

האם ניתן וראוי להשתמש בזרעו של אדם לאחר מותו?

תלוי את מי שואלים. בית המשפט העליון סבור שלא, הצעת חוק בכנסת סבורה שכן. הוויכוח ביניהם אינו חדש, אזכורים שלו אפשר למצוא כבר בתנ"ך

אבישלום וסטרייך 23.10.2018 13:57

בחברה הישראלית מתעורר לפרקים הדיון בשאלה האם ניתן וראוי להשתמש בזרעו של אדם לאחר מותו לפריון והולדה. לעיתים, המנוח הביע את רצונו בכך לפני מותו (למשל, כשעמד בפני טיפולים הפוגעים ביכולת ההולדה). במקרים אלה ישנה לגיטימציה חברתית והסכמה משפטית לתהליך. לעומתם, במקרים שלא ניתן לקבל את הסכמת העומד למות, מתעוררת שאלה מוסרית-משפטית-חברתית אמיתית כיצד יש להתייחס לבקשתה של משפחה להשתמש בזרעו של אדם שמת להפריית אישה ולהולדת ילדים?

לפני כשנה וחצי, קבע בית המשפט העליון קו גבול, לפיו הפריה לאחר המוות תאושר רק בהסכמת בת הזוג ובהשתתפותה. ההנמקה העיקרית לכך היא תפיסת בת הזוג כמי שיכולה לשקף נאמנה את רצונותיו ומאוויו של בן זוגה לפני שמת. מאחורי הדברים יש גם ראיית היחידה המשפחתית הזוגית כיחידה שלמה ומובחנת מחלקי המשפחה האחרים – ומשכך, החלטות על פריון והולדה יכולות להתקבל על ידי בני הזוג, ועל ידם בלבד, וכשהאחד איננו, השני ימלא את מקומו. בני משפחה אחרים אינם רשאים אפוא ליזום את התהליך ולהשתתף בו בלי בת הזוג (למשל: להסתייע בפונדקאית ולשמש כהוריו מגדליו של הילד).

שני מקרים טרגיים של חיילים שנהרגו בפעילות מבצעית עמדו להכרעתם של בתי המשפט. הוריהם של עמרי שחר ושקד מאירי ז"ל ביקשו להפרות אישה מזרעם לאחר מותם, אולם החלטת בית המשפט שהוזכרה כאן בענייניו של מאירי והחלטת בית המשפט המחוזי בענייניו של שחר בעקבותיה סגרו את הגולל המשפטי (לעת עתה) על הבקשה.

אך הפרשה לא נחתמה. בשנת 2017, חברי כנסת ממגוון סיעות, מימין ומשמאל, הגישו הצעת חוק המאפשרת הפריה לאחר המוות לחיילים שנספו בשירותם הצבאי ביוזמת המשפחה, גם בלי הסכמת בת הזוג. ההצעה הונחה על שלחן הכנסת לדיון מוקדם וטרם קודמה, אך אפשר להניח שהנושא ישוב ויתעורר בעתיד.

מעניין לראות כיצד הצעת החוק משתמשת בהנמקה שונה מזו העומדת בבסיס החלטת בית המשפט העליון. בית המשפט התמקד בזכותו ורצונותיו של הנפטר. הצעת החוק אומנם מכירה בכך, אך נותנת משקל רב גם למשפחה, לרגשותיה ולזכויותיה, כלשונם של דברי ההסבר להצעה: "מדינת ישראל, המוקירה את חייליה, חבה להם את האפשרויות להמשכיות, אף במותם... זהו החוב המוסרי, הרגשי והערכי בה היא חבה למשפחות השכולות ששלחו את בניהם לצבא הגנה לישראל והם לא שבו לביתם בחיים".

המתח בשאלת הזכות להפריה לאחר המוות במקרים אלה הוא אפוא מתח בין שני רציונלים שונים. האחד מתמקד בנפטר. בבסיסו זכות אינדיבידואליסטית לפריון ולהמשכיות, כשבת הזוג נחשבת למי שיכולה לשקף בצורה הטובה ביותר את רצונותיו של הנפטר. השני מתמקד במשפחה. ביסודו תפיסה חברתית "פמיליסטית" (מהמונח: familism) הרואה את הפרט כמי שמשתתף למכלול משפחתי ומעניקה קדימות לאינטרס המשפחתי גם על פני האינטרס של הפרט. בהקשר הישראלי, המשפחתיות

מתרחבת לעתים לחברה כולה – החברה הישראלית נתפסת כ"משפחה מורחבת", וכך מוצדקת התמיכה וההזדהות, כמו גם תחושת השותפות, עם בקשת בני המשפחה להשתמש בזרעו של בנם לפיריון ולידה.

באופן מרתק, למתח הנזכר יש שורשים ב"אב הקדמון" התרבותי של הפרקטיקה המודרנית: מצוות ייבום. לפי הדין המקראי, כשאדם נפטר ללא ילדים, אשתו חייבת בייבום: עליה להינשא לאחיו (או להתיר את הקשר באמצעות חליצה). התורה מנמקת את תכלית הייבום כך: "וְהָיָה הַבְּכוֹר אֲשֶׁר תֵּלֵד יִקְוֶה עַל שֵׁם אָחִיו הַיָּתֵם וְלֹא יִמָּחָה שְׁמוֹ מִיִּשְׂרָאֵל" (דברים כ"ה, ו'). מה פירוש המילים "יקום על שם אחיו המת"? בשלושה רבדים פרשניים – בטקסט המקראי, בספרות חז"ל ובפרשנות הימי-ביניימית – מתקיים מתח בין שתי אפשרויות פרשניות: האחת מתמקדת בנפטר ואילו השניה במשפחה.

"שם" מתפרש בפרשנות מילולית מקומית כקריאה בשם הנפטר לילד הנולד, קריאה שתכליתיה המשכיות אישית של הנפטר. אולם פרשנות קונטקסטואלית מצביעה על "שם" במובן של ירושה, כמו למשל בפרשיית בנות צלפחד: "לָמָּה יִגָּרַע שֵׁם אָבִינוּ מִתּוֹךְ מִשְׁפַּחְתּוֹ כִּי אֵין לוֹ בֵּן תִּנָּה לָנוּ אַחֲזָה בְּתוֹךְ אָחִי אָבִינוּ" (במדבר כ"ז, ד').

גם חז"ל עמדו על שתי האפשרויות הפרשניות ("יוסף קורין אותו יוסף, יוחנן קורין אותו יוחנן" אל מול "יקום על שם אחיו – לנחלה"; תלמוד בבלי, יבמות כ"ד ע"א). חז"ל אף העצימו פרשנות זו בכך שהעניקו את זכות הירושה לאח המייבם, אולי מתוך הבנה שמדובר באינטרס משפחתי רחב, שהמייבם הוא שמשמר אותו. לבסוף, פרשני מקרא ימי ביניים הציעו אף הם את שתי האפשרויות. המעניין בהם הוא ר' יוסף קרא (צרפת, מאות 11–12), המעיד בפירושו כי שתי האפשרויות נהגו הלכה למעשה: "נהגו בני ישראל שבמגנצא ושבגרמשא חס ושלום כשאר דבר זה בימיהם, הם מצוים לקיים אחר נתינת שם ממש, וגם לנחלה לקיים דברי סופרים".

קשה להתעלם מההקבלה בין הוויכוח המודרני לדיון הפרשני-הלכתי הקדום. הדיון בפרשת הייבום מעמיד זו מול זו שתי אפשרויות: האחת מתמקדת בנפטר ומבקשת המשכיות אישית עבורו. המשכיות זו לא יכולה היתה להיות ביולוגית או גנטית בעבר, ולפיכך מתמצת ב"קריאת שם". השניה מתמקדת בירושת הנפטר ובנחלתו. זכויות אלו, ובמיוחד נחלת הקרקע, מעניקות לאדם את מקומו כחלק ממשפחתו, ולאחר מותו יש לדאוג לשימורן (ולא בכדי, כאמור, העבירה הפרשנות התלמודית את זכות הירושה לאח המייבם).

קשה לדעת עד כמה ההקבלה בין הדיון בהווה וזכרונו מן העבר נעשית בצורה מודעת (משתתפים אחדים בדיון המודרני מפנים מפורשות למקורותיהם הקדומים), ועד כמה ההשפעה של הראשונים על האחרונים ישירה וממשית. ברם, ברי כי מקורות אלו, המקורות התרבותיים של השיח הציבורי במדינת ישראל, משמשים לכל הפחות מקור השראה לשיח זה. אלא שההשראה היא לשני צדדי הוויכוח וההכרעה ביניהם כנראה לעולם לא תושג.

ד"ר אבישלום וסטרייך הוא מרצה בכיר למשפט עברי ולדיני משפחה במרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת גן, ועמית מחקר במכון שלום הרטמן, ירושלים