

דיון נוסף אזרחי מס' 2401/95
(ערעור אזרחי מס' 5587/93)

א

רותי נחמני

נגד

1. דניאל נחמני

2. היועץ המשפטי לממשלה

3. אסותא בע"מ

ב

בבית המשפט העליון

[12.9.96]

ג

לפני הנשיא א' ברק והשופטים ג' בך, א' גולדברג, ת' אור,
א' מצא, י' קדמי, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר,
צ' א' טל, י' טירקל

ד

תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987, ק"ת 978, תקנות 2, (א)2, 3, 8, 8(ב)1, 8(ב)2, 8(ב)3, 8(ג)3, 9, 11, 14, 14(ג) - חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996, ס"ח 176, סעיפים 2, (1)2, 5, (ג)5, 7 - חוק העונשין, תשל"ו-1977, ס"ח 226, סעיפים 314, 316, 314-316, 316(א), פרק י', סימן ב' - חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163, סעיף 1 - חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 14(ב), 25, 30, 31, 61(ב) - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150, סעיף 1 - חוק יסוד: השפיטה, ס"ח תשמ"ד 78, סעיפים 6, 15(ג) - חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16, סעיף 3(4) - פקודת הנויקין [נוסח חדש], נ"ח 266, סעיף 84 - חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42, סעיף 2 - חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, ס"ח 176, סעיף 132(א) - חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259, סעיף 10 - חוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 184, סעיף 10 - חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, ס"ח 72, סעיף 9 - חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43, סעיף 3 - חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, ס"ח 70, סעיף 33 - חוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992, ס"ח 90, סעיף 22 - תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220, תקנה 524.

ה

ו

ז

* פסק הדין נמסר למערכת לפירסום באיחור, לכן הוא מתפרסם עתה.

- לאחר מספר שנות נישואין חשוכי ילדים ולאחר שהעותרת עברה ניתוח שבעקבותיו איבדה את יכולתה להרות היריון טבעי, התליטו בני הזוג להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. ביציות שהוצאו מגופה של העותרת הופרו בורעו של המשיב 1 והוקפאו בבית החולים. בני הזוג התקשרו עם מוסד בארצות-הברית לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, אלא שקודם שהגיע התהליך לשלב זה, עזב המשיב 1 את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת, בעודו נשוי לעותרת המסרבת להתגרש. העותרת פנתה לבית החולים וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך, ומשסורבה - פנתה בתביעה לבית המשפט המחוזי וזה נענה לה. בית המשפט העליון קיבל ברוב דעות את ערעורו של המשיב 1. מכאן הדיון הנוסף.
- בית המשפט העליון פסק:
- א. (אליבא דשופט צ' א' 20): (1) כשם שאין שומעים לאיש להפסיק היריון, אפילו הושג ההיריון בהטעיה וברמייה, מפני שאין מתערבים בגופה של אישה שלא לרצונה, כך אין לשמוע לו להפסיק תהליך הפריה, כאשר הפסקה כזו עושה - למפרע - את ההתערבות בגופה של האישה התערבות שווא ונמצאו כבודה וצנעתה מהוללים (699 א).
- ב. (2) האיש מושתק מלתור בו, מכות עקרון ההסתמכות הסבירה, כאשר האישה שינתה את מצבה לרעה, שינוי שאינו חוזר (699 א-ב).
- ג. (3) קיומו של חסר בדין, בנסיבות דנן, מטיל על בית המשפט את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה המובא לפניו. בעשותו כן עליו לבחון את האינטרסים המתנגשים, לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים ולשקול את שיקולי המדיניות המשפטית הראויה (699 ו-ז, 700 ז).
- ד. (4) כנגד האינטרס להיות הורה עומד האינטרס ההפוך, שלא להיות הורה בעל-כורחו. בבוא בית המשפט לאון בין האינטרסים המתנגשים זה בזה, יש לזכור כי אין אינטרסים אלה שקולים. האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי וקיומי הן בעבור הפרט והן בעבור החברה כולה. לעומת זאת, אין שום ערך, כשהוא לעצמו, בהיעדר הורות. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות, כלומר חירותו וזכותו של הפרט לבל יתערבו בהחלטותיו האינטימיות (701 ד-ה).
- ה. (5) האינטרס החברתי בכך שלא תיכפה הורות על אדם אינו מוביל למסקנה שיש בהכרח להאריך את תקופת הזמן שבו תידרש הסכמתו. האינטרס במניעת הורות בעל-כורחו בא על סיפוקו בכך שנדרשת הסכמה, גם אם ההסכמה היא חד-פעמית ובלתי חוזרת (702 ה-ו).
- ו. (6) השוואת הנזקים העלולים להיגרם משלילת הזכויות מביאה אף היא למסקנה בדבר העדפת האינטרס להיות הורה (702 ז).
- ז. (7) אחת המשימות של השופט כאשר הוא עוסק בהקיקה שיפוטית היא הגשמת הציפיות הלגיטימיות של הצדדים. בשתי דרכים המשפט משחזר את כוונת האדם: בכוונה משוערת ובכוונה מיוחסת. כוונה משוערת - על-פי ניסיון החיים והשכל הישר, ובהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה. כוונה מיוחסת - כאשר אין שום דרך לשער את כוונת הצדדים, והמשפט - למטרותיו - מייחס לאדם כוונה שלא מדעתו ואולי גם שלא לרצונו (703 ג-ד, ז-704 א).

(8) במקרה דנן מדובר באישה שעברה ניתוח גינקולוגי ונאלצה לעבור טיפולים מורכבים, פולשניים וכואבים לצורך הוצאת הביציות, תוך ידיעה שקרוב לוודאי זו לה ההודמנות האחרונה להביא ילד משלה לעולם. קשה להניח שהייתה מסכימה לעבור את הטיפולים הללו בידיעה שהבעל יוכל להתחרט בכל עת אשר יחפוץ. ניתן אפוא לומר שכוונתה המשווערת של האישה הייתה שחרטתו של האיש לא תשפיע על המהלך שהוחל בו. מאידך גיסא, לא ניתן לשער שהבעל היה נמנע מלתת את הסכמתו להפרות את הביציות מזרעו אילו ידע שלא יוכל לחזור בו בהמשך (704 א-ג).

א

(9) במקרה דנן, נתן המשיב 1 את הסכמתו, ובהסתמך על כך הסכימה העותרת להתערבות בגופה ולטיפולים מכאיבים, ואף שינתה את מצבה לרעה, באופן שאין חזרה ממנו. היא עשתה כן בהסתמכה על מצג שהתהליך יימשך, ונתקיימו היסודות ל"השתק הבטחה" (704 ה-ו).

ב

(10) שיקול נוסף במסגרת שיקולים של צדק הוא שאין להקנות יתרון בלתי הוגן לאחד הצדדים. הקביעה, שבהיעדר הסכמה מפורשת יכול כל צד לחזור בו כל אימת שירצה בכך, פוגעת באיזון ובשוויון שבין הצדדים. הצורך בהסכמת שני בני הזוג לכל אורך הדרך מקנה לצד הרוצה בהפסקת התהליך זכות ושוויון על הצד השני. זכות זו מותירה את הצד החפץ בהמשך התהליך, כל כולו, נתון לחסרו של הצד שכנגד. זוהי תוצאה שאין הדעת סובלתה. תחת זאת, יש לקבוע שבהיעדר הסכמה מפורשת לגבי מקרה של פירוד, יש לייחס לצדדים כוונה שאין צד אחד יכול לחזור בו, וכך יש לנהוג (704 ז-705 א).

ג

(11) היציבות המשפטית והוודאות המשפטית מחייבות לצמצם במידת האפשר את פרק הזמן שבו נדרשת הסכמת הצדדים. מלבד שני בני הזוג, מעורבים בתהליך צדדים נוספים ומערכות נוספות, בכללם האם הפונדקאית והמוסד הרפואי. מתן אפשרות לביטול חד-צדדי עלול להגדיל את מספר המקרים שבהם תהיינה תנודות ותהפוכות ויקשה על ביצוע התהליך (706 ה-ו).

ד

(12) שיקול נוסף הוא שיש לשאוף להסדר אשר יעודד בני-זוג, שאינם יכולים להיפקד באופן טבעי, להיעזר בשיטות של הפרייה מלאכותית, ולהימנע מהסדר העלול להרתיע בני-זוג ולמנוע מהם את השימוש בשיטות אלה (707 א-ב).

ה

(13) העדיפות שהמשפט העניק לאישה, להחליט על הפלה, תוך הפלייתו לרעה של האיש וחרף התנגדותו, נובעת אך ורק מכך שמדובר בהחלטה הנוגעת לגופה. האישה לבדה היא הנושאת את העובר, ועליהן התחלטה להפיל נמסרה לה לבדה. ההיקש הסימטרי לגבי זכות דומה לאיש, אינו אלא היקש מדומה ומופרך (707 ז-708 א).

ו

(14) כאשר אין מדובר בהתערבות בגופה, אין אישה זכאית להשמיד את עובריה בלא הסכמת בני-זוגה; ממש כך אין הבעל זכאי להשמיד את הביציות בניגוד לרצון האישה. מכאן שהפתרון המוצע עומד במבחן השוויון ואינו מפלה כלל בין המינים (709 א-ב, 710 ד).

ב. (אליבא דשופטת ד' דזנר): (1) לא כל חובה מוסרית הינה חובה שבדין. אולם, על הדין להביא לתוצאה צודקת (713 ו).

ז

(2) גם על-פי הגישה הדוגלת בקיומו של שיקול-דעת שיפוטי נדרש כי נורמות משפטיות יתפרסו על יסוד עקרונות של מוסר, צדק וזכויות האדם. במקרים שבהם עקרונות היסוד מתנגשים בינם לבין עצמם, תיפתר הסתירה על-ידי איזון ראוי בין הערכים המתנגשים

- (714 א).
- א (3) גם עליפי הדין שקדם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) תשנ"ו-1996, הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה. חוקה על בני-זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוזה בעניינים מסוג זה (717 ג).
- א (4) עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור. לכן החוזה בטל לפי סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזה (חלק כללי), תשל"ג-1973. אין פסול בתכלית החוזה - הבאת ילד לעולם - או בדרך ביצוע ההסכם. הפסול הוא בהחלת דיני החוזה על ההסכם, הסותרת את תקנת הציבור (717 ג-ד).
- ב (5) בכך שהסכם להולדת ילדים אינו חוזה, אין כדי לשלול כליל את נפקותו המשפטית של ההסכם או אף של מצג בדבר הסכמה. שכן, במסגרת האיוון בין זכויות הצדדים יש מקום להתחשב גם בקיום הסכם ביניהם או בקיומו של מצג בדבר הסכמה (717 ה).
- ב (6) בהתנגשות שבין זכות הבעל לבין זכות האישה מצויים השניים בעמדה של שוויון מבחינת זיקתם לביציות המופרות, הכוללות את מטענם הגנטי המשותף (717 ז).
- ג (7) הירות במובנה המלא אינה רק חופש מהתערבות חיצונית של השלטונות או של אחרים. כלולה בה גם יכולת האדם לכוון את אורח חייו, לממש את מאווייו הבסיסיים ולבחור בין מיגוון אפשרויות תוך הפעלת שיקול-דעת. בחברה האנושית, אחד הביטויים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא, אלא בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם (719 ה-ו).
- ד (8) אל מול זכות בסיסית זו, המהווה נדבך מרכזי בהגדרת האנושיות, יש לבחון את הזכות שלא להיות הורה. יסודה של הזכות שלא להיות הורה היא באוטונומיה של הפרט מפני התערבות הרשות בפרטיותו (719 ז-720 א).
- ד (9) הזכות לפרטיות מפני השלטון היא בדרך כלל בעלת משקל רב יותר מן הזכות לפרטיות במשפחה (720 ב).
- ה (10) לגבי נשים וגברים גם יחד נתפסת החירות של אדם שלא יהיה לו צאצא שהוא לא תפץ בו כמוגבלת, מותנית בתנאים, ובעיקר כמשנית לעומת הזכות להעמיד צאצאים וליצור דור המשך (720 ד).
- ו (11) בכפופות לעקרונות יסוד אלה, ייעשה האיוון בין זכויות בני הזוג בכל מקרה ומקרה בהתחשב בשלב שבו מצוי התהליך, במצגים שבני הזוג יצרו, בציפיות שעוררו המצגים ובהסתמכויות עליהם, ובחלופות הקיימות למימוש הזכות להורות (720 ו-ז).
- ו (12) ככל שהשלב שבו מצוי תהליך ההולדה מתקדם יותר, כך יגבר משקלה של הזכות להיות הורה (720 ז).
- ז (13) השתק מכוח מצג מונע צד מלהתכחש למצג שהציג לפני צד אחר, אם אותו צד הסתמך על המצג בתום-לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה. אפשר לראות את תורת ההשתק כפן של עקרון תום הלב, שהוא עקרון יסוד בשיטה הנוהגת (721 א-ב).
- ז (14) ההכרעה בין זכויות הצדדים אינה מבוססת על השתק כשלעצמו. מצגים שהציגו בני-זוג זה כלפי זה (לרבות התקשרותם בהסכם), שיצרו הסתמכויות ולעתים אף ציפיות גרידא, עשויים להיות שיקול במסגרת האיוון בין זכויות הצדדים (721 ד-ה).

15) אינו דומה מצב של סירוב להמשיך בתהליך של הפריה כאשר בן הזוג יכול לקיימו עם שותף אחר, למצב שבו סירוב יגזור עקרות על בן הזוג השני. ככל שהתלופות העומדות בפני בן הזוג המבקש להיות הורה פוחתות, כך גובר הצורך להגן על זכותו להורות גם במהיר הסגת זכותו של בן הזוג האחר (722 ג-ד).

א

ג. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) הזכות להיות הורה מבוססת על אוטונומיית הרצון, המכבדת, בין היתר, את בחירת הפרט להקים תא משפחתי. מעברו האחר של המתרס מצויה הזכות שלא להיות הורה, הנשענת אף היא על אוטונומיית הרצון, המכבדת את רצונו של הפרט לשלוט על מהלך חייו ועל מהויביותו (723 ג-ד).

ב

(2) בין זכות החירות, וכנגזרת ממנה האוטונומיה של הרצון, לבין כבוד האדם קיימת זיקה הדוקה. הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות שתיהן את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו (723 א-1).

ג

(3) הצורך בהסכמת האישה להפסקת ההיריון, שנגזר מערך חירות האישה על גופה, מקנה לה "זכות וטו" על הליך ההולדה (724 ד).

(4) מאחר שאין כלים קונוונציונליים לפתרון הסכסוך, יש לתור אחר הלופה להם, המבוססת על ערך בסיסי החולש על השיטה. ערך יסוד הולם הוא הצדק (728 ז).

(5) מקום בו נפרד המשפט, המכתיב תוצאה מסוימת, מהצדק, אין בית המשפט רשאי ליטול לעצמו שיקול-דעת שאינו מסור לו. אולם במקרה שבו מופקר בידי השופט שיקול-דעת, או אז המשפט והצדק, שדרכיהם נפרדות לעתים קרובות, נפגשים בצומת של שיקול הדעת השיפוטי (730 ג-ד).

ד

(6) כאשר כל הכרעה בסכסוך בין שני פרטים תפגע באחד מהם, הפתרון הצודק הוא של "הרע במיעוטו". על-כן, יש מקום לשקול אם נזקה של העותרת במקרה שייאסר עליה להשתמש בביציות, עולה על הנזק שייגרם למשיב 1 אם ייהפך להורה בעל-כורחו, או להפך (731 ב-ג).

ה

(7) הפגיעה במשיב 1 אינה מצומצמת רק לתחום הרגשי. במעמד ההורות כרוכות חובות רבות, בכללן במישור הכלכלי. אולם, אין בכוחן של החבויות המעשיות הכרוכות במעמד ההורות להטות את הכף לצדו של המשיב 1. משנפרדו בני הזוג, עיקר חבויותו של המשיב 1 כלפי הילד שיוולד יהיה במישור הכלכלי. את הפגיעה הכלכלית בו, עקב חובת המזונות המוטלת על שכמו, ניתן למוער על-ידי התנאת השימוש בביציות בהתחייבותה של העותרת לשפותו, ועל מועד מימוש התחייבות זו יחולו העקרונות שפותחו בפסיקה הנוגעת להסכמי גירושין. במצב דברים זה אופיו ההפוך של הנזק הכלכלי שייגרם למשיב 1 שולל הימנו את כוחו המכריע (732 א-ב).

ו

(8) בנסיבות המקרה דנן, יש לראות את הסתמכותה של העותרת על הסכמתו הראשונית של המשיב 1 כסבירה. סבירות הסתמכותה על הדרך שבה בחרו היא והמשיב 1 ללכת מחייבת בנסיבות הנדונות את המסקנה הצודקת כי אין חורה מן הדרך, וכל המבקש לשנות - ידו על התחונה (732 ה-ו).

ז

ד. (אליבא דשופט י' קדמוי): (1) זכות יסוד היא לאדם - גבר או אישה - לבחור אם להיות הורה אם לאו - וחובה חוזית גרידא חייבת לסגת מפני זכות זו. עם זאת, אין זו זכות מוחלטת ואף

לא זכות שוויונית: משהתעברה אישה, שוב אין בידי בן-זוגה לחזור בו מבחירתו ולכפות עליה הפלה; ואילו האישה זכאית להפסיק את ההיריון מכוח זכותה ה"גוברת" לשלמות גופה (732 ז-733 א).

א

(2) הפריית הביצית אינה סתם שלב משלבי התפתחותו של העובר, אלא היא המעשה ה"יוצר אותו", וההופך את הביצית והזרעון ל"ישות" חדשה, משולבת משני הגופים שיצרו אותה, שאינה ניתנת שוב להפרדה. כפי שהזרעון והביצית נטמעו זה בזה והפכו לאחד, כך נטמעות זו בזו זכויותיהם של הגבר ובת-זוגו - "בעלי" הביצית והזרעון - והופכות ל"זכות משותפת" בכל הקשור לגורלה של הביצית המופרית. "זכות משותפת" זו זהה בטיבה ובמעמדה לזכות ההורית שהייתה לכל אחד מיוצריה בשינוי אחד: לכל אחד מבעלי הזכות שמורה זכות וטו כנגד החלטתו של האחר, באופן שרק החלטה משותפת ניתנת לביצוע ולאכיפה (733 ד-ה).

ב

(3) עד למועד ההפריה בפועל, כל אחד מבני הזוג רשאי לחזור בו מהחלטתו להיות הורה; וזכות היסוד שלו שלא להיות הורה גוברת על הזכות החוזית של שותפו לדרוש את קיומו של ההסכם שהשתכלל ביניהם בעניין זה. ההפריה משנה את המציאות ויוצרת מצב דברים חדש שאינו מאפשר "חזרה" והשבת המצב לקדמותו (733 ו-ז).

ג

(4) לאחר ההפריה ממשכימים הגבר והאישה לחלוש במשותף - ובמשותף בלבד - על גורלה של הביצית המופרית עד להשתלטה בגופה של הפונדקאית; שעם השתלטה כך - קמה ועומדת לפונדקאית זכות היסוד לשלמות גופה, כאילו "התעברה" בדרך הטבע, וזכותה זו עדיפה על זכותם המשותפת של בני הזוג כביצית המופרית (733 ז-734 א).

ד

(5) הפריית הביצית - הן בגופה של אישה והן מחוצה לה - הינה בבחינת "מעשה מוגמר" שאין אחריו חרטה; ולו רק בשל הטעם הפשוט, ששוב לא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו ולהשיב לגבר ולאישה הנוגעים בדבר את שהשקיעו משלהם ב"ישות החדשה", היא הביצית המופרית. משלא ניתן עוד להפריד בין הזרעון לביצית, אין לבן-זוג, המבקש להתחרט ולהשמיד את "תרומתו" לביצית המופרית, זכות להשמיד גם את "תרומתו" של רעהו. השמדת הביצית המופרית מצריכה הסכמה של שני בני הזוג. ולכל אחד מהם זכות וטו כנגד החלטת חברו (734 א-ב).

ה

(6) המציאות החדשה שהפריית הביצית יוצרת משנה את מאזן הזכויות. כנגד הזכות שלא להיות הורה, שנתכרסמה בהסכם ההפריה, עומדת עתה הזכות להיות הורה, שהוגברה בזכות ה"השלמה" תולדת ההפריה (734 ג-ד).

ו

ה. (אליבא דשופט ר' טירקל): (1) משנעשה מעשה ההפריה החוץ-גופית, גוברת, בדרך כלל, הזכות החיובית להיות הורה על הזכות השלילית שלא להיות הורה (735 ז).

(2) ההשקפה המודרנית, החברתית והמשפטית, מכירה באוטונומיית הרצון של הפרט. מכאן נגזרות ועומדות, לכאורה, זו לעומת זו, הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה (735 א).

ז

(3) אין סימטריה בין הזכויות, למרות הדמיון "החיצוני" שביניהן, ואין לראות בזכות להיות הורה רק נגזרת של אוטונומיית הרצון, העומדת מול הזכות שלא להיות הורה (736 ב).

(4) הזכות לחיים היא זכות יסוד שנתקדשה בתולדות עם ישראל ובתולדות האנושות בכלל. בצדה של הזכות לחיים - שהיא הזכות לחיים שלמים ומשמעותיים - או חלק ממנה,

- ראויה גם הזכות להיות הורה להכרה כזכות יסוד אנושית עצמאית ולא רק כנגזרת של אוטונומיית הרצון. משקלה הערכי של זכות זאת גדול לאין ערוך ממשקלה של הזכות שלא להיות הורה, שהיא הזכות שלא לשאת בנטל הרגשי, המוסרי והכלכלי שההורות מטילה (ג-736-737 ב).
- (5) כאשר לא קיים לגבי המקרה דטרמיניזם משפטי, המחייב תוצאה אחת, אין טעם בניסיון ללכת מלכתחילה ב"דרך של משפט", אשר אין מותר לה על "דרך הצדק" (740 א-ב).
- (6) הצדק שעושה ומקריץ בית המשפט צריך להיות צדק אנושי שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני, אלא גם נובע ממעמקי הלב (741 ג).
- ו. (אליבא דשופט ג' בך): (1) במצב הנתון שבו אין בנמצא חוק מפורש היכול להדריך את בית המשפט, יש להיעזר בתחושת הצדק, ולקבוע את פסק הדין על-פי מה שנראה כצודק ביותר, בהתחשב בכל הנסיבות של המקרה (742 ו-743 א).
- (2) הכף של זכותה של העותרת כבדה יותר במאזני הצדק עקב משקלם המצטבר של הגורמים הבאים: (א) העותרת והמשיב 1 לא רק הסכימו להביא ילד לעולם בדרך של הפריית הביציות והסתייעות בפונדקאית, אלא הרחיקו לכת במימוש אותה תכנית, והמשיב 1 הפריש מזרעו וגרם להפריית הביציות בהסכמה מלאה; (ב) ההליך שנקט היה כרוך בסבל פיזי קשה וממושך לעותרת, ובגלל חולניותה היה הדבר אף כרוך בסיכון חיים בעבורה; (ג) בשעתו יכולה הייתה העותרת להגיע לאותה תוצאה באמצעות זרעו של אחר, אך היא העדיפה את השותפות עם המשיב 1 תוך הסתמכות על הסכמתו המלאה לתכנית המשותפת; (ד) העותרת אינה מסוגלת היום לחזור על אותו ניסיון, בשל גילה ומצב בריאותה, ולכן זהו הסיכוי היחיד והאחרון בעבורה לממש את שאיפתה העזה להורות; (ה) זאת להבדיל מהמשיב 1, אשר זכה להורות, ויוכל אף בעתיד להתנסות בחוויה זו (744 ו-745 ב).
- (3) יש הבדל מעשי ועקרוני בין הטלת חובה על אדם לעשות פעולה אקטיבית לקידום ההורות, בניגוד לרצונו, ובין אי-הכרה בזכותו לעשות מצדו פעולה המיועדת למנוע מבת הזוג את השלמת מימוש ההורות (746 ג-ד).
- (4) כאשר מחליט בית המשפט לקבל את תביעתה של העותרת, פירוש הדבר שבית המשפט מחליט, במקום המשיב 1, על ההסכמה להשתלת הביציות ומורה לבית החולים למסור את הביצית המופרית לידי העותרת לצורך המשכת הפעילות הדרושה למימוש ההשתלה. שוב אין המשיב 1 נדרש לנקוט כל צעד מוחשי ואקטיבי כתוצאה מפסק-דין כזה (747 ג-ד).
- ו. (אליבא דשופט א' מצא): (1) הכרעה צודקת בעניינם של בני הזוג דגן חייבת להתבסס על איזון ראוי בין זכויותיהם המתנגשות. אך איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבה. עריכתו טעונה אמת מידה אובייקטיבית. אמת המידה המתבקשת, בהיעדר נורמה משפטית מוכרת המסדירה את הסוגיה, היא תורת הזכויות. ככל הכרעה המתבססת על השוואתן של זכויות מתנגשות, אף ההכרעה הנוכחית תהיה הכרעה ערכית (748 ו-749 א).
- (2) בנסיבות העניין, די יהיה בהשוואת עוצמתן היחסית של הזכויות כפי שבאו לידי גילוי וביטוי בסכסוך הקונקרטי (749 א).

- (3) ההבחנה בין זכות כללית לזכות ספציפית מתמקדת בשני מאפיינים של הזכות: האובייקט שאליו מתייחסת הזכות והאינטרס המוגן על-ידי הזכות. זכות היא כללית אם אובייקט הזכות הוא בעל הזכות עצמו, והאינטרס המוגן הוא עצם קיומה של הזכות העקרונית אצל בעל הזכות. לעומת זאת, אם אובייקט הזכות הוא אחד מאותם אובייקטים שלגביהם ניתן ליישם זכות כללית נתונה, והאינטרס המוגן על-ידי הזכות הוא יישומה של הזכות הכללית האמורה כלפי אותו אובייקט, כי אז הזכות היא ספציפית (749 ה-ו).
- (4) זכות מוחלטת היא זכות המוגנת לחלוטין מפני פגיעה, בעוד שזכות יחסית עשויה לסגת מפני אינטרסים ושיקולים נוגדים. הזכויות המוכרות במשפט הארץ לעולם אינן מוחלטות, אלא הן תמיד יחסיות (750 ג-ה).
- (5) התפיסה היישומית עוסקת בקביעת משקלה של זכות נתונה. על-פי תפיסה זו, משקלה של זכות לעולם אינו נקבע על-ידי עצם ההכרה בקיומה של הזכות, אלא נגזר מן האיוון בינה לבין האינטרסים המתחרים בה במקרה הנתון (750 ז-751 א).
- (6) הזכות הכללית והזכות הספציפית, שתיהן זכויות יחסיות (751 ד).
- (7) קיומה של זכות במובן הצר אצל אדם מסוים באשר לאובייקט מסוים, משמעותו קיום חובה מתאימה אצל אדם אחר באשר לאותו אובייקט, בעוד שקיומה של חירות אצל אדם מסוים באשר לאובייקט מסוים משמעותו היעדר חובה אצל אותו אדם באשר לאותו אובייקט. הן זכות כללית והן זכות ספציפית יכולות להיות או זכות במובן הצר או חירות (751 ז-752 א).
- (8) זכות קונקרטיית היא קביעה בדבר הזכאות הממשית הנתונה לאדם לפעול בדרך מסוימת במקרה נתון, בעוד שזכות מופשטת היא עצם הרעיון שלפיו מן הראוי שאינטרס מסוים יזכה לעדיפות. גם הזכות הכללית וגם הזכות הספציפית הינן זכויות מופשטות (752 ב-ג).
- (9) לעתים הצידוק להכרה בזכות נובע מזכות אחרת. זכויות שצידוקן נובע מזכות אחרת מכונות זכויות נגזרות, בעוד שהזכויות אשר אינן נגזרות מכונות זכויות ליבה. על-מנת שזכות תיחשב לנגזרת, צריך שבינה לבין זכות הליבה יתקיים קשר של הצדקה, הווי אומר כי זכות הליבה היא המצדיקה את ההכרה בקיום הזכות הנגזרת (752 ה-ו).
- (10) ההגבלות המוכרות על זכויות הן מסוגים שונים. מיון הראשי הוא להגבלות עקרוניות, הגבלות כלליות והגבלות ספציפיות. הגבלה עקרונית היא הגבלה מוטלת בדין על זכות עקרונית. הגבלה כללית, העשויה להתייחס רק לזכות כללית, שוללת מבעל הזכות את היכולת לעשות שימוש כלשהו בזכותו. הגבלה ספציפית עשויה להיות מוטלת על זכות כללית או על זכות ספציפית. הטלתה מונעת מבעל הזכות ליישם את זכותו (הכללית) רק באשר לחלק מן האובייקטים האפשריים. לצורך הדיון דנן, יש לאפיין שני סוגי הגבלות נוספים, הנגזרים מן המיון הראשי: הגבלה כללית-למעשה והגבלה מעין-כללית. הגבלה כללית-למעשה היא הגבלה שלכאורה ניתן לסווגה כספציפית, או שלמראית עין היא נחזית כספציפית, בעוד שלמעשה היא כללית. הגבלה מעין-כללית מתקיימת במקרה שבו ההגבלה המוטלת על בעל הזכות אמנם מותירה בידו דרכים אפשריות להגשמת זכותו, אלא שמבחינתו כל האפשרויות שההגבלה מותירה בידו הינן בלתי אטרקטיביות ביותר, בין מפני שמימושן כרוך בסיכונים מיוחדים, באי-נעימות רבה או בהשקעת משאבים

אדירים, ובין מפני שהאופן אשר בו מאפשרות הן להגשים את הזכות שונה מהותית מהאופן שבו בעל הזכות ביקש להגשים אותה אלמלא ההגבלה (754 ו-755 ד, 756 ג-ד).

(11) איפיון ההגבלה הפוגעת - ככללית, כללית-למעשה, מעין-כללית או ספציפית - הוא רק אחד מן הגורמים המשפיעים על קביעת שיעור הפגיעה; בעוד שבקביעת מידתה של הפגיעה - כדרוש לעריכת האיוון - יש להתחשב לא רק באיפיונה של כל אחת מן ההגבלות הפוגעות, אלא גם במשקלה העצמי המוחלט של כל אחת מהזכויות הנפגעות (759 ה-ו).

(12) במקרה דנן, ההגבלה שהמשיב 1 מבקש להטיל על העותרת היא הגבלה מעין-כללית. ההגבלה שהעותרת מבקשת להטיל על המשיב 1 היא הגבלה ספציפית. הטלת הגבלה מעין-כללית על זכות כלשהי פוגעת באותה זכות יותר מאשר הטלת הגבלה ספציפית. בנסיבות שבהן מתקיים שוויון ביתר הנתונים שורת הצדק מחייבת לבכר את הפגיעה הפחותה על פני הפגיעה היתרה (760 ב-ג).

(13) יש להתנות את השימוש בביציות בהתחייבותה של העותרת שלא לתבוע מהמשיב 1 כל סכום שהוא בעבור הילדים או בעבור עצמה, וכן לשפות את המשיב 1 בגין כל תשלום שיחויב לשלם לה או לצאצאיה עקב תביעה שתוגש נגדו חרף ההתחייבות (762 ב-ג).

ה. (דעת מיעוט - השופט ט' שטרסברג-כהן): (1) אין להירתע מפני התערבות המשפט גם במקרים הדורשים הכרעות ערכיות נורמטיביות ואף בתחומים שהרגש שולט בהם (679 ד-ה).

(2) הזכויות המשפטיות במובן הצר ביותר הן האינטרסים שעליהם מגן החוק על-ידי הטלת חובות בהקשר להם, על אחרים. לעומתן, הזכויות המשפטיות, במובן הרחב, כוללות גם אינטרסים מוכרים על-ידי המשפט, אשר אין קיימת מולן חובה משפטית. אלה הן החירויות. במקום בו לאדם יש זכות שהיא חופש או היתר, אין חובה מוטלת עליו כלפי המדינה או כלפי אחר להימנע מביצוע הפעולה, כשם שאין רובצת עליו חובה לבצע את הפעולה שהוא בן-חורין שלא לבצע. אין בכוחה של זכות שהיא חופש או חירות להטיל חובה על אחר ולדרוש ממנו עשיית פעולה שהוא חופשי שלא לעשותה (681 ו-682 א).

(3) הזכות להיות הורה היא, על-פי טיבה, מהותה ומאפייניה, זכות טבעית מולדת, טבועה באדם. זוהי חירות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני-זוג לבין עצמם (682 ג-ד).

(4) גם הזכות לאי-הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. הערך המוגן באי-הורות הוא החירות, הפרטיות, הבחירה התופשית, ההגשמה העצמית והזכות לקבל הכרעות אינטימיות ללא התערבות. אלה הם ערכי יסוד מוגנים בעלי חשיבות עליונה, שנגזרות מהם החירות שלא להיות הורה בכפייה (682 ד-ה).

(5) הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן שתי זכויות שעל-אף היותן שני צדי מטבע אחת, אין מאפייניהן זהים. כל אחת כשלעצמה נמצאת במסגרת חופש הפרט; ההבחנה בין שני מישורי הזכויות איננה בהיותן זכות חיובית אל מול זכות שלילית, אלא בהיות הזכות להורות משתייכת לקבוצת הזכויות המצריכות שיתוף פעולה של פרט אחר על-מנת להוציאה לפועל, ואילו הזכות לאי-הורות מצטמצמת לפרט עצמו (682 ו-ז).

(6) הגשמת זכותו של הרוצה בהורות על-ידי הטלת חובה על מי שאינו רוצה בה נוגדת את

- מהותה של החירות ופוגעת בגשמת אפה (683 א-ב).
- א (7) ההימנעות מכפיית הורות על מי שאיננו מוכן לקבלה על עצמו, מקבלת משנה תוקף לנוכח מהותה וכובד משקלה של ההורות. ההורות כרוכה בהגבלה אינהרנטית של חופש הבחירה העתידי, בהטילה על ההורה תובה החובקת את מרבית מישורי החיים (683 ה).
- ב (8) הסכמה בין בני-זוג נשואים לתהליך ההפריה לקראת הורות אינה מתמצית במסירת המטען הגנטי המסתיים עם ההפריה. שני השלבים המכריעים בתהליך ההפריה הם: האחד, הפריה חוץ-גופית של ביציות האישה בורעו של הגבר; השני, השתלתן בגוף אם פונדקאית. שני השלבים שונים במהותם ומבוצעים במרחק זמן זה מזה. שני בני הזוג שותפים לתהליך על כל שלביו, ואין לראותם כמי שסיימו את תרומת חלקם עם מסירת המטען הגנטי (684 ג-ד).
- ג (9) אין להתייחס להבאת ילד לעולם ללא הסכמת האב כאל נטל כלכלי גרידא שניתן להיפטר ממנו - מה עוד שלפי החוק לא ניתן להיפטר ממנו (684 ד-ה).
- ד (10) ממעמדה המיוחד של ההורות במישור זכויות היסוד של הפרט וממטען המחויבויות הכרוכות בה, נגזר העיקרון של מניעת כפייתן של הורות על מי שאיננו רוצה בה (684 ו).
- ה (11) ההכרה בצורך בהסכמה הנמשכת להביא ילד לעולם יוצרת שוויון, שהוא ערך יסוד (684 ז-י).
- ו (12) רק כאשר נכנס לתמונה גורם שלישי, כמו זכות האישה על גופה, שהיא בעלת ערך גובר, נסוגה מפניו הזכות שלא להיות הורה (685 א).
- ז (13) ניתן לסווג את ההסכמות שבין בני-זוג נשואים להסכמה כללית, עיקרית ומרכזית, שהיא הסכמה לחיים משותפים כבני-זוג, ולהסכמות תכליתיות להשגת מטרה ספציפית במסגרת חיי הנישואין, שהחשובה שבהן היא ההסכמה להביא ילדים לעולם. כאשר קיימת הסכמה עיקרית לקשר זוגי, כל החלטה בעלת משמעות מהותית לשני הצדדים לקשר הזוגי, הנגזרת מאותו קשר, איננה יכולה להתקבל על-ידי אחד השותפים. הסכמה בין בני-זוג נשואים לתהליך המוביל להורות, שהיא החשובה שבהסכמות התכליתיות, מחייבת שתחילתו של התהליך יהיה בהסכמה והמשכו יהיה בהסכמה (685 ד-ו).
- ח (14) בנסיבות דנן, אין מדובר בחוזה רגיל אלא בהסכם מיוחד במינו. אין הוא נכנס לגדר החוזים "המושלמים". מאחר שיש בו מרכיבים הסכמיים, ניתן לסווגו בין החוזים "הרופפים". לפיכך, גם המשטר המשפטי החל עליו לא יהיה משטרם של דיני החוזים באופן דווקני וצר (686 ז-687 א).
- ט (15) ההסכם בין הצדדים הוא הסכם מיוחד הבנוי על אדני חיי נישואים תקינים. הוא צופה פני עתיד משותף, כשלתוך התא המשפחתי ייוולד ילד שהשניים רוצים בו. הוא איננו ניתן לאכיפה ואיננו ראוי להיאכף בהיעדר רצון משותף של השניים לאורך התהליך (687 ה-ו).
- י (16) המשפט מכיר בזכות החזרה של מי שנתן הסכמתו בנסיבות שונות מאלה שבהן על ההסכמה להתממש (688 ד).
- יא (17) הן מהבחינה העובדתית והן מהבחינה המשפטית, לא הייתה מצד המשיב 1 הסכמה קל וחומר הסכמה מודעת, להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי (688 ו).

(18) ציפייתה של העותרת שתוכל להביא לעולם את ילדו של המשיב 1, עליאף התנגדותו ובניגוד לרצונו ולא לתוך תא משפחתי משותף עמו, היא בגדר משאלה ולא בגדר זכות הניתנת לאכיפה (689 א).

(19) ההסכמה מאבדת ממשמעותה רק כאשר בוצעה ההשתלה של הביציות המופרות בגוף אישה. או אז נכנס לתמונה גופה של האם הנושאת - ובו אין להתערב ללא הסכמתה (690 ב-ג).

(20) חברה שבה זכאי הפרט לתכנן את המשפחה ואת ההולדה, חברה שאינה מחויבת ליצור חיים, אף לא כצו מוסרי (למעט כצו דתי), איננה יכולה לכפות על אדם ליצור חיים בעל-כורחו בשם הזכות לחיים. יצירת חיים מהווה נושא נבדל לחלוטין משימור חיים קיימים (693 ד-ה).

(21) לצדק פנים רבות ותכנים רבים: חברתי, אישי, פוליטי, מדיני, כלכלי, משפטי ועוד. יש הרואים בצדק האנושי ניסיון לחקות את הצדק האלוהי; יש הרואים בשוויון את התמצותו של הצדק; ויש הרואים עשיית משפט צדק בשמירה על כללים המסתופפים תחת קורת גגם של "כללי הצדק הטבעי" (694 ג-ד).

ט. (דעת מיעוט - השופט ת' אור): (1) הצדדים התכוונו בהסכמתם בדבר ההפריה ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי. ההסכמה שביניהם לא נשארה בדל"ת אמותיהם. עם זאת, הסכמה זו אינה הסכמה חוזית רגילה (764 א-ב).

(2) בהיעדר ראיות ישירות על תוכן ההסכמה ונוכח אי-העלאתה על הכתב, על בית המשפט לנסות ולחליץ את תוכנה של ההסכמה מנסיבות העניין. על פעולה פרשנית זו יחולו הכללים היסודיים החלים על פרשנות חוזים (764 ג-ד).

(3) בהתחקות אחרי אומד דעתם של בני הזוג, יש לנסות ולאתר את התכלית ההסכמית המשותפת ולגזור ממנה את תוכן ההסכמה. תכלית הסכמית משותפת זו נגזרת, בין השאר, ממהותו של העניין נושא ההסכמה, מטיב ההסכמה ומאופייה. על תוכן ההסכמה ניתן ללמוד גם מהתנהגותם של הצדדים לאחר גיבוש ההסכמה (764 ד-765 א).

(4) מנסיבותיו של המקרה דגן עולה, כי אומד דעת הצדדים, כצדדים סבירים, הוא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימושו של תהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמה זו היא הסכמת מסגרת. היא מבוססת על הנחת היסוד של התמשכות הקשר הזוגי בין הצדדים. הסכמה זו אינה כוללת הסכמה מראש לכל שלביו ותגיו של תהליך ההפריה. זו הסכמה המבוססת על ידיעה והבנה שבכל שלב עתידי של תהליך ההפריה החוץ-גופית יידרשו הסכמה ופעולה משותפת של שני בני הזוג. על-פי הסכמה זו, כל אחד מבני הזוג יודע ומקבל על עצמו שהמשך התהליך מותנה בהסכמה נמשכת של שני בני הזוג להמשיך בתהליך על כל שלביו (765 ב-ד).

(5) אי-נכונות המשיב 1 להמשיך בתהליך ההפריה החוץ-גופית אינה נגועה בחוסר תום-לב. הואיל והתהליך כולו מושתת על המערכת הזוגית בין צדדים, משנפגעה המערכת הזוגית ביניהם, ולמעשה זו כבר אינה קיימת, אי-נכונותו של המשיב 1 להמשיך בתהליך מובנת מאליה, על-פי מהות הסכמה שבין השניים (771 ג).

י. (דעת מיעוט - השופט י' זמיר): (1) כבודו של הצדק במקומו מונח, אך הוא הייב להיות מונח על תשתית של דין (773 א).

- א (2) אפשר שלא יהיו דין, חוק או הלכה, שייתנו תשובה מפורשת לעניין הנדון בבית המשפט. אך גם במצב כזה אין בית המשפט עומד תוהו ובוהו אל מול חלל נורמטיבי. אולם המשפט מלא נורמות משפטיות. גם אם אין נורמה מפורשת שתחול על העניין הנדון, ודאי יש נורמה משתמעת. בית המשפט חייב לחפש את דרכו כדי להגיע אל נורמה זאת, ואם יש צורך בכך, להתאים אותה או לפתח אותה לפי הנדרש. תורת המשפט מנחה אותו בדרכו ונותנת בידו כלים כדי להגיע אל הדין, ואף לפתח את הדין מתוך הדין (774 ג-ד).
- ב (3) דרך המלך מותווית על-ידי חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980. בדרך זו שומה על בית המשפט ללכת, מן החקיקה אל ההלכה, ואם לא מצא תשובה לא בזאת ולא בזאת, לעבור אל ההיקש, ואם אף שם לא נמצאה לו תשובה, להגיע אל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. מבחינה מעשית, ואולי אף מבחינה עיונית, אין להעלות על הדעת שלא תימצא לבית המשפט נורמה משפטית לאורך כל הדרך הזאת. מכל מקום, אין בית המשפט רשאי לומר, לפני שעשה דרך זאת לכל אורכה, כי אין בעניין הנדון נורמה משפטית ולפיכך הוא רשאי לפסוק באותו עניין לפי הצדק (774 ד-ז).
- ג (4) תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ו-1987, שהסדירו את הליך ההפריה במקרה דנן, דורשות הסכמה מודעת ומפורשת של הבעל לכל שלב ושלב בתהליך, ובכלל זה הסכמה להשתלה (777 א-ב).
- ד (5) המדיניות שמוצאת ביטוי בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) היא, שנדרשת הסכמה מפורשת ומודעת של הבעל להשתלה, לרבות הזוהות של הפונדקאית (779 ה).
- ה (6) בית המשפט שואף ליצור הרמוניה במערכת המשפט. הפרשנות משתדלת למנוע סתירה בין חוק לחוק או בין חוק לתקנה. לפיכך, אם החוק החדש מצריך הסכמה של הבעל להשתלה, אין זה רצוי לפרש את התקנות (או לפתח את המשפט) באופן הפוסט מן הצורך בהסכמת הבעל (779 ה-ו).
- ו (7) הצורך בהסכמה של המשיב 1 לביצוע ההשתלה נובע לא רק מן התקנות אלא גם מן המשפט הפרטי. כל אחד מהצדדים נתן מעצמו לבית החולים ליצירת הביציות המופרות, ועליכן אין הוא רשאי למסור את הביציות לאחר נגד רצון השני (780 ג-ד).
- ז (8) הזכות להיות הורה היא זכות יסוד. זכות זו לפי טיבה היא חירות, כלומר זכות שלילית. לכן, הזכות להיות הורה אינה מספיקה כדי לבסס בבית-משפט תביעה של אישה נגד בעלה, או נגד איש אחר, שיעשה מעשה כדי להוציא את הזכות מן הכוח אל הפועל. בית המשפט רשאי לחייב איש מסוים לעשות מעשה לצורך מימוש ההורות של אישה מסוימת רק אם מוטלת חובה על אותו איש כלפי אותה אישה: חובה מכוח חוק, מכוח הסכם או מכוח מקור משפטי אחר (780 ו-781 א).
- ח (9) ההסכם שנערך בין הצדדים הוא הסכם משפטי. להסכם זה יש תוצאה משפטית במישור היחסים שבין בני הווג לבין בית החולים, וכן במישור היחסים שבין בני הווג לבין עצמם (781 ה-ז).
- ט (10) השאלה אם הסכמה לתהליך של הפריה חוץ-גופית, לפי תקנות בריאות העם (הפריה

חוץ-גופית), כוללת גם הסכמה להשתלה, תלויה בנסיבות המקרה, לרבות לשון ההסכמה. במקרה הרגיל אפשר להניח כי הסכמה של בעל להפריה חוץ-גופית מתייחסת לכל הפעולות הכרוכות בהפריה, לרבות ההשתלה, שהרי זו תכלית ההפריה. עם זאת, גם הסכמה לכל התהליך יכולה להיות מסויגת. הסייג הוא שההסכמה מותנית בכך שבני הזוג ימשיכו לחיות במסגרת משפחה אחת. אם לעומת זאת יתהפך הגלגל והמשפחה תתפרק, תפקע ההסכמה מאליה (782 ז-783 ב).

(11) תנאי כזה יכול להיקבע בהסכם בלשון מפורשת ויכול להיות משתמע. כדי לקבוע אם קיים תנאי משתמע, צריך לפרש את ההסכם. הפירוש צריך להיעשות, בהתאם לסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתקפת מן ההסכם שביניהם, ואם אינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות. במקרה דנן, אין להסיק הסכמה מצד המשיב 1 להמשיך התהליך במקרה של פירוד (783 ב-ו).

(12) בדרך כלל ההשתק משמש לצורך הגנה ולא לצורך תביעה; מגן ולא חרב. אך ההשתק התפתח במדינות אחרות, כך שאפשר להשתמש בו, גם אם הדבר נדיר, אף כעילת תביעה, וייתכן שכך אפשר גם במשפט הארץ (784 ו).

(13) טענת ההשתק מתבססת על מצג. מי שטוען להשתק חייב להוכיח כי היה מצג של אחר, כי הוא סמך באופן סביר על המצג, כי הוא עשה מעשה על יסוד אותו מצג וכתוצאה שינה את מצבו לרעה. במקרה דנן, לא הייתה הסכמה מצד המשיב 1 להמשיך התהליך במקרה של פירוד ולא היה מצג כזה מצדו. כמו כן לא הייתה הסתמכות של העותרת (785 א-ג).

(14) בית המשפט חייב לשקול את הצדק בכל מקרה ומקרה. אך הוא חייב לשקול את הצדק, כביכול, במאזניים של משפט. רק כך ניתן לעשות משפט צדק (786 ג-ד).

(15) יש להבחין בין צדק כללי לבין צדק אישי. הצדק הכללי אומר כי אפשר שפירוש או יישום של כלל משפטי מסוים בדרך מסוימת לא יוביל לתוצאה צודקת בסוג של מקרים, ולכן יש להעדיף פירוש או יישום בדרך אחרת. ואילו הצדק האישי אומר כי הפירוש או היישום של הכלל המשפטי בדרך מסוימת יגרום אי-צדק בנסיבות המיוחדות של מקרה מסוים, ולכן יש לבחור בדרך אחרת. אולם הצדק הכללי והצדק האישי לא הולכים בהכרח באותה דרך. אפשר שהדרך המובילה אל הצדק הכללי תגרום אי-צדק במקרה האישי. ולהפך. אין זה ראוי שבית המשפט יעשה צדק במקרה הקונקרטי שלפניו לפני שהוא בדק וקבע מה דורש הצדק הכללי באותו מקרה. רק לאחר מכן בית המשפט יכול וצריך לשקול את הצדק האישי, הוא הצדק של אותו אדם שבית המשפט נדר להחליט בעניינו, כנגד הצדק הכללי, הוא הצדק של רבים אחרים העשויים להיות מושפעים מהחלטת בית המשפט (786 ה-ו).

(16) בניסיון להגיע אל הצדק הכללי יש לקחת בחשבון את ערכי החברה, לרבות ערכים שמחוץ למשפט. הצדק הוא אחר הערכים, ודרושה הרמוניה בין כל הערכים. בין הערכים יש לציין את העיקרון שהולדת ילדים היא עניין לאוטונומיה של בני הזוג. הם, ולא אחרים, צריכים לפעול בתחום זה מתוך הסכמה ומתוך שוויון. ויש בכך טעם למנוע כפיית הרצון של בני-זוג אחד על בני-זוג אחר, או העדפת הרצון של האחד על הרצון של האחר, באמצעות גורם ממלכתי (787 א-ב).

- יא. (דעת מיעוט - הנשיא א' ברק): (1) כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות - כל עוד הן מחוץ לגופה של אישה - צריכות להתקבל על-פי הסכמה משותפת של בני הזוג. בהיעדר הסכמה משותפת, אין כל אפשרות להמשיך. בשלבי ההפריה התוך-גופית (789 ד).
- א (2) הורות היא מעמד יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. הורות כרוכה בחובות ובזכויות. היא בנויה על שותפות. היא נשענת על אהבה וכיבוד הדדי. כאשר השותפות נעלמת, כאשר הפירוד מתרחש, וכאשר האהבה והכיבוד ההדדי נעלמים, נשמט הבסיס האחד והיחיד המאפשר החלטות בעניין הביציות המופרות. אין כל אפשרות להפריד בין תהילתו של התהליך להמשכו. כל שלב משלביו - עד כמה שהוא נעשה מחוץ לגופה של האישה - חייב להתקבל בהסכמת שני הצדדים (789 ה-ו).
- ב (3) מנקודת המבט החוקתית, מוכרת החירות החוקתית להיות הורה או שלא להיות הורה. חירות זו נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות. מהירות החוקתית של העותרת להיות אם לא נגזרת כלל וכותה החוקתית להיות אם ילדו של המשיב 1. על-כן, אין מדובר בהתנגשות בין החירות להיות הורה ובין החירות שלא להיות הורה (789 א).
- ג (4) ביסוד ההסכמה בין הצדדים - בין שבית המשפט יראה בה חוזה ובין שיראה בה הסכם שאינו חוזה, ובין שיראה בה קניין משותף ובין שיראה בה "תופעת משפט" מיוחדת במינה - מונחת הנחת היסוד של החיים המשותפים. משנשמט בסיס זה, נשמט היסוד שעליו בנוי היחס בין הצדדים (790 ג-ד).
- ד (5) אילו אחד הצדדים היה מוותר מראש על הצורך בהסכמתו שלו בכל שלבי התהליך, היה בוודאי זה פגיעה בתקנת הציבור. תקנת הציבור דורשת כי תהליך ההפריה - שהוא תהליך ייחודי ואינטימי, ואשר פריו הסופי הוא ילדם המשותף של הצדדים - ייוולד רק מתוך הסכמה משותפת לכל אורך הדרך (790 ה-ו).
- ה (6) הצורך בהסכמה של כל אחד מבני הזוג בכל שלב נגזר מדרישת הצדק. הצדק משמעותו בהקשר דנן הגשמת ההורות המשותפת. הצדק הוא השוויון, והשוויון הוא במתן כוח הכרעה משותף לשני הצדדים (790 ז-791 ב).
- ו (7) על-פי הדין נדרשת הסכמה נמשכת של כל אחד מהצדדים לתהליך ההפריה. אי-הסכמה של אחד הצדדים מונעת המשך התהליך. עם זאת, אי-הסכמה - ככל פעולה משפטית - צריכה להיעשות בתום-לב. בית המשפט רשאי לקבוע כי ניתנה הסכמה מקום שאי ההסכמה אינם בתום-לב (791 ז-792 א).
- ז (8) תום-לב הוא מושג ערכי-אובייקטיבי. הוא נבחן על-פי הערכים המתנגשים בנסיבות העניין. אימתן הסכמה משום כך שרגש האהבה, הרעות, הכבוד ההדדי, השיתוף והאחווה נעלמו, אינו כשלעצמו חוסר תום-לב (792 א-ד).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- א [1] ע"פ 95/51, 99 פודמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 341.
- [2] ע"א 451/88 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (1) 330.
- [3] ע"א 614/76, 625 פלמונית ואח' נ' אלמוני, אלמוני נ' פלמונית ואח', פ"ד לא (3) 85.
- [4] ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, קטיין, ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מח (3) 857.

- [5] ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לה (1) 461.
- [6] על"ע 663/90, 691, 5154/91 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז (3) 397.
- [7] בג"צ 4267/93, 4287, 4634 אמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטהור המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז (5) 441.
- [8] ע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב (3) 421.
- [9] ע"א 413/80 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה (3) 57.
- [10] ע"א 623/80 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה (2) 72.
- [11] בג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל ואח', פ"ד לו (2) 1.
- [12] ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח (2) 89.
- [13] ע"א 461/62 ציס חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר, פ"ד יז 1319.
- [14] רע"א 4298/92 יחזקאל עורא ואח' נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז (5) 94.
- [15] ע"א 518/82, 540 זייצוב ואח' נ' שאול כץ ואח'; שאול כץ ואח' נ' זייצוב ואח', פ"ד מ (2) 85.
- [16] ע"א 398/65 רימון ואח' נ' הנאמן לנכסי שפטלס, פושט-רגל ואח', פ"ד כ (1) 401.
- [17] ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג (3) 840.
- [18] ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לה (3) 197.
- [19] בג"צ 200/83 וותאד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לה (3) 113.
- [20] בג"צ 4712/96 סיעת מרצ - ישראל הדמוקרטית - רצ, מפ"ם, שינוי ואח' נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח', פ"ד ב (2) 822.
- [21] ע"א 499/81 עודה נ' חדורי, פ"ד לה (4) 729.
- [22] ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 87.
- [23] בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שרה-פניס, פ"ד ז 871.
- [24] בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לה (2) 393.
- [25] בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה, ואח' נ' מפקד משרת מרחב ירושלים, פ"ד לה (2) 449.
- [26] ב"ש 298/86, 368 ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב ואח', פ"ד מא (2) 337.
- [27] ע"א 496/88 הנפלד נ' אגודת ספורט רמת השרון ואח', פ"ד מב (3) 717.
- [28] בג"צ 1601/90 - 1604; בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח', פ"ד מד (3) 353.
- [29] בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד (4) 626.
- [30] בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור תבל עזה ואח', פ"ד מז (2) 843.
- [31] ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (5) 189.

- [32] ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221.
- [33] בג"צ 753/87 בורשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מב (4) 462.
- א [34] בג"צ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749.
- [35] ע"א 154/80 בורכרד ליינס לימימד לונזון נ' הידובטון בע"מ, פ"ד לה (2) 213.
- [36] ע"א 554/83 "אתא" חברה למכסטייל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב יצחק ד"ל ואח', פ"ד מא (1) 282.
- [37] ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סוזף" חברה ישראלית לעבודות פתוח בע"מ, פ"ד מ (3) 235.
- ב [38] בג"צ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה, דינים לו 823.
- [39] בג"צ 932/91 קרן הגימלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מז (2) 430.
- [40] ע"א 4956/90 פוגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ ואח', פ"ד מו (4) 35.
- ג [41] ע"א 248/86 עיזבון לילי חננשוילי ד"ל ע"י יורשיה גבי ואילנה חננשוילי - קטינים ואח' נ' רותם חברה לביטוח בע"מ ואח', וערעור שכנגד, פ"ד מה (2) 529.
- [42] ע"א 840/75 קרן קיימת לישראל נ' תבל ואח', פ"ד ל (3) 540.
- [43] ע"א 555/71 אמטרדמר נ' מוסקוביץ ואח', פ"ד כו (1) 793.
- [44] בג"צ 5087/94 - לא פורסם.

ד

פסקי-דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [45] ת"א (ת"א) 3021/84 *Apple Computer Inc.* נ' נירקוב טכנולוגיות בע"מ, פ"מ תשמ"ז 397 (1).

ה

פסקי-דין אוסטרליים שאוזכרו:

- [46] *Mount Isa Mines Ltd. v. Pusey* (1970) 125 C. L. R. 383.

פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [47] *Davis v. Davis* Tenn. App. Lexis 642 (1990); 842 S. W. 2d 588 (1992).
- [48] *Griswold v. Connecticut* 85 S. Ct. 1678 (1965).
- [49] *Eisenstadt v. Baird* 92 S. Ct. 1029; 405 U. S. 438 (1972).
- [50] *K. S. v. G. S.* 440 A. 2d 64 (1981).
- [51] *Kass v. Kass* W L 110368 (1995).
- ז [52] *Skinner v. Oklahoma* 316 U. S. 535 (1942).
- [53] *Roe v. Wade* 410 U. S. 113 (1973).
- [54] *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* 428 U. S. 52 (1976).
- [55] *Lochner v. New York* 25 S.Ct. 539 (1905).
- [56] *In re Baby M* 525 A. 2d 1128 (1987).

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

[57] *Layton v. Martin* [1986] 2 F. L. R. 227 (Ch.).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

- א
- [א] רמב"ם, אישות, טו, הלכות ב, ה.
 [ב] טור, אה"ע, א.
 [ג] שו"ע, אה"ע, א, א; קנר, ד.
 [ד] משנה, יבמות, ו, ו.
 ב
- [ה] אנציקלופדיה הלכתית רפואית, עורך ד"ר א' שטיינברג, כרך ב, ערך "הפרייה חוץ-גופית", עמ' 115, כרך ד, תשובת ר"ש ישראלי, עמ' כח, מא.
 [ו] תשובת הר"ש שלוש, "הפריה ברחם פונקדאית", אורחות, בטאון המועצה הרתית חיפה, מס' 39, עמ' 31.
 ג
- [ז] דברים, ד, מב; טו, כ; יט, ב-ה.
 [ח] בראשית, א, כח; ל, א.
 [ט] בראשית רבה (וילנא), עא, ט.
 [י] ירמיה, כב, י.
 [יא] מו"ק, כז, ב.
 [יב] משנה, גטין, ד, ה.
 ד
- [יג] יבמות, סג, ב; סה, ב.
 [יד] ברכות, ג, ב; י, א.
 [טו] מלכים ב, כ, ב.
 [טז] טור, חו"מ, א.
 [יז] שבת, י, א.
 ה
- [יח] דרישה, טור, חו"מ, א, ס"ק ב.
 [יט] נדרים, סד, ב.
 [כ] מכות, י, א.
 [כא] רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ז, א.
 [כב] שמואל א, א, כז.
 [כג] שמואל ב, יט, א.
 ו

דיון נוסף בעניין שפסק בו בית המשפט העליון בתמישה (המשנה לנשיא א' ברק והשופטים ד' לוי, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן, צ' א' טל) מיום 30.3.95 בע"א 5587/93* העתירה נתקבלה ברוב דעות נגד דעתם החולקת של הנשיא א' ברק והשופטים ת' אור, י' זמיר, ט' שטרסברג-כהן.

ז' גרובר - בשם העותרת;

ד' הריאבן - בשם המשיב 1.

* פ"ד מט (1) 485.

פסק-דין

א השופטת ט' שטרסברג-כהן: פתח דבר

1. פרשת נחמני שגדונה בערעור (ע"א 5587/93) (להלן – פסק הדין שלערעור) עומדת לפנינו לדיון נוסף. לצורך הדיון תובאנה העובדות בתמצית:

ב לאחר מספר שנות נישואין חשוכי ילדים ולאחר שרותי נחמני עברה ניתוח שבעקבותיו איבדה את יכולתה להרות היריון טבעי, החליטו בני הזוג נחמני להביא ילד לעולם בהפריה חוץ-גופית. ביציות שהוצאו מגופה של רותי הופרו בזרעו של דני והוקפאו בבית החולים. בני הזוג התקשרו עם מוסד בארצות-הברית לשם איתור פונדקאית שתישא את ילדם, אלא שקורם שהגיע התהליך לשלב זה, עזב דני נחמני את הבית, הקים משפחה חדשה והוליד בת, בעודנו נשוי לרותי המסרבת להתגרש. רותי פנתה לבית החולים וביקשה לקבל לרשותה את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך, ומשורבה פנתה בתביעה לבית המשפט המחוזי בחיפה, וזה נענה לה¹. בית-משפט זה קיבל את ערעורו של דני נחמני ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט טל, ומכאן הדיון הנוסף.

2. המטען הרגשי הערכי והנורמאטיבי שנושאת עמה סוגיה זו מביא באופן טבעי לכך שאין תמימות דעים בקשר אליה. חילוקי דעות בסוגיה כה בעייתית הם צפויים ולגיטימיים ומוצאים ביטוי בפסק הדין שלערעור ובפסק-דין זה (וכן ראה: ח' גנו, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 83; ד"ר א' מרמור, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 433; ח' גנו, "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453). לבעיה שלפנינו קיימים שני פתרונות קוטביים. עלינו לבחור את הפתרון העולה בקנה אחד עם הדין ועם עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, והמעוגן בערכים ובנורמות של חברתנו.

בחינת הסוגיה שלפנינו מחדש נעשתה על-ידי בלב פתוח ובנפש חפצה. עיינתי שנית בפסק הדין שלערעור, בחוות הדעת של חבריי להליך זה ובדברי מלומדים שפורסמו לאחר מתן פסק הדין. שקלתי ובדקתי מחדש את עמדותי הקודמת, בחנתיה אל מול העמדה הנוגדת, ובסופו של מסע, אינני מוצאת לשנותה.

על מהותה, חידושה וקשיותה של הסוגיה שלפנינו הרחבתי בפסק הדין שלערעור ולא אחזור. עם זאת, ראוי הוא שהדברים שהובאו שם בהרחבה, יובאו כאן באיזכור, תוך הוספת הבהרות לעמדתי, שתהויינה חלק אינטגרלי מדבריי בפסק הדין שלערעור. יש לראות את שתי חוות הדעת כמקשה אחת.

* ש.ס.

** ה"פ (חי) 599/92 נחמני נ' נחמני ואח', פ"מ תשנ"ד (1) 142.

בחוות הדעת הראשונה נבדקה ונותחה הסוגיה מכל זווית אפשרית. נקבע בה, לאחר בדיקת זכויות היסוד של הפרט וניתוחן, כי אין לבני-זוג זכות המחייבת, מנגד, כפיית מעמד הורות על בן הזוג "הסרבן". נקבע, כי בתחומי המשפט הפרטי לגווניו לא קמה עילה, מכוח דין, חוק או הלכה, להענקת המטען הגנטי המשותף לאחד מבני הזוג ללא הסכמת האחר. נקבע, כי לביציות המופרות - שמצבן הוא פרה-עוברי, אין "זכות" עצמאית לחיים ואין להן מעמד המקנה למי שרוצה בהמשך התהליך עדיפות על פני מי שאינו רוצה בו. הובא משפט השוואתי המצביע על כך כי רוב רובן של מדינות העולם המערבי הנאור דורשות - בין בחקיקה, בין בהמלצות של ועדות שישבו על המדוכה - את הסכמת שני בני הזוג לכל שלב משלבי התהליך, לרבות שלב ההשתלה, וכי בלא הסכמת השניים לא ניתן להמשיך בו. כך עולה גם מתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), תשמ"ז-1987, וכך הומלץ גם עליידי הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (1994), שעם חבריה נמנו מומחים ידועי שם מתחומים שונים הרלוואנטים לנושא. כך עולה גם מחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 שהתקבל לאחרונה.

התערבות בית המשפט

3. נטען כנגד פסק הדין שלערעור כי יש בו משום הימנעות מהתערבות ומנקיטת עמדה וכי תוצאתו מקרית לפי מעמד המתדיין וכי יש בו מתן יתרון לחוק. אין בסיס לטענות אלה. אף אני בדעה כי אין להירתע מפני התערבות המשפט גם במקרים הדורשים הכרעות ערכיות נורמטיביות ואף בתחומים שהרגש שולט בהם, ואכן, כך נעשה בפסק הדין שלערעור. אין בו הימנעות מנקיטת עמדה או אי-התערבות שיפוטית כגירסת ד"ר ד' ברק-ארו ("על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו-נ"ז) 197). יש בו נקיטת עמדה המתבטאת בהימנעות מלכפות על אדם הורות. זוהי התערבות ערכית נורמטיבית ומשפטית. אין זו הימנעות מהכרעה. זוהי הכרעה תוך נטילת אחריות. תוצאת פסק הדין שלערעור איננה מקרית לפי מעמד המתדיין כתובע או כנתבע (כטענתה של ד"ר ברק-ארו, שם). התוצאה הייתה זהה אילו הוגשה תביעה עליידי דני נחמני לצו-מניעה המונע מסירת הביציות לידי רותי נחמני או אילו הייתה התביעה מוגשת עליידי המוסד שבו מאוחסנות הביציות, לאור שתי דרישות נוגדות המופנות אליו. אין פסק הדין גותן לגיטימציה ל"כל דאלים גבר", אלא יש בו יישום הדין במובנו הרחב, באופן הנותן ביטוי למדיניות משפטית המותווית עליידי עקרונות ונורמות היסוד של שיטתנו המשפטית, המכירה בזכויות היסוד של הפרט, בחופש הבחירה שלו ובהימנעות מלכפות עליו סטטוס שהוא איננו מסכים לקבל על עצמו.

אכן, אין אנו נקראים לפרש חוק מסוים ואין אנו נדרשים ליישם חוק כזה. גם במקרה זה, כבאחרים, נקראים אנו להכריע בסוגיות שאינן מסודרות עליידי חוק מיוחד. עלינו לקבוע נורמה משפטית בעלת משמעות ערכית. בעשותנו כן, אין אנו מצויים בחלל ריק. לרשותנו עומד עולמו העשיר של הדין הקיים על כל ענפיו המשליכים על הסוגיה הנדונה.

המקרה כחריג

4. המקרה שלפנינו הינו חריג בהיותו ראשון ויחיד להתדיינות משפטית. אולם אין הוא חריג בסיטואציה שבפניה הוא מעמידנו. במה דברים אמורים? ככל שהמדע פותח לפנינו אפשרויות חדשות שלא ידענו, וככל שיותר ויותר בני-זוג משתמשים וישתמשו בהפריה חוץ-גופית, כך תקבל הבעיה שלפנינו חשיבות כללית הולכת וגדלה. סכסוך ופרידה בין בני-זוג, הם - למרבית הצער - חיווין נפרץ במקומותינו. כל מקום שבו יתגלע סכסוך בין בני-זוג בהקשר לשימוש בביציות שהופרו, יתרחש הוא בין בני-זוג שדרכם נפרדה ושאהד מהם אינו מסכים להמשיך בתהליך. על כל אלה תשליך ההלכה היוצאת מלפני בית-משפט זה, והשאלה אם נדרשת הסכמת כל אחד מבני הזוג לכל שלב משלבי ההפריה החוץ-גופית עד להשתלה ברחם אישה, צריכה לקבל תשובה עקרונית ברורה. כך גם השאלה אם יש לכפות על בני-זוג "סרבן" המשך התהליך המוביל להורות בעל כורחו. מעגל השלכותיהן של קביעותינו בעניין שלפנינו עשוי להתפרס אל מעבר לגבולות המקרה ולהשליך על כל תחום שבו עומדות לפרט זכויות שאין חובה מולן ובו דרושה הסכמת המעורבים לשם השגת יעד משותף.

כפי שאמרתי בפסק הדין שלערעור, שיוותי לנגד עיניי לכל אורך הדרך את כמיהתה של רותי נחמני לאימהות, את צערה ואת תסכולה עקב אי-הגשמתה, ואת היעדר סיכוייה להיות אם ביולוגית. אלא שלא רק המקרה הפרטני צריך לעמוד לנגד עינינו, ואין די באהדה ובהבנה למשאלת לבה של רותי נחמני כדי להוליד תרופה משפטית לבעייתה. לא ניתן להכריע בסוגיה זו על-פי משאלות לב מי מהצדדים, אלא על-פי זכויותיהם וחובותיהם האחד כלפי רעהו, ואלה מעוגנות בשיטתנו המשפטית ומקבלות תשובה מתוכה.

הוכחות להורות

5. דומה כי אין מי שיחלוק על מעמדה והשיבותה המרכזית של ההורות בחיי הפרט והחברה. אלה הם מושכלות ראשונים בתרבות האנושית לדורותיה. החברה האנושית קיימת בזכות ההולדה. מימוש היצר הטבעי של פרייה ורבייה הוא מצווה דתית מן התורה (ראה: רמב"ם, אישות, טו, ב [א]; טור, אה"ע, א, א [ב]; שו"ע, אה"ע, א, א [ג]; ח' ה' כהן, המשפט (מוסד ביאליק, תשנ"ב) 579, 580). זהו צורך בסיסי להבטחת המשכיות החברה ולהגשמה עצמית של הפרט. חשיבות ההורות ומעמדה כזכות יסוד בסיסית חוקתית מצאה ביטוי בפסיקה האמריקנית; ראה *The Ethics of Reproductive Technology* (New York, Oxford, ed. by K. D. Alpern, 1992) 252 ופסקי הדין הנזכרים שם. אשר למעמדה של זכות זו, אמר בית המשפט לערעורים של מדינת טנסי בפסק הדין *Davis v. Davis* (1990) [47], at* 4-5:

"The United States Supreme Court in *Skinner v. Oklahoma*... recognized (that 'ש' כ' - that) the right to procreate is one of a citizen's 'basic civil rights'. Conversely, the court has clearly held that an individual has a right to prevent procreation. 'The decision whether to bear or beget a

child is a constitutionally protected choice'. Carey v. Population Serv. Int'l. ... Eisenstadt v. Baird ... see Griswold v. Connecticut ... Matter of Romero...".

א

לא על חשיבות ההורות ועל מעמדה של הזכות להיות הורה חלוקות הרעות. לא זו השאלה העומדת על הפרק. במישור העקרוני, השאלה שעל הפרק היא, האם, בגלל מעמדה רב החשיבות של ההורות, ניתן לכפות הורות על מי שאינו רוצה בה, ולגייס את מנגנון מערכת המשפט להשגת כפייה זו? על-מנת להשיב על שאלה זו נדרש - ראשית לכול - סיווג הנכון של ההורות כערך, ביחסים שבין ההורים הפוטנציאליים.

ב

סיווג של זכויות

6. סיווג של נורמות המסדירות פעילות במערכות יחסים בין אדם לחברו העסיק לא מעט חכמי משפט ומלומדים בתחומים שונים. המלומד Dias מטפל בהרחבה בסיווג של מה שקרוי באופן כוללני "זכויות" ומצביע על חוסר הבהירות השורר בנושא זה ועל ההבחנות שאלהן הגיעו מלומדים, בהדרגה.

ג

"Claims, Liberties, Powers and Immunities are subsumed under the term 'rights' in ordinary speech, but for the sake of clarity and precision it is essential to appreciate that this word has undergone four shifts in meaning. They connote four different ideas concerning the activity or potential activity, of one person with reference to another" (R. W. M. Dias, *Jurisprudence* (London, 5th ed., 1985) 23).

ד

Dias מעלה רשימה של הוגי דעות ומשפטנים (Sir Edward Coke, Hobbes Bentham ואחרים) שתורמו לסיווג הרעיוני של "זכויות", וכן מזכיר הוא את המשפטן האמריקני Hofeld, שערך מחדש והשלים טבלה שנערכה על-ידי המלומד Salmond והכין טבלה הידועה כטבלת הופלד, המסווגת את התביעות, החירויות, הכוחות והחסינויות המכונים "זכויות", לפי מעמדם, מהותם והשלכותיהם (שם, בעמ' 23).

ה

בע"פ 99,95/51 פדמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי [1], מביא השופט אגרנט - לעניין סיווג של זכויות - תמצית של עקרונות אחרים שנשאבו - לדבריו - מתוך כתבי חוקרי משפט מוסמכים, שסיווג את הזכויות לזכויות שבצדן קיימות חובות (rights entailing legal obligations), ולזכויות החופש או ההיתרים שאין מולם חובות (legal liberties or legal privileges). הזכויות המשפטיות במובן הצר ביותר הן האינטרסים שעליהם מגן החוק על-ידי הטלת חובות בהקשר להם, על אחרים. לעומתן, הזכויות המשפטיות, במובן הרחב, כוללות גם אינטרסים מוכרים על-ידי המשפט אשר אין קיימת מולן חובה משפטית. אלה הן החירויות - liberties (ראה, J. Salmond, *On Jurisprudence* (London, 11th ed., by G. Williams, 1957) 269, 273). במקום בו לאדם יש זכות שהיא חופש או היתר, אין חובה מוטלת עליו כלפי המדינה או כלפי אחר להימנע מביצוע הפעולה, כשם שאין רובצת עליו חובה לבצע את הפעולה שהוא בן-חורין שלא לבצעה. אין בכוחה של

ו

ז

זכות שהיא חופש או חירות להטיל חובה על אחר ולדרוש ממנו עשיית פעולה שהוא חופשי שלא לעשותה.

- א "יש זכות לובשת צורה של 'חירות' או 'חופש': כי אז החובה שחבים לקיימה היא שלא להתערב ולא להפריע בשימוש בזכות" (ח' כהן, בספרו הו"ל, בעמ' 512).

ובעמ' 513:

- ב "זכויות-יסוד', או 'זכויות-אדם', או 'זכויות אזרחיות', הן זכויות שאדם זכאי להן מכוח המשפט, באשר הוא אדם. יש אומרים, כי זכויות אלה נולדו עמנו או שהן טבועות בנו; אבל יהא דבר זה כאשר יהא - ענייננו אינו, כאמור, בזכויות 'טבעיות' כי אם בזכויות משפטיות".

בהמשך, תיקרא החירות להורות - "זכות".

ג

סיווג הזכות להורות

7. הזכות להיות הורה היא, על-פי טיבה, מהותה ומאפייניה, זכות טבעית מולדת, טבועה באדם. זוהי חירות שאין מולה חובה משפטית, לא ביחסים שבין המדינה לאזרחיה ולא ביחסים שבין בני-זוג לבין עצמם. גם הזכות לאי-הורות היא חירות. זוהי זכותו של הפרט לשלוט בחייו ולתכננם. אמנם, אי-הורות כשלעצמה איננה הערך המוגן. הערך המוגן באי-הורות הוא החירות, הפרטיות, הבחירה החופשית, ההגשמה העצמית והזכות לקבל הכרעות אינטימיות ללא התערבות. אלה הם ערכי יסוד מוגנים בעלי חשיבות עליונה, שנגזרת מהן החירות שלא להיות הורה בכפייה (וראו גם: ע"א 451/88 פלוניס נ' מדינת ישראל [2], בעמ' 337; 295 (H. Fenwick, *Civil Liberties* (London, 1993)). התוצאה הנגזרת מתפיסת הבחירה החופשית כחירות היא, שכל אדם חופשי לבחור ולהחליט אם להיות הורה אם לאו, ושאדם הרוצה להיות הורה אינו יכול לכפות על אחר להופכו לכהן ולהפוך עצמו להורה, ושאינן המדינה זכאית לכפות על אדם הורות, לא באופן ישיר ולא באמצעות בתי המשפט. לפיכך, אין מקובלת עליי עמדתם של אלה המתייחסים לזכות שלא להיות הורה כאל זכות פחותת ערך אל מול הזכות להיות הורה.

- ז הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן שתי זכויות שעל-אף היותן שני צדי מטבע אחת, אין מאפייניהן זהים. כל אחת כשלעצמה נמצאת במסגרת חופש הפרט; ההבחנה בין שני מישורי הזכויות איננה בהיותן זכות חיובית אל מול זכות שלילית, אלא בהיות הזכות להורות משתייכת לקבוצת הזכויות המצריכות שיתוף פעולה של פרט אחר על-מנת להוציאה לפועל, ואילו הזכות לאי-הורות מצטמצמת לפרט עצמו (ראה גם, במאמרו הנ"ל). להבחנה זו השפעה על שאלת גבולות ההתערבות המשפטית הראויה.

אילו הייתה הזכות להיות הורה ממין הזכויות במובן הצר, שחובה מולן, לא היה צורך - במישור הרעיוני - בהסכמה מלכתחילה, שכן, משקמה חובה, כל שנותר לבדוק הוא מהו הסעד הראוי. מאחר שהזכות היא חירות שאין עומדת מולה חובה, אלא

עומדת מולה זכות נוגדת, ומאחר שלשם מימושה דרושים שניים, על הנוקק לשיתוף פעולה להשיג אותו מן האחר על-ידי קבלת הסכמתו לכל אורך הדרך.

הזכות להיות הורה מצריכה - במקרה של סירוב מצד בן הזוג - אקט שיפוטי פוזיטיבי כפייתי, ואילו הזכות שלא להיות הורה מחייבת שלא להתערב ולא להפריע בחירותו של מי שאינו מוכן לקבל על עצמו הורות. מאחר שלבן הזוג ה"סרבן" זכות שלא להיות הורה, אין להפעיל נגדו צו כפייתי כזה. הגשמת זכותו של הרוצה בהורות על-ידי הטלת חובה על מי שאינו רוצה בה נוגדת את מהותה של החירות ופוגעת בנשמת אפה.

איי-כפיית הורות

8. בתחום החירויות נמנע המשפט מלכפות על אדם לעשות את אשר איננו חייב לעשות, וזאת גם בהקשרים אחרים בתחום היחסים הבין-אישיים בין בני-אדם. לכל אדם זכות להינשא. עם זאת, אין חולק על כך שאדם שהבטיחו לו נישואין והפרו את ההבטחה, לא יקבל מבית-משפט סעד של אכיפת ההבטחה. לכל אדם הזכות להקים משפחה ולהוליד ילדים. עם זאת, אין מי שיחלוק על כך שהמדינה - באופן ישיר או באמצעות בית המשפט - לא תכפה על אדם להוליד ילדים אם אינו רוצה בכך, גם אם הבטיח לבן-זוגו לעשות כן, וגם אם בן הזוג סמך על כך ואולי אף בא בכרית הנישואין מתוך הסתמכות וציפייה שכך יהיה. ומדוע לא נעשה כן? לא רק משום שצו עשה אינו יכול לאלץ עשייה (אלא אולי בדרך של הליכי ביזיון בית-משפט עד ש"הסרבן" יתרצה), אלא משום הטעם העקרוני והנורמאטיבי לכך, שהוא, הימנעות המשפט מלגייס אמצעי כפייה להגשמת משאלות לבו של אחד מבני הזוג בניגוד לרצונו של האחר (*Griswold v. Connecticut* (1965) [48], at 1688-1689; *Eisenstadt v. Baird* (1972) [49], at 1038) שיפמן, "הורה בעל כורחו - מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח (תשמ"ח-מ"ט) 459.

9. ההימנעות מכפיית הורות על מי שאינו מוכן לקבלה על עצמו, מקבלת משנה תוקף לנוכח מהותה וכובד משקלה של ההורות. ההורות כרוכה בהגבלה אינהרנטית של חופש הבחירה העתידי, בהטילה על ההורה חובה החובקת את מרבית מישורי החיים. כניסתו של אדם לסטטוס של הורה כרוכה בשינוי משמעותי של זכויותיו וחובותיו. משהופך אדם הורה, מטיל עליו הדין חובה לדאוג לילדו. ולא בדאגה בעלמא עסקינן, כי אם בחובה להעמיד את טובת הילד בראש מעייניו. הורה אינו יכול להתכחש לצרכיו של ילדו רק משום שלא נוח לו למלאם. לאחריות הורה לשלום ילדו גם פן נזיקי ופלילי. אחריות זו מגלמת את הציפייה הנורמאטיבית של ערכינו החברתיים ושיטתנו המשפטית, מהפרט, בהתייחס לתיפקודו כהורה. ההשלכות הרות המשמעות, הנובעות ממעמד זה, מחייבות כי ההחלטה להיות הורה תהא מסורה לאדם ולו בלבד (וראו גם פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, כרך ב, תשמ"ט) 174 וכן ראו: פסק הדין שלערעור; ע"א 614/76, 625 פלמונית ואח' נ' אלמוני;

* שט, בעמ' 499.

אלמוני נ' פלמונית ואח' [3], בעמ' 93; ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, קטין ואח' וערעור שכנגד [4].

א יש המתייחסים לאבהותו של דני נחמני - אם התהליך יימשך ויסתיים בהבאת ילד לעולם - כאל נטל כלכלי גרידא שניתן להיפטר ממנו. יש הגורסים כי משנתן דני את הסכמתו להתחיל בתהליך אין נזקקים לו עוד וניתן להמשיך בתהליך, תוך התעלמות ממנו. כך סוברים אחדים מחבריי, וכך סבור ד"ר מרמור, במאמרו הנ"ל, ועליו חולק פרופ' גנו, במאמרו הנ"ל. ד"ר מרמור גורס שניתן לחלק את התהליך לשניים: החלק הטכני, מסירת הבעל את מטענו הגנטי, והחלק "ההורי", המשך התהליך עד סופו. לדדו, עם מסירת המטען הגנטי, מיצה הבעל את חלקו, ויש להסתפק בכך ולהמשיך בלעדיו. לצורך המשך התהליך לא נדרש שיתוף פעולה מצדו. מאחר שאין הוא חייב לגדל את הילד שייוולד, אין זכותו לאוטונומיה אישית נפגעת. לשיטתו, זכות האישה לבצע הפלה נובעת מהיעדר רצון לכפות עליה אופציות שתוגבלנה מאוד אם תהפוך לאם באופן שתבוטל זכותה לחיים אוטונומיים. לא כך - לדעתו - לגבי הבעל.

10. קשה לי להסכים לתיוות אלה. אינני מקבלת, כי הסכמה בין בני זוג נשואים לתהליך ההפריה לקראת הורות מתמצית במסירת המטען הגנטי המסתיים עם ההפריה. שני השלבים המכריעים בתהליך ההפריה הם: האחד, הפריה חוץ-גופית של ביציות האישה בזרעו של הגבר; השני, השתלתן בגוף אם פוגדקאית. שני השלבים שונים במהותם ומבוצעים במרחק זמן זה מזה. שני בני הזוג שותפים לתהליך על כל שלביו, ואין לראותם כמי שסיימו את תרומת חלקם עם מסירת המטען הגנטי. מטען זה הוא חלק מבעליו וממשיך להיות כזה גם כשהופרד ממנו. עניינו של כל אחד מבני הזוג בתהליך הוא קיומי ונושא עמו השלכות לכל אורך חייו. אינני סבורה שניתן לדאות בבעל רק אמצעי טכני למימוש אימהותה של האישה. אין להתייחס להבאת ילד לעולם ללא הסכמת האב כאל נטל כלכלי גרידא שניתן להיפטר ממנו - מה עוד שלפי החוק לא ניתן להיפטר ממנו. ההחלטה להביא ילד לעולם היא החלטה משותפת בעלת חשיבות עליונה בחיי שני ההורים. חשיבותה הרבה של ההורות כערך, המחויבות שהיא מטילה על שני ההורים וציפיות החברה מן ההורים ומכל אחד מהם כלפי ילדיהם, הם הנתונים שיש לתת את מלוא המשקל לזכותו של הבעל - כמו גם של האישה - שלא להביא ילד לעולם בעל-כורחם. ממעמדה המיוחד של ההורות במישור זכויות היסוד של הפרט וממטען המחויבויות הכרוכות בה, נגזר העיקרון של מניעת כפייתה של הורות על מי שאיננו רוצה בה.

11. ההכרה בצורך בהסכמה הנמשכת להבאת ילד לעולם יוצרת שוויון, שהוא ערך יסוד בשיטתנו. מתן אפשרות לאישה להפסיק היריון בלתי רצוי ומתן אפשרות לבעל - וגם לאישה אם רצונה בכך - להפסיק תהליך הפריה חוץ-גופית נותנים ביטוי לערך זה. האפשרות להפסיק את התהליך נחשמת רק כאשר נכנסת לתמונה זכות בעלת ערך גובר, שהוא, במקרה של היריון, זכות האישה שלא להפוך לאם בעל-כורחה וזכותה על גופה. שתי זכויות אלה נותנות בידה את הזכות להפלה ללא הסכמת הבעל. זכות האישה על

גופה ניוונה מאותם ערכי יסוד של חירויות הפרט והאוטונומיה האישית, העומדות בבסיס זכותו של האדם שלא להיות הורה בעל-כורחו. רק כאשר נכנס לתמונה גורם שלישי, כמו זכות האישה על גופה שהיא בעלת ערך גובר, נסוגה מפניו הזכות שלא להיות הורה.

מהותה של הסכמה

12. בחינת הסוגיה שלפנינו מהיבטן של זכויות היסוד הינה בחינת פן אחד מפניה הרבים של סוגיה זו, וכפי שאמרתי בפסק הדין שלערוור^{*}:

"...בבדיקת הסוגיה שלפנינו מהיבטן של זכויות היסוד, אין די כדי להכריע בה, שכן אין מדובר בבני-זוג שאחד מהם מבקש להביא ילדים לעולם והאחר מתנגד לכך ואין המשפט כופה עצמו על 'הסרבן', אלא עניין לנו בבני-זוג שעברו כברת דרך ארוכה ביחד ומסרו את מטענם הגנטי ממנו נוצרו ביציות מופרות הנמצאות בהקפאה, על-מנת להוליד ילד בעזרת פונדקאית. האם גם במצב דברים זה אין לכפות על הבעל המשך התהליך? חוששתני שאכן כך הוא. הנמקת עמדתי זו דורשת התייחסות להיבטיה של ההסכמה בין בני הזוג, ולמטר המשפטי שבתוכו היא פועלת."

13. תהליך ההפריה לקראת הורות משותפת מגלם בתוכו, מעצם מהותו וכתנאי הכרחי, הסכמת שני בני הזוג. מה טיבה של ההסכמה בנושא גורלי, רגיש ואינטימי כהולדה? בדרך כלל הסכמה היא מפגש רצונות של שניים או יותר, ההופך את רצונותיהם האינדיווידואליים לרצון משותף. ניתן לסווג את ההסכמות שבין בני-זוג נשואים להסכמה כללית, עיקרית ומרכזית, שהיא הסכמה לחיים משותפים כבני-זוג ולהסכמות תכליתיות להשגת מטרה ספציפית במסגרת חיי הנישואין, שהחשובה שבהן היא ההסכמה להביא ילדים לעולם. ההסכמה הספציפית מתקבלת במסגרת ההסכמה העיקרית והיא בעלת זכות קיום רק באותה מסגרת וכל עוד היא קיימת, אלא אם כן הסכימו בני הזוג אחרת. כאשר קיימת הסכמה עיקרית לקשר זוגי, כל החלטה בעלת משמעות מהותית לשני הצדדים לקשר הזוגי הנגזרת מאותו קשר, איננה יכולה להתקבל על-ידי אחד השותפים. הסכמה בין בני-זוג נשואים לתהליך המוביל להורות, שהיא החשובה שבהסכמות התכליתיות, מחייבת שתחילתו של התהליך יהיה בהסכמה והמשכו יהיה בהסכמה. בתוצאותיה של הסכמה כזו יישאו שני בני הזוג יחדיו. לפיכך, מי שהסכים להפריה ואינו מסכים להשתלה, אינו נתפס על הסכמתו לשלב הראשון של ההפריה. זכותו של כל אחד מבני הזוג לחזור בו מהסכמתו, כאשר חיי הנישואים התפרקו וההסכמה העיקרית התמוטטה. הסכמה לתהליך הפריה חוץ-גופית כמוה - מבחינה רעיונית ומושגית - כהסכמה לתהליך ההפריה הטבעית. וכפי שמי שהסכים להביא ילדים לעולם בדרך טבעית יכול לחזור בו מהסכמתו, כך גם מי שהתחיל בתהליך

* שט, בעמ' 503.

א הפריה חוץ-גופית יכול שלא להסכים להמשך התהליך או לחזור בו מהסכמתו. ערה אני לכך שבמקרה הראשון לא ניתן "להפעיל" את ה"סרבן" שחזר בו מהסכמתו, ואילו במקרה השני אין בעיה כזו, משום שהביציות המופרות נמצאות מחוץ לגופם של שני בני הזוג; אולם השאלה והתשובה לה מצויות במישור המושגי נורמטיבי רעיוני ולא במישור המעשי. השאלה היא האם ראוי לעשות כן, ולא האם אפשר לעשות כן. תשובתי היא כי לא ראוי לעשות כן, אלא יש צורך בהסכמת שני בני הזוג לכל אורך הדרך.

ב 14. אכן, הזכות לחזור מן ההסכמה הראשונית יוצרת אי-ודאות מסוימת, אלא שזו קיימת בתחומים רבים בחיי הנישואין, ואין בכך כדי להרתיע מלהיכנס לתוכם. החלטה להביא ילד לעולם בדרך של הפריה חוץ-גופית היא כבדת משקל והרת גורל. הקשיים והסיכונים הכרוכים בתהליך זה רחוקים מלהבטיח הצלחה. סירובו של בן-זוג להמשיך בתהליך היא רק אחד מהסיכונים האפשריים. בני הזוג מתחילים בתהליך על רקע חיי נישואים תקינים על-אף הסיכונים ואי הודאות שבהצלחת חיי הנישואים ובהצלחתו של התהליך. ניתן לומר, כי מצב שבו, לאחר ההפריה החוץ-גופית, אין עוד זכות חזרה בשום תנאי ובשום נסיבות, עלול להרתיע בני-זוג מלהיכנס לתהליך שממנו אין מוצא לא פחות מאשר החשש שמא התהליך יופסק עקב התמוטטות חיי הנישואין, הרתעה שממנה חושש חברי, השופט טל.

הסכמת בני הזוג נחמני

ט 15. "מה מעמדה של ההסכמה שניתנה; מה היקפה, מה טיבה; האם חל עליה משטר משפטי כלשהו, אם כן, מהו; האם נוצר הסכם בין הצדדים ואם כן מה תשתיתו ומה השלכותיו; מה השלכות שינוי הנסיבות שחל בינתיים, על ההסכם; האם זכאי נותן ההסכמה לחזור בו ממנה ומה הסעד שניתן להעניק אם בכלל". על שאלות אלה ענית בהרחבה בפסק הדין שלערעור, ובו הדגשתי את הבעייתיות שבמעמדה של התחייבות לשינוי סטטוס אישי, באומרי:

ך "בענייננו נוצר ההסכם על רקע מיוחד, בנושא אינטימי, אישי ורגשי המצוי במחוזות נפשו של האדם. עם זאת, אינני סבורה שאין לפנינו הסכם כלל. בני הזוג נחמני הביעו הסכמה, נחישות וגמירות-דעת בנושא רציני ביותר ונקטו צעדים להוצאת ההסכמה אל הפועל. כאשר שני הצדדים עומדים בהסכמתם ואיש אינו חוזר בו ממנה, יש לכבד את רצונם ולפעול על-פי ההסכם ככל שהדבר נוגע להסדרים שעליהם הם הסכימו (ובלבד שאכן הסכימו עליהם). הסכם כזה - כל עוד הצדדים עומדים בהסכמתם - תקף כלפי צדדים שלישיים דוגמת המוסד הרפואי או גורמים אחרים הקשורים בתהליך ההפריה החוץ-גופית, ועל אלה לכבד את הרצון המשותף של הצדדים (במסגרת החוק). עם זאת, אין לפנינו חוזה רגיל אלא הסכם מיוחד במינו. בוודאי שאין הוא

* שם, בעמ' 507.

נכנס לגדר החוזים 'המושלמים'. מאחר שיש בו מרכיבים הסכמיים, ניתן לסווגו בין החוזים 'הרופפים'. לפיכך גם המשטר המשפטי החל עליו לא יהיה משטרם של דיני החוזים באופן דווקני וצר".

16. חברי, השופט טל, גורס, כי עניין לנו בהסכמה לבר-חוזית שאיננה ניתנת לאכיפה, אלא שלדידו אין רותי דורשת מדני שיבצע דבר כלשהו ואין צורך בהסכמתו בעת ההשתלה. האומנם אין רותי דורשת מדני דבר? חוששני שההפך הוא הנכון. היא דורשת שלא להתחשב בעמדתו, להוציאו מהתמונה ולהתעלם מאי-הסכמתו. היא דורשת לאפשר לה שימוש במטענו הגנטי בעל-כורחו כדי להביא לעולם את ילדו. היא דורשת להפעיל את בית המשפט להסכים במקומו של דני ולהורות לבית החולים לתת לה את הביציות על-מנת להמשיך בתהליך שיביא להולדת בנם המשותף שלה ושל דני, בלא הסכמתו. לשם כך מבקשת היא שהסכמתו להפריה תתפרש כהסכמה להביא ילד לעולם בעל-כורחו גם אם הוא לא יגדלנו.

על רקע זה, מה משמעות קביעתו של חברי שאין רותי דורשת מדני דבר ושאינן צורך בהסכמתו בעת ההשתלה? משמעותה היא, שהסכמתו של דני מוקפאת בזמן ובמקום ומגבשת גמירות-דעת ברגע נתון - רגע ההפריה - ממש כמו בחוזה רגיל. מרגע זה והלאה - שהוא בענייננו תחום הזמן שבו הוחל בתהליך עד להשתלת הביציות - "נתפסים" בני הזוג בהסכמתם, וכל אחד יכול לעשות כרצונו במטענו הגנטי של רעהו ללא הסכמת רעהו ובניגוד לרצונו. זוהי אמירה נוקשה וצרה גם במסגרת דיני החוזים עצמם, קל ותומר ב"חווה" המיוחד והרגיש שלפנינו, שאין להחיל עליו את דיני החוזים באופן דווקני, אלא בהתאמה לאופי ההתקשרות, לרקעה ולנסיבותיה. הפן ההסכמי אינו משייט בחלל משפטי משלו. הוא מהווה חלק מדיני החוזים במובנם הרחב, ואין לנתקו מהם באופן מוחלט. מכאן, שאת הסכמת בני הזוג וכל אחד מהם על השלכותיה עלינו לבדוק תוך שימוש בכלים העומדים לרשותנו, שאותם עלינו לשאול מהתחום המשפטי הקרוב ביותר לסוגיה, שהוא התחום החוזי במובנו הרחב ובהתאמה לחומר הרגיש שבו אנו מטפלים. במסגרת זו, ההסכם בין רותי ודני הוא הסכם מיוחד הבנוי על אדני חיי גישושים תקינים. הוא צופה פני עתיד משותף, כשלתוך התא המשפחתי ייוולד ילד שהשניים רוצים בו. הוא איננו ניתן לאכיפה ואיננו ראוי להיאכף בהיעדר רצון משותף של השניים לאורך התהליך.

הסכמה, מצג ומניעות

17. על-מנת שתהיה להסכמה נפקות משפטית דורש המשפט דרישות שונות, מהן פורמאליות ומהן מהותיות. דרישות כאלה אינן בגדר הצבת מכשולים לשמם. מאחוריהן עומדות קונספציות ערכיות, נורמטיביות ותברתיות, המחייבות קיומם של מרכיבים מסוימים או של צורה מסוימת לשם יצירת התחייבות בעלת נפקות משפטית. כל אלה

* ש"ס, בעמ' 509-510.

א דרושים כדי ליצור אמינות, יציבות, בהירות וודאות וכדי להבטיח שהמתחייב יודע את אשר לפניו ומבין את המשמעות של הבעת רצונו. כך לגבי כל הסכמה, קל וחומר לגבי "הסכמה מודעת" הדורשת מודעות למצב שבהתהוותו תפעל ההסכמה. ההסכמה הנדרשת להולדת ילד בדרך זו היא "הסכמה מודעת" בכל שלב משלבי התהליך. לא ניתן להסיק מהסכמה בשלב של הפריית הביציות, "הסכמה מודעת" להמשך התהליך בנסיבות שונות לחלוטין מאלה שבהן התחילו בו.

ב 18. האם היו מצד דני הסכמה או הבטחה מפורשות או משתמעות להמשיך בתהליך בכל תנאי ובכל נסיבות, והאם מושתק או מנוע הוא מלחזור בו? תשובתי על שאלות אלה היא בשלילה. במסגרת ההסכמה העיקרית לחיים משותפים הגיעו בני הזוג נחמני להסכמה להביא ילד לעולם. הם החלו בתהליך וביצעו את השלב הראשוני של הפריית הביציות והקפאתן. בטרם הבשילה ההסכמה ובטרם הגשימה עצמה המטרה המשותפת, התפרק התא המשפחתי והתמוטטה ההסכמה העיקרית. מבחינה עובדתית היה ברור משלב זה ואילך כי אין עוד הסכמה עיקרית לחיים משותפים בין בני הזוג ואין הסכמה להביא ילד לעולם שלא במסגרת זו, בית המשפט מתבקש לתת חיות משלה להסכמה התכליתית שטרם הבשילה, אף שההסכמה העיקרית שבמסגרתה היא פועלת התפרקה ואיננה. חוששני שאין לעשות כן, וללא הסכמה להמשך התהליך אין לכפות על דני הורות בעל-כורחו.

ט 19. המשפט מכיר בזכות החזרה של מי שנתן הסכמתו בנסיבות שונות מאלה שבהן על ההסכמה להתממש. למשל, הסכמה למסירת ילד לאימוץ, שניתנה קודם שהילד נולד, היא הסכמה שאיננה מודעת לנסיבות שתהיינה בעת מימוש האימוץ. דווקא משום כך מאפשר החוק לגותן ההסכמה לחזור בו ממנה. "הסכמה שניתנה לפני לידת המאומץ, רשאי בית המשפט לפסלה בשל טעם זה בלבד, היינו אך בשל מועד נתינתה ..." (ע"א 577/83 היועץ המחשפטי לממשלה נ' פלונית [5], בעמ' 484). גם בנושא זה מתאפשרת חזרה מההסכמה, עד שנכנס לתמונה גורם שלישי - טובת הילד - שהוא ערך גובר, שמפניו נסוגה הזכות לחזרה מן ההסכמה. בכך מיושם אותו עיקרון שאותו מבקשת אני ליישם בענייננו.

ך 20. הן מהבחינה העובדתית והן מהבחינה המשפטית, לא הייתה מצד דני הסכמה, קל וחומר הסכמה מודעת, להמשך התהליך בנסיבות של התפרקות התא המשפחתי. סביר הוא כי משהחל התהליך בהסכמה, הניחו בני הזוג כי חיי נישואיהם יימשכו ובמסגרתם ייוולד ילדם המשותף. המציאות טפחה על פניהם. הנסיבות השתנו תכלית שינוי, ואף שדני יצר את השינוי -

ז "אין אנו יושבים על המדוכה לשפוט את מעשיו של דני במישור המוסרי ולהענישו' על התנהגותו. לא על-פי אלה ניתן להכריע בשאלת זכותו להתנגד להמשך התהליך. מערכת יחסים בין בני-זוג אינה סטאטית. היא מטבעה דינאמית ונתונה לזעזועים. רגשות בין בני-זוג אינם תמיד יציבים. הם נתונים לשינויים אף ללא קשר עם תהליך מורכב כהפריה חוץ-גופית.

הסכמה ראשונית לתהליך זה אינה מודעת במובן המלא של המילה משום אי היכולת לצפות - נפשית ופסיכולוגית - את צפונות העתיד. לא תמיד מתמודדים בני-זוג בהצלחה עם הקשיים בחייהם המשותפים, מה עוד כאשר עומדים הם לפני תהליך כבענייננו על קשייו הנפשיים הגופניים והכלכליים ועל הבעיות הסובייקטיביות והאובייקטיביות הכרוכות בו.⁵¹²

21. דני לא הבטיח לרותי המשך התהליך בכל התנאים ובכל הנסיבות, ואין להסיק הבטחה כזו מהסכמתו להתחיל בתהליך כשחיי המשפחה היו תקינים. השופט המלומד של בית המשפט המחוזי לא קבע עובדתית שדני הבטיח לרותי להמשיך בתהליך ללא קיומו של התא המשפחתי המשותף, ואכן לא עולה מהומר הראיות שהייתה הבטחה כזו או שהיה מצג כזה מצד דני. השופט המלומד הסיק מההסכמה הראשונית הסכמה מתמשכת ובלתי הדירה. כפי שהבהרתי הן בפסק הדין שלערעור והן בחוות-דעת זו, אין עמדה זו מקובלת עליי. היא אינה מתחייבת מעובדות המקרה, אינה מתיישבת עם ניסיון החיים ואינה עולה בקנה אחד עם עקרונות משפטיים מוכרים ומקובלים. מה שעולה מההומר ומסתבר מן הנסיבות הוא היעדר הבטחה להביא ילד לעולם גם אם חיי הנישואים יתמוטטו והתא המשפחתי יתפרק. היעדר הבטחה כזו הוא אינהרנטי לנסיבות האופפות את ההסכמה התכליתית להורות משותפת של בני הזוג במסגרת ההסכמה העיקרית לחיי נישואים משותפים.

22. לא היה, מצד דני, מצג שרותי יכלה להסתמך עליו, ובפועל לא הסתמכה רותי על מצג כלשהו ולא התחילה בתהליך תוך הסתמכות כזו. היא לא שינתה את מצבה לרעה בהסתמך על מצג כלשהו. המצג היחיד שניתן להסיק מן הנסיבות הוא מצג מוגבל להסכמה במסגרת התא המשפחתי הקיים ומתוך הנחה שימשיך להתקיים. התהליך החל כשחיי המשפחה היו תקינים עם ציפיות שימשיכו להיות כאלה ושלתוכם ייקלט הילד שייולד. הציפיות התבדו וההסכמה העיקרית, ובעקבותיה התכליתית, אינן קיימות עוד. הסכמה ראשונית הניתנת לשם התחלה בתהליך הולדה חוץ-גופי, איננה הבטחה להביא לעולם ילד בכל נסיבות שהן. זוהי הבטחה מוגבלת לתנאים ולנסיבות שבהם היא ניתנת.

מכאן, שציפייתה של רותי שתוכל להביא לעולם את ילדו של דני על-אף התנגדותו ובניגוד לרצונו ולא לתוך תא משפחתי משותף עמו, היא בגדר משאלה ולא בגדר זכות הניתנת לאכיפה; אלא שלא כל משאלה של אחד מטילה על אחר חובה משפטית בת-אכיפה; לא כל מאווייו של אחד מהווים בסיס לצו-עשה שיפוטי כלפי אחר. אין להפוך את כל אורחות חייו לנשלטים על-ידי צווי-עשה של המשפט. ישנם תחומים - וחיי האישות ותכנון המשפחה מהבולטים שבהם - בהם נעצרת האכיפה השיפוטית על מפתנם של המתדיינים. בעת בואם של בני-זוג בברית הנישואין, מבטיח כל אחד למשנהו המשך חיים משותפים לצמיתות. הבטחה זו, שאיש אינו סבור כי ניתן לאוכפה,

* שם, בעמ' 512.

מצויה במישור הכוונות הטובות, הציפיות, התקוות ומשאלות הלב. אין סעד משפטי היכול להבטיח קיומה ולא ראוי שיהיה כזה. כך גם בהבטחה להורות משותפת. אכיפת הורות איננה אופציה לגיטימית כאשר מדובר בפעולות המצריכות הסכמת שני בני הזוג, וכפי שאמרתי בפסק הדין שלערעור:

א

"מערכת יחסים בין בני-זוג אמורה להיות בנויה על אהבה, ידידות, הבנה, תמיכה, אמון והתחשבות. יש שמערכת זו קורסת, ציפיות מתבדות, תקוות נכזבות וחלומות מתנפצים. לא בכל מקרה יכול הנפגע למצוא צרי למכאוביו בצווי אכיפה של בית-משפט, במקום בו הכפייה אינה אפשרית, אינה ראויה לאור הנסיבות ועל-פי דין ואינה עולה בקנה אחד עם זכויות היסוד של הפרט בתברתנו".

ב

23. ההסכמה מאבדת ממשמעותה רק כאשר בוצעה השתלה של הביציות המופרות בגוף אישה. או אז נכנס לתמונה גופה של האם הנושאת – ובו אין להתערב ללא הסכמתה. ייתכן ובבוא היום, כאשר המדע יאפשר גם להיריון להתרחש מחוץ לרחם אישה, נעמוד בפני בעיה חדשה שיהיה צורך להתמודד אתה. העתיד מי ישורנו. במצב הנוכחי מגיעים אנו לנקודת האל-חזור רק עם השתלת הביציות בגופה של האם הנושאת, שאז הערך של זכות האישה להגנה על גופה, לשליטה בגופה ולא-התערבות בגופה, גובר. השיקולים הרלוואנטיים למיקום נקודת האל-חזור בזמן ובמקום המאוחרים ביותר מבחינת התהליך, נובעים מאיזון בין האינטרסים והזכויות המעומתים. עד לשלב ההשתלה גובר ערך הבחירה החופשית ונדרשת הסכמה. מרגע זה ואילך, נכנסים לתמונה זכויות ואינטרסים הגוברים על האינטרסים המוגנים על-ידי עקרון ההסכמה. בהיריון טבעי ממוקמת נקודת האל-חזור עם התרחשותו, שמאז ואילך אין האישה זקוקה להסכמת בן הזוג לביצוע הפלה משום שליטתה על גופה וזכותה שלא יתערבו בו. בהפריה החוץ-גופית נקודה זו היא השתלת הביציות בגופה של אישה, שאז נכנסת לתמונה זכות האישה על גופה, הגוברת על הצורך בהסכמה להמשך התהליך.

ג

ד

ה

דרישת ההסכמה בשיטות משפטיות שונות

24. מרבית ארצות המערב, אירופה, אנגליה, ארצות-הברית, קנדה ואחרות, דורשות הסכמה מתמשכת לכל אורך הדרך, לכל שלב. התייחסתי לכך בהרחבה בפסק הדין שלערעור ולא ארחיב. בכל אותן ארצות רשאי כל אחד מבני הזוג לחזור בו בכל שלב משלבי התהליך. בחלק מהארצות קיימים חוקים ברוח זו; כמו, למשל, באנגליה: Human Fertilisation and Embryology Act, 1990 (Schedule 3, s. 4). בהתאם לחוק זה, נדרשת הסכמה אפקטיבית הטומנת בחובה את האפשרות לשינוי ולחזרה מהסכמה בכל עת לפני השימוש בביציות המופרות. חזרת אחד הצדדים מההסכמה מחייבת את הרשות המאחסנת את הביציות המופרות להשמידן. כך גם באוסטרליה המערבית: Human Reproductive Technology Act, 1991 (ss. 26 (1) a (i) and 22 (4)).

ו

ז

* שם, בעמ' 522.

בארצות-הברית, בקנדה ובארצות מערביות אחרות אין הנושא מוסדר בחקיקה, אלא בהמלצות של ועדות שישבו על המדוכה לבדוק את הנושא. בחלק מהן - עקב החשיבות המרובה המיוחסת להסכמה בעניין גורלי זה - מציעים שבני הזוג יסכימו ביניהם מראש על גורל הביציות במקרה של פירוד, שאז תכובד הסכמתם (הסכמה כזו לא הייתה בענייננו). רובן ככולן נותנות בידי בני הזוג את הפרוגטיבה של החלטה משותפת אם להמשיך בתהליך או להפסיקו, ודורשות הסכמה מפורשת של השניים לכל שלב של התהליך שיופסק אם אחד הצדדים יביע התנגדות להמשיך בו (למצב החקיקה ולהמלצות של ועדות שונות במדינות שונות ראה פסק הדין שלערעור).

ארגון הרופאים האמריקניים הגיש המלצות ולפיהן נדרשת הסכמה נמשכת ולא קיבל את העמדה המסתפקת בהסכמה בזמן ההפריה בלבד (ראה: American Medical Association, Board of Trustees Report (Jama, vol. 263, no. 18, 1990) 2486).

בהסכמי הפונדקאות הרווחים בארצות-הברית, בקרב גופים העוסקים בכך, קיים סעיף המחייב הסכמת שני בני הזוג להשתלה ברחם הפונדקאית וחתימת שניהם על הסכם הפונדקאות. כך גם בהסכם שאמור היה להיחתם שם על-ידי בני הזוג נחמני ולא נחתם. בפסק הדין של בית המשפט הפדרלי בארצות-הברית [50] (1981) K. S. v. G. S. ביטא בית המשפט את הדעה, כי מרגע שניתנה הסכמה היא נחשבת כנמשכת; אלא שהוסיף בית המשפט וקבע כי מרגע שהופקעה ההסכמה בצורה מפורשת, לא ניתן להמשיך בתהליך. העותרת מפנה לפסק הדין [51] (1995) Kass v. Kass (ראה New York Law Journal, 23.1.95), שט פורש ההסכם בכתב בין הצדדים כמסדיר את המשך התהליך במקרה של פירוד בין בני הזוג, ובית המשפט כיבד הסכם זה ונתן לו תוקף. כאן לא קיים הסכם כזה. לפיכך אין פסק-דין זה תורם לענייננו.

אצלנו לא הוסדר הנושא בחקיקה ראשית. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), שעליהן הרחבתי בפסק הדין שלערעור, דורשות הסכמת הבעל בכל שלב משלבי ההפריה החוץ-גופית.

הוועדה הציבורית שהוקמה אצלנו על-מנת לבדוק את נושא ההפריה החוץ-גופית ולהגיש המלצותיה, המליצה פה אחד כי:

"... בהעדר הסכמה משותפת ונמשכת, לא ייעשה כל שימוש בביציות מופרות שהוקפאו עד תום תקופת ההקפאה שעליה הסכימו בני הזוג ואולם הסכמה שניתנה עם תחילת הטיפול תיחשב כנמשכת כל עוד לא חזר בו מי מבני הזוג בכתב" (הדגשה שלי - ט' ש' כ').

"הוועדה נתנה דעתה לאפשרות שלאם הגנטית או לאב הגנטי לא תהיה כל דרך אחרת למימוש ההורות הגנטית. אבל מתן היתר להולדה במקרה מעין זה

* שט, בעמ' 503.

א ללא הסכמה משותפת, משמעותו כפיה של אבהות או של אמהות, הן מן הבחינה המשפטית הן מן הבחינה הרגשית, מבחינה זו שיהיה ילד שנולד בניגוד לרצונם. הועדה היתה בדעה כי אין לכפות על איש או אשה אבהות או אמהות בניגוד לרצונם, גם אם נתנו הסכמתם הראשונית לענין" (ראה: דין וחשבון הועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית (תשנ"ד) 36).

ב ב"7.3.96 נתקבל בכנסת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). חוק זה דורש הסכמה בכתב בין האם הנושאת וההורים המזמינים: סעיף 2(1). התנאים וההליך לאישור ההסכם נקבעו בחוק הקובע בסעיף 5(ג) כי "ועדת האישורים רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה אם הל שינוי מהותי בעובדות, כנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה וכל עוד לא הושגלה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם נשיאת עוברים" (ההדגשה שלי - ט' ש' כ'). נקודת האלי-חזור היא רגע השתלת הביצית. עד לנקודה זו נדרשת הסכמה מתמשכת של שני השותפים להליך. נושא זה עמד במפורש על סדר היום של ועדת הכנסת, כאשר הנוסח הראשוני בהצעת החוק שנקט לשון "כל עוד לא בוצעה ההפריה בהתאם להסכם רשאית הוועדה לשוב ולדון ... שונה בחוק ל"כל עוד לא הושגלה הביצית המופרית ..." (ראה דיוני ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום 9.1.96, עמ' 14, 17). הגישה האמורה נובעת מההכרה הערכית הבסיסית הרואה בהורות מסע משותף של שניים, שרק מכוח ההסכמה ביניהם ניתן להתחיל בתהליך ורק מכוח ההסכמה המתמשכת ביניהם ניתן להמשיך בו.

ג 25. בכל הארצות הדורשות הסכמה נמשכת של שני בני הזוג ניתנות הביציות להשמדה בין בהסכמה משותפת של בני הזוג ובין מפאת חלוף הזמן. גם אצלנו מושמדות הביציות לאחר 5 שנים (תקנה 9 לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), אלא אם כן מבקשים שני בני הזוג להאריך את התקופה. זהו פועל יוצא מן התפיסה הרואה את הסכמתם של שני בני הזוג לכל אורך הדרך כחיונית וכהכרחית ומן התפיסה שלפיה הביציות הן "מעין קניין" של שני בעלי המטען הגנטי ואין להן עצמן "מעמד" הראוי להגנה (ראה גם גנו, במאמרו הנ"ל בעיוני משפט יח, בעמ' 86). מעמדן הוא טרום-עוברי (pre-embryo). על נושא מעמד הביציות, כפי שהוא נתפס בעולם המערבי, אצלנו ובדין העברי, אין לי אלא להתייחס לאשר נכתב על-ידיי בפסק הדין ולא ארחיב.

ד 26. חברי, השופט טל, רואה במשפט העברי תמיכה בגישתו; אלא שפסק רב אם עמדתו של חברי משקפת את גישת המשפט העברי על רכדיו. "גם המשפט העברי, המטיל מצוות פרייה ורבייה על האיש ולא על האישה (משנה, יבמות, ו, ו [ד]), אינו מוצא לכפות אותו אם אינו ממלא את חובתו. הסירוב מעמיד לאישה עילה לגירושין ולא עילה לאכיפה ולכפייה (רמב"ם, אישות, טו, ה [א]; שו"ע, אה"ע, קנד, ד [ג]). ראה

* שם, בעמ' 519-520.

תשובת ר"ש ישראלי "על הסכמה, וחזרה בהריון ולידה דרך הפרייה במעבדה" בתוך אינציקלופדיה הלכתית רפואית, עורך ד"ר א' שטיינברג, כרך ד, עמ' כח, מא [ה]; שם, כרך ב, ערך "הפרייה חוץ-גופית", עמ' 115 [ה], תשובת הר"ש שלוש, "הפרייה ברחם פונדקאית", אורחות, בטאון המועצה הדתית חיפה, מס' 39, עמ' 31 [ו] (ראה גם פסק הדין שלערעור).

א

בטרם אסיים חוות-דעת זו, מבקשת אני להצטרף לדברי חבריי, השופטים אור, זמיר והנשיא ברק. כמו כן מוצאת אני להוסיף דברים בהקשר לנאמר בחוות הדעת של חלק מחבריי שדעתם אינה כדעתי, ושהגיעו לידיי לאחר כתיבת חוות-דעתי זו.

ב

הזכות לחיים

27. חבריי, השופטים גולדברג וקדמי, התייחסו לממד הביולוגי של ההורות ושל העברת המטען הגנטי מדור לדור. חברי, השופט טירקל, נענה למשאלת לבה של רותי נחמני בהעלותו על נס את ה"זכות לחיים" ואת הערך הכביר של "חיי אנוש". לא ניתן כלל להמעיט ב"ערך החיים" וב"זכות לחיים", שהן מהזכויות היותר נעלות והיותר מקודשות בעינינו, אם לא הזכות המקודשת מכולן. אלא שהביצית המופרית איננה בבחינת יצור חי. הביצית המופרית היא מטען גנטי של שני בני הזוג במצב פרה-עוברי המוקפא סמוך לאחר ההפרייה. הוא מורכב ממספר תאים בודדים, ללא הפרדה בין מה שעתיד להיות עובר לבין מה שעתיד להיות שיליה. אין מדובר בשימור חיים קיימים, אלא בקידום פוטנציאל של חיים. אין מדובר בשימור חיים שנוצרו, אלא ביצירת חיים יש מאין. חברה שבה זכאי הפרט לתכנן את המשפחה ואת ההולדה, חברה שאינה מחייבת ליצור חיים, אף לא כצו מוסרי (למעט כצו דתי), איננה יכולה לכפות על אדם ליצור חיים בעל-כורחו בשם הזכות לחיים. יצירת חיים מהווה נושא נבדל לחלוטין משימור חיים קיימים. כל חברה גאורה מתלבטת בשאלה אם יש ליצור חיים בכל מחיר. הרפואה והטכנולוגיה מאפשרות ליצור חיים באמצעים ההולכים ומתנתקים מהאמצעים הטבעיים ליצירתם. ייתכן שלא ירחק היום שבו ניתן יהיה להחליף את רחמה של האם ברחם מלאכותי שיישא את העובר, וכל תהליך יצירת החיים יוכל להתבצע במעבדות. השאלות המוסריות תמשכנה להדהד בחלל ואף תחרפנה. רוב מדינות ארצות-הברית ורוב ארצות אירופה, החותרות על דגלן את קדושת החיים, אוסרות על יצירת חיים באמצעות אם פונדקאית, וזאת מסיבות מוסריות, אתיות, רעיוניות, סוציאליות, רפואיות ועוד. גורמים שונים, לרבות "שדולת הגשים בישראל", רואים את הפונדקאות כבלתי מוסרית וכמטפחת סוג של עבדות נשים המעמידות את רחמן להשכרה. נושא ההולדה החוץ-גופית חובק שאלות קיומיות הנוגעות במהות החיים. לא ניתן למצוא בערך המקודש והעליון של החיים עילה או הנמקה לכפות על מי מבני הזוג ליצור חיים בתהליך הפרייה חוץ-גופית; לא ניתן לוותר על הסכמת מי מבני הזוג להשתלת הביציות המוקפאות בפונדקאית. לא ניתן להמשיך בתהליך ללא הסכמת שני בני

ג

ד

ה

ו

ז

* שם, בעמ' 500, 506.

הווג שתרמו את מטענם הגנטי. אין לקרושת החיים ולא כלום עם שיקולים להמשך תהליך ההפריה, בכפייה, בשלב מוקדם זה של טרום יצירת חיים.

א

"הצדק"

28. אך טבעי הוא שבסוגיה שלפנינו, בעלת היבטים אנושיים קיומיים, רגשיים ונורמטיביים, מפולגות הדעות והפתרון אינו אחיד. אלא שגיוס ה"צדק" לצדה של עמדה אחת ועליידי כך שלילתו מן העמדה הנוגדת, חוטא לדעה הנוגדת ואולי אף לצדק עצמו.

ב

האדם מצווה לרדוף אחר הצדק: "צדק צדק תרדף" (דברים, טז, כ [ז]); המשפט שואף לעשות "צדק"; אלא שהשאלה הקשה העומדת ברומו של עולם מאז ומקדם היא, מהו "הצדק", מה משמעותו, מה מאפייניו, כיצד מגדירים אותו וכיצד משיגים אותו. שאלות אלה העסיקו את גדולי ההגות המקראית, התלמודית, הפילוסופית, הספרותית, המשפטית והדתית בכל הדורות והתרבויות. לצדק פנים רבות ותכנים רבים: חברתי, אישי, פוליטי, מדיני, כלכלי, משפטי ועוד. יש הרואים בצדק האנושי ניסיון לחקות את הצדק האלוהי *Amitatio Dei*; יש הרואים בשוויון את התמצותו של הצדק, ויש הרואים עשיית משפט צדק בשמירה על כללים המסתופפים תחת קורת גגם של "כללי הצדק הטבעי".

ג

ד

על הקושי בהגדרת הצדק ובגילוייו אומר השופט כהן, בספרו הנ"ל, בעמ' 84:

"...הצדק אינו מדע שניתן לגלותו או להגדירו: תכונת-הנפש הוא; והעובדה שיפה ואנושית היא, אינה מקלה על הגדרתה – משל ליופי שבסימפוזיה של בטחובן או של קתדרלה גותית שאי-אתה יכול להוכיחן ... הכלל הוא, למשל, שכל אחד משני בעלי-דין העומדים לפני שופט חש ומאמין לתומו שהצדק עמו; חוש-הצדק של הזוכה בדין בא על ספקו ואילו חוש-הצדק של המפסיד בדינו נפגע קשות והוא משוכנע שנעשה לו עוול ... נמצא שחוש-הצדק האנושי אינו יכול לשמש קנה-מידה לצד אובייקטיבי, ומה גם שאף הוא אינו ניתן להגדרה ולמידה. ואף גם זאת: אין לדעת, ובוודאי אין לקבוע, שחוש-צדקו של פלוני אמין ומהימן מחוש-צדקו של פלמוני: מן הבחינה הסובייקטיבית שלו כל אחד מהם צודק, אבל גם מהבחינה האובייקטיבית עשוי כל אחד להיות צודק, או צודק במקצת".

ה

ו

על המשמעויות הרבות והמעורפלות שיש למונח "צדק", אומר המלומד ס' ק' אלן:

ז

"Ever since men have begun to reflect upon their relations with each other and upon the vicissitudes of the human lot, they have been preoccupied with the meaning of justice. ...I choose at random a miscellany of the adjectives which, in my reading, I have found attached to different kinds

of justice - distributive, synallgamic, natural, positive, universal, particular, written, unwritten, political, social, economic, commutative, recognitive, juridical, sub-judicial, constitutional, administrative, tributary, provi-dential, educative, corporative, national, international, parental.

A very little ingenuity would extend the vocabulary indefinitely. There seems to be no end to this classification and sub-classification and its instructiveness is not always proportionate to its subtlety. There is a danger of the cadaver being so minutely dissected that little of its anatomy is left visible to normal sight" (C. K. Allen, *Aspects of Justice* (London, 1958) 3-4).

בעשרות השנים האחרונות נתקלים אנו בהוגים שוויתרו על הניסיון להגדיר את מהותו של ה"צדק" בהגדרה ממצה ואחידה, אומר על כך רונלד דוורקין:

"In the end, however, political theory can make no contribution to how we govern ourselves *except by struggling* against all the impulses that drag us back into our own culture, *toward generality and some reflective basis for deciding* which of our traditional distinctions and discriminations are genuine and which spurious, which contribute to the flourishing of the ideals we want, after reflection, to embrace, and which serve only to protect us from the personal costs of that demanding process. We cannot leave justice to convention and anecdote" (R. M. Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, 1985) 219.

(ההדגשות שלי - ט' ש' כ').

29. "צדק" לאחד יכול ויהיה "אי-צדק" לאחר או "אי-צדק" לחברה; מימוש זכות על-ידי אחד יכול שיהא בו משום פגיעה בזכותו של אחר שנמנע ממנו לממש את זכותו הוא; כל מתדיין סבור שהצדק עמו, ותחושה זו מלווה אותו גם כאשר הפסיד בדין, שאז חש הוא שנעשה לו "אי-צדק". "צדק" כלכלי-חברתי בחברה מסוימת יכול להיתפס כ"אי-צדק" בחברה אחרת. האם תיקון עוול לאחד על חשבון אחר, רק משום שהאחד נפגע וגם אם אין לו זכות כלפי האחר, אינו "אי-צדק" לאחר? האם הענקת פיצוי לאדם שנפגע בלי שנמצאה לו עילה משפטית לקבלת סעד, תוך חיוב רעהו, משום שהוא פגוע ורעהו יכול לשלם, היא עשיית "צדק"? המשפט אינו מחייב אדם שהבטיח נישואין למלא את התחייבותו, ואין הוא אוכפו לעשות כן. הסעד המושט הוא פיצויים. אין המשפט מחייב אדם להוליד ילדים לבן-זוגו גם אם הבטיח לו לעשות כן והתחרט. מפר ההבטחה גורם אכזבה ומפח נפש לאחר. התנהגותו אינה "צודקת", אולם המשפט לא יחייבו לקיים הבטחתו בשם "הצדק". המשפט אינו מתערב כאשר אישה מפילה את ולדו של גבר בניגוד לרצונו, האם זה צודק כלפיו? לפי תחושת התסכול, הקיפוח והאובדן שלו, אין זה צודק; אף-על-פי-כן, ימנע המשפט מהגבר מלהתערב ויגן על אינטרס אחר, עדיף בעיניו: האדנות על הגוף.

30. אומר המלומד הייר, כי לא זו בלבד שבני-אדם הלוקים באשר לפתרון הצודק לבעיה מסוימת, אלא שאפשר ואין פתרון "צודק" באופן מלא לבעיה כלשהי:

א "By this I mean not merely that people can disagree about the just solution to a particular dilemma, but that there may be no completely just solution" (R. M. Hare, *Moral Thinking* (Oxford, 1981) 158).

ב עשיית הצדק במשפט איננה יכולה להתמצות בפורמולה מסוימת. זהו תהליך מסובך של איזונים בין מרכיבים שונים, לרבות שוויון. אומר המלומד דייס:

ב "Justice is not some 'thing', which can be captured in a formula once and for all; it is a process, a complex and shifting balance between many factors, including equality. As Friedrich observed 'Justice is never given, it is always a task to be achieved'" (Dias, *supra*, at 66).

ג 31. על-אף הקושי לגלות ולהגדיר את הצדק, מהווה השאיפה לעשיית צדק צו פנימי של כל שופט. בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי יש משום מאמץ למימוש הצדק. חוש הצדק הסובייקטיבי של השופט מנחה את שיקול-דעתו השיפוטי להשגת צדק משפטי, המהווה חלק אינטגרלי של המשפט. אומר על כך כהן, בספרו הנ"ל, בעמ' 93-94:

ד "...אין להפריז בין טיב המשפט ומסרתו לבין הצדק המשפטי שבביצועו. כבר ראינו שבני-אדם שונים זה מזה, גם בכך שיש לכל אחד ואחד מהם חוש צדק משלו, ושחוש הצדק האינדיבידואלי הוא, במידה זו או אחרת, פונקציה של אינטרסים אינדיבידואליים. אילו כל אחד ואחד היה מפעיל את חוש צדק-שלו ונוהג על-פיו, חוששני שהיה העולם חוזר לתוהו ובוהו. על-ידי שאדם מקיים את המשפט, הוא תורם את תרומתו לקיום העולם ... הוא שאמרנו, נעשה חוק ודין - נעשה צדק חברתי, שתכליתו אינה אלא להשכין שלום בין הבריות.

ה...צדק משפטי מתבטא תמיד במעשים ובמחזורים התואמים את הנורמות המזויבות כל אדם והשוות לכל נפש ... (ההדגשות שלי - ט' ש' כ').

ו עוד שומעים אנו מפיו:

ז "מן המשמעויות הרבות של הצדק, שכבר עמדנו עליהן, בחרנו במשמעויות מסוימות מאוד שאנו רואים בהן את הצדק המהווה חלק אינטגרלי של המשפט כפי שהגדרנוהו. צדק זה עולה, במידה רבה, עם מה שפאונד כינה בשם 'הרעיונות הפילוסופיים, המדיניים והמוסריים אשר - כפי שראינו - מהווים גם לדעתו חלק אינטגרלי של המשפט' (שם, בעמ' 83; ההדגשה שלי - ט' ש' כ').

32. הצדק כמושג מופשט הוא ניטרלי בענייניו. היענות לדני נחמני היא עשיית "אי-צדק" לרותי נחמני, והיענות לה היא עשיית "אי-צדק" לו. עלינו לתור אחר "הצדק"

העולה בקנה אחד עם "הרעיונות הפילוסופיים, המדיניים והמוסריים" המהווים חלק אינטגרלי של המשפט.

הכרעתי בעניין שלפנינו, שלפיה אין להמשיך בתהליך ההשתלה ללא הסכמתו של דני, היא הכרעה של צדק במשפט. אין זו הכרעה מקרית ופרטנית. אין זו הכרעה אינטואיטיבית המתבססת על תחושות סובייקטיביות ורחשי לב בלבד. זוהי החלטה המושתתת על ערכי הצדק של השיטה, המקופלים בתוכה והמהווים את נשמת אפה: זכויות הפרט, אוטונומיה אישית, יחסים בין בני-זוג בתחום ההולדה, פרי החלטה משותפת הדורשת שניים לשם הוצאתה לפועל. הימנעות הממסד מלכפות על אדם הורות, דרישת שיתוף והסכמה בין בני-זוג בנושא החבוי במחווות נפשו של האדם וארוג ברקמה העדינה של זוגיות והורות. ההכרעה שהגעתי אליה, היא פרי תהליך של איזונים שונים בין ערכים, זכויות ומשאלות, המעומתים אלו כנגד אלו. יש בה - למיטב הבנתי ותחושותי - עשיית צדק משפטי, כמובנו השלם והקוהרנטי. נאמנות לנורמות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחירויות הפרט ולשוויון בהפעלה ובמימוש של זכויות אלה ויישום הדין כמובנו הרחב, יבטיחו עשיית משפט צדק נורמטיבי, ערכי, עקרוני ושווה לכל נפש. "תחושות בטן" או "תחושות סובייקטיביות" עלולות להוליך אותנו במסלול של הענקת זכות למי שאין עומדת לו כזו ולכפיית רצונו של האחד - באמצעות המשפט - על אחר, באופן שתוטלנה עליו חובות שאין הוא חב בהן ושכפיייתן מהווה פגיעה בזכויות היסוד שלו, אשר על שמירתן אנו מופקדים. בכל האמור לעיל יש כדי להמחיש את הקושי הטמון בהדבקת תווית ה"צדק" על אחד משני הפתרונות האפשריים.

סוף דבר

33. ערה אני למצוקתה ולתסכולה של רותי, אותה שיויתי לנגד עיני לכל אורך הדרך. ערה אני לכך שנוקה של רותי מאי-מימוש הורותה גדול מנזקו של דני אם יכפו עליו הורות: תרומתה של רותי להפריה הייתה כרוכה בסבל ובמאמץ העולים על אלה שהיו כרוכים בתרומתו של דני; דני עזב את הבית, הקים משפחה חדשה, מימש את הורותו, ואילו בשביל רותי זוהי ככל הנראה ההודמנות האחרונה לממש אימהות ביולוגית. מאזן זה, על דני לשוות לנגד עיניו ולשקול אם לאורו ראוי לו להסכים לאפשר לרותי לנסות להגשים את משאת נפשה. אין איש יכול וצריך להסכים במקומו, ואין לכופף עליו הסכמה באמצעות צו שיפוטי שיבוא במקום הסכמתו. מאזן כזה אינו בא במקום ההסכמה הנדרשת ואינו יוצר זכות משפטית הניתנת לאכיפה שיפוטית. מאזן כזה אינו יכול להיות לעזר כאשר זכות היא חירות שאין מולה חובה וכאשר אין בסיס להשתית עליו זכות לכופף על אדם הורות בעל-כורחו.

34. לסיכום עמדתי אומר, כי להשקפתי נתונה לאדם החירות להיות הורה ובכך להגשים כמיהה אנושית בסיסית, אך אין נתונה לו זכות המטילה על אחר חובה לעשותו הורה, ולהפוך עצמו הורה. בהיעדר הסכמה הדדית להבאת ילד לעולם אין הזכות להיות הורה - כחלק מהזכות למימוש עצמי - יכולה לצמצם את האוטונומיה המסורה לאדם

אחר ואת חופש הבחירה הנתון בידיו לכלכל ולתכנן את חייו. דרושים שניים כדי להביא ילד לעולם, ומכאן נגזרת הדרישה להסכמה נמשכת של כל אחד מהם להשגת תכלית זו. ללא הסכמה הדדית אין להטיל חובה על אדם להמשיך בתהליך שתוצאתו עשויה להסתיים בהורות בלתי רצויה. הסכמה להתחיל בתהליך הפרייה חוץ-גופית במסגרת הסכמה עיקרית לחיים משותפים ולהורות משותפת, אינה יכולה להיחשב כהסכמה מספקת או כהסכמה נמשכת, וגם אם יכולה היא להיחשב ככזו, זכאי כל צד לחזור בו ממנה בשינוי נסיבות כה דרמטי כבענייננו. הרושה הסכמה לכל שלב עד לנקודת האל-חזור, שהיא השתלת הביציות בגוף אישה. בהיעדר הסכמה כזו לא ניתן לחייב את דני להיענות למשאלתה של רותי. דני לא הסכים להבאת ילד לעולם בכל תנאי, בכל נסיבות ובכל מסגרת. הוא לא הבטיח הבטחה כזו, הוא לא הציג מצג כזה, ומשהמסגרת שבתוכה פעלה מלכתחילה הסכמתם של שני בני הזוג התפרקה, לא ניתן להמשיך בתהליך תוך ויתור על קבלת הסכמתו של דני או תוך התעלמות מסירובו לתת הסכמה להמשיך התהליך, ולא ניתן לכפות עליו הורות בעל-כורחו באמצעות צו שיפוטי, לא בשם הדין, לא בשם הצדק ולא בשם החיים.

אשר-על-כן דעתי נותרה כשהייתה, ולפיה דין העתירה להידחות.

השופט צ' א' טל: עניינם של בני הזוג נחמני שוב מובא להכרעתו של בית המשפט, על-פי החלטת הנשיא שמגר שהורה לקיים דיון נוסף על פסק-דין בית המשפט העליון בע"א 5587/93.

נוכיר בקצרה את עיקרי העובדות ואת ההליכים של פרשת נחמני. בני הזוג נישאו בשנת 1984, וכעבור שלוש שנים נאלצה האישה לעבור ניתוח לכריתת רחמה. בשנת 1988 החליטו בני הזוג לנסות ולהיפקד על-ידי הפרייה חוץ-גופית של הביציות של האישה בורעו של האיש, והשתלת החומר הגנטי המופרה ברחמה של פונדקאית. פונדקאות לא הותרה אז בארץ, ועל-כן הוחלט לעשות את שלב התפרייה בארץ, ואת ההשתלה בארצות-הברית, באמצעות מרכז פונדקאות שם. לאחר שבוצעה התפרייה, ובטרם בוצע שלב ההשתלה, נתגלעו סכסוכים בין בני הזוג, האיש עזב את ביתו ועבר לגור עם אישה אחרת, שהרתה וילדה לו.

האישה פנתה לבית החולים אסותא, שם הופקד והוקפא החומר המופרה, וביקשה לקבלו לצורך ביצוע ההשתלה. בית החולים סירב, עקב התנגדותו של האיש, הן במכתב לבית החולים והן במכתב למרכז הפונדקאות בארצות-הברית. האישה פנתה לבית המשפט המחוזי בהיפה, ושם פסק כבוד השופט ז' אריאל, שהיא זכאית לקבל לידיה את החומר המופרה*. בין נימוקיו של השופט, מקום מרכזי נועד להסכמה שהייתה בין בני הזוג, ועל כך שאין הבעל יכול לחזור בו מהסכמתו. הבעל הגיש ערעור על פסק הדין, והערעור התקבל ברוב דעות.

* פ"ד מט (1) 485.

** פ"מ תשנ"ד (1) 142.

שבתי ועייגתי בדבר, כמו גם בדברי חבריי או ועתה, ולא ניהמתי מדעתי, שהייתה דעת המיעוט בע"א 5587/93 הנ"ל.

ציקר הדברים שם, שכשם שאין שומעים לאיש להפסיק היריון, אפילו הושג ההיריון בהטעייה וברמייה, מפני שאין מתערבים בגופה של אישה שלא לרצונה, כך אין לשמוע לו להפסיק תהליך הפרייה, כאשר הפסקה כזו עושה - למפרע - את ההתערבות בגופה של האישה התערבות שווה ונמצאו כבודה וצנעתה מחוללים. כמו כן מושתק האיש מלחזור בו, מכוח עקרון ההסתמכות הסבירה, כאשר האישה שינתה את מצבה לרעה, שינוי שאינו חוזר. כמבואר שם, ההשתק מכוח הסתמכות שוב אינו טענת הגנה בלבד, אלא גם מהווה עילת תביעה ואכיפה.

אני חוזר ומאמץ מה שכתבתי שם, והריני מבקש להוסיף כמה דברים. אין לפנינו הוראה שבדין שעל-פיה ייפטר הסכסוך שלפנינו. גם בחוק שנכנס לתוקפו זה מקרוב, חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), אין הוראה המסדירה סיטואציה כזו שלפנינו. שתיקת המחוקק כמה פנים לה. ראה: על"ע 663/90, 691, 5154/91 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו [6], בעמ' 404; בג"צ 4267/93, 4287, 4634 אמיתי - אורזים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' [7], בעמ' 457.

אין לומר ששתיקת החוק כמוה כהסדר שלילי. העניין חשוב מדי, מסובך ומורכב מדי להסדר שבשתיקה.

גראה ששתיקת החוק נובעת מהפער הקיים תמיד בין קצב ההתפתחות בתחומי המדע והטכנולוגיה, לבין יכולת המשפט לקלוט שינויים אלה ולעגנם בחקיקה. בית המשפט העליון של אוסטרליה תיאר את הפער האמור, ב-*Mount Isa Mines Ltd. v. Pusey* [46] (1970):

"Law, marching with medicine but in the rear and limping a little".

החוק שותק במקרה דנן מפני היותו "צולע ומדדה אחרי הרפואה", ולפנינו אפוא תחום משפטי-רפואי שטרם הוסדר על-ידי המחוקק.

פיתוח המשפט

קיומו של חסר בדין מטיל על בית המשפט את החובה לפתח את המשפט כדי לתת מענה למקרה המובא לפניו. אין הוא רשאי לשבת בחיבוק ידיים בבחינת "שב ואל תעשה עדיף". ראה לעניין זה J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (New York, 2nd ed., 1948) 302:

* שם.

א

"When a case comes before a court for decision, it may be that nothing can be drawn from the sources heretofore mentioned; there may be no statute, no judicial precedent, no professional opinion, no custom, bearing on the question involved, and yet the court must decide the case somehow; the decision of cases is what courts are for ... And I do not know of any system of Law where a judge is held to be justified in refusing to pass upon a controversy because there is no person or book or custom to tell him how to decide it. He must find out for himself; he must determine what the Law ought to be; he must have recourse to the principles of morality".

ב

באיוז דרך ובאילו כלים עלינו לפתח את המשפט? פרופ' ברק מבחין בין סוגים שונים של יצירה שיפוטית, ולענייננו חשובה ההבחנה בין שני אלה: השלמת חסר ופיתוח המשפט. במאמרו, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 267, 269-270, אמר דברים אלה:

ג

"הסוג השני של קביעת הדין על ידי השופט הוא מילוי החסר ... קיים חסר מקום שנורמה משפטית או הסדר משפטי הוא בלתי שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או תכלית ההסדר. כשם שקיים חסר בקיר אבנים, מקום שהבנאי שוכח להכניס אחת האבנים הנחוצות להשלמת הקיר

ד

הסוג השלישי של קביעת הדין על ידי השופט הוא בפיתוח המשפט ... במרכזה עומדת פעילותו של השופט כיוצר נורמה משפטית חדשה, הנדרשת על פי צרכי החיים, בלא שהוא מפרש בכך טקסט נורמטיבי קיים, או יוצר טקסט נורמטיבי חדש כדי למלא חסר בטקסט נורמטיבי קיים".

ה

פרופ' ברק חזר על דברים אלה, בספרו פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית (נבו, 1992) 609 באומרו:

ו

"פיתוח המשפט הוא פעילות שיפוטית, אשר במסגרתה השופט יוצר נורמה חדשה או מכריז על ביטולה של נורמה קיימת ... פעילות זו מבוססת על הצורך להתאים את המשפט למציאות החיים. מוסדות והסדרים משפטיים, אשר שירתו את החברה בעבר, שוב אינם תואמים את צרכי ההווה והעתיד".

ז

על-פי הבחנה זו, המקרה שלפנינו שייך לתחום של פיתוח המשפט ולא לתחום של השלמת החסר, שכן אין לפנינו נורמה חסרה או לקויה. קצב התפתחות החיים גרם לכך שהמחוקק טרם נתן דעתו על מכלול של שאלות מתחום ההפריה והגנטיקה, ועל כן עלינו ליצור את הנורמה הראויה לחול על המקרה שלפנינו.

בעשותנו כן, עלינו: (א) לבחון את האינטרסים המתנגשים; (ב) לעמוד על הציפיות הלגיטימיות של שני הצדדים; (ג) לשקול את שיקולי המדיניות המשפטית הראויה.

האינטרסים המתנגשים

א שתיים הן הזכויות העיקריות המתחרות זו בזו: הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה. ואולם, מאחר שאין הוראת דין החלה על המקרה, נדייק יותר אם נאמר, האינטרס להיות הורה והאינטרס שלא להיות הורה. מהו תוכנם של אינטרסים אלה? האינטרס להיות הורה הוא מן השאיפות הבסיסיות ביותר של האדם, ואין הדבר צריך לפנינו. כע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי [8], בעמ' 441, נאמר:

ב "בדרך-כלל אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי".

ובע"א 451/88 [2], בעמ' 337, נאמר:

ג "הזכות להורות הינה זכות אנושית יסודית לה זכאי כל אדם...".

ד בית המשפט העליון בארצות-הברית, בעניין [52] *Skinner v. Oklahoma* (1942), דן בשאלה אם הזכות להורות היא זכות חוקתית מוגנת, והוא מסיק כי הזכות להורות היא "One of the basic civil rights of man", וכי זכות זאת היא "Fundamental to the very existence and survival of the race" (50, בעמ' 541).

ה כנגד אינטרס קיומי זה עומד האינטרס ההפוך, שלא להיות הורה, או ליתר דיוק שלא להיות הורה בעל-כורחו. בבואנו לאון בין האינטרסים המתנגשים זה בזה, יש לזכור כי למרות מטבע הלשון הסימטרית, "להיות הורה", ו"שלא להיות הורה", אין האינטרסים האלה שקולים. האינטרס בהורות מהווה ערך בסיסי וקיומי הן בעבור הפרט והן בעבור החברה כולה. לעומת זאת, אין שום ערך, כשהוא לעצמו, בהיעדר הורות. הערך המוגן באינטרס שלא להיות הורה הוא ערך הפרטיות, כלומר חירותו וזכותו של הפרט לבל יתערבו בהחלטותיו האינטימיות. ראה בעניין זה את מאמרה הנ"ל של ד"ר ברק-ארז, בעמ' 198-200:

ו "כלל לא ברור אם הזכות להיות הורה והזכות לא להיות הורה צריכות להיות נידונות באותו מישור רק בשל היותן סימטריות לכאורה. במילים אחרות, לא ניתן להניח קיומה של סימטריה בין שתי הזכויות רק משום שהן אוהזות בשני קצותיו של חבל ההורות.

ז ככלל, הזכות ל"יש" והזכות ל"אין" אינן שקולות תמיד. האם הזכות לחיים שקולה לחלוטין לזכות למות? אכן, אפשרית עמדה מוסרית לפיה יש לכל אדם זכות להיות וזכות למות, ושתייהן זכויות שוות-משקל. מי שמקבל השקפה זו יתמוך בהכרה מלאה במימוש הזכות למות גם באמצעות "המתת-חסד" אקטיבית. אולם אפשרית גם עמדה אחרת, א-סימטרית. כך, למשל, נדחתה בישראל ההשקפה ה"שוויונית" לגבי החיים והמוות. מע"א

506/88 שפר נ' מדינת ישראל עולה גישתו של בית המשפט כי הזכות לחיים היא בעלת מעמד עדיף, ועל-כן, לכל היותר, ניתן להכיר בהמתת-הסד' פסיבית (כתנאים מסוימים). כלומר, היש והאין אינם תמיד בעלי אותו משקל.

...

... אפילו היינו רואים בזכות להורות ובזכות להימנע מהורות רק נגזרות של אוטונומיית הרצון, לא היתה הסימטריה ביניהן הכרחית. לא כל רצון אנו מכבדים, ולא כל רצון יש לכבד באותה מידה. מעבר לכך, הביקורת העיקרית מכוונת נגד התפיסה הצרה של פסק-הדין לגבי הזכות להורות. האם נכון לראות בה זכות נגזרת מהזכות להגשמה עצמית לחירות ולכבוד? האם זה כל מה שיש בה? לדעתי, יש לגלות בה פנים רבות נוספות. הזכות להיות הורה היא זכות עצמאית, ולא רק ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי. מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות. אכן, הבחירה להימנע מהורות היא דרך חיים אפשרית, שהחברה והמשפט צריכים לכבד. אולם הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי. נוסף על כך, בהחלטה ליהפך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמאית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך. אולם הזכות להורות אינה שואבת רק מן ההגשמה העצמית. הזכות לחיים היא זכות-יסוד עצמאית, ולא נגזרת של אוטונומיית הרצון; וכמותה גם הזכות להורות. באספקלריה זו, הסימטריה שיוצר פסק-הדין בין הזכות להורות לבין החלטה (לגיטימית, כשלעצמה) לא להיות הורה (כביטוי לחירות האישית) מתערערת, או לפחות טעונה דיון נוסף".

ולענייננו. ראשית, אין מדובר בכפיית הורות. מדובר באדם שנתן את הסכמתו להורות, אך הוא מעוניין שתידרש הסכמתו אף גם בהמשך התהליך. האינטרס החברתי בכך שלא תיכפה הורות על אדם אינו מוביל למסקנה שיש בהכרח להאריך את תקופת הזמן שבה תידרש הסכמתו. האינטרס במניעת הורות בעלי-כורחו בא על סיפוקו בכך שנדרשת הסכמה, גם אם ההסכמה היא חד-פעמית ובלתי חוזרת.

שנית, בעבור האישה יש להניח שזו אפשרותה היחידה לממש את הורותה.

משקלם המצטבר של שני גורמים אלה מוביל למסקנה ברורה של העדפת האינטרס להיות-הורה. לאותה מסקנה נוכל להגיע על-ידי השוואת הנזקים העלולים להיגרם משלילת הזכויות. נטלת הורות מאדם, כאילו את נפשו נטלת. במקרא אנו מוצאים את קריאתה הנואשת של רחל אמנו, "הבה לי-בנים ואס-אין מתה אנכי" (בראשית ל, א [ת]).

כמו כן מדברי חז"ל אנו למדים כי "מי שאין לו בנים חשוב כמת" (בראשית רבה (וילנא), ע"א, ט [ט]). וכן דרשו את הפסוק בירמיה, כב, י [י]) "אל תבכו למת ואל תנוודו לו בכי בכה להולך" – אמר רב יהודה: להולך בלא בנים (מו"ק, כז, ב [יא]). לעומת זאת, שלילת האינטרס שלא להיות הורה, מסתכמת בהטלת נטלים שאינם רצויים לאדם. בלי למעט במשקלם של נטלים כאלה, אין הם שקולים כנגד "נטילת נפשו" של בן הזוג.

גם בעניין [47] *Davis* הכריע בית המשפט שם לטובת עמדתו של הבעל, רק מפני שבאותו שלב לא ביקשה האישה את החומר הגנטי המופרה בעבור עצמה, אלא בעבור אישה אחרת. ואומר שם בית המשפט כי אילו רצתה האישה את החומר המופרה בעבור עצמה, ואילו דובר במצב שאין לה אלטרנטיבה אחרת לממש את זכותה לאימהות, נוטה בית המשפט לומר שיש לכבד את זכותה של האישה לאימהות על פני זכותו של הבעל שלא להיות אב.

לסיכום נקודה זו אומר שהאינטרס של האישה לאימהות גדול, ומכריע את האינטרס ההפוך של האיש.

הציפיות הלגיטימיות של הצדדים

אחת המשימות של השופט, כאשר הוא עוסק בחקיקה שיפוטית, היא הגשמת הציפיות הלגיטימיות של הצדדים. באומרנו "לגיטימיות", אין הכוונה לציפיות המעוגנות בחוק, שכן אילו היה בענייננו חוק חירות או פסוק, לא היינו נזקקים לחקיקה שיפוטית; "לגיטימיות", במשמע ציפיות הראויות להגנה על-פי מערכת הערכים המקובלת בחברה.

על-חשיבותה של משימה זו עמד פרופ' א' ברק, במאמרו "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג-מ"ד) 25, 71:

"... יש להימנע ... מבחירה באותה אופציה שיש בה פגיעה בציפיות הסבירות. הטעמים לכך רבים. פגיעה בציפייה סבירה פוגעת בחוש הצדק, משבשת חיי חברה תקינים, פוגעת באמון הציבור במשפט, ושוללת אפשרות תכנון התנהגות".

הגשמתן של ציפיות הצדדים חשובה היא בכל תחום של חקיקה שיפוטית, אך חשיבות מיוחדת לה במקרה דנן. פיתוחן של טכניקות הפריה והולדה מחייב שהדין יכיר במשקלו של היסוד הנפשי של הגפשות הפועלות מאחורי טכניקות אלה. ראה בעניין זה A. S. Stumpf, "Redefining Mother: A Legal Matrix For New Reproductive Technologies" 96 *Yale L. J.* (1986-87) 187.

במקרה שלפנינו מדובר בשני בני-זוג אשר עברו כברת דרך ארוכה תוך הליכה משותפת. נכון הדבר שאין לדעת בוודאות מה חשבו בני הזוג בשעתו למקרה של פירוד ביניהם. ואולם אי-ודאות זו אינה אופיינית דווקא לדיני המשפחה. בשתי דרכים המשפט משתזר את כוונת האדם: בכוונה משוערת ובכוונה מיוחסת. כוונה משוערת – על-פי

ניסיון החיים והשכל הישר, ובהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה. כוונה מיוחדת - כאשר אין שום דרך לשער את כוונת הצדדים, והמשפט - למטרותיו - מייחס לאדם כוונה שלא מדעתו ואולי גם שלא לרצונו.

א

בענייננו - מדובר באישה שעברה ניתוח גינקולוגי ונאלצה לעבור טיפולים מורכבים, פולשניים וכואבים לצורך הוצאת הביציות, תוך ידיעה שקרוב לוודאי זו לה ההודמנות האחרונה להביא ילד משלה לעולם. קשה להניח שהייתה מסכימה לעבור את הטיפולים הללו בידיעה שהבעל יוכל להתחרט בכל עת אשר יחפוץ. אין זה מתקבל על הדעת שאדם יסכים ששביב תקוותו היחידה והאחרונה יהיה תלוי בקפריזה של בן-זוגו, שבכל עת יוכל להתחרט.

ב

ניתן אפוא לומר שכוונתה המשוערת של האישה הייתה שחרטתו של האיש לא תשפיע על המהלך שהותל בו.

ג

ומהו מצבו של הבעל? הוא נדרש מתחילה לקבל החלטה להסכים להפרות את הביצית מזרעו. האם ניתן לשער שהיה נמנע מכך אילו ידע שלא יוכל לחזור בו בהמשך? לאו דווקא. אין בעלים נמנעים מלקיים יחסי אישות רק מפני שאין דעתם עתידה להישמע לעניין הפלה (בעקבות ע"א 413/80 פלזנית נ' פלזני 91).

ד

נראה לי אפוא שיש להניח שהכוונה המשוערת של שני הצדדים במקרה דגן הייתה שאין לצד אחד זכות לעכב את המשך התהליך.

ה

אשר לכוונה "מיוחדת", ייחוס כוונה יכול להיעשות לפי שיקולי צדק או לפי שיקולי מדיניות. שיקולי הצדק כבר פורטו לעיל, ונזכרים בקצרה. מתן זכות לבעל להשמיד את הביציות (או למנוע את השימוש בהן - והיינו הן) ימנע מהאישה את יכולתה היחידה להיבנות, בעוד לו נולדו ילדים מאישה אחרת. לעומת זאת, מתן יכולת לאישה להמשיך בתהליך יטיל עליו נטלים לא רצויים. אין מקום כלל להשוות בין הרעות האלה. זאת ועוד, מדובר באדם אשר נתן את הסכמתו, ובהסתמך על כך הסכימה האישה להתערבות בגופה ולטיפולים מכאיבים, ואף שינתה את מצבה לרעה, באופן שאין חזרה ממנו. היא עשתה כן בהסתמכה על מצג שהתהליך יימשך, ונתקיימו היסודות ל"השתק הבטחה", כפי שעמדתי על כך בע"א 5587/93. עתה, ולאחר כל אלה, מבקש האיש לחזור בו. על כגון דא נאמר "כל המשנה, ידו על התחתונה". וכאשר אנו שוקלים אם לייחס לאיש כוונה שיוכל לחזור בו כל אימת שיחפוץ, נראה לי שאין מן הראוי לעשות כן.

ו

שיקול נוסף במסגרת שיקולים של צדק הוא שאין להקנות יתרון בלתי הוגן לאחד הצדדים. הקביעה, שבהיעדר הסכמה מפורשת יכול כל צד לחזור בו כל אימת שירצה בכך,

* ש.ס.

פוגעת באיזון ובשוויון שבין הצדדים. הצורך בהסכמת שני בני הזוג לכל אורך הדרך מקנה לצד הרוצה בהפסקת התהליך זכות וטו על הצד השני. זכות זו מותירה את הצד החפץ בהמשך התהליך, כל כולו, נתון לחסרו של הצד שכנגד. ברצותו יסכים, וכהרף עין יוכל לחזור בו. זוהי תוצאה שאין הרעת סובלתה. תחת זאת, יש לקבוע שבהיעדר הסכמה מפורשת לגבי מקרה של פירוד, יש לייחס לצדדים כוונה שאין צד אחד יכול לחזור בו, וכך יש לנהוג.

א

גם בסוגיה זו נפנה אל הספרות המשפטית סביב פרשת *Davis* [47] לצורך השוואה והשראה.

ב

השיקול, שלפיו אין לתת לצד שאינו מעוניין בהשתלה "שליטה" על הצד שכנגד, פורט במאמר של A. R. Panitch, "The *Davis* Dilemma; How to Prevent Battles Over Frozen Preembryos" 41 *Case W. Res. L. Rev.* (1991) 543, 572-573.

"One approach would be to require mutual spousal consent as a prerequisite to implantation of all preembryos created through IVF. This approach would require obtaining consent twice from each spouse - once when the IVF procedure is initiated and again before each implantation.

ג

...

This rule would also have disadvantages, however. Most significantly it would grant tremendous power to one spouse over the other. It would mean that even though both spouses initially consented to having a child through IVF, neither could proceed with certainty that the other would not truncate the process. Such an outcome would surely frustrate the spouse seeking implantation, who will have invested large financial expense, time, energy, and, in the wife's case physical pain. *The required second consent for implantation could become a tool for manipulation and abuse between spouses, especially under circumstances of a pending divorce. Any spouse ultimately denied the chance to have a child through IVF would probably suffer considerable emotional stress*" (ההרגשה שלי - צ' א' ט').

ד

ה

ו

לאחר שהמחברת שוקלת את יתרונותיה וחסרונותיה של גישה זו, היא מגיעה למסקנה שיש להסתפק בהסכמה שניתנה בזמן ההפריה, וזאת בהתבסס על דיני ההשתק:

"Fairness considerations require a determination of whether it would be more equitable to allow the spouse who wants to prevent the possibility of a birth to prevail, or instead to allow the spouse to continue the process of who wants procreation to prevail. One fact is of vital importance in making this judgement; the spouse who opposes implantation wanted a child at one time and submitted to the IVF process with that end in mind.

ז

א

The two spouses once agreed on this issue and initiated the IVF procedure in reliance on that mutual wish. Given this background, *the greater injustice would be to deny implantation to the spouse who detrimentally relied on the other's words and conduct.*

Protection against this sort of injustice is recognized by the well established doctrine of estoppel ...

ב

The elements of estoppel are satisfied in a dispute such as *Davis*. The knowing action of the objecting spouse is the undertaking of IVF for the purpose of producing a child. The prejudice to the other spouse and money, time, the consists of psychological commitment necessarily expended in pursuing the full procedure. *The injury would include not only the time and money spent, but also the last opportunity to have a child*' (575-574 בעמ' שט, ט"ז; שט, בעמ' 574-575).

ג

ראה גם B. L. Henderson, "Achieving Consistent Disposition of Frozen Embryos in Marital Dissolution Under Florida Law" 17 *Nova L. Rev.* (1992) 549.

ד

העולה מן המקובץ הוא, שבהיעדר התנאה מפורשת בין הצדדים לגבי גורל הביציות במקרה של פירוד, יש לשער שכוונתם הייתה שאין ביכולתו של צד אחד להפסיק את התהליך בניגוד לרצונו של הצד המעוניין בהשתלה. ואם לא ניתן לשער את כוונתם, יש לייחס להם כוונה זו. על-פי שיקולים כבדי משקל של צדק, זכות ההסתמכות והציפיות הלגיטימיות, יש למלא ציפיות אלה בלא צורך בהסכמה נמשכת והולכת כדי להמשיך את התהליך אחר שהתפריה נעשתה בהסכמה.

ה

שיקולי מדיניות

מלבד השיקולים שהוזכרו לעיל ישנם שיקולי מדיניות נוספים, ולפיהם יש לקבוע שדי בהסכמת בני הזוג רק בזמן ההפריה.

ו

ראשית, היציבות המשפטית והוודאות המשפטית מחייבות לצמצם במידת האפשר את פרק הזמן שבו נדרשת הסכמת הצדדים. מלבד שני בני הזוג, מעורבים בתהליך צדדים נוספים ומערכות נוספות, בכללם האם הפונדקאית והמוסד הרפואי. מתן אפשרות לביטול חד-צדדי עלול להגדיל את מספר המקרים שבהם תהיינה תגודות ותהפוכות, ויקשה על ביצוע התהליך.

ז

שיקול זה הוזכר בעניין אימוץ, ונאמר שעל בית המשפט לצמצם את מספר המקרים שבהם מאפשרים להורים לחזור בהם מהסכמתם. בע"א 623/80 פלונית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה [10], בעמ' 77, נאמר על-ידי השופט שמגר:

"... תוצאותיה של הגישה המתוארת, כפי שגובשה אצלנו, הן גם מחוייבות ההגיון וניסיון החיים: הרי יקשה ביותר להשלים אימוצו של קטין, אם על

אף מתן הסכמתם של ההורים, יהיה צורך לחשוש או לצפות, בבוקרו של כל יום במשך החודשים החולפים בהכרח בין מתן הסכמת ההורים ועד למתן צו האימוץ, שמא ישנו ההורים הטבעיים לפתע את דעתם, מרצונם או בהשפעתם של אחרים, יהיו שיקוליהם או טעמיהם אשר יהיו."

א

שיקול נוסף הוא שיש לשאוף להסדר אשר יעודד בני-זוג שאינם יכולים להיפקד באופן טבעי, להיעזר בשיטות של הפריה מלאכותית, ולהימנע מהסדר העלול להרתיע ולמנוע מבני-זוג את השימוש בשיטות אלה. הקביעה שכל צד יכול לחזור בו כל אימת שירצה בכך, תשמש בוודאי גורם מרתיע. הדברים נכונים לגבי שני בני הזוג, אך ביתר תוקף לגבי האישה, אשר צריכה לעבור טיפולים ארוכים ומורכבים. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר, כבמקרה שלפנינו, על הזדמנות חד-פעמית ואחרונה.

ב

לעומת זאת, אין סיבה לסבור שהקביעה שההסכמה בזמן ההפריה היא בלתי חוזרת, תשמש גורם מרתיע. בני הזוג ישקלו את כל שיקוליהם טרם ביצוע ההפריה, תוך ידיעה שהסכמתם זאת מחייבת אותם בלא יכולת לחזור בהם, אלא אם כן החלטת החזרה תהיה משותפת. כבר הערנו לעיל שחוסר יכולתם של בעלים לדרוש מנשותיהם שיבצעו הפלה, איננו מהווה גורם מרתיע.

ג

שיקולי המדיניות המשפטית הראויה, יחד עם השיקולים הערכיים ושיקולי צדק שנמנו לעיל, כולם מצטרפים יחד למסקנה ברורה וחד-משמעית: יש להחזיר על כנה את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, ולהורות לבית החולים לאפשר לאישה לבצע את המשך הטיפול הדרוש לצורך הפונדקאות.

ד

הזכות להפיל

ניתן להקיש אל השאלה העומדת לפנינו מעניין דומה, הוא עניין ההפלות.

ה

זכותה של האישה, בנסיבות מסוימות, להפיל היריון, מוכרת בשיטתנו המשפטית, אף שבעניין העילות המצדיקות הפלה נטוש ויכוח ציבורי, אשר מוצא את ביטויו בחוק (ראה פרק י' סימן ב' לחוק העונשין, תשל"ז-1977). מימוש זכות זו עלול לפגוע באינטרס של בן הזוג, ולמרות זאת נקבע שאין צורך בהסכמתו, ואף אין לו כלל מעמד ב"ועדת ההפלות" לפי סעיף 316(א) לחוק העונשין (ראה ע"א 413/80 [9]).

ו

במאמר שהוקדש לפרשתנו, ביקש פרופ' חיים גנו לגזור את המסקנה כי:

"אמרת, שאם יש לנשים זכות להפיל בראשית היריוןן עלייסוד זכותן לשלוט בחייהן, ראוי שתהיה לדני נחמני זכות לעצור את ההליכים לקראת פונדקאות לביציות שנתעברו מזרעו. מכיוון שהראיתי כי יש לנשים זכות כזאת, יש זכות כזאת גם לנחמני" (גנו, במאמרו הנ"ל, בעיוני משפט יח, בעמ' 91).

ז

ואולם, מסקנתו של גנו אינה עומדת במבחן הביקורת. העדיפות שהמשפט העניק

א לאישה, להחליט על הפלה, תוך הפלייתו לרעה של האיש וחרף התנגדותו, נובעת אך ורק מכך שמדובר בהחלטה הנוגעת לגופה. האישה לבדה היא הנושאת את העובר, ועל-כך ההחלטה להפיל נמסרה לה לבדה. ההיקש הסימטרי לגבי זכות דומה לאיש, אינו אלא היקש מדומה ומופרך.

ב במאמר שיצא בעקבות פסק הדין בעניין [53] *Roe v. Wade* (1973), אשר פיתח את זכות ההפלה, נאמר:

ב "Allowing women the exclusive right to decide whether the child should be born may discriminate against men, but at some point the law must recognize that there are differences between men and women, and must reflect those differences" (R. A. Gilbert, "Abortion: The Father's Rights" 24 *Cin. L. Rev.* (1973) 443).

ג ואכן כך קבע בית המשפט העליון בארצות-הברית בפרשת *Planned Parenthood v. Danforth* (1976) [54], at 71:

ד "We recognize, of course that when a woman, with the approval of her physician, but without the approval of her husband, decides to terminate her pregnancy, it could be said that she is acting unilaterally. The obvious fact is that when the wife and the husband disagree on this decision, the view of only one of the two marriage partners can prevail. *Inasmuch as it is the woman who physically bears the child and who is the more directly and immediately affected by the pregnancy, as between the two, the balance weighs in her favor*" ("ההדגשה שלי - 'ז' א' ט'").

ה אף במשפטנו, העיקרון שלפיו אין לבעל זכות להתנגד להפלה, נובע מאותם טעמים. המלומד פרופ' שיפמן סיכם כך את הדברים:

ו "הדגש העיקרי על זכותה של אשה לשלוט על גופה הביא לשלילת מעמדו של הגבר בהחלטות על הפסקת הריון. כך נפסק בישראל, בעקבות פסיקה מקבילה בארצות הברית ובבריטניה, שאין הגבר רשאי למנוע מן האשה להפסיק את הריונה, כשם שאינו רשאי לדרוש ממנה להפיל, אם היא מבקשת להמשיך בהריון. החלטת האישה להפסיק את הריונה עלולה לפגוע בציפיותיו של הגבר להיות אב, כלומר להולדת ילד שמקורו במטען הגנטי של שניהם, ושיצירתו היתה, אולי, פרי החלטתם המשותפת. אם היה הגבר נשוי לאשה, החלטת האשה על הפלה עלולה להיות בגדר הפרה של ציפיות לגיטימיות שנוצרו עם הנישואין, הנתפשים כמסגרת שאחת ממטרותיה היא הבאת ילדים לעולם.

ז עם זאת, שיקולים אלה אינם נותנים ביד הגבר, אפילו היה נשוי לאשה, זכות שווה לשלה בקבלת ההחלטה על הפסקת הריון. עדיפותה של האשה נובעת מן

האינטרסים שלה בשליטה על גופה. אינטרסים אלה מקנים לה שיקול דעת מוחלט אם ליוזם הפסקת הריון, אם לאו" (שיפמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 213).

א

מכאן, שאלמלא הגורם המכריע – היות העובר חלק מגוף האישה, או, בלשון חכמינו: "עובר ירך אמו", אין לאישה זכות להשמיד את העובר בניגוד לרצונו של בן-זוגה. על-כן, המסקנה ההגיונית מדיני ההפלות היא הפוכה מזו שביקש לגזור גנו. כאשר אין מדובר בהתערבות בגופה, אין אישה זכאית להשמיד את עובריה בלא הסכמת בן-זוגה; ממש כך אין הבעל זכאי להשמיד את הביציות בניגוד לרצון האישה (והלוא עיכוב השימוש בהן, כמוהו כהשמדתן).

ב

עלינו להכריע, כי אין הבעל זכאי להשמיד את הביציות בניגוד לרצון האישה. אדרבא, האישה זכאית להמשיך בתהליך ההשתלה, על-אף התנגדותו של הבעל.

ג

השוויון

חלק ניכר מפסק-דין הרוב בע"א 5587/93 נושא דיונונו, הוקדש לעיקרון השוויון בין המינים. עיקרון זה הוא עקרון יסוד במשפט, ועלי-כן שומה עלינו לבדוק אם הפתרון המוצע כאן עומד במבחן השוויון. לשון אחר, האם השיקולים והעקרונות המוצעים עד כה, יעמדו בעינים גם במקרה ההפוך, כאשר האישה היא המבקשת להשמיד את החומר הגנטי המופרה, והבעל הוא המבקש להמשיך את תהליך ההשתלה ברחם פונדקאית?

ד

אמנם היה מי שטען שהיתרון אשר המשפט העניק לאישה בדיני ההפלות, עומד לה גם בסכסוכים על גורלן של ביציות מופרות. ואולם, כפי שהוסבר לעיל, אין עמדה זו יכולה להתקבל. היתרון לאישה בדיני ההפלות נובע אך ורק מהיות העובר "ירך אמו", ובהיעדר נתון זה, אין סיבה לסטות מעקרון השוויון.

ה

התשובה לשאלתנו היא ברורה וחד-משמעית. במקרה ה"הפוך", כאשר האיש רוצה להמשיך בתהליך עלידי פונדקאית אחרת, לא תוכל האישה להתנגד. אותם שיקולים פועלים ובאותה המידה, ויש לקבוע כי די בהסכמה שניתנה בזמן ההפריה, ועל פיה הבעל זכאי להמשיך את התהליך אף בניגוד לרצון האישה. אין צריך לומר, כאשר זו הודמנותו היתידה להביא ילדים לעולם. שיקולי הצדק ושיקולי המדיניות המשפטית הראויה, פועלים אז לטובתו של הבעל:

ו

"There are several forms which a disagreement between progenitors could take. The woman may want the embryo to be brought to term, and the man may want the embryo terminated. In that case, it would seem appropriate for the woman to be allowed to gestate the embryo. The

ז

* ש.ט.

א Supreme Court's abortion and contraception decisions have indicated that the right of procreation is the right of an individual which does not require the agreement of the individual's partner. In particular the woman has been held to have a right to abort without the husband's consent and the right not to abort over the wish of the husband that she abort.

ב But what if the positions were reversed and the woman wished to terminate the embryo and her male partner wished to have it brought to term? When an embryo conceived naturally is developing within a woman during the first two trimesters, it is clear that the woman's decision whether or not to terminate it takes precedence over the desires of the man who provided the sperm. ... it is at least arguable that the man's wishes should be honored when the embryo's continued existence need not be balanced against the physical and psychological needs of the woman carrying it. The man clearly would not have the right to force the female progenitor to gestate the embryo, but there seems to be no reason not to give him custody of the embryo for gestation in a surrogate mother" (L. B. Andrews, "The Legal Status of the Embryo" 32 *Loy. L. Rev.* (1986-87) 357, 406-407).

ג
ד
ה מכאן שהפתרון המוצע עומד במבחן השוויון ואינו מפלה כלל בין המינים. אדרבא: דברינו מביאים לצמצום ההפליה בין המינים בדיני ההפלות, רק לאותם מקרים שבהם היא רלוואנטית, היינו, כשמדובר באוטונומיה של האישה על גופה. בתחום ההפריה החוץ-גופית, לעומת זאת, יש לנהוג שוויון גמור, ולקבוע שצד המעוניין בהשתלת הביציות, זכאי לעשות כן, חרף התנגדות בן/בת-זוג.

מורשת ישראל

ו אין ספק כי עקרונות היסוד של שיטת המשפט שלנו, על-פי חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, כוללים בתוכם גם את מורשת ישראל (ראה ברק, בספרו הנ"ל, כרך א, בעמ' 616). חרף ביקורתו על חוק יסודות המשפט, מציין פרופ' ברק כי ההסדר שנקבע שם עדיף על ההסדר שקדם לחוק, ואלה דבריו "עדיף הסדר המפנה למורשת ישראל, שהיא מורשתנו אנו, על פני הסדר המפנה למורשת זרה" (שם).

ז יודגש, כי פנייה זו למורשת ישראל נעשית לאחר שהוגדרה מהי השאלה המשפטית הטעונה הכרעה, וההשראה היא במסגרת שאלה זו. במקרה דנן, הגדרנו את השאלה כך - כיצד יש לאזן בין הערך של תורות לבין הערך של היעדר תורות?

מורשתנו רואה בתורות ובהולדת ילדים את אחד הערכים הנשגבים ביותר. במקרא אנו מוצאים את הברכה לאדם:

"ויברך אתם אלהים ויאמר להם אלהים פרו ורבו ומלאו את-הארץ וכבשה...."
(בראשית, א, כח [ח]).

א ערך זה מודגש פעמים רבות בדברי חכמינו, ונסתפק באיזכור אחד מן המשנה (גטין, ד, ה [יב]): "לא נברא העולם אלא לפריה ורביה, שנאמר (ישעיהו, מה, יח): 'לא תהו בראה, לשבת יצרה'".

ב אין צריך לומר שהיעדר הורות אינו מן הערכים של מורשת ישראל. אדרבא, אנו מוצאים בדברי חכמינו, כי -

"תנא, ר' אליעזר אומר, כל מי שאין עוסק בפריה ורביה, כאילו שופך דמים" (יבמות, סג, ב [יג]).

ג וכך דרשו בגמרא (ברכות, י, א [יד]). בדבר נבואת ישעיהו לחזקיהו המלך (מלכים ב, כ, ב [טו]) "צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה", כי מת אתה בעולם הזה, ולא תחיה בעולם הבא, משום שלא עסקת בפרייה ורבייה.

ד ביחסים שבין בני-זוג ההלכה קובעת שיש שיעבוד של הבעל כלפי אשתו, לסייע לה בהבאת ילדים לעולם. אמנם אין שיעבוד זה ניתן לאכיפה, אך היעדר הכפייה איננו רלוואנטי לענייננו, שכן השאלה של כפייה איננה עומדת כלל על הפרק. הבעל מחויב לסייע, ועל אחת כמה וכמה הוא איננו רשאי לחבל בתהליך. בפסק הדין בע"א 5587/93 הבאתי את המקור לקיומו של שיעבוד זה והוא בתלמוד (יבמות סה, ב [יג]); עיין שם.

טוף דבר

ה סופם של דברים נעוץ בתחילתם. בהחלטתו לקיים דיון נוסף, אומר הנשיא שוגר כי:

"הנני סבור, עם כל הכבוד, כי השאלות שעלו בערעור אורחי 5587/93 נבחנו בצורה יסודית, מקיפה ומאלפת, הן בפסק הרוב והן בפסק המיעוט. אולם הנושא הוא חדשני וראשוני וללא ספק בעל חשיבות מיוחדת בעולמנו המחודש פניו מבחינה מדעית וחברתית".

ו עתה, לאחר פריסת יריעה רחבה ועמוקה, ניתן לראות כי אכן ה"ראשוניות" של הנושא הצדיקה דיון נוסף. מטבעו של נושא חדשני וראשוני, שאין אדם יכול לעמוד עליו, אלא עליידי חזרה ועיון נוסף.

ז לאחר העיון האמור הגעתי למסקנה כי אמנם, ולכתחילה, מן הראוי שההחלטות בעניין גורלן של ביציות מופרות תתקבלנה על דעת שני בני הזוג ובהסכמת שניהם,

* ש.ט.

ואולם, מקום שאין הסכמה בין הצדדים, דוגמת המקרה שלפנינו, יש לאפשר לבן/בת הזוג המבקשים להמשיך בתהליך ההשתלה לעשות כן חרף התנגדותם של בת/בן הזוג האחר.

א

השופטת ד' דורנר: 1. בסכסוך זה שבין רותי נחמני (להלן - האישה) לבין בעלה דני נחמני (להלן - הבעל) בדבר גורלו של מטענם הגנטי המשותף - הביציות המופרות - גוברת, לדעתי, זכותה של האישה.

ב

העובדות

2. בני הזוג נישאו לפני כתריסר שנים. כמרבית הזוגות חפצו הם בילדים. ואולם, האישה חלתה במחלה ממארת והיה עליה לעבור ניתוח לכריתת רחמה. עם זאת, לא איבדו בני הזוג את תקוותם לילדים והחליטו כי ינסו את דרך ההפריה החוץ-גופית. האישה הסכימה כי בעת ניתוח כריתת הרחם לא יפגע המנתח בשחלותיה, ויסיטן כך שיימנע נוקן של ההקרנות שלאחריו. בזאת העמידה האישה - ששיתפה בהחלטתה באופן מלא את הבעל - את בריאותה בסכנה.

ג

הניתוח הצליח. בני הזוג החלו בחיפוש אחר אם "פונדקאית", שבה יושתלו ביציות שיילקחו מהאישה לאחר הפרייתן בורע הבעל. אך חיפוש זה כשל. לבני הזוג התברר כי לאור תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) חל איסור להשתיל ביציות מופרות ברחמה של "פונדקאית". בלית ברירה החליטו בני הזוג לבצע את כל התהליך בארצות-הברית. לצורך כך טסו לארצות-הברית ואף הצליחו, בעמל רב, לגייס סכום של כ-30,000 דולר. ואולם, במהרה התברר להם כי סכום זה נופל במידה משמעותית מהסכום הדרוש. מכשול כלכלי זה הותיר בידיהם רק אפשרות אחת. בני הזוג יצאו למאבק משפטי. תכניתם הייתה כי ההפריה תבצע בישראל, ואילו שלב ההשתלה ושלב "הפונדקאות" יתבצעו בארצות-הברית. בהואם לבצע את תכניתם התנה בית החולים אסותא את מתן טיפול ההפריה בהסכמת משרד הבריאות. משהסכמה זו לא ניתנה, עתרו בני הזוג לבית המשפט הגבוה לצדק. לאחר יותר משלוש שנים, באמצע שנת 1991, הסתיים המאבק. משרד הבריאות הסכים לתכנית העותרים, ולהסכמה ניתן תוקף של פסק-דין.

ד

ה

מיד לאחר מכן החלו הצדדים להוציא את תכניתם לפועל. במהלכם של שמונה חודשים עברה האישה סדרת טיפולים רפואיים קשים, שבהם הוצאו ממנה ביציות. אחת-עשרה מהן הופרו בהצלחה בורע הבעל, והוקפאו לצורך השתלתן העתידית. לכל אורכה של תקופה זו עברו בני הזוג את התהליך במשותף כאשר הבעל תומך באשתו, מעודדה ומסייע לה. בד בבד, החלו בני הזוג בהליכי התקשרות עם מכון ל"פונדקאות" בארצות-הברית. בסוף חודש ינואר 1992 התמו האישה והבעל על הסכם עם המכון, שהתייחס לצדדים הכספיים של התהליך. בני הזוג גם שילמו תשלומים הכרוכים בכך.

ו

בעוד בני הזוג מצויים בשיאו של התהליך, בחודש מרץ 1992 - חודשים לאחר חתימתו של ההסכם עם המכון ל"פונדקאות" - החליט הבעל לעזוב את הבית ולעבור

לגור עם חברתו. גם ילדה נולדה לו. הוא סירב לתת את הסכמתו להמשך התהליך ולהשתלת הביציות המופרות. לאישה אין עוד אפשרות מעשית לתזור על התהליך.

3. על בסיס עובדות אלה קבעה חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, בסעיף 33 לפסק-דינה כי אין ספק שבמאזן הנזק גדול נזקה של רותי מאי-מימוש הורותה, מנזקו של דני אם יכפו עליו הורות. דומה אפוא כי אף בעלי דעת הרוב בפסק הדין נושא דיון נוסף זה (להלן - ע"א נחמני) אינם חולקים כי במקרה זה נוטה כף הצדק בעימות שבין הצדדים לצדה של האישה. אלא שמסקנתה של השופטת שטרסברג-כהן היא שלא רק המקרה הפרטני צריך לעמוד לנגד עינינו, ואין די באהדה ובהבנה למשאלת לבה של רותי נחמני כדי להוליד תרופה משפטית לבעייתה" (סעיף 4), וכי אין בנמצא תשתית ראויה הנותנת בידי בית המשפט כוח לכפות על אדם הורות בעל-כורחו (סעיף 33).

אף פרופ' דוד הר, המלמד פילוסופיה של המוסר באוניברסיטה העברית בירושלים, הגיע למסקנה כי בפרשה זו נוצר נתק בין החובה המוסרית לבין החובה המשפטית. וכך אמר בריאיון עיתונאי:

"הוא (הבעל - ד' ד') הסכים להפריה חוץ-גופית אצל אשתו. ההחלטה הזו חייבה אותה לעבור טיפולים מכאיבים תוך סיכון בריאותה, טיפולים שגם יצרו אצלה ציפיות גדולות. המחיר שהיא שילמה על תהליך ההפריה גבוה לאין ערוך מהמחיר שהוא שילם, ועובדה זו מטילה עליו חובה מוסרית, לתת לה לסיים את התהליך, אפילו אם הוא חי בנפרד ממנה. זהו כאילו מחיר הגירושין. נכון, המחיר עצום, אבל מבחינה מוסרית הייתי מצפה ממנו לשאת בו. בנוסף, הסיכוי שלה לילד, אם לא תופרה הביצית הזו, נמוך... (יחד עם זאת - ד' ד') ההוק לא יכול לחייב אדם להיות אב בעל כורחו... כי חצי מהחומר הגנטי של אותה ביצית הוא שלו" (עיתון בוגרי האוניברסיטה העברית בירושלים (1996) 26).

השאלה המתעוררת לפנינו היא, האם אכן תועדף זכותו של הבעל שלא להיות הורה, המבוססת על "בעלותו" על מחצית החומר הגנטי של הביציות שהופרו בזרעו, על פני זכותה להורות של האישה, שאף היא תרמה לביציות אלה מתצית מן החומר הגנטי.

4. אכן, לא כל חובה מוסרית הינה חובה שבדין. ואולם, על הדין להביא לתוצאה צודקת. פרופ' דוורקין, השולל קיומו של שיקול-דעת שיפוטי, סבור כי על בית המשפט להכריע במקרים קשים על סמך עקרונות (principles), מוסר וצדק. וכך כתב:

"I call a 'principle' a standard that is to be observed ... because it is a

* .DS

requirement of justice or fairness or some other dimension of morality"
(R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 1979) 22).

א גם עליפי הגישה הדוגלת בקיומו של שיקול-דעת שיפוטי נדרש כי נורמות משפטיות יתפרשו על יסוד עקרונות של מוסר, צדק וזכויות האדם. במקרים שבהם עקרונות היסוד מתנגשים בינם לבין עצמם, תיפתר הסתירה על-ידי איוון ראוי בין הערכים המתנגשים. ראו ברק, בספרו הנ"ל, בעמ' 301. ראו גם: D. Lyons, *Moral Aspects Of Legal Theory: Essays On Law, Justice and Political Responsibility* (Cambridge, 1993) 64-101.

ב בהתייחסו לקשר בין צדק למשפט כתב כהן, בספרו הנ"ל, בעמ' 83:

ג "...המשפט צריך לכלול מלאי של סטנדרטים אשר יתפשו בו את מקומם כשיתר מקורות המשפט אינם מספיקים. המדובר אינו דווקא בשיקולים שילפנים משורת הדין. נכון יותר לומר שהצדק הוא בתוך הדין פנימה, עצם מעצמו. הוא שייך לתוך אותו החומר הגולמי העומד לרשות השופט בבואו לקבוע 'משפט'; ובכפופות לעליונות החוק החקוק, הרי הוא משפיע - וחייב להשפיע - את השפעתו לא רק על יצירת הדין כחלק מן המשפט הכללי, אלא גם על עשיית דין בין בעלי-דין".

ד 5. השאיפה לצדק עומדת ביסוד הדין. עמד על כך כבר אריסטו, בכותבו:

ה "הטעות אינה בחוק או במחוקק אלא בטבע הדברים: החוק מדבר בלשון אוניברסלית, ויכול שיתעורר עניין שאינו מכוסה על-ידי הלשון האוניברסלית - ואז נכשל המחוקק בהפשטת יתר ועלינו למלא את החסר... לכן היושר הוא צדק, ואפילו טוב מן הצדק הכללי, ועל-כך-פנים טוב מן הטעות הנובעת מהחלטות החוק" (אריסטו, אתיקה, מהדורת ניקומאכוס (תרגום מיוונית ג' ליבס, תשל"ג), 134. עובד על-ידי כהן, בספרו הנ"ל, בעמ' 101).

ו אריסטו פתר את הדילמה בכך שקבע כי עשיית יושר על-ידי השופט בעניין העומד לפניו הוא חלק מן המשפט הגם שלא נקבע כך במפורש בחוק.

ז לעתים, משנסתבר כי הדין אינו מגשים את הצדק, שונה הדין או הותאם לנסיבות שנתעוררו, באופן שתושג תוצאה צודקת. כך, למשל, התפתחו דיני היושר האנגליים (equity) כתוצאה מן הצורך לרכך את חומרתם של כללי המשפט המקובל (common law), שבמקרים מסוימים הביאו לתוצאות לא צודקות. דיני היושר איפשרו מידה של גמישות ביישום כללי המשפט המקובל תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה ספציפי, ונתנו סעדים שלא היה ניתן לקבל על-פי המשפט המקובל.

ח בדיני היושר קשורה תורת ההשתק (estoppel). תורה זו נועדה למנוע תוצאה בלתי צודקת המתחייבת לכאורה מן הדין, וזאת על-ידי השתקתם, בנסיבות מסוימות, של

המתדיינים מלטעון בבית המשפט טענות משפטיות ועובדתיות הנכונות כשלעצמן. ראו: H. G. Hanbury and R. H. Mausty, *Modern Equity* (London, 13th ed., by J. E. Martin, 1989) 5-15; G. Spencer Bower and A. K. Turner, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (London, 3rd ed., 1977) 4.

דיני יושר מצויים גם במקורותינו. עמד על כך השופט אלון בבג"צ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל ואח' [11], בעמ' 18:

"...[ה]גישה [ה]עקרונית של המשפט העברי בדבר צורך של מידה ושיעור קבועים ויציבים בדרך כלל, לא היה בה כדי למנוע הימנו לדרוש מהדיין היושב לדין לחתור למציאת פתרון הולם למקרה שהוא יוצא מן הכלל, אם וכאשר פתרון כזה נדרש על-פי מידת הצדק..."

בטור, חו"מ, א [טז] מובא מאמר חכמינו (שבת, י, א [יו]): "כל דיין שדן אמת לאמתו". ופירש הרב יושע ולק כץ:

"שכוונתם במה שאמרו דין אמת לאמתו, שדן לפי המקום והזמן בעניין שיהא לאמיתו ולאפוקי (להוציא) שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש, כי לפעמים שצריך הדיין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין; וכשאינו עושה כן אף שהוא דין אמת - אינו לאמתו. ועל דרך שאמרו חז"ל (בבא מציעא, ל, ב), "לא נהרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא לפנים משורת הדין" (דרישה, טור, חו"מ, א, ס"ק ב [יה]).

זיקתו העמוקה של המשפט לצדק באה לביטוי גם בפסיקתנו. בד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב [12], בעמ' 96, נפסק - בניגוד להלכה באנגליה ובארצות-הברית - כי יש לפטור בעל-דין ממילוי התחייבותו על-פי פסק-דין שניתן בהסכמה, כל עוד הוא נמצא במצב של אי-אונים. וכך כתב השופט ברנזון:

"אצלנו, אולי יותר מאשר אצל כל עם אחר, משפט וצדק הם שמות נרדפים, והמושג משפט צדק מושרש עמוק עמוק בתודעת העם ...

בא-כוח העותר מוכיר גם את המימרה הידועה ש'מקרים קשים יוצרים חוק רע', שכן לדעתו במקרה זה, כדי להשיט סעד למשיב הנתון בצרה, חידש בית-המשפט הלכה מרחיקת לכת המעניקה לו סמכות שבשיקול-דעת הרבה מעבר למה שלקחו להם בתי-המשפט עד כה, או מה שניתן להם על-פי חיקוק כלשהו. לזה אפשר להשיב בדברי התשובה המובאים על-ידי לורד בלקבורן (Blackburn) בענין, 2 (1877) *River Wear Commissioners v. Adamson* App. Cas. 743, 770 כי 'זהו חוק רע היוצר מקרים קשים'. אינני יכול להאמין כי החוק שלנו הוא רע עד כדי כך, שאין בידו לעזור למשיב בצרה הנוראה שבאה עליו לאחר מתן פסק-הדין".

ובדברים שנשא עם פרישתו מכס השיפוט הטעים השופט ברנזון:

א "... החוק והצדק תר הם, אם אתה משתמש בחוק ומפרשו כראוי לו. משפט הוא משפט אם הוא משפט צדק ... ולעולם מצאתי שהצדק הוא בהישג יד, אם אתה רק רוצה בלב שלם להשיגו ..." ("דברים שאמר השופט ברנזון ביום שנפרד מכהונת שופט" משפטים ח (תשל"ז-ל"ח) 3, 5)

ראו גם י' זמיר, "לכבוד השופט צבי ברנזון" משפט וממשל ב (תשנ"ד-נ"ה) 325, 327-330.

ב 6. הסוגיה הניצבת לפנינו מתעוררת בעקבות ההתפתחות המדעית. הביולוגיה האנושית, מחד גיסא, וזכות האדם לשלוט על גופו, מאידך גיסא, הציבו עד כה גבולות ברורים לזכויות האיש והאישה. עד לשלב ההיריון, כל אחד מבני הזוג חופשי לקיים יחסי אישות למטרת רבייה או לסרב לקיימם, ואילו החל משלב זה גוברת זכותה של האישה הנושאת ברחמה את העובר על זכותו של האיש ככל שהעניין נוגע ליחסים ביניהם, וההחלטה אם להמשיך בהיריון או להפסיקו נתונה בידיה, ואין האיש - להבדילו מוועדה סטטוטורית המופקדת על אישור הפסקת היריון - זכאי לכפות עליה את רצונו. ראו: סעיפים 314-316 לחוק העונשין; ע"א 413/80 [9], בעמ' 67.

ג ההתקדמות הטכנולוגית המדעית מאפשרת כיום לזוגות שאינם יכולים להוליד ילדים בדרך הטבע להביא ילדים לעולם. יכולתם של בני הזוג להתערב בתהליך רבייה, הנעשה באמצעים החרישיים, להשפיע עליו ואף לעוצרו גברה. ממילא מתבקשות ביתר שאת עמדת המשפט ומעורבותו במחלוקות הסובבות את השימוש בטכנולוגיות הרבייה החדשות. נוצרו אף מקומות חדשים שבהם נדרשת התערבות המשפט.

ד הסוגיות המשפטיות המתעוררות הינן חדשות ועקרוניות. העקרונות והשיקולים רבים, ומתוכם יש לחלק, בתהליך זהיר של שקילה והערכה, את הכללים הנכונים והצודקים. כדברי השופט ויתקון בע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נגד מויאר [13], בעמ' 1337:

ה "...כברוב בעיות המשפט והחיים בכללותם, לא הכרירה בין טוב ורע היא המקשה עלינו את ההכרעה. הקושי הוא לברור בין שיקולים שונים, שכולם טובים וראויים לתשומת לב, אך סותרים זה את זה, ועלינו לקבוע את סדר עדיפותם".

ו גם אילו נשלט המקרה שלפנינו על-ידי כלל משפטי מגובש, הייתה חובה על בית המשפט לפרשו באופן שיתאים לעקרונות אחרים של השיטה ויתיישב עם דרישת הצדק, משכלל כזה אינו נמצא, מידת הדין ומידת הצדק יכולות לשמש במשולב לגיבוש הכלל המתאים.

ז. במקרה שלפנינו, נדרשים אנו לאזן בין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להיות הורה. כיום, במקום שבני הזוג נזקקים לאישה "פונדקאית", שתישא ברחמה את עוברם,

נעשה האיוון במסגרת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (להלן - חוק ההסכמים). חוק ההסכמים מגביל את האוטונומיה של בני הזוג ומתנה היזקקות ל"פונדקאית" בעריכת הסכם בכתב בין האישה המיועדת לשאת את העובר לבין ההורים המיועדים, ובאישור הסכם זה בידי ועדה סטטוטורית (סעיף 1(2) לחוק ההסכמים).

א

הסכם "פונדקאות" אינו מחייב אפוא באופן מוחלט. הסכם הנעשה לפי חוק ההסכמים אינו חוזה מן השורה. שכן כל עוד לא הושלתה הביצית המופרית בגוף האישה המיועדת לשאת את העובר, רשאית היא וכן רשאים שני בני הזוג (יחדיו) להשתחרר מן ההסכם. אף הוועדה הסטטוטורית רשאית להפסיק את תהליך ההולדה כל עוד לא הושלתה הביצית. עם זאת, אין בידי אחד מבני הזוג - שלא על דעתו של בן הזוג האחר - כוח למנוע את ההשתלה לאחר שהביצית הופרתה. הפסקת התהליך בשלב הזה טעונה אישור של הוועדה הסטטוטורית.

ב

8. חוק ההסכמים, שכאמור התקבל רק לאחרונה, אינו חל במקרה שלפנינו. הצדדים גם לא עשו הסכם פורמאלי ביניהם. ואולם לכך אין משמעות. שכן, לדעתי, גם על-פי הדין שקדם לחוק ההסכמים, הסכם בעניין הולדת ילדים אינו חוזה. חוקה על בני-זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוים בעניינים מסוג זה. חוקה זו לא נסתרה בענייננו. על כל פנים, גם אם היה מוכח שהצדדים התכוונו לכך, עדיין לא היה בכוחם לתת תוקף של חוזה להסכם שביניהם, שכן עשיית חוזה להולדת ילדים מנוגדת לתקנת הציבור. לכן החוזה בטל לפי סעיפים 30 ו-31 לחוק החוים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ודוק: אין פסול בתכלית ההסכם - הבאת ילד לעולם - או בדרך ביצוע ההסכם. הפסול הוא בהחלת דיני החוים על ההסכם, הסותרת את תקנת הציבור. ראו והשוו: ד' פרידמן, נ' כהן, חוים (אבירים, כרך א, תשנ"א) 326; א' בנדור, "דינו של הסכם פוליטי" משפט וממשל ג (תשנ"ה-נ"ו) 297, 316.

ג

ד

עם זאת, בכך שהסכם להולדת ילדים אינו חוזה, אין כדי לשלול כליל את נפקותו המשפטית של ההסכם או אף של מצג בדבר הסכמה. שכן, במסגרת האיוון בין זכויות הצדדים יש מקום להתחשב גם בקיום הסכם ביניהם או בקיומו של מצג בדבר הסכמה. הסכם, כמו גם מצג, עשויים לגרור ציפיות ואף הסתמכות. באלה יש להתחשב כשיקולים בין שאר השיקולים המשפיעים על האיוון. השוו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, בעריכת י' זמיר, תשנ"ג) 163, 169.

ה

ו

דומה שעיקרון זה חל גם כיום לעניין שיקול-דעתה של הוועדה הפועלת לפי חוק ההסכמים למנוע השתלה בגוף "פונדקאית" של ביצית מופרה. יש להניח שבמקרים רבים תדון הוועדה בעניין על-פי בקשת אחד מבני הזוג. בהפעילה את שיקול הדעת הנתון לה תתחשב הוועדה, בין השאר, בציפיות ובהסתמכויות שיצר ההסכם אצל בן הזוג האחר.

ז

9. בהתנגשות שבין זכות הבעל לבין זכות האישה מצויים השניים בעמדה של שוויון מבהינת זיקתם לביציות המופרות, הכוללות את מטענם הגנטי המשותף. לא זו אף זאת:

אין אני סבורה כי יש להבחין בכמיהה להורות בין איש לבין אישה. האיזון הראוי בין זכויות השניים אינו מושפע אפוא על-ידי מינו של בן הזוג המבקש כי הביציות יושטלו או של זה המתנגד לכך.

א

ניתן להעלות על הדעת שלוש דרכים עיקריות לאיזון בין זכויות בני הזוג לאחר שביצית האישה הופרטה בזרע הגבר ואין ביניהם הסכמה בדבר שתילתה ברחם אישה "פונדקאית" ואלה הן:

ב

הדרך האחת, שעל פיה הוכרע הדין בע"א נזמני⁴, היא להעדיף תמיד את זכותו של בן הזוג שאינו רוצה להיות הורה. העדפה מוחלטת זאת מבוססת על עקרון האוטונומיה של הפרט, השוללת כפייתה של הורות. על-פי עיקרון זה יש לראות בהסכם להביא ילד לעולם הסכם רופף, שקיומו – עד להשתלת הביציות – מותנה בהסכמת שני בני הזוג. אכיפתו של הסכם כזה תפגע בזכות יסוד של האדם ולכן תפגע בתקנת הציבור. לעמדה זו תימוכין מסוימים באחד משני פסקי הדין בארצות-הברית שדנו בסוגיה שלפנינו. בפסק-דין *Davis* [47], שניתן על-ידי בית המשפט העליון של מדינת טנסי, נפסק שככלל יש להעדיף את הזכות שלא להיות הורה. עם זאת, נפסק כי כלל זה לא יחול במקרה שבו העדפת הזכות שלא להיות הורה תשלול מבן הזוג השני באופן מוחלט וסופי את אפשרותו להיות הורה. וכך כתב השופט *Daughtrey*, בעמ' 604:

ג

ד

"Ordinarily, the party wishing to avoid procreation should prevail, assuming that the other party has a reasonable possibility of achieving parenthood by means other than use of the preembryos in question. If no other reasonable alternatives exist, then the argument in favor of using the preembryos to achieve pregnancy should be considered..."

ה

...the rule does not contemplate the creation of an automatic veto..."

ו

הדרך השנייה, שעליה מבוססת שיטתו של חברי, השופט קדמי, דוגלת בהעדפה בכל הנסיבות של הזכות להורות. גישה זו מבוססת על ההשקפה כי נקודת ה"אלי-חזור" איננה השתלת הביצית בגופה של ה"פונדקאית", אלא הפריית הביצית, שהיא היוצרת ישות חדשה. לגישה זו תימוכין בפסק הדין האמריקני השני הקיים בסוגיה שלפנינו *Kass* [51], שניתן על-ידי בית המשפט של ערכאה ראשונה במדינת ניו-יורק. בפסק-דין זה נקבע כי אין לראות בתניה בהסכם שערכו בני הזוג, שבה נאמר כי אם לא יגיעו להסכמה כיצד לנהוג בביציות המופרות יימסרו הן לצורכי מחקר, ויתור האישה על זכותה להורות. בית המשפט הסתייג מהילכת *Davis* [47], ופסק כי אין מקום להבחין בין הפריה חוץ-גופית של הביצית לבין הפריית בגוף האישה, וכי בשני המקרים משוערכה ההפריה אין הבעל יכול להטיל וטו על המשכת התהליך. וכך כתב השופט *Roncallo*:

ז

* פ"ד מט (1) 485.

"In my opinion there is no legal, ethical or logical reason why an in vitro fertilization should give rise to additional rights on the part of the husband. From a propositional standpoint it matters little whether the ovum/sperm union takes place in the private darkness of a fallopian tube or the public glare of a petri dish. Fertilization is fertilization and fertilization of the ovum is the inception of the reproductive process. Biological life exists from that moment forward... To deny a husband rights while an embryo develops in the womb and grant a right to destroy while it is in a hospital freezer is to favor situs over substance".

הדרך השלישית, שבה דוגל חברי, השופט טל, הינה לאון בין זכויות הצדדים המסוימים. לדעתי, זו הדרך הנכונה, שכן איוון ברמה מופשטת של זכויות עלול להביא לתוצאות לא צודקות. עמד על כך שופט בית המשפט העליון האמריקני *Holmes* בפסק הדין *Lochner v. New York* (1905) [55], at 547.

"General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise".

כמובן, גם איוון מסוג זה אינו איוון אדי-הוק ללא כללים מגחים, אלא הוא נעשה על סמך כללים המיושמים על הנסיבות המיוחדות של כל מקרה.

דרך זו של איוון - שעל פיה עדיפה, בענייננו, זכותה של האישה - הוצעה גם בשלושה מאמרים שנכתבו בעקבות ע"א נחמני. ראו מרמור, במאמרו הנ"ל; ברק-ארוז, במאמרה הנ"ל; ס' דוידוב-מוטולה, "פסק-דין פמיניסטי? היבט נוסף על פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 221.

10. הירות במובנה המלא אינה רק חופש מהתערבות חיצונית של השלטונות או של אחרים. כלולה בה גם יכולת האדם לכוון את אורח חייו, לממש את מאווייו הבסיסיים ולבחור בין מיגוון אפשרויות תוך הפעלת שיקול-דעת. בחברה האנושית, אחד הביטויים החזקים לשאיפה אשר בלא הגשמתה לא יראו עצמם רבים כחופשיים במלוא מובן המילה, היא השאיפה להורות. אין מדובר בצורך טבעי-ביולוגי גרידא. עניין לנו בחירות אשר בחברה האנושית מסמלת את ייחודו של האדם. "כל אדם שאין לו בנים חשוב כמת" אמר רבי יהושע בן לוי (נדרים, סד, ב [יט]). ואכן, כגבר כן אישה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם.

11. אל מול זכות בסיסית זו, המהווה נדבך מרכזי בהגדרת האנושיות, עלינו לבחון את הזכות שלא להיות הורה. יסודה של הזכות שלא להיות הורה היא באוטונומיה של הפרט

* ש.ס.

מפני התערבות הרשות בפרטיותו. עמד על כך השופט Brennan בפסק הדין Eisenstadt
:[49], at 453

א

"If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child".

ב

בהתנגשות הזכויות שלפנינו אין מדובר ביחסים שבין הפרט לבין השלטון, אלא ביחסים שבמסגרת התא המשפחתי. הגם שאף במסגרת המשפחה מוכרת האוטונומיה של הפרט, הרי שדומה כי הזכות לפרטיות מפני השלטון היא בדרך כלל בעלת משקל רב יותר מן הזכות לפרטיות במשפחה. במקרה שלפנינו, הבעל אף אינו עומד על זכותו מטעמים עקרוניים השוללים הבאת ילדים לעולם. הלוא יש לו ילדה מאישה אחרת, ובילדה זו הוא חפץ. טענתו היא כנגד הורות ספציפית לעובר שנוצר בתהליך ההפריה שעברו בני הזוג. זאת ועוד: הבעל הצהיר כי התנגדותו להורות אינה נובעת מחשש הנטלים האישיים הכספיים הכרוכים בכך. לכן, האינטרס שלא לשאת בחיובים אישיים וכספיים כלפי ילד שנולד בניגוד לרצון ההורה, העשוי להיות שיקול רלוואנטי באיזון האינטרסים ככלל, אינו רלוואנטי במקרה זה.

ג

ד

מה אפוא משקלה של החירות הבאה לביטוי בידיעה של אדם כי אין לו בעולם צאצא שהוא לא חפץ בו? נראה לי, כי לגבי נשים וגברים גם יחד נתפסת חירות זו כמוגבלת, מותנית בתנאים, ובעיקר כמשנית לעומת הזכות להעמיד צאצאים וליצור דור המשך.

ה

באשר לגברים, משהרתה אישה לגבר, אין בכוחו לכפות עליה הפלה גם כאשר אין הוא מעוניין בילד. באשר לנשים, ככלל אין הן זכאיות להפלה. הפלה מותרת רק על יסוד היתר מאת ועדה סטטוטורית הניתן על-פי רשימת טעמים סגורה. עצם העובדה שהאישה אינה חפצה בילד אינה נמנית עם הטעמים שברשימה. עקרון יסודי, החל לגבי נשים וגברים, הוא אפוא כי משהרתה אישה, לא היא ולא בן-זוגה אינם זכאים שלא להיות הורים.

ו

עקרון יסוד נוסף הוא כי הזכות של איש או של אישה להיות הורה אינה גוברת על הזכות של בן-זוגה או בת-זוגו לשלוט בגופם, ואינה מטילה עליהם חובות פוויטיביות של השתתפות בתהליך העשוי להביא להורות.

ז

בכפיפות לעקרונות יסוד אלה, ייעשה האיזון בין זכויות בני הזוג בכל מקרה ומקרה בהתחשב בשלב שבו מצוי התהליך, במצגים שבני הזוג יצרו, בציפיות שעוררו המצגים ובהסתמכויות עליהם, ובחלופות הקיימות למימוש הזכות להורות. אדון בשיקולים אלה לפי סדרם.

12. השלב שבו מצוי התהליך: ככל שהשלב שבו מצוי תהליך ההולדה מתקדם יותר, כך יגבר משקלה של הזכות להיות הורה. כאמור, הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה

כפופות ליכות האדם על גופו, ובשום מקרה לא ניתן לכפות על בן-זוג פעולה גופנית למימוש זכותו של בן-זוגו. המצב שונה בנסיבות שבהן מימוש הזכות להיות הורה אינו כרוך בפגיעה בזכותו של בן הזוג האחר על גופו. בענייננו ניתן לומר כי הזכות להיות הורה החלה לצאת מן הכוח אל הפועל ואין היא בגדר כמיהה בלבד. מנגד, הביצית טרם הושתלה, ואין מגיעה מוהלטת מהפסקת התהליך.

13. מצגים, ציפיות והסתמכויות: השתק מכוח מצג מונע צד מלהתכחש למצג שהציג לפני צד אחר, אם אותו צד הסתמך על המצג בתום-לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה. במשפטנו אפשר לראות את תורת ההשתק - שנקלטה מן המשפט האנגלי - כפן של עקרון תום הלב, שהוא עקרון יסוד בשיטתנו. ראו רע"א 4298/92 יחזקאל עזרא ואח' נ' המועצה המקומית תל-מונד [14]. בעניין זה נכתבו ברשימת ביקורת על פסק-דין *Davis* [47] הדברים הבאים:

"... the doctrine of reliance should be applied to resolve a dispute between the gamete providers. The consistent application of a reliance-based theory of contract law to enforce promises to reproduce through IVF will enable IVF participants to assert control over their reproductive choices by enabling them to anticipate their rights and duties, and to know with reasonable certainty that their expectations will be enforced by the courts" (C. D. Ahmen, Comment, "Disputes Over Frozen Embryos: Who Wins, Who Loses, and How Do We Decide?" 24 *Creighton L. R.* (1990-91) 1299, 1302, 1303).

יחד עם זאת, לשיטתי, ההכרעה בין זכויות הצדדים אינה מבוססת על השתק כשלעצמו. מצגים שהציגו בני-זוג זה כלפי זה (לרבות התקשרותם בהסכם), שיצרו הסתמכויות ולעתים אף ציפיות גרידא, עשויים להוות שיקול במסגרת האיזון בין זכויות הצדדים. עמדה דומה ננקטה במאמר ביקורת נוסף על פסק הדין בעניין *Davis* [47], שבו נכתב:

"One fact is of vital importance in making this judgment: the spouse who opposes implantation wanted a child at one time and submitted to the IVF process with that end in mind ... the greater injustice would be to deny implantation to the spouse who detrimentally relied on the other's words and conduct" (Panitch, *supra*, at 547).

בענייננו, בעקבות הסכמת הבעל לתהליך, לרבות עידודו את האישה לעבור את הניתוח המצומצם ואת ההפריה, עברה האישה את טיפולי ההפריה הקשים בורעו ולא נזקקה, למשל, לתרומת זרע אנונימית. עמד על כך ד"ר מרמור, במאמרו הנ"ל, בעמ' 445:

א "בהסכימו להתחלתם של תהליכי ההפריה והפונדקאות, ועוד יותר מזה, בהתנהגותו במהלך השלבים הראשונים של התהליך, אין ספק שדני נחמני יצר מצג כלפי אשתו, שממנו יכלה להסיק שאין לו כוונה להפסיקם; אין גם ספק שבעקבות מצג זה ותוך הסתמכות סבירה ובתום-לב עליו, רותי שינתה את מצבה לרעה, בכך שהחלה את ההליכים איתו (ולא, נאמר, עם תרומת זרע אגונימית)".

ב דברים דומים כתבו ד"ר ברק-ארו, במאמרה הנ"ל, בעמ' 215 והגב' דוידובי-מוטולה, במאמרה הנ"ל, בעמ' 299.

שינוי לרעה זה במצב האישה הוא שיקול נכבד באיוון האינטרסים בין בני הזוג, אף אם לא הוכח כי הבעל חפץ להפוך לאבי ילדה של האישה גם אם ייפרדו.

ג 14. חלופות אפשריות: אינו דומה מצב של סירוב להמשיך בתהליך של הפריה כאשר בן הזוג יכול לקיימו עם שותף אחר, למצב שבו סירוב יגזור עקרות על בן הזוג השני. ככל שהחלופות האפשריות העומדות לפני בן הזוג המבקש להיות הורה פוחתות, כך גובר הצורך להגן על זכותו להורות גם במחיר הסגת זכותו של בן הזוג האחר. כאמור, זו הייתה גישת בית המשפט בפרשת *Davis [47]*. עמדה דומה ננקטה על-ידי פרופ' רוברטסון (Robertson):

ד "If the right to reproduce and the right to avoid reproduction are in conflict, favoring reproduction is not unreasonable when there is no alternative way for one party to reproduce" (J. A. Robertson, "Prior Agreements for Disposition of Frozen Embryos" 51 *Ohio St. L. J.* (1990) 407, 420).

ה לשיקול זה נוסף משקל של צדק בענייננו, שכן בן הזוג שאינו מעוניין בהמשך התהליך - הבעל - זכה לילדה משלו במשפחה אחרת שהקים.

ו 15. בענייננו מובילים אפוא עקרונות היסוד והשיקולים שהוכרתי להעדפת זכותה של האישה להיות הורה על פני זכותו של הבעל שלא להיות הורה. כאמור, אינני סבורה כי קיימים הבדלים במידת החשיבות שמייחסים נשים וגברים להולדת ילדים. על-כן, לו היו מתחלפים היוצרות ובנסיבות דומות הגבר היה רוצה להמשיך בתהליך והאישה הייתה מסרבת, התוצאה שאליה הגעתי - כלומר, איפשר השתלת הביציות המוקפאות ברחם אישה "פונדקאית" - לא הייתה משתנה.

ז קראתי את פסק-דינו של חברי, השופט גולדברג, ואני מסכימה לדבריו (להוציא האמור בסעיף 5 לפסק-דינו בדבר היקף סמכויותיה של הוועדה הפועלת לפי חוק ההסכמים, סוגיה שממילא אינה טעונה הכרעה בדיון זה).

דעתי היא אפוא כי יש לקבל את העתירה, לבטל את פסק הדין בע"א נחמני ולהחזיר על כנו את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי.

השופט א' גולדברג: 1. תהליך בריאתו של האדם היה נתון בעבר לשליטתם של כוחות הטבע בלבד. ההתעברות הייתה תוצאה של אירועים אינטימיים, שכל כולם בתחום צנעת הפרט. ההתפתחות הטכנולוגית-רפואית שינתה סדרי בראשית ובקעה בקיעים בהגמוניה של הטבע בסוד הבריאה. על רקע זה צמח הסכסוך בין בני הזוג נחמני, אשר מתדפק על שעריו של בית המשפט. סכסוך זה אינו מצוי במהותו במסגרת נורמה משפטית קיימת. לא ניתן ליצוק אותו לתבניות המשפטיות של חוזה או מעין-חוזה. מצוי הוא כל כולו בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי. מכאן ההסבר לחלל הנורמטיבי ולקוצר ידם של הכללים המשפטיים המקובלים לתת מענה לסכסוך. אולם משבא הסכסוך למפתנו של בית המשפט, אין מנוס לפניו אלא להכריע בו.

2. בסכסוך שלפנינו עומדות זו מול זו זכות חיובית וזכות שלילית. רותי נחמני (להלן - רותי) מבקשת לממש את זכותה החיובית להיות הורה, ומנגד נאחו דני נחמני (להלן - דני) בזכותו השלילית שלא להיות הורה. הזכות להיות הורה מבוססת על אוטונומיה הרצון, המכבדת, בין היתר, את בחירת הפרט להקים תא משפחתי. מעברו השני של המתרס מצויה, כאמור, הזכות שלא להיות הורה, הנשענת אף היא על אוטונומיית הרצון, המכבדת את רצונו של הפרט לשלוט על מהלך חייו ועל מחויבויותיו.

שתי הזכויות האמורות מקורן בזכות החירות. כמימרתו של תומס הובס "אדם חופשי הוא אשר... אינו מופרע מעשית את שיש לו רצון לעשותו". על משמעותו החיובית של מושג זה עמד המלומד ישעיהו ברלין במסתו "שני מושגים של חירות":

"המשמע ה'חיובי' של המלה 'חירות' נובע ממישאלתו של היחיד להיות אדון לעצמו. אני מבקש שחיי והחלטותי יהיו תלויים בי עצמי, לא בכוחות חיצוניים כלשהם. אני מבקש להיות מכשיר של פעולותי הרצוניות שלי, לא של זולתי. אני מבקש להיות סובייקט, לא אובייקט; להיות מונע על-ידי שיקולים, על-ידי תכליות מודעות, שהם משלי, ולא על-ידי גורמים המשפיעים עלי כביכול מבחוץ" (י' ברלין, ארבע מסות על חירות (רשפים), 182 (1987), וכן בעמ' 175 ה"ש 5 שבה מובאים דבריו של הובס).

אכן, בין זכות החירות, וכנגורת ממנה האוטונומיה של הרצון, לבין כבוד האדם, קיימת זיקה הדוקה. עמד על כך הנשיא ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 426, באומרו:

"מרכיב מרכזי של כבוד האדם הוא חופש הרצון של הפרט. כבוד האדם

* שס.

מתבטא בחופש הבחירה הנתון לפרט, ובכוחו לפתח את אישיותו ולהחליט על גורלו.

א הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה יונקות, אם כן, שתיהן את חיותן מאותם ערכי יסוד של חירות וכבוד האדם, אשר מוגנים עתה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב ואף שיש וניתן לקבוע על-פי חוקי היסוד אמות מידה להפעלת שיקול-דעת שיפוטי, אשר ישמש "בית יוצר לדין קונקרטי חדש, וזאת על-פי צרכי החיים המשתנים" (א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הויקה אל עקרונות היסוד" ספר זוטמן (דף-חן, תשמ"ד) 71, 85), חסומה, לדעתי, דרך זו בפנינו במקרה דנן, שבו מתגושות שתי זכויות שוות ערך ומעמד.

ג 3. מה הם הכלים המשפטיים שעל-פיהם יכריע בית המשפט במצב זה של "תיקו" בין הזכויות? זאת שעה שהזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה מוציאות האחת את רעותה, ונדרשת הכרעה חדה בסכסוך, בהיעדר שביל זהב שיגשר ביניהן.

ד 4. ככל שמדובר בהפסקת היריון, הרי שזו כרוכה בחדירה פולשנית אל תוך גופה של האישה, ומחירותה על גופה נגזרת החובה לקבל את הסכמתה טרם פלישה כזאת. שהרי "זכותו הבסיסית של כל אדם הינה להגן על גופו מפני פלישה לא-רצויה, לא רק בשל אי-הנחתות הפיזית, אלא בעיקר בשל החדירה לפרטיותו, לקיומו הייחודי ולבסיס הווייתו" (דוידוב-מוטולה, במאמרה הנ"ל, בעמ' 234). הצורך בהסכמת האישה להפסקת היריון, שנגזר, כאמור, מערך חירות האישה על גופה, מקנה לה "זכות וטו" על הליך ההולדה. מסקנה זו ייתרה, בדיונים על הפסקת היריון, את הצורך להכריע אם זכותה של האישה להיות הורה עדיפה על זכות הגבר שלא להיות הורה. לא כן בענייננו, כשמימוש זכותה של רותי להיות הורה אינו מחייב חדירה פולשנית לגופו של דני, כשם שמימוש זכותו שלו שלא להיות הורה אינו מחייב פלישה לגופה של רותי. מכאן, כי אין מקום להקיש לענייננו מן הפסיקה הנוגעת בזכות להפלה.

ה 5. עד לאחרונה נמנע המחוקק מלהסדיר בחקיקה ראשית את הסוגיה הרגישה והמורכבת של הפרייה והולדה. עתה הנצו ניצני חקיקה ראשית בתחום רגיש זה, בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (להלן - החוק). החוק, ראוי להדגיש, לא חל במישרין בעניינם של בני הזוג נחמני, שלא צעדו מלכתחילה בדרך המותווית בו. עם זאת, ראוי לברר אם יש בעמדתו של המחוקק לשמש מקור השראה לפתרון הסכסוך שלפנינו.

ו החוק מתמקד בעיקר במישור היחסים שבין הורים מיועדים לבין אם נושאת. הוא קובע מספר תנאים להשתלת ביצית מופרית בגופה של אם נושאת, ובהם, כאמור בסעיף (1) לחוק, הדרישה ל"הסכם בכתב, בין אם נושאת להורים מיועדים, אשר אושר על-ידי ועדת אישורים בהתאם להוראות חוק זה". סעיף 5(ג) לחוק קובע כי:

"ועדת האישורים רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה אם הל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה וכל עוד לא הושלתה הביצית המופרית באם הנושאת בהתאם להסכם לנשיאת עוברים".

א

כעולה מדיוני ועדת הרווחה של הכנסת (מיום 9.1.96), כוון סעיף זה בעיקר למקרים שבהם התגלה, לאחר אישור ההסכם, כי האם הנושאת חלתה במחלה המשפיעה על מסוגלותה להביא לעולם ילד בריא. וכך נאמר בדיון:

"לגבי הנושא של חזרה מהסכם טרם השתלה: סמכות הוועדה היא רק לאשר הסכם. הוועדה לא צריכה לאשר חזרה מהסכם או הפרת הסכם. הסכם הוא הסכם כמו כל הסכם אחר... [ה]וועדה לא אמורה לאשר לצד לחזור מההסכם. מה שקבענו בסעיף קטן (ג) מתייחס רק לסיטואציה אחת: הוועדה נתנה אישור ואחר כך מובא לידיעתה שחל שינוי שעלול להעמיד בספק את האישור שהיא נתנה. היא נתנה אישור על סמך הנחה, נניח, שהאם הנושאת היא בריאה, ולאחר מכן האם הנושאת נדבקה באידס או במחלה אחרת שעלולה להשפיע על אפשרותה להביא לעולם ילד בריא. זה המצב שבו תהיה הוועדה רשאית לשקול את הענין מחדש, ואם היא תמצא לנכון, גם לבטל את האישור שהיא נתנה, אם כתוצאה מסכסוך בין הצדדים הם החליטו לבטל את ההסכם, או שצד אחד החליט שהוא לא רוצה יותר - בשביל זה לא צריך ועדה. היא לא בית משפט והיא לא תדון בסכסוכים משפטיים" (בעמ' 17).

ב

ג

ד

אם נשקפת סכנה לשלום הילד שייוולד, כי אז נהירה הנטייה להסיט הרחק ככל האפשר את נקודת ה"אל-חזור" על ציר הזמן, מאידך גיסא, ברורה הרתיעה מהצבתה של נקודת ה"אל-חזור" לאחר השתלת הביצית, כשביטול אישור ההסכם כרוך בהתערבות חודרנית בגוף האם הנושאת. האיזון הראוי בין שלום הילד לחירות האם הנושאת, הוא שהביא להצבת נקודת ה"אל-חזור" עם השתלת הביצית. נקודת איזון זו אינה משקפת בהכרח את נקודת האיזון הראויה כאשר נתגלע סכסוך פנימי בין ההורים המיועדים, וההכרעה היא אז, כאמור, בתחרות שבין הזכות להיות הורה לבין הזכות שלא להיות הורה. על פתרון לסכסוך כזה לא ניתן ללמוד מן החוק, אשר מפנה לבית המשפט גם סכסוך בין ההורים המיועדים לבין האם הנושאת.

ה

ו

6. האפשרות "לערב" את הביצית המופרית בסכסוך כדי שתכריע את הכף, דהיינו, "שאין לתת יד להולדה של ילדים מתוך סכסוך" (ראה דין והשבון הוועדה הציבורית מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית הנ"ל, בעמ' 36) - אף היא אינה ראויה לדעת.

ז

אכן, אין לכחד כי עדיף לילד שיגדל בקן חם ואוהב, שבו נושאים ההורים כלפיו באחריות רגשית וכלכלית. אולם האם ניתן לומר כי במקרה שבו "האב" אינו מעוניין לשאת באחריותו ההורית, עדיף חדלון הביצית על התפתחותה לוולד? לענין זה יפות,

על דרך ההיקש, שאלותיו הרטוריות של פרופ' שיפמן לעניין טובת הילד במשפחה חד-הורית:

א "... בהזרעה מלאכותית ענין לנו בתכנון הבאתו לעולם של ילד שטרם נולד כדי להגשים ציפיותיהם של אנשים להיות הורים. האם ניתן לקבוע קטגוריות כי עבור אותו ילד נוח לו שלא יוולד יותר משיוולד? האם מצבו של אותו ילד יהיה בהכרח כה אומלל, אך באשר נולד למשפחה חד-הורית, וכיוון שכך חובה עלינו מראש למנוע הבאתו לעולם?" (שיפמן, בספרו הנ"ל, כרך ב, בעמ' 156).

ב התשובה לשאלה אם עדיף החידלון על הקיום שוכנת במרחבי הפילוסופיה ובמעמקי המוסר, וברורה אוזלת ידו של המשפט להשיב עליה. בהקשר זה נאמר כי:

ג "כללי המשפט הקיימים אינם חובקים את עולם הנסתר, ואין בדינו למצוא בהם מענה לקיומה של הזכות שלא להיוולד, שלה טוען הקטין. התפישה הערכית המופשטת על מהות היצירה והחיים, הנקבעת על-פי תפישת עולמו של המשיג, אינה מספקת ליצירת אמת-מידה לקיומה של הזכות המשפטית. יסוד הבעיה שלפנינו בדבר 'מהות' אי-הקיום מצוי כל כולו בתחום ההגות על סודות הבריאה ולא בתחום המעשה-המשפט...

ד ...
...כשהתיזה, שמעלה הקטין בדבר זכותו לאי-קיום, אינה מצויה בתחום ההשגה האנושית, וכל עוד לא הקים המחוקק זכות זו, לא יושיענו גם 'האדם הסביר' (שעליו נוהגים אנו תדיר להשליך את יחבנו). שכן גם ממנו נעלמים רוי עולמות ותעלומות סתרי כל חי. לא ניתן, על-כן, להשיב לקיומה או לשלילתה של הזכות לאי-קיום במושגים ראציונאליים של האדם הסביר, כשעניין לנו בהכרעה שבעולם הערכים, שבו אין למושג הראציונאליות כל חלק" (ע"א 518/82, 540 זייצוב ואח' נ' שאול כץ ואח'; שאול כץ ואח' נ' זייצוב ואח' [15], בעמ' 127-128).

ה 7. סיווג המשני של הזכויות המתגוששות בענייננו, לזכויות לאי-פגיעה (זכויות שליליות (נגטיביות)), ש"אין הן מטילות חובה על הזולת, פרט לדרישה להמנע מלפגוע בחופש (או חירות) זה" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, בעמ' 362), ובין זכויות פוזיטיביות, ש"הן זכויות אשר כנגדן עומדת החובה של הזולת (לרוב המדינה) לפעול להגנתן..." (ברק, שם, בעמ' 364), אף הוא אינו מקדמנו בפתרון הסכסוך. השאלה אם מוטלת על המדינה חובה לסייע לפרט לממש את רצונו להיות הורה, אינה מתעוררת כלל בדיון זה, אולם אם קיימת חובה אשר כזאת ואם לאו, אין היא יכולה להכריע בסכסוך הבין-אישי בין בני הזוג. הגדרת זכותו של הפרט כפוזיטיבית כלפי המדינה אינה יכולה, כשלעצמה, להיות בעלת משקל מכריע בתחרות בין זכותו של אותו פרט לבין זכותו של פרט אחר. ואילו סיווג זכותה של רותי כפוזיטיבית כלפי זכותו של דני, אינו אפשרי כל עוד לא

השופט א' גולדברג

הכרענו תחילה בשאלה אם ההסכמה הראשונית של בני הווג להתחיל בתהליך ההפריה החוץ-גופית, אוצרת בכוחה גם את הכוח להניע את המשך התהליך עד להשלמתו. אם נאמר כי נדרשת הסכמת שני בני הווג לכל שלב ושלב, כי אז ממילא יש לראות את דני כנהנה מ"זכות וטו", ומתייטר הצורך לסווג את הזכויות המתגושות. מאידך גיסא, אם לא נדרשת הסכמת דני להשתלת הביציות, אין מקום לומר, כפי שכבר הוסבר, כי עדיפה חירותו על חירותה של רותי.

8. בני הווג נחמני לא השכילו לקבוע במפורש מה יעלה כגורל הביציות אם יחול קרע בנישואיהם. ככל שמדובר בציפיותיה של רותי, קשה לקבוע כי היא אמנם שללה את האפשרות שזכותה להיות הורה תמומש במסגרת משפחה חד-הורית, אם יחול קרע בנישואין. אשר לציפיותיו של דני ניתן, מחד גיסא, לומר כי הוא הצטרף למסלול ההפריה החוץ-גופית רק כדי להקים קן משפחתי משותף עם רותי. חרב העקרונות לא התנופפה מעל צווארו, וידיעתו הייתה כי יוכל להגשים את משאלתו להיות הורה גם אם תיפרד דרכו מדרכה. אולם מאידך גיסא, האם ברור הוא כי זאת הייתה גם עמדתו אילו טרד אותו אותה שעה "הטרדן המתערב" בשאלת גורל הביציות, במקרה שפוריותו תאבד מסיבה כלשהי ויחסיו עם רותי ייעכרו? האם לא סביר יותר להניח כי תשובתו הייתה כי במקרה כזה יימשך התהליך?

את שתיקת בני הווג יש לפרש כהדחקת האפשרות שהנישואין יעלו על שרטון. תרחיש פסימי זה מנוגד לרוח הווגיות המנשבת מעצם ההחלטה לצעוד יחדיו בדרך התחתנים של הליך ההפריה החוץ-גופית. אופק ציפיתם של בני הווג התפרס, לדעתי, אותה שעה רק על האפשרות של הורות משותפת. על האפשרות של המשך התהליך ועל הורות אחד מהם לחוד אם ייפרדו זה מזה, היה קיים אצלם חלל תודעתי. הניסיון למלא חלל זה לא יצלח, לדעתי. לא ניתן לקבוע כי בשעת הפריית הביציות שללו בני הווג הדדית את האפשרות של הורות לחוד, כשם שאין לקבוע כי הסכמתם להפריית הביציות מקפלת בתוכה הסכמה מצד שניהם להורות לחוד.

9. יישומו של הכלל האוסר פגיעה בפרט ללא הסכמתו, אף הוא אינו נטול קשיים. התשובה לשאלה אם הורע מצב קיים מחייבת קביעה מה הוא המצב הקיים. אם נאמר כי המצב הקיים הוא התהליך בכללותו, הרי שדני הוא המבקש לשנות את המצב הקיים, באשר הוא מבקש להפסיק את התהליך, ובכך הוא מרע את מצבה של רותי המהמיצה את חוויית ההורות. אם נגרוס כי יש לבודד את התהליך לשלביו, אזי רותי היא שמבקשת לסטות מן המצב הקיים, באשר היא מבקשת לעבור לשלב הבא בתהליך, הוא שלב השתלת הביציות, ובכך היא מרעה את מצבו של דני שייחפך לאב בעל-כורחה. התשובה לשאלה אם אוצרת בתוכה ההסכמה הראשונית גם את ההסכמה לתהליך כולו, אינה יכולה להיות שלילית רק משום שהמעבר משלב לשלב בתהליך מרע את מצבו של דני, כשכבר עמדנו על כך כי ההימנעות מלעבור משלב לשלב מרעה את מצבה של רותי. בעיה זו של היקף ההסכמה הראשונית לא יכולה לבוא על פתרונה בדרך ניתוחן המופשט של זכויות. בנייתן זה יש משום הנחת המבוקש, במובן זה שסיווג זכותה של

רותי כלפי דני כזכות "פוזיטיבית" יכול לבוא רק לאחר קביעת היקפה של ההסכמה הראשונית.

א

10. סיכום הביניים הוא: לפנינו חלל נורמאטיבי. בפנייה לעקרונות היסוד של השיטה לא ניתן למצוא פתרון. שכן, אם נצטמצם לסיווג הראשוני של הזכויות, הרי שענייננו בהתנגשות פנימית בין שתי נגזרותיה של אותה הזכות, היא הזכות לכבוד ולחירות. זהות בסוגו של ערך היסוד הנפגע היא שמעיינת את כפות המאזניים. סיווג המשני של הזכויות המתגוששות לזכויות "נגטיביות" ולזכויות "פוזיטיביות" אף הוא אינו עוזר לפתרון הסכסוך. הגדרת זכותו של פרט כפוזיטיבית כלפי המדינה, אינה יכולה, כשלעצמה, להיות בעלת משקל מכריע בתחרות בין זכותו של פרט לבין זכותו של פרט אחר. סיווג זכותה של רותי כפוזיטיבית כלפי זכותו של דני, מחייב הכרעה מוקדמת בשאלה אם אוצרת בכוחה ההסכמה הראשונית לתהליך את הכוח להגיעו עד סופו. אם נדרשת הסכמת שני בני הזוג לכל שלב ושלב בתהליך, כי אז נהנה דני מ"זכות וטו", והתניית זכותה של רותי בהסכמתו של דני, כשלעצמה, מיתרת את הצורך לסווג את הזכויות המתגוששות. אם לא נדרשת הסכמת דני להשתלת הביציות, אין יסוד לומר כי חירותה של רותי נחותה מחירותו.

ב

ג

ד

11. בהיעדר כל נורמה משפטית מסוג כלל או מסוג סטנדרט (על ההבחנה בין השניים ראה מ' מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח) 321, 325), מוטל על בית המשפט "לחצוב אבן בוחן לעצמו" (כמימרתו של ג' טרסקי, במאמרו "בעיית הליקויים בחוק (lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו (ניומן, מהדורה 2, תשי"ט) 132, 180). על בית המשפט למלא (בעל-כורחו) פונקציה חקיקתית שאינה מיישמת נורמות משפטיות קיימות, אלא יוצרת נורמה המושתתת על העקרונות הכלליים של השיטה.

ה

ו

ודוק, אין מדובר בהשלמת חסר (לאקונה) בנורמה חקיקתית קיימת, המחייבת הפעלתו של חוק יסודות המשפט. שכן, לדעתי, אין בנמצא הסדר חקיקתי כלשהו שבידינו להיאחז בו לפתרון הסכסוך, וממילא אין מדובר בהסדר שאינו שלם המצדיק מילוי עלידי בית המשפט. ענייננו בצורך ליצור יש מאין - בהשלמת חסר לבר-חקיקתי עלידי בריאת נורמה שהורתה אינה בנורמה חסרה אלא ב"אלם חקיקתי" טוטאלי.

ז

12. מאחר שלשיטתי אין כלים "קונוונציונליים" לפתרון הסכסוך, יש לתור אחר חלופה להם, המבוססת על ערך בסיסי החולש על שיטתנו. ערך יסוד הולם הוא הצדק.

הצדק הוא מנשמת אפו של המשפט בישראל. הוא האידיאל המופשט שאליו חותרת מערכת המשפט. הוא -

השופט א' גולדברג

"מבטא את ההסדר האידיאלי ביחס למשפט כמערכת כללים בינאישיים. הוא קנה המידה הערכי של המשפט" (י' אנגלרד, מבוא לתורת המשפט (יהלום, תשנ"א) 42).

אף בחקיקה פוזרות למכביר הוראות שבהן הפך הצדק מעקרון על החולש על השיטה לנורמה משפטית ספציפית. כך, לדוגמה, קובעת פסקת עקרוגות היסוד, הקבועה בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "זכויות היסוד של האדם... יכובדו ברוח העקרוגות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", ולפיה תהא מדינת ישראל מושתתת, בין היתר, על יסוד הצדק.

בהכרעו בריבו של האזרח עם הרשות, הוסמך בית המשפט שלא להושיט סעד לנפגע על-אף קיומה של עילה בדין, אם ראה שמן הצדק לעשות כן. ברוח זו קובע סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, כי בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית המשפט או של בית דין אחר".

ענפי המשפט הפרטי מסתעפים מן הצדק. בדיני החוזים תופסים צדק והגינות מקום נכבד. סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי) מסמיך את בית המשפט לפטור צד לחוזה בלתי חוקי מחובת ההשבה "אם ראה שמן הצדק לעשות כן". סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) מסמיך את בית המשפט לבטל חוזה שנפלה בו טעות שלא הייתה ידועה לצד השני "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת". סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, קובע סייג לתרופת האכיפה, כאשר "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין". הצדק נתן את אותותיו גם ביתר ענפי המשפט הפרטי. בדיני הנוזיקין נקבעים דמי ההשתתפות בין מעוולים במשותף לפי מבחני "הצדק והיושר" (סעיף 84 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]). הצדק חולש, כמוכן, על דיני עשיית עושר ולא במשפט. סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, קובע כי בית המשפט רשאי לפטור זוכה מהשבה אם ראה נסיבות "העושות את ההשבה בלתי צודקת". גם בדיני הקניין מצויים יסודות הצדק. סעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, מורה כי "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות הענין לא יאה זה צודק לתת". סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, וסעיף 10 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, מורים כי בית המשפט רשאי להורות על פירוק שיתוף בנכס חרף התניית הצדדים על הזכות לתבוע פירוק השיתוף, אם "הדבר צודק בנסיבות הענין". אף בתחום המעמד האישי הייתה לצדק דריסת רגל. סעיף 9 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, קובע כי "רשאי בית המשפט, אם הוא סבור שמן הצדק והיושר לעשות כן, לפטור אדם מחובת המזונות...".

בתחום הדיוני הנחה המחוקק את השופט היושב בדין כי חסר בתחום סדרי הדין יושלם בדרך הנראית לו צודקת בנסיבות הענין. סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח

א משולב], תשמ"ב-1982, קובע כי "בכל ענין של סדרי דין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק". וברוח זו ראה גם: סעיף 33 לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969; סעיף 22 לחוק בתי דין מנהליים, תשנ"ב-1992, ותקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984.

ב חוק יסודות המשפט, בסעיף 1, נקבעו "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" כמקורות משפט משלימים במקרה של לאקונה.

ג סקירה זו אינה מתיימרת למצות את כל המקרים שבהם מוצאת השאיפה לצדק את ביטויה בחקיקה הישראלית. אין בה אלא להראות כי יש שהמחוקק הציב פתרון צודק כיעד בפני עצמו, כל אימת שראה בצדק מנגנון הולם לפתרון. אם כי אז על בית המשפט לפרש את ערך הצדק כמובנו באותו חיקוק ובהקשרו של העניין.

ד 13. השאיפה לפתרון צודק אוצלת על שיקול הדעת השיפוטי, והיא משמשת נר לרגלי השופט התר אחר נתיב ההכרעה בסכסוך. וכבר נאמר כי "התפקיד לתרגם הלכת המחוקק למעשה צדק מופקד בידי השופט, ובכך ניתנה לו ההודמנות הסופית לעשות צדק בין הצדדים" (ע"א 398/65 רימון ואח' נ' הנאמן לוכסי שפטלס, פושטרגל ואח' [16], בעמ' 408). אכן, אין בכוחה של שאיפה זו ליצור יש מאין. מקום בו נפרד המשפט, המכתיב תוצאה מסוימת, מהצדק, אין בית המשפט רשאי ליטול לעצמו שיקול-דעת שאינו מסור לו. אולם במקרה בו מופקד בידי השופט שיקול-דעת, או "המשפט והצדק, שדרכיהם נפרדות לעתים קרובות, נפגשים בצומת של שיקול הדעת השיפוטי" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך א, בעמ' 194). לנקודת מפגש זו התחייב השופט היושב בדין לחתור שעה שנשבע "לשפוט משפט צדק". היטיב לבטא זאת הנשיא ברק באומרו:

ה "...לדעתי, יש לו לצדק עוצמה נורמטיבית נוספת אותה נוכל לכנות, כעוצמה 'שירית' והיא זו: בהנחה שבאיוון הראשוני כפות המאזניים מעוינות, והשיקולים השונים, ובהם שיקולי הצדק, מאזנים זה את זה, כי אז עומד השופט בפני דילמה אמיתית. שיקול הדעת הוא שלו. הערכים השונים, וביניהם הערך בדבר הצדק, מתנגשים זה בזה, ומאזנים זה את זה. כיצד יפעיל השופט את שיקול דעתו במצב דברים זה? הוא אינו רשאי להטיל מטבע, אף שבכך הוא מגשים את הערך בדבר נייטרליות שיפוטית והיעדר משוא פנים שיפוטי. כיצד יפתור את הבעיה הניצבת בפניו? עליו להפעיל את שיקול דעתו באופן שהוא יתן את הפתרון הנראה לו כטוב ביותר. אך מהו פתרון זה?

ו לשופטים שונים יכולה להיות גישה שונה בתחום זה. לדעתי, הפתרון הטוב ביותר הוא הפתרון הצודק. אכן, כאשר כל אמות המידה מוצו ולא נמצא פתרון, על השופט לשאוף לפתרון הצודק ביותר" (א' ברק, "על משפט, שיפוט וצדק" משפטים כו (תשנ"ו-נ"ז) 1, 7).

14. מכאן, שבהיעדר אמת מידה אחרת לפתרון סכסוך, יש בידי בית המשפט, ואף

והובה חווית גרידא חייבת לסגת מפני זכות זו. עם זאת, אין זו זכות מוחלטת ואף לא זכות שוויונית: משהתעברה אישה, שוב אין בידי בן-זוגה לחזור בו מבחירתו ולכפות עליה הפלה; ואילו האישה זכאית להפסיק את ההיריון, מכוח זכותה ה"גוברת" לשלמות גופה.

2. השאלה המעשית הדורשת הכרעה בענייננו היא, אם גם כאשר מדובר בהפריה חוץ-גופית נקודת ה"אין חזרה" מן ההחלטה לממש את זכות ההורות היא מועד ההפריה (כשקול למועד ההתעברות); או שמא נקודה זו זזה על ציר הזמן למועד שבו גשתלת הביצית המופרית בגופה של האישה הפונדקאית (באופן שרק משלב זה ואילך שולטת בכיפה זכותה של האישה לשלמות גופה, והזכות שלא להיות הורה נסוגה מפניה).

3. (א) אם המדובר בנסיבות אלו, בהתנגשות בין הזכות להורות (או שלא להיות הורה) לבין הזכות לשלמות גופה של האישה ה"הרה" בלבד - כי אז התשובה המתבקשת במצב המשפטי הקיים לשאלה המעשית האמורה היא בחיוב, לאמור: כל עוד לא הושלתה הביצית המופרית בגופה של הפונדקאית - גוברת הזכות שלא להיות הורה, וכל אחד מבני הזוג זכאי להחזיר את הגלגל אחורנית ולדרוש את השמדת הביצית המופרית.

(ב) ברם, לשיטתי, אין להתעלם בהקשר זה מן העובדה כי "הפריית הביצית" אינה סתם שלב משלבי התפתחותו של העובר, אלא היא המעשה ה"יוצר אותו", וההופך את הביצית והזרעון ל"ישות" חדשה, משולבת משני הגופים שיצרו אותה שאינה ניתנת שוב להפרדה. וכפי שהזרעון והביצית נטמעו זה בזה והפכו לאחד, כך נטמעות זו בזו זכויותיהם של הגבר ובת-זוגו - "בעלי" הביצית והזרעון - והופכות ל"זכות משותפת" בכל הקשור לגורלה של הביצית המופרית. "זכות משותפת" זו זזה בטיבה ובמעמדה לזכות ההורית שהייתה לכל אחד מיוצריה, בשינוי אחד: לכל אחד מבעלי הזכות שמורה זכות וטו כנגד החלטתו של האחר, באופן שרק "החלטה משותפת" ניתנת לביצוע ולאכיפה.

(ג) למען הסר ספק רואה אני להבהיר:

(1) עד למועד ההפריה בפועל, כל אחד מבני הזוג רשאי לחזור בו מהחלטתו להיות הורה; וזכות היסוד שלו שלא להיות הורה גוברת על הזכות החווית של שותפו לדרוש את קיומו של ההסכם שהשתכלל ביניהם בעניין זה. כך הם פני הדברים אך ורק עד להפריה; וזאת - משום שההפריה משנה את המציאות ויוצרת מצב דברים חדש שאינו מאפשר "חזרה" והשבת המצב לקדמותו. עד להפריה - ניתן להחזיר לכל אחד מבני הזוג את "שלו": לגבר את הזרעון, ולאישה את הביצית. ברם - לאחר ההפריה, ההשבה היא בלתי אפשרית, באשר היא כרוכה בפגיעה בזכותו של האחר על חלקו שלו.

(2) לאחר ההפריה ממשיכים הגבר והאישה לחלוש במשותף - ובמשותף בלבד - על גורלה של הביצית המופרית, עד להשתלטה בגופה של הפונדקאית; שעם השתלטה כך

- קמה ועומדת לפונדקאית זכות היסוד לשלמות גופה, כאילו "התעברה" בדרך הטבע, וזכותה זו עדיפה על זכותם המשותפת של בני הזוג בביצית המופרית.

א (3) הפריית של ביצית - הן בגופה של אישה והן מחוצה לו - הינה בבחינת "מעשה מוגמר" שאין אחריו חרטה; ולו רק בשל הטעם הפשוט, ששוב לא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו ולהשיב לגבר ולאישה הנוגעים בדבר את שהשקיעו משלהם ב"ישות החרשה", היא הביצית המופרית. נכון שניתן להחזיר את הגלגל לאחור על-ידי השמדת "הביצית המופרית". ברם, משלא ניתן עוד להפריד בין הזרעון לביצית, אין לבן-זוג, המבקש להתחרט ולהשמיד את "תרומתו" לביצה המופרית, זכות להשמיד גם את "תרומתו" של רעהו. השמדת הביצית המופרית מצריכה הסכמה של שני בני הזוג, ולכל אחד מהם זכות וטו כנגד החלטת חברו.

במצב דברים זה, כנגד זכותו של בן-זוג להתחרט ו"לא להיות הורה", עומדת, לאחר החפירה, זכות "מוגברת" של בן הזוג האחר להשלים את תהליך הולדתו של הוולד ול"הפוך להורה". מעשה החפירה מעמיד, זו כנגד זו, את "זכות החרטה" כנגד "זכות ההשלמה"; ולשיטתי, לנוכח המצב החדש שנוצר, "זכות החרטה" נופלת בכוחה מ"זכות ההשלמה", שזה עתה נולדה.

ג המציאות החדשה שהפריית הביצית יוצרת משנה אפוא את מאזן הזכויות: כנגד הזכות "שלא להיות הורה", שנתכרסמה בהסכם החפירה, עומדת עתה הזכות "להיות הורה", שתוגברה בזכות ה"השלמה" תולדת החפירה.

ד 4. (א) למה הדברים דומים (דומים ולא זהים כמובן): לשניים שהסכימו ביניהם ליצור יחד יצירת אמנות, ששימורה מצריך "שריפה" בתנור; ולאחר שהיצירה הושלמה וכל שנותר הצטמצם להכנסתה לתנור, מתחרט אחד מהשניים ודורש למנוע מחברו להכניס את היצירה לתנור ובדרך זו לגרום להשמדתה. לשיטתי, לא יעלה על הדעת שלאחר שהיצירה המשותפת הושלמה, יהיה אחד השותפים זכאי להשמדה בניגוד לעמדתו של השותף האחר המבקש להשלים את תהליך היצירה. אפשר שלכל אחד מהשותפים תישמר הזכות להתחרט, כל עוד לא הושלמה היצירה. ברם, משהושלמה היצירה, יש לכל אחד מהשותפים זכות וזה באשר ל"גורלה"; וזכותו של המבקש לשומרה עדיפה על זכותו של זה המבקש להשמדה.

ה (ב) הבאת יצירת האמנות לשלב העיבוד בתנור שקולה - אם נרצה - כנגד הפריית הביצית, שהיא השלב הראשון והמכריע בהתפתחותו של הוולד; וכמו שזכותו של השותף המבקש להשלים את "ייצורה" של היצירה האמנותית עדיפה על פני זכותו של האחר להשמדה, כך עדיפה זכותו של בן הזוג המבקש להשלים את תהליך הולדתו של הוולד על פני זכותו של המבקש להשמיד את הביצית המופרית.

ו השופט י' טירקל: 1. בדין הקשה הזה, אני בוחר בחיים; בחייה - חיים כמשל - של דות נחמני, וב"חיים" - או בפוטנציאל החיים - של הביציות המופרות.

2. בבואי לשבת בדיון זה היו לנגד עיניי חוות הדעת של חבריי, השופט גולדברג, השופט קדמי, השופטת שטרסברג-כהן, השופט טל והשופטת דורנר, שליטשו היטב כל צלע ופאה של הסוגיה הנדונה, עד שלא נותרה בה פינה ללטש או לשייף עוד. אוסיף אפוא עיטור קטן משלי, מקצת טעמיה של הכרעתי.

3. במקום אחד אמרתי:

"ההתקדמות העצומה שהיתה בתקופתנו בכל תחומי המדע והטכנולוגיה, ובעיקר התקדמות הרפואה ופיתוח הטכנולוגיה הרפואית, יצרו בעיות שלא היו מוכרות לנו... והחריפו בעיות שהיו ידועות לנו מכבר. הסיפור הקלסי על אותם שניים שהיו מהלכין במדבר ורק בידי אחד מהם קיתון של מים - הקיתון שבו נתונים חייו של האחד הפך ממצע תאורטי של דיון תלמודי למציאות כואבת וממשית מאד, והשאלה שהוא מעלה היתה לשאלה אקטואלית התובעת את פתרונה. אותה התקדמות מחקה את הגבולות הבטוחים וטשטשה את הדרכים הסלולות שבהן הלכו המדען, הרופא והמשפטן ותחומים מוגדרים הין למרחבים פתוחים ומפחידים. נוצר מתח, ואולי גם קרע, בין הישגיהם של המדע ושל הרפואה לבין הערכים שהתפתחו במשך ההיסטוריה האנושית" ("תיקון הלב" הפרקליט מ' ותשנ"ב - ג' 34).

במרחבים פתוחים ומפחידים אלה אין בכוחו של המשפט להתוות לנו דרך. כמו חברי, השופט גולדברג, סבורני גם אני כי הסכסוך שלפנינו -

"...אינו מצוי במהותו במסגרת נורמה משפטית קיימת. לא ניתן ליצוק אותו לתבניות המשפטיות של הוזה או מעין-חוזה. מצוי הוא כל כולו בתחום הרגשי-מוסרי-חברתי-פילוסופי. מכאן ההסבר לחלל הנורמאטיבי ולקוצר ידם של הכללים המשפטיים המקובלים לתת מענה לסכסוך".

התשובה תימצא אפוא בעולם הערכים הפנימי של כל אחד מאתנו. אף אינני מהסס לומר, שמותר לה שתימצא באוצר הרגשות שבתוך לבו של כל אחד מאתנו.

השאלה העיקרית שהועמדה להכרענו בסכסוך זה היא אינו מן הזכויות עדיפה: הזכות להיות הורה, או הזכות שלא להיות הורה. או, אם תמצא לומר, כפי שהוסיפה וחידדה את השאלה חברתי, השופטת שטרסברג-כהן: "האם, בגלל מעמדה רב החשיבות של ההורות, ניתן לכפות הורות על מי שאינו רוצה בה, ולגייס את מנגנון מערכת המשפט להשגת כפייה זו?".

4. דעת הרוב בערעור הייתה בעיקרה כי ההכרה באוטונומיית הרצון של הפרט מחייבת להעדיף את זכותו של בן הזוג שאינו רוצה להיות הורה. לכך אינני מסכים. לדעתי, משנעשה מעשה ההפריה החוץ-גופית, גוברת, בדרך כלל, הזכות החיובית להיות הורה על הזכות השלילית שלא להיות הורה. אפרט את עיקר טעמי.

א ההשקפה המודרנית, החברתית והמשפטית, מכירה באוטונומיית הרצון של הפרט. מכאן נגזרות ועומדות, לכאורה, זו לעומת זו, הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה (ע"ן לעניין זה בניתוחים המעניינים של הסוגיה במאמריהם הנ"ל של גנז, מרמור, ברק-ארוז, דנידוב-מוטולה, שהוזכרו בתווית הדעת של חבריי). אכן, כפי שצוטט במאמריהם של פרופ' גנז וד"ר מרמור, מפי יוסף רוז: "אדם אוטונומי הוא אדם שכותב בעצמו את תולדות חייו". אולם, אם להשתמש בדימוי זה, האומנם יש סימטריה בין הזכויות של כל אחד מבני הזוג לכתוב בעצמו את תולדות חייו שלו?

ב לפי השקפתי אין סימטריה בין הזכויות, למרות הדמיון "החיצוני" שביניהן, ואין לראות בזכות להיות הורה רק נגזרת של אוטונומיית הרצון, העומדת מול הזכות שלא להיות הורה. אולם, אפילו נראה את שתי הזכויות כנגזרות כאלה, אין הן שוות ערך ומעמד, כאילו קיום והידלון שווים זה לזה וכאילו הם הסמלים 1 ו-0 במחשב בשיטה הבינארית (דבריה של ד"ר ברק-ארוז בעניין זה, במאמרה הנזכר, שצוטטו בפסק-דינו של השופט טל, מקובלים עליי).

ג 5. דומה שלא יימצא מי שיהלוק על כך שהזכות לחיים היא זכות יסוד שנתקדשה בתולדות עמנו ובתולדות האנושות בכלל:

ד "היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים – של החיים, ולמען החיים" (דברי כבוד השופט זילברג בע"א 461/62 [13], בעמ' 1333).

והדברים עתיקים.

ה בצדה של הזכות לחיים, כפי שנתפסה במקורות היהדות, נוצרו זכויות נוספות, שהשוויו לה, שבלעדיהן אין חייו של אדם חיים. כך נלמד, למשל, מדינו של הרוצח בשגגה, שנגזר עליו לנזק אל אחת מערי המקלט "וחי" (דברים, ד מב [ז]; יט, ב-ה [ז]), שאם הוא תלמיד "מגלין רבו עמו" ואם הוא רב "מגלין ישיבתו עמו". הטעם לכך הוא: "שנאמר 'וחי' עשה לו כדי שיחיה. וחי בעלי חכמה ומבקשיה בלא תלמוד תורה כמיתה חשובין" (מכות, י, א [כ]; רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, ז, א [כא]). גם את הזכות להיות הורה יש לראות כך. בצדה של הזכות לחיים – שהיא הזכות לחיים שלמים ומשמעותיים – או כחלק ממנה, ראוייה גם הזכות להיות הורה להכרה כזכות יסוד אנושית עצמאית ולא רק כנגזרת של אוטונומיית הרצון.

ז זעקתה של רחל אמנו "הבה-לוי בנים ואם-אין מתה אנכי" (בראשית, ל, א [ח]), שאותה הזכיר חברי, השופט טל, בתווית-דעתו, זעקת הדממה של חנה ה"מדברת על-לבנה רק שפתייה נעות וקולה לא ישמע" (שמואל א, א, יג [כב]) ומתפללת "אלי-הנער הזה" (שמואל א, א, כז [כב]), ודברים אין ספור בספרות שלנו ושל עמים אחרים, הם ביטוי מרשים של עוצמתה של הכמיהה לילד, שאין עזה ממנה. בכמיהה זאת מקופל רצונו של האדם להמשיך דרך צאצאיו את הקיום, הפיזי והרוחני, שלו, של משפחתו ואף של עמו.

א
בה טמונה שאיפתו להגשים את עצמו ואף לממש את חלומותיו שלא נתגשמו. בה אצורה אהבתו לצאצאיו, אלה שנולדו ואלה שטרם נולדו; אהבה של "מיייתן מותי אני תהתיך" (שמואל ב, יט, א [כג]), הגוברת על תשוקת החיים שלו עצמו, וכן כמיהה שעמה התקווה לנוחם ומרגוע בבדידותו, בזקנתו ומול פני מותו. נאמר כי "במות הורה שלך - אברת את עברך; במות ילד שלך - איבדת את עתידך" (דברי ד"ר אליוט לובי, כפי שצוטטו אצל ה' ס' שיף, חיים עם השכול (משרד הבטחון, תשמ"ג). הצאצא הוא העתיד, וקיומו מעניק לחייהם של רוב בני האדם משמעות מיוחדת, ואולי את עיקר משמעותם.

ב
לפי השקפתי, גדול לאין ערוך משקלה הערכי של זכות זאת ממשקלה של הזכות שלא להיות הורה, שהיא הזכות שלא לשאת בנטל הרגשי, המוסרי והכלכלי שההורות מטילה. עשיית "צדק של ערכים" (בג"צ 200/83 ווחאד ואח' נ' שר האוצר ואח' [19], בעמ' 121) מחייבת אותנו להעדיף את הזכות הראשונה על פני השנייה.

ג
ד
ה
6. אולם, אפילו נראה את הזכות שלא להיות הורה כשקולה לזכות להיות הורה, הרי מטה את הכף לטובת הזכות האחרונה עובדה נוספת: פוטנציאל החיים של הביציות המופרות. כאן מבקש אני להדגיש שאין בכוונתי לנקוט עמדה כלשהי בשאלות הפילוסופיות הקשות: מתי מתחילים החיים? מתי זוכה האדם במעמד מוסרי? מאיזה רגע בהתפתחותו הופכים חייו לקדושים ולמוגנים כזכותו הטבעית? המובן הביולוגי לעומת המובן המוסרי של ההווייה האנושית; או להביע דעה על הגישות השונות בנושאים אלה, לרבות המסקנות המשפטיות שיש להסיק מהן (עיין לעניין זה בהרצאותיו של פרופ' ד' הר, אתיקה ורפואה, בפרק "עוברים כבני אדם" (משרד הבטחון, תש"ן) 51 ואילך). בשאלות אלה, ובשאלות הכרוכות בהן, כמו בזכות להפלה, בהקשר של הפרשה הגדונה, דנו פרופ' גנז במאמרו הנ"ל, בעיוני משפט יח, בעמ' 86, וכן ד"ר מרמור, במאמרו הנ"ל, בעמ' 437 ובסופו של דבר הגיעו למסקנות שונות.

ה
ז
כאמור, אינני בא לנקוט עמדה בגישות השונות. כמו כן אינני יודע אם ניתן לייחס בכלל לביציות המופרות אינטרס להיוולד, הראוי להכרה מוסרית, ואם גובר הוא על האינטרס של דני נחמני. אולם תחושת המוסרית מביאה אותי למסקנה שעצם קיומו של פוטנציאל חיים זה, יהא משקלו אשר יהיה, מטה את הכף לזכותה של רות נחמני.

ז
ח
7. באתי לקצר וחוששני שאמצא מאריך. לאחר כתיבת פסקי דיני הונחו לפניי פסקי הדין של חבריי, השופטים בן, אור, מצא וזמיר, וכן השלמות ותיקונים לפסקי הדין שנכתבו לפני פסקי דיני. אוסיף גם כאן משלי עיטור קטן נוסף למקצת מדבריהם.

8. השופט זמיר מבחין בין הדין לבין הצדק:

"יצרי זה הדין... יצרי זה הצדק".

ז
עוד אומר הוא כי "קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה" (סעיף 1 לפסקי דינו). לשיטתו, ניתן להבחין בין השניים ועליידי כך גם למצוא את הדרך שראוי לילך בה:

"בית המשפט הייב לחפש את דרכו כדי להגיע אל נורמה זאת... תורת המשפט מנחה אותו בדרכו ונותנת בידו כלים כדי להגיע אל הדין..."

א...מבחינה מעשית, ואולי אף מבחינה עיונית, אין להעלות על הדעת שלא תימצא לבית המשפט נורמה משפטית לאורך כל הדרך הזאת. מכל מקום, אין בית המשפט רשאי לומר, לפני שעשה דרך זאת לכל אורכה, כי אין בעניין הנדון נורמה משפטית, ולפיכך הוא רשאי לפסוק באותו עניין לפי הצדק" (סעיף 4 לפסק-דינו).

ב דברים דומים אמר השופט אור בסעיף 13 לפסק-דינו:

"עליו (על בית המשפט - י"ט) לברר את הדין ולהכריע על פיו... משהגעתי למסקנה שקיים פתרון משפטי לקושיה זו, כפי שביקשתי להבהיר לעיל, פתרון זה ראוי שיחול בענייננו, אפילו אם תוצאתו אינה עולה בקנה אחד עם ציפיותיה של רותי, אשר המצב אליו נקלעה מעורר אהרה".

ג לשיטתי, בסוגיה סבוכה ומורכבת כמו זו שלפנינו, שבה שזורות וכרוכות זו בזו שאלות מוסריות, חברתיות, פילוסופיות ומשפטיות, שאין להפריד ביניהן, שאותן מעצימים רגשות עזים, אי-אפשר להבדיל בין דברו של ה"דין" לבין "צדקו" של הדיין. זה כרוך בזה. זה נובע מזה. שניהם אחוים זה בזה כאש בגחלת.

ד ייאמר עוד, כי יש הסוברים כי ההכרעה עלי-פי "הדין" הכרעה "אובייקטיבית" היא, שיש לגלות ולהשוף אותה לפי הדרך שמתווה תורת המשפט. לעומתה, ההכרעה לפי "הצדק", כפי שמצייר אותה השופט זמיר, היא כהכרעתו של אדם "המחפש את הדרך הראויה, נע ונד..." - משל הכרעה סובייקטיבית היא - איש איש והרוח הנושאת אותה. לשיטתי שלי, גם ההכרעה עלי-פי "הדין", במקרה שלפנינו, בתוך תוכה הכרעה סובייקטיבית-ערכית היא; שופט שופט והרוח המתנגנת בכינור התלוי מעל לחלוננו (עייין: "כינור היה תלוי למעלה ממיטתו של דוד, וכיון שהגיע הצות לילה באה רוח צפונית ונושבת בו, ומנגן מאליו", ברכות, ג, ב [יד]). האובייקטיביות, בעניין כענייננו, כפי שאמר ההיסטוריון P. Novick בספרו *That Noble Dream: The Objectivity Question & the American Historical Profession* (Cambridge, 1993) (myth) היא ותו לא.

ה 9. אומר בגילוי לב השופט זמיר בסוף פסק-דינו את הדברים הבאים:

ז "בפרשה זאת לא ניסיתי לעשות קפיצת הדרך. הלכתי בדרך המלך, אף שהיא דרך מייגעת, והגעתי לתוצאה זאת: בין רותי לדני, הדין עם דני. אני מניח שניתן היה לבחור דרך אחרת בין דרכי המשפט, ואולי אף להגיע באותה דרך לתוצאה אחרת. אולם, וזה העיקר בעיניי, בית המשפט צריך ללכת בדרך מדרכי המשפט. אני מודה שאילו ראיתי כי הדרך מובילה אותי לתוצאה של אי-צדק, הייתי עוצר בדרכי ומחפש דרך אחרת, בתוך הסבך של כללי המשפט, שאולי תוביל אותי אל תוצאה של צדק. יתרה מזאת: גם בסוף הדרך

אני עדיין מוכן ומזומן לבדוק ולראות אם הגעתי לתוצאה שאינה צודקת. שאם כן, אני מוכן לחזור על עקביי ולעשות שוב את דרכי מלכתחילה בניסיון להגיע לתוצאה צודקת יותר. אולם, האם באמת, בתוצאה שאליה הגעתי, לא עשיתי משפט צדק?"

א

ברוח דומה אמר גם השופט טל בערעור נושא דיון נוסף זה:

"...אבל הפתרון המשפטי אינו תמיד אחד. יש שפתרונות אפשריים שונים מתחרים זה בזה. כל שכן בבעיה אנושית כאובה זו שלפנינו. ובתחרות זו יש - כך נראה לי - להעדיף הפתרון הנראה צודק יותר."

ב

ראו גם: סעיפים 3 ו-4 לפסק-דינו של השופט בד; סעיפים 11, 12 לפסק-דינו של השופט גולדברג; סעיף 21 לפסק-דינו של השופט מצא; סעיף 6 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

אחרי הדברים האלה תוהה אני מה הטעם בניסיון לשקול במאזני משפט את הערכים המתנגשים, או בניסיון ללכת ב"דרך מדרכי המשפט"; כאשר משקל הערכים משתנה לפי האוחז ביד מידת משפט, כאשר ניתן לבחור בין מספר דרכים וכאשר בדרך אחת אף ניתן להגיע לתוצאות שונות. גם בפסקי הדין של חברי לדעה מוצגת יותר מ"דרך משפטית" אחת שבה אפשר להגיע לתוצאה שאליה הגיעו, שאינה נופלת ב"משפטיותה" מן הדרכים שבהן הלכו החולקים עליהם. אם כך הדבר, מה הועילו ההולכים בדרך זאת?

ג

ד

10. יותר מכך. אם אכן יש יותר מ"דרך משפט" אחת, כיצד תיעשה הבחירה בין הדרכים השונות ובין היעדים השונים שאליהם מובילה כל דרך? האם גם בחירה זאת מוכתבת על-ידי "הדין"? בסוגיות סבוכות, כזו שלפנינו, אין גאומטריה משפטית המחייבת תוצאות חד-משמעיות. שלא כחבריי שסברו כך, אין אני יכול להצביע על פתרון אחד, או פתרון "נכון יותר", שניתן ליישמו במקרה שלפנינו. פסקי הדין שלפנינו מראים יפה כיצד ניתן להציב ערכים שונים במקום כל איבר בנוסחה הנבחרת. מול הקביעות שעליהן סומכים שופטים הדוגלים בהשקפה אחת, ניתן להעלות קביעות מנוגדות. מול הקביעה העובדתית שאין הסכמה בין בני הזוג, ניתן להציב קביעה הפוכה. מול הכלל כי חוזים יש לקיים, ניתן להעמיד את הכלל שבסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), שלפיו יש חוזים שהם בטלים בשל היותם מנוגדים לתקנת הציבור. כנגד האיוון בין הירויות (חיובית ושליילית), ניתן לאזן בין זכויות (כללית וספציפית). הגאומטריה המשפטית מאפשרת את זו ואת זו. אין פתרון אחד, אין דרך אחת ואין "דין" אחד (ראו מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג) 13-23; ג' ל' קולמן ר"ב לייטר, "קביעות, אוכייקטיביות וסמכות" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 309; R. M. Cover, *Justice Accused* (New Haven, 1975). בתוך עולם תוהו משפטי כזה, אם מותר לכנות זאת כך, נזקק השופט לגורמה חיצונית, לבר-משפטית -

ה

ו

ז

* שם, בעמ' 523.

א היא כינויה אשר יהא - כדי לבחור בין מיגוון הפתרונות ש"הדין" מאפשר. אם כך, דומה שבהודקקות הישירה ל"צדק" לא נעשתה "קפיצת דרך" גדולה יותר מזאת שעשו בעלי דעת המיעוט בדיון נוסף זה כאשר בחרו, לדוגמה, בכלל המשפטי שבאין מצג לא קמה טענת השתק (סעיף 16 לפסק-דינו של השופט זמיר).

ב הוא שאמרנו. כאשר לא קיים לגבי המקרה דטרמיניזם משפטי (כפי שמכנה זאת המלומד Cover, בספרו הנ"ל), המחייג תוצאה אחת, אין, לדעתי, טעם בניסיון ללכת מלכתחילה ב"דרך של משפט", אשר מה מותר לה על "דרך הצדק".

ג 11. זאת ועוד. פתרון התולה עצמו בסמכות הייצוגית ה"כפויה" על השופט (ראו ניתוח "The Can Not Argument" בספרו הנ"ל של Cover) הוא פתרון מפתה, אולם אין זה המצב כאן. המקרה שלפנינו הוא מאותם מקרים קשים שבהם על השופט לשאת לבדו, על שכמו שלו, את מלוא האחריות האישית להכרעתו, בלי להישען על תמיכה של סמכות אחרת, וזאת בשל היעדר כל נורמה המסדירה את הסוגיה (לעניין זה ראו גם R. W. Gordon, "Critical Legal Histories" 36 Stan. L. Rev. (1984) 57).

ד אינני מהסס לומר כי התוצאה שאליה הגעתי איננה רק תוצאה של אנליזה משפטית אלא גם של אינטואיציה ושל תחושה פנימית (ראה מאמרי הנ"ל, בעמ' 41). סבורני, כי במקרה מיוחד כמו זה הגדון אין בכך פסול. כפי שכתב הנשיא א' ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 197:

"אכן, האינטואיציה ממלאה תפקיד בשיקול הדעת השיפוטי. השופט הוא יצור אנושי, והאינטואיציה ממלאת תפקיד חשוב בפעולתו של כל אדם".

ה כסופו של דבר, במקרה כזה עוברת כל דרך לפתרון בצמתים של הכרעות ערכיות, ואחת היא אם נכנה אותה דרכו של הדין, או דרכו של הצדק. בבג"צ 4712/96 סיעת חדצ - ישראל הדמוקרטית - רצ, מפ"ט, שינוי ואח' נגד מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח' [20] אמרתי, בעמ' 835:

"לא לכל סכסוך, אפילו הוא שפיט, יש פתרון משפטי; ולא כל פתרון משפטי, אפילו יש כזה, הוא פתרונו האמיתי של כל סכסוך".

ו המקרה שלפנינו הוא דוגמה לסכסוך שפיט, שבית המשפט חייב להידרש לו אך אין לו פתרון משפטי "טהור", וספק אם יש לו פתרון אמיתי.

12. אטול לעצמי רשות לצטט מדברים נוספים שאמרתי במקום אחר:

"כמו הנביא, מבקש השופט למצוא דרך בין כל אלה, לציבור ולעצמו. הוא נכנס אל גנוי הפרדס ובידו לפידו, לפידו הקטן שלו, וכל נתיבותיו חתחתים, תהומי תהומות והררי הרים (תנ"ך, ביאליק, 'הציץ ונפגע')."

ז מהו צדק, מהו יושר, מהי חרות, מה אמות המידה שיאחו בידו למוד אותם?

מתי יאחו בהרב הברזל של מידת הדין ומתי ילטף עם כל מידת הרחמים?...
מתי יהויק במידת האמת? ומתי - במידת היציב?

בין כל אלה, כמו בין קטבים של המון מגניטים, מבקש השופט למצוא את דרכו. הוא אוהו ביד מידת משפט, עם חצאי מידות שאין להן שיעור. בכל משפט ומשפט שופט הוא את עצמו. בכל משפט ומשפט, מדעת ושלא מדעת, גוזר הוא את הדין ואת מידותיו של הדין, גם כצלמו וכדמותו, גם לפי צלם ודמות שהוא שואף אליהם... (י' טירקל, "ענווה, יראה ואהבה" הרשות השופטת - עלון השופטים בישראל 23 (תשנ"ו) 12).

אנו נושאים על כתפינו משא כבד של אחריות. האור שמנחה אותנו אינו אורה של השמש או אורם של הכוכבים, שהם קניין הכול. אין הוא אלא אורו של הלפיד הקטן שביד כל אחד ואחד מאתנו, המאיר את נתיבו.

13. פתחתי את דבריי באמירה שאני בוחר בחיים, בכך התכוונתי לרמוז גם לעניין נוסף. לפי תפיסתי, הצדק שעושה ומקריין בית המשפט צריך להיות צדק אנושי, שאינו רק תוצאה של ניתוח הגיוני אלא גם נובע ממעמקי הלב. ההכרעה לזכותה של רות נחמני היא בעיניי הכרעה כזאת. אכן, הגישה האנושית הייתה גם לנגד עיניהם של בעלי דעת הרוב בערעור, שלא התעלמו מכמהותה של רות נחמני לאימהות, ואף על-פי-כן הגיעו למסקנה שונה משלי. הדברים הולכים אחרי הלב, ולבי שלי הוליך אותי למסקנה שאליה הגעתי. מטעמים אלה ומחלק מטעמיהם של חבריי, השופט בך, השופט גולדברג, השופט מצא, השופט קדמי, השופט טל והשופט דורנר, אשית ידי עמהם.

לדעתי יש לקבל את העתירה.

השופט ג' בך: 1. אחרי עיון בפסק הדין של בית-משפט זה בע"א 5587/93*, נושא דיון נוסף זה, בטיעוני הצדדים, בחוות הדעת של חברתי הנכבדה, השופטת שטרסברג-כהן, התומכת בדעת הרוב בפסק הדין הנ"ל, קרי בעמדתו של המשיב, מר דני נחמני (להלן - דני), וכן בחוות הדעת של חבריי הנכבדים, השופטים טל, קדמי, גולדברג, דורנר וטירקל, המציעים לקבל את בקשתה של גב' רותי נחמני (להלן - רותי) להפוך את התוצאה של פסק הדין המקורי על פיה ולאמץ את דעת המיעוט בפסק הדין המקורי, הגעתי לכלל דעה כי עליי להצטרף לדעתם של חמשת חבריי האחרונים ולתמוך בעמדתה של רותי לעניין הבעיה העומדת להכרעתנו.

2. אין זו מסקנה, שהגעתי אליה בקלות. כפי שניכר מחוות הדעת של חבריי, שהתקשו הם להכריע בסוגיה הנדונה, כך גם עברו עליי לבטים רבים וקשים בעניין זה.

נוצר כאן מצב, שבו ניתן לא רק להבין לרוחו של כל אחד מבעלי הדין, אלא שוכאי כל אחד מהם למידה רבה של אהדה.

* פ"ד מט (1) 485.

א האהדה למצב שאליו נקלעה רותי בולטת לעין מחוות הדעת של כל השופטים. גם חברתי הנכבדה, השופטת שטרסברג-כהן, מדגישה זאת, והיא שותפה להערכה, שהסבל הנפשי שהוסב לרותי עקב מניעת זכות ההורות עולה על זה שייווצר לדני אם ההורות בכל זאת תתמש.

ב אך גם הדילמה שבה נתון דני ראוייה להבנה ולרגשי השתתפות. קשה לבוא אליו בטרוניה, כאשר אין הוא מעוניין בהולדת ילד משותף עם אישה, אשר התא המשפחתי שלו עמה הופרד, והוא התקשר בינתיים עם בת זוג אחרת ומתכוון לפתח חיי משפחה עמה ועם ילדיהם שלהם בלבד. אפילו אין דני מדגיש את הגורם הכלכלי שבגידול הילד, הרי גורם זה מכל מקום קיים אובייקטיבית. זכותו של הילד לתמיכה כלכלית לא תיפגע אף עקב הבטחתה של רותי שהיא מצדה לא תבוא בתביעות כספיות. אך הדגש מושם ללא ספק על הגורם האמוציונאלי, הנפשי והמשפחתי, וניתן להבין את התנגדותו של דני להיווצרות התלות הנוספת הצפויה אם אכן ייוולד ילד מההורות האמורה.

ג משום כך קשה לי להסכים עם אותו חלק מהנמקתו של חברי הנכבד, השופט קדמי, שבו משווה הוא את מצבם של בעלי הדין בתיק דנן למקרה שבו שניים הסכימו "ביניהם ליצור יחד יצירת אמנות, ששימורה מצריך 'שויפה' בתנור; ולאחר שהיצירה הושלמה וכל שנותר הצטמצם להכנסה לתנור, מתחרט אחד מהשניים ודורש למנוע מחברו להכניס את היצירה לתנור ובדרך זו לגרום להשמדתה". לדעתי אין המשל דומה לנמשל. לא ניתן להשוות שימורה של יצירת אמנות, יהיו ערכה והמוניטין הכרוכים בבעלות עליה אשר יהיו, עם שינוי הסטאטוס הכרוך בהורות, ועם המטען האמוציונאלי והחובות החומריים והמוסריים המתלווים להפיכת אדם לתורה.

ד במילים אחרות: לדידי לא אוכל להכריע בעניין ערעור זה בשל הסתייגות בולטת מהתנהגותו של אחד הצדדים לסכסוך.

ה 3. כמו כן סבור גם אנוכי, כי אין למצוא פתרון לבעיה בה עסקינן עליידי הסתמכות על חיקוק מסוים, או פרשנות לחיקוק כזה. חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) הינו אמנם רלוואנטי לנושא, אך אינו נותן תשובה של ממש לקושי שלפנינו. סעיף 5(ג) לאותו חוק קובע אמנם כי ועדת האישורים רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה "כל עוד לא הושגלה הביצית", אך שותף אני לדעה כי הוראה זו מתייחסת בעיקר למערכת היחסים שבין ההורים המיועדים והפונדקאית, ואינה קובעת את המועד שבו יש עדיין לאחד מההורים המיועדים "זכות וטו" על השלמת הליך ההורות.

ו גם עיון בדיני החוזים אין בו כדי לסייע בידינו במציאת פתרון נאות. אין המדובר כאן בחוזה רגיל הנתון לאכיפה, או בחוזה שניסיון אכיפתו נידון לכישלון.

אך שיקולים אלה אין בהם כדי לשחרר אותנו מהחובה להכריע בשאלה סבוכה זו.

ז 4. כאן מצטרף אני לדעתם של חבריי, הסוברים כי במצב הנתון, שבו אין בנמצא חוק מפורש היכול להדריכנו, עלינו להיעזר בתחושת הצדק, ולקבוע את פסקנו על-פי מה

שגראה בעינינו כצודק ביותר, בהתחשב בכל הנסיבות של המקרה שלפנינו. הבעתי את דעתי בנושא זה של מציאת פתרון צודק, כאשר אין חיקוק בנמצא המכתיב פתרון מפורש, בפסקי-דין בע"א 499/81 עודה נ' חדורי [21], בעמ' 739-740. חוות-דעתי באותו פסקי-דין היוותה אמנם דעת מיעוט, אך הבעת דעתי בעניין הסוגיה של שיקולי הצדק בעינה עומדת. כתבתי שם, בין היתר:

"ברור לכולנו, כי לא תמיד מביא יישום הוראות החוק על העובדות הספציפיות של מקרה מסוים לתוצאה, הנותנת סיפוק לרגש הצדק. רבים הם המקרים, ויש הסוברים שרבים מדי, בהם נאלץ בית המשפט על-פי החוק החרות או על-פי הלכות, שנקבעו באסמכתאות המחייבות אותו, לתת החלטות, אשר התוצאה המעשית שלהן נוגדת את כללי ההיגיון והסכירות ומקוממת מבהינת רגש הצדק המפעם בקרבו של השופט.

הדבר נובע בעיקר מכך, שגם המחוקק המוכשר ביותר אינו צופה את כל הסיטואציות העשויות להתרחש; החיים הם מגוונים יותר אף מהדמיון העשיר ביותר של מנסה החוקים. ואשר לשופט, הרי אין הוא יכול לסטות מלשון החוק הברורה או מהלכות מקודשות, לבל יגרום לאנדרלמוסיה ולא-יודאות לגבי המצב המשפטי ביחס לסוגיה מסוימת, ובכך לתקלה ציבורית, העולה בחומרתה אף על העוול, שייגרם לצד זה או אחר במשפט מסוים.

אולם ערנות לעובדה, שלא ניתן למנוע לחלוטין מצבים כאלה, אינה מצריכה להובילנו אל המסקנה, שעלינו להשלים עם תופעה זו, ושפטורים אנו מלעשות מאמצים מירביים כדי לצמצם עד למינימום מקרים, בהם מתעורר ניגוד כאמור בין יישום החוק לבין דרישות הצדק".

ובהמשך, בעמ' 740:

"השופט דנינג (Lord A. Denning) בספרו (The Road to Justice (London, 1955), דן בגישתם של משפטנים רבים, אשר עושים הבחנה חדה בין החוק ועקרונותיו לבין דרישות הצדק, והסוברים, כי על המערכת המשפטית לעסוק בפירוש החוק הקיים בלבד ולא לחפש דרכים כדי לעשותו צודק יותר. כותב השופט 2:Denning:

"Lawyers with this cast of thought draw a clear and absolute line between law and morals, or what is nearly the same thing, between law and justice. Judges and advocates are, to their minds, not concerned with the morality or justice of the law but only with the interpretation of it and its enforcement...

This is a great mistake. It overlooks the reason why people obey the law".

השופט שטרסברג-כהן מטילה ספק באפקטיביות של בחינה זו בתור שיקול מכריע. מצביעה היא על הקושי לקבוע מהו הפתרון הצודק ומהי הדרך הבלתי צודקת. מה שנראה כצודק בעיני משקיף אחד, עשוי להיראות כאי-צדק משווע בעיני חברו.

א

קושי זה קיים, אך אין הוא היהיד הניצב לפני השופט. כאשר שופט חייב להכריע בשאלה מה זאת התנהגות סבירה או זהירות סבירה, או איך היה האדם הסביר מגיב בסיטואציה מסוימת, הרי תיתכנה בשאלות אלה תשובות שונות ומנוגדות, וכאלה אכן ניתנות על-ידי שופטים שונים. לכן ישנן לגבי סוגיות אלה דעות רוב ומיעוט, ולעתים מתבטלות החלטות שופטים על-ידי ערכאות משפט גבוהות יותר. אין בכך כדי למנוע מתן החלטה של בית המשפט בשאלות כאלה. השופט חייב לשפוט על-פי הגיונו, ניסיון החיים שלו ומצפונו, ובמקרה של חילוקי דעות, כפי שקיימים הם במקרה דנן, תכריע דעת רוב השופטים.

ב

ובאשר ללגיטימיות של שיקול הצדק, ייאמר כי גורם זה מהווה אלמנט בחיקוקים רבים, אשר הוזכרו בחוות-דעתו של חברי הנכבה, השופט גולדברג, כגון סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), המסמיך את בית המשפט לפטור צד לחוזה בלתי חוקי מחובת ההשבה "אם ראה שמן הצדק לעשות כן", או סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), המאפשר אי-אכיפה של חוזה כאשר "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין", או סעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], אשר על-פיו "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות הענין לא יהא זה צודק לתתו".

ג

ד

ובראש ובראשונה יש להזכיר בהקשר זה את סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, אשר על-פיו בית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק "ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק...".

ה

בכל אחד מאותם מקרים ישנם חילוקי דעות בשאלות אם הצדק מחייב או מצדיק את התערבות בית המשפט, ובצדו של מי מהצדדים מצוי הצדק. אך אין בכך כדי למנוע מאתנו קביעת עמדתנו בנדון, אפילו כרוך הדבר לעתים קרובות בלבטים קשים.

שיקול זה היווה אפוא, במקרה דנן, שהינו מקרה מיוחד במינו, קו מנחה בעבורי.

ו

5. כבר ציינתי לעיל, כי מרגיש אני מידה רבה של אהדה אל שני היריבים בסכסוך טראגי זה. אך בסופו של דבר, כאשר משקיף אני על מכלול העובדות של מקרה מיוחד זה ומנסה אני לשוקלן במאזני צדק, הרי חש אני, כמו המשתחבריי הנ"ל, כי הכף של זכותה של רותי תימצא כבדה יותר ותכריע את הכף הנגדית.

ז

מגיע אני למסקנה זו על סמך משקלם המצטבר של השיקולים והעובדות כדלקמן:

א) רותי ודני לא רק הסכימו להביא ילד לעולם בדרך זו של הפריית הביציות והסתייעות בפונדקאית, אלא הרחיקו לכת במימוש אותה תכנית. דני הפריש מזרעו וגרם להפריית הביציות בהסכמה מלאה.

השופט ג' בן

ב) ההליך שנקט היה כרוך בסבל פיזי קשה וממושך לרותי. בגלל חולניותה היה הדבר אף כרוך בסיכון חיים בעבורה.

ג) בשעתו יכולה הייתה רותי להגיע לאותה תוצאה באמצעות זרעו של גבר אחר, אך היא העדיפה את השותפות עם דני מטעמים מובנים, ותוך הסתמכות על הסכמתו המלאה לתכנית המשותפת.

ד) רותי אינה מסוגלת היום לחזור על אותו ניסיון, בשל גילה ומצב בריאותה. לכן זהו הסיכוי היחיד והאחרון בעבורה לממש את שאיפתה העזה להורות.

ה) זאת, להבדיל מדני, אשר זכה להורות, ויוכל אף בעתיד להתנסות בחוויה נהדרת זו.

ו) לו היינו נתקלים במצב הפוך, היינו מצב שבו לא היה הגבר מסוגל להוליד ילדים, והסיכוי היחיד שלו להגיע להורות היה בהשתלת הביצית של בת-זוגו שהופרתה על-ידיו בגופה של פונדקאית, כי אז נראה לי כי מן הדין היה להגיע לאותה מסקנה, ולפיה אין להרשות לאישה, בעלת הביצית, להתנגד למימוש ההולדה.

ז) יוער גם, כי לאור הצורך להשקיף על מכלול העובדות הרלוואנטיות, הרי מסקנתי בערעור זה עשויה הייתה להיות שונה, לו למשל התברר שנודע לדני כי מתגבשת כוונה להשתיל את הביצית המופרית בגופה של פונדקאית הסובלת ממחלה קשה, או לו הסתבר פתאום, כי בשל סוגי הדם המיוחדים של דני ורותי קיימת סכנה, מבחינה גנטית, לבריאותו או שלמות גופו של העובר. אך בהיעדר נסיבות יוצאות דופן שכאלה, מחייבות דרישות הצדק שלא לאפשר לדני לסכל את השלמת ההליך הנדון רק בשל הטעם שחל בינתיים שינוי לעניין רצונו להיות אב.

ח) העובדה, שבנסיבות מסוימות מוכרת זכותה של האישה להפסיק את הריונה בדרך של הפלה, ואין הגבר יכול לאלצה להמשיך בהליך ההיריון או להפסיקו, אינה מוסיפה דבר לפתרון הבעיה הנוכחית. השיקול המכריע לעניין נושא ההפלה קשור לעובדה שהעובר הינו חלק מגופה של האם, ומכאן שליטתה של האם באשר לגורל העובר.

ט) חבריי הנכבדים הרחיבו את הדיבור על דבר הזכות והחירות של כל אדם להגיע לידי הורות, ועל דבר הזכות והחירות המקבילות של האדם שלא ליהפך להורה בעל כורחו.

כותבת חברתי הנכבדה, השופטת שטרסברג-כהן:

"הגשמת זכותו של הרוצה בהורות על-ידי הטלת חובה על מי שאינו רוצה בה נוגדת את מהותה של החירות (קרי: תירותו של מי שאינו מוכן לקבל על עצמו הורות - ג' ב') ופוגעת בגשמת אפיה".

ייתכן שכך היה המצב לו הכוונה אכן הייתה להטיל חובה על המשיב לקדם את מימוש ההורות. אך דרישה כזאת אינה מופנית כלפי דני היום. הפעולה האקטיבית שהייתה דרושה

השופט ג' בך

א בנושא זה מצדו כבר נעשתה על-ידיי, מרצונו החופשי, בעבר, לפני שחל שינוי בעמדתו. היום איש אינו רוצה להטיל עליו חובה לעשות דבר, ונשללת ממנו רק הזכות לסכל את אפשרותה של רותי לעשות שימוש בביציות שלה, שהופרו לפני כן על-ידי זרעו של המשיב בהסכמתו המלאה.

השופטת שטרסבורג-כהן אינה מסכימה לגישה זו. לדעתה אכן גדרשים מדני על-ידי רותי מעשים בעלי משמעות. קובעת חברתי לאמור:

ב "האומנם אין רותי דורשת מדני דבר? חוששתי שההפך הוא הנכון. היא דורשת שלא להתחשב בעמדתו, להוציאו מהתמונה ולהתעלם מאי-הסכמתו. היא דורשת לאפשר לה שימוש במטענו הגנטי בעל-כורחו כדי להביא לעולם את ילדו. היא דורשת להפעיל את בית המשפט להסכים במקומו של דני ולהורות לבית החולים לתת לה את הביציות על-מנת להמשיך בתהליך שיביא להולדת בנם המשותף שלה ושל דני, בלא הסכמתו. לשם כך מבקשת היא שהסכמתו להפריה תתפרש כהסכמה להביא ילד לעולם בעל-כורחו גם אם הוא לא יגדלנו".

ד ככל שיש בדברים אלה כדי להצביע על הבעיה הקשה הקיימת בעבור דני במצב שנוצר, הרי אינני יכול אלא להסכים להם, והדגשתי זאת בדבריי לעיל. אך אין בכך כדי לטשטש את ההבדל המעשי והעקרוני בין הטלת חובה על אדם לעשות פעולה אקטיבית לקידום ההורות, בניגוד לרצונו, ובין אי-הכרה בזכותו לעשות מצדו פעולה המיועדת למנוע מבת הזוג את השלמת מימוש ההורות.

ה במילים אחרות: לו נתבקש בית המשפט לצוות עתה על המשיב לשתף פעולה באופן אקטיבי בהמשך הליך ההפריה, בהפרשת זרע או בהשתתפות בבדיקות או בטיפולים רפואיים כלשהם או בביצוע תשלומים לפונדקאית או לגורמים אחרים בקשר לפעולות שעד כה טרם נעשו, אזי יש ביסוס לטענה שמתן צו כזה עלול לפגוע בחירות מוגנת של המשיב. אך לא זהו המצב הנתון במקרה דנן. דני אינו גדרש על-ידי רותי לעשות כעת מעשה, אלא הוא מבקש למנוע, על-ידי הוראה אקטיבית מצדו, מבית החולים למסור למבקשת את הביציות המופרות ומבקש בדרך זו לסכל את מימוש ההורות, שתוכננה בעבר על-ידי שני בני הזוג במשותף.

ו הייתה לי בינתיים ההודמנות לקרוא גם את חוות-דעתו של חברי הנכבד, השופט זמיר. במטרה להראות, כי גם לאחר הסכמת הבעל להפריית הביצית והשלמת הפעולות הדרושות בכיוון זה מרצונו החופשי, דרושה עדיין פעולה אקטיבית מצד הבעל לעניין הצעדים הנוספים הקשורים בהשתלת הביצית, מפנה השופט זמיר בעיקר לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) (להלן - התקנות). על-פי תקנה 14 לאותן תקנות, דרושה הסכמת הבעל לכל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית של האישה, ועל-פי תקנה 9 לתקנות, דרושה הסכמתם הן של האישה והן של הבעל להארכת תקופת ההקפאה של הביצית מעבר לחמש שנים.

אין בהוראות אלה כדי לטשטש את ההבדל המשמעותי בין הטלת חובה על צד לבצע פעולה אקטיבית ובין החלטה המנטרלת אך את התנגדותו של אותו צד לפעולתו של הצד האחר. אשר לאמור בתקנה 14 לתקנות, הרי לשיטתי יש לראות את דני כמי שלא רק הסכים להפריה החוץ-גופית, אלא אף ביצע את כל הפעולות הדרושות מצדו לשם מימוש ההפריה. ובאשר לאמור בתקנה 9 לתקנות, אעיר שתי הערות:

(1) הבעיה הקשורה בהארכת ההקפאה של הביצית המופרית מעבר לחמש שנים נוצרה רק עקב סירובו של דני להסכים למסירת הביצית לרותי ועקב התמשכות ההליכים המשפטיים, שההליך הנוכחי מהווה, על-פי המקווה, האחרון שבהם. בנסיבות אלה אין לראות בהחלטת בית המשפט, אשר תפסול את תוקף התנגדותו של דני, משום אילוצו של דני לעשות פעולה אקטיבית בניגוד לרצונו, ותפגע על-ידי כך בחירות בסיסית שלו.

(2) מכל מקום, כאשר מחליט בית המשפט לקבל את תביעתה של רותי, על-פי הדעה המתגבשת עתה אצל רוב שופטי ההרכב של בית-משפט זה, הרי פירוש הדבר שבית המשפט מחליט, במקום הבעל, על ההסכמה להשתלת הביצית ומורה לבית החולים למסור את הביצית המופרית לידי רותי לצורך המשכת הפעילות הדרושה למימוש ההשתלה. שוב אין דני נדרש לנקוט כל צעד מוחשי ואקטיבי כתוצאה מפסקי-דין כזה. הסמכות עוברת מעתה לידיה של רותי לנקוט לבדה את כל הצעדים הדרושים להשלמת ההליך הכרוך בהשתלת הביצית המופרית.

ט) בנסיבות הנתונות, נסוגה לדעתי זכותו של המשיב לבצע פעולת סיכול שכזאת מפני זכותה של המבקשת לממש את זכות ההורות שלה. כותבת בנושא זה חברתי, השופטת שטרסברג-כהן:

"אין המשפט מחייב אדם להוליד ילדים לבן-זוגו גם אם הבטיח לעשות כן והתחרט. מפר הבטחה גורם אכזבה ומפח גפש לאחר. התנהגותו אינה 'צודקת', אולם המשפט לא יחייבו לקיים הבטחתו בשם 'הצדק'".

אלא שלשיטתי, יש להבחין בין הבטחת אדם בהבל פה להוליד ילדים ביחד עם בת-זוגו, ובין הבטחה כזו אשר מבחינתו כבר מומשה על-ידי הפריית הביציות של האישה, עם כל הנסיבות שנתלוו לכך במקרה דנן.

י) לא אחזור בהקשר זה על הציטוטים מפסקי הדין ומכתבי המלומדים שהובאו על-ידי חבריי הנכבדים, השופט טל והשופטת דהגור, והמצביעים על אלמנט המניעות אשר קיים בנסיבות הנתונות, לפחות מההיבט המוסרי. לצורכי הדגמת העיקרון הנראה משכנע בעיניי, אחזור רק על הציטוט של קטע קצר מהמאמר הנ"ל Panitch, בעמ' 574, עליו מסתמך השופט טל:

"One fact is of vital importance in making this judgement; the spouse who opposes implantation wanted a child at one time and submitted to the IVF process with that end in mind. The two spouses once agreed on this issue

א

and initiated the IVF procedure in reliance on that mutual wish. Given this background, the greater injustice would be to deny implantation to the spouse who detrimentally relied on the other's words and conduct.

Protection against this sort of injustice is recognized by the well established doctrine of estoppel...".

ב

יא) לכל אלה יש עוד להוסיף את השיקול, שעליו עמד גם חברי הנכבד, השופט טירקל, כי העדפת עמדתה של רותי כרוכה בסיכוי להענקת חיים והוספת בן-אדם חי לעולמנו. אפילו היו כפות המאזניים של הצדק מעוינות (ואין הדבר כך), הרי עשויה הייתה אף מחשבה זו להכריע את הכף.

6. סוף דבר:

ג

מהנימוקים המפורטים לעיל שותף אני לדעתם של חמשת חבריי, הסוברים כי יש לקבל את בקשתה של רותי בדיון גוסף זה ולפסוק כי רשאית היא להמשיך במאמציה להביא להולדת הוולד על-ידי השתלת הביציות המופרות בגופה של פונדקאית.

ד

השופט א' מצא: רותי נחמני רוצה להפוך לאם; והצדק עמה. דני נחמני אינו רוצה להיות הורה לצאצאים המשותפים לו ולרותי; והצדק גם עמו. אך הצדק שעם רותי רב מזה שעם דני, ועל-כן יהא הדין עם רותי.

על הכרעה בין זכויות

ה

2. כלום הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה הן שתי פניה של אותה זכות? שאלה זו אינה קלה. אולם גם בהנחה שהתשובה לשאלה זו היא בחיוב - היינו כי לפנינו זכויות "הופכיות" - לא בנקל נוכל לבכר אחת מהן על פני רעותה. אפשר שעוצמתן של הזכויות שווה ואפשר שעוצמתן אינה שווה; והכרעה בשאלה זו מצריכה קביעה ערכית (ראה ברק-ארי, במאמרה הנ"ל, בעמ' 198-200). אכן, לא תמיד הזכות החיובית והזכות השלילית ההופכית לה הן בנות אותו המעמד. כך, למשל, הזכות לדבר והזכות לשתוק אינן, בהכרח, זכויות שקולות. כשהפן החיובי והפן השלילי של אותה זכות באים לכלל התנגשות, נדרשת הכרעה שיפוטית. ולעתים אין מנוס מפני קביעה ערכית המדרגת את הזכויות המתחרות ומשייכת אותן למעמדות שונים. כך, למשל, נפסק (בע"א 506/88 יעל שפר, קטינה נ' מדינת ישראל ולהלן - פרשת שפר [22]), כי הזכות למות אינה שקולה לזכות לחיות. נראה לי, כי בפרשתנו איננו נדרשים להכרעה ערכית מסוג זה. ההכרעה לצד זכות ההורות של רותי אינה מותנית בקביעה כי הזכות להיות הורה, כשלעצמה, הינה חזקה יותר מן הזכות שלא להיות הורה. טעם הדבר הוא שבפרשתנו ניכר פער גדול וברור, לא בין משקלן העצמי של הזכויות המתנגשות בתורת שכאלה, אלא בעוצמת ההתגלות של כל אחת מהן בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. הנה כי כן, בעוד שהזכות להיות הורה מתגלה כאן באחת מצורותיה החזקות יותר, הזכות שלא להיות הורה מתגלה כאן בצורה שהיא יחסית חלשה. אכן, הכרעה צודקת בעניינם של בני הזוג נחמני חייבת להתבסס על איזון ראוי בין זכויותיהם המתנגשות. אך איזון זה אינו יכול להתבסס על תחושת הצדק לבדה.

ו

עריכתו טעונה אמת מידה אובייקטיבית. אמת המידה המתבקשת, בהיעדר נורמה משפטית מוכרת המסדירה את הסוגיה, היא תורת הזכויות. ככל הכרעה המתבססת על השוואתן של זכויות מתנגשות, אף הכרעתנו תהיה הכרעה ערכית. אך בנסיבות העניין, כפי שכבר ציינתי, נוכל לפטור את עצמנו מן הברירה הערכית בין הזכויות המתנגשות בתורת שכאלה (כמו בפרשת שפר 22), ודי יהיה לנו בהשוואת עוצמתן היחסית של הזכויות כפי שבאו לידי גילוי וביטוי בסכסוך הקונקרטי. כנקודת מוצא נוכל אפוא להניח, כי זכותו של דני שלא להיות אב לצאצאיה של רותי, שקולה לזכותה של רותי להיות אם לצאצאים אלה. ואולם, גם מנקודת מוצא המניחה קיום שוויון מוחלט בעוצמתן של הזכויות המתנגשות, תהא ידו של דני על התחלופה.

זכות "עקרונית", זכות "כללית" וזכות "ספציפית"

3. למונח "זכות" יש משמעויות שונות. בדיון שלפנינו נבקש ונציע להבחין בין שלוש המשמעויות הבאות: זכות "עקרונית", זכות "כללית" וזכות "ספציפית". זכות "עקרונית" משקפת את הנורמה ומהווה חלק משיטת המשפט. זכות "כללית" היא זכותו של אדם מסוים לכך שתתקיים אצלו הזכות העקרונית. זכות "ספציפית" היא זכותו של אדם ליישום מסוים של זכותו הכללית. טול, לדוגמה, את חופש הביטוי. קיימת במשפטנו זכות יסוד לחופש הביטוי. זכות זו, שקיומה משקף את הנורמה החוקתית שביסודה, היא זכות עקרונית לחופש הביטוי. הזכות הנתונה לפרט להתבטא כרצונו היא זכות כללית לחופש הביטוי. היא "כללית" באשר היא מקיימת בידי הפרט את הזכות העקרונית כמות שהיא. ואולם זכותו של הפרט ליישום מסוים של זכותו לחופש הביטוי, כמו זכותו לבטא רעיון מסוים או לעשות כן בדרך מסוימת (בפירסום מאמר, בדברים עליפה וכדומה), היא זכות ספציפית. להבדיל מקיומה בידיו של הזכות הכללית, הנגזרת מן הזכות העקרונית, זכותו ליישום מסוים של הזכות הכללית מהווה זכות "ספציפית".

ההבחנה בין זכות "כללית" לזכות "ספציפית" מתמקדת בשני מאפיינים של הזכות: האובייקט שאליו מתייחסת הזכות, והאינטרס המוגן עליידי הזכות. זכות היא כללית, אם אובייקט הזכות הוא בעל הזכות עצמו, והאינטרס המוגן הוא עצם קיומה של הזכות העקרונית אצל בעל הזכות. לעומת זאת, אם אובייקט הזכות הוא אחד מאותם אובייקטים שלגביהם ניתן ליישם זכות כללית נתונה, והאינטרס המוגן עליידי הזכות הוא יישומה של הזכות הכללית האמורה כלפי אותו אובייקט, כי או הזכות היא ספציפית. לדוגמה: המתמרד כנגד כל הגבלה של חופש התנועה שלו, למעשה עומד על כך שהזכות העקרונית לחופש התנועה תתקיים גם אצלו; ותביעתו היא לזכות כללית לחופש התנועה. לעומת זאת, המבקש להסיר מעליו הגבלה המונעת ממנו להיכנס למקום מסוים, מבקש חופש תנועה ספציפי, וכמוהו גם מי שמבקש להתיר לו לצאת מן הארץ. ודוק: זכות ספציפית אינה חייבת להתייחס לאובייקט ספציפי אחד, אלא עשויה היא להתייחס גם לקבוצה ספציפית של אובייקטים, הנבדלים מאובייקטים שאינם נמנים עם אותה קבוצה. כך, למשל, אדם הדורש שתניתן לו הזכות לעזוב את הארץ, מבקש לעצמו זכות ספציפית לחופש התנועה, אף שמימוש זכותו עשוי להתבטא בנסיעה למספר ארצות. כלל הארצות הזרות שאליהן אפשר שירצה לנסוע, מהוות אובייקטים

אפשריים למימוש זכותו הספציפית. הנטיעה למקומות אחרים, המצויים בתחומי המדינה, אף שגם הם מהווים אובייקטים אפשריים למימוש הזכות לחופש התנועה, אינם אובייקטים למימוש הזכות הספציפית ליציאה מן הארץ. מאידך גיסא, לגבי מי שמבקש לשחררו ממעצר או מהגבלה אחרת שהוטלה על חופש התנועה שלו, על-מנת שיוכל לנסוע למקומות מסוימים בתוך תחומי המדינה, רק המקומות שאליהם ירצה לנסוע יהיו אובייקטים למימוש זכותו הספציפית לחופש התנועה בתוך המדינה.

השוואה להבחנה המקובלת בין זכות מוחלטת וזכות יחסית

ב. 4. אבקש להטעים כי הבחנתנו בין זכות כללית לזכות ספציפית שונה מן ההבחנה המקובלת במשפטנו בין זכות "מוחלטת" לזכות "יחסית". ההבחנה בין זכות מוחלטת לזכות יחסית מתמקדת במשקלה של הזכות, בעוד שההבחנה בין זכות כללית לזכות ספציפית מתמקדת בשאלות אחרות: זיהוי האובייקט שאליו מתייחסת הזכות והגדרת האינטרס שעליו באה הזכות להגן. ודוק: אף ההבחנה בין זכות כללית לזכות ספציפית עשויה להשפיע על המשקל שיינתן לזכות. אך משקלה של הזכות אינו נמנה עם מאפייניה של הבחנה זו. מאפייניה של הבחנה זו הם, אך ורק, זיהוי האובייקט שאליו היא מתייחסת והגדרת האינטרס המוגן על-ידיה.

ההבחנה בין זכות מוחלטת לזכות יחסית מאגדת תפיסה רעיונית ותפיסה יישומית, שהן מעין שתי הבחנות המתקיימות זו לצד זו. נקודת המוצא של התפיסה הרעיונית היא הגדרתית: זכות מוחלטת היא זכות המוגנת לחלוטין מפני פגיעה, בעוד שזכות יחסית עשויה לסגת מפני אינטרסים ושיקולים נוגדים. פרופסור דוורקין (Dworkin) מציין, כי מי שמחזיק בדעה שזכות היא "מוחלטת" (absolute) מחויב לתפיסה הגורסת שהזכות צריכה להתקיים תמיד, ואין יכולה להיות כל הצדקה להגבילה (ראה Dworkin, *Taking Rights Seriously, supra*, at 92). התפיסה הרעיונית המנחה את פסיקתו של בית-משפט זה גורסת, כי הזכויות המוכרות במשפטנו לעולם אינן "מוחלטות" אלא הן תמיד "יחסיות". כך באשר לזכות לחופש הביטוי (בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שריהפנים [23], בעמ' 879); זכות ההפגנה והתהלוכה (בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל [24], בעמ' 399); זכות האסיפה וההפגנה (בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותת ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים [25], בעמ' 454); זכותו של עיתונאי לסרב להשיב לשאלה בדבר מקור המידע (ב"ש 298/86, 368 ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב ואח' [26], בעמ' 347); חופש העיסוק (ע"א 496/88 הנפלד נ' אגודת ספורט רמת השרון ואח' [27], בעמ' 721); הזכות לקבל מידע (בג"צ 1604-1601/90; בשג"צ 1890/90 שליט ואח' נ' פרס ואח' [28], בעמ' 366); זכות הטיעון (בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד הדרום [29], בעמ' 638); והזכות של חשוד להיפגש עם עורך-דין (בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה ואח' [30], בעמ' 848).

התפיסה היישומית עוסקת בקביעת משקלה של זכות נתונה. על-פי תפיסה זו, משקלה של זכות לעולם אינו נקבע על-ידי עצם ההכרה בקיומה של הזכות, אלא נגזר

מן האיוון בינה לבין האינטרסים המתחרים בה במקרה הנתון. משמעות הדבר היא, שאת משקלה של זכות כלשהי אי-אפשר לבטא בציון מקומה בדירוג כלשהו. כל שניתן לומר הוא, שבנסיבות נתונות כאלה ואחרות גוברת הזכות על אינטרס נוגד, או נסוגה מפניו. בפועל עוסקת התפיסה היישומית בזכויות יחסיות ובכך מגשימה היא את התפיסה הרעיונית. הנחת המוצא שלה היא, כי אין להכיר בזכות "מוחלטת" (היינו כמשקפת ערך אובייקטיבי שלחלוטין אינו תלוי בערכים אחרים). בכך מספקת היא אבן בוחן עצמאית להבחנה בין זכויות "מוחלטות" (במשמעותן ההיולית-היפותטית) לבין זכויות "יחסיות" שרק להן יש משמעות משפטית מעשית. בפסקי הדין ניתן למצוא התייחסות להבחנה, בין זכות מוחלטת וזכות יחסית, גם במשמעותה האמורה (ראה, בעיקר: ע"א 105/92 דאס מהנדסים קבלנים בע"מ נ' ניריית נצרת עילית, ואח' [31], בעמ' 205; ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני [32], בעמ' 266; והשווה גם האמור בבג"צ 753/87 בורשטיין ואח' נ' שר הפנים ואח' [33], בעמ' 474, ובבג"צ 721/94 אל"על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח' [34], בעמ' 760). בפועלה מוכיחה התפיסה היישומית את צדקתה של התפיסה הרעיונית ופועלת עמה במשולב: בהיעדר אפשרות "מוסרית" לקבוע את משקלה של זכות כלשהי בערכים אובייקטיביים-מוחלטים מתחייבת המסקנה כי שום זכות אינה מוחלטת ושכל הזכויות אינן אלא יחסיות.

5. עמדנו על ההבחנה בין זכות כללית לבין זכות ספציפית. אם נבקש לאפיין זכויות אלו במונחים המוכרים לנו מתחום ההבחנה בין זכות מוחלטת לבין זכות יחסית, ניווכח עד מהרה, כי הזכות הכללית והזכות הספציפית, שתיהן זכויות יחסיות. אדם הטוען לזכות כללית לחופש הביטוי אינו טוען שזכותו צריכה לגבור על כל זכות נוגדת. ההבדל בינו לבין הטוען לזכות ספציפית לחופש הביטוי הוא רק בכך שהראשון דורש זכות לבטא כל דבר שהוא חפץ לבטא, בעוד שהשני דורש שיותר לו לבטא ביטוי מסוים. אך לכל אחד מן השניים נתונה רק זכות יחסית, שמשקלה נגזר מקיומם של אינטרסים נוגדים. הזכות היא יחסית גם במשמעותה של התפיסה היישומית. משקל הזכות לחופש הביטוי אף של אחד מבין השניים אינו קבוע ומוחלט, אלא נקבע ביחס לערכים האחרים המתנגשים עמו. מסקנה זו עומדת גם במבחן ההגדרה, כי זכות מוחלטת היא זכות שלעולם אין לפגוע בה. על כל פנים, לענייננו, גם זכות כללית וגם זכות ספציפית יהיו תמיד (בלשונו של דוורקין, בספרו הנ"ל *Taking Rights Seriously*, בעמ' 92 "less than absolute").

ההשוואה להבחנות מקובלות אחרות

6. בתורת המשפט מוכרות הבחנות נוספות הנוגעות לזכויות. ידועה הבחנתו של הופלד (Hohfeld) בין "זכות במובן הצר" לבין "חירות", "כוח" ו"חסינות". לענייננו חשובה ההבחנה בין זכות במובן הצר לבין חירות. הופלד מאפיין את הזכויות על-פי הקשרים ביניהן לבין עצמן וביניהן לבין קיומן של חובות: קיומה של זכות במובן הצר, אצל אדם מסוים באשר לאובייקט מסוים, משמעותו קיום חובה מתאימה אצל אדם אחר באשר לאותו אובייקט, בעוד שקיומה של חירות אצל אדם מסוים באשר לאובייקט מסוים משמעותו היעדר חובה אצל אותו אדם באשר לאותו אובייקט (W. N. Hohfeld).

א 1923 (1919) *Fundamental Legal Conceptions*. במונחיה של הבחנה זו, הן זכות כללית והן זכות ספציפית יכולות להיות או זכות במובן הצר או חירות. ניתן, לכן, לדבר על הזכות הכללית לחופש התנועה, שהיא חירות, וכן על הזכות הספציפית של אדם לקום ולצאת מביתו, שגם היא חירות; ומנגד ניתן לדבר על הזכות הכללית של עובד לקבל את שכרו במועד, שהיא זכות במובן הצר, ועל זכותו הספציפית של אותו עובד לקבל בראשית חודש יוני את משכורתו בגין חודש מאי, שגם היא זכות במובן הצר.

ב 7. פרופסור דוורקין, שס. בעמ' 93, מבחין בין זכות "מופשטת" (abstract) לבין זכות "קונקרטי" (concrete). לפי הבחנה זו, זכות קונקרטית היא קביעה בדבר הזכאות הממשית הנתונה לאדם לפעול בדרך מסוימת במקרה נתון, בעוד שזכות מופשטת היא עצם הרעיון שלפיו מן הראוי שאינטרס מסוים יזכה לעדיפות. כך, למשל, ההכרזה שלכל אדם נתונה זכות לחופש העיסוק מבטאת רק זכות מופשטת; אך כאשר בית-משפט קובע, כי אדם מסוים זכאי להקים עסק אשר יתחרה בעסקי מעבידו לשעבר, חרף התחייבותו החוזית להימנע מכך, פוסק בית המשפט שלאדם נתונה זכות קונקרטית לממש את חופש העיסוק שלו בדרך מסוימת זו. אם נבקש לאפיין את הזכות הכללית והזכות הספציפית במונחי ההבחנה בין זכות מופשטת לזכות קונקרטית, נמצא כי שתיהן – גם הזכות הכללית וגם הזכות הספציפית – הינן זכויות מופשטות. אין צריך לומר, כי הזכות הכללית אינה קובעת שקיימת זכאות לפעול בדרך מסוימת במקרה נתון. אלא שגם הזכות הספציפית אינה עושה כן: אף היא רק מתווה את העקרונות המנחים להכרעה הקונקרטית, אך בה עצמה אין עדיין משום הכרעה. ההכרעה צריכה להיעשות בנפרד. בגיבושה חייב בית המשפט להתחשב בקיומה של הזכות הספציפית, אך עשוי ורשאי הוא להתחשב גם בקיומם של אינטרסים סותרים ושיקולים נוספים.

ג 8. חשובה לענייננו במיוחד ההשוואה למספר הבחנות שעורך פרופסור רו (ראה J. Raz, "On the Nature of Rights" 93 *Mind* (1984) 194). הבחנתו הראשונה היא בין זכויות "ליבה" (core) לבין זכויות "נגזרות" (derivative). רו מציין, כי לעתים הצידוק להכרה בזכות נובע מזכות אחרת. זכויות שצידוקן נובע מזכות אחרת מכנה הוא זכויות "נגזרות", בעוד שאת הזכויות אשר אינן נגזרות מכנה הוא זכויות "ליבה". אך רו מדגיש, כי לא כל זכות שמבחינה לוגית מקורה בזכות אחרת היא זכות נגזרת; וכי עלימנת שזכות תיהשב לנגזרת, צריך שבינה לבין זכות הליבה יתקיים קשר של "הצדקה" (justification). הווי אומר, כי זכות הליבה היא המצדיקה את ההכרה בקיום הזכות הנגזרת (שס. בעמ' 197). בהיעדר קשר של הצדקה נשמט בסיס ההבחנה. טול אדם שקנה בית ובו דירות אחדות. זכות הבעלות הנתונה לו בדירה מסוימת באותו בית נובעת מזכות הבעלות שלו בבית כולו; ומכיוון שגם ההצדקה לזכות הבעלות בדירה נובעת מזכות הבעלות בבית כולו, הרי שזכות הבעלות בדירה היא זכות נגזרת. לעומתו, טול אדם שקנה את כל הדירות בבית, אלא שעשה כן בעסקאות נפרדות: דירה אחר דירה. גם הוא הפך, בסופו של התהליך, לבעליו של הבית כולו. עם זאת אין לומר, כי זכות הבעלות שלו בדירה מסוימת באותו בית נובעת מזכות הבעלות שלו בבית כולו, שכן קשר ההצדקה, הפעם, הוא בכיוון ההפוך: בעלותו בבית כולו נגזרת מבעלותו בכל דירה ודירה שבבית זה.

זכות כללית תמיד מכילה את הזכות הספציפית. אך היחס בין זכות כללית לבין זכות ספציפית אינו מחייב קשר של צידוק. מכאן שזכות ספציפית לא תמיד תוכל להיחשב כזכות נגזרת, כמשמעה בהבחנתו של רו. גם תנאי הגזירה החד-צדדית אינו חשוב כאן. לכן, אין זה מן הנמנע שזכות כללית תיווצר עקב קיומן של מספר זכויות ספציפיות. דוגמתו של בעל הבית, שהוא גם בעליהן של הדירות אשר בבית, המחישה לנו את ההבחנה בין זכות ליבה לבין זכות נגזרת. ואולם, לעניין ההבחנה בין זכות כללית לבין זכות ספציפית, לא נייחס חשיבות לשאלה איזו מן הזכויות נולדה תחילה. הזכות הכללית תכיל את כלל הזכויות הספציפיות אף אם אלו נוצרו, טיפין טיפין, לפנייה.

9. במאמרו הנ"ל מתייחס רו למהות הקשר שבין "זכות" לבין "חובה". הוא חולק על קביעתו של הופלד, בדבר קיום קשר של "התאמה" בין זכויות לחובות. לדעתו, גם הקשר בין זכויות לבין חובות הוא קשר של "הצדקה" (justification) ולא של התאמה. זכותו של אדם אחד מהווה בסיס המאפשר להצדיק הטלת חובה על אדם אחר, אם משקלם של השיקולים הנוגדים אינו גובר (שם, בעמ' 199). להלן מבחין רו בין זכות "כללית" (general) לבין זכות "פרטית" (particular). זכות כללית משמעותה, כי לאדם מסוים יש זכות, אך מזכות זו לא נובע בהכרח שעל אדם אחר מוטלת חובה. בכל מערכת נסיבות יש לשקול את עובדת קיומה של זכות שכנגד ואת השיקולים הסותרים את מימוש הזכות באותן נסיבות. אם השקילה האמורה מביאה למסקנה שיש לממש את הזכות, כי אז נאמר שבנסיבות אלה קיימת זכות פרטית, ובצדה קיימת חובה של אדם אחר. הזכות הכללית היא הבסיס שעליו מוקמות, בנסיבות המתאימות, זכויות פרטיות (שם, בעמ' 211).

עליאף הדמיון במונחים, דומני שקיים הבדל חשוב בין הבחנתו של רו (זכות כללית לעומת זכות פרטית) לבין ההבחנה המוצעת על-ידינו: זכות כללית לעומת זכות ספציפית. לפי מיטב הבנתי, כוונתו של רו במונח "זכות פרטית" דומה לכוונתו של דוורקין במונח "זכות קונקרטיית", כלומר – זוהי קביעה בדבר קיומה של זכאות בפועל. הקביעה שקיימת זכות פרטית באה רק לאחר שקילת האינטרסים השונים והאיזון ביניהם. קביעה זו משמעה, כי הזכות הכללית גברה על השיקולים הנוגדים, ויש לממשה. לא כן הדבר על-פי הבחנתנו: זכות ספציפית – כמוה כזכות כללית – יכולה להידחות בכוחם המכריע של אינטרסים סותרים. קיומה של זכות ספציפית אינו סוף פסוק, אלא רק שיקול אחד במשוואה שעל יסודה תיפול ההכרעה. זאת ועוד: זכות כללית (על-פי הגדרתנו) כוללת זכויות ספציפיות רבות, אשר חלקן עשוי שלא לבוא לעולם לכלל מימוש בפועל, בשל קיומם של שיקולים נוגדים. המיון הזה אינו הולם את גישתו של רו: הוא מגדיר כזכויות פרטיות רק אותן זכויות ספציפיות אשר הגיעו לבסוף לידי מימוש, בעוד שזכויות ספציפיות אשר לא הגיעו למימוש, לפי השקפתו, אינן זכויות כלל (ראה שם, בעמ' 211).

10. הבחנתו הנוספת של פרופסור רו היא בין "זכות יסודית מבחינה מוסרית" ("a morally fundamental right") לבין זכות שאינה כזאת. המצדיק את קיומה של זכות,

השופט א' מצא

א לשיטת רו, הוא האינטרס שהזכות מיועדת להגן עליו (ראה שם, בעמ' 195). אם האינטרס של בעל הזכות הוא בעצם קיומה של הזכות בידו, ואין הוא גובע משום אינטרס אחר, כי אז הזכות היא "יסודית" (שם, בעמ' 214). נמצא כי זכות שאינה יסודית היא אחת משתיים: זכות הנובעת מזכות יסודית, או זכות שצידוקה נובע מאינטרסים אחרים, או נוספים, זולת האינטרס של בעל הזכות בעצם קיום הזכות אצלו.

ב הגדרתו של פרופסור רו לזכות יסודית דומה, מבהינת מבנה ההגדרה, להגדרה שלנו לזכות כללית: הלוא אמרנו, כי זכות היא כללית, אם האינטרס שהיא באה להגן עליו הוא עצם קיומה של זכות עקרונית אצל האדם שהוא בעל הזכות. ואולם, למרות הדמיון בנוסה, אין דמיון במשמעות. ראשית, הגדרתו של רו מתייחסת לאינטרס של האדם בקיום אותה זכות אצלו, ויכולה זו להיות זכות כלשהי. ואילו ההגדרה שלנו לזכות כללית מתבססת על האינטרס של האדם בקיום הזכות העקרונית אצלו. שנית, תורתו של רו מבוססת על מושג האינטרס, וכאשר הוא מגדיר זכות כ"יסודית" כוונתו היא להבחין בין זכות זו לבין זכויות אחרות במישור האינטרס המצדיק את קיום הזכות. הבחנתו בין זכות כללית לבין זכות ספציפית מתמקדת לא באינטרס לקיום הזכות, אלא בזיהוי האובייקט: האם האובייקט הוא בעל הזכות, או שהאובייקט הוא אחד מאותם אובייקטים שכלפיהם עשוי בעל הזכות ליישם את זכותו. אדם הטוען לזכות כללית טוען טענה לגבי עצמו: הוא דורש לעצמו את הזכות העקרונית. אדם הטוען לזכות ספציפית טוען טענה לגבי אובייקטים חיצוניים לו: הוא מבקש ליישם את זכותו הכללית על אובייקט מסוים (אחד או יותר) מבין האובייקטים שעליהם ניתן ליישמה.

הגבלות על זכויות

ה 11. סקרנו כמה מהדרכים הידועות להבחנה בין זכויות. הסקירה בוודאי אינה מלאה, אך דומה שיש בה כדי להבהיר מעט את ייחוד הדרך המוצעת עלידינו להבחנה בין זכות כללית לבין זכות ספציפית. על הבחנה זו נבקש, להלן, להתבסס, אך נקדים ונעמוד בקצרה גם על איפיון ההגבלות של זכויות. אף לכך נידרש לצורך ענייננו, שכן האיזון בין זכויות מתנגשות מתבסס, בין היתר, גם על הגדרת מהות ההגבלה שכל אחת מן הזכויות מטילה על יריבתה.

ו ההגבלות המוכרות הן מסוגים שונים. נלך לשיטתנו ונקבע, כי מיונן הראשי של ההגבלות – כמיונן הראשי של הזכויות – הוא להגבלות "עקרוניות", הגבלות "כלליות" והגבלות "ספציפיות". הסוג הראשון אינו צריך להעסיקנו: הגבלה עקרונית היא הגבלה המוטלת בדין על זכות עקרונית, וכמו הזכות שעליה היא מוחלת מהווה היא חלק מן הדין, שממנו נגזרות הזכויות הכלליות והספציפיות. לפי מהותה יכולה ההגבלה להיות כללית או ספציפית. היא כללית כשהיא מתייחסת לזכות כללית. היא ספציפית כשהיא מתייחסת לזכות ספציפית. היותה עקרונית מזהה רק את מקורה הנורמטיבי של ההגבלה; לאמור, כי הטלתה נובעת מן הדין, אך האיזון וההכרעה בין זכויות מתנגשות אינם צריכים אלא להגבלות כלליות ולהגבלות ספציפיות. המקור הנורמטיבי, שממנו נגזרת הטלתה של הגבלה (בין כללית ובין ספציפית), אינו מעלה: המקור יכול להיות

בהגבלה עקרונית - היינו, מאיסור הקבוע בדין - ויכול הוא לנבוע גם מנורמה מחייבת אחרת: צו של בית המשפט, הסכם או יחס משפטי אחר. איפיונה של ההגבלה, ככללית או כספציפית, נגזר מתוכנה. הגבלה כללית, העשויה להתייחס רק לזכות כללית, שוללת מבעל הזכות את היכולת לעשות שימוש כלשהו בזכותו; ובכך, למעשה, שוללת את עצם קיומה של הזכות. הגבלה ספציפית עשויה להיות מוטלת על זכות כללית או על זכות ספציפית. הטלתה מונעת מבעל הזכות ליישם את זכותו (הכללית) רק באשר לחלק מן האובייקטים האפשריים. יצוין, כי ההגבלות העקרוניות, ברובן המכריע, הן ספציפיות. הזכות לחופש התנועה מוגבלת על-ידי חוקי התעבורה בדרכים, האיסור הפלילי על הסגת גבול ודינים המסדירים את היציאה והכניסה בגבולה של המדינה. אלו הן הגבלות ספציפיות, שבכפוף להן נשמרת הזכות (העקרונית או הכללית) לחופש התנועה. גם ההגבלות על הזכות לחופש הביטוי הן ספציפיות, שכן בנתון לאיסור על לשון הרע ודינים שמטרתם להגן על אינטרסים חיוניים כשמירת ביטחון המדינה ושמירת שלום הציבור, הזכות הכללית נשמרת.

12. לצורך דיונו נבקש לאפיין שני סוגי הגבלות נוספים, הנגזרים מן המיון הראשי: הגבלה "כללית-למעשה" והגבלה "מעין-כללית".

הגבלה כללית-למעשה היא הגבלה שלכאורה ניתן לסווגה כספציפית, או שלמראית עין היא נחזית כספציפית, בעוד שלמעשה היא כללית. טול, לדוגמה, את מקרהו של האסיר הכלוא בתאו בבית הסוהר. מי שיצפה בו עשוי להתרשם, כי ההגבלה על חופש התנועה שלו היא ספציפית, שכן היא אוסרת עליו רק את היציאה מפתח תאו, וכל תנועה אחרת כביכול מותרת לו. אך ברור כי הצגה כזאת של מהות ההגבלה מעוותת את פני הדברים. ההגבלה הממשית המוטלת על האסיר אינה מתמצית באיסור לתצות את סף התא, אלא כוללת את כל ביטוייו האפשריים של חופש התנועה שמחוץ לכותלי התא: האסיר אינו יכול לילך לביתו, הוא אינו יכול לשוטט ברחובות העיר, הוא אינו יכול לנסוע לעיר אחרת או לצאת מן הארץ. אכן, ברגע זה ההגבלה היחידה המוטלת על חופש התנועה שלו היא הגבלה ספציפית (המבטיחה לצאת מן התא) אך הגבלה ספציפית זו מגבילה את חופש התנועה שלו הגבלה כללית. ההגבלה על חופש התנועה של אותו אסיר הינה אפוא הגבלה "כללית-למעשה". ודינה של הגבלה מעין זו, כמתחייב מתוצאותיה, הוא כדין הגבלה כללית.

אני ער לכך, כי הניסיון לאפיין הגבלה כללית-למעשה כסוג מיוחד של הגבלות אינו נקי מבחינה עיונית. הלוא יימצא מי שיאמר, ובצדק, כי ההגבלה על חופש התנועה של אסיר היא, מעיקרא, הגבלה כללית. ומאידך גיסא ניתן אולי לטעון, כי עונש מאסר לתקופה קצרה מאוד (נבית, יום אחד) מטיל על חופש התנועה רק הגבלה ספציפית. השגות אפשריות אלו אינן מטרידות אותי. האיפיון של הגבלה כללית-למעשה אינו מיועד להוסיף על המיון הראשי להגבלות כלליות וספציפיות או לגרוע מתוקפו של איוה מהסוגים הללו. מטרתו היחידה של איפיון זה היא לספק מבחן עזר להכרעה במקרים הגבוליים. לאמור: גם כשעל-פי ההגדרה היסודית יש, או ניתן, לסווג הגבלה על זכות כהגבלה ספציפית, אך תוצאותיה הן כשל הגבלה כללית, הרי שלצורכי

א ההכרעה בסכסוך ההתייחסות אליה תהיה כאל הגבלה כללית. ודוק: הגדרתה של הגבלה ככללית-למעשה עשויה לסייע לא רק במקרים שבהם הקושי לסווג את ההגבלה ככללית או כספציפית נובע מנסיבותיו העובדתיות של המקרה הנתון, אלא גם במקרים המעוררים מחלוקת עיונית בדבר השיוך הנורמאטיבי של ההגבלה. טול, לדוגמה, את ההגבלה הגלומה באיסור ההסתה לגזענות. יהא מי שיאמר, כי ענייננו בהגבלה ספציפית על חופש הביטוי, שכן בנתון לאיסור להסתה לגזענות, הזכות נשמרת. ויהיה מי שיאמר, כי ענייננו בהגבלה כללית, אשר משמעה הוא שה"זכות" לחופש הביטוי הגזעני הוצאה מכול וכול מגדר הזכות העקרונית לחופש הביטוי. לצורכי הכרעה מעשית ניתן ליישב מחלוקת עיונית זו באימוץ ההגדרה שלפיה ההגבלה על ביטויים גזעניים היא כללית-למעשה; משמע, שגם אם ימצא שקיים צידוק עיוני לשייכה לסוג ההגבלות הספציפיות, הרי שלצורכי ההכרעה יש לנהוג בה כהגבלה כללית. סיכומו של דבר: הואיל ותוצאותיה המעשיות הן כתוצאותיה של הגבלה כללית, דינה למעשה יהא כדין הגבלה כללית.

ג 13. האיפיון של הגבלה מעין-כללית מבקש להציב דרג ביניים, שמקומו בין הגבלה כללית לבין הגבלה ספציפית. דידוג זה יאה למקרה שבו ההגבלה המוטלת על בעל הזכות אמנם מותירה בידו דרכים אפשריות להגשמת זכותו, אלא שמבחינתו, כל האפשרויות שההגבלה מותירה בידו הינן בלתי אטרקטיביות ביותר; בין מפני שמימושן כרוך בסיכונים מיוחדים, באי-נעימות רבה או בהשקעת משאבים אדירים, ובין מפני שהאופן אשר בו מאפשרות הן להגשים את הזכות שונה מהותית מהאופן שבו בעל הזכות ביקש להגשים אותה אלמלא ההגבלה. בראייה טכנית-פורמאלית ההגבלה המוטלת על בעל הזכות אינה אלא הגבלה ספציפית, שכן להלכה נשמרת בידו האפשרות להגשים את זכותו; אך מבחינה מהותית-פונקציונלית, הגבלה כזאת קרובה יותר להגבלה כללית. העובדה שהאפשרויות למימוש זכותו הן, כולן, בלתי אטרקטיביות יוצרות אצל בעל הזכות תמריץ שלילי להגשמת זכותו, וגם מקטינה במידה רבה מאוד את הסיכוי שיעלה בידו להביא להגשמתה הלכה למעשה. במצב דברים כזה, ההגבלה על הזכות היא "מעין-כללית". ואף דינה של הגבלה מעין-כללית ראוי שיהיה כדינה של הגבלה כללית.

ד יושם אל לב, כי הגבלה מעין-כללית שונה מהותית מהגבלה כללית-למעשה. טול את הזכות לאכול, שהיא אחת מנגזרותיה של זכות האדם לשמירת קיומו הפיזי. אם מונעים מאדם כל מזון, ההגבלה על זכותו לאכול היא כללית. אם מונעים ממנו רק סוג אחד של מזון, אך סוג זה הוא המזון היחיד שבנמצא, ההגבלה היא כללית-למעשה. אך אם מציעים לו לאכול מזון באוש, אשר טעמו רע וערכו התזונתי מועט או אפסי, ומונעים ממנו כל מזון אחר, ההגבלה על זכותו היא "מעין-כללית".

מידת הפגיעה בזכות

ט 14. על יסודם של מושכלות אלה נבקש לעצב כמה הנחות מוצא בסיסיות לשיעור הפגיעה הצפוי לבעליה של זכות כתוצאה מהגבלות המוטלות על זכותו.

הנחתנו הראשונה היא, שהטלת הגבלה כללית על זכות כלשהי תפגע באותה זכות

יותר מאשר הטלת כל הגבלה ספציפית עליה. הטעם לכך פשוט ומובן: בהגבלה כללית כלולות, מניה וביה, כל ההגבלות הספציפיות האפשריות. כך, למשל, הגבלה כללית על חופש העיסוק של פלוני משמעה שנאסר עליו לעסוק בכל עיסוק שהוא. הגבלה כזאת תפגע בזכותו הכללית לחופש העיסוק יותר מאשר הגבלה ספציפית, שתאסור עליו לעסוק במקצוע או במשלח יד מסוים, אך לא תגביל את זכותו לעסוק במשלחי יד או במקצועות אחרים. ודוק: לא כל ההגבלות הספציפיות על זכות נתונה הן שוות מעמד. הטלת הגבלה ספציפית פלונית על זכות נתונה יכול שתפגע באותה זכות יותר מהטלת הגבלה ספציפית אחרת על אותה זכות. אך שתיהן תפגענה באותה זכות פחות מהטלת הגבלה כללית עליה. כך, לדוגמה, צו האוסר על תושב חיפה להיכנס לתחומה העירוני של תל-אביב מטיל הגבלה ספציפית על חופש התנועה שלו. אך פגיעתו של צו כזה בחופש התנועה של האיש תהא פחותה מזו שיגרם צו האוסר עליו לצאת מתחומה העירוני של חיפה; שאף הוא מטיל הגבלה ספציפית. אך גם פגיעתו של צו מן הסוג האחרון עודנה יותר מתונה מזו הכרוכה בצו האוסר על האיש לצאת מפתח ביתו והמטיל הגבלה כללית (ולמצער, כללית-למעשה) על חופש התנועה שלו.

הנחת המוצא השנייה היא, כי הפגיעה בזכות הנובעת מהטלת הגבלה כללית-למעשה עליה תהיה, ברוב המקרים, שווה לפגיעה שתיגרם לבעל הזכות כתוצאה מהטלתה של הגבלה כללית. הגבלה כללית-למעשה אינה מותירה לבעל הזכות אפשרות ממשית ויכולת מעשית להגשים את זכותו. תוצאתה המעשית של הגבלה כללית-למעשה מדרגת את פגיעתה בזכות כשוות ערך לפגיעתה של הגבלה כללית. כך הוא לרוב, אך ייתכנו גם חריגים; שכן, חרף שוויון התוצאות, עשוי סוג ההגבלה להעיד על שוני בהתייחסות אל הערך החברתי המוגן. עצם הטלתה של הגבלה כללית עשוי, לעתים, ללמד על המעטה יחסית בערך הזכות המוגנת. כך, למשל, האיסור להסית לגזענות (בהנחה שהוא מטיל הגבלה כללית) מעיד על התייחסות חברתית שלילית לקיומו של חופש הביטוי הגזעני. גם הטלתה של הגבלה כללית-למעשה עשויה, לעתים, ללמד על המעטה בערכה של הזכות המוגנת (שוב וטול את האיסור להסית לגזענות, על רקע ההנחה שההגבלה הגלומה בו אינה כללית אלא כללית-למעשה). אך הטלתה של הגבלה כללית-למעשה (להבדיל מהטלתה של הגבלה כללית) עשויה לנבוע גם מאילוצים נסיבתיים, ולא תמיד היא תלמד על המעטה בערך הזכות. בנתון לסייג זה, המחייב זהירות במקרים המיוחדים, ניתן לקבוע, כי הגבלה כללית-למעשה פוגעת בזכות פגיעה שקולה לזו הנובעת מהטלתה של הגבלה כללית על אותה זכות.

הנחתנו השלישית גורסת, כי הטלת הגבלה מעין-כללית על זכות פוגעת באותה זכות פחות מהטלת הגבלה כללית או הגבלה כללית-למעשה. הסיבה לכך ברורה: הטלת הגבלה מעין-כללית אינה מונעת את מימוש הזכות. מאידך גיסא, אין לאמוד את פגיעתה בזכות של הגבלה מעין-כללית כאילו הייתה זו הגבלה ספציפית. כבר הוסבר, כי הגבלה מעין-כללית מקשה על מימוש הזכות במידה רבה יותר מאשר הגבלה ספציפית. מכאן מתחייב כי גם פגיעתה בזכות, שעליה מוטלת ההגבלה, היא גדולה יותר מזו הנגרמת עקב הטלת הגבלה ספציפית.

איפיון הזכויות המתחירות בפרשת בני הזוג נחמני

15. רותי נחמני מבקשת להיות אם. זכותה להגשים את רצונה נובעת מן הזכות העקרונית, ומכאן שזכותה היא זכות כללית. אך רותי טוענת גם לזכות ספציפית. את מאבקה ממקדת רותי בביציות שהופרו מזרעו של בעלה. לטענתה, אין לפניו דרכים אחרות למימוש רצונה להיות אם. הביציות המופרות - המטען הגנטי המשותף לה ולדני - הן האובייקט שכלפיו מבקשת רותי לממש את זכותה הספציפית. דני נחמני אינו כופר בזכותה הכללית של רותי להיות אם. עם זאת מבקש הוא למנוע ממנה לממש זכות זו על-ידי שימוש בביציות שהופרו מזרעו. ההגבלה שמבקש הוא להטיל על זכות ההורות של רותי היא, לכאורה, הגבלה ספציפית. לדידו, רשאית רותי לממש את זכות ההורות שלה בכל דרך שתמצא לנכון, ובלבד שלא תעשה שימוש בביציות הללו. כלום הגבלה זו, שדני מבקש להטיל על זכותה של רותי, אכן הינה - כפי שהיא מצטיירת - רק הגבלה ספציפית? כדי להשיב לשאלה זו עלינו להתייחס לשתי דרכים אחרות, זולת השימוש בביציות המופרות, שלפני הנטען נגדה עודן פתוחות לפני רותי להגשמת שאיפתה וזכותה להיות אם: הפריה מלאכותית נוספת ואימוץ. עיון בנסיבות מוביל למסקנה כי אף אחת משתי דרכים אלו אינה בגדר אפשרות פתוחה המצמצמת את שיעור הפגיעה הצפויה מן ההגבלה שדני מבקש להטיל על זכותה של רותי.

האפשרות להפריה מלאכותית נוספת לוטה בערפל. ראשית, כלל לא ברור אם מבחינה רפואית האופציה הזאת אכן קיימת. ייתכן שסיכויי הצלחתו של ניסיון כזה הם אפסיים, או שהוא כרוך בסיכון בלתי סביר לבריאותה של רותי. שנית, כל עוד רותי קשורה בחבלי הנישואין עם דני, הפריה מזרעו של גנר אחר עלולה להפוך את הילדים לממזרים. שלישית, על-מנת לבצע את ההפריה המלאכותית הנוספת יהיה על רותי לעבור שוב סבל פיזי ונפשי רב. מכאן שגם אם האופציה להפריה מלאכותית קיימת, זוהי בבירור אופציה בלתי אטרקטיבית. גם האפשרות לאמץ ילד, או ילדים, אינה מספקת לבעייתה של רותי מענה שניתן להיאחז בו. ראשית, ספק אם על-פי סדר העדיפות המקובל רותי אכן זכאית לקבל ילד לאימוץ. בהקשר זה אין להתעלם מגילה של רותי ומכוונתה המוצהרת לגדל את ילדיה לבדה (ואיננו מביעים כאן כל דעה באשר לנכונותם ולצדקתם של סדרי העדיפויות המקובלים על הרשויות המוסמכות). שנית - ובכך העיקר - אין באימוץ כדי לקיים את רצונה וזכותה של רותי להורות ביולוגית. מכאן שגם אופציה זו היא בבירור בלתי אטרקטיבית.

נמצא כי משלוש הדרכים הפתוחות לפני רותי למימוש זכותה הכללית להיות אם - שימוש בביציות המופרות, פנייה לתהליך חדש של הפריה מלאכותית והגשת בקשה לאימוץ - רק הדרך הראשונה מעמידה לרותי אפשרות שניתן לראותה כממשית, בעוד ששתי הדרכים האחרות הן, בבירור, בלתי אטרקטיביות. מכאן שההגבלה שדני מבקש מאתנו להטיל על זכותה של רותי, אם כי לכאורה אינה אלא הגבלה ספציפית, הרי שבפועל הינה הגבלה מעין-כללית.

16. דני נחמני אינו עומד על זכותו הכללית שלא להיות אב. אילו זו הייתה עמדתו,

היה עלינו להכריע איוו מהגבלות על זכויות בני הזוג חמורה יותר: ההגבלה המעין-כללית על זכותה של רותי להיות אם, או ההגבלה הכללית על זכותו של דני שלא להיות אב. אך דני, כאמור, אינו תומך יתדותיו בזכותו הכללית שלא להיות אב. נהפוך הוא: דני כבר הפך מרצונו להורה, ביחד עם זוגתו החדשה. משמע: הוא אינו מתנגד לעצם הרעיון של היותו לאב, אלא הוא מבקש שלא להיות אביהם של הילדים המסוימים העשויים להתפתח מהביציות המופרות שהן נושא המחלוקת. הזכות שלא להיות הורה, שבשמה הוא נאבק, מתבטאת כאן בזכות ספציפית: הזכות לא להיות הורה של הילדים המסוימים הללו. גם ההגבלה שרותי מבקשת להטיל על זכותו של דני, שלא להיות הורה בעל-כורחו לילדיה, היא הגבלה ספציפית.

ההכרעה בין הזכויות

17. ההכרעה בין זכותו של דני לזכותה של רותי אינה פשוטה. הכרעה לטובת רותי מגבילה את זכותו של דני שלא להיות אב, שכן הכרעה כזו כופה עליו להיות אב לילדים שהוא אינו רוצה להיות אביהם. הכרעה לטובת דני מגבילה את זכותה של רותי להיות אם, שכן, לאחר הכרעה כזו כל האפשרויות הנותרות לפניה למימוש זכותה להיות אם הן, מבחינתה, קלושות או בלתי אטרקטיביות ביותר. שתי ההגבלות קשות, אך אינן שוות. הכרעה לטובת רותי מטילה על זכותו של דני שלא להיות אב הגבלה ספציפית; בעוד שהכרעה לטובת דני מטילה על זכותה של רותי להיות אם הגבלה מעין-כללית.

כבר הסברנו, שככלל, הטלת הגבלה מעין-כללית על זכות כלשהי פוגעת באותה זכות יותר מהטלת הגבלה ספציפית. לאמור, שהגבלה מעין-כללית היא חמורה יותר מהגבלה ספציפית. מכאן אמנם לא מתבקש, שבכל מקרה שבו ניצב בית המשפט לפני זכויות מתנגשות (בין שהן זכויות הופכיות ובין שהן זכויות שונות), די לו לסמוך את המימצאים הנדרשים לאיוון ביניהן על יסודה של הנחה זו. כאשר הזכויות אינן שוות ערך, עשויה ההנחה להטעות. כך, למשל, במצב של פער בין משקלן העצמי של הזכויות המתנגשות, אפשר שאיוון ביניהן יחייב לקבוע, כי פגיעה הנגרמת מהטלת הגבלה מעין-כללית על זכות קלת ערך של האחד היא חמורה פחות מן הפגיעה הכרוכה בהטלת הגבלה ספציפית על זכות חשובה של השני. נמצא, כי איפיון ההגבלה הפוגעת – ככללית, כללית-למעשה, מעין-כללית או ספציפית – הוא רק אחד מן הגורמים המשפיעים על קביעת שיעור הפגיעה; בעוד שבקביעת מידתה של הפגיעה – כדרוש לעריכת האיוון – יש להתחשב לא רק באיפיונה של כל אחת מן ההגבלות הפוגעות, אלא גם במשקלה העצמי ה"מוחלט" של כל אחת מהזכויות הנפגעות. ואולם, לא תמיד מתעורר צורך להגדיר במדויק את משקלן המוחלט העצמי של הזכויות המתנגשות, על-מנת לקבוע אם הטלת הגבלה ספציפית על אחת מהן עדיפה על פני הטלת הגבלה מעין-כללית על האחרת, או להפך. ובמקרים רבים נוכל לאמץ את נוסחת האיוון המותווית בהנחתנו, גם ללא קביעה בדבר עוצמתה של כל אחת מהזכויות המתנגשות. כך הוא, למשל, כאשר ברור שמשקלן העצמי של שתי הזכויות הוא שווה, או קרוב לשוויון. במקרה כזה נכון לאמץ את ההנחה שהטלת הגבלה מעין-כללית על אחת

א הזכויות תפגע בבעל הזכות פגיעה יחסית חמורה יותר מזו שתיגרם לבעל הזכות הנגדית כתוצאה מהטלתה של הגבלה ספציפית על זכותו. אך כלל זה כוחו והגיונו עמו לא רק להכרעה בין זכויות שוות ערך. כלל זה יחול גם כאשר הזכויות אינן בעלות משקל שווה, אך ברור כי הזכות שהגבלה המוטלת עליה היא חמורה יותר – אף אם אינה עדיפה על פני הזכות היריבה – ודאי אינה נחותה ממנה.

ב 18. כללים אלה מנחים אותי להכרעה בפרשתם של בני הווג נחמני. מקובל עליי, כי קיימת לו לאדם זכות שלא להיות הורה כנגד רצונו. זכות זו אינה עולה בעוצמתה על זכותו של אדם להיות הורה. אפשר שהיא שווה לה, ואפשר שזו האחרונה חזקה יותר; אך אין לי ספק, כי הזכות הראשונה אינה גוברת. במקרה הנוכחי, ההגבלה שדני מבקש להטיל על זכותה של רותי להיות אם היא הגבלה מעין-כללית. ההגבלה שרותי מבקשת להטיל על זכותו של דני שלא להיות אב נגד רצונו היא הגבלה ספציפית. משהוטל עלינו להכריע, עלינו להעדיף הטלת הגבלה ספציפית על זכותו של דני שלא להיות אב נגד רצונו, על פני הטלתה של הגבלה מעין-כללית על זכותה של רותי להיות אם. פגיעתה של ההגבלה הראשונה בזכותו של דני היא, בהכרח, קטנה מפגיעתה של ההגבלה השנייה בזכותה של רותי. בנסיבות שבהן מתקיים שוויון ביתר הנתונים, שורת הצדק מחייבת לבכר את הפגיעה הפחותה על פני הפגיעה היתרה. בכך טמון טעמי להעדפת צדקתה של רותי על פני צדקתו של דני.

ד 19. אבקש להטעים: ההכרעה שהגעתי אליה מבוססת על ההבחנה בין עוצמתן השונה של הגבלה מעין-כללית לעומת הגבלה ספציפית המוטלות על זכויות סותרות שהן (במקרה היותר נוח מבחינתו של דני) בעלות משקל שווה. קביעתי כי ההגבלה על זכותה של רותי היא מעין-כללית סומכת על ההנחה המוכחת, כי זולת אפשרותה להשתמש בביציות המופרות, אין לרותי כל דרך חלופית (למעט אפשרויות שהן בבירור בלתי אטרקטיביות מבחינתה) לממש את זכותה לאימהות. אל ישתמע מכאן, שאלמלא קיבלתי הנחה זו, הייתה מסקנתי שונה. אפשר שגם אז הייתי מוצא מקום לקבל את עמדתה של רותי, על יסודה של הנמקה שונה, אך על כך אינני רואה צורך להרחיב.

הכרעה בוועדה נורמה ובהיעדר אשמה

ו 20. בסכסוך המשפטי בין רותי ודני נחמני חסרו שני אלמנטים, אשר שניהם מתקיימים ברובם המכריע של הסכסוכים המשפטיים. האלמנט האחד הוא נורמה משפטית מוכרת המסדירה את נושא הסכסוך. היעדרה של נורמה משפטית הקשה על הכרעתנו והקים בסיס רחב לחילוקי דעות והנמקות. האלמנט השני, שחסרונו ניכר בפרשתנו, הוא קיום אשם במי מן הצדדים. מעיקרא חששתי, שגם היעדר אשם – כמו חסרונו של נורמה מחייבת – יקשה עלינו להכריע בסכסוך, אך לבסוף נחה דעתי, כי היעדרו של יסוד האשמה היה לברכה. כך נתאפשר לנו לפסוק לגופו של סכסוך בלי לעסוק בגופם של המסוכסכים.

ז 21. היעדרה של נורמה משפטית – ולמצער היעדר הסכמה בין השופטים בדבר

קיומה של נורמה כזאת – הוא היוזון נדיר. עם זאת אין הוא היוזון בלתי אפשרי. וגם כאשר בית המשפט נדרש לפסוק בסכסוך בעל אופי חדשני, שאין לגביו נורמה משפטית מיוסדת, אין הוא פטור מהכרעה. מקום שהזכות קיימת אף הזכות לקבלת הסעד שרירה וקיימת. בנסיבות כאלה מוצב בית המשפט בפני ההכרח לעצב את הנורמה המשפטית שעל יסודה יכריע בסכסוך. לרוב אין הוא עושה כן יש מאין. יש שהסדרים קיימים, המתייחסים לתחום דומה, עשויים לספק נורמה, שבשינויים המחויבים תתאים להכרעה גם בסכסוך הקונקרטי. כך, למשל, כשנדרש בית המשפט לאפיין תוכנת מחשב, לצורך ההכרעה בשאלה אם לבעליה יש זכות יוצרים מוגנת, פסק כי דינה של התוכנה כדין יצירה ספרותית (ת"א (ת"א) 3021/84 Apple Computer Inc. נ' נירקוב טכנולוגיות בע"מ [45]). בכך החיל בית המשפט על המצאה מודרנית נורמה משפטית שיסודה בחקיקה מתחילת המאה. אף בענייננו הקדימה ההתפתחות הטכנולוגית את ההתפתחות המשפטית. אלא שלהכרעה בסכסוך שלפנינו לא נמצאה לנו נורמה מוכרת שניתן להיבנות ממנה, אף תוך התחשבות בשינויים המחויבים. בנסיבות אלו לא היה מנוס מהכרעה שתתבסס על איוון בין הזכויות המתנגשות. כשלעצמי סברתי, כי הסתמכות על תחושת הצדק לבדה איננה בטוחה ולפיכך איננה רצויה. בחיפוש אחר עיגון נורמטיבי פניתי לתורת הזכויות. אכן, לוא נמצאה לנו נורמה משפטית המסדירה את נושא הסכסוך, היה עלינו לפסוק את הדין על פיה, ולניתוח הערכי שהבאנו לעיל לא הייתה כל תחולה. אך בהיעדרה של נורמה כזאת, דומני כי אמת המידה האובייקטיבית, שאותה עיצבנו בנייתחנו, מקימה בסיס נאות להכרעה צודקת במחלוקתם הכאוּבָה של בני הזוג.

22. היסוד השני שנעדר בענייננו הוא יסוד האשם. אינני סבור כי בדני נחמני ניתן לתלות אשם כלשהו. בשום שלב של פעולותיו הוא לא חטא בחוסר תום-לב. אמנם חזר בו מהחלטתו להביא לעולם ילדים משותפים עם אשתו, אך בנסיבות שבהן נעשה הדבר, אין בחזרתו מן ההסכמה משום התנהגות פסולה. גם סירובו לשתף פעולה עם רותי בהמשך התהליך, שבו החלו יחדיו, לא נבע מחוסר תום-לב. כשבוחנים את הדברים מנקודת ראותו של דני, המסקנה העולה היא כי הצדק עמו. אך הצדק אינו רק עמו. הצדק הוא גם עם רותי; והצדק שעמה רב יותר. אכן, דני לא יכול לצפות שרותי תוותר על רצונה הצודק לממש את זכותה רק משום שגם הוא צודק בהחזיקו בזכות הסותרת את זכותה. אך גם לא היה מקום לצפות מדני כי יראה שצדקתה של רותי עולה על צדקתו. גם על רותי נחמני אין מוטלת כל אשמה. היא לא החלה בתהליך ההפרייה שלא בהסכמתו או בניגוד לרצונו של דני. אדרבא, בראשית התהליך העניק לה דני את ברכת הדרך. היא זכתה לשיתוף פעולה מלא מצדו, אשר נבע מהסכמתו ומרצונו להביא ילדים לעולם בשיתוף עמה. אך היעדר האשמה בענייננו, שלא כמו היעדר הנורמה, אינו מקשה אלא מקל על ההכרעה. מסתמא, אילו מצאתי כי אחד הצדדים נהג במשנהו שלא כהוגן, היה לבי נוטה לייחס לכך משקל גם בגיבוש ההכרעה. שפר חלקי שאיני נדרש לערב שיקולים כאלה. כך אוכל להיות יותר סמוך ובטוח כי מסקנתי, שהדין בסכסוך הנדון הוא עם רותי, סומכת; אך ורק, על האיוון האובייקטיבי בין זכויותיהם המתנגשות, כביטוי בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי.

סייג להכרעה

א 23. הכרעתי בסכסוך בין בני הזוג נחמני מבוססת על האיזון בין רצונה וזכותה של רותי להיות אם לבין רצונו וזכותו של דני שלא להיות אביהם של הילדים שיתפתחו מן הביציות המופרות. אך בכך לא תמה מלאכת האיזון הראוי בין בני הזוג. השלמת ההסר מצדיקה הטלת סייג על ההשלכות של הכרעתנו.

ב ביסוד האיזון, שעליו מבוססת ההכרעה, ניצבות שתי הנחות: האחת, כי רצונה האמיתי של רותי הוא להיות אם; זאת ותו לא. והשנייה, כי שני הצדדים הם תמיילב. שתי הנחות אלה יוכחו כשגויות, אם וכאשר תפנה רותי אל דני בתביעות כספיות. אילו הצהירה רותי לפנינו על כוונתה להגיש תביעה כזאת, אפשר שדי היה בכך כדי להוביל להכרעה הפוכה. אך אם תוגש מצדה תביעה כזאת, לאחר הולדת הילד או הילדים, שוב לא יהיה ניתן להחזיר את הגלגל לאחור ולפסוק לגופו של הסכסוך לטובתו של דני. כמוצא מן הסבך אני מצטרף להצעת חברי, השופט גולדברג, בפיסקה 16 לפסק-דינו, כי השימוש בביציות יותנה על-ידינו בהתזויבותה של רותי שלא לתבוע מדני כל סכום שהוא, בעבור הילדים או בעבור עצמה, וכן לשפות את דני בגין כל תשלום שיחויב לשלם לה, או לצאצאיה, עקב תביעה שתוגש נגדו חרף ההתחייבות.

ג 24. דעתי היא אפוא כי יש לקבל את העתירה, לבטל את פסק הדין שלערעור ולהחזיר על כנו את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בצירוף התנאי האמור בפיסקה 23 לעיל.

ד השופט ת' אור: 1. דני ורותי נחמני נישאו בשנת 1984. לא נולדו להם ילדים. עקב גיתוח כריתת רחם שעברה, רותי לא הייתה יכולה להרות בעצמה. על רקע זה פנו השניים למסלול של הפריה חוץ-גופית על-פי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) (להלן – תקנות ההפריה החוץ-גופית). מטרת התהליך הייתה להפרות את ביציותיה של רותי בורעו של דני ולהשתיל את הביציות המופרות ברחמה של אישה אחרת ("פונדקאית"). מגופה של רותי הוצאו ביציות. אחת-עשרה מהן הופרו בורעו של דני. הביציות המופרות הוקפאו. הן אוחסנו במצב זה בבית החולים אסותא. בני הזוג נקשרו בהסכם כספי עם מוסד בארצות-הברית, המסייע בהשגת הסכם עם פונדקאיות ובביצוע היבטיו השונים של תהליך ההשתלה וההיריון של הפונדקאית. לא נכרת הסכם עם פונדקאית. פונדקאית טרם אותרה. לפני ששלב איתור הפונדקאות וההשתלה בוצע, נתגלע סכסוך בין בני הזוג. דני עזב את הבית. הוא הקים משפחה חדשה. לו ולבת-זוגו החדשה נולדה ילדה. רותי פנתה לבית החולים בבקשה לקבל את הביציות. היא נענתה בשלילה. לפיכך, פתחה בהליך בבית המשפט המחוזי.

ה בית המשפט המחוזי נענה לתביעה. הוא הורה לבית החולים לאפשר לרותי שימוש בביציות המופרות לשם המשך תהליך ההשתלה בפונדקאית. הוא הורה לדני להימנע מלהפריע להמשך התהליך.

ז ערעורו של דני על פסק הדין (ע"א 5587/93) נתקבל, ופסק הדין בוטל. בדיון נוסף

* פ"ד מט (1) 485.

זה עלינו להכריע אם לקיים את פסק הדין בערעור, או שמא, כטענת רותי, לשנות את התוצאה ולקיים את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי.

2. חוות-דעתי זו נכתבת לאחר שרוב השופטים בהרכב המורחב אשר דן בתיק זה היוו את דעתם, חוות-דעתם מונחות לפניי. לעמדתי היסודית בתיק זה ניתן ביטוי בחוות הדעת המקיפות, המאלפות והמעמיקות של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, בע"א 5587/93 הנ"ל ובדיון נוסף זה גם יחד. לחלקים גדולים שבחוות-דעת אלה אני מסכים. בכלל כך, אני מסכים לניתוח הזכויות החוקתיות אשר נעשה בחוות-דעת אלה. אני מסכים גם לגדבכים עיקריים שבחוות-דעתו של חברי, השופט זמיר. כמו שני חבריי, אני סבור כי הדין במקרה זה הוא עם דני. בדומה לשני חבריי, וזה העיקר בעיניי, אני סבור כי בנסיבות עניין זה ניצב בית המשפט מול חלל נורמאטיבי וכי עליו ליצור דין יש מאין כדי לפתור את המחלוקת בין הצדדים. גם אני סבור, כי את ההכרעה בסכסוך זה יש לייסד על נורמה כללית, המעוגנת במהותה הייחודית של הסוגיה שבדיון. בדומה לשני חבריי, אני סבור כי דין ההכרעה בסכסוך זה ליפול על יסוד הכרעה בשאלה צערו או נזקו של מי משני המתדיינים - רותי ודני - יהיה גדול יותר על-פי תוצאתה של התדיינות זו. כמוהם, גם לדעתי, קודם להשוואת הנזקים העלולים להיגרם לכל אחד מן הצדדים, וכתוצאה מכך קביעה ענייני של מי צודק יותר, יש לבהון תחילה אם קמה לרותי עילת תביעה משפטית נגד דני. מסקנתי, כמסקנתם, היא, שהתשובה לכך שלילית. עם זאת, דרכי שונה, בהיבטים מסוימים, מדרכיהם של חבריי. את עיקרי השקפתי בסוגיה זו אפרט להלן.

3. לפני שנים אחדות עלו דני ורותי על דרך ההפריה המלאכותית. מהלך זה נעשה מתוך הסכמה ביניהם. לדעתי, המפתח לפתרון הסכסוך שלפנינו טמון בהתחקות אחרי היקפה ותוכנה של ההסכמה שבין דני ורותי. הסכמה זו לא הועלתה עלי כתב. היא לא סוכמה לפרטי פרטיה. היא הייתה נטועה במירקם החיים המשותפים של דני ורותי. השניים לא נזקקו לתרגם אותה לניסוחים משפטיים. הם לא פירטו אותה למערכת מוגדרת של חיובים וזכויות הדדיים. הם לא קבעו הסדר לאירועים עתידיים אפשריים. בהיותם זוג נשוי, שותפים לחיים, ניתן להניח כי הם לא חשו כל צורך בכך.

על רקע זה מתעוררת שאלה, האם ההסכמה שבין רותי ודני היא הסכמה מחייבת מן הבחינה המשפטית. על הקושי המתעורר במצבים אלה עומד השופט Scott בעניין Layton [57] (1986) *v. Martin*, בדברים המצוטטים בספר *The Law Relating to Cohabitation* (London, 1993) מאת M. Parry, בעמ' 234:

"In family or quasi-family situations there is always the question whether the parties intended to create a legally binding contract between them. The more general and less precise the language of the so-called contract, the more difficult it will be to infer that intention".

* ש.ס.

א חרף דברים אלה, אני סבור כי רותי ודני התכוונו ליצור הסכמה בעלת תוקף משפטי. ההסכמה שביניהם לא נשארה בדל"ת אמותיהם. היא עומדת ביסוד ההתקשרות של רותי ודני עם צדדים שלישיים, כמו בית החולים אשר ביצע את ההפריה ומכון הפונדקאות בארצות-הברית. זו אף זו, כלפי צדדים אלה אף קיבלה הסכמה זו ביטוי פורמאלי. כך, למשל, ניתן להסכמה זו ביטוי בטפסים שעליהם חתמו בני הזוג בבית החולים אסותא, אשר בו בוצעה ההפריה. היא קיבלה ביטוי דומה בהסכם הכספי (Retainer Agreement) שנחתם בין בני הזוג לבין מכון הפונדקאות שבארצות-הברית.

ב עם זאת, לדעתי, הסכמה זו אינה הסכמה חוזית רגילה. אני מסכים לעמדתם של חבריי, השופטים שטרסברג-כהן וחמיר, כי מדובר בהסכמה מסוג מיוחד. מסקנה זו מתחייבת, לדעתי, מהדבק הדברים והנסיבות אשר בגדרו הושגה ההסכמה. היא נגזרת מטיבם המיוחד והרגיש של היחסים בין הצדדים כזוג נשוי. יחסים אלה, ועל כך עוד אעמוד, מהווים את תשתית ההסכמה ואת תכליתה. מכל מקום, וזה העיקר, אין ספק שהתהליך שאליו הסכימו בני הזוג להיכנס מבוסס על הסכמה זו. לפיכך, את חוות-דעתי בפרשה זו אני משתית על תוכן ההסכמה שהושגה, בלי צורך לתחום ולסווג מבהינתן הסיווג המשפטי את אופייה המשפטי המיוחד של הסכמה זו.

ד 4. מהו אפוא תוכן ההסכמה? במקרה זה, לא הובאו ראיות ישירות על תוכן ההסכמה. כאמור, ההסכמה גם לא הועלתה על הכתב. במצב דברים כזה, על בית המשפט לנסות ולהלץ את תוכנה של ההסכמה מנסיבות העניין. על פעולה פרשנית זו יחולו הכללים היסודיים החלים על פרשנות חוזים (ראו סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי)).

ה בהתחקות אחרי אומד דעתם של בני הזוג, יש לנסות ולאתר את אומד הדעת שלהם כאנשים סבירים. בדרך זו, ניתן לאתר את התכלית ההסכמית המשותפת ולגזור ממנה את תוכן ההסכמה. עומד על כך השופט ברק בע"א 154/80 בורכרד ליינס לימימד לונדון נ' הידרובטון בע"מ [35], בקובעו, בעמ' 223:

"...יש להתחשב באומד הדעת שניתן לייחס לצדדים, הפועלים כאנשים סבירים. הטעם לכך הוא, שיש להניח, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר, כי אומד הדעת של הצדדים לחוזה הוא אומד הדעת שהיה להם, אילו פעלו כאנשים סבירים בנסיבות העניין".

ו ראו גם: ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב יצחק ז"ל ואח' [36], בעמ' 305; ע"א 275/83 עיריית נתניה נ' "סחף" חברה ישראלית לעבודות פתוח בע"מ [37], בעמ' 241-243.

ז תכלית הסכמית משותפת זו נגזרת, בין השאר, ממהותו של העניין נושא ההסכמה, מטיב ההסכמה ומאופייה. וכפי שנקבע בבג"צ 846/93 ברק נ' בית הדין הארצי לעבודה [38]:

"כן מורכבת תכלית החוזה מתכלית אובייקטיבית המשקפת את היעדים והמטרות אשר יש להניח כי הצדדים לחוזה, כאנשים סבירים, היו מבקשים

להגשים. זוהי אותה מטרה או אותה תכלית, שסביר להניח כי הצדדים, כאנשים סבירים, היו נוקטים בנסיבות העניין. תכלית זו נקבעת מטבע הדברים על פי מהותו של העניין המוסדר, טיב ההסדר ואופיו".

א

על תוכן ההסכמה ניתן ללמוד גם מהתנהגותם של הצדדים לאחר גיבוש ההסכמה. "התנהגות כזו יכולה ללמד על אומד דעתם בעת חתימת ההסכם" (בג"צ 932/91 קרן הגימלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' [39], בעמ' 437). זאת ועוד, במקרה שלפנינו ההסכמה מעוגנת בעיקרה בהתנהגות הצדדים. במצב דברים זה, על בית המשפט "לפרש את התנהגותם של הצדדים וליצוק לתוכה תוכן" (ע"א 4956/90 פזגו חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרוס בע"מ ואח' [40], בעמ' 42).

ב

5. לאן מובילים כללים אלה במקרה זה? נראה לי, כי מנסיבותיו של מקרה זה עולה כי אומד דעת הצדדים, כצדדים סבירים, היא הסכמה לשתף פעולה לקראת מימושו של תהליך ההפריה החוץ-גופית. הסכמה זו היא הסכמת מסגרת. היא מבוססת על הנחת היסוד של התמשכות הקשר הזוגי בין הצדדים. אך, לדעתי, הסכמה זו אינה כוללת הסכמה מראש לכל שלביו ותגיו של תהליך ההפריה. זו הסכמה המבוססת על-ידיעה והבנה שבכל שלב עתידי של תהליך ההפריה החוץ-גופית יידרשו הסכמה ופעולה משותפת של שני בני הזוג. ובמילים אחרות, על-פי הסכמה זו, כל אחד מבני הזוג יודע ומקבל על עצמו שהמשך התהליך מותנה בהסכמה נמשכת של בני הזוג להמשיך בתהליך על כל שלביו.

ג

ד

מסקנתי זו נשענת על טיבו של תהליך ההפריה החוץ-גופית ועל המסגרת שבה פעלו הצדדים ושבגדרה גובשה ויושמה ההסכמה שביניהם.

ראשית, מדובר בתהליך ממושך. התהליך מורכב משלבים אחדים: מתן הזרע והביצית, הפריית הביצית, איתור הפונדקאית ובחירתה, ביצוע ההשתלה (ראו תקנה 2 לתקנות ההפריה החוץ-גופית). בנקודת הזמן שבה יוצאים הצדדים לדרך, הבלתי צפוי רב מן הצפוי. דברים רבים נשארים פתוחים ובלתי ודאיים. כך, בני הזוג אינם יודעים כיצד יעלה שלב ההפריה המלאכותית. גם בתנאים אופטימליים, שיעור ההצלחה בשלב זה הוא בין 60% ל-75% (ראו נספח ב' לדין וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית הנ"ל (להלן - ד"ח ועדת אלוני), בעמ' 114). הם אינם יודעים אם יהיו נתוצים הליכים רפואיים נוספים כדי לאפשר הפריה כזו. זאת ועוד. הם אינם יודעים מי תהיה הפונדקאית. הם אינם יודעים כמה זמן ייקח תהליך איתור הפונדקאית ובחירתה. הם גם אינם יכולים לדעת כמה ניסיונות יידרשו כדי להשיג היריון אצל פונדקאית. וזאת יש לדעת. סיכויי ההיריון והלידה בשלב זה רחוקים מלהיות ודאיים. שיעור ההריונות למחזור טיפול בהפריה חוץ-גופית עומד על 15% בלבד. שיעור השגת הילדים עומד על 12% בלבד (שם, בעמוד 114). שיעור ההפלות בהפריה חוץ-גופית כמעט כפול משיעורן בהיריון רגיל (22%-26% לעומת 12%-15%, שם). גם בתנאים אופטימליים - שבהם מושתלים ברחם 3-4 עוברים - הסיכוי להיריון בהפריה חוץ-גופית הוא כשליש (34%) (שם, בעמוד 116).

ה

ו

ז

ואמנם, מכון הפונדקאות שעמו נקשרו רותי ודני שייר לעצמו (באמצעות רופא מטעמו) את הכוח לבטל את הסכם הפונדקאות, לאחר שזה ייחתם, אם התהליך לא יצליח בתוך זמן סביר. וכך נקבע בסעיף 9 להסכם הפונדקאות:

א

"In the event that, in the opinion of the center's physician, the contemplated pregnancy has not occurred within a reasonable time, this agreement shall terminate by any party or the center's physician giving notice to all parties".

ב

על-כן, קיימת בראשית הדרך אי-ודאות רבה הן לעניין עצם הצלחתם של שלבים שונים בתהליך והן לעניין משך הזמן של התהליך.

ג

תהליך ההפריה החוץ-גופית אינו רק תהליך ממושך, הוא גם תהליך מורכב. מדובר בתהליך יקר מן הבחינה הכספית. עלותם של שירותי פונדקאות גבוהה, ועשויה להגיע לכדי עשרות אלפי דולרים. לצורך מימושו המוצלח, מכל הבחינות, נחוץ שיתוף פעולה בין בני הזוג. כל אחד מבני הזוג תלוי ברעהו לשם כך. בני הזוג זקוקים זה לזה לצורך עצם ההפריה החוץ-גופית. זוהי תלות ביולוגית. הם תלויים זה בזה לצורך מימושו המשפטי של התהליך. הסכמתו של כל אחד מהם נדרשת לשלבים השונים בתהליך. כך, למשל, נדרשה הסכמתו של כל אחד מבני הזוג להתקשרות עם הפונדקאית ועם מכון הפונדקאות. בני הזוג תלויים זה בזה לצורך מימושו הטכני של התהליך. הם צריכים לגייס את משאביהם המשותפים כדי לעמוד בנטל הכספי הנדרש. בכל אחד משלבים ותחנות הכרעה אלה נדרשת הסכמה של כל אחד מבני הזוג, וייתכנו מחלוקת ואי-הסכמה ביניהם בעניין זה או אחר הדורש את הסכמת שניהם. על-כן, ברי שההסכמה ביניהם לעבור את ההפריה החוץ-גופית מלווה הייתה בידיעה ובהבנה של שניהם, שרק על-פי ההסכמה נמשכת של שני בני הזוג, הסכמה לגבי כל אחת מנקודות ההכרעה שבדרך הארוכה, יוכל תהליך ההפריה החוץ-גופית להגיע אל סופו הנכסף. שני בני הזוג תלויים זה בזה כדי לצלוח את התהליך הלא קל הזה ולהצליח בו.

ד

ה

לכך מיתוסף עניין חשוב נוסף. התכלית ההסכמית היא תכלית זוגית. במרכזה של ההסכמה לא עומדת כמיהתו של אחד מבני הזוג לילדים. במוקד ההסכמה עומדת שאיפה משותפת של שני בני הזוג להגשמת התא המשפחתי השלם שהם מבקשים ליצור. תא זה הוא הגרעין הקשה של ההסכמה. הוא עמוד השדרה שלה. עליו מבוססת ההסכמה. ממנו היא יונקת את חיותה.

ו

ממכלול מאפיינים אלה עולה, לדעתי, כי בהיעדר הסכמה מפורשת לסתור, לא ניתן לראות את אומד דעתם של הצדדים בתחילת הליך ההפריה החוץ-גופית כחובק הסכמה מראש לכל שלביו ומרכיביו. הסכמה כזו אינה הולמת את מורכבותו של התהליך. היא אינה הולמת את אי הודאות האופפת אותו. היא גם אינה הולמת את רגישותה ופגיעותה הטבעית של מערכת היחסים שבין בני הזוג, המהווה בריח תיכון של כל ההסכמה שביניהם. היא אינה הולמת את טווח הזמן אשר ההסכם צופה את פניו. לכן, איני סבור כי אומד דעתם של הצדדים כאנשים סבירים כוללת הסכמה כזו. לדעתי, כל

א שניתן לאתר הוא רצון והסכמה של בני הזוג לשתף פעולה בהשגת היעד המשותף להם. הסכמה זו היא הסכמת מסגרת. היא מחייבת שיתוף פעולה של הצדדים בכל אחד מן השלבים בתהליך, לשם הגשמתו ותלויה בו. היא מחייבת גם את הסכמתו של כל אחד מבני הזוג לכל שלב בתהליך, הסכמה אשר אינה מובטחת מראש. היא מחייבת, לדעתי, גם קיום רציף של תנאי היסוד למימוש ההסכמה - המשך קיום מערכת יחסים זוגית.

ב 6. מסקנה זו בדבר תוכן ההסכמה אשר ניתן לייחס לצדדים כאנשים סבירים אינה מעוגנת רק בטיב התהליך של הפריה חוץ-גופית, ובמהותו כתהליך של בני הזוג המבקשים להרחיב את התא המשפחתי. היא נשענת גם על ההקשרים הספציפיים אשר בגדרם פעלו רותי ודני, הקשרים אשר היו צפויים וידועים להם כבר מתחילת הדרך.

ג פן אחד נוגע למסגרת הנורמטיבית שהצדדים כפפו עצמם אליה בהיכנסם להליכי ההפריה החוץ-גופית. דני ורותי ידעו כי על הליכים אלה חולשות תקנות ההפריה החוץ-גופית. על-פי תקנות אלה פעלו בתחילתו של התהליך. ניתן להניח, כי הצדדים היו מודעים לתוכן. בין היתר, דורשות תקנות אלה הסכמה מודעת - של שני בני הזוג - לכל שלב בביצוע תהליך ההפריה החוץ-גופית (ראו תקנה 14 לתקנות ההפריה החוץ-גופית). בתוך כך דורשות התקנות גם הסכמה לשלב ההשתלה, ומקובלים עליי בעניין זה דבריו של חברי, השופט זמיר, בפיסקה 8 של פסק-דינו. הסדר הנורמטיבי זה מספק אינדיקציה חזקה לתוכן ההסכמה שאליה הגיעו רותי ודני. הוא מצביע על כך שאין לומר כי הסכמתם הראשונית הבקא את ההליך על כל שלביו ומכשוליו. עם הסכמתם הראשונית, בודעם את דרישות התקנות, הם ידעו שגם בעתיד תידרש הסכמה של כל אחד מהם, והם היו מוכנים לפתוח בתהליך בידיעה שהמשכו תלוי בהסכמות "מודעות" נוספות של כל אחד מהם.

ה פן אחר נוגע לאופן המימוש של הליך ההפריה עליידי השתלת הביציות המופרות בגופה של פונדקאית. לצורך מימוש התהליך, נקשרו רותי ודני בהסכם עם מכון פונדקאות בארצות-הברית. הסכם זה כיסה את ההיבטים הפינאנסיים של ההתקשרות עם המכון. ההסכמה על-פי הסכם זה היא משותפת. נדרשת הסכמתו של כל אחד מבני הזוג להליך. כך, מורה אחת הפיסקאות במבוא להסכם כי:

ד "...The center is engaged in the practice of arranging surrogate agreements and administration of agreements for couples who are unable to bear their own children..." (ההדגשה שלי - ת' א')

ז בהתאם לכך, שני ההורים הטבעיים - רותי ודני - הם צד להסכם זה. הם מוכנים בו, יחדיו, ההורים המיועדים - prospective parents, טבעי, עליכן, כי הם גם אלה אשר אמורים - יחדיו - לבחור את האם הפונדקאית (סעיף 5):

"Prospective parents shall meet with and have the final decision as to the selection of any potential surrogate..."

א כך גם באשר להסכם עם הפונדקאית. כאמור, הסכם זה טרם נחתם. פונדקאית טרם אותרה. עם זאת, לרותי ולדני הוצג נוסח של הסכם כזה על-ידי מכון הפונדקאות בארצות-הברית. הם ידעו על תוכן הסכם זה. הסכם זה מלמד בבירור על הצורך בהסכמת כל אחד מבני הזוג לביצוע ההשתלה: גם רותי וגם דני הם צד לו, ולכל תיוביו. הוא מלמד על הדרישה היסודית לקיומה של זוגיות אמיתית בעת ההסכמה על ההשתלה. הדברים עולים מן המבוא להסכם:

ב "... are a married couple, *living together*... and are desirous of entering into the following agreement..." (ההדגשה שלי - ת' א')

ג אף שרותי ודני היו ערים לתוכנו של הסכם זה, לא נשמעה כל טענה כי מי מהם הסתייג מתוכן זה. זאת ועוד. הסכם זה דורש מכל אחד מהם רמת מעורבות גבוהה. ההסכם מטיל על כל אחד מהם חייבים. שניהם מתחייבים ליטול על עצמם את החבויות המשפטיות וההוריות בקשר לילד שייוולד (סעיף 3). שניהם מתחייבים לעבור בדיקות גופניות ונפשיות לצורך התהליך (סעיפים 5 ו-6). שניהם מתחייבים להושיט כל סיוע שיידרש להליך (סעיף 7). שניהם מתחייבים לשפות את הפונדקאית על הפסדיה והוצאותיה (סעיף 18). זאת ועוד. הפרה של אחד מהם מחייבת את האחר (סעיף 27).

ד נראה לי כי גם במנגנון זה, אשר באמצעותו ביקשו הצדדים לממש את הליך ההפריה, יש לסייע בקביעת תוכן הסכמתם. יש בו כדי ללמד כי הצדדים ידעו כי הסכמת כל אחד מהם תידרש גם בשלב ההשתלה. הוא מלמד כי הם ראו את הליך ההפריה החוץ-גופית כתהליך זוגי, וכי ידעו שבשלב ההשתלה תידרש הסכמת כל אחד מהם לכל אותם תנאים ופרטים הקשורים בשלב זה.

ה פרטי ההסכם, כאמור, והצורך בקביעת מנגנון ההשתלה על דעת שני בני הזוג גם מלמדים כי אין יסוד לקביעה כי בשלב שבו פרץ הסכסוך בין הצדדים דני, כאילו, "יצא מן התמונה" ואינו נדרש לבצע כל פעולה נוספת (ראו, למשל: חוות-דעתו של השופט טל, בפסקה 4; חוות-דעתו של השופט בן, בפסקה 5(ה)). הסכמתו דרושה לא רק לעצם עשיית שימוש בביציות המופרות, כדרישת בית החולים שבו הן מוחזקות, אלא גם לבהירת הפונדקאית ולקביעת תנאי ההתקשרות עמה, ולקביעת הפרטים הקשורים בהסכם עם מוסד הפונדקאות.

ו במאמר מוסגר אוכל להוסיף, שלאור החשיבות שמייחסים מוסדות לפונדקאות בארצות-הברית להסכמה ולאחריות המשותפת של הורים המתקשרים בהסכם פונדקאות, ספק בעיניי אם לאור התנגדות דני להמשך תהליך ההפריה החוץ-גופית, ייאות המוסד שעמו התקשרו רותי ודני, או כל מוסד אחר, לחתום על הסכם פונדקאות עם רותי לבדה.

7. ודוק: כעולה מן התיאור דלעיל, דרישה זו להסכמת שני בני הזוג בכל אחד מן

השופט ת' אור

השלבים בתהליך אינה דרישה פורמאלית. לא מדובר במסקנה שרירותית, המנותקת מן המציאות של תהליך ההפרייה. דרישה זו משקפת את טיבו של הליך ההפרייה החוץ-גופית. היא נגזרת מחשיבותן של ההכרעות אשר על הצדדים לעשות במהלך הדרך. כך לגבי ההפרייה. על הצדדים לבחור במוסד הרפואי שבו תבוצע ההפרייה. לבחירה זו עשויה להיות השלכה על תוצאות ההפרייה. היא יכולה להשפיע על סיכויי הצלחתה. מדובר בבחירה חשובה למימוש הליך ההפרייה. האם מתקבל על הדעת שהכרעה מסוג זה תיעשה שלא בהסכמתו של אחד מהם?

א

המצב דומה, ואולי אף סבוך עוד יותר, כשמדובר בשלב ההשתלה. בשלב זה על הצדדים לקבל שורה של הכרעות חשובות. עליהם לתחליט היכן לבצע את ההשתלה. בדומה להפרייה, מדובר בהחלטה שיש לה חשיבות בביצוע המוצלח של הליך ההפרייה החוץ-גופית. עליהם לקבל הכרעות פינאנסיות וכלכליות. כאמור, ההתקשרות בהסכם פונדקאות היא דבר יקר. הדבר עולה בבירור מהסכם ה-retainer שנחתם עם מכון הפונדקאות. בהסכם זה מצוין (בסעיף 16), כי:

ב

ג

"The Center has advised prospective parents that surrogate parenting is a very expensive procedure and has many unknown implications".

המדובר בסכומים גבוהים, בני עשרות אלפי דולרים. חשוב עוד יותר, ראינו כי על בני הזוג לבחור בפונדקאית אשר תישא את ילדם לעתיד. לבחירה זו צדדים רבים ולא פשוטים. לגילה של הפונדקאית עשוי להיות חשיבות. לרקע הרפואי שלה עשויה להיות חשיבות. כך גם לרקע החברתי והנפשי שלה. מדובר בבחירה אשר לא ניתן להפריז בחשיבותה. היא יכולה לקבוע את גורל התהליך כולו. די להעיף מבט אל הסכסוכים הקשים אשר נתגלעו בין הורים מיועדים לבין פונדקאית, כדי להבחיר עד כמה חשובה הבחירה הנכונה בשלב זה (ראו [56] (1987) *An re Baby M*). האם ניתן לייחס לצדדים, בהיעדר הסכמה מפורשת וברורה לעניין זה, הסכמה מראש לעניין זה? אני סבור, שהתשובה היא בשלילה. הצדדים הותירו נושא חשוב זה פתוח לחלוטין. הם ידעו והבינו שתידרש לגביו הסכמה נוספת מיוחדת של שניהם.

ד

ה

8. לתוצאה האמורה הגעתי על יסוד אומד דעתם של הצדדים כבני-זוג סבירים, העולה מנסיבות העניין והתנהגות הצדדים. אעיר, כי מסקנתי מתיישבת עם הדין החל על סוגיה זו, בארץ ובחוץ-לארץ. כך, ההסדר שנקבע בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) (להלן - חוק ההסכמים) דורש, כפי שמציין חברי, השופט זמיר (בפסקה 10 לפסק-דינו), הסכמה מודעת של בני הזוג להשתלה. אכן, הוראה זו אינה חלה במישרין על הסכסוך שלפנינו. אך היא מלמדת, כי יש טעם רב במסקנה כי יש צורך בהסכמה של שני בני הזוג גם לשלב ההשתלה.

ו

ז

התוצאה שלפיה גדרשים שיתוף פעולה והסכמה של שני בני הזוג בכל אחד מן השלבים נתמכת גם בהוראה נוספת שבחוק ההסכמים. במרכז החוק עומד הסכם לנשיאת עוברים. ההסכם הוא בין הורים מיועדים לבין האם הנושאת. ההורים המיועדים הם

בני-זוג, הנקשרים עם האם הנושאת. ההסכם טעון אישור של ועדה סטטוטורית. על-פי סעיף 5(ג) לחוק, ועדה זו -

א "רשאית לשוב ולדון באישור שנתנה אם הל שינוי מהותי בעובדות, בנסיבות או בתנאים ששימשו יסוד להחלטתה וכל עוד לא הושלתה הביצית המופרית באם הנושאת..."

ב לדעתי, גם הוראה זו מלמדת על מדיניות המחוקק כלפי הסוגיה שלפנינו. היא מבהירה, כי מעמדה של הסכמה - אפילו כזו המגולמת בהסכם שקיבל אישור של גוף סטטוטורי מיוחד - אינו מוחלט עד לשלב ההשתלה. זהו השלב המכריע. עד לשלב זה, שינוי בנסיבות עשוי להביא לעצירת התהליך. לדעתי, פרימת הקשר הזוגי מהווה שינוי מובהק בנסיבות לעניין זה. הזוגיות היא נדבך עיקרי של ההסכם לנשיאת עוברים. ההורים המיועדים צריכים להיות "איש ואשה שהם בני זוג" (סעיף 1 לחוק). נשיאת ההיריון על-ידי האם הנושאת (היא הפונדקאית) נעשית "עבור ההורים המיועדים" (שם). ההסדר החוקי מניח, אם כן, קשר זוגי. התפרקות הקשר קודם להשתלת הביצית באם הנושאת, מהווה שינוי בנסיבות או בעובדות ששימשו יסוד להחלטת ועדת האישורים. היא עשויה, על-כן, להביא לביטול האישור להסכם לנשיאת העוברים ולהפסקת התהליך.

ג 9. גם הדין במדינות אחרות תומך בתוצאה זו. כמובא בהרחבה בפסקי-דינה של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, בע"א 5587/93, במדינות אחדות נדרשת הסכמתו האפקטיבית של בן הזוג גם לשלב ההשתלה. עד לשלב זה, נתונה לו זכות החזרה. במדינות אחרות, זהו הפתרון המוצע על-ידי ועדות רשמיות אשר מונח לדון בסוגיה זו. אגב, זו גם הגישה העולה מז"ח ועדת אלוני אשר מונתה על-ידי שרי הבריאות והמשפטים ביוני 1991 כדי לדון בעניין. הוועדה חיוותה דעתה בעמ' 36, כי:

ד "... אין לכפות על איש או אישה אבהות או אימהות בניגוד לרצונם, גם אם נתנו הסכמתם הראשונית לעניין".

ה 10. עד כאן עמדתי על עיקרי השקפתי. אם לסכם, דעתי היא שתהליך ההפריה החוץ-גופית הוא תהליך זוגי. כוונת בני הזוג היא להביא צאצא משותף לשניהם, על-מנת ששניהם יגדלוהו במסגרת התא המשפחתי. התהליך של ההפריה החוץ-גופית הוא ארוך, יש במהלכו קשיים רבים, ובני הזוג עתידים להידרש בו להכרעות בעניינים בעלי חשיבות מהמדרגה הראשונה. רק כשבני הזוג רוצים בתהליך, ומתוך הבנה שרצון והסכמה משותפים אלה ימשיכו להתקיים, ורק בכפוף להסכמה משותפת של שניהם בכל שלבי התהליך, ניתן להגיע אל סופו המקווה. עם תחילת התהליך, הנחה של שני בני הזוג היא שרצון והסכמה כאלה ימשיכו להתקיים אצל שניהם. הנחה זו הייתה ביסוד ההסכמה שאליה הגיעו. אך היא גם משקפת הסכמה שאם היא תתבדה, לא יוכל אחד מבני הזוג לבדו להמשיך בתהליך. אכן, כל אחד מהם ציפה להמשיך שיתוף הפעולה

* שם, בעמ' 503-504.

א ביניהם לאורך כל התהליך. אך כל אחד מהם גם הבין והסכים, שרק אם יהיו שיתוף פעולה והסכמה נמשכים של בן-זוגו, יימשך התהליך ויגיע אל סופו. משחזר בו אחד מבני הזוג קודם ההשתלה, יש, אולי, יסוד לאכזבה ולתרעומת של משנהו, אך אין לו עילה משפטית לכפות את המשך התהליך על בן-זוגו, נוכח תוכן ההסכמה בין בני הזוג כאמור.

ב השקפה זו מוליכה אותי לתוצאה, כי רותי זקוקה להסכמתו של דני כדי לבצע את ההשתלה. לכן, אין היא יכולה לקבל את הביציות המופרות לידיה לצורך השתלה אשר לה מתנגד דני. מסקנתי היא, כי בנסיבות העניין ועל-פי הסכמת הצדדים עצמם, היה דני רשאי שלא ליתן את הסכמתו להמשך התהליך. אני סבור כי תוצאה זו משקפת גם את הדין הראוי. תוצאה זו נותנת ביטוי הולם לאופיו של תהליך ההפרייה. היא מבטאת במידה הראויה את המסגרת הזוגית של תהליך זה.

ג מטעם זה, אי-נכונות דני להמשיך בתהליך ההפרייה החוץ-גופית גם אינה נגועה בחוסר תום-לב. הואיל והתהליך כילו מושתת על המערכת הזוגית בין דני לרותי, משנפגעה המערכת הזוגית ביניהם, ולמעשה זו כבר אינה קיימת, אי-נכונותו של דני להמשיך בתהליך מובנת מאליה, על-פי מהות ההסכמה שבין השניים, כמבואר לעיל. מכל מקום, אין לייחס לדני חוסר תום-לב מצדו בביצוע ההסכמה אשר בינו לבין רותי, בכך שהוא מסרב ליתן את הסכמתו להמשך התהליך.

ד 11. לא שוכנעתי כי יש דבר מה המצדיק, בנסיבות עניין זה, סטייה מן התוצאה האמורה. לא שוכנעתי כי הצדדים הסכימו כי התהליך יימשך גם אם הזוגיות של רותי ודני תפקע. לא שוכנעתי כי נעשה מצג של דני, כי הוא מסכים להמשך התהליך גם אם יהיחסים בין השניים יעלו על שרטון. ממילא, לא שוכנעתי כי הייתה הסתמכות, או הסתמכות סבירה, של רותי על מצג כזה. התהליך הוא זוגי. ככזה, הוא דורש, כמבואר לעיל, הסכמה של כל אחד מבני הזוג, בכל אחד מן השלבים.

ה 12. עניינה של רותי מעורר אהדה. מצוקתה היא כנה ואמיתית. אך בכך אין די כדי להפוך על פניה את הסכמת הצדדים. אין בכך כדי להצדיק שינוי בדיעבד של כללי המשחק אשר, לדעתי, הצדדים נטלו על עצמם כאשר יצאו לדרך. אין בכך גם כדי להקים לרותי זכות חוקתית המחייבת מתן סעד נגד צדדים שלישיים לצורך מימושה. לעניין זה, מסכים אני לביתוח שבפסק הדין של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן. לכן, אינני מסכים עם התוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב בהליך זה. לדעתי, לא קמה לרותי עילה לחייב את מסירת הביציות לידיה לצורך המשך התהליך.

ו 13. בטרם סיום, אבקש להוסיף הערה נוספת. מקרה זה מעורר קושי. במקרים מסוג זה קיים פיתוי לנסות ולהתאים את התוצאה למערכת הנסיבתית המיוחדת העומדת לדין, על-מנת שלא ייגרם עוול על-פי השקפה כזו או אחרת. אני סבור, כי על בית המשפט מוטלת חובה לעמוד בפיתוי זה. עליו לברר את הדין ולהכריע על-פיו. לפיכך, ביקשתי לברר מה התוצאה המשפטית הנדרשת בכל אותם מקרים אשר בני-זוג מסכימים

א על תהליך של השתלה הווי-גופית, בלי שנקבע ביניהם במפורש מה תהיה התוצאה אם מי מהם לא יהיה מוכן להמשיך בתהליך. משהגעתי למסקנה שקיים פתרון משפטי לקושיה זו, כפי שביקשתי להבהיר לעיל, פתרון זה ראוי שיחול בענייננו, אפילו אם תוצאתו אינה עולה בקנה אחד עם ציפיותיה של רותי, אשר המצב שנקלעה אליו מעורר אהדה.

ב לדעתי, הדרך הנכונה להתמודד עם בעיה כזו איננה ליצור דין מיוחד אשר נועד לפתור את מצוקותיו הפרטיקולריות של בעל דין פלוני, גם אם הן כנות ואמיתיות. עומדת על כך השופטת נטניהו בע"א 248/86 עיזבון לילי חנשווילי ז"ל ע"י יורשיה גבי ואילנה חנשווילי - קטינים נ' רותם חברה לביטוח בע"מ ואח' וערעור שכנגד [41], בעמ' 558:

ג "נורמה משפטית צריכה להיות בנויה על גיתוח משפטי לוגי נכון, תוך הפעלת שיקולי מדיניות משפטית ששיגו את התוצאה הרצויה במרבית המקרים. היא אינה יכולה להיקבע על-פי תוצאותיה במקרה מסוים זה או אחר. בנורמה אשר כזו מתקיים הפתגם הידוע, כי מקרים קשים יוצרים הלכה גרועה: 'Hard cases make bad law'."

ד ברוח דומה, ראו את דבריו של השופט ויתקון בע"א 840/75 קרן קיימת לישראל נ' תבל ואח' [42], בעמ' 549; וכן דבריו של השופט י' כהן בע"א 555/71 אמסטרדרמר נ' מוסקוביץ ואח' [43], בעמ' 799-800.

לדברים אלה אני מסכים.

ה אשר-על-כן, לו נשמעה דעתי, הייתה העתירה לדיון נוסף נדחית, ופסק הדין של בית המשפט בע"א 5587/93* היה נשאר על כנו.

השופט י' זמיר: על משפט צדק

ו 1. אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי. יוצרי זה הדין. שבית המשפט לא נוצר, ואינו קיים, אלא מכוח הדין, ואין עליו מרות זולת מרותו של הדין. יצרי זה הצדק. שבית המשפט מבקש, בכל נפשו ובכל מאוהו, לעשות צדק. אוי לשופט אם עשה דין ללא צדק, ואוי לו אם עשה צדק ללא דין. אשרי השופט שעשה דין עם צדק, אכן, בדרך כלל הדין מוביל את השופט אל הצדק, ואם הדין והצדק אינם הולכים יד ביד, עשוי השופט להטות את הדין לצד הצדק, ככל שניתן, עד שייפגשו.

ז אולם קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לו לתת ליצרו שיגבר על יוצרו. כך הדבר משום ששבועת השופט, עד שהיא מצווה עליו לעשות משפט

* פ"ד מט (1) 485.

צדק, מחייבת אותו לשמור אמונים לחוקי המדינה. ראו חוקי-סוד: השפיטה, סעיף 6. למעלה מכך: בלא משפט, בחשבון ארוך ואמיתי, אין צדק.

לכן, חלילה לשופט לעבור בקפיצה מהעובדות אל הצדק, כאילו אין דין חוצץ ביניהם. כבודו של הצדק במקומו מונח. אך הוא חייב להיות מונח על תשתית של דין.

2. אכן, יש עניינים שמוטב להם כי יוכרעו על-פי הצדק או על-פי הרגש או ערכים שמחוץ למשפט, ולא על-פי הדין. כאלה הם, לא פעם, עניינים משפחתיים, כמו יחסים שבין איש לאישה, או עניינים שבאמונה, דתית או אחרת, ואפילו עניינים שבפוליטיקה, כמו הסכמים שבין מפלגות. עניינים כאלה מוטב להם שלא יבואו כלל אל בית המשפט, אלא יוכרעו בחיק המשפחה, או בין אדם ורבו, או בקלפי של יום הבחירות.

אך גם עניינים כאלה עשויים למצוא דרכם אל בית המשפט. אם הגיע עניין כזה אל בית המשפט, פתוחות לפניו שתי דרכים, לפי מהות העניין: ראשית, לדחות את העניין על הסף בלי לדון לגופו של עניין; שנית, לדון ולהכריע בו לגופו של עניין.

בית המשפט עשוי לדחות את העניין על הסף אם העניין אינו ראוי או אינו עשוי להיות מוכרע על-פי דין. כך היא הדוגמה המפורסמת של הומנה, על בסיס של ידידות, לארוחת ערב. כך גם עניינים אינטימיים שונים המוסדרים בין בני-זוג בדרך של הבנה או הסכמה שאין לה מעמד משפטי. במקרה כזה ידחה בית המשפט את התובע מעל פניו, אף אם הצדק בוקע מגרונו, משום שאין לו עילה במשפט או משום שהעניין אינו שפוט.

אולם לא בהכרח כך. גם עניינים מורכבים ורגישים, במישור האישי או בכל מישור אחר, לרבות עניינים אינטימיים ביותר, עשויים להתגבש בדפוסים משפטיים. או אז על בית המשפט לדון בעניין ולהכריע בו לגופו של עניין: הפרה של הבטחת נישואין; החזקה, חינוך או אימוץ של ילדים; ועוד. כאשר בית המשפט דן ומכריע בעניין כזה, פשיטא שאין הוא פוסק בו כאילו הוא יועץ לענייני נישואין, מורה דת או מנהיג מדינה. אם נגזר עליו לפסוק בעניין כזה, עליו לפסוק כבית-משפט, כלומר, לעשות משפט בצדק. קודם כול - משפט.

3. כך גם בפרשת נחמני. אכן, אין ספק כי פרשה זאת מעוררת בעיות וקשיים מתחום הרגש, המוסר, הפילוסופיה, ועוד תחומים מחוץ למשפט. גם אין ספק כי מוטב היה אילו פרשה זאת הייתה באה על פתרונה מתוך הסכמה בין רותי ודני, ואפילו לא הגיעו לכלל הסכמה לגופו של עניין, אילו הסכימו ליישב את המחלוקת שביניהם בדרך אחרת, מחוץ לאולם המשפט. אולם לא כך התפתחו הדברים, והפרשה הגיעה אל בית המשפט.

משהגיעה הפרשה אל בית המשפט, היה עליו להתליט תחילה אם הוא מוכן לדון בה לגופו של עניין. העובדה שהפרשה עמוסה ברגש, ושהיא כרוכה בשאלות נכבדות וכבדות שמחוץ למשפט, אין בה כדי להכריע. בית המשפט מורגל בפרשות כאלה. השאלה הקובעת היא, אם היחסים שבין רותי ודני הם יחסים משפטיים.

א באופן עקרוני, אפשר כי בני-זוג יסכימו ביניהם להביא ילד לעולם, בדרך הטבע או בדרך אחרת, אך ההסכמה לא תגיע לכלל הסכם משפטי. במקרה כזה, אם אחד מבני הזוג יגיש תביעה לבית המשפט נגד בן הזוג השני, בטענה כי אינו מקיים את ההסכם, יהיה על בית המשפט לפסוק כי לתובע אין עילה משפטית או כי העניין אינו שפטי. התביעה תידחה, אף כי אפשר שלתובע נגרם אי-צדק, ואפשר אף שאין לו ישועה מתוך לבית המשפט. אך בית המשפט אינו אמור, ואף אינו מסוגל, להביא מרפא לכל מדווה.

ב אולם לא כך סבר בית המשפט בפרשת נחמני. הוא קיבל על עצמו לדון בתביעה ולהכריע בה לגוף העניין. משמע, הוא סבר כי העניין שפטי. אם כך, צריך בית המשפט להכריע בו לפי נורמה משפטית. אי-אפשר לומר בנשימה אחת כי העניין שפטי אך אין בנמצא נורמה משפטית להכריע בו, ולכן אפשר, בלית ברירה, לפנות אל הצדק. צריך להכריע בפרשה זאת, כמו בכל עניין שפטי, לפי הדין, ולעשות צדק במסגרת הדין.

ג אם כן, מהו הדין החל בפרשה זאת?

ד 4. אפשר שלא יהיו דין, חוק או הלכה, שייתנו תשובה מפורשת לעניין הנדון בבית המשפט. אך גם במצב כזה אין בית המשפט עומד תוהה ובוהה אל מול חלל נורמטיבי. אולם המשפט מלא נורמות משפטיות. גם אם אין נורמה מפורשת, שתחול על העניין הנדון, ודאי יש נורמה משתמעת. בית המשפט חייב לחפש את דרכו כדי להגיע אל נורמה זאת, ואם יש צורך בכך, להתאים אותה או לפתח אותה לפי הנדרש. תורת המשפט מנחה אותו בדרכו ונותנת בידו כלים כדי להגיע אל הדין, ואף לפתח את הדין מתוך הדין.

ה דרך המלך מותווית על-ידי חוק יסודות המשפט. וזו הדרך לפי סעיף 1 לחוק זה:

ו "ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר החקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

ז בדרך זו שומה על בית המשפט ללכת, מן החקיקה אל ההלכה, ואם לא מצא תשובה לא בזאת ולא בזאת, לעבור אל ההיקש, ואם אף שם לא נמצאה לו תשובה, להגיע אל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. מבחינה מעשית, ואולי אף מבחינה עיונית, אין להעלות על הדעת שלא תימצא לבית המשפט נורמה משפטית לאורך כל הדרך הזאת. מכל מקום, אין בית המשפט רשאי לומר, לפני שעשה דרך זאת לכל אורכה, כי אין בעניין הנדון נורמה משפטית, ולפיכך הוא רשאי לפסוק באותו עניין לפי הצדק.

ח ולא היה צריך לומר את הדברים, שהרי הם מן המפורסמות, אילולא נראה היה כי הם כמעט נשתכחו מלב אצל חלק מן השופטים בפרשת נחמני.

ט 5. בפרשת נחמני, אילו הלך בית המשפט בדרך המלך של חוק יסודות המשפט, לא יכול היה לדלג אל הצדק לפני שביורר היטב וקבע כי לא נמצאה לו תשובה לא בחקיקה

א ולא בפסיקה, אף לא בהיקש, ואפילו לא בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. אך היו שופטים שלא הלכו בדרך זאת, ולא נעצרו אף באחת מן התחנות שבדרך, אף לא בתחנה האחרונה, הלוא היא מורשת ישראל. אמנם היו שופטים שהשמיעו גם דברי תורה, לכיוון אחד ולכיוון הפוך. אלה ואלה דברי אלוהים חיים. אך הם לא הושמעו כדבר הלכה שמכריע את הדין, אלא רק כדי לשאוב מהם השראה, בבחינת תנא דמסייע.

ב האם המסקנה היא שאין בנמצא, לאורך כל הדרך הזאת, נורמה משפטית שתהיה בה תשובה לפרשת נחמני, עד שצריך לעשות קפיצת דרך ישר אל הצדק? לא. אף אין צורך להרחיק לכת בדרך זאת, בחיפוש אחר נורמה משפטית, עד מורשת ישראל, ואפילו לא עד ההיקש. פרשת נחמני זרועה נורמות משפטיות מן הצעד הראשון: תקנות מזה והסכם מזה; הזכות להיות הורה כנגד הזכות שלא להיות הורה; הסתמכות והשתק; ועוד. זהו הומר הגלם שבית המשפט משתמש בו מעשה שיגרה כדי לפתור מחלוקת ולבנות פסק-דין. צריך להשתמש בו גם בפרשה זאת. זו דרכו וזו חובתו של בית המשפט, עד שהוא מגיע אל השאלה אם הפתרון, העולה מן המשפט, גם עושה צדק.

ג השופט שטרסברג-כהן הלכה בדרך זאת כאשר כתבה את דעת הרוב בשלב הערעור של פרשת נחמני. לכן הצטרפתי אליה בדרכה, ויחד עמה הגעתי אל המסקנה כי הדין, קודם כול הדין, עם דני נחמני.

ד עכשיו קראתי את פסקי הדין בדיון הנוסף, שהפכו את דעת הרוב בערעור לדעת המיעוט בדיון זה. לא השתכנעתי. בראש ובראשונה, לא מצאתי בהם תשובות לבעיות המשפטיות המתעוררות בפרשה זאת, ומכל מקום לא מצאתי בהם תשובות טובות יותר מן התשובות שניתנו על-ידי השופט שטרסברג-כהן. אף לא השתכנעתי שהצדק מטה את הכף, על-אף הדין, לטובתה של רותי נחמני. לכן אני נשאר בדרך שבה הלכתי ודבק בתוצאה שאליה הגעתי.

ה דרכי קרובה, אך אינה זהה, לדרכה של השופטת שטרסברג-כהן. אציג אותה בקצרה: תחילה – המשפט; לאחר מכן – הצדק.

ו על המשפט

ז 6. דרך המשפט בפרשה זאת ארוכה וקשה. כדי להקל על ההתקדמות בה, אקדים ואציג את תוואי הדרך בקווים כלליים. אחר כך אציג אותה בפירוט קטע קטע.

ח תהליך ההפריה שבין רותי לדני התבצע על-ידי בית החולים לפי תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) (להלן – תקנות ההפריה). רותי ביקשה לקבל מבית החולים את הביציות המופרות כדי להמשיך בתהליך ולהשתיל אותן בפונדקאית. אך לפי התקנות אין די בהסכמת הבעל להפריה, אלא יש צורך בהסכמתו גם להשתלה. דני הודיע לבית החולים שהוא מסרב להשתלה. לכן סירב בית החולים לתת את הביציות לרותי. בליט ברירה תבעה רותי את דני בבית המשפט. השאלה המרכזית בתביעה

השופט י' זמיר

א הייתה, אם דני הסכים בשעתו גם להשתלה שתבצע אף אם רותי ודני ייפרדו זה מזה. התשובה, לדעתי, שלילית. שאלה נוספת היא, אם דני, אף שהוא מסרב להשתלה, מושתק מלטעון זאת. לדעתי אף התשובה לשאלה זאת שלילית. התוצאה היא, שאין בידי רותי עילה לחייב את דני בבית המשפט לתת הסכמה להשתלה או להימנע מהתנגדות להשתלה. אם כך, לפי הדין על בית המשפט לדחות את התביעה של רותי נגד דני, ובית החולים אינו רשאי לתת לרותי את הביציות המופרות, אלא אם וכאשר דני יסכים לכך.

עכשיו אפרט.

ב 7. הצעד הראשון בדרך המשפט מוביל אל החקיקה. הפריה חוץ-גופית מוסדרת כיום, באופן חלקי, על-ידי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). אך חוק זה, המסדיר הפריה חוץ-גופית באם נושאת (כלומר, בפונדקאית), לא היה קיים עדיין בעת שנתגלע הסכסוך בין רותי לבין דני, אף לא היה לפני בית המשפט שדן בסכסוך ביניהם, לא לפני בית המשפט המחוזי ואף לא בערעור לפני בית-משפט זה. עם זאת, יש לחוק זה נגיעה גם לסכסוך שבין רותי לדני, ובית-משפט זה אינו צריך להתעלם ממנו. אולם כל דבר בעתו, ולא אקדים את המאוחר.

ג 8. לפני חמש שנים לערך, כאשר רותי ודני החלו את תהליך ההפריה, הייתה ההפריה החוץ-גופית מוסדרת על-ידי תקנות ההפריה. תקנות אלה אינן מסדירות את היחסים בין בני-זוג המבקשים לבצע הפריה חוץ-גופית בבית-חולים, אלא את התפקיד של בית החולים בביצוע הפריה כזאת, לרבות היחסים בין בית החולים לבין בני הזוג. לפי תקנה 2(א) לתקנות אלה, אסור לבצע הפריה חוץ-גופית "אלא במתלקה מוכרת ובהתאם להוראות תקנות אלה". אין חולק על כך שהפריית הביציות של רותי בורעו של דני בוצעה על-ידי בית החולים אסותא לפי תקנות ההפריה.

ד במאמר מוסגר יאמר כי תקנות ההפריה, לפי הנוסח המקורי שלהן, קבעו (בתקנה 11) כי אין להשתיל ביצית מופרית אלא באישה שתהיה אם היילוד. לשון אחר, תקנות אלה אסרו השתלת ביצית בפונדקאית. אולם בית-משפט זה פסק כי הוראה זאת בטלה. ראו בג"צ 5087/94 [44]. משמע, תקנות ההפריה מסדירות הפריה חוץ-גופית גם לצורך השתלה בפונדקאית.

ה לפי תקנות ההפריה, רותי ודני לא היו יכולים להתחיל את תהליך ההפריה בבית החולים ללא הסכמה ביניהם. ההסכמה ניתנה כדת וכדין. אך שאלה היא, אם לפי תקנות אלה נדרשת ההסכמה רק בשלב הראשון של התהליך, הוא שלב ההפריה, או שמא היא נדרשת גם בשלב השני, הוא שלב ההשתלה. לשאלה זאת חשיבות מכרעת בפרשת נחמני, שהרי ברור כי דני נתן הסכמה להפריה, ואילו עכשיו הוא מתנגד להשתלה.

ו השאלה התעוררה לפני בית המשפט המחוזי שדן בפרשת נחמני. דני טען כי לפי התקנות נדרשת הסכמתו גם לצורך הושתלה של הביציות המופרות. היועץ המשפטי לממשלה, שהוזמן על-ידי בית המשפט להצטרף למשפט כצד המייצג את העניין הציבורי,

תמך בטענה של דני. אך בית המשפט המחוזי (השופט אריאל) פסק כי גם דני וגם היועץ המשפטי לממשלה טועים: לדעתו, התקנות קובעות כי באישה נשואה די בהסכמת הבעל להפריית הביצית, ואין צורך בהסכמה נוספת של הבעל להשתלת הביצית. ראו ה"פ (חי') 599/92.

א

אינני מסכים. אמנם לפי תקנה 3 לתקנות ההפריה, נטילת הביצית נעשית רק למטרה של הפריה חוץ-גופית והשתלתה לאחר ההפריה. מכאן אפשר להסיק כי מי שנתן הסכמה להפריה הסכים גם להשתלתה. אף-על-פי-כן, התקנות אינן מסתפקות בהסכמה להפריה עצמה בתחילת התהליך. התהליך של הולדת ילד בהפריה חוץ-גופית הינו מורכב ורגיש כל כך, עד שהתקנות מקפידות לדרוש הסכמה מודעת ומפורשת של הבעל לכל שלב ושלב בתהליך זה, ובכלל זה הסכמה להשתלתה. וכך קובעת תקנה 14 לתקנות:

ב

"(א) כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית כאמור בתקנה 2 תיעשה רק לאחר שהרופא האחראי הסביר לכל אחד מהנוגעים בדבר את משמעותה ואת התוצאות העשויות לנבוע ממנה, וקיבל הסכמה מודעת של כל אחד מהם בנפרד.

ג

(ב) כל פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית של אשה נשואה תיעשה רק לאחר קבלת הסכמתו של בעלה.

(ג) הסכמה לפי תקנות אלה -

ד

(1) לא תינתן לאדם מסויים או לעניין מסויים;

(2) תינתן בכתב ובנוכחות רופא ובלבד שהסכמת בני זוג נשואים תינתן על גבי מסמך אחד."

אם כן, עולה שלפי התקנות "כל פעולה" הכרוכה בהפריה חוץ-גופית "כאמור בתקנה 2 מחייבת" הסכמה מודעת" של הבעל, "על גבי מסמך אחד" (תקנה 14). ומהי פעולה הכרוכה בהפריה חוץ-גופית כאמור בתקנה 2? תקנה 2(א) משיבה לאמור:

ה

"לא יטול אדם ביצית מגופה של אשה, לא יפרה אותה, לא יקפיא ולא ישתיל ביצית מופרית בגופה של אשה, אלא במחלקה מוכרת ובהתאם להוראות תקנות אלה."

ו

אמור מעתה, הפריה חוץ-גופית מורכבת מפעולות אחדות, ובהן השתלת הביצית, וכל אחת מפעולות אלה צריכה הסכמה מודעת גם של הבעל.

9. אם כך, כיצד זה פסק בית המשפט המחוזי שדי בהסכמת הבעל לעצם ההפריה ואין יותר צורך בהסכמתו להשתלתה? בית המשפט המחוזי מבסס עצמו על תקנה 8(ב)(3) לתקנות. וזו לשונה:

ז

"היתה האשה שבה מתכוונים להשתיל את הביצית גרושה, והביצית הופרתה

* פ"מ תשנ"ד (1) 142, 153.

בזרעו של בעלה טרם גירושיה - תושלת בה הביצית רק לאחר קבלת הסכמת בעלה לשעבר".

א מכלל הן למד בית המשפט המחוזי על הלאו. לגבי אישה גרושה, ורק לגבי אישה גרושה, באה תקנה 8(ב)(3) ומתנה במפורש את ההשתלה בהסכמה של הבעל לשעבר. משמע, אומר בית המשפט המחוזי, אין צורך בהסכמה כזאת לגבי אישה נשואה. והוא הדבר החשוב בפרשה זאת: שהרי רותי ודני, אף שהם חיים בנפרד, עדיין הם נשואים זה לזה.

ב ולא היא. תקנה 14 דורשת הסכמת הבעל לכל פעולה לאורך כל התהליך. הדברים פשוטים וברורים. עם זאת, עדיין היה צורך להוסיף את תקנה 8, העוסקת בתהליך לגבי נשים שאינן נשואות: ריוקה (תקנה 8(ב)(1)), אלמנה (תקנה 8(ב)(2)) וגרושה (תקנה 8(ג)(3)). לגבי גרושה צריך היה להוסיף את תקנה 8(ב)(3), ולא היה אפשר להסתפק בתקנה 14, שכן תקנה 14 דורשת את הסכמת הבעל, ואילו תקנה 8(ב)(3) באה להוסיף את ההסכמה של הבעל לשעבר.

ג בית המשפט המחוזי מציג את הבעל כאילו יצא מן התמונה לאחר ההפרייה: הבעל עשה את שלו, הבעל יכול ללכת. ומה לו כי יתערב בשלב ההשתלה ויבקש למנוע את המשך התהליך? לא זו בלבד. בית המשפט המחוזי מוסיף ואומר כי -

ד "טמונה סכנה בעמדה שתחייב הסכמה נוספת של הבעל במקרים של סכסוך ביניהם (לרבות סכסוך לפני גירושין), שכן הדבר מקנה עדיפות לבעל ועשוי להביא לקיפוח משמעותי של האשה...
...ההסכמה היא חד-פעמית ואינה ניתנת לשינוי לפי רצון זמני זה או אחר".

ה אולם לפי התקנות הבעל נשאר בתמונה. כך יוצא לא רק מתקנה 14, הדורשת הסכמת הבעל לכל פעולה, אלא גם מתקנה 9. תקנה זאת קובעת לאמור:

"(א) ביצית, לרבות ביצית מופרית, תוקפא לתקופה שלא תעלה על חמש שנים.

ו (ב) נתקבלה בקשה בכתב להארכת תקופת ההקפאה, חתומה בידי האשה שמגופה ניטלה ובעלה, ומאושרת בחתימתו של הרופא האתראי, רשאי בית החולים להאריך את תקופת ההקפאה בחמש שנים נוספות".

ז אם כן, ברור כי לפי התקנות הסכמת הבעל (לפי תקנה 14(ג)) - הסכמה בכתב ובנוכחות רופא) נדרשת, לצורך המשך התהליך, חמש שנים לאחר הקפאת הביצית. היא נדרשת אפילו לצורך המשך ההקפאה. האם סביר לומר שהיא לא נדרשת לצורך ההשתלה? היא נדרשת גם כאשר בני הזוג חיים יחד בשלום. האם סביר לומר שהיא לא נדרשת כאשר בני הזוג חיים בנפרד ואין שלום ביניהם? שוו בנפשכם: במשך חמש שנים לאחר ההקפאה, הבעל כאילו אינו קיים, בחינת צל רפאים, והאישה רשאית ליטול את הביציות מבית

* שס, בעמ' 154-155.

החולים על דעת עצמה כדי להשתיל אותן באישה אחרת לפי בחירתה; אך רק תלפו השנים, ושוב הבעל געשה גברא רבא, ואי־אפשר אפילו להאריך את תקופת ההקפאה של הביציות ללא הסכמתו? אין בכך היגיון. אכן, לדעתי אין לומר כי הבעל עשה את שלו, כאשר נתן מורעו לצורך הפריית הביצית, ועכשיו הוא יכול ללכת. אמירה כזאת אינה מתיישבת עם התקנות, אינה הולמת את רעיון השיתוף בהולדת ילדים, ואינה צודקת כלפי הבעל.

א

10. השאלה אם הבעל חייב לתת הסכמה להשתלה קיבלה תשובה, זה מקרוב, גם בחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד). חוק זה מסדיר השתלת ביציות מופרות באם נושאת, קרי, פונדקאית. מבחינה זאת החוק נוגע לפרשה שלפנינו, שהרי הפריית הביציות של רותי בזרעו של דני נעשתה לצורך השתלת הביציות בפונדקאית. החוק נחקק רק לאחר ההפריה, ואין להחיל אותו למפרע על ההפריה שנעשתה בפרשה זאת. עם זאת, החוק מאפשר עכשיו, לראשונה, לבצע השתלה של הביציות המופרות בישראל. זוהי, כנראה, אפשרות מבחינתה של רותי בשל טעמים שונים, ובין היתר משום שהמכון בארצות־הברית, שעמו התקשרו רותי ודני בשעתו, דורש לצורך השתלה את ההסכמה של שניהם. אולם ההשתלה בישראל, לפי חוק זה, לא תוכל להתבצע (לפי סעיף 7) אלא, בין השאר, על יסוד הסכם לנשיאת עוברים שנערך ואושר לפי חוק זה. החוק מציב דרישות שונות להסכם כזה עד שיאושר. בין השאר, חייב (לפי סעיף 2) להיערך "הסכם בכתב" בין האם הנושאת לבין ההורים המיועדים, כלומר, יש צורך בחתימתו של הבעל על ההסכם, וזאת (לפי סעיף 5) בפני ועדת אישורים מיוחדת, מרצון הופשי ומתוך הבנת המשמעות והתוצאות של ההסכמה.

ב

ג

ד

אין אני מביא דברים אלה כדי לומר שמבחינה מעשית רותי לא תוכל לבצע את ההשתלה בישראל בהיעדר הסכמה של דני לפי חוק זה, אלא כדי להצביע על מדיניות החוק, ועכשיו גם המדיניות של המחוקק הראשי ולא רק המדיניות של מחוקק המשנה. לפי מדיניות זאת, נדרשת הסכמה מפורשת ומודעת של הבעל להשתלה, לרבות ההות של הפונדקאית. אין זה מתיישב עם מדיניות החוק שרותי תוכל לקבל את הביציות המופרות ולמסור אותן להשתלה בפונדקאית שתמצא, ללא הסכמה של דני.

ה

בית המשפט שואף ליצור הרמוניה במערכת המשפט. זהו קו מנחה בפרשנות החקיקה. הפרשנות משתדלת למנוע סתירה בין חוק לחוק או בין חוק לתקנה. לפיכך, אם החוק החדש מצריך הסכמה של הבעל להשתלה, אין זה רצוי לפרש את התקנות (או לפתח את המשפט) באופן הפוטר מן הצורך בהסכמת הבעל.

ו

במאמר מוסגר אני מבקש להעלות גם את השאלה, אם לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד) מותר לאישה לבצע הפריה חוץ־גופית בישראל ולאחר מכן לבצע את ההשתלה של הביציות המופרות בפונדקאית מחוץ לישראל, שלא לפי תנאי החוק. סעיף 7 לחוק קובע כי "לא תבוצע הפריה חוץ־גופית והשתלת ביציות מופרית אלא במחלקה מוכרת ועל יסוד הסכם לנשיאת עוברים שאושר כאמור". לפי לשון החוק נראה, אם כן, כי אין לבצע אף את השלב הראשון של הפריה חוץ־גופית

ז

א לא על יסוד הסכם לפי החוק, והזווק, כאמור, קובע תנאים שונים להסכם כזה: הסכמת הבעל לביצוע ההשתלה, באישה מסוימת, שתהיה בת דתה של האישה המיועדת, בתנאי שלא יהיו בהסכם תנאים הפוגעים בזכויות הילד שייוולד, ועוד. ומכאן השאלה: האומנם רשאית האם המיועדת לבצע הפרייה חוץ-גופית בישראל ולאחר מכן, באמצעות השתלה מחוץ לישראל, לעקוף את כל התנאים שהחוק קובע לצורך השתלה? אולם שאלה זאת לא נדונה לפנינו, ולכן יש להשאיר אותה בצריך עיון. לצורך הפרשה שלפנינו, די לי לחזור ולציין כי החוק החדש אינו מרשה ביצוע השתלה ללא הסכמה מודעת של הבעל להשתלה באישה מסוימת.

ב 11. בית החולים אסותא נתבע על-ידי רותי למסור לה את הביציות המופרות בורעו של דני לצורך השתלה בפונדקאית. אולם, כאמור, הוצאת הביציות מידי בית החולים לצורך השתלה היא, לפי התקנות, פעולה הצריכה הסכמה של דני. בהיעדר הסכמה אסור היה לבית החולים למסור את הביציות לרותי. לכן הוא סירב. והדין עמו.

ג לא זו בלבד. הצורך בהסכמה של דני לביצוע ההשתלה נובע לא רק מן התקנות אלא גם מן המשפט הפרטי. הכיצד? משום שהביציות המופרות אינן שייכות לא לרותי לבדה ולא לדני לבדו. שהרי כל אחד מהם נתן מעצמו לבית החולים ליצירת הביציות המופרות. בית החולים קיבל את הביציות מרותי ואת הורע מדני לפי הסכם בין רותי ודני מזה לבין בית החולים מזה. לפי הסכם זה אין בית החולים רשאי למסור את הביציות לאחד נגד רצון האחר. נניח, לדוגמה, כי דני היה מקדים את רותי ופונה ראשון לבית החולים כדי לקבל את הביציות לצורך כלשהו: אם כדי להעביר אותן להשתלה על דעתו בלבד, אם כדי להשמיד אותן ואם לצורך אחר. ברור, לדעתי, כי בית החולים לא היה רשאי, ולו רק בגלל ההסכם המשולש שבין רותי, דני ובית החולים, למסור אותן לדני בניגוד לרצונה של רותי.

ה מכל מקום, בין לפי התקנות ובין לפי ההסכם, רותי אינה יכולה לקבל את הביציות המופרות מבית החולים ללא הסכמה של דני, ודני מסרב. אין לה ברירה: עליה להציג לפני בית החולים הסכמה של דני או, לחלופין, פסק-דין הפוטר אותה, או את בית החולים, מן הצורך בהסכמה. לכן הגישה רותי את התביעה נגד דני ונגד בית החולים בבית המשפט המחוזי. בפועל התביעה אינה נגד בית החולים, שהתקנות מזה וההסכם עם בני הזוג מזה מונעים בעדו למסור את הביציות ללא הסכמה של דני, ולכן בית החולים הינו בפועל רק נתבע פורמאלי. מטעם זה התביעה אינה מבוססת על תקנות ההפרייה. תקנות אלה מצויות רק ברקע כהסבר לתביעה: הן שהייבו את רותי לתבוע את דני. התביעה האמיתית היא נגד דני, כדי לקבוע שהוא הסכים או לחייב אותו להסכים, ותביעה זאת אינה מתבססת על תקנות ההפרייה, אלא על מערכת היחסים שבין רותי לבין דני: האם במערכת היחסים שבינו לבינה יש לרותי עילת תביעה נגד דני?

12. קודם כול, האם הזכות להורות מצמיחה לרותי עילת תביעה נגד דני? לרותי יש זכות להיות הורה. אין מי שחולק על כך. הזכות להיות הורה היא זכות יסוד. אין על כך מחלוקת. אך אין די בכך. שהרי הזכות להיות הורה, לפי טיבה, היא חירות, כלומר,

זכות שלילית. לכן, הזכות להיות הורה אינה מספיקה כדי לבסס בבית-משפט תביעה של אישה נגד בעלה, או נגד איש אחר, שיעשה מעשה כדי להוציא את הזכות מן הכוח אל הפועל. בית המשפט רשאי לחייב איש מסוים לעשות מעשה לצורך מימוש ההורות של אישה מסוימת רק אם מוטלת חובה על אותו איש כלפי אותה אישה: חובה מכוח חוק, מכוח הסכם או מכוח מקור משפטי אחר. אמור מעתה, כדי לחייב את דני כלפי רותי, אין די בכך שיש לרותי זכות כלפי כולי עלמא, אלא צריך שתהיה לה גם עילת תביעה כלפי דני.

א

אכן, שאלה יפה וקשה היא, עד כמה חשובה הזכות להיות הורה, ואם היא חשובה יותר מן הזכות שלא להיות הורה. אך, לדעתי, אין לה משמעות במסגרת התביעה של רותי נגד דני. לצורך תביעה זאת אפשר להניח כי הזכות של רותי להיות הורה חשובה הרבה יותר מן הזכות של דני שלא להיות הורה. עדיין אין בכך כדי להטיל חובה על דני לעשות מעשה שיאפשר לרותי לממש את הזכות להורות.

ב

דמו בנפשכם שפלוגי תובע כסף מפלמוני בשם הזכות לחיים. פלוגי לא יצליח בתביעה, אף שזכותו לחיים חשובה עשרת מונים מזכותו של פלמוני לכסף, אלא אם יוכח שמוטלת על פלמוני חובה משפטית לתת כסף לפלוגי.

ג

בהתאם לכך, כדי שרותי תזכה בתביעה שהגישה לבית המשפט, צריך שתהיה לה עילת תביעה נגד דני. אין לה עילת תביעה בחקיקה, שהרי אין חיקוק המטיל על דני חובה לתת הסכמה להשתלה. מכאן השאלה אם יש לה עילת תביעה נגד דני מכוח הסכם.

ד

13. שאלה מקדמית היא, אם הסכם בין בעל ואישה, בדבר השתלה של ביצית מופרית בפונדקאית, הוא הסכם משפטי, שיש בכוחו להטיל על הבעל חובה משפטית. יש דעה כי הסכמים בין בני-זוג במהלך חייהם המשותפים אינם הסכמים משפטיים. אכן, יכול להיות כך, אך לא בהכרח כך. הדבר תלוי בנסיבות של כל מקרה. אין ספק כי הסכמים עסקיים בין בני-זוג יכולים להיות חושים לכל עניין ודבר. ולא רק הסכמים כאלה. המשפט מכיר בתביעה חווית על הפרת הבטחה לנישואין. מדוע, אם כן, שלא יכיר בהסכמים אחרים שבין בני-זוג, לפי העניין והנסיבות של כל מקרה?

ה

במקרה זה, לדעתי, הנסיבות מלמדות כי ההסכם שנערך בין רותי לבין דני הוא הסכם משפטי. תקנה 14 לתקנות ההפרייה דורשת "הסכמה מודעת" של כל אחד מבני הזוג, "לאחר שהרופא האחראי הסביר לכל אחד מהנוגעים בדבר את משמעותה ואת התוצאות העשויות לנבוע ממנה", והיא מוסיפה וקובעת כי ההסכמה "תינתן בכתב ובנוכחות רופא ובלבד שהסכמת בני זוג נשואים תינתן על גבי מסמך אחד". זוהי, אפשר לומר, הסכמה חזקה, כמו בחוזה שהחוק קובע כי הוא טעון מסמך בכתב. ואף יותר מכך: כמו בחוזה שצריך לחתום עליו לפני גוטריון. מכל מקום, אין ספק כי יש להסכמה זאת תוצאה משפטית במישור היחסים שבין בני הזוג לבין בית החולים: על יסוד הסכמה זאת רשאי בית החולים לבצע את ההפרייה. לדעתי יש להסכמה זאת תוצאה משפטית גם במישור היחסים שבין בני הזוג לבין עצמם. בני הזוג הסכימו ביניהם על שיתוף פעולה בתהליך ההפרייה כבר לפני שבאו לחתום על המסמך בנוכחות הרופא.

ו

ז

אפשר שההסכמה של בני הזוג בשלב זה עדיין לא התגבשה כדי הסכם משפטי. אולם לדעתי ברור כי, לכל המאוחר, כאשר ההסכמה של בני הזוג באה לידי ביטוי בהתיימה של שניהם על גבי מסמך אחד, לאחר שקיבלו מן הרופא הסבר על המשמעות והתוצאות העשויות לנבוע מן ההסכמה, נוצר ביניהם הסכם משפטי. הסכם זה הוא חוזה. אפשר לקרוא לו, כפי שהשופט שטרסברג-כהן קוראת לו, חוזה רופא. אפשר גם לקרוא לו, כפי שאני מעדיף, חוזה מיוחד. כך או כך, ההסכמה של רותי ודני על גבי המסמך יוצרת חוזה, לא רק בין רותי ודני לבין בית החולים, אלא גם, לדעתי, בין רותי לבין דני. זהו חוזה שנחתם לאחר שיקול-דעת ממשי, מתוך מחויבות אמיתית ובפורמאליות שלא הותירה מקום לספק ברצינות המעמד: על יסוד החוזה קיבל על עצמו כל אחד מן הצדדים לעבור טיפול רפואי ושניהם יחד חתמו על הסכם מקדמי עם מוסד בארצות-הברית לביצוע השתלה בפונדקאית. איני רואה סיבה לשלול מן ההסכמה ההדדית של רותי ודני תוקף משפטי. אם דני היה חוזר בו מן ההסכמה לאחר נטילת הביציות מרותי, ולפני ההפריה, האם לא היה בידי רותי לתבוע ממנו פיצויים על הסבל שגרם לה?

14. המסקנה היא שאין חלל משפטי ביחסים שבין רותי לבין דני. לפיכך גם אין מקום ללכת בדרכו של השופט טל, כלומר, פיתוח המשפט על-ידי בית המשפט כדי ליצור נורמה משפטית ביחסים שבין רותי לבין דני. הנורמה כבר קיימת והיא ממלאת את החלל: ההסכם ביניהם הוא המשפט. אם כך, כיצד זה נכנס בית המשפט לתחום אינטימי זה ברגל גסה, וקובע בעצמו כללים משפטיים המסדירים את היחסים שבין בני הזוג כפי שנראה לבית המשפט, תוך התעלמות מן ההסכם, ואולי אף בניגוד להסכם שבין בני הזוג? האינטימיות של התחום והאוטונומיה של בני הזוג דורשות שהיחסים ביניהם יוסדרו, ככל שניתן, בהסכמה בינם לבין עצמם, ללא מעורבות של גורם חיצוני, יאה זה המחוקק או בית המשפט. לכן עדיף לתת תוקף משפטי להסכם שבין בני הזוג מאשר לקבוע בעבורם הסדר המתעלם מן ההסכם. ואפילו אם ההסכם שבין בני הזוג חסר תוקף משפטי, אף זה משפט, שכן פירוש הדבר הוא כי הם רצו שהיחסים ביניהם יוסדרו מחוץ לתחום המשפט. אם כך, מדוע זה יבוא בית המשפט ויעמיד את רצונו במקום רצונם?

15. כיוון שההסכמה שבין רותי לדני בעניין ההפריה, כפי שבאה לידי ביטוי במסמך שנחתם על-ידי שניהם, יצרה הסכם בעל תוקף משפטי, השאלה היא אם יש לרותי עילת תביעה נגד דני מכוח ההסכם.

דני ורותי הסכימו ביניהם לשתף פעולה בתהליך של הפריה חוץ-גופית. דני הסכים, ללא ספק, להפריית הביצית של רותי בזרע שלו. אולם, לפי תקנה 14 לתקנות ההפריה, אין די בהסכמה כזאת. יש צורך בהסכמת הבעל לכל פעולה הכרוכה בהפריה, ובכלל זה להשתלה. מכאן השאלה אם דני הסכים גם להשתלה.

השאלה אם הסכמה לתהליך של הפריה חוץ-גופית, לפי תקנות ההפריה, כוללת גם הסכמה להשתלה, תלויה בנסיבות המקרה, לרבות לשון ההסכמה. במקרה הרגיל אפשר

להניח כי הסכמה של בעל להפריה חוץ-גופית מתייחסת לכל הפעולות הכרוכות בהפריה, לרבות ההשתלה, שהרי זאת תכלית ההפריה. אכן, כך היה במקרה שלפנינו. אין מחלוקת על כך שההסכמה של דני, שעה שניתנה, ובנסיבות של אותה שעה, כלומר בנסיבות של חיי שיתוף בין רותי לבין דני, לא הוגבלה לשלב ההפריה, אלא השתרעה על התהליך כולו, לרבות שלב ההשתלה.

א

עם זאת, גם הסכמה לכל התהליך יכולה להיות מסויגת. אכן, זו הטענה של דני כלפי רותי: שההסכמה שלו, אף שהשתרעה על כל התהליך, הייתה מסויגת. ומהו הסייג? שדני מסכים להתחיל את התהליך, ולהמשיך בו עד שיסתיים, אך זאת בתנאי שהוא ורותי ימשיכו לחיות במסגרת משפחה אחת. אם, לעומת זאת, יתהפך הגלגל והמשפחה תתפרק, תפקע ההסכמה מאליה.

ב

תנאי כזה יכול להיקבע בהסכם בלשון מפורשת. נניח שתנאי כזה נקבע בלשון מפורשת בהסכם שבין בני-זוג שעה שחתמו על ההסכמה להפריה. במקרה כזה, אם התנאי התקיים לאחר ההפריה והבעל מודיע כי הסכמתו פקעה, אין לאישה עילת תביעה נגד הבעל, ולבית החולים אין הסכמה, כנדרש, לפי התקנות, לצורך הפריה.

ג

בהסכם שבין רותי לבין דני לא נכלל תנאי מפורש כזה. אולם תנאי כזה אינו חייב להיות מפורש. הוא יכול גם להיות משתמע. כדי לקבוע אם קיים תנאי משתמע, צריך לפרש את ההסכם. הפירוש צריך להיעשות, בהתאם לסעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתקפת מתוך ההסכם שביניהם, ואם אינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות. וכאן נחלקות הדעות בין השופטות שטרסברג-כהן לבין השופט טל. השופטות שטרסברג-כהן מסתמכות על דברים שנרשמו בפרוטוקול מפי רותי ודני כדי לקבוע שלא הייתה ביניהם הסכמה לגבי המשך התהליך אם וכאשר ייפרדו זה מזה. לעומתה אומר השופט טל כי אין לדעת בוודאות מה סברו רותי ודני בתחילת התהליך לגבי האפשרות שייפרדו זה מזה לפני שהתהליך יושלם. כיוון שכך, הוא מתחקה אחר הכוונה המשוערת של רותי ודני, ואף מוכן, לחלופין, להעניק להסכם כוונה מיוחסת. כך או כך, הוא מגיע למסקנה שכוונת הצדדים הייתה, שגם במקרה של פיירוד ביניהם, לא תהיה לדני זכות לעכב את המשך התהליך.

ד

ה

אני חולק על מסקנה זאת. לדעתי, הניסיון האנושי והשכל הישר אומרים שאילו נשאל דני לפני תחילת התהליך, אם הוא יהיה מוכן להמשיך ולהשלים את התהליך ההולדה בכל מקרה וללא כל תנאי, ואפילו יתגלו לו עובדות חדשות או יתרחשו נסיבות חדשות, תשובתו הייתה שלילית. שהרי ניתן לתאר נסיבות חדשות, שבהן הולדת הילד או גידול הילד יהיו קשים ביותר, לילד או להורים. למשל, אם נרחיק עדותנו, אפשר לתאר שיתגלו לפתע עובדות חדשות המעוררות חשש ממשי כי הילד שייולד יהיה לוקה בפגם גנטי קשה; או אפשר שאחד מבני הזוג יגלה לפתע פרטים חדשים לגבי בן הזוג האחר, שאילו היו ידועים מראש היו מונעים באופן מוחלט כל קשר ביניהם. האם גם במקרים כאלה ההסכמה להפריה גוררת בהכרח, ללא דרך חזרה, גם הסכמה להשתלה? ואפילו אם ההסכמה להפריה הושגה במירמה? אך אין צורך להרחיק עדותנו. נניח שלפני

ו

ז

א תחילת התהליך נשאל דני לאמור: אם בעיצומו של התהליך, ולפני השתלת הביצית, יתגלע סכסוך קשה בינך לבין רותי, שיוביל אתכם לפירוד מוחלט ולשנאה קשה, האם גם במצב כזה תסכים להשתלת הביצית, שתעשה אותך ואת רותי הורים לילד משותף? לדעתי, התשובה של דני, כאדם סביר, הייתה ניתנת בשלילה, ואילו נשאל לפני תחילת התהליך כך: נניח כי לאחר שתיפוד מרותי, בעקבות סכסוך קשה כזה, תקים לעצמך משפחה חדשה ואף ייולד לך ילד מבת הזוג החדשה. האם על-אף כל זאת תסכים להשתלת הביצית? ושוב, לדעתי, התשובה של דני הייתה: לא ולא.

ב יתרה מזאת. אפילו נותר ספק לגבי התשובה של דני, אין בכך כדי לקיים את הדרישה להסכמה, לא לפי התקנות ואף לא לפי ההסכם. לפי ההסכם נדרשת הסכמה להשתלה, גם במקרה של פירוד בין בני הזוג, וספק הסכמה אינה הסכמה. ולפי התקנות נדרשת "הסכמה מודעת" לכל פעולה הכרוכה בהפרייה, ובכלל זה לפעולת ההשתלה, לאחר שהרופא האחראי הסביר לכל אחד מהנוגעים בדבר "את משמעותה ואת התוצאות העשויות לנבוע ממנה". ספק אינו מספיק: דרושה הסכמה מודעת. לפי הראיות אין יסוד לומר כי דני נתן בתחילת התהליך "הסכמה מודעת" לפעולת ההשתלה, לאחר הסבר כנדרש, מתוך הבנת המשמעות והתוצאות הנובעות מן ההסכמה, גם במצב של פירוד בין בני הזוג.

ג אם כן, אין אפילו צורך לברר מה היה אומד דעתה של רותי, בתחילת התהליך, לגבי המשך התהליך במקרה של פירוד. נניח שהיא סברה ורצתה כי התהליך ימשך גם במקרה של פירוד. נרחיק לכת ונניח שהיא לא הייתה מסכימה להתחיל בתהליך אילו סברה כי במקרה של פירוד התהליך ייעצר. אין בכך כדי לשנות. כך הדבר משום שאין די בהסכמה של אחד מבני הזוג, אלא יש צורך גם בהסכמה של בן הזוג השני. כך הדבר לפי תקנות ההפרייה: בית החולים אינו רשאי לעשות כל פעולה בביציות לפי בקשת האישה אלא אם נתונה לו גם הסכמת הבעל לאותה פעולה. וכך הדבר גם לצורך ההתדיינות בבית המשפט: כדי שרותי תצליח בתביעתה נגד דני נדרשת, כמו בכל חווה, הסכמה של שני הצדדים. בהיעדר הסכמה של דני להשתלה, וכאמור הסכמה כזאת לא הוכחה, אף לא לפי אומד דעתם של הצדדים, אין לרותי עילת תביעה נגד דני. בהיעדר עילה קורסת התביעה. אם כן, לפי הדין על בית המשפט לדחות את התביעה של רותי נגד דני ככל שהיא מסתמכת על ההסכם שביניהם.

ד 16. לא נותרה לרותי, במישור המשפטי, אלא טענה אחת נגד דני: שהוא מושתק מלטעון כי אינו מסכים להשתלה. אמנם בדרך כלל ההשתק משמש לצורך הגנה ולא לצורך תביעה: מגן ולא חרב. אך ההשתק התפתח במדינות אחדות, כך שאפשר להשתמש בו, גם אם הדבר נדיר, אף כעילת תביעה, וייתכן שכך אפשר גם בישראל. אם כך, ולפחות לצורך הדיון, אין לשלול מרותי את האפשרות להעלות את ההשתק כעילת תביעה נגד דני, כלומר, לטעון שדני חייב מכוח ההשתק לתת הסכמתו להשתלה על-אף הפירוד.

טענת ההשתק נבדקה הן על-ידי השופטת שטרסברג-כהן והן על-ידי השופט טל. דעתה של השופטת שטרסברג-כהן נראית לי מדעית של השופט טל. ואסביר בקצרה.

טענת ההשתק מתבססת על מצג. מי שטוען להשתק חייב להוכיח כי היה מצג של אחר, כי הוא סמך באופן סביר על המצג, כי הוא עשה מעשה על יסוד אותו מצג וכתוצאה שינה את מצבו לרעה. האם התקיימו יסודות ההשתק בפרשה שלפנינו? על רותי להוכיח כי דני הציג לפניה מצג לפיו יימשך תהליך ההפריה, ובכלל זה ההשתלה, גם אם הם ייפרדו זה מזה. האם הוכח מצג כזה מצד דני? לדעתי, הנסיבות והשיקולים המובילים למסקנה שלא הייתה הסכמה מצד דני להמשך התהליך במקרה של פירוד, מובילים גם למסקנה שלא היה מצג כזה. אכן, השופט שטרסברג כהן אומרת, על יסוד בדיקה של הראיות, כי לא הונחה לפני בית המשפט תשתית של עובדות אשר ממנה ניתן להסיק כי דני עשה מעשה או אמר דבר שמהם יכולה הייתה רותי להבין שפירוד לא יפגע בתהליך. יתרה מזאת, אף אין תשתית של עובדות שממנה ניתן להסיק כי רותי עשתה מה שעשתה. על יסוד מצג של דני, וכי אילו הייתה מודעת לאפשרות שפירוד יפסיק את תהליך ההפריה, היא לא הייתה מתחילה כלל בתהליך. אכן, הדעת נותנת שרותי ודני לא חשבו על השאלה של המשך התהליך במקרה של פירוד, או, למצער, לא חשבו על כך כאפשרות ממשית. אם כך הרי, כעניין שבעובדה, לא היה מצג מזה ולא הייתה הסתמכות מזה. מכל מקום, לא הוכחו המצג וההסתמכות כנדרש, אף לא כטענת הגנה, ובוודאי שלא כעילת תביעה. המסקנה היא, לדעתי, כי אין בכוחו של ההשתק, בנסיבות המקרה, לבוא במקום ההסכמה הנדרשת לפי הדין.

סוף פסק: תהא הזכות של רותי להורות חשובה ככל שתהא, ויהא צערה גדול ככל שיהא, לפי הדין אין לרותי עילת תביעה נגד דני.

והצדק מה יהא עליו?

על הצדק

17. המיתולוגיה היוונית תיארה את הצדק כאלה, ניצבת על פן, ועיניה מכוסות. תיאור זה, אף אם היה יפה לימים ההם, אינו מתאים לזמן הזה. אני מדמה לעצמי את הצדק כאדם המחפש את הדרך הראויה, נע ונד, בעיניים פקוחות. הוא עומד לפני יער עבות של כללי משפט לאין ספור, שעוברת בו דרך המלך, אך ממנה מסתעפים גם דרכי משנה, שבילים ומשעולים צרים. עליו לעבור את היער כדי להגיע אל מחוז הפצו: משפט צדק, כדי להגיע לשם, הוא מוכן לסטות מדרך המלך, לחפש דרך אחרת וללכת גם במשעולים צרים. אך הוא אינו יכול לעשות קפיצת הדרך, בלי לעבור ביער, ישר אל מחוז הפצו.

בפרשה זאת לא ניסיתי לעשות קפיצת הדרך. הלכתי בדרך המלך, אף שהיא דרך מייגעת, והגעתי לתוצאה זאת: בין רותי לדני, הדין עם דני. אני מניח שניתן היה לבחור דרך אחרת בין דרכי המשפט, ואולי אף להגיע באותה דרך לתוצאה אחרת. אולם, וזה העיקר בעיניי, בית המשפט צריך ללכת בדרך מדרכי המשפט. אני מודה שאילו ראיתי כי הדרך מובילה אותי לתוצאה של אי-צדק, הייתי עוצר בדרכי ומחפש דרך אחרת, בתוך הסבך של כללי המשפט, שאולי תוביל אותי אל תוצאה של צדק. יתרה מזאת: גם בסוף הדרך אני עדיין מוכן ומזומן לבדוק ולראות אם הגעתי לתוצאה

שאינה צודקת. שאם כן, אני מוכן לחזור על עקביי ולעשות שוב את דרכי מלכתחילה בניסיון להגיע לתוצאה צודקת יותר. אולם, האם באמת, בתוצאה שאליה הגעתי, לא עשיתי משפט צדק?

א

לאיש אין מונופול על הצדק. וכבר אמר מי שאמר כי צדק לאחד הוא עוול לאחר. השופט שטרסברג-כהן מראה כמה צורות וגוונים יש לצדק. לא פחות מדרכים במשפט. במשפט, לכל הפחות, יש כללים קודמים, ואף אם לעתים הם מעורפלים וגמישים, יש בהם מידה רבה של אובייקטיביות. הצדק, לעומת זאת, הוא שדה פרוץ, שכל אחד הולך בו בכיוון שנראה לו, בעיניים סובייקטיביות, בלא סימני דרך ובלא תמרורים. הכיוון שנראה לי שונה מן הכיוון שנראה לחגריי. האם המסקנה היא שהם צודקים?

ב

לפני חמש מאות שנים לערך ביקש הלורד צ'נסלור של אנגליה להשתחרר מן הנוקשות של המשפט המקובל, שגרמה לא פעם לאי-צדק, ופנה לדרך חדשה: האקוויטי. הוא קיבל על עצמו לפסוק בכל מקרה לפי חוש הצדק, ומה אמרו עליו? שהצדק תלוי באורך כף רגלו של הלורד צ'נסלור. לזה אורך כזה ולזה אורך אחר. ומי מן השופטים מוכן להצהיר שכף רגלו היא, ורק היא, באורך הנכון?

ג

כמובן, אין פירוש הדבר כי משום כך בית המשפט רשאי להתעלם מן הצדק. להפך: בית המשפט חייב לשקול את הצדק בכל מקרה ומקרה. אך הוא חייב לשקול את הצדק, כביכול, במאזניים של משפט. רק כך ניתן לעשות משפט צדק.

ד

18. גם כאשר בית המשפט שוקל את הצדק, כשהוא לעצמו, צריך לשים אותו על מאזניים, שכן בצדק עצמו יש יסודות שונים ואף כיוונים סותרים, ושאלה היא מה שוקל יותר, בדרך כלל או במקרה מסוים.

ה

תחילה יש להבחין בין צדק כללי לבין צדק אישי. הצדק הכללי אומר כי אפשר שפירוש או יישום של כלל משפטי מסוים בדרך מסוימת לא יוביל לתוצאה צודקת בסוג של מקרים, ולכן יש להעדיף פירוש או יישום בדרך אחרת. ואילו הצדק האישי אומר כי הפירוש או היישום של הכלל המשפטי בדרך מסוימת יגרמו אי-צדק בנסיבות המיוחדות של מקרה מסוים, ולכן יש לבחור בדרך אחרת. אולם הצדק הכללי והצדק האישי לא הולכים בהכרח באותה דרך. אפשר שהדרך המובילה אל הצדק הכללי תגרום אי-צדק במקרה האישי. ולהפך. במקרה כזה, שאלה היא מה גובר: הצדק הכללי או הצדק האישי?

ו

לדעתי, אין זה ראוי שבית המשפט יעשה צדק במקרה הקונקרטי שלפניו, לפני שהוא בדיק וקבע מה דורש הצדק הכללי באותו מקרה. רק לאחר מכן בית המשפט יכול וצריך לשקול את הצדק האישי, הוא הצדק של אותו אדם שבית-משפט נדרש להתחילט בעניינו, כנגד הצדק הכללי, הוא הצדק של רבים אחרים העשויים להיות מושפעים מהחלטת בית המשפט. בדרך כלל, כאשר יש ניגוד בין הפרט לבין הציבור, ואין דרך ליישב ביניהם, ידו של הציבור על העליונה. אחרי רבים להטות. אין זה צודק לעשות צדק במקרה אחד אם כתוצאה ייגרם אי-צדק במקרים רבים. כמובן, גם לכלל זה יש חריגים, לפי הנסיבות והשיקולים של כל מקרה. אך, מכל מקום, ויהא המקרה אשר

ז

יהא, אין זה ראוי, לדעתי, להכריע לטובת הצדק האישי בלי לברר קודם מה אומר הצדק הכללי.

19. ומה אומר הצדק הכללי? בניסיון להגיע אל הצדק הכללי יש לקחת בחשבון את ערכי החברה, לרבות ערכים שמחוץ למשפט. הצדק הוא אחד הערכים, ודרושה הרמוניה בין כל הערכים. בין הערכים יש לציין, בהקשר זה, את העיקרון שהולדת ילדים היא עניין לאוטונומיה של הפרט או, ליתר דיוק, של בני הזוג. הם, ולא אחרים, צריכים לפעול בתחום זה מתוך הסכמה ומתוך שוויון. ויש בכך טעם למנוע כפיית הרצון של בני-זוג אחד על בני-זוג אחר, או העדפת הרצון של האחד על הרצון של האחר, באמצעות גורם ממלכתי. אם אתרע המזל ואין עוד הסכמה בין בני הזוג, נשמט הבסיס להמשך התהליך. וכך קרה גם כאן: התבילה התפרדה. הרצון המשותף התפצל: הרצון שלו נוגד את הרצון שלה. האם ראוי שבית המשפט יתערב ויאמר כי הרצון שלה גובר על הרצון שלו? בדרך כלל בית המשפט נמנע מלהתערב בעניינים אינטימיים, ומניח אותם לבני הזוג שיסדירו אותם בעצמם, לטוב או לרע. זו המדיניות המקובלת. זו גם המדיניות הראויה. האם עכשיו החליט בית המשפט לסטות ממדיניות זאת?

על יסוד שיקול זה ושיקולים נוספים התגבשה דעה רחבה של גופים שבדקו נושא זה ברחבי העולם, ולפיה אין לבצע הפריה חוץ-גופית, ובכלל זה אין לבצע השתלה, ללא הסכמה קיימת ונמשכת של שני בני הזוג. כפי שהשופטת שטרסברג-כהן מציינת -

"במרבית המדינות הנאורות מסתמנת גישה חד-משמעית של דרישת הסכמה מודעת של שני בני הזוג לביצוע תהליך ההפריה על כל שלביו. בהיות ההפריה החוץ-גופית תהליך מורכב המתבצע בשלבים והעשוי להתפרס על פני תקופת זמן, הרי אם מתערעים יחסי בני הזוג ונוצר סכסוך ביניהם בעניין גורל הביציות המופרות, הנטייה הכללית היא לדרוש את הסכמתם של שני הצדדים להמשך התהליך".

האם מדינות אלה בחרו בדרך של אי-צדק? בדומה לכך גם אצלנו. שר הבריאות ושר המשפטים מינו (בחודש יולי 1991) ועדה ציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית. הרכב הוועדה היה מגוון ומכובד מאוד: בראשה עמד השופט (בדימוס) שאול אלוני ועם חבריה נמנו הרב ישראל לאו, שכיחן או כרב ראשי לעיר תל-אביב, ומיטב המומחים בתחום הרפואה, הפילוסופיה, הסוציולוגיה, ועוד. בדיון וחשבון הוועדה הציבורית-מקצועית לבחינת הנושא של הפריה חוץ-גופית הני"ל (מחודש יולי 1994) היא קובעת פה אחד לאמור, בעמ' 36:

"הוועדה היתה בדעה כי אין לראות במתן הרשאה להפריה גם הסכמה להשתלה, וכי צריכה להיות הסכמה של שני בני-הזוג להשתלה, משתי סיבות. האחת, שאין לתת יד להולדת ילדים מתוך סכסוך. והשניה, שיש לעודד מעורבות של האב בקבלת ההחלטה.

* פ"ד מט (1), בעמ' 503.

א הוועדה שקלה עוד אפשרות, שבהעדר הסכמה משותפת יועבר הענין לוועדה הסטוטורית הרב-מקצועית, אשר תוסמך לאשר הריגים לדרישה העקרונית של ההסכמה הנמשכת. יחד עם זאת התקשתה הוועדה להעלות על הדעת שיקולים אשר יצדיקו הריגה מן העקרון האמור. הוועדה נתנה דעתה לאפשרות שלאם הגנטית או לאב הגנטי לא תהיה כל דרך אחרת למימוש ההורות הגנטית. אבל מתן היתר להולדה במקרה מעין זה ללא הסכמה משותפת, משמעותו כפיה של אבהות או של אמהות, הן מן הבחינה המשפטית הן מן הבחינה הרגשית, מבחינה זו שיהיה ילד שנולד בניגוד לרצונם. הוועדה היתה בדעה כי אין לכפות על איש או אשה אבהות או אמהות בניגוד לרצונם, גם אם נתנו הסכמתם הראשונית לענין... לפיכך ממליצה הוועדה כי בהעדר הסכמה משותפת ונמשכת, לא ייעשה כל שימוש בביציות מופרות שהוקפאו עד תום תקופת ההקפאה שעליה הסכימו בני הזוג, ואולם הסכמה שניתנה עם תחילת הטיפול תיחשב כנמשכת כל עוד לא חזר בו מי מבני הזוג בכתב."

ב האם גם ועדה זו בחרה בדרך של אי-צדק? ולא היא בלבד. גם המהוקק בחר בדרך זאת. תקנות ההפריה דורשות הסכמה מודעת של הבעל, לכל פעולה הכרוכה בהפריה, ובכלל זה להשתלה. לאחרונה בא החוק, הלוא הוא חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור ההסכם ומעמד היילוד), וקבע כי לא תהיה השתלה ללא הסכמה מודעת של שני בני הזוג. והיועץ המשפטי לממשלה, שהוזמן על-ידי בית המשפט לטעון במשפט זה בשם הציבור, אף הוא הביע דעתו כי אין לבצע את ההשתלה ללא הסכמה של האב המיועד. האם כל אלה חוטאים לצדק?

ג לדעתי, כל אלה הדורשים הסכמה נמשכת של שני בני הזוג כתנאי להשתלה, מהוקקים ומומחים, מבטאים את טובת הציבור, ובכך הם משקפים ומשרתים את הצדק הכללי.

ד בסיכום, התוצאה המשפטית, ולפיה הריץ עם דני, עולה בקנה אחד עם הצדק הכללי.

ה 20. חבריי השופטים, המגיעים לתוצאה הפוכה, סבורים שאותה תוצאה מתחייבת לפי הצדק האישי, כלומר, מן הגסיבות המיוחדות של פרשת נחמני. אולם, לדעתי, כשם שאין להגיע אל הצדק אלא דרך המשפט, כך גם אין להגיע אל הצדק האישי אלא דרך הצדק הכללי. הצדק האישי אינו קיים בחלל. צריך לשקול אותו כנגד המשפט מזה וכנגד הצדק הכללי מזה. בהחלט ייתכן כי במקרה מסוים, גם אם הצדק האישי נוטה לצד אחד, כף המאזניים, שעליה המשפט והצדק הכללי, תהיה נוטה לצד השני. בעצם זהו דבר יום ביומו בכל בית-משפט.

ו במקרה זה איני יודע לבטח מה דורש הצדק האישי כשהוא לעצמו. זאת אני יודע, שהצדק האישי של רותי אינו הצדק האישי של דני. אך האם אני יכול לשקול ביד אמונה את זה נגד זה ולקבוע איזה מהם שוקל יותר? אכן, אין ספק שהטיפול הרפואי שרותי עברה היה קשה הרבה יותר מן הטיפול הרפואי שדני עבר. אולם, האם הטיפול הרפואי שבוצע בעבר הוא שצריך להכריע את הכף ולא, למשל, הסבל של כל צד

בחשבון כולל לאורך זמן? אך מי מן הצדדים יסבול יותר בחשבון כולל? על שאלה זו אין לי תשובה. לכל היותר אני יכול לשער איך הייתי חש וכמה הייתי סובל לו הייתי במקומו של דני ולו הייתי במקומה של רותי. אבל בכך לא אעשה צדק אישי, שכן אין אני דני, ואיני יכול לדעת מה הוא חש, ואין אני רותי, ואיני יכול לדעת מה היא חשה. כדי לעשות צדק אישי, באופן שיפצה על סבל אישי, הייתי צריך לרדת לנבכי האישיות ורוי הנפש של דני ושל רותי. ואולם אין אני בוחן כליות ולב. לכן אין לי תשובה פסקנית לשאלה מי מהם צודק יותר במישור האישי.

מכל מקום, גם אם אניח כי הצדק האישי נוטה יותר לצד רותי, אין אני חש כי ההבדל בין הצדק האישי של רותי לבין הצדק האישי של דני גדול עד כדי כך, שיש בו כדי להכריע את הכף לצד תוצאה שאינה מתיישבת עם הדין ואף לא עם הצדק הכללי.

בעיקרון, אין לסטות מדרך המלך של הדין, אלא במקרה שבו ברור שהצדק, באיזון ראוי בין הצדק הכללי לבין הצדק האישי, מחייב ללכת בדרך אחרת. ולא זה המקרה.

אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי? לא במקרה זה. יוצרי ויצרי אינם מסוכסכים. אין אני סבור שאני עושה משפט ואילו חבריי, שהגיעו לתוצאה אחרת, עושים צדק. אני חש שאני, לשיטתי, עושה משפט צדק. לכן אני מצרף דעתי, בלב שלם, לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן, שיש לדחות את העתירה של רותי.

הנשיא א' ברק: 1. מצטרף אני לפסקי הדין של חבריי, השופטים שטרסברג-כהן, זמיר ואור, כמוהם אף אני סבור, כי כל ההחלטות בעניין הביציות המופרות – כל עוד הן מחוץ לגופה של אישה – צריכות להתקבל על-פי הסכמה משותפת של בני הזוג. בהיעדר הסכמה משותפת, אין כל אפשרות להמשיך בשלבי ההפריה החוץ-גופית. מסקנתי זו משקפת את הדין הקיים. היא עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק. המשפט והצדק הולכים יד ביד. וביסוד עמדתי זו, באשר למשפט ולצדק, עומדת פרופוזיציה פשוטה ובסיסית: הורות היא מעמד יחיד ומיוחד. מקופלת בו הווייתו של האדם. היא כרוכה בחובות ובזכויות. היא בנויה על שותפות. היא מבוססת על הליכה יד ביד. היא נשענת על אהבה וכיבוד הדדי. כאשר השותפות נעלמת, כאשר הפירוד מתרחש, וכאשר האהבה והכיבוד ההדדי נעלמים, נשמט הבסיס האחד והיחיד המאפשר החלטות בעניין הביציות המופרות. בהיעדר הסכמה אין כל אפשרות להתחיל את תהליך ההפריה. בהיעדר הסכמה אין אפשרות להמשיך בו. אכן, אין כל אפשרות להפריד בין תחילתו של התהליך להמשכו. כל שלב משלביו – עד כמה שהוא נעשה מחוץ לגופה של האישה – חייב להתקבל בהסכמת שני הצדדים. פעולה חד-צדדית הממשיכה את תהליך ההולדה אינה אפשרית. אין כל אפשרות לנתק בין היותו של אחד הצדדים הורה לבין הפיכתו מאליו של הצד האחר להורה. אכן, זאת יש לזכור: רות נחמני אינה מבקשת אך להיות אם. רות נחמני מבקשת להיות אם לילדו של דני נחמני. לשם כך נדרשת הסכמתו של דני נחמני. הסכמה זו נדרשת לשלב ההפריה. הסכמה זו נדרשת – כל עוד הביצית המופרית אינה בגופה של אישה – לכל שלב שלאחריו, שכן ההורות של כל אחד מהצדדים – והמעמד המיוחד שהיא כורכת עמה – נגזרת מהשלמת כל השלבים כולם.

2. המסקנה שהגעתי אליה משקפת לדעתי את הדין הקיים. היא מתבקשת מכל זווית ראייה משפטית אפשרית. מנקודת המבט החוקתית מוכרת כמובן החירות החוקתית להיות הורה או שלא להיות הורה. חירות זו נגזרת מכבוד האדם ומהזכות לפרטיות. עליכן מוכרת החירות החוקתית של רות נחמני להיות אם, כשם שמוכרת החירות החוקתית של דני נחמני שלא להיות אב. אך מחירותה החוקתית של רות נחמני להיות אם לא נגזרת כלל זכותה החוקתית להיותה אם ילדו של דני נחמני. עליכן, אין לפנינו כל התנגשות בין החירות להיות הורה לבין החירות שלא להיות הורה. כשם שלא יעלה על הדעת - כשם זכותה החוקתית של רות נחמני להורות - להטיל חובה על דני נחמני למסור את זרעו לצורכי הפריה, כן לא יעלה על הדעת - כשם זכותה החוקתית של רות נחמני להורות - להטיל חובה על דני נחמני למסור את הביצית המופרית לאם פונדקאית. מעמדו החוקתי של דני נחמני כזרעו זהה למעמדה החוקתי של רות נחמני בביצית. בביצית המופרית - כל עוד היא מחוץ לגופה של אישה - יש לשניהם מעמד חוקתי זהה המחייב הסכמה נמשכת של כל אחד מהם. הסכמה בעבר לאחד השלבים - כגון הפריית הביצית - אינה יכולה לבוא במקום הסכמה נמשכת, שכן התהליך כולו הוא נמשך, ומחייב הסכמה בכל שלב ושלב. אכן, מן הבחינה הביולוגית ומן הבחינה החוקתית גם יחד, אין כל אפשרות להפריד בין השלבים השונים בתהליך ההולדה. כולם מחייבים שיתוף פעולה והסכמה. מסקנה זו מתחייבת גם מנקודת המבט של המשפט הפרטי. ביסוד ההסכמה בין הצדדים - בין שנראה בה חוזה ובין שנראה בה הסכם שאינו חוזה ובין שנראה בה קניין משותף ובין שנראה בה "תופעת משפט" מיוחדת במינה - מונחת הנחת היסוד של החיים המשותפים. משנשמט בסיס זה, נשמט היסוד שעליו בנוי היחס בין הצדדים. אילו נשאל דני נחמני בטרם החל הליך ההפריה, אם הוא מוכן להמשיך בו גם לאחר שהוא ייפרד מרות נחמני, תשובתו הוודאית הייתה בשלילה. זו גם, יש להניח, הייתה תשובתה של רות נחמני. אמת, הם לא נתנו דעתם באשר לשאלה זו, אך המהות של ההסכם (או ההבנה) ביניהם - הסכם להולדת ילדם המשותף - מבוסס על הנחת יסוד זו. זו ציפיתם הלגיטימית של רות ודני נחמני. זהו הבסיס לכל פעולה בביציות המופרות. זהו היסוד לכל ההווה ביניהם. זוהי התשתית להורות שלהם. אין זו הורות "חד משפתית". תורם הזרע אינו עלום. זוהי הורות משותפת בכל אתר ואתר. אכן, כשלעצמי נראה לי כי אילו אחד הצדדים היה מוותר מראש על הצורך בהסכמתו שלו בכל שלבי התהליך, היה בווייתור זה משום פגיעה בתקנת הציבור. תקנת הציבור דורשת כי תהליך ההפריה - שהוא תהליך ייחודי ואינטימי, ואשר פריו הסופי הוא ילדם המשותף של הצדדים - ייוולד רק מתוך הסכמה משותפת "לאורך כל הדרך".

3. הצורך בהסכמה של כל אחד מבני הזוג בכל שלב נגזר מדרישת הצדק. הצדק משמעותו בהקשר שלפנינו הגשמת ההורות המשותפת. הצדק אינו בחיוב צד להיות הורה בעל-כורחו. כשם שהצדק אינו דורש כי אחד מהצדדים לקשר יתרום את מטענו הגנטי כדי להגשים את רצון ההורות של הצד השני, כן אין הצדק דורש כי השליטה בביצית המופרית תהיה בידי אחד הצדדים בלבד. הצדק דורש שוויון בכוח ההכרעה באשר להורות המשותפת. זוהי ההחלטה הצודקת בנסיבות העניין. כלום היה הצדק משתנה לו

היו לרות נחמני ילדים משלה (מנישואין קודמים) ואילו לדני נחמני לא היו ילדים כלל? כלום הצדק ישתנה אם יתברר - כפי שייתכן שהמצב הוא לאשורו - כי לרות נחמני ביציות שניתן להפרותן מזכר אחר? כלום היה הצדק משתנה לו נתברר - וזו הנחה היפותטית בלבד - כי הוצאו מרות נחמני ביציות נוספות שטרם הופרו והן ניתנות להפריה על-ידי תורם אחר? וכלום היה הצדק משתנה לו נתברר כי דני נחמני, חס וחלילה, חולה קשה והידיעה על הולדת ילדו והצורך לטפל בו עשויה לגרום לו נזק קשה ביותר? לדעתי, התשובה על כל השאלות האלה, ורבות אחרות, הינה כי כל הנתונים הללו אינם מכריעים לעניין הפתרון הצודק, הצדק הוא השוויון, והשוויון הוא במתן כוח הכרעה משותף לשני הצדדים. נגית, למשל, כי התפקידים מתהפכים, וכי דני נחמני הוא זה המבקש להמשיך בתהליך ההפריה, ואילו רות נחמני היא זו המסרבת להיות אם לילדם המשותף. חושש אני כי אילו מקרה זה היה עומד להכרעתנו, הלכה למעשה, הייתה בקשתו של דני נחמני נדחית. היינו מציינים כי אין לכפות אימהות על אישה שאינה רוצה בכך; כי אימהות היא קשר כה אינטימי וטבעי, עד כי בלא רצון האישה אין לכפות זאת עליה; כי כשם שאישה רשאית להחליט על הפלת ילדה בלא הסכמת בעלה, כן רשאית היא להתנגד להמשך תהליך הפריה הנערך מחוץ לגופה; כי זעקתה של רות נחמני - כזעקתה של רחל אמנו - "הבהילי בנים ואם-אין מתה אנכי" (בראשית, ל, א [ח]) אינה חזקה יותר מזעקתה של אישה "איני יכולה להיות אם בנו של דני, ואם כן מתה אנכי"; אם אמנם כך היינו מחליטים, כי או מצביע הדבר כי בעומק תחושתנו איננו מתייחסים יחס שווה לרות ולדני וכי הצדק נפגם. אכן, סבור אני כי לא שיקולים של צדק תומכים בתביעתה של רות נחמני, אלא שיקולים של חמלה. מקובל עליי כי חמלה והתחשבות בצערם ערכים חשובים, שיש להתחשב בהם. אך הצדק אינו במתן כוח הכרעה לאחד מבני הזוג, אלא בהכרה בכוחם המשותף של בני הזוג להכריע בגורל הביציות המופרות. ההולדה היא עניין רציני מדי, עניין קיומי מדי, עניין הווייתי מדי, כדי להשאירו בשלב מן השלבים לאחד הצדדים בלבד. אם לא נעשה כן, ניקלע למצבים שלא נוכל לטפל בהם באופן נורמאטיבי. מה נעשה, למשל, אם תהיה אי-הסכמה על זהותה של האם הפונדקאית? מה נעשה אם יתברר כי קיים פגם גנטי - חמור או קל - וקיימת המלצה שלא להמשיך מטעם זה את תהליך ההולדה? מה נעשה אם יתברר, חלילה וחס, כי אחד מבני הזוג - נגית, רות נחמני - חולה קשה באופן שלא יוכל לטפל בילד אשר ייוולד? מהו המצפן הנורמאטיבי אשר ידריך אותנו? האם נתחשב בטובת הילד? האם נמשיך - ואם כן, עד איזה שלב - להעניק משקל לציפיות של רות נחמני ולסבל הרב שהיא סבלה בעבר? אינני טוען כי לשאלות אלה לא תיתכנה תשובות ראויות. אני טוען כי ההסדר הנורמאטיבי הצודק צריך להיות, שהתשובה על כל השאלות הללו טמונה ברצון המשותף של הצדדים. זהו הרצון היחיד שהחל את התהליך. זהו הרצון היחיד שיכול לתמוך בהמשכתו. בלא רצון זה, ובלא שותפות נמשכת של הצדדים להכרעה הגורלית שהם קיבלו, אין מקום - מנקודת מבטו של הצדק - להמשכת התהליך. ההפריה וההתהוות של היש מהאין הן תהליך כה קיומי, כה טבעי, כה עצום ורב, עד כי רק הרצון המתמשך והיום-יומי של הצדדים יכול לשמש לו בסיס.

4. עמדתי על כך כי על-פי הדין - הדין הצודק - נדרשת הסכמה נמשכת של כל

אחד מהצדדים לתהליך ההפריה. אי-הסכמה של אחד הצדדים מונעת המשך התהליך. עם זאת, אי-הסכמה - ככל פעולה משפטית - צריכה להיעשות בתום-לב. בית המשפט רשאי לקבוע כי ניתנה הסכמה מקום שאי ההסכמה אינה בתום-לב. כך, למשל, אילו הוכח לפנינו כי אחד הצדדים - בענייננו דני נחמני - מבקש לסחוט טובות הנאה כספיות כתנאי למתן הסכמתו, הייתי סבור כי ניתן לראות בכך חוסר תום-לב. אך האם בעניין שלפנינו אי-הסכמתו של דני נחמני אינה בתום-לב? לדעתי, התשובה הינה - וכך קבעה הערכאה הראשונה - כי דני נחמני פועל בתום-לב. תום-לב הוא מושג ערכי-אובייקטיבי. הוא נבחן על-פי הערכים המתנגשים בגסיבות העניין. את אי-הסכמתו של דני נחמני יש לבחון על רקע הקשרה. עניין לנו בקשר אינטימי בין בני הזוג. עניין לנו ביחס שהאבה, הרעות, הכבוד ההדדי, השיתוף והאהוה הם חלק בל ינותק ממנו. עניין לנו ביחס המבוסס על קשר גפשי נמשך. במצב דברים זה, הצטננות היחסים וניתוק הקשר הנפשי הם חלק ממצואות החיים. אין לקיים בכוח אהבה ורעות. כיבוד הדדי, שיתוף פעולה ואהוה הם עניינים שברגש, שלעתים קרובות ההיגיון אינו שולט בהם. אלה הם חיינו. זהו הגורל השולט בנו. אלה הם סיכוני החיים. כל זוג אשר נישא, בכל שלב של הנישואים, מודע לאפשרות זו. המשפט קובע כלים שונים לפתרון קשיים אלה. ניתוק בין בני הזוג בשל קרע ביניהם אינו פשע. האפשרות להתרחשותו של קרע זה מובנית ביחסי הקרבה עצמם. אי-מתן הסכמה משום כך שרגש האהבה, הרעות, הכבוד ההדדי, השיתוף והאהוה נעלמו, אינו כשלעצמו חוסר תום-לב. זהו דבר שנעשה שלא מתוך כוונה לפגוע בצד השני; זהו דבר שנעשה שלא מתוך מטרה לסחוט את הצד השני; זהו דבר שקורה בין אנשים החיים ביחד. זהו מחיר השותפות בחיים. מצר אני על רות נחמני. אך כשם שאין למנוע מדני נחמני לנתק את הקשר עמה, וכשם שאין לומר כי בשל כך בלבד הוא פועל שלא בתום-לב, כן אין למנוע ממנו - כחלק מניתוק קשר זה - להימנע ממתן הסכמתו להמשך תהליך ההפריה, ואין לומר כי בכך הוא פועל שלא בתום-לב. ניתוק הקשר, אובדן האהבה, הם חלק מהחיים עצמם, כמו יצירת הקשר והצתת ניצוץ האהבה.

5. בטרם אסיים, ברצוני להעיר כי יצאתי מתוך ההנחה כי הביצית המופרית אינה "עובר"; כי היא בשלב "פרה-עוברי". כפי שציינה חברתי, השופטת שטרסברג-כהן, "אין מדובר בשימור חיים שנוצרו, אלא ביצירת חיים יש מאין". לא עסקנו אפוא כלל במעמד החוקתי שיש לעובר, ולא שקלנו את ההיבטים החוקתיים מוזוית ראייה זו. לא עמדה לפנינו הדילמה של חיים או אי-חיינו. השאלה היחידה שעמדה לבהינתנו היא היחס בין רצונה של רות נחמני להיות אם ילדו של דני נחמני, ואי-רצונו של דני נחמני בכך.

מטעמים אלו, דעתי היא כי דין העתירה להידחות.

הוחלט ברוב דעות לקבל את העתירה ולבטל את פסק הדין שלערעור ללא צו להוצאות.

ניתן היום, כ"ח באלול תשנ"ו (12.9.96).