר מול רצון האישה ניצב רצון הגבר שלא להיות אב בעל כורחו.
15 בעניין פלונית (בג"ץ [4077/12](#) פלונית נ" משרד הבריאות (5.2.2013)
16 (להלן: עניין פלונית) התעוררה לראשונה בעולם השאלה מה דינן
17 כאשר מול רצונו של תורם זרע לחזור בו מהתרומה, ניצב אינטרס
18 האישה לעשות שימוש בזרע, שבו כבר עשתה שימוש בעבר, כדי
19 שילדיה יהיו כולם מאותו אב. בפרשה דכאן, נדונה לראשונה בעולם
20 השאלה מה דינן של מנות זרע שנשאבו מאדם מת, כאשר מול רצון
21 הוריו לעשות שימוש בזרעו ניצב רצון האלמנה שלא ייעשה שימוש
22 בזרעו. ישראל היא מדינה קטנה, חצי סיכה על מפת העולם, וקשה
23 שלא לתמוה על "הזכות" שנפלה בחלקנו להיות החלוצים
24 הראשונים המתמודדים עם שאלות אלה, ובכך להקדים את שאר
25 העולם בחצי צעד..."

27 דומה כי מדינת ישראל אף מתייחדת בפתיחות היחסית, ביחס למדינות מערביות אחרות,
28 בכל הקשור לשימוש בזרע של מת אחר פטירתו לצרכי הולדה, אמנם בבלגיה ובארצות
29 הברית, קיומו של הליך ההפריה לאחר המוות מותר, גם ללא הסכמת הנפטר מראש,
30 עניין מרחיק לכת ביחס לפסיקה בארץ. כאשר באנגליה קיומו של ההליך מותנה בהסכמת
31 הנפטר. אך בצרפת, שבדיה, קנדה, גרמניה, הונגריה, סלובניה ובחלק ממדינות
32 אוסטרליה, קיומו של ההליך אסור על פי חוק, ובצ"כיה מותנה קיומו של ההליך בצו
33 של בית משפט, העומד בהוראות החוקה (ראו את שלל המקורות אצל אילנה אלטמן
34 דורון, שאלת ההזרעה המלאכותית בספרות השו"ת חיבור לשם קבלת תואר דוקטור
35 לפילוסופיה, מדעי היהדות, הפקולטה לפילוסופיה, הוגש לסנט של אוניברסיטת
36 פוטסדם, גרמניה, אפריל, 2016 עמ" 223 והובא גם בחוות דעתו של עו"ד ירון אונגר
37 לבקשת ועדת החקיקה של הכנסת, הפרייה לאחר המוות לפי המשפט העברי, עמ"
38 4, ה"ק 6, פורסם באתר הכנסת).

40 16. אלא שעתה באנו לשאלה ייחודית לה אנו נדרשים אשר, כאמור, טרם הוכרעה עד
41 כה בערכאת העליון והיא – האם ניתן להתחשב ברצונו המשווער של קטין להמשכיות

1 אחר פטירתו. כפי שציננה כב"ש" וילנר בעניין [בע"מ 2224/23](#) פלונית נ. המרכז
2 הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי איכילוב (2024) -

3
4 "שאלת נפקותה המשפטית של הסכמת קטין בנוגע לשימוש בזרעו
5 לשם הולדת ילדים לאחר מותו - שאלה עקרונית, מורכבת ונכבדה
6 היא, אשר טרם הוכרעה בבית משפט זה. אולם, ענייננו אינו מהווה
7 האכסניה הראויה לבירור שאלה זו"
8

9 באותו עניין לא נדרש בית המשפט להכרעה בסוגיה הנדונה כיוון שקיבל את קביעת
10 הערכאות דלמטה כי כלל לא הוכח רצונו של הקטין בהמשכיות אחר מותו.

11 נמצא ששוב באים אנו למקרה בו, כלשונו של כב"ש" י. זמיר בפרשת נחמני, מוצא
12 עצמו היושב בדיון עת "הדין והצדק מתרוצצים בקרבנו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול
13 להביא אותם זה אל זה" בעניין שכזה תורתנו תורה אחת היא - "חלילה לשופט לעבור
14 בקפיצה מהעובדות אל הצדק, כאילו אין דין חוצץ ביניהם. כבודו של הצדק במקומו
15 מונח. אך הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין" (דנ"א [2401/95](#) נחמני נ. נחמני
16 (1996)). כשזו חובתנו נבוא ונבחן הסוגיה הנדונה בזהירות הנדרשת כאילו "חרב היא בין
17 ירכותינו" (ע"פ סנהדרין ז, א).
18
19

20 רצון המנוח והשלכות רצונו על השימוש בזרעו

21 17. את שנחסר בהוראות החוק באשר לשימוש בזרעו של נפטר ביקשו להשלים
22 הנחיות היועמ"ש ולאחריהן באו אף חוזרי משרד הבריאות והמלצות ועדת מור יוסף,
23 שהוקמה לצורך בחינת העניין, כפי שנפרט בתמצית להלן.
24

25 בשל הלקונה בחוק, קבע היועץ המשפטי לממשלה ביום 27.10.03 הנחיות שתשקפנה את
26 עמדת המדינה בעניין "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" (הנחיית היועץ המשפטי
27 לממשלה 1.2202 (2003) (להלן - הנחיות היועמ"ש)). הנחיית היועמ"ש מבוססת בעיקרה
28 על שני יסודות - "האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות
29 האדם על גופו; והשני, רצונה של בת-זוגו של הנפטר בהמשכיות שאיפתם המשותפת,
30 שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם" (פסקה 9 להנחיית היועמ"ש).
31

32 לגישת היועמ"ש, אשר קיבלה ביטוי בהנחיות, תפיסת הרצון המשוער של הנפטר
33 מבוססת על מציאות החיים לפיה אדם מן השורה אומנם אינו נדרש בחייו לשאלת
34 השימוש בזרעו לאחר מותו, אך קיימת הנחה כי הוא מעוניין בדרך כלל בהמשכיות
35 ובהקמת זרע גם לאחר מותו, במיוחד כאשר בת זוגו רוצה בכך, ובלשון סע" 6 להנחיות
36 היועמ"ש -
37

38 "הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על ידי הותרת צאצאים
39 הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה
40 ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה... יוזכר כי גם מצוות פרו
41 ורבו היא הראשונה במצוות התורה".
42

"ככל שאין עולה אחרת מנסיבות העניין, ההנחה היא שבת הזוג היא המייצגת הנאמנה ביותר של רצון בן זוגה המת, שכן היא הייתה האדם הקרוב אליו ביותר ושותפתו הטבעית לעניין הנדון, ועל כן הריהי האדם המתאים ביותר לייצג את עמדתו של הנפטר באשר לעמדתו ורצונו בצאצאים בכלל, ולשימוש בזרעו לאחר מותו בפרט".

"מקום שלנפטר לא הייתה בת זוג קבועה ומסוימת בחייו, לא נית
יהיה- ככלל- לייחס רצון משוער לנפטר להביא צאצא לעולם מזרעו
לאחר מותו. רצון לצאצא כרוך, מטבע הדברים, בבת זוג למעשה
יצירה זה. בהיעדר בת זוג כאמור אין מקום להיענות לבקשה, וזאת
בשל צירוף של היעדר אפשרות ייחוס רצון משוער או קונקרטי
לנפטר והיעדר אינטרס ציבורי להתיר שימוש בזרע לאחר המוות
כאשר אין בת הזוג מבקשת לממש את ההורות מבן זוגה שנפטר"

18. אלא שכאן יש לזכור, כי להנחיות היועמה"ש אין תוקף מחייב והן משקפות למעשה את עמדת היועמה"ש בלבד, ככאלו הן מחייבות את הרשות המבצעת אך נתונות לביקורת בית המשפט (ראו לעניין זה – בג"ץ 35/85, סיעת "כך" נ. יושב ראש הכנסת (1985); בג"ץ 1635/90 ז'רדז' בסקי נ' ראש הממשלה (1990); ד"ר זאב סגל, דמוקרטיה ישראלית, התשמ"ח, עמ' 164 ואילך), בד-בבד, ניתן להיעזר בהנחיות כאמת מידה מנחה וכך נהגו לא אחת בתי המשפט (עוד לעניין מעמדן של [הנחיות היועץ המשפטי לממשלה](#) ראו- [בג"ץ 4445/02](#) מור נ' ראש עיריית הרצליה, (2002); בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים (2007), פסקה ה" לפסק-הדין והאסמכתאות שם).

דטה חוק ומשפט - www.lawdata.co.il

של הנפטר בילדים אחר מותו. ראו בה"פ 1922/96 פלונית נ' שירותים רפואיים
בינלאומיים (1996):

"ניתן ללמוד מעצם מתן הזרע על ידי המנוח, שעה שלקה במחלה
קשה. גם אם קיווה כי השימוש בזרע, לצורך הפריה יעשה בחייו,
הרי במחלתו, יש להניח כי ראה לנגד עיניו את האפשרות כי הזרע
המוקפא ישמש להפריה, כאשר הוא עצמו לא יהיה בין החיים. מאוד
ייתכן כי דווקא שאיפה זו, של הותרת בן אחריו, שהיא שאיפה
טבעית נחלת רבים, היא היא שהניעה אותו לעסוק במתן הזרע, על
אף חוליו. בנסיבות העניין, די בהסכמה משמעותית זאת כדי לראות
את המנוח כמי שהסכים לשימוש בזרע על ידי המבקשת"

למסקנה דומה הגיע בית המשפט בעניין תמ"ש (קריות) 13530/08 משפחה חדשה נ. מרכז
רפואי רמב"ם (2009) -

"עומדת לנגד עיני העובדה כי ע" הפקיד בחייו, בהיותו מודע ובעל
רצון חופשי את זרעו בבנק הזרע בכדי שיוכל להעמיד צאצאים
בעתיד, תוך שהוא מתייחס לאירוע זה באומרו: " הושטתי להורים
שלי את הנכדים שלהם בתוך כוסית פלסטיק" ... אך סביר כי לנגד
עיניו עמדה גם האפשרות כי לא יחלים ממחלתו"

19. למעשה גם היועהמ"ש עצמו נתן לא פעם בעבר את הסכמתו, או למצער לא הביע
התנגדותו, לשימוש בזרעו של נפטר אשר נפטר ברוקו. כך בבג"ץ 2254/02 פלונית נ'
מדינת ישראל (2002) הגיעה המדינה להסכמה עם אמו של חייל שנהרג בפעילות מבצעית
(מבלי שהייתה לו בת זוג קבועה), לפיה תתאפשר שאיבת זרע מגופתו והוא יישמר.
בתמ"ש 14217-06-14 (תל אביב) משפחה חדשה נ' בית החולים הדסה עין כרם (2015)
ותמ"ש 28130-07-14 (ירושלים) מ.פ. נ' משרד הבריאות (2014) אשר עסקו בעניינו של
חולה סרטן שנפטר בלא שהייתה לו בת זוג, הותיר היועץ המשפטי לממשלה את ההכרעה
בדבר השימוש בזרעו של הנפטר לשיקול דעת בית המשפט, אשר נעתר למבוקש במקרים
הנזכרים.

בתמ"ש (ק"ש) 12977-01-14 פלונית נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (6.1.2015)
התנגד, אומנם, היועץ המשפטי לממשלה לבקשת אִם המנוח, שזרעו נשאב לבקשתה
לאחר מותו במהלך השירות הצבאי, לעשות שימוש בזרעו באמצעות אישה שלא הכיר
בחייו, אולם בית המשפט דחה את התנגדות היועץ המשפטי לממשלה לאחר ששוכנע מן
הראיות שהוצגו בפניו כי המנוח ביקש להביא צאצאים לעולם וכי בקשת אמו והסכמת
האם המיועדת עולים בקנה אחד עם רצונו המשוער. פסק דין זה הפך חלוט לאחר שהיועץ
המשפטי לממשלה בחר שלא לערער עליו.

דומה כי פסק הדין המרחיק לכת ביותר בכל הקשור להערכת רצונו המשוער של נפטר
ניתן בתמ"ש (ירושלים) 27169-11-13 פלונית נ' פלונית (2016), שם הגישו הוריו של
אדם שנהרג בתאונת דרכים בעודו נשוי לבת זוג, בקשה להפרות בזרעו אישה אחרת.
באותו מקרה הודיעה האלמנה כי אין בכוונתה לעשות שימוש בזרע שניטל מן המנוח

והותירה את ההכרעה בבקשת ההורים לשיקול דעתו של בית המשפט, אך העידה כי לדעתה רצונו המפורש של בעלה המנוח היה שלא להביא ילדים לעולם אלא עמה. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לבקשת ההורים וטען כי יש לדחות את בקשתם. בפסק דינו קיבל בית המשפט לענייני משפחה בירושלים את בקשת ההורים ובדחתו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה קבע כי שוכנע מן הראיות שהיו לפניו כי אילו "יכול היה המנוח לדעת את דבר מותו הקרוב ואת אי הסכמתה של אשתו – אלמנתו להרות מזרעו, היה הוא מכבד את רצון הוריו בהמשכיות משפחתו". פסק דין זה הפך אף הוא חלוט משלא הוגש עליו ערעור. אף שדומה כי קביעה זו שונתה בפסק דינו המנחה של בית המשפט העליון בעניין [בע"מ 7141/15](#) בעניינו נרחיב בהמשך הדברים.

20. מכל מקום, הנחיית היועמ"ש בגרסתה המצומצמת - היינו זו המתירה שימוש בזרעו של מת להפריית אלמנתו או בת זוגו ע"פ רצונה, אומצה על ידי הוועדה הציבורית בראשות פרופסור שלמה מור יוסף לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל (להלן: ועדת מור יוסף או הוועדה), אשר דנה בסוגיות שונות הנוגעות לפיריון והולדה שאינן מוסדרות בחקיקה, ובכללן: תרומת חומר גנטי, פונדקאות, קביעת הורות וכן שימוש בחומר גנטי לאחר המוות. במסקנותיה, אשר פורסמו בחודש מאי 2012, אימצה הוועדה את הנחיית היועץ בנושא שימוש בחומר גנטי לאחר המוות וציינה-

"על אף הספקות, יש יסוד לייחס לאדם שיש לו בת זוג קבועה (נשואה או ידועה בציבור) רצון להביא איתה ילד לעולם, אם היא תחפוץ בכך, גם לאחר מותו. עם זאת, אין להרחיב אפשרות זו, שהיא חריג לעקרון ההסכמה מדעת להולדה, מעבר לגבולות הצרים שהותוו בהנחיית היועץ, לפיהם הותר שימוש בזרע רק להפרייתו של בת הזוג ולבקשתה. התבססות על רצון משוער יכולה להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא מובהקת, שוות ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת" (הדגשה שלי – צ"ו; עמ" 44 לדו"ח הוועדה מחודש מאי 2012).

הוועדה הוסיפה והמליצה במפורש כי אין "להפקיד בידי הורי הנפטר, אחיו או ילדיו את הזכות להחליט בדבר השימוש בזרע" ואילו חבר הוועדה, פרופסור אסא כשר, סבר בדעת מיעוט כי אין לאמץ את הנחיית היועץ המשפטי במקרה שבו לא הייתה לנפטר בת זוג והוא הלך לעולמו מבלי להותיר צאצאים.

21. דומה כי ההתפתחות הבאה הייתה בהנחת תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016 שגיבש משרד הבריאות, לפני הכנסת (להלן – התזכיר). התזכיר נועד להסדיר באופן מקיף את כלל הפעילות של בנקי הזרע בישראל. הוא כולל פרק הנוגע ל"הקפאת זרע לשימוש עתידי" (פרק ט" לתזכיר) וכן יוחד בו פרק ל"נטילה ושימוש בזרע נפטר" (פרק י" לתזכיר), המאמץ בעיקרו את המלצותיה של ועדת מור יוסף. תמציתן של הוראות התזכיר היא כי בהיעדר הוראות בכתב שהותיר הנפטר "אשתו או בת זוגו הקבועה בלבד רשאית להרות מזרע הנפטר או להפרות את ביציותיה בזרעו בהתאם להוראות סעיף 67(1)" (סעיף 70(2) לתזכיר). עוד נקבע בתזכיר כי "לקרובי הנפטר, זולת אשתו או בת זוגו הקבועה, לא יהיה כל מעמד לעניין שאיבת זרעו או שימוש בזרעו, אלא אם הנפטר

לא היה נשוי או לא הייתה לנפטר בת זוג קבועה בעת פטירתו ורק אם הוא הורה על כך
בכתב, כאמור בסעיף 67(ב) (סעיף 74 לתזכיר).

אלא שגם כאן חלפו השנים ותזכיר החוק לא הפך לדבר חקיקה חתום וגמור.

22. כאמור, ביום 22.12.16 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבע"מ 7141/15.
באותו ענין דן בית המשפט "לראשונה בעולם" (כלשונו של הנשיא כב"ש" עמית)
במחלוקת שנפלה בין הוריו של מנוח לאלמנתו באשר לשימוש בזרעו, כאשר ההורים
ביקשו לעשות שימוש בזרעו של בנם המנוח לצורך הפריית אם נושאת למרות התנגדות
אלמנת המנוח, אשר ביקשה שלא לעשות שימוש בזרע להפרייתה שלה. שם מצא בית
המשפט העליון למתן את פסיקתם של בתי המשפט לענייני משפחה, אשר על דרך הכלל
נענו באופן רחב לבקשות הורי נפטר לעשיית שימוש בזרעו. בית המשפט העליון קבע,
ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של כב"ש" חנן מלצר, כי אין להרחיב את ההיתר
לעשיית שימוש בזרעו של נפטר הרבה מעבר לזה אשר נקבע בהנחיות היועמ"ש
והמלצות ועדת מור יוסף וכי יש לצמצם השימוש בזרע אך ורק במקום בו הוכח רצונו
המשוער של הנפטר להמשכיות וזאת ע"פ בקשת בת זוגו ורק לצורך הפרייתה שלה. בית
המשפט נתן דעתו לכך שהנחיות היועמ"ש פרצו לאורך השנים דרך "לא סלולה", אשר
כמעט שלא ניתן למצוא לה אח ורע בעולם, ראה לדבר שמדינות רבות במערב, דוגמת
גרמניה, צרפת, קנדה ושבדיה אוסרות קטגורית על נטילה ושימוש בתאי רבייה לאחר
המוות, מתוך שכן סבר כי ראוי לשמור על הגדרים שנגדרו באותן הנחיות ולא לפרוץ
אותן לחלוטין. בית המשפט הוסיף וקבע ברוב דעות כי מקום שבו נפטר אדם שהייתה לו
בת זוג קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו
לעניין נטילת זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, קמה חזקה הניתנת לסתירה באשר
לקיומו של "רצון משוער" של הנפטר להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו.
לכן, ככלל, תהא בת הזוג, ולא איש מלבדה, אף לא הורי הנפטר, רשאית לעשות שימוש
בזרע לצורך הפרייתה היא. בד-בבד – ובכל הנוגע לנדרש לענייננו בבע"מ 7141/15 לא
שלל בית המשפט העליון שימוש בזרע של נפטר רווק או חסר בת זוג בעת פטירתו ככל
שהוכח רצונו המשוער בהמשכיות אחר פטירתו. ובלשונה של כב"ש הנשיאה הש"א. חיות

"כפי שצוין, ייתכנו מצבים חריגים ונדירים שבהם מן הראוי
לאפשר להורים לסתור את ההנחה שבבסיס הנחיית היועץ.
אפשרות זו קיימת לא רק כאשר הם מבקשים להתנגד לבקשת
בת הזוג לעשות שימוש בזרעו של הנפטר, במקרים דוגמת אלה
הנזכרים לעיל, אלא גם כאשר ההורים מבקשים להוכיח כי רצונו
המשוער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו לא התמצה
בהבאת ילדים רק עם מי שהייתה בת זוגו בעת פטירתו"

נעיר כי גישתה זו של כב"ש הש"א. חיות, אשר נראה כי היא מהווה את דעת הרוב בהלכה
זו, שמה בחזית את רצונו של המנוח ולא דווקא את רצון שאריו וקרוביו. עמדה זו
זכתה לביקורת מצד מלומדים שונים הסבורים כי רצון המת, כשלעצמו, אינו מהווה
הצדקה מספקת ליצירת נתיב רבייתי המאפשר לאדם להפוך לאב גנטי לאחר מותו.

פרשנות ראויה של הזכות להורות (והמשגות קרובות אחרות של אינטרס המת בהקשר זה, כגון המשכיות) דורשת קבלת אחריות הורית ומעורבות פעילה בחיי הצאצאים העתידיים כתנאי להכרה בה, כזו שהמת אינו יכול ליטול על עצמו. לפי גישה זו ההצדקה לפרקטיקה תימצא דווקא בקרב החיים, ובייחוד בזכותה של בת הזוג של המנוח ושל אישה זרה לו המבקשת להורות (ראו, כדוגמה, במאמרים שאוזכרו מעלה – לדוגמה במאמרם של י. השילוני-דולב וצ. טריגר; ראו גם במאמרם של נ. יעקובי גן-אור וש. ליפשיץ, על החיים ועל המ(ו)ות: לקראת מודל חדש להסדרת שימוש בזרע המת לשם הולדה, עיוני משפט מז 2024, 595-666; צ. טריגר "מותו של זה הוא חייו של זה": הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית-היהודית, תיאוריה וביקורת 49, 67 (2017); י. מרגלית "זרע של תקווה או זרע של פורענות" ICON-S-IL Blog (2024)). מכל מקום על פניו כעולה מפסיקת העליון הנזכרת - ניתן להיעתר אף לרצונו של רווק לעשות שימוש בזרעו אחר פטירתו לצרכי הולדה ובלבד שהוכח מעבר לכל ספק רצונו הבלתי מותנה לעניין זה.

23. גדרו ומהותו של "הרצון המשווער" הנדרש להוכחה טרם מתן ההיתר לשימוש בזרע נפטר הובהרו וחודדו על ידי כב"ש" נ. הנדל בעניין בע"מ 6046/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פס" 6 לפסק-דינו (2.9.2019) –

"רצון משווער איננו מושג שיש ליצוק לו תוכן נורמטיבי-ערכי התלוי בשאלה מה ראוי שיהיה רצונו של הנפטר. התחקות אחר הרצון המשווער גם אינה תלויה ברצונם של גורמים חיצוניים, אלא בנפטר עצמו. אכן, לעיתים ניתן להיעזר בגורמים חיצוניים – דוגמת הוריו של הנפטר – כדי לגלות, מבחינה ראייתית, מה היה אותו רצון משווער. אך הם אינם יכולים לעצב בעצמם את אותו הרצון, הגם אם הדבר נעשה מתוך ניסיון להתמודד עם אובדן גדול, ומתוך אהבה וכמיהה להשיב את מה שאיננו עוד"

בעניין בע"מ 2224/23 הנ"ל, הובהר כי הדרישה הראייתית המחמירה, שורשה ביראת הכבוד הנדרשת בבואנו לברר את רצונו של הנפטר, שעה ש"את כוונתו האמתית לוקח הוא עמו אל מותו". הכבדה זו במשקל הראייתי הנדרש להוכחת הרצון המשווער, מקבלת משנה תוקף עת עסקינן בשימוש בזרעו של הנפטר, זאת שכן:

"לא בתרומת זרע מדובר, אלא בבחינת רצונו של אדם ערב מותו להעמיד צאצא לו עצמו, שיוולד למציאות ידועה מראש שבה אביו מולידו לא יהיה נוכח בחייו. אנו מצווים לכבד את האוטונומיה של אדם על גופו גם לאחר לכתו, ונגזרת היא שככלל נדרשת הסכמה מדעת לשימוש כלשהו באיבריו או ברקמת גופו, כך בזרעו. רצונו של אדם – כבודו, הן בחייו הן במותו" (הדגשה שלי - צ.ו; בע"מ 6046/18 בפסק-דינה של השופטת ע" ברון; עוד ראו והשוו: בע"מ 5984/22 פלונית נ. המרכז הרפואי רבין (2023)).

מתוך שכך אף נקבע כי אין די בעצם רצונו של הקטין להיות אב, המתבטא בעצם הפקדת מנות הזרע, כראיה לרצונו כי ייוולדו לו ילדים לאחר מותו בדמי ימיו. עמד על הדברים כב"ש" מזוז בעניין [בע"מ 378/20](#) פלונית נ. בית החולים אסף הרופא (2020) :

"בחינת רצונו המשוער של הנפטר לענייננו אינה מתמצה בשאלה, האם הנפטר רצה בהבאת צאצאים לעולם, אלא עיקרה בשאלה, האם רצונו זה של הנפטר מתקיים גם בנוגע להבאת ילדים מזרעו לאחר מותו" (עוד ראו: בע"מ 5984/22 הנ"ל, בפס" 15 וההפניות שם).

חידוד נוסף אנו מוצאים בדברי של כב"ש" י. דנציגר בעניין [בע"מ 7141/15](#) -

"...אף אם מסכימים כי ניתן ואף ראוי לייחס לנפטר רצון משוער, עולה השאלה מהו בדיוק תוכנו של אותו רצון שאחריו אנו תרים? על פניו התשובה לשאלה זו קלה – עלינו לנסות ולשער אם היה הנפטר רוצה כי לאחר מותו יועמדו צאצאים מזרעו. אלא שאם אכן מבקשים אנו לחשוף את רצונו המשוער של הנפטר באופן המדויק והנכון ביותר, האם לא מוטל עלינו לחקור מה הייתה עמדתו ביחס לשימוש הספציפי שייעשה בזרעו? הנה כי כן, על פניו יהיה עלינו לבחון את רצונו המשוער להעמדת צאצאים מאישה מסוימת – דוגמת בת זוגו הקבועה או לחילופין אישה אחרת. זאת ועוד, האם יש לשער מה היה רצונו של הנפטר לו היה יודע כי לאחר מותו תסרב בת זוגו הקבועה להעמיד צאצאים מזרעו וכי אף על פי כן מעוניינים הוריו לעשות זאת? שמא אף בכך לא די ויש לבחון האם היה נותן את הסכמתו לאופן שהוריו מבקשים להעמיד מזרעו צאצאים – באמצעות אישה מסוימת (שהכיר או אפילו לא הכיר בחייו) או לחילופין אישה "אנונימית" באמצעות תרומת זרע, כבמקרה דנא? והרי, לא מן הנמנע כי אף בחייו הייתה עמדתו של הנפטר שונה ביחס לכל אחד מן המצבים הללו ועל כן לשאלה כלפי איזה ממצבים אלו יש לבחון את רצונו המשוער ישנה חשיבות מכרעת..."

כאמור, בעניין דנן אין כל מחלוקת באשר לעצם רצונו המשוער של הקטין בהמשכיות לאחר מותו בדרך של שימוש בזרעו על ידי אם מיועדת שתבחר על ידי הוריו.

24. עניין נוסף שנקבע בפסיקה הוא כי מעמדם של ההורים בתביעה לשימוש בזרע של נפטר הוא בגדר מבקשים המעידים על רצונו של המת ולא מעבר לכך. אין להורים זכות שימוש בזרע מעצם היותם הורים וסבים, אף לא הורים לקטין, כפי שהבהירה כב"ש" וילנר בעניין [בע"מ 2224/23](#) הנ"ל -

"אין בידי לקבל את טענות ההורים שלפיהן אף אם לא הוכח כי הקטין חפץ שייוולדו לו ילדים לאחר מותו, יש בידהם "מנדט עצמאי" להכריע בדבר השימוש בזרע כאפוטרופוסיו. [סעיף 62 לחוק הכשרות המשפטית](#) מורה, כהאי לישנא, כי: "אפוטרופוסות על קטין פוקעת בהגיעו לבגירות"; וכי "אפוטרופוסות על כל אדם פוקעת במותו". לפיכך, ברי כי מעת שהקטין הלך לבית עולמו – לא ניתן לקבוע כי להורים סמכות מכוח אפוטרופוסות המקורית. למעלה מן הצורך, יודגש כי אין בסעיף 63 (ב) לחוק הנ"ל כדי להעניק מזור להורים, כטענתם בפני הערכאות הקודמות. סעיף זה, אשר קובע כי אף בפקיעת האפוטרופוסות "יהיה אפוטרופוס לענייני רכוש מוסמך" לבצע פעולות מסוימות – אינו חל בענייננו, שכן לא ניתן לַדמות שימוש בזרע "להעברת

נכסיו של נפטר מיד ליד. לא מדובר בנכס, כי אם במטען גנטי שבכוחו להביא חיים לעולם, ליצור אדם בשר ודם בעל מחשבה ותודעה – הלא הוא נזר הבריאה" (בע"מ 6046/18, בפס" 6 לפסק-דינו של השופט הנדל).

כך עולה אף מפסק דינה של כב" הנשיאה חיות בעניין בע"מ 7141/15, עת בכל הקשור למעמד ההורים קבע בית המשפט כי אין להורי מנוח מעמד בכל הקשור לשימוש בזרעו מתוך "זכות הסבות", שכן הדין הישראלי אינו מקנה להורי ההורים מעמד כל עוד ילדיהם ובני זוגם בחיים וכשירים מבחינה משפטית, וכי לכל היותר מעניק החוק בישראל מעמד או זכות להורי ההורים לצורך קיום קשר עם נכדים שכבר נולדו ואין המדובר בזכות לסבות אשר משמעותה הכרה בזכותם של הורי ההורים לתבוע את הולדת הנכדים (וראו סע" 22 לפסק דינה של כב" הש" א. חיות). מאידך, סבר בית המשפט כי אין לשלול באופן מוחלט מתן מעמד להורים בכל הקשור לשימוש בזרע בנם המנוח מכוח זכותו של הנפטר לכבוד, כבוד זה מתממש, כפי שהבהרנו לעיל בדרך של "מימוש רצונו המשווער" (סע" 24 לפסק דינה של כב" הש" א. חיות). ההורים, הם אפוא, פה למנוח שאינו יכול להביע רצונו במילים.

ואם כן, חוזר הגלגל – מתן מעמד להורים בכל הקשור לשימוש בזרעו של בנם המנוח יעשה אך ורק כאשר אנו משוכנעים כי זהו אכן רצונו המשווער של המנוח, ואין מקום לשים את רצון ההורים תחת רצונו שלו. ההורים בעדויותיהם יוכלו ללמדנו על רצון המנוח ואולם תידרש ראיה חד משמעית אשר לא ניתן להסתפק לגביה.

כאמור, אין מחלוקת כי בנדון הוכח רצונו המשווער של הקטין המנוח, המחלוקת היא אך ורק ביחס להתחשבות ברצון זה.

התחשבות ברצונו המשווער של קטין בהמשכיות אחר פטירתו

25. אחר הלכת פלונית, בע"מ 7141/15, נעשו ניסיונות של המחוקק לגבש חוק המסדיר את השימוש בזרע של נפטר, אשר הוסיפו והתייחסו אף לגילו של הנפטר, אולם בחינת הצעות החוק השונות אשר השתנו מעת לעת (ולא הגיעו כדי חקיקת חוק מוגמרת) מעלה על נס את התלבטות המחוקק באשר לגיל בו ראוי להתחשב ברצונו המשווער של המנוח. המחוקק התלבט האם יש לקבוע גיל זה על גיל הבגירות – 18, או שמא ניתן להעמידו על גיל סף הבגירות – 17. כך בסע" 7 להצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה התשפ"ג- 2022 (הוצעה ע"י ח"כ מירב בן ארי; מספר הצ"ח פ/976/25) צוין –

"לא יאושר שימוש בזרע שהפקיד נפטר בחייו אם בעת פטירתו
טרם מלאו לו 18 שנים"

אולם בסע" 4 (ה) להצעת החוק צוין –

"על אף האמור בסעיפים קטנים (א) עד (ד), הפקיד מי שמלאו לו
17 שנים זרע בבנק זרע, יציע לו בנק הזרע למסור באותו מועד

הנחיות בכתב לעניין אפשרות השימוש בזרע לאחר מותו, כאמור
בסעיף 5; מי שהפקיד זרע בבנק זרע בטרם מלאו לו 17 שנים
רשאי לאחר שהגיע לגיל 17 למסור לבנק הזרע הנחיות כאמור;
הנחיות לפי סעיף קטן זה ייחתמו בפני מנהל בנק הזרע או רופא
אחר בבנק הזרע.

ובסעי' 7 (ב) לאותה הצעה צוין –

"לא יאשר מנהל בנק הזרע שימוש בזרע שהפקיד נפטר בחייו
בבנק זרע אם בעת פטירתו טרם מלאו לו 17 שנים".

מילים אחרות, למרות הכלל לפיו השימוש בזרע של נפטר לשם הולדה יעשה מגיל 18 הרי
שאם ניטל הזרע מקטין טרם הגיעו לגיל 17, ניתן יהא לשמוע הנחיות באשר לנעשה
בזרעו החל מגיל 17 ! וזאת מתוך ההנחה כי עסקינן בקטין הקרוב לגיל בגירות והיכול
לעמוד על דעתו וממילא עניינים הקשורים באמונתו, רצונו בהמשכיות, ותפיסת עולמו
ראוי שישמעו. גישה זו נשמרה גם הצעות חוק שהונחו לשולחן הכנסת לאחריו, כן, כך
ביום 20.3.23 הועלתה הצעת חוק זהה על ידי ח"כ קטי שטרית הצעת חוק שימוש בזרע
של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג-2023 (הצ"ח פ/25/2867); וביום 5.2.24 הונחה לשולחן
הכנסת הצעה זהה - הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לצרכי הולדה התשפ"ד - 2024
(ח"כ אלי דלל; ה"ח פ/25/4284).

ביום 31.3.25 הונחה לשולחן הכנסת הצעת נוספת – הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר
לשם הולדה – תשפ"ה- 2025 (הצעת ח"כ אופיר כ"ץ; פ/25/5744) כאשר בסעי' 2 (א)
להצעה, אשר כעולה מדברי ההסבר שלה, היא גובשה נוכח אירועי השבעה באוקטובר
ורביבוי נטילת זרע מנופלים, צוין –

"אדם שמלאו לו 18 שנים רשאי לתת הנחיות לעניין אפשרות
השימוש בזרע אחרי פטירתו לשם הולדה, ורשאי הוא לשם כך,
לתת הנחיות בטופס שבתוספת; ניתנו הנחיות כאמור, יראו בהן
כמבטאות את רצונו"

בהצעת חוק זו אין התייחסות למי אשר ניטל זרעו קודם הגיעו לגיל 17, ככל הנראה בשל
מטרתה כהוראת שעה נוכח אירועי השבעה באוקטובר, כפי שצוין בסעי' המטרה להצעת
החוק (סעי' 1 להצעת החוק)-

"מטרתו של חוק זה הן לאפשר למי שמעוניין למסור הנחיות
לעניין שימוש בזרע לשם הולדה לאחר פטירה וכן להסדיר את
השימוש בזרעו של אדם שנפטר עד תום תוקפה של ההכרזה על
מצב מיוחד בעורף מיום כ"ב בתשרי התשפ"ד (7 באוקטובר 2023)
או עד תום הפעולות הצבאיות המשמעותיות, לפי המאוחר, לשם
הולדה לאחר פטירתו".

וכך גם בחלוף כחודשיים, ביום 5.5.25, הניחה חברת הכנסת מירב בן ארי פעם נוספת
הצעת חוק זהה - חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה התשפ"ה - 2025 (פ/25/5772)
(הכוללת אף היא את הוראת סעי' 2 (א) הנזכרת, ללא התייחסות למי שניטל זרעו קודם

לגיל 17. רק שבוע חלף וביום 12.5.25 הונחה על ידי חברי הכנסת מיכל מרים וולדיגר, משה סולומון, אוהד טל ושמחה רוטמן הצעת חוק נטילה ושימוש בזרע של נפטר לשם הולדה התשפ"ה- 2025 (פ/5795/25) כאשר בסעי' 7 (ב) להצעה צוין –

"לא יאושר שימוש בזרע שהפקיד נפטר בחייו בבנק זרע אם בעת פטירתו טרם מלאו לו 18 שנים"

אם ניתן לסכם את הצעות החוק שטרם התגבשו לדבר חקיקה חתום וגמור, נראה כי אף המחוקק מתלבט באשר לגיל בו ניתן להתחשב ברצונו של נפטר לעשות שימוש בזרעו אחר הפטירה לצרכי פטירה, כאשר, ההתלבטות היא מהו קו הגבול ממנו ניתן יהיה לקיים דברי נפטר באשר לשימוש בזרעו אחר הפטירה – האם מגיל 17 בהיותו קטין –בוגר או מגיל 18 גיל הבגרות המשפטית הרגיל. ההתלבטות מובנית וניתן למצוא בעניינה טעמים לכאן ולכאן. אך עיקר לפנינו - אין כיום מגבלה בחוק לגיל הציווי לשימוש בזרע לאחר פטירה לצרכי הולדה, ובצד זה יש בידינו את המגבלה היחידה שנקבעה בפסיקה והיא - הוכחת רצונו המשווער של הנפטר בחייו.

26. מניסיונות החקיקה שטרם הושלמו נבוא לפסיקתם של בתי המשפט. בעניין תמ"ש (תל אביב) 23723-11-19 פ' ואח' נ. האפה"כ (2022) סבר כב"ש" ש. בר יוסף כי אין להתחשב ברצונו של קטין בכל הקשור לשימוש בזרעו לאחר פטירתו. נציין כי ערעור על פסק הדין נדחה על ידי בית המשפט המחוזי ביום 15.1.23 (עמ"ש 4326-03-22) ובקשת רשות ערעור נדחתה על ידי בית המשפט העליון ביום 21.4.24, מבלי שאלו נדרשו להכריע בשאלת ההתחשבות ברצונו המשווער של קטין להמשכיות אחר פטירתו, שכן נמצא עובדתית כי באותן נסיבות לא הוכח רצון שכזה ([בע"מ 2224/23](#)). בצד זה ניתן ללמוד מעמדת בית המשפט המחוזי בעניין הנזכר (עמ"ש 4326-03-22) כי, ככלל, אין מקום להגביל את הגיל בו יעשה שימוש בזרע של נפטר לגיל הבגרות המשפטית בהכרח. כפי שנבהיר ונרחיב להלן.

לסברתו של כב"ש" בר יוסף, ככלל, אין מקום להתחשב ברצונו של קטין, שכן הבאת ילדים לעולם היא החלטה בעלת משמעויות מרחיקות לכת ביותר, הן לגבי ההורה והן לגבי היילוד, וכי מדובר בהחלטה הרת גורל שלקטין אין כלים מספקים לקבלה. לכן, לטעמו, הנורמה הראויה היא, שאין להכיר ברצון של קטין להורות, כרצון בר תוקף משפטי. כב"ש" בר יוסף לא התעלם מהעובדה שהחוק אינו אוסר על קטינים לקיים יחסי מין, אשר מהם אפשר ותהרה הקטינה, אולם לסברתו לא ניתן ללמוד מכך, מן הבדיעבד על הלכתחילה, משום חוסר יכולתו של קטין, אפילו הוא בוגר לגילו לגבש בנושא אומד דעת בר תוקף משפטי. לכן, כאשר בפטירת קטין עסקינן, לא ניתן לקבוע, ככלל, שהיה לו רצון בר תוקף להורות (הולדת ילדים בחיים). כב"ש" נפתלי שילה שישב במותב ערכאת הערעור על החלטת בית המשפט לענייני משפחה -הטיל ספק רב במסקנתו זו של כב"ש" בר יוסף, בהינתן שיש דברי חקיקה רבים שאינם מגבילים את שיקול דעתו של הקטין בעניינים שונים הנוגעים לבריאותו ולצרכיו דווקא בגיל בגרות -

היפוכם של דברים, הנטייה היא לקבל ולהתחשב ברצונו, בצרכיו ובאמונתו והשקפת עולמו של הקטין הבוגר.

27. לסברתנו וכפי שרמזנו לעיל, שלא כעמדת כב"ש בר יוסף, אין לשלול קטגורית התחשבות ברצונו של קטין להמשכיות ולקבוע מיניה וביה כי אינו בעל רצון משפטי לצורך כך.

אמנם יש בנמצא חוקים העוסקים בפריון שבהם מוטלת לכאורה הגבלה על פעולותיו ורצונו של קטין. כך תרומת ביצית אינה אפשרית קודם לגיל 18 ואף הנתרמת צריכה להיות מעל לגיל זה (סעיפים 11 ו 13 (ה) (1) לחוק תרומת ביציות); לא ניתן לאשר הסכם לנשיאת עוברים לפי חוק הפונדקאות אלא אם כן שני ההורים המיועדים הם בגירים (סעיף 5 (א) (וג) (א) לחוק הפונדקאות), ואף הוראת סע" 26 לחוק הירושה המתייחסת לרצון קטין באשר למה שיעשה אחר פטירתו, מורה כי צוואת קטין בטילה (בצד זה נציין כי סע" 24 לתזכיר חוק הירושה תשפ"א – 2021 מציע להעמיד גיל קטין לצורך בטלות צוואה על גיל 16 !).

בדומה הוראת סע" 28 (ב) לחוק השתלת איברים תשס"ח – 2008 מאפשרת, מחד, לקטין בן 17 שהינו בעל כשרות לתת הסכמתו לתרומת איבריו אך מוסיפה ומציינת כי כל זאת דווקא אם נפטר אחר הגיעו לגיל 18 –

" לעניין קבלת הסכמה כאמור בסעיף קטן (א), יראו קטין שמלאו לו 17 שנים והוא מסוגל להביע את רצונו ולא הוכרז כפסול דין, כבעל כשרות לתת את הסכמתו, ובלבד שאם נפטר טרם הפך לבגיר, יחולו הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה כאילו לא ניתנה הסכמה"

כאן ראוי להעיר כי חוק השתלת איברים אינו חל על תאי זרע שכן הגדרת "איבר" בסעיף 1 לחוק קובעת שהיא אינה כוללת "דם, מוח עצם, ביצית ותא זרע".

28. אלא שאל מול דברי חקיקה אלו יש בנמצא רבים אחרים המאשרים פעולותיו, רצונותיו והחלטותיו של קטין על אף קטינותו-

כך סעיף 25 לחוק החולה הנוטה למות תשס"ו – 2005 מאפשר לקטין – בוגר לקבל החלטות על טיפול רפואי הנוגע אליו וכן לקבל מידע רפואי הנוגע לעניינו ובלבד "שכושרו ובשלותו השכליים והנפשיים של הקטין מאפשרים את שיתופו בקבלת ההחלטה בעניינו" (ראו גם סע" 26 לחוק). בהתאם אין לאשפז קטין שמלאו לו 15 ככל שאינו מסכים לכך על אף הסכמת הוריו (סע" 4 א לחוק טיפול בחולי נפש תשנ"א – 1991; ובדומה נדרשת הסכמת קטין שמלאו לו 16 לצורך ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה (סע" 25 לחוק מידע גנטי תשס"א – 2000); בית המשפט רשאי להתיר נישואין לקטין מעל לגיל 16 בנסיבות מיוחדות (סע" 5 (א) לחוק גיל נישואין תש"י – 1950); בדומה קטין שטרם

מלאו לו 18 רשאי להסכים למסירת ילדו לאימוץ (סע" 9 ב (א) [לחוק אימוץ ילדים](#)
 (תשמ"א - 1981).

עיננו הרואות, הדין הישראלי מתחשב לא אחת בבגרותו הנפשית ויכולותיו הקוגניטיביות של קטין לצורך הכשרת עניינים כאלה ואחרים הנוגעים לו, להגשמתו האישית, לאמונתו לבריאותו הפיזית והנפשית ולצרכיו ובעיקר - לרצונו. מתוך שכך יפים לענייננו דבריו של כב"ש" נ. שילה בעניין עמ"ש 4326-03-22 פ"פ ואח"נ" המרכז הרפואי סוראסקי ואח" (2023) (הערעור על פסק דינו הנזכר של כב"ש" בר יוסף)-

"העובדה שבנושאים מהותיים וחשובים כמפורט לעיל, העניק המחוקק תוקף ומשקל לרצונו של קטין מעל גיל שש עשרה בתנאים מסוימים, מלמדת כי ייתכן שאף בנושא של שימוש בזרע, יהיה מקום להעניק משקל לרצונו של קטין שהוכח שהיה בוגר דיו והבין היטב את משמעות החלטתו ואת תוצאותיה וזאת, אם הוכח בראיות ברורות וחד משמעיות שזה היה רצונו. ייתכן שיש מקום להקיש מהחוקים הנ"ל, המעניקים תוקף לרצונו של קטין בוגר ומבין בנושאים מהותיים ומשמעותיים ביותר. אין מקום אפוא לקבוע באופן מוחלט שכל קטין אפילו בוגר לגילו, אינו מסוגל לגבש אומד דעת בר תוקף משפטי בנושא זה, כפי שקבע ביהמ"ש קמא. לפיכך, אני סבור שאין לקבוע קטגורית שלרצון של קטין כבן שבע עשרה, כמו במקרה דנן, אין תוקף משפטי" (הדגשה שלי- צ"ו)

29. כאמור, הנחיות היועמ"ש, כמו גם פסיקת בית המשפט העליון, מבקשות לחלק לצורך שימוש בזרעו של נפטר רווק – בין מצב בו הוכח רצונו המשווער של המנוח לבין מצב בו רצון זה לא הוכח ונתון בספק. בנדון אין חולק באשר להוכחת רצונו המשווער של המנוח – אשר רצונו בהמשכיות אחר פטירתו ובכך שהוריו ימצאו אם מיועדת לילדו שיוולד מזרעו – רצונו היה חד-משמעי וברור. הנחיות היועמ"ש ופסיקת בית המשפט אינן קובעות ככלי לבדיקת אפשרות השימוש בזרעו של נפטר את סוגית גילו, וכאמור אין אף הוראת חוק המגבילה גיל לצורך שימור ושימוש בזרע. סוגית הגיל היא למעשה משנית לסוגיית הרצון המשווער, רוצה לומר אם וככל שיוכח כי הקטין היה בוגר דיו על מנת לקבוע עמדה באשר למה שיעשה בזרעו, אם עסקינן בקטין שהוכח כי הוא אווז בהשקפת עולם יציבה ומודעת – אשר רצונו משקף את השקפת עולמו – דומה כי אין מניעה להעתר לרצון זה. אכן, ואיננו מתעלמים מכך, המחוקק [בחוק הירושה](#) סבר כי אין די ברצונו של קטין לצורך קביעה מה יעשה בעזבונו, ואולם דומה כי יש לחלק בין צוואה שעיקרה בהחלטות והכרעות רכושיות, לבין עניינים שבאמונה, הוויה, הגשמה עצמית ועולמו הפנימי של הקטין – ככל שהוכח רצון ברור ומלא באשר להשקפת עולמו ורצונו בהמשכיות שומה עלינו לכבד רצון זה. ושוב יפים לעניין זה דבריו של כב"ש" הנדל בעניין [בע"מ 6046/18 הנ"ל](#) -

"לא מדובר בנכס, כי אם במטען גנטי שבכוחו להביא חיים לעולם, ליצור אדם בשר ודם בעל מחשבה ותודעה – הלא הוא נזר הבריאה" (פיסקה 6 לפסק-דינו של כב"ש" השופט הנדל).

ומכאן שהשוואה להוראות [חוק הירושה](#) אין לה על מה שתסמוך.

30. אם נבוא לסכם הדברים - היעדרות לרצונו של קטין - בוגר, כבן 17, אינה בגדר פריצת דרך קיצונית וחריגה, אלא ממשיכה את הקו הברור והמאופק שהתווה בהנחיות ובפסיקה שבאה בעקבותיהם שעיקרה - בחינה זהירה ומדוקדקת של רצון הנפטר קודם פטירתו כאשר ברור כי הרצון וגמירות הדעת ביחס להמשכיות מזרע הנפטר דורשת בגרות נפשית אשר שומה עליה להבדק באופן פרטני בכל מקרה ומקרה. בנדון הוכחו מעבר לכל ספק בגרותו של המנוח ורצונו בהמשכיות מזרעו, ללא מגבלה ותנאי באשר לזהות האם הממשיכה, זאת כעולה, בין השאר, מתסקיר רשויות הרווחה הנזכר לעיל, בו צויין -

"למרות גילו הצעיר היה לו קו ברור כיצד (הוא) מתכוון לנהל את חייו ותוכניות לעתיד כיצד יגשים את חלומותיו..... אחד מחלומותיו היה להקים משפחה ולהביא ילדים שבבוא היום יגדלו לצד ילדיה של ע. אחותו, אליה היה קשור מאוד... משהחריפה המחלה ההתייחסות למנות הזרע השתנתה ו(המנוח) החל לדבר בפתיחות על כך שיוולדו לו חמישה ילדים כנגד חמש מנות הזרע ששאבו לו"

כאשר אלו הם פני הדברים וכאשר המחוקק טרם אמר את דברו - אך למדנו כי הוא מתלבט האם ראוי לכבד רצונו של בוגר דווקא או אף רצונו של קטין בוגר כבן 17- ראוי כי נתייחס אך ורק לנסיבות המקרה הפרטני שלפנינו בהן הוכח מעבר לכל ספק כי רצונו של הקטין, כבן 17 ושלושה חודשים להמשכיות ועשיית שימוש בזרעו אחר פטירתו היה רצון מגובש וברור ובה מתוך השקפת עולם ברורה וסדורה. בכך יהא משום כיבוד האוטונומיה של הנפטר ומימוש רצונו והגשת מאווי באשר לתכלית חייו - קיום זרע והמשכיות לו עצמו. זו אמונתו, זו תורתו, אלו דבריו האחרונים וראוי שנקיימם בהעדר חקיקה ברורה המונעת זאת. דבריו האחרונים של מנוח כאשר להמשכיותו אינם נופלים בחשיבותם מדבריו באשר לאופן קבורתו, אופן הנצחתו וכיו"ב - כל אלו הם בגדר "דברי המת" אשר מצווה לקיימם - וכך אנו מורים.

31. הערה לסיום - השיר שהובא בפתיח היה להיטה הראשון של זמרת הפולק והיוצרת האמריקאית לורה ניירו, היא כתבה את השיר בגיל 17 ועניינו בילד שיוולד לה אחר מותה וימשיך את עולמה. לורה נפטרה מסרטן השחלות אך זכתה להשלים את תקוותה להמשכיות עוד בחייה - בן נולד לה בהיותה כבת 30, והוא ממשיך דרכה בתחום המוזיקאלי¹.

סוף דבר

32. הערעור נדחה בחלקו באופן בו יותר השימוש בזרעו של המנוח, על אף היותו קטין בעת פטירתו, לצורך הפריית המשיבה 3 בשתי מנות מתוך מנות הזרע שהופקדו על ידי המנוח.

¹ על חייה ראו בהרחבה בקישור - [Laura Nyro | Will It Mix?](https://www.lawdata.co.il/Laura-Nyro-Will-It-Mix) לורה ניירו - האומן במרכז: לורה ניירו

33. הערעור מתקבל בחלקו באופן בו ככל שלא תצלח הפריית המשיבה 3 ידרשו
ההורים להגשת תובענה חדשה בה יציעו אם עתידית חלופית למשיבה 3.

34. מוצע כי בנסיבות העניין לא יעשה צו להוצאות.

השופטת 1. פלאוט, אב"ד

1. לאחר שהמערערת הודיעה כי היא חוזרת בה מנימוק הערעור השני באשר לאופן בחירת
האשה אשר תופרה מזרעו של הקטין, אני מסכימה לתוצאות פסק דינו המלומד של חברי כב"
השופט צ. ויצמן. היינו, כי בנסיבות העניין, כאשר אין כל ספק ברצונו של המנוח לאפשר שימוש
בזרעו לצורך הולדת ילד/ה אשר יביאו להולדת דור הממשיך אותו ואת דרכו, וכאשר אין ספק כי
המנוח היה בוגר בנפשו ובדעותיו, אין בכך בלבד שטרם מלאו לו 18 שנה, אך גילו מעל גיל 17, כדי
למנוע את מימוש בקשתו ורצונו של המנוח. ההיפך הוא הנכון, רצונו של המנוח- כבודו, וחובתינו
להורות על מימוש רצונו האחרון זה.

2. כמו כן אני מסכימה לתוצאה לפיה, ככל שנסיון הפריית המשיבה משתי מנות זרע של
המנוח לא יעלה יפה, יהיה צורך בהגשת תביעה חדשה לקביעת זהות האשה שתופרה ממנות הזרע
שנותרו. אני מסכימה עם האמור בפסק דינו של כב" השופט נ. שילה בעניין עמ"ש 4326-03-22, אשר
הובאו בדברי חברי הש" ויצמן, לפיו, העובדה שבנושאים חשובים ומהותיים נתן המחוקק משקל
גם לדעתו של קטין מעל גיל 16, יש בה ללמד בדרך ההיקש שאף בנושא שימוש בזרע של קטין שהיה
בוגר דיו והבין את משמעות החלטתו, יש לתת תוקף לרצונו. הדוגמא הפשוטה ביותר ביחס לכך
היא שהכל מסכימים כי לא יעלה על הדעת שלא לאפשר לידת תינוק שנהרה על ידי שני צעירים בני
פחות מגיל 18, מחד, והיתר שנתן המחוקק לקטינה (ללא מגבלת גיל) לתת הסכמה להפסקת הריון
אף ללא הסכמת הוריה (סע" 316(ב) לחוק העונשין התשל"ז-1977), מאידך.

סוף דבר, וכאמור, אני מסכימה לתוצאה אליה הגיעה כב" השופט ויצמן בפסק דינו.

השופטת צ. גרדשטיין פפקין

1. אני מסכימה ומצטרפת לפסק דינו המעמיק של חברי השופט צ" ויצמן, כמו גם להערותיה
של אב"ד, סגנית הנשיאה השופטת ו" פלאוט.

מתוך שכך, ובבחינת "כל המוסיף גורע", אציין רק בתמצית, כי נקודת המוצא היא שהוכח לפני בית
משפט קמא, ואין על כך חולק, כי רצונו המפורש של המנוח היה בעשיית שימוש בזרעו אחר פטירתו
לצורך הולדה. על אף רצונו המפורש של המנוח, המערערת מבקשת להתנגד לקיום רצון זה, אך ורק
בשל גילו של המנוח במועד פטירתו, עת היה בן 17 ושלושה חודשים, על סף הבגירות.

2. לטעמי מרגע שהוכח רצונו המפורש של המנוח, הרי שהמנוח היה כשיר להסדיר את ענייניו, בהתאם [לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962](#) (להלן: החוק), בו נקבע ש"כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו" (סעיף 1 לחוק), אלא אם הוגבלה כשרותו בחוק כלשהו או בפסק דין של בית משפט, במסגרת התנאים הספציפיים הנוגעים לקטין.

החוק מסדיר מעמדן של הפעולות המשפטיות שמבוצעות על ידי קטינים והוא אינו מבטלן, מיניה וביה, רק מאחר שבוצעו על ידי קטינים (להבדיל, לדוגמה [מסעיף 26 לחוק הירושה](#) אליו מפנה המערכת, שם הוגבלה מפורשות היכולת לערוך צוואה על ידי קטין, מה שלא נעשה בעניין דנן וראו לעניין זה הרציונל האפשרי לאבחנה ביניהם -בין דברים שבלב הנוגעים להגשמה העצמית לבין דברים שבממון כמפורט בחוות דעתו של חברי השופט ויצמן).

3. בכל הנוגע לקטינים בוחן החוק את הנפקות המשפטית של פעולות המבוצעות על ידי קטינים (כמו גם פסולי הדין) במסגרת ארבע קטגוריות - (1) פעולות משפטיות יומיומיות, שדרכם של קטינים לבצע והם אינם זקוקים לאישור מכל מקור שהוא כל עוד לא נגרם להם נזק של ממש. (2) פעולות בהן די בהסכמה שבשתיקה של הנציג (ובהיעדר נציג היועץ המשפטי לממשלה). חוסר התנגדות מצד הנציג מכשירה את הפעולות במסגרת קטגוריה זו, אלא אם התנגדו להן הנציג או היועץ המשפטי לממשלה, בתוך חודש ימים מהיום שנודע להם עליהן (סעיף 5 לחוק). (3) פעולות הדורשות הסכמה אקטיבית של הנציג לביצוען. (4) פעולות הדורשות את הסכמת בית המשפט כדי לעשותן, או את אישורו בהתאם לתנאים המפורטים והמפורשים שנקבעו בחוק.

מאחר שבעניינים שברומו של עולם ובדיני נפשות עסקינן, ברי הוא שיש לקבל את אישור בית המשפט למעשים אלו של הקטין-המנוח.

4. בית המשפט נדרש לבחון בזהירות מירבית את רצונו של הקטין, במיוחד נוכח ספק בהתגבשות רצון ממשי בגיל הקטניות. במסגרת זו שומה על בית המשפט לבחון האם אכן הקטין שקל גם את כלל ההשלכות לרצון זה לאחר מותו, כאמור בקביעותיו של השופט שילה: "וזאת, אם הוכח בראיות ברורות וחד משמעיות שזה היה רצונו" ולאחר שנבחן כי מדובר בקטין "שהיה בוגר דיו והבין היטב את משמעות החלטתו ואת תוצאותיה" (עמ"ש 4326-03-22 הנ"ל).

5. אני מוצאת לציין כי ככלל, כמו גם בענייננו, ישנה חשיבות לגילו של המנוח, שהיה על סף בגירות. לא בכדי המחוקק העניק תוקף ומשקל בעניינים מהותיים לקטינים מעל גיל שש עשרה.

גם בהצעת החוק הרלבנטית לענייננו, העומדת על המדוכה מזה מספר שנים, המחוקק בעצמו "מתלבט" בין גיל שבע-עשרה לגיל שמונה-עשרה, כגיל שממנו יכול הקטין ליתן הוראות למה יעשה בזרע שהופקד על ידו לאחר מותו: "מי שהפקיד זרע בבנק זרע בטרם מלאו לו 17 שנים רשאי לאחר שהגיע לגיל 17 למסור לבנק הזרע הנחיות כאמור" (הצעת החוק משנת 2022, כמו גם משנת 2023, 2024, אל מול הצעת החוק משנת 2025 שם שונה לגיל 18).

1 אשר על כן, ומהטעמים שפורטו בהרחבה בפסק דינו של השופט צ" ויצמן, אני סבורה כי דין הערעור
2 להידחות.

3
4 ככל שלא תצלח הפריית המשיבה משתי מנות זרע, ידרשו ההורים, ככל שיחפצו בכך, להגיש
5 תובענה חדשה בה יפורט המבוקש בכל הנוגע לשימוש במנות הזרע האחרות.

6
7
8 *****

9
10 סוף דבר, הוחלט כמפורט בפסק דינו של השופט ויצמן –

11
12 א. ניתן היתר לעשות שימוש בזרעו של המנוח, על אף היותו קטין בעת פטירתו, לצורך הפריית
13 המשיבה 3 בשתי מנות מתוך 5 מנות הזרע שהופקדו על ידי המנוח.

14 ב. ככל שלא תצלח הפריית המשיבה 3 ידרשו ההורים להגשת תובענה חדשה בה יציעו אם עתידית
15 חלופית למשיבה 3.

16
17 ג. אין צו להוצאות.

18 ד. ניתן לפרסום ללא פרטי הצדדים הפרטיים.

19
20
21 ניתן היום, ל" אב תשפ"ה, 24 אוגוסט 2025, בהעדר הצדדים.

22 ורדה פלאוט, צבי ויצמן, צבייה גרדשטיין
23 פפקין
24
25

צבייה גרדשטיין פפקין,
שופטת

צבי ויצמן, שופט

ורדה פלאוט, שופטת, סגנית
הנשיאה – אב"ד