|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בפני :** | **כב'  סגן הנשיאה, השופט אלון גביזון** | |
| **תובעים** | | **1. פלונית**  **2. פלוני   ע"י עוה"ד דורית ארבל** |
| **נגד** | | |
| **נתבעים** | | **1. פרקליטות מחוז דרום - אזרחי**  **ע"י עוה"ד שני כ"ץ וקליינברגר**  **2. בית חולים סורוקה – פטור**  **ע"י עוה"ד מיה דביר** |

**בעניין: שימוש בזרעו של המנוח ז"ל**

**נוכחים: התובעים וב"כ עו"ד ארבל**

**עו"ד קליינברגר ומתמחה גב' חדד ב"כ הנתבע 1**

|  |
| --- |
| **פסק דין ( חלקי )** |

**" זו פעם הראשונה במשך שמונה שנים שאני מצליחה לקחת את העט ולכתוב לך**

**לכבוד הערב המכובד שעשו לזכרך.**

**מ' מ' מ' מ' יקירי עולמי**

**השיר ששרתי כל חיי הוא השיר:**

**" הבן הבן יקיר לי"**

**אני כותבת לך דברים אלו עם ידיים רועדות, וים של דמעות.**

**ומרגישה כאב בחלק שחסר לי בלב.**

**האור שנתת לי במשך 22 שנים כבה באמצע החיים**

**אבל אני אנסה להאיר אותו חזרה בזה שאני אצליח להגשים את חלומי בהמשכיות שלך**

**למרות ששום דבר לא יחליף את מקומך בליבי ובנפשי ובחיי עד יום מותי.**

**הנחמה בליבי שיום אחד נפגש למעלה ונזכה להתחבק ולהתנשק לעולם ועד.**

**מאמא האוהבת אותך לעד "**

בחרתי להתחיל בכתיבת פסק הדין בדברים המרגשים לעיל שנשאה משיבה 1- אמו של מ' ז"ל , אל בנה המנוח, במלאות שמונה שנים לפטירתו, שכן הם מבטאים , ולו במעט, את כאבה של האם השכולה , אך בנוסף את הקושי של בית המשפט להכריע, בהעדר חקיקה מתאימה, בסוגיה שבפניו.

**" התחת אלוהים הוא השופט " , שאם יחפוץ יתיר שימוש בזרעו של הבן המנוח , יאפשר הבאת ילד לעולם ויגשים את חלומה של האם השכולה , ואם לא יחפוץ , יותירה בכאבה , בחסרונה ובזעקתה ???**

הביטוי **" התחת אלוהים הוא השופט "** שנכתב בפסק דינו של כבוד השופט חשין **בדנ"א 7015/94** והמבטא את הקושי של השופט היושב בדין עת הוא נדרש להכריע בתיקי אימוץ, נכון הוא גם ביחס לסוגיה העומדת להכרעה בפני- שימוש בזרעו של נפטר , ואף מבטא קושי נוסף , שכן ובניגוד לתיקי האימוץ, על השופט להכריע בסוגיה מורכבת זו אף בהעדר חקיקה מפורשת .

**א. השתלשלות עובדתית ודיונית:**

1.התובעים הינם הוריו ( להלן: " **ההורים**" ) של המנוח מ' ז"ל ( להלן: **"מ'**" או **"המנוח"**) , אשר נולד ביום 1986 והלך לעולמו ממחלת הסרטן ב- 2008 כשהוא כבן 22 שנים , לא נשוי, ובהיותו חייל בשירות סדיר.

2. בטרם החל מ' בטיפולי כימותרפיה , שמר מנות זרע של עצמו, המוחזקות אצל נתבעת 2- בית החולים סורוקה בבאר שבע ( להלן: "**בית החולים**" ).

3. מהמסמכים הרפואיים אשר הוגשו לתיק על ידי נתבעת 2, עולה כי ב- 2007 אושפז מ' בבית החולים סורוקה לאחר שהובחן כלוקה בלוקמיה .

ביום 30.09.07 חתם מ' בבית החולים על טופס **" בקשה להקפאה ושימור זרע בבנק הזרע" ( להלן: " טופס ההסכמה ") .**

4. ביום 25/10/15 הגישו ההורים את התובענה שבפני , בה עתרו לצו עשה לשימוש בזרעו של מ' לצורך הפריית אישה אשר תיבחר על ידם ותימצא מתאימה על ידי בית המשפט.

ביום 25.12.2016 הגישה המדינה את כתב הגנתה , לפיה היא מתנגדת לבקשה.

ביום 25.12.2016 הגיש בית החולים את כתב הגנתו , לפיו הוא נמנע מלהביע את עמדתו ומותיר ההכרעה לשיקול בית המשפט.

5. ביום 29/12/16 התקיים דיון בתובענה , הורתי לבית החולים להגיש לתיק בית המשפט העתק של טופס ההסכמה עליו חתם המנוח, וכן אישור בדבר מצב זרעו של המנוח. וכן קבעתי את התיק לשמיעת הוכחות ליום 8.5.2017, תוך שהצדדים נתבקשו להגיש את ראיותיהם בתצהירים.

6. עוד באותו היום הגיש בית החולים לתיק בית המשפט העתק של טופס ההסכמה עליו חתם מ' וכן מספר מסמכים רפואיים מאשפוזו .

7. ביום 9/1/17, ובהמשך להחלטתי מיום 29/12/16, הוגש לתיק אישור החתום על ידי מנהל היחידה להפריה ובנק הזרע שבבית החולים , לפיו ביום 1/10/07 מ' מסר 2 דגימות זרע , אשר חולקו ל 20 מנות נפרדות שהוקפאו בבנק הזרע ואשר ההנחה לגביהן שאיכותן טובה .

8. ביום 22/2/17 הגישה ב"כ התובעים את תצהירי העדות , ואשר כללו תצהיריהם של הוריו של מ'- התובעים, אחיו של המנוח- מר א.פ, אחות האם- הגב' א.ס, אחות האם-הגב' א.א, אח האם-מר י.א, ושל הגב' י.ד.

9. ביום 24/4/17 הודיעה ב"כ בית החולים כי מאחר והיא משיבה פורמלית אין היא מגישה תצהירי עדות מטעמה.

10. ביום 7/5/17 הודיעו באות כוח התובעים והמדינה כי הגיעו להסדר דיוני לפיו התובענה תוכרע לפי החומר שנמצא בתיק, תוך ויתור על חקירות נגדיות, לאחר הגשת סיכומים, כאשר כל צד שומר על טענותיו .

עוד באותו יום, נתתי להסכמה לעיל תוקף של החלטה , ובאות כוח התובעים והמדינה התבקשו להגיש את סיכומיהם.

11. ביום 18.6.2017 הגישה ב"כ התובעים את סיכומיה, ביום 3.8.2017 הגישה המדינה את סיכומיה, וביום 13.8.2017 הגישה ב"כ התובעים סיכומי תשובה.

ביום 17.8.2017 הודיעה ב"כ בית החולים כי אינה מבקשת להגיש סיכומים מטעמה.

12. **עוד בטרם אפרט את טענות הצדדים ואכריע בתובענה שבפני, אבקש להביע את הערכתי לצדדים, ובעיקר לבאת כוח המדינה- עו"ד שני כץ, על ההסכמה הדיונית אליה הגיעו הצדדים כמפורט לעיל.**

**משהתובעים הגישו תצהירי עדות מטעמם, ומשב"כ המדינה לא הגישה תצהירי עדות מטעמה וויתרה על חקירתם של עדי התובעים, לרבות התובעים עצמם, הרי שהמדינה נתנה למעשה את הסכמתה למצב בו היא נמצאת בנחיתות ראייתית , תוך שבאת כוח המדינה גילתה רגישות ראויה להערכה להורים השכולים .**

**מצאתי לציין זאת נוכח XXX המיותרת שאפיינה את סיכומי התשובה של ב"כ התובעים, שמוטב ולא היתה , חרף כאב ותסכול התובעים.**

**בסיכומיה הפנתה ב"כ התובעים טענות קשות כלפי המדינה- אותה מדינה אשר מ' ז"ל אהב כל כך ואותה מדינה אשר נתנה הסכמתה , להסדר הדיוני המקל והאנושי כמפורט לעיל. המדינה , אשר XXX של ב"כ התובעים יצאה כלפיה שלא לצורך , יוצגה בהליך שבפני באופן מעורר כבוד , על ידי עורכות דין , מקצועיות , הגונות אשר כאב ההורים נגע גם בהן.**

**ב. טענות הצדדים:**

13. לטענת התובעים כמפורט בסיכומיהם , בקשתם לעשות שימוש בזרעו של בנם המנוח, עולה בקנה אחד עם רצונו ובקשתו של מ' טרם פטירתו , תוך שהם מבקשים לממש את צוואתו הביולוגית.

עוד טענו התובעים בסיכומיהם , כי חרף הטעות שבכתב התביעה עת ציינו כי למנוח היתה בת זוג, הרי שהוכיחו שבנם היה רווק, ללא בת זוג , וזאת כפי שהדבר עלה מתצהירי העדות אשר הגישו לתיק, לרבות ובמיוחד מתצהירה של גב' י.ד ( להלן : **" הגב י' "** ) .

להבנתם , הוכיחו כי רצונו המפורש של בנם מ' היה להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו , וכי משהוכח שלא היתה לו בת זוג, הרי שבקשתם לעשות שימוש בזרעו לצורך הפריית אישה שתהא לו לאם , עולה בקנה אחד עם הפסיקה הקיימת .

אוסיף כי בסיכומיהם , הדגישו התובעים כי לאחר שבית המשפט יענה לתביעתם , הם יחפשו אישה אשר תסכים להרות מזרעו של מ' ואשר תהא לילד שיולד לאם, ואילו הם יהיו לו לסבים בלבד. **ראה לעניין זה סעיף 27 לסיכומי ב"כ התובעים.**

14. בסיכומיה , המדינה חזרה על עמדתה כי חרף כל הכאב לא ניתן להיעתר לעתירה שכן להבנתה אין התובענה עולה בקנה אחד עם פסיקתו האחרונה של בית המשפט העליון בנושא.

מאחר ולמנוח היתה בת זוג כמצוין בכתב התביעה , הרי שאין לתובעים- הסבים כל מעמד בהליך שבפני בית המשפט , ולא ניתן לעשות שימוש בזרע אלא להפריית בת הזוג בלבד.

עוד טענה המדינה בסיכומיה כי לא הוכח כי רצונו המפורש של המנוח, ואף לא רצונו המשוער, היה להביא ילדים לעולם לאחר מותו .

לשיטת המדינה, מתצהירי העדות שהוגשו לתיק, הוכח דווקא כי המנוח ביקש להביא ילדים בחייו , להבדיל מהבאת ילדים לאחר מותו.

עוד טענה המדינה כי סוגיית שימוש בזרע של נפטר הינה סוגיה מורכבת תוך שהפנתה לעמדת היועמ"ש מספר 2202 מיום 27/3/03, למסקנות ועדת מור יוסף מחודש מאי 2012 ולתזכיר חוק בנק הזרע, התשע"ז-2016 .

**ג. הכרעה:**

15. כפי שציינתי **בפסק דיני מיום 30/1/17 שבתמ"ש 62401/06/16** סוגיית השימוש בזרעו של נפטר כאמור טרם הוסדרה בחקיקה , ובית המשפט לענייני משפחה נדרש לתן מענה למקרה הקונטרסטי שבא בפניו באמצעות מעין "חקיקה שיפוטית" , שמן הראוי ותהא זהירה ומדודה.

אכן צודקת ב"כ התובעים בסיכומיה כי בית המשפט אינו פועל בחלל ריק , וכי לעיתים החברה משפיע על המשפט ולעיתים המשפט משפיע על החברה , אך יחד עם זאת , ולטעמי , ישנן סוגיות שטוב יעשה המחוקק כי ימלא אותו "חלל ריק " ולאו דווקא בית המשפט.

יתכן כי ישנן סוגיות שבמהותן הינן סוגיות ערכיות- חברתיות שכל עוד לא הוסדרו במפורש על ידי המחוקק, הינן בבחינת **"סוגיות לא שפיטות ".** בית המשפט לענייני משפחה בוודאי שאינו משמש "תחת אלוהים" אך גם אינו

"תחת המחוקק".

16. ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום ההולדה , ואשר מאפשרות שימוש בזרעו של נפטר והבאת ילדים לעולם לאחר מותו תוך הפריית אישה מזרע זה , מקדימות את החקיקה בתחום זה, ומביאות בפני היושב בדין מקרים סבוכים להם הוא נדרש לתן מענה בכלים המשפטיים המוכרים לו וזו בעת שמקרים אלו קשורים גם לשדות נוספים - חברתיים, מוסריים, פילוסופיים , דתיים , פסיכולוגיים , ועוד מלבד השדה המשפטי .

17. כפי שכבר ציינתי, אני חש באי נוחות להכריע בשאלת השימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו וזאת ללא חקיקה מפורשת אשר מביאה בפני היושב בדין את עמדת המחוקק וזאת לאחר שבהליך שקדם לחקיקה נבחנו על ידי המחוקק מכלול השאלות המתעוררות בסוגיה מורכבת זו.

יחד עם זאת, ובסוגיה שבא אני נדרש להכריע, דן בית המשפט העליון , ולאורו אני מכריע במקרה הקונקרטי שבפני.

18. **מפסה"ד שניתן ביום 22/12/16 בבע"מ 7141/15** ( להלן : "**הלכת פלונית**" או " **פסק הדין** **בעניין פלונית** " ) עולה כי , בהעדר חקיקה מפורשת , העיגון המשפטי לשימוש בזרעו של נפטר לאחר מותו מבוסס בראש ובראשונה על חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו.

כבוד האדם בעייננו משמעו כבוד המת, המורה אותנו כי לאחר מותו של אדם יש לקיים את רצונו ולכבד את זכותו להמשכיות.

בעניין גבולות כיבוד רצון המת , בהעדר הוראת חוק מפורשת, יפים הם דברי כבוד השופט עמית בפסה"ד לעיל כי  **:**

**" ובכלל, יש להישמר מלהקיש בין זכות החי לזכות המת....אלא שחלק מהזכויות נחלשות ומאבדות מכוחן עם מותו של אדם, ומכל מקום, גם בהנחה שהזכות להורות משתרעת לאחר מיתה, הרי שאין כוחה וגבורתה כזכות הורים בחיים. רטוריקה חזקה מדי אודות זכות המת וכבוד המת , עלולה לדחוק רגליהם של החיים, ומכך יש להישמר".**

19. בהלכת פלונית המוזכרת לעיל, עושה בית המשפט העליון הבחנה ברורה בין מקרה שבו אדם טרם פטירתו הביע את רצונו המפורש והברור כי יעשה שימוש בזרעו גם לאחר מותו, לבין מקרה שבו נפטר לא הביע את רצונו המפורש שאז יכול ובית המשפט יפנה , ובמקרים המתאימים, לרצונו המשוער . ברי כי המקרה הראשון, הנו מורכב פחות.

עוד עולה מפסה"ד שבעניין פלונית כי במקרה שבו נפטר הביע את רצונו המפורש כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, עקרון כיבוד המת יכול ויוביל בנסיבות המתאימות את בית המשפט להיעתר ל"צוואתו".

להבנתי בפסק הדין שבעניין פלונית עושה בית המשפט העליון הבחנה בין מקרה שבו לנפטר היה בת זוג במועד הפטירה לבין מקרה שבו לא היה לו בת זוג במועד זה. הבחנה שהינה רלוונטית למקרה שבפני.

20. בפסק הדין שבעניין פלונית , שניתן בהרכב מורחב, קבע בית המשפט העליון את ההלכה כי מקום שנפטר, שהיתה לו בת זוג, לא הותיר הנחיות מפורשות בכתב ו/או בדרך ברורה ומפורשת אחרת, שימוש בזרעו לאחר מותו יתאפשר רק לפי בקשת בת זוגתו ולשם הפרייתה בלבד. איש זולת בת הזוג, לרבות הורי הנפטר או קרובים אחרים, אינו זכאי לבקש שימוש בזרע הנפטר לשם הפריית אישה אחרת.

**" ככלל, תהא בת הזוג, ולא איש מלבדה-לרבות הורי הנפטר – רשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייתה היא"**

וכן ראה לעניין זה דברי כבוד השופט עמית בפסק הדין הנ"ל כי:

**"על דרך העיקרון, אני סבור כי בת הזוג היא מי שמייצגת נאמנה את רצונו המשוער של המנוח מה ייעשה לאחר מותו. מקובלת עלי אפוא העמדה העקרונית כי מקום בו למנוח היתה בת זוג קבועה בחייו, היא זו הרשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייתה – שלה, ואם אינה מעוניינת בעצמה לעשות שימוש בזרע, יש לראות בכך הבעת רצונו של המנוח שלא יעשו שימוש בזרעו. ולכן, וכעמדה עקרונית, "בהתנגשות" בין הורי הנפטר לבת זוגו, אין להורים מעמד לגבי השימוש בזרע, ואין מקום לבירור עובדתי לגבי רצונו של המנוח, מקום בו בת הזוג מתנגדת לשימוש בזרע".**

וכן ראה לעניין זה דברי כבוד השופט דנציגר בפסק הדין הנ"ל כי:

**"כאמור לעיל, בניגוד לבת הזוג הקבועה – היא המערערת – אשר בנסיבות העניין עומדת לה הזכות להורות, הרי שלא עומדת להורי הנפטר זכות עצמאית לסבות. משכך, עם כל הצער שבדבר, אין בעובדה שהם מבקשים להעמיד צאצאים מהמנוח משום שיקול נוסף אשר יצדיק את מלאכת ההתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר – על בעיותיה – ואת מימושו של רצון משוער זה. במילים אחרות, בשונה מבת הזוג הקבועה – שכאמור, מוענק לה "מעמד" במובן זה שזכותה להורות ולמשפחה מהווה הצדקה להתחקות אחר רצונו המשוער של הנפטר – הרי שלהורים לא מוענק "מעמד" דומה. משלא עומדת להם זכות לסבות אין ברצונם להשתמש בזרעו של בנם ולהעמיד ממנו צאצאים כדי להוות שיקול אשר יצדיק את ההתחקות אחר רצונו המשוער".**

וכדברי כבוד השופט מזוז בפסק הדין לעיל כי:

**"ככל שהנפטר לא ביטא את רצונו המפורש, בכתב ובדרך אחרת, לעניין נטילת זרע ממנו לאחר מותו ושימוש בו, השימוש בזרע יתאפשר רק לפי בקשת בת זוגו – ולא איש זולתה, לרבות הורי הנפטר או קרובים אחרים – ולצורך הפרייתה היא, וזאת בהעדר אינדיקציות ממשיות המלמדות שהנפטר היה מתנגד לשימוש בזרע. כנגזרת מכך נקבע גם כי אין ליטול זרע מהנפטר אלא לפי בקשת בת זוגו".**

וכדברי כבוד השופטת חיות בפסק הדין הנ"ל כי:

**"על רקע הגישות הנהוגות בעולם כמתואר לעיל, ונוכח העמדה "החלוצית" שנקט הדין הישראלי בסוגיה זו, נשאלת השאלה האם יש מקום לצעד מרחיק לכת נוסף, אותו צעדו הערכאות קמא בעניין דנא. ובמילים אחרות, האם יש מקום להרחיב את מודל הרצון המשוער כפי שהותווה בהנחיית היועץ, ולקבוע כי בכל מקרה שבו בת הזוג של הנפטר אינה חפצה לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו, יש ליתן להוריו מעמד ולאפשר להם להוכיח כי רצונו המשוער של הנפטר במצב דברים זה היה – עשיית שימוש בזרעו על מנת להפרות בו אישה אחרת.**

**ככלל, אינני סבורה כי יש לאמץ גישה זו להוציא מקרים חריגים ונדירים אשר המקרה דנן אינו נמנה עמם".**

21. **בפסק הדין מיום 15.08.17 בבע"מ 1943/17 בעניין שחר** (להלן: "**פסק הדין בעניין שחר**") חזר בית המשפט העליון על ההלכה שנקבעה בהלכת פלונית, ולא התיר להורי נפטר שימוש בזרעו לצורך הפרייתה של אם פונדקאית, וזאת חרף הסכמת בת הזוג של המנוח.

יודגש כי בניגוד לפסק הדין שבעניין פלונית , שם בת הזוג של המנוח התנגדה לשימוש בזרעו, הרי שפסק הדין בעניין שחר בת הזוג נתנה את הסכמתה כי הורי הנפטר יעשו שימוש בזרעו.

22. להבנתי אין בהלכת פלונית ואין בפסק הדין בעניין שחר, ואשר דנו בסיטואציות בהן לנפטר היתה בת זוג במועד הפטירה, כדי לשלול שימוש בזרעו של מנוח כאשר לא היתה לו בת זוג במועד פטירתו.

ולעניין זה יפים הם **דברי הנשיאה כבוד השופטת נאור בדיון נוסף 217/17 מיום 02.04.17 כי:**

**"בפסק הדין מושא הבקשה לדיון נוסף נקבעה ברוב דעות (מפי השופטת א' חיות, ובהסכמת השופטים י' דנציגר, י' עמית ומ' מזוז, כנגד דעתו החולקת של השופט ח' מלצר) הלכה חדשה, לפיה מקום שנפטר אדם שהיתה לו בת זוג קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש לרצונו או להסכמתו לעניין שימוש בזרעו לאחר מותו, קמה חזקה הנטענת לסתירה לקיומו של**

**"רצון משוער" של הנפטר להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו. לכן , ככלל, תהא בת הזוג ולא איש מלבדה רשאית לעשות שימוש בזרע לצורך הפרייתה היא. ... אולם ומכל מקום, תחולתה של ההלכה מוגבלת ומתוחמת לסוג מובחן ומסוים של מקרים בהם מדובר בנפטר, אשר היתה לו בת זוג בחייו ואשר לא הותיר הסכמה מפורשת מדעת לשימוש בזרעו לאחר מותו...".**

23. יחד עם זאת, ובמקרה של מנוח שלא הותיר אחריו בת זוג, אין להסתפק **" ברצון משוער"** , אלא יש להוכיח כי **רצונו המפורש** אכן היה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו .

ובעניין זה יפים הם דברי כבוד השופט מזוז בהלכת פלונית כי :

**"מקום בו הנפטר לא היה נשוי ולא היתה לו בת זוג קבועה עמה חלק את חייו, ואין גם כל ביטוי מפורש של הנפטר בחייו באשר לרצונו להביא ילדים לעולם מזרעו לאחר מותו, הנחת קיומו של רצון משוער של המת לנטילת זרעו לאחר מותו ולהבאת ילדים לעולם מזרע זה על ידי הפריית אישה זרה בה לא בחר, תהא לוקה הן בהיבט הראייתי והן בהיבט המהותי. בנסיבות כאלה אין כל בסיס, אמפירי או עיוני, לביסוס הנחה כללית לפיה אדם חפץ שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו להבאת ילדים לעולם, אותם לא יראה ולא יגדל, או מאישה שלא הוא בחר, וזאת גם אם יש אינדיקציה לכך שהוא חפץ להיות אב בחייו. קביעת הנחה כללית כזו תהא מהלך ספקולטיבי מרחיק-לכת, הנעדר עיגון בניסיון החיים או בסיס מחקרי כאמור, ועלול להוביל, במקרים רבים, למצב בו נפעל בניגוד לרצונו של הנפטר. קביעת עמדה בשאלת רצונו של נפטר בקשר עם הסוגיה דנן ובכלל מחייבת זהירות רבה, ונדרש כי ייצוג רצונו של המת יהא אכן "ייצוג אמת" ולא מסווה לרצונם של אחרים... הנטל להוכיח כי זה אכן רצון המת מוטל על הטוען לכך, ובנסיבות כאלה אין הנחה ספקולטיבית יכולה לשמש תחליף ראוי וסביר להסכמה מדעת".**

24. יוצא אפוא, כי בהעדר חקיקה המסדירה את סוגיית השימוש בזרעו של נפטר, וככל שלמנוח היתה בת זוג במועד פטירתו – תחול הלכת פלונית , וככל שלמנוח לא היתה בת זוג במועד הפטירה , יכול ובית המשפט ובתנאים המתאימים, יאפשר שימוש בזרעו ככל שימצא כי רצונו המפורש היה כך.

ברי , כי גם אם מתברר כי רצונו המפורש של נפטר שלא היתה לו בת זוג , כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, אין פירוש הדבר כי בית המשפט יקיים את "צוואתו הביולוגית" ויתיר שימוש בזרעו ללא מגבלות ערכיות וחברתיות. שכן , יש להיזהר מפני אותו **" מדרון חלקלק"** עליו מצביעה ב"כ המדינה בסיכומיה.

כך לדוגמא, ולטעמי, לא יתיר בית המשפט שימוש בזרעו של נפטר שלא היה לו בת זוג , חרף רצונו המפורש כי יעשה שימוש בזרעו, אם הוריו מבקשים להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאית ולגדל את הילד בעצמם.

**ד. האם למ' ז"ל היתה בת זוג ערב פטירתו ?:**

25. לאחר שעיינתי באשר הוגש לתיק, הגעתי לכלל מסקנה כי למ' ז"ל לא היתה בת זוג ערב פטירתו.

26. אין מחלוקת כי מ' , שהיה חייל בסדיר ערב פטירתו, לא היה נשוי , ואין מחלוקת כי בכתב התביעה הוצגה הגב' י' כבת זוגו . **ראה לעניין זה סעיף 8 לכתב התביעה.**

27. בדיון שהתקיים ביום 29.12.2016 הבהירה ב"כ התובעים כי גב' י' היתה ידידתו של המנוח אשר סייעה לו בהליך הוצאת הזרע, אך לא היתה בת זוגו. ב"כ התובעים שבה וחזרה על טענתה זו בסיכומיה תוך שהפנתה , בין היתר, לתצהיר עדותה של גב' י'.

כבר בדיון הנ"ל העלתה ב"כ המדינה את חששה כי נוכח פסק הדין שניתן בעניין פלונית, מנסים התובעים לשנות את גרסתם באשר למעמדה של הגב' י'. בסיכומיה חזרה ב"כ המדינה על עמדתה כי נוכח המפורט בכתב התביעה , הרי שהגב' י' היתה בת זוגו של מ'.

28. בתצהיר עדותם , העידו התובעים כי למנוח שכאמור היה כבן 22 שנים במועד פטירתו וחייל בשירות סדיר, לא היה בת זוג , וכי את הגב' י' ראו בפעם הראשונה בבית החולים עת הגיעה לסייע לו בפעולה האינטימית של הוצאת הזרע .

עוד הבהירו ההורים כי עת נוסח כתב התביעה אכן חשבו בטעות כי הגב' י' היתה חברתו של המנוח, שכן כך השניים הציגו עצמם בבית החולים , וזאת מאחר ומ' חש באי נוחות מול בני משפחתו כאשר הגב' י' סייעה לו באקט של הוצאת הזרע. **ראה לעניין זה סעיפים 18-19 לתצהירו של התובע וכן סעיף 14 לתצהיר עדותה של התובעת.**

29. **משב"כ המדינה ברגישותה ובהתנהלותה האנושית** , ויתרה על חקירת התובעים על תצהירי עדותם, אין לי אלא לקבל את המפורט בתצהיריהם לפיו פגשו לראשונה את הגב' י' בבית החולים וכי הגב' י' לא היתה בת זוגו של מ' , אלא ידידתו אשר סייעה לו בפעולה האינטימית של הוצאת הזרע.

30. יתרה מכך, בתצהיר עדותה הבהירה הגב' י' עצמה כי אכן לא היתה בת זוגו של המנוח, וכי כידידתו סייעה לו בהליך האינטימי של הוצאת הזרע לאחר שניסיון קודם שלו נכשל.

בסעיף 14 לתצהירה , אישרה הגב' י' כי הציגה עצמה כבת זוגו של מ' נוכח הבטחתה למ' שחש אי נוחות מול בני משפחתו עת היא נכנסה עמו לחדר לצורך ביצוע האקט של הוצאת הזרע. בתצהירה אף ביקשה הגב' י' את סליחת התובעים בדבר המצג שיצרה.

אוסיף כי דבריה של הגב' י' עולים בקנה אחד עם החומר הרפואי שצורף לתיק, לפיו ניסיון קודם של מ' לתן זרע נכשל. יתרה מזו, יש הגיון רב בדבריה של הגב' י', כי אכן האקט האינטימי בו סייע למ' הביך את מ' , עת בני משפחתו שוהים בבית החולים, ועל כן ביקש מ' להציגה בפניהם כבת זוגו.

משלא נחקרה הגב' י' על תצהיר עדותה, מצאתי לקבל את גרסתה במלואה, ולתן משקל רב לעדותה כמפורט בתצהירה .

**ה. רצונו של מ' ז"ל ?**

31. משקבעתי כי למ' ז"ל לא היתה בת זוג במועד פטירתו, יש לבחון את רצונו ביחס לשימוש בזרעו לאחר מותו.

כמפורט לעיל, ובהעדר בת זוג, אין להסתפק " ברצון משוער" של המנוח, אלא יש לבחון מה היה רצונו המפורש .

32. אכן מ' ז"ל לא הותיר אחריו הוראה מפורשת בכתב , במסגרתה הביע את רצונו כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, אולם אודות רצונו של מ' ניתן ללמוד גם בדרכים אחרות חרף הקושי שבהתחקות אחר רצון נפטר.

דברים אשר אמר מ' ז"ל , יכולים בוודאי לשמש אינדיקציה באשר לרצונו .

33. מתצהירי העדות שצירפו התובעים עולה כי אכן מ' אהב ילדים ורצה בילדים, אולם אין בכך די כדי ללמוד כי רצונו היה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, ובעניין זה צודקת ב"כ המדינה המלומדת כמפורט בסיכומיה.

אדם שרוצה להביא ילד לעולם ולגדלו כאב, אינו בהכרח חפץ כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו .

רצון אדם בהמשכיות עת הוא מביא ילד לעולם בחייו ומגדלו , אינו זהה לרצונו של אדם להמשכיות כאשר הילד בא לעולם לאחר מותו והוא אינו מגדלו.

34. צודקת ב"כ המדינה כי טופס ההסכמה עליו חתם מ' ז"ל, לא ביטא את רצונו המפורש כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, אך לדידי אין בו גם כדי לשלול את האפשרות שאכן המנוח רצה בכך משהבין עם חלוף הזמן שלא יוכל למחלה.

עיון בטופס ההסכמה מלמד כי אכן מדובר בטופס סטנדרטי שנערך על ידי בית החולים ומטרתו להסדיר את היחסים שבין בית החולים לבין החולה , ולא מעבר לכך.

אין לראות בטופס זה תחליף לצוואה ביולוגית , שכן לא למטרה זו הוא נחתם , וכלל לא כלולה בסעיפיו האפשרות כי בית החולים ישמור את הזרע לאחר המוות.

יתרה מכך, מתצהירי העדות עולה כי במועד בו מ' חתם על טופס ההסכמה , הוא עדיין האמין כי יצליח להתגבר ולהחלים, וכלל לא חשב על האפשרות כי ילך לבית עולמו בהיותו כה צעיר. מחומר הראיות עולה כי מ' חשש שמא המחלה והטיפולים הכרוכים בה, תפגע בפוריותו לאחר החלמתו , ועל כן מיהר כבר בשלב המוקדם של אשפוזו ועם גילוי המחלה, להקפיא את זרעו. להבנתי , מ' חתם על טופס ההסכמה כדי להגדיל את סיכוייו להביא ילדים לעולם לאחר החלמתו וכדי שיגדלם בעצמו.

ברי כי במקרה דנן טופס ההסכמה לא יכול לשמש כאינדיקציה באשר לרצונו של מ' לאחר מותו , שכן מ' חתם על הטופס עת האמין כי יחלים.

35. ביטוי לרצונו המפורש של מ' באשר לשימוש בזרעו לאחר מותו, ניתן למצוא בתצהיר עדותה של הגב' א'.

דודתו של מ', הגב' א.א ספרה בתצהירה שמ' אמר לה מפורשות כי **" אני מקווה שהכל יהיה בסדר, שאם לא , אני ממש מבקש ממך, דודה א', שתהיה לי המשכיות . שיהיה משהו ממני " .**

כן הוסיפה הגב' א' בתצהירה כי מ' ביקש ממנה כי תבטיח לו שתלחם עבורו שתהא לו המשכיות ככל שלא יחלים.

מילותיו האחרונות של מ' לדודתו , כך ע"פ תצהיר עדותה, היו **" דודה א', אני כבר לא יכול יותר. תזכרי מה הבטחת לי".**

36. ביטוי נוסף לרצונו המפורש של מ' , ניתן למצוא בדבריה של הגב' י' כמפורט בסעיף 23 לתצהיר עדותה כי **" לעולם לא אשכח לילה אחד, שמ' ואני היינו לבד, בביה"ח, הוא בכה, ואמר לי י' , גם אם אני לא אהיה, הייתי רוצה לדעת שכן תהיה לי המשכיות . אני כעסתי ואמרתי לו מ', שקט, אני לא מוכנה לשמוע את זה שוב. הוא צחק/בכה ואמר מה צריך להיות מציאותיים" .**

37. משב"כ המדינה ויתרה על חקירת עדי התובעים על תצהיריהם, אין לי אלא לקבל את המפורט בתצהירן של הגב' א' והגב' י' כמפורט לעיל, ומשכך נחה דעתי כי אכן רצונו המפורש של מ' היה כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו .

מ' אשר חתם על טופס ההסכמה והקפיא את זרעו בשלביה הראשונים של המחלה, אכן האמין כי יוכל למחלה וביקש להגדיל את סיכוייו להביא ילד לעולם לאחר החלמתו. אך בחלוף הזמן, משמצבו התדרדר, והמנוח הבין שהמחלה תכניע אותי או חשב על אפשרות זו , הביע את רצונו המפורש כי יעשה שימוש בזרעו לאחר מותו .

38. משקיבלתי את עמדת ההורים כי למ' לא היתה בת זוג במועד פטירתו, משהוכח כי רצונו המפורש של המנוח היה להמשכיות ולצאצאים, בהעדר חקיקה מפורט לעיל, ונוכח פסק הדין בעניין פלונית, מצאתי שיש לכבד את רצונו של מ' ז"ל והכל בתנאים שיפורטו בהמשך.

**ו. מספר הבהרות ודגשים :**

39. נוכח השאלות הערכיות, החברתיות, הפילוסופיות, הפסיכולוגיות ואף המשפטיות הכרוכות בסוגיה שבפני, ובשים לב לחששה המוצדק של המדינה מפני **" מדרון חלקלק"** , מצאתי לנכון להבהיר לתובעים כי נתתי את אישורי העקרוני לשימוש בזרעו של מ' ז"ל לצורך הבאת ילד לעולם וזאת כאשר האישה אשר תהרה מזרעו תהא אמו של הילד שייוולד, תגדלו כאם לכל דבר ועניין ואילו התובעים יהיו לו לסבים , ולא מעבר לכך.

אין במתן האישור העקרוני לעיל לשימוש בזרעו של מ', כדי לאפשר לתובעים הפריית פונדקאית או כל אפשרות אחרת מלבד שימוש בזרעו להפריית אישה, אשר תהא לילד שייולד אם לכל דבר ועניין.

40. חרף הנטען בסעיף 20 לתצהיר עדותה של התובעת כי לילד שיולד מזרעו של מ' תהא אם והיא ובעלה יהיו לו לסבים, מצאתי להבהיר את האמור לעיל ( שיתכן שהוא בבחינת המובן מאליו ) וזאת נוכח הפירוט המורחב והמיותר בסיכומיה של ב"כ התובעים אודות זכויות סבים .

41. עם כל ההבנה לכאבם של התובעים , אינני מבקש ואינני יכול להגשים את חלומם , אלא מבקש אני לכבד את רצונו של המנוח ולאזנו למול אינטרסים אחרים.

יתרה מכך, אבקש להבהיר לתובעים כי אינם הבעלים של זרעו המנוח כנטען בסעיף 17 לכתב התביעה , שכן זרעו של מנוח אינו חלק מעיזבונו.

42. בסיכומיה התייחסה ב"כ התובעים לשאלת "טובת הילד ", תוך הפניה למספר מקורות מקצועיים, שכן ולהבנתה יתרונות רבים להבאת ילד מזרעו של נפטר מנקודת מבטו של הילד. אך כשם שישנם מקורות מקצועיים המצביעים על יתרונות הגישה אותה משקפת ב"כ התובעים, ישנם גם מקורות מקצועיים אחרים המלמדים על חסרונות גישה זו ועל הנזק , שיכול ויגרם לילד שיולד.

שאלת " טובת הילד " והוויכוח המרתק בין שתי הגישות בעניין זה , איננו רלוונטי לשלב זה של פסק הדין החלקי, והוא יבחן על ידי , לאחר שתאותר האישה אשר תסכים להרות מזרעו של מ' ולהיות אם לילד שיולד.

43. עוד אבהיר כי אינני מבקש חלילה בפסק דין זה " לפרוץ גבולות" , שכן ולהבנתי אין האמור בפסק דין זה שונה במהותו מהמצב הקיים כיום, לפיו מאפשרת המדינה מצב בו אישה מקבלת תרומת זרע אנונימית מבנק הזרע , מביאה ילד לעולם ומגדלת אותו כבנה לכל דבר ועניין.

44. ב"כ המדינה הפנתה בסיכומיה המקיפים והמלומדים לתזכיר הצעת חוק בנק הזרע לפיו אם לנפטר לא היתה בת זוג קבועה בחייו, ניתן יהיה לעשות שימוש בזרעו רק אם השאיר הוראה מפורשת בכתב.

אינני סבור כי במקרה שבפני, עת הזרע נמצא בבנק הזרע שבבית החולים משנת 2007, ניתן להמתין עד לסיום הליכי החקיקה. יתרה מזו, ככל שהליך החקיקה יושלם , יהא צורך לבחון את תחולתו הרטרואקטיבית ביחס לנפטר אשר נתן את הסכמתו המפורשת לשימוש בזרעו אך לא בכתב. עוד הוסיף, כי סיום הליך החקיקה, יביא בהכרח גם להתאמת טופסי ההסכמה הנחתמים בבית החולים למצב המשפטי החדש.

**ז. סיכום:**

45. אשר על כן, ונוכח המפורט לעיל, ניתן בזאת אישורו העקרוני של בית המשפט כי יעשה שימוש בזרעו של מ' ז"ל הנמצא אצל משיבה 2 לצורך הפריית אישה , אשר תיתן הסכמתה לכך ואשר תהא לו לאם ותגדלו כאם לכל דבר ועניין.

46. ככל שהתובעים יאתרו אישה המוכנה להרות מזרעו של מ' ולהיות אם לילד שיולד, יגישו בקשה מתאימה לבית המשפט, שאז תינתן הוראה מתאימה להגשת תסקיר עו"ס לסדרי דין אשר תבחן, בין היתר, את האם המיועדת, כוונותיה , מניעיה , יחסיה עם התובעים, ותגיש המלצותיה.

47. עוד יצרפו התובעים לבקשתם לעיל, הסכם שיחתם בינם לבין האם המיועדת , ואשר, בין היתר, יגדיר את גבולות מעמדם של התובעים כסבים מיועדים למול האם המיועדת .

בעניין חשיבותו של הסכם כזה העובר תחת ביקורת שיפוטית ואשר יש בו כדי למנוע סכסוכים עתידיים וכן למנוע לחצים על מי המצדדים לרבות מניעת "סחר" ו "תן וקח" , **ראה פסק דיני מיום 30/1/17 בתמ"ש 62401/06/16.**

48. למען הסר ספק, תובעת 2 תמשיך לשמור את זרעו של מ' ז"ל בבנק הזרע, לא תאפשר שימוש בזרעו של מ' ללא הוראה מפורשת של בית המשפט, ותמתין לפסק דינו המשלים של בית המשפט.

המזכירות תמציא את פסק הדין החלקי לב"כ תובעת 2.

הנני מתיר את פרסומו של פסק הדין ללא שמות הצדדים וללא פרטים מזהים.

ניתן היום, ב' אלול תשע"ז, 24 אוגוסט 2017, במעמד הצדדים.

