



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

לפני כב' השופט שאול שוחט, סגן נשיא, אב"ד
כב' השופטת עינת רביד
כב' השופט נפתלי שילה

מעוררים 1. ר' ש'
2. ק' ר'
3. י' ר'
ע"י ב"כ עו"ד איריס שיינפלד; גל הופמן ודורית ארבל

נגד

משיבים 1. בית חולים אסף הרופא פוריות הגבר ובנק הזרע
2. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י ב"כ עו"ד אורלי לוי מנצור

פסק דין

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16

השופט שאול שוחט, אב"ד, סגן נשיא

1. ביום 6.2.2018 נהרג בנם של המערערים 2-3, והוא בן 36 שנים בלבד (להלן: "המנוח");
"ההורים", בהתאמה).

לבקשת ההורים ובאישור בית המשפט נשאב זרעו של המנוח ומנות הזרע הופקדו למשמרת
אצל המשיב 1 (להלן: "בית החולים"). כשלושה חודשים לאחר מכן, הוגשה לבית המשפט
לענייני משפחה במחוז תל אביב (להלן: "בית משפט קמא") תובענה בה ביקשו, ההורים
והמעוררת 1, להתיר את הפרייטה של האחרונה, בזרעו של המנוח (להלן: "האם המיועדת").

למנוח לא היתה בת זוג במותו.

2. המשיב 2 (להלן: "המדינה") התנגדה לבקשה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

- 1 בתסקיר שהונח לפני בית משפט קמא נקבע, כי אין מניעה לאשר לאם המיועדת להרות מזרעו
2 של המנוח.
3
- 4 .4 בית משפט קמא דחה את התביעה בהסתמך על ההלכה שנפסקה בבע"מ 7141/15 פלונית נ'
5 פלוני ואח' ; 22.12.19 (להלן: "בע"מ 7141/15") תוך דחיית טענת ההורים בדבר אי תחולתה
6 של הלכה זו על עובדות המקרה שלפניו – שימוש בזרעו של נפטר שהלך לעולמו בלא להותיר
7 אחריו בת זוג. לגישתו, ההלכה שנקבעה בבע"מ 7141/15, שם הותיר המנוח בת זוג אחריו
8 (שסירבה להפרות בזרעו אישה אחרת) "קובעת את הדין גם לגבי מקרים בהם לא היתה
9 לנפטר בת זוג". לדבריו, החזקה שנקבעה בהלכה האמורה, בדבר רצונו של הנפטר שהותיר
10 אחריו בת זוג, כי בת זוגו תהרה מזרעו לאחר מותו, והיא בלבד, שוללת את האפשרות לקיומה
11 של חזקה כללית, לה מתכוונים ההורים, לפיה "חזקה על כל אדם שהוא מעוניין בילדים, גם
12 לאחר מותו, אלא אם הוכח אחרת ואילו כאשר הותיר אחריו בת זוג, החזקה מצומצמת לרצון
13 לילדים ממנה בלבד", אף דחה את טענת ההורים, כי יש להם מעמד להוכיח את רצון בנם
14 המנוח "ואף לכתוב את זהות האם". משכך, באין הוראה ברורה של המנוח בדבר שימוש
15 בזרעו לאחר פטירתו על ההורים להוכיח, פוזיטיבית, כי הוא רצה שאישה שיבחרו הוריו
16 תהרה מזרעו, לאחר פטירתו, ובתוך כך עליהם להוכיח עובדתית רצון קונקרטי של המנוח
17 בשלוש סוגיות :
18 "האחת, רצון להביא ילדים לעולם. השניה, רצון להביא ילדים לאחר מותו (קרי, ילדים שלא
19 יכיר ולא יגדל). שלישית, רצון לממש הבאת ילדים האמורה עם אישה, שלא היתה בת זוגו
20 ולא נבחרה על ידו". משלא עלה בידי המערערים להוכיח את הרצון האמור בראיות "בעלות
21 משקל ראייתי משמעותי, כאלה שיש בכוחן לבסס מסקנה שהיא בבחינה קרוב לודאי" דחה
22 את התביעה.
23
24 מכאן הערעור.
25
- 26 .5 בפתח ישיבת הערעור חזרו בהם המערערים מטענותיהם בדבר התנהלותו הדיונית של בית
27 משפט קמא. לא ארחיב את הדיבור בנושא זה ודי אם אפנה לעמ' 1-2 לפרו' הדין מיום
28 20.11.19
29



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

1 לגופם של דברים טענו המערערים, כי שגה בית משפט קמא בחלוקת הסוגיה לשלוש שאלות
2 ובניתוח המענה שנתן להן; השאלה היחידה שיש לענות עליה היא אחת, האם המנוח רצה
3 בהמשכיות לאחר מותו; ההלכה שנפסקה בבע"מ 7141/15 חלה רק בנסיבות בהן נפטר אדם
4 שהותיר אחריו בת זוג ואין להקיש ממנה לעניינם מאחר שהמנוח נפטר רווק וללא בת זוג
5 קבועה; בנסיבות בהן נפטר אדם רווק וללא בת זוג קבועה יש להוריו את המעמד לבקש בשמו
6 ובעבורו את השימוש בזרעו. גם במקרה של טעות בקביעת רצונו של הנפטר, לא נכפית
7 ההורות, על כל חובותיה ומחויבותיה, על המת מחד גיסא, בעוד שבדחיית הבקשה יש כדי
8 לפגוע בזכויות הבסיסיות שלו לכבוד ולקיום רצונו (ככל שזה אכן היה רצונו ש' ש') מאידך
9 גיסא. עוד טענו המערערים, כי העמדת דרישה קטגורית לקיומה של בת זוג, גם כשאין כזו,
10 לשם שימוש בזרע מן המת, מהווה אפליה בין שמצוי בזוגיות עובר למותו לבין מי שלא, כך
11 גם העמדה שהציג קמא לפיה בת הזוג, היא ורק היא, יכולה להעיד על רצונו של הנפטר. עוד
12 הפנו לעמדת המשפט העברי שגורס, לשיטתם, כי הנחת היסוד בדבר רצונו של האדם הסביר
13 היא להותיר אחריו דור המשך, בין באמצעות בת זוגו מחיים ובין באמצעים אחרים.
14
15 המדינה תמכה בתוצאה המשפטית של פסק הדין והפנתה לבע"מ 7141/15 ולפסקי הדין שבאו
16 אחריו, בע"מ 1943/17 שחר נ' מדינת ישראל; 15.8.17 ובע"מ 6046/18 היועמ"ש נ' פלונית;
17 2.9.19. לטענתה, על המבקש לעשות שימוש בזרעו של נפטר להוכיח שניים: ראשית, כי רצונו
18 של הנפטר היה להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו. שנית, כי רצון זה נכון ביחס להפריית מי
19 שאיננה בת זוגו במועד פטירתו והמערערים לא עמדו בנטל להוכחת רצון כזה, בהקשר למנוח.
20 אשר למעמד ההורים – ככלל אין לגורמים אחרים פרט לבת הזוג של נפטר זכות לפעול להבאת
21 ילדים מזרעו לאחר מותו. להורים ולעמדתם אין מעמד בהקשר זה ואין להניח כי עמדתם
22 משקפת את רצון הנפטר. כוחם בהצגת עמדתו ואין להם מעמד כשל בת הזוג.
23
24
25

דיון והכרעה

26 .7. התשתית העובדתית בגדרה נפסקה ההלכה בבע"מ 7141/15 היתה כדלקמן: לנפטר היתה בת
27 זוג במותו, לה נישא שלושה חודשים טרם לכתו. המנוח לא הותיר אחריו, הוראה או הסכמה
28 מדעת, בחייו, לשימוש בזרעו לאחר מותו. הורי הנפטר ביקשו לעשות שימוש בזרעו להפריית
29 אישה אחרת שאינה בת זוגו. בת הזוג, שלא רצתה לעשות שימוש בזרעו של הנפטר, אף הקימה
30 משפחה חדשה לאחר מותו, התנגדה לבקשת ההורים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

- 1
- 2 על בסיס תשתית עובדתית זו נפסק ברוב דעות, כי "מקום שבו נפטר אדם שהיתה לו בת זוג
- 3 קבועה מבלי שנתן ביטוי מפורש (בכתב או בדרך אחרת) לרצונו או להסכמתו לעניין נטילת
- 4 זרע מגופו ושימוש בו לאחר מותו, קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיומו של 'רצון משוער' של
- 5 הנפטר להביא ילדים לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו. לכן, ככלל, תהא בת הזוג ולא איש
- 6 מלבדה – לרבות הורי הנפטר – רשאית לעשות שימוש בזרעו לצורך הפרייתה היא".
- 7
- 8 במקרה שלפנינו לא הותיר אחריו המנוח בת זוג במותו. הוא הלך לבית עולמו כשהוא רווק. .8
- 9 בכך שונה התשתית העובדתית שלפנינו מזו שהיתה בבע"מ 7141/15.
- 10 האם יש בכך כדי להקנות מעמד עצמאי להורים, מעמד מכוח עצמם, לתבוע הולדה של ילדים
- 11 לבנם, לתבוע הולדת נכדים? דומה ששאלה זו טרם הוכרעה, אף לא בבע"מ 7141/15.
- 12
- 13 ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם הקטנים (ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית .9
- 14 והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, להלן: "חוק הכשרות"). כל עוד ההורים ובני זוגם חיים
- 15 וכשירים אין, ככלל, מעמד להורי ההורים. מת אחד ההורים תהא האפוטרופסות על הקטין
- 16 להורה השני וככל שבית משפט מוצא כי יש למנות אפוטרופוס נוסף, החוק אינו מקנה זכות
- 17 קדימה' למי מהורי ההורים להתמנות כאפוטרופוס (ס' 28 לחוק הכשרות). כך גם מקום
- 18 שהוגבלה אפוטרופסותו של אחד ההורים (ס' 29 לחוק הכשרות). מת הורה של קטין, נתונה
- 19 בידי הוריו האפשרות לפנות לבימ"ש למשפחה, ולבקש להיות עם הקטין בקשר וגם זאת
- 20 בכפוף לטובתו (סעיף 28א' לחוק הכשרות). האפשרות להורי ההורים לפנות ולבקש להיות
- 21 בקשר עם ילדי ילדיהם נתונה בידם גם כשההורים בחיים. הם יכולים לפנות לבית המשפט
- 22 לענייני משפחה בבקשה ליישוב סכסוך (ס' 28ב' לחוק הכשרות ותקנה 258(א) לתקנות סדר
- 23 הדין האזרחי, התשמ"ד-1984).
- 24
- 25 מכאן, סבורה השופטת חיות (כתוארה אז) "מדובר בזכות לקיום קשר עם נכדים שכבר
- 26 נולדו... ואין מדובר בזכות לסבות אשר משמעותה הכרה בזכותם של הורי ההורים לתבוע
- 27 את הולדת הנכדים". ברם, כך הנשיאה, "היעדר מעמד להורים על פי העקרונות שפורטו
- 28 לעיל מתייחס בעיקרו למצב דברים שבו היתה לנפטר בת זוג ואין להוציא מכלל אפשרות, כי
- 29 בכל הנוגע לזכותם של הורי הנפטר לסבות מקום שבו לא היתה לנפטר בת זוג בעת מותו
- 30 והוא לא הותיר אחריו צאצאים, יש מקום להרהר בפיתוח זכות זו אשר בשנים האחרונות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

1 זוכה להכרה מסוימת כזכות ראויה, אם כי לא בהקשר האמור". על רקע דברים אלה הותירה
2 הש' חיות את השאלה האם יש לאפשר להורים נטילת זרעו של נפטר ושימוש בו לאחר מות
3 מנוח מקום שבו לא היתה לו בת זוג בחייו והוא לא הותיר אחריו צאצאים ואף לא הנחיות
4 מפורשות בעניין זה בצריך עיון ומציעה "שלא לטעת מראש מסמרות קשיחים מדי בכל הנוגע
5 אליה... כך גם בכל הנוגע למקרים חריגים אפשריים נוספים העשויים להתעורר בסוגיה
6 רגישה ומורכבת זו של נטילת זרעו של נפטר והשימוש בו". לגישתה, ראוי שהמקרים
7 החריגים שיתעוררו ייבחנו על פי הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, אף ראוי שלצד
8 המודל הנורמטיבי (ששולל יש לומר ש' ש') שאומץ במקרה שהונח לפניו, יש ליצור מודל
9 מתאים שיאפשר את בחינתם של המקרים החריגים הללו (עמ' 36 לפסק הדין).
10
11 גם השופט יורם דנציגר, אשר סבר, על פי המודל שהציע, מודל הרצון המשוער החלקי, שדורש
12 "הצדקה נוספת" לבחינת הרצון המשוער של הנפטר, כי אין לראות בזכות של הורי הנפטר
13 לסבות (להבדיל מזכות בת הזוג הקבועה להורות) משום הצדקה כאמור, מותר פתח להכרה
14 בזכות לסבות "מקום בו לא הותיר אחריו הנפטר בת זוג קבועה" (ס' 31 לפסק הדין) ותוהה
15 "שמה יהיו מקרים קונקרטיים בעתיד אשר יובילו את שיטת המשפט בישראל להכיר בזכות
16 לסבות כשיקול נוסף שיש בו כדי להטות את הכף לטובת השימוש בזרעו של הנפטר ולהצדיק
17 את ההתחקות אחר רצונו המשוער" (שם).
18
19 שני שופטי ההרכב הנוספים, השופטים יצחק עמית ומני מזוז, לא נדרשו, באופן ישיר, לשאלת
20 מותם של ההורים לסבות, כזכות עצמאית לזכות בנכדים מזרעו של בנם המנוח.
21 השופט עמית נקט גישה זהירה בהקשר זה באומרו כי הענקת מעמד גם להורי הנפטר, "שמה
22 גם לאחיו ולילדיו", מהווה הרחבת יתר המעוררת דילמות קשות עוד יותר (עמו' 73 לפסק
23 הדין) והבהיר, כי הכמיהה של הורים לחבוק נכדים, שהיא כמעט בגדר "משפט הטבע"
24 נחלשת (בהיבט המשפטי יש לומר ש' ש') ומאבדת מכוחה עם מותו של הבן. השופט מזוז, כלל
25 לא נדרש לשאלה אך נראה, כי עמדתו הנחרצת לפיה "כל הרחבה מעבר להיות לבת הזוג יש
26 בה... משום חריגה מגבולות הדין המצוי והיא עניין למחוקק לענות בו" מכוונת לשלילת
27 מעמדם של ההורים, כבעלי אינטרס עצמאי – העומד בפני עצמו – לקבל את מבוקשם, מה גם
28 שהוא סבור שגם האינטרס העצמאי של בת הזוג להרות מזרעו של בן זוגה, לאחר מותו, אין
29 בו, כשלעצמו, כדי לבסס שימוש בזרעו מקום שקיימת אינדיקציה לכך שהשימוש בזרעו לאחר
30 המוות על ידי בת הזוג אינו תואם את רצונו של הנפטר (עמ' 108 לפסק הדין).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

1 השופט מלצר, שנותר בדעת מיעוט בכל הנוגע לתוצאת פסק הדין (ראו סי' 32 לפסק דינו),
2 מכוון בדבריו ליזכות להמשכיות' המגלמת בתוכה את הרצון של אדם להיבנות ובדרך זו
3 להבטיח המשכיות לעצמו לאחר מותו, לא פחות מאשר הסיפוק המקווה מגידול ילדים בחייו.
4 זכות זו, לדידו, נגזרת מהזכות לכבוד, כפי שהזכות להורות ולחיי משפחה נגזרות מזכות זו,
5 כך שיש להכיר גם בזכותם של סבים וסבתות כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם, כנגד
6 המדינה להכרה במעמדם (מפנה ומצטט מתוך ספרו של נשיא ביהמ"ש העליון, הש' אהרון
7 ברק בספרו "כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה", כרך ב' עמ' 676 הי"ש 293, אף ל- right
8 to procreate – הזכות ליצור – שהוכרה ע"י ביהמ"ש העליון האמריקני עוד בשנות ה-50 של
9 המאה הקודמת, שמקורה בזכות החוקתית לחירות, עמוד 45 לפסק הדין).
10
11 בשני פסקי דין מאוחרים יותר לבע"מ 7141/15, נדרש בית המשפט העליון למצב דברים בו
12 היתה למנוח בת זוג במותו שלא רצתה לעשות שימוש בזרעו אך גם לא התנגדה לעשות שימוש
13 בו להולדת ילד. בבע"מ 1943/17 שחר ואח' נ' מדינת ישראל; 15.8.17 אף תמכה בת הזוג
14 בבקשת ההורים להבאת ילד לעולם באמצעות אם פונדקאית ובבע"מ 6046/18 היועץ
15 המשפטי לממשלה נ' פלונית ואח'; 29.9.19 בת הזוג לא התנגדה לשימוש בזרע לצורך
16 הפריית אישה אחרת, חברת ילדות של אחות המנוח.
17
18 בשני המקרים הללו, על אף עמדתה החיובית של בת הזוג לעשיית שימוש בזרעו של המנוח,
19 שלא באמצעותה, לא ראה בית המשפט העליון מקום להכיר בהורי המנוח, בסבים, כבעלי
20 מעמד עצמאי לעתור לשימוש המבוקש אף ציין את העובדה כי התביעות, בשני המקרים,
21 לשימוש בזרע, לא הוגשו ע"י בת הזוג אלא על ידי ההורים כנימוק (גם אם לא בלעדית) לדחייתן.
22 כך בבע"מ 1943/17: "... בהלכת פלונית (7141/15 ש' ש') נקבע במפורש כי ככלל תהא בת
23 הזוג ולא איש מלבדה – לרבות הורי הנפטר – רשאים לעשות שימוש בזרע לצורך הפריית
24 היא. כפי שהדגיש בית משפט קמא, התביעה מושא בקשה זו, לעשיית שימוש בזרע המנוח,
25 הוגשה על ידי הורי המנוח ולא על ידי בת זוגו, וממילא ההפריה המבוקשת היא של אם
26 פונדקאית ולא בת זוגו של המנוח. מדובר אפוא בענייננו בעתירה לסטייה משניים מתנאי
27 היסוד שנקבעו בהלכת פלונית לשם מתן הרשאה לעשות שימוש בזרע של נפטר". וכך
28 בבע"מ 6046/18 "ההלכה מורה כי בהעדר ביטוי מפורש מצד המנוח, ובהינתן שהיתה לו בת
29 זוג קבועה עובר למותו, ככלל, היא ורק היא תהא רשאית לעשות שימוש בזרעו. בענייננו,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

- 1 אין מחלוקת שבת זוגו של המנוח לא מתנגדת לשימוש בזרעו, אך לא היא זו שהגישה בקשה
2 לשימוש כאמור. אף נוסף, וטבעי הדבר, כי עם השנים היא הקימה משפחה משלה".
3
- 4 ההבדל בין שני המקרים, מושא פסקי הדין המאוחרים לבע"מ 7141/15 הוא שבבע"מ
5 1943/17 ההפריה אמורה היתה להתבצע באם פונדקאית כך שהילד שיוולד יגדל בנסיבות בהן
6 אף לא אחד מהוריו הגנטיים מגדל אותו. בבע"מ 6046/18 ההפריה אמורה היתה להיות באם
7 המיועדת שהיתה מגדלת את הילד כאם גנטית. כך או כך, בשני המקרים, נתן בית המשפט
8 העליון עדיפות לבת הזוג על פני ההורים, וראה בעובדה כי לא היא שהגישה את התביעה
9 לעשיית שימוש בזרעו של הנפטר, משום חיזוק לדחייתה. עם זאת, אינני סבור, שאם התביעה
10 לשימוש בזרעו של הנפטר, בבע"מ 6046/18, להפריית אישה אחרת, היתה מוגשת על ידי בת
11 הזוג היה בכך כדי לאשר את השימוש בזרע להפרייתה של האחרת שכן ההלכה בבע"מ
12 7141/15 מכירה במעמדה של בת הזוג להורותה היא קרי להפרייתה שלה ולא של אישה
13 אחרת.
14
- 15 הזכות לסבות, אפוא, כזכות עצמאית, כשלעצמה מכוחה יכולים הורי ההורים לעתור לשימוש
16 'הזכות להמשכיות' טרם הוכרה במשפט הישראלי. עם זאת, דומה שהמקרה שלפנינו בו
17 הנפטר הלך לעולמו בלא שהותיר אחריו בת זוג קבועה, יכול להוות בסיס לפיתוחה של הזכות
18 לסבות, בהקשר שלפנינו. דא עקא, שטענות המערערים בערעור לא נסובו סביב הזכות
19 האמורה, אלא סביב קביעתו של בימ"ש קמא, כי הטענה לפיה יש להורים מעמד להוכיח את
20 רצון בנם ואף לבחור את זהות האם מנוגדת להלכה הפסוקה (ס' 70 לעיקרי הטיעון). לטענתם,
21 אין בהלכה שנפסקה בבע"מ 7141/15 כדי לשלול את מעמדם של ההורים ואת ההכרח לבירור
22 מעמיק והתחקות אחר רצון המנוח, כאשר לא היתה לו בת זוג (ס' 67 לעיקרי הטיעון).
23
- 24 בהיבט הזה של הטענה סבורני, כי הצדק עם המערערים.
25
- 26 להבדיל מאי ההכרה בזכות לסבות כזכות עצמאית, הכיר בית המשפט העליון בבע"מ 7141/15
27 במעמדם "הראייתי" של ההורים להוכחת רצונו המשוער של הנפטר. כך השופטת חיות
28 בפסקה 24 (השאלה) ובפסקה 31 בה מכירה היא במעמדם ככזה, אף כשקיימת בת זוג, מקום
29 שהם מבקשים להתנגד לבקשתה לעשות שימוש בזרעו של הנפטר או כאשר הם מבקשים
30 להוכיח כי רצונו המשוער של המנוח להעמיד צאצאים לאחר מותו לא התמצה רק בהבאת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

- 1 ילדים ממנה. כך גם השופט מזוז, מן העבר השני, בהעמידו למבחן ראייתי גם את רצונו
2 המשוער של הנפטר שלא היה נשוי ולא היתה לו בת זוג קבועה עמה חלק את חייו, להביא ילד
3 לעולם, מזרעו, מאישה זרה (ראו גם בע"מ 6046/18 הנ"ל).
4
5 ברם, אינני סבור שבית משפט קמא סבר אחרת והוא אף אפשר בירור מעמיק והתחקות אחר
6 רצונו של המנוח. כך נלמד מסעיפים 12-13 לפסק דינו ומדרך הילוכו בהמשך: "ההלכה הינה
7 שקיימת חזקה רק בדבר רצונו של נפטר כי בת זוגו תהרה מזרעו לאחר מותו... לנוכח האמור
8 ומשעה שאין חולק, כי המנוח לא הותיר הוראה ברורה בשאלת השימוש בזרעו לאחר
9 פטירה, קמה ועולה שאלה אחת, ואחת בלבד – כלום עלה בידי התובעים לסתור את החזקה
10 לפיה רצונו המשוער של הנפטר בכגון דא הינו כי רק בת זוגו תהרה מזרעו לאחר פטירה?
11 בלשון אחרת, כלום הוכח פוזיטיבית, כי המנוח רצה שאישה שיבחרו הוריו תהרה מזרעו
12 לאחר פטירתו".
13
14 13. ומהו אותו רצון משוער שעל ההורים, המערערים בענייננו, להוכיח, מקום שהמנוח לא היה
15 נשוי ולא הותיר אחרי לכתו בת זוג קבועה? בית משפט קמא קבע, בהתבסס על בע"מ 7141/15,
16 כי על המערערים להוכיח עובדתית רצון קונקרטי של המנוח בשלושה עניינים: רצון להביא
17 ילדים לעולם; רצון להביא ילדים לאחר מותו (קרי ילדים שלא יכיר ולא יגדל); רצון לממש
18 הבאת ילדים מאישה שלא היתה בת זוגו ולא נבחרה על ידו (בע"מ 7141/15, סעיף 4 לפסק
19 דינו של הש' עמית, סעיף 12 לפסק דינו של הש' מזוז, להלן: "המבחן המשוער המשולש").
20
21 לטענת המערערים שגה בית משפט קמא בהעמידו למבחן הרצון המשוער את שלושת העניינים
22 הללו. לטעמם השאלה האחת והיחידה שיש להעמידה לבחינה היא האם המנוח רצה
23 בהמשכיות לאחר מותו ומאחר שהם עמדו בנטל ההוכחה להוכיח רצון זה, הרי שיש לקבל
24 את הערעור ולהתיר את השימוש בזרעו של המנוח.
25
26 14. לא יכולה להיות מחלוקת, כי המבחן המשולש המשוער נדרש הוא בנסיבות של בע"מ
27 7141/15. כזכור, בת הזוג באותו מקרה התנגדה לבקשת ההורים לעשות שימוש בזרעו של
28 הנפטר להפריית אישה אחרת. משנקבעה ההלכה כי מקום שבו נפטר אדם שהיתה לו בת זוג
29 קבועה.. וכו' קמה חזקה הניתנת לסתירה לקיומו של רצון משוער של הנפטר להביא ילדים
30 לעולם גם לאחר מותו עם בת זוגו, אזי אם ברצון ההורים להפרות בזרעו של הנפטר אישה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

1 אחרת שאינה בת זוגו, עליהם להוכיח, כי זה היה רצונו של הנפטר – להביא ילד לעולם שלא
2 מבת זוגו (בנסיבות בהן היא מתנגדת להיות מופרת מזרעו). עצם קיומה של בת זוג יוצרת את
3 החזקה שאם רצה הנפטר להביא ילד לאחר מותו היה רוצה שהוא יבוא לעולם מבת זוגו אותה
4 הכיר, בת הזוג עמה חלק את חייו ולא מאישה זרה אותה לא הכיר.
5
6 במקרה שלפנינו, לא הייתה למנוח בת זוג קבועה. האם לא די במבחן מקל יותר – מבחן כפול
7 ולא משולש - האם רצה להביא ילדים לעולם; האם רצה להביא ילדים לאחר מותו, ללא צורך
8 במתן מענה חיובי לשאלה השלישית? אכן, אין להניח, גם בנסיבות כאלה, קיומו של רצון
9 משוער של הנפטר לנטילת זרעו לאחר מותו ולהבאת ילדים מזרע זה על ידי הפריית אישה
10 זרה בה לא בחר (הש' מזוז, פסקה 15 בבע"מ 7141/15). קביעת הנחה כזו תהא מהלך
11 ספקולטיבי מרחיק לכת (שם). ברם שאלה היא אם יש צורך בדרישה לתשובה חיובית גם
12 לשאלה השלישית.
13
14 שאלה זו אינה דורשת הכרעה במקרה שלפנינו שכן, לטעמי, המערערים לא עמדו אף בנטל
15 לתשובה חיובית לשאלה השנייה. ברם, ראוי להפנות בהקשר זה לבע"מ 6046/18 שמא יש בו
16 כדי ללמד שעדיין יש צורך במתן מענה חיובי גם לשאלה זו. באותו מקרה, בת הזוג נתנה את
17 הסכמתה לעשיית שימוש בזרעו של הנפטר להפריית אישה זרה. בית המשפט העליון בחן את
18 התשתית העובדתית שהוכחה בדבר רצונו המשוער של המנוח וקבע כי זו **"אינה תומכת בתזה**
19 **שלפיה המנוח החזיק ברצון המשוער להמשכיות לאחר מותו שלא עם בת זוגו להבדיל מרצון**
20 **כלשהו להמשכיות. בהעדר אינדיקציות משמעותיות וברורות דיין שיש בהן כדי לסתור את**
21 **ההנחה הרגילה שהרצון המשוער הוא בהמשכיות עם בת הזוג ועמה בלבד – דין הערעור**
22 **להתקבל, כך בין אם נכיר בקיומו של חריג כאמור ובין אם לאו...**". דברים אלה מלמדים, כי
23 ביהמ"ש העליון דרש מענה חיובי לשאלה השלישית גם במצב דברים בו בת הזוג נתנה
24 הסכמתה לשימוש בזרעו של הנפטר להפריית אישה אחרת. אם כך, מה ההבדל בין מצב
25 דברים זה למצב בו אין בת זוג בתמונה? לכאורה, גם במצב האחרון עדיין ישנו צורך במתן
26 תשובה חיובית גם לשאלה השלישית. לטעמי, יש הבדל; תשובה חיובית לשאלה השלישית
27 נדרשת בכל מקרה בו קיימת בת זוג קבועה, בין אם מתנגדת היא לשימוש בזרעו עמה או עם
28 אישה אחרת, בין אם היא מסכימה לשימוש בזרעו עם אישה אחרת. מה שעומד למבחן הוא
29 רצונו של הנפטר ולא רצונה או עמדתה של בת הזוג. משהיתה לו בת זוג קבועה במותו, יש
30 להעמיד גם את השאלה השלישית למתן מענה – שכן חזקה על הנפטר, שאם רצה ילד אחרי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

- 1 מותו, היה רוצה אותו מבת זוגו, וזו אינה יכולה "להחליט עליו" רק משום שהיא מסכימה
2 שייעשה בזרע שימוש להפריית אישה זרה. גם במקרה כזה לא ניתן להסתפק במתן מענה
3 חיובי לשתי השאלות הראשונות ולייתר את הצורך במתן מענה לשאלה השלישית.
4
5 רוצה לומר, השאלה בדבר נחיצות המבחן המשוער המשולש, מקום בו לא היתה למנוח בת
6 זוג במותו, נותרה לטעמי פתוחה למקרה מתאים, מקום בו יוכח "בראיות ישירות
7 ומפורשות" כי הנפטר רצה להביא ילדים לעולם וכי רצה להביא ילדים לאחר מותו. כך למשל
8 כאשר הנפטר הקפיד ושמר זרע בבנק הזרע מחשש כי ילך לעולמו בשל מחלה קשה טרם
9 שיממש את רצונו בחייו (תמ"ש (חד') 7930-11-09 פלונית נ' היועמ"ש; 10.4.11) נראה כי כלל
10 לא תישאל השאלה השלישית כשהנפטר הלך לעולמו ולא הותיר אחריו בת זוג, בוודאי כאשר
11 הותיר הוראות מפורשות, מתאימות, בנושא (תמ"ש 14217-06-14 משפחה חדשה נ' בית
12 החולים "הדסה עין כרם"; 15.4.15). אם כך, מדוע ייגרע חלקו של נפטר, שלא הותיר אחריו
13 בת זוג קבועה במותו, אף לא הקפיד זרע ולא הותיר ראיות מפורשות, אבל הוכח 'באותות
14 ובמופתים', אם תרצו, כי זה היה רצונו – להביא ילד לעולם לאחר מותו אותו לא יכיר גם לא
15 יגדל.
16
17 משבאנו לכאן, גם אם נלך לגישה המקלה לא נוכל לומר כי המערערים עמדו בנטל להוכיח כי
18 המנוח היה רוצה בהבאת ילדים לעולם אחרי מותו, ילדים אותם לא יכיר ולא יגדל. בהקשר
19 זה אין לי אלא לאמץ את דרך הילוכו של בית משפט קמא ואת המסקנה העובדתית אליה
20 הגיע מצבר הראיות שהונח לפניו.
21
22 במהלך הדיון לפנינו הנחינו את ב"כ המערערים לשכנע אותנו כי הוכח רצונו המשוער של
23 המנוח להבאת ילדים מזרעו לאחר מותו. נתנו להם הזדמנות לעבור על כל התצהירים
24 והחקירות ולהפנות אותנו לראיות מהן ניתן להסיק תשובה חיובית לשאלה השניה. הדבר לא
25 עלה בידם. ראה פרוטוקול הדיון בערעור מיום 20.11.19.
26
27 בנסיבות אלה אין לי אלא להמליץ לחבריי לדחות את הערעור ללא חיוב המערערים בהוצאות.
28
29
30 שאל שוחט, ס. נשיא, אב"ד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

השופט נפתלי שילה

- 1
2
- 3 1. ליבי ליבי עם המערערים ואולם נראה כי קצרה ידינו מלהושיע. אכן, הילכת בע"מ 7141/15
4 עסקה במקרה בו למנוח היתה בת זוג במועד פטירתו ואילו במקרה דנן, למנוח לא היתה בת
5 זוג.
6
- 7 2. כב' השופטת (כתוארה אז) חיות ציינה שם, כי:
8 "השאלה האם יש לאפשר להורים נטילת זרעו של נפטר ושימוש בו לאחר מותו מקום שבו
9 לא הייתה לו בת זוג בחייו והוא לא הותיר אחריו צאצאים ואף לא הנחיות מפורשות בעניין
10 זה, אינה צריכה הכרעה במקרה דנן אך דומני כי מוטב שלא לטעת מראש מסמרות קשיחים
11 מדי בכל הנוגע אליה".
12
- 13 3. גם כב' השופט דנציגר השאיר את השאלה מה יהיה הדין כשלמנוח לא היתה בת זוג בצריך
14 עיון (סעיף 31 לפסק דינו) ואילו כב' השופט מזוז סבר, כי: "כל הרחבה מעבר להיתר לבת
15 הזוג, יש בה לדעתי משום חריגה מגבולות הדין המצוי והיא עניין למחוקק לענות בו".
16
- 17 4. בדנ"א 217/17 פלונית נ' פלונית (2.4.17) דחתה כב' הנשיאה נאור בקשה לדיון נוסף בבע"מ
18 7141/15 והדגישה, כי:
19
20 "תחולתה של ההלכה מוגבלת ומתוחמת לסוג מובחן ומסוים של מקרים בהם מדובר בנפטר,
21 אשר הייתה לו בת זוג בחייו ואשר לא הותיר הסכמה מפורשת מדעת לשימוש בזרעו לאחר
22 מותו".
23
- 24 5. מכאן, שניתן לאבחן בין המקרים כפי שטוענים המערערים. ברם, הילכת בע"מ 7141/15
25 קובעת שיש להוכיח בראיות "ברורות וחד משמעיות" שהמנוח רצה שייולד לו ילד לאחר
26 מותו, ילד שלא יכיר ולא יזכה לגדל אותו. כפי שנקבע בבע"מ 6046/18 היועמ"ש נ' פלונית
27 (29.9.19):
28
29 "יש להתחקות אחר רצונו המשווער על בסיס אינדיקציות ברורות וראיות משמעותיות. בל
30 ניתן למילה "משוער" לבלבל אותנו: לא ניתן להוכיח רצון משוער באמצעות השערות גרידא.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

- 1 על הראיות שמוכיחות את הרצון המשוער להיות מוצקות ואיתנות, בכפוף להגיון החיים
2 וקיומן של חזקות ראייתיות שנועדו להתגבר על קשיי הוכחה".
3
- 4 6. אני מסכים עם חברי השופט שוחט כי במקרה שלמנוח לא היתה בת זוג, די שיוכח שהמנוח
5 רצה להביא ילדים לעולם לאחר מותו אותם לא יכיר ולא יגדל. ברם, בצדק קבע בהמ"ש קמא,
6 שהמערערים לא עמדו בנטל המוטל עליהם ולא הוכיחו שזה היה רצון המנוח. בכל התצהירים
7 שהוגשו ע"י המערערים, לא היתה עדות ברורה לכך שהמנוח רצה שייולד לו ילד מזרעו לאחר
8 פטירתו אותו לא יכיר ולא יגדל. אכן, מדובר בנטל כבד שקשה לעמוד בו. ברם, זו הדרישה
9 שנקבעה ע"י בהמ"ש העליון ואין אנו רשאים לסטות ממנה.
10
- 11 7. הלכה זו, שדורשת הוכחה "ברמה גבוהה", חזרה ונשנתה בבע"מ 1943/17 שחר ואח' נ' מדינת
12 ישראל (15.8.17) שבה קבע כב' השופט מזוז, כי:
13
- 14 "ההלכה שקבענו בענין פלונית נועדה לשים קץ לאי-הבהירות באשר למצב המשפטי
15 בסוגיה רגישה זו ולמנוע פריצת גבולותיו של העיקרון - שהונח ביסוד הנחיית היועץ
16 המשפטי לממשלה משנת 2003, דו"ח הוועדה הציבורית משנת 2012 ותזכיר חוק בנקי הזרע
17 משנת 2016 - לפיו ככל שהנפטר לא ביטא את רצונו המפורש לענין נטילת זרע ממנו לאחר
18 מותו והשימוש בו, השימוש בזרע יתאפשר רק לפי בקשת בת זוגו - ולא איש זולתה - ולצורך
19 הפרייתה היא".
20
- 21 8. לפיכך, אני מצטרף למסקנתו של חברי אב"ד סגן הנשיא שוחט שאין מנוס מדחיית הערעור,
22 למרות ההזדהות העמוקה עם צערם ויגונם הכבד של המערערים.
23
24
-
- 25 **השופט נפתלי שילה**
- 26
27 השופטת עינת רביד
- 28 עם כל האמפטיה וההבנה ללבם של ההורים השכולים, שהלב יוצא אליהם, אין מנוס אלא להצטרף
29 לחוות דעתם של חברי ולקביעתם שאין בידינו בסיס ראייתי להכריע, שרצונו של המנוח היה שיעשה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

עמ"ש 15896-04-19 ש' ואח' נ' בית חולים אסף הרופא ואח'

15 דצמבר 2019

1 שימוש בזרעו לאחר מותו להפריית מי שאינה בת זוגו ; וכי משלא הוכח שזה היה רצונו המשוער, לא
2 ניתן לשעות לבקשתם ולכמיהתם של הורי המנוח כי כך ייעשה.

3 התקדמות הטכנולוגיה הרפואית מציבה בפנינו אתגרים רבים שעלינו לבחון ולבדוק באופן מושכל,
4 זהיר ומדוד. הלכת בית המשפט העליון, כפי שהביאו חבריי בהרחבה, מחייבת אותנו בבדיקה ראייתית
5 של רצונו המשוער של המנוח. כך נעשה במקרה זה, והראיות שהוצגו אינן מספקות.

6 לא למותר להזכיר, שההלכה המשפטית בישראל המאפשרת בדיקת "רצון משוער" של הנפטר, גם היא
7 בגדר הרחבה ו"הליכה לקראת" הורים שכולים, מעבר למקובל במדינות אחרות, כאשר ישנן מדינות
8 בהן הדבר אסור לחלוטין גם אם הביע הנפטר את רצונו המפורש, ואחרות הדורשות רצון בכתב ואינן
9 מסתפקות ברצון "משוער" (ראו בפסק דין 7141/15 בסעיפים 9-10 לחוות דעתו של כב' השופט מזוז).

10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20

עינת רביד, שופטת

הערעור נדחה, אפוא.

העירבון שהפקידו המערערים יושב להם באמצעות באות כוחם.

ניתן היום, י"ז כסלו תש"פ, 15 דצמבר 2019, בהעדר הצדדים.

נפתלי שילה, שופט

עינת רביד, שופטת

שגון הנשיא [אב"ד]

21
22
23