



הכנסת
הלשכה המשפטית
תחום חקיקה ומחקר משפטי

הפרייה לאחר המוות על פי המשפט העברי

י"ד באייר התשע"ז

10 במאי 2017

כתיבה: עו"ד ירון אונגר

אישור: עו"ד הודיה קין, ממונה בכירה (חקיקה ומחקר משפטי)

תוכן העניינים

2	תמצית
4	1. רקע כללי
5	1.1 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה
6	1.2 פסיקת בתי המשפט
7	1.3 מסגרת הדיון
8	1.4 הקדמה מושגית
8	2. נטילת זרע מן הנפטר
9	2.1 נטילת זרע מנפטר – איסור?
9	2.1.1 ניוול המת
11	2.1.2 קבורת המת
12	2.2 נטילת זרע מנפטר – מצווה?
13	3. הפריה לאחר המוות
13	3.1 הפריה לאחר המוות – איסור?
13	3.1.1 ביטול מצוות קבורה
13	3.1.2 הנאה מן המת
14	3.2 הפריה לאחר המוות – מצווה?
14	3.2.1 מצוות פריה ורביה
15	3.2.2 מצווה לקיים דברי המת
15	4. שיקולים אתיים
15	4.1 שיקולים בעד קיומו של ההליך
15	4.1.1 טובת הנפטר
16	4.1.2 קידום הערך של פריה ורביה
16	4.2 שיקולים נגד קיומו של ההליך
16	4.2.1 טובת הנפטר
16	4.2.2 טובת הילוד
17	4.2.3 טובת החברה
17	5. מעמדם של היורשים
17	6. הרצון המשוער של הנפטר
18	7. האם בת הזוג עדיפה על הורי הנפטר?
19	8. ייחוסו של מי שנולד מהפרייה לאחר המוות

תמצית

מסמך זה הוכן לבקשתה של חברת הכנסת רויטל סוויד, כרקע לדיון בהצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה), התשע"ז–2017.¹ לפי דברי ההסבר להצעת החוק, ההצעה נועדה "להסדיר את המשכיותו של חייל שנספה במהלך שירותו הצבאי² ולא הותיר אחריו צאצאים, על ידי מתן זכות לאשתו או בת זוגו הקבועה או להוריו ליטול ממנו זרע לאחר מותו ולעשות בו שימוש להולדת ילד".³

במסמך זה ייסקרו עמדות הלכתיות ואתיות של פוסקי ההלכה והוגי הדעות בני דורנו, בכל הנוגע לשאיבת זרע מן הנפטר והשימוש בו לשם העמדת צאצאים לנפטר.

בפרק הראשון יובהר בקצרה הרקע לדיון בהצעת החוק, לרבות פסיקה והוראות מנהל הנוגעים לסוגיה, ותיקבע מסגרת הדיון בנושא שבנדון.

בפרק השני נדון בעמדות הלכתיות בנוגע לנטילת הזרע מן המת **ובפרק השלישי** בעמדות הלכתיות בנוגע לשימוש בזרע שנשאב לשם הפרייה לאחר המוות.

בפרק הרביעי נסקור את השיקולים באתיים שהועלו על ידי פוסקי הלכה בכל הנוגע לנטילת הזרע מן המת ולהפריה שלאחר המוות.

בפרק החמישי נבחן מהו מעמדו של יורשי הנפטר בכל הנוגע לנטילת הזרע ממורישם ולשימוש בזרע זה.

בפרק השישי נבחן כיצד יש לבחון את רצונו המשווער של הנפטר לפי הדין העברי.

בפרק השביעי נבחן, האם לעניין ההפריה שלאחר המוות, מעניק המשפט העברי עדיפות לבת הזוג על פני הורי הנפטר, או להיפך.

בפרק השמיני נדון בייחוסו של מי שנולד מכוחה של הפריה שלאחר המוות, לעניין ירושה ולכל עניין רלבנטי אחר.

מן המסמך עולה כדלהלן:

- בכל הנוגע לנטילת הזרע מן הנפטר, דנו הפוסקים בשאלה, האם הדבר אסור בשל איסור ניוול המת (להלן: איסור הניוול) או בשל ביטול מצוות הקבורה.
- לדעת פוסקים רבים, **איסור הניוול לא חל כאשר הפגיעה בגופה לא ניכרת לעין**. לפי גישה זו, האיסור אינו שולל נטילת זרע באמצעות שוק חשמלי, משום שבאופן זה, הפגיעה בגופה אינה ניכרת לעין.
- לדעת רבים, איסור הניוול לא חל כאשר הפגיעה בגופה נדרשת לשם הצלת מאור עיניו של אדם, או כשהפגיעה נועדה להרבות בכבודו של הנפטר. לפי גישה זו, **ייתכן שנטילת זרע כדי ליצור חיים אינה בגדר ניוול המת, אם בשל התועלת שבהולדה, ואם בשל כך שהדבר מכבד את הנפטר**.
- השאלה, האם הסכמת הנפטר לניוול גופתו מסלקת את איסור הניוול שנויה במחלוקת. בשל כך,

¹ פ/204312. נכון למועד כתיבת שורות אלה, הצעת החוק עדיין ממתינה לקריאה טרומית. לא למותר לציין, שעל ההצעה חתומים לא פחות מעשרים וחמישה חברי כנסת, מכל סיעות הבית.

² יש להעיר שכותרתו של החוק ("חיילים שנספו במערכה") אינה הולמת את דברי ההסבר, משום שמן הכותרת ניתן להבין שהחוק יחול רק על חיילים שנספו במערכה, ולא על אלו שנהרגו, למשל, בתאונת אימונים או אפילו בתאונת דרכים שאירעה במהלך שירותם הצבאי. לעומת זאת, מדברי ההסבר, המדברים על "חייל שנספה במהלך שירותו הצבאי" ניתן להבין שהצעת החוק עוסקת אף באלו.

³ למצב המשפטי בעניין זה במדינות אחרות בעולם ראו, מסמך הלשכה המשפטית (חקיקה ומחקר משפטי) בנושא "חקיקה להסדרת תרומות זרע" (כתיבה: עו"ד דינה צדוק, 4 ביולי, 2017) עמ' 21-23 (אוסטרליה), 45-46 (קנדה). להשלמת התמונה, יצוין שבשנת 2002 פורסם מסמך של מרכז המחקר והמידע של הכנסת בעניין "[נטילת זרע מגופות לצורך הפריה מלאכותית](#)" (כתיבה: עמרי מצר). מסמך זה אינו עדכני, שכן הוא נכתב לפני כ-15 שנים, זמן מה לפני שפורסמו הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה (ראו להלן, אחר הציון להערה 8), ואין בו פסיקה עדכנית בנושא זה.

הסכמת הנפטר לכך שיוצא ממנו זרע לאחר מותו, אינה מספיקה כדי לסלק איסור זה.

- חיוב הקבורה הוא קוגנטי. בשל כך, הסכמת הנפטר לכך שחלקים ממנו לא יובאו לקבורה, כשלעצמה, אינה פוטרת את קרוביו מחובתם לקבור חלקים אלו.
- יחד עם זאת, לדעת רבים, חיוב הקבורה אינו חל על חלקים של הנפטר ששיעורם אינו עולה על שיעור מינימאלי שאינו עולה על 25 סמ"ק. לשיטה זו, ניתן ליטול זרע מן הנפטר מבלי לבטל את מצוות הקבורה.

1. רקע כללי

ההתקדמות הטכנולוגית של הרפואה המודרנית מאפשרת כיום להפרות אישה מזרעו של גבר שנפטר,⁴ ואף להפרות גבר מביצית של אישה מתה. אפשרויות אלו פתחו את השער בפניו של דיון הלכתי,⁵ אתי, פילוסופי, משפטי⁶ ורפואי בשאלה, האם ראוי לאפשר הפריית אדם לאחר מותו, ואם ראוי הדבר, באלו נסיבות ובאלו תנאים?

עד היום, טרם נקבע דבר חקיקה המסדיר שאלות אלו.⁷ נכון להיום, המקור הנורמטיבי היחיד, המבקש 'לעשות סדר' ולקבוע עמדה סדורה בנושא סבוך ומורכב זה הוא הנחיות היועץ המשפטי לממשלה משלהי שנת 2003.

השאלות האמורות הובאו לא אחת לפתחם של בתי המשפט בישראל, אך לא גובשה פסיקה חד משמעית וברורה בעניין, ולא אחת הפנו השופטים קריאה למחוקק, לומר את דברו בסוגיה זו. להלן נסקור את עיקרי ההנחיות והפסיקה בנושא, נקבע את המסגרת לדיון במסמך זה ונבהיר את מושגי היסוד שיעשה בהם שימוש בדיון.

⁴ לפני כעשר שנים, פרסמו חוקרים מאוניברסיטת גטינגן שבגרמניה, שעלה בידם לייצר באופן מלאכותי תאי זרע לא בוגרים, ממח עצמות אנושי. "Putative human male germ cells from bone marrow stem cells" Society of Reproduction and Fertility Supplement 2007;63: 69-76 (Drusenheimer et al. ויש לצפות שכך אכן יקרה, יהא צורך לדון, לא רק בנטילת זרע מן הנפטר לשם הפרייתו, אלא גם בנטילת מח עצם מן הנפטר לשם יצירת תאי זרע מלאכותיים, שניתן יהיה להפרותם. לדיון בהיבטים הלכתיים של טכנולוגיה זו והשימוש בה, ראו אצל שלומי רייסקין, "הפריה באמצעות 'זרע מלאכותי' אסיא פא-פב 69. לעניין השימוש במח העצם שנלקח מן המת לשם יצירת תאי זרע והפרייתם, רייסקין סבור (שם, עמ' 73) שהדעות שהובעו בנוגע לשאיבת זרע מן המת לשם הפריית אלמנתו, כפי שיבואר להלן, רלבנטיות גם לשימוש במח עצם של נפטר לשם יצירת תאי זרע לשם הפריית בת זוגו.

⁵ ראו: הרב, ד"ר מרדכי הלפרין, "גמילות חסדים עם המת וקיום מצוות פרו ורבו בהזרעה מלאכותית לאחר מיתה" אסיא יג 153 (להלן: הלפרין, גמילות חסדים); הנ"ל, "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה - איסור והיתר" שם, עמ' 119; הנ"ל, "דרכו של הגרש"ז איערבאך זצ"ל בהלכות רפואה ופיקוח נפש" בתוך: מרדכי הלפרין ומשה אליאב (עורכים) ספר אסיא ט 195, 228; הרב שלמה דיכובסקי, "היבט הלכתי", בתוך: הרב יואל קטן (עורך) גינקולוגיה, גנטיקה, פוריות ויילודים לאור ההלכה המועצה הדתית ירושלים, ירושלים תש"ס, 75 (להלן: דיכובסקי, היבט הלכתי); הרב זלמן נחמיה גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק, ונטילת זרע מהמת" בתוך: אסיא סה-סו (תש"ס) 45 (להלן: גולדברג, נטילת זרע); הרב יעקב אריאל ואחרים, "הפריה לאחר המוות - היבטים משפטיים והלכתיים", הרפואה 139 (נוב' 2000) 331 (להלן: אריאל, הפריה לאחר המוות); הרב יגאל שפרן, "אבהות לאחר מיתה", תחומין כ (תש"ס) 347 (להלן: שפרן, אבהות); Richard V. Grazi and Joel B. Wolowelsky, "Parenthood from the Grave", The Jewish Spectator 65:4, Spring 2001, Aviv 5761; הרב אשר זעליג וייס, "הזרעה מלאכותית לאחר מיתה" בית הלל י אייר תשס"ב עג (להלן: וייס, הזרעה מלאכותית); יוסי גרין, "וואתם פרו ורבו" (בראשית א, כח), גם לאחר מיתה? הרהורים על ההולדה לאחר מיתה בדין העברי" מאזני משפט ג (תשס"ה) 119; ראם צפרי פוריות לאחר המוות בהלכה עבודה לשם קבלת התואר מוסמך בבית הספר ליהדות של טורו קולג' [מכון לנדר], אייר תשס"ו, עמ' 37 (להלן: צפרי, פוריות); יוסי שרעבי ויובל סיני, "הפריית אישה מזרע חברה שנרצח" חוות דעת מטעם המרכז ליישומי משפט עברי, 12 ביוני 2005 (להלן: שרעבי וסיני, הפריית אישה); חנן שני, "נטילת זרע ממת להפריה חוץ גופית" עלוני ממרא 120 (תשס"ז) 61; הרב צבי רייזמן, "הפריה לאחר מיתה", בתוך: רץ כצבי אסופת מאמרים, פרקי מחקר ועיון בענייני פוריות, יוחסין ואישות, לוס אנג'לס תשע"ו, סימן ב.

⁶ ראו למשל: אבי וינרוט, "נטילת זרע מנפטר — היבטים משפטיים" רפואה ומשפט 27, 100 (להלן: וינרוט, נטילת זרע); כרמל שלו, "הזרעה לאחר המוות — ינוח בשלום על משכבו?" רפואה ומשפט 27, 96 (להלן: שלו, הזרעה לאחר המוות); אסא כשר, "יתומות מתוכננת: התמונה המאוזנת" בתוך: דילמות באתיקה רפואית 221 (בעריכת רפאל כהן-אלמגור); רות לנדאו "יתומות מתוכננת" בתוך: דילמות באתיקה רפואית 203 (בעריכת רפאל כהן-אלמגור).

⁷ במדינות אחרות קיימים הסדרים שונים ומגוונים בעניין זה, המשקפים עמדות ערכיות הנעות בין אישור בלתי מסויג לקיומו של הליך ההפריה לאחר המוות ועד איסור מוחלט על קיומו של הליך זה. כך למשל, בבלגיה ובארצות הברית, קיומו של הליך ההפריה לאחר המוות מותר, גם ללא הסכמת הנפטר מראש. באנגליה קיומו של ההליך מותנה בהסכמת הנפטר. בצרפת, שבדיה, קנדה, גרמניה, הונגריה, סלובניה ובחלק ממדינות אוסטרליה, קיומו של ההליך אסור על פי חוק, ובצ'כיה מותנה קיומו של ההליך בצו של בית משפט, העומד בהוראות החוקה הבלגית. למקורות בעניין זה ראו אצל אילנה אלטמן דורון, שאלת ההזרעה המלאכותית בספרות השו"ת חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, מדעי היהדות, הפקולטה לפילוסופיה, הוגש לסנט של אוניברסיטת פוטסדם, גרמניה, אפריל, 2016, עמ' 223 (להלן: אלטמן דורון, ההזרעה המלאכותית).

1.1. הנחיות היועץ המשפטי לממשלה

בשלהי אוקטובר, 2003, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות מפורטות בנוגע לנטילת זרע מנפטר ושימוש בו.⁸ הנחיות אלו לא עסקו בנטילת ביציות מנפטר ולא הבחינו בין נפטר שהוא חלל צה"ל לכל נפטר אחר, ואלו עיקרן:

נטילת זרע מן הנפטר

- ככלל, בקשה לנטילת זרע מנפטר תוגש אך ורק על ידי בת זוגו של הנפטר, וככלל היא תאושר, כל עוד הקשר הזוגי איתן, "מהסוג שהבאת ילדים מהווה חלק טבעי מהם".
- כאשר נטילת הזרע מהנפטר כרוכה בפגיעה בגופה, יחולו הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, ובכללם "הדרישה להסכמת בת-זוגו ולאי התנגדות של בן משפחה לפעולת הנתיחה המבוקשת, בהתאם לקבוע בסעיף 6א לחוק זה".⁹
- בגיבוש עמדת היועץ המשפטי לממשלה בכל בקשה לנטילת זרע מן הנפטר, ייבחן רצונו המשווער של הנפטר, ותיבחן השאלה, האם הבקשה אכן משקפת את רצונה האמתי והחופשי של בת הזוג.

הפרייה לאחר המוות

- כאשר הנפטר התנגד לשימוש בזרעו לאחר מותו יינתן לכך משקל מכריע.
- בהעדר אינדיקציה להתנגדות כאמור, אם בת הזוג מעוניינת בהולדת ילד מזרעו של הנפטר, ראוי להתיר את הדבר.
- כאשר בעודו היה חי, הנפטר לא הביע את רצונו בנוגע לשימוש בזרעו לאחר המוות, יש לבחון את רצונו המשווער. ככלל, ההנחה תהיה שהנפטר מעוניין שייעשה שימוש בזרעו לשם הפרייה בת זוגו,¹⁰ אך הנחה זו ניתנת לסתירה.
- ככלל, ההנחה היא שבת הזוג היא המייצגת הנאמנה ביותר של רצון בן זוגה המת, אלא אם מנסיבות העניין עולה שהיא אינה מייצגת נאמנה את רצונו.
- אין להוריו של נפטר, או לקרוב משפחה אחר, זולת בת הזוג, מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם מזרעו של אדם לאחר מותו.¹¹

⁸ הנחיה מס' 1.2202 בעניין נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו (להלן: הנחיות היועץ המשפטי לממשלה). הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את הרשות המבצעת בלבד (בג"ץ 4445/02 מור נ' ראש-עיריית הרצליה פ"ד (6) 900, 910), אך כל עוד לא נקבע אחרת על ידי בתי המשפט או על ידי הכנסת, מתייחסים אליהן כנורמה מחייבת לכל רשויות השלטון בישראל (בג"ץ 4886/06 עיריית באר שבע נ' שר הפנים (פורסם ב'נבו').

⁹ מכאן, שכאשר נטילת הזרע אינה כרוכה בפגיעה בגופה, הוראות חוק האנטומיה אינן שוללות את שאיבת הזרע. לדעה שונה, ראו אצל וינרוט, **נטילת זרע** עמ' 106. וינרוט טוען, שהחוק דן בדרכים המאפשרות פגיעה בגופה, ושותק בעניין שאיבת זרע לצורך הפריה. שתיקה זו אינה מתפרשת על ידי וינרוט כחסר (לאקונה), אלא כהסדר שלילי. לא כך עולה מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ולא מדבריו של השופט מלצר, להלן, אחר הציון להערה 17. כך סבורים גם סומך וטרגש, ראו, ליהת סומך ואורן טרגש, "על השיקולים להכרה במעמד הסבות", **הארץ** דין ד(2) 168, 171.

¹⁰ הנחה זו מבוססת על חזקה ש"אדם מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, ובמיוחד כאשר בת זוגו רוצה בכך". לא ברור האם יש בסיס אמפירי להנחה זו, וראו לעניין זה בבע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית** (פורסם ב'נבו'). להלן: פרשת פלונית, עמ' 28-32, 106. שלו מבקרת חזקה זו בטענה שהיא מתעלמת מהשאלה אם כל גבר שמעוניין בהבאת ילדים, היה רוצה בזאת גם לאחר מותו, ומן השאלה, האם רוב הגברים ירצו שילדיהם יגדלו יתומים מאב, בלי שתהיה להם אפשרות לקחת חלק בגידול הילדים, כאשר קיימת אפשרות סבירה שגבר אחר יגדל אותם (**שלו, הזרעה לאחר המוות** עמ' 97). לביקורת מבוססת יותר על החזקה האמורה ראו אצל יעל השילוני-דולב וצבי טריגר, "**בין רצון המת לבין רצונם של הנתירים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכייה, פרוטקטיוניזם ומיתוס המשכיות הזרע**", **עיוני משפט** לט (2016) 661 (להלן השילוני-דולב וטריגר, הולדה לאחר המוות). במאמר זה המחברים טוענים שהחזקה היא תוצר של תפיסות פטריארכיות-מסורתיות בנוגע להורות הגברית, והם אף מציינים סקר המערער את חזקת הרצון המשווער בהמשכיות. עם זאת, מאחר שמדובר בסקר המבוסס על ראיונות שנערכו עם 14 גברים בלבד, נראה שאין הוא יכול לשמש בסיס אמפירי של ממש לקיומה או לאי קיומה של חזקת הרצון המשווער בהמשכיות.

¹¹ יש לציין, שבשנת 2013 פורסם שהיועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד יהודה וינשטיין, הגיש לבית המשפט לענייני משפחה

הנחיות אלו אומצו בעיקרן על ידי הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל (ועדת מור יוסף),¹² אם כי, הוועדה נוטה להציב רף ראייתי גבוה יותר, של רצון מובהק בהמשכיות, כדי לייחס למנוח רצון בהמשכיות, ואינה מסתפקת ב"רצון משוער" או ב"חזקת רצון".¹³ מאוחר יותר, ההנחיות שימשו כבסיס להסדר המוצע בתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016.¹⁴

להשלמת התמונה יש לציין, שהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לא קבעו עמדה נחרצת בעניין מעמדו המשפטי של מי שנולד בעקבות הליך של הפריה לאחר המוות.¹⁵

1.2. פסיקת בתי המשפט

בתיקים מן השנים שלאחר פרסומן של הנחיות היועץ יש פסיקה מגוונת, בחלקה מקבלת את ההנחיות, בחלקה סוטה מהן, בעיקר בערכאות הנמוכות.¹⁶

בית המשפט העליון נדרש לסוגיה זו לאחרונה, בפרשת פלונית, וקבע הלכה מחייבת בנושא.¹⁷ בשל הבדלים משמעותיים בין העמדות שהובעו בפסק דין זה, ראוי לעמוד בקצרה על עמדת כל אחד מן השופטים שדנו בתיק זה.

השופטת חיות סברה, שייתכנו מצבים חריגים ונדירים שבהם מן הראוי לאפשר להורים לסתור את ההנחה שבבסיס הנחיית היועץ, שבת הזוג היא זו שמייצגת נאמנה את רצונו המשוער של הנפטר. אולם, סתירתה של הנחה זו חייבת להתבסס על מצב דברים ועל אינדיקציות שהיו קיימים בעולם ערב פטירתו של המנוח, ולא על התפתחויות מאוחרות לכך.

לעמדה זו מצטרפים **השופטים עמית ומזוז**, אלא **השופט עמית** מותיר בצריך עיון את השאלה, האם יש להעניק להורי הנפטר מעמד לעניין הוכחת רצונו המשוער בהיעדר בת זוג, או כאשר בת הזוג מעוניינת שיעשה שימוש בזרעו של בן זוגה המת לשם הפריית אישה אחרת.

בקריית חוות דעת שבה הוא מרחיב את ההיתר גם לנשים שלא הכירו את המנוח ומעוניינות להיות מופרות בזרעו, בתיווך הורי המנוח, בניגוד להנחיות משנת 2003, שגובשו על ידי היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז), אליקים רובינשטיין (לדיווח בעניין זה ראו: אביאל מגנזי "[המדינה אישרה: זרע של מת לאישה שלא הכיר](#)" ynet 3 בנובמבר, 2013). לאחר סיום כהונתו של היועץ ויישטין, שבה הפרקליטות להציג עמדה העולה בקנה אחד עם ההנחיות משנת 2003. השופט מלצר ביקר התנהלות זו בבע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בינב"י. להלן: פרשת פלונית), באומרו ש"התנהלותו של היועץ המשפטי לממשלה ששינה את העמדה שהציג בתיקים אחרים ואף בבית המשפט המחוזי הנכבד בהליך דן – איננה ראויה, שכן שינוי מדיניות אמור לחול מכאן ולהבא, ולא להיות מוחל רטרואקטיבית".

¹² ראו, [המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל \(ועדת מור יוסף\)](#), בעמ' 49-43.

¹³ בעמדה זו צידדו חלק מן המלומדים, ראו: יוסף גרין "הולדה לאחר מיתה: הרהורים על מאבק זכויות בין החיים, המת והיילודים העתידיים" **מאזני משפט** ד (2005) 463, 477 (להלן: גרין, הולדה לאחר מיתה); **שלו, הזרעה לאחר המוות עמי** 96.

¹⁴ [תזכיר חוק בנקי הזרע](#), התשע"ז-2016, סעיפים 66-74.

¹⁵ איתי אפרט ונורית ענבל, "נטילת זרע מנפטר ושימוש בו: הגשמת חלום או חלום בלחות? בעקבות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה", **הארץ דין** א, 1 (תשס"ד), בעמ' 18. אמנם, בכל הנוגע לזכות הילוד לרשת את הנפטר, נאמר בהנחיות ש"בהיבט של דיני הירושה, כמות שהם, הצאצא לא ייחשב, ככל הנראה, כיורש, שכן אינו עומד לכאורה בתנאי סעיף 3(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965". לפרשנות שונה של הסעיף האמור ולפיה מי שנולדה מהפריה שלאחר המוות זכאי לרשת את הנפטר, ראו אצל גרין, **הולדה לאחר מיתה** עמ' 532-533. לביקורת על הוראת סעיף 3(ב) לחוק הירושה, ראו אצל יוסי גרין "ולא תהא הביצית המופרית כעובר לדיני הירושה?" **מאזני משפט** א 393 (תש"ס); מיכאל קוריאנלדי **דיני ירושה – צוואות, ירושות ועובונות** 326 – 330 (2008). יש לציין שבעבר הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק שנועדה להבהיר את המצב החוקי בעניין זה על ידי חברת הכנסת זהבה גלאון (הצעת חוק הירושה (תיקון - פסלות לרשת), התשס"ג-2003), אך ההצעה לא התקדמה.

¹⁶ ראו למשל: תמ"ש (י-ם) 13-11-27169 **פלונית נ' המנוח, ז"ל** (פורסם בינב"י); תמ"ש (קריית) 13530/08 **"משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה ואח' נ' מרכז רפואי "רמב"ם"** (פורסם בינב"י); תמ"ש (פ"ת) 13-09-31344 **התובעים נ' פרקליטות מחוז מרכז ואח' (פורסם בינב"י)**; עמ"ש (מרכז-לוד) 15-05-7457 **מ' א' נגד ה' מ' ואח' (פורסם בינב"י)**.

¹⁷ בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בינב"י. להלן: פרשת פלונית).

השופטים דנציגר ומלצר סבורים שלעניין קביעת רצונו המשווער של הנפטר ניתן להיזקק גם לעמדת הוריו, אם כי, משקלה של עמדה זו בדרך כלל יהיה נמוך ממשקל עמדתה של האלמנה.

השופט דנציגר מציע "מודל חלקי" שלפיו, בחינת רצונו המשווער של הנפטר תיעשה אך ורק לאחר שנמצאה הצדקה נוספת לִסְבוּת, ובשל כך, רצונם בנכד אינו מקים עילה לבחינת רצונו המשווער של בנם.

השופט מלצר, בעמדת מיעוט, סבור שהנחיות היועץ אינן מחייבות את בית המשפט. לשיטתו, ההנחיות אינן עוסקות במצב דברים בו הורי הנפטר מבקשים להשתמש בזרע בנם לשם הפריה לאחר המוות, בעוד שבת זוגו מתנגדת לכך. לדבריו, הנושא הוא בגדר לקונה, המחייבת, בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, להכריע בה על פי ההיקש ועקרונות הצדק של מורשת ישראל, המלמדים לשיטתו, שבהיעדר הוכחה לכך שהמנוח מתנגד לכך, יש לאפשר להוריו להקים לו שם באמצעות הפרייה לאחר המוות מזרעו.

1.3. מסגרת הדיון

כאמור, הצעת החוק מתמקדת בהפריה מזרעם של חיילים שמתו במהלך שירותם הצבאי. לא מצאנו במקורות המשפט העברי יסוד או טעם להבחין בין הפריית נפטר שנהרג במהלך שירות צבאי להפריית נפטר שנהרג בתאונה, נפטר ממחלה קשה וכדומה. אי לכך, המסמך יעסוק בנטילת זרע מנפטר לשם הפרייתו, מבלי להיכנס לנסיבות שגרמו למוות.

הצעת החוק עוסקת בחיילים גברים, ואינה עוסקת בהפריית ביציות של חיילות שנפטרו במהלך שירותן הצבאי¹⁸, נושא שהוסדר באופן שונה לחלוטין מן המוצע בהצעת החוק, במסגרת תקנה 10 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987.¹⁹ על אף הקרבה הרעיונית שבין הנושאים, יש טעם בהבחנה שבין הפריית זרע לאחר המוות לבין הפריית ביציות לאחר המוות²⁰, ובשל כך לא נעסוק במסגרת זו בסוגיית ההפריה של ביציות לאחר המוות.

הצעת החוק אף אינה עוסקת בשימוש בזרע שניטל מאדם בחייו²¹, ובשל כך, אף בנושא זה לא נעסוק במסגרת זו.²²

¹⁸ לדיון באפשרות הטכנולוגית לשמר ביציות, ראו בהצעתו של פרופ' יוסף שנקר, "ההיבטים המוסריים בהפריה אחרי מות בן הזוג", מתוך הכינוס השנתי השני לרבנים ולרופאים בנושא: גניקולוגיה, גניטיקה, פוריות ויילודים לאור ההלכה, ב' טבת תשנ"ח (31.12.1997), **באתר 'דעת'**. למרות האופטימיות שבדברים, נכון לשנת 2012 "בדרך כלל אין שאיבת ביציות בשלות אפשרית", ו"שימוש בפסיות שחלה שהוקפאו, נחשב כהליך ניסיוני הדורש קבלת אישור ועדת הלסינקי עליונה ואישור המנהל" (ועדת מור יוסף, עמ' 49).

¹⁹ על רקע זה תמונה הערתו של טריגר, ש"במקרה של ביצית (הסוגיה של הפריה לאחר המוות) היא אינה מוסדרת כלל ברגולציה אלא מוכרעת על ידי בתי המשפט" (צבי טריגר, "על הרגולציה של שירותי הפריה בישראל" בתוך: **מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות** (בעריכת ישי בלנק, דוד לויפאור ורועי קרייטנר), 2016, 269. טעות זו חוזרת גם אצל **השילוני-דולב וטריגר, הולדה לאחר המוות** עמ' 681).

²⁰ על הסיבות להבחנה שבין הפריית זרעו של נפטר לבין הפריית ביציות של נפטרת ראו בפסקה 10 לפסק דינו של השופט עמית בפרשת פלונית, אך השוו לדברים שכתב השופט מזוז באותו פסק דין, בפסקה 16 לפסק דינו ("פער זה בין שימוש בזרע לשימוש בביצית לאחר המוות, שאינו בהכרח מוצדק, מחייב אף הוא גישה מצמצמת באשר להסדר שיחול על שימוש בזרע לאחר המוות לשם צמצום אי השוויון"). בשל סיבות אלו, אין לקבל את ההנחה של וינרוט, שמכוח סעיף 1א לחוק שיווי זכויות האישה, יש להחיל את הדין שנקבע בתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987, גם על הפריית זרעו של גבר (**וינרוט, נטילת זרע** עמ' 108-109).

²¹ לאחרונה פרסם משרד המשפטים את תזכיר חוק בנקי הזרע, התשמ"ז-2016, שבמסגרתו (סעיפים 66 ו-67) מוצע להסדיר גם נושא זה. הצעה להסדר שונה בנושא זה יש גם בסעיף 13(ד) להצעת חוק תרומת זרע, התשע"ו-2016 (ביוזמת חברת הכנסת עליזה לביא וחברי כנסת נוספים), אך ההצעה לא עברה בקריאה טרומית. בסוף שנת 2014 פורסם שבית המשפט (השופט דניאל טפרברג) אישר להוריו של גבר צעיר שהלך לעולמו, ולאשה שביקשה להיכנס להיריון מזרעו של בנם, שהוקפא לפני שהחל בטיפול כימותרפי, לבצע הפריה שלאחר המוות, וזאת מבלי שניסה לברר תחילה את רצון המת. ראו נעמה כהן פרידמן, "**תומר נפטר, ואישה שלא הכיר תהיה אם ילדו**" ynet, 16 בדצמבר 2014 (פסק הדין לא פורסם).

²² הצעת החוק אף אינה עוסקת בהפריה מזרעו של נפטר על פי בקשת בן זוג שמינו זהה למינו של הנפטר. נושא זה מעורר שורה של שאלות אתיות השונות במהותן מאלו שמעוררת השאלה של הפריית בת הזוג מזרעו של הנפטר, ובהן למשל: האם הקשר הזוגי הוא קשר "מהסוג שהבאת ילדים מהווה חלק טבעי" ממנו? האם פתיחת ההליך בפני בני זוג מאותו המין מתיישבת עם המצב החוקי העדכני, השולל את מיסוד הקשר הזוגי בין בני זוג מאותו המין באמצעות נישואין, או

1.4. הקדמה מושגית

ישנן שתי הבחנות יסודיות בעולמה של ההלכה היהודית' שיסייעו לנו במסמך זה. האחת, ההבחנה בין "מצווה", "איסור" ו"היתר", הנוגעת למעמדה הנורמטיבי של הפעולה, והאחרת, ההבחנה בין מצוות שבין אדם לחברו למצוות שבין אדם למקום, הנוגעת לטיבו של האינטרס שעליו מבקשת ההלכה להגן.

את מעמדה הנורמטיבי של כל פעולה, ניתן לסווג תחת אחת משלוש קטגוריות: מצווה, איסור והיתר. **מעשה 'מצווה'** הוא מעשה שההלכה רואה ערך חיובי בעשייתו, בעידוד העושים אותו ובתמיכה בהם. **מעשה 'איסור'** הוא מעשה שההלכה אוסרת לעשותו, ורואה בעין רעה את העידוד והתמיכה באלו העושים אותו. בתווך, מצויים מעשים המוגדרים כ'**היתר'**, שהם אינם 'מצווה', אך אין ההלכה אוסרת אותם.

בנוגע למעשי 'היתר', יש שתי גישות מנוגדות בקרב פוסקי ההלכה. יש הטוענים שמכך שההלכה לא אסרה את המעשה יש ללמוד שההלכה קובעת עמדה ניטרלית, ומותירה את ההכרעה בידי כל אדם, בהתאם לשיקוליו, ערכיו, העדפותיו וכדומה. אחרים סבורים שלעיתים, משיקולי מדיניות הלכתית, אין ההלכה אוסרת לעשות מעשה מסוים, אך אין בכך כדי ללמד שהמעשה הוא לגיטימי, או שאין בו כל פגם מוסרי.²³ כאמור, ההבחנה השנייה נוגעת לטיבו של האינטרס שעליו מבקשת ההלכה להגן. עולמה של ההלכה היהודית נחלק בין חיובים הנוגעים למערכת היחסים שבין אדם למקום ("בין אדם למקום"), לחיובים הנוגעים למערכת היחסים שבין אדם לחברו, או לחֶבְרָתו.

חיוב שבין אדם לחברו הוא חיוב דיספוזיטיבי, משום שהוא נועד להגן על אינטרס של הזולת. אם מחל הזולת על ההגנה שהעניקה לו ההלכה, פקעה החובה. לעומת זאת, חיוב שבין אדם למקום הוא קוגנטי, שהרי הוא לא נועד להגן על אינטרס של אדם, וממילא אין אדם בעולם שיש בכוחו למחול עליו.

בהתאם לכך, יהא עלינו לבחון האם ההלכות הנוגעות לנטילת זרע מן הנפטר ולשימוש בו הם מסוג 'בין אדם למקום', שאין בכוחו של אדם, לרבות הנפטר עצמו, להתנות עליהן, או שמא אלו הלכות ש'בין אדם לחברו', שתכליתן להגן על כבוד הנפטר, ובשל כך יש בכוחו של הנפטר להתנות עליהן.²⁴

2. נטילת זרע מן הנפטר

נטילת זרע מן הנפטר אפשרית, לכל האוחר, עד 36 שעות מן הפטירה. ישנן שתי דרכים לנטילת זרע מגופו של נפטר. ב-12 השעות הראשונות שלאחר הפטירה, כשהנפטר מונשם באופן מלאכותי, ניתן להעביר בו

את פתיחת מוסד האימוץ בפני בני זוג כאמור: האם יש הצדקה לרצונו של בן הזוג החי, כאשר לילד שיולד לא יהיה כל קשר ביולוגי אליו? בשל השוני המהותי בין הסוגיות, לא נעסוק אפוא בשאלות מרתקות אלו במסמך זה. וראו גם, **השילוני-דולב וטריגר, הולדה לאחר המוות** עמ' 689 ("מעניין מה תהיה עמדתם של היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט אם בן זוג של גבר הומו שהלך לעולמו יבקש לעשות שימוש בזרעו של בן זוגו המת כדי להביא ילד לעולם עם פונדקאית, ומה יהיה יחסם אם הוריו של בן הזוג המת יתנגדו... תסריט כזה יש בו כדי לאתגר את הבסיס הערכי של חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, שנשען על דגם פטריארכלי וכמובן הטרוסקסואלי").

²³ ביטוי מאלף לוויכוח בעניין זה ניתן למצוא בדבריהם של שניים מחשובי הפוסקים בדור האחרון, הרב שלמה זלמן אויערבך, וחוטנו, הרב זלמן נחמיה גולדברג. הרב זלמן נחמיה גולדברג נשאל על עמדתה של ההלכה בעניין שאיבת זרע מן החי לשם שימורו, כאשר קיים חשש שבשל טיפולים כימותרפיים איכות הזרע תיפגע. לאחר שלא מצא טעם הלכתי לאסור את הדבר, השיב ש"על פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור, וללא סיבה כזו, המצב הטבעי הוא היתר" (הרב זלמן נחמיה גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת" (שאלות שהופנו לרב ז"י גולדברג) **אסיא** סה-סו (כרך יז, חוברות א-ב) 45, 47. וראו גם, הנ"ל, "תקלות העוללות לצמח מהשתלת עוברים" **תחומין** י (תשמ"ט) 273 ("אין לאסור מהתורה מכח הטעם, שטעמים אינם אוסרים, כל שלא ציוותה תורה בעשה או בלאו". סימוכין לשיטה זו ניתן למצוא בדברי **תפארת ישראל**, יכין, ידים, פרק דף משנה ג, ש"כל דבר שלא נדע טעם לאסורו, מותר הוא בלי טעם, דלא הזכירה התורה דברים המותרים כולן, רק דברים האסורים"). מנגד, חותנו, הרב שלמה זלמן אויערבך צוטט כמי שהשיב על אותה שאלה, ש"לא כך השקפתה של תורה" (הרב ד"ר מרדכי הלפרין, "קווים אחדים לדרכו של הג"ר שלמה זלמן אויערבאך זצ"ל בהלכות רפואה ופיקוח נפש", בתוך: **ספר אסיא** ט' 195, 228).

²⁴ ניתוח זה, בנוגע להשתלת אברים מן המת ראו אצל הרב, ד"ר מרדכי הלפרין "השתלת איברים מן המת" **רפואה ומשפט** 4 (1991) 22.

שוק חשמלי שגורם לפליטה עצמאית של זרע.²⁵ לאחר שחלפו 12 שעות מן הפטירה, הדרך הטובה והמקובלת יותר לנטילת הזרע היא באמצעות ניתוח חודרני, הכולל על פי רוב קצירה של האשך והוצאה כירורגית של הזרע.²⁶ כפי שניווכח להלן, לדרך שבה ניטל הזרע מגופו של הנפטר יש משמעות הלכתית ואתית רבה.

2.1. נטילת זרע מנפטר – איסור?

הדיון בשאלה, האם נטילת זרע מנפטר אסורה, מתמקד באיסור ניוול המת ובביטול חובת הקבורה.

2.1.1. ניוול המת

איסור ניוול המת הוא איסור מן התורה, המבוסס על האיסור להלין את נבלתו של התלוי על העץ²⁷ או על מצוות 'ואהבת לרעך כמוך',²⁸ והוא מתמקד ב**פגיעה** בגופו של המת (להלן: איסור הניוול).

הדיון ההלכתי בשאלה, האם איסור הניוול חל גם על נטילת זרע מן הנפטר מתמקד בשתי שאלות משנה:

א. האם נטילת הזרע היא בגדר "ניוול"?

ב. האם הסכמת הנפטר לנטילת זרעו לאחר מותו מפקיעה את האיסור?

נפתח בשאלה הראשונה. לדעת רבים, איסור הניוול לא חל כאשר הפגיעה בגופה לא ניכרת לעין.²⁹ לפי גישה זו, האיסור אינו שולל נטילת זרע באמצעות שוק חשמלי, שאינו פוגע בשלמות הגופה כלל.³⁰

לדעת רבים, איסור הניוול אף לא חל כאשר הפגיעה בגופה נדרשת לשם הגשמת תכלית ראויה, כגון לשם

²⁵ וראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 7 ("נטילת הזרע עצמה היא פרוצדורה אשר, במקרים רבים, ניתן לבצעה ללא פגיעה בכבוד האדם או כבוד המת, ואשר אינה מחסירה מהגוף כל איבר").

²⁶ ראו **פרוטוקול מס' 97** משיבת הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי, כ"ד בתשרי התשס"ג (30 בספטמבר 2002), עמ' 5, בדברי ד"ר יגאל מדג'ר, מנהל היחידה לפיריון הגבר ובנק הזרע, תל-השומר. יש להעיר, שכאשר נטילת הזרע כרוכה בנתיחה, "זו נכנסת, לכאורה, לגדרו של חוק האנטומיה. לפיכך, בנוסף לתנאים המנויים בסעיף 24 לעיל, בשינויים המחויבים, היא מצריכה גם קיומם של התנאים הקבועים בחוק האנטומיה, ובהם הדרישה להסכמת בת-זוגו ולאי-התנגדות של בן משפחה לפעולת הנתיחה המבוקשת, בהתאם לקבוע בסעיף 6א לחוק זה". (הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 9).

²⁷ ע"פ **דברים** כא, כג. וראו **ספרי** תצא רכא ("מה עץ מיוחד שהוא ניוול לו, אף כל שהוא ניוול לו"); סנהדרין מז, א ("לא תלין נבלתו על העץ, דומיא דתלוי דאית ביה בזיון"); **שו"ת אור המאיר** עד. ובשו"ת **אמרי שפר** סי' פב כתב שהלימוד ממצות קבורה שהיא משום בזיון המת. וראו בהרחבה אצל **שטיינברג, אנציקלופדיה** ערך 'ניתוח המת', ליד הציון להערה 145.

²⁸ שם, וראו אסמכתאות בהערה 146, שם.

²⁹ ראו אצל הרב איסר יהודה אונטרמן, **שבט מיהודה** א, ירושלים תשס"ו, עמ' ש"כ, וכן אצל **שטיינברג, אנציקלופדיה** ערך 'ניתוח המת', אחר הציון להערה 155.

שרעבי וסיני מבקשים להסתמך על שיטת **שו"ת אגרות משה** יו"ד ב, קנא, שפעולה שאינה נחשבת כבזיון באדם החי, לא תחשב כבזיון למת, על מנת לקבוע שפעולת ביופסיה או הוצאת חומר מן המת בזריקה, אינה בגדר ניוול המת. בהקשר זה מביאים המחברים את עמדתו של הרב שפרן, שהפריית אישה מזרע בעלה המת היא צורך 'ריפוי חלקי' ובשל כך אין להתירה (**שפרן, אבהות** עמ' 350). על כך מעירים המחברים, ש"טענתו של הרב שפרן צריכה עיון, שכן לדעת הרב פינשטיין המבחן הוא מה נחשב ניוול אצל אדם חי, ולא רמת הצורך המצדיק ניוול" (**שרעבי וסיני, הפריית אישה** עמ' 3). אך נראה שכוונתו של הרב שפרן היא, שהפגיעה בכבוד קשורה בתכלית הפעולה. ניתוח רפואי אינו פוגע בכבוד החי, משום שיש בו צורך רפואי, ויש להניח שהמנותח מסכים לפגיעה בכבודו בנסיבות אלו. לעומת זאת, ניתוח שאין בו צורך, או ניתוח של אדם מת, גורם לפגיעה בכבוד, משום שאין סיבה להניח שאדם ימחל על כבודו לטובת ניתוח שאין בו צורך רפואי.

³⁰ לדעת הרב פינשטיין, איסור הניוול נמדד בהתאם למה שמקובל לעשות בגוף החי (**שו"ת אגרות משה** יו"ד, חלק ב, סימן קנא ד"ה אבל נראה). לכן, נטילת דגימת דם מגופה לשם זיהוי מחלה גנטית לא תחשב כניוול המת, כי מקובל לקחת דם גם מן החי, למטרות דומות. לפי גישה זו, יש להניח שגם הוצאת זרע מן המת על ידי שוק חשמלי אינה בגדר "ניוול".

הצלת מאור עיניו של אדם,³¹ או כשהפגיעה היא לכבודו של הנפטר.³² לפי גישה זו, ייתכן שנטילת זרע כדי ליצור חיים אינה בגדר ניוול המת, הן בשל התועלת שבהולדה, והן בשל כך שהדבר מכבד את הנפטר.

התשובה לשאלה השנייה תלויה בסיווג של איסור הניוול. איסור ניוול המת שייך לקטגוריה ההלכתית של 'בין אדם לחברו' משום שהאינטרס שעליו נועד האיסור להגן הוא **כבוד הנפטר**.³³ מכאן מסיק הלפרין, ש"הסכמה מפורשת של הנפטר לפני מותו מספיקה כדי לבטל את איסור הניוול".³⁴

אולם, מסקנה זו שנויה במחלוקת. מהר"ם שיק (הונגריה המאה ה-19), סבר שאף אם איסור הניוול אינו בגדר 'מצוות שבין אדם למקום', הוא אינו ניתן למחילה,³⁵ בניגוד לדעת רבי יעקב עטלינגר (גרמניה, המאה ה-19), שסבר שאדם יכול למחול על ניוול גופתו.³⁶

מחלוקת זו משקפת עמדות מנוגדות באשר למהותו של איסור הניוול. מהר"ם שיק סבר שהאיסור נועד להגן על הכבוד האנושי של כל הבריות ('בזיון דכל החיים'), ולא דווקא על כבודו האישי של הנפטר.³⁷ בשל כך, אין הנפטר רשאי למחול על ניוולו. לעומתו, רבי יעקב עטלינגר סבר שאיסור הניוול נועד להגן על האינטרס של הנפטר לכבוד, ובשל כך, אם מחל הנפטר על כבודו פקע איסור הניוול.³⁸

³¹ ראו: **שטיינברג, אנציקלופדיה ערך 'עיתוח המת', עמ' 597**; הרב ד"ר מרדכי הלפרין "השתלת איברים מן המת" **רפואה ומשפט** 4 (1991) 22, 36 (להלן: הלפרין, השתלת איברים). אבל הרב, פרופ' יגאל שפרן דוחה שיקול זה בטענה, שגם המתירים ליטול דגימת דם מגופה, מתירים את הדבר כשהצורך נוגע להצלת נפשות, או לקבלת נתונים אחרים שיש להם השלכה קיומית וממשית לגבי החיים, אך לא כשהמדובר בצורך ריפוי חלקי ("שפרן, אבהות עמ' 349"), ולדעתו, הפריה מזרעו של המת היא בגדר "ריפוי חלקי", שאינו מצדיק את ניוול המת. וראו גם אצל רייזמן, לעיל הערה 5, עמ' קלא.

³² ע"פ **שו"ת הרשב"א**, א, שסט (מתיר ביצוע פעולות כירורגיות בנפטר כדי לאפשר את חניטת הגופה).

³³ **הלפרין, השתלת אברים עמ' 37**.

יש לציין, שהוגים מודרניים דנו בשאלה הפילוסופית, האם ניתן בכלל לפגוע באינטרס של אדם שנפטר. לסיכום ממצא של המחלוקת בעניין זה ראו אצל A. R. Schiff "Arising From The Dead: Challenges of Posthumous recreation" 75 N.C.L. Rev. (1997) 901, 936-942 Daniel Sperling, **Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives** (2008) וכן אצל מיכאל בירנהק, "זכויות המתים וחופש החיים" **עיוני משפט** לא (2008) 57.

שיף מציינת (שם, עמ' 937) שפיינברג הסביר שהכלל בידי לשון הרע במשפט האמריקאי, לפיו בית המשפט לא ידון בתביעת לשון הרע על המת אלא אם יוכח שנפגע אינטרס חיוני של אדם חי משקף תפיסה שלפיה מותו של אדם גורם למותו של כל אינטרס אנושי שהיה לו בחייו ("reputation or other relevant interests do not survive death"). כלל זה שונה מזה שנקבע בדין הישראלי, המתנה אמנם את הגשתה של תביעה אזרחית או קובלנה בשל לשון הרע על המת בכך שאחד מקרוביו יגיש את התביעה או את הקובלנה (סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965), אך הוכחת נזק לאחד מן הקרובים אינה תנאי להגשתה של התביעה. מכאן, שהדין הישראלי אימץ את התפיסה היהודית, הגורסת שמותו של אדם אינו גורם למות האינטרס שלו בשמירת כבודו (אף שהנפטר אינו בעל 'זכויות', כפי שנקבע בסעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962).

³⁴ **הלפרין, השתלת אברים עמ' 36**.

³⁵ **שו"ת מהר"ם שיק**, י"ד, סימן שמז.

³⁶ **שו"ת בנין ציון**, סימן קע.

³⁷ טיעון דומה מפתחת שיף (לעיל הערה 33, עמ' 945-946), על פי Paul M. Quay, Utilizing the Bodies of the Dead, 28 ST. Louis U. L.J. 889, 920, לפי טיעון זה, לכל אדם חי יש ציפייה לגיטימית שהבריות יתייחסו בכבוד אל גופתו. ניוול המת פוגע בציפייה לגיטימית זו, ומערער את שלווה הנפש של החיים:

"using the deceased's gametes without his or her authorization constitutes a societal harm because it violates legitimate expectations held by the living as to the disposition of their bodies after death, and thereby harms all living persons... The notion that others may utilize our bodies after our death... is likely to arouse considerable anxiety on the part of many living persons".

כאמור, זהו טיעון מוסרי **דומה** לזה שבדברי מהר"ם שיק, אך לא זהה לו. הטיעון של מהר"ם שיק אינו מבוסס על הציפייה הריאלית של הבריות, אלא על הכבוד הראוי לכל בן אנוש, בהיותו נברא בצלם אלוהים. נראה שהטיעון של מהר"ם שיק רחב בהיקפו מזה של Quay משום שלפיו, גם אם יבוצע סקר שיוכיח שרוב בני האדם אינם מצפים שינהגו בגופם בכבוד לאחר מותם, או שיוכח שרובם מוכנים שיפגעו בגופם בתנאים מסוימים, לא יהא בכך כדי להחליש את איסור הניוול.

³⁸ וראו גם **בשו"ת במראה הבזק** ה, קד, שלמדו מדברי הרב הרצוג בפסקים וכתבים ה, י"ד, סימן קנז, שניתן למחול על ניוול המת, ובניגוד לעמדת קודמו בתפקיד הרב הראשי לישראל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק, **בשו"ת דעת כהן**, י"ד, סימן קצט. ייתכן שהמחלוקת קשורה לשאלה העקרונית שהוזכרה בהערה 33, בדבר קיומו של האינטרס האנושי של

בשל מחלוקת עקרונית זו, לא ברור שהסכמת הנפטר לניווול מסלקת את איסור הניווול, אף כשהסכמה מפורשת.³⁹

2.1.2. קבורת המת

העם היהודי הקפיד מאז ומתמיד על קבורתם של נפטרים, ואפילו על קבורת חלקים זעירים מן הגופה. לדעת רבים, חיוב הקבורה הוא מן התורה, על פי הפסוק: "לא תלין נבלתו על העץ, כי-קבור תקברנו ביום ההוא" (דברים כא, כג). אחרים סבורים שהחיוב הוא מדברי חכמים, ובשל כך מעמדו ההלכתי קל יותר.⁴⁰ גם כאן, הדיון ההלכתי נחלק לשתי שאלות משנה:

א. האם חיוב הקבורה חל גם על נטילת זרע מן המת?

ב. האם יש בכוחו של הנפטר למחול לקרוביו על החובה לקבור?

נפתח אם כן בשאלה הראשונה. לדעת רבים, חיוב הקבורה אינו חל על חלקים של הנפטר ששיעורם אינו עולה על השיעור המינימאלי של "כזית".⁴¹ לשיטה זו, אם הזרע ניטל באמצעות שוק חשמלי, לא תתעורר הבעיה של מניעת הקבורה.⁴²

השאלה, האם יש בכוחו של הנפטר לפטור את קרוביו מן החובה לקבור תלויה בטעמה של חובת הקבורה. בתלמוד⁴³ קיים דיון בשאלה, האם הקבורה היא "משום כפרה", וכפי שמבהיר רש"י, ש"בהטמנה זו, שמורידים ומשפילין אותו בתחתיות"⁴⁴ יתכפרו עוונותיו, או שמא היא "משום בזיונא", וכפי שמבהיר רש"י, "שלא יתבזה לעין כל, שיראוהו מת ונרקב ונבקע".⁴⁵

האדם לאחר מותו. לפי מהר"ם שיק, האינטרס האנושי של האדם פוקע במותו, ובשל כך יש להצדיק את איסור הניווול על יסוד הפגיעה בחיים דווקא. לעומת זאת, לפי ר"י עטלינגר, האינטרס האנושי של האדם אינו פוקע במותו, ובשל כך ניתן להצדיק את איסור הניווול על יסוד הפגיעה בנפטר עצמו.

³⁹ יש לציין, שבין הפוסקים הסבורים שניתן למחול על איסור הניווול, יש דעות שונות בכל הנוגע לאופן שבו תובע המחילה. כאמור ליד הציון להערה 33, הרב ד"ר מרדכי הלפרין סבר שהמחילה צריכה להיות מפורשת. אבל הרב הרצוג סבר שאיסור הניווול פוקע כאשר קיימת "אומדנא חזקה", הערכה ברמה גבוהה של הסתברות, שהנפטר היה מסכים לניווול.

כזכור, החיית היועץ המשפטי לממשלה אינה דורשת שהסכמת הנפטר לביצוע ההליך תהיה מפורשת, ואף לא דורשת שההסכמה תהיה משתמעת או מסתברת ברמה גבוהה של וודאות, משום שההנחה מבוססת על ההנחה, שכל אדם מעוניין בהמשכיותו. אך ראו אצל שיק (לעיל הערה 37, עמ' 949), המפקפק בהנחה זו, כאשר ההמשכיות תושג במחיר של פגיעה בגוף הנפטר.

⁴⁰ ראו אצל הלפרין, השתלת איברים שם;

⁴¹ ראו אברהם שטיינברג, אנציקלופדיה שם, ובאסמכתאות שבהערות 173-177. השיעור המדויק של מידה זו שנוי במחלוקת. על כל פנים מדובר בנפח שבין 25 ל-50 סמ"ק.

⁴² אמנם, ראו אצל שפרן, אבהות עמ' 349, שקובע ש"גם אם ציווה הנפטר טרם מותו לקחת מזרעו אחר מותו, על מנת להפרות כך את אשתו, אין לעשות זאת, שכן חובת הקבורה של כל איברי המת, הפנימיים והחיצוניים, אינה בידיו שיוכל לצוות שלא לקיימה". אך הרב, פרופ' אברהם שטיינברג דוחה דברים אלו בטענה, ש"כאן מדובר בשיעור קטן מאד, שהוא פחות מכזית, ויש שיטה בפוסקים שאין מצוות קבורה בפחות מכזית, ובפרט לפי חידושו של הגרא"י אונטרמן (ראו להלן, אחר הציון להערה 62)... מדובר ברקמה חיה שאין עליה חיוב קבורה" (שטיינברג, מיהו אב עמ' 354).

⁴³ תלמוד בבלי סנהדרין מו, ב.

⁴⁴ רש"י סנהדרין שם, ד"ה או. וראו גם, חידושי הר"ן סנהדרין שם ("והיא הכנעה גדולה, שבהיותו חי היה מושל על כל מיני הבעלי חיים").

⁴⁵ רש"י סנהדרין שם, ד"ה משום בזיונא. הסבר שלישי לחובת הקבורה, מובא בספר כלי חמדה על התורה, פרשת חיי שרה. לפי הסבר זה, "האדם נברא מהאדמה כדי לתקנה לגמרי ולזככה להיות כמו הנפש, וכיון שחוטא האדם ואינו מתקן את העפר, הרי עליו לשוב אל האדמה, ויש בזה עניין השבת גזלה". לדבריו, מהסבר זה הסיק רבו, ר' אברהם מסוכטשוב, שאף נוכחים חייבים בקבורה, משום שבני נוח מצווים על הגזל. וראו עוד בעניין זה אצל עקיבא כץ, תורתך שעשועי (2012), פרשת חיי שרה. הסבר זה עשוי היה להוביל למסקנה שחובת הקבורה היא קוגנטית, אך לא מצאנו בדברי הפוסקים אזכור להסבר זה.

לדעת חלק מן הפרשנים, משמעות הנימוק "משום בזיונא" היא, שמניעת הקבורה "בזיון הוא לקרוביו"⁴⁶ של הנפטר,⁴⁷ ואילו לדעת אחרים, מניעת הקבורה היא בזיון לכל בני המין האנושי.⁴⁸

בתלמוד נאמר שהשאלה, האם חובת הקבורה היא קוגנטית או דיספוזיטיבית, תלויה בהבנת טעמה של חובת הקבורה. לדעה שהחובה נועדה לכפר לחוטא על עוונותיו, אם הצהיר הנפטר לפני מותו שהוא אינו מעוניין שגופתו תיקבר, הרי וויתר על כפרתו, ובכך פטר את קרוביו מן החובה לקברו. לעומת זאת, אם הקבורה נועדה למנוע את בזיון המת, אין הקרובים פטורים מקבורתו משום שהנפטר יכול למחול על כפרתו, אך לא על כבוד כל בני משפחתו, וודאי שלא על כבוד כל בני המין האנושי.⁴⁹

בתלמוד לא הוכרעה השאלה בדבר טעמה של חובת הקבורה, וממילא גם, לא הוכרע האם החובה היא קוגנטית או דיספוזיטיבית.⁵⁰ בשל כך, יש משקל רב לשאלה, האם מקור החובה הוא מן התורה או מדברי חכמים, משום שבהתאם לכללי הפסיקה המקובלים, כל ספק בחובה שמקורה בדין התורה יוכרע לחומרא. לדעת רוב הפוסקים, חובת הקבורה היא מן התורה,⁵¹ ובהתאם לכך פסק הרמב"ם ש"אם צווה (הנפטר) שלא ייקבר – אין שומעין לו".⁵²

2.2. נטילת זרע מן המת – מצווה?

נטילת הזרע, כשלעצמה, איננה מצווה. אמנם, לדעת הסבורים שיש מצווה בהפריית זרעו של המת, כפי שיובהר להלן, ניתן יהיה לטעון שנטילת הזרע מוגדרת כ'הכשר מצווה', כלומר, אמצעי הכרחי לשם קיום המצווה. כמו כן, אם הנפטר גילה דעתו שהוא מעוניין שיינטל זרע מגופו לאחר מותו לשם הפרייתו, לדעת חלק מן

⁴⁶ רש"י סנהדרין שם, ד"ה לאו כל כמיניה.

⁴⁷ וראו גם, **תוספות** סנהדרין שם, ד"ה קבורה ("לאו בזיונא דמת קאמר... אלא בזיונא דמשפחתו, אבל למת אין בזיון אם אינו שוכב על המטה בכבוד").

⁴⁸ רמב"ן, **תורת האדם**, שער הקבורה ("דבזיונא דכולהו חיי קאמרינן, ולא משום בני משפחה בלחוד").

⁴⁹ וראו **לחם משנה** הלכות אבל שם, שטוען שהתלות שבין טעם החובה לשאלה האם ניתן להתנות עליה, קיימת רק לדעה הגורסת שחובת הקבורה היא מדברי חכמים, ולא מן התורה.

⁵⁰ אמנם, **בתלמוד בבלי** בבא מציעא פד, ב מובא שרבי אלעזר בן רבי שמעון ציווה את אשתו להניחו לאחר מותו בארון שבעליית ביתו, משום שהוא יודע שיריביו לא יקברוהו בכבוד הראוי לו. **חידושי אגדות** למהרש"א שם, שואל כיצד ביטל רבי אלעזר את מצוות הקבורה, ומשיב שגם לדעה שקבורה היא משום בזיון המת, רבי אלעזר ידע שמפאת קדושתו לא תשלוט בו רימה ולא יבוא לידי בזיון. לחילופין, הוא מציע שמאחר שעיקב הקבורה נועד למנוע בזיון למת בשל כוונת יריביו של רבי אלעזר להתרשל בקבורתו, אין כאן ביטול של מצוות הקבורה.

⁵¹ כך כתב במפורש **במשנה תורה** הלכות אבל, פרק יב, הלכה א, וכך גם **בספר המצוות לרמב"ם** מצוות עשה רלא. כך עולה גם **מספר החינוך** מצווה תקלז, וראו גם אצל מיכאל ויגודה, "לשרפת גופות בהלכה ובמשפט", **פרשת השבוע** אמור תשס"ו, גיליון מס' 250.

אמנם, במשנה תורה שם יד, א, כתב הרמב"ם ש"מצוות עשה של דבריהם לבקר חולים וכו' ולחפור ולקבור", ומסיים, ש"אף על פי שכל מצוות אלו מדבריהם, הרי הן בכלל ואהבת לרעך כמוך". מדברים אלו ניתן להבין שחובת הקבורה איננה מן התורה, ובניגוד לעולה מדבריו שם, בפרק יב.

הרב יחיאל מיכל טיקוצ'נינסקי (גשר החיים ב, יב, אות א) ביקש ליישב סתירה זו בהבחנה בין שלושה סוגים של קבורה: (א) **חיוב מהתורה**, החל על **שבעת הקרובים**, ונלמד מן הציווי המוטל על כוהנים, להיטמא לקרוביהם לשם קבורתם. (ב) **חיוב מהתורה**, המוטל על **כלל ישראל**, לקבור כל מת מישראל שאין לו קרובים הנלמד מהפסוק "כִּי קְבוּרַתְךָ יִהְיֶה" (ג) מצוה "מדבריהם", המוטלת על **כלל ישראל**, להצטרף למתעסקים בקבורת מת שיש לו קרובים (קרובים או חבא קדישא וכיוצא בזה), הנכללת במצוות "ואהבת לרעך כמוך" וגמילות חסד.

דרך אחרת ליישב בין המקורות מציע הרב אשר וייס (**מנחת אשר** בראשית, סימן עב), ויסוד לה בדברי **קהלת יעקב** (אלגאזי) אות ק, סימן רפד, ולפיה, מן התורה יש חובה למנוע מצב שהנפטר יהיה "מונח כדומן על פני השדה". כדי לצאת ידי חובה זו ניתן גם להניח את הנפטר בצורה מכובדת בארון, שלא בקרקע. אולם, חכמים קבעו חובה מיוחדת, לקבור בקרקע דווקא (וראו לעיל, הערה 50).

⁵² **משנה תורה** הלכות אבל, פרק יב, הלכה א. וראו **גשר החיים** שם. וראו גם אצל **שפרן**, **אבהות** עמ' 349 ("חובת הקבורה של כל איברי המת... אינה בידיו שיוכל לצוות שלא לקיימה"). לדעת הסבורים שחובה זו היא מדרבנן, ראו: **רס"ג** עשין יט; **שו"ת רדב"ז** א, שיא; **שו"ת חוות יאיר** קלט; **שו"ת יביע אומר** ג, יו"ד, כב.

הפוסקים יש בנטילת הזרע מצווה, משום שמצווה לקיים את דברי המת.⁵³ אולם, רבים סבורים שהמצווה לקיים את דברי המת נוגעת רק לרצונו של נפטר בנוגע לניהול נכסיו והעברתם לאחרים, ומאחר שזרעו של אדם אינו ממנו, אף אם יצווה את קרוביו ליטול מזרעו כדי להקים לו שם לאחר מותו, לא יהיה בקיום משאלתו משום מצווה לקיים את דברי המת.⁵⁴

3. הפריה לאחר המוות

בהתאם לניתוח העמדות ההלכתיות והאתיות בנוגע לנטילת זרע מן המת, יש לבחון האם השימוש בזרע לשם הפריית אישה מזרעו של הנפטר הוא אסור? האם יש בכך מצווה? האם הדבר מותר והאם יש פגם מוסרי בכך?

3.1. הפרייה לאחר המוות – איסור?

הדיון ההלכתי בשאלה, האם הפריה לאחר המוות אסורה, התמקד בשאלה, האם ההפריה אסורה בשל ביטול מצוות קבורת המת? והאם יש לאסרה בשל איסור ההנאה מן המת?

3.1.1. ביטול מצוות קבורה

השימוש בזרעו של נפטר לשם הפריית אישה מונע את קבורת הזרע, ולעיתים אף מונע קבורה של חלקים מן הגופה. אי לכך, יחולו עליו העקרונות שהובהרו לעיל⁵⁵ בנוגע לנטילת הזרע, ולפיהם, השימוש בזרע יהיה מותר רק אם יהיה ברור שההפריה תבוצע רק על פי הסכמת הנפטר, וכן, שלמעט הזרע עצמו, כל חלק שניטל מן הגופה ייקבר.

3.1.2. הנאה מן המת

ההלכה היהודית אוסרת הנאה מן המת, ולדעת רוב הפוסקים, איסור זה הוא מן התורה.⁵⁶ על רקע זה, רבים דנו בשאלה, האם אין בהפריית אישה מזרעו של הנפטר משום הנאה מן המת?

כדי לבחון שאלה זו, יש להבין תחילה את תכליתו של איסור ההנאה מן המת. ההסבר המקובל לאיסור זה מתבסס על החובה לשמור על כבודו של צלם אלוקים שבאדם.⁵⁷ לפי הסבר זה, האינטרס המוגן מכוחו של האיסור הוא כבודו של המין האנושי, שנברא בצלם אלוקים. בשל כך, האיסור שייך לקטגוריה ההלכתית של 'מצוות שבין אדם למקום'.⁵⁸ כאמור לעיל, משיוך זה נגזרת המסקנה, שהאיסור הוא קוגנטי, ותחולתו אינה תלויה בהעדפותיו של הנפטר. בשל כך טען הרב, פרופ' יגאל שפרן, שיש להשמיד זרע שנשאב מן המת, ולא לעשות בו שימוש, לכל מטרה שתהיה.⁵⁹

אולם, מסקנה הלכתית זו שנויה במחלוקת. יש שטענו, שהשימוש בזרעו של הנפטר לשם הפריה, אינו בגדר

⁵³ לטענה זו ראו אצל וייס, **הזרעה** עמ' עד.

⁵⁴ שם. בהקשר זה מן הראוי להעיר שלדעת רבים, המצווה לקיים את דברי המת חלה רק כאשר מסר הנפטר את הממון בידי של נאמן, לטובת השימוש בו בהתאם לרצונו (ראו לעניין זה בהרחבה אצל ירון אונגר, **חוק לישראל: נאמנות בנכסים** מורשת המשפט בישראל, ירושלים תש"ע, עמ' 31). בשל כך, ניתן להצדיק את ההנאה מן המת מכוח המצווה לקיים את דברי המת רק כאשר הזרע נשאב בחייו של הנפטר, ונמסר בידי של נאמן (למשל: בנק הזרע) לשם שימוש בו למטרות הפריה.

⁵⁵ אחר הציון להערה 39.

⁵⁶ ראו **שטיינברג, אנציקלופדיה** שם אחר הציון להערה 215.

⁵⁷ ראו **שטיינברג, אנציקלופדיה** שם.

⁵⁸ ראו **הלפרין, ניתוחי מתים** עמ' 35.

⁵⁹ ראו **שפרן, אבהות** עמ' 349.

"הנאה" מן המת, משום שההפריה מקיימת את הערך של הקמת שם למת ואת מצוות 'פרו ורבו', ומאחר ש"מצוות לאו ליהנות ניתנו", אין לראות בהפריה "הנאה" מן המת.⁶⁰

הרב הראשי לישראל (כתוארו אז), הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, סייג את איסור ההנאה מן המת כשקבע ש"אין איסור הנאה אלא כשנהנה מגוף הדבר" וכאשר "ההנאה באה תיכף".⁶¹ כלומר, איסור ההנאה מן המת קיים רק כאשר ההנאה מופקת במישרין מגוף הנפטר (למשל, באמצעות שימוש בשער הנפטר כפאה נכרית), וכאשר ההנאה מופקת באופן מיידי.

אמנם, מדברי הרב הרצוג עולה שחכמים גזרו לאיסור הנאה מן המת גם כאשר ההנאה אינה מידית וישירה, אך מאחר שדרגת האיסור נמוכה יותר, התירו שימוש בקרנית, לשם הצלת מאור עיניו של אדם.

בהתאם לסייג האמור, ברור שלדעת הרב הרצוג, אף אם איסור ההנאה מן המת חל גם בשימוש בזרעו של המת לשם הפרייה, הרי שזהו איסור מדברי חכמים, ולא איסור של תורה, ויש לבחון האם ההפריה היא מטרה דומה בחשיבותה להשבת מאור עיניו של אדם, המצדיקה את ההנאה מן המת, או לאו.⁶²

מחליפו בתפקיד הרב הראשי לישראל, הרב איסר יהודה אונטרמן דן בהנאה מן המת אגב הדיון בנטילת אברים מן המת לשם השתלתם באדם חי, וטען ששימוש בגוף האדם לשם הצלה או לשם יצירת חיים אינו בגדר הנאה "מן המת", משום שהשתלת חלקי גוף באדם חי הופכת את אבר המת לאבר חי, וממילא אין כאן הנאה מן המת, אלא הנאה מן החי.⁶³ בהתאם לכך ניתן לטעון, ששימוש בזרעו של הנפטר אינו הנאה מן ה"מת", משום שההפריה מחיה את הזרע והופכת את ההנאה להנאה מן החי.

3.2. הפרייה לאחר המוות – מצווה?

3.2.1. מצוות פריה ורביה

מצוות פריה ורביה היא המצווה הראשונה שנצטוו בה האדם,⁶⁴ ונחלקו הפוסקים בשאלה העקרונית, האם זוהי מצווה תוצאתית, כלומר, שהאדם מצווה שיהיו לו צאצאים, תהא הדרך שבה יגיע לתוצאה זו אשר תהא, או שמא זוהי מצווה מעשית, שקיומה מותנה בקיומם של יחסי אישות.⁶⁵

יש מי שסבר, שלדעה שהמצווה היא תוצאתית, ניתן לקיימה גם לאחר המוות, שהרי בסופו של דבר, במבחן התוצאה, יש לאדם צאצאים.⁶⁶ אולם, רוב המחברים שדנו בשאלה זו הכריעו שלאחר המוות האדם חופשי

⁶⁰ ראו **הלפרין, הפרייה לאחר המוות** עמ' 2; הרב, פרופ' אברהם שטיינברג "מיהו אב בימנו?" **תחומין** לב 348, 354. שטיינברג אף מטעים (שם), ש"אין בזה איסור הנאה, שהרי אין כאן הנאה מן המת אלא זוהי הנאה של המת, הוצאת הזרע נעשית לצורך הנאתו של המת עצמו, שיהיו לו צאצאים בעולם" (להלן: שטיינברג, מיהו אב).

⁶¹ הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, **פסקים וכתבים** ה', יו"ד, סימן קנז עמ' תרל"ד (לא למותר לציין, שנינו של הרב הרצוג, חבר הכנסת יצחק הרצוג, נמנה על יוזמיה של הצעת החוק).

⁶² **בשו"ת במראה הבזק** ה', קג דנו בשאלה זו והסיקו שכל הנראה, משום שדעת חכמים אינה נוחה מגידול ילד במשפחה חד הורית, יש להניח שחכמים העמידו דבריהם גם כאשר ההנאה מן המת דרושה כדי להפרות את אלמנתו, אך סייגו דבריהם באומנם ש"בנסיבות מיוחדות יש מקום לעיון".

⁶³ לעיל, הערה 29. וראו **צפרי, פוריות** עמ' 91, הערה 347 שמעיר ש"נראה שרוב הפוסקים מקבלים את החידוש של הרב אונטרמן". וראו אצל הרב הרצוג, לעיל הערה 61, שדן בסברה זו ודוחה אותה משום שניתן לייחס את ההנאה למועד שבו האבר שהושתל עדיין לא נקלט, ואין הוא בגדר "חי".

⁶⁴ ע"פ בראשית א, כח. להרחבה על מצווה זו ראו למשל, **שטיינברג, אנציקלופדיה ערך** 'פוריות ועקרות' אחר הציון להערה 102 ואילך; ד"ר דניאל מלאך, "מצוות פרו ורבו", **אסיא** נ"א-נ"ב (אייר תשנ"ב) (כרך י"ג, חוברת ג-ד), עמ' 183 (להלן: מלאך, פרו ורבו).

⁶⁵ על מחלוקת זו ראו למשל, וייס, הזרעה מלאכותית עמ' עג-עד; Rabbi Mordechai Halperin, "Post-Mortem Sperm Retrieval", **Assia** Vol. 1 (February 2001) 1, 7-9.

⁶⁶ ראו הלפרין, שם, עמ' 9.

מן המצוות,⁶⁷ ולא ניתן לייחס לו קיום של מצווה.⁶⁸

3.2.2. מצווה לקיים דברי המת

היו שטענו, שאם הנפטר גילה דעתו שהוא מעוניין בהפריה לאחר המוות, הרי שהשימוש בזרעו מקיים את המצווה לקיים את דברי המת.⁶⁹ אולם, רבים דחו טענה זו משום שהמצווה לקיים את דברי המת חלה רק על קיום רצונו של המת בכל הנוגע לשימוש ברכושו, וזרעו של אדם איננו רכשו.⁷⁰

4. שיקולים אתיים

בצדו של הדיון ההלכתי סביב שאלת ההפריה שלאחר המוות, מתקיים דיון אתי בשאלה, האם, בהיעדרה של נורמה הלכתית ברורה בנושא, ראוי לאפשר את קיומו של הליך ההפריה שלאחר המוות. להלן יוצגו הטיעונים המרכזיים שהועלו, בעד ונגד קיומו של ההליך.

4.1. שיקולים בעד קיומו של ההליך

השיקולים בעד קיומו של ההליך התמקדו בטובת הנפטר ובתועלת החברתית הצפויה לחברה עקב קיומו של ההליך. מעניין לציין, כבר בשלב זה של הדיון, שהמחברים **שדנו בנושא זה לא הכניסו במסגרת שיקוליהם האתיים את טובתם של הורי הנפטר או של בת זוגו.**

4.1.1. טובת הנפטר

הרב זלמן נחמיה גולדברג, מחשובי הפוסקים בדורנו, טען, ש"התורה החשיבה מאוד את הרצון האנושי להשארת שם וזכר בעולם", כשהביטוי המובהק ביותר לכך הוא – מצוות הייבום, שתכליתה להקים שם למת, "ולא ימחה שמו מישראל" (דברים כה, ו). בשל כך הוא טען, שאף אם אין הפריה שלאחר המוות מקיימת את מצוות הייבום, היא בוודאי מגשימה את תכליתה של מצווה זו, ויש לתמוך בה.⁷¹

הרב, ד"ר מרדכי הלפרין, ממשיך בכיוון זה, וסובר שההפריה עושה חסד עם הנפטר, בייחוד כאשר אין לו ילדים, כי יש להניח שהוא היה מעוניין להשאיר לעצמו זכר בעולם.⁷²

⁶⁷ ראו וייס, **הזרעה מלאכותית** עמ' עד. על טענה זו משיב הלפרין, ש"מציינו שדברים המתרחשים לאחר מיתתו של אדם יכולים להיחשב לזכותו ולהועיל לו כגון "ברא מזכה אבא", במיוחד אם הם תוצאה של מעשים אותם עשה המת בחייו. ואם כן הרי יתכן שעצם קיום הבנים גם אם נולדו לאחר מיתתו, מהווה את קיום מצוות פרו ורבו, ואולי הוא הדין גם בבנים שנולדו מהזרעה לאחר מיתתו" (הלפרין, **גמילות חסדים** עמ' 154).

⁶⁸ ראו למשל: וייס, **הזרעה מלאכותית** עמ' עג; גרין, **פרו ורבו** עמ' 136.

⁶⁹ לטענה זו ראו אצל וייס, **הזרעה מלאכותית** עמ' עד.

⁷⁰ שם. בהקשר זה מן הראוי להעיר שלדעת רבים, המצווה לקיים את דברי המת חלה רק כאשר מסר הנפטר את הנכס בידי של נאמן, לטובת השימוש בו בהתאם לרצונו (לעניין זה ראו, ירון אונגר, **חוק לישראל: נאמנות בנכסים** מורשת המשפט בישראל, ירושלים תש"ע, עמ' 31). לשיטה זו, לא ניתן להצדיק את ההנחה מן המת מכוח המצווה לקיים את דברי המת, אלא אם הזרע נמסר בידי של נאמן (למשל: בנק הזרע) לשם שימוש בו למטרות הפריה, בחייו של הנפטר.

⁷¹ הרב זלמן נחמיה גולדברג, "על תרומת ביצית, פונדקאות, הקפאת זרעו של רווק ונטילת זרע מן המת" (שאלות שהופנו לרב ז"נ גולדברג) **אסיא** סה-סו (כרך יז, חוברות א-ב) 45, 47; **הלפרין, הזרעה** עמ' 122. וראו גם, תמ"ש (משפחה כ"ס) 11870/03 י. ש. נ' **מדינת ישראל**, פסקה 10, שסירוב לבקשתה של אישה לעשות שימוש בזרעו המוקפא של בעלה משמעותו שלילה "בלתי צודקת" של "זכותה להורות מהאיש אשר קידשה לו לאישה", ושליטת "הזכות לקיים מבעלה זרע, המהווה את המשך קיומו הגנטי עלי אדמות, קיום שלשמו נחקקו אף חוקי התורה בדבר ייבום, בעת שנעדר הפתרון המדעי של הפריה". לסקירה של עמדות הפוסקים בכל הנוגע לחובת הייבום כאשר לנפטר נולד ילד לאחר מותו, ראו אצל **אלטמן דורון, ההזרעה המלאכותית** עמ' 231-232.

טענה נוספת שהועלתה הייתה, שבהתאם להשקפה הדתית שמעשיו הטובים של הבן יכולים להגדיל את זכויותיו של הנפטר בעולם האמת ("ברא מזכה אבא"), קיומו של ההליך מאפשר להגדיל את זכויות האב הנפטר (**הלפרין, הזרעה** שם), אך יש שדחו טיעון זה באמרו שכלל לא ברור שמעשיו של הבן יזכו את האב ולא יביישוהו (**וייס, הזרעה** עמ' עד).

⁷² **הלפרין, גמילות חסדים** עמ' 163. על הנחה זו ראו וייס, **הזרעה** עמ' עד, ולעיל, הערה 10). עוד יש להעיר, שנראה כי ההנחה האמורה מבוססת על התפיסה שהנולד מן ההפריה ייוחס אל האדם שממנו הוצא הזרע, שהרי אם הוולד לא ייוחס אל

4.1.2. קידום הערך של פריה ורביה

כאמור לעיל, מבחינה הלכתית, מוסכם על רוב הפוסקים שבלידה שלאחר המוות, אין האב הביולוגי מקיים את מצוות פריה ורביה. עם זאת, הערך של ריבוי הילודה בישראל מתקיים גם באמצעות הפריה שלאחר המוות,⁷³ ויש הסבורים שחשיבותה של מצוות "פרו ורבו" במסורת היהודית תרם רבות ללגיטימציה של ההפריה שלאחר המוות.⁷⁴

4.2. שיקולים נגד קיומו של ההליך

השיקולים האתיים נגד ההפריה לאחר המוות מתמקדים בטובת הנפטר, טובת הילוד וטובת החברה.⁷⁵

4.2.1. טובת הנפטר

לדעת הרב יגאל שפרן, יש להתנגד להפריית אדם לאחר מותו משום שמדובר בהליך הכרוך בפגיעה בכבודו של הנפטר לשם הגשמת מאווייו של אדם אחר, כאשר אין בכוחו של הנפטר להתנגד לקיומו של ההליך.⁷⁶ שיקול זה קשור כמובן לעמדה העקרונית, שהליך ההפריה פוגע בכבודו של הנפטר. בשל כך, הוא תקף רק אם מאמצים את ההנחה, שקיומו של ההליך פוגע בכבוד הנפטר.

4.2.2. טובת הילוד

היו שטענו שההפריה מייצרת יתום שעלול לסבול מקשיים פסיכולוגיים וחברתיים שונים, וזאת, רק לשם ריפוי נפשי של אלמנתו של האדם שממנו נשאב הזרע או של הוריו. לפיכך, מנקודת הראות של טובת הילד, אין לעודד את קיומו של ההליך.⁷⁷

4.2.3. טובת החברה

ברמה החברתית, היו שטענו שהפריה כאמור עלולה לעודד קיומם של תאים משפחתיים ללא אב, דבר

אדם זה, לא ברור שהולדתו היא בגדר 'זכר' לנפטר.

⁷³ וראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 5 ("הן של גם הנשוא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית"). וראו גם שם, פסקה 6 ("הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה. סיפורי האבות בספר בראשית, דור אחר דור – אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ורחל – נסבים על כמיהתם לזרע ולפרי בטן... יוזכר גם כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה").

⁷⁴ ראו: **השילונידולב וטריגר, הולדה לאחר המוות** עמ' 666. במאמר זה מבקרים המחברים את ההסדר שגובש בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, בטענה ש"ההסדרה הקיימת מסתמכת על הנחות מוצא בעייתיות ואולי אף מנותקות מהמציאות, ונוסף על כך, ואולי אף חמור מכך, מנחילה ומנציחה ערכים פטריארכליים ודגם אבהות אשר רבים – גברים ונשים כאחד – אינם מחזיקים בהם עוד" (שם, עמ' 681).

⁷⁵ להשלמת התמונה יש להעיר, שהרב יובל שרלו העלה טיעון נוסף, ולפיו "טכנולוגיות רפואיות באות להתמודד עם ליקויים שהתגלו בטבע ("כי אני ה' רופאך"), אך לא להמציא מציאויות חדשות" (הרב יובל שרלו, האם להשתמש בזרע מוקפא? תשובה לשאלה, אתר ישיבת ההסדר רעננה, בכתובת <https://www.ypt.co.il/beit-hamidrash/view.asp?id=6190>). לא הצלחנו להבין מה בדיוק עומד ביסוד טיעון אתי זה, ואף לא מצאנו סיוע לו במקורות נוספים.

⁷⁶ ראו **שפרן, אבהות** עמ' 352. מובן מאליו שכוחו של טיעון זה נחלש, ככל שניתן להוכיח שהנפטר עצמו היה מעוניין בקיומו של ההליך.

⁷⁷ ראו **צפרי, פוריות** עמ' 103 (הרב יעקב ליאור), עמ' 105 (עמדת הרב נחום רבינוביץ'), עמ' 106 (עמדת הרב יעקב אריאל); **אריאל, הפריה** עמ' 334; **שו"ת במראה הבזק**, ד, קכח; הרב יצחק שילת, "שכפול גנטי לאור ההלכה", בתוך: **ספר אסיא**, הוצאת ראובן מס, 2007, עמ' 141 ("לידת ילד לתוך משפחה ללא אב, לכתחילה, ולא כתוצאה מאסון של מות האב בזמן ההריון חס וחלילה - זהו מעשה עוול כלפי הוולד, העתיד לגדול כילד שיש לו חסד נפשי חמור"). טיעון זה הועלה גם על ידי מלומדים, וראו בהרחבה אצל **אלטמן דורון, ההזרעה המלאכותית** עמ' 232-233.

וראו גם, Evelyn Shuster, "Posthumous Gift Of Life: The World According To Kane" 15 **J. Contemp Health & Pol'y** 401, 423 שוסטר מפנה לספרו של אירווינג, העולם על פי גארפ, בו מתואר סיפור חייו של גארפ, שנולד לאחר שאמו הפרתה עצמה ללא הסכמה בעזרת גבר שנטה למות. בספר מתואר גארפ כסופר מוכשר, שהצלחתו לא הצליחה לסלק מעליו את הכתם התמידי של ילד לא לגיטימי, חשוד, שעלבון טבעי (original insult) כרוך בהבאתו לעולם.

שעלול בסופו של דבר לגרום לערעור מעמדה המסורתי של המשפחה הקלאסית במורכב מאב, אם וילדים.⁷⁸ היו שטענו שהפריית של אישה מזרעו של הנפטר עלולה לעורר חשדות בקרב הציבור שהאישה הרתה מחוץ לנישואים, ואין לבצע הליך שיעודד קיומם של חשדות כאמור.⁷⁹

5. מעמדם של היורשים

הפוסקים אף דנו בשאלה, האם יורשיו של אדם נחשבים כבעלים של זרע שהוצא מגופו של אדם, בחייו או לאחר מותו. העמדה ההלכתית המקובלת בעניין זה היא, ש"זרע חשיב כולד, ואין היורשים יורשים ולדות".⁸⁰ משום כך, יורשיו של אדם אינם בעלים של זרע שנשאב מגופו, וזכותם הקניינית בנכסיו אינה מקנה להם זכות יתר לעניין קביעת גורלו של הזרע וייעודו.

6. הרצון המשוער של הנפטר

כאמור לעיל, הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מבוססת על ההנחה, הניתנת לסתירה, "שהנפטר מעוניין שיעשה שימוש בזרעו לשם הפריית בת זוגו", ובשל כך, אם בת הזוג מעוניינת בכך, יתאפשר לה להפרות את זרע בעלה המת.

הרצון המשוער האמור הוא רצון אקטיבי, שיעשה שימוש בזרע לטובת הפריית של בת הזוג. אי לכך, לשיקולים בדבר רצונו המשוער של הנפטר אין להכניס גורמים שאינם נוגעים לשאלה, האם הנפטר מעוניין שבת זוגו תהרה מזרעו לאחר מותו? בהתאם לכך, רצון בהמשכיות (ללא קשר לבת הזוג) או רצון להמציא נחמה או להפחית מצערם של קרובים אינם גורמים שיש לשקול אותם בקביעת רצונו המשוער של הנפטר.

⁷⁸ ראו למשל, וייס, הזרעה ע"י עד. וראו גם אצל שרעבי וסיני, הפריית אישה ע"י 3, ובמקורות שבהערה 11, שם.

⁷⁹ ראו הלפרין, הזרעה ע"י 121. הרב משה שטרנבוך, אב בית הדין של העדה החרדית בירושלים, אף הרחיק לכת כשטען, שמי שקיים ספק הלכתי בנוגע לייחוסו הוא "וולד פגום", שמטבעו נוטה לעשות עבירות "כיון שהוולד נוצר שלא כדרך הארץ, והיינו ולד בלא אב, ולא גרע מבני תשע מידות דהם וולדות פגומים, ואין להביא לעולם חס ושלום וולדות פגומים" (תשובות והנהגות ו, רמד).

דברים אלו מבוססים על דרשתו של רבי לוי על הפסוק ביחזקאל כ, לח, "וברותי מכם המורדים והפושעים ביי", ש"אלו בני תשע מידות: בני אימה בני אנוסה (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות בכפיה), בני שנואה (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות עם אישה שנואה); בני נידוי (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות בין בני זוג שאחד מהם מנוודה, ולדעת חלק מן המפרשים, אף בני נידה בכלל זה); בני תמורה (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות בין גבר לאחת משתי נשותיו, כשהגבר סבור שהוא מקיים יחסים עם צרתה), בני מריבה (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות בין בני זוג מסוכסכים), בני שכרות (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות כשאחד מבני זוג שיכור); בני גרושת הלב (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות בין גבר לאשתו, כשבדעתו לגרשה); בני ערבוניא (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות בין בני זוג, כאשר אחד מהם חושב בעת קיום היחסים על בן זוג אחר); בני חצופה (ילדים שבאו לעולם עקב קיום יחסי אישות אחרי שהאישה תבעה מבעלה לקיים יחסים עמה בצורה מפורשת)" (תלמוד בבלי נדרים כ, א). הרב שטרנבוך מרחיב את הרשימה גם למי שייחוסו אינו ברור, אך הרחבה פרשנית זו קשה, משום ש"בני תשע מידות" הם ילודים שביאתם לעולם כרוכה בפגם ביחסי האישות שבין הוריהם, הבא לידי ביטוי בעיקר בכך שהיחסים מתקיימים שלא על בסיס של אהבה וכבוד הדדי. פגם שכזה לא קיים בהפריה שלאחר המוות, שאינה כרוכה כלל בקיום יחסי אישות. וראו גם בפירוש הר"ן לנדרים שם, הקובע ש"בני תשע מידות" הם פגומים משום ש"יש צד עבירה ביצירתן". אם אין צד עבירה ביצירתו של וולד, מניין לנו לחדש שהוא בכלל "בני תשע מידות"?

ייתכן שדברי הרב שטרנבוך מבוססים על הנוסח בחלק מן הדפוסים, המחליף "בני אִימָה" ב"בני אִמָּה", ולפי ההסבר שבשיטה מקובצת, נדרים שם, שהכוונה לבני שפחה "שאין ולדותיה מתייחסין אחר האב אלא אחריה, כדכתיב האישה וילדיה". אך הסבר זה לא נפסק להלכה, ראו שולחן ערוך אורח חיים רמ, ג. לשאלה, האם אמנם מי שנולד מהפריה שלאחר המוות אינו מיוחס אחר אביו, ראו להלן אחר הציון להערה 91.

⁸⁰ הרב אביגדור נבנצאל, "בעלות יורשים על זרע מוקפא" תחומין יז 347, 348 (מובא בהסכמה אצל אריאל, הפריה ע"י 334). וראו אצל רייזמן, הפריה ע"י קל"ז, שבעקבות דיון הלכתי בבעלות האדם על זרעו מסיק שהיות ולפי דיני הירושה של המשפט העברי, האב קודם לאשת בנו בירושה עיזבונו של הבן, "במקרה של חילוקי דעות מה לעשות בזרעו של המת, אביו יורש את הזכות להחליט ולקבוע מה לעשות, ולא אשת המת", תוך שהוא מעיר ש"החוק במדינת ישראל, מתחשב ברצונם של קרובי הנפטר ובת זוגו, ולעיתים מעדיף את רצון בת הזוג". מהדברים עולה שהרב רייזמן אינו מודע לעמדת הרב נבנצאל בעניין זה. וראו גם עמ"ש 16-11-45930 מדינת ישראל נ' ש. ואח' (פורסם בינבו), פסקה 25 לפסק דינו של השופט וייצמן, שמסכם ש"הגישה השלטת בפסיקה בארץ ובעולם היא כי אין לראות בזרעו של אדם חלק מקניינו וממילא לא ירשו קרוביו של נפטר את זרעו".

אולם, בהתאם למוסבר בהרחבה לעיל, מנקודת המבט של המשפט העברי, בחינת רצונו המשווער של הנפטר חיונית אך ורק כדי למנוע פגיעה אסורה בכבוד הנפטר. משום כך אין ההלכה מדברת במושג של "רצון", אלא במושג של "מחילה". כלומר, אין נדרש רצון חיובי בהפריה, אלא די ב"מחילה" על הכבוד. בהתאם לתפיסה זו, בחינת רצונו המשווער של הנפטר תתמקד בשאלה, האם הנפטר מסכים שלאחר מותו יינטל מגופו זרע וייעשה בו שימוש לשם הפריית אישה (בין אם זו בת זוגו ובין אם לאו), על אף הפגיעה בכבודו הכרוכה בקיום ההליך? המניע להסכמה זו אינו משמעותי.

לכן, גם אם יוכח (בהנחה שניתן להוכיח את הדבר), למשל, שהנפטר היה מעוניין בהפריה כדי להיטיב עם הוריו, די בכך.⁸¹ יתר על כן, אף אם יוכח שהנפטר אדיש לחלוטין למה שייעשה בגופו לאחר מותו, כגון שהצהיר בחייו: "מצדי תשרפו אותי ותשליכו את האפר לים", די יהיה בכך כדי לשלול את החשש מפני פגיעה אסורה בכבוד הנפטר.

7. האם בת הזוג עדיפה על הורי הנפטר?

כזכור, בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה נקבע כלל המבכר את עמדת בת הזוג בעניין זה על עמדת כל אדם אחר. כלל זה מבוסס על שני עקרונות:

- א. לבת הזוג יש זכות להפרות עצמה מזרע בן זוגה המת;
- ב. בת הזוג מכירה טוב מאחרים את המת, ואת מאווייו.

בעניין זה יש להקדים, שאין ההלכה מעניקה יתרון בקביעת רצונו המשווער של הנפטר, לא לבת הזוג ולא להורי הנפטר. עם זאת, לאחרונה הובעו עמדות אתיות מנוגדות בהקשר זה. עמדות אלו שואבות השראה מן המקורות היהודיים, אך אין בהן כדי לקבוע עמדה מחייבת.

יש מי שטען, שהאלמנה כרתה עם הנפטר "ברית, גם כדי ללדת ילדים",⁸² ומכוחה של ברית זו יש לה זכות לממש את הברית לאחר מות בן זוגה.⁸³ זאת, בניגוד להורי הנפטר, שלא כרתו עמו ברית לשם הולדת ילדים, ובשל כך "נכון להתייחס אליהם כזרים בהקשר זה, עם כל הכאב ועם כל הקושי ההומני שבדבר".⁸⁴ בהתאם לכך, "במצב של חילוקי דעות בין ההורים ובין האלמנה – דעתה היא הקובעת".⁸⁵

⁸¹ בהקשר זה יוער, שהרב הראשי (כתוארו אז), יצחק אייזיק הלוי הרצוג בפסקים וכתבים ה, יו"ד קלז, שאלה ה (עמ' תקלא) קבע שכאשר ההורים מתנגדים להעברת בנם החלל ממקום קבורה זמני להר הרצל, יש להימנע מן ההעברה ולכבד את רצון ההורים, משום שיש להניח שהבן עצמו גם היה מתנגד להעברת גופתו, משום ש"רצון הבן למנוע צער מהוריו". אולם, לא ברור שניתן להקיש מרצונו המשווער של הנפטר בנוגע להעברת גופתו ממקום למקום לרצונו המשווער בנוגע לשימוש בזרעו.

יצוין, שמן הסקר שערך השילוני-דולב וטריגר בקרב 14 גברים מייצגים, עלה ש"גברים אינם רוצים בדרך כלל הולדה מזרעם לאחר מותם, אלא כל רצונם הוא לכבד את רצון החיים ולהקל עליהם. הגברים שרואיינו רוצים שלא להנשארים אחריהם יהיה טוב" (השילוני-דולב וטריגר, הולדה לאחר המוות עמ' 704). בהתאם לממצא זה הם מציעים "להחליף את דגם הרצון המשווער (רצון בילדים לאחר המוות) בדגם של הסכמה משוערת ("אם זה חשוב מאוד לנותרים אחריי, אזי אני מסכים")" (שם, עמ' 705). הצעה זו עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט העברי בסוגיה זו.

⁸² הרב יובל שרלו, "זרע מהבן המת? להורים יש מעמד של אדם זר" Ynet, יהדות, 19 ביוני 2017. ויש לדון בשאלה, האם "ברית" מהסוג שהרב שרלו מדבר עליה קיימת גם בין בני זוג שאינם נשואים.

⁸³ אין להסיק מטיעון זה שזכותה של בת הזוג להפרות עצמה מזרעו של הנפטר קיימת אף אם יוכח שהנפטר התנגד לכך, משום שהזכות מבוססת על הברית הזוגית שבין בני הזוג, וברית זו מניחה שהאישה לא תפעל בניגוד לעמדת בן זוגה בכל הנוגע להעמדת צאצאים, בייחוד כאשר הדבר כרוך בפגיעה מסוימת בכבוד הנפטר.

⁸⁴ שם.

⁸⁵ שם. טענה דומה מעלה הרב צבי רייזמן, על יסוד דיני הכתובה. לדבריו, "מאחר ויש לאשה זכות לתבוע מבעלה להעמיד לה צאצא... כשם שהתחייבויות הבעל למזונות וכסות האשה האמורים בכתובה, נגבים מממון הבעל לאחר פטירתו - לא מדיני ירושה אלא מדיני התחייבות הכתובה, כך גם זכותה לממש את חובת הבעל כלפיה לזכות לזרע של קיימא בשל התחייבויותיו בכתובה" (רייזמן, הפריה עמ' קלז). אולם, זוהי טענה תמוהה, שאין לה על מה לסמוך. המשמעות המעשית של זכות האשה לתבוע מבעלה שיעמיד לה צאצאים היא, שאם הבעל אינו מעוניין או אינו מסוגל להעמיד צאצאים, זכאית האישה להתגרש ולקבל לידה את מלוא הערך הכספי שהתחייב הבעל לתת לה עם פירוק קשר הנישואין ביניהם.

ויש מי שטען, שלאחר המוות מתחזקת הזיקה של ההורים לבנם המת ונחלשת הזיקה שבין בת הזוג לבניו.⁸⁶ לכן, "אישה איננה יורשת את בעלה, ואף הבעל אינו יורש את הנכסים שאשתו קיבלה לאחר מותה",⁸⁷ שכן "הקרבה בין הבעל לאשתו קיימת בעוצמה רבה בזמן שהם חיים, אך משהו בה נפגע לאחר שמת אחד מהם".⁸⁸

אף עמדה זו אינה מבוססת על הנחה הנוגעת ליכולת להכיר טוב מאחרים את רצונו של הנפטר, אלא על זכות עצמאית של ההורים, שהיא, לדעת הרב סתיו, עדיפה על זכות האלמנה.

לא מצאנו מקור התומך בתפיסה שהקשר הזוגי מקנה לבת הזוג את הזכות (ההלכתית או המוסרית) לקבוע מה ייעשה בזרעו של בן זוגה לאחר מותו, ואף לא נמצא מקור התומך בתפיסה שקשר הדם שבין ההורים לבנם המת מקנה להם זכות שכזו.⁸⁹

אף לא מצאנו מקור המבכר את עמדת בת הזוג על עמדתם ההורים לעניין רצונו המשוער של הנפטר על פני עמדת ההורים, ולא מקור המבכר את עמדת ההורים על פני עמדת בת הזוג לעניין זה. על רקע זה, נראה שתאיור מהימן של התמונה ההלכתית והאתית העולה מן המקורות היהודיים הוא כדלהלן:

- א. אין לאיש **זכות אישית** לקבוע מה ייעשה בזרעו של הנפטר.
- ב. את רצון הנפטר יש לקבוע בהתאם לאישיותו, מעשיו, הצהרותיו וכדומה,⁹⁰ ולשם כך ניתן להסתייע בקרוביו. אולם, **אין עדיפות לקרוב משפחה זה או אחר** בקביעת הרצון המשוער של הנפטר.
- ג. בהעדר בסיס עובדתי מספק לקביעת רצונו המשוער של הנפטר יש להימנע מן ההפריה, מחשש לפגיעה בכבוד הנפטר.

8. ייחוסו של מי שנולד מהפרייה לאחר המוות

שאלת ייחוסו של מי שנולד לאחר מות אביו הביולוגי שנויה במחלוקת בין פוסקי זמננו.⁹¹ לדעת הרב שאול

זכות זו אינה מקנה לאישה את הזכות להוציא מבעלה זרע בעל כורחו כדי להעמיד לעצמה צאצאים. וראו שם, שאף הרב רייזמן חזר בו מטענה זו.

⁸⁶ הרב אברהם סתיו, "ילד מהבן המת? להורים יש זכויות" Ynet יהדות, 20 ביוני 2017 ("דווקא לאחר המוות, הקרבה החזקה יותר שנתרת היא בין אדם למשפחתו הביולוגית").

⁸⁷ שם.

⁸⁸ שם.

⁸⁹ שרעבי וסיני טענו ש"בני המשפחה הם שמייצגים את רצון הנפטר" (יוסי שרעבי ויובל סיני, "כבוד המת ומעמד המשפחה בשריפת גופה" חוות דעת מטעם המרכז ליישומי משפט עברי (26 בדצמבר 2006), עמ' 8. כמקור לכך הם ציינו את דבריו של הרב הרצוג בפסקים וכתבים ה', יו"ד קלו, שאלה ה' (עמ' תקלא). אולם, המעיין בתשובה זו ימצא שהרב הרצוג פסק שכאשר ההורים מתנגדים לכך שבנם החלל יועבר ממקום קבורה זמני להר הצל, יש להניח שהבן עצמו גם היה מתנגד לכך, אך לא משום שדעת ההורים מייצגת את דעתו של הבן, אלא משום שיש להניח ש"רצון הבן למנוע צער מהוריו". ספק רב אם שיקול זה יכול לעמוד גם כאשר לנפטר יש עניין ישיר בביצוע הליך מסוים וכאשר הוא נשוי, וייתכן שהוא מעוניין דווקא לעשות נחת רוח לאלמנתו ולא להוריו. ברור אפוא שאין להסיק ממקור זה כלל קטגורי שלפיו, להורים יש מעמד מיוחד לעניין קביעת רצונו המשוער של בנם. (במקור זה עשה שימוש גם ד"ר מיכאל ויגודה, בחוות דעתו בעניין "בדיקה גנטית של גופה בקבר אחים לצורך זיהוי", ירושלים כ"ד באדר תשס"ד, 17 במרץ 2004, ליד הציון להערה 20, וכן בחוות דעתו בעניין "פיצוי בגין פגיעה בגופת המת", ירושלים כ"א בטבת, תשס"ה, 2 בינואר, 2005).

⁹⁰ וכן מסתבר, משום שיתכן, למשל, שעל אף הקרבה הרבה לקרוב זה או אחר יש נושאים שהוא בוחר להסתיר מקרובו, וייתכן גם שלעיתים בשל קטטה, מבוכה וכדומה, אדם יסתיר מקרובו את עמדתו האמתית ויגלה את עמדתו דווקא למי שאינו קרוב. לחשש זה ראו אצל C. Strong "Ethical and Legal Aspects of Sperm Retrieval After Death or Persistent Vegetative State" 27 J.L.M.E. (1999) 347, 353.

⁹¹ לעניין זה ראו גם: הרב ד"ר מרדכי הלפרין, "מעמד הלכתי של הנולד מהזרעה מלאכותית לאחר מות אביו לעניין ייבום, ירושה, יוחסין ואיסורי קרובים", בתוך: יהודה שביב (עורך) **אלו דברים שאין להם שיעור: עיונים ובירורים במצוות כיבוד אב ואם** הוצאת צומת, אלון שבות תשס"ה, 159; ד"ר מיכאל ויגודה, חוות דעת בעניין "ירושלם טכנולוגית – זכות הירושה של מי שהוריו החלה לאחר מות המוריש" (א' בכסליו, תשס"ז, 22 בנובמבר, 2006 (עודכן ביום 31 במאי 2016); יוסי גרין, "ייחוסו של היילוד למולידו", בתוך: **פרשת השבוע – עיונים משפטיים בפרשיות התורה** משרד המשפטים ומכללת שערי משפט, ירושלים תשע"ב, עמ' 161-164.

ישראלי, אין אדם נעשה אב לאחר מותו. בשל כך, מי שנולד מהפרייה שלאחר המוות אינו יורש את אביו הביולוגי, אינו פוטר את אמו מחליצה⁹² ואף הילוד אינו נחשב בנו של הנפטר שממנו הוצא הזרע, ובשל כך, אין להעניק לילוד זכויות הנובעות מהיותו בנו של האדם שממנו נשאב הזרע.⁹³

לפי עמדה זו, לא רק שמי שנולד מזרעו של חלל צה"ל שנהרג לא יוכר כיתום צה"ל, אלא שהוא אף לא יהיה זכאי לרשת את אביו הביולוגי.

לעומת זאת, הרב שלמה זלמן אויערבך סבר שהילוד הוא בנו של הנפטר לכל דבר ועניין, לרבות לעניין זכויות ממוניות הנגזרות מן הקשר שבין אב לבן.⁹⁴

מכאן אין להסיק שלפי הרב אויערבך יש להכיר במי שנולד מהפרייה שלאחר המוות שבוצעה בחלל צה"ל כיתום צה"ל, משום שזכויותיו של יתום צה"ל אינן זכויות 'טבעיות' כזכות הירושה. זכויות אלה מוענקות על ידי המדינה ליתום, ובשל כך יש בכוחו של המחוקק לשלול זכויות אלו ממי שנולד מהפרייה שלאחר המוות.

⁹² וראו לעניין זה גם אצל רייזמן, הפרייה עמ' קט"ז-ק"ט.

⁹³ **חוות בנימין** ג, קז ("ברור שולד שנולד מזרע מוקפא אחרי מות בעל הזרע, אין לו שום יחס קרבה למשפחת האיש שממנו בא הזרע המוקפא").

⁹⁴ הרב שלמה זלמן אויערבך, "הזרעה מלאכותית", **נועם** א (תשי"ח) קמה, בעמ' קנח. לדיון בייחוסו של הנולד מהפרייה שלאחר המוות בארצות הברית, ראו, **אלטמן דורון**, **ההזרעה המלאכותית** עמ' 223-224.