

1. מיכאל פואה, יו"ר בוחרים במשפחה
התאנה 11 מצפה נטופה 1529500 - בעצמו
דוא"ל: mifo5649@gmail.com נייד: 056625023
 2. יהודה פואה, מנכ"ל עמותת בצלמו – ארגון לזכויות אדם ברוח
יהודיתבני ישראל 11 עפולה - בעצמו
דוא"ל: puay10@gmail.com נייד: 0523114810
 3. מיקל (מיכאל) לוי – יו"ר עמותת אבות למען צדק יקנעם עלית
רחוב האלונים 60
דוא"ל contact@father4justice.org נייד 0534700072 -
בעצמו
 4. פלוני
 5. פלונית
- ע"י מיכאל ליטווק
רח' דרך ארץ 24, חריש
דואל: mijaell22@gmail.com; טל': 054-7269862

העותרים

נגד

1. היועצת המשפטית לממשלה
 2. שר הבריאות
 3. היועצת המשפטית משרד הבריאות
 4. ראש אכ"א, צה"ל
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
טל': 073-3925590; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטות כב' השופט שטיין מיום 6.3.24 ומיום 8.4.24, מוגשת בזאת תגובה מקדמית לעתירה.
2. עניינה של עתירה זו כי המשיבים יתנו טעם: "מדוע לא יפעלו כל אחד בתחום סמכותו, כדי למנוע קצירת זרע באמצעות כריתת אשך, הנעשים בנפטרים בניגוד לחוק האנטומיה".

כעולה מן העתירה (ר' סעיפים א-ה בפתח העתירה), העותרים ביקשו מספר צווים על-תנאי ובהם טענות שונות הנוגעות להנחיית היועצת המשפטית לממשלה 1.2202 שעניינה "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" מיום 27.10.03 (להלן – ההנחיה), וכן להוראת שעה הנוגעת ל"נטילת (הנצלת) זרע לאחר המוות, שימור ושימוש בו – חרבות ברזל" המאפשרת כפי שמוסבר באתר משרד הבריאות: "לאשר נטילת זרע מנפטר גם לבקשת הורי הנפטר, מבלי להפנות אותם לבית המשפט, ובלבד שהם סבורים כי הפנייה לבית המשפט עלולה לסכל את אפשרות הנטילה נוכח חלוף הזמן ממועד הפטירה ולמעט במצבים שבהם ידוע על קיומם של בת/בן זוג או בן/בני משפחה שמתנגדים לנטילה או כאשר קיימת מחלוקת בין ההורים עצמם." (להלן – הוראת השעה).

3. ביום 6.3.24 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' השופט שטיין), לפיה "העתירה תועבר לתגובת המשיבים ביחס לשאלות אלה בלבד:
- א. האם האמור בהנחיה ובהוראת השעה נושא העתירה מנוגד לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, או לוקה בחוסר סמכות?
- ב. האם לעותרים יש זכות עמידה, כטענתם?"
- עוד קבע בית משפט בהחלטתו כי "לאור מכלול הנסיבות, לא ראיתי לנכון ליתן סעד ארעי בעת הזאת".
4. בהתאם לאמור, עמדת המדינה תתייחס לשתי השאלות שהוגדרו בהחלטת כב' השופט שטיין מיום 6.3.24.
5. ביום 17.3.24 צורפו לעתירה העותרים 4-5, כאשר נקבע כי שמותיהם ישארו חסויים. בפתח הדברים יבקשו המשיבים להשתתף בצערם הכבד מנשוא של העותרים 4-5, ולאחל להם שלא ידעו עוד צער.
6. למען הסדר הטוב יצוין בפתח הדברים כי ביום 31.3.24 הוחלט על הארכת הוראת השעה, עד ליום 30.4.24.
7. בתמצית, עמדת המשיבים היא כי האמור בהנחיה, אשר פורסמה לפני למעלה מעשרים שנה, בתקופת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז אליקים רובינשטיין, כמו גם בהוראת השעה, אינו עומד בסתירה לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 (להלן – חוק האנטומיה), ואינו לוקה בחוסר סמכות. לפיכך, יטענו המשיבים כי דין העתירה דנן להידחות על הסף ולגופה, בהיעדר עילה להתערבות שיפוטית.
8. דרך הילוכו תהא כדלקמן: תחילה נעמוד על הרקע הרלוונטי תוך פירוט ההסבר הרפואי ביחס להליך הנצלת זרע מנפטרים. לאחר מכן, נפרט אודות ההנחיה שגובשה עוד בשנת 2003, ופסיקת בית המשפט הנכבד אשר יישמה אותה לאורך השנים. בתוך כך, נמקד את המבט לעניין הוראות נטילת הזרע בהנחיה ויחסה אל חוק האנטומיה. לבסוף, תוצג עמדת המדינה בשאלות התחומות שהיא נתבקשה להשיב עליהן במסגרת ההליך דנן.

הרקע

הליך הנצלת זרע מנפטרים – הסבר רפואי

9. תחילה, נבקש להעמיד על דיוקו את ההליך הרפואי הנוגע להנצלת זרע מנפטרים. כעולה ממכתבו של מנהל בנק הזרע ופריון הגבר במרכז הרפואי שמיר (אסף הרופא), ההליך מתואר כדלקמן:
1. הליך שימור זרע מנפטרים (כפי שיתואר להלן) מתבצע בשני תרחישים:
- א. גופת הנפטר מועברת למכון לרפואה משפטית. האשך נכרת מהגופה ומועבר בשלמותו לבנק הזרע ואנו מבצעים את פעולת ההנצלה באשך הכרות. לאחר הפעולה האשך מוחזר למכון לרפואה משפטית להכנת הגופה לקבורה.
- ב. אנו מקבלים את גופת ההרוג לבית החולים לביצוע הפעולה. לאחר ההנצלה הגופה מוחזרת לצורך הכנתה לקבורה.
2. פעולת ההנצלה דומה בשני התרחישים: מבוצעת פתיחה כירורגית של מעטפת האשכים בכדי להגיע לרקמת האשך. מהרקמה ניטלות מספר דגימות (ביופסיות) אשר נלקחות

למעבדת הזרע לחיפוש מיקרוסקופי של תאי הזרע. בתום נטילת הביופסיות מבוצעת סגירה כירורגית של הרקמות העוטפות את האשך והעור.
3. ככלל הפעולה מבוצעת באשך בודד. מכיון שמדובר בגופה ללא פעילות לבבית אין זרימת דם והדימום (אם בכלל) מועט ביותר.
4. לסיכום - לא מדובר בהליך 'שאיבה' של דיקור בלבד אלא פעולת נתיחה שכוללת פתיחה כירורגית של רקמות (עור, מעטפות האשך), נטילת ביופסיות מהרקמה וסגירה כירורגית של החתכים...."

צילום המכתב מיום 29.11.23 מצורף ומסומן מש1.

יובהר כי גם משקל דגימת הרקמה (הביופסיה) שנלקחת היא כ-15-10 ג' בממוצע ולא יותר מ-20 ג'.

10. הנה כי כן, בניגוד לנטען בעתירה, אין המדובר ב"כריתת אשך [...] שכלל לא מגיע לקבורה" (עמ' 4 לעתירה). כפי שהוסבר לעיל, רק **בחלק** מהתרחישים נדרשת כריתת אשך וזאת רק כאשר הגופה מועברת למכון לרפואה משפטית לצורך קביעת סיבת המוות, ולא כשהנפטר מת בבית חולים או כשהגופה מועברת ישירות לבית החולים. גם כאשר מדובר בפרוצדורה הכרוכה בכריתת האשך, הרי שלאחר ביצוע הליך הנצלת הזרע, במסגרת הכנת הגופה לקבורה, וככל שמשפחת הנפטר אינה מבקשת אחרת, האשך מוחזר ונתפר לגופה לצורך שמירה על שלמות הגופה, ותוך שבמסגרת ההליך נשמר כבוד המת ככל הניתן.

בשולי הדברים נציין כי ככלל הליך שאיבת זרע לא מתבצע כיום בגופות, וזאת מאחר שבהליך כאמור לא ניתן להוציא מגופה כמות זרע מספקת לצורך הולדה. בתוך כך, שני התרחישים שפורטו לעיל הם, לכאורה, פעולה הכרוכה בנתיחה.

ההנחיה בעניין נטילה ושימוש בזרע לאחר המוות

11. סוגיית השימוש בזרע של נפטר לאחר מותו ונטילת זרע מנפטר לאחר מותו מעוררת שאלות מורכבות מתחומים שונים, בין היתר מתחומי המשפט, הרפואה, פילוסופיה, דת ואתיקה, כבוד החי וכבוד מת, וכן שאלות הנוגעות לתפיסות בחברה לגבי מוסד המשפחה, המשכיות ונושא ההולדה, טובת הילד ומעמדו ביחס להוריו. כדברי כב' השופט מ' מזוז בבע"מ 7141/15 **פלונית נ' פלונית** (22.12.16) להלן: **בע"מ 7141/15**: "גיבוש עמדה בשאלות מורכבות ורגישות אלה אינה יכולה להיות תוצר רק של הכרעה בשאלות משפטיות גרידא, ומטבע הדברים שהיא מערבת ומושפעת גם מערכים, נורמות חברתיות ומאמונות ודעות".

12. אין בחקיקה הסדרה מפורשת של סוגיית השימוש בזרע של אדם לאחר מותו לצורך הולדה, בין אם ניטל לפני פטירתו או בסמוך לאחריה. לפני למעלה מעשרים שנה, כאשר הועלו לראשונה בקשות לשימוש בזרע לאחר המוות, נדרש היועץ המשפטי לממשלה דאז, אליקים רובינשטיין, לסוגיה. עמדת היועץ המשפטי לממשלה בנושא הנטילה והשימוש בזרע לאחר המוות גובשה בשעתו לאחר דיונים מעמיקים שהתקיימו במשרד המשפטים, בין היתר, עם רשויות המדינה הנוגעות בדבר, ובשיתוף מומחים מתחומי הרפואה, המשפט והפילוסופיה. זאת, אגב הצורך לגבש עמדה לגבי מספר מקרים אשר עמדו לפני בתי המשפט, בין היתר, בה.פ. 1922/96 (מחוזי – ת"א) **פלונית נ' שירותים רפואיים בע"מ**; תמ"ש 2180/99 (משפחה – ב"ש) **פלונית נ' משרד הבריאות**; וה.פ. 10440/99 (מחוזי – ת"א) **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה**.

לאחר דיונים מעמיקים, גובשה עמדת היועץ המשפטי לממשלה לכלל הנחיה שעניינה "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו".

ההנחיה צורפה לעתירה וסומנה נספח 1.

13. על פי ההנחיה, עמדת היועצת המשפטית לממשלה מבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים: האחד הוא כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו; השני הוא רצונה של בת זוגו של הנפטר בקיום שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, לילד משותף לשניהם.

נקודת המוצא של ההנחיה היא קיומו של רצון משותף של שני בני הזוג להוליד ילד ולגדלו. כמו כן מצוין במסגרת ההנחיה כי "המקרה הפשוט הוא כאשר אדם מביע רצונו קודם מותו בדרך מפורשת וקונקרטית. למשל, כאשר יש לו בת-זוג והוא מפקיד זרעו בבנק זרע, ומביע את רצונו באופן ברור ומפורש כי בת זוגו תוכל לעשות שימוש בזרע לאחר מותו, וכאשר גם בת-הזוג רוצה בכך. אך יש גם מקרים אחרים, מורכבים יותר".

ההנחה היא, שככלל, כאשר האדם נשוי או כאשר הוא קשר את חייו עם בת זוג בחיים משותפים, העמדת צאצאים מבת זוגו, גם לאחר מותו, עולה בקנה אחד עם רצונו, בייחוד מקום שהוא היה חשוד ילדים. הנחה זו המבוססת על הנחת רצונו של האדם בהמשכיות, הניתנת לסתירה, אולם היא תעמוד בתוקפה כל עוד לא קיימת אינדיקציה לכך שהמנוח היה מתנגד לכך.

עוד נקבע בהנחיה, כי במהלך הרגיל של הדברים, בת הזוג שחיה בקרבה רבה למנוח היא זו שיכולה להעיד בצורה הטובה ביותר על רצונו או אי-רצונו בהבאת ילדים לעולם בכלל, ולהבאת ילדים לעולם לאחר מותו, בפרט.

במקרים אחרים, ניתן ללמוד על רצונו של מנוח גם בדרכים אחרות. כפי שנקבע בסעיף 12 להנחיה: "רצון הנפטר יכול להילמד כמובן מהסכמה מפורשת שנתן בחייו לשימוש בזרעו לאחר מותו, בין אם הסכמה זו ניתנה בכתב או בעל-פה, או - כמובן - מהתנגדות מפורשת. דרך אחרת ללמוד על רצונו המודע של הנפטר היא מדרך התנהגותו, אשר יכולה לספק אינדיקציות על רצונו המשוער בילדים אף לאחר מותו, כגון, במקרה של אדם הלוקה במחלה סופנית אך למרות מצבו זה, הידוע לו, מנסה להביא ילדים לעולם, בדרך הטבע או בטיפולי הפריה מלאכותית".

מיקוד המבט לעניין נטילת זרע – הוראות ההנחיה אל מול חוק האנטומיה

14. פרק ג' להנחיה עוסק ב"נטילת זרע מאדם הנוטה למות או מנפטר" ופותח באלו המילים:

"עמדה אשר גובשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה באשר לנטילת זרע מאדם הנוטה למות, או ממי שכבר נפטר לצורך שימוש בו לאחר המוות, היא כדלהלן: בשלב הראשוני בו מתבקשת נטילת הזרע, יש לנהוג במדיניות מקלה, לפיה, ככלל יאושרו הבקשות. מדיניות זו מתחייבת נוכח הדחיפות בביצוע הפעולה, והחשש כי אי-ביצועה במועד המבוקש יגרום לתוצאה בלתי הפיכה, שכן משך זמן החיות של תאי הזרע מוגבל למספר שעות בלבד. לפיכך, אי מתן האישור לנטילה בשלב ראשוני זה, או מתן האישור לאחר חלוף פרק הזמן האמור, יסכל את המשך ההליך כולו. לב העניין הוא השימוש בזרע שניטל, וההכרעה

העיקרית בנושא זה תתקבל על-ידי בית-המשפט בשלב הדיון בבקשה לשימוש בזרע. נטילת הזרע עצמה היא פרוצדורה אשר, במקרים רבים, ניתן לבצעה ללא פגיעה בכבוד האדם או כבוד המת, ואשר אינה מחסירה מהגוף כל איבר. לגבי מקרים המחייבים ביצוע פעולה פולשנית ראו להלן בסעיף 25(ב).” [ההדגשות הוספו]

סעיף 24 להנחיה קובע כי במצב דברים שבו מדובר בבקשה לנטילת זרע מחולה או מפצוע, הנמצא במצב של חוסר הכרה או אי-יכולת להביע רצונו, והוא נוטה למות, יחולו הוראות חוק זכויות החולה, התשנ”ו-1996, כמפורט שם.

15. סעיף 24 (ג) להנחיה קובע כך :

”נטילת זרע, כאמור, תיעשה לבקשתה של בת-זוג בלבד, שכן היא היחידה הזכאית לבקש לעשות בו שימוש, ולאחר זולתה אין כל מעמד לעניין זה. במונח ‘בת-זוג’ הכוונה היא לבת-זוג של האדם ממנו מבוקש ליטול זרע, ולעניין זה אין חשיבות אם היו קיימים ביניהם קשרי נישואין דווקא. כובד המשקל הוא על קיום יחסים בעלי אופי נמשך, מהסוג שהבאת לידים מהווה חלק טבעי מהם

16. ואולם, סעיף 24(ד) להנחיה קובע כי :

”אין ספק כי ייתכנו מקרים בהם נסיבות החיים יזמנו בפנינו מקרים מורכבים שלא ניצפו. המקום הראוי להכריע בעניינים אלה הוא בבית-המשפט. על-כן, במגבלות הזמן, יש לשאוף לכך שבעיות מעין אלה יובאו לפתחו של בית-המשפט בהקדם האפשרי, על-מנת שהוא יהא זה שישקול את מכלול השיקולים והאינטרסים ויתן החלטה בעניין”.

בהתאם לסעיף אחרון זה, במצבים שהבקשה מוגשת שלא על ידי בת הזוג, במצב שבשגרה (ובהמשך הדברים נפרט אודות הוראה השעה), בתי החולים מפנים את הורי הנפטר לקבלת אישור של בית משפט טרם הנטילה. יצוין כבר עתה כי במרבית המקרים, נוכח הדחיפות בביצוע הפעולה, ככל שמתבקשת עמדת המדינה, היא אינה מתנגדת לבקשת הנטילה של ההורים (מבלי שיהיה בכך כדי להביע עמדה ביחס לשימוש העתידי בזרע, הכרוך בהליך שיפוטי), ובית המשפט מאשר אותה. לצד זאת, ככלל, מובהר על ידי בית המשפט כי הצו ניתן לצורך פעולת הנטילה בלבד ולא לשימוש בזרע.

17. סעיף 25 להנחיה קובע כדלקמן :

”כאשר מדובר בפעולה של נטילת זרע מנפטר יחולו העקרונות הבאים :

(א) הדין אינו קובע איסור או תנאי פורמלי לנטילת זרע שאינה כרוכה בנתיחה או בפגיעה בכבוד המת. נטילה זו גם אינה נכנסת לגדרו של חוק האנטומיה והפתולוגיה, התש”ג-1953 (להלן - חוק האנטומיה). בנסיבות אלה יחולו, בשינויים המחויבים, ההוראות לעניין נטילת זרע מחולה נוטה למות, ובעיקר ההוראה לפיה בקשה מעין זו יכול שתוגש רק על ידי בת-זוג, ככל שישנה, כמפורט בסעיף 24 לעיל.

(ב) כאשר מדובר בפעולה הכרוכה בנתיחה, זו נכנסת, לכאורה, לגדרו של חוק האנטומיה. לפיכך, בנוסף לתנאים המנויים בסעיף 24 לעיל, בשינויים המחויבים, היא מצריכה גם קיומם של התנאים הקבועים בחוק האנטומיה, ובהם הדרישה להסכמת בת-זוג ולא - התנגדות של בן משפחה לפעולת הנתיחה המבוקשת, בהתאם לקבוע בסעיף 6 לחוק זה.” [ההדגשה הוספה – הח”מ].

18. עוד מצוין בתת-פרק זה, כי ההכרעה ביחס לשימוש בזרע, להבדיל מנטילתו, תינתן בכל מקרה לפי החלטת בית המשפט, כדלקמן:

26. יודגש, כי ההכרעה בדבר השימוש בזרע להבדיל מנטילתו, תינתן בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו המיוחדות, על-פי החלטה של בית-המשפט, לאחר הגשת בקשה על-ידי בת- הזוג בלבד, ורק לאחר שנקבע מותו של בן-הזוג שבזרעו מבקשת בת-זוגו לעשות שימוש. אין בהיתר ליטול זרע כדי להשליך כל עיקר על העמדה לעניין השימוש בזרע, התלויה בנסיבות הספציפיות של כל מקרה ובעובדות אשר אינן ידועות בהכרח במלואן בעת בחינת בקשת הנטילה. הבחנה זו חשובה ביותר, ויש להקפיד בה בכל מקרה בו עולה סוגיה זו.

19. להלן נבקש להסביר את היחס בין ההנחיה לבין חוק האנטומיה.

בתמצית, חוק האנטומיה, אשר נחקק בשנת 1953, כלל לא נדרש בהוראותיו ובתכליתו להסדיר או לדון בסיטואציה של נטילה ושימוש בזרע מנפטר (אשר נועד להגשים את רצון הנפטר), אשר כידוע לא היה אפשרי מבחינה מעשית בעת חקיקת החוק. בתוך כך, התפישה היא כי חוק האנטומיה אינו מהווה הסדר שלילי שיש בו כדי לאסור על נתיחה של גוויה לכל מטרה אחרת, ובפרט לגבי תכלית שלא הייתה ידועה למחוקק בעת חקיקת החוק, ובעניינו – נטילת זרע מנפטר. הסוגיה של נטילת זרע מנפטר מהווה סוגיה שהחוק כלל לא נדרש לה. משכך, ההפניה לחוק האנטומיה בהנחיה אין משמעותה כי חוק האנטומיה חל באופן ישיר על נטילה ושימוש בזרע מנפטר, שכן אז כלל לא הייתה נדרשת ההנחיה למלא את החסר. מילוי הלקונה נעשה, בין היתר, באמצעות היקש בשינויים המחויבים מהדין החל בהוראות חוק האנטומיה לסוגיית הסכמת בני המשפחה הקרובים לשם ניתוח הגופה, קרי להוראות הפרוצדורליות הקבועות בו בסעיף 6א. ונסביר את הדברים בפירוט אגב בחינת הוראות חוק האנטומיה.

20. חוק האנטומיה אוסר על ביתור גוויה אלא לשם לימוד ומחקר (בהסכמת הנפטר בחייו), ואוסר על נתיחת גוויה אלא למטרת קביעת סיבת המוות או למטרת ריפוי של אדם אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות, כי הניתוח משמש לאחת המטרות האמורות. (ר' סעיף 6 לחוק האנטומיה).

כלומר, החוק מתיר ביתור או נתיחה לשלוש תכליות המנויות בו (חקירת סיבת מות, ריפוי אדם אחר ומחקר), וקובע תנאים לביצוע נתיחות אלו. לעומת זאת, האפשרות של נטילת זרע מנפטר ושימוש בו לאחר המוות הן טכנולוגיות שפותחו שנים ארוכות לאחר חוק האנטומיה, שנחקק כאמור בשנת 1953. על כן נושא נטילת הזרע לא הוסדר בחוק זה, לכאן או לכאן. ההנחיה שפורסמה כאמור עוד בשנת 2003, ביקשה למלא את החלל בסוגיה זו, מתוך תפישה שיש לקיים את רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו, וכן את רצונה של בת זוגו של הנפטר בקיום שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, לילד משותף לשניהם.

בתוך כך, וכעולה מההנחיה, מאחר שנטילת זרע הכרוכה בנתיחה עשויה להיתפס כפעולה הפוגעת בשלמות הגופה, נקבע כי בכל הנוגע לנטילת הזרע כאשר מדובר בנתיחה, התנאים הפרוצדורוליים המנויים בחוק האנטומיה לסוגיית ההסכמה לנתיחה לאחר המוות, יחולו בשינויים המחויבים ביחס לסוגיית הנטילה, ובהם הדרישה להסכמת בת-זוגו ולאי-התנגדות של בן משפחה, יחולו גם בעניין זה.

21. למעשה, עיון בהנחיה מעלה אף כי דרישות ההסכמה בהנחיה לנטילת הזרע הן מחמירות יותר מאלו הקבועות בחוק האנטומיה. כך, סעיף 6א לחוק קובע כי אם השאיר הנפטר בן משפחה, לא תנותח גוויתו אלא אם נתקיימו שתי מאלה: "הסכים לכך בן זוגו של הנפטר, ובהעדר בן זוג – ילדיו, ובהעדר ילדים – הוריו, ובהעדר הורים – אחיו או אחותו; (2) לא התנגד לכך בכתב בן משפחה שבאותה דרגת קרבה של מי שהסכים כאמור, או בן-משפחה שבדרגת קרבה שלאחריו בנסיבות המקרה בהתאם לסדר דרגות הקרבה שבפסקה (1)....".

במקרה של נטילת זרע מנפטר, ההנחיה קובעת על דרך הכלל כי בת הזוג יכולה לבקש נטילה ללא קבלת אישור מבית המשפט ואילו הורים מחויבים לפנות לבית המשפט לאישור הנטילה גם כאשר אין כל מחלוקת בקרב בני המשפחה בעניין נטילת הזרע, דרישה שכאמור לא מופיעה בחוק האנטומיה. שונות זו נובעת מהרציונלים השונים, וממערך הזכויות והאינטרסים העומדים ביסוד שני ההסדרים. כאמור, הרציונל העומד מאחורי הנטילה והשימוש של זרע מנפטר, הוא מימוש רצונו של הנפטר להמשכיות לעומת תכליות שונות העומדות ביסוד אפשרות ניתוח גופה לפי חוק האנטומיה. לעומת זאת, האיסור בחוק האנטומיה על נתיחת גופה היא מוחלט למשל כאשר המדובר למטרת סחר או ביזוי המת, אך אין בו הסדר שלילי כאמור לגבי תכלית שלא הייתה ידועה למחוקק בעת חקיקת החוק.

22. למען הסדר הטוב נציין, התפישה לפיה חוק האנטומיה אינו בגדר הסדר שלילי לכל תכלית שאינה מוסדרת בו אינה ייחודית לסוגיית נטילת זרע לאחר המוות, אלא גם להתפתחויות הטכנולוגיות נוספות שחלו מאז שנת 1953. כך למשל, בדיקות גנטיות המאפשרות זיהוי של גופה באמצעות בדיקת DNA שפותחו שנים רבות לאחר חקיקת חוק האנטומיה אינן נעשות מכוח הוראות חוק האנטומיה, שכן הן אינן נמנות על תכליותיו, ועל דרך ההיקש, מוחלים בפועל לעניין זה תנאים פרוצדורליים מסוימים המנויים בסעיפים 6 ו-6א לחוק.

23. כפי שיפורט מיד, אף במסגרת **בע"מ 7141/15** בו נבחנה ההנחיה, התייחסו שופטי בית המשפט הנכבד להוראות חוק האנטומיה, ולא נמצא כי ההנחיה עומדת בסתירה אליהן או שניתנה בחוסר סמכות. כמו כן, עיון בדו"ח ועדת מור יוסף, ועדה הציבורית בראשות פרופסור שלמה מור יוסף לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל (להלן: **ועדת מור יוסף**) שהמלצותיה ניתנו בחודש מאי 2012, אשר בית המשפט הנכבד התייחס אליה בבע"מ 7141/15, מעלה כי זו ייחדה בהתייחסותה פרק לשימוש בחומר גנטי לאחר המוות. הוועדה לא ראתה לנכון להתייחס לנטילת זרע לאחר המוות, כפי שנקבעה בהנחיה, כמנוגדת להוראות חוק האנטומיה. אדרבא, הוועדה ציינה כי "כיום החוק אינו מתייחס במפורש לשאלת השימוש בזרע של אדם לאחר מותו, בין אם ניטל לפני פטירתו או בסמוך לאחריה (שלא בהקשר של תרומת זרע)" (ר' בעמוד 43 לדוח). כלומר, מדובר בסוגיה שלא ניתן לה מענה בחקיקה, לרבות לא בחוק האנטומיה, ומשכך הלקונה הוסדרה כאמור בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה דאז, עוד בשנת 2003, לנוכח ההליכים המשפטיים שהתעוררו בבתי המשפט, כמפורט לעיל.

פסיקת בית המשפט הנכבד ויישומה של ההנחיה בעשרים שנה האחרונות

24. סוגיית בירור רצון הנפטר בהקשר של שימוש בזרעו לאחר מותו התעוררה בשורה של הליכים משפטיים, והגיעה לבית המשפט העליון בבע"מ 7141/15 שם דן בתי המשפט הנכבד בהרכב מורחב במחלוקת שהתגלתה בין הוריו של נפטר לבת זוגו. בפסק הדין סקרה כבי' השופטת (כתוארה אז) חיות את ההנחיה והדין הנוהג בישראל ובכלל זאת הליכים משפטיים קודמים (לרבות גם עתירה לבג"ץ

שנמחקה בשנת 2004), וכן תוך פירוט מסקנות ועדת מור יוסף (ר' סעיפים 17-20 לפסק דינה). וכך צוין בין היתר בפסק הדין:

19. הנחיית היועץ מבוססת בעיקרה על שני יסודות – 'האחד, כיבוד רצון הנפטר, הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו; והשני, רצונה של בת-זוגו של הנפטר בהמשכיות שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, בילד משותף לשניהם' (פסקה 9 להנחיית היועץ). לגישת היועץ, אשר קיבלה ביטוי בהנחיה, תפיסת הרצון המשווער של הנפטר מבוססת על מציאות החיים לפיה אדם מן השורה אינו נדרש בחייו לשאלת השימוש בזרעו לאחר מותו, אך מעוניין בדרך כלל בהמשכיות ובהקמת זרע גם לאחר מותו, במיוחד כאשר בת זוגו רוצה בכך. עם זאת, צוין בהנחיה כי מקום שלנפטר לא הייתה בת זוג קבועה בחייו לא ניתן יהיה, ככלל, ליחס לנפטר רצון משוער להביא צאצא לעולם מזרעו לאחר מותו. עוד צוין בהנחיה כי להוריו של הנפטר, כמו גם לקרוביו האחרים, אין מעמד חוקי לעניין הבאת ילדים לעולם בחייו ועל כן אין להם מעמד כזה גם לעניין הבאת ילדים לעולם לאחר מותו. משמע - אין להם, כך ההנחיה, זכות או מעמד חוקי ליתן הסכמה מקום שהנפטר התנגד ואף לא זכות או מעמד חוקי להתנגד מקום שקיימת הסכמה מפורשת או משוערת של הנפטר (פסקאות 20 ו-21 להנחיית היועץ); השוו להסדר בסעיף 6א בחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 לפיו מקום בו מתעורר צורך לנתח גופה או ליטול איבר להשתלה, המחוקק רואה בבת הזוג של המת כמי שמשקפת נאמנה את רצונו, ורצונה גובר על רצונם של בני משפחה אחרים. למען שלמות התמונה יצוין כי בשנת 2003 הוגשה עתירה ציבורית נגד הנחיית היועץ, אשר נמחקה בהמלצת בית המשפט תוך שמירת טענות העותר 'אם וכאשר תתעורר שאלה קונקרטי' (בג"ץ 10224/03 הקואליציה האזרחית נ' היועץ המשפטי לממשלה (22.9.2004)).

בשנת 2007 אומצה הנחיית היועץ, כלשונה, בסעיף 30 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 מיום 8.11.2007 שכותרתו 'כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית'. כמו כן, אומצה הנחיה זו על ידי הוועדה הציבורית בראשות פרופסור שלמה מור יוסף לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל (להלן: ועדת מור יוסף או הוועדה), שמשקנתיה פורסמו בחודש מאי 2012, אשר דנה בסוגיות שונות הנוגעות לפריון והולדה שאינן מוסדרות בחקיקה, ובהן: תרומות חומר גנטי, פונדקאות, קביעת הורות וכן שימוש בחומר גנטי לאחר המוות. באמצעה את הנחיית היועץ בנושא אחרון זה ציינה הוועדה כי: 'על אף הספקות, יש יסוד לייחס לאדם שיש לו בת זוג קבועה (נשואה או ידועה בציבור) רצון להביא איתה ילד לעולם, אם היא תחפוץ בכך, גם לאחר מותו. עם זאת, אין להרחיב אפשרות זו, שהיא חריג לעקרון ההסכמה מדעת להולדה, מעבר לגבולות הצרים שהותו בהנחיית היועץ, לפיהם הותר שימוש בזרע רק להפרייתה של בת הזוג ולבקשתה. התבססות על רצון משוער יכולה להיות מוצדקת רק כאשר ההשערה בדבר אותו רצון היא מובהקת, שוות ערך כמעט להסכמה מפורשת מדעת' (עמ' 44 לדו"ח הוועדה מחודש מאי 2012).

הוועדה הוסיפה וקבעה כי אין 'להפקיד בידי הורי הנפטר, אחיו או ילדיו את הזכות להחליט בדבר השימוש בזרע' ואילו חבר הוועדה, פרופסור אסא כשר, סבר בדעת מיעוט כי אין לאמץ את הנחיית היועץ המשפטי במקרה שבו לא הייתה לנפטר בת זוג והוא הלך לעולמו מבלי להותיר צאצאים. במקרה כזה ציין פרופסור כשר כי לדעתו: חזקה גם על אדם לא נשוי שהלך לעולמו ולא הותיר אחריו צאצאים שהיה רוצה להביא ילד לעולם. אם לא הורה במפורש אחרת, הוריו יכולים להיות אלה שיקימו לו זרע לאחר מותו, אם ימצאו אישה שתהיה מוכנה להרות מזרעו ולגדל את ילדו, בקשר נאות עם הוריו של המנוח. לפיכך, אם הוריו של אדם שלא היה נשוי ולא הותיר אחריו צאצאים מעוניינים להשתמש בזרעו כדי להביא לעולם ילד משלו, חובה היא לאפשר להם לעשות זאת, בעזרת אישה מתאימה. (שם, בעמ' 47) "[ההדגשות הוספו – הח"מ].

25. עוד יצוין, כי בפסק הדין **בבע"מ 7141/15 מתייחסים** חלק מהשופטים אף לטענות העולות בעתירה דן לפיהן נטילת זרע לאחר המוות מהווה פגיעה באוטונומיה האישית; זאת, תוך הפניה לכך שיש הגורסים כי הפעולה של נטילת זרע מנוגדת לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כן לחוק האנטומיה (ר' סעיפים 7 ו-11 לפסק דינו של כב' השופט עמית). כן ראו בסעיף 28 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר, המשווה בהיקש בין נטילה ועשיית שימוש בזרע של נפטר לבין סוגיית ניתוח גוויתו של אדם לשם קביעת סיבת מותו, ולחילופין על מנת להשתמש באיבריו לריפוי של אדם אחר המוסדרות בחוק האנטומיה, ביחס להסכמת קרוביו, תוך שהשופט דנציגר מבהיר בין היתר כי: "קיים שוני מהותי בין מערך הזכויות והאינטרסים – כמו גם השיקולים המוסריים והמשפטיים – העומדים ביסוד ההכרעה בשתי הסוגיות האמורות". כן השוו לסעיפים 13 ו-27 לפסק דינו של כב' השופט מלצר (אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה, וסבר כי באותו מקרה יש לאפשר להורים לעשות שימוש בזרע בנם המנוח חרף התנגדות בת הזוג), ולקריאתו את הוראות חוק האנטומיה – העוסקות לשיטתו בביטוי רצון קרובי הנפטר לגבי נתיחת גופתו, ואינן נדרשות לשאלת רצונו המשוער של המנוח.

26. מכל מקום, החשוב לענייננו הוא כי בית משפט נכבד זה דן לא אחת בהנחיה ויישומה במקרים שונים, ולא ראה לנכון לקבוע כי הוראות ההנחיה אשר פורסמה לפני למעלה מ-20 שנה, המאפשרות נטילה ושימוש בזרע כאמור – ניתנו בחוסר סמכות ובניגוד להוראות חוק האנטומיה. אדרבא, בית המשפט דן, לרבות בהרכב מורחב במקרים אשר הוכרעו לאור ההנחיה, תוך אמירה שהובעו דעות שונות בנושא, כפי שצוין לעיל. כאמור, הסעיפים בהנחיה הנוגעים לנטילת הזרע הם הבסיס הנורמטיבי לעשיית שימוש בזרע מנוח. משכך, הטענות לפיהן ההוראות המתייחסות לנטילה בהנחיה ניתנו בחוסר סמכות ובניגוד להוראות חוק האנטומיה, עלולות לשמוט את הקרקע מתחת להנחיה ולהלכה הפסוקה.

27. ואכן, במשך השנים, מאז פורסמה ההנחייה, נבחנו בקשות רבות לנטילה ולשימוש בזרע של נפטר בהתאם לכללים שנקבעו בהנחיה, אשר יצרה קורפוס שלם של פסיקה בנושא, לרבות כאמור גם בהרכב מורחב. כך, בבע"מ 7141/15 נפסק כי "מאז פרסום הנחיית היועץ בשנת 2003 התברר כי לעתים 'המציאות עולה על כל דמיון' וכי בבתי המשפט נדונות בקשות מגוונות לשימוש בזרע של נפטר..." (ר' סעיף 10 לפסק דינה של כב' השופטת חיות). כן ראו והשוו: בע"מ 378/20 **פלונית נ' בית החולים אסף הרופא** (3.6.20); בע"מ 1943/17 **שחר נ' מדינת ישראל** (15.8.17); בע"מ 6046/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית** (2.9.19), ועוד הליכים רבים שהתנהלו בבתי המשפט לענייני משפחה ובבתי המשפט המחוזיים.

הוראת השעה (מלחמת חרבות ברזל) - נטילת זרע לאחר המוות

28. כידוע ביום 7.10.23 נכפתה על ישראל מלחמה לנוכח מתקפת טרור רצחנית מרצועת עזה, שהובילה בימיה הראשונים למעלה מאלף הרוגים. בעקבות פניות שהתקבלו במשרד הבריאות מבתי חולים וממשפחות של נפגעים בנושא נטילת זרע מנפגעים, ובשל חשש שפניה לבית המשפט תאריך את הזמן הממושך ממילא בין המוות לבין נטילת הזרע מהנפטר, נטילת הזרע תסוכל, פנה משרד הבריאות לנציגי היועצת המשפטית לממשלה בכדי לבחון אפשרות לקבוע הוראת שעה שתאפשר גם להורים של נפטרים (בדומה לבת זוג) לבצע נטילת זרע מיקיריהם ללא צורך באישור בית המשפט. נוכח לשון סעיף 24(ד) להנחיה המכפיף את הפנייה לבית המשפט ל"מגבלות הזמן" ומאחר שהסעיף אינו נוקט בלשון של חובה אלא "שאיפה" – וזאת מתוך ראיית הנוול למצבים מורכבים והצורך בהכרעה מהירה של שלב הנטילה, בנסיבות הייחודיות של מצב החירום שהחל עם פרוץ המלחמה, ולאור כמות הנפטרים המשמעותית

וההתארכות של הליך זיהוי הנפטרים, אישרה המשנה ליועצת המשפטית לממשלה (ציבורי- חוקתי), אשר הוסמכה לכך על ידי היועצת המשפטית לממשלה, לבתי החולים לבצע נטילת זרע מנפטר גם לבקשת הורי הנפטר, מבלי להפנות אותם לבית המשפט, ובלבד שהם סבורים כי הפנייה לבית המשפט עלולה לסכל את אפשרות הנטילה נוכח חלוף הזמן ממועד הפטירה, ולמעט במצבים שבהם ידוע על קיומה של בת זוג המתנגדת לנטילה או ידוע על קיומו של בן משפחה המתנגד לנטילה (לפי סעיף 25(ב) להנחיה); או כאשר קיימת מחלוקת בין ההורים עצמם ביחס לנטילה. כן הודגש בהוראה הזמנית כי זו מתייחסת לנטילת הזרע בלבד ואין בה כדי להשליך על סוגיית השימוש בזרע שתיבחן בנפרד ובמסגרת הליך משפטי כמקובל. בהמשך לכך הפיץ משרד הבריאות לבתי החולים ולגורמים הרלוונטיים במטרה ובצבא את ההנחיה הזמנית ואת תנאיה, וכן לאחר מכן גם פרסם את הוראת השעה באתר משרד הבריאות והפיץ לבתי החולים וגורמים הרלוונטיים בצבא טופס בקשה והסכמה להליך ייעודי לתקופת הוראת השעה. (לעיל ולהלן – **הוראת השעה**).

29. בהמשך על מנת לוודא שהמצבים המורכבים אכן יובאו לפתחו של בית המשפט, התבקש משרד הבריאות לעדכן את הטופס הייעודי, כך שבמסגרתו יצהירו הורי הנפטר האם לנפטר הייתה בת זוג בעת פטירתו, ואם כן, מה עמדתה ביחס לבקשה.

העתק הטופס מצורף ומסומן **מש/2**.

30. יצוין, כי בימים הראשונים של המלחמה מיום 7.10 ועד יום 12.10 – בוצעו 16 הליכים לנטילת זרע מנפטר לבקשת הורים, כאשר לא רק שנטילת זרע שבוצעה לאחר יותר מ-72 שעות תמיד נכשלה, אלא התברר שכל שהנטילה בוצעה סמוך יותר למוות (עד 24 שעות לערך), הסיכוי למצוא זרע בתנועה גדל. עוד יצוין, כי באותה העת, על מנת לא לטעת תקוות שווא במשפחות, הנחה משרד הבריאות את הגורמים הרפואיים לא לבצע נטילה כאשר יש פער של יותר מ-72 שעות ממועד הפטירה ועד למועד הנטילה.

31. בהתאם לנתונים ראשוניים אלה, ביקש משרד הבריאות להאריך את הוראת השעה, נוכח הצפי שהיה בשעתו להמשך הלחימה, והעומס הצפוי על המערכת בשים לב לפרק הזמן במהלכו ניתן ליטול זרע, ולסוגיית הזיהוי שתאפשר את ביצוע הנטילה. במסגרת זו הובהר, כי עומס שעלול לסכל את הנטילה יכול להיווצר לא רק באירוע חריג וקיצוני כפי שארע עם פרוץ הלחימה הנוכחית, אלא גם במצב של לחימה שבו יכול להתרחש אירוע עם מספר רב של נפגעים מחוץ לשטח ישראל, או במצב של עיכוב בפינוי הגופה, וכי הזמן הנדרש לקיומו של הליך משפטי, אפילו כזה הלוך שעות ספורות, יכול לסכל את הצלחת הנטילה במקרים מסוימים. כן הובהר, כי משרד הבריאות ייעד צוות מצומצם המטפל בבקשות לנטילת זרע, ומסייע בהליך התיאום מול בתי החולים וגורמים נוספים.

32. בהמשך לכך, ובשים לב למצב הלחימה שהתמשך חודשים ארוכים, כולל אירועים של חללים רבים באותו יום, לקשיים בפינוי החללים מאזור הלחימה ולעיכובים שלא תמיד היה ניתן לצפות אותם מראש בעת לחימה ונוכח חלוף ההזדמנויות המצומצם לצורך ביצוע הנטילה, וכאשר נמצא כי במרבית המקרים כאמור בניסיונות לנטילת זרע לאחר פרק זמן רב יותר מ-24 שעות לא ניתן היה למצוא זרע בעל חיות, הוארכה הוראת השעה מעת לעת, בכפוף כאמור להמשך חתימת הורים על טופס בקשה והסכמה לנטילת הזרע בו, בין היתר, הם מצהירים על קיומה או היעדרה של בת זוג והפניית המקרים המורכבים לבית המשפט. נכון למועד כתיבת שורות אלה, הוראת השעה הוארכה והיא תקפה עד ליום 30.4.24.

33. יוער, כי ביום 5.2.24 פנו העותרים ליועצת המשפטית לממשלה, לשר הבריאות ולראש אכ"א, בדרישה כי תופסק נטילת הזרע (סעיף 17 לעתירה; נספח 5א). ביום 6.3.24, בטרם הספיקו הגורמים הרלוונטיים להשיב לפנייה, הוגשה העתירה דנן. בהמשך לכך, ביום 8.4.24 נמסר לעותרים בדוא"ל מטעם צוות פניות ציבור מחלקת ייעוץ וחקיקה באמצעות הדוא"ל כי: "נושא זה נמצא בבירור מול הערכאה שיפוטית ועל כן עמדת המדינה תובא במסגרת התשובה מבג"ץ".

עמדת המשיבים – מן הכלל אל הפרט

34. עמדת המשיבים היא כי העתירה אינה מגלה עילה משפטית להתערבות בית המשפט הנכבד בהנחייה, כמו גם בהוראת השעה.

35. כפי שפורט בהרחבה לעיל, ההנחיה בעניין "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" שגובשה ופורסמה עוד בשנת 2003, קבעה כללים ביחס לנטילה ושימוש בזרע. הנחיה זו, על הוראותיה, הפכה ברבות השנים להלכה פסוקה, ונדונה, בין היתר, בהרכב מרוחב **בבע"מ 7141/15**, במסגרתו נדונו בהרחבה הרציונלים העומדים ביסודה וזאת על רקע מחלוקת שהתגלעה ביחס לשימוש בזרע המנוח דשם, בין בת זוגו לבין הוריו.

כעולה מן ההנחיה, ההסדר החוקי גובש בשים לב לכך שהנושא של נטילה ושימוש בזרע מנפטרים אינו מוסדר בחקיקה, וחוק האנטומיה אינו מתייחס לסיטואציה של נטילת זרע מן המת מחד, אך גם אינו בגדר הסדר שלילי לעניין זה מאידך. שכן, האפשרות של נטילת זרע מנפטר ושימוש בו לאחר המוות פותחה שנים ארוכות לאחר שנחקק חוק האנטומיה בשנת 1953, וזאת הודות לטכנולוגיות חדשות שלא היו קיימות באותה העת; כאשר התכלית העומדת ביסוד הנטילה והשימוש בזרע של נפטר הוא כיבוד רצון הנפטר הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו, ורצונה של בת זוגו של הנפטר בקיום שאיפתם המשותפת, שנקטעה באיבה בשל המוות, לילד משותף לשניהם.

ההנחיה מילאה החלל בסוגיה זו, על רקע הליכים משפטיים שהתעוררו בסוגיה. כפי שפורט לעיל, אף ועדת מור יוסף שדנה בסוגיית הפיריון וההולדה בישראל, והקדישה פרק ייחודי לשימוש בחומר גנטי לאחר המוות, לא ראתה את חוק האנטומיה כחוק המסדיר סוגיה זו באופן מפורש.

בתוך כך, וכעולה מההנחיה, מאחר שנטילת זרע הכרוכה בנתיחה עשויה להיתפס כפעולה הפוגעת בשלמות הגופה, נקבע בהנחייה כי בכל הנוגע לנטילת הזרע כאשר מדובר בנתיחה, **התנאים הפרוצדורוליים** המנויים בחוק האנטומיה לסוגיית ההסכמה לנתיחה לאחר המוות, יחולו **בשינויים המחויבים** ביחס לסוגיית הנטילה, ובהם הדרישה להסכמת בת הזוג ולא-התנגדות של בן משפחה, כמפורט בסעיף 6א לחוק. כפי שפורט בסעיף 21 לעיל, למעשה התנאים שנקבעו בהנחיה אף מחמירים יותר מאלו שבחוק האנטומיה, וזאת בשל השוני הטמון בתכלית שלשמה נועדה נטילת הזרע מן המת. שכן, להבדיל מחוק האנטומיה והפתולוגיה, במצב שבשגרה, לפי ההנחיה, הוריו של המנוח נדרשים לפנות לבית המשפט לשם קבלת אישורו לנטילת הזרע אף אם אין התנגדות מטעם בת הזוג או מטעם בן משפחה אחר.

36. זאת ועוד; בית המשפט הנכבד, אשר דן ביישום ההנחיה לא אחת, אימץ את הגישה המשפטית העולה ממנו, ובוודאי שלא מצא אפוא לנכון לקבוע כי הוראות ההנחיה המאפשרות נטילה ושימוש בזרע ניתנו בחוסר סמכות ובניגוד להוראות חוק האנטומיה. ונזכיר כאמור בסעיף 25 לעיל את התייחסות כבי' השופטים להוראות חוק האנטומיה. כפי שצוין לעיל, הסעיפים הנוגעים לנטילת הזרע בהנחיה הם הבסיס הנורמטיבי לעשיית שימוש בזרע מנוח (למעט במצבים שבהם הזרע הופקד מראש). משכך, הטענות לפיהן ההנחיה ביחס להוראות הנטילה ניתנו בחוסר סמכות ובניגוד להוראות חוק האנטומיה, עלולות לשמוט את הקרקע מתחת להנחיה ויישומה.

המשיבים סבורים כי העותרים לא נימקו מדוע יש מקום לסטות מההלכה הפסוקה, הפסיקה הענפה בכל הערכאות ומהפרקטיקה הנוהגת, בחלוף למעלה מעשרים שנה ובשיהוי ניכר מאז פורסמה ההנחיה בתקופת כהונתו של היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין. יובהר כי לעמדת המשיבים הוראת השעה אינה משנה ממהות ההנחיה, ומשכך גם בה אין בכדי לשנות את המצב הנורמטיבי הקיים, המאפשר נטילה ושימוש בתנאים הקבועים בהנחיה. גם בכך יש כדי להצדיק את דחיית העתירה על הסף (להרחבה אודות שיהוי מינהלי ראו: ע"מ 867/11 **עיריית ת"א-יפו נ' אי.בי. סי ניהול והחזקה בע"מ** (28.12.14); כן ראו והשוו: בג"ץ 6190/21 **מיכאל פואה יו"ר תנועת "בוחרים במשפחה" נ' שר הבריאות** בסעיף 15 לפסק דינו של כב' השופט גרוסקופף (22.2.22).

37. אשר להוראת השעה – אף היא אינה מנוגדת לחוק האנטומיה ולא ניתנה בחוסר סמכות. כפי שצוין לעיל, הוראת השעה משנה את המצב המשפטי רק בכך שהיא מאפשרת להורי נפטר שלא לפנות לבית המשפט במצב שבו אין כל מחלוקת ביחס לנטילת הזרע. דרישה זו כלל לא מופיעה בחוק האנטומיה, אלא נובעת מההנחיה.

38. אם כן, כאמור, בכל הנוגע להוראת השעה – השוני היחיד בינה לבין ההנחיה הוא ויתור על צורך באישור בית משפט לצורך הנטילה לבקשת הורים. כפי שפורט לעיל, על פי נתוני משרד הבריאות, נטילת זרע בחלוף 24 שעות ממועד הפטירה עלולה לסכל את האפשרות ליטול את הזרע. על כן ובשים לב למצב החירום ומהות העניין הוחלט להקל בעניין זה את הפרוצדורה ולאפשר נטילה ללא צו שיפוטי, למעט במצבים שבהם ידוע על קרובי משפחה רלוונטיים שמתנגדים לנטילה, או כאשר קיימת מחלוקת בין ההורים עצמם (ראו לעיל את הטופס הייעודי נספח מש/2, עליו נדרשים ההורים לחתום). על כן, אין כל סתירה בהקשר זה להוראות סעיף 6א לחוק האנטומיה, שממילא לא דן באפשרות של הפניה לבית המשפט. יובהר, כאמור, כי אפשרות זו בהוראת השעה נוגעת להוראות הנטילה בלבד, ולא לשימוש בזרע, אשר יבחן בהתאם להנחיה ולפסיקת בית המשפט הנכבד.


39. עיון בעתירה מעלה כי העותרים מפנים בטענותיהם להצעת חוק שנדונה לאחרונה בנושא בכנסת (נספח 8 לעתירה; אף העותרים 4-5 מפנים להצעת חוק זו). בהינתן שמדובר בהצעת חוק בלבד שלא אושרה בכנסת, המצב הנורמטיבי התקף הוא ההנחיה והוראת השעה, ומשכך לעמדת המשיבים אין מקום להידרש לעניין זה (ונזכיר גם כי בית המשפט הנכבד ביקש התייחסות לשאלות תחומות בלבד ועל כן המשיבים לא ידרשו לעניין זה).

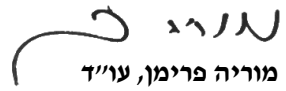
40. אשר לשאלת בית המשפט הנכבד ביחס לזכות העמידה של העותרים 1-3 יובהר, כי אכן יש קושי בבירור עתירה בסוגיה כה רגישה, מבלי שעומד בפני בית המשפט עניינו של אדם קונקרטי, והדברים מתבקשים להיבחן ממבט על בלבד. יחד עם זאת, בהינתן העובדה כי מדובר בתקיפה של הנחיית היועצת המשפטית לממשלה ובהינתן מהות הסוגיה, שעקב לוחות הזמנים המהירים של יישומה (בשלב הנטילה) עשויה להביא לכך שלא ניתן בהכרח להעמידה בפני ביקורת שיפוטית אגב מקרה קונקרטי, המשיבים אינם עומדים על דחיית העתירה על רקע שאלת זכות העמידה.

כאמור, עמדת המשיבים היא כי ממילא דין העתירה להידחות על הסף בהעדר כל עילה להתערבות שיפוטית.

41. העובדות בתגובה זו אושרו ואומתו על ידי פרופ' טליה גבע, מנהלת מחלקת פריון והולדה במשרד הבריאות. בשל טעמים טכניים, לא ניתן היה להחתימה על תצהיר, ותצהירה יחתם ויוגש לבית המשפט הנכבד בהקדם, לאחר פגרת הפסח.

היום, י"ג בניסן תשפ"ד
21 באפריל 2024


סיון דגן, עו"ד
סגנית במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה


מוריה פרימן, עו"ד
סגנית בכירה א' במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

תוכן עניינים

מס'	שם הנספח	עמ'
1	צילום המכתב מיום 29.11.23	16
2	העתק הטופס	18

נספח 1

צילום המכתב מיום 29.11.23

עמ' 16



29/11/2023

לכבוד: פרופ' טליה גבע – משרד הבריאות

הנדון: הליך הנצלת זרע מנפטרים – הסבר רפואי

1. הליך שימור הזרע מנפטרים (כפי שיתואר להלן) מתבצע בשני תרחישים:
 - א. גופת הנפטר מועברת למכון לרפואה משפטית. האשך נכרת מהגופה ומועבר בשלמותו לבנק הזרע ואנו מבצעים את פעולת ההנצלה באשך הכרות. לאחר הפעולה האשך מוחזר למכון לרפואה משפטית להכנת הגופה לקבורה.
 - ב. אנו מקבלים את גופת ההרוג לבית החולים לביצוע הפעולה. לאחר ההנצלה הגופה מוחזרת לצורך הכנתה לקבורה.
2. פעולת ההנצלה דומה בשני התרחישים: מבוצעת פתיחה כירורגית של מעטפת האשכים בכדי להגיע לרקמת האשך. מהרקמה ניטלות מספר דגימות (ביופסיות) אשר נלקחות למעבדת הזרע לחיפוש מיקרוסקופי של תאי הזרע. בתום ניטלת הביופסיות מבוצעת סגירה כירורגית של הרקמות העוטפות את האשך והעור.
3. ככלל הפעולה מבוצעת באשך בודד. מכיון שמדובר בגופה ללא פעילות לבבית אין זרימת דם והדימום (אם בכלל) מועט ביותר¹.
4. לסיכום - לא מדובר בהליך "שאיבה" של זיקור בלבד אלא פעולת נתיחה שכוללת פתיחה כירורגית של רקמות (עור, מעטפות האשך), ניטלת ביופסיות מהרקמה וסגירת כירורגית של החתכים.

מרכז רפואי שמיר (אסף הרופא)
ד"ר איתי גת
מומחה במיילדות וגינקולוגיה ופרייון
מנהל פוריות הגבר ובנק הזרע
מ.ר. 38246 מ.ג.מ. 3063

ד"ר איתי גת

מנהל בנק הזרע ופרייון הגבר

המרכז הרפואי שמיר (אסף הרופא)

¹ התיחסות לדימום מכיון שלמיטב הבנתי לשאלת הדימום עשויה להיות משמעות הלכתית.

נספח 2

העתק הטופס

עמ' 18

טופס בקשה לנטילת והקפאת זרע לאחר המוות במלחמת "חרבות ברזל"

המרכז הרפואי _____ משתתף בצערכם על מות יקירכם _____.

פניתם אלינו על מנת לנסות להפיק זרע מהאשך של יקירכם, לצורך שימור והקפאה כדי לאפשר שימוש עתידי להולדה. על פי הידוע כיום, הסיכוי למציאת זרע חי קשור באופן הדוק למרווח הזמן שבין מועד הפטירה לביצוע פעולת נטילת הזרע. כאשר הזרע שנמצא אינו בתנועה, הסיכוי שיביא להפריה והריון נמוך ביותר. לצורך הפקת הזרע תילקח רקמה מתוך האשך באמצעות פעולה כירורגית. מהרקמה ייקחו מספר דגימות (ביופסיות) אשר יועברו למעבדה לחיפוש מיקרוסקופי של תאי הזרע. ייתכן ויהיה צורך לבצע בדיקות מעבדה נוספות, כגון בדיקת חיות של תאי הזרע, שישפיעו על ההחלטה אודות הקפאתם. אם יאושר שימוש בזרע להולדה בעתיד, רצוי שתהיה דגימת DNA (החומר שמועבר בתורשה) שאפשר יהיה לבצע בה בדיקות גנטיות. במידת האפשר, תילקח דגימה נוספת בסמוך לנטילת הזרע, לצורך הפקת DNA בלבד ושמירתו.

לצורך קיום בקשתכם, נודה על מילוי הפרטים הבאים:

א. פרטי המבקש/ת/ים:

שם _____ מס' ת.ז. _____ קרבה למנוח: _____
 טלפון: _____ כתובת: _____
 דואר אלקטרוני: _____

שם _____ מס' ת.ז. _____ קרבה למנוח: _____
 טלפון: _____ כתובת: _____
 דואר אלקטרוני: _____

שם _____ מס' ת.ז. _____ קרבה למנוח: _____
 טלפון: _____ כתובת: _____
 דואר אלקטרוני: _____

אנו מבקשים לאפשר נטילת זרע מרקמת אשך, אחסון ושמירת הזרע של **(פרטי הנפטר)**.

מר _____, ז"ל מס' ת.ז. _____ במרכז הרפואי _____
 אנו מצהירים שלא ידועה התנגדות של הנפטר לנטילה.

ב. בבקשה של הורים של נפטר יש לפרט גם בדבר קיומה של זוגיות:

האם הנפטר היה בזוגיות? _____
 ככל שהיה בזוגיות יש לפרט: _____
 שם _____ טלפון _____ ת.ז. _____



אני/אנו מצהיר/ה/ים כי לא ידועה התנגדות של _____ לנטילה מהנפטר.

ג. כמו כן אני/אנו מצהיר/ה/ים כי לא ידועה התנגדות לנטילה של קרוב משפחה אחר.

ידוע לנו והוסבר לנו היטב כי הזרע יישמר בהתאם למידע הרפואי והטכנולוגי הקיים היום. כמו כן, הוסבר לנו כי אין מספיק מידע לגבי עמידות הזרע לתקופה ארוכה ותיתכן פגיעה בטיבו ובפעילותו של הזרע במהלך השנים.

ידוע לנו כי יתכן שלא ניתן יהיה להפיק DNA, או שאיכות ה-DNA שיופק לא תאפשר ביצוע בדיקות גנטיות או חלק מהן. ידוע לנו שבדיקה גנטית לצורך הוכחת קשרי משפחה תבוצע רק לפי צו של בית משפט למשפחה ובמעבדה המוסמכת לכך.

ידוע לנו כי ככל שאבקש/נבקש לעשות שימוש בזרע המנוח יהיה עלינו להגיש בקשה מתאימה לבית המשפט המוסמך והיא תידון בהתאם למצב המשפטי שיהיה תקף באותה עת.

אם יחול שינוי בפרטים שציינו בטופס זה אנו מתחייבים להודיע לכם על כך.

חתימת המבקש/ת/ים:

תאריך: _____ שם: _____ חתימה: _____

תאריך: _____ שם: _____ חתימה: _____

תאריך: _____ שם: _____ חתימה: _____

חתימת הגורם המסביר:

תאריך: _____ שם: _____ תפקיד: _____

חתימה: _____