

אתיקה, רפואה ומשפט



אבי וינרוט

נטילת זרע מנפטר - היבטים משפטיים¹

מבוא - הצגת הנושא

להלן נציג עמדה משפטית, לפיה החוק אוסר נטילת זרע ורקמת אשך מגופת נפטר.

הטכניקה שאליה אנו מתייחסים, מאפשרת ליטול זרע מאדם שמת, לאחר המוות, כאשר מוציאים בעזרת מחט עדינה תאי זרע מתוך האשך. את הזרע ניתן לשמור בהקפאה, כמו זרע שנתקבל מאדם חי, בתנאי שהוצא מן המת בתוך עשרים וארבע שעות מרגע הפטירה².

בפתח הדברים ובטרם נעבור לניתוח משפטי טהור, נציג מספר אירועים הממחישים את הנושא ואת השאלות המשפטיות המתעוררות במסגרתו:

ביום 13.3.02 הוגשה עתירה לבג"צ ע"י אימו של אדם שנהרג בפגיעה³. המנוח היה רווק במוותו. הוא היה בן יחיד להוריו. העותרת, האם, בקשה מבית המשפט העליון להורות למדינת ישראל כי תאפשר לה לקבל ולשמר באמצעים רפואיים, דגימת זרע מגופת בנה המנוח, כך שתוכל אם וכאשר יוצרו הנסיבות המתאימות לכך, להעמיד לו צאצאים.

משיחה שקיימנו עם ב"כ העותרת התברר כי טרם הוגשה תגובת המדינה לעתירה. בשלב זה נשאבה דגימת הזרע והעתירה מתייחסת לזכות השימוש בזרע שנשאב.

בעתירה מצויין כי ברצון האם להנציח את זכר בנה, על מנת לאפשר לה התמודדות טובה יותר עם הכאב הכרוך באובדן הבן, וכדי להבטיח את המשכיות המשפחה. **הבן לא צפה כמובן את מותו שלו, ולא השאיר הוראה כתובה**

או בלתי כתובה המבטאת את רצונו בעניין זה.

העותרת ציינה בעתירתה: "נכון הוא, שאין איש יודע מה היה רצונו של המנוח בקשר עם העמדת צאצאים, אך ראשית נסיון החיים מלמד אותנו, כי רוב רובם של האנשים בהגיעם לפרקם רוצים בצאצאים שישאו את שמם. כך ניתן גם להניח ברמה גבוהה של וודאות, כי המנוח היה רוצה שרצונה של אימו יקויים".

בקשת האם מעוררת סימפטיה, אבל גם שאלות קשות בנוגע לרצון המנוח:

- (1) האם המנוח אכן היה מעוניין כי יבוצע ניתוח בגופו וכי תישאב ממנו רקמה?
 - (2) האם המנוח אכן רצה בילד? האם ניתן ללמוד על רצון של אדם מכח סטטיסטיקה ולומר כי היחיד רוצה בהכרח את מה שהרוב רוצה בדרך-כלל? הרי ההחלטה בעניין זה היא עניין אינדיווידואלי ואף אינטימי השונה מאדם לאדם⁴
 - (3) האם המנוח אכן רצה בילד שיוולד לאחר מותו?
 - (4) האם המנוח רצה שילדו יולד מאשה זרה אותה לא הכיר, ושאותה תבחר אימו? לילד הזה לא יהא אב, וגם האם אינה מישהי שהמנוח בחר.
- יש לזכור כי העותרת אינה יכולה לבחור מתוך היצע בלתי מוגבל ורק נשים בודדות תהיינה מוכנות ללדת לאדם שנפטר ושאותו לא הכירו.

הוגשה על ידי עו"ד אורי לומברוזו מירושלים.

4. פי שיפמן "הורה בעל כרחו - מצג שוא לגבי שימוש באמצעי מניעה", משפטים יח' 459 מציין: "גישת יסוד בשיטות משפט מערביות היא שאין החברה רשאית בהיעדר נימוקים כבדי משקל להתערב בשאלות אינטימיות של הולדה. ההנחה הגלומה בגישה זו היא, שאדם זכאי לממש את רצונו להיות הורה, או שלא להיות הורה, כהחלטה אישית המסורה לו בתוקף זכותו לצנעת הפרט".

1. הרצאה בכנס שארגנו פרופ' גליק וד"ר מורדכי הלפרין, ביום 22.5.02, במשכנות שאננים בירושלים.
2. לעניין זה ר' דברי פרופ' יוסף שנקר בכינוס השנתי השני לרבנים ולרופאים בנושא: גניקולוגיה, גנטיקה, פוריות ויילודים לאור ההלכה ב' בטבת תשנ"ח (31.12.97). (אתר האינטרנט "דעת". מאמר בשם "ההיבטים המוסריים בהפריה אחרי מות בן הזוג").
3. פלונית נ' מדינת ישראל, פורסם בלא פרטים מזהים ובהשמטת מספר העתירה באתר האינטרנט www.lawdata.co.il: עתירה מיום 13.3.02.

ד"ר אבי וינרוט, עו"ד.

(5) האם המנוח אכן רצה כי הילד שיוולד לו, יפול כנטל על בני משפחתו, בלא שיהיו לו אב ואם?

(6) האם רצון האם ב"מזכרת" מבנה אינה מבטאת את רצונה האמיתי, אלא נובעת מן היגון הכבד שהיא שרויה בו? האם אין צורך לבחון את רצונה בפרספקטיבה של זמן? אולי שנה לאחר פטירתו?

(7) ומה קורה כשקיימים חילוקי דעות במשפחה? נניח שאבי המנוח יתנגד למהלך, מחשש שמא כל אימת שיראה את נכדו היתום יזכר בטרגדיה שפקדה אותו והדבר רק יקשה על ההתמודדות עם השכול?

עמדתו של מי תהא עדיפה, עמדת האם או עמדת האב? או שמא זקוקים אנו להסכמה פה אחד של בני המשפחה הנוגעים בדבר?

בפסק הדין בעניין הגר נ' הגר⁵ נאבקו אלמנה של נפטר ואימו על הכיתוב שיירשם על מצבתו, כאשר שתיים אוחות בזכות ולבסוף גברה האלמנה על האם ברוב הנושאים. מה יהא כאשר יהיו חילוקי דעות בסוגיה של נטילת הזרע מן הנפטר?

(8) לא כל היריון מסתיים בלידת ילד תקין. קורה שנוולד ילד בעל מום. האם היה המנוח מוכן לנטל את הסיכון כי ישאבו מזרעו ויולידו ילד בעל מום שלא ברור אם וכיצד ידאגו לו ולצרכיו ואשר ינציח את המנוח באופן פגום?

(9) האם אכן גובר רצון אם המנוח על טובת הילד אשר יולד ללא אב, כאשר גם אמו של הילד היא במקרה הזה פונדקאית שלא בהכרח תגדל אותו?

(10) הסיטואציה הזו עלולה, תיאורטית, להביא למצב של יצירת ילד במה שנכנה "לגו של איברים":

(א) זרע - יישאב מגופת אדם מת.

(ב) ביצית - תבוא מתורמת אנונימית.

(ג) הרחם - של פונדקאית.

(ד) גידול הילד - על ידי סבתא או על ידי בן משפחה אחר.

ילד כזה נולד לתוך משבר זהות מיום יצירתו. הוא לא יוכל להשיב בפשטות לשאלה: "של מי אתה ילד?". האם המנוח היה מעוניין לגרום לדבר שכזה רק מכיוון שרוב הציבור רוצה ילדים בנסיבות נורמליות?

האם הסבתא יכולה לכפות מצב כזה על נכד או על בנה המת? האם אם המנוח היא אכן הבעלים של גוף בנה לעשות בו על פי שיקול דעתה, או שמא אין לקרובי משפחה זכויות בגופו של קרובם שנפטר?⁶

לכאורה כשם שברור כי האם אינה רשאית לנטל לה איבר מאברי גופו של בנה המנוח, כדי שישימש לה למזכרת, כך אין היא הבעלים על רקמת תאי הזרע שלו כדי ליצור מהם מזכרת חיה לבנה המת.

(11) ומי בכלל מוסמך ויכול להחליט מה נכון ומה רצה המנוח בסיטואציה שכזו?

דוגמא שניה מתוך כתבה בעיתון "ידיעות אחרונות" ביום 20.3.02 תחת הכותרת "בשם האח": אדם לקה בסרטן ועבר טיפולים כימותרפיים. הוא ידע כי הטיפול עלול להרוס את תאי הזרע שבגופו ועל כן ביקש לשאוב את זרעו לפני תחילת הטיפול ולהקפיא אותו. המחלה הכריעה אותו וכעת השאלה היא האם ניתן לעשות שימוש בזרע שנשאב עוד בחייו כדי להפרות אם פונדקאית.

כאן אין צורך בביצוע שאיבה מגופת הנפטר, אבל חלק מן השאלות שהתעוררו במקרה הקודם שרירות וקיימות גם במקרה זה, שכן המנוח הותיר זרע על מנת להפרות בו אשה שאותה יבחר בעצמו בחייו, ולא כדי ליצור ילד שיוולד לאחר מותו ומאשה שלא הכיר.

דוגמא שלישית: אדם נשוי - שאין לו ילדים - נהרג במפתיע. אשתו רוצה להרות ממנו לאחר מותו ולשם כך לשאוב מזרעו. כאן מדובר במקרה שבו המנוח נישא לאשה והילד יולד לבחירת ליבו של המנוח.

לכאורה קיימת הנחה כי המנוח אכן רצה בילד ממנה וזו היתה אחת ממטרות נישואיו לה, כאשר יחולו כהווייתם דברי כבי' השופטת טובה שטרסברג-כהן בעניין נחמני⁷:

"ניתן לסווג את ההסכמות שבין בני-זוג נשואים להסכמה כללית, עיקרית ומרכזית, שהיא הסכמה לחיים משותפים כבני-זוג ולהסכמות תכליתיות להשגת מטרה ספציפית במסגרת חיי הנישואין, שהחשובה שבהן היא ההסכמה להביא ילדים לעולם".

המת, אלא אדרבה, החיוב לטפל במת ולהביאו לקבורה רובץ עליהם...".

7. דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661, 685.

5. ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מו(2) 793.

6. הרב ד"ר ישראל יעקובוביץ': "ניתוח מתים להלכה ולמעשה", מחנים קב"ב עמ' קי"ד: "בכל התשובות לא מצאתי אף אחת הנותנת יסוד הלכתי לזכות הקרובים להרשות ביתור המת. הם אינם בעלים על

חוק יסוד כבוד האדם וחירותו

סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

בית המשפט העליון קבע לא אחת כי כבוד האדם משמעו גם "כבוד המת" וכשם שזכותו של אדם לחיות בכבוד, כן זכותו למות בכבוד ולנוח בכבוד על משכבו. ובלשון כבי המשנה לנשיא השופט מי אלון בעניין הגר⁹: "ואף זו הלכה פסוקה היא, כי כבוד האדם בעניינו משמעו, בראש וראשונה כבוד המת, היינו רצונו המפורש או המשוער של הנפטר, וכבוד החיים, היינו רצון משפחת הנפטר, אוהביו ואהוביו, המבקשים לכבד את זכר הנפטר".

בהתאם להוראת חוק היסוד נמצא כי לא ניתן לפגוע בשלמות גופו של אדם, בלא שרצונו בכך יהא ברור. זכותו של אדם להתאשפו בבית חולים בלא לחשוש שמא עם פטירתו יהפכו אחרים בעלים על אבריו, יפגעו בשלמות גופו ואף יכריעו עברו האם יוולדו לו ילדים, מי תהא האם הביולוגית של הילדים ומי יגדל אותם.

הטיעון שבבסיס העתירה שנוכרה במבוא הינו, כי הקמת שם לנפטר מזרעו אחריו מתחייבת מן הצורך לשמור על כבוד האדם. אבל, שאלה גדולה היא מהו רצונו של המנוח והספקות בעניין זה כבדים ורבים, כפי שפירטנו לעיל. יש לזכור גם כי זרע שונה מכל רקמה אחרת, ולגבי השימוש ברקמה מסוג זה יש לנקוט משנה זהירות ולוודא כי השימוש אכן מבטא את רצון המנוח.

ממשיים. לדעתי יש לאסור מקרים אלו, למקרה דומה לזה, שהיה אצלנו ביהדסה, לא הסכמתי בשום אופן".
9. ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מו(2) 793, עמ' 801 - 802. כמו כן ר' בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז 2 812, 828; בג"צ 6126/94 סנס נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 866; והחלטת כבי השופט י' שנלר בתיק חסי"מ (חקירת סיבות מוות) 54/00 בבית משפט השלום בפתח תקווה.

"במיוחד יפים הדברים לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו כשכבוד האדם אינו מסתיים עם פטירתו וגם אשר יש להקפיד עם גופתו משום כבוד המת הוא. לעיתים ובמיוחד כשאין בפנינו כל שארים או קרובים, הרי על בית המשפט מוטל התפקיד לשמור על כבודו של המת".

באותו עניין לא נעתר כבי השופט שנלר לבקשת משטרת ישראל לבצע נתיחה שלאחר המוות לחסר-בית, שנמצא ללא רוח חיים וללא סימני אלימות על גופו. בית המשפט קבע כי לא די בטיעון בעלמא בדבר חשש שסיבת מותו של הנפטר אינה טבעית, אלא חייב להיות יסוד סביר לחששות אלה.

10. תפ"ח 854/80 מדינת ישראל נ' ד"ר דולברג, פ"ס"מ מו(2) 446.

דא עקא, שאדם רוצה בילד מאשתו בנסיבות שבהן הוא נשוי לה. האם אותו אדם היה רוצה שיוולד ילד מזרעו גם כשהוא כבר אינו בעולם? שמא נכונים במקרה זה דבריה של כבי השופטת שטרסברג-כהן בעניין נחמני הנ"ל בהמשך המשפט שציטטנו: "ההסכמה הספציפית מתקבלת במסגרת ההסכמה העיקרית והיא בעלת זכות קיום רק באותה מסגרת וכל עוד היא קיימת".

ההסכמה להוליד ילדים נובעת מקשר נישואין ואינה קיימת בהכרח גם לאחר הפטירה, שהרי אדם מן הישוב יכול בהחלט לסבור כי עדיף לה לאלמנתו שלא תישא בעול כלשהו על גבה אלא תינשא לאחר כשהיא חופשיה לגמרי: כמו כן, בהחלט ייתכן כי אדם לא ירצה שאשתו תופרה מזרעו לאחר מותו כאשר סביר להניח שהיא תינשא לאחר והוא שיגדל את ילדו?

מי בוחן כליות ולב של אדם שנפטר ומי יוכל לדעת מה היה עונה אדם זה אילו עלה באוב ונשאל על כך? הכיצד שמים אנו את עצמנו כאפוסטרופוסים על גופו של נפטר ועל רצונו, ועושים בגופו מעשה גורלי ובלתי הפיך של הבאת ילד - על בסיס ספקולציה?

השאלות האתיות בהקשר זה רבות ונכבדות⁸. מבחינה משפטית, נראה כי יש לבחון את הדברים במישורים הנורמטיביים הבאים:

- חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- חוק האנטומיה והפתולוגיה.
- השימוש בזרע של נפטר לאור תקנות בריאות העם.

8. פרופ' שנקר מציין: "מה לגבי קטינים? נראה שלגביהם תהיה אותה נטייה כמו במקרים של תרומת איברים - הסכמה של ההורים. אם מישוה ירצה להשתמש בחומר עוברי חשוב יהיה להפריד את ההסכמה לכך מהעניין של ההפלה. מה עושים כשאדם נפטר באופן פתאומי, ולא חשב על כך מראש? במקרה של זוג נשוי, נראה שאי אפשר להקים למישהו דור אחריו מבלי שהוא עצמו חשב על כך וביקש זאת, או לפחות אלה שנשארו בחיים אחריו. צריך לפחות הסכמה של קרובים מדרגה ראשונה, ואין שום ספק שצריכה להיות ועדה ציבורית שתפקח על כך. אני הצעתי שתהיה תקופת צינון של שנה, כדי שההחלטות לא יילקחו בלחץ הרגשי של הפטירה. מה עושים במקרה של אדם שאינו נשוי, שמעוניינים להפרות אישה בזרעו לאחר מותו? מתעוררת כאן בעיה אתית קשה. לי נראה שאפשר להשתמש בזרע אבל הוא צריך להינתן באופן אנונימי, וההסכמה צריכה להינתן על-ידי המשפחה הקרובה. כאן עולות שאלות נוספות, ואני מדבר על מקרים ממשיים שקרו אצלנו: מה עושים כשאשה מעוניינת להתעבר מזרע של בנה, שנשמר בבנק זרע, והוא עצמו נפטר לאחר טיפול כימותראפי? וכן מה לעשות כשאישה מוכנה לשאת ברחמה עובר שהופרה מביצית של בתה שנפטרה? השאלות האלה נשמעות תאורטיות, אבל אלו הם מקרים

האדם וחירותו כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

מבחינת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הרי שפגיעה בשלמות גופו של נפטר מוגדרת כניוול המת וביזויו¹².

אכן, רצונו של אדם כבודו, ואם קיים רצון ברור ומפורש של אדם לפני פטירתו כי יפגעו בשלמות גופו ויקימו לו שם ושארית מזרעו, הרי שמבחינת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹³ תוסר המניעה החוקית וניכנס לגדרן של הוראות חוק אחרות. אבל, כל עוד אין לנו ידיעה ברורה אודות רצון המנוח, הרי שפגיעה בשלמות גופו ועשיית ספקולציות לגבי רצונו תוך קבלת החלטות גורליות עבורו - סותרת בעליל את הוראת חוק היסוד.

חוק האנטומיה והפתולוגיה

מקור נורמטיבי נוסף בהקשר זה הינו חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג - 1953 (להלן "חוק האנטומיה והפתולוגיה"), המסדיר את הטיפול בגוויות ומתייחס לניתוחים שלאחר המוות¹⁴.

לכאורה נראה כי שאיבת זרע מאשך של נפטר עולה כדי ניתוח גוויה וכדי פגיעה בשלמות גופו של אדם וכי היא חוסה תחת חוק האנטומיה והפתולוגיה. זאת מן הטעמים דלהלן:

א) כדי ליטול זרע מן הנפטר יש צורך בביצוע פעולה פולשנית של התדרת מחט לשק האשכים של הנפטר ושיאיבת רקמה - תאי זרע, ולעיתים אף מעבר לכך. מדובר בפרוצדורה ניתוחית, כאשר חלפו שעות מספר מעת פטירתו של אותו אדם.

כך למשל בעניין ד"ר דולברג¹⁰. רופא מיילד הואשם בין השאר בגניבת זרע, עת שנטל מחצית מכמות הזרע שמסרו גברים לצורך הפריית נשותיהם שנוקקו להזרעה מלאכותית¹¹. ד"ר דולברג השתמש - בלא ידיעת אותם גברים - בעודפי הזרע שלהם שלא נדרשו לצורך הפריית נשותיהם, לשם הפריית נשים זרות. בית המשפט הרשיע את ד"ר דולברג בגניבת זרע וקבע:

"נראה לנו כי הפתרון לשאלה באם הנאשם "גנב" את יתרת הזרע שנותרה ברשותו לאחר בדיקה או לאחר הזרעה אישית, מצוי בהלך המחשבה הבא:

(1) הזרע נמסר לידי הנאשם על-מנת שישתמש בו למטרה מוגדרת: או לבדיקה או להזרעה אישית.

(2) אף שמסירת הזרע לא לוותה בהגבלה מפורשת מצד המוסר, לפיה אין לעשות ביתרת הזרע שימוש לצרכי הפרייה - הרי הגבלה כזו מתחייבת מאליה, בהתחשב בתכונתו הייחודית של הזרע כגורם "מפרה".

(3) לגבי דינו, לא יכול להיות ספק בכך, שכל בר-בי-רב מבין ויודע, כי בשל תכונת ההפרייה המייחדת זרע מכל "דבר" אחר - אין לעשות בו שימוש לצרכי הפרייה, אלא בהסכמה מפורשת של בעליו".

הנה כי כן, מחמת תכונת ההפרייה של הזרע יש צורך לוודא כי נטילת זרע לאחר המוות לצורך הפרייה אכן משתלבת בוודאות עם רצון המנוח.

כל עוד לא ברור לנו רצונו של המנוח, לא ניתן לפגוע בשלמות גופו, שהרי פגיעה זו - מחללת את כבודו. בהקשר זה יש לזכור כי במסגרת התרבותית שבה אנו חיים, כבודו של אדם מחייב, כי יובא למנוחות כשכל אבריו עמו. סעיף 1א' לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד

10. ללא הסכמה של הנפטר כמובן שהדבר אסור. אך אם קיימת הסכמה מפורדת או אפילו אומדן ברור שזה רצונו, אז אין בכך איסור. נציין שעל פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור וללא סיבה כזו המצב הטבעי הוא היתר. לעניין זה נוגעת גם העובדה שהתורה החשיבה מאוד את הרצון האנושי להשארת שם וזכר בעולם כפי שניתן ללמוד מפרשת יבום".

11. לסקירה אודות הרקע החקיקתי של החוק וגלגוליו ראה: ש' פריש "ההיבטים המשפטיים של השתלת האיברים", שערי משפט ב(2) 133; א' כרמי, סיעוד במשפט (תשמ"ד), עמ' 649; א' הכהן "משפט ורפואה ב"מדינה יהודית ודמוקרטית": בין אנטומיה של חוק לפתולוגיה של יחסי דת ומדינה", שערי משפט ב(2) 189; אנציקלופדיה הלכתי רפואית, בעריכת פרופ' אבדהם שטיינברג, כרך ו', ירושלים תשנ"ו, ערך "ניתוח המת".
12. ליפשיץ "ניתוחים בגופות אדם ושימוש בחלקי גופות לצרכי מחקר - סקירה משפטית", אסיא כרך יח', עמ' 131.

11. הפרייה מלאכותית מהבעל לאשתו הידועה כ-A.I.H. (Homologous Husband Artificial Insemination). לסקירה משפטית בעניין זה ר' מאמרה של ע' קפלן "הפרייה מלאכותית", עיוני משפט ב 110, 111.
12. ר' אנציקלופדיה הלכתית רפואית בעריכת פרופ' אבדהם שטיינברג, כרך ו' בערך "ניתוח המת", באות ד' "עקרונות ויסודות". שם מצוין כי פגיעה בשלמות גופו של אדם לאחר מותו מנוגדת לשישה עקרונות יסודיים (א) איסור ניוול המת וביזויו; (ב) ביטול מצוות קבורה; (ג) איסור הלנת המת; (ד) איסור הנאה מהמת; (ה) גזל המת - יש הסבורים כי עיקרון זה אינו נדחה אפילו בפני פיקוח נפש. ו) קדושת ישראל.
13. להשוואה: ר' הרב זלמן נחמיה גולדברג "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת", אסיא ס"ה - ס"ו (אלול תשנ"ט).
ש. "האם מותר לשאוב זרע מכיס האשכים של גבר מת על מנת להפרות את אשתו ולהשאיר לו זכר בעולם?"

ב) פעולה פולשנית בגופו של אדם מהווה ניתוח. המושג "ניתוח" אינו מוגדר בחקיקה במישרין, אך תקנות בריאות העם (רישום מרפאות), התשמ"ז-1987, מגדירות "כירורגיה" - כ"פעולה רפואית פולשנית באדם".

ג) לא למותר לציין כי קיומו של "חדר ניתוח"¹⁵, מהווה תנאי לרישוי מרפאה שבה מבוצעת פעולת כירורגיה.

ד) זאת ועוד, במקרה דנא הפעולה הפולשנית מסתיימת בנטילת רקמה. זרע אינו שונה מכל רקמת גוף אחרת של הנפטר, כגון: דם, עור, עצם וכו'.¹⁶

ה) נטילת רקמה מגוויה מהווה אפוא "ניתוח שלאחר המוות", עליו חל חוק אנטומיה והפתולוגיה.¹⁷

הכלל הקבוע בחוק האנטומיה והפתולוגיה הוא כי לא יבוצע ניתוח שלאחר המוות בגוויה, למעט במקרים הקבועים בחוק, ואלו הם:

א) **ביתור גוויה בבית ספר לרפואה לצרכי לימוד ומחקר.** אם, ורק אם, המנחה הסכים שגוויתו תשמש למטרות מדעיות.¹⁸ ההסכמה צריכה להינתן בכתב, על גבי אחד הטפסים

15. בתוספת השלישית לתקנות אלה נאמר:

תנאים לרישום מרפאה שבה מבוצעות פעולות של כירורגיה קטנה.

1. תנאים פיזיים:

(א) **חדר ניתוחים מופרד מיתר חלקי המרפאה הכולל: שולחן**

ניתוחים, סידורי חשמלות ואורה ומיתקן רחיצת ידיים בסמוך לחדר הניתוחים;

שטח חדר הניתוח יהיה 15 מ"ר לפחות...".

16. אך ר' הגדרת "איבר" בסעיף 1 להצעת חוק השתלת איברים, תשנ"ט - 1999: "איבר: איבר או חלק מאיבר או רקמה של אדם הניתנים להשתלה, למעט דם, מח עצם, ביצית ותא זרע".

17. מעניין לציין לעומת זאת את פסק ההלכה של הרב משה פיינשטיין באגרות משה יורה דעה ב' קנ"א, לפיו ניוול המת נחשב רק מה שנקרא ניוול לגבי אדם חי, כגון קטיעת אבר מאבריו. לעומת זאת פעולות שאצל אדם חי אינן בגדר ניוול, לא תחשבה לניוול אצל מת. על כן, מותר לדבריו לכל הדעות להחדיר מחט למת ולשאוב ממנו דם ורקמות, וכן מותר להחדיר מכשיר לגופו כדי לראות את הנעשה בחלל גופו.

18. ס' 2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה קובע: "גוייתו של אדם שהסכים בכתב כי תשמש למטרות מדעיות, מותר לבתרה בבית ספר לרפואה לצרכי לימוד ומחקר".

19. בתקנות האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ד - 1954 נקבעו שלושה סוגי טפסים:

ד) טופס הסכמה לביתור גוויה לצרכי לימוד ומחקר, שבו מסכים האדם כי גוויתו תשמש למטרות מדעיות.

ה) טופס הסכמה בלתי מסוייגת לניתוח גוויה, שבו מסכים האדם שגוויתו תנותח.

ו) טופס הסכמה לניתוח גוויה לשם הוצאות חלקים לריפוי של אדם, שבו מסכים האדם שגוויתו תנותח לאחר פטירתו לשם הוצאות חלקים ממנה לריפוי של אדם.

שנקבעו בתקנות¹⁹.

ב) **סכנה לבריאות הציבור.** היתה סכנה מוחשית ומיידית לבריאות הציבור, והתעורר צורך דחוף ומיוחד בניתוח גוויה, מותר לנתחה כדי למנוע סכנה כזאת.²⁰

ג) **אירוע רב נפגעים.** בעת מלחמה או פיגוע המוני או תאונה או אסון רב נפגעים, מותר לרופא לנתח גוויה²¹ לשם טיפול באדם שנפגע באותו אירוע. ההיתר מתייחס לניתוח שבו הגוויה המנותחת הינה של אדם שנפטר אף הוא באותו אירוע.²²

ד) **הצלת עובר.**²³ ניתן לערוך "ניתוח קיסרי" באשה בהריון שנפטרה כשהיא נושאת עובר חי ברחמה, ודבר זה כלל אינו מוגדר כניתוח שלאחר המוות.²⁴

בבית המשפט המחוזי בירושלים²⁵ נדון מקרה שבו אשה חסויה היתה בשבוע ה-28 להריון. אושפזה במחלקה לטיפול נמרץ נשימתי והיה חשש כי הידרדרות במצבה תביא למותה. היועץ המשפטי לממשלה פנה לבית המשפט כדי שיקבע כי

בעקבות פרשת החייל בוגלו (עת שהתברר כי רופאי וחובשי צה"ל התאמנו על גופת לצורך ביצוע פרוצדורות ניתוחיות הנדרשות בשעת חירום כגון פיוס קנה) נתקנו בשנת 2001 תקנות האנטומיה והפתולוגיה (תיקון), תשס"א - 2001 ונוסף טופס הסכמה מיוחד (טופס 2א) לשם הכשרת רופאים לביצוע פעולות ניתוחיות מצילות חיים.

20. סעיף 10 לחוק האנטומיה והפתולוגיה קובע: "על אף האמור בחוק זה, אם היתה סכנה מוחשית ומיידית לבריאות הציבור והתעורר צורך דחוף ומיוחד בניתוח גוויה כדי למנוע סכנה זאת, מותר לנתחה; שר הבריאות יתקין, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, תקנות לגבי סכנה כאמור.

בשנת 1985 הפעיל שר הבריאות את סמכותו והתקין את תקנות האנטומיה והפתולוגיה (ניתוחים במקרים מיוחדים), תשמ"ה - 1985 בהן נקבעו הנסיבות בהן רשאי מנכ"ל משרד הבריאות להורות על נתיחה לאחר המוות למניעת סכנה מוחשית לבריאות הציבור. מדובר כעקרון בחשש למגפה או מחלה שאינה מוכרת בישראל או מחלה בלתי מזוהה או בפטירה פתאומית בבית החולים.

21. ס' 6ד לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

22. זו דעתו של פרופ' א' כרמי, בעמ' 652 לספרו הנ"ל.

23. ס' 6ג לחוק האנטומיה והפתולוגיה קובע: "הוצאת יילוד מגופה של נפטרת כדי לאפשר לו חיים, לא יראו בה ניתוח לענין חוק זה".

24. הגיונה של קביעה זו יכול להיות מוסבר ב'רציונל המופיע בפסק ההלכה של הרב פיינשטיין הנזכר בהע"ש 16 לעיל, לפיו כל פעולה אשר בהתבצעה באדם חי אינה מוגדרת כניוול, אינה נכללת בהגדרת ניתוח של המת.

25. פסק דינו של כב' השופט י' בזק בתיק מא. 103/92 **היועמ"ש נ' פלונית**, פורסם באסיא חבורת ס"ה - סו (ספטמבר 1999).

26. מקרה זה מלמד כי לא כל אדם רוצה בהיולדות ילד שיהא יתום מלידה, וההנחה של העותרת בעתירה המובאת במבוא לפיה כל אדם רוצה בהולדת ילדים גם בסיטואציה מסוג זה אינה תמיד נכונה.

במקרה של מות האשה, יבצעו הרופאים ניתוח קיסרי ויילדו את העובר. הדבר מותר כאמור על פי חוק האנטומיה אך התעורר קושי כיוון שבעלה של החסויה התנגד נחרצות להצלת העובר אם תיכנס החסויה למצב של מוות קליני²⁶. בית המשפט קבע בהקשר זה: "לא יעלה על הדעת כי רופאים המושבעים ועומדים לעשות כל שביכולתם להציל חיי אדם, יעמדו על הדם ויניחו לעובר שלפנינו למות לאט לאט במעי אימו לאחר מותה, בעוד יש בידם להצילו ולתת לו חיים על ידי הוצאתו המיידית מגופה. הפרופ' שנקר ציין כי מדובר בעובר שיש לו חיים ויש לו זכות לחיות. אין בעיני ספק כי חובתם המוסרית של הרופאים להצילו ולהחיותו לבל יהיה כנפל אשר "בהבל בא ובחושך ילך ובחושך שמו יכוסה" (קהלת ו' ד')... ונראה לי כי זו גם חובתם המשפטית. אף אם אין על כך הוראה מפורשת בחוק הישראלי. לדעתו של פרופ' ג' טדסקי "הזכות להיוולד" אינה קיימת בחוק שלנו²⁷ הרי חלים בענייננו הוראות המשפט העברי מכת חוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980. על פי המשפט העברי אין כל ספק כי לעובר במעי אימו - מכל מקום כשמדובר בשלב כה מתקדם של ההריון - יש זכות להיוולד ולחיות ומצווה להצילו ולתת לו חיים".

ה) ניתוח הדרוש לשם קביעת סיבת המוות²⁸. שלושה רופאים חתמו על תעודה לפיה יש צורך בניתוח לשם קביעת סיבת המוות ניתן לנתח את הגווייה, בתנאי שבני משפחת המנוח לא התנגדו לכך ובתנאי שהמנוח לא התנגד לכך²⁹.

ו) ניתוח הדרוש לשם ריפוי של אדם. שלושה רופאים חתמו על תעודה לפיה יש צורך בניתוח לשם שימוש בחלק של

הגווייה לצורך ריפוי של אדם. הכוונה היא לניתוח גופה למטרה מחקרית - לשם חקר מחלות וצבירת מידע רפואי. גם ניתוח על פי מטרה זו מותר בכך שבני משפחת המנוח לא התנגדו ובתנאי שהמנוח לא התנגד לכך³⁰.

ז) ניתוח הדרוש לשם הצלת חיים. שלושה רופאים מאשרים בכתב כי הניתוח בגווייה דרוש לשם הצלת חיים. מותר לבצע את הניתוח בגווייה אלא אם כן התנגדו לכך בני משפחתו של המנוח. אם התנגד האדם בחייו לניתוח גופתו לשם הצלת חיים - לא ינותח³¹. כמו כן, אם המנוח לא הביע את דעתו רשאים בני משפחתו להתנגד ואולם המועד להתנגדות נגזר מדחיפות הפעולה³². אם לא הצליחו לאתר את אחד מבני המשפחה - הניתוח מותר ובלבד שנעשה ניסיון סביר למסור את ההודעה.

בסעיף 6(ג)2 לחוק נקבעה רשימה של איברים שנחשבים כשימושים בגווייה לשם הצלת חיים, כדלהלן:

"בלי לפגוע בכלליות האמור בפסקה (1), שימוש בקרנית של נפטר להשתלה באדם פלוני להצילו מעיוורון, שימוש למניעת ליקוי בראייה או בשמיעה, שימוש בכליה של נפטר, ושימוש ברקמות עור של נפטר להשתלה להציל חייו של אדם פלוני הם שימושים בחלקי גווייה להצלת חיים".

נמצא כי בכלל "הצלת חיים" יש גם שיפור חיים, כגון השתלת קרנית אצל עיוור.

רשימת האיברים שעשויים לשמש לשם הצלת חיים אינה רשימה סגורה ולא כלולים בה למשל השתלת לב או ריאות,

הנפטר, הוריו, הורי הוריו, צאצאיו, אחיו ואחיותיו".

30. כדי לוודא כי בני המשפחה יוכלו להביע את דעתם נקבע בס' 6(ב)1 לחוק האנטומיה והפתולוגיה:

"לא תנתח גווייה לפני תום חמש שעות לאחר מתן הודעה על הפטירה לאחד מבני המשפחה; ימי שבת ומועדי ישראל, ולגבי בן משפחה שאינו יהודי - שבתה וימי חגיה של עדתו, לא יבאו במנין חמש השעות האמורות".

לעומת זאת, במקרה שבו דרוש הניתוח לצרכי ריפוי יתכן והשתתות יתרה תפגע בסיכויי ההצלחה של הניתוח. על כן מורה סעיף 6(ב)2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה:

"על אף האמור בפסקה (1), אם היה הניתוח דרוש כדי להשתמש בחלק מהגווייה לריפוי של אדם, תימסר על כך הודעה לאחד מבני המשפחה בזמן סביר לפני עשיית הניתוח".

31. סעיף 6(א)2 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

32. סעיף 6(ג)1 לחוק האנטומיה והפתולוגיה.

27. G. Tadeski "On Tort Liability for Wrongful Life", 1 Is. L. Rev. (1996) 513, 527.

28. ס' 6(א) לחוק האנטומיה והפתולוגיה קובע:

"מותר לרופא לנתח גווייה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם, אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות, כי הניתוח משמש לאחת המטרות האמורות".

29. ניתן לנתח גווייה גם במקרה של התנגדות בני משפחה וזאת בנסיבות הקבועות בחוק חקירת סיבות מוות, תשי"ח - 1958, הקובע בס' 19:

"מת אדם ויש יסוד סביר לחשש שסיבת מותו אינה טבעית או שמותו נגרם בעבירה, וכן מת אדם בהיותו נתון במעצר או במאסר או בהיותו מאושפז בבית-חולים לחולי-נפש או במוסד סגור לילדים מפגרים, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו, קצין משטרה, רופא או כל אדם מעוניין, לבקש מאת שופט של בית משפט השלום שבתחום שיפוטו אירע המוות או נמצאת הגווייה (להלן שופט חוקר) לחקור בסיבת המוות. בסעיף זה, "אדם מעוניין" - בן זוגו של

ואכן המחוקק נוקט בלשון "מבלי לגרוע מכלליות האמור".

חוק האנטומיה והפתולוגיה לא צפה כלל את הסיטואציה דנא ואין תימה כי שאיבת זרע מגוויה אינה נופלת לכאורה למסגרת אחד משבעת החריגים האמורים לכלל לפיו אין לבצע ניתוח בגויה. ממילא פרוצדורה כזו מהווה עבירה על חוק האנטומיה והפתולוגיה המהווה גם נורמה פלילית³³.

אכן, קיימת אפשרות (דחוקה מאוד) לטעון כי הפריה מהווה חלק מהליך רפואי המתבצע בבת הזוג של הנפטר, אך מכיוון שבפועל אין המדובר בריפוי של בת הזוג ע"י הזרקה הורמון מסויים לאישה, אלא ביצירת אדם חדש, תוך שימוש בביצית של בת הזוג ובזרעו של הנפטר - לא נראה כי מדובר בריפוי של אדם. אף חריג זה לחוק הפתולוגיה אינו חל במקרה דנא. הדברים נכונים במיוחד עת שאין לנפטר בת זוג ואנו תרים אחר אם פונדקאית, שאז גם פירוש דחוק זה, אודות ריפוי של בת הזוג - אינו קיים.

בהקשר זה יש לשים אל לב כי החוק מאפשר נטילת איבר מגופו של אדם מת אך ורק לצורך הצלת חיים אך לא לצורך יצירת חיים חדשים. מבחינה זו הדברים ברורים, שכן באיזון האינטרסים הקיים בחברה, ניתן ערך עליון לעקרונות קדושת החיים. ממילא כאשר בפנינו אדם חי שחיינו נתונים בסכנה - הרי שהכל נדחה מפני פיקוח נפש, ואנו מקריבים את הערך של שלמות גופו וכבודו של הנפטר כדי להציל חיים.

לעומת זאת, אין בחברה שלנו ערך מקודש ועליון של יצירת חיים, אשר מחמתו נוכל לדחות ערכים אחרים של כבוד המת. לכן החריג שנקבע בחוק האנטומיה והפתולוגיה לגבי הצלת חיים אינו חל גם לגבי יצירת חיים חדשים.

יתרה מכך: החוק ייחד חריג מפורש העוסק בביצוע ניתוח קיסרי לנפטרת לשם הוצאת הולד. חריג זה מלמד כי אפילו ניתוח גופה לשם הצלת עובר לא נכלל בגדר הצלת חיים והמחוקק נדרש לציין במפורש כי גם הצלת חיי עובר דוחה את הכלל בדבר איסור הפגיעה בשלמות גופו וכבודו של הנפטר. ממילא ברור כי יצירת חיים, שאינה מהווה הצלה של עובר שהוא כבר

בר חיות, אינה בגדר החריג של הצלת חיים.

בהקשר זה ראוי לציין פסק דין מעניין של כבי' השופט יהושע גייפמן³⁴ בבית המשפט לענייני משפחה ברמת-גן: אם של ילדה ביקשה ליטול דגימה מדמו של אדם שנפטר, במטרה להוכיח כי המנוח היה אבי בתה של המבקשת. בית המשפט פסק: "בהיעדר הוראת חוק מפורשת אין להורות על נטילת דגימה מגופת נפטר לצורך הוכחת אבהות".

פסק דין זה מבטא את הכלל לפיו לא מבצעים ניתוחי מתים אלא אם כן הותר הדבר במפורש בחוק. כיוון שהחוק לא התיר במפורש ביצוע ניתוח לשם נטילת זרע מנפטר - אין לעשות כן. גם מפסק דין זה ניכר כי נטילת רקמה מנפטר מהווה ניתוח האסור על פי חוק האנטומיה והפתולוגיה.

הדין המצוי על פי חוק האנטומיה והפתולוגיה הוא כי אין לאפשר ניתוח לשם הוצאת תאי זרע מגופו של אדם. יתרה מכך, הפוך בו והפוך בו בחוק האנטומיה ולא תמצא בו לכאורה היתר לנתח גוויה לשם נטילת זרע, גם אם המנוח הסכים לכך בחייו.

א) החוק קובע בסעיף 2 כי אדם יכול להסכים לביתור גופתו לצורכי לימוד ומחקר. שאיבת זרע לצרכי הפריה אינה נופלת לגדר חריג זה.

ב) סעיף 6 לחוק האנטומיה והפתולוגיה מתייחס לניתוח לשם קביעת סיבת מוות ולצרכי ריפוי של אדם. ובהקשר זה קובע סעיף 6א(ג) כי אם הסכים אדם שגוויתו תנותח, מותר לנתחה על אף התנגדות של כל בן משפחה. מאידך סעיף 6א' לחוק מתייחס אך ורק לניתוחים הבאים בגדר סעיף 6 לחוק, ושאיבת זרע אינה נופלת לגדר החריג של קביעת סיבות מוות וצרכי ריפוי.

ג) סעיף 1 לחוק מגדיר הסכמה כך: "הסכמה שניתנה מרצון חופשי ומתוך דעה צלולה בטופס שנקבע בתקנות". התקנות מתייחסות לטפסים הנוגעים לביתור גופה לצרכי לימוד, לריפוי של אדם ואף להכשרת רופאים לביצוע פעולות ניתוחיות מצילות חיים. אין טופס המתייחס להסכמה

שלאחר הפטירה, מסוכלת במישור הפרקטי כל אפשרות להכריע בנושא בבית המשפט. עם זאת, כל עוד הדברים לא עוגנו בהוראת נוהל מפורשת של היועץ המשפטי, בעניינינו לכאורה דבר המחוקק בנורמה פלילית. שאין להרהר אחר מידותיה ואין להסתכן בהפרתה.
34. תמ"ש 8029/96 פלוגית נ' ביי"ח וולפסון, דינים משפחה, כרך א' 74.

33. סעיף 7 לחוק האנטומיה והפתולוגיה. ביום עיון בעניין זה ביום 22.5.02 (אשר בגדרו גם נמסרה ההרצאה דנא) הביע כבי' היועץ המשפטי לממשלה, מר אליקים רובינשטיין, את דעתו כי אין להעמיד לדין פלילי רופא העוסק בעניין זה. עוה"ד מירה היבנר, היועצת המשפטית של משרד הבריאות, סברה כי אין מקום לדין משמעתי עקב שאיבת הזרע מגופו של הנפטר; מה עוד שאם לא נעשה כן במשך השעות הקרובות

במקרה של הפריה מלאכותית נעשה מעשה רצוני, מדעת, שהשפעתו על הילד איננה תוצאה של אסון קואינצידנטלי, אלא של תכנון מראש.

זאת ועוד, ההפריה בזרעו של מת איננה נובעת ממימושה של זכות משפטית מוקנית כלשהי להפריה פוסט-מורטלית, אשר עליה יכולים היו להישען אלו הטוענים ללגיטימיות ולהעדר פגם בהפריה שלאחר המוות.

מכאן ההשקפה, למשל זו של פרופסור כריסטיאן שטרק, הגורסת כי יש לאסור באופן החלטי על השימוש בזרע של מי שנפטר.

השופט שמגר אינו מקבל את גישתו של פרופי שטרק שכן מבחינת הדין בישראל: **"האבהות החסרה איננה נחוצה אצלנו אפוא כפגם המונע באופן החלטי את ההפריה. ניתן לשער כי יש בכך הד לחיזוק העקיף של ההכרה החברתית במעמדה של האם הבלתי-נשואה והמשפחה החד - הורית"**.

כבי הנשיא שמגר אינו מנתח במאמרו את הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה. הוא מתמקד במימד המוסרי ומציין כי על אף העקרון לפיו מוקנית לאדם הזכות להורות לפעול לאחר מותו על פי מאוויו והחלטותיו, הרי שיש מקום לומר כי הזכות האמורה אינה קיימת כאשר אדם מורה לבצע הפריה לאחר מותו. ובלשונו:

"צוואה שביצועה בלתי מוסרי - בטלה.

האם יש בהפריה בזרעו של מת אי-מוסריות? השקפה מקובלת בין אנשי המדע האירופאים גורסת, כי יש לקבוע כמסקנה סבירה כי הסכמה למתן זרע לשם הפריה צריכה להינתן בזמן בו מבוצעת ההפריה.

לפי החוק הבלגי, למשל, הסכמה כללית מראש אינה תקפה. לפי החוק השוויצרי, הסכמה כאמור מתבטלת עם המוות. הסברה המשפטית המונחת ביסודן של תיזות אלו היא כי אין בכך התערבות בחופש ההחלטה להביא לריבי, אלא רק סירוב להאריך את תוקפה של הזכות מעבר לגבולותיה הנורמליים".

הנה כי כן, בפנינו גישה שהגינה בצידה, לפיה ההחלטה להפרות היא החלטה גורלית ומבטאת את הלך רוחו הנפשי ורצונו הכמוס

אכן, בהקשר זה הדברים צורמים לכאורה מבחינת הדין המצוי, שהרי אם אדם יכול להסכים לביתור גויתו על ידי סטודנטים לרפואה וכן אם הוא יכול להסכים כי גויתו תשמש לשיפור איכות השמיעה או הראיה של זולתו, מדוע לא נתיר לו להביע את הסכמתו לשמר את זרעו ולהקים לו שם ושארית? אך מבחינת הדין המצוי, הרי בפנינו נורמה פלילית שאינה כוללת חריג המאפשר הגשמת רצונו של המת בעניין זה.

מכל מקום, אף אילו היה נמצא פתח פרשני המאפשר להביא בחשבון שיקולים של דין רצוי, ספק אם היה הדבר מביא לפרשנות המאפשרת לבצע פרוצדורה של הפריה על פי רצון המת - לאחר מותו. זאת מכיוון שמלבד המצווה לקיים את דברי המת, יש להביא בחשבון בהקשר זה אינטרסים חברתיים נוספים. ראש וראשון לשיקולים אלה הינו עקרון טובת הילד, שהוא אינטרס חברתי בעל ערך סגולי גבוה. בהקשר זה יפים דבריו של כבי נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר³⁵.

"להבדיל מן ההפריה המלאכותית המבוצעת בהסכמה בזמן חייהם של שני בני הזוג, עולה השאלה האם מותרת הפריה בזרע הבעל אחרי מותו של הבעל. העדרו, מעיקרו, של אב חי לילוד, ברורה בנסיבות כאלה מראש, היינו לפני תחילת תהליך ההפריה.

לפי אחת מן ההשקפות הנוהגות בארצות הקונטיננטל האירופאי, יש בכך משום פגיעה בעתידו של הילד, כי לא יהא מי שיוכל לשאת בחובה החוקתית של האב כלפי ילדו. ביטוייה של החובה, למשל, בסעיפים 14 ו-15 ואילך לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, לפיהם אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצורכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח יד...

על כן, גורסים בעלי השקפה זו שאין להתיר הפריה בזרעו של מי שכבר הלך לעולמו (בין אם הוא הבעל ובין אם הוא התורם).

לשם חידוד הסוגיה, מבהירים אלה הטוענים לקיומו של פסול בהפריה מרעו של מת, כי אין כל מקום להשוות את הנסיבות הנוצרות עקב הפריה בזרעו של מי שאותה שעה כבר הלך לעולמו, אל אסונות הקורים אחרי ההפריה הטבעית או המלאכותית, כאשר מתקפחים חיי האב אחרי שאשתו

35. מ' שמגר "סוגיות בנושא הפריה ולידה", הפרקליט לט, 21, 33. עמ' 33 - 34

והאינטימי ביותר של האדם. לא ניתן לעשות גזירה שווה בין הלכי רוח של אדם בזמנים שונים ובמצבים שונים. על כן, ההסכמה של אדם למתן זרע לשם הפריה צריכה להינתן בסמוך למועד שבו מבוצעת ההפריה, ואין ליישם לאחר המוות הוראות שנתן אותו אדם - בחייו. דברים אלה קל וחומר מקום שבו חל שינוי נסיבות בין המועד שבו ניתנה ההסכמה לבין מצב הדברים לאחר הפטירה (כגון אם נולדו לו בינתיים ילדים בחיו, או אם הורעו היחסים בינו לבין בת זוגו וכיו"ב).

שימוש בזרע של נפטר - לאור תקנות בריאות העם

עד כה עסקנו בשאלה האם ניתן לשאוב זרע מנפטר, לאור הוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק האנטומיה והפתולוגיה. אולם, בכך לא מתמצה הדיון, שכן להלן נראה כי גם לאחר שכבר מצוי בידינו זרעו של המת, אין לכאורה מקום מבחינה חוקית לעשות שימוש בזרע האמור לצורך ביצוע הפריה.

עיון בנהלי משרד הבריאות מלמד כי לדעת המשרד יש מקום למסור זרע שנלקח מאדם טרם פטירתו לאלמנתו המבקשת לעשות שימוש בזרע בעלה המנוח כדי להרות ממנו לאחר מותו.

א) בסעיף 28 לכללים שנקבעו בשנת 1989³⁶ נקבע:

"זרע של גבר, שנפגע או עלול להפגע במערכות ייצור הזרע כתוצאה לנפגעים ממחלה ממארת, קרינה או בנסיבות אחרות, ישמר לתקופה של חמש שנים אלא אם ביקש בכתב שמירת הזרע לתקופה נוספת. יש להשמיד זרע עם פטירתו של אדם"

ב) אולם, בשנת 1990 תוקן הנוהל³⁷ ונקבע:

"יש להשמיד את הזרע לאחר פטירתו של האדם, אלא אם כן הגיעה בקשה בכתב של אשתו, וזאת לא יאוחר משנה מיום פטירתו".

נהלים אלה מתייחסים אך ורק לאדם נשוי שנפטר. הם אינם מתייחסים לפנוי שנפטר והותיר קרובי משפחה אחרים (כגון אם או אחות) המבקשים לעשות שימוש בזרע האמור לצורך הקמת שם ושארית למת.

אולם, בעוד שבנהלים יש לכל הפחות הסדר המאפשר שימוש בזרעו של המת על ידי מי שהיתה אשתו, הרי שעיון בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) מוליך למסקנה כי הדברים אסורים בתכלית. בהקשר זה יושם לב להוראות הבאות:

א) תקנה 10 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית), תשמ"ז - 1987 קובעת:

"א. בביצית שניטלה מאשה נשואה שנפטרה לא ייעשה שימוש.

.....

ד. ביצית, לרבות ביצית מופרית שניטלה מאשה פנויה שנפטרה, לא תושתל באשה אחרת אלא אם כן, טרם פטירתה, נתנה התורמת הסכמה לתרומת הביצית".

ב) בהתאם לתקנות אלה נמצא כי כאשר אשה נשואה הפקידה ביציות בחייה לצורך ביצוע הפריה - יש להשמיד אותן עם פטירתה, ואין לעשות בהן כל שימוש.

ג) גם ביציות של אשה פנויה שתרמה ביציות ונפטרה אינן יכולות לשמש לצרכי הפריה, אלא אם כן נתנה המנוחה הסכמה לכך עוד בחייה.

ד) אין כל היגיון להבדיל בעניין זה בין ביצית של אשה לבין זרע של גבר. ודבר המחוקק לגבי ביציות - האוסר לעשות בהן שימוש מפרה לאחר פטירת בעלת הביציות - נכון כהוויתו גם לגבי זרע של גבר שנפטר.

ה) אדרבה, הדברים האמורים לגבי ביצית נכונים מקל וחומר, ביחס לזרע, שהרי ביחס לביציות קיים מחסור כידוע ועל אף זאת הורה המחוקק שלא להשתמש בביציות של אשה שנפטרה.

ו) אולם איננו זקוקים ללימוד על דרך של גזירה שווה או על דרך של קל וחומר, שהרי ישנה הוראה מפורשת של המחוקק המשווה את הנורמות החלות על האשה ועל האיש. הכוונה לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א - 1951 הקובע בס' 1א: "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית..."³⁸.

ז) כשם שנקבע בסעיף זה כי האשה שווה לאיש, מחייב אותו עקרון של שוויון להחיל על האיש את הנורמות החלות על

אקט משפטי הנוגע לאשה "בין שהיא נושא או נשוא הפעולה". הסעיף האמור מבטיח לאשה מעמד שווה לזה של האיש לא רק לגבי הכשרות ל"פעולה" במובן הצר של המילה אלא מכל בחינה משפטית.

36. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 14/89 בנושא ניהול בנק זרע.

37. חוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 4/90 בנושא ניהול בנק זרע.

38. בע"א 337/61 לובינסקי נ' פקיד שומה תל אביב, פ"ד טז 403, 406 קבע כבי' השופט ויתקון כי המונח "כל פעולה משפטית" מתייחס לכל

האשה, שאם לא כן נמצאת מפלה בין המינים.

מחללת את כבודו. בהקשר זה יש לזכור כי במסגרת התרבותית שבה אנו חיים, כבודו של אדם מחייב כי יובא למנוחות כשכל אבריו עמו. כמו כן נראה כי בהתאם לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) נמצא כי כשם שאין להתיר שימוש בביצית של אשה נשואה לאחר מותה, כך אין להתיר שימוש כזה ביחס לזרעו של אדם שנפטר.

ג) שאיבת זרע מכיס האשכים של גבר רווק שנפטר - לפי בקשת קרובים אחרים (הורים או אחים ואחיות) על מנת להפרות בזרעו של הנפטר אשה זרה.

כאן מתווסף לכל האמור לעיל גם האלמנט של בחירה הכופה על המנוח מי תהא אם ילדיו ומי יגדלם, והדברים מהווים פגיעה חמורה עוד יותר בכבודו של הנפטר. נראה בעליל כי בהתאם להוראת חוק היסוד לא ניתן לפגוע בשלמות גופו של אדם, בלא שרצונו בכך יהא ברור, ולא ניתן להחליט עבורו האם יולדו לו ילדים, מי תהא האם הביולוגית של הילדים ומי יגדל אותם.

המורם מן הדברים הוא אפוא כי על פי האקלים המשפטי הנוכחי והוראות הדין המצוי, החוק אוסר נטילת זרע ורקמת אשך מגופת נפטר בכל אחד מן המקרים הנ"ל.

דא עקא, שבהתאם לדרך ניתוח זו נמצאו מגיעים לתוצאה מאוד בלתי צפויה, המבדילה בין איש נשוי לאיש פנוי באופן הפוך מן המצופה. האנלוגיה המשפטית בין זרע לבין ביצית והחלת תקנה 10 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ גופית) גם לגבי זרע מובילה למסקנה לפיה זרעו של איש נשוי - יושמד גם אם בפנינו הסכמה מפורשת מצידו לעשות שימוש בזרע לאחר מותו לצורכי הפריית אשתו. לעומת זאת, ניתן לעשות שימוש בזרעו של פנוי שהביע הסכמה לכך בחייו.

מן הראוי איפוא לתקן את החוק בהקשר זה ולקבוע מפורשות כי ניתן לעשות שימוש בזרעו של אדם נשוי לאחר מותו לצרכי הפריית אלמנתו וכמו כן מן הראוי לקבוע חריג בחוק האנטומיה והפתולוגיה שיאפשר שאיבת זרע לאחר פטירה אם אכן ניתנה הסכמת המנוח לכך עוד בחייו. כל עוד לא בוצע תיקון זה בחקיקה - שאיבה של זרע מן המת וכן השימוש בו אסורים על פי דין.

סיכום

נתייחס לשלוש סיטואציות:

א) שאיבת זרע מכיס האשכים של גבר מת - לפי בקשתו בחייו;

פעולה זו אינה סותרת את הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי מדובר בפעולה בהתאם לרצונו של אותו אדם. היה מן ההיגיון כי היא לא תהא אסורה גם על פי הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה, אלא שבפועל ראינו כי על פי נוסח החוק הקיים הדבר אסור ומהווה עבירה פלילית.

ב) שאיבת זרע מכיס האשכים של גבר מת - על מנת להפרות את אלמנתו לפי בקשתה כאשר המנוח לא התייחס לעניין זה בחייו;

במקרה זה - הפעולה סותרת לכאורה גם את הוראת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. כל עוד לא ברור לנו רצונו של המנוח, לא ניתן לפגוע בשלמות גופו, שהרי פגיעה כזאת

