



בבית המשפט העליון

בע"מ 378/20

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופטת י' וילנר

המבקשים: 1. פלונית
2. פלוני
3. פלונית

נגד

המשיבים: 1. בית החולים אסף הרופא, פוריות הגבר ובנק
הזרע
2. היועץ המשפטי לממשלה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
תל אביב-יפו מיום 15.12.2019 בעמ"ש 15896-04-19
שניתן על ידי כבוד השופטים: שי שוחט (סג"נ), ע' רביד וני
שילה

בשם המבקשים: עו"ד שמואל מורן
בשם המשיבים: עו"ד אביעד אמרוסי

החלטה

השופט נ' הנדל:

1. הבקשה דנו, למתן רשות ערעור, מעוררת שאלה רגישה: שימוש בזרעו של אדם
שנפטר, לפי בקשת הוריו, לשם הבאת צאצא לעולם.

בנם של מבקשים 2-3 נהרג בתאונת דרכים בגיל 36. בית המשפט לענייני משפחה
דחה את עתירתם ואת עתירת מבקשת 1 להתיר את הפרייתו של האחרונה בזרעו של

המנוח. הנדבך המרכזי בהכרעה היה קביעת בית המשפט כי המבקשים לא הוכיחו שהמנוח רצה בהולדת ילדים לאחר מותו. בית המשפט המחוזי דחה את הערעור על הכרעה זו.

2. ביסוד הכרעת ערכאות קמא ניצבת ההלכה שנפסקה בהרכב מורחב בבע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016) (להלן: הלכת פלונית). לפי הלכה זו, ההיתר להשתמש בזרעו של נפטר לאחר מותו תלוי, בעיקרו של דבר, ברצונו המפורש או המשוער. יש לשאול האם הנפטר רצה שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו, ובאיזה אופן.

המבקשים סבורים כי על יסוד הראיות שנשמעו, יש לקבוע שהמנוח רצה כי ייוולדו לו ילדים לאחר מותו. עוד מוסיפים הם כי קביעה עובדתית זו מובילה למסקנה המשפטית שיש להתיר את הפריית מבקשת 1 מזרעו של המנוח. מנגד סבור נציג היועץ המשפטי לממשלה כי צדקו ערכאות קמא בקביעותיהן העובדתיות ובהכרעתן. לצד המחלוקת העובדתית בין הצדדים הוצגה גם מחלוקת משפטית, שעניינה תחום התפרשותה של הלכת פלונית, והאם הוא מקיף גם מקרה מעין זה שלפנינו. המחלוקת נעוצה בכך שהלכת פלונית נקבעה במקרה שבו הייתה למנוח בת זוג בעת מותו, והבקשה היא להפרות מזרעו אישה אחרת, שלא הייתה בת זוגו. מנגד, אצלנו לא הייתה למנוח כל בת זוג בעת פטירתו. זהו היסוד לטענת המבקשים לפיה טרם נקבעו בפסיקה הכללים ביחס למקרנו, באופן שמצדיק דיון בגלגול שלישי. נציג היועץ המשפטי לממשלה סבור, לעומת זאת, כי הלכת פלונית חלה גם על נסיבות כמו אלה שלפנינו, ולפיכך לא מתעוררת שאלה משפטית עקרונית, ואין מקום לדון בתיק בגלגול שלישי גם בהיבט זה.

לאחר הגשת הבקשה למתן רשות ערעור, הוגשה מטעם המבקשים בקשה נוספת להגשת ראייה שלא הוגשה בהליכים קמא – תצהיר מטעם מי שטיפלה במנוח טיפול פסיכולוגי במהלך התקופה שקדמה לפטירתו. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לבקשה, בין היתר לנוכח הטענה שיתכן כי מדובר בחומר חסוי, שכן עסקינן בדברים שאמר המנוח למטפלת במסגרת טיפול פסיכולוגי. לשם הכרעה בבקשה עיינו בתצהיר במעמד צד אחד, ונחה דעתי כי דין הבקשה להידחות, גם מבלי להידרש לטענת החסיון שהועלתה. די לומר כי תוכן התצהיר דומה לחומר ראיות שהוצג בבית המשפט לענייני משפחה, שלפיו היה המנוח מעוניין להקים משפחה בחייו. עדויות דומות נשמעו מעדים נוספים, אך ערכאות קמא קבעו כי ראיות מסוג זה ממילא אינן מבססות את טענות המבקשים ואת הסעד שבו הם מעוניינים. בנסיבות אלה ובהתחשב ביתר הראיות שהוצגו, אין בראיה החדשה כדי לקדם את טענותיהם של המבקשים או פוטנציאל להשפיע על ההכרעה, ובהתאם אין

מקום לחרוג מן הכלל לפיו אין לקבל ראיות חדשות בשלבים ערעוריים (ראו למשל תקנה 457 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; ע"א 6055/04 לנדאו נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פסקה 14 (12.07.2006))

ניגש אפוא להכרעה בבקשה למתן רשות ערעור על יסוד התשתית שהוצגה בערכאות קמא.

3. ניתן להבין לרצונם ולליבם של הורי המנוח. ברם, בהלכת פלוניית נקבע כי במוקד הבקשה לשימוש בזרעו של נפטר עומד הוא עצמו, ולא קרוביו. מהו רצונו? מהו כבודו? אלה הנתונים המרכזיים שיש לשקול לפי הלכת פלוניית. כפי שנקבע שם, כבודו של הנפטר, בהיבט הרלוונטי לענייננו, נובע מהאוטונומיה של הפרט וזכותו על גופו (ראו למשל פסקה 24 לחוות דעתה של השופטת חיות; פסקאות 6-7 לחוות דעתו של השופט מזוז). המשפט הישראלי מכיר בכך שרצונו של אדם, המבטא את האוטונומיה שלו, הוא בעל משקל נורמטיבי גם לאחר פטירתו. כשם שלא ניתן להשתמש בזרעו של אדם חי ללא הסכמתו, כך לא ניתן לעשות זאת גם לאחר הפטירה. רגע המוות אינו מוציא את הנפטר אל מחוץ לכלל זה, ופטירתו אינה גורעת ממעמדו ביחס לשימוש בזרעו לצרכי הולדת צאצאים. אכן, טכנולוגיית הילודה יצרה סוגיה משפטית חדשה; אך הכלל נותר בעינו. הזרע אינו נכס שניתן לרשת אותו ולעשות בו שימוש. הזיקה בינו לבין הנפטר אינה ניתקת ברגע המוות, אלא נותרת איתנה:

"שימוש בזרע מן המת אינה שקולה להעברת נכסיו של נפטר מיד ליד. לא מדובר בנכס, כי אם במטען גנטי שבכוחו להביא חיים לעולם, ליצור אדם בשר ודם בעל מחשבה ותודעה – הלא הוא נזר הבריאה. לכך נוסף כי לא מדובר בנכס קיים, כי אם ביצירת חיים חדשים. מהאין ליש. לא ירושה אלא מורשת. זהו פרק חדש שעל הנפטר לכתוב" (בע"מ 6046/18 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוניית, פסקה 6 לפסק דיני (2.9.2019)).

במרכז עומד אפוא רצון הנפטר. למעשה גם המבקשים לא חלקו על כך, ועמדתם אינה מתבססת על רצונם הם אלא על רצונו של המנוח. לטענתם, הוכח כי המנוח אכן רצה כי ייוולדו לו ילדים גם לאחר מותו.

4. כפי שהודגש בהלכת פלוניית, השאלה מה היה רצון המנוח היא שאלה עובדתית ולא תיאורטית: מה רצה האדם שנפטר בפועל, ולא מה היה רוצה לו היה נדרש לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, במקרים שבהם לא חשב כלל על הנושא בחייו. כמובן, לא תמיד ישנה עדות חד משמעית בדבר רצונו של הנפטר, כגון צוואה שהותיר המתייחסת

לשימוש בזרעו לאחר מותו. בעניין פלוניא ובפסקי דין נוספים הובחן בין "רצון מפורש", כבדוגמת הצוואה, ו"רצון משוער" – רצונו של המת שלא הובאה לגביו ראייה מפורשת, ויש להסיקו מחומר הראיות בכללותו. נקבע כי גם רצון משוער של הנפטר עשוי להתיר את השימוש בזרעו לאחר מותו, אך בהקשר זה נדרשת זהירות. המונח "רצון משוער" עלול להטעות. כוונת הפסיקה היא לרצון ממשי שרצה הנפטר בחייו, שבית המשפט נדרש לשער מהו תוך עיון בראיות שהוצגו. הרצון הוא אמיתי, וה"השערה" מתייחסת לדרכי ביטוי והוכחתו. לעומת זאת, אין מדובר בהשערה מה היה רצונו של אדם בסיטואציה מסוימת, שהוא עצמו לא נדרש אליה ולא שיער אותה. במקרה כזה אין כלל רצון אלא רק השערה, ספקולציה ביחס למה שמעולם לא היה וגם לא עתיד להיות:

"ראוי להעיר כי כאשר מדובר ב'רצון משוער' של הנפטר, התיבה 'משוער' אין משמעה קביעת פיקציה לגבי רצונו של הנפטר אלא בהתחקות אחר רצונו האמיתי של הנפטר מקום שנעדרות ראיות ישירות ומפורשות באשר לרצונו... המשפט מכיר במצבים שונים, כולל בסוגיות הקרובות לענייננו, בהם רצונו של אדם נקבע לא רק לפי הבעת רצון ישירה ומפורשת. כך למשל קובע סעיף 14(א) לחוק זכויות החולה לענין הצורך ב'הסכמה מדעת' לצורך מתן טיפול רפואי, כי 'הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות'. כך גם בחוקים שונים נקבע רצונו של אדם לפי 'אומד דעתו' (עניין פלוניא, פסקה 11 לחוות דעתו של השופט מזוז. וכן ראו פסקה 27 לחוות דעתה של השופטת חיות, לפיה קביעה בדבר רצון משוער מבוססת על "ניסיון החיים המלמד... כי אותו אדם מודע לאפשרות כי ייתכן שבן או בת הזוג יאלצו לגדל את הילדים שיוולדו להם לאחר מותו, בלעדיו. כמו כן קיימת אפשרות שבת הזוג תהרה לאדם בחייו אך תלד את ילדו לאחר מותו" (ההדגשה הוספה)).

צא ולמד, ככל שעסקינן בענף של כבוד המת הקשור למימוש רצונו, יש לבחון מה רצה הנפטר, ולא מה עשוי היה לרצות ביחס לסוגיות שכלל לא התעוררו בטרם פטירתו. כך, למשל, לא נאמר כי צוואת המת, שעליה חלים דיני הצוואות, כוללת כל השערה כזו או אחרת ביחס לעניינים שהמת כלל לא חשב עליהם לפני מותו. הצוואה היא רק הרצון שהביע המת בפועל, ביחס למה שיש לבצע לאחר מותו – רצון ולא השערות. זאת גם אם הצוואה אינה תמיד ברורה ומפורשת, ויש לשער – תוך העמדת תשתית ראייתית מתאימה – את אומד דעתו של המצווה. עם כל הכוונה, בית המשפט חייב להכיר במה שאינו יודע. דווקא כאשר מדובר באדם שנפטר נדרשת זהירות. הפתרון של "רצון משוער" מאזן בין הרצון לדעת וההכרה בקיומה של ידיעה או העדרה.

5. הבסיס לדיון מצוי אפוא בעובדות שהוכחו. אצלנו נקבע בבית המשפט לענייני משפחה כי "התובעים לא הוכיחו, כי המנוח רצה בהולדת ילדים לאחר מותו, ולא הוכיחו כי היה מוכן שילדים אלה ייוולדו מאם שלא בחר". בית המשפט המחוזי הוסיף כי "גם אם נלך לגישה המקלה לא נוכל לומר כי המערערים עמדו בנטל להוכיח כי המנוח היה רוצה בהבאת ילדים לעולם אחרי מותו, ילדים אותם לא יכיר ולא יגדל". קביעות אלה נטועות היטב בחומר הראיות שהוצג, שעוסק רובו ככולו ברצונו של המנוח להקים משפחה, להוליד ילדים שהוא יהיה אביהם, תוך הדגשת הקשר בינו לכינם. אין אינדיקציות בעלות משקל לרצון ל"המשכיות" החורגת מהקמת משפחה שבה המנוח הוא אב הקשור לילדיו. אין אפוא מקום להתערב בממצאי העובדה של ערכאות קמא בגלגול שלישי, גם אם אניח כי בתיקים כגון דא המבחינים למתן רשות בבית משפט זה נוקשים פחות מאשר בתיקים אזרחיים אחרים. תשתית עובדתית זו סוללת את הדרך למסקנה המשפטית שלא הוכח במידה הנדרשת כי המנוח רצה שייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו:

"דווקא מתוך ערכם הרב של החיים שייווצרו, כמו גם ערך האוטונומיה של הנפטר – יש להתחקות אחר רצונו המשוער על בסיס אינדיקציות ברורות וראיות משמעותיות. בל ניתן למילה 'משוער' לבלבל אותנו: לא ניתן להוכיח רצון משוער באמצעות השערות גרידא. על הראיות שמוכיחות את הרצון המשוער להיות מוצקות ואיתנות" (בע"מ 6046/18, פסקה 6).

יתכן שהסיבה לכך שאין ראיות מספיקות לרצונו של המנוח היא שהעניין כלל לא עלה על דעתו, ואם היה חושב על העניין היה תומך בעמדת המבקשים. ברם, טיעון כזה עובר מתחום הרצון – השייך לממלכת העובדות – לתחום ההשערות ההיפותטיות. בכך לא סגי כדי ליטול את זרעו של הנפטר ללא הסכמתו וללא רצונו. יש צורך בתשתית שמלמדת על כך שהנפטר רצה כי ייוולדו לו ילדים לאחר מותו, ואין די ברצון כללי להקים משפחה, ובהנחה לפיה רצון זה מעיד גם על רצון להולדת ילדים לאחר המוות.

בנסיבות אלה, אין מקום להידרש לשאלות נוספות וכלליות יותר שהעלו המבקשים. נטען כי הלכת פלוניית, שעסקה בנפטר שהייתה לו בת זוג בעת פטירתו, הותירה שאלות בלתי פתורות בכל הנוגע למקרה שבו לנפטר לא הייתה כל בת זוג. דא עקא, אותו חלק שנותר בצריך עיון בדעות חלק מן השופטים בעניין פלוניית לא נגע למהות – הקביעה כי יש להוכיח את רצון הנפטר – אלא לשאלה הדיונית האם להוריו של הנפטר יש מעמד עצמאי בתביעה כזו (ראו פסקה 33 לחוות דעתה של השופטת חיות; פסקה 15 לחוות דעתו של השופט עמית; פסקה 31 לחוות דעתו של השופט דנציגר, שהותירו את שאלת מעמדם הדיוני של הורי נפטר שלא הייתה לו בת זוג לעת מצוא). אף

שופט מבין שופטי הרוב לא קבע כי במקרה שלנפטר לא הייתה בת זוג בעת פטירתו, יתכן שאין צורך להוכיח את רצונו להוליד ילדים לאחר מותו, אלא די ברצון להקים משפחה בחייו. להפך, המבחן המהותי איתן בחוות דעת כל שופטי הרוב: יש להוכיח את רצונו של הנפטר, ולא די בהשערות כאלה או אחרות, גם במקום שבו לנפטר לא הייתה בת זוג בחייו (ראו את הדגשת השופטים שם, וכך פסקה 15 לחוות דעתו של השופט מזוז). המבקשים הוסיפו וטענו כי ישנן שאלות נוספות שלא נדונו בהלכת פלוניית, כגון השאלה האם ניתן להקל כנטל הראיה ביחס לנפטר שלא הייתה לו בת זוג בעת פטירתו. ואולם לנוכח התשתית העובדתית בתיק זה, שלא כוללת אפילו ראשית ראיה ביחס לרצון כלשהו הנוגע לשימוש בזרעו של המנוח לאחר מותו, שאלות אלה אינן מתעוררות בענייננו, ואין מקום לדון בהן לראשונה בהליך זה.

6. סוף דבר, חומר הראיות תומך בממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאות קמא, ואין מקום לדון בהם פעם נוספת. די בתשתית זו כדי לדחות את הבקשה בנסיבות העניין. מסקנה זו נובעת ממשקלו המכריע של רצון המנוח – יהא זה רצון מפורש או משוער – שלא הוכח במקרה זה, ולא חלילה מהתעלמות מצערם הרב של המבקשים, הורי המנוח. מי יתן ולא ידעו עוד צער.

הבקשה נדחית. אין צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים להחלטתו ולמסקנתו של חברי השופט נ' הנדל, ואבקש להוסיף אך מילים אחדות.

7. כפי שהבהרתי בפסק דיני בעניין פלוניית (בע"מ 7141/15 פלוניית נ' פלוניית (22.12.2016)), בחינת רצונו המשוער של הנפטר לענייננו אינה מתמצה בשאלה, האם הנפטר רצה בהבאת צאצאים לעולם, אלא עיקרה בשאלה, האם רצונו זה של הנפטר מתקיים גם בנוגע להבאת ילדים מזרעו לאחר מותו? "רצונו של אדם להביא ילדים לעולם בחייו, ילדים אותם יגדל כהורה פעיל, אין בה כדי ללמד בהכרח על רצונו להביא לעולם ילדים מזרעו גם לאחר מותו, ילדים אותם לא יכיר ולא יגדל" (שם, בפסקה 14).

8. שאלה זו מתחדדת עוד יותר כאשר הנפטר לא היה נשוי ולא הייתה לו בת זוג קבועה עמה חלק את חייו ואת רצונו להביא ילדים לעולם, להבדיל ממצב בו היה הנפטר נשוי או חי עם בת זוג קבועה, שאז קיים בסיס עיוני-אמפירי להניח כי הנפטר היה נותן הסכמתו להבאת ילד לעולם מזרעו לאחר מותו עם בת זוגו, ככל שבת זוגו מעוניינת בכך, וכי שימוש כזה בזרעו ישקף את רצונו. כפי שציינתי בענין פלוניית -

“ראוי לשים לב כי לבת הזוג יש לענין זה ‘תפקיד’ כפול... האחד, בהיבט הראייתי - כאדם הקרוב ביותר לנפטר ובוודאי בכל הנוגע להבאת צאצאים לעולם, בידה להעיד טוב יותר מכל אדם אחר (לרבות הוריו) על רצונו המפורש או המשוער של בן זוגה לענין רצונו בהבאת ילדים לעולם, לרבות ולאחר מותו. והשני, בהיבט המהותי - כגורם בעל משקל משמעותי בשיקולי הנפטר לענין רצונו והסכמתו לשימוש בזרעו לאחר מותו על ידי בת זוגו, עמה ביקש בחייו להביא ילדים לעולם ולגדלם. בנסיבות כאלה, כאשר בת הזוג מעוניינת להביא ילד לעולם מזרעו של בן זוגה המת, הנחת קיומו של ‘רצון משוער’ של הנפטר אינה הנחה פיקטיבית או ספקולטיבית אלא הנחה המבוססת כאמור היטב במציאות החיים... עם זאת, מדובר בהנחה הניתנת לסתירה, ככל שיימצאו אינדיקציות ממשיות המטילות ספק ברצונו של הנפטר לשימוש בזרעו לאחר מותו, גם עם בת זוגו” (שם בפסקה 15).

בהעדר אינדיקציות בדבר רצונו כאמור של הנפטר, ובהעדר בת זוג קבועה עמה חלק את חייו, לא ניתן “לגשר” על חסר זה על ידי ייחוס “רצון משוער” הנעדר ביסוס ראייתי קונקרטי.

9. אעיר לבסוף כי בעמידה על גבולות ההלכה שקבענו בענין פלוניית, יש גם כדי לתרום לשימור היציבות ומניעת אי-בהירות באשר למצב המשפטי בסוגיה רגישה זו. שימור זה חשוב גם כדי למנוע ציפיות שאין להן ביסוס בדין (השוו החלטתי בבע”מ 1943/17 שחר נ’ מדינת ישראל, פסקה 13 (15.8.2017)).

השופטת י' וילנר:

1. אני מסכימה לחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל, ולהערותיו של חברי, השופט מ' מזוז.

2. לא ניתן שלא להזדהות עם כאבם ואבלם של המבקשים 2-3, הורי המנוח, על האובדן הטרגי, כמו גם עם רצונם להקים שם ושארית לבנם אשר נקטף בדמי ימיו. לצד זאת, בסוגיות מעין זו שלפנינו, וכפי שנקבע בבע"ם 7141/15 פלונית נ' פלונית (22.12.2016), שומה עלינו להתחקות בראש ובראשונה אחר רצון המנוח ולפעול להגשמתו. בכך תבוא לידי מימוש זכותו של המנוח לכבוד גם לאחר מותו – זכות אשר אחד ממופיעיה הבסיסיים הוא הגנה על האוטונומיה של הרצון (ראו: עניין פלונית, בפסקה 24 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות). לפיכך, לא בכדי אנו מוצאים בדיני הצוואות כי "מצוה לקיים דברי המת" (גיטין יד, ב), ואף בעת קיום צוואה ניתן משקל מכריע למימוש רצונו של המת-המצווה (ראו: ע"א 7210/96 עיזבון גרינברג נ' גרינברג, פ"ד נב(4) 49, 57 (1998); ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפורטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 825-826 (1999); אהרן ברק פרשנות במשפט – הצוואה 49-51 (התשס"א)).

3. על רקע האמור, השאיפה לשמור על כבודו ורצונו של המנוח בענייננו מחייבת בחינה עובדתית של רצונו הברור עובר לפטירתו, והימנעות מהשערות אשר אינן מגיעות לכדי רמת ההוכחה הנדרשת. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי על אף שנראה כי המנוח רצה להפוך לאב לילדים בחייו, לא עלה בידי המבקשים להוכיח כי הוא חפץ בכך שיעשה שימוש בזרעו לאחר פטירתו. בקביעה עובדתית מובהקת זו אין מקום להתערבות ערכאת הערעור, ומשכך, כאמור, אין מנוס אלא לדחות את הבקשה דנן. אנו מקווים כי הורי המנוח ימצאו נחמה ומזור לכאבם חרף תוצאת ההליך המשפטי הנדון.

אשר על כן, הבקשה נדחית כאמור בחוות דעתו של השופט נ' הנדל.

ניתנה היום, י"א בסיון התש"ף (3.6.2020).

שופט

שופט

שופט