

50359-12-21  
23/01/2025

תמ"ש  
בית משפט לענייני משפחה פתח תקווה

בפני השופטת:  
שירלי שי

- נגד -

נתבעים:  
1. היועץ המשפטי לממשלה  
2. מרכז רפואי ע"ש רבין  
3. שירותי בריאות כללית  
4. משרד הבריאות  
עו"ד גלי גפן - בשם הנתבע 1

תובעים:  
1. א'  
2. מ'  
3. ס'  
עו"ד נתן דרוקמן ועו"ד ניר גשרי

## פסק דין

### פתח דבר:

- ענייניו של פסק דין זה בעתירת התובעים 1 ו-2 לעשות שימוש בזרע המוקפא של בנם - ר' ז"ל (להלן: "ר"), שהלך לעולמו בטרם עת, על מנת שתהיה לו המשכיות. התובעים 1-2 (להלן ביחד: "ההורים") עותרים לעשות שימוש בזרעו של ר' לצורך הפרייתו של התובעת 3 ובמידת הצורך, לצורך הפרייתו של אשה פלונית.
- בית משפט לא יכול לפתוח את פסק הדין מבלי להביע ראשית את השתתפותו בצער ההורים, אשר איבדו, בכאב ובצער שלא ניתנים לתיאור, את בנם - ר', בטרם עת.
- הצער והכאב נכחו במהלך כל הדיונים שהתקיימו בפני בית המשפט, הדמעות לא פסקו לזלוג, וגם אצל מי שניסה להסתיר זאת, הברק בעיניים חשף את הלחלוחית שלא ניתן היה לעצרה.
- ר' הלך לעולמו עוד בטרם הגיע לגיל בגרות, בהיותו בן 17 ושלושה חודשים בלבד, לאחר שנלחם בגבורה במחלת הסרטן במשך כשנה וחצי.
- משפחתו של ר' ניסתה עד הרגע האחרון להאמין שהוא יבריא, שהוא חזק, והרופאים אף אמרו שיש לו 90% סיכויי החלמה.
- גם בעת שר' הבין כי אין סיכוי שינצח את המחלה, וגם כאשר מצבו הידרדר, המשיכו ההורים לקוות, ואף להביע בפני ר' תקווה זו, כי בשל חוזקתו, המחלה לא תכריע אותו.

7. וכך העיד בפניי האב "כן. אני עוד החזקתי ככה אצבעות התעצבנתי. היא חיבקה אותו הוא בכה והיא בכתה. אמרתי לו אתה תחיה יש עוד סיכוי שנעשה טיפול ביולוגי. הרופאים אמרו אין טעם להמשיך" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 36 שורות 26-28), ועוד העיד האב שאמר לר' ממש לפני פטירתו שוב: "אמרתי לו אל תדבר ככה אתה לא תמות אנחנו נבריא" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 39 שורה 8).

8. לא סתם בוחר בית המשפט לצטט עדויות אלה כבר בפתח פסק הדין. עדויות אלה מייצגות את החוזק המשפחתי, את התמיכה הגדולה, את החום והאהבה שנתנו ההורים לבנם עד יומו האחרון.

9. ההורים דאגו שבנם ימשיך לצחוק, להיות מאושר, שייפגש עם חבריו, עם בני משפחתו ואף יחגוג את יום הולדתו מחוץ לבית החולים, בביתו, עם חבריו הקרובים, על אף שהיה חשש לפגיעה במצבו הרפואי, בשל תקופת הקורונה וכבר היה אסור לו להיפגש עם אנשים, כחודשיים לפני לכתו לבית עולמו (ראו: פרוטוקול מיום 15.2.2024 עמוד 26 שורה 15-6).

10. משפחה ראויה להערכה, משפחה מיוחדת, חמה, חזקה, קרובה, אוהבת ומחבקת, והרבה מאוד כואבת. כואבת את לכתו של בנם בטרם עת. ועתה כואבת את ההליך המשפטי.

11. ההורים הבהירו לבית המשפט עד כמה קשה להם ההליך המשפטי, עד כמה לא הבינו שזה מה שמצפה להם, אולם חזרו ואמרו כי יעשו את הדבר האחרון, ולמעשה היחיד שנתר להם, כך לדבריהם, למלא את רצונו של בנם. התובעת 1 – האם (להלן: "האם"), אף הגדילה ואמרה "זה מה שהוא רצה זה המעט שאני יכולה לעשות עכשיו בשבילו, לא הצלחתי להציל אותו לפחות זה. אני אולי יכולה לעשות משהו למענו משהו שהוא ביקש" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 28 שורות 14-16) וכפי שהיא תופסת את הסיטואציה, היא הבטיחה לו ועל כן חייבת למלא את הבטחתה.

12. אין ספק בידי בית המשפט כי גם אם תביעת ההורים תתקבל, לא יהיה בכך בכדי להקטין את העצב והכאב על מות הבן, עצב וכאב, שכאמור עלו שוב ושוב במהלך הדיון.

13. יחד עם זאת, אל לו לבית המשפט להכריע על פי כאב הלב, העצב, הבכי, ואף הרחמים. עם כל הרצון להקל, ולו במעט, על הטרגדיה שחוו ההורים, שממשיכה לקנן בליבם, מידי יום ביומו, על בית המשפט להתגבר על רגשות הלב ולפסוק על פי הדין.

### רקע כללי בתמצית:

14. ר' הוא בנם האמצעי של ההורים.

15. לר' שתי אחיות, אחת גדולה ממנו, ע', ואחת קטנה ממנו, ש'.

16. ר' אובחן כחולה בסרטן במהלך שנת 2020, בהיותו בן כ-16 שנים בלבד.

17. במסגרת טיפוליו בבית החולים נדרש ר' לעבור הקרנות וטיפולים כימותרפיים.

18. ביום x.x.2020 חתם ר' על כרטיס שומר זרע.

19. ר' היה חולה כשנה וחצי.

20. ר' נפטר ביום x.x.2021 בהיותו בן כ-17 ו-3 חודשים, בביתו, לאחר ששוחרר מבית החולים יום קודם לכן, לבקשת הוריו שסיים את חייו בביתו.

### הדיון החל

21. נושא שימוש בזרע של מי שהלך לעולמו, בגיר או קטין לא מוסדר בחקיקה.

22. הנושא זכה להתייחסות בפסיקה, ולענין זה ראו פסק הדין המנחה בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם ביום 22.12.2016) – להלן: "הלכת פלונית".

23. בהלכת פלונית נקבע כי תנאי בלעדיו אין לשימוש בזרעו של נפטר, הוא הוכחה ראייתית בדבר רצון הנפטר בהולדת ילדים מזרעו לאחר מותו, כאשר במוקד הבקשה לשימוש בזרעו של מנוח עומד הוא עצמו ולא קרוביו. עוד נקבע בהלכת פלונית כי אם לא הייתה למנוח בת זוג, יש להוכיח באמצעות אינדיקציות בעלות משקל כי המנוח רצה בהמשכיות לאחר מותו.

24. בהתייחס למצב משפטי זה הפנה כבוד השופט מלצר בהלכת פלונית (שהיה בדעת מיעוט) לחוק יסודות המשפט כך: "באין תשובה בדבר חקיקה לשאלה משפטית הטעונה הכרעה – יש לפעול על פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ם – 1980 (להלן: "חוק יסודות המשפט") הקובע בסעיף 1 שבו כדלקמן: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".

25. כמו כן הנושא עוגן בהנחיית היועמ"ש 1.2202, מיום 27.3.03 (להלן: "הנחיות היועמ"ש").

26. עוד מוסיף כבוד השופט מלצר בהלכת פלונית כי הנחיות היועמ"ש הן הנחיות פנימיות בלבד "שממילא ניתן לסטות מהן במקרה המתאים" ובהמשך, "הנחיית היועץ ניתנה בשנת 2003 ובינתיים ההתפתחות הטכנולוגית הואצה והציבה אתגרים חדשים והיא לפיכך, בין כה וכה, טעונה עדכון...". מיותר לומר כי מאז שנת 2003, השנה בה ניתנה ההנחיה חלו תמורות רבות.

27. הנה כי כן אין חוק מחייב, והפסיקה המנחה למעשה קובעת בחינת כל מקרה לגופו בהתאם לאינדיקציות שיוכחו בהקשר של רצונו של הנפטר.

#### תמצית עמדת ההורים – התובעים 1 ו-2

28. לטענת ההורים ר' היה עלם חמודות, בעל דעה, מבריק, בוגר כיתת מחוננים, ספורטאי ומעל הכל בוגר מאוד לגילו בעל אינטליגנציה מעל הממוצע, ומודע למצבו הבלתי הפיך ולהשלכות השימוש בזרעו לאחר מותו.

29. ההורים טוענים כי ר' הישיר מבט לקרוביו ובקול בוטח הודיע כי ברצונו בילד אשר ימשיכו לאחר מותו ושמו יהיה "מ". לשם כך ציווה ר' את הוריו, אחותו וחברו הקרוב, כי ידאגו לעשות שימוש בזרעו אשר הוקפא במהלך הטיפולים אותם עבר.

30. לטענת ההורים תצהירי העדים ועדותם בפני בית המשפט הוכיחו את רצונו של ר', ועדויות אלה לא נסתרו על ידי הנתבעת. יתר על כן הנתבעת לא הביאו עדים מטעמה לסתור. לשיטתם, העדים הניחו תשתית עובדתית לפיה ר' היה מודע היטב לרצונו המפורש בהבאת ילד לעולם באמצעות שימוש בזרעו המוקפא.

31. עוד מוסיפים וטוענים ההורים כי אין חוק המסדיר שימוש בזרע מן המת, לא לגבי בגיר ולא לגבי קטין. בתשובה להנחיות היועמ"ש טוענים ההורים כי אלה לא דנות כלל באדם מתחת גיל 18 ולמעשה כתוב בהן כי יש לבחון נסיבותיו הספציפיות של כל תיק ותיק.

32. גם לגבי התזכיר אליו מפנה הנתבעת טוענים ההורים כי מדובר בטיוטה ראשונה של הצעת חוק, שלא הבשילה לכדי חוק.

33. יתר על כן טוענים ההורים, ככל שתזכיר מספק לשיטת הנתבעת, אזי בהצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ג – 2023, אשר אושר בקריאה טרומית, הגיל הקובע במועד הפטירה הוא גיל 17 וכי אם יוכח רצון המנוח ולא הייתה לו בת זוג, יקבלו הוריו סעד להפריית פונדקאית מזרע בנם.

34. עוד מוסיפים ההורים וטוענים כי ר' חתם על כרטיס שומר זרע ועל אף שבטופס עצמו נקבע כי ימולא על ידי בגיר, בית החולים החתים את ר' וחתם בעצמו. לשיטתם, ניתן לראות בכך גושפנקא הלכה למעשה כי הנתבעים 2-3 התייחסו לר' כבגיר עת הסתפקו בחתימתו בלבד.

35. לגבי התובעת 3 טוענים ההורים כי בתסקיר נקבע כי היא אישה נבונה, בעלת כוחות, מבינה את מורכבות המצב המשפחתי והחברתי, וכי ככל שייולד לה תינוק מזרעו של ר' הרי שהיא תשמש כאימו הבלעדית, תקבל אחריות מלאה על חייו, חינוכו ותתווה לו את סיפור חייו ואת דמות אביו, ועל כן נתנו המלצתם לעתירות התביעה.

36. בסופו של דבר טוענים ההורים כי לבית המשפט עומדות שתי אלטרנטיבות, האחת דחיית התביעה שהמשמעות הינה שהתובעת 3 תהרה באמצעות תרומת זרע ויולד לעולם ילד שלא ידע מיהו אביו, וההורים יאלצו לחיות את שארית חייהם עם ההרגשה שכשלו במילוי צוואתו של בנם. והשנייה, לקבל את התביעה ובכך להשיב את רצונו של ר' בהבאת ילד לאחר מותו אשר ימשיך אותו ויישא את השם שנתן לו "----". ילד זה יגדל עם תמיכה משפחתית רחבה, מחבבת ואוהבת, יכיר את אביו ואת שורשיו, יזכה לעזרה כלכלית תומכת ומגוננת אף מצד משפחת אביו המנוח ויביא אור ושמחה לכל בני המשפחה הסובבים אותו.

### תמצית עמדת הנתבעת 1 - ב"כ היועמ"ש (תיקרא להלן: "הנתבעת")

37. לטענת הנתבעת מאחר ור' היה קטין הן בעת נטילת הזרע והן בעת פטירתו, אין מקום להיעתר לתביעה.

38. על אף שבהנחיות היועמ"ש לא מצוין במפורש המילה "בגיר" הנחת היסוד שבבסיסה היא כי מדובר בשימוש בזרע של בגיר. בענין זה טוענת הנתבעת כי נקודת המוצא של ההנחיה היא קיומו של רצון משותף של שני בני הזוג להוליד ילד ולגדלו, ומובן אפוא שמדובר בבגירים.

39. בבסיס האישור לעשות שימוש בזרע של מנוח עומד עיקרון רצונו בהמשכיות לאחר מותו. לטענת הנתבעת ישנו קושי מהותי ומובנה לייחס לקטין רצון זה ככלל, ורצון בר תוקף משפטי בפרט.

40. לטענת הנתבעת ההחלטה על הבאת ילדים לעולם היא החלטה כבדת משקל בעלת משמעויות והשלכות מרחיקות לכת, ואינה מסוג ההחלטות שקטינים נוהגים לקבל, אלא מתגבשת בדרך כלל בשלב בו אדם מגיע לבגרות.

41. הנתבעת בסיכומיה (סעיף 27) מפנה בעניין זה לתמ"ש 23723-11-19 ש.פ' ואח' נ' המרכז הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי. לטענת הנתבעת מדובר במקרה בו נדחתה בקשת הורים לעשות שימוש בזרע בנם שהיה קטין במותו לאחר שבית המשפט קיבל את טענתה המדינה לפיה לא ניתן לייחס לקטין רצון מפורש להמשכיות לאחר מותו. עוד מוסיפה הנתבעת כי בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה ובבע"מ 22243/23 ש' פ' נ' המרכז הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי ואח' (להלן: "פרשת סוראסקי"), נקבע כי שאלת נפקותה המשפטית של הסכמת קטין בנוגע לשימוש בזרעו לשם הולדת ילדים לאחר מותו, היא שאלה עקרונית ומורכבת אשר טרם הוכרעה בבית המשפט העליון, אולם נקבע כי עניינם של המבקשים שם אינו מהווה האכסניה הראויה לבירורה.

42. עמדת הנתבעת היא כי העובדה שר' נפטר בהיותו קטין די בה כדי להביא לדחיית התביעה. בהקשר זה מפנה הנתבעת לחוקים שונים מהם ניתן ללמוד גזירה שווה, לשיטתה, לענין הגיל כמו חוק תרומת ביציות, חוק לנשיאת עוברים ואף חוק הירושה - סעיף 30 לסיכומים.

43. כך גם מפנה הנתבעת בסיכומיה לתזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז - 2016 (להלן: "תזכיר") ומציינת שבתזכיר נאסרה במפורש האפשרות לעשות שימוש בזרעו של נפטר שהיה קטין בעת פטירתו.

44. עוד מוסיפה הנתבעת וטוענת כי בכרטיס שמירת זרע, עליו חתם ר', יש חלק ספציפי בדבר שימוש בזרע לאחר המוות, ועל חלק זה יכול לחתום רק בגיר, וזה לשיטתה מלמד על אומדן הדעת הנדרש.

45. רצון מנוח בראי הנחיית היועמ"ש הוא כיבוד רצון הנפטר אך יכול להילמד מהסכמה מפורשת שנתן בחייו ובהיעדר אינדיקציה לרצון מפורש ניתן להתחקות אחר רצונו המשוער של המנוח.
46. לטענת הנתבעת בהנחיה מובהר כי מקום שלנפטר לא הייתה בת זוג קבועה ומסוימת בחייו, לא ניתן ככלל ליחס לו רצון משוער.
47. לרצון הורי הנפטר ביחס לשימוש בזרעו לאחר מותו אין מעמד עצמאי מוכר, כך לטענת הנתבעת. זרע אינו נכס אשר נמנה על עזבונו של אדם באופן אשר היה עשוי להקים להורים זכות בעלות בו כיורשי המנוח, ואף לא חלים עליו דיני החוזים.
48. לפיכך, לטענת הנתבעת, ניתן, לכל היותר, להיעזר בהורי המנוח כעדים לצורך בחינת רצונו שלו במקרים מתאימים. לשיטתה של הנתבעת במקרה דנן, אין אף בהבעת רצון מפורשת מצד קטין להקים אפשרות לשימוש בזרעו אם נפטר בהיותו קטין, ועל כן מקל וחומר לא יהיה בעדות כלשהי מטעם הוריו של ר' בענין רצונו, כדי לשנות מתוצאה זו.
49. הוריו של ר' ציינו כי היה בוגר לגילו, וכשהוא רצה משהו הוא ידע לבקש ולהביע זאת במפורש, לעומת זאת הוא לא הותיר הנחיות ברורות ביחס לשימוש בזרעו לאחר מותו, לא פירט כיצד תיבחר האם המיועדת, על אילו ערכים יגדל וכיוצ"ב.
50. ומוסיפה הנתבעת כי התובעת 3 בעדותה ציינה בהגינותה כי ר' לא היה רוצה ילדים איתה וכי על אף שביקרה אותו בבית החולים מעולם לא דיבר איתה על אפשרות לשימוש בזרעו.
51. מכל המקובץ לעיל טוענת הנתבעת כי גם לו היה ר' בגיר, לא הוכח רצונו בדבר שימוש בזרעו לאחר מותו על ידי הוריו באמצעות התובעת 3, שאינו מכיר, ועל כן יש לדחות את התביעה.
52. לסיום טעונת הנתבעת כי בשים לב לכך שר' היה קטין בעת פטירתו, לא ניתן להיעתר לתביעה ודינה להידחות, אף מבלי להידרש לשאלות הראייתיות, שכן גם אם הוכחו, אין בכך בכדי לאפשר להיעתר לסעד המבוקש.

### תסקיר עו"ס

53. במסגרת ההליך, ולבקשת הנתבעת, כפי שעלתה בדיון שהתקיים ביום 6.9.22, הורה בית המשפט על הגשת תסקיר, וניתנו ההוראות הבאות:

1. בהמשך לדיון שהתקיים במעמד הצדדים בפני ביום 6.9.22 מוזמן תסקיר מהמחלקה לשרותים חברתיים בעניין המנוח, ר' ז"ל, שלמרבית הצער הלך לבית עולמו, בהיותו קטין, ביום 2021 (להלן: "המנוח"), והוריו מבקשים לנשות שימוש בזרעו שלו, באמצעות הפריית התובעת 3, הגב' ס' .

2. על התסקיר להתייחס הן למצבו של המנוח בחייו והן לגבי התובעת 3, לרבות מעניינים המפורטים כדלקמן:

א. בדיקת מצבו הרגשי ובגרותו של המנוח בעת חייו, מה אהב לנשות? מה היו תחביביו? האם היה לו קשר זוגי כלשהו? האם היה לו קשר מיוחד לילדים? האם הכיר את התובעת 3, הגב' ס' אשר אותה מבקשים להפרות? האם ניתן ללמוד מהסביבה הקרובה שלו אודות רצונו על המשכיותו, קרי להביא ילד לעולם? והאם ניתן ללמוד מאורח חייו, התנהלותו, המחלה עימה התמודד על יכולתו לקבל החלטה בענין שימוש בזרעו לאחר מותו?.

- ב. בדיקת מצבה הכללי של התובעת 3 – מה יכולותיה הכלכליות לגדל ילד? מה האלטרנטיבות העומדות בפניה להביא ילד נוסף לעולם (לאור טענתה שברצונה להביא ילד נוסף באמצעות בנק הזרע)? מדוע, מתי תל ידי מי עלה הרעיון של הבאת ילד דווקא מזרעו של המנוח? מהו מצבה הרגשי והנפשי בקשר לנידול ילד ללא אב? מהו טיב הקשר בינה לבין הוריו של המנוח? האם היתה היכרות מוקדמת בינה לבין המנוח? ואם היתה מה דעתה לגבי עמדתו של המנוח? איך היא רואה את התחייבותה בהבאת ילד מהמנוח כלפי הוריו? וככל שהיא רואה מחויבות כזו, איך היא מתכוונת לעמוד בה כלפי הוריו של המנוח? יציבות מקום מגוריה? מערכות יחסים עם בני זוג אחרים?

54. ביום 15.2.23 הוגש תסקיר שנכתב על ידי עו"ס לחוק אימוץ ילדים ועו"ס לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

55. בסוף התסקיר נכתב כי "איננו רואות מניעה להיעתר לבקשתם של א' ומ' לאפשר לגב' ס' לעבור טיפולי פוריות תוך שימוש בזרעו של בנם, ר' ז"ל".

56. במסגרת התסקיר תחת הכותרת "ר' ז"ל" נכתב, בין היתר, כך: "למרות גילו הצעיר היה לו קו ברור כיצד מתכוון לנהל את חייו ותוכניות לעתיד כיצד יגשים את חלומותיו.... אחד מחלומותיו היה להקים משפחה ולהביא ילדים שבבוא היום יגדלו לצד ילדיה של ע' אחותו, אליה היה קשור מאוד". ובהמשך – "משהחריפה המחלה ההתייחסות למנות הזרע השתנתה ור' החל לדבר בפתיחות על כך שיוולדו לו חמישה ילדים כנגד חמש מנות הזרע ששאבו לו. עם התקדמות המחלה ר' ניהל שיחה קרובה עם אחותו ע' ושיתף אותה בחלום שחלם על הילד הראשון שלו, שיקראו לו בשם מ".

### עמדת הנתבעים הנוספים:

57. הנתבעים הנוספים, מרכז רפואי רבין – בית החולים בילינסון, ושירותי בריאות כללית, הגישו כתב הגנה יחדיו.

58. מאחר ובסוף כתב ההגנה טענו הנתבעים הנוספים כי הם מותירים את ההכרעה לשיקול דעתו של בית המשפט, תוך שציינו כי יכבדו ויפעלו בהתאם לכל החלטה שתינתן, אין מקום להרחיב בטענות שהעלו. יתר על כן, ולבקשתם בית המשפט פטר אותם מלהגיש סיכומים.

### דין והכרעה

59. בית המשפט, בשונה מעמדת הנתבעת, סבור כי לא באופן אוטומטי יש לדחות את עתירת ההורים, נוכח היותו של ר' קטין בעת נטילת זרעו ובעת פטירתו, ועל כן שאלת הגיל תידון בהרחבה.

60. ככל שבית המשפט ימצא כי אין בגילו של הקטין בכדי לחסום את זכותו, באופן אוטומטי להביע את רצונו, יש בהחלט מקום להידרש לשאלות הראייתיות, וכך יעשה.

61. אקדים את המאוחר ואומר כי בנסיבות המיוחדות של המקרה שבפניי, הגעתי למסקנה כי הוכח רצונו של ר' להמשכיות ללא תנאי ויש להיעתר לתביעה ולאפשר להוריו של ר' לעשות שימוש בזרעו באמצעות התובעת 3, על מנת להגשים את רצונו, להמשכיות, והכל כפי שיפורט להלן.

62. כאמור, סוגיית נטילה ושימוש בזרע מן המת אינה מוסדרת בחקיקה.

63. יתר על כן, גם בפסיקה המנחה, הלכת פלונית וגם בהנחיות היועמ"ש אין התייחסות ספציפית לשימוש בזרעו של מי שהלך לעולמו בהיותו קטין.

64. יתר על כן הנחיות היועמ"ש ניתנו בשנת 2003, קרי לפני למעלה מ- 20 שנה. אין צורך לפרט את התמורות שחלו במהלך 20 שנה, ככלל, ובעניינים הקשורות לתצורות של תאים משפחתיים, בפרט.

65. עניינו של פסק דין הינה בשאלת הבאת ילד לעולם באמצעות שימוש בזרעו של ר', בטענת הוריו כי ר' רצה המשכיות – קרי הזכות להמשכיות.

### גילו של ר':

66. אין מחלוקת כי ר' הלך לעולמו בהיותו קטין.

67. לטענת התובעים חרף היותו של ר' קטין, הוא היה בוגר באופן חריג.

68. כך למשל העידה אחותו של ר', שעל אף שהיא גדולה ממנו בכשנתיים, תמיד הרגישה שהוא האח הגדול, היודע לדאוג למסכנים, לחנך, לכוון וכיוצ"ב, כדלהלן: "הרגשתי אחותו הקטנה כאילו תמיד תמיד, הייתי אומרת נגיד משהו היינו הולכים ברחוב הייתי עוברת נגיד אומרת אמאלה כאילו תראה איזה מזרזר הוא נגיד ברחוב אז הוא אמר לי ע' די זה לא יפה כאילו יש אנשים שהם עם מוגבלות

כאילו הוא תמיד חינוך. הוא תמיד כאילו הוא היה אחי הגדול ממש הרגשתי לידו הבעייתית המופרעת הוא תמיד כיוון אותי כאילו בהכל" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.24 עמוד 21 שורות 19-23).

69. כך גם הצהירו הוריו של ר', ואביו אף נשאל על כך בחקירתו (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.24 עמוד 36 שורות 29-31, עמוד 37 שורות 29-30), וכך גם התרשמו עורכות התסקיר במפגש עם בני המשפחה (עמוד 2 לתסקיר).

70. ר' כאמור הלך לבית עולמו לאחר שחצה את גיל 17 שנים - בהיותו בן 17 ושלושה חודשים. לא בכדי בית המשפט מציין את גיל 17, אשר הביא אותו למסקנה כי הגיל, במקרה דנן, לא יכול להוות מחסום אוטומטי. ואלה הנימוקים:

1. **גיל סמוך לגיל בגרות.** בין גיל הבגרות לגילו של ר' מפרידים 9 חודשים בלבד. על אף שגיל הוא מספר - נתון אובייקטיבי, במקרים מסוימים ניתן למצוא לו גם משמעות סובייקטיבית. צירוף תשעת החודשים שבין גילו של ר' בעת לכתו לבית עולמו לבין הפיכתו לבגיר, לאופיו המיוחד, בגרותו ורצונו העיקש להמשכיות, מובילים למסקנה כי ניתן לראות אותו, לסוגיה נשואת פסק דין זה, כבגיר.

1. **חוקים בהן ניתן לחרוג, בהתקיים תנאים מסוימים, מהקביעה המיוחסת לגיל הבגרות** - בחינת מספר לא מבוטל של חוקים מביאה למסקנה כי במקרים מסוימים ניתן לחרוג מהקביעה המיוחסת לגיל 18, ולענין זה נסקרו בהלכת סוראסקי החוקים כדלהלן:

- **חוק גיל הנישואים, תש"י - 1958**, על פי חוק זה גיל הנישואים הינו 18, אולם בהתקיים חריגים המנויים בחוק, רשאי ביהמ"ש להתיר נישואין למי שמלאו לו 16. לגבי קטין שטרם מלאו לו 17 נדרש תסקיר, ואילו לגבי קטין מגיל 17 ומעלה - נתון הדבר לשיקול דעת שיפוטי ולא נדרש תסקיר. לא זו אף זו, הבקשה להתיר את הנישואים יכולה להיות מוגשת על ידי הקטין/קטינה ולא רק על ידי הוריו.

- **חוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005** - לפיו קטין זכאי להשתתף בקבלת החלטות על הטיפול הרפואי בו בתנאי שהוא מודע למצבו ושכושרו ובשלותו השכליים והנפשיים של הקטין מאפשרים לו הבנה נאותה של המידע ומשמעותו.

- **חוק השתלת איברים, תשס"ח - 2008** משווה הסכמה של קטין שמלאו לו 17, לזה של אדם בגיר.

- **חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א - 1991** מגביל אפשרות של אחראי על קטין מעל גיל 15 לאשפזו בניגוד לרצונו בלא אישור בית משפט.

- **חוק מידע גנטי, תשס"א - 2000** דן בשאלת ההסכמה הנדרשת של קטין מעל גיל 16.

71. **האמנה בדבר הסכמה לנישואין, לא קבעה את גיל המינימום לנישואים ורישום נישואים** - מדובר באמנה שנתקבלה באו"ם בשנת 1962 אשר קובעת שהמדינות החתומות עליה יפעלו לקבוע בחקיקה גיל מזערי לנישואים, אולם האמנה אינה קובעת מהו גיל מזערי זה. 55 מדינות, ובהן ישראל, חתמו על האמנה. למעשה, האמנה הותירה למדינות לקבוע את גיל הנישואין, ולא קבעה אותו כגיל 18 בלבד, וכל עניינה שהנושא יקבע בחוק. בלא מעט מדינות, בהן גיל הנישואים הוא 18, ניתן להינשא החל מגיל 16, באישור הורים ו/או באישור בית משפט. כך לדוגמא בקנדה, באוסטרליה, בצרפת, באיטליה ובריטניה.

72. **ומעבר לכל זה, גיל הבאת ילדים לעולם אינו מוגבל לגיל 18** קרי, מימוש או אי מימוש זכות ההורות – זכות ההמשכיות, אינה מוגבלת לבגירים בלבד:

- אין חוק במדינת ישראל הקובע את הגיל בו מותר להביא ילדים לעולם.
- יתר על כן, בעלון מידע לנערות בהריון לא מתוכנן של משרד הבריאות, הנושא את לוגו מדינת ישראל, נאמר כי לנערה בהריון יש 3 אפשרויות – להמשיך בהריון ולגדל את התינוק, להמשיך בהריון ולמסור אותו לאימוץ או לעבור הפסקת הריון בבית החולים. אין אזכור לגיל, כלל וכלל. כך אף בעניין ההליכים המתקיימים בפני ועדה להפסקת הריון, הסכמתה של קטינה להפסקת הריון לא טעונה אישור של מי מטעמה.
- עוד ניתן ללמוד בקשר לגיל הורות, שאינו מוגבל בחוק בישראל, מהוראות חוק אימוץ ילדים תשמ"א – 1981. מחוק זה ניתן ללמוד שהורות אינה מוגבלת לגיל 18 ומעלה, ואף מעבר לכך, שהסכמת הורה שטרם מלאו לו 18 למסור את ילדו לאימוץ לא טעונה אישור נוסף של האחראי עליו, ודי ברצונו.

73. **הנה כי כן גם בישראל וגם במדינות העולם ישנה אפשרות להקים משפחה, על כל המשתמע מכך, בהתקיים תנאים מסוימים, גם לקטינים. יתר על כן, לכאורה אולם גם למעשה, הזכות להורות לא מוגבלת, במדינת ישראל, בגיל בכלל או בגיל בגרות בפרט. ואף הזכות לוותר על הורות אינה תלויה בגיל, ונתונה לקטין באופן בלעדי.**

74. לטענת הנתבעת על אף שבהנחיות היועמ"ש לא מצוינת במפורש המילה "בגיר" מדובר על שימוש בזרע של בגיר, כאשר הנחה זו מבוססת על קיומו של רצון משותף של שני בני זוג להוליד ילד ולגדלו, ומובן לשיטתה שמדובר בבגירים. כאשר אין חוק במדינת ישראל המגביל את גיל ההורות, הנחה זו נשמטת. כאשר במדינת ישראל קיימות צורות רבות של משפחות, המביאות לעולם ילדים, ולאו דווקא בני זוג, קל וחומר.

75. בהתייחס לאמור יפים דבריה של כבוד השופטת אספרנצה אלון, בתמ"ש 13530-08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם, כבר משנת 2009, כך שבחלוף כ-15 שנים מתאימים, ביתר שאת, להיום, כדלהלן: "המשפט אינו פועל בחלל ריק, לעתים הנורמות החברתיות והמשפטיות יריבות זו לזו, לעתים הן תומכות זו בזו, לעתים המשפט משפיע על החברה ולעתים החברה משפיעה על המשפט. אין חולק כי בעשורים האחרונים עבר מוסד המשפחה שינויים מרחיקי לכת כתוצאה משילובם של תהליכים חברתיים והתפתחויות ביו-טכנולוגיות, אשר הביאו אותנו לאפשרויות אשר לא ניתן היה לצפות בעבר. שינויים אלו הציבו בפני המשפט אתגרים חדשים. מבנה המשפחה המסורתית-אבא, אמא וילדים, אינו המודל היחידי הקיים היום ולצדו קמו מודלים שונים של משפחות: משפחה דו-מינית ומשפחה חד-מינית, משפחת אומנה ומשפחה חד-הורית ועוד. כך, יותר ויותר זוגות נוטים כיום להקים משפחה חד-הורית ו/או לחיות ביניהם ללא נשואים. מרכיביהן של המשפחות השונות, כמו גם מערכת היחסים בתוכן וביניהן, מורכבים ומגוונים.

לדידי, ההנחות בבסיס הנחיות היועמ"ש משנת 2003, מבוססות בעיקרן על המסורת-ויפים לעניין זה דבריו של הולמס - בעוד שההיסטוריה והמסורת חייבות להיות חלק מן הלימוד של המשפט, עליהן גם להיות הצעד הראשון לקראת ספקנות נאורה וחשיבה מחודשת על רצותם של כללים קיימים (O.W.Holmes "The Phth of the Law" in Collected Legal Papers) (New York: Harcoyrt, Brace & Co., 1920) 167, 181.

גם מאז נקבעו הנחיות היועמ"ש (27.10.03) חלו תמורות חברתיות בתא המשפחתי. מנתונים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שפורסמו ביום 24.2.09 עולה כי בשנת 2007 כ-12% מהמשפחות בישראל הן משפחות חד הוריות (כ-204,000 משפחות- גידול של כ-54% משנת 2000), כש-10% מתוכן - ללא נישואין כלל ברקע. בשנים האחרונות עלה שיעור הפניות של נשים רווקות לקבלת תרומה מבנק הזרע במאות אחוזים, (נעמי מי-עמי, "תרומת

זרע בישראל-מסמך רקע" (<http://www.medethics.org.il>). לדברי ד"ר מדג'ר, מנהל בנק הזרע בבית החולים 'שיבא' בת השומר, בישיבת הוועדה למעמד האשה ב-31 בינואר 2005 בבית-החולים "תל השומר" קיבלו 320 נשים תרומות זרע בשנת 2004. 260 מהן היו רווקות ו-60 היו נשואות.

**והרי גם העתירה שבפניי מפריכה כשלעצמה את הנחת היסוד של היועמ"ש- המבקשת הנה אישה רווקה המבקשת להרות שלא במסגרת זוגית".**

76. הנתבעת בסיכומיה הפנתה לתזכיר חוק בנקי זרע ולחוק תרומת ביציות, מהם לשיטתה ניתן ללמוד גזירה שווה לגבי מגבלת הגיל, אולם בחינתם אינה מביאה למסקנה חד משמעית כי אין להתיר שימוש בזרע של קטין, כדלהלן:

- תזכיר חוק בנקי הזרע הופץ ביום 31.10.2016 - תזכיר זה נכתב בשנת 2016, קרי לפני כ-10 שנים ומאז לא קודם. ראשית אין מדובר בתזכיר בעל מעמד משפטי מחייב, אולם מעבר לזה, מאז שהופץ חלף כמעט עשור, ולא מן הנמנע שכאשר יגובש לכדי חוק, יעבור תמורות כאלה או אחרות, לרבות בעניין נשוא ענייננו.

- חוק תרומת ביציות, התש"ע - 2010 - חוק זה קובע כי על הנתרמת להיות בת 18 לפחות אולם על התורמת להיות בת 21 לפחות. דווקא חוק זה מבסס מסקנה הפוכה - עצם העובדה שגיל התורמת נקבע כגיל שונה מגיל הבגרות (18) מוכיחה כי המחוקק בעצמו קובע גיל שונה בהתאם לנסיבות.

77. **בנוסף לכל המפורט לעיל, בית המשפט לא יכול לסיים פרק זה מבלי ליתן משקל למציאות הייחודיות הישראלית, בין היתר, בקשר לגיל 17, אשר יש בה כדי לתמוך בטענה כי גיל 17 לא יכול להוות מחסום בפני עצמו. ובמה דברים אמורים?**

במדינת ישראל קיים חוק גיוס חובה לכל בגיר המגיע לגיל 18. בערך סביב גיל 17 מקבלים המיועדים/ות לגיוס צו ראשון, בו עוברים בדיקות רפואיות, ללא נוכחות הוריהם ומבלי לבקש את אישורם. על מנת שבעת הגיוס, צבא הגנה לישראל יוכל לצוות את החייל/ת למסגרת המתאימה ו/או הנדרשת, המיונים, המבחנים והבדיקות נעשים בטרם הגיעו של המיועדת/ת לשירות לגיל 18. למועמד/ת לשירות צבאי נקבע פרופיל צבאי וערעור על כך מוגש על ידי המועמד/ת עצמם ללא כל מעורבות הורים. במסגרת המיונים נאלצים הקטינים לעבור מבחנים קשים, בדיקות גופניות, לחצים נפשיים, גיבושים, וכיוצ"ב. הלכה למעשה קטינים, עוד בטרם הגיעם לגיל בגרות, בוחרים את המסלול הצבאי בו ישרתו, גם אם מדובר במסלול לחימה מסכן חיים. מדינת ישראל לא ממתינה שהמיועד לשירות צבאי יגיע לגיל בגרות על מנת לאפשר לו לבחור את הייעוד הצבאי שלו, קרי מדינת ישראל סומכת על הקטינים בבחירתם את תפקידם הצבאי, גם כאשר מדובר בבחירה שהתוצאה שלה יכולה להיות מסכנת חיים, וחלילה, בלתי הפיכה. כאשר מדינת ישראל, רווית המלחמות, שהגיוס בה חובה, מחייבת נערים ונערות בני ובנות 17 לבחור מה יעשו בשירותם הצבאי, לא יהיה זה ראוי שלא לאפשר להם לקבוע את רצונם להמשכיות לאחר לכתם לבית עולמם, אך ורק בשל גילם.

78. **מכל המפורט לעיל בית המשפט הגיע למסקנה כי גילו של ר', לא יכול להוות מחסום לבחון את רצונו בהמשכיות.**

### **רצונו של ר':**

79. משבית המשפט הגיע למסקנה כי גילו של ר' אינו גורם אשר מונע באופן אוטומטי דיון בשאלת רצונו, ויש לבחון את רצונו בדיוק על פי אותם התנאים שהיה נבחן רצונו לו היה בגיר, על בית המשפט להשתכנע בדבר קיומו של רצון מפורש של ר' בהמשכיות לאחר המוות ללא תנאי.

80. **בנסיבותיו הייחודיות של המקרה שבפנינו שוכנע ביהמ"ש כי ההורים הוכיחו את רצונו המפורש של ר'. ועתה יפורט כיצד:**

81. עורכות התסקיר התרשמו כי לא רק שר' רצה בהמשכיות ואף דיבר עם קרוביו על המשכיות, הוא אף חשש שלא יוכל לממש את חלומו להמשכיות והותיר את האחריות הזו להוריו ולאחותו. וכך נכתב בתסקיר:

הן ההורים והן ע' העבירו לנו בצורה חד משמעית וחזקה את העיסוק של ר' עם המשכיות שלו, עם המחשבות והחלומות על ילדים משלו. ניכר כי הוא הביע חשש שלא יוכל לממש את חלומו להמשכיות והותיר את האחריות הזו להוריו ולאחותו. ברצוננו להדגיש כי לדברי המשפחה ר' דיבר על הנושא בפתיחות ובבגרות יוצאת דופן, בשלבים שונים של המחלה. נושא המשכיות עלה פעם אחר פעם בחברת בני המשפחה הקרובים לו ביותר.

82. מעמד התסקיר - כאשר בית המשפט נעזר באנשי מקצוע כגון עו"ס יש ליתן להמלצותיו משקל יתר בדומה להמלצות מומחה שכן העו"ס הוא גורם ניטרלי וממלא את חובתו בהתאם לחוק ועפ"י החלטות בית המשפט (ראו: בע"מ 5072/10 פלוני נ' פלונית פורסם במאגרים אלקטרוניים ביום 26.10.10; בע"מ 4259/06 פלונית נ' היועמ"ש פורסם במאגרים אלקטרוניים ביום 13.07.06).

83. על אף שבית המשפט אינו משמש כחותמת גומי להמלצות התסקיר (ראו ענ"א (נצ') 37779-09-23 פלונית נ' הקטינה (פורסם במאגרים אלקטרוניים ביום 02.11.23), לא ניתן להתעלם מהעובדה שהנתבעת בחרה שלא להגיש שאלות הבהרה לעורכות התסקיר, ולא לזמנן לדיון. בהתנהלות זו למעשה קיבלה הנתבעת, אשר התסקיר נתבקש על ידה, את המלצותיו כפי שניתנו.

84. בחירתה של הנתבעת שלא לאזכר בסיכומיה את העובדה שהוגש תסקיר ועמדתה שונה בתכלית מהמלצות התסקיר - תמוהה, וזאת בלשון המעטה.

### **תצהירי העדים וחקירתם -**

85. הונחו בפניי תצהירי הוריו של ר', אחותו ובן דודו אשר כולם העידו בפניי. מכל העדויות עולה רצונו הברור של ר' להמשכיות, באמצעות שימוש בזרעו, לרבות שבחר לילדו העתידי שם "מ".

86. וכך העידה אחותו של ר' - כאשר הבין שימיו ספורים (כחודש לפני מותו) אמר לה "אני רוצה שהילדים שלנו יגדלו כמו שאנחנו גדלנו כאילו היינו תאומים כאילו ממש גדלנו הכל ביחד כל התחביבים הכל, והוא אמר לי אני מדמיין את הילדים שלנו כאילו באמת ביחד ואני רוצה שהם יגדלו כמונו" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 20 שורות 15-18).

87. יתר על כן, העידה האחות, כי ר' אף דיבר על שם שהוא רוצה שיינתן לבנו - מ', ולאחר מותו אף הבינה מדוע בחר בשם זה - שמיים. האחות העידה כי מדבריו של ר' הבינה שזו צוואתו, שהוא משאיר לה הוראות מה לעשות לאחר מותו, למרות ששבה וחזרה על כך שלא האמינה שהמחלה תכריע אותו: "אז הוא אמר לי את יודעת אני רוצה לקרוא לילד שלי מ'. אז אמרתי לו מה הקשר מ'? כאילו מה זה, כאילו הבנתי שזה כאילו זה הזוי ישר הבנתי כאילו שמים לא הבנתי מה הקשר. אז הוא אומר לי אמרתי לו למה כאילו דווקא --- מאיפה הבאת את השם הזה? הוא אומר לי לא יודע זה יפה אני אוהב את השם הזה שמעתי אותו אפה שהוא אני אוהב את השם הזה. כאילו ישבתי הסתכלתי עליו כאילו בשוק שהוא בכלל אומר לי דבר כזה וקמתי הלכתי כאילו בכיתי אני זוכרת בכיתי כאילו הבנתי אבל שזה כאילו סוג של צוואה שהוא משאיר לי אם ויקרה משהו למרות שלא האמנתי שיקרה משהו, תמיד אמרתי לו אתה חזק אנחנו נצא מזה אני מבטיחה לך שזה לא קורה הדבר הזה" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 20 שורות 15-18).

88. וכך העיד בן דודו של ר' - מאז ומתמיד ר' דיבר על ילדים שיהיו לו, גם לפני שחלה וגם לאחר שחלה, במיוחד כאשר ידע שלא ינצח את המחלה. במיוחד דיבר ר' על הילד שיוולד, לאחר שהקפיא זרע:

◦ מתי הוא דיבר על ילדים אחרי המוות שזה מה שהוא תיאר שזה מה שהוא רוצה? באיזה שלב בערך זה היה?

ת:הא דיבר בתקופה שלושה חודשים אחרי שהוא הקפיא את הזרע וגם חודש לפני שהוא נפטר כשהוא ידע שזה הסוף אז הוא דיבר על זה גם.

ש:אוקי והשיחות שעשיתם לקראת הפטירה שלו זה היה איפה זה היה באיזה סיטואציות? בנושא הזה הכוונה. שיחות שערכתם בנושא של ילדים אחרי המוות.

ת:לרוב הינו עושים הליכות אבל כבר היה לו כאבים אז הגעתי אליו הביתה ואז ירדנו מתחת לבית, ישבנו בחצר, והוא כאילו אמר בפניי שהוא מרגיש שזה הסוף ושהוא רוצה ילד. שהוא רוצה ילד שימשיך אותו.

(ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 22 שורות 18-27)

89. יתר על כן העיד בן הדוד כי ר' אמר בפירוש כי רוצה שהילד ימשיך אותו, לאחר מותו (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 23 שורות 1-3). גם בן הדוד העיד לגבי השם בו בחר ר' לילד שיוולד – "מ", אולם ציין כי שם זה נאמר על ידו עוד טרם חלה במחלה (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 23 שורות 16-25).

90. וכך העידה אימו של ר' – הוא כל הזמן דיבר על המשכיות, ולאחר 3 סיבובי טיפולים, כאשר כבר הבין שאין לו סיכוי לחיות אמר במפורש שרוצה ילד שימשיך אותו: "ואז היה גם הטיפול הזה גם לא הצליח ועשינו את השלישי וכבר שהשלישי לא הצליח זה כבר היה באפריל משהו כזה כבר אמרו לנו הוא מה ממש שותף ל כלל השיחות עם הרופאים הוא ידע הכל שאין מה לעשות הטיפול לא עוזרים ואז הוא דיבר איתנו על זה שהוא רוצה המשכיות, אנחנו נגדל אותו ושיהיה המשך שלו" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 24 שורות 27-31), ובהמשך הבהירה שוב כי מדובר היה על שימוש בזרע לאחר מותו: "...וכולנו הבנו למה לקראת מה זה הולך והמצב שלו התדרדר מאוד מהר לקראת הסוף אז הוא בפירוש אמר שהוא רוצה שיהיה לו המשך" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 24 שורות 1-2).

91. גם האם העידה לעניין השם "מ" וציינה כי בשבעה שמעה מחבר טוב של ר' כי במסיבת יום ההולדת, שעשו לו, באפריל (כחודשיים בלבד לפני מותו) הוא סיפר לחבריו כי בחר בשם "מ" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 25 שורות 27-35 ועמוד 26 שורות 1-4).

92. על מנת להבהיר עד כמה זה היה רצונו של ר' העידה האם כך: "זה מה שהוא רצה זה המעט שאני יכולה לעשות עכשיו בשבילו, לא הצלחתי להציל אותו לפחות זה. אני אולי יכולה לעשות משהו למענו משהו שהוא ביקש. הוא לא ביקש יאכטה שנקנה על שמו ולא ביקש משהו אחר הוא רצה שנביא ילד משלו" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 28 שורות 14-17).

93. וכך גם העיד אביו של ר' – בשיחות כלליות, ועוד טרם פרצה המחלה, ר' אמר שהוא רוצה ילדים, שאין טעם לחיות אם אתה לא משאיר אחרייך משהו, וכי אדם לא יכול לבוא לעולם וללכת ממנו מבלי להשאיר משהו אחריו: "ואז זה הרגיע אותו באיזה שלב הוא אמר יופי, זה מאוד חשוב לי כי אין טעם לחיות אם אתה לא משאיר אחריך משהו. הוא תמיד אמר בן אדם לא יכול לבוא וללכת. הוא צריך להשאיר משהו" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 35 שורות 12-14).

94. האב העיד כי לאחר שפרצה המחלה היה לר' מאוד חשוב שזה לא יפגע בפוריות שלו, ורק מהטעם שכל כך רצה ילדים והוסיף כי שלושה שבועות לפני המוות התפרץ ר' בבכי ואמר לשני הוריו, במיטתו בבית החולים: "כבר 3 שבועות לפני שכבר גם כן זה אני פשוט לא אשכח את המילים שלו הוא אמר שישבנו ליד המיטה שלו הוא כבר לא הלך הוא כבר שכב ושיחקנו איתו שח מט הוא היה צלול עד הסוף עד הרגע האחרון. שיחקנו ככה שח מט העברנו זמן. ואז באיזה שהוא שלב הוא התפרץ בבכי אמר זהו אני יודע, אמרתי לו אל תגיד ככה. הוא אמר אבא אתם תדאגו שיהיה ילד משלי נכון? תקראו לו אז..." (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 35 שורות 32-36).

95. עוד העיד האב כי הקפאת הזרע נתנה לר' מוטיבציה, ובבכי הוסיף ואמר "העיקר שהתחושה הזאת שעשינו משהו לפחות שנשאר משהו אחריו. אולי יש חיים שמה הוא רואה" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 36 שורות 18-19).

96. לקראת סיום אמר בכאב האב דברים, מהם ניתן להבין, ואולי באופן הכי ברור, כי מטרת ההליך נשוא פסק דין זה, של הוריו של ר', הוא הגשמת רצונו: "אני הייתי יכול לעשות עוד ילד זה לא בעיה, כולם אומרים למה אתם לא מביאים עוד ילד? אתם צעירים אשתי הייתה אז בת 41, היום בת 43, אין בעיה להביא ילד אם הייתי רוצה להביא ילד בשבילי הייתי מביא, המטרה פה לא ילד, המטרה פה פשוט להגשים את החלום שלו את הרצון שלו שישאר משהו אחריו שאני אראה". (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 36 שורות 7-11).

97. **מכלול העדויות מוכיחות כי אכן ר' הביע את רצונו, טרם לכתו לבית עולמו, להמשכיות ללא תנאי. עדויותיהם של כולם היו אמינות, ואין לו לבית המשפט מאשר לתת אמון בדברי בני משפחתו של ר'.**

98. ועתה נשאלת השאלה האם העדויות יכולות להחליף ראיות כתובות/מצולמות של ר' עצמו? ובמילים אחרות האם ניתן לקבל את דברי העדים כאילו דברי ר' הם?

99. במקרה דנן אין מחלוקת כי לא הושאר מסמך הנחיות/הוראות כתובות על ידי ר'.

100. לטענת התובעים, על אף שאין מסמך כתוב, הוראה ברורה, סרט או הקלטה, עדויות האנשים הקרובים ביותר למנוח הוריו, אחותו, חבריו ובן דודו, אשר שמעו את רצונו שהובע בפניהם, הן הראיות הטובות ביותר המלמדות באופן שאינו משתמע לשתי פנים על רצונו של ר'.

101. התובעים הפנו את בימ"ש לתמ"ש 14262-06-20 שם קיבל בית המשפט את טענת התובעים כי המנוח ביקש לעשות שימוש בזרעו לאחר מותו, על פי עדות אחת בלבד. במקרה דנן, טוענים התובעים, הביע ר' את רצונו מספר רב של פעמים ובפני מספר של אנשים.

102. מנגד, מבססת הנתבעת את טענתה להיעדר רצונו של ר' על שני אדנים: גילו של ר' והיעדר הנחיות ברורות ביחס לשימוש בזרעו לאחר מותו, לרבות בחירת האם המיוודעת, הערכים עליהם יגדל הילד וכיוצ"ב.

103. הנתבעת טוענת כי לשיטת הוריו של ר', הוא היה בוגר לגילו, ועל כן היה מצופה שיפרט בצורה סדורה את כוונותיו במלואן. מטענה זו של הנתבעת למד בית המשפט כי הנתבעת אינה חולקת על טענת התובעים לפיה ר' היה בוגר לגילו וכך גם לא חולקת על הטענה שרצונו של ר' להמשכיות הוכח, אולם לשיטתה לא ניתן פירוט נדרש לעניין אופן הביצוע ולכן לא הייתה מסוימות.

104. בית המשפט אינו מקבל את טענות הנתבעת. ראשית, הנחיות ברורות אינן חייבות להיות בכתב, שנית, ובניגוד לטענת הנתבעת, הוכחה מסוימות. ובמה דברים אמורים?

105. מהראיות שהונחו בפניי עולה:

- ר' ידע שמצבו אנוש, כך שהבין שבקשתו להבאת ילד לעולם משמעותה הבאת ילד לאחר מותו, ילד שיוולד מראש ללא אבא – ניתן לראות בהבנה הברורה מסוימות.
- אכן שאיבת הזרע נעשתה בהיותו של ר' בן כ-16, כאשר הפרוגנוזה לעניין החלמתו הייתה חיובית, אך מהעדויות עולה כי לקראת לכתו לבית עולמו הבהיר ר' את רצונו הברור לשימוש בזרעו לאחר פטירתו – ניתן לראות בהבהרה זו, לאחר שינוי הנסיבות, מתן הנחיות ברורות.
- לר' לא היתה בת זוג, כך שלא תיתכן מחלוקת שר' הבין כי רצונו בהבאת ילד ובהמשכיות ימומש באמצעות אשה שאינה ספציפית. הבעת רצון מפורש להביא ילד לעולם בידיעה

מראש שאין זה תלוי באשה ספציפית, כמוה כבחירה להביא ילד לעולם עם אשה ספציפית – עדות על מסוימות. בענין זה נשאלה אימו של ר' וכך השיבה:

עו"ד גפן: שאלה אחת, בהינתן העובדה שלמנוח לא הייתה בת זוג בעודו בחיים האם הוא דיבר משהו על משמעות הבאת ילדים עם בת זוג שהוא לא מכיר? עם חברת משפחה, חברה של ההורים?

העדה, גב' א': לא, לא דיברנו, לא דיברנו על עם מי הוא יביא את הילד הוא ידע שאפשר להביא עם אם פונדקאית היה יודע את זה לא הייתה לו בת זוג.

עו"ד גפן: לא, אז אם פונדקאית מה המשמעות של הגידול מבחינתו? איך הוא התייחס לזה?

העדה, גב' א': מבחינתו שפשוט יהיה לו המשכיות זה לא חייב שאנחנו נגדל שמישהו יגדל אותו אבל שיהיה לו המשך שיהיה לו ילד משלו.

(ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 27 שורות 16-24).

◦ ר' הבין שהילד יגדל בלי אב, אולם תהיה לו משפחה (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 37 שורות 9-14), ז"א לר' היה ברור שתפקיד הוריו בחייו של הילד שייוולד לא יהיה כשל הורים, אלא כשל "משפחה" – ר' בחר תצורה אחרת של משפחה לילד שייוולד, באופן שניתן לראות בכך גם מסוימות וגם הנחיות ברורות.

◦ ר' רצה שיגדל ילד בעולם שהוא שלו, והאמין שאדם לא יכול לבוא וללכת בלי להשאיר אחריו משהו, כמפורט מעלה, ואף בהיותו על ערש דווי ביקש מאביו להבטיח לו שיהיה לו ילד משלו, עדות למסוימות ולמתן הנחיות ברורות.

◦ ר' פנה להוריו וביקש מהם לדאוג שתהיה לו המשכיות, כמפורט מעלה, ואף בחר שם לילד שייוולד, וניתן לראות בהוראה זו הנחיה ברורה.

106. מסוימות בדין לקוחה מדיני החוזים. בפסיקה הוגדרה מסוימות, לענין התקשרות בחוזה, כהסכמה על הפרטים המהותיים החיוניים של העסקה, אולם לאו דווקא על מלוא פרטיה. מקום שקיימת כוונה אין צורך כי כל התנאים החיוניים והמהותיים יופיעו שחור על גבי לבן בהסכם ופרטים חיוניים חסרים ניתנים להשלמה על ידי בית המשפט. כך לדוגמא נקבע בע"א 440/75 אשר זנדבנק, ואח' נ' מלכה (מלי) דנציגר, ל(2) 260 (1976) "הדרישה של החוק לפיה על ההצעה להיות מסוימת, טומנת בחובה יסוד פוזיטיבי, הוא ענין הבהירות הנדרשת, אך משתמע ממנה גם כי אין צורך שיהיו בהצעה כל הפרטים הצריכים לענין, עד לאחרון שבהם. אמת-המידה איננה בכך שהפירוט יהיה כליל השלמות, אלא בכך שמתוך אותו פירוט המובא בהצעה, ניתן יהיה להסיק בבירור על מהותה ותחומיה של העסקה וזו משמעותה של האמירה, לפיה על ההצעה להיות "מסוימת".

107. על אף שעסקינן בדין אחר לגמרי ובמקרה שונה בתכלית, מאחר והנתבעת נקבה במילה מסוימות, ובהקבלה לפרשנות בפסיקה שניתנה למילה מסוימות, בית משפט זה סבור כי העדויות, במקרה דנן מוכיחות שהייתה ברצונו של ר', מסוימות. לא נראה כי רצונו של ר' היה רצון משוער, לא נראה כי רצונו של ר' ניתן בחלל ריק, ולא נראה כי נאמר מן הפה אל החוץ. נהפוך הוא, רצונו של ר' מבטא כוונה אמיתית, שהובע לאחר מחשבה והפעלת שיקול דעת. מדובר ברצון קונקרטי, ממשי, עם שם, כמעט עם תווי פנים, כמו הוגדרו בו כל התנאים החיוניים והמהותיים.

108. בית המשפט אינו מתעלם מטענות הנתבעת לגבי אי הותרת הנחיות ברורות על אילו ערכים יגדל הילד. יחד עם זאת במקרה דנן הוכח כי מדובר במשפחה אשר "גיבשה עמדה משותפת, בה יש חיבור בין רצון הורי המנוח לעשות שימוש בזרע בנם ורצונה של האשה המיועדת להרות להביא ילד נוסף. ילד שיידע את שורשיו מתוך היכרות, כבוד והערכה" (עמוד 5 לתסקיר). אשר על כן בית

המשפט סומך על הוריו של ר', כמו שסמך עליהם ר', שדאגו וידאגו שהבן שימשיך את דרכו של ר' יגדל על פי הערכים שרצה בהם ר'.

109. הטענה כי ר' לא חתום על החלק בטופס שאיבת הזרע מה יעשה לאחר לכתו לבית עולמו אינה רלוונטית במקרה דנן, כי מבחינת בית החולים, לא מחתימים מתחת גיל 18.

110. גם לשאלת הנתבעת מדוע ר', שהיה לשיטתם של הוריו, בוגר והגיוני וידע לבקש כל דבר, תוך הסבר פרור ומפורט, לא נתן הוראות ברורות, ניתנה תשובה משכנעת על ידי אביו, כדלהלן:

"הוא לא השאיר לנו שום הוראות כי איך אפשר להשאיר הוראות בנושא הזה, תעשו עם זאת וזאת ותעשו בת או בן? הוא אמר אני רוצה. תדאגו לזה. אני מצטט אותו פשוט המילים ליד המיטה תדאגו שיהיה לי ילד משלי, זה היה המשפט שלו שאני אזכור לכל החיים. זה דברים טכניים הוא לא מי זה יהיה איפה זה יהיה מתי זה יהיה. הוא פשוט, תמיד הייתה לו גישה כזאת הוא אף פעם לא הבין אנשים שלא רוצים ילדים זה גם נושא שדיברנו עליו, הוא אומר אני לא מבין למה אנשים מתחתנים או יש כאלה הייתה לי מישהי בעבודה שסיפרתי לו שלא רוצה להביא ילדים לעולם היא רוצה לחיות והוא אומר אני לא מבין, בשביל מה לחיות? אז בשביל מה אנשים עובדים בשביל מה אנשים, אתה הולך ואתה משאיר שום דבר אז הוא אמר לכול אחד צריך להיות משהו להשאיר אחריו משהו, כל אחד. אז זה לכן אנחנו פה בשבילו. זהו בעצם כל השיח" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 38 שורות 13-2).

111. ובהמשך, הסביר האב שהם לא ידעו שצריך לעשות משהו נוסף, והסברו היה לגמרי משכנע, כדלהלן: "אמרה לצערנו אין מה לעשות. ואז הוא אמר תדאגו ש, אבל לא חשבנו. הוא לא ידע את כל הברוקרטיה, הוא חשב שיש ויש, ואנחנו יכולים להשתמש הוא לא ידע איך ומה זה לא. הוא אמר תדאגו שיהיה לי ילד משלי אחרי מותי. אמרתי לו אל תדבר ככה אתה לא תמות אנחנו נבריא. זהו. זה הייתה השיחה האחרונה בנושא הזה איזה שלוש שבועות שבועיים לפני. זהו אחר כך כבר לא דיברנו על זה יותר. כבר אמרנו ניקח אותו הביתה מהבית חולים הוא אמר אני רוצה להעביר את הימים האחרונים בבית" (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 39 שורות 11-5).

112. כעולה מהלכת פלונית שאלת רצונו של המנוח נבחנת לא רק על פי רצונו להמשכיות לאחר לכתו לבית עולמו, אלא גם האם המנוח היה רוצה בילדים לאחר מותו אך ורק מבת זוג או גם מאשה אחרת – הרצון להמשכיות ללא תנאי.

113. במקרה דנן בית המשפט שוכנע כי ר' הביע בחייו רצון להמשכיות לאחר פטירתו וללא תנאי.

### מעמד ההורים והאם המיועדת:

114. **מעמד ההורים** - טוענת הנתבעת כי להוריו של ר' אין כל מעמד כמבקשים לעשות שימוש בזרעו, אלא שהדבר לא עולה בקנה אחד עם פסקי דין רבים, שניתנו על ידי הערכאות השונות, בהן אושרו תביעות לשימוש בזרע של מנוח, שהוגשו על ידי הוריו. האמור מתחזק שבעתיים נוכח פס"ד שניתן על ידי בימ"ש משפחה ירושלים בתמ"ש 13-11-27169 פלוני נ' המנוח, ז"ל, שם הגישו הוריו של מנוח שנהרג בתאונת דרכים בעודו נשוי, בקשה להפרות בזרעו, שניטל לאחר מותו, אישה אחרת. במקרה זה היועמ"ש התנגד לבקשת ההורים ובית המשפט קיבל את בקשת ההורים, ודחה את עמדת היועמ"ש בקובעו כי שוכנע מהראיות שהיו לפניו כי אילו "יכול היה המנוח לדעת את דבר מותו הקרוב ואת אי הסכמתה של אשתו – אלמנתו להרות מזרעו, היה הוא מכבד את רצון הוריו בהמשכיות משפחתו". פסק זה הפך חלוט משלא הוגש עליו ערעור.

115. יתר על כן, במקרה דנן הוכיחו ההורים, גם האם בחקירתה (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 27 שורות 23-35 ועמוד 28 שורות 1-17), וגם האב בחקירתו (ראו: פרוטוקול דיון מיום 15.2.2024 עמוד 36 שורות 6-11) כי מהות תביעתם אינה הגשמת רצונם בנכדים, כי אם הגשמת רצונו של ר'. נהיר כי יש בכך בכדי לשכנע את בית המשפט כי ההורים, כעדים, מביאים את קולו של

ר' שביקש המשכיות ללא תנאי. עדותם של ההורים, לפיה מטרת ההליך היא לקיים את רצון בנם ר' בהמשכיות, הייתה אמינה.

116. **האם המיועדת** – הנתבעת 3 היא האם המיועדת, ילידת 1982.x.x. אם יחידנית לילד בן כ- 15 שנים, מתגוררת מספר שנים בקיבוץ xxx ועובדת כמנהלת חשבונות באזור. בתסקיר תוארה האם המיועדת כ"אשה נבונה, בעלת כוחות, מבינה היטב מורכבות של מצבים חברתיים ומשפחתיים. היא אשה פתוחה, אחראית בהתנהלותה וכן בהתנהלות הכלכלית. עושה ככל הנדרש לצורך קיום משפחה יחידנית ולוקחת החלטות על חייה ועל חיי בנה".

117. עורכות התסקיר ציינו לגבי האם המיועדת כך:

להערכתנו המקצועית יכולתיה האישיות של גבי [REDACTED] מאפשרות לה להבין את מורכבות הבקשה, ביצועה והנגזרות העתידיות שלה. מערכת היחסים של עם משפחת [REDACTED] מאופיינת באימון הדדי, כבוד וקבלה. שני הצדדים כואבים את לכתו הטראגי של ר' [REDACTED]. הם בחרו להתמודד עם המשכיות שלו בתקווה, כבוד הדדי ומתן מקום האחד לאחר.

בשיח של גבי [REDACTED] עם משפחת [REDACTED] ברור לכולם, באופן חד משמעי, כי במידה ויילוד לגבי [REDACTED] תינרק מזרעו של ר' [REDACTED] זייל הרי שהיא תשמש כאמו הבלעדית. היא תקבל אחריות מלאה על חייו, חינוכו, קבלת ההחלטות בכל עניין הקשור אליו. הוא יתגורר איתה ועם בנה בכל מקום שהיא תקבע עבורו והיא תתווך לו את סיפור חייו ואת דמות אביו הביולוגי.

118. הנתבעת כאמור לא חלקה על התסקיר, לא ביקשה את חקירת עורכות התסקיר, ובחירה, וכנראה לא במקרה, שלא להתייחס להמלצות התסקיר, שלא לומר התעלמה מהימצאותו בתיק בסיכומיה.

119. מאידך, הפנתה הנתבעת בסיכומיה להמלצות ועדת מור יוסף בקשר לשימוש בזרעו של מנוח שלא הותיר אחריו בת זוג, אלא שאף המלצות ועדה זו לא שוללות בצורה קטגורית שימוש בזרעו של מנוח שלא הותיר אחריו בת זוג אלא קובעות כי "התבססות על רצון משוער יכולה להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא מובהקת, שוות ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת" – עמוד 44 לדוח.

120. הנתבעת הוסיפה בסיכומיה לגבי האם המיועדת וציטטה מעדותה "התובעת 3 ציינה בהגינותה שהמנוח לא היה רוצה ילדים איתה" (סעיף 42 לסיכומים), על מנת לתמוך בטענה כי לא נכון לאפשר את השימוש בזרעו של ר' באמצעות הפרייתו.

121. בית המשפט אינו מתעלם מעדותה של התובעת 3 אולם מששוכנע בית המשפט כי ר' הותיר את הבחירה של האם המיועדת להוריו, אין בדברי התובעת 3 כדי לפגוע בזהותה על מנת לקיים את רצונו של ר'. יוזכר כי גם על פי התסקיר וגם על פי העדויות ר' סמך על הוריו, התקיימה ביניהם מערכת יחסים חמה, תומכת וקרובה, שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בשיחות ובפתיחות מיוחדת.

122. במקרה דנן לא יהיה מופרך לומר כי הותרת הבחירה להורים את זהות האם המיועדת, כמוה כבחירת אם מיועדת על ידי ר' עצמו. בחירת האם המיועדת על ידי הוריו של ר' היא מימוש רצונו ועל כן אל לו לבית המשפט להתערב בבחירה זו.

123. בית המשפט מאמין כי הוריו של ר' שקלו בטרם בחירתם את האם שקול היטב ומצאו אותה מתאימה, וכך יעשו גם במקרה ויאלצו להפרות בזרעו של ר', אישה אחרת.

124. **לסיום**, כפי שעולה מהעדויות, כל מקורבי המנוח תמימי דעים הן לגבי רצון המנוח והן לגבי רצונם לסייע במימוש רצונו זה. אין מתנגדים, אלא מדינת ישראל. התומכים הינם האנשים הקרובים ביותר למנוח, אלא שיכאבו את תוצאות פסק הדין. בבחירה שבין להיעתר לבקשת התובעים לעשות שימוש בזרע של בנם, תוך לקיחת סיכון לפיו קיים ספק אם הביע רצון מפורש מצידו (אם נניח שהעדויות לא תיארו במדויק את רצונו של ר'), לבין לדחות את הבקשה, קרי לקחת סיכון שההכרעה

אינה מכבדת את רצונו של ר' להותיר אחריו בן ממשיך, עדיפה האופציה הראשונה. לענין זה אפנה לסעיף 16 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה כדלהלן:

"גם במקרה של טעות בהערכת רצונו של המת, לא נכפית למעשה הורות על המת, שכן אחרי ככלות הכל, המת אינו ההורה של הצאצא שיוולד, במובן המקובל והפעיל של המומחה "הורה". המת לא "יאלץ" למלא את החובות המוטלות, דרך כלל, על הורה אל מול ילדו. מאידך תהיה למנוח המשכיות על ידי העמדת צאצא".

125. כבוד השופט מלצר בהלכת פלונית (בדעת מיעוט) כותב כי הזכות של אדם עומדת לו גם לאחר מותו וזאת לאור העובדה שזכות האדם לכבוד משמעה גם זכותו של המת לכבוד, כך: "מקום בו הנפטר הביע את רצונו במימוש זכות מסוימת בעודו בחיים, או שיש לייחס לו רצון כזה בעודו בחייו – הרי שמוטלת על בית המשפט החובה לפעול להגנה על זכותו זו גם לאחר מותו".

126. אינני יכולה לסיים את פסק הדין מבלי לומר, בהתייחס לדברי כבוד השופט מלצר, כמובא מעלה, שבמקביל לחובה של בית המשפט לפעול להגנת זכותו של ר' להמשכיות לאחר לכתו לבית עולמו, נפלה לידי הזכות לאפשר להוריו לממש את רצונו להמשכיות.

127. רגע לפני סיום בית המשפט פונה למחוקק בקריאה להסדיר סוגיה כל כך מהותית, חשובה ומורכבת כמו זו, באופן שיהיה ברור וחד משמעי, ומוטב שעה אחת קודם.

128. לאור כל המפורט לעיל הנני מאשרת לתובעים 1-2, לעשות שימוש בזרעו של ר', לשם הפריית התובעת 3 באמצעות שימוש ב- 2 מנות זרע (מתוך 5 מנות), ואם חלילה ההפריה תיכשל, לעשות שימוש ב- 3 המנות הנותרות לשם הפריית אישה אחרת, על פי בחירתם.

129. המזכירות תסגור את התיק.

130. מותר לפרסום ללא פרטים מזהים.

ניתן היום, כ"ג טבת תשפ"ה, 23 ינואר 2025, בהעדר הצדדים.

שירלי שי, שופטת

הורד קובץ

---

בעלי דין המבקשים הסרת המסמך מהמאגר באמצעות פניית הסרה בעמוד [יצירת הקשר](#) באתר. על הבקשה לכלול את שם הצדדים להליך, מספרו וקישור למסמך. כמו כן, יציין בעל הדין בבקשתו את סיבת ההסרה. יובהר כי פסקי הדין וההחלטות באתר פסק דין מפורסמים כדין ובאישור הנהלת בתי המשפט. בעלי דין אמנם רשאים לבקש את הסרת המסמך, אולם במצב בו אין צו האוסר את הפרסום, ההחלטה להסירו נתונה לשיקול דעת המערכת

באתר זה הושקעו מאמצים רבים להעביר בדרך המהירה הנאה והטובה ביותר חומר ומידע חיוני. עם זאת, על המשתמשים והגולשים לעיין במקור עצמו ולא להסתפק בחומר המופיע באתר המהווה מראה דרך וכיוון ואינו מתיימר להחליף את המקור כמו גם שאינו בא במקום יעוץ מקצועי.

האתר מייעץ לכל משתמש לקבל לפני כל פעולה או החלטה יעוץ משפטי מבעל מקצוע. האתר אינו אחראי לדיוק ולנכונות החומר המופיע באתר. החומר המקורי נחשף בתהליך ההמרה לעיוותים מסויימים ועד להעלתו לאתר עלולים ליפול אי דיוקים ולכן אין האתר אחראי לשום פעולה שתעשה לאחר השימוש בו. האתר אינו אחראי לשום פרסום או לאמיתות פרטים של כל אדם, תאגיד או גוף המופיע באתר.