



רוצה להיות או לא להיות (הורה)? – זו השאלה האמתית

יחזקאל מרגלית*

פסק הדין נשוא ענייננו¹ עוסק באחד התחומים המתפתחים והמרתקים ביותר בתחום דיני המשפחה בכלל ובמערכת היחסים של הורים וילדים ומקומה של ההסכמה להבאת ילד לעולם ולאפשרות של קביעת ההורות המשפטית שלו בצורה הסכמית בפרט. תחום זה מתפתח תדיר, בין היתר, בשל שינויים סוציולוגיים ורפואיים שאנו עדים להם ביובל השנים האחרון, הגורמים לשינויים דרמטיים בהגדרת המשפחה, הזוגיות ויחסי הורים וילדים.² נושא זה אף שבעולם כולו הינו בבחינת ארי המתעורר, בארץ כמעט וכלל לא עסקו בו, וודאי שלא בהקשר המסוים של נשוא דיוננו – תרומת זרע מגבר זר. יפה לכך קביעתו הבאה של השופט רובינשטיין –

"מדובר באחת מן ההתפתחויות הדרמטיות היוצרת 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."³

כידוע, בארץ, כבעולם, מודל המשפחה הגרעינית הקלאסית מאבד את בלעדיותו לטובת מבני משפחה חדשים, שונים ומגוונים. אך טבעי הוא שכשם שמבנה המשפחה הזוגי נדרש להערכה ולהגדרה מחדש, כן הם פני הדברים בהקשר של האפשרות לקבוע מי יהיה הורה משפטי של הילד, שנולד עקב תרומת זרע מגבר זר, סוגיה הנוגעת ללב לבם של יחסי הורים וילדים. ואולם, בארץ כל שניתן למצוא הוא מספר דל של מקרים בהם נדונה תרומת זרע מגבר זר ותוקפה של הסכמה של אדם שאינו אביו הגנטי של הילד לשמש כאביו המשפטי, פסיקה אותה נסקור בהמשך הדברים. אשר על כן, טוב עשה בית המשפט העליון שנתן פסק דין מקיף, מעמיק ונרחב בכדי לעשות מעט יותר סדר בתחום זה אותו ניתן להגדיר כמי שרבו בו הפרוץ על העומד. ביקורת זו נכונה על כלל טיפולי הפוריות השונים, למעט הסכמים לנשיאת עוברים ותרומת ביציות, שאחרי חבלי קליטה לא מבוטלים הוסדרו בסופו של דבר בחקיקה ראשית פרטנית.⁴ וכך, תחום מבוזר זה לעת הזו טרם מוסדר בחקיקה ראשית, עם כל הבעייתיות הרובצת לפתחו

* דוקטור למשפטים. מרצה לדיני משפחה ודיני חוזים, הקריה האקדמית אונו.
 1 ראו על כך בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.2013).
 2 ראו על כך יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לדילמת קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ה' 534, 553 (2012).
 3 עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
 4 ראו על כך בהתאמה חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), תשנ"ו-1996, ס"ח 1577; חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 2242.



של נושא כה רגיש ומורכב, המוסדר אך ורק על סמך תקנות משנה, חוות דעת משפטיות של היועץ המשפטי לממשלה, היועצת המשפטית של משרד הבריאות, חוזרי מנכ"ל, המועצה הלאומית לביו-אתיקה ועוד.⁵

ואכן, ללא כל ספק, כאשר המחוקק שותק בתחום כה מורכב ורגיש, הבעייתיות בפרקטיקה צפה ועולה במלוא עוזה על פני השטח. יפה לעניין זה ביקורתו של השופט עמית –

"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... הסדרה מפורטת יותר קיימת רק במתכונת של חוזר מנכ"ל של משרד הבריאות, כמפורט לעיל, ואף זה נעדר התייחסות לסוגיות מהותיות, כמו זו שבפנינו... מצב דברים זה אינו תקין ברמה העקרונית, והוא אף תורם בעקיפין למצבים שבהם נוצרות ציפיות בלב הנוגעים בדבר, בשל העדרה של הסדרה ברורה... חוק בנושא, לו נחקק, היה יכול להבהיר מהי נקודת ה"אל-חוזר" 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..."⁶

בהארת הפסיקה שלפנינו אבקש להתייחס בקצירת האומר לסוגיה אחת בלבד מבין שלל הסוגיות המשפטיות-אתיות להן טרם ניתנה התייחסות חקיקתית סדורה דבר דבור על אופניו – תוקפה והיקפה הראוי של הכוונה והרצון להפוך להיות להורה והאפשרות לקבוע אותה בצורה הסכמית. לא אכנס כלל לסוגיה החוקתית והדילמה כיצד לאזן בין הזכות להורות והזכות לאי-הורות, סוגיה שנדונה בהרחבה בפסק הדין ובפסיקה מנחה קודמת שניתנה בעניין.⁷

בהקשר זה, ללא כל ספק, צדק בית המשפט בקובעו כי השאלה האמתית העומדת לדיון הינה שאלת הסכמתו של תורם הזרע לתרום את זרעו ולבטל בכך את זיקתו למטענו הגנטי וממילא לילד שיילד ממנו ושאלת

⁵ לסיכום ביקורתי על כך ראו יחזקאל מרגלית "משאבים רפואיים (בלתי) מוגבלים – הורות בכל גיל, בכל מחיר ובמיון המדינה?" (טרם פורסם).

⁶ עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית.

⁷ ראו על כך בגלגוליה השונים של פרשת נחמני המפורסמת – ה"פ (חי') 599/92 נחמני נ' נחמני פ"מ תשנ"ד 142 (1993); ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני פ"ד מט' (1) 485 (1995); דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני פ"ד נ(4) 661 (1996). על הדומה והשונה בין פסק הדין ובין פרשת נחמני ראו בפס' 9–10 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. בצד פרשת נחמני יש לאזכר סכסוך דומה שנתגלע בין בני זוג פרודים, שם הגבר בא בדרישה לפרודתו לעשות שימוש בביציות המוקפאות המשותפות שלהם. לגלגוליו של סכסוך זה ראו תמ"ש 5610/06 פלוני נ' אלמונית (לא פורסם, 27.11.07); ע"א (י-ם) 2271/08 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 3.12.2008); עמ"ש (י-ם) 228-08 פלוני נ' אלמונית ואח' (פורסם בנבו, 7.6.2010). על האפשרות לפתרון ביניים של סכסוך שכזה תוך הבחנה בין הורות הגנטית של בן הזוג המתנגד להמשך ההליך ושליטת הורותו המשפטית ראו Yehezkel Margalit, *To Be or Not to Be (A Parent)? – Not Precisely the Question; the Frozen Embryo Dispute*, 18 CARDOZO J. L. & GENDER 355 (2012).



יכולתו של התורם לחזור בו מהסכמתו הראשונית.⁸ בית המשפט בוחן את מערכות היחסים החוזיות הקיימות ומסיק כי הטפסים השונים הנחתמים שותקים בעניין והואיל ואין הם אוסרים זאת במפורש ניתן להסיק, עם כל הזהירות המתבקשת מהיסק שכזה, שלא הייתה כל כוונה מפורשת לאסור זאת על הסף.⁹ כמו כן, מנסה בית המשפט להיבנות מהיקש מיכולת חזרתה של תורמת ביצית לחזור בה מתרומתה,¹⁰ אם כי גם ניסיון לימוד זה אינו מניב בהכרח כל קביעה פוזיטיבית ברורה. וכך היא מסקנת דבריו של השופט עמית –

"במסלול אחר, לכאורה ניתן להקיש מהסדר 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, ולמצער, כי אין כלל מקום להיקש כאמור."¹¹

כך או כך, בית המשפט מתקשה להגיע לקבוע מסמרות בשאלת אפשרות חזרתו של תורם הזרע מהסכמתו הראשונית הן לאור מערכת היחסים החוזית בין הצדדים השונים להליך והן לאור היקש אפשרי מחוק תרומת ביציות.¹² לפיכך אנסה בדברים הבאים להוסיף נימוקים וטעמים נורמטיביים שונים למסקנת בית המשפט לפיה העיקר הינה הסכמת תורם הזרע וכי אין המדובר בהסכמה בלתי הדירה.

די בבחינה ולו שטחית של הפסיקה בארץ בכדי לעמוד נכונה על השינוי הדרמטי המתחולל מול עיננו בתחום זה תוך שההסכמה לשמש כהורה משפטי של הילד הופכת להיות יותר ויותר מרכזית בקביעת זהות הוריו המשפטיים של הילד. וכך ניתן למצוא הכרה מפורשת בהבניית חובת תשלום מזונות הקטין בידי בעלה של האישה הנזרעת כהסכמה ולמעשה התחייבות חוזית והכרה עקרונית באפשרות להסדיר היבטים שונים של ההורות המשפטית בהסכמה. כך נפסק לגופו של עניין בבית המשפט העליון בפרשת סלמה בהטלת חיוב מזונות על הבעל מכוח הסכמתו להזרעת אשתו.¹³ וכך עולה מכמה פסיקות נוספות של בית המשפט לענייני משפחה, שבהן נקבע שחיוב הבעל במזונות ילדו שנולד לו מהזרעה מלאכותית הוא חיוב חוזי השלוב עם חיוב האישה והילדים כלפיו. כאשר גבר זה התגרש מאשתו המונעת ממנו מלהתראות עם ילדיו, הואיל ואין האישה ממלאת את חובה כלפיו, ממילא בטל החיוב של הגבר בתשלום מזונות ילדיו.¹⁴

8 על מקומה המרכזי הראוי של ההסכמה בקביעת ההורות המשפטית במדינת ישראל ראו יחזקאל מרגלית, "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012).
9 עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' ו-ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
10 ראו דיונו המפורט של השופט עמית. שם, פס' 11-19.
11 שם, פס' 19.
12 חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010, ס"ח 2242.
13 ראו על כך ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה פ"ד לד(2) 779, 784 (1980).
14 ראו על כך תמ"ש (י-ם) 10681/98 פלונית נ' אלמוני תק-מש 2000(3) 244, 265-267 (2000).



יתר על כן, הקונסטרוקציה ההסכמית התקבלה עקרונית לא רק ביחסי זוגיות של נישואין כדת משה וישראל אלא אף כאשר מדובר היה בידועים בציבור שהחליטו לקבל תרומת זרע מגבר זר, והגבר התחייב להכיר בילד כילדו לכל דבר ועניין. במקרה זה אף לא הייתה הסכמה מפורשת בכתב של הגבר, אלא התחייבותו נבעה מאומדן דעתו בנסיבות העניין לאור ידיעתו על אודות הזרעת בת זוגו. לגופו של מקרה, על בסיס פרוצדוראלי בלבד לא היה אפשר ליישם את חיוב הבעל חרף ההכרה העקרונית בחיוב החוזי המהותי.¹⁵ וגם במקום שבו ידועים בציבור עברו הליך של הפריה חוץ-גופית, והגבר תרם את זרעו ואילו הביצית התקבלה מתרומת ביצית אנונימית הואיל ולנתרמת לא היו ביציות או שחלות, הגבר יחוב בחובת מזונות לילד. זאת בשל הסכמתו הראשונית להליך, הואיל והוא חתם על הסכם שלפיו מקבל הוא עליו את זכויותיו וחובותיו כאבי הקטין, וכל זמן שלא הוכחה סיבה המניחה את הדעת ולפיה ההסכם נחתם מתוך לחץ או מחוסר ברירה, הסכמתו מחייבת אותו לכל דבר ועניין.¹⁶

אם מקומה של ההסכמה כוחה יפה לה להקנות את האבהות המשפטית, ברמה כזו או אחרת, כוחה יפה לה גם להפקיע את האבהות המשפטית של תורם הזרע שהסכים לתרום את זרעו לאישה, בכדי שהלה תוכל להרות ולהביא את ילדה לעולם בלא שהתורם ישמש כהורה משפטי של הילד. קצר המצע מלהשתרע ולאפשר להסביר באריכות כיצד בכוחה של ההסכמה להפקיע את סטטוס ההורות המשפטית מהגבר תורם הזרע, אך נסתפק לצורך המשך דיוננו בכך שאנו כחברה מעוניינים לאפשר לנשים להרות עקב תרומת זרע אנונימית תוך שאנו מנתקים את האבהות המשפטית על היילוד מהאבהות הגנטית של תורם הזרע. זאת גם אם הדבר סותר את אחד מעקרונות היסוד בתחום קביעת האבהות המשפטית לפיו אדם שהפרה בזרעו אישה לעולם יהיה אביו המשפטי.

ואולם, גם הסכמה זו אינה בלתי הדירה, ולפיכך אדם יכול לחזור בו מהסכמתו הראשונית לשמש או לא לשמש כהורה משפטי של ילד שנולד עקב תרומת זרעו. למסקנה זו ניתן להגיע הן לאור נימוקים נורמטיביים שונים והן לאור משפט משווה. ואכן, נימוקים נורמטיביים שונים מלמדים כי גם אם נראה בהסכמתו של תורם הזרע בבחינת חוזה מחייב, וכשלעצמי כלל איני בטוח בכך, כבר דיני החוזים הקלאסיים הכירו בכך, שכל חוזה למתן שירות אישי אין לאוכפו, הואיל ו"ריח עבדות נודף ממנו", תובנה הגלומה אולי בחוק החוזים הישראלי בדמות "סייג הצדק" לאכיפתו של חוזה.¹⁷ יתר על כן, דיני החוזים המודרניים מלמדים אותנו, שאין לאכוף כל חוזה ככתבו וכלשונו בשל היפוך הלב ו/או שינויי נסיבות. הדברים וודאי אמורים במקום שבו המדובר בנושאים כה אישיים

¹⁵ ראו על כך המ' (חי') 190/93 פלוני נ' אלמוני נד(3) 190, 195 (1994).

¹⁶ ראו על כך תמ"ש (ת"א) 3521/98 פלוני (קטין) נ' אלמוני תק-מש 2001(2), 482 (2001).

¹⁷ עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' סו' לפסק דינו השופט רובינשטיין.



ואינטימיים המתרחשים במתחם הביתי והעוסקים בפיריון, הריון, לידה וגידול ילדים, שהתערבות שיפוטית וכפיה עליהם עשויה לגרום להשלכות חברתיות ואישיות עמוקות ביותר.¹⁸

לפיכך, יש הגיון רב לאפשר, במידת הצורך בלבד, נסיגה מההסכמה הראשונית, בשל החשש הסביר שאכיפתה נוגדת את טובת הציבור. אשר על כן, במקרי קיצון בלבד בהם אחד הצדדים מבקש לסגת בו מהסכמתו הראשונית, יש לאפשר לו לעשות כן. וזאת, לטעמי, בשונה ממסקנת פסק הדין, עד למועד שבו ההליך הפריוני טרם החל בפועל תוך השתלטה ברחם של הביצית המופרית. בכך מסכים אני עם קביעתה של השופטת ברק-ארז שקבעה כי – "המקרה שבפנינו הוא מקרה ביניים. מן הטעמים שהוסברו עד כה, אני סבורה שאף בו טרם התגבשה נקודת ה"אל חזור".¹⁹ וכך, את מסקנת פסק הדין מבקש אני לחזק לאור אחת מהמסקנות אליהן הגעתי במסגרת עבודת הדוקטורט שלי. וכך כתבתי -

"אשר על כן, כל זמן שלא נעשה שימוש בלתי הזיר בתרומת הגמטה, הרי בידו של המבקש לחזור בו מתרומתו לעשות כן, גם אם ההסכמה הראשונית קיבלה תוקף אדמינסטרטיבי או שיפוטי. מקרים אלו ספורים, אם בכלל הם קיימים, ובאיזון שבין יסוד הצפייה והסתמכות הצד המזמין ובין היפוך לבבו של התורם שאינו חפץ עוד להיות הורה גנטי, יש לאפשר חזרה זו כאשר מדובר בהיפוך לבב אמתי ולא סתם בחוסר רצון לקיים את ההסכמה הראשונית."²⁰

כמו כן, גם שיקולי מדיניות שונים תומכים במסקנה שבין זכות התורם האנונימי לחזור בו ושלא להיות אב גנטי לצאצאים נוספים ובין זכות האישה לדבוק בהסכמה הראשונית ככתבה וכלשונה ולהביא בכך ילדים לעולם בעלי אותו מטען גנטי, זכותו של הראשון גוברת. מספר מקרים אלו, ככל שהם קורים, הינו מועט ביותר ואיני סבור שבנסיבות המיוחדות של העניין יש לחשוש לפריצת הסכר ולשטף של בקשות דומות מתורמי זרע להפסיק לעשות שימוש בזרעם. הסיכוי שמקרה זה יהפוך להיות חזון נפרץ הינו מועט באופן יחסי, שהרי השיקולים המנחים את תורם הזרע להסכים לתרומת זרעו אינם משתנים בתדירות ובמהירות כה רבה ודווקא המקרה שלפנינו הינו יוצא מן הכלל המלמד על הכלל כולו. תימוכין לכך ניתן למצוא בעובדה שמנסחי הטפסים השונים המסדירים את מערכות היחסים החוזיות השונות לא העלו על דעתם את קיומה של אפשרות חזרה מההסכמה הראשונית. דבר שהוגדר בידי

¹⁸ ליישום אפשרי של תובנות אלו בהקשר של חוזה פונדקאות ושאלת יכולת אכיפתו על האם הנושאת (הפונדקאית) במקרה של היפוך לבבה ו/או שינוי נסיבות ראו Yehezkel Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective* (forthcoming).

¹⁹ עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
²⁰ ראו על כך יחזקאל מרגלית קביעת הורות משפטית בהסכמה 209 (עבודת גמר לתואר "דוקטור בפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"א).



השופט עמית כלקונה משפטית. בכך ניתן להפיג את החשש לפגיעה באינטרס הציבורי של החברה בהמשך קיומם של בנקי הזרע.

לבסוף, גם מבט לעולם, נוסף למשפט ההשוואתי אותו עורכת השופטת ברק-ארז (פסקה 28 לחוות דעתה), ילמד אותנו אף הוא עד כמה הסכמה מעין זו הינה הדירה במקרים קרובים כדוגמת בן זוג שנתן את הסכמתו הראשונית לתרומת זרעו, אך חזר בו מאוחר יותר וזאת כל עוד לא התחילו טיפולי ההפריה בפועל. **ראשית**, לא למותר לציין, שיכולתו של אדם לחזור בו מהסכמתו הראשונית לכל טיפול רפואי ובכלל זה טיפולי פוריות מעוגנת באמנות בינ"ל שונות.²¹ **שנית**, גם במספר פסק הדין קבעו אומנם ביהמ"ש, שיש לכבד את ההסכמה הראשונית, אך היא כפופה להיפוך הלב של אחד הצדדים לו, וזאת כל עוד לא הושלתו הביציות המופרות או הושמדו. **שלישית**, כך קבוע מפורשות בחוק האחיד בארצות-הברית המסדיר את נושא ההורות המשפטית על היבטיה השונים, שם נקבע שאם חרף התנגדותו של אדם להמשך ההליך הפריוני תוך שימוש במטענו הגנטי בשוגג או במזיד בסופו של יום נולד ילד, הוא לא ייחשב לאביו המשפטי. את מרכזיותה של ההסכמה ואת האפשרות לסגת ממנה ניתן ללמוד מסע' 706, הקובע, שכל עוד אדם לא הסכים באופן מפורש להיות הורה גם לאחר פרידת בני הזוג הגירושיני, הילד שיוולד למרות היותו בנו הגנטי לא ייחשב כבנו המשפטי. יתר על כן, גם אם אישור ראשוני שכזה ניתן אך בן הזוג המתנגד חזר בו, כבנדון דנן, הילד לא ייחשב כבנו המשפטי. וזו לשון הסעיף –

(a) If a marriage is dissolved before placement of eggs, sperm or embryos, the former spouse is not a parent of the resulting child unless the former spouse consented in a record that if assisted reproduction were to occur after a divorce, the former spouse would be a parent of the child.

(b) The consent of a woman or a man to assisted reproduction may be withdrawn by that individual in a record at any time before placement of eggs, sperm or embryos. An individual who withdraws consent under this section is not a parent of the resulting child²².

21 ראו לעניין זה סע' 5 ל - Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty
Universal Declaration of Bioethics and Human Rights, General - סע' 6 ל - Series 164 (Apr. 4, 1997).
Conference of UNESCO, 33rd sess. (Oct. 19, 2005).

22 ראו על כך 706 § Unif. Parentage Act.