

רצון המת - שלושה מקרי מבחן ישראליים

יעל השילוני-דולב*, דפנה הקר** והגי בועז***

תקציר. המאמר בוחן שלוש סוגיות שבמרכזן דילמות הקשורות למימוש רצון המת: תרומת איברים לאחר המוות, נטילת זרע מהמת וסכסוכי צוואה. המאמר מציג ניתוח סוציו-משפטי של מערכת הערכים לגבי כל אחת מהסוגיות הללו. מערכת זו משמשת מגוון בעלי סמכות משפטית - המחוקק, היועץ המשפטי לממשלה ובתי המשפט - בבואם להתוות מדיניות ואף להכריע בדבר גופו ורכושו של אדם לאחר מותו. ממצאי המחקר מלמדים כי המשפט הישראלי מייחס לכאורה חשיבות רבה לרצון המת. עם זאת, בחינתו של הנעשה בשדה הרפואי ובשדה המשפטי, מעבר לכללי המשפט הפורמלי, מגלה נטייה מתחרה של התעלמות מרצון המת והעלאת השערות בלתי מבוססות על רצונו, ומתן קדימות לרצון קרובי משפחתו שנותרו בחיים. דחיקת רצון המת והעדפת רצונו של בני משפחתו מבוססות על אידיאליזציה של יחסים משפחתיים, המתכחשת לאפשרות קיומם של קונפליקטים בתוך המשפחה ושל סתירות בין האינטרסים של המת לאינטרסים של הנותרים בחיים.

מבוא

פילוסופים אחדים סבורים כי במותו של אדם, מתים רצונותיו. לשיטתם, אדם מת אינו יותר מאשר שרידי גופתו. בהעדר סובייקט, אין משמעות לוגית לעיסוק בזכויות המת ובאינטרסים שלו (Taylor, 2005). בהתאם למשנה זו, המונח "רצון המת" חסר היגיון ומכאן שאין שאלה של מימוש רצון זה או התעלמות ממנו.

פילוסופים אחרים טוענים כי האינטרסים והזכויות של אדם שורדים לאחר מותו. לטענתו של ההוגה הבולט בקבוצה זו, ג'ואל פיינברג (Feinberg, 1984, 1969), אם לא נכיר באינטרסים של האדם שמת, אזי לא נוכל לטעון שהמוות עצמו מהווה פגיעה. על פי גישה זו, יש משמעות לעיסוק ברצון המת ולשאלה אילו מרצונות המת על החברה לכבד ואילו ייאלצו לסגת מפני אינטרסים וזכויות של אחרים.

* בית הספר לממשל וחברה, המכללה האקדמית תל אביב-יפו

** הפקולטה למשפטים והתוכנית ללימודי נשים ומגדר בשיתוף NCJW, אוניברסיטת תל אביב

*** מרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה, אוניברסיטת תל אביב

אנו מודים לחברי קבוצת המחקר במרכז מינרבה לחקר סוף החיים על הערותיהם ולמרכז מינרבה לחקר סוף החיים על מענקי המחקר. ממצאי המחקר העוסקים בצוואות הופקו במסגרת מחקר שנתמך על ידי האגודה הישראלית לקרנות מחקר וחינוך (2006-2008) והקרן הלאומית למדע (מענק 514/09).

קבוצה שלישית של פילוסופים מסכימה עם הקבוצה הראשונה שאין משמעות לעיסוק בזכויות המת ובאינטרסים שלו, אך מוכנה לשקול מתן מעמד לזכויות החי שמתן מתוך הכרה בזכויות החיים. דרך אחת לעשות זאת היא להכיר באפשרות שאדם יוריש את האינטרסים שלו לאחרים שנותרו בחיים (Callahan, 1987). מכאן שהנותרים בחיים יוכלו להמשיך להתור למימוש רצון המת, מכיוון שהפך לרצונם-הם. דרך אחרת שמפתחים ההוגים השייכים לקבוצה השלישית היא להכיר בחוזה חברתי, רב-דורי, שבו כל דור מתחייב לכבד את רצון מתי הדור הקודם לגבי מה שיתרחש לאחר מותם, אף שהמתים אינם יכולים עוד להיות נשאי זכויות. הדור הנוכחי יעשה זאת כדי שבבוא העת גם רצונו יכובד לאחר מותו. רצון זה נעוץ בטבע בני האדם, שבניגוד ליצורים חיים אחרים מסוגלים לדמיין את המציאות שלאחר מותם ורוצים להשפיע עליה, ובכלל זה גם על הנותרים בחיים הקרובים ללבם (Partridge, 1981).

במאמר זה לא נעסוק בטיפולוגיה הפילוסופית הזו (Hacker, 2011) ולא נבקש להכריע בין העמדות האונטולוגיות בדבר משמעות המושג "רצון המת". תחת זאת נציע ניתוח סוציו-משפטי של שלושה מקרי מבחן ישראליים, שבמרכזם, לפחות לכאורה, מימוש רצון המת: תרומת איברים לאחר המוות, נטילת זרע מהמת לשם אבהות לאחר המוות, וסכסוכי צוואה לאחר מות המוריש.

שלושת מקרי המבחן הללו נבדלים זה מזה. תרומת איברים ושימוש בזרע של מת הן סוגיות חדשות יחסית בשדה הרפואי-משפטי. עד לאחרונה, בשל מגבלות טכנולוגיות, לא הייתה משמעות לשאלה בדבר זכותו של אדם להחליט אם איבריו ייתרמו ואם ייעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. גופו לא יכול היה לשמש עוד איש, פרט לרופאים, לסטודנטים ולחוקרים שלמדו ולימדו על גוף האדם באמצעות גופות. לעומת זאת, הזכות להוריש נכסים מוכרת כבר בשיטות משפט קדומות, ולצדה סכסוכי הצוואות הידועים עוד מימי יעקב ועשו.

ואולם השימוש בטכנולוגיות חדשות, המאפשרות שימושים חדשניים בתאים ובאיברים, תורם למסחור הגוף ולטשטוש בינו לבין נכס קנייני (Dickenson, 2007). טשטוש זה מקרב את הדיון התיאורטי בתרומת איברים ושימוש בזרעו של המת לדיון בנכסים "קלאסיים" יותר, כמו אלה המועברים על פי צוואה. יתרה מכך, דיון בכפיפה אחת בשלושת מקרי המבחן האלה ראוי מכיוון שלקניין גשמי משמעויות רגשיות מורכבות, במיוחד בהקשר המשפחתי (Zelizer, 2009). עם היעלמותו של הסובייקט בעת המוות הופכים גופו ונכסיו לא רק לאובייקטים שיש להכריע למי הזכות לשלוט בהם, אלא גם למושאים של רגשות ומשמעויות סמליות.

בשלושת המקרים שבהם נדון במאמר זה נדרשת החברה להכריע באמצעות המשפט בשאלות מה ניתן ומה ראוי לעשות במה שהותיר אחריו המת – תאי רבייה, איברים בני השתלה וקניין "רגיל"? עד כמה צריכים להשפיע רצונות שביטא אדם לפני מותו על השימוש הנעשה בגופו וברכושו לאחר מותו? האם יש לייחס משקל לרצונם של הנותרים בחיים בהכרעות אלו, ואם כן – כיצד? במאמר נבקש לתאר את משטרי ההצדקה הערכיים המשמשים מגוון בעלי סמכות משפטית בבואם להתוות מדיניות ואף להכריע במקרים של סכסוכים סביב סוגיית רצון המת. לפיכך, מבחינה מתודולוגית מבוסס המאמר על ניתוח של חוקים, תקנות, הנחיות יועצים משפטיים, פסקי דין וראיונות עם שחקנים בשדה המשפטי.

כל אחד מכותבי המאמר חוקר בהרחבה את אחד ממקרי המבחן שלהלן. בעבודתנו המשותפת התבהר לנו שבשלושת המקרים שבות ועולות השאלות בדבר מידת ההתחשבות בפועל ברצון המת, ובדבר הפער בין הרטוריקה לפרקטיקה בהקשר זה.

מקרה המבחן הראשון, העוסק בתרומת איברים, פותח בסקירה המשווה את המדיניות הישראלית למקובל במדינות אחרות ומציע ניתוח היסטורי-נרטיבי של החקיקה הישראלית בהקשר של תרומת איברים ויישומה בפועל. מקרה המבחן השני, הדין ברבייה לאחר המוות, מבוסס על ניתוח נרטיבי של הנחיות היועץ המשפטי בנושא, לצד דיונים בסוגיה שנערכו בכנסת ופסיקות תקדימיות שהתפרסמו בהקשר זה. הדיון בסכסוכי צוואות מבוסס על מחקר רחב היקף שכלל בחינה של חוק הירושה ודיוני הכנסת בהקשרו; איתור כל פסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים בהורשה, מקום המדינה ועד 2010, וניתוח אלה מהם שעוסקים בכבוד המת (n=38); ניתוח מדגם של תיקי סכסוכי הורשה מארכיון בית המשפט לענייני משפחה ברמת גן (n=144), פסקי דין של טריבונל זה שפורסמו (n=89) ומדגם של הליכי הורשה ללא סכסוך בבית הדין הרבני ואצל רשם הירושות בתל אביב (n=599), שנפתחו בשנים 2000, 2002 ו-2004; וראיונות עומק עם אנשים שהיו מעורבים בסכסוכי ירושה ועם משפטנים שעוסקים בתחום (לפירוט מתודולוגי נוסף ולממצאים נוספים של המחקר, ראו Hacker, 2010a, 2010b, 2011, 2012, 2014a, 2014b).

המאמר דן בשני מונחים שגורים, פשוטים וטבעיים לכאורה: מוות ומשפחה. אלא שמשמעויות המונחים האלו הן תוצר של הבניות חברתיות שנויות במחלוקת, ואין לגביהם הגדרות חברתיות או משפטיות מוסכמות. טכנולוגיות ביו-רפואיות חדישות ושינויים חברתיים שאינם קשורים בשדה הרפואי מערערים את ההגדרות המסורתיות של רגע המוות ושל מוסד המשפחה גם יחד. הם מציבים לפני אנשי הדת, הממסד הרפואי, המשפטנים, הפוליטיקאים והציבור הרחב את הדרישה להכריע בסוגיות מורכבות וכבדות משקל הקשורות לסוף החיים. בשלוש מהן עוסק המאמר. לעניין הגדרתו של מושג המוות, פיתוחן של טכנולוגיות רפואיות חדישות במחצית השנייה של המאה שעברה הוביל להתכנותם של מצבי סף כמו מוות מוחי. במצב כזה המוח מת, בעוד הלב ממשיך לפעום באופן מלאכותי. בניגוד למוות קליני ולמצבים וגטיביים אחרים, את המוות המוחי מגדירה הרפואה כמצב בלתי הפיך (Wijdicks, 2001). אלא שכפי שנראה, עמדה רפואית זו אינה מקובלת על כולם (Youngner, Arnold & Schapiro, 2002), וגם המשפט הישראלי מסרב להקנות לה בלעדיות על הגדרת המוות.

מצד השני של החיים, בראשיתם, טכנולוגיות פרוין חדישות תרמו לערעור התפיסה המסורתית של מושג המשפחה, תפיסה שהושתתה על נישואין ויחסי מין בין בני זוג הטרוסקסואליים המביאים לעולם צאצאים משותפים ומגדלים אותם יחד (השילוני-דולב, 2013). דפוס משפחתי זה מעולם לא היה הדפוס הבלעדי, אך אין ספק שבשנים האחרונות הדומיננטיות שלו פוחתת. גם כאן המשפט הישראלי מתקשה להכריע בין עמדות החוגגות את הפלורליזם המשפחתי החדש לבין כאלו המסתייגות ממנו, בשם ערכים הטרונורמטיביים ודתיים או בשם פגיעה בזכויות אדם (למשל כשהפלורליזם הזה נשען על ניצול של נשים ממעמד חברתי-כלכלי מוחלש כפונדקאיות, או כאשר הוא מונע מילדים להתחקות אחר זהותם הגנטית). לא מפתיע אפוא שהחוק הישראלי אינו מגדיר מהי משפחה, וסוגיות רבות הקשורות למושג זה באות לפתחם של בתי המשפט מבלי שהמחוקק גיבש חקיקה מנחה לגביהן (הקר, 2012).

מטרת המאמר אינה להכריע מה פירוש מושגי המוות והמשפחה או להציע עמדה נורמטיבית בנוגע לכיבוד רצון המת. גם בין שלושת כותבי המאמר אין הסכמה מוחלטת בסוגיות האמורות. מטרתנו היא לתאר את הוויכוח הציבורי והמשפטי, את ההיגיון המנחה אותו, את השינויים המתחוללים בהגדרת המושגים המקובלים, את המתחים והסתירות הפנימיות ואת הפתרונות שמציעה המציאות, המתרגמת את העקרונות המשפטיים להחלטות מעשיות.

הניתוח שאנו מציעים יראה כי לכאורה, בשלושת מקרי המבחן מייחס המשפט הישראלי חשיבות רבה לרצון המת ולחובת הנותרים בחיים להיענות לו. עם זאת, ניתוח היסטורי ובחינת הנעשה בשדות הרפואה והמשפט, מעבר לכללי המשפט הפורמלי, מגלים כי קיימת נטייה מתחרה של דחיקת רצון המת מפני רצונם של הנותרים בחיים. נראה כי נטייה זו נובעת בראש ובראשונה מהמשקל הרב שניתן לרצונותיהם של בני משפחת המת. משקל זה מוביל להתעלמות מרצון המת, להשערות לא מבוססות על רצונו ולסטייה ממנו בשם שימור יחסי משפחה תקינים בין הנותרים בחיים, גם אם לא היו לו בני משפחה קרובים. כך נוצר פער בין הצהרת המשפט הישראלי כי "מצווה לקיים דברי המת" - העולה לכאורה בקנה אחד עם התפיסה הפילוסופית שלמתים יש אינטרסים וזכויות - לבין המציאות המשפטית-רפואית שנוטה להתעלם מרצון המת או להבנות אותו ללא בסיס משכנע, בהתאם לאינטרסים של הנותרים בחיים.

תרומת איברים

נפתח במקרה שאירע בשנת 2010 ונדון רבות בתקשורת. אבי כהן, כדורגלן עבר מפורסם, נפצע באורח אנוש בתאונת דרכים - רכב מסחרי פגע בקטנוע שעליו רכב. כהן הובהל לבית החולים איכילוב, וכעבור ימים מספר קבעה ועדה רפואית כי הוא שרוי במוות מוחי. אז נתבקשו בני משפחתו לתרום את איבריו. כהן עצמו היה חתום על כרטיס אדי, ואף נודע כתומך נלהב בתרומות איברים שעודד את חבריו לחתום על כרטיס אדי. אולם בני המשפחה סירבו לבקשת הרופאים. סירובם העלה את השאלה: למי נתונה הזכות להכריע בדבר תרומת איברים - לאדם ששרוי במצב של מוות מוחי, שאלה איבריו, או למשפחתו? סוגיית אבי כהן עוררה מיד סערה תקשורתית. תשומת הלב הופנתה לרבנים וחוזרים בתשובה שנכחו בקרבת המשפחה וניסו לשכנע אותה שלא לתרום את האיברים, בשל התנגדותה של היהדות להגדרה הרפואית של מוות מוחי כמוות לכל דבר. הפרשה כולה נצבעה בגווני המנוגדים של המתה הדתי-חילונית בישראל, ולכן נשוב בהמשך המאמר. בשלב זה עולה שאלה כללית יותר: האם לסירוב המשפחה היה תוקף משפטי?

החוק הישראלי אכן מאפשר למשפחה לפעול בניגוד לרצונו המפורש של אדם לתרום את איבריו עם מותו. הוא אינו מקנה תוקף לחתימה על כרטיס אדי, והחתימה היא בבחינת הצהרה בלבד שהמשפחה מתבקשת לכבד. למעשה, שאלת ההסכמה לתרומת איברים עומדת בבסיס הסוגיה האתית-משפטית שבהנצלת איברים להשתלה. עולה השאלה את רצונו של מי אמורה ההסכמה לשקף - את רצון המת, את רצון המשפחה או את רצון הציבור?

בהכללה גסה, בעולם קיימות שתי מתכונות עיקריות של הסכמה לתרומת איברים: הסכמה מדעת (informed consent) והסכמה משוערת או חזקת הסכמה (presumed consent). המודל הראשון, הנפוץ יותר, מחייב הסכמה ברורה של התורם בחייו לתרומת איברים, או אם מת - הסכמה של משפחתו. על פי רוב ההסכמה מתבטאת בהחזקת כרטיס תורם דוגמת כרטיס אדי. זהו מודל שבו פרטים בוחרים מרצונם החופשי להיכנס (opt-in) למערכת רישום של תורמי איברים פוטנציאליים. הנחת המוצא של המודל השני הפוכה: כולם מחויבים לתרומת איברים, וקיימת הסכמה משוערת כללית לתרומת איברים. בהתאם לכך, פרטים החורגים מהנורמה ומבקשים לצאת מהמערכת (opt-out), צריכים להצהיר על כך ברישום מיוחד (Rosenblum et al., 2012). אלמגור-לוטן (2011) משווה בין מודלים של הסכמה לתרומת איברים בעולם, ומבחינה בין מדיניות רכה למדיניות קשה במתכונות ההסכמה. מודל קשה של הסכמה מדעת אינו מחייב הסכמה של בני המשפחה ומסתפק בהצהרת המת. לעומת זאת, מודל רך של הסכמה מדעת מתחשב ברצון

המשפחה. אלמגור-לוטן משווה בין היבטי מדיניות נוספים. למשל, האם למשפחה עומדת הזכות להטיל וטו על תרומת האיברים במדינות שבהן מופעל מודל של הסכמה משוערת? (בספרד קיימת אפשרות לוטו משפחתי, בפינלנד ובשוודיה היא אינה קיימת); האם במדינות הפועלות על פי עקרון ההסכמה המשוערת קיים רישום לסירוב תרומות? (בנורבגיה אין מרשם כזה, באוסטריה יש). אלמגור-לוטן מראה כי במדינות הפועלות על פי מודל ההסכמה המשוערת, שבהן קיים רישום לסירוב תרומות, למשפחה אין זכות וטו על התרומה. לעומת זאת, במדינות שבהן לא קיים רישום שכזה, המשפחה מקבלת זכות וטו. בישראל, קובעת אלמגור-לוטן, מופעלת מתכונת רכה של הסכמה מדעת. כלומר, גיוס איברים להשתלה מתקיים בשתי רמות: על ידי החתמה על כרטיס אדי, המשמשת כהצהרת כוונות, ועל ידי פנייה בפועל למשפחת המת לקבלת ההסכמה לתרומה. מצב עניינים זה מעורר, כמובן, שאלות בדבר תוקפו של כרטיס אדי. בעמודים הבאים אנחנו מבקשים להתחקות אחר ההיסטוריה של נטילת איברים מהמת בישראל, כדי להצביע על הסתירות הפנימיות במערך גיוס האיברים להשתלה.

נקודת הפתיחה היא חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953. החוק מבדיל בין שימוש בגופה או באיבר ממנה לצורך הצלת חיים ובין שימושים אחרים בגופה (לצרכים אקדמיים או לחקירת סיבת המוות). בנוגע לשימושים שאינם הצלת חיים לשון החוק ברורה והיא קרובה למודל "ההסכמה מדעת": "גוייתו של אדם שהסכים בכתב כי תשמש למטרות מדעיות - מותר לבתרה בבית ספר לרפואה לצרכי לימוד ומחקר" (סעיף 2). לעומת זאת, בנוגע להצלת חיים, החוק קובע מתכונת הקרובה יותר למודל של ההסכמה משוערת. סעיף 6(א) מתיר לרופאים לנתח גוייה, ללא צורך בהסכמה מפורשת בכתב מהמת לצורך הצלת חיים: "מותר לרופא לנתח גוייה לשם קביעת סיבת המוות או כדי להשתמש בחלק ממנה לריפוי של אדם, אם נקבע בתעודה שנחתמה על ידי שלושה רופאים שהוסמכו לכך בהתאם לתקנות, כי הניתוח משמש לאחת המטרות האמורות".

רפואת ההשתלות בישראל נסמכה עד 2008 על חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953. למעשה, גם חוק ההשתלות של 2008 מתבסס עליו. עם זאת, המציאות הארגונית של נטילת איברים להשתלה שונה מהוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953. כדי לבדוק זאת נבחן את התפתחותו של המודל העכשווי להנצלת איברים בישראל ונתאר את השינויים שחלו במודל ההסכמה ובסוכנים המורשים מטעם החוק לאשר הנצלת איברים או למנוע אותה. באמצעות חקר ההיסטוריה של נתיחת גוף המת לצורך תרומת איברים בישראל, נטען כי בחצי המאה שחלפה בין ניסוחו של החוק הראשון שעסק בנושא לבין החוקים העכשוויים התחוללה תמורה מהותית ביחסים שבין הפרט, המדינה והמשפחה בנוגע למילוי רצונו של הפרט לאחר מותו.

לשם כך נחזור שוב לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953. כאמור, לפי חוק זה, רצון המת מובע באמצעות טופס ההסכמה לשימוש בגופה לצרכים מדעיים. האדם חותם עליו בעודו בחיים, ואין כל דרישה להבעת רצון המת לעניין השימוש באיבריו לצורך הצלת חיים. החוק הזה אינו מקנה מעמד לבני משפחה שהמת הותר אחריו. בשנת 1980 נוספו לחוק זה תיקונים, שלעומת נוסחו המקורי של החוק משתקף מהם יחס מתון יותר כלפי בני המשפחה. כך קובע סעיף 6 ב' המתוקן: "לא תנותח גוייה לפני תום חמש שעות לאחר מתן הודעה על הפטירה לאחד מבני המשפחה (...) אם היה הניתוח דרוש כדי להשתמש בחלק מהגוייה לריפוי של אדם, תימסר על כך הודעה לאחד מבני המשפחה בזמן סביר לפני עשיית הניתוח". כלומר, החוק קובע חובה ליידע את המשפחה אך לא לבקש את ההסכמה. כמו כן, במקרה שבו ניתן

להשתמש בגופה להצלת חיים ולא ניתן לאתר קרובי משפחה בזמן שבו האיברים עדיין ניתנים להנצלה, מותר ליטול את האיברים גם ללא הודעה למשפחה. סעיף 6 ג' קובע:

נתגלה צורך להשתמש בחלק מגוויה להציל חייו של פלוני, יבוא במקום הזמן האמור בסעיף קטן (ב) - הזמן שעד המועד המאוחר ביותר שבו אפשר להוציא את החלק מהגוויה לשם שימוש כאמור; לא ניתן למסור הודעה לפי סעיף קטן (ב) תוך המועד האמור, מחמת חוסר אפשרות לאתר בן-משפחה, מותר הניתוח לפי סעיף קטן זה ובלבד שנעשה נסיון סביר למסור את ההודעה.

חשוב לציין כי מושג הצלת החיים רחב מאוד בסייגים שנוספו לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953: הוא כולל הוצאת קרניות להשתלה, קל וחומר איברים פנימיים, למשל כליה. הגדרה רחבה זו עולה בקנה אחד עם המתירנות שהחוק מאפשר למדינה בנטילת איברים לצרכים רפואיים. כך, לפי החוק, התנגדות לניתוח הגופה נוסחה כפעולה אקטיבית של הפרט לפני המוות או של משפחתו אחרי המוות, כפי שקובע סייג ד' לסעיף 6: "מותר לנתח את הגוויה זולת אם התנגד האדם בחייו בכתב שגוייתו תנותח, או אם התנגד לכך בכתב בן זוגו, אחד מילדיו או אחד מהוריו". כלומר, לפי התיקונים שהוספו לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953, התרומה כרוכה ברצונו של המנוח. הניתוח הותר כל עוד לא התנגד לכך בכתב בחייו או - במקרה שרצונו לא ברור - כל עוד בני משפחתו לא הביעו התנגדות. לפי פרנקל (2008), יש לשים לב לכך שהחוק מציין התנגדות של בני המשפחה ולא הסכמה. כלומר, לפי החוק אין צורך לקבל מבני המשפחה הסכמה לנטילת איבר להשתלה - נטילת האיברים יכולה להתבצע כל עוד לא הביעו התנגדות לכך. זאת ועוד, החוק מקנה "זמן סביר" למסירת הודעה לבני המשפחה, אך אם לא ניתן לאתר אותם בזמן זה, מותרת הנצלת איברים מגופת המת. מכך עולה שבראשית שנות השמונים של המאה ה-20 נקבע בישראל מודל של הסכמה משוערת, עם אפשרות להתנגדות אקטיבית של בני המשפחה.

כאמור, חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953, על תיקונו ותוספותיו, הניח תשתית חוקית מספיקה להסדרת תרומות איברים ממתים. ואכן, עד לשנת 2008 הנצלת איברים בישראל הוסדרה חוקית על בסיס חוק זה ותקנות מנכ"ל משרד הבריאות שנוסחו בעקבותיו. בה בעת, בסוף שנות התשעים, עם התבססותה של רפואת ההשתלות בישראל כרפואה שגרתית, הוקם במשרד הבריאות אגף חדש - המרכז הלאומי להשתלות. אך כבר מראשית ימיו סטה מרכז זה מהוראות החוק. הנחת העבודה של המרכז הלאומי להשתלות מתבססת על מודל מרוכך של הסכמה מדעת, שבו כרטיסי התורם הם בבחינת הצהרת כוונות של המת. אך למעשה, הפנייה לבני המשפחה לקבלת איבר נעשית ללא קשר להחזקת כרטיס תורם, כלומר בין שהובעה הסכמה לתרומה ובין שלא הובעה. פרקטיקה זו מנוגדת להוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953, שכלל אינו מחייב הסכמה של בני המשפחה אלא מתנה את התרומה באי-התנגדותה.

חוק ההשתלות, שחוקק בשנת 2008, ביקש בין השאר להסדיר פורמלית את נהלי נטילת איברים מהמת ולעדכןם בהתאם למציאות הנוהגת. אך במקום ליצור משנה עקבית יצר החוק סתירה פנימית. מצד אחד נסמך חוק ההשתלות על הוראות חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953 בנוגע לנטילת איבר מהמת (סעיף 26א):

נתמלאו תנאי חוק האנטומיה והפתולוגיה לעניין נתיחת גופתו של אדם ונטילת אבר מאבריו לשם השתלה בגופו של נתרם, ימסור מנהל בית החולים שבו נפטר האדם, נקבע מותו או שאליו הובאה גופתו, או המרכז הלאומי לרפואה משפטית שבו מצויה גופתו של אדם, לפי העניין, הודעה למרכז להשתלות.

אולם מצד אחר, לאחר שני סעיפים זונח חוק ההשתללות את מערכת הערכים שהנחתה את החוק המוקדם על תיקונו והקנתה בכורה לרצון המת. סעיף 28 לחוק קובע כך: "המרכז להשתללות רשאי, בעצמו או באמצעות גוף שהשר הכיר בו לעניין סעיף זה, לקבל את הסכמתו של אדם, בחייו, ליטול אבר מגופו לאחר מותו".

סעיף 26 נשען על חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953 שקרוב, כאמור, למתכונת הסכמה משוערת, בכל הנוגע לנטילת איברים להשתלה; ואילו סעיף 28 מרמז להסכמה מדעת. יתרה מכך, גם סעיף 26 וגם סעיף 28 אינם מבוצעים בפועל, מכיוון שהפרקטיקה כוללת פנייה לבני המשפחה, פנייה שאינה מוזכרת כלל בחוק ההשתללות. כך נוצרת סתירה כפולה: גם בין סעיפי החוק וגם בין החוק והפרקטיקה הנוהגת.

חשוב לציין כי הסכמתם של בני המשפחה לתרומה או התנגדותם בפועל אינם בהכרח הפכים המשלימים זה את זה. למעשה, ההבדל בין הסכמה להתנגדות הוא ההבדל בין מתכונת של הסכמה מדעת לבין מתכונת של הסכמה משוערת. בעוד שהסכמה מדעת דורשת צעד פעיל של הצטרפות למאגר התורמים בפוטנציה, הרי שהסכמה משוערת דורשת צעד פעיל של התנגדות כדי להיגרע מהמאגר הפוטנציאלי של התורמים. מבחינה זו, חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953 היה קרוב יותר למתכונת של הסכמה משוערת ואילו חוק ההשתללות קרוב יותר למתכונת של הסכמה מדעת. מה גרם לשינוי משמעותי זה? כיצד נתהפכה הקערה על פיה - מקדימות רצון המת על פני העדפות המשפחה לקדימות העדפות המשפחה על פני רצון המת? לכאורה, ניתן לתלות את ההסבר בשינוי שחל ביחסי רופא-חולה משנות החמישים של המאה ה-20 ועד ימינו אנו. שטיינברג (2002) מציע כי מערכת היחסים בין הרופא לחולה נעה מדגם פטרנליסטי, שבו רצונו של המטופל נחשב משני, לדגם אוטונומי שבו רצונו של המטופל מרכזי. בישראל מעבר אתי זה בא לידי ביטוי פורמלי בחוק זכויות החולה התשנ"ו-1996. חוק זה עיגן את המודל האוטונומי וקבע את זכות המילה האחרונה למטופל, כציר ההיגוי המרכזי של האתיקה הרפואית בישראל. גישה זו עמדה בניגוד להוראות החוק משנת 1953, שהתירו לממסד הרפואי להפעיל את סמכותו כדי להציל חיים כל עוד אין התנגדות בכתב מהמנוח - תפיסה שסביר להניח כי לא ניתן היה לבסס עליה מערך של איסוף תרומות איברים להשתלה. בהתאם לכך, תקנות מנכ"ל משרד הבריאות בעניין תרומות איברים והקמת המערך הארגוני של המרכז הלאומי להשתלות התבססו על ההנחה שיש לקבל הסכמה לתרומת איברים. גם כרטיס אדי, שהונהג בשנות התשעים, נוצר במתכונת של הצהרה אישית בדבר הסכמה מדעת לתרומת איברים. אולם למרות ההתרחקות מהדגם הפטרנליסטי, אנחנו מבקשים להדגיש כי אין כאן מעבר פשוט לכיבוד רצון המת. יש לזכור כי ההסכמה בפועל לתרומת איברים אינה מצד האדם שחתם בחייו על כרטיס אדי, אלא מצד המשפחה. זאת משום שלכרטיס אדי אין תוקף מחייב. גם חוק ההשתלות משנת 2008 לא הקנה לכרטיסי התורם תוקף מחייב, והמרכז הלאומי להשתלות מסמך בפועל את המשפחה כפוסקת אחרונה בענייני התרומה. לאחר המוות מוחלף אפוא רצון הפרט ברצון המשפחה. המעבר מדגם פטרנליסטי שבו הסמכות מוקנית לממסד הרפואי לדגם אוטונומי שמכיר בזכויות החולה לא הושלם במלואו. הסמכות וזכות ההחלטה אינן בידי הפרט אלא בידי משפחתו. אכן, כפי שטענו בראשית דברינו, מרכזיותה של המשפחה בהכרעה לגבי תרומת איברים אינה ייחודית לישראל או לארצות הקובעות מערך איסוף איברים במתכונת של הסכמה מדעת. גם במתכונות שאינן דורשות הסכמה של קרובי משפחה לא נוטים להתעלם מהמשפחה (Boyarski et al., 2012). אלא שמעבר למגמה כללית זו, הסכמת המשפחה לתרומת איברים בישראל קשורה באופן הדוק גם לשאלת מקומה של הדת בחברה הישראלית.

בניגוד לדעה הרווחת, היהדות, על כל זרמיה, אינה מתנגדת לתרומת איברים. נקודת המחלוקת היא היותו של מוות מוחי תנאי מקדים לתרומת איברים. וכך, הלכה למעשה, שאלת המוות המוחי וסוגיית תרומות האיברים - סוגיות נפרדות מבחינות רבות - קשורות זו בהיסטוריה של זו (בועז, 2009). מוות מוחי משמש תנאי לתרומת איברים משום שרק במצב של מוות מוחי נשמרת חיוניותם של האיברים הניתנים להשתלה. אולם על פי האורתודוקסיה היהודית, סוף החיים תלוי בהפסקת הפעילות האירובית ולא בהפסקת הפעילות הניורולוגית. עד להמצאתן של מכונות החייה המלאכותית לא הייתה חשיבות רבה להבחנה בין הפסקת הפעילות האירובית להפסקת הפעילות הניורולוגית, שכן שני התהליכים היו עוקבים תוך פרק זמן קצר למדי. אך מכונות החייה מאפשרות להמשיך ולקיים פעילות אירובית גם כשהמוח חדל לתפקד באופן בלתי הפיך. בעיני זרמים שמרניים ביהדות החייה כזו כמוה כמאריכה את החיים; בעיניהם, הפסקה בלתי הפיכה של פעילות המוח אין פירושה מוות, והם מחכים לקריסת כל המערכות. בעיני זרמים מתונים יותר, ההחייה המלאכותית מרחיבה את הגדרת המוות ומוסיפה קריטריון להגדרתו של סוף החיים.

לא ניכנס כאן לסוגיות הסבוכות של אבחון המוות המוחי והמחלוקת סביבו (לסקירה נרחבת ראו Youngner, Arnold & Schapiro, 2002). מבחינתנו חשוב ההקשר הישראלי - חוק המוות המוחי-נשימתי משנת 2008, שהציע פתרונות למחלוקת. לפי אחד מהם, גם כאשר הממסד הרפואי קובע מצב של מוות מוחי יש למשפחה זכות להתנגד והיא יכולה לחייב את המעריך הרפואי להמשיך בטיפול תומך חיים עד לקריסתו הסופית של הגוף. כפי שקובע סעיף 8(ד): "על אף האמור בחוק זה, נקבע מוות מוחי-נשימתי וקביעה זו מנוגדת לדתו או להשקפת עולמו של המטופל לפי מידע שהתקבל מבני משפחתו, לא ינותק המטופל ממכשיר ההנשמה ולא יופסק הטיפול התומך ישירות בטיפול הנשימתי בו, עד להפסקת פעולת הלב".

גם ללא קשר לשאלת תרומת האיברים, אם הפרט לא השאיר צוואת חיים לניתוק ממכונות (לפי הוראות חוק החולה הנוטה למות משנת 2005) הרי שבמקרה של מוות מוחי-נשימתי המשא ומתן בנוגע לטיפול נערך בין המערכת הרפואית ובין המשפחה. יתרה מכך, החוק מקנה משקל רב למשפחה מול המערכת הרפואית. בנקודה זו הוא מקביל למשקל שניתן למשפחה בהחלטה על תרומת איברים. אמנם לפי החוק החלטות אלו אינן כרוכות זו בזו, ולכאורה הן החלטות שונות הנשענות על חוקים שונים. אך למעשה שתי החלטות נובעות זו מזו. אפשר אפילו לראות זאת כהחלטה בעלת שני שלבים: ההכרה במוות מוחי כבמוות, והסכמה לתרומה. הפקדת ההחלטה הכפולה הזו בידי המשפחה, לטענתנו, נובעת מהקשר חברתי-פוליטי של יחסי דת ומדינה בישראל.

אנו טוענים כי הכללתה של המשפחה כגורם מרכזי במערכת קבלת ההחלטות בעניינים רפואיים אינה ייחודית לישראל. עם זאת, בישראל היא מקבלת צביון מיוחד, הן בגלל המרכזיות של המשפחתיות בחברה הישראלית (פוגל-ביז'אווי, 1999), והן מכיוון שהעברת הכרעה למשפחה מאפשרת גמישות פוליטית במקרים של מחלוקת. קודם לכן ראינו ששאלת המוות המוחי נתונה במחלוקת בציבור הישראלי, בעיקר בין שמרנים בציבור החרדי ובין מתונים יותר בציבור זה ומחוצה לו. קביעת חוק מדינה המחייב הכרעה על אודות רגע המוות הייתה מחרפה משמעותית את המחלוקת. חוק המוות המוחי-נשימתי מהלך אפוא בין הטיפות ומבקש להעניק לכל מחנה את מבוקשו. לפרופסיה הרפואית הוא נותן את המילה האחרונה מבחינת ההגדרה המדעית של המוות (סעיף 8ב): "רופאים שהוסמכו לפי הוראות חוק זה רשאים לפעול לקביעת מוות מוחי-

נשימתי של המטופל בהתאם להוראות החוק; מועד מותו של המטופל יהיה המועד שבו נקבע מוות מוחי-נשימתי, ככל שנקבע".

אך בסעיף 8(ד) שהובא לעיל מעקר החוק את ההגדרה הזו מתוכן, בהעניקו למשפחה את ההכרעה על מעמדו של האדם הנמצא במצב של מוות מוחי. כך, למעשה, הוא מאפשר פתרון של גם ולא הכרעה: המצדדים בהגדרת המוות המוחי מגיעים לדעה אחת עם הרפואה, ואילו המתנגדים לה אינם חוששים מההגדרה הרפואית, מכיוון שבפועל הם יכולים להורות על המשך טיפול תומך. לטענתו של שפרלינג (טרם פורסם), לקביעת המשפחה כמכריעה האחרונה "משמעות תקדימית מסוכנת הנוגעת לפגיעה לכאורה בכבודו של המת, שגופו מוסיף להידרדר עד למוותו הלבבי, להפרה של האוטונומיה המקצועית של הצוות הרפואי המוסמך, ולעלויות הכספיות הגבוהות הכרוכות בהיענות לדרישה כזו".

לדת היהודית השפעה נוספת על אופיו של הוויכוח סביב השתלות איברים בישראל. בועז (2009) מסביר כי המאבק סביב המוות המוחי, שמתנהל מחוץ לישראל (בעיקר במערב), נסב על טיעונים בדבר זכויות אדם והפקעת הריבונות האוטונומית של האדם על גופו בידי הרופאים. הביקורת מופנית אפוא נגד תהליכי מדיקליזציה, שבהם הממסד הרפואי משתלט על הגדרות גבולות החיים. במלחמתם במדיקליזציה מרבים המתנגדים במערב להידרש לפתיחות קאנטיאניות של המוסר וטוענים כי המוות המוחי והשתלות איברים יוצרים קשר פסול של החפצה ותועלתנות. מנגד, הוויכוח הישראלי שונה בתכלית. בישראל מתנגדי הגדרת המוות כמות מוחי אינם מעלים כלל טיעונים בעד ריבונותו העצמית של האדם על גופו, ומושגיו של קאנט לא משמשים בוויכוח. תחת זאת, מקורה של הדילמה המרכזית הוא בחשש שמעלים אנשי הדת לקירוב מות האדם, שהוא חטא של שפיכות דמים. החשש הוא לשלום של החיים - בעיקר הרופאים, אבל גם בני המשפחה שיכולים להכריע. המתנגדים להגדרת המוות כמות מוחי מבקשים להגן עליהם מפני אשמה פוטנציאלית ברצח. הדאגה כלל אינה לכבודו או לרצונו של המת, אלא לשלום של החיים - רופאיו או משפחתו שמסרבת להכיר במוות המוחי מתוך תקווה שישוּב לחיים: חשש מרצח, חשש לפגיעה בשלמות גופו ונימוקים נוספים.

לסיכום, בתחום תרומת האיברים בישראל חשיבותו של רצון המת פחותה מחשיבותו של רצון המשפחה שהותיר אחריו. בניגוד לחוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953, חוק ההשתלות וחוק המוות המוחי-נשימתי מאפשרים למשפחה להחליט מה ייעשה בגופו של המת, גם ללא התחשבות ברצון שהביע בחייו. במקרה של תרומת איברים, שבו דנו עד עתה, הראינו כי ברירת המחל היא אי-תרומה. לעומת זאת, במקרה שבו נדון בעמודים הבאים, שימוש בתאי רבייה מהמת, ברירת המחל הפוכה: הפקת תאי רבייה ושימוש בהם לצרכי רבייה מותרים גם כשאין ידיעה ברורה של רצון המת. כוונתנו להראות כי גם במקרה זה מכריע רצון הקרובים שנתרו בחיים.

הולדה לאחר המוות

בימינו, הפקת תאי רבייה, הפריה (מפגש זרע וביצית) והיריון לא חייבים עוד להתרחש בסמיכות זמנים. בשל כך מתאפשרת הולדה לאחר המוות של תינוק שאחד מהוריו, וייתכן שאפילו שני הוריו, לא היו בין החיים בזמן הפקת תאי הרבייה, ההפריה או ראשית ההיריון. הולדה לאחר המוות מותרת ומתממשת בישראל זה שנים מספר, הן באמצעות שימוש בזרע של מת שהוקפא עוד בחייו, הן באמצעות נטילת זרע מהמת ושימוש בו. שתי הפרוצדורות הללו מעוררות דיון ביו-אתי ער. המתנגדים להולדה לאחר המוות והמצדדים בה מנמקים את עמדותיהם בכמה טיעונים

מרכזיים, שלהם הם יוצקים פרשנות ותכנים מתנגשים: כבוד המת, טובת הצאצא העתיד לבוא לעולם יתום מאב ודאגה לשלומם של האלמנה או של ההורים האבלים (הלפרין, 2006; כשר, 2002; לנדאו, 2002; שלו, 2002). במאמר זה לא נעסוק בשאלות אלו, אלא בשאלת רצון המת ובאופן שבו המדיניות הישראלית מתמודדת עמו בהקשר של רבייה לאחר המוות.

בשנת 2003 פרסם היועץ המשפטי לממשלה אז, אליקים רובינשטיין, הנחיות העוסקות בנטיילת זרע לאחר המוות ובשימוש בו.¹ הנחיות אלו, שאינן נגזרות מחקיקה ראשית או משנית, התוו את מודל הרצון המשווער: בהעדר אינדיקציה אחרת, יש להניח כי גבר שמת במפתיע היה רוצה שזרעו ישמש את בת זוגו להולדה לאחר מותו. תפיסת הרצון המשווער היא למעשה קביעה בדבר ברירת המחל במקרים שבהם אדם מת צעיר, בלא שהרהר בהורות שלאחר המוות או הביע את עמדתו בנידון. במצב זה, ההנחה היא כי רוב הגברים בחברה יהיו מעוניינים להעמיד צאצאים מבת זוגם, גם לאחר מותם, אלא אם כן הביעו עמדה מפורשת או משוערת נגד שימוש כזה בזרעם טרם מותם (ולמה שיעשו זאת?). ההנחיות מסבירות במפורש כי מכיון שדרישה להסכמה מדעת של המת בלתי אפשרית במקרים רבים, אילו הייתה מוצגת כתנאי היה מספר ההיתרים הפוטנציאליים מצטמצם עד מאוד. לפיכך הנחיות היועץ המשפטי אינן דורשות רצון מפורש של המת לעשות שימוש בזרעו.

לטענת כץ (2012), מצב משפטי זה הוא ככל הנראה המתירני ביותר בעולם. למעשה, ברוב המדינות אין התייחסות לנושא בחוק או בתקנות פורמליות. כאשר קיימת התייחסות משפטית, לרוב היא אוסרנית, כמו בגרמניה, צרפת, שוודיה, קנדה, הונגריה וסלובניה. מדינות אחרות כמו בלגיה, אנגליה וחלק ממדינות ארצות הברית מתירות הולדה לאחר המוות רק על סמך הסכמה בכתב של המת. לטענת כץ, ההנחיות הישראליות משנת 2003, שאף קיבלו משנה תוקף בשנת 2012 במסגרת המלצות ועדת מור-יוסף,² ייחודיות בהשוואה בין-לאומית: הן היחידות המאפשרות הפרייה לאחר המוות גם בהעדר הסכמה כתובה של המת.

כאמור, הנחיות היועץ המשפטי מתירות שימוש בזרע ממת רק למי שהייתה בת זוג בחייו. אלא שהן מופנות לגופים של הרשות המבצעת בלבד, ואינן מהוות מסגרת נורמטיבית מחייבת לרשות השופטת. מאז שנת 2000 דנו בתי המשפט לענייני משפחה בכמה בקשות פרטניות לשימוש בזרעו של מת. בעשרה מקרים נבעה הבקשה מהתקשרות בין הורים שביקשו לעשות שימוש בזרעו של בנם המנוח לבין אישה שלא הכירה אותו או אותם בימי חייו (Rimon-Greenspan & Ravitsky, 2013). במקרים אלה, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי, נטו בתי המשפט להרחיב את תחולת ההיתר להשתמש בזרע ממת. בשלב ראשון התירו להורים של נפטרים לשאוב זרע מבנם המנוח. לאחר מכן התירו לאישה זרה למנוח להרות מזרעו, ובכך להפוך את הוריו לסבא ולסבתא ולהפוך בעצמה לאם יחידנית לילד או לילדה מאב ידוע, שמשפחתו מעורבת בגידול הילד. לאחרונה פורסם כי כמו בתי המשפט לענייני משפחה, גם היועץ המשפטי הנוכחי, עו"ד יהודה וינשטיין, הרחיב את תחולת ההיתר לנשים שלא הכירו את המנוח ומעוניינות להיות מפורות בזרעו, בתיווך הורי המנוח, בניגוד לעמדתו של אליקים רובינשטיין משנת 2003. הליך ההחלטה נוהל בדלתיים סגורות וחוות הדעת הזו אינה נגישה עדיין לניתוח.

1 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202, נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו, 27.10.2003.
2 המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרת חקיקתית של נושא הפריון וההולדה בישראל (2012), ירושלים: משרד הבריאות.

המקרה התקדימי בעניין זה הוא מקרה עידן שניר, שחלה בסרטן, הקפיא זרע לפני שהחל בטיפולים ונפטר בגיל 3.22. אך בטרם נדון בתקדים זה נבחנו את הנחיות היועץ המשפטי משנת 2003 ואת המצע הלאומי, התרבותי והדתי שהן נשענות עליו - זה המהווה תשתית לעמדתה הייחודית של מדינת ישראל. בראשיתן מסבירות הנחיות היועץ כי

שאלה זו [נטילת זרע ממת] מחייבת התמודדות בהיבט הכולל של הנושא, מנקודת מבט מוסרית-חברתית רחבה, המייחסת משקל רב לרצונו הקונקרטי של הפרט בו מדובר (הנפטר), וזאת תוך בחינת מכלול הערכים החברתיים והמוסריים המעורבים בסיטואציה זו והתחשבות בהם, כמו גם ביתר השאלות הקשורות בהולדה בכלל. (עמ' 2, ההדגשה שלנו)

אנו נבקש לטעון כי על אף הצהרה פותחת זו, המדגישה את רצון המת, בהמשך המסמך מוענק משקל רב יותר לרצונם של הנותרים בחיים. יתר על כן, המודל שבבסיס ההנחיות נשען על הנחה בדבר רצונו המשוער של המת בהמשכיות. אנו נטען כי הנחה זו אינה מבוססת על ראיות אמפיריות כלשהן. הנורמות החברתיות והתרבותיות שעליהן היא מבוססת עתיקות יומין ואינן רלוונטיות בהכרח לחברה הישראלית בת זמננו.

כך כותב היועץ המשפטי לממשלה בנמקו את עמדתו:

[...] יש לייחס משקל ניכר לעובדה, שההולדה מהווה נושא חשוב ומהותי בחברה הישראלית. מוקדשים לכך מאמצים ומשאבים רבים, רגשיים וכספיים, הן של הפרטים והן של החברה בכללותה. גם הנושא של הנצחת המת, שימור זכר המת והעמדת צאצאים ויורשים הוא יסוד חשוב במסורת היהודית-ישראלית. (עמ' 2)

מן האמור לעיל עולה התפיסה המוכרת, שלפיה הולדה היא ערך מרכזי בחברה הישראלית. אלא שערך זה מתורגם בהקשר הישראלי בעיקר לזכות להפוך להורה גנטי. הדבר מנוגד לפרשנות רחבה יותר של זכויות הקשורות בהולדה, ולפיה חירות ההולדה כוללת את הזכות שלא להפוך להורה. זכות זו מודגשת במדינות ליברליות ובדיון הביין-אתי בנושא (ברק-ארוז, 1996). הדבר מנוגד גם לפרשנות אחרת של הזכות להורות, המדגישה דווקא את הזכות להורות פעילה, במובן של אינטראקציה ישירה בין ההורה לילד, ולא רק את הזכות להפוך להורה (הקר ופרנקל, 2005). מובן מאליו כי הדגש בהנחיות לא יכול להיות על הזכות להורות פעילה, שהרי המנוח לעולם לא יוכל להכיר את ילדיו ולגדל אותם. ואכן, הדגש הוא על הנצחת המת, על שימור זכרו ועל העמדת צאצאים. מקור התפיסה הזו הוא במסורת דתית-יהודית עתיקת יומין, המנחה את הדיון על אודות טכנולוגיית פרויון מודרנית בתכלית:

הרצון להמשכיות ולקיום לאחר המוות על-ידי הותרת צאצאים הוא רצון בסיסי של רוב הפרטים בחברה. ביטוי מוחשי לרצון זה ניתן לגלות כבר במורשת היהודית ובהלכה. סיפורי האבות בספר בראשית, דור אחר דור - אברהם ושרה, יצחק ורבקה, יעקב ורחל - נסבים על כמיהתם לזרע ולפרי בטן. במובן אחר, הקמת זרע למת היא יסודם של דיני הייבום. יוזכר גם כי מצוות פרו ורבו היא הראשונה במצוות התורה. (עמ' 2, ההדגשה שלנו).

הטקסט שב ומדגיש את חשיבות ההולדה במסורת היהודית ובחברה הישראלית, ואז קושר בין הולדה לאחר המוות ובין דיני הייבום שחדלו להיות מיושמים מזמן. על פי דיני הייבום, כאשר נפטר אדם נשוי ללא ילדים, מצווה אחיו לשאת את אשתו ולהקים זרע למת. בדרך זו, האלמנה נשארת שייכת למשפחה שאליה הצטרפה בנישואיה הראשונים. הילדים שעתידיים לבוא לעולם מהנישואים השניים נחשבים לילדי הבעל הראשון שמת, ולכן יורשים את אדמתו. אלא שבימינו ייבום אינו מקובל עוד, והנוהג הוא לקיים תחתיו טקס חליצה המשחרר את האישה (שוחטמן, 1995). סימן (Seeman, 2010), על אף טענתו העקרונית נגד הנטייה להפריז בחדשנותן של טכנולוגיות הפרייון החדשות, מסביר כי דיני הייבום אינם רלוונטיים עוד לחברה הישראלית בת ימינו. מקורם בחברה פטריארכלית-חקלאית, המבוססת על שליטה באדמות ובנשים, ואילו בימינו הבאת ילדים לעולם מבוססת על רצון אנוכי, ללא המשמעויות החברתיות והכלכליות של ימי קדם. באותו הקשר טוען לביא (Lavi, forthcoming) כי רבייה לאחר המוות משמרת פרקטיקות מסורתיות ובו בזמן משנה אותן באופן רדיקלי.

חרף זאת היועץ המשפטי לממשלה מביא את דיני הייבום - דינים עתיקי יומין שבמידה רבה אבד עליהם כל - להצדקת עמדתו המתקדמת לכאורה בימינו אנו. הוא אינו נדרש למורכבות שבקפיצה זו בין תקופות היסטוריות. כך (2012) טוען כי המתנגדים להולדה לאחר המוות מציגים מעשה זה כפתולוגי, ולעומת זאת המצדדים בה מנרמלים ומטבענים אותה (מלשון הפיכתה להמשך ישיר לרצונות טבעיים). לטענתו, אחת האסטרטגיות המרכזיות של פעולת הטבעון קובעת כי החדש לכאורה, זה שמאפשרות טכנולוגיות הפרייון העכשוויות, אינו חדש למעשה. אסטרטגיה זו מופעלת גם בבתי המשפט, כפי שמדגים כך בצטטו שופט שהתיר לאישה לעשות שימוש בזרעו המוקפא של בעלה:

[...] נקיטה בדרך שכזו [המסרבת לבקשתה] הייתה שוללת מהמבקשת בדרך בלתי צודקת את זכותה להרות מהאיש אשר קידשה לו לאישה [...] [וגורמת ל] שלילת הזכות לקיים מבעלה זרע, המהווה את המשך קיומו הגנטי עלי אדמות, קיום שלשמו נחקקו אף חוקי התורה בדבר ייבום, בעת שנעדר הפתרון המדעי של הפרייה. (תמ"ש [כפר סבא] 011870/03, אצל כך, 2012, עמ' 39)

כפי שהראינו עד עתה, המצדדים בהתרה של הולדה לאחר המוות מניחים כי כל גבר, ובוודאי מי שיש לו בת זוג, מעוניין בהקמת זרע, בין שהוא חי ובין שמת. אנו מבקשים לשאול אם ההנחה הזו מבוססת: הרי בתרבות האנושית היו מאז ומעולם גברים שבחרו שלא להפוך להורים. יתרה מזאת, אי אפשר להניח שכל הגברים שרוצים להיות אבות בחייהם, מעוניינים בהכרח שייוולדו להם ילדים לאחר מותם - ילדים שלא יכירו ולא יוכלו לגדל. לכן, גם אם יש ודאות כי רוב הזוגות הישראליים מעוניינים להפוך להורים, אין לדעת מה יחסם להורות לאחר המוות. לכן, השאלה הרלוונטית, במילותיה של שלו (2002), היא מהי למעשה הזכות להורות - זכות לגדל ילדים או זכות להזריע זרע?

בהקשר זה מעניין מאוד להשוות את היחס להורות של נשים ליחס להורות של גברים. מכיוון שהדרישה לאפשר הפרייה לאחר המוות מביצית או טרום-עובר של מנוחה היא חדשה יחסית, אין כמעט כל התייחסות לשאלת האמהות לאחר המוות בספרות הביו-אתית (אם כי יש כבר אב אחד בישראל, ככל הנראה הראשון בעולם, שהביא לעולם בן בעזרת פונדקאית שנשאא את טרום העובר המוקפא שלו ושל אשתו, שנפטרה ממחלת הסרטן). דברי היועץ המשפטי מניחים כי

גברים מעוניינים להמשיך את זרעם גם לאחר מותם: "הרצון להבאת ילדים מבוסס על אינסטינקט בסיסי להתרבות ולהמשכיות של המין האנושי" (עמ' 2, ההדגשה שלנו), אך הוא שותק ביחס לאינסטינקטים של נשים. לעומתו, בוועדת הכנסת שעסקה בהולדה לאחר המוות אמר הרב מרדכי הלפרין, אז יועץ שר הבריאות: "כל מה שהגבר רוצה זה לתת את הגנטיקה... יש נטייה אבולוציונית שגבר רוצה שימור גנטי של עצמו. נשים רוצות לגדל את הצאצא. זה הבדל מהותי" (הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי וטכנולוגי 30.9.2002, אצל כץ, 2012, עמ' 42).

אנו מבקשים להטיל ספק בהנחה מגדרית זו ולהראות כי אין כל סימוכין אמפיריים המעידים כי רוב הגברים היו מעוניינים שיעשה שימוש בזרעם לאחר מותם, וגם ההנחה ההפוכה לגבי נשים אינה מוכחת. למעשה, ניתן להתנגד לנטילת זרע מן המת למטרות רבייה על בסיס דחיית ההנחה כי כל גבר היה רוצה להפוך לאב או להמשיך את זרעו לאחר מותו (שלו, 2002). בהסתמך על עמדה זו, הגנה על כבוד המת מחייבת דוקא לאסור הפקת זרע מן המת, אלא אם קיימות ראיות מוצקות לכך שזה היה רצונו בחייו. לכן יש להטיל ספק גם בשימוש בזרע קפוא לאחר המוות. גברים מקפידים לרוב את זרעם בשל טיפולים רפואיים המסכנים את האפשרות להוליד בעתיד, אך אין זה אומר שהיו רוצים שיעשה בו שימוש לצורך רבייה לאחר מותם. דברים דומים נטענו גם בעתירה שהגישה "הקואליציה האזרחית" לבג"ץ מיד לאחר פרסום הנחיות היועץ המשפטי לממשלה יצאה נגד מודל הרצון המשווער בטענה שלגבר יש זכות לכבוד, לשקט ולמנוחת עולמים. לדברי אנשיה, הרצון לילד הוא בגדר רצון סביר של אדם חי, אך לא של מי שאינו עוד בחיים (הראובני, 2003). בהקשר זה מעניין לציין כי ועדת מור-יוסף המליצה להקנות גם לגברים את הזכות להפוך להורים מבת זוג מנוחה, אך מפאת קוצר היריעה ונדירותם של מקרים אלו, לא נרחיב על כך במאמר זה.

גם ממצאיהן הראשוניים של עבודות סטודנטיאליות בהנחיית השילוני-דולב מגלות תמונה מורכבת בנוגע לשאלה מה חושבים גברים צעירים על האפשרות שלאחר מותם יישאב מהם זרע שימש להולדה. עד כה הממצאים מגלים כי גם אם חלקם מעוניינים בכך, לא מעטים מסתייגים מברירת מחדל זו. נתונים אלה מחזקים את דבריו של שפרינג (טרם פורסם) כי המדינה מתערבת בצורה גסה, בעיקר באמצעות המשפט, בסוגיות מוסריות מורכבות של ראשית החיים וסופם, וכי דרוש דיון ציבורי רציני בסוגיות אלה, דיון שיוכל אולי להצדיק פגיעה אפשרית בחירויות הפרט. אנו מבקשים להוסיף כי דרוש גם איסוף שיטתי של נתונים אמפיריים על אודות העולם העכשווי. מידע זה ימשש בסיס איתן יותר להשערות בדבר רצונותיהם של גברים בימינו אנו מאשר דינים דתיים עתיקי יומין ואמונות אבולוציוניות פופולריות, המהוות כרגע מצע להצדקת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה. יתרה מכך, גם אם ימצא שרוב הגברים מעוניינים בשימוש בזרעם לאחר המוות, אין הדבר אומר כי יש לשמר את הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ולאפשר שימוש גם בזרעם של גברים שלא היו מעוניינים בכך. ניתן לטעון כי העמדת צאצאים לאחר המוות היא מהלך כה משמעותי, עד שהמעוניינים בו נדרשים להורות על כך במפורש (opt in), והמתנגדים לו צריכים ליהנות מברירת מחדל שאינה מתירה שימוש בזרעם.

עד כה עסקנו בשאלת רצונו של המת. אולם מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה עולה כי רצון זה אינו המשתנה היחיד שיש להביא בחשבון כאשר שוקלים שימוש בזרעו של המת:

[...] עמדתו של הפרט, אשר בזרעו מתבקש השימוש לאחר מותו, אינה מהווה גורם בלבדי לצורך גיבוש העמדה בסוגיה, כי אם גורם אחד בין מכלול הגורמים, הנבחן על-פי ערכי החברה וראייתה את נושא ההולדה בכללותו, והאינטרס החברתי למתן אפשרות למימוש הזכות להורות של הפרטים בחברה. (עמ' 3, ההדגשה שלנו)

היועץ מגביל את "אפשרות מימוש ההורות" של החיים לבת זוגו של המנוח. שלא כמו רצון המת, שהוא משוער, רצונם של קרוביו הנתורים בחיים ידוע. אנו טוענים כי רצון זה השפעה גדולה מאוד, אולי גדולה מהרצון המשוער של המת. על כך כותב היועץ המשפטי לממשלה:

לכאורה, באשר לאיש עצמו, אשר פרש מחיי העולם הזה, ושבק חיים לכל חי, אין ודאות בקשר לרצונו, כפי שהיה בעודו בחיים, ואם זה לא הובע במפורש, יש איפא לשערו, כפי שיבואר להלן. לעומתו, לבת-זוגו החיה, המייחלת לילד מזרעו יש אינטרס חזק ומוכח, הן באשר להבאת ילדים לעולם מזרעו של הנפטר, שעמו נקשרה בחייו, והן באשר לשימור זכרו ולהנצחתו בדרך זו. השימוש בזרע בן-הזוג המת הוא שלב בסיסי, בלעדיו אין אפשרות מימוש זכות ההורות של בת-הזוג ביחד עם בן-זוגה. שלילת אינטרס זה, בכפוף לאמור להלן באשר לרצונו של המנוח, יש לראותה כהתערבות מוגזמת של החברה בשאלה האינטימית ביותר של אדם - עם מי הוא בוחר להביא את צאצאיו לעולם. על-מנת שהחברה תביע ואף תשליט את עמדתה בנושא כגון זה, יש להוכיח קיומו של אינטרס חברתי חזק ביותר, המתנגש עם רצונה המפורש של האישה ורצונו המשוער של הגבר. (עמ' 4, ההדגשה שלנו)

וכך למעשה, בהיות רצונה של בת הזוג החיה ידוע ומפורש, הוא גובר על רצונו של המת במצבים שבהם ייתכן שהייתה ביניהם סתירה שלעולם לא תתברר.

בניגוד לקבלת רצונה המפורש של בת הזוג, הנחיות היועץ המשפטי והמלצות ועדת מור-יוסף אינן נענות לבקשת קרובים אחרים של המת, ובעיקר הוריו, לעשות שימוש בתאי הרבייה שלו לאחר מותו, אלא אם התיר שימוש כזה בעודו בחיים. למרות זאת, כפי שצינו בראשית דברינו, בתי המשפט לענייני משפחה בישראל התיירו להורים שאיבדו את בנם לשאוב את זרעו, ובשלב מאוחר יותר אף התיירו לאישה וזה שהתקשרה עם הורי המנוח להתעבר מזרעו. לאחרונה הצטרף לעמדה זו גם היועץ המשפטי הנוכחי.

נשוב כעת למקרה התקדימי של עידן שניר, שבו התייר בית המשפט לאישה שהמנוח לא הכיר להורות מזרעו וכך להפוך אותה לאם ואת הוריו לסבים. השופטת אלון נימקה את החלטתה להתייר את השימוש בזרע בכך שאין ראיות לכך שרק גברים נשואים או כאלה שחיים בזוגיות קבועה מעוניינים להביא ילדים לעולם. להפך, בימינו יש לא מעט אמהות יחידניות וגברים שקושרים איתן קשר רק לשם הבאת ילדים לעולם, ללא קשר רומנטי. עוד טען בית המשפט כי המקרה המובא לפניו מפגיש אינטרסים החוברים זה לזה ומשלימים זה את זה: האינטרס של הורי המנוח המבקשים לעצמם נכד או נכדה ורוצים למלא את מה שהם תופסים כצוואת בנם, האינטרס של האישה המבקשת להרות מזרע לא-אנונימי ולזכות במשפחה הקרובה ככל האפשר למבנה התא המשפחתי המסורתי, והאינטרס של המנוח בניצחון החיים ובדור המשך שיישא את שמו.

פסק הדין מכיר בכך שבמקרה הנדון המנוח לא הביע בחייו רצון ברור ומפורש להפוך לאב בדרך שבת המשפט התבקש להתייר. כדי לבסס רצון משוער שכזה נסמך בית המשפט על כך שהוריו של המנוח, שהיו קרובים לו בחייו, יכולים לייצג את רצונותיו. כן נסמך על דברים שאמר וכתב המנוח בנוגע להפקדת זרעו בבנק הזרע: "הושטתי להורים שלי את הנכדים שלהם", שמהם אפשר להסיק כי היה מעוניין שיעשה שימוש בזרעו לאחר מותו. הפרשנות הרחבה שהעניק בית המשפט לדבריו של שניר מעידה על מאמץ לשער את רצונו להפוך לאב לאחר מותו, ועוד יותר מכך על עומק ההבדל שבין הרצון הברור והמובהק של החיים - הוריו והאישה המעוניינת בזרעו - לבין הרצון העמום והמוסק בדיעבד של המת.

לסיכום, התרה של שימוש בזרע מן המת אינה מתמקדת בשאלה מה היו רצונותיו של המת בחייו (פרט למקרים יוצאי הדופן שבהם נכתבה צוואה ביולוגית), אלא נסמכת על מודל הרצון המשוער. השערת הרצון מסתמכת על טקסטים עתיקים ועל הנחות אבולוציוניות פופולריות, ללא בסיס אמפירי עכשווי, או על פרשנות מרחיבה של דברים שאמר המת בחייו (במקרים שבהם לא הותר צוואה ביולוגית). כך נוצרת מציאות שבה הזכות להורות מבוססת על רצונם של החיים, בעיקר בנות זוג אך גם נשים זרות למת ולהוריו, ואילו רצון המת אינו ידוע או שהוא משוער. ייתכן כי בדרך זו של קבלת החלטות נרמס לעתים רצון המת.

סכסוכי ירושה

המשפט הישראלי מכיר בחופש הורשה נרחב מאוד. זהו ביטוי חוקי מובהק לכיבוד רצון האדם לאחר מותו. סעיף 40 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, קובע:

אדם רשאי לצוות לאחד או לאחדים -

(1) כל עזבונו או חלק יחסי מכל עזבונו;

(2) נכס מנכסי עזבונו או טובת הנאה מעזבונו (בחוק זה - מנה).

בדומה לרוב שיטות המשפט, המשפט הישראלי מכיר בהגבלות גיל וכשירות בעת עריכת צוואה. הוא אף מגביל את האפשרות לקבוע הוראות ליותר משני דורות של יורשים, ולא מכבד ציוויים לא חוקיים, לא מוסריים או בלתי ניתנים לביצוע (חוק הירושה, פרק שלישי). אך בניגוד למדינות אחרות, דוגמת צרפת, החוק הישראלי אינו משריין חלקים מסוימים ונכבדים מהעזבונו לבני משפחה, ומסתפק בזכות לדמי מזונות לא מוגדרים מראש לבני משפחה נזקקים שאינם יכולים לספק את צורכיהם הבסיסיים בדרך אחרת. מכאן שהעיקרון בדיני ההורשה הישראליים הוא כי לאדם זכות להכריע מה יעשה בהונו לאחר מותו, ללא הגבלה על זהות היורשים וללא התניה על חלקיהם היחסיים. אפילו הגבלות קלות על חופש ההורשה - דוגמת החיוב לנמק נישול של ילד, הקיים בחלק ממדינות ארצות הברית - לא קיים בחוק הישראלי (Kreiczer Levi, 2008). כך, בניגוד לשני מקרי המבחן הקודמים, בכל הקשור להורשה ממונית מעניק המשפט הפורמלי לרצון המת מעמד-על, שאמור לגבור על כל רצון אחר של מי מהנותרים בחיים.

בתי המשפט אימצו את עמדת חוק הירושה ואף הציבו עצמם כשומרי רצון המת והאחראים לכך שהצוואה תכובד, גם במקרים שבהם נוצר סכסוך על הצוואה לאחר מות המצווה. כדברי שופט בית המשפט העליון, יעקב מלץ, בפסק דין כלפה נ' גולד משנת 1993:4

כל מאבק סביב צוואתו של אדם מעלה בצדו את שאלת 'כבוד המת', השלוב בעיקרון הכללי של 'כבוד האדם', אשר היה לעקרון-על במשפטנו עם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסיקת בית-המשפט זה לכל אורכה, לפני קבלת חוק היסוד ולאחריה, שזורה כחוט השני העמדה, שלפיה בכל הנוגע לצוואות מוענקת חשיבות מיוחדת לרצונו של הנפטר, זאת על-פי הכלל הגדול הנקוט בידינו כי 'מצווה לקיים דברי המת' (כתובות סט, ב [א]; גיטין, יד, ב [ב]).

מעניין לציין כי גם כאן, בדומה לסוגיית נטילת זרע מהמת לשם רבייה, פונה בית המשפט למקורות קדומים כדי לבסס את עמדתו בדבר חשיבות רצון המת. הפניה זו לתלמוד הבבלי, המופיעה שוב ושוב בפסקי בית המשפט העליון העוסקים בסכסוכי צוואה, מעניינת בהקשר של חופש ההורשה, מכיוון שעל פי ההלכה היהודית אסור לאדם לערוך צוואה. עליו לקבל את אופן חלוקת רכושו בהתאם לכללי התורה הקוגנטיים, המורים על חלוקת כל העיזבון לבני משפחה גברים - למעט אם למצווה יש רק בנות. למעשה, אדם מאמין נדרש לנסח כתב מתנה הקובע את חלוקת ממונו בעודו בחיים - דוגמת הניסוח המקובל של "שעה לפני מותי" - ולא צוואה הנכנסת לתוקף רק לאחר המוות (ריבלין, 1999).

חרף הרטוריקה החד משמעית והמחייבת של המחוקק ובית המשפט העליון, ממחקר של הקר עולה כי סכסוכי צוואה הופכים במקרים רבים למשא ומתן בין יורשים ובין טוענים לירושה. אלה מגיעים לפשרות שרחוקות מאוד מרצון המת, כפי שבא לידי ביטוי במסמך שנחזה כצוואתו האחרונה. מתוך מדגם של 114 התנגדויות לקיום צוואה בבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן בתיקים שנפתחו בשנים 2000, 2002 ו-2004 ונסגרו עד סוף 2007, ב-69% מהמקרים (n=79) ההליך לא הסתיים בפסק דין שקבע אם צוואת המנוח תקפה או פסולה, אלא בהסכם בין הצדדים הנצים. ב-19 מהמקרים הללו, הפער שבין צוואתו של המנוח לבין המוסכם בין הצדדים היה מינורי, והתבטא באלפי שקלים בלבד. אבל בכ-50% מכלל המדגם (n=60) היה הפער משמעותי ביותר. הוא הותיר את רצון המת, כפי שבא לביטוי בצוואתו האחרונה, לא ממומש, אף שלא נקבע כי צוואה זו בטלה.

כך, למשל, באחד התיקים שנדגמו כתב המנוח בצוואתו כי הוא מנשל את בתו מכיוון שהיא חייבת כספים לאחיה. הבן ביקש מהרשם לענייני ירושה צו קיום צוואה, אך הבת הגישה התנגדות שהובילה לפתיחת הליך בבית המשפט לענייני משפחה. מטעמים שלא מפורטים בתיק, הבן בחר שלא לנסות לשכנע את בית המשפט בכשרות הצוואה (סיבות אפשריות הן מכיוון שידע שהצוואה אינה כשרה, העדיף לשמר מערכת יחסים תקינה עם אחותו או שהפסד מחצית מהעיזבון לא הצדיק את עלויות המשפט הצפויות). האח והאחות הגישו לאישור בית המשפט הסכם שבו נאמר כי הצוואה נכתבה תחת השפעה בלתי הוגנת ומכאן שהיא בטלה ויש לחלק את העיזבון על פי חוק הירושה, המורה על חלוקה שווה בין ילדי המנוח. בית המשפט אישר הסכם זה מבלי להתייחס לנטען בו לגבי אי כשרות צוואת המנוח.

במקרה אחר שניים מקרובי אשתו של המנוח התנגדו לצוואתו, שבה ציווה את כל עזבונו לשכנתו, בנימוק ש"דאגה לי במסירות ובנאמנות". במקרה זה, קיום הצוואה הבטיח לשכנה את מלוא העיזבון וביטולה הותיר אותה ללא כל חלק בו, מכיוון שאינה בת משפחה המוכרת בחוק הירושה כזוכה. גם כאן לא מפורטות בתיק בית המשפט הסיבות לפשרה (קשיי הוכחה של שני הצדדים, חיסכון בעלויות המשפט או סיבות אחרות). בית המשפט אישר את ההסכם שהצדדים גיבשו, ולפיו השכנה תקבל רק מחצית מהעיזבון ואילו המתנגדים לצוואה יקבלו את המחצית השנייה. כך הושגה תוצאה שלא עולה בקנה אחד עם רצון המת: הרי אם צוואתו משקפת את רצונו, השכנה צריכה לקבל את מלוא העיזבון. אם הצוואה אינה משקפת את רצונו, רק קרובי משפחתו יורשים.

שאל שוחט, ששפט במרבית סכסוכי הירושה בבית המשפט הרלוונטי בתקופת המחקר, התראיין למחקר של הקר (29.10.09). בריאיון הסביר כיצד הוא מיישב את המתח שנוצר בין חובתו כשופט לכבד את רצון המצווה לבין הפרקטיקה הרווחת של אישור הסכמים הסוטים מהחלוקה המופיעה בצוואת המנוח:

כשמדובר בהתנגדות לצוואה, הלקוח של בית המשפט הוא למעשה המנוח [...] אני צריך לכבד את הרצון שלו, לעשות כל מה שאפשר כדי להתחקות אחר רצונו. [...] עכשיו, את תגידי לי, אם רצון המת הוא בחשיבות עליונה, אז למה אתה מציע פשרה? מרבית הפשרות שהצעתי, אולי 95%, אומרות שהצוואה מקוימת. ברגע שהצוואה מקוימת, אני קיימתי את רצון המת. זה שזכה מסכים לתת סכום מסוים או מסכים לתת משהו לצד שכנגד - זה כבר לא המת.

כך, למעשה, יוצר השופט שוחט קונסטרוקציה שעל פיה בית המשפט מכבד את רצון המת בכך שהוא מורה על צו קיום צוואה, ובה בעת מאפשר לצדדים החיים לסיים את הסכסוך על ידי אישור הסכם שנכרת ביניהם; הצד הזוכה לפי הצוואה נותן סכום כלשהו או רכוש מסוים מהעזבון לצד המתנגד לקיום הצוואה. לשיטתו של שוחט, שלב אישור ההסכם אינו פוגע ברצון המת, אלא רק מאשר העברת הון בין החיים, הרשאים על פי חוק להעביר ביניהם הון כראות עיניהם.

השופט שוחט מוסיף הצדקה לפרקטיקת אישור ההסכמים, העוקפת למעשה את שאלת תוקף הצוואה וחלוקת הרכוש המצוינת בה: "אני גם בא ואומר... מה היה המת ואמר אילו היה חושב שמה שהוא כתב יגרום לכזה סכסוך איום ונורא בין הילדים שלו ובין בני המשפחה שלו? אולי הוא היה חושב פעמיים לצורך העניין הזה?" כלומר, השופט שוחט מייחס למת רצון למנוע סכסוך משפחתי. מכאן שאישור ההסכם המסיים את סכסוך הצוואה עולה לכאורה בקנה אחד עם רצון המנוח. הדגש על יחסי המשפחה שבין צדדים לסכסוך צוואה עולה גם מעצם הענקת הסמכות לדון בסכסוכים אלה לבתי המשפט לענייני משפחה, ולא לבתי משפט השלום הרגילים. במקרה מבחן זה, לא רק שנשאי המשפט משערים את רצון המת, אלא שהם עושים זאת לכאורה למען המשפחה, מתוך הנחה אידיאלית על אודות טיבם של יחסים משפחתיים. יתרה מכך, במקרה זה הקונסטרוקציה של רצונו המשווער של המת למען טובת המשפחה מובילה להתעלמות ממנו כפי שהובע במפורש בצוואתו האחרונה - שלא הוכח שאינה כשרה.

זה המקום לציין ממצא אמפירי מעניין נוסף. מדגמים מקבילים בארכיב רשם הירושות (n=138) ובארכיב בית הדין הרבני (n=60) מלמדים כי בקשות לקיום צוואות שלא מובילות להתנגדות מוגשות ברובן המכריע על ידי בני המשפחה הגרעינית - הבן, הבת או האלמן/ה (82% אצל הרשם ו-97% בבית הדין הרבני). אולם במקרי הסכסוך בבית המשפט, השיעור צונח ל-53%. גם בקרב המתנגדים, רק 48% הם בן, בת או בן/בת-זוג נשוי/אה, וב-37% מהמקרים, המבקש והמתנגד אינם בני המשפחה הגרעינית של המנוח/ה. ניתוח פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה ברמת גן בתיקים שנפתחו בשנים שנבדקו ושפורסמו עד 2010 (כלומר סכסוכים שנמשכו זמן רב יותר ולא הסתיימו בפשרה, n=67) מחזק את הממצא בדבר שכיחות המצבים שבהם סכסוכים על חלוקת עיזבון אינם כוללים רק את בני המשפחה הגרעינית או שאינם כוללים אותם כלל. בקבוצה זו רק 31% מהמקרים כללו מבקשים ומתנגדים בני המשפחה הגרעינית של המנוח (למשל, אח נגד אחות, או בן נגד אמו). לעומת זאת, 32% מהמקרים כללו מבקשים ומתנגדים, שלכל אחד מהם קשר משפחתי קרוב עם המנוח, אך ללא קשר כזה ביניהם (למשל, ילדי המנוח נגד ידועתו בציבור שאינה אם ילדיו). שאר המקרים כללו קרבה רחוקה בלבד למנוח של צד אחד לפחות, כגון מוסד או קרוב משפחה של אשתו (Hacker, 2014b). מתברר שהטיעון כי יש לכבד הסכמות בין צדדים לסכסוכי צוואה בשם רצון המנוח למנוע סכסוכי ירושה בין בני משפחתו אינו משכנע כלל - מכיוון שהממצאים האמפיריים מלמדים שברוב המקרים הצדדים המסוכסכים אינם בני משפחה שביניהם קשר משמעותי ושניתן וחשוב לשמר.

לכאורה נדמה כי חופש ההורשה המוחלט כמעט שמעניק החוק הישראלי סותר את הדגש המשפחתי הפיקטיבי בסכסוכי צוואה המתפשרים על רצון המת, כמו בשני מקרי המבחן האחרים שנדונו לעיל. בניגוד לסוגיות תרומת האיברים והרבייה לאחר המוות, שבהן בולט מקומה של המשפחה - לא רק בפרקטיקה כמו במקרה של סכסוכי צוואה, אלא גם בהסדרה המשפטית הפורמלית - חוק הירושה מעניק לרצון המת עדיפות עליונה, המרוסנת, כאמור, רק על ידי הזכות למזונות של בני משפחה תלויים. אכן, בדיון לגבי החוק שהתקיים בכנסת ב-1965 התנגד ח"כ קלינגהופר מהמפלגה הליברלית לחופש ההורשה הנרחב, וקרא לשריין חלקים משמעותיים מהעזבון לבני משפחה, בדומה לחוק במדינות הקונטיננט:

ההצעה מבוססת על הכרתי - שרוב הוועדה לא צידד בה - כי החוק לוקה בחופש מופרז של צוואה. לפי החוק, יכול המוריש לשלול לחלוטין מכל בני משפחתו וכל קרוביו כל חלק בעזבונו, בקבעו בצוואה שאחרי מותו יעברו נכסיו כולם לבני אדם זרים לגמרי, שאין קיימת ביניהם לבניו שום קרבה משפחתית. [...] סבורני שחוק הירושה המניח למצווה אפשרות של שלייה אבסולוטית של כל זכות ירושה מבן-זוגו ושאר בני-משפחתו וקרוביו, פוגע בעיקרון שמדינות רבות, לדעתי בצדק, דוגלות בו ומחייבות אותו, הוא העיקרון שחלק מנכסי המוריש צריך להיות משוריין לטובת בני משפחה מסוימים מפני דיספוזיציה טסטמנטארית. עיקרון זה נובע מן התודעה, כי רצוי שהחוק ישמור על קשר מינימלי בין הרוכש והמשפחה גם לאחר מותו של בעל הרכוש. מן הדין הוא, לפי רעיון זה, כי הנכסים יישארו, במידה מסוימת, בידי המשפחה דור אחרי דור.⁵

הצעה זו נדחתה, כמו הצעות נוספות להצרת חופש ההורשה בשם האינטרסים של בני המשפחה שעלו בכנסת בשנים מאוחרות יותר.

בהקשר זה מעניין לציין כי לעומת המתרחש בארצות הברית, שם בתי המשפט נוטים לבטל צוואות הסוטות מהנורמה של הורשת העזבונו לבני משפחה על ידי ציווי ל"זרים" (Tate, 2008), הקר לא מצאה נטייה כזו. בבית המשפט העליון ובבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן, לבני משפחה ול"זרים" סיכויים דומים לזכות בעזבונו שעליו הם מתנגחים. דוגמה בולטת להגנה על רצון המת חרף פגיעה במשפחה היא הנכונות של בית המשפט לכבד צוואה המחלקת את העזבונו בין האוניברסיטה העברית לבין קרן לב"י. זאת אף שנמצא כי המוריש היה חולה נפש, סבל מתחושת רדיפה ושיגיגות שווא וסבר שאחותו מבקשת להרעיל אותו, ולכן הדייר אותה ואת ילדיה מהצוואה, וחרף עמדת בית המשפט כי העדפותיו של המוריש מושתתות על "תפיסה מעוותת של המציאות".⁶ מה יכול לשפוך אור על הסתירה לכאורה שבין הממצא על אודות התחשבות ברצון המשפחה החיה על חשבון רצון המת, לבין הממצא שלפיו בישראל לא נהוג לבטל צוואות שאינן מקיימות את נורמת ההורשה לבני משפחה?

ייתכן שההסבר נעוץ בכך שהתנגחויות בין בני משפחה ל"זרים" חריגות, ועל פי ממצאי המחקר מהוות רק כ-10% מכלל סכסוכי ההורשה המהותיים. רוב ההתנגחויות סביב עזבונות הן בין בני משפחתו הגרעינית של המוריש (אח נגד אחות, אם נגד ילדיה), או בין קרוביו שאין ביניהם זיקה משפחתית ישירה (כגון ילדים נגד ידועה בציבור, או בת זוג נגד אחים). מתוך 241 פסקי דין

5 דבה"כ תשכ"ה, כרך 42, עמ' 1019.

6 ע"א 1212/91, קרן לב"י ואח' נ' בינשטוק ואח', פ"ד מח(3), 705, עמ' 748.

של בית המשפט העליון, העוסקים בסכסוכי הורשה מהותיים (בשונה מהליכים שעוסקים בניהול העיזבון, באיתור יורשים וכדומה), שפורסמו מקום המדינה ועד סוף שנת 2010, רק 21 עסקו בסכסוך בין בן משפחה (קרוב או רחוק) לבין מי שאינו בן משפחה (שכנה, עמותה, ישיבה וכדומה). בבית המשפט לענייני משפחה ברמת גן, מתוך 211 סכסוכי הורשה שנבדקו בניסיון לאתר את כל התיקים שנפתחו בשנים 2000, 2002 ו-2004, רק 20 מקרים כללו סכסוך בין בן משפחה לבין מי שאינו בן משפחה. רק שישה מהמקרים האלה הסתיימו בפסק דין, והשאר הסתיימו במחיקת ההליך או בפשרה. גם במקרים המעטים הללו כמעט תמיד היה מדובר בבן משפחה רחוק (דוגמת אחיינית או אח של בת זוג מנוחה) ולא בבני זוג או צאצאים.

למעשה, המחקר מלמד כי בדומה לנעשה במדינות אחרות (Douglas et al., 2011), רוב המורשים עושים שימוש בחופש ההורשה כדי להוריש לבני משפחה בכלל, ולבני משפחה מדרגה ראשונה בפרט. בקרב הצוואות שנדגמו ושלא הניבו סכסוך ($n=198$), רק 3% ציינו יורש שאינו קרוב משפחה (בדרגת קרבה כלשהי), ועוד 2% כללו יורשים שלא ניתן לזהות אם הם בני משפחה או אחרים. ממצאים אלה, ביחד עם הממצא כי סכסוכי צוואה מהווים פחות מ-1% מכלל הליכי ההורשה בישראל, מלמדים שחופש הציווי המוחלט כמעט שמעניק המחוקק הישראלי אינו מאיים על מרכזיות המשפחה, מכיוון שמתי מעט עושים בו שימוש כדי להוריש לחברים, למטפלים בשכר או למוסדות.

עם זאת, מעניין לציין כי גם אם בשנים 1949-1979 פורסמו רק שני פסקי דין של בית המשפט העליון העוסקים בסכסוך בין בן משפחה לבין צד שאינו בן משפחה, שהם 2% מכלל פסקי הדין שנבדקו מאותה תקופה - הרי שבמחצית השנייה של התקופה שנבדקה, 1980-2010, פורסמו 19 פסקי דין כאלה, המהווים 14% מפסקי הדין שנבדקו באותה תקופה. ממצא זה עולה בקנה אחד עם התנערות גוברת של בני משפחה מטיפול בבני משפחה מזדקנים ומפלורליזם משפחתי, שמגבירים את הסיכוי שלמנוח לא יהיו בני משפחה קרובים, או שלא יהיה בקשר משמעותי איתם. בהנחה שמגמות אלו יימשכו ויגברו, עלול להיווצר פער שכיח יותר בין רצון המת לבין האינטרסים של בני משפחתו וחופש הציווי יעמוד במבחן קשה יותר אל מול אתוס המשפחתיות הישראלי.

לסיכום, במקרים הנדירים שבהם צדדים לסכסוך צוואה אינם מצליחים להתפשר, בית המשפט מקים את המת לתחייה כמגן רצונו עלי אדמות, כמצוות המחוקק. עם זאת, ברוב המכריע של המקרים, העדפתו של המחוקק הישראלי את רצון המת בהורשה ממונית אינה נמצאת במתח עם רצון בני המשפחה, מכיוון שמורשים ישראלים כמעט לא עושים שימוש בחירות המוענקת להם להוריש מחוץ למשפחה. יתרה מכך, ברוב המקרים שבהם מתפתח סכסוך צוואה, בתי המשפט מאפשרים התעלמות מרצון המת כפי שהובע בצוואתו האחרונה על ידי אישור הסכמי פשרה. הם פועלים בשם אינטרסים משפחתיים, אף שברוב המקרים לא קיימים כאלה. כך, גם במקרה מבחן זה, בדומה לשניים שקדמו לו, ברוב המקרים שבהם נוצר מתח בין רצון המת לבין רצון הנותרים בחיים נמוגים המת ורצונו אל אחורי הקלעים ונותרים שם ללא מתעניין ומגן.

סיכום

פתחנו את דברינו באזכור הדיון הפילוסופי בשאלה מה ראוי שיקרה לרצונותיו של אדם לאחר מותו: האם הם מתים עמו? ואם לא, באיזה אופן ראוי שישרדו? עד כמה, אם בכלל, עליהם לסגת מפני האינטרסים והזכויות של החיים? בניגוד לדיון האתי-נורמטיבי, הניתוח הסוציו-משפטי שהצענו לשאלות אלו ביקש ללמד אותנו על המצוי ולא על הרצוי. חקרנו שלושה מקרי מבחן: תרומת איברים, הולדה לאחר המוות וסכסוכי צוואה, כדי ללמוד על אודות היחסים בין היחיד, המשפחה והחברה בישראל, כפי שהם באים לידי ביטוי בדילמות של סוף החיים.

המקרים שבחנו נבדלים ברמת הוודאות ביחס לרצונו של המת. במקרה של צוואות, צוואה אמורה לשקף את רצון המת כל עוד לא הוכחו מרמה, כפייה או טעות. החוק מתיר לאדם לנסח בצוואתו את אופן חלוקת רכושו כראות עיניו, לבני משפחתו או לאחרים. אלא שכמו שהראינו, במקרים רבים רצונו של המת, כפי שבא לידי ביטוי בצוואתו האחרונה, נדחק מפני רצון החיים שנתרו אחריו. אלה מגיעים ביניהם להסדרים בנוגע לירושתו, בניגוד לכתוב בצוואה ובגיבוי בית המשפט, גם אם ללא ביטול הצוואה. רצון המת נדרס על בסיס ההשערה שהוא עצמו היה מן הסתם חפץ במניעת סכסוכים בין קרוביו. אלא שרצון משוער זה אינו יכול לעמוד במבחן המציאות במקרים רבים. שיעור גבוה של סכסוכי צוואה כלל אינם מתנהלים בין בני אותה המשפחה הגרעינית של המנוח, ומכאן שאין ביניהם יחסים משמעותיים שהמנוח היה רוצה לשמר במחיר סטייה מצוואתו. במקרה של שימוש בורעו של המת, בהעדר צוואה ביולוגית, מסיקים בתי המשפט והנחיות היועץ המשפטי לממשלה את רצונו המשוער של המת בהורות שלאחר המוות, תוך התבססות על דינים עתיקי יומין, אמונות אבולוציוניות פופולריות ופרשנות מרחיבה של דברי המת בחייו, ללא דיון ציבורי נרחב וללא מחקר אמפירי תומך. למעשה, במקרים שבהם קרוביו של מת - קרי, בת זוגו או הוריו - ביקשו להשתמש בורעו, אושרה בקשתם, בהסתמך על הנחיות היועץ המשפטי או באמצעות בתי המשפט. כך מאפשר עולם המשפט הורות שלאחר המוות מבלי שהמנוח נתן לכך את הסכמתו המפורשת ולעתים מבלי שהכיר את היולדת.

במקרה של תרומת איברים, אם אדם מת ללא שחתם על כרטיס תורם, המשפחה היא הפוסקת היחידה בדבר התרומה. אלא שגם כאשר אדם חותם על כרטיס תורם, באופן שמבהיר את רצונו באופן הוודאי ביותר מבין כל המקרים שבהם דנו, אין בכך כדי להבטיח את מימוש רצונו. המשפחה עדיין משמשת כפוסקת היחידה בסוגיית התרומה. באפשרותה לסרב לתרומת איברי המת ובכך להתעלם מרצונו, ללא צורך לנמק את החלטתה וללא התערבות משפטית שתאזן בין רצון המת ובין משפחתו.

ממצאינו על אודות כיבוד רצון הפרט לאחר מותו מלמדים כי בשלושת מקרי המבחן קיימים פערים וסתירות בין הרטוריקה המשפטית בנושא ובין הפרקטיקות הרווחות בשדה המשפטי ובשדה הרפואי. אלו מתפשרות על רצון המת, מתעלמות ממנו, סותרות אותו או מבנות אותו באופן שאינו נטול ספקות, תוך מתן משקל רב לרצונם של קרובי המת. בנוסף לכך, בשלושת המקרים שבחנו הפרקטיקה המשפטית והרפואית מתחשבת במשפחה שנתרה בחיים הרבה יותר מכפי שדורש המשפט עלי ספר. מתן זכות וטו למשפחה לעניין תרומת איברים, שימוש בורעו של מת על ידי אישה זרה ואישורי הסכמי פשרה בין צדדים בסכסוכי צוואה מבלי שזו בוטלה - אלה אינם מוסדרים בחוק. הם תולדה של שדות מקצועיים המתמודדים עם רצונות הנותרים בחיים. למת אין ייצוג בשדות אלו, למשל בדמות אפוטרופוס לדין, ומכאן אין פלא שרצונו נדחק לשוליים. לאור זאת, טענתנו המרכזית היא כי ממצאינו מורים בבירור שההתחשבות במשפחת המת מאפילה על רצונו המוצהר או המשוער. הדומיננטיות של משפחת המנוח אופיינית לחברה הישראלית, שרבות נכתב על היותה חברה משפחתית בצורה יוצאת דופן בהשוואה לארצות מפותחות אחרות (פוגל-ביז'אווי, 1999). מעבר לכך, ממצאינו מצביעים על כי מתן הבכורה למשפחתו של המת מבוסס על אידיאליזציה של יחסים משפחתיים, אידיאליזציה המתכחשת לקונפליקטים אפשריים במשפחה (הקר, 2012). זאת אף על פי שברור וידוע כי בניגוד לדימוי הנאיבי, משפחות הן לא אחת זירה למאבקים, אלימות וניצול קשים יותר מאשר בכל מסגרת חברתית אחרת (אדר-בוניס, 2007).

וכך, כפי שהדגימו שלושת מקרי המבחן, לאחר לכתו של הפרט, ומרגע שאינו יכול עוד לנהל את ענייניו כבוגר אוטונומי, הופכים קרובי משפחתו לסוכניו בממלכת החיים. מצב עניינים זה חורג מהמתכונת הביו-אתית הליברלית המבוססת על פרטים אוטונומיים, בהעבירו את ההכרעה האתית למתכונת המדגישה את ההקשר המשפחתי של הפרט. מעבר זה מוביל לכך שהסובייקט-האינדיבידואל קורס לאחר מותו אל סבך רשתות משפחתיות ממשיות, מדומיינות או עתידיות, והופך חלק מהן בין שרצה בכך בחייו ובין שלא, בין שרצונותיו הלמו את רצונותיהם של בני משפחתו ובין שהתקיימו ביניהם ניגודי אינטרסים.

מעבר לדגש על משפחתיות וההתבססות על ההנחה שהמשפחה היא מוסד הרמוני נטול קונפליקטים, יש להבין את מרכיביו של היחס לרצון המת בחברה הישראלית גם לאור המסורת היהודית, המושמשת מצד נורמטיבי לקביעת מדיניות בנושאים אלה. אלא שממצאינו מורים על כך שהשימוש שנעשה במסורות דתיות גמיש מאוד. הוא מונע על ידי כוחות פוליטיים עכשוויים, המפרשים את הציווים הדתיים כך שיתאימו ליחסי כוחות ולהלכי רוח עכשוויים. בהתאם לכך, לעתים משתמשים בחוקים עתיקים כדי להצדיק טכנולוגיות חדישות, כמו במקרה של הולדה לאחר המוות; לעתים נכנעים לזרם הקיצוני בדת, כמו במקרה של הגדרת המוות המוחי - מפיקעים את ההחלטה על רגע המוות מידי אנשי מקצוע הרפואה ומעבירים אותה למשפחה; ולעתים עוקפים לחלוטין את הציווי העתיק בלי כל קושי, כמו במקרה של חוקי ירושה האוסרים על עריכת צוואה. נסיים בהערה מעשית העולה ממחקרינו. אזרחי ישראל צריכים להיות מודעים לכך שנכון למועד כתיבת שורות אלה, ייתכן שאיבריהם לא ייתרמו לאחר המוות, חרף בקשתם המפורשת; שיעשה שימוש בזרעם (או בביציותיהן) לצורך העמדת צאצאים לאחר המוות, גם אם לא ביקשו זאת במפורש; ושצוואתם האחרונה לא תכובד, גם אם לא יוכרז כי היא בטלה. כדי לשנות מצב זה יש להתמודד עם רבדים שונים של שאלת משמעות סוף החיים, הן במישור החקיקה הראשית והן במישור האישי והמשפחתי. חרף רטוריקה היוצרת אשליה כי שמירת רצון המת היא ערך מוגן בחברה הישראלית, כדאי לאזרח להתייחס לסוגיות אלו בעודו בחיים.

מקורות

אדר-בונים, מ' (2007). משפחות בראייה סוציולוגית ואתרופולוגית. רעננה: האוניברסיטה הפתוחה.

אלמגור-לוטן, א' (2011). מודלים של הסכמה לתרומת איברים - סקירה משווה. מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מדינת ישראל.

בועז, ח' (2009). המאבק על הרגע האחרון - הוויכוח אודות מוות מוחי בישראל. סוציולוגיה ישראלית, 11(א), 219-241.

ברק-ארו, ד' (1996). על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני. עיוני משפט 20(1), 197-219.

הלפרין, מ' (2006). הזרעה מלאכותית לאחר מיתה - איסור והיתר. אסיא, 20, 113-123.

הקר, ד' (2012). סוגיות משפחתיות בעיניים משפטיות. מושב בן שמן: מודן ומשרד הביטחון.

הקר, ד' ופרנקל, מ' (2005). הורות פעילה ושוויון הזדמנויות בעבודה: הצורך בשינוי מאפייני שוק העבודה. עבודה, חברה ומשפט, 11, 275-303.

הראובני, א' (2003). עתירה נגד הנחיית היועץ להתיר הריון מזרע בעל מת. אוחר ב-9 בינואר,

- 2014 מתוך: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2819441,00.html>
- השילוני-דולב, י' (2013). מהפכת הפיריון. מושב בן שמן: מודן ומשרד הביטחון.
 כץ, א' (2012). עד טיפת הזרע האחרונה: בקשות למימוש זרע מוקפא של מת. עבודה לשם קבלת התואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים.
 כשר, א' (2002). "יתמות מתוכננת": התמונה המאוזנת. בתוך ר' כהן-אלמגור (עורך), דילמות כאתיקה רפואית (עמ' 221-238). תל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד.
 לנדאו, ר' (2002). יתמות מתוכננת. בתוך ר' כהן-אלמגור (עורך), דילמות כאתיקה רפואית (עמ' 203-220). תל אביב: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד.
 פוגל-ביז'אווי, ס' (1999). משפחות בישראל. בתוך ד' יזראעלי, א' פרידמן, ה' דהאן-כלב ואחרות (עורכות), מין, מגדר ופוליטיקה (עמ' 107-166). תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
 פרנקל, ד' (2008). השתלות איברים במסגרת חוק האנטומיה והפתולוגיה. הרפואה, 147(5), 416-413.
 ריבלין, י' (1999). הירושה והצוואה במשפט העברי. רמת-גן: אוניברסיטת בר-אילן.
 שוחטמן, א' (1995). מעמד האישה בדיני נישואין וגירושין. בתוך פ' רדאי, כ' שלו ומ' ליבן-קובי (עורכות), מעמד האישה בחברה ובמשפט (עמ' 380-436). ירושלים: שוקן.
 שטיינברג, א' (2002). מהיפוקרטס ועד לבית המשפט העליון. זמן הרפואה, 6, 40-42.
 שלו, כ' (2002). הזרעה לאחר המוות - ינוח בשלום על משכבו? רפואה ומשפט, 27, 96-99.
 שפרלינג, ד' (טרם פורסם). הסדרת הטיפול בסוף החיים בישראל. בתוך ג' סיגל (עורך), ביאתיקה כחול לבן. ירושלים: ביאליק.
- Boyarsky, B. J., Hall, E. C., Deshpande, N. A., Ros, R. L., Montgomery, R. A., Steinwachs, D. M., & Segev, D. L. (2012). Potential limitations of presumed consent legislation. *Transplantation*, 93(2), 136-140.
- Callahan, J. C. (1987). On harming the dead. *Ethics*, 97(2), 341-352.
- Dickenson, D. (2007). *Property in the body: Feminist perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Douglas, G., Woodward, H., Humphrey, A., Mills, L., & Morrell, G. (2011). Enduring love? attitudes to family and inheritance law in England and Wales. *Journal of Law and Society*, 38(2), 245-271.
- Feinberg, J., (1969). Harm and self-interest. In P. M. S. Hacker & J. Raz (Eds.), *Law, morality and society* (pp. 284-308). Oxford, UK: Oxford Clarendon Press.
- (1984). *The moral limits of the criminal law: Harm to others*. New York: Oxford University Press.
- Hacker, D. (2010a). The gendered dimensions of inheritance: Empirical food for legal thought. *Journal of Empirical Legal Studies*, 7(2), 322-354.
- (2010b). Soulless wills. *Law & Social Inquiry*, 35(4), 957-983.
- (2011, September). Death and dignity through the prism of inheritance struggles. Paper presented at Dignity on the Margins of Humanity and Beyond, part II, Tubingen University, Germany.
- (2012). Religious tribunals in democratic states: Lesson from the Israeli

- Rabbinical Courts. *Journal of Law and Religion* 27(1), 59–82.
- (forthcoming, 2014a). Intergenerational wealth transfer and the need to revive and metamorphose the Israeli estate tax. *Law and Ethics of Human Rights*.
- (forthcoming, 2014b). Disappointed “heirs” as a socio-legal phenomenon. *Oñati Socio-Legal Series*.
- Kreiczer Levi, S. (2008). *The intergenerational bond—rethinking inheritance*. (Unpublished Doctoral dissertation). Faculty of Law, Tel Aviv University.
- Lavi, S. (forthcoming). The mourning after: Posthumous sperm retrieval and the new laws of mourning.
- Partridge, E. (1981). Posthumous interests and posthumous respect. *Ethics Chicago, Ill.*, 91(2), 243–264.
- Rimon-Greenspan H. & Ravittsky, V. (2013). New frontiers in posthumous reproduction. *Bionews*, 17 June, 2013. Retrieved April 2, 2014 from: http://www.bionews.org.uk/page_313450.asp.
- Rosenblum, A. M., Horvat, L. D., Siminoff, L. A., Prakash, V., Beitel, J., & Garg, A. X. (2012). The authority of next-of-kin in explicit and presumed consent systems for deceased organ donation: An analysis of 54 nations. *Nephrology, dialysis, transplantation : Official publication of the European Dialysis and Transplant Association - European Renal Association*, 27(6), 2533–2546.
- Seeman, D., (2010). Ethnography, exegesis, and Jewish ethical reflection: The new reproductive technologies in Israel. In Birenbaum-Carmeli D. & Carmeli Y. S. (Eds.), *Kin, gene, community: Reproductive technology among Jewish Israelis* (pp. 340–362). Oxford and New York: Berghahn.
- Tate, J. C. (2008). Caregiving and the case for testamentary freedom. *UC Davis Law Review*, 42, 129–193.
- Taylor, J. S., (2005). The myth of posthumous harm. *American Philosophical Quarterly*, 42(4), 311–322.
- Wijdicks, E. F. (2001). The diagnosis of brain death. *New England Journal of Medicine*, 344(16), 1215–1221.
- Youngner, S. J., Arnold, R. M., & Schapiro, R. (Eds.). (2002). *The definition of death: Contemporary controversies*. Baltimore: JHU Press.
- Zelizer, V. A. (2009). *The purchase of intimacy*. New Jersey: Princeton University Press.