

הולדה מזרעו של מת בישראל: הברית בין משפחתיות, פרו־נטליזם, שכול, מיליטריזם ופטריארכיה

צבי טריגר, יעל השילוני־דולב*

תקציר. מאמר זה שואל מה אפשר את הקונסנזוס הסוציו־משפטי סביב הולדה לאחר המוות בישראל ואת התבססותו של דגם משפחתי חדש, שכינינו "משפחה מורחבת מבחירה". דגם זה נוצר בשני מצבים: כשגבר צעיר מת בלא בת זוג, או כאשר בת זוג אינה מעוניינת להרות מזרעו אבל הוריו מעוניינים בהולדת נכד. ה בסיוע אישה אחרת. המחקר בוחן מה אפשר להורים, שבעבר היו חסרי כל מעמד בנוגע לשימוש בזרעו של בנם המנוח, לעקוף את האלמנה ולהגדיל מאוד את סיכוייהם להולדת נכד. ה. טענותינו מבוססות על ניתוח השיח הרשמי סביב הולדה לאחר המוות בשני העשורים האחרונים, הכולל פסקי דין שפורסמו בשנים 1997-2022, הנחיות יועמ"ש, המלצות של ועדה ציבורית, חמש הצעות חוק ופרוטוקולים של ישיבות ועדות הכנסת. אף שהצעות החוק המוקדמות בנושא התמקדו בחיילי צה"ל, ההצעה האחרונה מתייחסת לכלל אזרחי המדינה, ויוצרת הסדר ייחודי לחיילים. לטענתנו, הברית הישראלית בין משפחתיות, פרו־נטליזם, שכול, מיליטריזם ופטריארכיה פתחה שער למבנה המשפחתי המהפכני, ובמובנים מסוימים אף הפכה אותו למחייב בהקשר של מות חיילים.

מילות מפתח: הולדה לאחר המוות, משפחה, פטריארכיה, שכול, מיליטריזם

* פרופ' צבי טריגר, הפקולטה למשפטים ע"ש שטריקס, המסלול האקדמי – המכללה למינהל פרופ' יעל השילוני־דולב, המחלקה לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, אוניברסיטת בן־גוריון בנגב המאמר נכתב טרם השבעה באוקטובר 2023. המלחמה העצימה מאוד את הדרישה לשימור זרע, הן של אזרחים שנרצחו במעשי הטבח שביצע החמאס, הן של חיילים שנפלו בקרב. בהיעדר הסדרה חוקית, ניתנו פתרונות מיידיים שתמכו בשאיבת זרע מהחללים ואפשרו זאת. אך השימוש בזרע שנשאב לצורך הולדה צפוי לדרוש פתרונות משפטיים חדשים.

העניין פה יפרוץ תקרת זכוכית. ברגע שיהיה מאוד קל למכור את הרעיון של חיילים, העניין ייפתח.¹ אנחנו הורים סובלים, אנחנו נכים, לקחו לנו משהו מהנשמה שלנו. [...] לא ביקשנו מכם כסף, ביקשנו סך הכל קצת שמחה, שיהיה לנו משהו, שבמקום לתלות את התמונות של הילדים שאינם נתלה תמונות של נכדים.²

הקדמה

המונח "הולדה לאחר המוות" מתאר שימוש מכוון בטכנולוגיה רפואית במטרה להביא ילד. לעולם כאשר האב הגנטי, האם הגנטית או שניהם (אם נותרו אחריהם טרום-עוברים מוקפאים) מתים (Hashiloni-Dolev & Schicktan, 2017). הולדה בנסיבות אלו אסורה במדינות רבות ומותרת באחרות, תחת מגוון תנאים ומגבלות. מדינת ישראל מתוארת בספרות המחקר כמדינה המתירנית בתבל בתחום זה.³ חריגותה באה לידי ביטוי בשני היבטים. האחד הוא שמדיניותה מתבססת על הנחת המוצא שכל גבר מת מעוניין בהמשכיות ובשימוש בזרעו לאחר מותו, אלא אם הביע התנגדות לכך (ולכן אין צורך בהסכמה מדעת); ההיבט השני הוא ההיתרים הרבים יחסית שניתנו להורים ישראלים לעשות שימוש בזרע בנם המת לצורך הולדת נכדה, עם אם יחידנית שלא הכירה את הבן וקיבלה למעשה תרומת זרע לא אנונימית מהוריו.⁴

במרבית המדינות האחרות שבהן מותרת הולדה לאחר המוות, רק בת זוגו של המנוח מורשית להשתמש בזרעו לצורך זה. אם המנוח לא הותיר אחריו בת זוג או שבת זוגו אינה מעוניינת בכך, זהו סוף פסוק, ואין להוריו כל זכות להוליד לעצמם נכדה. מזרעו בעזרת אישה שלא הכיר.

בשלהי כהונתה של הכנסת ה-24 עברה בקריאה ראשונה הצעת חוק המיועדת להסדיר את נושא ההולדה מזרעו של מת.⁵ לאור הקונסנזוס הבין-מפלגתי הרחב על חקיקת חוק כזה (ההצעה עברה פחות מחודשיים לפני הבחירות לכנסת ה-25), סביר להניח שהצעת החוק

- 1 דברי אם שכולה, פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.
- 2 דברי אב שכול, פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022. התבטאויות דומות הופיעו בתקשורת (ראו למשל שליטא, 2022). יגיל לוי (2016) מצייין שבצבאות מודרניים, לרבות בצה"ל, נהוג "משטר תגמול" המיועד לתגמל את החיילים באופן חומרי ובאופן סמלי בעבור ההקרבה, גם בגיוס חובה.
- 3 לסקירה נרחבת של ייחודיות השיח הבין-אתני בישראל בהקשר בינלאומי, בשאלת ראשית החיים בכלל ובסוגיית ההולדת לאחר המוות בפרט ראו, Gilbar & Ram-Tiktin, 2020; Ram-Tiktin et al., 2018; Raz, 2018; Tremellen & Savulescu, 2015.
- 4 לא ניתן לדעת במדויק כמה היתרים כאלה ניתנו, משום שהם ניתנים על ידי בתי המשפט לענייני משפחה בדלתיים סגורות.
- 5 הצעת חוק שימוש בזרעו של נפטר לשם הולדה, התשפ"ב-2022, ה"ח 940, עמ' 290-312 (19.9.2022).

תקודם ותשמור על רוחה המקורית, לאחר שני עשורים שבמהלכם נותרה הסוגיה בלתי מוסדרת והיטלטלה בין עמדות שונות ולעיתים מנוגדות. זירת המחלוקת נעה בין הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (שאינן מחייבות אלא את הפרקליטים.ות הטוענים.ות מטעמו בבתי המשפט) ובין פסיקות סותרות של בתי המשפט בכל הערכאות, לרבות בית המשפט העליון. מנקודת מבט בינלאומית השוואתית כל העמדות האלה אמנם מתירניות מאוד, אך בהקשר הישראלי הן מייצגות גישות מנוגדות בעיקר ביחס למעמדן של הורי המנוח בנוגע לשימוש בזרעו.

אנו שואלים מה אפשר את הקונסנזוס הסוציו-משפטי סביב ההולדה לאחר המוות בישראל ואת התבססותו של דגם משפחתי חדש שבא לעולם באמצעות טכנולוגיות הפריזון החדשות, דגם שכונה בספרות "משפחה מורחבת מבחירה" (Hashiloni Dolev & Triger, 2020). דגם זה נוצר בעבור שני מצבים: האחד כשלמת לא הייתה בת זוג בעת מותו, והאחר כאשר בת זוגו אינה מעוניינת להרות מזרעו אבל הוריו מעוניינים בהולדת נכד.ה ממנו, אף אם ההולדה תבצע בסיוע אישה שלא הכירה את בנם המנוח, ואפילו כאשר האלמנה מתנגדת לכך. במילים אחרות, במאמר זה נשאל מה אפשר להורים, שבתחילה היו חסרי כל מעמד בסוגיה, להגדיל מאוד את סיכוייהם להולדת נכד.ה מזרע בן שנפטר, גם בלי בת זוג שהייתה למת בחייו.

מאפיין ייחודי נוסף של השיח הישראלי הוא שעקיפת האלמנה על ידי ההורים וההיתר להקמת "משפחה מורחבת מבחירה" עוגנו במסגרת תהליכי החקיקה בהקשר צבאי מובהק. שורשי התהליך נטועים בהצעה לתיקון חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום, תש"י-1950). כוונת המציעים המקורית הייתה לחוקק חוק שלא יחול על כלל הגברים המתים בישראל, אלא על חיילים בלבד. בהצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה הוחל החוק המוצע על כלל האזרחים, להוציא כמה סעיפים ייחודיים לחיילים, כגון חתימה במעמד הגיוס לצה"ל על טופס לשימוש בזרע לאחר המוות. התוצאה היא שרק חיילים יידרשו להתמודד עם שאלת השימוש בזרעם, ואילו לגבי אזרחים הדבר נותר לשיקול דעתם של הנותרים אחריהם ולהכרעת בתי המשפט במקרים של מחלוקות, אלא במקרים נדירים שבהם אזרחים בוחרים למלא טופס שכזה. טענתנו היא כי את המדיניות הישראלית אפשר להבין כתוצר של ברית מקומית בין משפחתיות, פרו-נטליזם, מיליטריזם, שכול ופטריארכיה.

מתודולוגיה

טענותינו מבוססות על ניתוח השיח הרשמי סביב ההולדה לאחר המוות בשני העשורים האחרונים. בכך אנו כוללים את כל פסקי הדין שפורסמו במאגרי המידע המשפטיים בין ינואר 1997 ובין מאי 2022, הנחיות היועמ"ש משנת 2003⁶, המלצות של ועדה ציבורית

6 "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג).

שדנה בין היתר בנושא זה (משרד הבריאות, 2012; להלן המלצות ועדת מור-יוסף), חמשה הצעות חוק⁷ ופרוטוקולים של דיונים בהצעות החוק.⁸ הניתוח מתמקד בדפוסי השיח ובהנמקות המרכזיות המשמשות בשיח וכן בשיקולים, בהנמקות ובבעיות המושגות במסגרת השיח, אגב התחקות אחר האבולוציה של ההסדר המשפטי המתגבש – מהתמקדות בחיילי צה"ל בלבד בהצעות החוק המוקדמות ועד להכללת כלל אזרחי המדינה (לפחות לכאורה) בהצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה, ויצירת הסדר ייחודי לחיילים במסגרת ההסדר המכליל.

לצורך הניתוח האיכותני של המסמכים נעזרנו בשיטת מחקר שבמסגרתה הטקסטים משמשים מעין מרואיינים (Bowen, 2009; O'Leary, 2005). בקריאת הטקסטים "שאלנו" מה "עמדתם" בסוגיות הנובעות משאלות המחקר שהוצגו לעיל. המסמכים נותחו באופן עצמאי על ידי כל אחד מהמחברים, ולאחר מכן השווינו את מסקנותינו ודנו בהן כדי לזהות את החלקים הרלוונטיים למחקר זה.

מיקומנו כחוקרים בשדה השתנה במהלך השנים. יצאנו אל הדרך כחוקרים הצופים מן הצד במדיניות ומציעים ניתוח סוציו-משפטי הן בהתבסס על טקסטים משפטיים, הן בהתבסס על ראיונות עם גברים ונשים צעירים. לגבי רצונותיהם המשוערים. לאחר שפורסמו מאמרנו הקודמים בנושא, עשו פסקי דין שונים שימוש בדברינו וכך הפכו מחקרנו לחלק מן השדה.⁹ מאוחר יותר, בקיץ 2022 ובשלב מתקדם של הדיונים בהצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, אף הוזמנו לקחת חלק כמומחים בישיבות ועדת העבודה והרווחה שדנו בהצעת החוק. כמו כן התבקשו להעיר על טיוטה של הצעת החוק בנוסחה האחרון, המכליל. כך הפכו מחוקרים-צופים מן הצד, העוסקים מאז שנת 2014 בהולדה לאחר המוות, לחוקרים משתתפים שאף משפיעים במידת מה על תהליך החקיקה.

שכול, מיליטריזם, פטריארכיה ודת בשיח על המשפחה המורחבת מבחירה

הולדה לאחר המוות משמרת את התפיסה הגנטית של ההורות, אבל מוותרת על הורות פעילה. המבקשים להוליד צאצא גנטי לנפטר קוראים תיגר על הצורך בשני הורים מגדלים ובפרט על הצורך באב (בדומה לאימהות יחידיניות מבחירה), על התפיסה בדבר הצורך בהורה אחד מכל מין (בדומה לזוגות חד-מיניים) ועל הפרדה בין החיים למוות. בעבודות

7 הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה) התשע"ז-2017 (ח"כ רויטל סוויד); הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה), התש"ף-2020 (ח"כ עוזי דיין); הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה), התשפ"א-2021 (ח"כ מאי גולן); הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022 (ח"כ צבי האוזר); הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022 (ח"כ עידית סילמן).

8 ראו באתר הכנסת את פרוטוקולי הדיון לגבי הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון – שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022.

9 ראו למשל בע"מ 157141 פלוגית נ' פלוגית (2016).

קודמות (השילוני-דולב וטריגר, 2016; טריגר, 2017; 2020; Hashiloni-Dolev & Triger) טענו כי החשיבות המוקנית בישראל להמשכיות הזרע ולעידוד הילודה מאפשרים את ההולדה מזרעו של גבר מת ואת קריאת התיגר על מבנה המשפחה ועל תפיסת ההורות הנורמטיבית.

לצד אתגור ההורות הנורמטיבית, יש בהולדה מן המת הנחות מוצא שמתייבות עם תפיסה מסורתית של הורות ומשפחה. למשל, ההנחה כי המת רוצה להיות "הורה" מבוססת על התפיסה שהורות גברית – אבהות – אינה הורות פעילה ובוודאי אינה ההורות העיקרית, ושגברים מעוניינים בעיקר בהנצחת זרעם. זוהי תפיסה ממוגדרת שלפיה אבהות נובעת מרצון בהמשכיות, ואילו אימהות נובעת מאינסטינקטים "אימהיים-טיפוליים". מכאן, טענו כי ההנחה המקובלת בדבר הרצון המשוער של גברים מבטאת עמדה פטריארכלית הרואה את האישה כצינור להמשכיות הגבר המת. עמדה זו ממשיכה תרבויות במזרח הקדום שראו בזרע את תמצית הגבריות והמקור היחיד לחיים, ובאישה וברחמה "תנור גידול" המזין את הזרע הגברי, כמו אדמה (השילוני-דולב וטריגר, 2016).

אלא שמהמחקר האמפירי עולה כי לא כל הגברים שותפים לעמדה זו, וכי עמדותיהם באשר לתוכני האבהות מגוונות יותר מהדימוי הרווח של האב במשפט הישראלי. ראינות שערכנו עם גברים צעירים עם בנות זוג וללא ילדים חשפו מגוון עמדות. מרבית הגברים טענו כי אין להם כל עניין אישי בהנצחת זרעם, או בכלל כמה שיקרה לאחר מותם. עמדותיהם נעו על ציר שבין התנגדות להולדה לאחר המוות, משלל טעמים ובהם טובת הילד, ובין מה שמכונה "הסכמה משוערת", כלומר הסכמה שהנותרים בחיים יעשו שימוש בזרע אם הדבר יקל עליהם, אבל לא כדי להגשים את רצון המת. באשר לבת הזוג, גברים רבים הביעו משאלה שאם ימותו היא תקים משפחה עם גבר אחר, ורק אם לא תצליח בכך תעשה שימוש בזרעם כאם יחידנית. חלק מהמרואינים הביעו סלידה מעצם הרעיון שהוריהם יביאו לעולם נכדה עם אישה שהם לא הכירו בחייהם, ואחרים אמרו שהם מעוניינים בכך, או לפחות אינם מתנגדים להליך.¹⁰

גם מחקר שנעשה בקרב מתגייסים צעירים, שבו התגלתה תמיכה רבה יותר ברעיון ההולדה לאחר המוות, הראה מגוון של עמדות. כשליש מהחיילים התנגדו לכל תסריט אפשרי של הולדה מזרעם לאחר מותם (Bokek-Cohen & Ravitsky, 2019). ממצאים מגוונים אלו מלמדים כי הנחת הרצון המשוער תקפה רק לחלק מהגברים, והיא למעשה השלכה של רצון החיים על המתים, המתבססת על הנחה פיקטיבית בדבר רצונם של גברים באשר הם גברים.

הולדה לאחר המוות היא גם צורה עכשווית של התמודדות עם שכול ואבל, ושל מעבר מהנצחה והמשכיות סימבוליות של המת לפעולה ממשית של הולדת ילד. מזרעו. פעולה זו מאשרת את יחסה של החברה בת זמננו לקשר הרצוי בין החיים למתים ולטיבו של אבל ראוי, אך גם מאתגרת אותו (Lavi, 2017; Katz & Hashiloni-Dolev, 2019). ברוננו לאטור תיאר את החברה המודרנית כחברה המשרטטת הבחנה ברורה בין החיים למתים, מתוך תהליך ה"טיהור" המפריד בין הספרות האונטולוגיות של המודרני והטרור-מודרני

10 להרחבה בנושא הרצון המשוער של המת וסוגיית ההסכמה מדעת ראו השילוני-דולב ואחרים, 2014; השילוני-דולב וטריגר, 2016.

(Latour, 2012). אלא שבימינו מתרחשת הכלאה בין חיים ומוות חברתיים וביולוגיים, שאולי בעצם, לפי שיטתו של לאטור, לא נפרדו מעולם. ההכלאה מתרחשת הן ברמה המעשית, דרך האפשרות להרות מזרע של מת, הן ברמה של תפיסות חברתיות ותיאוריות פסיכולוגיות בנוגע לאבל תקין או פתולוגי ולקשר הראוי עם המתים (Katz & Hashiloni-Dolev, 2019).

כך, בוב סימפסון טוען כי זרע של גברים צעירים שמתו נושא פוטנציאל של השבת הסדר על כנו בתוך כאוס האובדן וקטיעת ההמשכיות (Simpson, 2001). לעומת זאת, יש הרואים בקיומו של זרע הנפטר ובאפשרות להרות ממנו מניעה של האפשרות למות ולהיפרד (Kowal & Radin, 2015), שכן תמיד קיים פוטנציאל לילדה. עתידי שימשיך את הקשר הממשי בין המת לבת או בן זוגו או להוריו. בכך, הפרקטיקה הטכנולוגית של הולדה לאחר המוות נושאת בחובה הבטחה להתגברות על הפגיעה החמורה המגולמת במוות של אדם צעיר ומעין ניצחון על האובדן והמוות, אך היא גם מגלמת את מניעת האפשרות לקבל את המוות כמו שהוא (או כמו שהיה בעבר), בהעניקה משמעות חדשה לאבל ולדרכי ההתמודדות עימו.

צורה חדשה כזאת של התאבלות באמצעות הולדה מן המת מתממשת במה שכינינו "משפחה מורחבת מבחירה" (להלן מ"מ"). את מושג המשפחה מבחירה טבעה קאת וסטון (Weston, 1997), שזיהתה אלטרנטיבה שיצרו גברים הומואים בסן-פרנסיסקו בסוף המאה הקודמת למשפחות מסורתיות שמוקמות בדרך של נישואים והולדה. שלא כמו המשפחות המסורתיות, המשפחה מבחירה מבוססת על בחירה בבני המשפחה ולא על יחסי שארות ביולוגיים. בעקבות וסטון, אנו טוענים שהולדת נכד מזרעו של הבן המת על ידי הוריו מייצרת דגם חדש של משפחה מבחירה, שמשלב אותה עם המשפחה המסורתית המורחבת. המ"מ משלבת בין אלמנט השארות הביולוגית (באמצעות שימוש בזרעו של הבן וטיעון ההמשכיות) ובין אלמנט הבחירה (הוריו של המת בוחרים את אם נכדם, אישה שבנם המת כלל לא הכיר). מכיוון שמדובר בהולדת נכד ולא בהולדת בן, זוהי משפחה מורחבת מבחירה כמו זו שווסטון זיהתה בקהילה הלהט"בית בשלהי המאה הקודמת, ולא "משפחה גרעינית" (Hashiloni-Dolev & Triger, 2020).

מ"מ משלבות בין מאפיינים של משפחות מסורתיות ופוסט-מודרניות וכן בין מאפייני המשפחה הגרעינית לאלה של זו המורחבת, ומאתגרות את ההבחנות המקובלות בין המשפחה המודרנית, הנחשבת כמגשימת המאוויים האישיים, ובין המשפחה המסורתית, הנחשבת כמגשימת הציוויים המשפחתיים והקולקטיביים. המשפחות הללו רותמות את טכנולוגיות הפריון לייצורה של משפחה מורחבת שבה הורי המנוח בוחרים לעצמם תחליף כלה לצורך המשכת זרע בנם, בהישענם על לגיטימציה שמקורה בערכי משפחה טרום-מודרניים ובדין העברי העתיק בדבר ייבום וחליצה.¹¹ האם היחידנית מקימה לעצמה כך משפחה מתרומת זרע לא אנונימית, שבה נשמר הקשר עם משפחת המוצא של האב המת, ואף שהיא אינה מקימה משפחה גרעינית במובנה המסורתי, היא מצטרפת ישירות למ"מ.

11 דין הייבום והחליצה הוזכר בהנחיית היועמ"ש כהצדקה להתרת הולדה מזרעו של מת בנסיבות מסוימות. דין זה אוזכר גם בדיוני ועדת העבודה והרווחה על הצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה בספטמבר 2022.

כמו שנראה בהמשך, משפחות כאלה קמו בישראל לאורך 20 השנים האחרונות, אך יחסם של בית המשפט ושל ועדות ציבוריות אליהן היה אמביוולנטי. גם עמדת ההלכה היהודית בנוגע לסוגיה זו אינה חד־משמעית. רבנים בני ימינו הביעו לגביה עמדות שונות ואף סותרות, החל בטענה כי ההלכה ברובה מתנגדת לכך (שני, 2007), דרך יחס זהיר המוכן לאפשר זאת רק אם הנפטר הביע את רצונו בכך (שרלו, תשע"ח), וכלה בעמדה המצדדת בהתרת הולדה ממת, ובהעדפת זכויות ההורים על פני האלמנה אם קיימת מחלוקת ביניהם (סתיו, 2017). לפיכך גם השיח הדתי לא תרם להכרעה במחלוקת. רק משעווגנה סוגיית ההולדה מן המת בשיח השכול הצבאי החל להיווצר קונסנזוס חברתי־משפטי.

בישראל, מותם של גברים צעירים ותרבות השכול הכללית קשורים בעבותות ללאומיות ולשכול הלאומי־צה"לי. אלה משפיעים על תרבות השכול הישראלית בכללותה ומעצבים אותה (Lebel, 2011). כפי שכתב ברוך קימרלינג, "אנו חברה מיליטריסטית מובהקת, ומיליטריזם זה הוא גם העיקרון המארגן שסביבו נעה החברה הישראלית, פועלת, קובעת את גבולותיה, את זהותה ואת כללי המשחק הנהוגים בה" (קימרלינג, 1993, עמ' 123-124). לפי קימרלינג, המיליטריזם הישראלי הוא "מיליטריזם אזרחי", כלומר הוא חדר לתרבות הכללית ומעצב אותה באופן לא מודע, מובן מאליו וטבעי לכאורה (ראו גם לוי, 2016, 2023). בהשאלה מקימרלינג אפשר לומר שההתכוונות המתמדת של הלך הרוח האזרחי בישראל אינה רק לקראת מלחמה, אלא גם לקראת שכול. הבחירה לחוקק חוק שמוקדש להולדה מזרעו של מת, חוק ששורשיו בארבע הצעות חוק לעיגון חקיקתי של הולדה מזרעם של חיילים מתים בלבד, מבטאת זאת, כפי שנדגים להלן.

תקציר פרקי העלילה הקודמים: המדיניות בנושא הולדה מזרעו של מת, עד להכרעת בית המשפט העליון בשנת 2016

מאז סוף שנות התשעים נדונו בבתי המשפט בישראל מקרים שבהם אלמנות, ומאוחר יותר הורים שכולים ונשים שלא הכירו את המנוח, ביקשו לאשר הפריה מזרע של מת, שנשאב עוד בחייו או סמוך למותו. בראשית הדרך היו אלה הורי המת שהתנגדו לרצון כלתם להביא ילד לעולם מזרעו של בנם, מחשש לתביעות כלכליות נגדם. עתירותיהם נדחו בנימוק שאין להם מעמד בנוגע להחלטות האינטימיות של בנם ובת זוגו, וכן שאין להם הזכות שלא להפוך לסבים וסבתות.

בד בבד, כבר בשנת 2002 ביקש ארגון משפחה חדשה לקדם הקפאת זרע של חיילים טרם גיוסם במימון המדינה, במסגרת בנק הזרע, ולהחתים את המתגייסים על הנחיות בנוגע לרצונם אם פוריותם תיפגע במהלך השירות הצבאי או שהם ייהרגו (משפחה חדשה, 2002). הצעה מוקדמת זו ביקשה לאפשר הולדה לא רק לבת הזוג אלא גם להורים, שבמקרה שאין בת זוג יוכלו להשתמש בזרע המנוח לשם הולדה עם אישה שלא הכיר. ההצעה לא קודמה בשל התנגדות הצבא ומערכת הביטחון על רקע העלויות הגבוהות הכרוכות בה, ובשל טענה לפגיעה מורלית ופסיכולוגית בחיילים. באותה שנה התפרסמו מאמרים אקדמיים שקיימו ביניהם פולמוס בנוגע לסוגיה זו (כשר, 2002; לנדאו, 2002; שלו, 2002).

הצטברות של פעילות ציבורית ואקדמית ושל תביעות בנושא הולדה מן המת, והיעדר כללים מנחים, הובילו לכך שבשנת 2003 פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות במטרה

להסדיר את הסוגיה. הנחיות היועמ"ש אינן דין מחייב; הן נועדו לספק קווים מנחים לבאי כוחו הטוענים בבתי המשפט כיצד להשיב בבית המשפט לבקשות להולדה לאחר המוות. ההנחיות אימצו את דגם הרצון המשוער של המת, וקבעו שגם בהיעדר הנחיה מפורשת ממנו אפשר להניח כי היה רוצה שיעשה שימוש בזרעו לצורך הולדת צאצאים לאחר מותו, על ידי אלמנתו. ההנחיות שללו במפורש את מעמדם של הורי המת ושל קרובים אחרים, ולא התייחסו למצב שבו אין למנוח אלמנה או שזו אינה מעוניינת להביא ילד לעולם מזרעו הוריו מעוניינים להתקשר לצורך זה עם אישה שלא הכיר בחייו.

משנה זו ואילך נבחנו הבקשות לאורן של הנחיות היועמ"ש, ומאוחר יותר גם מתוך התייחסות להמלצות ועדת מור'יוסף משנת 2012.¹² ועדה ציבורית זו מונתה על ידי משרד הבריאות כדי שתמליץ על חקיקה מקיפה בסוגיות של טכנולוגיות פריזן בישראל, בהינתן היעדר החקיקה בתחום (טריגר, 2016). בנוגע להולדה מזרעו של מת, הוועדה המליצה כי בהיעדר הוראות מקדימות מפורשות שהשאיר הנפטר, אין להשתמש בזרעו אלא להפריית בת זוגו הקבועה בחייו. בהתאם לכך, רק לה נתונה הרשות לבקש את שאיבת זרעו לאחר מותו. עוד המליצה הוועדה שלא להפקיד בידי קרובים אחרים של הנפטר – הורים, אחאים או ילדים – את הזכות להחליט בדבר השימוש בזרעו. המלצות אלו לא אומצו בחקיקה (החקיקה המסתמנת כיום אף מתרחקת מהן, כפי שנסביר בהמשך). מצב זה של לקונה חקיקתית הותיר את השדה להכרעות בתי המשפט לענייני משפחה במקרים של עתירות לשימוש בזרעו של גבר שנפטר.

סוגים שונים של תביעות הולדה לאחר המוות נידונו בערכאות משפטיות שונות, כמו למשל סכסוכים בין הורי המנוח לבת זוגו במקרים שבת זוגו לא הייתה מעוניינת להרות מזרעו, או מחלוקת בין הורי המנוח למדינה, כאשר הם ביקשו להביא נכד לעולם בעזרת אישה שהמנוח לא הכיר, ובמקרה אחד אף באמצעות פונדקאית ותרומת ביצית, במטרה לגדל את נכדם בעצמם. בתי המשפט לענייני משפחה פסקו פסיקות מגוונות ולעיתים סותרות, שהתבססו על הנמקות הנוגעות לטובת הילד שנולד למה שרות לנדאו כינתה "יתמות מתוכננת" (לנדאו, 2002), כאשר לשאלת הזכות להפוך לסבא וסבתא (סומך וטרגש, 2007), וכמובן כאשר לפרשנות רצונו המשוער של המת. ריבוי הדעות, הרצונות וההתנגשויות ביניהם הובילו לערעורים לבית המשפט המחוזי ולבסוף גם לבית המשפט העליון.

מקרב המבקשים להמשיך את זרעו של המת, רצונה של בת זוג להרות מבן זוגה לאחר מותו התקבל בקלות יחסית במערכת המשפט הישראלית, ואילו הורים שביקשו להביא לעולם נכד.ה מבנם נתקלו בקשיים רבים. הנחיות היועמ"ש התיירו רק לבת הזוג של הנפטר להשתמש בזרעו, וזו הייתה כאמור גם רוחן של המלצות ועדת מור'יוסף. למרות ההנחיות וההמלצות, בפועל בתי המשפט פסקו לא אחת באופן מרחיב. ב־2009 אישר בית המשפט לראשונה לאישה להשתמש לצורך הולדה בזרעו של גבר שלא הכירה, אשר נפטר ממחלת הסרטן והקפיא מבעוד מועד זרע; הדבר נעשה ביוזמת הוריו ובהסכמתם.¹³ בית המשפט

12 משרד הבריאות, 2012, עמ' 45-46.

13 תמ"ש (משפחה קר') 13530/08 "משפחה חדשה" ארגון לקידום הזכויות במשפחה נ' מרכז רפואי רמב"ם (6.12.2009).

קבע כי בעידן המתאפיין במשפחות חדשות, יש להכיר גם ברצון המשוער של רווק להפוך להורה לאחר מותו, ואין להפלותו על בסיס כך שלא הייתה לו בת זוג בחייו. החלטה זו פתחה את הדלת להבאת נכדים לעולם בעזרת אישה המבקשת להפוך לאם יחידנית מזרע מזוהה של נפטר, לא על בסיס הזכות לנכדים אלא על בסיס רצונו המשוער של המת.

מכאן והלאה החלה משיכת חבל בין האלמנה ובין ההורים באשר למעמדם של הורים בנוגע להולדה מן המת. הפסיקות מרחיקות הלכת ביותר העדיפו את רצון ההורים השכולים פני על רצון האלמנה שהתנגדה להולדה מזרע בן זוגה המנוח, ואף התירו לסבים וסבתות להפוך להורים בפועל באמצעות פונדקאית שתישא עבורם את הנכד, בנימוק שלהורים עומדת הזכות לסבאות. פסיקות אלו נהפכו בערכאות גבוהות יותר.¹⁴ בית המשפט העליון דחה ברוב דעות את התחרות בין ההורים לאלמנה ואת טענתם של ההורים שהאלמנה "נטשה" את הנפטר לאחר מותו כשלא הייתה מעוניינת להרות מזרעו.¹⁵ באותה פסיקה קבע בית המשפט העליון שטענת הרצון המשוער של המת כפי שהתקבלה בפסיקות הערכאות הנמוכות היא ספקולציה לא מבוססת, שלא קיימת זכות לסבאות, ושלאישה שהנפטר לא הכיר בחייו אין כל זכות להפוך לאם באמצעות זרעו.

בשלב זה באבולוציה של הסוגיה, לאחר שבתי המשפט לענייני משפחה פתחו פתח להקמתן של ממ"מ, פסיקת בית המשפט העליון הצרה אותו במעט, בהדגישה את עליונותה של האלמנה בנוגע להחלטות הנוגעות לזרע בן זוגה המנוח. במקביל קבע בית המשפט העליון כי אין מגבלה על משפחת המוצא להתקשר לצורך הולדת נכד. עם אישה שבנם לא הכיר, בתנאים מסוימים: כשאין אלמנה, כשאין קונפליקט עם האלמנה, או כשהמנוח הותיר הנחיות מקדימות.¹⁶

למרות פסיקת בית המשפט העליון לא הושגה הסכמה חברתית רחבה בנושא זה, והוא המשיך להוות מוקד לפעילות ציבורית שמטרתה חקיקת חוק שירחיב את אפשרויות ההולדה מן המת על ידי הורים שכולים. העובדה כי הורים שביקשו להשתמש בזרע בנם המנוח לצורך הולדה לאחר מותו לא זכו לעליונות על האלמנה, וכי הם נדרשו להוכיח את רצונו המשוער של בנם המנוח בהולדה לאחר מותו, הובילה מאז 2017 לניסיונות חוזרים ונשנים לחקיקת חוק מתיירני שיאפשר להורים שכולים של חללי צה"ל שימוש בזרע בנם החייל שאיבדו בין החיים עוד. הצעות חוק אלו לא עסקו בכלל ההורים שאיבדו בן צעיר

14 ב'2016 קיבל בית המשפט לענייני משפחה בקשה של הורים שכולים להביא לעולם נכד מבנם המנוח באמצעות תרומת ביצית אנונימית ובעזרת פונדקאית, ולגדלו בעצמם, כהוריו (תמ"ש [פ"ת] 13'06'16699 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה [27.9.2016]). ערעור המדינה על פסק הדין לבית המשפט המחוזי התקבל, והאישור בוטל (עמ"ש 16'11'45930, מדינת ישראל נ' פלונים [29.1.2017]); בקשתם של ההורים לערער לבית המשפט העליון נדחתה (עמ"ש 16'11'45930, מדינת ישראל נ' פלונים [29.1.2017]). ב'2022 אישר בית המשפט לענייני משפחה להביא ילדה לעולם מזרעו של גבר מת באמצעות תרומת ביצית אנונימית ובעזרת פונדקאית, ולאחר מכן שאחותו של המנוח תאמץ את התינוקות (עמ"ש [חי'] 21'09'16843 פלונים נ' מרכז רפואי** [17.1.2022]). ערעור המדינה על פסק הדין התקבל, והאישור בוטל על ידי בית המשפט המחוזי (עמ"ש [חי'] 21'09'16843 נציג היועץ המשפטי לממשלה חיפה נ' פלונים [17.1.2022]).

15 בע"מ 15'7141 פלוגית נ' פלוגית (2016).

16 בע"מ 15'7141 פלוגית נ' פלוגית (2016).

במדינת ישראל, אלא ביקשו לכונן הסדר ייעודי ולהתמקד בקבוצה מצומצמת של הורים שכולים שבנם נהרג במסגרת שירותו הצבאי.

במסגרת הדיונים בהצעות חוק אלו, בעקבות התנגדותם של משרד המשפטים ומשרד הביטחון לחקיקת חוק שמדיר מן ההסדר המתגבש את מי שאינם חיילים, ובעקבות הערות מגורמים שונים שהשתתפו בדיונים (ובהם גם כותבי מאמר זה), בספטמבר 2022 אוחדו הצעות החוק השונות להצעת חוק אחת כללית שאינה מוגבלת עוד לחיילים, אלא חלה במידה חלקית על כלל הציבור הישראלי.¹⁷ עם הצעת חוק זו נעה המטוטלת מהתמקדות באלמנת הנפטר להתמקדות בהוריו המבקשים להוליד נכד. באמצעות אישה שלא הכיר. נוסף על כך, אף שהחוק אינו מיועד עוד בלעדית לחללי צה"ל, הוא מקים הסדר חדש וייחודי לחיילים וקובע כי הצבא מחויב לשאול כל חייל במהלך שירותו הצבאי באשר לרצונו בנוגע לשימוש בזרעו אם ייהרג במהלך שירותו הצבאי. הסדר זה מייסד מנגנון שלם שמיועד לתעד את העדפותיהם של חיילים עם גיוסם, ויאפשר להוריהם לעשות שימוש בזרעם אם בנם לא התנגד לכך בחייו.

להלן נראה כיצד הלקונה החקיקתית בנושא הולדה מזרעו של גבר מת הביאה את בתי המשפט לקרוא לכנסת לחוקק חוק שיסדיר את הסוגיה, וכיצד המחלוקות ששבו ועלו לאורך הדרך צומצמו מאוד בעקבות רתימת שיח השכול הצבאי למאבק, בהובלת ההורים השכולים עצמם וחברי כנסת שהתגייסו לעזרתם.

הפרק הבא בעלילה: גלגוליו של החוק המתהווה

הצעות החוק שלא הגיעו לכדי חקיקה

מייד לאחר פסיקת בית המשפט העליון בשנת 2016, שהגבילה את האפשרויות של הורים שכולים להוליד נכד. מבנם המנוח, העלתה חברת הכנסת רויטל סוויד ממפלגת העבודה הצעת חוק ראשונה בנושא.¹⁸ הכנסת התפזרה לפני שקודמה הצעת החוק (אף שזכתה לתמיכה חוצת מפלגות), אך ההצעה זכתה להמשכיות בכנסות הבאות בדמות ארבע הצעות של חברי כנסת ממפלגות הליכוד, תקווה חדשה והבית היהודי. כל הצעות החוק קודמו כתיקון לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950.

משפחות שכולות של חללי צה"ל לקחו חלק פעיל הן בקידום הרעיון שיש לחוקק חוק בנושא הן בדיונים על הצעות החוק, כפי שעולה מדיווחים רבים בתקשורת (ראו למשל אייכנר ואזולאי, 2021) ומפרוטוקולי הדיונים בוועדת העבודה והרווחה בכנסת. כך למשל, אחד האבות השכולים ציין בדיון בוועדת העבודה והרווחה ש"אני אישית נפגשתי עם למעלה מ-66 חברי כנסת מכל סיעות הבית. אין אחד שאמר לי לא".¹⁹

נתון זה מעניין לאור העובדה שבמהלך השנים שבין ההצעה הראשונה משנת 2002 להקפיא זרע של חיילים ובין הצעות החוק מהשנים האחרונות, רוב המקרים שהגיעו

17 הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ב:2022, ה"ח 940 (19.9.2022).

18 הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון) – שימוש בזרע חייל שנספה), התשע"ז:2017.

19 דברי ברוך בן יגאל, פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

להכרעת בתי המשפט לא נגעו למוות שקשור בשירות צבאי. למעשה, רק אחת מתוך 18 התביעות שפורסמו במאגרי המידע ונידונו לאורך השנים בבתי המשפט עסקה בגבר שנהרג בפעילות מבצעית בצבא (בשני מקרים נוספים הגברים נהרגו בתאונת דרכים בהיותם בשירות מילואים). הרוב המכריע של הבקשות להולדה מזרעו של מת הוגשו בעניינם של גברים שמתו ממחלה או בתאונה או נרצחו. למרות זאת, מובילי המאבק הציבורי למען החוק, שרתמו חברי כנסת שונים להשגת מטרתם, היו הורים שכולים לבנים שנהרגו בצבא, אם בפעילות מבצעית אם בנסיבות לא קרביות, ולא הורים ששכלו את בניהם בנסיבות אזרחיות. עובדה זו ראויה לציון במיוחד משום שבשלושים השנים האחרונות יש בישראל פחות ופחות הפרדה בין חזית לעורף, בין הכוחות הלוחמים לאוכלוסייה האזרחית (מרדור, 2007). מאז מלחמת המפרץ בשנת 1991 מותקף העורף הישראלי פעם אחר פעם, ורבים מהנפגעים הישראלים כלל אינם חיילים, ובפרט אינם חיילים. ות. לוחמים. ות. למעשה, רבים מהנפגעים במלחמות, במבצעים או בפגועי טרור הם אזרחים. גם בצבא עצמו, עד לאחרונה, רוב ההרוגים אינם חיילים שמתו בקרב, למרות התפיסה המוטעית שמרבית חללי צה"ל נהרגים בפעילות מבצעית. זה עשרות שנים, הגורם הראשי למוות בצה"ל הוא התאבדות.²⁰

אלא שמשפחותיהם של אזרחים מתים שנהרגו בתאונות, התאבדו, מתו ממחלות או אפילו נפגעו בפעולות איבה לא כחיילים – לא הובילו מאבק ציבורי בנושא ולא זכו לקשב ציבורי כמו הוריהם של חללי צה"ל. מתוך כך, הצעות החוק בנוסחיהן המקוריים כיוונו במפורש ליצירת הסדר ייחודי לגברים שנפלו בקרב. אילו התקבלו ההצעות, הן היו מעוגנות כתוספת לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950. דברי ההסבר להצעת החוק המקורית שפורסמו ב-1950 קבעו כך:

החוק המוצע בא [...] לעזור למשפחות חיילי צבא להגנה לישראל שנפלו במלחמת שחרור להיקלט במערכת חייה הכלכליים של המדינה, לאחר שראש משפחתם נפל. עזרה זו ניתנת בשתי דרכים: על ידי תשלום תגמולים חדשים ועל ידי שיקום, כלומר יצירת מקור פרנסה קבוע.²¹

הבחירה המקורית למקם את ההסדר החקיקתי להולדה מזרעו של גבר מת בחוק זה לא רק מייצרת הסדר ייחודי לחללי צה"ל, אלא גם מסמנת את הילד שייוולד כחלק מתהליך השיקום הכלכלי של האבלים שנותרו אחרי המוות, ואולי אף כ"תגמול" מטעם המדינה בעבור ההקרבה.

תפיסת הזכות להמשכיות המוענקת לחללי צה"ל ולמשפחותיהם כחלק מ"סל הפיצוי" הכולל באה לידי ביטוי בדברי ההסבר בפתח ההצעות השונות. כך למשל נכתב בהצעת החוק של חבר הכנסת צבי האזור (הסבר זה חוזר על עצמו כמעט מילה במילה בכל ההצעות):

הצעת החוק נועדה לאפשר לחיילים שאיבדו חייהם במסגרת שירותם הצבאי, להותיר נצר והמשך, ולהתיר שימוש בזרעם לצורך מתן חיים לילוד, וזאת על

20 לנתוני דובר צה"ל לשנת 2020 ראו צה"ל, 2022; וראו גם בן חיון, 2021.
21 הצעת חוק משפחות החללים (תגמולים ושיקום), תש"י-1950, ה"ח 37, עמ' 133 (1950).

פי בקשת בנות זוגם או הוריהם השכולים [...]. חייהם של חיילים צעירים נגדעו באיבם, ולמדינת ישראל חוב מוסרי להם ולמשפחות השכולות אשר איבדו את היקר להן מכל, בעת שנשלח לשרת את המדינה ולהגן עליה. לצד הכאב שאין לו מרפא, לעיתים מבקשות משפחות חיילים שנספו להמשיך את השושלת המשפחתית דרך מי שהיה ואיננו עוד. אחריות המדינה השולחת את בניה להגן על ביטחונה, אינה מסתכמת במתן פיצוי חומרי לבני משפחה שנותרו, אלא צריכה להתבטא גם במתן אפשרות לעשות שימוש בטכנולוגיות מתקדמות, שיאפשרו למשפחות השכולות להעמיד צאצאים מהנספה ולשמר את המשכיותו, ולאפשר לכל חייל להביע נכונותו לכך בחייו.²²

המכנה המשותף לכל הצעות החוק הוא הסדרת היחסים בין החייל המנוח ו"רצונותיו", האלמנה (אם יש כזאת) וההורים. ככולן האלמנה מאבדת את הכוח שהיה לה במקרה של אי-הסכמה בינה ובין הורי המנוח, בניגוד להנחיית היועץ המשפטי לממשלה ולפסיקת בית המשפט העליון. בתשובה לשאלה "זרע המת, של מי אתה?", התשובה החד-משמעית של הצעות החוק היא – של משפחת המוצא, לא פחות ואפילו יותר מאשר של בת זוגו של הבן, האישה שאיתה בחר לחיות וככל הנראה גם להקים משפחה בעתיד. התנאי לכך הוא שבידי ההורים מסמך שבנם חתם עליו בעת גיוסו, על פי המוצע בהצעת החוק. מסמך כזה לא יהיה בידי הורים לגברים שאינם משרתים בצבא (כמחצית מאזרחי ישראל אינם משרתים בצבא; ראו ארלוזורוב, 2019) או ששירתו בצבא טרם כניסת החוק לתוקף.

בכל הצעות החוק המת "זוכה" להמשכיות, אף שמתים כבר אינם יכולים לזכות בדבר; כל ההצעות מגיחות מההמשכיות תסייע למשפחות המתים בתהליך השיקום; כל ההצעות מדגישות את חשיבות הילודה לעם ישראל, את חובתה של המדינה לאפשר שימוש בטכנולוגיות מתקדמות לצורך המשכת שושלת משפחתו של המת ואת החוב המוסרי של המדינה לחייליה. כמו כן, בכל הצעות החוק מודגש שהילד שייולד לא יחשב ליתום צה"ל: "יילוד שנולד משימוש בזרע שניטל לפי סעיף זה, לא יראו בו כיתום של הנספה לפי חוק זה". בעת דיוני ועדת העבודה והרווחה על הצעת החוק אף נדונה השאלה אם המנוח יירשם במרשם האוכלוסין כאביו של הילד, ואם כן – מה יהיה הליך הרישום.²³ אף על פי שכוונת המציעים הייתה ככל הנראה לפטור את מערכת הביטחון מן החובה לשלם לו קצבאות שמשולמות על פי החוק ליתומי צה"ל ולמנוע, ככתוב בדברי ההסבר להצעת החוק, פנייה להולדה לאחר המוות אך ורק או בעיקר מטעמים כלכליים,²⁴ לקביעה זו יש השלכות רחבות יותר מאשר אלה הכלכליות גרידא. היא מחזקת את המסר שהילדה שנולדה היא אמצעי לפיצוי ההורים ולא אדם בפני עצמו, שטובתו חייבת לעמוד לנגד עיני המחוקק. יש בקביעה זו גם סתירה פנימית: הילדה באה לעולם, לפי ההתכוונות של הצעת החוק ושל יוזמיה, למטרת המשכיות של המנוח (והוריו), אבל בגלל החשש מתביעות נגד מערכת הביטחון,

22 הצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון) – שימוש בזרע חייל שנספה (למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022.

23 פרוטוקול מס' 160 מישיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

24 דברי ההסבר להצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון) – שימוש בזרע חייל שנספה (למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022, ה"ח 940, עמ' 305.

היא אינה יכולה לממש את מטרת ההמשכיות (מלבד זו הגנטית) מבחינת ההכרה הרשמית בזהותה, שכן היא אינה מוכרת כיתומה של הנספה. דרישת האפשרות להוליד נכד מזרעו של הבן המת כנגד ההקרבה שלו ושל הוריו מתחדדת במיוחד לאור העובדה שה"תגמול" הוא ילד, בן אדם. ההצעה שלא להכיר ביילוד כיתום של המנוח, כמו כלל התשתית החקיקתית שהוצעה כחלק מחוק התגמולים והשיקום, לא העמידה במרכזה את הילד ואת טובתו, אלא את טובתם ורווחתם של ההורים השכולים ואת האינטרסים הכלכליים של מערכת הביטחון. עם זאת, כדיונים שותפו נציגיות משרד העבודה והרווחה, לרבות ראשת השירות למען הילד, במטרה להאיר היבט זה של הצעת החוק. ואכן, בעקבות הערות של כמה מהמשתתפים בדיון, לרבות המחברים, ההצעה שהתקבלה מפרידה בין זכאות הילדה לקצבאות (אשר נשללות ממנה) ובין הכרה מלאה בילדה כבתו של המנוח לצורך רישום אבהות, הזמנה לטקסי זיכרון (אם מדובר בחלל צה"ל), וחזיונות נוספות שמוקנות ליתומים. ופרט לקצבאות (סעיף 15 להצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה).

ההצעה שעברה בקריאה ראשונה: הצעת חוק שימוש בזרע של נפטר לשם הולדה, התשפ"ב-2022

סקירה כללית

בדברי ההסבר להצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה בספטמבר 2022 מצוין כי בתי המשפט ביקשו לאורך השנים להסדיר את הנושא בחקיקה, שכן הפסיקות בו היו שונות ומנוגדות. לעניין ההולדה מחיילים שנהרגו בעת שירותם הצבאי, ההצעה מסתפקת בהטלת חובה על הצבא להחתים את המתגייסים על טופס שבו הם מסכימים להולדה מזרעם אם ייהרגו או אוסרים עליה (סעיף 23(ב)), ונעדרת ממנה הקמה של בנק זרע ייעודי לחיילים. חלק מהצעות החוק הקודמות ביקשו לאפשר למתגייסים להפקיד מנת זרע במסגרת שרשרת החיול. יוזמה זו נגנזה ולא נכללה בהצעת החוק הסופית, בין היתר בשל התנגדות מערכת הביטחון, כנראה בשל עלותה הגבוהה.²⁵

ההסדר המוצע לחיילים בנוגע ל"רצונם המשווער" אם ייהרגו מבוסס על דגם של opt out. בתוספת השנייה להצעת החוק מופיע טופס לדוגמה שימסור הצבא לחיילים. הטופס נפתח בהוראות ארוכות ומפורטות לגבי נטילת זרע לאחר המוות, ומתייחס לשני תסריטים אפשריים: שימוש בזרע על ידי בת הזוג ושימוש בו על ידי ההורים. רק בסופו מוצנעת האפשרות לאסור על השימוש בזרע לאחר מות החייל, בשורה אחת לקונית. כך מבנה הטופס את ההולדה לאחר המוות כברירת המחלל וכבחירה הטבעית, ולמעשה מכווון את קוראיו להסכים לה. השתתפות ההורים בתהליך ההולדה לאחר המוות מעוצבת בטופס נוסף המיועד להם ומצורף להצעת החוק, טופס שכותרתו "בקשה לשימוש בזרע לשם הולדה באמצעות אם עתידית". עבור ההורים הדגם הוא של opt in.

מן הטפסים המצורפים להצעה עולה שאין מדובר רק בבקשת הסכמה מהחייל לשימוש בזרע לאחר מותו לצורך הולדה. ההסדר המוצע מעמיד את החייל בפני בחירה בין הוריו ובין בת זוגו:

מוצע לאפשר לנפטר [ההדגשה לא במקור] להבהיר בהנחיותיו אם ברצונו כי מינויו של ההורה יהיה תקף גם אם במועד פטירתו הייתה לנפטר בת זוג, גם אם בת הזוג לא תהיה מעוניינת בשימוש בזרע, ואפילו אם אינה מעוניינת בכך בעצמה ומתנגדת לשימוש בו בידי אישה אחרת כאמור. (דברי ההסבר לסעיפים 4-5 בהצעת החוק)

ההתייחסות אל החייל (החי) בבקו"ם כאל "הנפטר" היא אמנם פליטת קולמוס, אולם היא מדגישה את המרכזיות של השכול הצבאי בהסדרתה של סוגיית ההולדה לאחר המוות. מכיוון שמדובר במתגייסים בני עשרה (חלקם עשויים להיות קטינים), לרבים מהם אין כלל בת זוג בשעת העימות עם שאלת ההולדה לאחר המוות. במסגרת הדיונים בהצעה בוועדת העבודה והרווחה היו מי שתהו אם בנסיבות המיוחדות של הגיוס לצה"ל, ובשל הגיל הצעיר של המתגייסים, זו אכן השעה הנכונה לעמת את הנערים עם שאלות כבדות משקל כאלה. השאלון מכריח את הנער המתגייס להכריע בשעת גיוסו הן לגבי אבהות פוטנציאלית לאחר מותו האפשרי במהלך השירות הצבאי, הן לגבי הקדימות על החומר הגנטי שלו: האם זו תינתן למשפחת המוצא שלו או שמא למשפחה הגרעינית שיקים, אם יקים כזאת לפני מותו? באחד הדיונים בהצעת החוק העלתה חברת הכנסת אפרת רייטן שאלה ברוח דומה בפני שופט בית המשפט העליון בדימוס חנן מלצר (אשר בדעת מיעוט בפסק הדין מ'2016 תמך במתן זכות להורים השכולים להולדת נכד למרות התנגדות האלמנה):

היו"ר אפרת רייטן מרום: האם כשבגיר בן 18 מתגייס לצבא צריכים לאמת [כך במקור] אותו עם שאלה ספציפית כזאת, עם עניינים שקשורים למוות? שופט בדימוס מלצר: [...] ממילא שואלים היום כל חייל שמתגייס למי להודיע אם חס וחלילה קורה אסון. נותנים לו את הסצנריו שיכול להיות אסון. אם ישאלו אותו גם את השאלה הזאת, זה יקל, זה לא יכביד, כי זה ייתן לו אינדיקציה שיכולה להיות לו המשכיות.²⁶

גם הרב פרופ' אברהם שטיינברג העלה תהייה דומה:

פרופסור שטיינברג: השאלה אם זה מוסרי ואמיתי לקחת חייל צעיר בן 18 שמגיע לבקו"ם כשהוא נרגש מאוד, מתוח מאוד, רוצה יחידה כזאת או רוצה יחידה אחרת ולהציב אותו בפני שאלה שהוא מעולם לא חשב עליה. שום אדם צעיר בן 18 לא חושב מה יעשו עם זרעו לאחר מותו, בין אם זה יהיה עם בת זוג או בלי בת זוג, עם הורים או בלי הורים, עם אח, אחות וכו'. [...] צריך לשאול א', האם נכון לעשות לאדם דבר כזה בתנאים האלה, וב', האם יש משמעות להסכמה כזאת, האם הוא יכול לחשוב על זה בצורה רצינית ולעשות את זה. אני חושב שצריך לשקול את

זה היטב, מפני שעצם ההסכמה היא לא הסכמה מספיק חופשית ומודעת מבחינה אתית, אולי גם מבחינה משפטית, כדי שיהיה תוקף להסכמה.²⁷

התחרות בין בת הזוג (המשפחה הגרעינית) ובין ההורים (משפחת המוצא)

מבחינת מעמדה של אלמנה, אם יש כזאת, סעיף 8(ד) להצעת החוק קובע כי ההורים רשאים להתנגד לאלמנה אם היא רוצה להביא ילדה לעולם והם אינם מעוניינים בכך. הדבר אינו מתיישב עם ההנחה של היועץ המשפטי לממשלה ועם פסיקת בית המשפט העליון מ-2016 שמניח כי המשמורנית של רצון המת היא בת הזוג או האלמנה. החוק המוצע מחליש את עמדת בת הזוג מול הורי הנפטר פעמיים: ראשית, הוא מעניק להורים אפשרות להתנגד לרצונה ללדת. שנית, הוא אינו מקנה לה אפשרות להתנגד לכך שאישה אחרת שההורים בוחרים תהרה מזרע בן זוגה המנוח. כך מחזק החוק את המשפחה המורחבת על חשבון זו הגרעינית, ומעניק להורים מעין זכות וטו אם מתעורר קונפליקט בינם ובין האלמנה. הבחירה של המחוקק היא בחירה מסורתית מובהקת - משפחת המוצא של הנפטר שולטת בכושר הפיריון שלו, דבר שבחיינו לא היה אפשרי.

חיזוק נוסף להיבט הפטריארכלי של שליטת משפחת המוצא על כושר הפיריון של הבן מצוי בסעיף שקובע שאם לבת הזוג של המנוח יש בן זוג חדש, היא מאבדת את מעמדה ואינה יכולה להשתמש בזרעו של בן זוגה המנוח לצורך הולדה (סעיף 8(ג)). כדי לקבל אישור לביצוע ההפריה, בטופס הבקשה של האלמנה לשימוש בזרעו של בן זוגה המנוח (בתוספת השנייה להצעת החוק) עליה להצהיר ש"ערב הפטירה לא היה [כך במקור] פירוד או הליכי גירושין" בינה ובין המנוח (סעיף 3) וכן שהיא אינה נשואה ואינה ידועה בציבור של בן זוג אחר (סעיף 4). מנסחי הצעת החוק מניחים שהמת, וככל הנראה גם משפחת המוצא שלו, אינם מעוניינים בכך שלילדה יהיה אב חי, פעיל ומתפקד שאיננו המת עצמו. בכך הם מעדיפים היעדר אב על פני קיומו של אב לא גנטי פעיל. כיום אנו יודעים, למשל מהורות של זוגות גברים, שגברים מגדלים ילדים לא ביולוגיים שלהם ונלחמים על הכרה באבהותם כאבהות מלאה לכל דבר ועניין (טריגר, 2023).

היבט פטריארכלי נוסף של האיסור על האלמנה להשתמש בזרעו של בן זוגה המנוח, אם המשיכה בחייה ויש לה בן זוג חדש, מקורו בשיקולים דתיים. עמדות הדין העברי (המגוונות) נלקחו בחשבון לכל אורך הליכי החקיקה. לענייננו, לפי הדין העברי אישה נשואה שהרתה מגבר שאיננו בעלה "אסורה לבעלה ובעלה", ועליהם להתגרש. נוסף על כך, הילד מהגבר שאינו בעלה הוא "ממזר", וכתוצאה מכך הוא וצאצאיו מנוודים ופסולי חיתון.

לבסוף, במפגש בין החוק הכתוב ובין יישומו בפועל, לא נותר אלא להמתין ולראות כיצד יגיב השטח לאיסור על האלמנה להשתמש בזרעו של בן זוגה המנוח אם היו פרודים או שיש לה בן זוג חדש, כפי שקורה במקרה של אלמנות צה"ל, אשר נמנעות מלהינשא רשמית כדי שלא לאבד את זכאותן לתגמולים ממשרד הביטחון. האם אלמנות יסתירו זוגיות חדשה או מחלוקות קודמות בינן ובין המנוח כדי שיוכלו להשתמש בזרעו?

היחס בין מוות בפעילות מבצעית ובין מוות בנסיבות אזרחיות

שורשי הצעת החוק הנוכחית הם ביוזמה להסדרה חוקית של הולדה אך ורק מזרעם של חיילים שנהרגו בקרב. אישוש נוסף לכך שהצעה נתפרה למידותיהם של חיילים שנהרגו במהלך השירות הצבאי מופיע בסעיף 29, הקובע כי תחולת החוק כשייכנס לתוקף תהיה רטרואקטיבית, כלומר גם הורים לחיילים שנהרגו לפני תחילת החוק יוכלו לעשות שימוש בזרע של בניהם לפי הוראות החוק החדש.

ההסדר בחוק מדיר ישראלים רבים: ערבים, חרדים, מי שאינם מתגייסים מטעמי מצפון או בריאות ואינם מקבלים הזדמנות לשקול את הסוגיה בגיל 18 כמו מי שמתגייסים, וממילא אינם חותמים על הטופס הרלוונטי ואינם מותירים הוראות בנוגע לשימוש בזרעם. לכאורה, להורים של כל אלו אין זכות להמשכיות מבנם. בכך, הסדר זה מבטא אימוץ מלא של טיעון ההורים השכולים למען היתר הולדה: נתתי את הילד שלי למדינה ולכן מגיעה לי המשכיות. ההולדה לאחר המוות נתפסת כפיצוי או כתמורה לקורבנם.

נימוק נוסף שהועלה בדיונים על הצעת החוק בזכות הגבלת ההסדר החקיקתי לחיילים בלבד היה נוחות ביורוקרטית ועלות. קבוצת החיילים המתגייסים היא קבוצה מתוחמת וידועה, נוח להחתים את החיילים על טפסים בתהליך החיול תוך כדי השירות הצבאי, ולכן העלויות למדינה הן סופיות וידועות; מי שמעוניין כאזרח להותיר הנחיות בנוגע לשימוש בזרעו לאחר מותו, שיממן מכיסו הפרטי חתימה על הנחיות כאלה בפני עורכת דין. המדינה תעשה זאת על חשבונה רק בעבור חיילים.²⁸

שאלת השוויון בהקשר זה בין מי שנהרגים במהלך השירות הצבאי ובין מי שנהרגים בנסיבות אזרחיות נדונה בוועדת העבודה והרווחה. משרד המשפטים התנגד ל"שתי מערכות דינים", אחת לחיילים ואחרת לשאר האוכלוסייה. מקדמי הצעת החוק טענו שמדובר בהבחנה רלוונטית ולא באפליה פסולה. לדברי חבר הכנסת האוזר, מיוזמי ההצעה, חייל שמת בפעילות מבצעית שונה מגבר צעיר שמת בתאונה מכיוון שהחייל לא בחר להיות בצבא, שכן השירות הוא חובה, ואילו מי שמת בתאונה נהנה מחופש בחירה. כך השיב האוזר לטיעון האפליה:

[...] יש איזו שהיא טעות אופטית בדיון הזה כאילו אנחנו מפלים ומתעלמים מההיבט הכללי ורוצים לתת רק לחיילים. יש כאלה שמתבלים את זה באקצנט שזה איזה שהוא מופע מיליטריסטי של החברה הישראלית. אני טוען שבהיבט המשפטי המהותי יש אל מול החובה הזאת של הגיוס את הזכויות של החיילים, מה שמבחינך את ההקשר הזה מהראייה הכוללת של מי שמוצא את מותו בתאונת דרכים סתם ככה.²⁹

טובת הילדה

טובת הילדה מוזכרת בהצעת החוק שלוש פעמים בלבד, מתוכן רק פעם אחת בחוק המוצע והשתיים האחרות בדברי ההסבר. נדמה כי היא שולית בכל הסוגיה, אף שהמטרה היא הבאת ילדה לעולם. כך למשל סעיף 9(ב)(2) להצעת החוק דורש התאמה דתית של הנפטר

28 דברי ח"כ צבי האוזר, פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

29 דברי ח"כ צבי האוזר, פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

והאישה המשתמשת בזרע, אם האישה לא הכירה את המנוח (דרישה רלוונטית בעיקר ליהודים, כי לפי הדין השרעי והדרוזי הולדה לאחר המוות אסורה). דרישה זו מוצגת בהצעת החוק ככזו שנובעת מטובת הילד שייולד מהליך זה. לפי דברי ההסבר, מנגנון ההתאמה הדתית נועד לוודא שהילד שייולד יהיה יהודי כשיר לנישואים דרך הרבנות, והוא מסמך את בית המשפט לאפשר בירור לגבי כשירות עתידית כזאת.³⁰

מעניין שהמחוקק בחר לראות דווקא את שאלת היהדות והכשירות לנישואים ברבנות ככזאת הנוגעת לטובת הילדה שתיולד, ולא נושאים אחרים ו"טבעיים" יותר כמו הבעייתיות שב"יתמות מתוכננת". זוהי עמדה עקבית מאוד בחקיקה הישראלית בכלל, המקנה לכשירות לנישואים משקל עדיף, ובמקרים רבים מכריע, על פני היבטים אחרים של טובת הילדה. דיני הממזרות בדין העברי, למשל, גוברים על רכיב חשוב בטובת הילד שיש עליו קונסנזוס במחקר – הכרת האב הגנטי. לפי הדין הישראלי, בעקבות הדין העברי, אם אישה נשואה הרה במהלך נישואיה לגבר שאינו בעלה, הבעל הוא שירשם כאבי התינוק, ולא האב הגנטי. גם כאן הילד הוא ילדם של המשפחה ושל העם, ולא של אביו הגנטי. הדעות על "יתמות המתוכננת" בוועדה נחלקו:

היו"ר אפרת רייטן מרום [בשאלה שהופנתה אל השופט בדימוס חנן מלצר]: איך זה לטובת הילד?

השופט מלצר: לסבא ולסבתא, ואת זה אני אומר בתור סבא, יש את כל ההנאות ההדדיות בלי המטלות שיש על ההורים. הסבים והסבתות יכולים לתת לנכדים הרבה יותר בסיטואציות מסוימות מאשר ההורים.³¹

לעומת השופט מלצר, היו שסברו כי אין זה לטובתו של ילד להיוולד לתוך "יתמות מתוכננת":

פרופ' רות לנדאו: האם כאבם של הורים שאיבדו את בנם חשוב יותר מכאבו של ילד שייולד לסיטואציה של יתמות? סטטוס של יתמות הוא לא בדיוק סטטוס שרוצים לשאוף אליו. ההורים והמחוקק רוצים להתערב בחייו של נפטר, אבל האם מישו מאיתנו יכול להתערב בחייו של בנו או בתו בעודם בחיים בקשר להולדה ולמספר הילדים שהם יביאו? למה מותר לנו לצאת מהנחה שהם רוצים המשכיות?³²

גם השירות למען הילד הפציר בוועדה לשקול בכובד ראש את סוגיית היתמות המתוכננת.³³ לסיכום, סוגיית ההולדה לאחר המוות, כפי שהיא מעוצבת בהצעת החוק, היא דוגמה נוספת לכך שהילד הוא בנם של המשפחה ושל העם ולא של אביו. הטכנולוגיה, החדשנות והיצירתיות נרתמות בשביל לבצר את התפיסה המסורתית שבה המשפחה המורחבת והלאום הם העומדים במרכז, ולא האינדיווידואל והמשפחה שהקים.

30 דברי ההסבר להצעת חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון - שימוש בזרע חייל שנספה למטרת המשכיות), התשפ"ב-2022, עמ' 297.

31 פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

32 פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

33 דברי ראשת השירות למען הילד רקפת עצמון, פרוטוקול מס' 160 משיבת ועדת העבודה והרווחה, 14.8.2022.

מי עוד נשאר מחוץ להסדר המוצע?

עד כה ראינו שהצעת החוק מדירה את מי שאינם מתגייסים לצבא; אלמנות שיש להן בן זוג חדש; ונשים המעוניינות להביא ילד לעולם מזרעו של גבר מת שאותו לא הכירו, ואין התאמה דתית בינן ובין המנוח.

אוכלוסייה שבולטת בהיעדרה מן ההסדר היא אוכלוסיית הנשים. הצעת החוק עוסקת בשימוש בזרע מן המת ולא בביציות, אף שגם לפי ההצדקה המיליטריסטית שלה (זכות להמשכיות של מי שנהרג בשירות הצבאי) אין מקום להפלות נשים, שכן נשים רבות משרתות כיום ביחידות קרביות ועלולות להיהרג במסגרת מבצעים. אמנם יש אתגרים טכנולוגיים בשאיבת ביציות ובהקפאתן (שלא קיימים בשאיבת זרע ובהקפאתו), אבל אפשר היה לחשוב על יצירת הסדר מקביל לחיילות שיהיה מוכן ליום שבו תהיה גם היתכנות טכנולוגית־רפואית לכך.³⁴ לאור זאת אנו טוענים שנשים מודרות מן ההסדר משום שהשיח הוא פטריארכלי ביסודו, ונשען על טענות מן הדין הדתי ומן המסורת היהודית אשר מקנות חשיבות להמשכיות הזרע בלבד.

אוכלוסייה נוספת שמודרת מן ההסדר היא אחיו ואחיותיו של המת. לפי סעיף 13 להצעת החוק, "לבני משפחתו האחרים לא יהיה כל מעמד לעניין שימוש בזרעו". כלומר, בניגוד למגמות עכשוויות בדיני המשפחה הקוראות להכיר בקשרי אחאות כקשרים בעלי מעמד נורמטיבי מרכזי (זפרן, 2018), אחאים מודרים מההסדר. הדבר בולט במיוחד לאור השימוש בדין הייבום והחליצה כהצדקה לחקיקה בנושא, שכן הדין המקראי כולו עוסק באחאות כמכשיר להמשכיות של המת ואינו מעניק תפקיד כלשהו להורי המת. לפי החוק, אם למשל אחות לסבית של נפטר רוצה שבת זוגה תתעבר מזרעו וכך ייווצר קשר גנטי ביניהן ובינן ובין הילדה, הדבר אסור.

הצעת החוק עוסקת במחלוקות פוטנציאליות בין ההורים השכולים לבת הזוג, אבל מתעלמת מהאפשרות שלמנוח יש אחים ואחיות שדעתם באשר להולדה מזרעו של אחיהם המת עשויה להיות שונה מזו של ההורים או של האלמנה. לפי החוק, אין להם אפשרות להתנגד לעמדת האלמנה או ההורים בשום מצב. להולדת צאצא מן האח המת יש השלכות רגשיות וכלכליות גם על אחיו ואחיותיו החיים. בשם התמודדות ההורים עם אובדנם, שוכח החוק שיש אחרים שמתמודדים עם האובדן, ואולי אופן ההתמודדות הזה אינו מתאים להם. אנו חוזרים למתח שבבסיס סוגיית ההולדה לאחר המוות: למי אנחנו שייכים? התפיסה של הצעות החוק היא שאנחנו שייכים להורינו – לא לאחינו ואחיותינו ולא לבני זוגנו. במוותנו, אין אנו עוד ברשות עצמנו; אנו חוזרים אל משפחת המוצא ואל הקהילה.

סיכום

במאמר זה ביקשנו לענות על השאלה מה אפשר את הקונסנזוס הסוציו־משפטי סביב ההולדה לאחר המוות בישראל, ואת התבססותו של דגם המשפחה המורחבת מבחירה. כמו כן בחנו את הקניית האפשרות להורים, שבתחילה היו חסרי כל מעמד בסוגיה, לעקוף את

34 על המיליטריזם הישראלי בהקשר של שירות נשים בצבא ראו למשל Harel-Shalev & Daphna, 2017; Lomsky-Feder & Sasson-Levy, 2017; Tekoah.

האלמנה ולהוליד נכד.ה מזרע בנם באמצעות אישה שלא הכירה את המנוח. התחקינו אחר האבולוציה של המאבקים המשפטיים והצעות החוק שהועלו לאורך השנים, עד הצעת החוק האחרונה, שעברה בקריאה ראשונה.

אף על פי שהגישה הישראלית כלפי הסוגיה לכל אורך הדרך הייתה מתירנית ביחס למדינות אחרות בעולם, הראינו שלאורך שני העשורים האחרונים המטוטלת נעה בכיוונים מנוגדים. שני דגמי משפחה התחרו ביניהם במסגרת המאבק. דגם אחד התבסס על תפיסת המשפחה הגרעינית, שלפיה מרגע שגבר הקים משפחה גרעינית הוא ויוצאי חלציו אינם עוד תחת סמכותם של הוריו. כך גם אם הוא מת בלא שהקים משפחה משלו. בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה מ־2003 הוענק מעמד ביחס להולדה לאחר המוות אך ורק לבת זוגו של הנפטר. הדגם האחר הוא דגם עליונות משפחת המוצא, שבמסגרתו הפרט הוא בראש ובראשונה חוליה בשרשרת הדורות. דגם זה עומד בבסיס הצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה. המעבר מדגם המשפחה הגרעינית לדגם משפחת המוצא היה הדרגתי והחל ב־2009, כאשר בית המשפט לענייני משפחה נתן את האישורים הראשונים להולדת נכד.ה מגבר מת בעזרת אישה שלא הכירה אותו בחייו.

אנו טוענים שכעת המטוטלת מתייצבת על דגם עליונות משפחת המוצא, והתייצבות זו מתרחשת על רקע החיבור בין משפחתיות, פרו־נטליזם, שכול, מיליטריזם ופטריארכיה, שמאפיין קהילות ותרבויות רבות בחברה הישראלית־יהודית. בתוך כך, הממ"מ שמוקמת, כפי שעולה מהסדר החקיקתי המסתמון, אינה המשפחה המורחבת המסורתית, אלא משפחה המושתתת על מאפיינים מסורתיים ופוסט־מודרניים גם יחד. מצד אחד מדובר במשפחת המוצא של הגבר, אשר מתערבת בפריון שלו (ובמובן זה זוהי משפחה מסורתית פטריארכלית), ומצד אחר השימוש בטכנולוגיית הפריון פותח פתח ליצירת מבנה משפחתי חדשני (ולכן זו גם משפחה פוסט־מודרנית). הבחירה שקאת וסטון דיברה עליה בנוגע ללהט"בים שביקשו להתרחק ממשפחת המוצא שלהם ולהקים משפחה מבחירה (Weston, 1997) נהפכה על ראשה במסגרת החשיבה הישראלית על הולדה לאחר המוות, והיא כעת משרתת ערכים פטריארכליים מסורתיים של המשכיות השושלת. אף על פי שקיימת בישראל התנגדות קולנית להכרה במבני משפחה שאינם המשפחה הגרעינית הנורמטיבית, דוגמת משפחות חד־הוריות ומשפחות להט"ביות, הממ"מ אינה מעוררת התנגדות מכיוון שמרני, אף שהמבנה שלה מהפכני לא פחות, ואולי אף יותר, מזה של משפחות להט"ביות.

עוד הראינו כי עשרים שנה של פסיקות סותרות ושל קריאות בתי המשפט השונים למחוקק להסדיר את הסוגיה לא סייעו בגיבוש פתרון מוסכם. הרוב המכריע של התיקים בשנים הללו עסק במוות של גברים צעירים בנסיבות אורחיות. מוות בטרם עת של נשים וגברים צעירים בנסיבות אלו נפוץ הרבה יותר מאשר מוות בפעילות מבצעית. עד ה־7 באוקטובר 2023 מרבית החיילים שמתו בשירות הצבאי לא נהרגו בשדה הקרב. למרות זאת, מותם של צעירים וצעירות "סתם" לא עורר עניין ציבורי בהקשר של הולדה לאחר המוות כמו מותם של חיילים גברים. רק ב־2017, כשהצעת החוק הראשונה בנושא עיצבה את הסוגיה כצבאית, הסתמנה אפשרות ממשית להסדרת הנושא בחוק.³⁵ אמנם תחולתה

35 אמנם גם ההצעה של ארגון משפחה חדשה משנת 2002 התמקדה בצבא, אולם כפי שהסברנו, הרדיקליות שבהצעה להקפיא זרע עם הגיוס וההתנגדות שהיא עוררה במערכת הביטחון גרמו ככל

של הצעת החוק הנוכחית הפכה כללית בגלל הבעיות המשפטיות בחקיקת חוק ייעודי לחיילים, אבל מניחות הצעות החוק הקודמות והדיונים בכנסת עולה בבירור שהמוטיבציה העיקרית של המחוקק היא עיגון הזכות להמשכיות של חיילים ולא של גברים צעירים באשר הם. גברים שאינם חיילים – סביר שכמעט לא יציידו את הוריהם או את בנות זוגם בטופס המופיע בחוק המוצע.

הספציפיות של הצעת החוק לחיילים בלבד, אף שלמראית העין היא נועדה לכלל האוכלוסייה, מתחזקת לנוכח העובדה שבדיונים על הצעת החוק בוועדת הכנסת לא השתתפו גברים צעירים (חיילים או אזרחים), בנות זוג של גברים שמתו, נשים שמעוניינות להרות מזרעו של גבר מת או הורים של גברים שמתו בנסיבות אזרחיות. הנתונים שהוצגו בפני הוועדה התמקדו בסקירה משפטית השוואתית בלבד, ולא כללו מידע מקיף על עמדות הציבור בכלל ועל עמדותיהם של גברים ונשים צעירים בפרט בנוגע להולדה לאחר המוות. טובת הילד אמנם נדונה, אבל ברור היה שקהל היעד המרכזי של יוזמי.ות הצעת החוק והקבוצה המרכזית שהחוק מיועד לשרת הם הורים ששכלו את בניהם במהלך השירות הצבאי והדיון בה היה מוגבל ומצומצם.

אנו טוענים כי הצעת החוק המיועדת לתקן את הקשיים במצב הקיים בנושא זה יוצרת פוטנציאל אינסופי של סכסוכים משפטיים וכאב. ההצעה הופכת את ההולדה לאחר המוות לברירת המחדל. היא יוצרת שכול מסוג חדש, שבו המוות אינו סופי. ההסדר מחייב את הנער המתגייס להתמודד עם שאלת מותו המוקדם ואבהותו הפוטנציאלית לאחר מותו בשלב מוקדם בחייו. האפשרות הזאת תהפוך לחובה בשל הציפייה החברתית להביא ילדים לעולם בכל מחיר, ואילו המצב שהיה עד כה טבעי, שבו המוות והיעדר האפשרות להולדה הולכים יד ביד, ידרוש מהנער לבחור בו באופן אקטיבי. ברירת המחדל החדשה, שתחליף את הקיימת, יוצרת ציפיות מהנער וכתוצאה מכך מזמינה ביקורת חברתית על כל בחירה לסטות ממנה. היפוך היוצרות הזה חל גם על הנותרים בחיים: מי שמחליט שלא להמשיך את המת בוחר בחירה אקטיבית "להמית" סופית את המנוח. אם מדובר בהורים או בבת זוג שמתנגדים להולדה לאחר המוות או שאינם מעוניינים בה, החוק הופך אותם למי שאינם מכבדים את רצון המת.

יתרה מזו: האם אפשר להחליט בנושא על סמך טופס שמילא נער בן 18, אם הוא הולך לעולמו שנים רבות לאחר שחתם? ההורים ובת הזוג עלולים להחזיק בהשקפות נוגדות בנוגע למידת התקפות של רצונות העבר של הבן המת ולהיגרר לבירור משפטי בסוגיה. בהנחה שגברים לא מעטים אינם מעוניינים כלל בהולדה מזרעם לאחר מותם, כפי שהראו מחקרים קודמים, יש לחשוב גם על מה שהדבר יעורר אצל הוריהם או אלמנותיהם אם יגלו לאחר מות יקירם שהוא אינו מעוניין בהולדה מזרעו לאחר מותו. זה עלול לא רק לפגוע בהם, אלא גם לפתוח פתח לתביעות שבהן ההורים יבקשו לפתוח מחדש את שאלת רצונו של בנם ויטענו שרצונו המשוער השתנה לאורך השנים.³⁶

הנראה לכך שסיכוייה להתקבל היו קלושים, והיא לא התגבשה לכלל הצעת חוק שאפשר היה לקדם בכנסת.

36 סכסוך כזה כבר הגיע לבית המשפט לענייני משפחה (תמ"ש [קריית] 17-02-25971 ח' נ' מרכז רפואי ע"ש בני ציון [8.9.2019]). גבר צעיר הקפיא זרע לצורך שימור פוריות על רקע מחלה, ובחר

לסיכום, דומה שהברית שנכרתה בציבוריות הישראלית בין משפחתיות, פרו־נטליזם, שכול, מיליטריזם ופטריארכיה פתחה שער רחב לכניסת מבנה משפחתי מהפכני, חריג בעולם כולו, אל חיק המיינסטרים הישראלי, ובמובנים מסוימים אף אפשרה את הפיכתו למחייב בהקשר של מות חיילים.

מקורות

- אייכנר, איתמר, ומורן אזולאי. (2021, 27 באוקטובר). אם הלוחם שנהרג בגבול עזה נפגשה עם בנט: "רוצה להיות סבתא לנכד מבראל". *Ynet*.
- ארלוזורוב, מירב. (2019, 3 בספטמבר). רוב הישראלים לא משרתים בצבא - אבל זה משתלם. *דה־מרקר*.
- בן חיון, דור. (2021, 14 באפריל). החללים המושתקים: התאבדות בצה"ל הייתה ונשארה טאבו. גלובס.
- השילוני־דולב, יעל, דפנה הקר וחגי בועז. (2014). רצון המת: שלושה מקרי מבחן ישראליים. *סוציולוגיה ישראלית*, טז(1), 31-53.
- השילוני־דולב, יעל, וצבי טריגר. (2016). בין רצון המת לבין רצונם של הנותרים בחיים: שימוש בזרע לשם הולדה לאחר המוות, פטריארכיה, פרו־נטליזם ומיתוס המשכיות הזרע. *עיוני משפט*, לט(3), 661-706.
- זפרן, רות. (2018). אחים ואחיות במשפט. *עיוני משפט*, מא(1), 60-65.
- טריגר, צבי. (2016). על הרגולציה של שירותי הפריזון בישראל. בתוך ישי בלנק, דוד לוי־פאור ורועי קרייטנר (עורכים), *מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות (עמ' 269-309)*. אוניברסיטת תל אביב.
- טריגר, צבי. (2017). "מותו של זה הוא חייו של זה": הולדה לאחר המוות מזרעו של גבר מת על ידי הוריו והאידיאולוגיה של ההורות הישראלית־יהודית. *תיאוריה וביקורת*, 49, 67-88.
- טריגר, צבי. (2023). הורות בסיכון כפול: איומים מחוץ ומבית על ההורות הלהט"בית. *מעשי משפט*, 14, 13-47.
- כשר, אסא. (2002). "יתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת, בתוך רפאל כהן־אלמגור (עורך), *דילמות באתיקה רפואית (עמ' 221-238)*. הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליר.
- לוי, יגיל. (2016). מעם בונה צבא לצבא בונה עם. בתוך ניר גזית ויגיל לוי (עורכים), *צבא מחנך עם: יחסי הצבא עם מערכת החינוך האזרחית (עמ' 87-116)*. האוניברסיטה הפתוחה.
- לוי, יגיל. (2023). יורים ולא בוכים: המיליטריזציה החדשה של ישראל בשנות האלפיים. למדא - האוניברסיטה הפתוחה.
- לנדאו, רות. (2002). יתמות מתוכננת. בתוך רפאל כהן־אלמגור (עורך), *דילמות באתיקה רפואית (עמ' 203-220)*. הקיבוץ המאוחד ומכון ון ליר.

באפשרות של השמדת זרעו אם ימות. לאחר שנפטר, הוריו טענו שרצונו השתנה וביקשו מבית המשפט לאפשר להם להשתמש בזרעו.

- מרידור, דן. (2007). העורף כחזית: היבטים כלכליים לנוכח השינוי באופי העימותים. המכון הישראלי לדמוקרטיה.
- משפחה חדשה. (2002). מסמך מקצועי לבדיקת נושא הקפאת זרע חיילים במימון המדינה. הוועדה המשפטית של ארגון משפחה חדשה.
- משרד הבריאות. (2012, מאי). המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל.
- סומך, ליבת, ואורן טרגש. (2007). על השיקולים להכרה במעמד הסבות. הארת דין, ד(2), 167-187.
- סתיו, אברהם. (2017). הקמת שם מזרעו של מת: עמדת ההלכה בסוגיית "חוק ההמשכיות". אסיא, קז-קח(כז), 102-110.
- צה"ל. (2022, 11 בינואר). סיכום מספר הנפגעים בצה"ל בשנה החולפת. אתר צה"ל.
- קימרלינג, ברוך. (1993). מיליטריזם בחברה הישראלית. תיאוריה וביקורת, 4, 123-140.
- שלו, כרמל. (2002). הזרעה לאחר המוות: ינוח בשלום על משכבו. רפואה ומשפט, 27, 95-99.
- שליטא, חן. (2022, 20 במרץ). על החיים ועל המוות: "מאוד עצוב שאחרי שנתנו ילד למדינה, היא גם זו שמחליטה על הזרע שלו". שומרים.
- שני, חנן. (2007). נטילת זרע ממת להפריה חוץ-גופית. עלוני ממרא, 120, 61-71.
- שרלו, יובל. (תשע"ח). שימוש בזרעו של מת – נייר עמדה. צהר.
- Bokek-Cohen, Ya'arit A., & Vardit Ravitsky. (2019). Soldiers' preferences regarding sperm preservation, posthumous reproduction, and attributes of a potential "posthumous mother". *OMEGA – Journal of Death and Dying*, 79(2), 132–156.
- Bowen, Glenn A. (2009). Document analysis as a qualitative research method. *Qualitative Research Journal*, 9(2), 27–40.
- Gilbar, Roy, & Efrat Ram-Tiktin. (2020). It takes a village to raise a child: Solidarity in the courts – Judicial justification for posthumous use of sperm by bereaved parents. *Medical Law Review*, 28(2), 317–341.
- Harel-Shalev, Ayelet, & Shir Daphna-Tekoah. (2019). *Breaking the binaries in security studies: A gendered analysis of women in combat*. Oxford University Press.
- Hashiloni-Dolev, Yael, & Silke Schicktanz. (2017). A cross-cultural analysis of posthumous reproduction: The significance of the gender and margins-of-life perspectives. *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 4, 21–32.
- Hashiloni-Dolev, Yael, & Zvi Triger. (2020). The invention of the extended family of choice: the rise and fall (to date) of posthumous grandparenthood in Israel. *New Genetics and Society*, 39(3), 250–270.
- Katz, Ori, & Yael Hashiloni-Dolev. (2019). (Un)Natural grief: Novelty, tradition and naturalization in Israeli discourse on posthumous reproduction. *Medical Anthropology Quarterly*, 33(3), 345–363.
- Kowal, Emma, & Joanna Radin. (2015). Indigenous biospecimen collections and the cryopolitics of frozen life. *Journal of Sociology*, 51(1), 63–80.

- Latour, Bruno. (2012). *We have never been modern* (Catherine Porter, Trans.). Harvard University Press.
- Lavi, Shai. (2017). The Mourning after: Posthumous sperm retrieval and the new laws of mourning. In Austin Sarat, Lawrence Douglas, & Martha M. Umphrey (Eds.), *Law and Mourning* (pp. 36–58). University of Massachusetts Press.
- Lebel, Udi. (2011). Panopticon of death: Institutional design of bereavement. *Acta Sociologica*, 54(4), 351–366.
- Lomsky-Feder, Edna, & Orna Sasson-Levy. (2017). *Women soldiers and citizenship in Israel: Gendered encounters with the state*. Routledge.
- O'Leary, Zina. (2005). *Researching real-world problems: A guide to methods of inquiry*. Sage Publications.
- Ram-Tiktin, Efrat, Roy Gilbar, Ronit B. Fruchter, Ido Ben-Ami, Shevach Friedler, & Einat Shalom-Paz. (2018). Expanding the use of posthumous assisted reproduction technique: Should the deceased's parents be allowed to use his sperm? *Clinical Ethics*, 14(1), 18–25.
- Raz, Aviad. (2018). Reckless or pioneering? Public health genetics services in Israel. In Hagai Boas, Yael Hashiloni-Dolev, Nadav Davidovitch, Dani Filc, & Shai Lavi (Eds.), *Bioethics and biopolitics in Israel: Socio-Legal, political, and empirical analysis* (pp. 223–239). Cambridge University Press.
- Simpson, Bob. (2001). Making "bad" deaths "good": The kinship consequences of posthumous conception. *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7, 1–18.
- Tremellen, Kelton, & Julian Savulescu. (2015). A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception. *Reproductive Biomedicine Online*, 30(1), 6–13.
- Weston, Kath. (1997). *Families we choose: Lesbians, gays, kinship*. Columbia University Press.