



בג"ץ 4077/12 - פלונית נ' משרד הבריאות ואח'

חוקתי - כבוד האדם

להחלטה בערעור (נדחה)

בג"ץ 4077/12 - פלונית נ' משרד הבריאות ואח'עליון

בג"ץ 4077/12

פלונית

נ ג ד

1. משרד הבריאות

2. בנק הזרע - היחידה להפריה חוץ גופית מרכז רפואי רמב"ם

3. פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[5.2.2013]

כבוד השופט א' רובינשטיין

כבוד השופט י' עמית

כבוד השופטת ד' ברק-ארז

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרת - עו"ד גלי נגדאי

בשם המשיבים - עו"ד דנה בריסקמן

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. העתירה שלפנינו עוסקת במקרה תקדימי, ככל הנראה, של בקשת תורם זרע פלוני (המשיב 3) לחזור בו מהסכמתו ומתרומתו בשל שינויים שחלו בהשקפת עולמו; וזאת לאחר שמתרומת זרעו ילדה העותרת את בתה הבכורה, ומעוניינת עתה לעבור תהליך הזרעה נוסף מאותה תרומה, כדי לשמור על זהות מלאה במטענם הגנטי של ילדיה. העותרת מבקשת לקבל את תרומת הזרע הנוספת של התורם, השמורה בבנק הזרע. עמדת המשיבים 1-2 היא שאין מקום לאפשר זאת. עסקינן בסוגיה מן הסוג שלא שיערוה אבותינו, שלא היתה אפשרות לפני עשורים אחדים, ושההתפתחויות ברפואה ובטכנולוגיה יצרוה.

ב. "העידן הגנטי" והשימוש הגובר בעשורים האחרונים בטכניקות הולדה מלאכותיות הביאו עמם ברכה ממשית לרבים, שב"עולם הישן" היו נותרים חשוכי ילדים; המציאות השתנתה לאין שיעור, והטכנולוגיה מאפשרת כיום לרבים מאלה שדרכם להורות היתה חסומה בעבר, להביא ילדים לעולם ולהקים משפחה. מדובר באחת מן ההתפתחויות הדרמטיות היוצרות מציאות משפטית וחברתית חדשה, וזו מעוררת שאלות אנושיות רגישות ומורכבות. לסוגיות אלה טרם הספיק עולם המשפט להידרש כדבעי, והוא מדדה אחריהן, כמו בעקבות הדרמות האחרות בעידן הטכנולוגיה העילית. תיאר זאת לפני כמעט שני עשורים המחבר י' גרין (הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה (1995)):

"הכמיהה לילד היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. בני זוג המתקשים בהולדת ילדים עושים ויעשו כל מאמץ כדי לזכות ולהעמיד צאצאים: הן רגשי, הן פיסי והן כלכלי. הם גם מוכנים 'לחתום' על כל התחייבות ובלבד שמשאלת לבם תתממש. הטכנולוגיה הרפואית בתחומי פריה ורבייה התפתחה בשנים האחרונות בקצב מדהים. פתרונות שאך לפני שנים מועטות נחשבו כחלק ממדע בדיוני, הופכות את אט למציאות כמעט יום-יומית. ברכה רבה בצדה של התפתחות זו המעניקה ליותר ויותר זוגות בדרגות עקרות שונות, סיכוי להרחבת המשפחה. ברם, ככל שגדל הסיכוי ורבה האפשרות להתברך בילדים, גדל הסיכון הכרוך בשלבי התהליך השונים הן למולדים והן ליילוד העתיד להיוולד בדרך זו" (שם, עמ' 9).

לפנינו פרק במכלול זה, בדרך שלא תמה, וברי, כי לא נתימר - ואיננו צריכים כאן - להקיף את הסוגיה האנושית, ואף לא המשפטית, הקשורה בהורות בעידן המודרני במלואה; כפי שנראה להלן, ניתן להתבונן בסוגיה במשקפי יותר ממשפחת דינים אחת, אך אף לא אחת מהן ממצה. כפי שהטעים עוד בראשית הדברים הנשיא (בדימוס) שמגר:

"כל שיחה על סוגיות בענייני לידה היא מעצם טבעה יומרנית ומעוררת רגישות יתר. היא יומרנית - מאחר שבפנינו נושאים מורכבים ורבי-פנים, שהיבטם המשפטי אינו יכול למצות את מהותם ותיאורם. קיים כאן קליידוסקופ של יסודות המעוגנים בדיסציפלינות שונות, רפואיות, פילוסופיות, תיאולוגיות וחברתיות, שאינם משתבצים לתוך המידורים המשפטיים המקובלים ואינם מתמצים על ידי נקיטת אמות מידה חוקיות בלבד. בתחומים אלו טובה, על כן, הצעידה המשפטית הזהירה... הסוגיות הללו מעוררות רגישות-יתר, כי הן נוגעות במישרין בעצב החשוף של ההווה. הרוב המכריע של הסוגיות המשפטיות לסוגיהן לקוח אמנם, לפי עצם טבעו, מן החיים, אך יש עניינים התוקפים את הבעייתיות של קיומנו האנושי באופן חזיתי, במרכז ולא בעקיפין..." (הנשיא מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט(א) 21 (1989)).

ג. כזהו גם המקרה שבפנינו, ועל כן נדריך עצמנו בעצה זו טרם נצא אל הדרך. הנה סדר הדיון: תחילה נעמוד בקצרה על המסגרת הנורמטיבית בה עסקינן, הרקע העובדתי לפרשה וטענות הצדדים; נעמוד על טיבה של הזכות להורות, ונבחן את מעמדה של העותרת מול מעמדו של התורם, הטוען לאוטונומיה בהכרעה באשר לשימוש בזרעו, בראי זכות זו. לאחר מכן, נתייחס בקצרה להיבטים נוספים של הסוגיה ובעיקרם ההסדרה החוזית של תרומת הזרע; לבסוף נעמוד על הצורך המובהק במקרה זה בהסדרה עקרונית של התחום כולו על ידי המחוקק.

ד. נקדים אחרית לראשית ונציין את עיקר הכרעתנו. אין צריך לומר, כי חשים אנו - וכך גם באת כוח המשיבים, ואף התורם האלמוני עצמו - אהדה אנושית לעותרת, המבקשת, כי ילדיה מתרומת זרע ישאו מטען גנטי זהה, שכנראה הצליח - תודה לאל - בבתה הבכורה. ואולם, באנו לכלל מסקנה, כי יש ליתן בכורה לעמדתו של התורם ולאוטונומיה האישית שלו. בכל ההבנה לטענות העותרת בתחום המשפט הפרטי, בדיני החוזים ואף בתחום המשפט המינהלי, באינטרס ההסתמכות - אלה אינם מגיעים ערכית לדומיננטיות של היבט האוטונומיה האישית בנסיבות המקרה. התורם גיבש את עמדתו, על פי מה שמסר בעל פה (תגובתו הכתובה כללית יותר) כחוזר בתשובה, ודומה כי יש גם פן דתי לעמדתו. אך גם ללא פן זה, ניתן להבין עמדתו של אדם שהגיע לאחר מחשבה למסקנה - שלא עלתה בדעתו בעבר, בשעה שהחליט משיקולים כאלה ואחרים לתרום זרע - כי אינו רוצה עוד שבעולם יהיו ילדים מזרעו שלא בחר בהם ובאמם, שאין לו קשר עמם ושלא יגדל אותם; זאת - אף אם אין הוא חב כלפיהם על פי המשפט הנוהג כיום (ואגב, יתכן שלפי המשפט העברי גם אם אינם זכאים למזונות הימנו, זכאים הם לירשתו). היבט האוטונומיה מאפיל לדעתנו על השיקולים האחרים, כפי שנראה להלן.

ה. תרומת זרע וניהול בנקי הזרע בישראל אינם מוסדרים לפי שעה בחקיקה ראשית כי אם בתקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט-1979 (להלן התקנות) וחוזרי המנהל הכללי של משרד הבריאות המוצאים מכוחן (תקנות אלה הותקנו על ידי שר הבריאות מכוח אכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (בנק הזרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט-1979; לביקורת ראו פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י' 63, 85 (התשמ"מ); עוד ראו (לעניין מעמדן של הנחיות מינהליות) יואב דותן הנחיות מנהליות (התשנ"ו), 27-39). חוזר המנכ"ל האחרון, מיום 22.5.08, נכנס לתוקף ביום 1.1.09 והוא עיקר הבסיס הנורמטיבי, במישור ההנחיות המינהליות, לדיונונו עתה. חוזר המנכ"ל מסדיר בעיקר את התנאים להכרה בבנק זרע, וקובע כללים בנוגע לשמירת מידע בדבר מנות הזרע והתורמים - סוגיה בעייתית בפני עצמה, כפי שנזכיר בקצרה בהמשך. כן מגדיר חוזר המנכ"ל את הפרוצדורה הנדרשת הן מן התורם הן מן הנתרמת.

ו. התורם, שיש בצד תרומתו הטבה כלכלית מסוימת, ממלא טופס "כרטיס תורם" (נספח ב' לתגובת המשיבים) הכולל פרטים כלליים כגון שם, מספר תעודת זהות, תיאור חיצוני כללי, וכן נתונים בדבר בדיקות גופניות, שנועדו לשלול הימצאותן של מחלות בגופו; עוד ממלא התורם טופס "הסכמת תורם זרע" (נספח ג' לתגובת המשיבים) ובו הוא מצהיר בחתימתו כלהלן: "אני מסכים לתרום מזרעי לשם שימוש בו להזרעה מלאכותית של נשים או לצרכי מחקר, לפי שיקולי בנק הזרע אני מסכים בזה ומצהיר כי לא אהיה זכאי לקבל כל פרטים על זהות הנשים, וזהותן תישאר חסויה. כמו-כן שמי וזהותי או כל פרט אודותי לא יימסר לאף אדם וישאר חסוי אף הוא, למעט הצלבת נתונים אלה עם מרכז רישום ארצי של תורמים ורישום ארצי של פסולי חיתון". הצהרה זו מחויבת לפי סעיף 25(ה) לחוזר המנכ"ל, הקובע כי "לא יילקח, לא יתקבל ולא ייעשה שימוש בזרע של תורם לשם הזרעה מלאכותית אלא אם התורם נתן את הסכמתו לשימוש בזרע" (ההדגשה הוספה - א"ר). עוד מצהיר התורם, כי הוא מוכן להיבדק בבדיקות רפואיות, וכי למיטב ידיעתו אינו סובל ממחלה או ממצב יוחסין אשר עלולים לפסול את תרומתו. הטפסים אינם מתייחסים לסוגית החזרה מהסכמה, או לסוגיות נוספות כגון מגבלה כמותית של כמות ההזרעות האפשריות מן התרומה (כגון הזרעות שהניבו הריון, להבדיל מנסיונות שלא צלחו).

ז. כרטיס נתונים אישי דומה ממלאת הנתרמת (נספח ד' לתגובת המשיבים), ואליו מתוסף אחד משני טפסי הסכמה בהתאם למצבה המשפחתי. טופס הסכמה אחד לבני זוג, וטופס הסכמה אחר לאם חד-הורית "אשה פנויה" (נספח ה'-1 ונספח ה'-2 לתגובת המשיבים). הטופס השני, הרלבנטי לעניינו, כולל בעיקרו הצהרה בדבר ההסבר שקיבלה הנתרמת בדבר סיבוכים ותופעת לוואי (וויתור על טענות עתידיות בעניינים אלה), ובאשר לסיכויים המעשיים להיכנס להריון כתוצאה מההזרעה. בדבר הזרע והתורם מצהירה הנתרמת, כדברים אלה:

"אני מסכימה, כי התורם או התורמים של הזרע שבו ייעשה שימוש בהזרעה, או הזרע עצמו ייבחר על ידי הרופא ולפי שיקול דעתו ובהסכמתו ולא אהיה רשאית לדעת את זהותו של האדם שבזרעו נעשה שימוש, או את סגולותיו, או כל פרט אחר הקשור בו או במשפחתו" (ההדגשה הוספה - א"ר).



ח. עיינו הרואות, המסמכים היחידים הכוללים את הסכמת הצדדים, כל אחד בנפרד, אינם עוסקים כלל בסוגיית החזרה מתרומה. דברים אלה הובאו באריכות מה, שכן במצב שבפנינו - שהכרעה בו היא בבחינת "הרע במיעוטו", וכרוכה במידה של פגיעה באחד הצדדים - ראוי לבחון כיצד נימנע ממצבים כאלה בעתיד, ולא רק כיצד יוכרע המצב הנוכחי.

המקרה דנא

ט. העותרת היא רווקה ילידת 1974, בעלת אזרחות ישראלית ואמריקאית, תושבת ארה"ב מזה 17 שנה. בשנת 2010 נולדה בתה הבכורה של העותרת במסגרת טיפולי הפריה, שבמהלכם נעשה שימוש בתרומת זרע של תורם אנונימי פלוני (משיב 3, להלן התורם), אותה קיבלה העותרת מבנק הזרע במרכז הרפואי רמב"ם בחיפה (המשיב 2; להלן בנק הזרע) אשר בפיקוחו של המשיב 1 (להלן המדינה). לאחר הולדת בתה הראשונה רכשה העותרת - בהזדמנות הראשונה מבחינתה ככל הנראה - אפשרות לעשות שימוש בחמש מנות זרע נוספות של התורם, שיישמרו בבנק הזרע בעבור תשלום שנתי. לצורך זה מילאה העותרת טופס לשמירת זרע ושילמה את הסכום הנדרש. בטופס זה הוצהר כי:

"בנק הזרע מתחייב לעשות כמיטב יכולתו לשמור מנות זרע אלה, אך לא יהיה אחראי בכל צורה שהיא לאובדן, פגיעה או שימוש אחר במנות זרע אלה" (ההדגשה הוספה - א"ר; מש/3).

י. ביום 1.12.11 נתקבלה בבנק הזרע פניה בכתב מאת התורם בה הצהיר על רצונו, כי יופסק השימוש בתרומת הזרע שנתן בעבר, בין היתר נוכח שינוי באורח חייו (מש/4); הנה מכתבו כלשונו:

"שמי ____, בעברי הייתי ספק זרע לבנק הזרע אשר בניהולך וחדלתי מפעילות זו לפני שנים מספר.

עקב שינוי באורח חיי, התעוררה מבחינתי בעיה בכך שיעשה שימוש בזרעי בעת הנוכחית והעתידיה ע"י בנק הזרע. פניתי לפני מספר חודשים אליכם בבקשה לחדול משימוש בזרעי, בתחילה נאמר לי שאין לי זכות ואמירה בדבר, ולאחר מכן נאמר שבכל מקרה כבר נפסק השימוש בזרעי כך שאין בעיה.

לאחר בירור רפואי-משפטי, הובהר לי שיש לי זכות וטו בעניין, וזאת על-אף החוזה בינינו.

בקשתי אלייך היא מכתב הצהרה רשמי שלא נעשה בהווה ולא יעשה בעתיד שימוש בזרעי ע"י הגוף שבניהולך (בנק הזרע)".

בעקבות פניה זו הודיע הבנק (ביום 10.1.12) לעותרת, כי לא תוכל עוד לעשות שימוש באותה תרומת זרע. בהמשך ונוכח פניות העותרת למנהל הבנק, פנה מנהל הבנק ליועצת המשפטית של משרד הבריאות והעביר את תשובת הלשכה המשפטית לעותרת, כי "הסכמה שאינה תחומה בזמן אינה 'נצחית' ותורם הזרע שהסכים בעבר לתרום מזרעו יכול לחזור בו בכל עת עוד לא נוצרה מציאות 'בלתי הפיכה'" נאמר, כי בנתוני המקרה לא נוצרה מציאות כזאת, והובטח כי הכסף ששולם בעבור שמירת מנות הזרע יוחזר (מכתב מיום 11.1.12 מאת ד"ר א. לייטמן מנהל בנק הזרע; מש/5). העותרת ביקשה שלא להשמיד את התרומה ולאפשר לה מיצוי האפיקים המשפטיים; מנהל בנק הזרע נענה לבקשתה.

העתירה



יא. ביום 22.5.12 הוגשה העתירה הנוכחית ובה נטען, כי החלטת המשיבים למנוע מן העותרת לעשות שימוש במנות הזרע שנשמרו בעבורה פוגעת בזכויותיה החוקתיות והחוזיות, היא בלתי סבירה, ודינה להתבטל. את טענות העותרת ניתן לחלק, כללית ולשם הדיון, לשני מישורים. הראשון, טענות במישור המשפט הציבורי, ובעיקר הפגיעה בזכותה להורות. השני, טענות במישור המשפט האזרחי, זכויות מכוח חוזה בין הצדדים, מכוח בעלות קניינית ועוד.

מישור ראשון - הזכות להורות

יב. העותרת טוענת, כי כיום אין מחלוקת על מעמדה וחשיבותה של הזכות להורות, זכות "אנושית יסודית לה זכאי כל אדם", זכות טבעית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מכאן שזכות זו ניתן להגביל - כנטען - רק בתנאי פסקת ההגבלה (העותרת הפנתה לביסוס עמדתה לפסיקת בית משפט זה בע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1), 337 (1990); בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); בבג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002)). החלטת המשיבים פוגעת - כך נאמר - בזכותה, שכן לאחר שנולדה בתה הבכורה היא עשויה "לגזור על העותרת להיוותר אם לילדה אחת בלבד ולוותר על רצונה להקים את המשפחה לה יחלה" (פסקה 21 לעתירה).

יג. ועוד, לשיטת העותרת מדובר בפגיעה מקבילה בזכותה למשפחה, נגזרת נוספת להגנה על כבוד האדם והאוטונומיה של רצון הפרט. זכות זו ניצבת לטעמה במדרגה נעלה מיתר זכויות האדם החוקתיות, כגון הזכות לקניין ולחופש העיסוק. ועוד, מעבר לפגיעה בזכויותיה החוקתיות - כך נטען - החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות ומכאן שהיא בטלה מעיקרה. נטען בנוסף, כי החלטת המשיבים פוגעת בזכויותיה של בתה לאחים בכלל, ולאחים ביולוגיים בפרט.

מישור שני - עילות חוזיות ואחרות

יד. העותרת טוענת אף, כי התורם נתן הסכמתו לשימוש בזרעו - הסכמה מדעת; ולפיכך בקשתו הנוכחית לאיסור על השימוש בזרעו היא בבחינת הפרת חוזה הן כלפי המדינה ובנק הזרע הן כלפי כצד שלישי לחוזה. ועוד, המדינה והבנק מפרים בעצמם את החוזה שערכו מול העותרת: העותרת מילאה את הפרוצדורה שנקבעה על ידיהם, כנדרש; היא נתנה תמורה כספית בעבור מנות הזרע. בשום שלב של ההליכים לא הועלתה בפניה - כנאמר - האפשרות, כי התורם יחזור בו מהסכמתו. כיון שהעותרת הסתמכה על מצג זה (נוכח אופן הצגתה של תרומת הזרע על ידי המדינה וחוזר המנכ"ל) ובחרה להביא לעולם את בתה הבכורה מתרומת התורם, לא ניתן לומר עוד, לשיטתה, כי לא נוצרה מציאות "בלתי הפיכה". קשה - כך נטען - להניח, כי העותרת היתה מסכימה לעבור את תהליך ההזרעה בידיעה שהתורם עלול להתחרט בכל עת. עוד נטען, כי התורם מכר את זרעו, ומשכך אינו יכול לדרוש רטרואקטיבית שלא יעשה שימוש בתרומה ללא עילה בדיון, בדומה לכל חוזה מכר אחר המקנה לרוכש בעלות.

טו. כן טענה העותרת, כי שינוי נסיבות חייו של התורם אינו יכול לשמש עילה לחזרתו מן ההסכמה, ואין בהפיכתה של החלטת המשיבים משום פגיעה בטובת הילד או בתקנת הציבור. עוד נטען, כי הנזק שייגרם לעותרת כתוצאה מהשארת החלטתם של המשיבים על כנה הוא בלתי מידתי; נטען, כי זמנה של העותרת לביצוע הפריה נוספת הולך ואוזל, מעבר לכך שעצם המניעה להביא לעולם ילדים נוספים בעלי אותו מטען גנטי, כאמור, עלולה למנוע ממנה להביא עוד ילדים לעולם. מנגד - כך נטען - התורם "מיצה את חלקו", ולצורך המשך התהליך אין נדרש ממנו כל שיתוף פעולה; הוא אינו הורה של הילד שיוולד ולכן אין מדובר בכפיית הורות, וזכותו לאוטונומיה אישית אינה נפגעת איפוא.



טז. לבסוף נטען, כי להשארת החלטת המשיבים על כנה תהיינה השלכות רוחב קשות על נתרמות זרע בארץ. אפשרות התורם לחזור בו בכל עת מהסכמתו יוצרת אי-ודאות לעניין תכנון משפחה עתידית, שכן היא מותירה את הנתרמות בצל "החשש שמא התורם שבחרו ישנה את דעתו". זוהי פגיעה ביכולת לתכנן משפחה בהתאם לנסיבות חייה ולרצונותיה של כל אשה. הדבר עלול - כנאמר - להביא לחזרה של תורמים רבים מהסכמתם, ולפגוע קשות בבנקי הזרע בישראל וביציבותם. כדי שלא תתייתר העתירה נתבקש צו ביניים, שיורה למשיבים למנוע השמדת התרומה עד להכרעה בעתירה.

תגובת המשיבים והדין בפנינו

יז. ביום 10.7.12 הוגשה תגובת המדינה ובה נטען, כי אכן אין חולק שגרעינין של הזכות להורות והזכות למשפחה מקים זכות חוקתית מוגנת הנגזרת מן הזכות לכבוד, ומעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אולם, בנידון דידן, אין המדובר במימוש הזכות להורות, אלא בזכות להולדת ילדים שיהיו אחים ביולוגיים מלאים, וזכותו של ילד לאח או לאח ביולוגי מלא; זכויות אלו אינן קיימות בדין, ומשכך אין העותרת יכולה להצביע על פגיעה בזכויותיה החוקתיות. המדינה מדגישה, כי שאיפתה של העותרת מובנת כשלעצמה, אך בנסיבות המקרה - גם אם תתקבל עמדתה של העותרת לפגיעה בזכויות המוקנות לה - נסוגה זכותה בפני זכותו של התורם שלא להיות הורה ביולוגי בעל כורחו. נטען, כי אמנם בפרשת נחמני הוחלט להעדיף את הזכות להורות על פני הזכות שלא להיות הורה; אולם, המצב העובדתי שם היה כזה, שלגברת נחמני לא היתה עוד אפשרות להורות מזרע אחר, קרי מצב של היעדר אפשרות להורות ביולוגית שלא באמצעות זרעו של מר נחמני. אין זה - כך נטען - המצב שבפנינו, ולעותרת אפשרויות אחרות למימוש זכותה להורות; ועוד, לעותרת אין "זיקה ביולוגית" לזרע מושא העתירה כמצב בפרשת נחמני (בה, כזכור דובר בביציות מופרות) - ובענייננו לא החל תהליך הפריה. יח. באשר למישור הטענות השני נאמר, כי אמנם בנק הזרע מציע לנתרמות שירות (בעבור תשלום) של שמירת זרע מאותו תורם, אך שמירה זו יוצרת לכל היותר "זכות קדימה" על פני נתרמות אחרות; אין בשמירה זו כדי להבטיח את השימוש בזרע, או כדי לחייב את תורם הזרע או את הבנק לעשות שימוש בזרע בנסיבות בהן הדבר אינו אפשרי. כן נאמר, כי העותרת אינה יכולה לטעון, שאילו היתה מודעת לכך שבידי התורם לחזור בו מהסכמתו היתה עושה שימוש בזרע אחר, מפני שזכות זו עומדת לכל אחד מתורמי הזרע באשר הם, כל עוד לא נוצרה מציאות בלתי הפיכה. הודגש, כי בטופס ההסכמה עליו חתמה העותרת הובהר, שבחירת הזרע נתונה בסופו של יום בידי הרופא על פי שיקול דעתו; כלומר מראש כפופה הבחירה לשיקול דעתו של נציג בנק הזרע, ואינה מובטחת לנתרמת מראש. במישור החוזי נטען, כי חוזה שלא נקצב מועד פקיעתו אינו תקף לעולמי עד, ולאחר זמן סביר ובמסגרת חובת תום הלב רשאי - כך נטען - צד לחוזה להודיע לצד שכנגד על כוונתו להשתחרר מן החוזה; זאת - נוכח חלוף הזמן ושינוי הנסיבות.

יט. לחיזוק עמדתה ביקשה המדינה להקיש מחוק תרומת ביציות, תש"ע-2010, המסדיר מפורשות את האפשרות שבידי תורמת ביצית לחזור בה מהסכמתה "בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה לייעד את הביציות שנשאבו מגופה, ולעניין הסכמה לייעד ביציות להשתלה - בכל עת לפני הפריית הביציות" (סעיף 44 לחוק תרומת ביציות). כן נטען, כי ניתן להקיש בדומה מחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, הקובע שלא רק בשלב טיפול רפואי נדרשת הסכמתו של המטופל, אלא לאורך המשך הטיפול כולו (סעיף 13א) לחוק זכויות החולה). משני חוקים אלה עולה, לשיטת המדינה, כי המחוקק אימץ גישה שלפיה פגיעה בזכותו של אדם לאוטונומיה ראויה רק במקרים נדירים של חשש לסכנה חמורה, או בשלב של מציאות "בלתי הפיכה"; אין זה המצב בענייננו. הוסכם, כי יינתן צו ביניים המונע את השמדת תרומת הזרע עד להכרעת בית המשפט בעתירה. עוד נתבקש צירופו של התורם כמשיב לעתירה, כמי שזכויותיו עלולות להיפגע כתוצאה מן העתירה.

כ. התורם, שצורף כמשיב, נתבקש להעביר את תגובתו לעתירה (החלטת השופט סולברג מיום 13.7.12, בה ניתן בנוסף צו הביניים בהסכמה כאמור), ולאחר נסיונות רבים ומאמצים מטעם מנהל בנק הזרע, התקבלה תגובתו. תחילה הודיע התורם למנהל בנק הזרע כי הוא נכון לפגישה מחוץ לכתלי בית החולים, כדי שלא להיחשף "עקב מצבו הנוכחי כחוזר בתשובה", אך לא קיים את הפגישה (הודעת המדינה מ-15.8.12). בעקבות החלטה מ-6.11.12 (לקראת הדיון), בה נתבקשה שוב עמדת התורם, ונאמר כי אם לא תובא זו "בידי בית המשפט לשקול התנהלות זו בהכרעתו, מבלי שכמובן נביע לעת הזאת דעה" - מסר התורם עמדתו. במכתב מיום 13.11.12 ציין התורם, כי בעת התרומה "ראיתי במעשה דבר אידיאלי לטובת נשים חסרות ילדים ואני לא מיתמם, גם הכסף הניתן היה מניע אך הרצון להיטיב היה העיקרי"; אך "לאחר מכן שיניתי את אורח חיי ואמונותי. המעשה הנ"ל אינו מתאים כיום להשקפת עולמי, ולדעתי רב הנזק בו על התועלת, גם לי, גם לקרובי, גם לאשה הנתרמת וגם לילדיה המולדים מזרע של אדם זר". התורם הביע הבנה לרצון העותרת, הסביר גם, כי מאז מתן התרומה התחתן ונולד לו בן; הוא אינו מעוניין להוסיף פגיעה לאשתו ולפגוע בילדיו בהוספת חוסר ודאות נורא לחייהם, "מכך שיידעו שיש להם אחים שהם אינם מכירים"; ועוד נאמר "איני מעוניין בכך שיוולד לי ילד ללא שאוכל לתת לו אהבה וללא שאני אוהב את אמו". בשורה התחתונה, ביקש התורם שלא ייעשה עוד שימוש בזרעו, והביע את התנצלותו בפני העותרת על כל צער שהסב לה כתוצאה מהליכים אלה.

כא. בדיון בפנינו ביום 14.11.12 חזרה באת כוחה של העותרת על טענותיה בדבר הפגיעה בזכותה להורות ועל הסתמכותה על המצג שהיה בפניה. מנגד, חזרה באת כוח המדינה על הקושי בהכרה בזכותה של העותרת, ועמדה על הצורך בהסדרת התחום בחקיקה ראשית.

הכרעה

כב. אין אנו עוסקים בהכרעה בינארית בין "טוב ורע", או בין צודק ושאינו צודק - שני הצדדים שבפנינו "צודקים" מנקודת מבטם הסובייקטיבית; עסקין ברגשות אנושיים של שניהם, ולגבי התורם גם בתחושות פנימיות הנובעות מהשקפת עולם עכשוית. סבורני, שעל הכרעתנו לתת ביטוי למשקל הערכים בדין באופן יחסי; אין בפנינו עמדה בלתי לגיטימית, כפי שהטעים השופט (כתארו אז) ויתקון מקדמת דנא:

"כברוב בעיות המשפט והחיים בכללותם, לא הברירה 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" (ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד י"ז(2) 1319, 1337 (1963)).

כך גם המקרה שלפנינו. אין מדובר בשלילת אחד האינטרסים שעל כף המאזניים אלא בהעדפה יחסית של האחד על פני משנהו. כפי שצינו בראשית הדברים, המקרה מעלה שאלות מתחומי משפט רבים; ניתן להביט בסוגיה במשקפי דיני החוזים ודיני הקניין, וכמובן מזוית המשפט המינהלי. כל אחת מנקודות מבט אלה עשויה להוות קרקע פורה לדיון עשיר וחדשני. עם זאת סבורני, כי בסופו של יום נקודת המבט הנכונה והראויה ביותר להכרעה בסוגיה היא באמצעות הזכות לכבוד והאוטונומיה המוקנה לכל אדם לספר את סיפור חייו, כפי שנראה להלן. לפיכך, עיקר הדיון יעסוק בזוית זו של הנושא, עם זאת כאמור, נתייחס גם לחלק מן הטענות שהועלו על ידי הצדדים במישורי הדיון האחרים. נאמר כבר כאן, כי ראוי לשוב ולקרוא למחוקק להסדיר את הסוגיה בחקיקה ראשית.

הקדמה - על אינטרסים וזכויות

כג. המציאות המשפטית מזמנת לא אחת תחרות עקרונית בין ערכים ושיקולים לגיטימיים שונים; פשיטא, כי מקרים אלה מעלים לבטים וצורך בהתוויה אובייקטיבית, ככל שניתן, של מלאכת ההעדפה ביניהם. לא כל אינטרס מוגן על ידי המשפט, והדבר תלוי נסיבות גם במקום בו הוכרה בדין זכות משפטית עקרונית (על סיווגם של אינטרסים כזכויות ראו בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 275 (2001), בפסק דינו של הנשיא ברק, והשוו לחוות דעתה החולקת של השופטת דורנר שם, עמ' 284; בג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1994); אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות" משפטים מא 97 (תשע"א)). כך - למשל - חופש הביטוי, המוכר כזכות יסוד בשיטתנו המשפטית (בג"ץ 806/88 studios inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989)), זוכה להגנה משפטית במישור הפוליטי - כגרעין הזכות, אולם לא בהכרח יזכה להגנה דומה במישור שבפריפריה הרחוקה של הזכות המוכרת, המתנגש באינטרסים אחרים; ככל שמתרחקים מגרעין הזכות המוכרת, כך יתכן שבנסיבות מסוימות לא תחסה פעולה פלונית תחת ההגנה המשפטית. השאלה היא איפוא כפולה: האם הפעולה חוסה תחת הגדרת הזכות העקרונית, והאם בנסיבות היא מוגנת על ידי המשפט לאחר האיזון אל מול זכויות ואינטרסים אחרים (ראו שם, עמ' 33-34 - הנשיא ברק). להשלמת התמונה נציין, כי סיווג השיקולים שעל כף המאזניים כזכויות או כאינטרסים מגדיר את נוסחת האיזון ביניהם, ואת עליונותו הנורמטיבית של ערך אחד מול האחר או את שיונם הערכי (ראו עניין גור אריה, עמ' 284); אך עצם הסיווג ואופן האיזון ("אופק"י או "אנכי") אינם מכריעים בהכרח בשאלה הקונקרטית שבפני בית המשפט, שכן אינטרס כבד משקל באיזון אנכי, כגון האינטרס של בטחון המדינה והציבור, עשוי לגבור במקרים מסוימים על זכות יסוד (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 339 - הנשיא ברק; והשוו לעמדתו של המשנה לנשיא בדימוס חשין, עמ' 457-459, ועמדת השופט (כתארו אז) ריבלין, עמ' 555-559 (2006)).

כד. השאלה הקשה - שעלתה בפרשת נחמני בנסיבותיה המיוחדות - לגבי סיווג הזכות להורות למול הזכות שלא להיות הורה ומעמדן הנורמטיבי זו מול זו, אינה מתעוררת בנידון דידן; שכן כפי שנראה לא הוכחה פגיעה בגרעין הזכות להורות, ולמעשה אם התרחשה פגיעה בענייננו היא נוגעת לזכות לאוטונומיה; במצב זה שוב, לכל היותר מדובר בזכות לאוטונומיה של התורם מול זכותה לאוטונומיה של העותרת. הכל כפי שיפורט להלן.

על הזכות להורות

כה. אכן, מן העבר האחד עומדת לפנינו העותרת במשאלת ליבה להביא לעולם צאצא נוסף מתרומתו של התורם, באחריות גנטית מלאה לבתה. מן העבר השני מצוי התורם, המבקש שלא לעשות עוד שימוש בתרומת הזרע שנתן בעבר, ולמנוע תהליך הזרעה שיהפוך אותו בעל כרחו לאב גנטי, לכל הפחות, לצאצא נוסף, גם אם בלא קשרים עם הצאצא וחובות כלפיו. השופט שטרסברג-כהן תיארה זאת בפרשת נחמני כשני צדדים של אותה מטבע (ראו פרשת נחמני, עמ' 682), אולם גם לדבריה, על כף המאזניים מצוי ערב רב של אינטרסים שאף אם ניתן לכנותם בשם הכולל של הזכות להורות והזכות שלא להיות הורה - אין הדבר מתמצה; ראו מאמרה של המלומדת דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ(1) 197, 198 (תשנ"ו). אציין כבר כאן, כי אינני סבור שתיק זה טעון חידוש משפטי באשר לזכות להורות ולזכות שלא להיות הורה, שכן אין חולק על זכותה של העותרת להורות, והשאלה היא האם יש להכיר באינטרס להורות דווקא מזרעו של התורם הספציפי, כחוסה תחת אחת מזכויות אלה.

כו. אכן, חרף ההנמקה השונה בפרשת נחמני והמחלוקת בין חברי המותב, לרבות בקרב שופטי הרוב, נראה כי כיום אין עוד מחלוקת בדבר מעמדה העקרוני של הזכות להורות - וכך גם בנידון דידן. גם בפרשות אחרות נתקבעה התפיסה, כי לכל אדם מוקנה הזכות הטבעית להורות, כפי שהוטעם בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית פ"ד נ(1), 48, 102: "משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש. זה יצר הקיום וההישרדות שבנו - 'קול הדם', ערגתקדומים של אם לילדה - ומשותף הוא לאדם לחיה ולעוף. 'גם-תנין [תנים - מ' ח'] חלצו שד היניקו גוריהן' (איכה, ד, ג)... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא 'אינטרס' של הורים ל'זכות' על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם" (השופט (כתארו אז) מ' חשין).
ובמקום אחר הטעים השופט חשין:

"טוענת המדינה וכך היא אומרת: אין לה לאישה 'זכות' לפונדקאות; נושא הפונדקאות כמו מצוי הוא 'מחוץ לתחום', ומכאן שטענה של הפליה טענה היא שאינה במקומה. על-פי טענה זו, מתוך שאישה אינה זכאית, ex hypothesi, להיזקק לתהליך של פונדקאות, ממילא לא תישמע אישה בטענה של הפליה... טענה זו נתקשיתי לרדת לעומקה... אין ספק כי טיעון של 'זכות' מן הדין טיעון הוא שלא במקומו, בוודאי לאחר חוק הפונדקאות המסדיר כפי שהוא מסדיר את נושא הפונדקאות. ואילו לפני היות החוק (והתקנות שקדמו לו), ומשלא חל איסור על פונדקאות, יכול הטוען לטעון כי הייתה לה לאישה, לכל אישה, 'זכות' לפונדקאות. בין כך ובין כך, טיעון הזכות לפונדקאות טיעון הוא שלא לעניין, ואולם עיקר הוא כי ה'זכות' שאנו מדברים בה - הזכות להורות - זכות היא שבאה אלינו מן הטבע; בזכות זו מדברים אנו ולא בזכות לפונדקאות מן החוק" (בג"ץ משפחה חדשה, עמ' 445; ההדגשה הוספה - א"ר).

כז. דברים אלה יפים גם לענייננו (ראו גם בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר (13.6.06): "המשפחה וההורות הם מימוש של היצר הטבעי להמשכיות הדורות ולהגשמתו העצמית של הפרט בחברה"; שם, פסקה 12 - השופטת פרוקצ'יה). אך טבעי כי נזכיר כאן, כי אחד הציוויים הראשונים במעלה הוא "פרו ורבו ומלאו את הארץ" (בראשית א, כ"ח). ושאיפה עמוקה היא זו, ולא מילתא זוטרתא. רחל אומרת ליעקב (בראשית ל', א') "הבה-לי בנים, ואם-אין מתה אנכי". שאיפת האמהות שרה, רבקה ורחל וכן חנה אם שמואל, וכך גם אם שמשון, כל אלה מתועדות במקרא. ההבטחה האלקית היא "לא-יהיה בך עקר או עקרה..." (דברים ז', י"ד). פקידתן של עקרות נתונה לקדוש ברוך ולצדיקים (בראשית רבה ע"ז), אך מפתח הלידה ("מפתח של חיה") לא נמסר לשליח ונותר בידי הקב"ה (בבלי תענית ב', א'-ב') ראו גם ספר המוסר מסילת ישרים לרמח"ל (ר' משה חיים לוצאטו), פרק הקדושה. אכן, בכל מצב בו נדרש הטוען לזכות להורות, לאישור שימוש בטכנולוגיה חדשה כדי להיכנס לעולם ההורות, יכולה להישמע הטענה, כי אותו טוען אינו "מחזיק בזכות לטיפול פלוני", אינו מחזיק בזכות לטיפול הזרעה, לפונדקאות וכדומה. ואולם, ליבה של הזכות להורות הוא היכולת המעשית להביא ילדים לעולם. כשם שהמדינה אינה דורשת "רשיון הורות", היא אינה רשאית לפגוע בזכותו של אדם להורות ללא טעמים ענייניים כבדי משקל (ראו ע"ת 413/80 פלוני נ' פלוני, פ"ד לה(3) 57, 81-82 (1981)). באותם מצבים בהם נדרש האדם לטיפול רפואי מסוים כדי להיכלל בקבוצת ההורים, אי מתן הטיפול פוגע בזכותו. כמובן, גם הזכות להורות יחסית היא, אולם לא יתכן חולק, כי באותם מקרים מתרחשת פגיעה ממשית באינטרס המוגן.



כח. אומר דברים קצרים על סיווגה של הזכות להורות (ראו גם דברי השופט גולדברג, פרשת נחמני, עמ' 723-724). על נקודה זו עמדה בהרחבה השופטת שטרסברג-כהן (בדעת מיעוט) בפרשת נחמני:

"סיווג של נורמות המסדירות פעילות במערכות יחסים בין אדם לחברו העסיקלא מעט חכמי משפט ומלומדים בתחומים שונים... 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 לבצעה. אין בכוחה של זכות שהיא חופש או חירות להטיל חובה על אחר ולדרוש ממנו עשיית פעולה שהוא חופשי שלא לעשותה..."

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..." (שם, עמ' 681-682; ההדגשה הוספה - א"ר).

וכמוהו השופטת דורנר באותה פרשה:

"חירות 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 אשה, מרבית האנשים רואים בהעמדת צאצאים הכרח קיומי המקנה משמעות לחייהם. 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 מפני התערבות הרשות בפרטיותו" (פרשת נחמני, עמ' 714-715).

כט. אם כך, הזכות להורות היא חירות במובנה המשפטי - הזכות כי הזולת והמדינה לא יתערבו בפעולת הפרט, ולא יפריעו למימושה; זכות שאין כנגדה חובת עשה. עם זאת, מדברים אלה עולה הבחנה נוספת הנוגעת לשני רבדיה של זכות זו. רובד ראשון, בעל ערך בפני עצמו, הוא היכולת לממש יכולת רביה ולהפוך לאם או אב ביולוגי. רובד שני, שהוא זה העומד גם בבסיס הזכות שלא להיות הורה, הוא יכולת הבחירה של האדם כיצד לממש את זכותו הטבעית, קרי את הרובד הראשון. הרובד השני מצוי בפריפריה של הזכות להורות, הוא איננו נועד להגן על הערך של הבאת ילדים לעולם בפני עצמו, אלא על ערכים אחרים, כגון הזכות לפרטיות, האוטונומיה והבחירה החופשית עם מי, כיצד ומתי, אם בכלל, להביא ילדים לעולם (לרבות היכולת לתכנן משפחה). עמד על כך המלומד גרין בספרו הנזכר: "שתי פנים לזכות להיות הורה: הפן האחד, שכדי להבדילו מן הפן האחר נכנה אותו, הפן הביולוגי-פיסי, העובדתי, היינו הזכות להימנות על אוכלוסיית ההורים ולהיות בסטטוס של הורה. הפן השני, הזכות להחליט אם, מתי, עם מי ובאיזו דרך לממש את הפן הראשוני של הזכות להורות" (גרין, עמ' 68).

ל. הזכות שלא להיות הורה, כאמור, מבוססת על הערך המוגן של אוטונומיה; על פניו, אין כיום בחברה הישראלית בפרט, ואולי בעולם החופשי בכלל, ערך כשלעצמו שלא להיות הורה; גם אם אמרו חכמים "נוח לו לאדם שלא נברא משנברא" (בבלי ערובין י"ג, ע"ב), הוסיפו בנשימה אחת "ועכשיו שנברא יפשפש במעשיו". השופט טל בפרשת נחמני (עמ' 710-711) מדגיש את מצוות "פרו ורבו" (בראשית א', כ"ח) שהזכרנו ואת דברי חכמים (בבלי יבמות ס"ג, ב') "תנא, ר' אליעזר אומר כל מי שאינו עוסק בפריה ורביה, כאילו שופך דמים". אמנם, הרב א"מ שך עליו השלום סיפר, כי החפץ חיים, ר' ישראל מאיר הכהן ע"ה (המאות היט'–הכ'), התלבט בדורו האם ליתן לזוג ברכה לפיריון כי "הרי ילדים זו אחריות עצומה, הרי זה פיקדון מן השמים", וראה את הקושי בגידול ילדים בדור שהוא פרוץ בהתנהגותו (ראו הרב אשר ברגמן שימושה של תורה (תשנ"ח), קל"ט). ואולם, כך או כך, יסכימו בודאי הכל או כמעט הכל, כי הזכות להורות כוללת ערך ליבה העומד בפני עצמו - להביא צאצאים לעולם - ומעטפת המגנה על ערך האוטונומיה. על רציונל זה כתבה המלומדת ברק-ארז במאמרה הנזכר:

"הנחה זו בדבר סימטריה בין הזכויות טעונה עיון נוסף. היא אומנם שובת-לב, אך רחוקה מלהיות מובנת מאליה. כלל לא ברור אם הזכות להיות הורה והזכות שלא 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 אחוזות בשני קצותיו של חבל ההורות. ככלל, הזכות ל'יש' והזכות ל'אין' אינן שקולות תמיד. האם הזכות לחיים שקולה לחלוטין לזכות למות? ... זו אינה דוגמה יחידה. מעקרון-היסוד של חופש הביטוי נגזרות הן הזכות לדבר והן הזכות לשתוק. אולם, האם מכאן נובע שהזכות לדבר שקולה תמיד לזכות לשתוק? ... כדי להכריע בשאלת האיזון בין הזכויות יש להידרש לצידוקים שביסודן ... השופט שטרסברג-כהן קובעת, כי 'הזכות להורות נגזרת מהזכות להגשמה עצמית לחירות ולכבוד'. אם המוקד הוא ב'הגשמה עצמית', הזכות להורות היא חלק מן הרעיון של אוטונומיה הרצון: המשפט מכבד את בחירותיו של הפרט, ובכללן בחירה בהגשמה עצמית באמצעות הורות. כאשר הזכות נתפסת בדרך זו, כאשר הרצון הוא שעומד במוקד, האיזון בינה לבין ההחלטה להימנע מהורות הוא פשוט לכאורה, הרי שבית המשפט מכבד גם החלטה זו בשם אוטונומיה הרצון.

אולם, רק מראית-עין של פשטות קיימת כאן. ראשית, אפילו היינו רואים בזכות להורות ובזכות להימנע מהורות רק נגזרות של אוטונומיה 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 ... לדעתך, יש לגלות בה [בזכות להורות - א"ר] 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 צריכה לכבד" (עמ' 199-200).

לא. נזכור גם את עמדתו של השופט גולדברג, שציין בעניין נחמני כי "בסכסוך בפנינו עומדות זו מול זו זכות חיובית וזכות שלילית", הנגזרות שתיהן מן הזכות לאוטונומיה (שם, עמ' 723); אך מנגד את עמדת השופט טירקל באותה פרשה שהטעים:

"ההשקפה המודרנית, החברתית והמשפטית, מכירה באוטונומיה הרצון של הפרט. מכאן נגזרות ועומדות, לכאורה, זו לעומת זו, הזכות להיות הורה והזכות שלא להיות הורה... אכן, כפי שצוטט במאמריהם של פרופ' גנז וד"ר מרמור, מפי יוסף רז: '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? לפי השקפתי אין סימטריה בין הזכויות, למרות הדמיון 'החיצוני' שביניהן, ואין לראות בזכות להיות הורה רק נגזרת של אוטונומיה הרצון, העומדת מול הזכות שלא להיות הורה. אולם, אפילו נראה את שתי הזכויות כנגזרות כאלה, אין הן שוות ערך ומעמד, כאילו קיום וחיידולן שווים זה לזה וכאילו הם הסמלים 1 ו-0 במחשבבטיה הבינארית" (שם, עמ' 736-737).

סבורני, כי עמדה זו אחרונה קרובה יותר לעמדה בה אני תומך, שלפיה הזכות להורות כוללת מרכיב ערכי עצמאי החורג מן הזכות לאוטונומיה הרצון, בשונה מן הזכות שלא להיות הורה, המעוגנת באוטונומיה.

לב. מצאנו איפוא, כי הזכות להורות היא לכאורה ערך עקרוני בפני עצמו, טבעי וקמאי, ובמדרג גבוה בסולם ערכי אנושי; לכך מצטרפת האוטונומיה המגולמת בבחירותיו של הפרט הנלוות לה. עוד ראינו, כי הזכות שלא להיות הורה, מנגד, איננה כוללת ערך-עצמאי מוגן אלא נועדה להגן על האוטונומיה האישית של האדם בבחירתו (שלא להיות הורה, או שלא להיות הורה בשיתוף עם פלונית או פלוני). יצוין, כי גם אלה המצדדים בהיות זכות זו אינטרס בלבד, רואים בה - דומה - אינטרס שיש להגן עליו מבחינה משפטית; ראו דבריו של השופט טל בפרשת נחמני (שם, עמ' 701), שהסתייג מסיווג זה. משעמדנו על אפיון של הזכות להורות והזכות שלא להיות הורה, נעבור עתה לבחינת מעמדם של העותרת והתורם.

על מעמדה של העותרת

לג. נראה שבמקרה דנא הפגיעה בזכות העותרת אינה נוגעת לגרעין הזכות להורות. בסיסה הראשוני של זכות זו הוא היכולת המעשית להיכנס ל"קבוצת ההורים", ולהביא ילד לעולם; אין מחלוקת של ממש כי אפשרות כזו מבחינה מעשית נתונה לה, תודה לאל. העותרת בריאה וכשירה להביא ילד לעולם ואינה כבולה (בדומה למצבה של הגברת נחמני בשעתה) לתורם בענייננו. היא יכולה לפעול בהקדם לקבלת תרומת זרע אחרת, ובמועד המועדף מבחינתה לעבור טיפולי הזרעה נוספים. העותרת טוענת, כי די בפגיעה ביכולת לבחור עם מי להביא ילדים בעולם כדי לחסות תחת הזכות המשפטית להורות. אולם הלכה למעשה אין זו פגיעה בזכות להורות, אלא כמוסבר מעלה, לכל היותר, והדבר מוטל בספק רב, פגיעה בפריפריה המוגנת על ידי זכותה לאוטונומיה (ומבלי להתייחס כרגע לשאלת היקף ההגנה, האם אכן נפגעה הזכות והאם באיזון ההולם היא ראויה להגנה). שאלה גדולה היא, ולדעתי ככלל לא תהא התשובה עליה חיובית, האם נפגעה הזכות לאוטונומיה על-ידי מיקודה בזרעו של פלוני התורם דווקא, מכל מקום כשהמדובר בתורם אנונימי.

לד. לעניין זה נטען, כי "משגמלה בלבה של העותרת ההחלטה להביא לעולם ילדים מתורם אחד בלבד, ומשהוציאה החלטה זו אל הפועל כשילדה את בתה הבכורה ..., הרי שהחלטתם של המשיבים פוגעת בזכותה של העותרת להורות" (פסקה 21 לעתירה). ואולם, כעולה מכך העותרת אינה מבקשת את ההגנה על גרעינה של הזכות להורות ולא על המעטפת המוגנת על ידי האוטונומיה, אלא על זכותה להורות מאדם פלוני, או זכותה לצאצא בעל מטען גנטי מסוים.

לה. כדי לעמוד על הקושי שבהגנה משפטית על אינטרס העותרת לשוב, להורות מאותו מטען גנטי, נשוא את מצבה למצבה של אשה נשואה שהביאה לעולם ילד ראשון במסגרת הנישואים, ובעלה הבטיח לה כי יביאו לעולם צאצא נוסף. הדברים אינם זהים כמובן, אך שתיהן אוחזות באותה הבטחה עקרונית, כי הילד השני שיצטרף למשפחה יהיה בעל אותו מטען גנטי של הילד הראשון, קרי בן או בת ביולוגיים לאותו אב. האם יכול המשפט לאכוף הבטחה זו כאשר הבעל מחליט לנתק את קשר הנישואים, וכפועל יוצא מכך גם לפגוע באינטרס האם בהורות לצאצאים בעלי אותו מטען גנטי (או בזכות הילד לאח או אחות גנטיים מלאים)? האם ניתן להצביע על אינטרס משפטי מוגן מלבד אינטרס ההסתמכות, והאינטרס הלכאורי כי חוזים יש לקיים, אף שאין כמובן להקל בהם ראש על דרך הכלל? סבורני כי התשובה לשאלות אלה אינה יכולה להיות בחיוב, ועוצמת אינטרס ההסתמכות וההסכמיות אין בה די. ועוד, יתכן שהאינטרס הנפגע במקרה של אשה נשואה כמתואר אף חזק יותר בהשוואה לענייננו, שכן הסתמכותה אולי רבה יותר נוכח יחסי הקרבה שבינה ובין בעלה; זכור כי בענייננו שלנו הבחירה כפופה גם לשיקול דעתו של הרופא המטפל, כאמור (ראו מעלה, על פי נספח ה'-2 לחוזר המנכ"ל). אמנם, לכאורה ניתן להעלות טענה, כי היחסים החוזיים במקרה של תרומת זרע מעידים על בחירה ללכת במסלול הורות אחר, "עסקי" או "כלכלי", כזה המקנה ביטחון שאינו קיים במערכת הסכמות אינטימיות. לניתוח הסוגיה על בסיס זה נשוב בהמשך הדברים, ונאמר כבר כאן כי אין להלום פרופוזיציה זו.

סיכום ביניים

לו. עמדנו על מהותן של הזכות להורות והזכות שלא להיות הורה. ראינו, כי הראשונה כוללת ערך עצמאי נפרד, מוכר בדין, שעניינו עצם האפשרות להביא ילדים לעולם, וכן הגנה נוספת על ערך האוטונומיה של ההורה המיועד (כאן - העותרת); השניה כוללת, בעיקרה, את ערך האוטונומיה של התורם. בענייננו מצאנו, כי העותרת אינה נאבקת כאן על זכותה הגרעינית להורות, שאין איש פוגע בה כשלעצמה, אלא מבקשת הגנה על בחירתה ורצונה להורות מאדם מסוים. כעת נעבור לבחינת מעמדו של התורם. בחינה זו, תידרש, בין היתר, לטענת העותרת, כי זכותו של התורם לאוטונומיה אינה נפגעת (ראו פסקה טו למעלה).

על מעמדו של התורם

לז. כאמור, ליבה של פרשת נחמני היה הקושי לשקול זה מול זה את רצונו של מר נחמני שלא להיכלל בעל כורחו ב"קבוצת ההורים", ואת משאלת הגב' נחמני להיכנס אל קבוצה זו. שני הצדדים אחזו יחדיו במפתח הכניסה, האחד מושך החוצה והאחרת פנימה; הדברים גם הרחיקו לשלב ביולוגי של הפריה, דבר שהעצים כמובן את הקושי, ואת הפגיעה בגרעין הזכויות המוגנות של הצדדים. האם בענייננו יכול התורם להצביע על פגיעה דומה? הסוגיה בה עסקינן, מעלה בעקיפין שאלה סבוכה בפני עצמה שטרם קיבלה מענה מלא בדין והיא קביעת האבהות לצאצא שנולד מתרומת זרע; השאלה איזה משקל יש ליחס לאינטרס האוטונומיה - או אם בכלל כטענת העותרת - של התורם קשורה בטבורה לשאלה באיזה מובן משפטי וחברתי מדובר באב.

לח. לא נכריע בנידון דידן בשאלה זאת, שאולי ראויה לה קביעת המחוקק, אך שנתייחס אליה בהקשר ההלכתי בהמשך. עסקינן בשאלה ערכית ומורכבת, ועל כן למחוקק עדיפות על פני בית המשפט ביכולת להגיע להסדר כולל ומאוזן, שבגדרו יובאו בחשבון מכלול השיקולים העקרוניים והמעשיים הרלבנטיים להסדרה. כך נעשה במסגרת חוק תרומת ביציות, וחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996 (גם אם תיתכן ביקורת כזאת או אחרת על הסדרים אלה).

לט. המסגרת הנורמטיבית - הכוללת, כאמור, את אכרזת הפיקוח שנזכרה מעלה, התקנות שהוצאו מכוחה וחוזר המנכ"ל - אינה מכריעה בשאלה זו; אף בתי המשפט שעסקו בסוגיה זו נמנעו מלקבוע "מבחן אבהות" רחב, החורג מעניינם הקונקרטי של הצדדים שעמדו בפניו. בפרשת סלמה (ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779 (1980)) נקבע, כי בעל, שנתן הסכמתו לתהליך הזרעה, חייב במזונותיו של צאצא שנולד באמצעות תרומת זרע של אדם זר. נקבע, כי מקור המזונות הוא הסכמי, ולפיכך אין צורך לדון בשאלת מעמדו של הבעל כאב. כיום, כאמור כמענה עקרוני לעניין זה, כוללים טפסי ההסכמה של בני זוג התחייבות מפורשת של בן הזוג לקבל על עצמו את האחריות המשפטית המלאה על הצאצא. יש לשים לב, כי בפרשת סלמה ובמקרים האחרים שהתעוררו בפסיקה, כלל לא נטען לקשר אבהות לתורם האנונימי; אך מקביעות אלה ניתן ללמוד באופן מסויג לגבי אי-מעמדו של התורם. הדין בחובותיו של הבעל במזונות, מרמז, כי אין כוונה ליחס חבות משפטית דומה לתורם הזרע האנונימי:

"במובלע עומדת בבסיס הכרעות הללו ההנחה, כי תורם הזרע אינו בגדר אב, אם כי לא ניתן להצביע על הכרזה חד-משמעית ברוח זו (רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי" - הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה בוחן", דין ודברים ב' 223, 252 (תשס"ו); ההדגשה במקור - א"ר).

ואמנם, כפי שמראה המחברת, ישנם גם קולות אחרים (ראו ע"מ (ת"א) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תש"ס(1) 831, 855) - אך בכל מקרה, אין מדובר בקביעה פוזיטיבית של אבהות ביחס לתורם. לסיכום נקודה זו, הדין הנוכחי אינו מייחס לכאורה לתורם זרע "אבהות" במובן המשפטי הקלאסי של חיוב מזונות. ואולם, סבורני, כי ברי שעצם העובדה שהתורם איננו חייב בחובות משפטיות כלפי הנולד מזרעו אינה מאיינת את הפגיעה באוטונומיה שלו - כפי שטענה העותרת. על משמעויותיה במישור הנפשי של פגיעה זו נעמוד להלן, טרם זאת נעמוד על ההבדלים בין ענייננו לפרשת נחמני.

מ. בעקבות ההחלטה בפרשת נחמני היה אמור מר נחמני להפוך לאב, הן גנטית הן פסיכולוגית-חברתית: הצאצא התיאורטי (שכאמור, לא בא לעולם בסופו של סיפור עצוב זה) אמור היה להכיר את אביו, ואביו אמור היה להכיר אותו. ועוד, גם אם ניתן היה לערוך חוזה שיפוי בין מר וגברת נחמני הפוטר את האב מכל חובת עתידית, לרבות הזכות (והחובה הטמונה בה) להסדרי ראייה, מעבר לחובות המזונות שנזכרה (שכן לא ניתנה הסכמתו של הצאצא שטרם נולד לוותר על זכויותיו), לנולד היתה אפשרות לעמוד על זכויותיו בעצמו. ברי גם, כי אין זה מובן מאליו שהסכם בין הורים יאייץ למעשה את כל חובות האב (ראו יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה - תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (תשע"א)). על משמעויות אלה עמדה השופטת שטרסברג-כהן (בדעת מיעוט) בפרשת נחמני:

"ההימנעות מכפיית הורות על מי שאינו מוכן לקבלה על עצמו, מקבלת משנהתוקף 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 ופילי. אחריות זו מגלמת את הציפייה הנורמטיבית של ערכינו החברתיים ושיטתנו המשפטית, מהפרט, בהתייחס לתפקודו כהורה. ההשלכות הרוות המשמעות, הנובעות ממעמד זה, מחייבות כי ההחלטה להיות הורה תהא מסורה לאדם ולו בלבד" (שם, עמ' 683-684; ההדגשה הוספה - א"ר).

מא. שונה מהותית המצב בענייננו. כאמור, אם תתקבל העתירה, יש סיכוי מסוים שהתורם יהפוך לאב גנטי לצאצאים נוספים (ככל שיעלה הטיפול הרפואי). אמנם באופן מעשי מדובר בתורם אנונימי - אשר בניגוד למקומות אחרים בעולם והליכים אחרים כגון אימוץ, הילד אינו זכאי בגיל בגרות לבקש מידע על-אודותיו (כלל 24 לחוזר המנכ"ל; לדיון בשאלת אנונימיות התורם ראו דין וחשבון הועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפרייון וההולדה בישראל עמ' 34-36; רות זפרן "סודות ושקרים" על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519, (תשס"ה)). יש לציין כאן, כי שאלת האנונימיות היא מושא לויכוח בפני עצמו, שכן מולה עומדת זכותו של "ילד קטין, שלא להיות מושתק כל ימי חייו מלדעת מי הוא אביו מולידו" (ראו ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 758, 736 - השופט (כתארו אז) מ' אלון); עם זאת, שאלה זו עדיין לא נבחנה בהקשר של תורם הזרע. עובדת האנונימיות במצב הקיים מנתקת את התורם כמעט מכל הקשר "אבהי" מלבד ההקשר הגנטי, הנותר עלום. לכאורה לפי הדין הקיים אין התורם חייב בשום חובה ממונית, חברתית, או אחרת ליילוד. למעשה, כלל לא ברור אם וכיצד יידע התורם שהפך לאב, שכן כאמור הדבר כפוף להצלחת ההליך הרפואי, וללא בירור מצידו הדבר לא יתגלה לו. דברים אלה עולים גם מדברי הנשיא ברק בפרשת נחמני, בהדגישו את מצבו של מר נחמני לעומת זה של תורם אנונימי:

"ביסוד ההסכמה בין הצדדים - בין שנראה בה 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 ילד משותף - 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 משפחתית'. תורם הזרע אינו עלום. זוהי הורות משותפת בכל אתר ואתר" (שם, עמ' 790; ההדגשה הוספה - א"ר).
מב. מדברים אלה ניתן להבין, כי הפגיעה באוטונומיה של מר נחמני היתה קשה, ונגעה לליבת הזכות שלא להיות הורה. לעומתו בענייננו מדובר בפגיעה חלשה יותר, שאינה נוגעת לגרעין הזכות. הקשר שנותר, למעט שינויים אפשריים בדין, הוא גנטי בעיקרו - "אב גנטי", ולא אב במלוא משמעותו המשפטית והחברתית של המונח. עם זאת, כפי שחזרנו וציינו מעלה, העובדה שבעניינו מצטמצמת הפגיעה ליסוד הגנטי של ההורות אינה מאיינת את הפגיעה באוטונומיה. בסוגיה זו נעסוק כעת.

הפגיעה בתורם
מג. על היחלשותו של מודל קביעת ההורות על בסיס גנטי מול מודלים של הורות פסיכולוגית, הורות חברתית-פונקציונלית (או בשם אחר "הורות פסיכולוגית"), ומודלים אחרים כדוגמת מודל טובת הילד ומודלים המבוססים על הסכמת הצדדים, בהקשר הרחב נכתב לא מעט (להרחבה ראו י' מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553 (תשע"ב) ובעיקר הסקירה המובאת בפרק ה' שם). מבלי להביע עמדה לגבי דילמת קביעת ההורות באותם מצבים, ברי כי כיום, בשעה שהמודל הגנטי אינו מצוי עוד לבדו, קל וחומר במקרה של תרומת זרע בו אף איש אינו טוען "אופרטיבית" לאבהות של התורם, יתכן כי קשר גנטי זה אינו חזות הכל (ראו ע"א 3077/90 פלזיט נ' פלזיט, פ"ד מט(2) 578, 599-605 (1995)).
מד. ואכן אחרי שנים של הליכה יד ביד עם המודל הגנטי באופן בלעדי (עמדה שקיבלה ביטוי בשני דברי החקיקה המרכזיים בעניין קביעת הורות: סעיף 3(א) לחוק שינוי זכויות האשה, התשי"א-1951 וסעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 - חרף אי-הגדרת המונח הורה), עשה אף המחוקק כברת דרך מסוימת בהתרחקות מן המודל הגנטי, בקבעו את ההורות בחוק הפונדקאות החדש, שלא על פי המודל הגנטי הישיר, אלא על פי "צו הורות" (חוק הסכמים לנשיאת עוברים סעיף 10); בדומה לכך גם קבע סעיף 42 לחוק תרומת ביציות: "יילוד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית, יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין" (ההדגשה הוספה - א"ר), קרי קביעת הורות ללא קשר גנטי לנתרמת, אלא קשר פסיכולוגי בלבד.

מה. ואולם, גם אם נמצא קולות - ואין הם הקולות המרכזיים - שלפיהם הזיקה הגנטית נחלשה במובן המשפטי והחברתי, במיוחד בהקשר של תרומת זרע, היא עודנה כבדת משקל; אך מכל מקום, הפגיעה באוטונומיה עודנה ממשית וחזקה, והיא מכריעה את הכף בעניינו, בסופו של יום. כך תיאר אותה התורם עצמו במכתבו הנזכר מעלה:

המעשה הנ"ל [תרומת הזרע - א"ר] אינו מתאים כיום להשקפת עולמי... איני מעוניין בכל שיוולד לי ילד ללא שאוכל לתת לו אהבה, וללא שאני אוהב את אימו. אני רואה קשר בין המטען הגנטי שלי לתנאים אלה..."

מו. הפגיעה באדם כתוצאה מתחושתו - גם אם זו באה במאוחר ותחילה סבר אחרת - כי ילד יוצא חלציו "מהלך בעולם", והוא אינו יכול או רוצה, אם מטעמים דתיים ואם מבחינת משאבי הזמן והרגש, להקדיש לו אהבה ותשומת לב - היא בלתי נמנעת, ונוגעת למצפונו המוסרי הסובייקטיבי. לא יועילו לאותו אדם כל ההבחנות המשפטיות וההלכתיות שנזכרו מעלה; פגיעה זו תוארה על ידי המלומד חיים גנז: "עומדים לנגד עיני האינטרסים שיש לבני-אדם לא להימצא במצבים שבהם אין הם מקיימים את מה שהם רואים כחובותיהם המוסריות והרגשיות, או האינטרסים שיש להם לא להימצא במצבים שבהם הם משלמים מחיר גבוה מדי כדי למלא את חובותיהם המוסריות, או לא להימצא במצבים שבהם הם מתלבטים אם לקיים את חובותיהם המוסריות והרגשיות או מרגישים רגשי אשם על שאין הם מקיימים אותן (חיים גנז "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח 83, 99 (תשנ"ד)).

מז. נראה לי, כי דברים אלה עשויים לקלוע לתחושת התורם בנידון דידן, כפי שבאה לידי ביטוי בפנייתו לבית המשפט. לשם כך נקבע הכלל, כי אין החברה רשאית, בהעדר נימוקים כבדי משקל, להתערב בשאלות האינטימיות של הולדה. יש לזכור, תורם הזרע איננו מביע עמדה כנגד הבאת ילדים לעולם כעיקרון, והוא גם נישא והוליד, אלא קשה עליו התחושה כי הצאצאים שיוולדו מתרומתו לא יהיו ילדיו למעשה, לא יזכו לחיבתו, ולא יהיו פרי אהבתו. על משקלם של דברים אלה איננו יכולים לחלוק. כפי שהטעים השופט (כתארו אז) אור בפרשת דעקה:

"זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו - היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של כל פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט מגדיר את אישיותו ואת חייו של הפרט... הזכות לאוטונומיה של הפרט אינה מתמצה במובן צר זה, של אפשרות בחירה. היא כוללת גם רובד נוסף - פיזי - של הזכות לאוטונומיה, הנוגע לזכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו... מזכות זו משתמע, בין השאר, כי לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו... ההכרה בזכותו של אדם לאוטונומיה היא רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו, כשיטת משפט של מדינה דמוקרטית... היא מהווה את אחד הביטויים המרכזיים לזכותו החוקתית של כל אדם בישראל לכבוד, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ע"א 2781/93 על דעקה נ' בית החולים 'כרמל', חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570-571 (1999)).

מח. כשם שהבחירה הראשונית מטעמים אלה ואחרים ליתן תרומת זרע על כל המשמעות הכרוכה בכך היתה של התורם, בשעה שגישתו הערכית היתה שונה, כך גם הבחירה לחזור בו מהסכמתו. כפי שמגדיר חוזר המנכ"ל:

"לא יילקח, לא יתקבל ולא יעשה שימוש בזרע של תורם לשם הזרעה מלאכותית אלא אם התורם נתן את הסכמתו לשימוש בזרע" (כלל 25(ה); ההדגשה הוספה - א"ר).

קרי, ההסכמה נדרשת לעצם לקיחת הזרע, לקבלתו לבנק הזרע ולשימוש בו. כך למשל ברי, שאילו התחרט תורם הזרע ברגיל בשלב בו לא נעשה כלל שימוש בזרעו - לא היה הבנק מעלה על הדעת לטעון, כי אין לתורם זכות לחזור בו (ולצורך המשך הדיון, כי התורם הפר את החוזה מול הבנק). משמעות דברים אלה אינה כי בכל מצב תתקבל בקשתו של תורם זרע, שלא יעשה עוד שימוש בזרעו; השלב בו באה הבקשה הוא רלבנטי ואף קריטי. עשויים להיות טעמים טובים וכבדי משקל שלא לאפשר לתורם לחזור בו, כגון במצב שנוצר בעניין נחמני, וכל שכן אם נקלט הריון. אך שלא בנסיבות אלה, לזכותו לחזור בו ולפגיעה בזכות זו משקל ממשי ומכריע את הכף. אכן, הוא נתן הסכמתו וקיבל תשלום, אך אין מדובר ב"עסקה" רגילה אלא בנושא שיש בו היבט רגשי עז. צו מצפוני ורגשותיו של התורם, הוא עניין ערכי ואינו ניתן לכימות פשוט במובן המשפטי; כפי שהטעים השופט גולדברג בפרשת נחמני:

"[הנושא - א"ר] 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 הסבר לחלל הנורמטיבי ולקוצר ידם של הכללים המשפטיים המקובלים לתת מענה לסכסוך" (שם, עמ' 723).

כמוהו הטעים השופט קדמי, כי "התשובה תימצא אפוא בעולם הערכים הפנימי של כל אחד מאיתנו. אף איננו מהסס לומר, שמותר לה שתימצא באוצר הרגשות שבתוך לבו של כל אחד מאתנו" (שם, עמ' 735). אף אם בעניינו אין מדובר באותו "מקרה קצה" כפי שהיתה פרשת נחמני, עלינו להכיר במגבלותינו בעת הערכת מידת הפגיעה בתורם, שהשקפת עולמו כיום מטילה עליו חובות מוסריות כאלה ואחרות, אשר הבאת צאצאים לעולם אשר לא יגדלו להיות ילדיו בפועל מנוגדת להן. נשוב ונזכיר, כי כניסתו כנטען של התורם לעולם הדתי מביאה עמה פגיעה הנובעת מעולם ערכים זה. כאמור, דעה רווחת בהלכה אוסרת על יהודי לתת תרומת זרע בשל האיסורים על הוצאת זרע לבטלה, החשש מתקלות בעתיד כגון נישואי קרובים, "יום וחליצה ועוד (ראו פסקה נ"ז להלן). אף למעמדו של הילוד נידרש בהמשך. עמידה על אוטונומיה בשאלה מה יעשה בזרעו של אדם אינה צריכה לבוא ממקור דתי; אך הכניסה לעולם הדתי עשויה להעצים אותה, כפי שככל הנראה קרה כאן, ויש לכבד זאת. ושוב - אין מדובר בעניין של מה בכך; הזרע הוא סוג של המשכיות לאדם, ומכאן החשיבות לאוטונומיה של אדם להחליט לגבי שימוש בו, גם אם מתחילה סבר אחרת. זו "אוטונומיה בדרגה גבוהה". מט. לבסוף, הפגיעה בתורם אינה מתמצה ביכולת הבחירה שלא להיות אב, אלא היא מתפרסת גם על האוטונומיה שלו להחליט באשר למעמדו כאב. כלומר, אדם הרואה את ההורות הגנטית-ביולוגית או "קשר הדם" כמקומה לו חובות מוסריות כאב, נפגע באוטונומיה שלו הן בעצם שלילת הבחירה הן באי-קיום חובותיו על פי גישתו המצפונית או הדתית. ההכרעה בעניינו

נ. סבורני, כי נוכח הניתוח שהוצג עד כה, בהתנגשות הרצונות בה עסקין גובר, בגדרי האוטונומיה, רצונו של התורם שלא להיות אב גנטי לצאצאים נוספים, על אינטרס העותרת להבאת ילדים לעולם בעלי אותו מטען גנטי; אינטרס אחרון זה אין די בו משפטית כדי לאיין את זכותו של התורם לחזור בו. החירות ההורית מצריכה שיתוף פעולה של שניים, במסגרת נישואים או במסגרת תא משפחתי אחר, לרבות - אם גם בעוצמה נמוכה בהרבה - במסגרת תא משפחתי חד-מיני באמצעות תרומת זרע; ויכול שיהיה באמצעות גורם שלישי כבנק הזרע. כמוכן, כי יש הבדלים בין המצבים הנזכרים, ואלה אף עשויים בנסיבות אחרות לשנות את התוצאה; אולם בנידון דידן לא מצאתי טעמים המצדיקים לכפוף את רצונו של התורם לשם קיום רצונה של העותרת.

נא. ההגנה על זכותה של העותרת להביא לעולם ילדים בעלי אותו מטען גנטי נעצרת במקום שבו מתנגשת עמה בעליל זכותו של התורם. במשטר של זכויות יחסיות, אין זכות המקנה לבעליה עליונות מוחלטת במימושה. לפיכך, האינטרסים הנכוחים המצויים בבסיס טענות העותרת נסוגים למול זכותו של התורם לאוטונומיה (ראו והשוו לדברי השופט מצא, בפרשת נחמני עמ' 750-751). נב. חוששני - בכל ההבנה האנושית לרגשות העותרת - האינטרס להורות מאדם מסוים, כאמור בתגובת המשיבים, אינו מוכר בדין ואינו בר הגנה. יתר על כן, גם אילו הנחנו כי ניתן לראות בנידון דידן פגיעה באוטונומיה של העותרת לבחור עם מי להביא ילדים לעולם, לא תזכה העותרת להגנה; שכן כאמור, עסקין בחירות, שכדי להגשימה יש צורך בשיתוף פעולה של אחר:

"זכות 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... אילו הייתה הזכות להיות הורה ממין הזכויות במובן הצר, שחובה מולו, 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 הנזקק לשיתוף פעולה להשיג אותו מן האחר על-ידי קבלת הסכמתו לכל אורך הדרך. הזכות להיות הורה מצריכה - במקרה של סירוב מצד בן הזוג - אקט שיפוטיוזיטיבי כפייתי, ואילו הזכות שלא להיות הורה מחייבת שלא להתערבולא 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" (פרשת נחמני, עמ' 682-683 - השופט שטרסברג-כהן).

בפרשת נחמני - בה היו על כף המאזניים מזה הזכות הגרעינית להורות, קרי עצם היכולת להיות הורה, ומזה הזכות לאוטונומיה, קרי הרצון שלא להיות הורה - נקבע כי בנסיבות יש להעדיף את הזכות להורות. בנידון דידן, לעומת זאת, אין העותרת יכולה להצביע על פגיעה בזכות להורות. מקום שעל כף המאזניים רצונה להורות מזרעו של אדם אלמוני, ומנגד רצונו של אותו אלמוני שלא להיות עוד הורה - גם אם כאמור גנטי בלבד - בדרך של תרומת זרע, נראה כי אין מקום להכריע לטובת עתירתה.

נג. יש להדגיש, כאמור, בנידון דידן הצביעה העותרת, לכל היותר, על פגיעה במעטפת המוגנת על ידי הזכות לאוטונומיה. אין פגיעה בזכות העותרת עצמה להורות, והשאלה היא ממי תהרה; לכן - גם אם נניח לצורך הדיון, כי זכותה של העותרת לאוטונומיה נפגעה, וכאמור איני סבור כך, מכל מקום לא בעוצמה - בניגוד לפרשת נחמני, ההתנגשות וההכרעה בעניינו נוגעת לזכותה של העותרת לאוטונומיה מול זכותו של התורם לאוטונומיה; וכפי שהוזכר, "לא כל רצון אנו מכבדים, ולא כל רצון יש לכבד באותה מידה" (ברק-ארז, עמ' 199). בתחרות בין שתי "אוטונומיות" אלה נראה - מבלי רצון, כמוכן, לפגוע בשאיפותיה וברגשותיה של העותרת - כי התורם מכריע את הכף, שהרי לגביו עסקין בצד משפטי "אקטיבי" - שימוש בזרעו, ואילו לגביה עסקין בנסיבה "פסיבית" - מניעת שימוש בזרעו של התורם.

נד. יתכן שאינטרס ההסתמכות החוזית נפגע כאן ויתכן שאף שיקולים ואינטרסים ציבוריים נוספים (כגון השפעות הרחוב והצורך בשמירה על יציבות בנק הזרע). אולם המשפט כדרכו במקרים דומים, אינו כופה בשאלות האינטימיות של החיים האנושיים בהעדר נימוקים כבדי משקל (ראו ע"ת 413/80 הנזכר מעלה; פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו - מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים י"ח 459 (תשמ"ט)). ונשוב ונאמר - עוצמת האינטרס של העותרת, בלי לפגוע, אינה יכולה להטות את הכף אל מול האוטונומיה של התורם. נה. הארכנו בדברים, שכן - כאמור ברישה - יש לבחון כיצד יימנעו מקרים עתידיים ויש להתייחס גם להשלכות הרחוב האפשריות. הסוגיה בה עסקינן קוראת להתערבותו של המחוקק. וזה המקום להזכיר, כפי שציין המלומד י' גרין בספר נוסף שכתב בנושא ('פרו ורבו' בעידן המודרני: משפט והלכה (2008), עמ' 99): "יש להיזהר מדיון ברמה העקרונית-התיאורטית המנותקת מהמקרה המסוים העומד להכרעה. אין 'קל' מדיון תיאורטי, אך הפתרון הנדרש הוא למקרה הפרטי. דומה, כי הדיון בשלב הערעור בפרשת נחמני ממחיש זאת". לכאורה די היה באמור כדי לסיים את הדיון במקרה הנוכחי, עם זאת ראיתי לנכון לדון בתמצית בעמדת המשפט העברי בסוגית תרומת הזרע ומעמדו של התורם, שכן בחלק מן ההקשרים בהם דנו, ובמיוחד בסוגיה של ייחוס הנולד לתורם הזרע, נודע לו משקל רב בעיצוב הדין הישראלי וכן בחלק מן הטענות במישורי הדיון האחרים שנזכרו, ולהסביר מדוע אין התוצאה בעניינינו משתנית. עמדת המשפט העברי

נו. האפשרות של לידה כתוצאה מהפריה מלאכותית, אם כי באקראי, נזכרת כבר בתלמוד (בבלי חגיגה י"ד, ע"ב-ט"ו, ע"א) לעניין כהן גדול האסור בנישואי אשה שאינה בתולה (ויקרא כא, י"ג וט"ו): מעוברת, הטוענת שהיא עדין בבתוליה, מותרת לכהן גדול, "שמה באמבטי עיברה", קרי מחדירת זרע לרחם, שלא על ידי קיום יחסי מין, אגב רחצה באמבטיה שלמימיה נפלט זרע אדם. ההלכה מבחינה בין שאלות כגון האם הטכניקה של הפריה מלאכותית מותרת לכשעצמה (ובהקשר הנוכחי, האם קיים איסור על תרומת זרע), לבין תוצאותיה ההלכתיות והמשפטיות של הפריה שבוצעה. באשר לעצם תרומת הזרע על-ידי יהודי, כותב פרופ' הרב אברהם שטינברג "טכנולוגיות חדשות בטיפול פוריות - היבטים הלכתיים" פרק מתוך ספרו שבכתובים "רפואה כהלכה", שנדון בכינוס הדיינים בתשע"ב, כי "יהודי התורם זרע לאשה זרה עובר על איסור הוצאת זרע לבטלה..." וזאת על פי מקורות שונים כגון הרב משה פינשטיין (אגרות משה אבן העזר א', סימנים י"א) והרב א"י ולדינברג, וש' ציץ אליעזר, ט' נ"א.

נז. אשר לסטטוס היילוד, מצויות בספרות ההלכתית, בין פוסקי זמננו ופרשניהם, דעות שונות, מהן מחמירות (קרי, רואות בחומרה את עצם ההזרעה המלאכותית מתורם זר יהודי, ורואות בתורם אביו של היילוד ועל כן - כשהמדובר באשה נשואה - חשש ממזרות), ויש המקילות, מנתקות את הקשר ואינן מייחסות בהכרח את היילוד לתורם הזרע, וגם מתירות לו לבוא בקהל בלא חשש ממזרות. במישור ההלכתי אחת השאלות היא האם רואים את היילוד כ"שתוקי", קרי, "כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו" (משנה קידושין פ"ד מ"ב), שהוא ספק ממזר; ראו בין השאר המאמרים המעניינים והדעות החולקות זו על זו בתחומין כ"ד (תשס"ד); הרב מ' רלב"ג במאמרו שם "ייחוס ולד הנולד על-ידי הזרעה מלאכותית" (עמ' 139), מסקנתו היא כי "יילד הנולד לרווקה על-ידי הזרעה מלאכותית מזרע שנלקח מבנק הזרע, הן בחו"ל הן בארץ ישראל, אין דינו כשתוקי, האסור מחשש ממזרות, אלא כשר הוא ומותר לשאת בת ישראל כשרה" (עמ' 147). בין היתר מובאות לתמוך בכך דעות מרכזיות בפסיקות ההלכה, כגון הרב משה פינשטיין, הרב שלום משאש ועוד. ומנגד, ראו הרב י' אפשטיין "ייחוס של הנולד מזרע שמקורו במאגר זרע", שם עמ' 147 שמסקנתו "נראה שהילד הנוצר מהפריית פנויה בלי ידיעה מי בעל הזרע מרבה שתוקים בעולם, וצריך להימנע ממנה ככל האפשר" (עמ' 155); וראו עוד הרב ג' אורנשטיין "הפריה חוץ גופנית - ייחוס היילוד וקיום מצוות פריה ורביה", שם עמ' 156, שגישתו הכוללת (עמ' 156-157) היא כי ליילוד ייחוס לאב, דבר המוסיף כמובן לדילמות התורם. כן ראו פרופ' הרב אברהם שטינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית (מהדורה שניה, תשמ"ח), עמ' 148; ורשימתו "הזרעה מלאכותית" פרשת השבועיקרא בעריכת א' כהן ומ' יוגדה (תשע"ב), 102; א' גרין 'פרו ורבו', עמ' 125-180. הרב פרופ' שטינברג בחיבורו הנזכר "טכנולוגיות חדשות בטיפול פוריות - היבטים הלכתיים", סבור ככלל, כי "אסור לבצע הזרעה מלאכותית לאשת איש מתורם זר שהוא יהודי, כי פעולה זו כרוכה בהרבה תקלות מוסריות-חברתיות והלכתיות". והוא מבאר, כי יש הסבורים שהאיסור הוא מן התורה, ויש סבורים אחרת ותולים את האיסור בשיקולים מוסריים-חברתיים, כגון ניתוק קשר בין היולדת לילדים לנישואין והפיכת "הולדת ילדים לעניין שרירותי ומכני, המשולל אותן סגולות אנושיות העושות את האדם לשותף להקב"ה במעשה הבריאה". עוד ציין, כי הלכתית יתכנו סיבוכים של נישואי קרובים אסורים, ושאלות ירושה - בין היתר לא יקבל היילוד בפועל חלקו מירושת בעל הזרע, אף בשיטות שהוא נחשב כבנו. הבעל תורם הזרע - כך השיטה - הוא אביו של היילוד לכל דבר, ולפיכך היילוד "אסור בקרובי בעל הזרע, יורשו בנכסיו, אמו פטורה מייבום וחליצה ובמזונותיו" (אציין כי לעניין מזונות ודומה כי ישנן גם דעות אחרות). זאת, מעבר לכך ש"לכתחילה אסור לבצע הזרעה מלאכותית לאשה פנויה. במקרים מיוחדים אפשר לעשות שאלת חכם", וישנם מקרים שבהם ייתר הדבר, "כגון אשה רווקה שעשתה מאמצים להתחתן ולא הסתייע בידה, והיא מגיעה לסוף תקופת הפוריות שלה, ונפשה חפצה בולד, ובבחינת 'חוטרא לידא ומרה לקבורה' (משענת ליד ומעדר לקבורה - א"ר) (יבמות ס"ה, ב'), והכל בהתאם לראות עיני הדיין, ולתנאים המותרים של הזרעה מלאכותית". אוסיף: רוצה לומר, אשה זו החפצה בילד גם כדי שיהא לה על מי להישען לעת זקנה הרי בכך עילה לשאלת חכם - ולהקל מן הסתם.

נח. וראו לאחרונה בפסיקת בתי הדין הרבניים תיק (באר שבע) 90215/01 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (ט"ו בכסלו תשע"ג, 29.11.12), שם נדון מעמדו של קטין שנולד לאם פנויה מהזרעה מלאכותית, ואין ידוע מי תורם הזרע. בית הדין קבע להתיר לקטין לבוא בקהל, בנמקו במפורט כי אין חשש ממזרות מהזרעה מלאכותית, ובין השאר נאמר (פסקה ח') "זוהי ברור שאם הולד שנולד מהזרעה מלאכותית אינו מתייחס לאביו, אין כאן גם חשש ממזרות", שכן "דין זה שהזרע מתייחס לתורם הזרע, אינו ברור ומוכח כל צרכו". ואוסיף, כי עוד לפני שני עשורים כתב הרב ש"מ עמאר (כיום הראשון לציון ואז דיין בפתח תקוה, כמופיע בספרו שמע שלמה ב', אבן העזר סימן ב' עמ' ק"נ-קנ"ו) לגבי ילד שנולד מהפריה מלאכותית שיש להתירו, וראו סיכום ההלכה שם וזו, על פי הידוע לי, דעתו הברורה גם כיום. ראו גם פרשנות מאת שרה חטב לפסק דינו של בית הדין בבאר שבע ("ממזרים חסרי כבוד", צדק - מקור ראשון, י"ד בשבט תשע"ג-25.1.13).

נט. מן הספרות המחקרית המביאה מדברי פוסקים נזכיר כי פרופ' מ' קורנאלדי, בספרו דיני אישים, משפחה וירושה - בין דת למדינה, מגמות חדשות (תשס"ד) נדרש אף הוא לעמדת המשפט העברי לענין תרומת זרע, בהמשך לחיבור קודם שלו - "מעמדו המשפטי של ילד הנולד מהפרייה מלאכותית מתורם זר או תרומת ביצית", שנתון המשפט העברי י"ח-י"ט, 295 (תשנ"ב-תשנ"ד). נקודת המוצא שלו היא תשובת רבנו פרץ, מבעלי התוספות במאה השלוש עשרה (שיש שתי גירסאות לעמדתו); ראו עמ' 79-81. לשיטת רבינו פרץ, "הילוד לאשת איש משכבת זרע של זר - שלא מבעילת איסור - כגון על-ידי קליטה דרך סדין - אינו ממזר ("ולד כשר"), שאין כאן ביאת איסור וערוה". תשובה זו היא היסוד ההלכתי למשל לעמדת הרב משה פיינשטיין שהזכרנו, ראו האסמכתאות עמ' 81 הערה 30; כן מובאים דברי הרב א"י ולדינברג (ציץ אליעזר ט', נ"א שער ר', רמ"ט), בדומה לעמדת הרב פיינשטיין שלגביו בהיעדר ביאה רגילה אין חשש ממזרות מתעורר, כי "לא קרב זה מיהת אל אשה כלל ובעד בצע כסף הוא שנתן מזרעו לכך, והאשה נתעברה, על כל פנים, מבלי פעולה של קום עשה מצדו להפעלת העיבור. יתר על כן, הרי בכאן באה אחר כך פעולת הרופא, ובלי זה הרי השכבת זרע של האיש הזה מושלכת כאילו על העצים והאבנים...". סיכומו של פרופ' קורנאלדי הוא, כי בהלכה תופסת מקום גם שיטה, שהמסכים לשימוש בזרעו לאשה בלתי ידועה "דינו כמפקיד זרעו ובאופן שנפקע היחס הטבעי, ולא נוצר קשר יוחסין בינו לבין הילוד, הנחשב כחוסר ייחוס מצד האב"; ודברי הרב בצמ"ח עוזיאל (שערי עוזיאל ב', רל"ד) ברוח דומה. "שאינן תולדותיו של אדם מתייחסות לו, אלא כשהן נוצרים בדרך כל הארץ בקירוב בשר..." (עמ' 82-83). ד"ר מיכאל ויגודה - "מעמד מי שנולד מבנק זרע", פרשת השבוע תשס"ז (282) - מזכיר כי הרב יחיאל יעקב וינברג, בשו"ת שרידי אש (מהדורת הרב א"א וינגרט) א', מ"ט, ראה במי שנולד בהפריה כשתוקי ודינו כממזר, אך מנגד הכריע הרב עובדיה יוסף לקולה. המחבר מביא גם מדברי הרב אשר וייס הנוטה לקולה, שכן זו הזרעה ללא ביאה כלל (בדומה לדעות הרב פיינשטיין והרב ולדינברג שהבאנו); וראו האסמכתאות הנוספות שם. סיכומו של ד"ר ויגודה הוא "דומה שהפתרון הראוי הוא למצער בהסדרה נאותה של נושא רגיש זה ובקביעת כללי רישום ובקרה שיבטיחו מחד גיסא שאשה לא תקבל זרע מקרוב משפחה או מפסול שיאפשרו למנוע נישואי קרובים, ומאידך גיסא תישמר בסוד זהותם של התורמים... חשוב לוודא שההסכמה מדעת של הנזקקים לשירותיהם של בנקי הזרע תכלול גם הבנת המשמעויות ההלכתיות של התהליך ויפה שעה אחת קודם". לענין בנק הזרע ראו גם הרצאתו של הדיין הרב דוד מלכא, "היבטים הלכתיים בפעילות 'בנק זרע'", כנס הדיינים, תשס"ח. לענין תפיסת ההורות בהלכה ראו גם ערן שילה, "עוד על תפיסת הורות בהלכה - 'כי יסיר את בנק' פרשת השבוע 324 (תשס"ח).

ס. מכל האמור עולה, כי מצד אחד ישנה אסכולה נכבדה, אילנות גדולים להיתלות בהם, הנוקטת בגישה אשר מנתקת את הקשר האבהי לתורם, ויש הסבורים אחרת. כמו בנושא כולו, אצטרף לקריאתו של ד"ר ויגודה למחוקק לומר דברו, ולטעמי בכיוונים שהציע. ואולם, במצב הנוכחי, עשוי תורם להימצא בחשש באשר למעמדו ההלכתי בהקשרים השונים, הן באשר לעצם התרומה הן באשר לתוצאותיה, והדבר עשוי להוות סניף וסיוע לעמדה מסתייגת מן התרומה ומתוצאותיה כפי שהובעה על-ידיו במקרה הנוכחי, בלא שכשלעצמי אטע מסמרות או אצטרף לכך דווקא.

מערכת החוזים בין הצדדים וטענות נוספות

סא. לכאורה, כאמור, ניתן היה להתבונן במקרה גם במשקפי המשפט הפרטי ודיני החוזים; למושג חוזה משמעויות ומובנים שונים, אך מקובל לראות במסמך המבטא את רצון הצדדים, והמשקף "הבטחה" שיש לכבד, חוזה שעליו חלים ממילא דיני החוזים (ראו גבריאלה שלו דיני החוזים - חלק כללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) עמ' 13). על פניו יוצרת מערכת הטפסים שנזכרו מעלה שני חוזים בין שלושה צדדים - בין התורם לבנק הזרע, ובין בנק הזרע לנתרמת; אמנם אין חוזה בין התורם לנתרמת. אולם החלת דיני החוזים לא תשנה מן התוצאה; אותם ערכים ושיקולים שדנו בהם עד כה יקבלו ביטוי גם כאן, באמצעות מושגי השסתום: עקרון תום הלב; תקנת הציבור; ועקרונות הצדק שבאכיפת חוזה. תום הלב, למשל, הוא צוהר שדרכו זורמים ערכי שיטתנו המשפטית וערכי המשפט הציבורי, לתוך המשפט הפרטי. לפיכך, בשורה התחתונה, יישום הדין והעקרונות שנזכרו מעלה מובילים לאותה תוצאה גם בדיני החוזים, אם כי הבעיות שעלולות להתעורר מכך מורכבות (למשל, עלולה להתעורר השאלה היש לראות את החוזים בנידון דידן כחוזים אחידים לפי חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982); לא יהיה נכון להכריע בשאלות אלה במסגרת דיון אגבי, בלא תשתית מספקת לדיון.

סב. בפרשת נחמני הטעימה השופטת דורנר מדוע אין לדידה להחיל את דיני החוזים על אותו מקרה:

"...הסכם להולדת ילדים אינו חוזה. חזקה על בני-זוג שאינם מעוניינים להחיל את דיני החוזים בעניינים מסוג זה... 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..."

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 האיזון 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 האיזון" (שם, עמ' 717). אמנם התמונה בענייננו שונה: ואין לדעתי להתייחס למערכת החוזים בענייננו כבטלה נוכח תקנת הציבור (ראו פסקה 35 לעתירה); דומה כי אינטרס ציבורי הוא המשכיותם של בנקי הזרע, המסייעים לרבים מדי שנה לממש את הזכות להביא ילדים לעולם; לפיכך יצירתה של מערכת חוזים הסכמית יציבה המקיימת את בנקי הזרע היא אינטרס ציבורי, וכמובן גם אינטרס מובהק של הצדדים. חיזוק מסוים לכך ניתן למצוא בהתייחסות הפסיקה לסוגיית המזונות שנזכרה מעלה; נכונותם של בתי המשפט להכיר במזונות בעלה של נתרמת מכוח התחייבות חוזית ביניהם מחזקת את המסקנה, כי ניתן להסדיר סוגיות אלה באמצעות דיני החוזים והמשפט הפרטי. לעניין זה ראו עניין סלמה; תמ"ש (משפחה ירושלים) 10681/98 פלוני נ' אלמוני (19.9.2000); ועמדת השופטים אור (עמ' 764) וזמיר (עמ' 780) והנשיא ברק (עמ' 790) בפרשת נחמני; עוד ראו י' מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835, 887 (תשע"ב). חיזוק נוסף ניתן למצוא בגישת המשפט הישראלי להפרה של הבטחת נישואים, גישה הרואה בהסכמה להינשא הסכמה בלתי אכיפה אך בת פיצוי (ראו ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוגי, פ"ד נח(6) 209, 220-225 (2004)). עלי להציב כאן, עם זאת, "תמרוז אזהרה"; והרי איננו עוסקים בדיני החוזים ה"רגילים", בתחום כלכלי. עסקינן בסוגיה הכוללת רכיבים רגשיים משמעותיים, ומשקפי דיני החוזים הם רק חלק מן התמונה.

סג. עדיין בתחום דיני החוזים, המשיבים טענו ובצדק, כי ניתן לראות בחוזה שבין תורם הזרע לבנק - חוזה שאינו מוגדר בזמן, ולפיכך כזה שכל אחד מן הצדדים יכול לסיימו עקב שינוי נסיבות, בכפוף לחובת תום הלב. אכן, פרשנות משלימה של חוזה שלא נקבעה במסגרת הגבלת זמן מביאה למסקנה, כי ההנחה היא שהצדדים לא התכוונו שהחוזה יקשור אותם לנצח (ע"א 9609/01 מול הים נ' עו"ד שגב, פ"ד נח(4) 106, 141 (2004)). טוענת העותרת, כי חלקו של התורם נגמר במכירת הזרע לבנק ואין מדובר כאן בסיומו של החוזה ללא מועד פקיעה. איני יכול להלום דברים אלה; ספק גדול בעיניי אם ניתן למתוח גזירה שווה בין מכירת רכב, למשל, למכירתו של זרע. סבורני, והדברים נאמרים בזהירות המתבקשת, כי מקום שאדם מוכר את זרעו - אם נכנה את התרומה בשם "מכירה" - אין הוא מקנה לזולת בעלות קניינית מן הסוג ה"רגיל" על ה-DNA הייחודי לו (כך למשל לא נראה, שהוא מקנה זכות "לשכפול" גנטי - אילו היה הדבר אפשרי, כמובן); כלומר בנק הזרע אינו רוכש "בעלות קניינית" על הצופן הגנטי של התורם באופן המנתק אותו - כטענת העותרת - מהמשך התהליך (והדברים רלבנטיים גם לטענות בדבר רכישת זכות שמירה של מנות הזרע או זכות קניין אחרת). מדובר בשאלה מורכבת, אך דומה שניתן לצאת מן ההנחה כי מדובר בחוזה ללא הגבלת זמן, אשר אינו מקנה זכות בעלות-קניינית - ולפיכך צד לחוזה רשאי לחזור בו מהסכמתו.

סד. ודוק, כפי שצוין, אפשרות זו איננה בבחינת "זכות וטו" של התורם לאורך כל הדרך; "נקודת האל-חזור", בה ישתנה איזון הזכויות והאינטרסים, ואותו תורם יאבד את האפשרות המשפטית לסיים את החוזה ולחזור בו מתרומתו, עשויה להשתנות בהתאם לשיקולים שונים; בין היתר ניתן למנות את עוצמת ההסכמה והאופן בו קיבלה ביטוי מתחילה (למשל ההבדל בין חוזה בכתב לחוזה בעל-פה), נקודת הזמן בה מתבקש סיום החוזה; סוג ההליך והזיקה הפיסיולוגית בה מדובר (כך, למשל, מסופקני - כאמור - אם תהא דרך חזרה במקרה שתרומת הזרע כבר הופרתה בביצית של הנתרמת במסגרת הפריה חוץ גופית, וכמובן על אחת כמה וכמה שלא תהא דרך חזור במצב בו מדובר בהריון בגוף הנתרמת או בגופה של אם פונדקאית); הדין ביחס לקביעת הורות באותו מקרה, הסכמה על ידי הצדדים האחרים לביטול ההליך (שכן יתכנו להסכם יותר משני צדדים - למשל במקרה של פונדקאות מלאה); וכמובן טובת הילד שיולד - והרשימה איננה סגורה (לתחילתו של דיון בסוגיות אלה ראו 'מרגלית שם, עמ' 874). יש לזכור, ההסכמה הדיספוזיטיבית כשלעצמה אינה מגדירה את נקודת האל-חזור; זו נקבעת על ידי הדין. כך נעשה גם במסגרת חוק תרומת ביציות ממנו ביקשו המשיבים להקיש; ראו סעיף 44, שלפיו רשאית תורמת או מטופלת לחזור בה מן ההסכמה שנתנה לעניין שאיבת ביציות מגופה "בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה לייעד את הביציות שנשאבו מגופה, ולעניין הסכמה לייעד ביציות להשתלה - בכל עת לפני הפריית הביציות, והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מהסכמה כאמור". זה המקום לציין, כי גם אם המחוקק לא אמר את דברו בעניין הנוכחי, ניתן לכל הפחות לחזק את המסקנה אליה הגענו אנו, מכיוונו של חוק זה, שבמהותו עוסק בסוגיה קרובה עד מאוד.

סה. בענייננו - כפי שראינו מעלה - באף לא אחד מן המסמכים החוזיים בין הצדדים אין התייחסות לאפשרות, כי מטעמים שאינם איכות הזרע או התאמתו הרפואית לא תוכל הנתרמת לעבור הזרעה מתרומת זרע שבחרה לפי הנתונים הכלליים שבפניה; בודאי אין התייחסות קונקרטית לשאלת החזרה מתרומה - ומכאן הסתמכותה של העותרת. עצם האפשרות לשלם בעבור שמירה של מנות זרע מרמזת, כי יתכן שמנסחי הטפסים האמורים לא העלו בדעתם קיומה של אפשרות חזרה מהסכמה. עם זאת, כפי שהודגש מעלה, מראש וללא קשר לשאלת רצונו של התורם, רצונה של הנתרמת כפוף לשיקול דעתו של הרופא המטפל (נספח ה-2) בכל הנוגע לבחירת הזרע בו יעשה שימוש, והבנק אף פוטר עצמו מכל אחריות "בכל צורה שהיא לאבדן, פגיעה או שימוש אחר במנות זרע אלה" (מש/3). במצב שכזה, בו לא נדרשו הצדדים מראש לאפשרות החזרה מן הנכונות כי יעשה שימוש בזרע, לא יהיה נכון להניח בעבורם כי אינה בנמצא (זאת - מה גם שהחוזה, כאמור אינו גובר על זכויותיהם בדין). ועוד, עניין זה משליך גם על אינטרס הסתמכותה הלגיטימית של העותרת, שאין חולק כי הוא בעל משקל, אך איננו מטה את הכף, בין היתר, נוכח המצב החוזי הנזכר. ועוד, מבחינת נקודת האל-חזור הנזכרת, שיקולים נוספים מובילים לקבלת חזרתו של התורם מן ההסכמה, ובמיוחד העדר כל זיקה פיסיולוגית אליה על-ידי העותרת בשלב הנוכחי. סו. לבסוף ומבלי לטעת מסמרות, יש להזכיר גם את הכלל הקבוע בסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 הקובע את "סייג הצדק" לאכיפתו של חוזה (ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים - תרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ט) עמ' 230). עניין זה עלה גם במסגרת הדיון בפרשת נחמני, וכך הטעימה השופטת שטרסברג-כהן (דעת מיעוט):

"בתחום החירויות נמנע המשפט מלכפות על אדם לעשות את אשר איננו חייבלעשות, 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 אתהבטחה, 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 בברית 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'הסרב' יתרצה), אלא משום הטעם העקרוני והנורמאטיבי לכך, שהוא, הימנעות המשפט מלגייס אמצעי כפייה להגשמת משאלות לבו של אחד מבני הזוג בניגוד לרצונו של האחר" (שם, עמ' 683).

לשיטתי, השיקולים שנזכרו רלבנטיים גם לסייג זה, כך שניתן לראות בחוזה - אף אם נקבל את טענת ההפרה - בצורתו הנוכחית ובנסיבות, חוזה בלתי אכיף (לדין בשיקולים במסגרת סייג הצדק ראו שלו ואדר, עמ' 231). אכן, דיון קצר זה רחוק ממצוי השאלות המתעוררות מן המקרה; כאמור, לא מצאתי כי דיני החוזים מורים על אינטרס כבד משקל אשר מחייב תוצאה שונה מזו אליה הגענו. עם זאת, ההתמהמהות בהסדרת הסוגיה כולה בחקיקה ראשית בולטת.

השלכות הרוחב של המקרה וקריאה למחוקק

סז. החשש העיקרי העולה מן המקרה הוא הפגיעה ביציבות בנקי הזרע בישראל הן על ידי מתן "כרטיס פתוח" לתורמים לחזור בהם מתרומתם, הן על ידי נתרמות אשר, בדומה לעותרת, ביקשו מבנק הזרע הספציפי לשמור בעבורן תרומות נוספות, ויגלו שאפשרות זו אינה מובטחת להן. יציבות מוסד זה היא - כאמור - אינטרס ציבורי ואנושי ממדרגה ראשונה. חוסר הודאות השורר בתחום כתוצאה מהסדר הנורמטיבי הרעוע, פוגע מלכתחילה באפשרות הציבור להסתמך על קבלת תרומת זרע. הפתרון לכך מצוי בידי המחוקק. סח. לסקירת הבעיות הרבות המתעוררות מן הסדר הנורמטיבי החסר ראו למשל בג"ץ סלמה, עמ' 784; בג"ץ 998/96 ירוס חקק נ' מנכ"ל משרד הבריאות (11.2.97); שיפמן, עמ' 85; מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", עמ' 885-889; שמגר, עמ' 37-38; קורינאלדי, עמ' 325-326. עסקינן בסוגיות ערכיות רגישות ומורכבות שראוי כי לא יישארו בעולם של אי-ודאות והסדרה חלקית. הדברים אינם נוגעים רק לאותם טפסים חסרים שנזכרו מעלה, אלא על חלקים נוספים, כגון קביעת האבהות וסוגית האנונימיות, הגבלת מספר תרומות הזרע מתורם מסוים, הבדיקות הרפואיות לתורמים ולנתרמות ואופן ניהולם של בנקי הזרע (ראו לרקע הביקורת המקיפה מטעם מבקר המדינה, דין וחשבון שנתי 57' לשנת 2006, עמ' 417-447). לא יאה רחוק להניח, כי אילו טופלה הסוגיה ובאופן מקיף, היה המקרה המצער שבפנינו נמנע, או לכל הפחות היו כל הנוגעים בדבר יודעים את זכויותיהם מראש ולא בדיעבד. טט. בינתיים וכצעד זמני, ראוי כי המשיבים יתקנו את טפסי ההסכמה של תורמים ונתרמות כדי לוודא, כי כל הנוגעים בדבר מכירים ומבינים את זכויותיהם. כל עוד אין חקיקה בתחום המסדירה ומגדירה את אפשרות התורם לחזור בו מהסכמתו, על בנקי הזרע להציג בפני הנתרמות תמונה מדויקת של המצב המשפטי, כדי לא להבטיח מה שעלול שלא להתקיים. הערות בטרם חתימה

ע. חברתי השופטת ברק ארז הפנתה (פסקה 14) לסוגיה הרגישה של תרומת אברי גוף ולכך שאין רואים בהם נכס סחיר לכל דבר, אף כי היא מוכרת כיום בחוק השתלת אברים, תשס"ח-2008; לעניין זה הזכירה גם תרומות גוף אחרות, אך הטעימה כי "ההכרה באפשרות לתרום דם, תאי זרע או ביציות לא הפכה אותם ל'נכסים' לכל דבר ועניין". אציין, כי בבג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל (2007) נזדמן לי להידרש גם לעמדת המשפט המשווה והמשפט העברי בתחום תרומת האיברים מן החי (ראו פסקה ט'). מסכים אני עם הערת חברתי, ואטעים את הרגישות המיוחדת בנושאים אלה, המחייבים - מזה - מבט אנושי רחב, ומזה הליכה עקב בצד אגודל בעריכת ההסדרים.



עא. עוד הפנתה חברתי אל נכון (פסקה 19) להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (מיום א' חשון תשס"ג-27.10.03) לעניין "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו". כיהנתי כיועץ המשפטי לממשלה בשעה שניתנה ההנחיה, וזכורני הדיונים המעמיקים שהתלוו לה, "מנקודת מבט מוסרית-חברתית רחבה, המייחסת משקל רב לרצונו הקונקרטי של הפרט בו מדובר (הנפטר)... (סעיף 4). עוד נאמר שם, כי "עמדת היועץ המשפטי לממשלה מבוססת בעיקרה על שני יסודות מרכזיים: האחד, כיבוד רצון הנפטר הנובע מעקרון האוטונומיה של הפרט וזכות האדם על גופו, והשני, רצונה של בת זוגו..." (סעיף 9). לעניינינו - להבדיל - אטעים, כי לאוטונומיה הרצון של הפרט נודע תפקיד מרכזי בהכרעה שם, והדבר עבר כחוט השני בהנחיה.

עב. למקרא חוות דעתו של חברי השופט עמית אציין, כי הערתו (בפסקה 8) לעניין סעיף 3(4) לחוק החוזים (התרופות) נסמכת על ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד ל"ה(3) 252 (1981); אך ראו שלו ואדר פסקה 6.60-6.62 בעמ' 229-231 והע' 189 שם, לעניין המתנה המשפטית. אשר לצדק עצמו, עסקינן באכיפת החוזה שעליו חתום התורם, והאכיפה מתבקשת כלפיו, ועל כן הוזכר הסעיף בהקשר זה; וזכור, מנקודת מבטי ההכרעה מצויה בשדה משפטי אחר, כך שהשאלה בה עסקתי נגעה לכלי המשפטי במישור האזרחי להחיל עקרונות אלה.

עג. ובאשר ליחס בין התורם לבן-הזוג בפרשת נחמני (פסקה 21 של חברי ופסקאות מ-מב לחוות דעתי) לעומת עניינינו, אכן מדובר באב "גנטי" שכנראה יותר אנונימי לגבי ילדו וכך כמובן גם ילדו לגביו, ולא באבהות "גלויה" עליה דובר במהות בפרשת נחמני. עם זאת, השאלה לידידי בסופו של יום, אינה אם ייתקל האב הביולוגי בילוד, כפי שיכלה לעמוד שם, אלא מה מתרחש בנפשו של אב זה בידיעתו כי יילוד מזרעו מצוי בתבל, וסוגיה זו כאמור עשויה לחלחל ולטרוד מאוד את מנוחת נפשו, הכל בהתאם לאדם בו עסקינן ולרגשותיו (כפי שגם ציין חברי בפסקה 24).

סוף דבר

עד. משאלת ליבה של העותרת ורצונה להביא לעולם ילד נוסף מתרומת הזרע של התורם מובנים, וגם קשה שלא לאהוד אותם. עם זאת משאלת לב זו איננו יכולים לאכוף מבחינה משפטית בנסיבות דידן. זכותו של התורם לאוטונומיה גוברת על האינטרסים המצויים בבסיס העתירה. פרשת נחמני לא הכירה בזכות עקרונית להבאת ילדים לעולם מאדם מסוים; היא הכירה בכך שבהיעדר אפשרות אחרת להבאת ילד לעולם, ובנסיבות חריגות (בין היתר, לאחר שנוצרה הפריה חוץ גופית) הזכות להורות עשויה לגבור על זכותו של אחר שלא להיות הורה ולאוטונומיה. אין זה המצב בעניינינו. זכותה של העותרת להורות, ויכולתה להורות, אינן תלויות בתורם הזרע; ועוד, לעותרת אין זיקה "מתקדמת" לזרע, למעט התשלום בעבור שמירתה של תרומת הזרע המסוימת, בטרם ביקש התורם לחזור בו מתרומתו. בנסיבות אלה גוברת זכות התורם לאוטונומיה. עם זאת המקרה הנוכחי מבליט - כאמור - את הצורך בהסדרת התחום על ידי המחוקק, ובשלב ראשון, במישור הממשל, תיקון טפסי ההסכמה וחוזר המנכ"ל. מקוים אנו, כי העותרת תזכה לממש את זכותה להורות כרצונה בהמשך חייה; עגמת הנפש שנגרמה לה בודאי אינה מעטה, ועל כך יש להצטער עד מאוד. אכן, על החלטה לתרום זרע - ומונח זה מתאים בעיניי גם נוכח סכום הכסף הסמלי שמקבלים התורמים בעבור מתן הזרע - להיעשות בכובד ראש ולאחר מחשבה מעמיקה. על התורמים לדעת כי על הסכמתם מדעת לתת זרע לזולת, מסתמכים בני אדם אחרים המבקשים לתכנן את חייהם ולהביא צאצאים לעולם. אין זו איפוא החלטה הניתנת לביטול במחי יד, והביטול אף אינו מובטח בכל מקרה, והדבר תלוי בשלב בו מצוי ההליך; קרי, בהיעדר הסדר נורמטיבי מלא, הוא תלוי בנסיבות בהתאם לשיקולים שנסקרו. עה. סוף דבר, איננו נעתרים לעתירה. בנסיבות אין צו להוצאות.



השופטת ד' ברק-ארז

1. "בן לו היה לי ילד קטן שחור תלתלים ונבון", כתבה המשוררת רחל. קשה לעמוד בפני כמיהת הלב הטבעית להורות. אולם, חרף רגשות האהדה שהיא מעוררת, מוקד העתירה שבפנינו הוא בכל זאת שונה. השאלה אינה אם תוכל העותרת לממש את משאלתה להיות אם לילדים, אלא האם היא זכאית, בנסיבות העניין, לממש את תוכניתה להיות אם לילדים שלכולם אב גנטי אחד, ולכן גם אולי אותו שחור (או זהוב) תלתלים.

2. משזו היא השאלה שבפנינו, אני מסכימה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט א' רובינשטיין - לא בלי צער. אני שותפה לעיקרי מסקנותיו של חברי בפסק דינו המקיף, אך מבקשת להבהיר את עמדותי ביחס לחלק מן הטעמים התומכים בהן, מתוך התחשבות במורכבותה המשפטית והאנושית של העתירה.

מסגרת הדיון: משפט פרטי או משפט ציבורי

3. מלכתחילה, העתירה שבפנינו הוצגה כמושתתת על אדנים חוזיים. העותרת הולידה את בתה הראשונה באמצעות שימוש בתרומת זרע שתרם המשיב 2 (להלן: התורם), ואותה היא קיבלה מבנק הזרע של בית החולים רמב"ם, המשיב 1 (להלן: בנק הזרע). לאחר הולדת ביתה שילמה העותרת לבנק הזרע תשלום שנתי בתמורה לכך שיישמרו עבורה מנות זרע נוספות שתרם המשיב 2. התשלום עבור שמירת מנות הזרע הוסדר בטופס של בנק הזרע שכותרתו "בקשה לשמירת מנות זרע". התורם מצידו מסר את מנות הזרע שלו לבנק הזרע לאחר שחתם על הסכמה לכך שהן ישמשו לצורך פריון של נשים שיפנו לשם כך לבנק הזרע או לצורכי מחקר. כלומר, אף תרומת הזרע הוסדרה במתכונת חוזית בין התורם לבין בנק הזרע. העותרת טוענת אפוא שדיני החוזים מחייבים להיעתר לה, שהרי חוזים יש לכבד. היא טוענת שאין בהסכמים שנעשו בין התורם לבנק הזרע או בינה לבין בנק הזרע כל סייג הנוגע לחרטה של תורם הזרע, וממילא ההתחייבויות שנחתמו הן תקפות ומחייבות.

4. השאלה הראשונה שיש לבחון היא אפוא האם המסגרת החוזית שעליה הושתתה העתירה היא המסגרת הנורמטיבית הנכונה, או הממצה, לדיון בזכויותיהם של הצדדים. כחברי השופט רובינשטיין, אף אני סבורה שהתשובה על שאלה זו היא שלילית. אכן, ברקען של טענות הצדדים נמצאים שני חוזים שנעשו עם בנק הזרע - חוזה התרומה של התורם, מחד גיסא, וחוזה הרכישה של העותרת, מאידך גיסא. אולם, לחוזים אלה אין קיום המנותק ממערכת הערכים שביסוד השיטה המשפטית. ערכי היסוד של השיטה "מחלחלים" אף אל תחום דיני החוזים, ומשפיעים על תפיסות היסוד שלהם, ובכלל זה על תקנת הציבור שלהם (ראו: אהרן ברק "זכויות האדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (יצחק זמיר עורך, 1993); דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009)). דרך אחרת, ואולי אף ראויה יותר, להצגת הדברים היא שהמשפט החוקתי הוא התשתית היסודית שעליה נבנים תחומי המשפט האחרים, וממילא ערכיו ועקרונותיו של המשפט החוקתי מעצבים גם אותם.

5. אשר על כן, גם לשיטתי, מהלך הדברים הנכון לבחינת השאלה שבפנינו צריך להיות מושתת, קודם כל, על זיהוי הזכויות והאינטרסים הציבוריים שרלוונטיים למקרה שבפנינו. עם זאת, בהמשך הדברים, אראה כי לאמיתו של דבר, גם הפרספקטיבה של המשפט הפרטי על המקרה אינה מנביעה תוצאה ברורה וחד-משמעית כמו זו שלה טענה העותרת. זאת ועוד: ככל שענייננו בעקרונות מתחום המשפט הפרטי, ניתן להעלות על הדעת יותר ממסגרת דינים אחת שעשויה להיות רלוונטית לדיון במקרה שבפנינו - דיני הקניין, דיני החוזים (ובכללם ההבחנה בין חוזה בתמורה לחוזה מתנה) ועוד (להשפעה שעשויה להיות נודעת לענף המשפט שבגדרו נדונה הסוגיה, השוו: דפנה ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ 197, 207-212 (1996) (להלן: ברק-ארז, סימטריה)). משפט ציבורי: הזכות להורות, הזכות לכבוד והזכות לאוטונומיה של הרצון

6. במקרה שבפנינו משחקות זו לצד זו בשדה המערכה המשפטי כמה זכויות, שראוי להגדירן היטב ולהבחין ביניהן. העותרת באה לפני בית משפט זה בשמן של שתי זכויות שהיא טוענת להן - הזכות להורות והזכות לאוטונומיה של הרצון (שאף התממשה בנסיבות העניין בחוזה שלה עם בנק הזרע). אכן, הזכות להורות כבר הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה, לרבות בהקשר שבפנינו, שעניינו חתירה למימוש הזכות באמצעות טכנולוגיות הפריה, בסדרת פסקי הדין הידועה כ"פרשת נחמני" (ראו: ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995) (להלן: עניין נחמני הראשון); דב"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996) (להלן: עניין נחמני השני)), כמו גם במקרים נוספים (ראו גם: בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419 (2002)). הוא הדין בזכות לאוטונומיה של הרצון, שהוגדרה בפסיקה כאחד הביטויים של הזכות לכבוד האדם (ראו למשל: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ'קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992)). בפועל, טענותיה של העותרת מכוח שתי הזכויות מתלכדות, לפחות באופן חלקי. היא הציגה אמנם טענה שביקשה להתבסס על הזכות להורות, אך למעשה היא מבקשת להגן על מימוש הזכות להורות בדרך מסוימת - על דרך שליטה בזהותו של האב הגנטי של ילדיה. בהתחשב בכך שהיא יכולה לממש את בחירתה להפוך לאם גם באמצעות תורמי זרע אחרים, הרי שלאמיתו של דבר בקשתה נמצאת בפריפריה של הזכות להורות ולא במרכזה, והיא קשורה במידה רבה לשאיפה להגן על אוטונומיית הרצון של העותרת בכל הנוגע למימוש הזכות להורות.

7. כנגד זכותה של העותרת לאוטונומיה במימוש הזכות להורות עומדת זכותו השלילית של התורם שלא להיות הורה (במתכונת של הורות ביולוגית אנונימית). זכות זו להימנע מהורות (וליתר דיוק מהורות גנטית לילד נוסף) היא זכות הקשורה באופן גרעיני לכבוד האדם. ככל שענייננו בזכות להורות, בנסיבות העניין ניתן לתאר את ההתנגשות בין הזכויות כהתנגשות בין ביטוי פריפריאלי של הזכות להורות בפן החיובי שלה (תביעה למימושה בקשר עם אב גנטי מסוים) לבין התנגדות להורות שקרובה יותר לליבתה של זכות זו בפן השלילי שלה (מאחר שזוהי התנגדות כללית להורות גנטית במסגרת תרומת זרע, ולא רק להורות גנטית בקשר עם אם מסוימת). הזכות שלא להפוך להורה גנטי, אשר נגזרת מן הפן השלילי של הזכות להורות, דומה מבחינות מסוימות לגילויים אחרים של הזכות שלא להיות הורה, אך גם שונה מהם - בהתחשב בנטלים הפחותים הכרוכים בהורות גנטית בלבד, להבדיל מהורות שיוצרת זיקות נוספות בין אב ליילוד, וכן מטילה חיובים משפטיים נוספים. ממילא גם האיזונים הנוגעים להיקף הגנתה יהיו שונים. ראו והשוו: Glenn Cohen, The Right not to be a Genetic Parent?, 81 USC L.Rev.1115 (2008) (במאמר זה, שבו קורא המחבר להכיר בזכות להימנע מהורות גנטית כזכות מובחנת, הוא מחווה דעתו שיש לאפשר ויתור עליה, אך זאת רק כאשר הויתור נעשה באופן מפורש וברור). מכל מקום, לצורך המשך הדיון, די בהתייחסות להכרה בזכות זו. האיזון בינה לבין זכויותיה של העותרת עוד ייבחן.

8. חלק מן המורכבות שמעורר המקרה שבפנינו נובעת מכך שהצדדים לו מעלים טענות שעניינן פנים שונים של אותה זכות עצמה - הזכות לכבוד אדם, אשר בגדרה הוכרו במשפט החוקתי של ישראל הן הזכות לאוטונומיה והן הזכות להורות על פניה השונים (לרבות הזכות להימנע מהורות). אין מדובר באיזון "אנכי" הנערך בגדרה של פסקת ההגבלה של חוקי היסוד, אלא באיזון "אופקי" בין זכויות, ובמידה רבה, בין היבטים שונים של אותה זכות עצמה.

9. בעבר, נדרש בית משפט זה להתמודד עם השאלה של איזון בין הזכות להורות לבין הזכות שלא להיות הורה בפרשת נחמני. לאחר חילוקי דעות מרובים, צידדה דעת הרוב בדיון הנוסף בזכותה של האם באותו מקרה לממש את זכותה להורות. כלומר, באיזון בין הזכות להורות לבין הזכות לאי-הורות גברה באותו מקרה הזכות להורות. אולם, נסיבותיו של המקרה וטיבן של הזכויות המתנגדות בו היו שונים. בפרשת נחמני בית המשפט נדרש להכריע בשאלת גורלן של ביציות מופרות בזרעו של האב, וזאת בתנאים שבהם סיכוייה של האשה להפרות ביציות אחרות שלה היו נמוכים ביותר, ואולי אף לא קיימים. כלומר, העדפתה של האשה הייתה מבוססת על הגנת זכותה להורות ביולוגית כלשהי - להבדיל מהגנה על אופן מימושה של הזכות להורות ביולוגית כמו במקרה שבפנינו. בשלב שבו התעוררה התנגדותו של האב הפוטנציאלי, הסתמכותה של האשה על הסכמתו הייתה מכרעת ובלתי ניתנת לשינוי. המקרה שבפנינו שונה מפרשת נחמני בכמה היבטים חשובים. ראשית, לא עומדת על הפרק עצם האפשרות של העותרת להפוך לאם. שנית, לא ניתן להצביע על הסתמכות משמעותית כמו בפרשת נחמני. העותרת שילמה לשמירת מנות זרע נוספות של העותר רק לאחר שילדה את בתה. אכן, לטענתה, אשר לא נסתרה על ידי משרד הבריאות, בהתאם למדיניותו של בנק הזרע היא יכלה לבקש כי יישמרו עבורה מנות הזרע האמורות רק לאחר שטיפול ההפריה הראשון צלח. עניין זה לא התברר בפנינו די צרכו, אך גם אם כך הוא, הרי שהעותרת לא הסתמכה על האפשרות לשמור את מנות הזרע של התורם עובר להליך ההפריה. זאת ועוד, אם תתקבל עמדתו של התורם, העותרת לא תידרש לעבור טיפולים גופניים קשים נוספים (כדוגמת שאיבת ביציות נוספת). בעיקרו של דבר, הפגיעה בעותרת מתבטאת בציפיות נכזבות ובלתי ממומשות. לא למותר לציין כי בהגנה על זכויותיה של בת הזוג בפרשת נחמני - מתוך הכרה בקיומה של הסתמכות - הלך המשפט הישראלי כבר דרך (מוצדקת) מעבר למקובל בשיטות אחרות. לשם השוואה, יצוין כי בעניין Evans v. United Kingdom, App. No. 6339/05 (2006) שנסב על מקרה דומה לפרשת נחמני, הכיר בית הדין האירופי לזכויות אדם בזכותו של אב לחזור בו מהליך של הפריה חוץ-גופית גם בשלב שבו נעשה כבר שימוש בזרעו לצורך הפריה (בדומה לפסיקה באנגליה עצמה בנושא זה Evans v. Amicus Healthcare and others [2004] 3 All E. R. 1025). מכל מקום, כאמור, אין ספק שהאופי הבלתי-הפיך של המצב שנוצר בפרשת נחמני, כמו גם זיקתו לגרעינה של הזכות להורות, שונה מן המקרה שבפנינו. חשוב להדגיש, כי נקודת ה"אל-חזור" בפרשת נחמני הייתה יצירתה של הביצית המופרית, ועל כן, לשיטתי אין ספק (וזאת אני מוסיפה בהתייחס לדבריו של חברי השופט רוזינסקי בפסקה ס"ה לפסק דינו) כי אילו הושלמה במקרה שבפנינו הפריית ביציות של העותרת בזרעו של התורם הוא לא יכול היה לחזור בו. במצב דברים זה, קבלת עמדתו של התורם הייתה עשויה לחייב את העותרת לחזור על ההליך המכאיב של שאיבת ביציות, וכן לעבור מחדש מסכת של המתנה מייסרת לתוצאות הפרייתן של ביציות (עניין שאינו מובטח אף פעם). לכך לא ניתן להסכים.



10. למעשה, ההשוואה לפרשת נחמני היא מאירת עיניים מבחינה אחרת הנוגעת לטעמים שעומדים ביסוד התנגדותו של התורם להמשכו של תהליך ההפריה. בעניין נחמני הראשון צידדה השופטת ט' שטרסברג-כהן - באותה עת בדעת הרוב, ולימים בדעת המיעוט במסגרת הדיון הנוסף - בהעדפתה של הזכות שלא להיות הורה, גם מתוך התחשבות בנטלים הכלכליים הכרוכים בה (שם, בעמ' 501). בשונה מכך, במקרה שבפנינו, הטיעון בשמה של הזכות שלא להיות הורה אינו מתבסס כלל על החשש מחיובים כספיים כלפי הרך שעתיד להיוולד, אלא נטען בשמם של רגש, כאב וזהות (השוו: ברק-ארז, סימטריה, בעמ' 201). מבחינה זו, קל להשתכנע כי הפגיעה הרגשית בתורם היא גדולה - פשיטא שלא טעמים נוספים, בעלי אופי כלכלי, מניעים אותו. אכן, מבחינה מסוימת הפגיעה בתורם היא חריפה פחות מאשר במקרה שבו עומדת על הפרק השאלה אם ניתן לעשות שימוש בתרומת זרע לצורך הפריה בפעם הראשונה (מקרה שבו ההימנעות משימוש בזרע תמנע לחלוטין היווצרות מצב של הורות לילד שהתורם לא יכיר ולא יגדל). הפגיעה הכרוכה בהורות גנטית של התורם לילד (או ילדה במקרה זה) שלא יכיר כבר התממשה בחלקה, מבחינתו. עם זאת, לא ניתן לבטל כליל את הפגיעה בו הכרוכה בהעצמתה של הפגיעה על דרך הורות גנטית לילדים נוספים, בניגוד לרצונו ולהכרתו של התורם.
11. ההבחנה בין ההגנה על הזכות להורות לבין הגנה מוגבלת על השאיפה למימושה של הזכות להורות בדרך מסוימת דווקא מוכרת גם בהקשרים אחרים. חרף ההכרה העקרונית בזכות להורות, לא ניתן להורים לבחור, במקרה הרגיל, את מין העובר, אף שניתן לעשות זאת באמצעות שימוש בטכנולוגיה וכלים מדעיים פשוטים יחסית. הזכות להורות, בהקשר זה, היא הזכות להיות הורה לילד, ולא לילד שמינו נבחר מראש. הזכות לבחירת מין העובר מוסדרת, לעת עתה, בחוזר מנכ"ל של משרד הבריאות וניתנת בהקשרים מוגבלים ביותר (ראו: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות "בחירת מין היילוד בתהליכי" (2004) (I.V.F.)), בנסיבות שבהן קיימת מחלה תורשתית משפחתית המזוהה עם אחד מן המינים (ראו עוד: רות זפרן "מתחם הלגיטימיות בבחירת מאפייניו הגנטיים של הילד על-ידי הוריו - בחירת מין העובר מטעמים חברתיים כמקרה-מבחן" משפט ועסקים 451 (2007)). אכן, ניתן להבחין בין העדפה שעניינה בחירת מין היילוד מסיבות רגשיות ותרבותיות לבין העדפה כמו זו של העותרת להביא לעולם ילדים נוספים שיהיו אחים ביולוגים מלאים לביתה, העדפה שיכולים להיות לה גם טעמים רציונאליים (למשל, בהקשרים שבהם נדרשת תרומת אברים במשפחה). לכן, ההשוואה בין המקרים אינה מלאה. יתרה מכך: ככל הנראה, העדפתה של העותרת היא אף העדפה מוכרת בקרב מי שמסתייעים בטכנולוגיות הפריה במצבים דומים (ראו למשל הדוגמה המובאת אצל Anne Reichman Schiff, Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum (1995) 80 Iowa L. Rev. 265 (of Legal Maternity)). עם זאת, ההשוואה האמורה מעידה על כך שהגנה על הזכות להורות אין משמעותה הגנה על חירות מלאה באשר לאופן מימושה. לצורך כך נדרשים איזונים מול זכויות ואינטרסים אחרים, ובכלל זה זכויותיו של תורם הזרע, במקרה שלפנינו.
12. ניתן להוסיף, כי גם בהקשרן של זכויות אחרות, יש הבחנה בין ההגנה הרחבה על ליבת הזכות, לבין הגנה מסויגת על בחירות ספציפיות באשר למימושה שאת המחיר הכרוך בהן יש לאזן מול זכויות אחרות או אינטרסים חברתיים אחרים. כך למשל, המשפט הישראלי מכיר בזכות לחינוך כזכות יסוד. זכות זו כוללת בחובה את זכותם של ההורים להיות שותפים בכירים בעיצוב החינוך של ילדם. אולם, זכות זו אין פירושה הזכות לקבוע תמיד באיזה בית ספר ילמד ילדם ומה תהיה תוכנית הלימודים בו (השוו: יורם רבין, הזכות לחינוך דיני הקניין וגבולות ההסחרה (קומודיפיקציה) (2002)).

13. נקודת חיבור ראשונה בין עולמן של זכויות האדם לבין עולמו של המשפט הפרטי, שהעותרת טענה לזכויות הנטועות בו, מתבטאת בהנחה שהעותרת רכשה קניין מלא בזרעו של התורם. הנחה זו מבוססת על התפיסה ש"הכל סחיר", ומעוררת דין בגבולותיה של ההסחרה (קומודיפיקציה). השאלה היא האם אמנם חלקי גוף או היבטים אינטימיים אחרים של ההתנהגות האנושית הם מוצר לכל דבר ועניין. האמנם תרומת הזרע היא נכס עובר לסוחר, שאינו שונה מכסא או שולחן שנמכרו תמורת מחיר הוגן? התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה כלל ועיקר. לא הכול ניתן למכירה. עם התפתחות הטכנולוגיה, מתעוררות שאלות חדשות באשר להיקף הדברים שניתן למכור ובאשר למידת הנכונות להתייחס אל כל מה שמבחינה טכנית ניתן להעבירו כאל מוצר (ראו באופן כללי, Rethinking Commodification (edited by Martha M. Ertman & Joan C. Williams, 2005; Lori Andrews & Dorothy Nelkin, Body (2001); Bazaar - The Market for Human Tissue; מייקל סנדל צדק - מהו המעשה הנכון שעלינו לעשות? 112-88 (2012)).

14. בעת הזו, בישראל, אברי גוף אינם נכס סחיר לכל דבר (לדעות שונות בנושא, ראו והשוו: יהושע ויסמן "אברים כנכסים" משפטים 500 (1986); גד טדסקי "הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח 281 (1991)). אכן, מטעמים פרגמטיים הוכרה האפשרות לתרום אברי גוף כאשר אין התרומה פוגעת בבריאותו של התורם (ראו: בג"ץ 5785/03 גלבאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(1) 29 (2003)). כיום, מעוגנת האפשרות לעשות כן בחוק השתלת אברים, התשס"ח-2008 (להלן: חוק השתלת אברים) (ראו בעיקר סעיפים 13-17 לחוק). בנוסף לכך, מתאפשרת העברת רקמות ותאים הנתפסים כמתחדשים או לא חיוניים במתכונת של תרומה או מעין-תרומה (מבלי שחוק השתלת אברים חל עליה - הגדרת המונח "אבר" בסעיף 1 לחוק מוציאה מגדרה "דם, מוח עצם, ביצית ותאי זרע"). תרומת דם נחשבת לא רק לאפשרית, אלא גם לרצויה, והחוק מכיר באפשרות לקבל בקשר עמה "ביטוח" לקבלת תרומות דם לאדם, לבן או בת זוגו ולילדיו מתחת לגיל 18 (לפי תקנון ביטוח הדם של מד"א). במהלך השנים, מתוך הכרה בחשיבות הנודעת למימושה של הזכות להורות הפכו גם היבטים פיזיולוגיים מסוימים של הליך הפרייון לבני-העברה, במתכונת שמוגדרת כתרומה, אך למעשה כרוכה בה בעקיפין תמורה מסוימת, שמוגדרת כפיצוי בגין טרחה ואי-נוחות, להבדיל מתשלום מחיר ממש. תחום תרומות הזרע מוסדר כבר מזה זמן (לפי תקנות בריאות העם (בנק זרע), התשל"ט-1979 (להלן: תקנות בנק הזרע)). בשלבים מאוחרים יותר הוסדרו גם הסוגיות של הליך פונדקאות (לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הפונדקאות) ותרומת ביציות (לפי חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות)). חשוב לציין שבכל המקרים הללו החקיקה או התקנות לא הכירו בכך שתאי זרע, רחם אימהי או ביציות הם "מוצר" רגיל בשוק. להפך. חרף העובדה שבכל המקרים הללו ניתן תשלום למי שמוגדרים כ"תורם" או "תורמת" זהו תשלום מוגבל בהיקפו, מפוקח, ומוגדר כפיצוי בגין טרחה ואי-נוחות, להבדיל מאשר תמורה עבור חלקי הגוף או השימוש בו (ראו: סעיף 6 לחוק הפונדקאות וסעיף 43(א) לחוק תרומת ביציות, בדומה לסעיף 22 לחוק השתלת אברים). הנושא אינו מוסדר במפורש בתקנות הנוגעות לתרומת זרע, בשל כך שאין מדובר בהסדר כולל במסגרת דבר חקיקה ראשי. ההחלטות לפתוח את הדלת לעבירות מוגבלות זו של אברי גוף לא היו החלטות פשוטות. מחד גיסא, ההכרח לא יגונה או לפחות ניתן להבנה, אך מאידך גיסא, הן מאיימות להפוך אנשים למוצרים או לבית קיבול למוצרים בפוטנציה, ולכך יש מחיר, תרתי משמע. המחלוקות בשאלה זו נמשכות. ההכרה באפשרות לתרום דם, תאי-זרע או ביציות לא הפכה אותם ל"נכסים" לכל דבר ועניין.

15. ההחלטה באשר לעבירות או סחירות חלקית של אברי גוף, או אברי גוף מתחדשים כמו במקרה דנן, אינה חייבת להיות גורפת. כפי שנוכחנו, ההסדר החל על תרומות זרע מכיר באפשרות להעביר זרע לשימושו של בנק הזרע - כנגד תמורה מסוימת, שאינה בגדר "מחיר" שוק מלא. אולם, אין בכך כדי לומר שהזרע הפך בכך למוצר סחיר רגיל. הסחירות המוגבלת מתבטאת ברגולציה כבדה של המחיר והגבלות על העברת הזרע לצדדים שלישיים (אשר מתאפשרת למטרות הפריה או מחקר בלבד). בפנינו ניצבת השאלה האם הסחירות המוגבלת של תאי הזרע אמורה להתבטא גם בזכות חרטה המקופלת בהסכמה לתרום זרע ומאפשרת לתורם לחזור בו מהסכמתו עובר לתהליך ההפריה. אני סבורה שהתשובה על שאלה זו במקרה כמו זה שבפנינו, שבו העותרת לא שינתה את מצבה לרעה, היא חיובית.

16. ניתן להמחיש את הצורך בהכרה במגבלות שראוי להחיל על ההתייחסות לאברי גוף כאל קניין עביר וסחיר באמצעות דוגמאות החורגות מעובדותיו של המקרה הנוכחי. האם היינו מעלים בדעתנו מצב שבו ההתייחסות ה"ניטרלית" לאופי הקנייני והעסקי של רכישת הזכויות בתאי הזרע הייתה מובילה אותנו להכיר באפשרות להטיל עיקול עליהם? האם אדם שתורם גופתו למדע יהיה מנוע מלחזור בו מהחלטה זו, גם אם חתם על התחייבות בעלת אופי החלטי בעניין זה?
17. ביטוי לגישה זו ניתן גם בחוק תרומת ביציות. לפי סעיף 44(א) לחוק זה "תורמת... רשאית לחזור בה מההסכמה שנתנה... בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה ליעד את הביציות שנשאבו מגופה, ולעניין הסכמה ליעד ביציות להשתלה - בכל עת לפני הפריית הביציות, והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מהסכמה כאמור". מאלפים לענייננו דברי ההסבר שליוו את הצעת חוק תרומת ביציות, התשס"ז-2007 בסוגיה: "הסכמת אישה לתרום ביציות מגופה בהתאם להוראות החוק המוצע, כרוכה בתוצאות משמעותיות - הולדת ילוד שהוא ילדה הביולוגיה של אותה אישה תוך ויתור מצידה על כל זיקת הורות כלפיו. על כן, יש לאפשר לתורמת כאמור לחזור בה מהסכמתה לענין הפעולות שיבוצעו בביציות שישאבו מגופה, בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה ליעד את הביציות כאמור, ולענין הסכמתה ליעד ביציות להשתלה - בכל עת לפני הפריית הביציות" (דברי ההסבר לסעיף 42 להצעת החוק).
18. אכן, במשפט הישראלי, אין הסדרה ספציפית של סוגית החזרה מהסכמה בכל הנוגע לתרומות זרע, בשל כך שעניין טרם עוגן בדבר חקיקה ראשי. אולם, הדעת נותנת שהסדר הסטוטורי החל על תרומת ביציות מבטא את תפיסתו של המחוקק הישראלי באשר להגבלות שראוי להחיל על השימוש בחומרי רבייה שנמסרים על דרך תרומה. ניתן וראוי להחיל כאן את העיקרון לפיו יש לפרש דברי חקיקה המסדירים עניינים דומים כך שיעלו בקנה אחד זה עם זה, באופן שמקדם את ערכי השיטה.
19. ההימנעות מהחלתו של משטר קנייני מלא על תאי זרע באה לידי ביטוי גם באופן ההסדרה של השימוש בתאי זרע של אדם שנפטר. התשובה לשאלה של שימוש בתאי זרע בנסיבות אלה ניתנת בשים לב לרצונו של האדם שממנו נטלו, ולא על יסוד עקרונות קנייניים. במשפט הישראלי, העמדה המנחה את הסדרת הנושא, כפי שגובשה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, היא ששימוש בתאי זרע של אדם שנפטר מבוססת על הנחה בדבר רצונו המשוער. ראו: "נטילת זרע לאחר המוות ושימוש בו" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2202 (התשס"ג). גישה דומה באה לידי ביטוי בפסיקתם של בתי משפט גם בשיטות משפט אחרות. בפסק דין בעל האופי התקדימי, שבו ניטשה מחלוקת על הזכויות בזרעו של נפטר בין בנק זרע לבין אלמנתו - *Parpalaix v. Cecos* (1984) דחה בית המשפט בצרפת את עמדתו של בנק הזרע, שהציג טענה של זכות קניינית, והעדיף על פניה את האלמנה, שהציגה אינדיקציות לכך שרצונו של המנוח היה כי היא תופרה בזרעו (ראו עוד: *E. Donald Shapiro & Benedene Sonnenblick, The Widow and the Sperm: The Law of Post-Mortem Insemination*, 1 J.L. Health 229 (1986-1987); *Gail A. Katz, Parpalaix c. Cecos: Protecting Intent in Hecht v. Kane*, 16 Cal. App. 4th (1998)). בדומה לכך, בעניין *Reproducing Technology*, 11 Harv. J. L. & Tech. 683 (1998).
- (1993) 836, שבו הצדדים למחלוקת היו בת-זוגו של אדם שהתאבד - מצד אחד, וילדיו הבוגרים - מצד אחר, דחה בית המשפט בקליפורניה את הגישה שראתה במנות הזרע המוקפאות שהותיר אחריו המנוח קניין לכל דבר ועניין השייך לעיזבונו. בפסק דין זה נקבע ששאלת השימוש במנות הזרע צריכה לקבל מענה לאחר בירור נוסף בכל הנוגע לרצונו של המנוח. פסק הדין הוסיף והבהיר, כי ככל שבת-זוג תקבל זכויות במנות זרע אלה היא תוכל לעשות בהן שימוש על מנת לנסות ולהרות מהן, ולא לכל מטרה אחרת. סייג זה חידד פעם נוספת את מגבלותיה של ההתייחסות למנות הזרע כאל קניין "רגיל" (ראו עוד: *Bonnie Steinbock, Sperm as Property*, 6 Stan. L. & Pol'y Rev. 57 (1995); *Ernest Waintraub, Are Sperm Cells a Form of Property? A Biological Inquiry into the Legal Status of the Sperm Cell*, 11 Quinnipiac Health L.J. 1 (2007)).
- דיני החוזים: פרשנות חוזה וויתור על זכות
20. ומדיני הקניין לדיני החוזים. ככל שענייננו בתחום דיני החוזים, השאלה הראשונה היא מהו היקף התחייבותו של תורם הזרע בהתאם לנוסח ההתחייבות שעליו חתם. ובאופן קונקרטי יותר: האם נוסח זה מקנה לו זכות חרטה או לחלופין שולל ממנו את זכות החרטה?
21. כתב ההסכמה שעליו נדרש תורם הזרע לחתום מופיע בנספח ג לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחות לביצוע הזרעה מלאכותית" (2007). כתב ההסכמה זה כולל את נוסח ההתחייבות הבאה: "אני מסכים לתרום מזרעי לשם שימוש בו להזרעה מלאכותית של נשים או לצרכי מחקר, לפי שיקולי בנק הזרע". נוסח זה אינו כולל התייחסות מפורשת להענקתה של זכות חרטה לתורם הזרע. עם זאת, הוא גם אינו שולל זכות זו במפורש. במלים אחרות, כתב ההסכמה שעליו חותמים תורמי זרע (בעת הזו) שותק בעניין זה. מתעוררת אפוא שאלה פרשנית: כיצד יש לפרש שתיקה זו? בהתחשב בכך שתורמת הזרע נוגעת לאישיותו של התורם ולכבודו, ראוי היה שויתור על זכות החזרה תהיה מוסדרת, למצער, על דרך התייחסות מפורשת לסוגיה בכתב ההסכמה. שאלה נפרדת היא האם ראוי לאפשר לאדם לוותר באופן בלתי הדיר על זכות החזרה מן התרומה בנסיבות שבהן לא נוצרה הסתמכות בלתי-הדירה במתכונת של הליך הפריה שכבר החל. אולם, ניתן לומר כי, לכל הפחות, הסדרה השוללת את זכות החזרה במקרים כמו זה שבפנינו (עובר לשימוש בזרעו של התורם לצורך הפריה) חייבת להיות מפורשת וברורה (כפי שצין גם *Cohen* במאמרו הנזכר לעיל). לא כל שכן, אם מביאים בחשבון את ההתייחסות לתרומת הזרע כאל "תרומה" או "מתנה" להבדיל מ"מכירה", כמפורט להלן.
22. לשם השלמת התמונה, חשוב לשוב ולציין, כי העותרת חתמה על המסמכים שעניינם השמירה של מנות זרע רק לאחר שהביאה לעולם את ילדה הבכורה. גם במסמכים אלה אין התייחסות מפורשת לשאלת החרטה של התורם, ואף צוין בהם כי בנק הזרע לא יהיה אחראי "לאובדן, פגיעה או שימוש אחר במנות זרע אלה".
23. לא למותר להעיר, שמן הראוי שנושאים כה רגישים וכה מהותיים לנוגעים בדבר, כמו גם לאינטרס הציבורי במובנו הרחב, יהיו מוסדרים באופן מפורש, ולא יידרשו בדיעבד לפרשנות של יודעי ח"ן - לא רק משיקולים משפטיים, אלא קודם כל מטעמים של הגינות. אין ספק, שאחד הלקחים החשובים שיש להפיק ממקרה זה הוא הכנתם של טפסים מתאימים לחתימתם של תורמי זרע ושל נשים המבקשות להרות מתרומת זרע, שיהיו מלווים גם בדפי הסבר מפורטים ובהירורים.
- דיני החוזים: חוזה בתמורה או מתנה

24. ככל שהמקרה נבחן גם מן הפרספקטיבה החוזית, ראוי להוסיף ולבחון האם הסכמה לתרומת זרע היא הסכמה רגילה או הסכמה שנטועה בדיני המתנה (לפי חוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה)), או לכל הפחות צריכה להיות נדונה תוך היקש מדינים אלה (ראו והשוו: מרדכי א' ראבילי, חוק המתנה, תשכ"ח-1968 212 (מהדורה שנייה, 1996)). הבדל מרכזי בין הדין החל על חוזה רגיל לבין הדין החל על חוזה מתנה (בין שהוא חד-צדדי לחלוטין ובין שנלווים לו תנאי הוא חיוב) הוא ההכרה בזכות החזרה הניתנת בתנאים מסוימים לנוות המתנה, מתוך הכרה בכך שהוא עושה מעשה חסד, מעשה מיטיב עם הזולת. סעיף 5(ב) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה) מורה ש"כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו". סעיף 5(ג) מכיר באפשרות של חזרה במתנה גם בשל "הרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן". הוראות אלה אינן חלות בהכרח על המקרה שבפנינו, מאחר שניתן לסבור כי בו כבר נגמרה המתנה במעשה הקנייה (סעיף 2 לחוק המתנה). כמו כן, תרומת הזרע מלווה בכל זאת בתשלום, גם אם לא גדול. עם זאת, ולו על דרך היקש, ניתן ללמוד מהסדרים אלה כי המחוקק מצא לנכון לנהוג בחמלה ומתינות במי שמלכתחילה נתן ביטוי למידות אלה בהתנהגות אלטרואיסטית מצידי. בהקשר זה ראוי להדגיש במיוחד שניים אלה: ראשית, סעיף 5(ב) קובע כי מניעתו של המתחייב למתנה מלחזור בו מחייבת "ויתור בכתב על רשות זו". כלומר, ויתורו של נותן המתנה על הזכות לחזור בו מהתחייבותו מחייב הסדרה מיוחדת ופורמאלית. שנית, סעיף 5(ג) לחוק המתנה מתייחס לשינוי במצבו הכלכלי של נותן המתנה מאחר שהוא עוסק במקרה הטיפוסי שמוסדר בחוק - מתנה שלה ערך כלכלי. ככל שמדובר בתרומת זרע, על דרך ההיקש, שינוי במצב האישי עשוי להיות רלוונטי, מאותם טעמים.

25. אכן, לא אחת תורמי זרע אינם מייחסים חשיבות רבה לפן האישי הכרוך בתרומה. אולם, באותם מקרים שבהם תורם הזרע חש עצב וחרטה על כך שהיה נכון להשתתף בתהליך זה, האם ראוי שתנהג בו החברה באותה קשיחות משפטית שראוי לה סוחר שהתחרט על עסקה בטובין? אני סבורה שלא. מידת האנושיות מחייבת זאת. לשיטתי, בענייננו, אין חשיבות מיוחדת לעובדה שהתורם עבר "מהפך לבבות" בעקבות חזרה בתשובה דווקא. העיקר הוא בכך שחש חרטה אמת ביחס לתרומת הזרע, יהיו טעמיה דתיים, מצפוניים או רגשיים (להבחנה בין הזכות לחופש דת לבין הגנה על רגשות דתיים, ראו והשוו: דני סטמון וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004)). אני מבקשת להוסיף ולהעיר, בהקשר זה (בהתייחס לפסקה ס"א בפסק דינו של חברי), כי אני סבורה שהעיון במקורות ההלכתיים שעליהם הוא הצביע משליך בסופו של דבר על המסקנה שאליה הגענו במקרה זה. דומה שאף חברי השופט רובינשטיין אינו סובר כך. אדרבה, כפי שציין חברי, יש פוסקים הנוקטים בגישה המנתקת את זיקת ההורות בין תורם הזרע ליילוד, ורואים בזרעו של התורם "הפקר" (ראו: מיכאל קורנילדי "המעמד המשפטי של יילוד מהפריה מלאכותית" קרית המשפט ד 361 (2004)). גם בקרב המחמירים ומכירים בזיקת היילוד לתורם הזרע, יש המגבילים חומרה זו לעניינים מסוימים בלבד (איסורי עריות) ולא לשאר עניינים (כדוגמת מזונות וירושה) (ראו: יוסי גרין "האם קיים פיתרון לבעיית הממזרות באמצעות טכנולוגיות רפואיות בשטח הפריון?" מאזני משפט ז 411, 425-422 (2010)). בנסיבות אלה, לשיטתי, אין לייחס משקל לעובדה שניתן להצביע גם על גישות אחרות מחמירות יותר, שלמעשה אף התורם עצמו לא התבסס עליהן.

דיני החוזים, יריבות חוזית ודואליות נורמטיבית

26. ככל שטיעונה של העותרת ביקש להתבסס על דיני החוזים, חשוב לשים לב גם להעדרה של יריבות חוזית ישירה בינה לבין תורם הזרע. ככל שלעותרת יש זכות חוזית, הרי שזכות זו נובעת מהסכמה שאליה הגיעה עם בנק הזרע (אשר מצידו קיבל את תרומת הזרע מכוחה של מערכת הסכמית נפרדת מול התורם). אף את התשלום שביצעה היא העבירה לידי בנק הזרע, במנותק מן הסכום ששילם בנק הזרע לתורם בעבר. אם כן, הפרספקטיבה הנכונה לבחינת היקף זכויותיה החוזיות אמורה להתמקד בחוזה שלה עם בנק הזרע. חוזה זה אינו חוזה שנתון רק למשטרם של דיני החוזים, אלא גם לעולו של המשפט הציבורי - כחוזה שנעשה עם גוף ציבורי, במקרה זה בית חולים ממשלתי. הוא כפוף גם למשפט הציבורי, לצדם של דיני החוזים, בהתאם לתפיסה המכונה "דואליות נורמטיבית" (ראו למשל: דפנה ברק-ארז, אזור נתין צרכן - משפט ושלטון במדינה משתנה 234-238 (2012)). בית החולים הממשלתי אמור לפעול במסגרת חוזה זה גם מתוך מחויבות לעקרונות המשפט הציבורי המחייבים אותו. בהקשר זה, שומה עליו גם לבחון אם המקרה מתאים להחלתה של הלכת ההשתחררות, המאפשרת לרשות מינהלית להשתחרר מחוזה שכרתה לשם הגנה על אינטרס ציבורי חשוב (ראו: דפנה ברק-ארז "השתחררות מחוזה של רשות מינהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט יא 111 (2007)). האינטרס הציבורי במקרה זה כולל אף את ההגנה על זכויותיהם של תורמי הזרע, כמפורט להלן.

27. ככלל, יש לבחון את השאלה שבפנינו גם מן הפרספקטיבה של חובותיו של בית החולים הממשלתי כלפי תורם הזרע. בית החולים הממשלתי אמור להביא בחשבון שיקוליו אף את זכויותיו של התורם. למעשה, השאלה אינה אם על בית החולים הממשלתי להתחשב בתורם, אלא מה צריך להיות היקפה של התחשבות זו. לשם המחשת הדברים, ניתן להעלות על הדעת מקרה פשוט יותר מזה שבפנינו - של תורם זרע שמתחרט על תרומתו לאחר שמסירתה הושלמה ולפני שאשה ספציפית ביקשה לעשות שימוש בזרעו לצורך הפריה. האם במצב דברים זה הייתה מתקבלת כסבירה עמדה נוקשה של בנק הזרע לפיה משהושלמה תרומת הזרע אין עוד מקום לחרטה? אני סבורה שהתשובה השלילית לשאלה זו מובנת מאליה. מנגד, ברורה גם התשובה למקרה הקיצון האחר, שבו כבר נעשה שימוש בזרע לצורך הפריית של ביציות, כמו בפרשת נחמני, ולכן החרטה שוב אינה אפשרית. המקרה שבפנינו הוא מקרה ביניים. מן הטעמים שהוסברו עד כה, אני סבורה שאף בו טרם התגבשה נקודת ה"אל חזור".

משפט השוואתי ומגבלותיו

28. שאלה חדשה ומורכבת כמו זו שבפנינו קוראת לכאורה לפנות אל מכמניו האין-סופיים כמעט של המשפט ההשוואתי, כמקור להשראה וללימוד. לאמיתו של דבר, זוהי ברכה שבנסיבות העניין תועלתה מוגבלת. התשובה לשאלה נטועה בהכרח בהשקפות ערכיות ואיתות שהן, לא אחת, גם תלויות מקום ותרבות. ואמנם, פנייה מדגמית לשיטות אחרות - שלא אחת הדין בהן עדיין פתוח - מלמדת כי לא ניתן להצביע על תשובה מוסכמת לשאלה. יתר על כן, התשובה שניתנת לשאלה תלויה בהסדרתן של שאלות אחרות, כגון השאלה האם זהותם של תורמי הזרע ניתנת לחשיפה בפני הילדים שנולדו מזרעם בעת שאלה הגיעו לבגרות. כך למשל, באנגליה, רשאים תורמי זרע לחזור בהם מתרומתם (ראו: Human Fertilization and Embryology Act 1990, Schedule 3, section 4(2)). ראו גם: Peter D. Sozou & others, Withdrawal of Consent by Sperm Donors, 339 British Medical Journal 975 (2009). הגישה האנגלית בסוגיה זו היא חלק מתפיסה כללית יותר, המכירה באפשרות לחזור מתרומה אף במקרה שבו כבר הופרטה ביצית מזרעו של התורם, כפי שנפסק בעניין Evans שנזכר לעיל, המבטא עמדה שונה מזו של המשפט הישראלי כפי שגובשה בפרשת נחמני (ראו גם: Heather Draper, Gametes, consent and points of no return 10(2) Human Fertility (105 (2007)). הכרה באפשרותם העומדת בפני תורמי זרע לחזור בהם מתרומתם באה לידי ביטוי בחקיקה באוסטרליה (שבה הנושא אינו מוסדר ברמה הפדרלית, אלא רק בחקיקה מדינית. ראו: Human Reproductive Technology Act 1991, section 22 בכל הנוגע לאוסטרליה המערבית ו-Assisted Reproductive Treatment Act 2008, section 20 בכל הנוגע לויקטוריה). גישה אחרת ניתן למצוא בקנדה. התקנות המסדירות שם את הסוגיה (Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations, 2007-2004 Reproduction Act, 2004 - מבחינות בין מצב של מסירת זרע או ביצית לצורך הפריה במסגרת מערכת יחסים זוגית שבה מעורבים מוסר הזרע או מוסרת הביצית לבין תרומת זרע או ביצית עבור צד שלישי. בעוד שבמצב הראשון החזרה מן ההסכמה יכולה להיעשות בכל עת כל עוד לא נעשה שימוש בזרע או בביצית, הרי שבמצב השני לא ניתן לעשות כן אם נמסרה הזרע מטעם הצד השלישי שהחומר הנתרם יוחזר עבורו (למעשה, כמו בעניינה של העותרת). הסדר זה נחשב למקדים מאד את נקודת ה"אל-חזור" ואף נמתחה עליו ביקורת מטעם זה. ראו: The Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ninth Report (14 February 2007), at p. 2. Porsha L. Cills, Does Donating Sperm Give the Right to Withdraw Consent? The: Implications of In Vitro Fertilization in the United Kingdom and Canada, 28 Penn. Int'l L. Rev. 111 (2009). גישה חריגה יחסית בנושא ניתן למצוא בחוק הספרדי (חוק 14/2006 מיום 26.5.2006 בנושא טכנולוגיות מסייעות לפריון - técnicas de reproducción humana asistida). סעיף 5 לחוק זה מאפשר לתורם הזרע לחזור בו אך מגביל זכות זו לנסיבות שבהן הוא זקוק לתאי הזרע לצרכיו שלו, וקובע כי בנסיבות אלה תחול על התורם חובה לפצות את בנק הזרע הנוגע בדבר. הצעת החוק שגובשה על-ידי ה-American Law Institute בנושא Model Act Governing Assisted Reproductive Technology - כוללת הסדר מפורט שעניינו אופן מתן ההסכמה להליכים של הפריה חוץ-גופית על-ידי כל הנוגעים בדבר, ובכלל זאת התורם. לפי סעיף 201 להצעה זו יש למסור את המידע הנוגע להסכמה וגבולותיה בעל-פה ובכתב, תוך התייחסות מפורשת גם לשאלה של זכות החזרה מן התרומה והשלב שבו היא פוקעת. הסעיף מוסיף וקובע כי זכות החזרה עומדת בעינה רק כל עוד תאי הזרע לא הועברו, אך כלל זה קשור בטבורו בהסדרה המלאה של סוגית ההסכמה מדעת והמידע שניתן קודם להענקתה. ציפיות, משאלות לב ציפיות מוגנות וזכויות

29. משאלת ליבה של העותרת להיות אם לילדים שלכולם אב גנטי אחד אינה מתגשמת אפוא. ציפיותיה נכזבו. אולם, בהיבט המשפטי, ציפיות אלה אינן נהנות מהגנה משפטית מלאה. בעיקרו של דבר, העותרת לא הסתמכה על האפשרות לקבל תרומות זרע נוספות מאותו תורם, בטרם הרתה את ילדתה הבכורה. היא שילמה על-מנת להבטיח את השימוש במנות הזרע הנוספות של התורם רק לאחר שהצליחה להרות מזרעו של התורם. כפי שעולה מן הדין לעיל, ייתכן שגם הסתמכות של אישה על רכישתן של כמה מנות זרע של אותו תורם לא הייתה מספקת כדי לגבור על זכותו של שלא להפוך להורה, בנסיבות שבהן לא נגרמה לאישה פגיעה נוספת. מכל מקום, במקרה שבפנינו, לא ניתן להצביע על הסתמכות של העותרת על האפשרות להבטיח שימוש בכמה מנות זרע של אותו תורם עובר להפריה המקורית שממנה נולדה לה ילדה, להבדיל משיבוש של ציפיותיה בהמשך הדרך.

30. פרספקטיבה נוספת שאף ממנה ניתן להתבונן על המקרה נוגעת להשוואה בין ציפיותיה של העותרת למימושה של הורות לכמה ילדים עם אב גנטי אחד עם היכולת להגן על ציפיה מסוג זה במהלך החיים הרגיל. אכן, על-פי רוב, בני זוג שבחרים להקים בית ולהביא ילדים לעולם מקווים ומתכננים כי, ככל שהם מעוניינים בכמה ילדים, חייהם יאפשרו להם להיות שותפים להורות לילדים שיהיו אחים ביולוגיים מלאים זה לזה. ציפיה זו עשויה להתממש, והיא אמנם מתממשת במקרים רבים. אולם, לא תמיד אלה הם פני הדברים. בני זוג עשויים להיפרד, למשל. במקרים אלה, גם אם הייתה למי מהם ציפיה למימושה של הורות משותפת לכמה ילדים עם בן הזוג ממנו נפרדו - ציפיה זו אינה ציפיה מוגנת. אכן, יש קושי נוסף במצבה של העותרת, שלה אין קשר ישיר עם מי שהרתה מזרעו. היא אינה יכולה לשכנעו ולפנות לרגשותיו באופן בלתי אמצעי, וזאת בשונה מאשר באירוע "רגיל" של פרידה. אכן, העותרת שונה ממי שהרתה לבן זוג שעמו יש לה מערכת יחסים נמשכת, אשר צפויה, מטבע הדברים, לעלויות ומורדות, ואשר בה מובנת מאליה העובדה שתכנון המשפחה הוא עניין לשני בני הזוג, ולא לאחת מהם לבדה. ההשוואה אינה מלאה אפוא. אולם, היא מחדדת את העובדה שהמשפט אינו מגן, במקרה הרגיל, על הציפיה ללדת אחים ביולוגיים מלאים. מסקנתי בהקשר זה דומה למסקנה שאליה הגיע חברי השופט רובינשטיין (בפסקה ל"ה לפסק דין). במבט רחב יותר, העדרה של הגנה משפטית על מודל משפחתי הקרוב לזה של משפחה מסורתית, משפחה שבה כמה אחים ביולוגיים, משתלב בהכרח הגוברת בכך שבחברה שלנו קיימות משפחות מסוגים שונים, ושהנמנים עמן יכולים וצריכים לחוש אושר בחייהם (ראו עוד: סילביה פוגל-ביז'או "משפחות בישראל: בין משפחותיות לפוסט-מודרניות" מין מיגדר פוליטיקה (דפנה עזריאלי ואחרות עורכות, 1999)).

31. לאור השיקולים שהוצגו בדיון עד כה, ספק אף אם ראוי להגן על ציפיותיה של העותרת הגנה מלאה. הגנה מלאה כזו הייתה פוגעת בתורם הזרע יותר מכפי הראוי. ניתן להוסיף, כי לכך עשויים להצטרף שיקולי מדיניות רחבים יותר שעניינם הרתעת יתר של תורמי זרע פוטנציאליים בעתיד (ובמיוחד בשים לב לכך שאף עתה קיים מחסור קבוע בתורמי זרע. ראו: מסמך רקע בנושא תרומת זרע בישראל 2 (מרכז המידע והמחקר של הכנסת, 1.3.2005)). ניתן אף להניח ששיקולים אלה ייבחנו גם כאשר יעלו בעתיד שאלות נוספות הנוגעות לזכויותיהם של תורמי זרע, למשל בכל הנוגע לציפיותיהם של ילדים הנולדים מתרומת זרע להתחקות אחר זהות האב הביולוגי (ראו והשוו: רות זפרן "סודות ושקרים" - על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519 (2005)). ויודגש: העותרת אינה משלמת כאן את מחיר ההגנה על תורמים עתידיים אלה, ככל שיחפצו בהגנה זו. התוצאה המתחייבת במקרה שבפנינו היא גם תוצאה רצויה למקרים אחרים, ולא להפך. טכנולוגיה, מדע ומשפט

32. המקרה שלפנינו מהווה דוגמה נוספת לאתגרים החדשים שמציבה ההתקדמות המדעית והטכנולוגית. מבחינה רפואית, אישה המבקשת להרות יכולה לבחור בתורם הזרע הרצוי לה, לאחר שבחנה את מאפייניו, וכן את זמינותו של "מלאי" תרומות זרע שנמסרו על-ידו. אפשרויות אלה שפתוחות בפניה מצטרפות למצבים רבים נוספים שבהם הטכנולוגיה פותחת אפשרויות חדשות - להקפאת ביציות או לשמירת זרע (לצורך שימוש בהן בעתיד), לאיתור מוקדם של מחלות גנטיות של עוברים ועוד. מצבים אלה חוזרים ומעוררים את השאלה האם כאשר אפשרות פעולה מסוימת קיימת, כעניין מדעי וטכנולוגי, משמעות הדבר היא שאף קיימת זכות לעשות בה שימוש, וכן שאין להגביל את השימוש בזכות זו. בענייננו, מאחר שקיימת אפשרות טכנית לעשות שימוש במנות הזרע הנוספות של התורם, ההנחה שביסוד העתירה הייתה שניתן יהיה אף לעשות בהן שימוש, ללא הגבלה. אכן, הטכנולוגיה פותחת בפנינו אופקים חדשים, ומעניקה לנו אפשרויות בחירה נוספות. אולם, העובדה שאפשרויות טכנולוגיות ומדעיות מאפשרות נקיטת צעדים מסוימים אינה מקנה, כשלעצמה, זכות לעשייתם. וודאי שאלה הם פני הדברים כאשר אל מול האפשרות לעשות שימוש בטכנולוגיה לא עומד רק חשש ערטילאי מפני השלכות אפשריות על פני החברה, אלא תורם זרע קונקרטי שזכויותיו צפויות להיפגע. חקיקה והסדרים ראשוניים

33. המצב שנגלה לעינינו בכל הנוגע להסדרתן של תרומת זרע רחוק מלהשביע רצון. עניין כה מהותי, בעל השלכות על מימושה של הזכות להורות, כמו גם על דיני המשפחה בכלל, נעדר הסדרה חקיקתית נאותה. הפעלתו של בנק זרע מוסדרת הסדרה רופפת בלבד בחקיקה, ואף זאת רק במתכונת של חקיקת משנה - תקנות בנק הזרע. תקנות אלה מכפיפות את ניהולו של בנק זרע להכרה של מנכ"ל משרד הבריאות, וכן קובעות כי הזרעה מלאכותית מתורם תבוצע רק בבית חולים שיש בו בנק זרע ומזרע שהתקבל מבנק זה. הסדרה מפורטת יותר קיימת רק במתכונת של חוזר מנכ"ל של משרד הבריאות, כמפורט לעיל, ואף זה נעדר התייחסות לסוגיות מהותיות, כמו זו שבפנינו. המצב הקיים לוקה אפוא בשניים: ראשית, ההסדרה הקיימת אינה נדרשת לשאלות חשובות ומהותיות; שנית, ומכל מקום, ההסדרה אינה בדבר חקיקה ראשי הכולל הסדרים ראשוניים, כמתחייב על-פי פסיקתו של בית משפט (ראו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006)). מצב דברים זה אינו תקין ברמה העקרונית, והוא אף תורם בעקיפין למצבים שבהם נוצרות ציפיות בלב הנוגעים בדבר, בשל העדרה של הסדרה ברורה. הדברים נאמרים במשנה תוקף, מאחר שהסוגיה של תרומות הזרע לא מוסדרת בחקיקה ראשית כלל, להבדיל ממצבים שבהם קיימת הסדרה בחקיקה ראשית, אך זו אינה מפורטת דייה (לגישות שונות באשר להיקפה ולמעמדה של החובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה, ראו: גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק - תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012)). חוק בנושא, לו נחקק, היה יכול להבהיר מהי נקודת ה"אל-חזור" בהליך של תרומת זרע מהיבט יכולתו של התורם לחזור בו, וכן לקבוע כללים בעניינים אחרים שלהם חשובים ציבורית כללית כדוגמת היקף השימוש במנות זרע שנתרמו על-ידי אותו תורם (על דרך קביעת הגבלה ברורה בתחום זה). חוק בנושא עשוי גם לקבוע הסדרים שעניינם היקף המידע שזכאי לקבל תורם הזרע (למשל, האם יוכל לדעת האם נולדו ילדים מזרעו). כך למשל, בנסיבות העניין, ייתכן כי קביעת כלל ברור שהיה "חוסם" מידע כזה, הייתה מקלה, במידת מה עם התורם, משום ששימומו היה חוסך ממנו את הידיעה הפוזיטיבית שזרעו שימש בפועל להפריה שעלתה יפה (אם כי לא בהכרח היה בכלל כזה כדי להבטיח שתורמים עתידיים לא יבקשו לחזור בהם מתרומתם).

על הדין ועל לפני משורת הדין

34. ואחרי ככלות הכול, ניתן להבין לליבה של העותרת, גם אם הדין אינו לצידה. אף כי סירובו של תורם הזרע לשימוש בזרעו להפריה נוספת נובעת מטעמים רגשיים שניתן לכבד, ייתכן שמאבקה של העותרת וכאבה יובילו אותו למחשבה נוספת לאחר שתם ההליך המשפטי. הוא אינו חייב לעשות כן על-פי שורת הדין. הוא יכול גם יכול לשקול את הדברים לפני משורת הדין. השופט י' עמית:

1. אני מצטרף לתוצאה אליה הגיעו שני חברי, וכמותם, אף ליבי כבד נוכח התוצאה אליה הגענו. מאחר שחברי הרחיבו וחרשו את השדה לאורכו ולרוחבו, אגדור עצמי ללקט, שכחה ופאת השדה שהותירו אחריהם, ואנסה להאיר זוויות נוספת בסוגיה העומדת לראשונה על שולחנו של בית משפט זה.

בין העותרת לתורם באספקלריית הדין האזרחי

2. גורלה של העתירה נגזר מכלי המשפט בהם נבחר לנתח את הסוגיה שלפנינו. כשלעצמי, אני סבור כי אילו בחרנו ב"משבצת" הדין האזרחי בלבד, דומה כי ידה של העותרת הייתה על העליונה.

3. לפנינו שתי מערכות חוזיות הנוגעות ל"נכס" מושא דיונו. האחת - בין התורם לבין בנק הזרע, השנייה - בין העותרת לבין בנק הזרע, ואין יריבות חוזית בין התורם לבין העותרת.

מכר מוגדר בסעיף 1 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר) כ"הקניית נכס תמורת מחיר". ביחסים שבין התורם לבנק הזרע, ניתן לראות בתורם כמי שמכר את זרעו בתמורה - לא סמלית אך גם לא גבוהה במיוחד - והבעלות בזרע עברה לבנק הזרע, מכוח סעיף 33 לחוק המכר הקובע כי בהיעדר הסכמה אחרת הבעלות בממכר עוברת במסירה. חברי, השופט רובינשטיין, סבור כי אין לראות בתרומת הזרע משום מכר, מאחר שלא ניתן להעביר בעלות קניינית בצופן הגנטי של התורם, למשל, כדי "לשכפלו" גנטית (סעיף סג לפסק דינו). חברתי, השופטת ברק-ארז, הצביעה על פסק דינו של בית המשפט בקליפורניה, שקבע כי בת זוגו של המנוח זכאית לקבל את מנות הזרע של המנוח על מנת לנסות ולהרות מהן ולא לכל מטרה אחרת, כדוגמה נוספת הממחישה כי לא בקניין רגיל עסקינן (פסקה 19 לפסק דינה).

אלא שאין בדוגמאות אלה כדי לשלול את סיווג התרומה כעסקת מכר ואת האופי הקנייני של העסקה. זאת, באשר אין מניעה כי הסכם מכר ייעשה למטרה מסוימת תוך הגבלת הקונה לגבי אופן השימוש בממכר, מבלי שהדבר יגרע מתוקפה של העסקה כעסקת מכר המעבירה את הקניין בממכר. במקרה דנן, נכתב במפורש בטופס עליו חתם התורם, כי התרומה ניתנת למטרת הפריה או לצרכי מחקר. ההגבלה החוזית על אי שימוש במטען הגנטי של התורם שלא למטרות פירון או מחקר, אינה גורעת כשלעצמה מתוקפו של הסכם המכר ומתוקפה של ההעברה הקניינית מכוחו.

4. חברי סבור, כי בשל טיבו של הממכר, יש להניח שהתורם לא התכוון שההסכם יהיה בלתי מוגבל, ומאחר שלא נקבע בו מועד לפקיעה, קיימת אפשרות חזרה חוזית מובנית, המצריכה את הסכמתו המתמשכת של התורם בכל שלבי ההליך. אלא שאם רואים אנו את תרומת הזרע כעסקת מכר, אין מדובר בהסכם בלתי מוגבל בזמן, אלא בהסכם חד-פעמי שהתמצה עם העברת הזרע לבנק הזרע כנגד התשלום שקיבל המשיב, וממילא אין המשיב יכול לחזור בו מהחזרה. ככל שידיעתי מגעת, גם על פי הפרקטיקה הנוהגת בבנקי הזרע הממשלתיים והפרטיים, לא נדרשת הסכמתו של התורם בכל פעם ופעם שנעשה שימוש כלשהוא בזרע שתרם.

חברתי סבורה, כי מתעוררת שאלה פרשנית כיצד יש לפרש את שתיקת כתב ההסכמה עליו חתום תורם הזרע לגבי זכות החזרה מההסכמה. אלא שבשאלה זו כבר טמונה ההנחה כי אין להחיל את דיני החוזים הרגילים על ענייננו. שהרי בחוזה מכר רגיל איננו מוצאים "הוראת התחרטות", וחזרה מההסכמה נתפסת בדיני החוזים כהפרת חוזה המעניקה לנפגע את התרופות הקבועות בהסכם או בדין.

5. גם אם לא נראה את התורם כמי שמכר את זרעו אלא כמי שנתן במתנה את זרעו - נוכח השימוש במילה "תרומת זרע" ונוכח התמורה המסתכמת במאות שקלים בלבד - אין בכך לשנות את התוצאה של העברת הבעלות בזרע. המונח "מיטלטלין" מוגדר בסעיף 1 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן: חוק המיטלטלין) כ"נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין" והחוק חל גם על זכויות בשינויים המחויבים (סעיף 13א) לחוק המיטלטלין. מכאן, שניתן לראות את התורם כמי שנתן "מיטלטלין" במתנה שהושלמה עם מסירת הזרע לבנק הזרע. הבעלות במתנת מיטלטלין עוברת עם המסירה לאלתר, לפי סעיף 2 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המתנה) הקובע כי "מתנה נגמרת בהקניית דבר-המתנה על-ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה". זאת, בשילוב עם סעיף 6 לחוק המתנה, הקובע כי בהיעדר הוראות דין מיוחדות, ה"בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו או במסירת מסמך המזכה אותו לקבל, ואם היה הדבר ברשות המקבל - בהודעת הנותן למקבל על המתנה". מאחר שבמתנה שהושלמה עסקינן, אין תחולה לסעיף 5 לחוק המתנה, העוסק בהחייבות ליתן מתנה, ולאפשרות של נותן המתנה לחזור בו מהמתנה בניסיונות מסוימות.

6. על אף האמור לעיל, אני נכון להניח כי אילו העותרת לא הייתה כלל בתמונה, הרי שבמקרה בו התורם היה מבקש לחזור בו מעסקת המכר/מתנה מטעמים סבירים, היה מקום להיעתר לדרישתו, ואם בנק הזרע היה מסרב לכך מן הסתם היינו רואים בעמדתו משום עמידה על זכות שלא בתום לב, בהתחשב באופיו המיוחד של מושא המכר/המתנה. אולם שונה המצב כאשר צד שלישי חוזר לתמונה, שאז מערך השיקולים משתנה. דוגמאות לכך מפוזרות לכל אורך החקיקה והפסיקה, כגון הוראת סעיף 15(ב) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 הקובעת כי אם הצד השלישי לא ידע על סיום השליחות זכאי הוא לראותה כנמשכת. הוראה זו נדונה בהרחבה בפסקי הדין בע"א 4092/90 מיטלברג נ' נייגר, פ"ד מח(2) 529 (1994) ודנ"א 1522/94 נייגר נ' מיטלברג, פ"ד מט(5) 231 (1996), ויפים לענייננו דברי השופט חשין בפסק הדין בערעור (בעמ' 553):
- "והרי ידענו כי שמואל לא שינה מצבו, כי צד שלישי לא בא אל הבית, וכי הסכסוך נותר inter partes - בין אותם צדדים עצמם ובלא מעורבותו של צד שלישי. ... נחזור ולא נלאה מהדגיש: לו אינטרס צד שלישי היה בא אל המערכת, אפשר היינו פוסקים דין אחר. ואולם לא כך אירע, ועל-כן ראינו להכריע כפי שהכרענו".
7. במישור היחסים בין העותרת לבין בנק הזרע, ניתן לראות בעותרת כמי שרכשה את מנות הזרע של התורם. אכן, הזרע לא הועבר לחזקתה הפיסית של העותרת, משום שמנות זרע נשמרות רק בבנק הזרע באמצעות שיטת הקפאה מיוחדת (בחנקן נוזלי בטמפרטורה של מינוס 196 מעלות), אולם בנק הזרע הסכים לשמור עבור העותרת את זרעו של המשיב, כפי שעולה מהטופס שכתרתו "בקשה לשמירת מנות זרע". יש בכך כדי לחזק את מעמדה של העותרת כבעלים של הזרע, נוכח הגדרת שמירה בסעיף 1 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967, כ"החזקה כדין שלא מכוח בעלות" - ההחזקה כדין היא של בנק הזרע אך הבעלות היא של העותרת. ודוק: אין בהסכמת העותרת להכפיף את השימוש בזרע לשיקול דעת מקצועי-רפואי של הרופא כדי לפגוע בבעלותה הקניינית בזרע. התניה לפיה העותרת פוטרת את בנק הזרע מאחריות "לאובדן, פגיעה או שימוש אחר במנות זרע אלה", אין לה ולא כלום עם שאלת החרטה של התורם, וניתן לראותה כתניית פטור ביחסים שומר-בעלים.
8. חברי הציע להחיל את החרגי של אכיפה לא צודקת לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"ג-1973 (להלן: חוק התרופות). אלא שחריג זה כוחו יפה ביחסים שבין התורם לבין בנק הזרע, וספק אם ניתן להחילו ביחסים בין התורם לבין העותרת, הן מאחר שהקניין בזרע כבר עבר לעותרת והן בהיעדר יריבות חוזית בין השניים (השוו ד"נ 21/80 וורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253 (1981), שם נקבע בדעת הרוב כי סעיף 3(4) לחוק התרופות חל ביחסים בין הקונה הראשון למוכר וכי ניתן להתחשב בשיקולי הצדק של הצדדים הישירים לחוזה אך לא בשיקולי הצדק של הקונה השני). מכל מקום, החלת שיקולי הצדק מכוח סעיף 3(4) לחוק התרופות לטובת התורם, אינה יכולה להנחות אותנו בדרכנו לפתרון החידה, באשר השאלה מהו הפתרון הצודק בנסיבות העניין, היא-היא השאלה שבמחלוקת בין הצדדים.
9. הניתוח המשפטי דלעיל, באספקלריה של הדין האזרחי, נעשה מתוך הנחה כי ניתן לראות את הזרע כ"מיטלטלין" כהגדרתם בחוק המיטלטלין (ראו סעיף 5 לעיל, וכן הגדרה דומה בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] ובחוק הפרשנות, התשמ"א-1981) וכנכס שניתן לסחור בו בהיבט הקנייני והחוזי. גם עמדת חלק מהפוסקים על פי המשפט העברי, הרואים בזרעו של התורם "הפקר", תומכת לכאורה בהיבט הקנייני, באשר אחד המאפיינים המובהקים של זכות הבעלות, הוא הזכות להפקיר או להשמיד את החפץ מושא הבעלות (יהושע ויסמן דיני הקניין: חלק כללי 89, 108 (1993) (להלן: ויסמן דיני הקניין)).

אלא שהשאלה אם איבר מגוף האדם נחשב כ"נכס" שניתן להעביר את הבעלות בו אינה נקייה מספקות. קשה לראות "נכס" בדבר ששיטת המשפט אינה מאפשרת לרכוש בו בעלות, ושיטת המשפט הישראלית מתנגדת לסחר בבני אדם ומתנגדת לסחר באיברים, הגם שהיא מתירה את תרומתם (ויסמדיני הקניין בעמ' 91; יהושע ויסמן "איברים כנכסים" משפטים טז 500 (1987)). לגבי איברים מתחדשים דוגמת זרע, ביצית, מח עצם או דם, ולהבדיל מאיבר כמו כליה או קרנית, עצם התרומה אינה מונעת מהתורם את השימוש האישי שלו בנכס, העומד לרשותו שוב בעתיד. יתרה מכך, ככל שידיעתי מגעת, ואני אומר את הדברים בזירות מאחר שלא הונחה בפנינו תשתית עובדתית בנושא, קיים סחר ו"יבוא" של זרע מחו"ל לבנקי זרע בארץ (ושמא גם "יצוא" של זרע לחו"ל), מה שמצביע על סחירות של הזרע כנכס לכל דבר ועניין. אשר על כן, קל יותר לראות ב"איברים" אלו "נכס", ונראה שעל כן התיר המחוקק העברתם מאדם לאדם והתיר קבלת תמורה כזו או אחרת בגינם (גד טדסקי "קניין ועבירות: הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח 281, 282 (1988); דפנה לוינסון זמיר "השתלה מן החי בישראל: הווי ובעיות" הפרקליט לח 300 (1988)).

מנגד, יכול הטוען לטעון כי אין להשוות זרע או ביצית לאיברים מתחדשים אחרים, ואפילו לא לאיברים כמו כליה או קרנית, מאחר שהגמטה הזכרית והנקבית (תאי זרע ותאי ביצית) מאפשרים להביא לעולם ילד ובכך "להנציח" את המטען הגנטי של התורם לדורי דורות. באספקלריה זו, תרומת זרע או תרומת ביצית היא עניין נכבד עד מאוד.

השורה התחתונה היא, כי גם אם יש מקום להחיל את הדין האזרחי על תרומת זרע, ואף שמבחינות "מסחריות" הגדרתו של זרע שונה מאיברים וחלקי גוף אחרים, הרי שלכלל "נכס" רגיל לא הגענו, וסחירותו של זרע אינה כסחירותו של חפץ מיטלטל, שניתן להחיל עליו מנהג סוחרים ותקנת השוק. בשל כך, דומה כי לא ימצא חולק כי ככלל יש לאפשר לתורם לחזור בו מהסכמתו, כל עוד מדובר במערכת היחסים שבינו לבין בנק הזרע בלבד. השאלה האמיתית הצריכה לענייננו היא, האם הזרע הוא "נכס" כה מיוחד, עד שיש בכוח מאפייניו הייחודיים להתגבר על משקלו של צד שלישי (העותרת), שנכנס לתמונה?

10. התשובה לשאלה זו היא ערכית, וכמו חברי אף אני סבור כי הדין האזרחי אינו הדין היחיד החל בענייננו, ובוודאי שאינו הדין הממצה, ועלינו לתור אחר התשובה במשבצות משפט נוספות (על חשיבות סיווג ותיחום המשבצת המשפטית, ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים ו 17 (2011)). ההחלטה באיזה כלי משפט לבחור, או באיזו "משבצת" של הדין לסווג את הסוגיה מושא הדיון, היא עצמה החלטה ערכית אשר עשויה להשפיע על התוצאה הסופית.

היקש מתרומת ביצית
11. המחוקק לא הסדיר בחקיקה ראשית את נושא תרומת הזרע, וממילא אין התייחסות חקיקתית לסוגיה של חזרת התורם מהסכמתו. הצעת חוק פרטית בנושא תרומות זרע הונחה על שולחן הכנסת בחודש מרץ 2011 על ידי ח"כ עתניאל שנלר, והיא מאפשרת חזרה מההסכמה של התורם, רק במצב בו תורם הזרע מבקש לייעד מראש את זרעו לנתרמת מסוימת והוא מבקש לחזור בו טרם ביצוע פעולת ההזרעה בנדרמת.

גם חוזר מנכ"ל משרד הבריאות הקובע כללים בדבר ניהול בנק הזרע (חוזר מס' 20/27 מיום 8.11.2007) מתייחס לחזרה מההסכמה רק במצב בו אישה מבקשת להביא ילד בהורות משותפת עם מי שאינו בן-זוגה, שאז נדרשים השניים להציג הסכם המתייחס לאפשרות של הצדדים לחזור בהם, ומה השימוש שיעשה בחומר הגנטי במקרה זה (סעיף 31 לחוזר). בסעיף 25(ה) לחוזר המנכ"ל נכתב כי "לא ילקח, לא יתקבל ולא יעשה שימוש בזרע של תורם לשם הזרעה מלאכותית, אם נתקיים אחד מאלה: [...] התורם לא נתן הסכמתו בכתב על גבי טופס כמפורט בכרטיס התורם". לכאורה, ניתן לטעון כי יש צורך לקבל הסכמה של התורם בכל שלב ושלב, אך מהטופס עליו חותם התורם, עולה כי הסכמתו למתן הזרע ולשימוש בו נעשית "בדיבור אחד", ולאחר שהזרע נלקח ומתקבל, אין צורך בקבלת הסכמה נפרדת לעשיית שימוש בזרע. כאמור, וככל שידיעתי מגעת (לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית בנושא), זו גם הפרקטיקה הנוהגת, ובנקי הזרע למיניהם אינם נוהגים לפנות לתורם וליידע אותו, קל וחומר לקבל את הסכמתו, לפני שנעשה שימוש בזרעו.

12. כיום אין אפוא התייחסות של המחוקק, אף לא של מחוקק המשנה, לשאלה אם תורם זרע רשאי לחזור בו מהסכמתו ועד לאיזה שלב. במצב של לקונה שומה עלינו לפנות להיקש (אנלוגיה) מעוגנים כיום במשפטנו בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 הקובע "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש...". והנה, בנושא קרוב עד מאוד לענייננו, קבע המחוקק הסדר בחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 (להלן: חוק תרומת ביציות). סעיף 16 לחוק תרומת ביציות קובע ארבע פעולות שהתורמת רשאית להורות לגבי הביציות שנשאבו מגופה, והן: השתלת הביציות; הקפאת הביציות לשם שימוש עתידי על ידה; מחקר; השמדת הביציות. ההסכמה להשתלה יכול שתינתן לתקופה מסויימת או בלתי מוגבלת. את אפשרות החזרה מהסכמה קובע סעיף 44(א) לחוק, כלהלן:

חזרה מהסכמה ושינוי ייעוד

(א) תורמת או מטופלת רשאית לחזור בה מההסכמה שנתנה לפי סעיפים 15, 16 או 27, לפי העניין, בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה לייעד את הביציות שנשאבו מגופה, ולעניין הסכמה לייעד ביציות להשתלה - בכל עת לפני הפריית הביציות, והיא לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה מהסכמה כאמור.

תורמת ביציות רשאית אפוא לחזור בה עד לנקודת הזמן בה הופרתה הביצית הנתרמת. אם וככל שאנו מאמצים פתרון זה על דרך ההיקש גם בענייננו, הרי שהגענו לפתרון הסוגיה שהונחה בפנינו, ואיננו נדרשים לפניית חובה ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" ולמשפט העברי עליו עמד חברי השופט רובינשטיין בהרחבה בפסק דינו.

13. על פי קביעת המחוקק, ברגע בו נוצר מטען גנטי משותף, אינטרס התורמת אינו עומד בפני עצמו והיא אינה יכולה לחזור בה מהסכמתה בשל חדירת צד שלישי לתמונה בדמות השותף השני למטען הגנטי. באספקלריה זו, ניתן לטעון כי ההיקש בין תרומת ביצית לתרומת זרע מתבקש מעצמו - כל עוד לא נעשה שימוש בזרע, התורם יכול לחזור בו, אך משנעשה שימוש בזרע והביצית כבר הופרתה, לפנינו נקודת "אל-חזור" נוכח המטען הגנטי המשותף שנוצר (באספקלריה לדין האזרחי, ראו סעיף 4 לחוק המיטלטלין הדן בחיבור וערבוב מיטלטלין).

מדוע חוק תרומת ביציות קובע דווקא את שלב ההפריה (להבדיל משלב ההשתלה או ההשתלה החוזרת) כשלב ה"אל-חזור" מבחינת התורמת? שמא ביקש המחוקק להימנע מהצורך להידרש לסוגיות הרפואיות-משפטיות-מוסריות-פילוסופיות-דתיות הנוגעות למועד היווצרות החיים ולמעמדן של מספר תאים שהתחלקו בעקבות הפרייה חוץ-גופית? להנחה זו לא מצאתי תימוכין בחוק תרומת ביציות, בדברי ההסבר לחוק או בהיסטוריה החקיקתית, אולם ניתן לתמוך אותה בשכל הישר.

לפי הסבר זה, הצבת נקודת ה"אל-חזור" בנקודת הזמן של הפריית הביצית אינה שרירותית. כך, כל עוד לא נעשה שימוש בזרעו של המשיב, ניתן לטעון כי אין לעותרת זכות לילד מסוים מזרעו, באשר כל עוד לא נוצר הילד (אי-קיום) טרם נוצרה הזכות הקונקרטית בהולדתו (השוו לדברים שנאמרו בסוגיה של "הולדה בעוולה" - דוד הד "הזכות לא להיוולד בפגם?" דילמות באתיקה רפואית 255, 259-258 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002)). לא כך בשלב שלאחר ההפריה, שאז הזכות הערטילאית לילד מסוים מקבלת מושא ממשי, ונוצרת לאם הזכות להביא לעולם את הילד שכבר החל להיווצר (לדיון בדבר מועד ההתגבשות של הקיום הממשי על פני הקיום הפוטנציאלי, ראו: (1986) 578, p. 574, 21 Israel L. Rev. 574, Are "wrongful life" claims philosophically valid? (David Heyd)). אף יש הגורסים, כי לאחר ההפריה נוסף למערך האיזונים האינטרס של העובר המתהווה להיוולד (לדעה חולקת ראו אנדרי מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנז" עיוני משפט 433, 436-439 (1995)).

14. פשוטו של היקש תומך אפוא במסקנה כי גם לגבי תורם זרע, נקודת האל-חזור היא הפריית הביצית. אולם לטעמי, בחינה מעמיקה של הדברים עשויה להביא את ההיקש לחוק תרומת ביציות לתוצאה אחרת, ולמיעט, למסקנה כי לא ניתן להקיש בין המקרה שלפנינו להסדר הקבוע בחוק זה, לאור ההבדלים המהותיים בין תרומת זרע לתרומת ביצית.

להבדיל מתרומת ביצית, נושא תרומות הזרע עדיין לא הוסדר בחקיקה ראשית. גם על פי הצעת החוק הפרטית של ח"כ שנלר וגם על פי חוזר המנכ"ל דהיום, לשם תרומת זרע בישראל כל שנדרש הוא לקבל את הסכמת התורם על גבי הטופס המתאים. לעומת זאת, תרומת ביציות נדרשת לקבל אישור בכתב של ועדת אישורים הכוללת רופאים, עובד סוציאלי, פסיכולוג, עורך דין ונציג ציבור או איש דת; לתרומת ניתן הסבר מפורט בכתב ובעל פה על מהות ההליך והתרומה; היא נדרשת לעבור בדיקה רפואית ופסיכולוגית כדי לוודא התאמתה למתן התרומה; על ועדת האישורים להשתכנע כי הסכמת התורמת ניתנה "בדעה צלולה", מתוך רצון חופשי ושלא מתוך לחץ משפחתי, חברתי, כלכלי או אחר" (סעיף 12 לחוק תרומת ביציות). הסיבה לפרוצדורה המתוארת לעיל נובעת מכך שתרומת ביצית כרוכה בהליך מורכב מבחינת התרומה, להבדיל מתרומת זרע שאינה כרוכה בפעולה פולשנית או בטיפול תרופתי.

15. גם הפרוצדורה של תרומת זרע שונה עד מאוד מזו של תרומת ביצית. תרומת זרע מתבצעת כאמור באמצעות בנק זרע, כאשר מנות הזרע נשמרות במשך שנים ארוכות בהקפאה, והנתרמות יכולות לבחור מההיצע העומד בפניהן את הזרע התואם את צרכיהן ורצונותיהן. בנק הזרע משמש מעין גורם מתווך בין תורם הזרע לנתרמת, ובנוסף לשירות שמירת הזרע בתנאים הנדרשים, הוא אחראי גם על קבלת הזרע מהתורם והעברתו לנתרמת. בתרומת זרע, התורם שכבר נתן את מנת הזרע אינו מעורב כלל בהליך, והנתרמת יכולה לרכוש מנת זרע שהתורם נתן במועד כלשהו שאינו רלוונטי מבחינתה, וכבר אינה תלויה בשיתוף פעולה מצידו.

לא כך בפרוצדורה של תרומת ביציות, הדורשת שיתוף פעולה בין התורמת לנתרמת. המדובר בהליך מורכב, במהלכו התורמת עוברת טיפול הורמונלי לאורך מספר שבועות, שמטרתו לגרות את השחלות. בתקופה זו התורמת מצויה במעקב הכולל בדיקות אולטרא סאונד ובדיקות דם, והיא מחויבת להימנע מעישון, שתיית אלכוהול וקיום יחסי מין לא מוגנים. במקביל, הנתרמת עוברת אף היא טיפול הורמונלי שנועד לעבות את רירת הרחם לשם קליטת הביצית המושתלת. כל זאת, נעשה תוך "סנכרון" בין המחזור של התורמת והנתרמת, כדי שרחמה של הנתרמת יהיה מוכן לקליטת הביציות סמוך לאחר השאיבה מהתורמת. מיד לאחר שהביציות נשאבות מהתורמת (בפרק זמן שאינו עולה על שעות ספורות), הן מופרות בזרע בטכניקות שונות שאינן מענייננו והקשורות, בין היתר, לאיכות הזרע. את הביצית המופרית מדגירים במעבדה ולאחר מספר ימים (48 שעות עד חמישה ימים) מחדירים את העוברים שנוצרו - או שמא התאים שהתחלקו - לרחמה של מקבלת התרומה. להבדיל מתרומת זרע, תהליך התרומה כרוך בסיכונים לתורמת, ובניגוד לתרומת זרע, האפשרות להקפיא ביציות מוגבלת, משום שביצית מאבדת מאיכותה לאחר הקפאה והפשרה. מטעם זה, ככל שידיעתי מגעת אין כיום בישראל "בנק ביציות", להבדיל מ"בנק עוברים" של ביציות שעברו הפריה.

הרחבתי בתיאור הפרוצדורה הרפואית, שלא על מנת להעשיר את ידיעותיו של הקורא בנפלאות הבריאה ובפלאי הרפואה והטכנולוגיה, אלא כדי להצביע על השוני המהותי בין תרומת זרע לתרומת ביצית. הליך תרומת הזרע הוא פשוט, אינו מחייב כל פרוצדורה רפואית, והעול הרפואי המרכזי נופל על כתפי הנתרמת. לעומת זאת, ההליך של תרומת ביצית מחייב את התורמת והנתרמת האנונימיות לשיתוף פעולה ממושך, והעול העיקרי נופל על כתפי התורמת.

16. כאמור, תורמת אינה יכולה לחזור בה מהסכמתה מרגע הפריית הביציות, שמתבצעת ככלל מיד לאחר השאיבה. התורמת אינה יכולה לחזור בה מההסכמה, גם אם הביציות טרם הושטלו ברחמה של הנתרמת, וגם אם הזרע בו הופרתה הביצית הוא מתורם זר שאינו בן-זוגה של הנתרמת. זאת, למרות שלכאורה אין לנתרמת אינטרס הסתמכות "חזק", שהרי הביציות טרם הושטלו ברחמה, ולכן הימנעות מיצירת ההיריון אינה כרוכה בחדירה פולשנית לגופה.

בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר כדלקמן (ה"ח הממשלה 2007, 311):

"הסכמת אישה לתרום ביציות מגופה בהתאם להוראות החוק המוצע, כרוכה בתוצאות משמעותיות - הולדת ילוד שהוא ילדה הביולוגי של אותה אישה תוך ויתור מצדה על כל זיקת הורות כלפיו. על כן, יש לאפשר לתורמת כאמור לחזור בה מהסכמתה לעניין הפעולות שיבוצעו בביציות שיישאבו מגופה, בכל עת לפני ביצוע הפעולה שלה הסכימה ליעד את הביציות כאמור, ולעניין ביציות להשתלה - בכל עת לפני הפריית הביצית. התורמת לא תישא באחריות אזרחית או פלילית בשל חזרתה כאמור. תורמת שחזרה מהסכמתה כאמור, תשיב את סכום הפיצוי שניתן לה בשל פעולת שאיבת הביציות למטרת השתלה או בשל הסכמתה להקצאת הביציות העודפות שנשאבו מגופה למטרת השתלה".

נראה כי דברי ההסבר אינם "מסונכרנים" לכאורה עם נוסח החוק, שקובע את נקודת האל-חזור בשלב ההפריה. לכאורה סביר, כי אם ביקש המחוקק לאפשר לתורמת לחזור בה, בהתחשב בתוצאה המשמעותית של הולדת ילד וויתור על זיקת הורות כלפיו, צריך היה לאפשר לתורמת לחזור בה גם לפני השתלת הביציות בנתרמת, ובמקרה של השתלה כושלת, לאפשר לה לחזור מהסכמתה לפני השתלה נוספת בנתרמת (אשר בתורה מחייבת קבלת אישור מחודש על מנת לבחון אם מתקיימים עדיין התנאים הקבועים בחוק להשתלה - סעיף 19(ג) לחוק).

הסיבה לקביעת מועד ההפריה כנקודת האל-חזור נעוצה בשלבי ההפריה וההשתלה עליהם עמדנו לעיל, ואשר ביניהם מפרידים לכל היותר מספר ימים בלבד. נוכח הפרוצדורה המורכבת שעוברת התורמת, המחוקק מצא לאפשר לה לחזור בה מהסכמתה בכל עת עד לשלב בו מסתיים חלקה והביציות מוצאת מגופה ומופרית מיד לאחר מכן. יש לראות את הוצאת הביצית וההפריה כשלב אחד, ובהתחשב בכך שההשתלה אף היא נעשית בפער של עד ימים ספורים, אף ניתן לראות את שלושת השלבים (הוצאת הביצית-הפריה-השתלה) כשלב אחד. לאחר שהתורמת סיימה את חלקה, עובר הכוח להחליט לנתרמת, שאף היא מצידה החלה לעבור טיפולים הורמונאליים, גם אם מורכבים פחות. מסיבה זו, ספק אם ניתן להקיש מזכות החזרה מהסכמה שניתנת לתורמת ביצית - ששיתוף הפעולה שלה נדרש ממש עד לשלב הוצאת הביציות וההפריה הנעשית מיד בסמוך לאחריה - לתורם זרע, שאין לו חלק ונחלה בפרוצדורה הרפואית הכרוכה בהפריה, ושיתוף הפעולה שלו אינו נדרש כלל וכלל לפני ההפריה.

17. זאת ועוד. יכול הטוען לטעון כי יש להקיש לענייננו מחוק תרומת ביציות, אלא שההיקש מוביל אותנו למסקנה שונה בתכלית. הנה כי כן, התורמת אמנם יכולה לחזור בה עד לשלב ההפריה, אך למעשה, בהתחשב בכך שהוצאת הביצית וההפריה נעשות "בדיבור אחד" (לכל היותר בהפרש של עד שעות ספורות), ניתן לומר כי התורמת מנועה מלחזור בה מרגע הוצאת הביצית מגופה. בדומה, גם תורם הזרע יהיה מנוע מלחזור בו לאחר שהזרע יצא מגופו. דהיינו, כיון שדה-פקטו נקודת ה"אל-חזור" אינה ההפריה אלא הוצאת הביציות אשר עוברת מיד הליך של הפריה, ההיקש לענייננו הוא רגע הוצאת הזרע ומסירתו.

18. על רקע כל האמור לעיל, ספק אם ניתן לעשות היקש מחוק תרומת ביציות לענייננו, ומכל מקום, ההיקש לחוק תרומת ביציות אינו מוביל אותנו לתשובה חד-משמעית בסוגיה העומדת לפתחנו.
19. סיכום ביניים: עמדנו על כך שההכרעה בתחרות בין העותרת לתורם במשקפי הדין האזרחי מציבה לכאורה את ידה של העותרת על העליונה, אולם הבחירה אם לילך על פי הדין האזרחי תלויה בשאלה הערכית מה המשקל שאנו נכונים לייחס למיוחדותו של הזרע "נכס". במסלול אחר, לכאורה ניתן להקיש מההסדר בחוק תרומת ביציות כי גם בענייננו נקודת האל-חזור היא שלב ההפריה, אולם מנגד, נוכח ההבדלים בפרוצדורה הכרוכה בתרומת ביציות, ההיקש להסדר שם עשוי להביא דווקא לתוצאה לפיה נקודת האל-חזור היא מסירת הזרע, ולמיצער, כי אין כלל מקום להיקש כאמור.
- משלא מצאנו תשובה לשאלה שבפנינו, נגזר עלינו להמשיך לנדוד במשעולי המשפט ולחפש אחר פתרון.
- היקש מאשה שאינה נזקקת לתרומת זרע
20. חברי הצביעו על כך שגם לאישה נשואה או אישה שיש לה בן זוג ואינה נזקקת לתרומת זרע, אין זכות מוקנית כי כל ילדיה יהיו מבן זוגה, והיא אינה "מחוסנת" מפרידה וגירושין או חו"ח מפטירת בן הזוג. מכאן מסקנתם שאין להבטיח את זכויותיה של העותרת יותר מאשה במצב הדברים הרגיל.
- אלא שההשוואה לאשה שיש לה בן זוג אינה מושלמת, לא מזווית הראיה של הנתרמת ולא מזווית הראיה של האב. לנתרמת דוגמת העותרת, יש אפשרות להבטיח מראש ברמת וודאות גבוהה - בכפוף לאילוצים רפואיים ואחרים - כי כל ילדיה יהיו מאותו אב גנטי, שהרי לשם כך שילמה ו"שריינה" את מנות הזרע של התורם. מהצד השני, בן זוג "רגיל" עשוי לשאת במחיר כלכלי (מזונות והפרדת רכוש) ובמחיר רגשי-נפשי-חברתי הכרוך בהליך הגירושין והפרידה, בעוד שתורם זרע אינו משלם כל מחיר בגין חזרתו מהסכמה (למעט אולי חיוב בהשבה של הסכום שקיבל בשעתו עבור תרומת הזרע). מכאן גם החשש להשלכות רוחב שליליות בדמות הקניית "כרטיס פתוח" לתורמים באשר הם לחזור בהם מתרומתם, כפי שהרחיב חברי בפסקאות סח-ע לפסק דינו.
- היקש והבחנה מהלכת נחמני
21. חברי הצביעו על מספר הבחנות בין הפרשה דכאן לבין פרשת נחמני, מהן עולה כי רמת הציפיות וההסתמכות של העותרת שלפנינו, נמוכה בהרבה מזו של בת הזוג בפרשת נחמני. לשיטה זו, התוצאה המתבקשת היא כי ידה של העותרת על התחלונה. ברם, לא כך מהזווית של התורם שלפנינו, שהפגיעה בו נמוכה בהרבה מזו של בן הזוג בפרשת נחמני. אין להשוות אב בעל כורחו, אשר יודע את זהותה של האם ושל הילד שנולד לו בניגוד לרצונו, ואף עשוי להיתקל בו בחי" היום-יום, כמו בפרשת נחמני, לתורם האנונימי בפרשה דכאן. במצב הדברים הרגיל, התורם לא אמור אפילו לדעת אם נעשה שימוש בזרעו לצורך הפריה, כמה פעמים נעשה שימוש בזרעו, אם השימוש בזרעו עלה יפה, האם זרעו שימש להפריית אישה נשואה או פנויה, ומה זהותה של האם המאושרת. בהיבט זה, הפגיעה הרגשית בתורם במקרה דכאן, קטנה בהרבה מזו של בן הזוג בפרשת נחמני. לשיטה זו, עצמתה המוחלטת של הפגיעה בתורם מטה את הכף דווקא לכיוון העותרת.
- הנה כי כן, גם ההשוואה לפרשת נחמני עשויה להביא לתוצאות שונות. הפגיעה בעותרת קלה מזו של האשה בפרשת נחמני, אך גם הפגיעה בתורם קלה מזו של בן הזוג בפרשת נחמני.

היקש לדיני השתחררות מחוזה והבטחה מינהלית

22. חברתי הציעה, בין היתר, להחיל על בית החולים את עקרונות המשפט הציבורי והלכת ההשתחררות מחוזה. לכך אוסיף היקש מדיני ההבטחה המינהלית, המתירים לרשות לסגת מהבטחתה כאשר יש לכך צידוק חוקי.

אמנם במקרה דנן המדובר בבית חולים ממשלתי, אולם על פי תקנות בנק הזרע, לענין תרומת זרע בית חולים אינו בהכרח בית חולים ממשלתי, והחלת עקרונות המשפט הציבורי לא תמיד תהא ישימה. ועיקרו של דבר, הלכת ההשתחררות מותנית באינטרס הציבורי (צורכי ציבור חיוניים), ונסיגה מהבטחה מינהלית מותנית בצידוק חוקי. בכך אין כדי לקדם את ענייננו, שהרי השאלה אם יש צידוק או אינטרס ציבורי לאפשר לתורם לחזור בו מהסכמתו, היא-היא סלע המחלוקת שבפנינו.

בין אוטונומיה להורות ובין זכות לאינטרס

23. חברי, השופט רובינשטיין, ביסס את עמדתו על העדפה ערכית של זכות התורם לאוטונומיה, על פני האינטרס של העותרת להרות דווקא מזרעו.

בפסיקה ובספרות המשפטית אנו מוצאים את ההבחנה בין הגנה או פגיעה בזכות לבין הגנה או פגיעה באינטרס (ראו, למשל: אורן גזל אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011); זמיר בן-בשט, ארז נחום ואמיר קולטון "זכות הציבור לדעת: הרהורים בעקבות עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים" הארת דין ה 106 (2009) והאסמכתאות שם). בין זכויות מקובל לערוך איזון אופקי-פנימי, בעוד שהאיזון בין זכות לבין אינטרס הוא אנכי-חיצוני (גדעון ספיר "ישן מול חדש - על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006)).

עצם ההבחנה בין זכות לבין אינטרס משמשת לעיתים לקביעת עצמת הגנה חוקתית שונה, וכלשוננו של חברי: "סיווג השיקולים שעל כף המאזניים כזכויות או כאינטרסים מגדיר את נוסחת האיזון ביניהם, ואת עליונותו הנורמטיבית של ערך אחד מול האחר או את שוויונם הערכי". דא עקא, שלעיתים לא ברור האם התוצאה קדמה לסיווג או ההפך (מיכאל דן-בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות חוקתיות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003)). לדידי, אין לסווג את הפגיעה בעותרת כפגיעה באינטרס, אלא כפגיעה בזכות החיובית להורות, אשר מולה ניצבת הפגיעה בזכות השלילית לאוטונומיה של התורם, כאמור בסעיף 6 לפסק דינה של חברתי, השופטת ברק-ארז (על הזכות להורות בהקשר של הפריה, ראו ורדית רביצקי "הזכות להורות בעידן ההפריה הטכנולוגית" דילמות באתיקה רפואית 137, 141 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002)). לפיכך נדרש איזון אופקי בין שתי הזכויות המתנגשות, כאשר המרחק מגרעין הזכות יבוא לידי ביטוי בתוצאת האיזון ולא בעצם הסיווג כאינטרס מול זכות.

24. תוצאת האיזון תלויה במרחק הזכות מגרעין הזכות וכאן יכולה להימצא התשובה לסוגיה שלפנינו. ככל שהזכות רחוקה יותר מגרעין הזכות כך עצמתה הולכת ונחלשת, ולהיפך, ככל שעצמת הזכות חלשה יותר נציב אותה רחוק יותר מגרעין הזכות. ברי כי אין מדובר במדידה מדעית-פיזיקלית של מרחק הזכות מ"הקוטב המגנטי" בו היא נמצאת, ועצמת הזכות נגזרת גם מהמניעים הניצבים בבסיסה. נדגים את דברינו.

האם היינו מכירים בזכות העותר לחזור בו מהסכמתו, אילו היה מכריז כי אינו מסכים כי יעשה שימוש בזרעו לשם הפריית אשה פנויה, אך הוא נכון לכך לשם הפריית אשה נשואה?

ואם היה התורם מטיל "ווטו" על שימוש בזרעו לשם הפריית אשה מעדה מסוימת, להבדיל מעדה אחרת?

[במאמר מוסגר - סעיף 13(ה)4) לחוק תרומת ביציות מחייב לידע את הנתרמת כאשר התורמת נשואה או שאינה בת דתה של הנתרמת].

ואם חזרתו של התורם מהסכמתו הייתה שרירותית לחלוטין, ללא הנמקה וללא הסבר? ואם היא הייתה נובעת מבצע כסף, בניסיון לגרום לעותרת לשלשל לכיסו סכום נוסף?

דומני, כי במקרים אלה היינו אומרים כי הזכות של התורם מוחלשת ומתרחקת מגרעין הזכות, מאחר שהמניעים הניצבים בבסיסה אינם "חזקים" ואינם כאלה שאנו נכונים לראות בהם כמצדיקים חזרה מהסכמה. לכן, אני סבור כי לא סגי בכך שהתורם עבר "מהפך לבבות" לגבי נכונותו לתרום זרע, ויש מקום גם לבחינת הטעמים והמניעים שהביאו אותו לחזור בו מהסכמתו, ובהתאם לכך למקם את עצמת הזכות, וכנגזרת מכך, את המרחק שלה מליבת הזכות.

25. הקושי אף מתעצם נוכח סוגיות שאינן מוגבלות לאיזון שבין התורם לעותרת. כך למשל, האם התוצאה הייתה משתנה אם היה מתברר כי לילדתה של הנתרמת מזרעו של התורם יש אינטרס משל עצמה להולדת "האח-בכוח", כגון שהיא זקוקה לתרומת מח עצם? (ואיני נדרש לשאלות המשפטיות-אתיות שסיטואציה מעין זו של "השומרת אחותי אנוכי" עשויה לעורר).

26. לא לנו המלאכה לסיים ונותיר קושיות ובעיות לכשתחפצנה.

במקרה שלפנינו, דומה כי הזכות (החיובית) של העותרת להורות מאותו אב גנטי רחוקה מליבת הזכות להורות, בעוד זכותו (השלילית) של התורם שלא להיות אב בעל כורחו נמצאת בליבת הזכות לאוטונומיה, ולענין זה איני רואה נפקה מינה בכך שלתורם כבר נולד ילד פרי זרעו. מבחינת התורם השאלה היא to be or not to be - האם להיות בכלל אב לצאצא נוסף הנושא את המטען הגנטי שלו אם לאו, בעוד שמבחינת העותרת השאלה אינה אם להיות אם לא מי יהיה האב. אכן, אין לחדד כי רצונה של העותרת כי כל ילדיה ישאו אותו מטען גנטי הוא בעל עצמה לא מבוטלת. במקרה שלפנינו הביצית היא של העותרת, וגם אם תידחה עתירתה היא תזכה שילדיה ישאו את המטען הגנטי שלה, כך שיהיו אחים למחצה. זאת, להבדיל ממקרה תיאורטי בו גם הביצית אינה של הנתרמת, ושימוש בזרע של תורם אחר בכל הפריה והפריה משמעו שהילדים אף לא יהיו אחים למחצה מבחינה גנטית, מה שהיה בו כדי להגביר את עצמת הזכות של הנתרמת.

השורה התחתונה במקרה דנן היא, שבתחרות בין זכות גרעינית-שלילית של התורם (הזכות לאוטונומיה) לבין זכות שאינה גרעין הזכות-החיובית (הזכות להורות), ידו של התורם היא על העליונה. אסיים בציטוט קצר מהמכתב שהפנה התורם לבית המשפט והמדבר בעד עצמו: "אני מעוניין בכך שיוולד לי ילד ללא שאוכל לתת לו אהבה, וללא שאני אוהב את אימו".

סופו של דבר, שאני מצטרף, גם אם בלב כבד, לתוצאה אליה הגיעו חברי.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ה בשבט תשע"ג (5.2.13).