



הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן

אלשפת עלרבל

דפנה ברק-ארז
על סימטריה ונטראליות:
בעקבות פרשת נחמני

תדריס מתוך

طبת התשנ"ו, ינואר 1996

כרך כ, חוברת מס' 1

הוצאת רמות

ביקורת ותגבות

על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני

- א. בפתח הדברים
- ב. על סימטריה משפטית
- ג. על השוויון
- ד. על ניטרליות שיפוטית
- ה. על הסכמים
- ו. על אנלוגיות
- ז. על פרשנות העובדות והגנת ההסתמכות
- ח. על מסרים חברתיים
- ט. על התוצאה

א. בפתח הדברים

פרשת נחמני היא עניין אישי ומשפחתי כאוב, שנהף ל"פרשה" ציבורית ידועה. העובדות מוכرات, ואין צורך להאריך בהן. רותי נחמני עברה ניתוח של כריתת רחם, ובשל כך לא יכולה להרות. רותי ובעה דני החליטו לנסوت הפריה חוץ-גופית, שתושלם על-ידי השתלת הביצות המופרות ברחמה של פונדקאית. בהמשך חל קרע בין בני הזוג, ודני אינו מעוניין בהמשך תהליך ההורות. אפשר כמובן להשלים את סיוף המעשה בעובדות נוספות: דני נהף לאב במסגרת תא משפחתי חדש שהקימים; קרובה לוודאי שירות לא תוכל להיות לאם בדרך אחרת (בהתחשב בגילה ובמצבחה הבריאותי); רותי סבלה כאב רב והפסידה זמן במהלך הטיפולים שעברה במסגרת תהליכי ההפריה. עובדות אלה הן בוודאי משמעותיות מבחינתมาตรฐาน הכאב של הצדדים; שאלה נפרדת ושנوية בחלוקת היא: האם יש להן חשיבות לצורך הכרעת הדיין?

בפרשת נחמני ניתנו כבר שני פסקי דין – בבית-המשפט המחוזי, שקיבל את עדמתה של רותי נחמני,¹ ובבית-המשפט העליון, שהעדיף לכבד את עמדתו של דני נחמני.² בעת כתיבתן של שורות אלה אנו מצפים לפסק-דין שלישי במסגרת דיון נוסף בהרכבת מורחבת. המקורה מעורר שאלות חמורות בתחום הפילוסופיה והמוסר,³ ואין להתפלא על המחלוקת

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

2 ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני (טרם פורסם) (להלן: עניין נחמני).

3 לדיוון בהיבטים אלה של פסק-דין, ראו ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט י"ח (תשנ"ד) 83; א' מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 433; ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה لأنדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453.

הקיימות בעניינו. קשה לנוקוט עדמה חד-משמעות בעניין כה מורכב, ועם זאת, קשה גם לעמוד מנגד ולא לנוקוט עדמה. אף לי יש דעה בנושא, המלווה חליפות בספקות ובצער. אולם לא בשל דעת זו בחרתי להתייחס לעניין. מטרתי צנואה יותר, אם כי אולי לא חשובה פחות. אני מעוניינת להזכיר למקורה באספקדרית פסק-הדין של בית-המשפט העליון. שופטי הרוב ניסו "לפרק" את הבעיה מן הרגשות ולבחון אותה בחינה שוקלה ועקרונית על יסוד עדמה משפטית מאוזנת. אולם מתחת לכسوת הניטרלית של פסק-הדין מוסות הכרעות ערכיות ברורות, שראוי לחשוף אותן מצענתן. במלילם אחרות, בית-המשפט מבקש להציג פתרון משפטי-אובייקטיבי,⁴ אולם המטרה שהציב אינה צולחת בידו.⁵

ב. על סימטריה משפטית

כתשתייה ראשונה לפסק-הדין משמשת מעין-סימטריה בין הזכות להיות הורה לבין הזכות לא להיות הורה; כאמור: רותי נחמני זכאיות להיות האם, אך "כנגד" זכotta זו עומדת זכותו של דני נחמני לא להיות לאב.⁶ אכן, בית-המשפט צריך להתחשב גם בזכותו של דני נחמני לא להיות לאב, כמו בכל מצב אחר שבית-המשפט קובל בו את היקף תחולתן של זכויות, לנוכח הצורך לאוון בין זכויות אחרות. אולם, מפסק-הדין עולה שבית-המשפט סבור שהזכות להורות והזכות להימנע ממנה אין רק זכויות מתנגשות, אלא גם זכויות "סימטריות" – זכויות-דראי. השופט שטרסברג-כהן רואה בהן "שני פנים של אותה מטבח".⁷ הנחה זו בדבר הסימטריה בין הזכות טעונה עיוון נוספת. היא אומנם שוכת-לב, אך רוחקה מהיות מובנת מלאיה. כלל לא ברור אם הזכות להיות הורה והזכות לא להיות הורה צריכות להיות נידוגות באותו מישור רק בשל היותן סימטריות לכאהה.

⁴ אומנם, בפתח הדברים, בית-המשפט מגלה מודעות לבטים החוץ-משפטיים שהסתכו בין הצדדים מעורר. השופט שטרסברג-כהן מצינית בעניין נחמני, לעיל הערכה 2, בפסקה 1, כי לפניה "נושא מרכיב ורב פנים שהיבטו המשפטי אינו יכול למצות את מהותו". אולם, כתשתייה להמשך, היא מרגישה את הצורך "שלא לערבות את השקפותיו המוסריות של פלוני או תפיסתו הפילוסופיות של אלמוני תהינה אשר תהינה עם התפיסה המוגנת בתכליות שיטות המשפטית" (שם, שם).

⁵ זו אינה תוצאה מפתיעת. עקרונות משפטיים לעולם אינם ניטרליים. הם משקפים העדפות ערכיות של השיטה. לטענה בוכות החלם של עקרונות ניטרליים, ראו למשל: H. Wechsler "Toward Neutral Principles of Constitutional Law" 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

לביקורת גישה זו, ראו: M.V. Tushnet "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 781.

⁶ עניין נחמני, לעיל הערכה 2, בפסקה 8 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

⁷ שם, שם.

במילים אחרות, לא ניתן להניח קיומה של סימטריה בין שתי הזכויות רק מושם שהן אוחזות בשני קצתיו של חבל ההורות.

ככלל, הזכות ל"יש" והזכות ל"אין" אינן שקולות תמיד. האם הזכות לתהים שcola להחולtin לזכות למות? אכן, אפשרית עמדה מוסרית לפיה יש לכל אדם זכות לחיות וזכות למות, ושתייהן זכויות שוות-משקל. מי שמקבל השקפה זו יתמודד בהכרה מלאה במימוש הזכות למות גם באמצעות "המתת-חсад" אקטיבית. אולם אפשרית גם עמדה אחרת, א-סימטרית. כך, למשל, נדחתה בישראל השקפה ה"שווונית" לגבי החיים והמות. מע"א 88/506 שפר נ' מדינת ישראל⁸ עוללה גישתו של בית-המשפט כי הזכות לחיים היא בעלת עמד עדיף, ועל-כן, לכל היתר, ניתן להכיר ב"המתת-חсад" פסיבית (בתנאים מסוימים). כלומר, היש והאין אינם תמיד בעלי אותו משקל.⁹

זו אינה דוגמה יחידה. מעקרון-היסוד של חופש הביטוי נגוזות הן הזכות לדבר והן הזכות לשתק. אולם, האם מכאן נובע שהזכות לדבר שcola תמיד לזכות לשתק? יש יותר דברי حقיקה שטיפילים סייגים על הדיבור הפעיל, בשל נזקי האפשרים (למשל, דיני לשון הרע או מגבלות צנזורה), מאשר הגבלות משפטיות על השתקה.שוב, היש והאין אינם תמיד בעלי עמד משפטי זהה. החלטה לחיות מול החלטה למות, החלטה לדבר מול החלטה לשתק, ובמהשךכך, החלטה להיות הורה והחלטה לא להיות הורה הן בעלות משמעותות שונות, ועל-כן, מעמדן המשפטי אינו זהה בהכרת.

כדי להכיר בעשالت האיזון בין הזכויות יש להידרש לצידוקים שביסודן. אולם אלה אינם נבחנים כמעט בפסק-הדין. הטעם לכך הוא, ככל הנראה, ש מבחינותו של בית-המשפט, הדיון בצדוקים הוא פשוט, חד-ממדי למשה, השופט שטרסברג-כהן קובעת, כי "זכות להורות נגוזת מהזכות להגשמה עצמית לחרירות ולכבוד".¹⁰ אם המוקד הוא ב"הגשמה עצמית", הזכות להורות היא חלק מן הרעיון של אוטונומית הרצון: המשפט מכבר את בחירותיו של הפרט, ובכללן בחירה בהגשמה עצמית באמצעות הורות. כאשר הזכות להורות נתפסת בדרך זו, כאשר הרצון הוא שעומד בМОך, האיזון בין החלטה להחלטה להימנע מההורות הוא פשוט לכואורה; הרי בית-המשפט מכבר גם החלטה זו בשם אוטונומית הרצון.

אולם, רק מראית-עין של פשوط קיימת כאן. ראשית, אפילו הינו רואים בזכות להורות ובזכות להימנע מההורות רק נגוזות של אוטונומית הרצון, לא הייתה הסימטריה ביןין הכרחית. לא כל רצון אנו מכבים, ולא כל רצון יש לכבד באותה מידת. מעבר לכך, הביקורת העיקרית מכוונת נגד התפיסה הצרה של פסק-הדין לגבי הזכות להורות. האם נכוון לראות בה זכות "נגוזת מהזכות להגשמה עצמית לחרירות ולכבוד"?¹¹ האם זה כל מה שיש בה? לדעתו, יש לגלוות בה פנים רבות נוספות. הזכות להיות הורה היא זכות

8 פ"ד מה(1) 78 (להלן: עניין שפר).

9 אני מתיחסת לצדקת ההכרעה בעניין ספר לגוףו, אלא נדרשת אליו לשם הדגמה של עמדה א-סימטרית בפסקתו של בית-המשפט העליון עצמו.

10 עניין נחמני, לעיל הערת 2, בפסקה 7 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

11 שם, שם.

עצמאית, ולא רק ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטני. מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבידוד; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המותות. אכן, הבחירה להימנע מההורות היא דרך חיים אפשרית, שהחקרה והמשפט צריכים לכבד. אולם הבחירה בההורות אינה רק בחירה לגביה דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטא צורך קיומי בסיסי. נוסף על כך, בהחלטה להיפך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך. אולם הזכות לההורות אינה שואבת רק מן ההגשמה העצמית. הזכות לחים היא זכות-יסוד עצמאית, ולא גזרת של אוטונומיה הרצון; וממותה גם הזכות לההורות.¹² באספקלריה זו, הסימטריה שיוצר פסק-הדין בין הזכות לההורות לבין החלטה (לגייטימית, כשלעצמה) לא להיות הורה (כביטוי לחרויות האישית) מתערערת, או לפחות טעונה דיון נוספת.¹³

אם כן, זכויות "סימטריות" אינן שוות-משקל בהכרה. ניתן אפילו להרחיב את הטיעון ולגרום כי בהכרה אינן שוות-משקל. ממהותה של מערכת תרבותית שהיא כוללת דירוג נורמיibi של ערכים וזכויות. אומנם, החשיבות המשפטית המסורתית מודרגלת לתכניות ביןריות של כן ולא-X, ואולם הפסדים אלה (שיצרים סימטריה של ניגודים) אינם והם מבחינת משקלם הערכי.¹⁴

למעשה, גם לדעת בית-המשפט, הזכות לההורות והזכות להימנע מההורות אינן שוות-משקל. השופט שטרסברג-כהן קובעת כי הזכות להימנע מההורות צריכה לקבל עדיפות, לאחר שהיא מטילה פחות נטלים על בן-הוגו השני, בהשוואה לנטלים שגורר המימוש של הזכות לההורות: "מימוש הזכות להיות הורה כרוך בהעמסת נטלים כבדים ורציניים,

¹² במקביל, יש מקום לדיוון נוסף גם בזכות זכויות הנגדיות – הזכות למות והזכות לא להיות הורה. יהיה מי שיגרום כי זכויות אלה הן רק גזרות של אוטונומיה הרצון, במובן זה שהן שואות מן הכלבוד שיש לנחות ברצוינו של אדם לטסים את חייו, או לה毙יל, לא להוליד ילדים. למעשה, גם הדיוון בזכויות אלה מורכב יותר. כך, למשל, ניתן לטעון שהזכות למות מבוססת גם על העיקרונו של כבוד האדם (לנוח מצבים של חוליה וחולשה) ועל העיקרונו של מניעת סבל.

¹³ בטרמינולוגיה החדשה שטבע פרופסור ברק ניתן לומר שבית-המשפט הנהיג כי לפני איזון אופקי בין שתי זכויות, להבדיל מאיזון אנכי. אולם זו אינה יכולה להיות הנחה, אלא מסקנה הנובעת מבירור ערכי. לגבי משקלן היחסי של הזכויות, ראו א' ברק פרשנות במשפט: חלק שלישי – פרשנות חוקית (תשנ"ד) 220–221.

¹⁴ בהקשר זה ניתן להזכיר את כתיבתה של מרתה נוטבאום בזכות נקייה של עדודה מוסרית. היא מבקרת את ההתנגדות להעדפות ערכיות בתחום המשפט (הן כאשר היא באה מצד הימין השמרני והן כאשר היא באה מעבר הדה-קונסטרוקציה הפוסט-מודרניסטית). ראו: M.C. Nussbaum "Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law" 107 *Harv. L. Rev.* (1994) 714; M.C. Nussbaum "Valuing Values: A Case for Reasoned Commitment" 6 *Yale J. L. & Human.* (1994) 197

נפשיים, רגשיים, מוסריים וככלכליים לכל ימי החיים.”¹⁵ ניתן להציג את ההנחהה גם כך: מהיבט האוטונומיה של הרצון – כפות המאונים מאוזנות, אך הנטלים הנוספים שכורכים בהורות מכריעים לטובת הזכות להימנע ממנה. כפי שכבר הסברתי, זהה ראייה צרה, אשר מחייבת ממדים חשובים ביותר של הזכות העומדות לדין. על האיזון בין הזכות להיות הורה לבין הזכות לא להיות הורה יש לשקף בדרכיהם נוספים, מעבר לאספקטורייה של רצון המתנגד ברצון. מאון הרצונות אינו המאון היחיד שיש לעורך כאן. לדעתו, זווית חשובה נוספת לבחינתן של הזכות צריכה להיות האספקטורייה של מאון הכאב: הכאב שבשלילת ההורות מול הכאב שבஹרות לא-ארציות.¹⁶

ג. על השוויון

מן הסימטריה שבין הזכות להורות לבין הזכות להימנע מההורות ממשיך פסק-הדין אל סימטריה לכואורית נוספת: בין האשה (המחליטה להפיל) לבין הגבר (המתנגד להמשך תהליך הפונדקאות). בישראל, ביצוע הפללה באשה אינו מותנה בהסכמה בעלה.¹⁷ בהמשך לכך, מסביר בית-המשפט, “ההפללה הריעונית” שدني נחמני מעוניין בה אינה טעונה הסכמה של אשתו.¹⁸ הנמקה זו היא, בעיקר, הנמקה של שויזון, או בפרפרזה על סעיף 1 לחוק שווי זכויות האשה, תש"א-1951:¹⁹ דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל הפללה משפטית. אולם, האנלוגיה לסוגיית ההפללות אינה מושלמת, ובוסףו של דבר – מטעעה.

15 עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 8 לפסק-דיןה של השופטת שטרסברג-יכhn.

16 ד”ר עמרי ידלין העלה לפניי את הצעה להדגים את מאון הכאב באמצעות מסך הבערות של רולס (ראו: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971). אפשר לטעון כי במצב היפוטטי של אי-ידיעה מוחלטת באשר לנקודת-המוצא של הפרט ולמהלך חייו, אי-היכולת למשם הורות היא בעלת פוטנציאל של כאב גדול יותר מן הכאב (המטריד ביותר) שבஹרות לא-ארציות. עם זאת, אני מסכימה עם הביקורת על רולס, שמסך הבערות יכול לשמש כאן רק כאמצעי מדגמים. הבחירה בין שניים אינה ניטרלית, אלא נובעת מהשקפת-עולם. ראשית, כדי להעריך את גודל הכאב, על השופט להתייחס להשקפת-עולםם של הצדדים לגבי חשיבותה של ההורות בחייהם. שנית, הדעת נוטנת שופט אשר נדרש להכיר במרקם כזה אינו יכול להתנק מעמדתו שלו באשר לכאב שעקרות או הורות כפואה עלולות להסביר.

נתן להעיר כי מפסק-הדין האמריקאי שדן בסכסוך בין בני-זוג לגבי גורלן של ביציאות מופרחות (Davis v. Davis 842 S.W. 2d 588 (1992)) נעדך הכאב שבשלילת ההורות. בנסיבות אלו עניין, האם הבiology בקשה לתרום את הביציאות המופרחות לטובת זוג חדש-ילדים.

17 ראו ע”א 413/80 פלונית נ’ פלוני, פ”ד לה(3) 57.

18 עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 9 לפסק-דיןה של השופטת שטרסברג-יכhn. ס”ח 248.

הדמיון בין פרשת נחמני לבין סיטואציה של הפללה הוא בדרישה לכבד את אוטונומית הרצון – את ההחלטה לא להיות להורה. מעמדה המצדדת בזכותה של אשא להפללה, בשם חופש הרצון שלה, נובעת גם תמייהה בדרישתו של דני נחמני לא להיות לאב, בשם חופש הרצון שלו;²⁰ ואפשר גם להיפך: שיטת משפט שאינה מכירה בזכות להפללה אינה מחייבת לכאהורה להחלטה חדשה של דני נחמני לא להיות לאב.

גם ההשוואה לסוגיות הפללות מבוססת על ראייה צרה של המחלוקת הניטשת לגביה. ביה' המשפט מתייחס לבעה במונחים של אוטונומית הרצון, דהיינו, כיבוד רצונה של האשא להפליל. אולם הטענה להכרה בזכותן של נשים להחליט על הפסקת הריון אינה מתבססת רק על האוטונומיה של הרצון האישי. צידוק גוסף ועיקרי לזכות נובע מן הנסיבות הפיסיולוגיות והנפשיות שיש לתהיליך הריון על האשא.²¹ היבטים אלה של תהיליך הריון אינם קיימים במקרה של הлик פונדקאות.שוב, דיון בזכויות ללא בחינת הצדיקים להן יוצר משוואות פשוטות מדי.

השוואה לסוגיות הפללות הינה בעיתית לא רק מן הבחינה העקרונית המופשטת, אלא גם לנוכח מעמדה של הזכות להפליל בדין הפויזיטיבי. כאמור, כתשתיית להנמקה של השופט שטרסברג-כהן משמשת ההנחה שנשים במדינת-ישראל זכויות להפליל.²² אולם למעשה, הדין השורר בישראל אינו מכיר בזכותה של האשא להפללה סעיף 313 לחוק העונשין, תשל"ז-1977,²³ קובלע, שהפסקת הריונה של אשא בידי דין היא עבירה מסווג פשע. הפסקת הריון היא פעולה מותרת רק אם אושרה מראש על ידי אחת הוועדות הסטטוטוריות הפועלות לפי סעיף 315 לחוק. אלה מוסמכות לתת אישור כאמור בתיקים אחת מרבע עילות מוגדרות, שעניןן גיל האשא, מהות היחסים שגרמו להריון וכן בראיות העובר או האשא, כמפורט בסעיף 316 לחוק. בעבר הייתה קיימת עילה חמישית בעלת אופי סוציאלי, אך היא בוטלה ב-1980.²⁴ כאשר זהה עמדתה של שיטת המשפט שלנו בנושא הפללה, ניתן לטעון שהיא נותנת משקל מועט יחסית להחלטה לא להיות הורה. רצונה של האשא לא להיות לאם אינו עילה מוכרת להפללה. בambilים אחרות, השוואת סוגיות הפללות גורעת לכאהורה מחזק טענתו של דני נחמני.

למרבה הפתעה, ביה' המשפט סבור שהיפויכו של דבר הוא הנכון. השופט שטרסברג-כהן קובעת: "אשה זכאית – בתנאים מסוימים – לבצע הפללה".²⁵ לדעתו, איסור פלילי מפורש על הפללה, שמסוג רק בכמה עילות מוגדרות, הcpfופות גם הן

²⁰ עמדה כזו הביע פרופסור גנו: "אם יש לנשים זכות להפליל בראשית הריון על-יסוד זכותן לשולט בחייהם, ראוי שתהיה לדני נחמני זכות לעצור את ההלכים לקראת פונדקאות לביציאות שנתעברו בזרעו. מכיוון שהראיתי כי יש לנשים זכות כזאת, יש זכות כזאת גם לנחמני". גנו, לעיל העדרה 3 (המאמר הראשון), בע' 91.

²¹ ראו למשל: 47 (1971) 1 *Phil. & Pub. Aff.* J.J. Thomson "A Defense of Abortion"

²² עניין נחמני, לעיל העדרה 2, בפסקה 9 לפסק-דין השופט שטרסברג-כהן.

²³ ס"ח 226.

²⁴ בשיח הפליטי הייתה עילה זו ידועה בשם "סעיף חמץ לחוק הפללות".

²⁵ עניין נחמני, לעיל העדרה 2, בפסקה 9 לפסק-דין השופט שטרסברג-כהן.

לשיקול-דעתה של ועדת, איננו זכota להפיל "בתנאים מסוימים". אדרבה, יש לומר מפורשות כי בישראל, "אשה אינה זכota לבעצם הפללה – אך רשאית לעשות כן בהתקיים תנאים מסוימים". מחווץ לתנאים אלה, לא ניתן תוקף לרצונה של אשה לבעצם הפללה. במונחים פסיכולוגיים ניתן לומר, שהדין בסוגיית הפללות סובל בפסק-הדין מסינדרום של הדקה. בית-המשפט שהכיר בזכותו של דני נחמני לא היה לא גור גזירה שווה בזכות שאינה קיימת, זכות שאכן הייתה מתישבת עם פסיקתו של בית-המשפט אילו הייתה קיימת. לבת-דמotaה הורתה של רותי נחמני לא הייתה אפשרות למש את זכותה לא להיות אילו הייתה נושא הירון טبعי ברחמה שלה. מבלי משים, ההפנייה לדין הפללות נהפכת לulg לרש.

כדי לחדד את הטיעון, יש לשים-לב שהדין המשפטי בזכות להפללה צריך להיעשות בשני מישורים: מערכת היחסים בין בני-הזוג ומערכת היחסים בין הפרט למدينة. בהתאם לכך יש להבחין בין שתי שאלות: שאלת זכota של האשה להפיל (גם נגד רצונו של בני-זוגה) ושאלת חירותה של האשה להפיל (ללא הגבלות מטעמו של הריבון). במצב המשפטי הנוגג בישראל, זכota של האשה להחלט על הפללה (גם נגד רצונו של בני-הזוג) מוכרת במערכת הזוגית; אולם בסופו של דבר, חירותה להפיל אינה מוכרת. הפללה נגד רצונו של בני-הזוג אפשרית רק במסגרת אחד החרגים הסטוטוריים, לאחר שעמדה במתן הוועדה. במקרים אחרים: הזכות במערכת הזוגית אינה מלמדת בהכרח על חירות או זכota כלפי המדינה. הבדיקה זו שקיימת בהתייחס לאשה המפילה נעלמה במסגרת הדיון עניינו של דני נחמני. גם אם נאמר שרותי נחמני אין מעמד להנגד לדרישתו של דני להפסיק את תהליך הפונדקאות (כשם שלבן-הזוג אין מעמד לפני הוועדה שדנה בהפסקת הירון), אין זה ברור שלدني יש זכota שהמדינה תקבל את דרישתו להפסקת התהליך (בשיטתה שחדין בה אינו מכיר בזכותו של האשה המעוניינת להפיל בשל תהיפות רגש שעבריה). אומנם, מן הבדיקה המעשית, מדיניותן של הוועדות המופקדות על אישורי הפללות אינה נוקשה. על רקע זה יש אף הסוברים שהדין הקיים בישראל הוא פשרה טובה בין אי-לאומי האידיאולוגית והמציאות.²⁶ לדעתם, לא ניתן להתעלם מן היבט העקרוני של הדברים. ההיתר להפללה אינו ניתן מנקודת-视點 של לבדוק להחלטת האשה. החלטתה נתונה במתן וכפופה לאישור. אומנם, על-מנת לקבל את האישור המבוקש, נשים יכולות למחול על כבודן העצמי ולהתאים את "סיפרין" לעילות החוקיות. אולם אין זה קורבן קל-ערך, ולכון, מחרה של הפשרה אינו נמור בהכרת. מכל מקום, במצב המשפטי הקיים, בקשה להפללה המבוססת על רצונה של האשה הורתה, בדומה לטיעונו של דני נחמני, הייתה נדחתת.

ד. על ניטרליות שיפוטית

עמדה עקרונית המונחת בסיסו פסק-הדין היא "השאיפה לצמצם את התערבות המדינה

²⁶ א' רוזן-צבי "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכיהם)" עינוי משפט יז (תשנ"ג) 689, 705.

ביחסית התחום המשפטי, בין התרבותות ישירה ובין התרבותות באמצעות מערכת המשפט".²⁷ בית-המשפט מצטט מן המקורות כי "שלשה שותפים הן באדם הקב"ה ואביו ואמו",²⁸ ובוחר לא לצרף עצמו כשותף רביעי. ניתן להבין ללבבו של בית-המשפט. מעורבות משפטית בתחום המשפטי אינה עניין פשוט. עם זאת, חשוב להבחין בין הכרה בנסיבות מוגבלות של התרבותות המשפטיות לבין הימנעויות מהתרבותות בתחום המשפטי כערך בעל מעמד מיוחד. בתרבות המערבית, שלילתה של התרבותות בתחום הפנים-משפחתי שאבה הצדקaidiologית מן הליברליזם, שהסתיג באופן כללי מהתערבות שלטונית בתחום הפרט. בהגמוניה של הליברליזם במתכונתו הקלסית חלה שחיקה, אולם זו אינה מאפשרת לבטל מכל וכל את הביעיות הכרוכה בהתערבות חייזנית ביחסים משפחתיים. הקשיים נובעים מכך שהמשפט אינו יכול לכלוא את כל קשת הרגשות האנושיים במסגרות נורמטיביות.²⁹ התרבותות של המשפט במערכות יחסים אישיות עלולה להחמיר את המיד האמתי שלhn.³⁰

חרף הביעיות של התרבותות בתחום המשפטי, היא נדרשת לעיתים בשם הגנה על ערכיהם, על אינטרסים חברתיים חיוניים או על מצוקות של הפרט. ביום ברור שגמ התנהגוויות במסגרת התחום המשפטי כפופות, ولو באופן חלקי, להסדרה נורמטיבית. הפרדה בין ה"פרט" ל"ציבור" הולכת ומיטשטשת, והתרבותות של המשפט אינה יכולה להיות מוגדרת על-פי קו תוחם ברור.³¹ הדוגמאות המובהקות ביותר לכך הן האיסורים על אונס או אלימות במשפחה.³² דוגמה אחרת, שבית-המשפט עצמו עסק בה, היא שאלת הפלות.³³ להבדיל, גם בהקשר הנוכחי, לא ניתן לבסס את הכרעת הדין רק על "השאיפה לצמצם את התרבותות המדינה ביחסית התחום המשפטי".³⁴ שאיפה זו יפה רק לחלק מן השאלות המתעוררות בתחום המשפחה, והיא גנחה שצרכיה להיבחן עם קורת של ספקנות.³⁵

27 עניין נחמני, לעיל העדרה 2, בפסקה 8 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

28 קידושים ל', ב'.

29 השוו דבריו המשנה לנשיא אלון בג"ץ 90/1635 ז'רוז'סקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 766 – 767 (להלן: עניין ז'רוז'סקי).

30 מעניין להשוות לניסיון האירוני לכתוב Restatement על "דיני אהבה". ראו: G. Craft 707 (1994) 104 *Yale L. J.* Rubin & J.G. Heller "Restatement of Love" 184 *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge and London, 1989). C.A. MacKinnon "Abortion: On Public and Private"

31 אחת הביקורות החשובות על ההבחנה בין התחום הפרטי לתחום הציבור באה מכיוון הפמיניזם המשפטי. ראו למשל: C.A. MacKinnon "Abortion: On Public and Private"

32 לאיסור על אונס של בת-הוג ה חוקית, ראו ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 281.

33 ראו לעיל פרק ג.

34 עניין נחמני, לעיל העדרה 2, בפסקה 8 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

35 לביקורת על מעורבות-יחסר של בית-המשפט בישראל בתחום דיני המשפחה, השוו רוזן- צבי, לעיל העדרה 26, בע' 703 – 706.

במקרה של בני-הוזג נחמני קיימות נסיבות שעושות את ההנחה לטובת אי-ההערבות בסכוסכים משפחתיים לבלת-ימתאייה במיוחד. אילו משכה המדינה את ידה מתחום ההפניות החז"גופיות, היה יכול להיות יסוד ממשי לטענה כי אינה צריכה להתערב בסכוסך שנבס על נושא זה.³⁶ אולם קריית פסק-הדין מנציחה את הרושם שבשנים האחרונות, חייהם הפרטיים של רותי ודני נחמני היו מושפעים באופן דומיננטי מההערבותה של המדינה בתחום. תקנות בריאות העם (הפריה חז"גופית), תשמ"ז-1987,³⁷ שחלו על עניינים של בני-הוזג נחמני, אסרו על הליך של פונדקאות. על כן, בשל חוסר יכולתה של רותי לשאת הידין, נמנע מהם טיפול של הפריה חז"גופית. קשי זה נפתר רק בעקבות התערבות משפטית: עתירה לבג"ץ שהסתירה בהסדר פשרה, לפיו יותר לבני-הוזג נחמני לקבל טיפול של הפריה חז"גופית שתושלם בפונדקאות בחו"ל ארץ.³⁸ לאחרונה פסק בג"ץ, בעניינים של עותרים אחרים, כי הגבלה על פונדקאות בחיקת-משנה נעשתה למעשה סמכות.³⁹ דרך-מהמורות זו מותירה ספקות מנקירים. האם "מלחמת התתשה" ברשותו, והעיכוב שהיא גרמה, לא תרמו להתרופרות המערכת הזוגית של בני-הוזג נחמני?⁴⁰ האם התערבותה של המדינה לא מילאה תפקיד מכירע בחיהם הפרטיים?⁴¹ בסופו של חשבון, נראה שרוטי נחמני לקתה משני קצוותיו של המקל: הן מההערבותה של המדינה (בשלב הקודם) והןマイ-ההערבותה (בשלב הנוכחי). כאמור, חוסר עקיבות זה אינו "באש灭ו" של דני נחמני, אולם הוא מעיד עד כמה קשה לדבר על אי-ההערבותה של המדינה בתחום הפליות חז"גופיות, שיש לו ממדים ציבוריים ברורים, לצד היבתו הפרטיים.⁴²

הטענה לניטרליות שיפוטית מתחבطة לעיתים גם בעיקרונו של "השארת הנזק במקום

36 המשפט אינו מתימר להכירע בכלל סכוסך. בין כל הסכוסכים החברתיים והאידיאולוגיים, המשפט מכירע באותו סכוסכים שהוא מכיד בהם בסכוסכים משפטיים.

37 ק"ת 978. להסדרים שבתקנות, ראו עניין נחמני, לעיל העלה 2, בפסקה 14 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

38 בג"ץ 1237/91 נחמני נ' שר הבריאות (לא פורסם). ראו בעניין נחמני, לעיל העלה 2, בפסקה 3 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

39 בג"ץ 5087/94 זברו נ' שר הבריאות (טרם פורסם) (להלן: עניין זברו). התקנות כוללות הסדרים ראשוניים ומגבילים בתחום הפליה. מקומן של הגבלות אלה הוא בחקיקה ראשית.

40 כאמור, אלה הם ספקות שלא ניתן לתרום באופן פורמלי בתיאור העבודות המובאות בפסק-הדין עצמו.

41 גם בנסיבות מגבלות או אוסרות, ולא רק ברגולציה של תחום, יש לראות התערבות של המדינה.

42 בית-המשפט עצמו הכיר בכך בעת שקיבל את העתירה נגד התקנות בנושא. לגישתו, לא ניתן להותר את תחום הפונדקאות ללא הסדר משפטי: "על כן, כדי לאפשר השלמת הליך החקיקה הראשית... אנו מקבלים את העתירה וקובעים כי תקנות 11 ו-13 לתקנות

שבו הוא נפל”, כאמור: ידה של רותי צריכה להיות על התחתונה מאחר שהיא הקוראת להתרבות חיצונית בתחום המשפטי – היא שפנתה לבית-המשפט בבקשת לקבל סעד (לקבל לרשota את הביציאות המופרות). עיון נוסף בדברים מראה עד כמה הקריאה לא-התרבות שיפוטית אינה פתרון, אלא מקסם-ושא של פתרון. לצורך העניין, נניח שבית-חולים אסותא, המחזק בביציאות, היה נערת לבקשתה של רותי נחמני למסור לידי את הביציאות. או אז היה דני נחמני פונה לבית-המשפט ותווע לאסור את המשך תהליך הפונדקאות. האם היה בית-המשפט דוחה במקורה זה את התביעה בשם העיקרון של אי-התurbation? האם התוצאה צריכה להיות תולדה של ההתקפות המקורית של האירועים בכלל עניין ועניין, כשבית-החולים מחליף את בית-המשפט בתפקיד הפוסק במחלוקת?⁴³ ניתן לחתמווד עם הטיעון האחرون ולגרוס, כי אם יקבע הדין כללים ברורים באשר לזכויותיהם של בני-הזוג בביציאות המופרות, ממילא לא יותר שיקול-דעת בידי בית-החולים: בית-החולים יחליט בעניין הביציאות על-פי הדין, והتوزאה לא תהיה גחמנית. אולם דוקא תשובה זו מומtotת את התיזה בזכות אי-התurbation של המשפט. היא מלמדת שהמשפט חייב לנ��וט עדמה גם בסכסוכים משפחתיים-פרטיים. במילים אחרות, הכל הנושא של ”חטאו שניהם כאחד – יד הנtabע על העליונה”⁴⁴ אינו כלל הכרעה ראוי גם בהקשר זה.

פן נוספת של הניטרליות השיפוטית הוא העדפת הפתרון ששמור את המצב המקורי. בפסק-הדין מוסבר שהتبיעה למיושה של הורות חלה מ-הتبיעה להימנע ממנה, מאחר שהזכות להורות מטילה על הורה לאחר ”נטלים כבדים ורציניים, נפשיים, רגשיים, מוסריים וככלליים לכל ימי החיים”,⁴⁵ בעוד שימוש הזכות להימנע מהורות ”משאיר את

בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ”ז-1987, תחשבת בטלוות, אולם זאת החל מיום

4.1.1.96. עניין זברו, לעיל העירה 39, בפסקה 4.

43 בambilים אחרות, האסטרטגייה הדינונית אינה צריכה להשפיע על התוצאה המהותית. אומנם, בית-המשפט אינו מבסס את פסק-הדין על העובדה הפורמלית של הגשת התביעה על-ידי רותי נחמני, אולם העדפה עקרונית של עדמה לא-מתurbation היא בעלת אפקט דומה. לדעתו, פסק-הדין צריך לשחק את הכרעה הרואה בין הצדדים לדין, מבלתי שהhypothese להליך השיפוטי תהיה נתונה שיבוא בחשבון בעית שקלול זכויותיהם. מטעם זה אני מסתייגת מן העדפה שהבעי ד”ר מרמור, שיש חשיבות להכרעה שיפוטית בנושא, מאחר שהמשך תהליך הפונדקאות בתוקף צו שיפוטי, חרב התנגדותו של דני נחמני, מהוות בסיס לפטור מוסרי שלו מחובותיו כלפי הילד שיולד. ראו מרמור, לעיל העירה 3, בע’ .450.

44 הצעitos מבסס על התרגום של השופט זילברג בע”א 53/110 ג’יקובס נ’ קטורוז, פ”ד ט 1401, 1407. בעבר, זה היה הדין במקורה של חוות פסול. ביום, גם בחוזה פסול, בית-המשפט יכול לדון לגופו של עניין על יסוד שיקול-דעת שנייה לו בסעיף 31 לחוק החזיות (חלק כללי), תשל”ג-1973, ס”ח 118. קל וחומר במקרה כמו של בני-הזוג נחמני, שאין בו ”חוותאים” כלל.

45 עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 8 לפסק-דין של השופט שטרסברג-יכhn.

המצב הקיים כמוות שהוא.⁴⁶ האומנם? השארת המצב הקיים כמוות שהוא מטילה גם על רותי נחמני נטלים – נפשיים ורגשיים (אם כי, אולי, לא כלכליים), ונוסף על כך תסב לה סבל פיסי אם תחליט להתחיל מחדש בתהליך של הפריה חוץ-גופית. השארת המצב הקיים אינה גישה ניטרלית, אלא העדפה של מצב אחד (זה הקיים בפועל) על כל חלופה אחרת.⁴⁷ המשכו של פסק-הדין, המושחת על דיוון חזוי, מעורר תמיות נוספות באשר לティיען הניטראליות. אם בית-המשפט סבור שבני-הזוג נחמני עשו הסכם משפטי,⁴⁸ בודאי שאין הוא יכול למסור את ידו מהכרעה בסכום. המשמעות הראשונה והעיקרית של הכרה במשפטיותה של הסכמה היא נכונות הצדדים לכפוף עצםם לסתדיינות משפטית אם וכאשר يتגלו סכסוך ביניהם.

ראווי לציין כי האפשרות של התערבות לא-נטרלית בתחום המשפחתי אינה וריה לבית-המשפט, והוא עשו כן לעיתים גם לנוכח חلل נורמטיבי. ע"א 1482/92 הגר נ' הגר⁴⁹ הוא דוגמה מובהקת להכרעה לא-משפטית (במונח המקובל) בסכסוך משפטי כאוב על צורתה ותוכנה של מצבה, תוך נקיטת עדשה בתחום הפרטי של השkol. בית-המשפט לא היה ניטרלי, אלא קבע ש"מן הרاوي ומן הנכון כי שם ההורים-مولידים יzion בהקמת הנפש על קבר בנים",⁵⁰ תוך דחיתת התביעה לתוספות ולתארים נוספים.

ה. על הסכמים

פסק-הדין מייחד מקום נכבד לדיוון באספקט ריה של דיני החזומים. התנחה היא שבין בני-הזוג נחמני נעשה הסכם (ואפילו ללא אומר ודברים) באשר להשתתפות בהליך של הפריה חוץ-גופית ופנדקאות, כדי למש את רצונם המשותף להיות הוריהם. לדברי השופט שטרסברג-כהן: "בעניינו נוצר הסכם על רקע מיוחד, בנושא אינטימי, אישי וריגשי המצוי במחוזות נפשו של האדם. עם זאת, איןני סבורה שאין בפנינו הסכם כלל. בני הזוג נחמני הביעו הסכמה, נחישות, וגמירות דעתם בנושא רציני ביותר ונקבעו בצדדים להוצאה הסכמתם אל הפועל".⁵¹ יחד עם זאת, בשל הנושא המיוחד להסכם והיבט הרגשי הכרוך בו, השופט שטרסברג-כהן סבורה כי "אין לפנינו חוזה רגיל אלא הסכם מיוחד במינו. בודאי שאין הוא נכנס לגדר החזומים 'המושלמים'. מאחר ויש בו מרכיבים הסכמיים

46 שם, שם.

47 ראו: 873 C.R. Sunstein "Lochner's Legacy" 87 *Colum. L. Rev.* (1987)

48 ראו להלן פרק ה.

49 פ"ד מז(2) 793.

50 שם, בע' 807. מעוניין לציין כי פסק-הדין נכתב על ידי המשנה לנשיא אלון, שהתריע לא אחת מפני יומרה להכרעה משפטית בתחוםים חוץ-נורמטיביים. השוו לעניין זרז'בסקי, לעיל העירה.²⁹

51 עוני נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 20 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

ניתן לסתורו בין החוזים 'רופאים'. לפיכך גם המשפט המופיע החלט עליו לא יהיה מושטרם של דין החוזים באופן דווקני וצר.⁵²

הפניה לדיני החוזים מנחה את בית-המשפט למסקנה שהליך הפונדקאות אינו ניתן לאכיפה – בין בשל "התמונות תשתית ההסכם"⁵³ (תוך התאמה של דין הסיכון) ובין בשל תחולתם של החורגים לכל האכיפה (חוזה אינו בר-ביזוע;⁵⁴ האכיפה מתיחסת לחוזה אישי;⁵⁵ האכיפה בלתי-ճודקת⁵⁶).

ההנחה החזותית של בית-המשפט מעוררת מחשבה. במשמעות המשפט, פיתוח התפיסה של חוזה "רופא" הינו בעיתוי. מתי חוזה הוא "רופא", להבדיל מCHASE REGAL? השופט שטרסברג-כהן מצינית שתי דוגמאות קודומות לחוזים רפואיים: הבטחת נישואין והסכם פוליטי. אולם קשה ללמוד מדוגמאות אלה. במצב המשפט דהיום, הבטחת הנישואין היא חוזה, אך מערכת הסעדים העומדת להגנתו של חוזה זה מצומצמת לתביעה בגין חסרון-כיס. נוסף על כך, ההכרה במחותה החזותית של הבטחת הנישואין שנوية בחלוקת. יש המצביעים לזנוח את העיקרון של "חוזה רפואי" בהקשר זה, ולהמיר אותו בתפיסה של "אין חוזה".⁵⁷ גם הדוגמה של ההסכם הפוליטי בעיתוי. פסקתו של השופט ברק הכניסה את ההסכם הפוליטי אל תחום המשפט על-ידי הכרה בו כחוזה מיוחד, שנanon לעולו של המשפט הציבורי בלבד.⁵⁸ אולם השופט ברק עצמו מודה שההסכם הפוליטי אינו מוגן באמצעות מערך סעדים ממשי (הוא מזכיר בהקשר זה בעיקר את סעד הביטול, שיש בו הודהה בכשלונה של ההתקשרות, ולא בתוקפה).⁵⁹ זהה הודהה מטרידת. בכלל, החוזה המשפטי נזכר מן החוזה הלא-משפטי בעיקר בסעדים שעומדים להגנתו.⁶⁰ אם כך, באין

52 שם, שם.

53 וזה נושא הcotratת המקדימה את הפסקות 22–24 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

54 עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 29 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

55 שם, פסקות 27–28 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

56 שם, בפסקה 29 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

57 ראו מ' שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מהיביך?" משפטים יג (תשמ"ג) 104; ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א) 367–370. להסתיגות מן העילה ניתן ביטוי גם בפסקתו של בית-המשפט העליון. ראו ע"א 647/89 שיפרג נ' אבטלון, פ"ד מו(2) 169, 174; ע"א 416/91 מן נ' טריקי, פ"ד מו(2) 652, 657. קיימות גם דעות אחרות, המציגות את חשיבות ההגנה על נזקיו של הנגע (בדרכ-כלל – הנגענות). מכל מקום, לצורך הדיון הנוכחי, הדוגמה של הבטחת הנישואין אינה יסוד איתן לטיעון בזכות הגדרתה של ההסכם בין בני-הווג נחמני כ"חוזה רפואי".

58 בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) .73.

59 ראו עניין ז'רז'בסקי, לעיל העירה 29, בע' 845–846.

60 ראו למשל: The American Law Institute *Restatement of the Law of Contracts 2d.* (St. Paul, 1931) §1: "A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty"

סעדים, ראוי להזכיר מחלוקת נספהת לשאלת משפטיותו של הסכם הפליטי.⁶¹ השופט שטרסברג-כהן פונה לדוגמאות אלה לצורך הכרה בחוזה "רופא" נוסף: הסכם הפריה ופונדקאות בין בני-זוג. לדעתו, העיון בתקדים של הבחת נישואין והסכם פוליטי, אם יש בו כדי להוועיל כלל (ההשואה להסכם הפליטי רוחקה מעט), מעלה ספקות נכבדים אם ראוי להכיר בקבוצת הבינאים של "חויזים רופפים". כלל לא ברור באיזה מובן אלה הם חוותים תקפים. כפי שציינתי, החוזה המשפטי ניכר בסעדים שעומדים להגנתו. האם בית-המשפט מוכן להושיט סעד לצדדים שהתקשו בהסכם הפריה ופונדקאות? השופט שטרסברג-כהן קובעת בפסק הדין כי סעד האכיפה אינו מתאים – הן בשל הניסיבות המיחודות של המקרה (סיכון הציפייה לגידול הילד במסגרת משפחתי) והן באופן כללי (בשל רתיעה מאכיפת החוזה בעל מים איש).⁶² בתחום דיני החווים, כאשר חל אחד הסייגים לאכיפת ההסכם, ניתן לטעו סעד אחר. האם יהיה בית-המשפט מוכן לפוסוק פיצויים לאשה במצבה של רותי נחמני? מה יהיה שיעורם של פיצויים אלה? אם עמדתו של בית-המשפט לגבי תביעת הפיצויים תהיה גם היא שלילית – וכך ניתן להתרשם מרוח פסק-הדין⁶³ – כלל לא ברור אם תוכל רותי נחמני לקבל סעד כלשהו. ואם כך, بماה מתבטאת משפטיותו של החוזה? במקרים אחרים: החוזה הרופף מתגלה כרופא, אך מה הוא החוזה? בית-המשפט לא היה יכול לפטור עצמו בקביעה שהחוזה אינו ניתן לאכיפה. היה עליו להבהיר אם יש בדעתו לחתם תוקף כלשהו לחוזה בסכום אפשרי בין הצדדים. אם התשובה על שאלה זו אינה שלילית, טוב יעשה בית-המשפט אם ימנע מהഗדר את ההסכם שלפנינו בחוזה משפטי, אם כי רופף, אלא יודה בפה מלא שהסכם זה פטור מעולו של המשפט.⁶⁴

מהחר שההסכם רופף, החלתם של דיני החווים נעשית על דרך ההיקש, תוך פניה לעקרונות בלבד.⁶⁵ כאן מתגלה קושי נוסף. ניתן לחשוף את העקרונות מתוך הכללים

61. לספקות מחודשים בשאלת זו, ראו פסק-דין של השופט חסין בג"ץ 5364/94 ולנד נ' ראש מפלגת העבודה הישראלית (טרם פורסם).

62. לפירות, ראו להלן טקסט להערות 69-72.

63. הסתייגות מפסיקת פיצויים קיימת בשני ההקשרים שבית-המשפט ראה בהם עניינים קרובים: הבחת הנישואין וההסכם הפליטי. פיצויים בגין הפרה של הבחת נישואין מוגבלים רק לחסרון-הכים שנגרם לנפגע או לנפגעת. תביעת פיצויים בגין הפרתו של הסכם פוליטי נראית בעיתית אף יותר, וכלל לא נידונה בענין ז'רוז'סקי, לעיל הערכה .²⁹

64. אי-התאמתו של הסכם זה לתחולתם של דיני החווים אינה צריכה לגרור הוצאה כל תחום המשפחה אל מחוץ לדיני החווים. לביקורת על הוצאה החווים בעלי הטענים המשפטיים מן התחום המרכזי של דיני החווים, ראו: M.J. Frug "An Overview of the Contracts Casebook: Dis-covering the Gender of Contract Culture" *Postmodern Legal Feminism* (New York and London, 1992) 60, 71.

65. זהה מתכונת הנמקה דומה לשיטתו של דבורקין. ראו: R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge and London, 1986).

בכמה צורות. גם זו אינה פעולה ניטרלית ובוודאי שאינה פעולה מינכנית. כך, למשל, כאשר השופט שטרסברג-כהן קובעת שהתמותות המוגרת המשפחה של בני-הזוג נחמנית היה סיכול, היא מוותרת על התנאי שהARIOע המסליל יהיה חיזוני לחוזה ובלתי נתון בשליטת הצדדים.⁶⁶ ויתור זה אינו מובן מallow. האם אין התנאי חלק מהותי מדווקטרינת הסיכול, ובהיעדרו, נשמטה הקרוע לתחולתה?⁶⁷ האם ניתן לומר שהעיקרון של דוקטרינת הסיכול הוא רק פטור מן הקיום בשל שניי נסיבות, או שמא העיקרון מכשיר איזיקום רק בהתקיים שניי נסיבות שאף אחד מן הצדדים אינו אחראי לו?⁶⁸

ספקות באשר ליישום "העקרוני" של דיני החוזים מתעוררים גם לנוכח הפעלת החריגים לכל האכיפה, ובראשם החrieg שמתיחס למקורה של אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי.⁶⁹ לגישתה של השופט שטרסברג-כהן, אין לכפות על דני נחמני את הסכמתו הקודמת, לאחר שתהיה זו אכיפה של הסכם "שמרכיביו האישיים והרגשיים עולמים לאין ערוך על מרכיביו האישיים של כל חוזה לשירות אישי".⁷⁰ גם כאן, גזירות העיקرون נעשית תוך התעלמות מפרטיהם שיש להם חשיבות. בהנחה שא-האכיפה של חוזה לשירות אישי נובעת מן הרצון למנוע מעין-עבודות, דהיינו, כפיה ביצוען של פעולות מסוימות בנקודת-זמן נתונה,⁷¹ הרי שבעה זו אינה קיימת כלל במקורה של דני נחמני. אכיפתו של ההסכם אינה מחייבת כל פעולה נוספת מכך. ההכבדה הצפואה לו מהשלמת הפונדקאות אינה נובעת מדרישה לשירות אישי, אלא מן התוצאות של המשך הביצוע על-ידי רותי. בעבר אומנם נדרשו ממנה פעולות בעלות אופי אישי, אך אלה כבר הושלמו. גם אם נסכים להרחבת החrieg גם למצוינים שלא נדרש בהם שירות אישי במובן הצר, כלל לא ברור אם הוא מתאים לדפוס היחסים שבין דני ורותי נחמני. המקהלה האופיינית שעציב את החrieg הוא תקדים הארגן והזמרת,⁷² שנמנעה בו אכיפה של חוזה להופעות. בנסיבות אלה קיים מתקל של אינטראסים

⁶⁶ עניין נחמני, לעיל העירה 2, פסקות 22–24 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

⁶⁷ השופט שטרסברג-כהן מנמקת את הויתור בעיקרון של גירושין ללא אשמה, שמאפשר השחרורת מן הנישואין גם ללא הבדיקה "אובייקטיבית". ראו בפסקה 23 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן, שם. אולם, לא בהכרח דין אחד להשתחררות מן הנישואין עצמן ולהתחייבויות נוספות שקיבלו בני-הזוג על עצמן במהלך הנישואין.

⁶⁸ אכן, במערכות יחסים אישיות, קביעת האחריות לשינויים שחלו הינה בעיתית ביותר, כפי שציינה השופט שטרסברג-כהן. אולם, אם דוקטרינת הסיכול מחייבת התייחסות לנושא האשם, יתכן שעדיף להימנע מהחלתה (במקרה להחילה תוך התעלמות ממרכיב בעל חשיבות עקרונית).

⁶⁹ סעיף 3(2) לחוק החוזים (תורופות בשל הפרת חוזה), תש"א-1970, ס"ח 16.

⁷⁰ עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 28 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

⁷¹ בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצטנית וכימית בע"מ נ' בית הדין הארץ לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 385, הסביר ממלא מקום הנשיא, השופט ווסמן (כתוארו אז), כי "ביצועו-בעין של חיוב לעבודה, ריח של עבודות נודף ממנו".

⁷² ראו התקדים המפורטים בעניין: *Lumley v. Wagner* (1852) 42 E.R. 687 (Ch.).

שאינם נמצאים באותו מישור – אינטראס כספי (של הארגן), מצד אחד, ואינטראס בחירות אישית ובפיתוח האישיות (של הזמרת), מצד אחר. כענין נורמטי, המשפט מעדייף לחת בכוונה לאינטראס האישי על פני האינטראס שנייתן להגן עליו באמצעות סעד כספי. המקרה של דני ורותי נחמני אינו דומה לאב-טיפוס זה של מערכת יחסים. ההתנגשות כאן היא בין שני אינטראסים אישיים – הרצון להגשים הורות והרצון להימנע מהוות לא-ארצوية. כאשר אלה הם פנוי הדרבים, הפניה לחriger השירות האישי מחייבת את מהותה האמיתית של הבעיה.

בשוליו הדברים ניתן להעיר, שהיקש לדיני החוזים חייב למסקל למעמד שיטת המשפט הישראלית מייחסת לערך של קיומם הבטחות. באופן כללי, דיני החוזים שלנו נתונים בכורה לسعد האכיפה, ובית-המשפט העליון הסביר לא-אחד כי ניתן בכך ביטוי לקיום הבטחות כערך מוסרי ותרבותי.⁷³

למעשה, בית-המשפט היה יכול לדוחות את תביעהה של רותי נחמני גם על יסוד הקביעה שההסכם בין בני הזוג אינה נתונה כלל לעולו של המשפט, ומטעם זה אינה ניתנת לאכיפה.⁷⁴ הדיון החוזי בפסק-הדין וההכרה בהסכם כבזו (אם כי רופף) אינם מושפטים ולא כלום להכרעה. מדובר איפוא בבית-המשפט מקדים להם חלק כה מרכזי בפסק-דין? תחשתי היא שבית-המשפט מתaska להודות (גם בפני עצמו) שההסכם אינו חוזה משפטי, מאחר שהוא מעוניין בהחלטה "נטרלית" המוגנת בדיון הקיים. כאשר בית-המשפט מודה בהיעדרה של נורמה משפטית שעשויה להשול על המקרה שלפניו, החלתו נתפסת הכרעה ערכית, המבוססת על נקיטת עדשה לגופו של עניין. לעומת זאת, כאשר בית-המשפט מבסס את דבריו על נורמה משפטית, החלתו נתפסת הכרעה אובייקטיבית וניטרלית. במקרים אחרים, כאשר ההכרעה מבוססת על ההחלטה של דיני חוזים רופפים, היא נתפסת כ"פונקציה של הדיין", ללא נקיטת עדשה שיפוטית بعد או נגד מי מן הצדדים. הودאה שעובר לפסק-הדין לא יהיה פתרון נורמטיבי לשאלת שהוא מעורר ניתן למצוא רק בפסק-דיןנו של שופט המיעוט, השופט טל.⁷⁵

פסק-הדין היה נתפס כנטרלי במובן המתואר גם אילו דין בית-המשפט בהסכם שלפניו באספקטoria של תחום משפטי אחר, כמו דיני הקניין (הביבניות המופרotas הן מעין-קנין משותף של בני הזוג, ואולי "קנין רופף"). אולם השיח החוזי משתלב יותר בקו העיקרי של ההנחה, המדגיש את אוטונומית הרצון של הצדדים (לבחור בהורות או להימנע ממנה).⁷⁶

73. בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנדר גיונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 278, הסביר השופט ברק, כי "קיום הבטחות עומדיסוד חיננו, לחברה וכעטם."(!)

74. במקרים אחרים, היה ניתן לדוחות את תביעהה בשל היעדר עילה, לאחר שלא הייתה לצדים "כוונה ליצור יחסים משפטיים".

75. השופט טל כותב כי פסק-הדין נמצא בתחום של "פיתוח המשפט", אשר יש לשקל בו שיקולים "של אтика ושל מדיניות משפטית". ראו בענין נחמני, לעיל הערתה 2, בפסקה 5 לפסק-דיןנו של השופט טל.

76. ראו לעיל טקסט להערות 10-11.

ו. על אנלוגיות

המקרה של בני-הוזג נחמני הינו מיוחד ונדרש. יחד עם זאת, ואולי בשל כך, בית-המשפט מנסה למצוא נקודות דמיון בין לבען שאלות משפטיות אחרות, כדי ללמידה מן העקרונות שהנחו את הדיון בהן. אולם יותר משהאנלוגיות מהוות בסיס אמיתי להנמקה, הן שימושות אספקלריה נוספת להכרעתה הערכית המוקדמת של בית-המשפט. ניתן להציג אנלוגיות מתחזרות לאלה שבחר בהן בית-המשפט, ולכונן באמצעותן לתוצאה שונה.

כותבת השופטת שטרסברג-כהן: "לא עלה על הדעת לאכוף על סופר שהפר התחייבתו לכתוב ספר, להמשיך בכתיבה הספר כאשר אין הוא חף עוד בכך. משהפר הוא את התחייבותו, תumedנה לצד האخر תרופות שונות אך לא תרופה האכיפה. אם ביצירה ספרותית כך, ביצירת היצירות – הבאת ילד לעולם – לא כל שכן."⁷⁷

האם אנלוגיה זו מתאימה? ניתן להציג אנלוגיה חלופית, שמוליכה למסקנה הפוכה.⁷⁸ האם לא ראוי יותר להשווות בין רותי ודני נחמני לבין שני סופרים שעשו חזה לכתיבת יצירה ולפרוטומה, ובcut, משוחלים תהליך הכתיבה, מסרב אחד מהם לפרסמה? אם זהה האנלוגיה המתאימה, האכיפה בעניינו של דני נחמני אינה מכוונת לכפייתו של שירות אישי. השירות עצמו כבר הושלם, והשאלה הנוספת היא: האם ניתן לאכוף על סופר פרוטום יצירה שמסר להוצאה לאור, והוא מסרב לפרסמה משום שאין היא מבטאת עוד את השקפת-עולם? במסגרת אנלוגיה זו, התשובה נראהות פחותה ברורה מآلיה. יתרכן שהיא צריכה לשנתנות בהתאם לסוג האינטראנס שעומד כנגד רצונו של הסופר. אם ההוצאה לאור היא המונינית באכיפה, יש מקום לדעה שראויה להעדייף את האינטראנס האישי של הסופר, כפוף לפיצוי מלא של התובעת, שיש לה אינטראנס כספי בלבד. לעומת זאת, אם התובע הוא הסופר העמית, שרואה ביצירה המשותפת את פסקת אמנותו, התשובה ברורה פחות.⁷⁹

ז. על פרשנות העובדות והגנת ההסתמכות

עיוון גוסף בפסק-הדין מלמד כי לסייע העובדתי היה חלק מכך בהכרעת הדיון. אחת השאלות שבבית-המשפט התלבט בהן הייתה: האם הסכימו בני-הוזג נחמני על גורל הביציאות המופרotas ב מקרה של פירוד בינהם? אין חולק כי הם לא הסכימו במפורש שתהליכי הפונדקאות יימשך בכל מקרה, גם אם יفردו. אין חולק גם שלא היה הסכמה מפורשת

⁷⁷ עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 28 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

⁷⁸ בדומה לכך, כבר הדגים קארל לוולין, שכגד כל כלל פרשנות ניתן להציג כלל פרשנות הופיע. ראו: K.N. Llewellyn "Remarks on the Theory of Appellate Jurisdiction and the Rules or Canons about how Statutes are to be Construed" 3 *Vand. L. Rev.* (1950) 395

⁷⁹ הדיון באנלוגיה משקף למעשה את הביקורת על הדרך שיום בה החריג של שירות אישי לכלל האכיפה. ראו לעיל טקסט להערות 69-72.

הפוכה.⁸⁰ השאלה היא: איזו מסקנה יש להסיק מאי-ההתיחסות לסוגיה, שלא התעוררה כל עוד שורה האהבה בבית נחמני? בנסיבות אלה, קובעת השופטת שטרסברג-כהן, "אין בפנינו הסכמה באשר לגורל הביציאות אם וכאש יקרה משביר בחוי הבישואין כפי שקרה".⁸¹ ככלומר, בית-המשפט מפרש את אי-ההתיחסות לעניין כהיעדר הסכמה, כהסכם שיש בו חסר; ולגיישתו של בית-המשפט, בנסיבות העניין, חסר זה אינו ניתן להשלמה: "השלמת ההסכם על ידי קביעה שיש לראות בהסכם בני הזוג נחמני לנוקוט בתהליך של הפריה חוזיגופית, הסכמה להמשיך בתהליך גם לאחר פירוד, אינה מוגשימה את תכלייתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית של ההסכם. לא ניתן לומר כי המשכת קווי הפעולה שצדדים קבעו בהסכם, מובילה, על פי הגיונה הפנימי, להשלמה לפיה יימשך התהליך גם במקרה של פירוד".⁸²

לשאלת ההשלמה היה אפשר להציג גם פתרון אחר, ואולי אף מאוזן יותר, כאמור: ההסכם לא נועדה לחול על כל מקרה של פירוד (ובכך לקבל את עמדת דני נחמני), אך ככל הנכונות לחול גם על מקרה של פירוד בנסיבות שלא תהיה בהן לאחד מבני-הזוג חלופה אחרת להגשת הורות. האם פרשנות זו אינה מתיישבת יותר עם "תכלייתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית של ההסכם",⁸³ שהיתה הגשمت משאות-הנפש של הורות?

הפרשנות שבחר בה בית-המשפט מצלילה להעלים את בעיית הסתמכות הכבידה מבחינתה של רותי נחמני: היא נטלה על עצמה טיפולים מכאים, קשים וממושכים, ואינכונותו של דני להמשיך בתהליך הפונדקאות מותירה אותה פגועה באופן שאנו ניתן לתיקון. השופטת שטרסברג-כהן עצמה מודה ש"קרוב לוודאי שזויה לה ההזדמנויות האחרונה למשם אמהות ביולוגית. יש להתחשב בגללה, במצבה הפסיכולוגיי, בסיכויים הלא רבים להצלחת הפריה חדשה, לצורך להסתיע בתורם זר (כשהיא עדין נשואה) או לפגוע אלה".⁸⁴

אולם, לאחר שעיל-פי פרשנותו של בית-המשפט, לא הייתה הסכמה שתהליכי הפונדקאות יימשך במקרה של פירוד, הרי שפעולותיה של רותי נחמני היו הסתמכות על הנחה חד-צדדית, הסתמכות שאינה מוגנת.⁸⁵

ניתן להוסיף שכדי להגן על הסתמכותה של רותי נחמני לא היה צריך לקבוע שהיתה הסכמה משותפת בדבר המשך תהליכי הפונדקאות גם במקרה של פירוד. לצורך זה היה די בהצבעה על מגן של הבטחה מצידו של דני נחמני, מגן שקיים יכול לשמש בסיס לתחולות

80 עניין נחמני, לעיל הערתה 2, בפסקה 21 לפסק-דיןה של השופטת שטרסברג-כהן.

81 שם, שם.

82 עניין נחמני, שם, בפסקה 26 לפסק-דיןה של השופטת שטרסברג-כהן.

83 שם, שם.

84 שם, בפסקה 32 לפסק-דיןה של השופטת שטרסברג-כהן.

85 הבעיות הגלומה בהכרעות העובדיות נידונה בעיקר בכתיבתו של ג'רום פרנק, שטבב

את מושג ה-*Law and the Modern Mind* (London, facts skepticism. ראו: J. Frank

1949)

העיקרון של השתק הבטחה. במקרים אחרים, אם יקרה התנהגו של דני מצג שהיא ניתנת להבין ממנה קיום של הסכמה להמשך התהליך (גם אם לא חשב בכך בסתר ליבו), הדבר יכול לשמש בסיס לטענת השתק הבטחה נגדו.⁸⁶ אולם, עניין של עובדה, בית-המשפט קובל שהתנהגו של דני נחמני אינה צריכה להיות מובנת כמשמעות נוכנות להמשך התהליך. זו אינה קביעה עובדתית. זהה קביעה נורמטיבית, ולפחות לכואורה היה ניתן לגרום שבז'וג המסתכנים בכל מדובר להשתתף בדרך החתומות של הפריה יוצר מצג של נוכנות להמשך התהליך, בהיעדר הסתייגות מפורשת.⁸⁷

בית-המשפט מוצא טעם נוספת לא להגן על הסתמכותה של רותי נחמני. מפסק-הדין עולה כי למעשה, לא הייתה כלל הסתמכות: רותי נחמני הייתה כה להוטה למש את הסיכוי הקלוש שלה לאיימת, עד שהיתה נוכנה ממלא לכל סיכון. לדעת בית-המשפט, היא הייתה מוכנה לקבל על עצמה את כל הטיפולים והקשישים גם אילו הוסכם בין בני-הוג שהתהליך לא יימשך במקורה של פירוד. כתובת השופט שטרסברג-כהן: "אין כל אפשרות לקבוע שירות נחמני נכנסה לתהליך בהסתמך על הבטחה או מצג כזה וכי היא לא הייתה מתחילה בתהליך אילו לקחה בחשבון סיכון של פירוד וסירוב. היא לקחה בחשבון סיכונים לכשלוֹן התהליך עליהם ידעה ובכלל זאת החליטה להתחיל בו; יש להניח, מקל וחומר, שלא הייתה נרתעת מלהכנס לתהליך נוכח סיכון של פירוד וסירוב להמשך בתהליך שלא עמדו כלל על הפרק בעת ההסכם להתחיל בו".⁸⁸

זהה השערה בלבד, שmbוססת על "קל וחומר". האם כל מי שמסכים ליטול על עצמו את גזירת הגורל, את האפשרות שהרופא לא יוכל לחולשת גופו, מסכים ממש לא לכל סיכון אחר, שהוא פרי תהיפות רגשות של הזולתי? מעבר לכך, על-פי גישה זו, לעולם לא יהיה ניתן להגן על הסתמכות של אדם שיש לו משאות-נפש. לכואורה, אדם הבהיר

⁸⁶ הדגשת החלופה של השתק הבטחה (להבדיל מזויה) נראית לי חשובה, משום שבשלב קודם הסתייגתי מהגדرتה של מדעת החיסמים בין רותי ודני נחמני כחזה רופף. אכן, יש הראים בהשתק הבטחה סוג של חזזה, אך לפי גישות אחרות, זהו אמצעי להגנת ההסתמכות מחוץ לחזה (ומכאן חשיבותו כאשר חזזה תקין איןו קיימים). ראו פרידמן וכahn, *לעיל הערה* 57, בע' 91–94.

⁸⁷ יתכן שבז'וג המשתתף בתהליך של הפריה ופונדקאות לא ייטה להתנות במפורט על סירוב להמשך התהליך במקורה של פירוד או גירושין. לא על אפשרויות כאלה נסבות המחשבות כאשר בני-זוג מחייבים למש הורות במאזן משותף וקשה. אולם ציפייתה הנורמטיבית של שיטת המשפט שלנו היא שבבני-זוג המאונינים להבטיח מראש את זכויותיהם יהיו מסוגלים להסכים במפורש על האפשרות במקורה של פירוד, כמו במקורה של הסכם ממון, למשל. ראו חוק יחס ממון בין בני זוג, תשל"ג–1973, ס"ח 267. מי שנמנע מההסכם מפורשת כו"ז כופף עצמו לsicoun שבירת המחדל המשפטי לא תעלתה בקנה אחד עם רצונו המשמי. המivid במקורה של הזוג נחמני הוא, שבעת ההסכם, לא הייתה ברירת המחדל של הדין בורורה. פסק-הדין הוא שיצר אותה, על-ידי העדפה של הזכות להימנע מהורות.

⁸⁸ עניין נחמני, לעיל הערה 2, בפסקה 30 לפסק-דיןה של השופט שטרסברג-כהן.

לדברימה בכל מאודו מוכן לקבל על עצמו כל סיכון, וממילא אין מסתמך אלא על תקוותו ואמוןתו בלבד. כפי שכבר ציינתי, זהה הנחה נורמטטיבית, הנעדרת ביסוד בעובdot המקרא. אם זו תהיה ההנחה הכללית של הדיין, הסמכות של אדם בעל משאת נפש עלולה לא להיות מוגנת כלל; והשאלה היא: האם הסמכות כזו אינה ראוייה להגנה במוחך?⁸⁹

אילו הושיט בית-המשפט סעד לרותי נחמני על יסוד ההסמכות, ולא על יסוד הנמקה הסכמית, הוא היה מסיר מדרךו כמה מכשולים מטרידים מן ההיבט העיקרי. בית-המשפט הסתיג ממתן גושפנקה לוויתור מראש על הזכות לבטל את ההסכמה להליך של הפריה ופונדקאות. על-פי פסק הדיין: "הסכם בלתי הדיר להיות הורה כמוות כויתור מלא וצמית על הזכות שלא להיות הורה. יותר כזו יתור על זכות יסוד... שלילה מוחלתת של זכותו של דני נחמני לחזור בו מהסכמו להיות הורה, על ידי אכיפת התחייבתו, כמוות כיירתו ויתור מלא וגדרת מצינו על זכות יסוד".⁹⁰

עליה מן הדברים, כי עמדו לפני בית-המשפט רק שתי אפשרויות: להכיר בתוקף המחייב של ההסכמה להמשך תהליך הפונדקאות ככל תנאי, או לאפשר חזרה ממנה בכל מקרה שללו בו שינוי ברצונו של אחד מבני-הזוג. אולם קיימת גם אפשרות-ביניהם. אפשר לקבוע כי באופן עקרוני, ניתן לחזור מהסכמה לתהליך של פונדקאות, אך רק ככל עוד לא נוצרה הסמכות כבده של בן-הזוג الآخر. במקרים אחרים, הויתור על זכות החרטה אינו כלל, אלא מצומצם לנסיבות מוגבלות מאוד.⁹¹ אפשרויות-הבינאים מתיאשут עם העיקרון המגביל ויתור על זכויות-יסוד. במקרה העניין, אפשר שלא היה מסויעת לדני נחמני, אך יש בה כדי לישב את השקפות הרחבה של בית-המשפט על זכויות-יסוד גם עם תוכאה אחרת.⁹² בהקשר זה ניתן להציג אנלוגיה לסוגיה של אימוץ. הסכמתם של הורים לאימוץ ניתנת לביטול רק בתנאים מסוימים, ובכל מקום, אינה ניתנת לביטול לאחר שניתן צו אימוץ.⁹³ האם זהה הכרה בויתור בלתי-הדר על זכות-יסוד: הזכות למש את ההורות? התשובה השלילית ברורה מآلיה. היכולת לחזור מoitור על הזכות מסווגת בשם הגנה על עקרונות אחרים.

89 טיעון זה מקבל משנה תוקף לנוכח הסיכון של ניצול לרעה של בעל משאת-הנפש.

90 עניין נחמני, לעיל העדרה 2, בפסקה 11 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

91 דברים אלה בזכות ההגנה על הסמכות כבده צרייך להתנות בכך שההסמכות הייתה סבירה בנסיבות העניין. ככל שהධון מתייחס לעניינה של רותי נחמני, בוודאי שאי-אפשר לטעון כי הסמכותה הייתה פוזה. היא נעשתה לאחר שהיא ובעה עבורה יחד כברת דרך ארוכה של מאץ ומסירות.

92 גם מבחינה זו עדיפה דעת המיעוט של השופט טל, שמצא לנכון להגן על ההסמכות כאשר "לפנינו מעשה מיוחד ובדיעבד", גם אם יהיה הפתרון שונה בדרכ-כלל. ראו בעניין נחמני, לעיל העדרה 2, בסוף פסקה 9 לפסק-דין של השופט טל. אני מתייחסת לעמדתו של השופט טל בדבר הדרישה להסכמה משותפת ונמשכת" במקרה הרגיל (שם, שם).

93 סעיף 10 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, ס"ח 293.

זה המקום להוסיף ולהרגיש כי הפרשנות שניתנה לעובדות המקירה השפיעה באופן ישיר על התוצאה. בית-המשפט קבע כי תביעה של רותי נחמני לאכיפת הסכמה נדחתת מאחר שלא ניתנה כלל הסכמה כזו לגבי המשך תהליך הפונדקאות.⁹⁴ בנסיבות אלה ניתן רק לתחות כיצד היה בית-המשפט מתמודד עם מקרה שהיה קובלע בו כי היתה הסכמה מפורשת לגבי המשך תהליך הפונדקאות (גם במקרה של פירוד). מבחינת העקרונות המשפטיים שהציב, התוצאה הייתה נותרת לכואורה ללא שינוי. המגבלה על אכיפתו של חוויה לשירות אישי חלה, כמובן, גם על חוות מפורשים. הבעיתיות של ויתור בלתי-הדריך על זכויות-יסוד קיימת גם כאשר הויתור הוא מפורש. מצד אחר, הכרה בקיומה של הסכמה מפורשת הייתה יוצרת ניגוד חריף בין העקרונות המשפטיים לבין תחושת הצדקה, משום שהיא הייתה מחוירה אל מרכז הזירה את בעיית ההסתמכות (שאיינה זוכה בהגנה).

ח. על מסרים חברתיים

אגב הדיון בעוויותם של בני-הזוג נחמני, פסק-הדין כולל מסרים המשקפים את התמורות וההתלבויות בתפיסה החברתית של התא המשפטי. ראוי לשים-לב לתמונה העולם שעולה מהם.

מסר חשוב ראשון מתייחס לאופן שאימהות נתפסת בו מול האופן שהאבותות נתפסת בו. בחברה המסורתיות, מימוש האימהות על-ידי האשאה (ואהאה דוקא) נתפס כיעוד וכמרכז ההוויה.⁹⁵ מתן משקל מיוחד לאימהות היה יכול להטוט את הקפּי לטובתה של רותי נחמני. אולם בית-המשפט מנע מלככת בדרך זו. לגישתו, השאלה אינה שאלת אימהות (מול אבותות), אלא שאלת הורות. לשני ההורים אותה זיקה לילד, ובני שני המינים מושפעים על-ידי מימוש (או אי-שימוש) ההורות בחייהם. זהו מסר חשוב. פסק-הדין מתרחק מתפיסות מסורתית-סטריאוטיפיות שמייחסות ערך עליון להגשמה האימהות אצל האשאה. האימהות והאבותות נידונות כשות-מעמד. יחד עם זאת, פסק-הדין אינו נקי לחלוטין מ"גילהה" אל המסורת האימהית. למשל, כאשר השופט שטרסברג-כהן מתייחס לכך ש"הכמיה לאימהות היא ביטוי רגשי عمוק וחזק לדרצון למימוש הורות", היא מוכנה לצאת "גם מתוך הנחה שהיא חזקה יותר מהכמיה לאבותות (ויש חולקים על כך)".⁹⁶ אומנם, בסופה של דבר, לא ניתנת בכורה לאימהות נשית, אך המסורת בדבר מעמדה המioxוס קיימת בשולי הטקסט.⁹⁷

⁹⁴ ניתוח העובדות נעשה, בעניין נחמני, לעיל הערא 2, בפסקה 21 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

⁹⁵ ראו ז' ברונר "קולת של אמא, או: דיאלקטיקות של תודעה עצמית פמיניסטית" זמינים 46-47 (1993).

⁹⁶ עניין נחמני, לעיל הערא 2, בפסקה 8 לפסק-דין של השופט שטרסברג-כהן.

⁹⁷ אני מודעת לכך שהשופט שטרסברג-כהן נדרשת למסורת האימהות מטעמים "רטוריים", אולם גם לרטוריקה השיפוטית יש חשיבות.

היבט חברתי נוסף של פסק-הדין הוא דמות המשפחה בחברה בת-זמננו. אילו פסק בית-המשפט לטובתה של רותי נחמני, הוא היה ניתן גושפנקה שיפוטית ליצירתו של תא משפחתי חד-הוררי. עם זאת, היפוכו של דבר אינו נכון בהכרת. בית-המשפט קובע כי פסיקתו אינה מבוססת על שלילה עקרונית של המשפחה החד-הוררית. תפיסה מסורתית של המספרת המשפחתית הייתה דוחה את האפשרות שסבירה חד-הורית היא מסגרת המתישבת עם העירון של טובת הילד. ואולם, נשמעה לפניה בית-המשפט הטעונה ש"אל לו לבית המשפט לסייע להולדת ילד אל תוך מחלוקת ולמשפחה חד-הורית, כשנתוני הפתיחה של הילד העתיד להיוולד מעוררים קשיים כה רבים".⁹⁸ במשמעותו המקורי, בית-המשפט אינו מוכן לקבל טיעון זה, וקובע שהמשפחה החד-הורית נמצאת בתחוםי הנורמה.⁹⁹ השופט שטרסברג-יכhn כותבת כי "משפחה חד-הורית מתקבלת בחברתנו בהבנה ואף זוכה לעידודים מסוימים".¹⁰⁰ פסק-הדין נותן איפוא ביטוי לתפיסה לא-מסורתית של המשפחה המשפחתית. יחד עם זאת, כאשר בוחן בית-המשפט את התקופה המחייב של ההסכם, הוא סבר שהקרוע בין בני הזוג נחמני הוא אירוע מסכלי,¹⁰¹ מאחר ש"הרס התא המשפחתית הוא עובדה בלתי מעורערת וילד שיבוא לעולם יولد ללא שאביו רצה בו, למשפחה חד-הורית בפועל בה תתקיים כהוראה איימו בלבד".¹⁰² ככלומר, המשפחה החד-הורית היא מסגרת אפשרית להולדת הילד, אך יצירתה יורדת לשורש ההסכם בנושא הולדתו. אם כך, האם בית-המשפט עקיבי באשר להכרה בLAGITIMITY של המשפחה החד-הורית? התשובה אינה מובנת מלאה. ניתן לטעון שההתיחסות לפירוק התא המשפחתית כאלו אירוע מסכלי הייתה מבוססת על כוונת הצדדים (שראו בהולדת הילד חלק בלתי-נפרד מן המערכת הוגית שלהם), ולא על עמדת עקרונית השוללת את המשפחה החד-הורית. עם זאת, כוונת הצדדים היא, בסופו של דבר, הכוונה שבית-המשפט מייחס להם. כוונה מייחסת זו מבוססת על קשר הכרחי בין הורות לזוגיות. במקרה הרגיל, זה אכן המודל המועדף על רוב האוכלוסייה; אולם בנסיבות של אילוץ, יש הבוחרים להגישים הורות גם מחוץ למערכת זוגית קבועה, ובחרויות אלה יכולות אף הן להיות מקור הרשאה להתחקות אחר כוונת הצדדים.

⁹⁸ עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 35 לפסק-דין של השופט שטרסברג-יכhn.

⁹⁹ על דרך ההשוואה ניתן להוסיף, כי בהקשר של אימוץ ילדים, טובת הילד נשלת רק לאחר שנמצא טעם עצמאי להוצאתו מרשות הוריו. ראו למשל בג"ץ 243/88 קונגסלוס נ' תורג'מן, פ"ד מה(2) 626, 639 – 640.

בדומה לכך, גם בעניין נחמני יש להקדים ולהזכיר בשאלת הוכחות של הורים בכוח לפני שנבחנת השאלה של טובת הילד.

¹⁰⁰ עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 35 לפסק-דין של השופט שטרסברג-יכhn. פתיחות של בית-המשפט למסגרות משפטיות חלופיות באהה לידי ביטוי גם בג"ץ 721/94 אל נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביין (טרם פורסם). ראוי להוסיף כי מחוקק-המשנה לא הגדיל את ההסדר של הפריה חוץ-זוגית לנשים נשואות. ראו לעיל העירה 37.

¹⁰¹ ראו לעיל פרק ה.

¹⁰² עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 24 לפסק-דין של השופט שטרסברג-יכhn.

עוד נושא שני בחלוקת הוא הזכות להפללה. בשלב קודם התייחסתי לקשר האפשרי בין הכרה בזכות להפללה לבין הכרה בזכות להפסיק את תהליך הפונדקאות.¹⁰³ בית המשפט מכיר בקשר זה, אך מיישם אותו באופן שמדחיק את המצב המשפטי בישראל בתחום הפלנות. לגיטותו של בית-המשפט, "אשה זכאית – בתנאים מסוימים – לבצע הפללה",¹⁰⁴ אף-על-פי שהמצב המשפטי בתחום זה רחוק מהכרה בזכות. בהמשך, הקשר לשאלת הפלנות מתגלה גם בדרך נוספת. בית-המשפט מעורר את השאלה: האם לביציאות המופרót יש זכות לחיים? תפיסה המכירה בזכות עצמאית לחיים של הביציאות המופרót הייתה יכולה לחזק את העמדה שמצוג רותי נחמני. מצד אחר, תפיסה המכירה בזכות עצמאית לחיים של הביציאות המופרót עומדת בפני עצמה להכרה בזכות להפללה.¹⁰⁵ במקרים אחרות, הכרה בזכות לחיים של הביציאות המופרót הייתה יכולה להיות בעלת השכלות חשובות על הדיוון בזכות להפללה במשפט הישראלי; ולהיפך, הימנעות מהכרה בזכות לחיים קרויה לתפיסות המתוישבות עם הכרה בזכות להפללה. בית-המשפט מנע מلدון בקשר הבורר בין הסוגיות. זה הטקסט העולם של פטק'-הדין, ואולי הטקסט המודח.

ט. על התוצאה

סיימי לקראו בפסק'-הדין. מצאתי בו קביעות "פשטות" רבות שאינן פשוטות, והנחות מובלעות שטענות עיון נוספת. פטק'-הדין ניסה להציג מסגרת אובייקטיבית לבירורה של שאלה עמוסת רגש. לצורך זה עשה בית-המשפט שימוש בכלים המוכרים לו: הכלים המשפטיים. הוא ניסה להתאים את השאלה למודלים משפטיים קיימים, כמו אלה של דיני החזום. הוא יצר את השאלה אל תוך תבניות משפטיות של זכויות וחובות. השימוש בכלים המשפטיים מתגלה כבעיתית. הדרך שהמודלים המוכרים מותאמים בה לנسبות המקירה רוויה בהכרעות בלתי-ণיטרליות. כמו כן, התבניות של זכויות וחובות צרות מלהכיל את הסוגיה. זו אינה טרוניה כלפי בית-המשפט. בית-המשפט אמר לו להידרש לכלים משפטיים, וקוצר-ידיו הוא קושי הטעוע בכך ששאלות חברתיות פתוחות מגולגלות אל פתחו. אולם, אפשר לשאול: מהי השקפת-העולם שעולה מן הדרך שיישמו בה השופטים את הכלים המשפטיים? בפרש נחמני מודגשתים במיוחד הערכים הליברליים של אוטונומיה הרצון ואי-ההטרבות המדינה. הזכות להורות אינה מוכרת כזכות-יסוד בעלת ערך עצמאי, והסתמכות זוכה באחדה, אך לא בהגנה. בדברים אלה אין חלופה מנומקת

¹⁰³ ראו לעיל פרק ג.

¹⁰⁴ עניין נחמני, לעיל העירה 2, בפסקה 9 לפטק'-דין של השופט שטרסברג-יכhn.

¹⁰⁵ זהה הדוקטרינה הקתולית. ראו למשל: L.H. Tribe *Abortion: The Clash of Absolutes* (New York & London, 1990) 31–32 (הרצינול של ההגנה על החיים הנחה את פסיקתו של בית-המשפט לחוקה של גרמניה, בעת שפסק חקיקה ליברלית בתחום הפלנות. ראו: M.A. Glendon *Abortion and Divorce in Western Law* (Cambridge & London, 1987) 25–31).

על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני

لتוצאה. יש מקום לחלוקת באשר להכרעת הדין הראיה. אולם עוד קודם לכן, יש מקום למחשבה על ההכרעות הערכיות המקדימות, שהולידו, בסופו של דבר, את פסק הדין.

דפנה ברק-ארז*

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה רבה לחברי פרופסור מנוי מאוטנר, ד"ר אריאל פורת וד"ר חנוך דגן על הערותיהם לנוסח הראשוני של הדברים. תודה נוספת לחברי מערכת עיוני משפט על תרומתם לגיבוש הסופי של הרשימה.

